LEGA
TIONES
TVRIS

III

6597
95 (3)

riosa memoria, y mis amados Hermanos los Señores Don Luis Primero, y Don Fernando Sexto, las declaraciones, y providencias, mas eficaces en Reales Ordenes, Decretos, y Cedulas de nueve de Noviembre de mil setecientos y veinte; primero de Junio de mil setecientos veinte y quatro; nueve de Diciembre de mil setecientos treinta y nueve; dos, y veinte y dos de Junio de mil setecientos cincuenta y seis; doce de Abril de mil setecientos cincuenta y siete; y veinte y tres de Febrero de mil setecientos cincuenta y nueve, publicandose para su execucion los correspondientes Vandos por la Sala de Alcaldes de mi Casa, y Corte; despues de haverse dado tambien por èsta, para conseguir el mismo fin, diferentes Autos de buen Gobierno en diez y ocho de Junio de mil setecientos treinta y ocho, y trece de Agosto de mil setecientos treinta y nueve: Y ultimamente por mi Real Cedula de diez y ocho de Diciembre de mil setecientos sesenta y quatro tuve por conveniente renovar lo mandado en la ya citada de veinte y dos de Junio de mil setecientos cincuenta y seis, para fijar su debida observancia; pero haviendo sabido aora con mucho desagrado, que en la Corte, y demàs Pueblos del Reyno se han introducido, y continùan varios Juegos, en que se atraviesan crecidas cantidades, siguiendose gravisimos perjuicios à la Causa pùblica, con la ruìna de muchas casas, con la distraccion en que viven las personas entregadas à èste vicio, y con los desordenes, y disturbios, que por esta razon suelen seguirse, previne al Consejo lo

para precaver, y remediar tantos daños, y tam-

y corregir el abuso, que en contravencion de las

ynos se hace de los Juegos permitidos; pues de-

mo una mera diversion, ò recreo, sirven para fo-

ia, jugandose, y cruzandose en ellos crecidas su-

do à muchos del cumplimiento de sus obligacio-

n algunos arbitrio para vivir sin otro destino; y ha-

ho el Consejo presente lo que tuvo por arreglado

e doce de Septiembre proximo, despues de haver

es Fiscales, y visto lo informado por dicha Sala de

seando reducìr esta materia à una regla general cir-

, y efectiva, para que se impongan las penas convenientes, y proporcionadas à los transgresores, con arreglo à las Leyes, Decretos, y Reales Ordenes, y atencion à los casos, Personas, y circunstancias de la contravencion, evitando la obscuridad que podria producir la variedad de los tiempos, y de las provi-

den-

Comisión Provincial de Monumentos - GRANADA
BIBLIOTECA
Sala B
Estante 1
Número 6
R:227

R. 88

POR

DON JOSEPH MANUEL DE VILLENA, Sanchez de Figueroa, vezino de la Ciudad de Badajoz, y Poſſedor del Mayorazgo, que fundò el Capitan Hernando Guillaud, y Doña Beatriz de Heneſtroſa ſu muger, y ſus Agregados.

EN EL PLEYTO

CON D. DOMINGO BERNARDI, VEZINO DE LA VILLA, y Corte de Madrid, como Marido, y conjunta perſona de Doña Paula Franciſca Laſo de la Vega, Marqueſa de la Simada, hija vnica, y heredera de Don Diego Laſo de la Vega, Marquès que fue de la Simada.

ARCHIVO HISTORICO PROVINCIAL

Y DON PEDRO SANCHEZ DE FIGUEROA, Silva, Laſo de la Vega, vezino de la Ciudad de Malaga, y Conſortes.

Impreſſo en Granada en la Imprenta Real. Año de 1749.

DIPUTACION PROVINCIAL

R. 84

POR

DON JOSEPH MANUEL DE VILLENA,
Sanchez de Figueroa, vezino de la Ciudad de Badajoz, y Procurador del Mayorazgo, que fundó el Capitan Fernando Guillaud, y Doña Beatriz de Hencfrola su muger, y sus Agregados.

EN EL PLEYTO

CON D. DOMINGO BERNARDI, VEZINO DE LA VILLA, y Corte de Madrid, como Marido, y conjunta persona de Doña Paula Francisca Lalo de la Vega, Marquesa de la Sinada, hija vnica, y heredera de Don Diego Lalo de la Vega, Marques que fue de la Sinada.

Y DON PEDRO SANCHEZ DE FIGUEROA, Silva, Lalo de la Vega, vezino de la Ciudad de Malaga, y Conforte.

Impresso en Granada en la Imprenta Real. Año de 1749.

N. 1 NO se duda, que el Capitan Hernãdo Guillaud, mejorò en el tercio de sus bienes à Alonso de Henestrosa su hijo (3) el que huviesse vinculado, como lo huvo, en parte de la Dehesa de Valdesevilla, en q̃ succediò Doña Antonia de Vargas (11) su hija, y por otros diferẽtes titulos, fue asimismo dueña, y posseedora de otras partes libres en dicha Dehesa.

2. La Doña Antonia de Vargas (11) contraxo su primero Matrimonio con D. Alonso Sanchez de Figueroa (10), de cuyo Matrimonio tuvo por hijos á D. Juan de Figueroa (13), y à Doña Juana de Figueroa (14), muger que fue de Don Juan de Tobar Alvarado, y de el segundo Matrimonio, que contraxo con Don Agustin de Silva (12) tuvo por hijo à Don Juan de Silva y Figueroa (15).

3. En 23. de Julio de 1635. otorgò su Testamento la dicha Doña Antonia: En él declara, que à el dicho Don Juan de Silva y Figueroa (15) no le avia dado cosa alguna, que à la dicha Doña Juana (14) le avia dado en plata labrada, moneda, y otros bienes, mas de 3ȳ. ducados, y à D. Juan de Figueroa (13) 400. ducados, y no mas, y que de las yuntas de la Dehesa de Valdesevilla, algunas son de su Mayorazgo, y otras eran libres.

4. Por aver fallecido la Doña Juana (14) solo instituyò por sus herederos à Don Juan de Figueroa (13), y à D. Juan de Silva (15), y el remanente del quinto lo mandò à el dicho Don Juan de Tobar su yerno. Y por el Codicilo, que otorgò en 5. de Septiembre de dicho año de 1635. mejorò en el tercio de sus bienes à el dicho Don Juan de Silva, el que huviesse en 210. ducados de censo, cada vn año, que tenia cõtra el Marqués de Priego Duque de Feria.

5. Fallecida la dicha Doña Antonia (11) sus dos hijos, y el Don Juan de Tobar Alvarado, por el interesse de su quinto, sobre lo que avia principiado pleyto, y à él le pedian la restitucion de la dote de su muger, y otros derechos, que tenian que deducir: trataron de transigirse, como con efecto lo hizieron por Escritura en Badajoz en 9. de Enero de 1636. y por ser los dos hijos menores de 25. años, el D. Juan mayor de 23. y el Don Juan de Silva mayor de 14. con intervencion de sus Curadores, se hizo informacion de vtilidad, y precedida la licencia de el Juez, se otorgó dicha Escritura.

6. La informacion de vtilidad se diò, para que les era vtil, y conveniente dicha Transacciõ; pues à el dicho Don Juan de Figueroa se le daba, y avia de llevar todas las partes de Valdesevilla de Vargas *cerradamente*, y otros bienes, que expressan. El

Don

Don Juan de Silva (15) avia de llevar el Juro, ò Censo sobre el Estado de Priego, que era de 210. ducados de renta, y el Don Juan de Tobar la plata labrada, y bienes muebles, y se le libertaba de la obligacion de restituir cosa alguna por razon de la dote de la dicha Doña Juana de Figueroa su muger; y admitido la informacion, y concedida la licencia por la Justicia, otorgaron la Escritura con assistencia de los Curadores; y por ser menores los dichos Don Juan de Figueroa, y Don Juan de Silva (13) y (15), juraron, que otorgan esta Escritura de su voluntad, &c.

7. Puestos los testigos, dizen: *Otrosi es condicion, que las partes de la Dehesa de Valdesevilla, que como està dicho, se adjudican, y dàn en su parte à el dicho Don Juan de Figueroa, las que de ellas fueren libres, el susodicho las ha de agregar, y juntar à el Mayorazgo en que succediò por muerte de dicha Doña Antonia de Vargas su Madre, en que se incluyen las demàs partes de Valdesevilla, que no son libres, ò de las dichas partes, que ansi fueren libres de la dicha Dehesa, el dicho D. Juan de Figueroa ha de hazer, y fundar nuevo Mayorazgo, con los llamamiẽtos, disposiciones, y gravamenes, que quisiere, vno, ò otro, à su voluntad, si bien desde agora para siempre han de ser, y quedar sugetas à Mayorazgo, y como tal no se han de poder vender, trocar, ni enagenar en manera alguna, y la enagenacion, y venta de contrario sea nula, y se saquen de pàder de Tercero, ò mas Posseedores. Y si el dicho Don Juan de Figueroa muriere sin hazer nueva Fundacion de Mayorazgo de las dichas partes libres, desde luego para quando llegue el caso, sea, y se entienda estar agregadas à el Mayorazgo, en que succediò por muerte de la dicha Doña Antonia de Vargas su Madre, como lo estàn las demàs partes de la dicha Dehesa, como si fueran incluſas en su Fundacion, y cõ las mismas cõdiciones, y gravamenes, fecho vt suprà. Testigos, los dichos, y firmaron los Otorgantes, que yo el Escrivano doy fee conozco.* Y firman el D. Juan de Tobar (14), Don Juan de Figueroa (13), Martin Lorenzo su Curador, y Sebastian Mendez, Apoderado cõ Poder especial para esta Transaccion, de D. Juan de Silva (15) y su Curador.

8. En virtud de este titulo entrò à posseer como de Mayorazgo el Don Juan de Figueroa (13) la referida Dehesa, y por ser tal vinculada, y no poderla enagenar, ni hypotecar: en dos censos, que impuso sobre sus bienes, el vno en 28. de Mayo de 1663. y el otro en primero de Marzo de 1664. hypotecó diferentes bienes, y entre otros vnas Suertes de tierra, que dize *lindan de la vna parte cõ mi Dehesa de Valdesevilla*, y otros linderos.

9. Consta, que en 20. de Diziembre de 1703. dicho Don Alonso de Figueroa (16) estando en la inteligencia, aprecio, y possessi-

ſeſsion, qué dicha Dehesa de Valdeſevilla era vinculada, obtuvo Real Facultad para hypotecarla con todos los bienes de ſu Mayorazgo, à vn cenſo de 12ɱ. ducados, y con efecto la hypotecò.

10. El valor que pudieſſen tener eſtas partes de Dehesa de Valdeſevilla, que como libres poſſeyò la dicha Doña Antonia de Vargas (11), y por la referida Eſcritura de Tranſaccion quedaron agregados al Mayorazgo: no conſta de dicha Tranſaccion. Pero ſegun reſulta de los inſtrumentos, y Eſcrituras de compra preſentados, es el de 8. ò 10ɱ. ducados.

11. La demanda por el Marquès de la Simada, y demàs Conſortes, como intereſſados à los bienes libres, que quedaron por fin, y muerte del dicho Don Juan de Figueroa (13) Cavallero que fue del Avito de Alcantara, es, para que ſe declare por nula, invalida, è inſubſiſtente la Claula de el *Otroſi*, que incluye la dicha Eſcritura de Tranſaccion, y en ſu conſequencia ſe mande hazer la diviſion, cuenta, y particion de las porciones de tierra libres, q̃ en la dicha Dehesa de Valdeſevilla poſſeyò, y ſe adjudicarõ à el referido Don Juan de Figueroa, por muerte de Doña Antonia de Figueroa y Vargas ſu madre, entre los legitimos intereſſados, ſeparando vnicamente la perteneciente à el Vinculo de el Capitan Hernando de Guillaud.

12 D. Joſeph Manuel de Villena Sanchez de Figueroa (30) pretende ſe le abſuelva, y dè por libre de dicha demanda, imponiendo perpetuo ſilencio á los Actores, denegandoles en todo ſu pretenſion, y condenandoles en las coſtas, ſobre que eſtà viſto, y fundarèmos en dos Puntos. En el primero, que por dicha Eſcritura de Tranſaccion quedaron las partes de la Dehesa de Valdeſevilla, que como libres poſſeyò la dicha Doña Antonia de Vargas (11) agregadas à el dicho Vinculo, en virtud de la referida Eſcritura de Tranſaccion. Y en el ſegundo ſe ſatisfaràn los motivos, que por los Actores ſe dàn, para q̃ ſe declare por nulo el dicho *Otroſi*, y ſe haga la expreſſada particion.

PUNTO I.

13. *QUid enim tàm congruum fidei humanæ, quàm ea, quæ inter eos placuerunt ſervare*, dixo el Juriſconſ. Ulpian. *in leg. 1. ff. de Pact. & leg. 20. C. de Tranſact.* Lo que es en todo contrato tan recomendable: con ſuperior razon en el de Tranſaccion; porque teniendo ſu fin en evitar pleytos, y à la paz, y concordia debe ſer de mayor fuerza, y eficacia, ſin que la le-

sion, ni otro remedio se le pueda oponer, mayormente despues de el transcurso de mas de 100. años desde que se otorgò la dicha Escritura, hasta que se puso dicha demanda, que fue en 20. de Diziembre del año passado de 738. con lo qual està prescripta qualquiera accion, *ex leg. Sicut, C. de Præscript.* 30. *vel* 40. *ann. Leg.* 1. *C. de ann. except.* Urceol. *de Transact. part.* 4. *quæst.* 79. *num.* 1. *& seqq.*

14. Que no resida accion alguna en los dichos Marqués de la Simada, y Consortes, es constante; porque los Padres mientras viven, son dueños de los bienes, y pueden disponer de ellos, gravarlos, y enagenarlos por contrato entre vivos, como les pareciesse, sin que los hijos despues de la muerte de el Padre, puedan exercitar acciõ contra el cõtrato, que hizo su Padre. D. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 9. Botiller. *de Succes. cap.* 1. *Theorem.* 8. *num.* 40. *&* 41. sino es que en el Padre huviesse accion para poder reclamar por alguna justa causa el contrato, y no aviendola, ni pudiendola tener el Don Juan de Figueroa (13), no la pueden deducir sus hijos, y descendientes, y esta es la diferencia entre los bienes, y derechos libres à los vinculados; que en estos no puede perjudicar el Padre à el hijo Successor, por contrato, ni en otra forma; pero en aquellos, como no tienen los hijos derecho adquirido, puede el Padre en vida, como le pareciesse, disponer. Alvar. Pegas *Resol. Forens. tom.* 2. *cap.* 10. *num.* 39. *& seqq.*

15. Es asimismo constante, que el Padre para el Fuero contencioso no està obligado à conservar los bienes para sus hijos, y menos se le puede hazer cargo, ni los hijos tienen accion, para que el Padre aya precissamẽte de adquirir. Dom. Salg. *Labyr. part.* 1. *cap.* 42. *num.* 14. *& part.* 2. *cap.* 14. *num.* 14. *&* 17. Valer. *de Transact. tit.* 6. *q.* 2. *n.* 11.

16. Con que pudiendo en dicha Escritura no aver recebido las partes libres de dicha Dehesa, y contentadose con otros bienes, pudo, y fue valido el pacto de tomarlas con el gravamen de vinculadas, *ex leg.* 7. §. 6. *ff. de Pact.* ibi: *Si igitur in totum potest, cur non, & pars eius pactione mutari potest?* Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 24. D. Castill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 64. *num.* 13. Dom. Salg. *part.* 1. *Labyr. cap.* 36. *num.* 25. *& part.* 2. *cap.* 16. *num.* 51.

17. Ultimamente, quando al tiempo del contrato, y de la adquisicion se pone el pacto, condicion, ó gravamen sobre la alhaja, que se adquiere, tiene la mayor validacion, sin que se necesiten solemnidades, ni otro requisito. Dom. Olèa *de Cess. Iur. & act. tit.* 2. *quæst.* 2. *num.* 1. Por tanto el Don Juan de Figueroa no podia adquirir derecho de dominio

nio à las partes de dicha Dehesa, que eran libres, sino es recibiendolas con el gravamen del Vinculo, que se le impuso en el mesmo acto de la adquisicion. *Ex leg.*48. *ff. de Pact.* ibi: *In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est.*

18. Esto se esfuerza en consideracion, á que si D. Juan de Figueroa(13) no huviera convenido en que quedassen vinculadas las partes libres de la Dehesa,es precisso no se huvieran allanado D. Juan de Tobar, y Don Juan de Silva (14) y (15) á cederlas,y en tal caso, ni huviera tenido efecto la Transaccion, por cuyo medio se adquirieron à la familia, ni se puede conocer lo que resultaria de los pleytos, que estaban amenazados sobre la particion de los bienes, que avian quedado por el fallecimiento de la Doña Antonia (11) como que lo dudoso, y contingente de los litigios, nada tiene de seguro à beneficio de las Partes,y por evitarlos admite el Derecho muchas cosas contra razon de *in certitudine litium.* D. Solorz. *lib.* 5. *Polyt. cap.*8. *fol. mihi* 821. vers. *Aunque, vndè earum vitandarum causa multa contra rationem in jure recepta sunt,* idem Solorz. *de Iur. Indiar. lib.*2. *cap.*10. *num.*74. De que se infiere, que en nada adquirido, ni determinado, pueden fundar argumento Don Pedro de Figueroa (22) y Consortes, para calificar perjuizio en aquella Clausula de vinculacion, pues su Autor no tuvo derecho invariable en lo q̃ pretenden,que les pudiesse transmitir: *Nemò plus juris leg.*2. *C. de pœn. Leg.* 1. *C. qui pro sua jurisd. cap.Nemò* 79. *de Regul. Iur.in* 6.

19. Y que no lo tengan es claro, pues los hijos, y herederos no pueden vsar de otra accion, y derecho, que la que tuvo, y adquiriò su Padre. *Leg.*3. *ff. de iur. deliber. Leg.*3. §. *Bonorum, ff. de bonor. possess. Leg.*2. *C. quor.bonor. Leg. Præcibus* 8. *C. de impub. & alij substit. Leg.*3. *C. de Edit.Div. Adrian. tollend.* Cyriac. *controv.*5. *num.* 151. y esta es la difinicion de la herencia, *vniversum jus,quod defunctus habuit. Ex leg. Nihil aliud* 24. *ff. de verb. signif.* Y no aviendo nunca dicho Don Juan de Figueroa (13) tenido mas derecho á dichas partes de la Dehesa de Valdesevilla, que con el de vinculadas: los hijos, y herederos no pueden mudar la causa de posseer de su Autor, y pretenderlas como libres.

20. Por dos potisimas razones: La primera, porque mediante la possession, y el titulo, se adquiere el dominio: el D. Juan de Figueroa no tuvo otro titulo,ni adquiriò otra possession en dicha Dehesa, que con la qualidad, y gravamen de vinculada: con que es precisso, que en esta forma la adquiriò. *Quia limitata causa, limitatum producit effectum. Leg.In agris* 16. *ff. de adquir. rer. domin. Leg.Cancellaverat* 2. *de his,*

quæ

quæ in testam. delent. Leg. Ex facto 43. §. *Item quæro, ff. de vulg. & pupil. substit. Leg. Age cum Geminiano* 3. *C. de Transact.* Y por cõsiguiente sus herederos ningun derecho tuvieron, ni tienen à ellas como libres.

21. Y que como vinculada posseyò la dicha Dehesa, se persuade de las dos Escrituras de imposiciones de censo referidas en el num. 8. pues procediendo con la buena fé, que debia, no hypotecò parte alguna de la dicha Dehesa, sino las tierras, que tenia à la linde. Lo que prueba la diversidad de vnas à otras, *ex leg. Ædes Sacra*, §. 1. *ff. de contrahend. empt.* Dom. Valenz. *cons.* 100. *num.* 76. ibi: *Nam confines diferunt à re confinata.*

22. Y la segunda: porque los nietos ningun derecho tienen à los bienes de los Abuelos viviendo los Padres, y estos son los herederos legitimos, y necessarios, y pueden abstenerse de la herencia, sin que los nietos tengan accion para oponerse à ello, Nog. *alleg.* 37. *n.* 2. *&* 3. y dexamos fundado en el num. 14. y como puede en el todo el Padre separarse de adquirir la herencia, la puede aceptar cõ las calidades, y condiciones, que le pareciesse, como diximos en el num. 16.

23. Los nietos por ningun respeto tienen accion alguna para oponerse à lo que el Padre en esta razon hiziesse. No por sus proprias personas; porque viviendo al Padre, ningun derecho teniã à los bienes de la Abuela. *Leg. Posthumorum* 13. *ff. de Injust. rupt.* §. *Posthumorum* 2. *Instit. de exhæredat. liber. Leg.* 1. §. 4. *ff. de suis, & legit. Leg. Gallus* 29. *ff. de liber. & posthum.* Martinez *Instit. Hispanic. lib.* 3. *tit.* 7. §. 2. *Gloss.* 5. Dom. Salg. *part.* 2. *Labyr. cap.* 16. *num.* 42. No como herederos de Don Juan de Figueroa (13) porque siendo successores de los derechos, y acciones, que este les dexò, *vt suprà num.* 19. no pueden impugnar el hecho de el Testador à quien representã. Urceol. *de Transf. q.* 80. *n.* 2. Gratian. *discep.* 511. *n.* 18. *discep.* 357. *n.* 45 Nog. *alleg.* 31. *n.* 140. Y siendo el defecto de accion el mayor, que se puede oponer á qualquiera, que intenta vna demanda, pues no es parte legitima para introducirla, se le puede de oficio repeler. Alv. Peg. *tom.* 1. *Resol. Forens. cap.* 1. *n.* 68. y debe el demandado ser absuelto, y por consiguiente el dicho D. Joseph Manuel de Villena, por el notorio defecto de accion, con que las otras Partes litigan.

24. Y quando en esto pudiesse caber alguna duda, el mismo hecho de que Don Juan de Tobar, y Don Juan de Silva (14) y (15) que transigierõ, nunca reclamarõ la Transaccion por defecto que contuviesse, ni oy les representa alguno en este Juizio, y dirigirse la controversia á deshazer la vinculacion, que se estipulò,

puló, siempre está, y debe estar la regla por su subsistencia, por el favor que contiene de causa publica, y explendor de la Famimilia, aunque en algun modo se percibiesse detrimento de las legitimas en descendientes de primer grado, que es caso mas estrecho, que en el que nos hallamos; pues disputando el Señor Molina sobre la renuncia de los hijos à favor de sus Padres, de que resultan gravemente lesos, y si se han de anular, ò no en fuerza de la reclamacion, que ayan hecho de este perjuizio; resuelve, que siempre que el fin de las renuncias sea constituirse vinculacion, deba subsistir por el mismo favor de la causa publica, aunque sea cierto el perjuizio de las legitimas. Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib. 2. cap. 3. num. 28.* ibi: *Quo etiam pari ratione dicendum erit in filia, quæ dote competenti acepta hæreditati parentum renuntiavit, vt ex ea pater ipse in personam filij maioris natu primogenium instituret::: est enim hæc primogenij institutio familiæ decus in maximamque etiam renuntiantium vtilitatem convertitur.* Con que con superior razon militarà esta regla en las otras Partes, que no pueden fundar semejante detrimento.

PUNTO II.

25. LOs Actores como nietos, y descendientes de Don Juan de Figueroa (13), que otorgò, y firmò la Transaccion, à quien deben el respecto de Padre. *Leg. Parentes, ff. de in jus vocand.* ibi: *Una est enim omnibus parentibus servanda reverentia. Leg. Liberorum 220. ff. de verbor. signif.* Botiller. *de Succes. cap. 2. Theorem. 84. num. 11.* vers. *Sic è contra.* Paschal. *de Virib. Patr. Potest. ann. ad cap. 9. part. 2.* vers. *Ex quibus.* Tienen reconocida resistencia en la accion, que han deducido, como expressamente decidiò la *Ley 10. C. de Transact.* ibi: *Fratris tui filijs de paterna successione, ac statu etiam nunc contra fidem sanguinis, itemque placitorum quæstionem inferre parum probè postulas, nullus etenim erit litium finis, si à transactionibus bona fide interpositis cæperit facilè discedi.*

26. Muerta la Doña Antonia de Vargas (11), para què cessasse el pleyto principiado por Don Juan de Tobar, y no dar lugar à que con nuevos pleytos se turbasse la buena paz, y correspondencia entre hermanos, y personas de tal calidad, convino D. Juan de Figueroa (13) en otorgar la Escritura referida en el numero 5. Oponerse los hijos à lo que el Padre con tanto acuerdo, y vtilidad hizo, es contra el respecto à su memoria, y à la que

los hijos deben obsequiíssimamente rendirse *verbo, & opere.* Paschal. *de Virib. Patr. Potest. ann. ad cap. 9. part. 2.* vers. *Quibus.* PP. Salmat. *Curs. Moral. tom. 6. tract. 24. part. 1. §. 3. & sup. num. 22.* Pignat. *tom. 9. cons. 180. num. 2.* Y como dize el Texto citado: *Nunc contra fidem sanguinis, itemque placitorum quæstionem inferre parum probè postulas.*

27. Para mayor claridad de el derecho, que assiste à Don Joseph Manuel de Villena, y que se le absuelva de la demanda, respondèmos con separacion, y brevedad à los principales fundamentos con q̃ se ha motivado.

§. I.

28. QUe Don Juan de Figueroa (13) y Don Juan de Silva (15) eran menores, y no pudieron hazer contrato alguno, que no contenga reconocida nulidad.

29. La satisfaccion en quanto à Don Juan de Silva (15) no tenemos que darla, pues no litiga alguno, que represente su derecho: igualmente le obstaria, como obsta, el contrato hecho por el D. Juan de Figueroa (13) à el Marquès de la Simada, y demàs Consortes, y omitiendo para el §. siguiente sobre la solemnidad del contrato; respondèrèmos en este tan solamente por el defecto de la menor edad.

30. El mayor de 14. años, y menor de 25. puede contraer con autoridad de su Curador, *ex leg. 3. Leg. Obligari 9. §. Tutor, ff. de Author. & cons. Tutor. Leg. Si quis mihi bona 25. §. Iussum, ff. de adquir. hæred.* y queda obligado natural, y civilmente. Valer. *de Transact. tit. 4. quæst. 1. num. 32.* Pero goza de el beneficio de la restitucion, de que puede vsar. Valer. *dict. quæst. 1. num. 37.* hasta los 25. y quatro años despues. *Leg. fin. C. de temp. in integ. restit.* D. Gonzal. *in cap. 8. de in integr. restit. num. 9.* Ayll. ad Gom. *tom. 2. cap. 14. num. 8.* y siempre que el contrato es en su vtilidad, es valido, y subsistente, sin que lo pueda reclamar, *ex leg. Pupillus 11. ff. de adquir. rer. domin. Leg. Contra juris 29. ff. de Pact.* Urceol. *de Transact. part. 2. quæst. 22. num. 14.* Porque para vsar de la restitucion, debe probar alguna lesion, daño, ò perjuizio. *Ex leg. Verum 11. §. Sciendum, ff. de minorib. Leg. Nam, & post. 9. §. Si minor. ff. de jur. jur. Cap. Constitutus 8. de in integr. restit.* Valer. *de Transact. dict. cap. 1. num. 44. & tit. 6. quæst. 2. num. 40. & 46.* Gom. *tom. 2. Variar. cap. 14. n. 1.* Dom. Larrea *decis. 58. num. 24.* D. Gonzal. *in dict. cap. 8. de in integr. restit. num. 11.*

31. Assimismo jurando el contrato, no puede reclamarle, ni dezir contra èl, *ex Authent. Sacram. puber. C. si advers. vendit. Leg. 59. tit. 18. part. 3. Cap. Quamvis pactum, de pact. in 6.* Gomez *in dict. cap. 14. num. 18,* & Ayll.

num.

num. 19. Urceol. *dict. quæst.* 22. *num.* 5. Valer. *dict. quæst.* 1. *n.* 62.

32. Que el D. Juan de Figueroa (13) fuesse de edad de 23. años, consta del instrumento, el q̃ comprehende el Pedimento, q̃ ante el Juez se diò para otorgarlo, y de la informacion de vtilidad, y del decreto del Juez, que en su vista proveyò, que jurò el instrumento, y viviò muchos años despues: consta, q̃ vivia en los años de 663. y 664. quãdo otorgò las imposiciones de cẽsos referidas, y no solo no avia reclamado la vinculaciõ, sino es que teniendola por cierta, segura, y firme, y no cometer vn estelionato, hypotecando la Dehesa de Valdesevilla à los censos, por no poderlo executar como vinculada, hypotecò las tierras confinantes, y otros bienes, y no la dicha Dehesa. Cuyo acto arguye la ratificacion, y consentimiento despues de la mayor edad, y la mayor firmeza del cõtrato. Gom. *in dict. cap.* 14. *n.* 11. & Ayll. *num.* 12.

33. La vtilidad es clara; porque ya queda referido en el num. 4. que Doña Antonia de Vargas (11) mejorò en el tercio à su hijo Don Juan de Silva, y en el remanente de el quinto á Don Juan de Tobar, cuyas dos mejoras se llevan casi la mitad del caudal, y el Don Juan de Silva (15) se diò por satisfecho, assi por la mejora, como por su legitima, con el censo sobre el Estado de Priego, en que estaba señalada dicha mejora, sin perjuizio de lo que podia tocarle por esta razon, si se huviera de partir rigorosamente; y siendo los reditos de dicho censo 210. ducados, correspondia su capital al respecto del 5. por 100. à que corrian entonces, algo mas de 4200. ducados; el Don Juan de Tobar se contentò cõ la plata labrada, y bienes muebles, que aunque no se expressò en el contrato la consistencia de vno, y otro, es verosimil equivaliesse con corta diferiencia à lo que llevaba en sì el referido Don Juan (15), teniendose consideracion à la mejora, que correspondia à cada vno: y siendo las partes libres de la Dehesa, por lo que inducen los instrumentos presentados, de ocho à diez mil ducados de valor, se verifica puntualmente la vtilidad, que se siguiò à Don Juan de Figueroa (13) en este convenio; pues ademàs de estas partes libres, se le adjudicaron la Casa en el Almendral, Esclavos, y demàs cosas, que resultan de la Escritura, lo que haze à todas luzes firme el contrato en el menor, por su vtilidad, y reglas apuntadas.

34. Para consentir Don Juan de Silva (15) que su hermano Don Juan de Figueroa (13) fuesse con ventaja vtilizado, tuvo justissimo motivo; porque siendo para que dicha Dehesa quedasse vnida con el Mayorazgo antiguo de la Casa, recebia reconocido aumento, y mayor va-

valor essa alhaja. Hermos. *in leg.* 56. *tit.* 5. *part.* 5. *Gloss.* 6. *num.* 29. ibi: *Quia plus valet passim toto, quam si separatim distrahatur.* Y se seguia interesse á todos los de la Familia, y la esperanza, que podia tener Don Juan de Silva, y su descendencia (en el caso que la huviera tenido) de succeder en el dicho Mayorazgo.

35. Y es la razon, porque permiten muchas vezes los hijos quedar lesos, y perjudicados en sus intereses, y por lo que no pueden reclamar, ni contradezir semejantes disposiciones, aun quando les sean lesivas, y dañosas. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. dict. lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 28.

36. Es la mas segura practica para evitar pleytos, y dudas, que cõtra la Transaccion no tiene lugar el fundamento, que puede motivar ninguna lesion, *ex leg.* 34. *tit.* 14. *part.* 5. y prueba Dom. Larrea *decis.* 68. *ex num.* 5. y quando se admitiesse debe probarse la lesion de el tiempo del contrato, ya sea para vsar como Menor de el beneficio de la restitucion, ya como mayor de la accion ordinaria por lesion enorme, ò enormissima. Hermosill. *in dict. leg.* 56. *Gloss.* 5. *num.* 1. Valeron *dict. quæst.* 1. *num.* 44. *& tit.* 6. *quæst.* 2. *num.* 3. Urceol. *de Transact. part.* 5. *quæst.* 94. *n.* 30. y no solo no se ha probado por los Actores, sino es que queda manifestada la vtilidad, que consiguiò dicho Don Juan de Figueroa (13), y por consiguiente sus descendientes, y todos los de la familia en tener vnida, y vinculada toda la dicha Dehesa: pero aunque esto faltasse, como Menor no vsò de la accion en el termino, que el Derecho previene, por lesion enorme son passados mas de quatro años. *Leg.* 2. *C. de rescind. vendit. Leg.* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *Recopilat.* Hermosilla *in dict. leg.* 56. *Gloss.* 11. *num.* 123. Por la enormissima mas de treinta. D. Larrea, *decis.* 68. *num.* 8. Garcia *de Nobilit. Gloss.* 6. §. 2. *num.* 4. Dom. Castill. *de Tertijs, cap.* 18. *num.* 81. Con que por todos medios se reconoce el ningun derecho, que pueden tener los Actores, y por consiguiente como tan vtil, y conveniente dicha vinculacion, el Don Juan de Silva consintiò dicho contrato, y el Don Juan de Figueroa (13) no lo reclamò, ni pudo reclamar, y con menor razon sus herederos, con el pretexto de la menor edad, aun en el supuesto, de que para poner el *Otrosi* referido en el num. 7. no huviessen precedido las solemnidades de informaciõ de vtilidad, ni licencia de la Justicia.

§. II.

37. Aviendo sido firme el contrato por las razones dichas, no obstante la menor edad del Don Juan de Figueroa (13), para mayor seguridad, y manifestar la vtilidad, que recebian

bian los menores en otorgar la Transaccion, se hizo la informacion de vtilidad, y se diò la licencia por la Justicia para otorgarla. Reconociendose esto por el Marquès de la Simada, y Consortes, se dize en la Demanda: *Que aviendose adjudicado en pago de su legitima à el Don Juan de Figueroa, tiene resistencia el gravamen, y no solo le era perjudicial, sino es tambien en la desigualdad con los demàs, que llevaron sus porciones libres, haziendo vn acto contrario à la mesma Escritura, en que dizen, quedaban iguales, y sin agravio, lo que era cierto conforme à el convenio, que se propuso en el Pedimento, informacion, y Auto del Juez. Verificando mas la nulidad, y exceso en averse puesto el Otrosi por aditamento à la Escritura ya cerrada.* A que respondereèmos por partes para mayor claridad.

§. III.

38. *QUe aviendose adjudicado en pago de su legitima à el Don Juan de Figueroa, tiene resistencia el gravamen, y no solo le era perjudicial, sino es tambien en la desigualdad con los demàs, que llevaron sus porciones libres.*

39. En el hecho es incierta esta proposicion; porq̃ el averse contentado Don Juan de Tobar, y Don Juan de Silva (14), y (15) con lo que avian elegido, y tomado, cediendo à D. Juan (13) las partes libres, y confessando no aver agravio en la Escritura, no fue porque en lo percebido estuviessen iguales, sino por estar cõformes en vtilizar à D. Juan (13) y la familia en la vinculaciõ que deseaban, y condicionaron para ceder, y en estos terminos no huvo desigualdad alguna, como se pondera, en sacar Don Juan (15) su legitima libre, y gravar la de su hermano Don Juan (13), pues lo que tomò fuera de las partes libres de la Dehesa, no llevò gravamen alguno, y pudo à muy corta diferencia corresponder à su aver de legitima.

40. Ademàs de esto, aunque es cierto, que el Padre no puede poner gravamen à los hijos en su legitima, *ex leg. Quoniam in prioribus, C. de inoffic. Testam.* La Doña Antonia de Vargas (11) madre de D. Juà de Figueroa (13) y dueña de las partes libres de la Dehesa de Valdesevilla, ningun gravamen les puso, para que necesitemos fundar, quando, y como el hijo puede consentir, y aprobar el gravamen impuesto por el Padre en la legitima.

41. Y lo que sucediò en este caso fue, que diferido ya à el Don Juan de Figueroa (13) el derecho à la herencia de su Madre, y antes de constar averla acep tado, à el mesmo tiempo de la division, y particion se convinieron todos los interessados en cõstituir, y fundar Mayorazgo de las partes libres de la dicha De-

hesa, agregádolas al Mayorazgo, con lo q̃ fuerõ verdaderos Fundadores de sus proprios bienes, y no cõ respecto de legitima, ni gravamen impuesto por otro. D. Salg. *Labyr. part. 2. cap. 16. n. 60. & 61.*

42. Debiendose tener presente, que además de las partes de dicha Dehesa, recibiò como libres el Don Juan de Figueroa (13) vn Oficio de Procurador en la Ciudad de Xerez, vna pension sobre la Casa del Doct. Saucedo, y vna Casa en la Villa del Almendral, y otros bienes: con q̃ aunq̃ no consta el valor, segun lo q̃ el otro hermano tomò por legitima, y mejora de tercio, es preciso, que el Don Juan de Figueroa con estos bienes libres quedasse satisfecho, è igualado por su legitima con el hermano, y no solo no la gravò, sino es que cõ la vinculacion de las partes libres de dicha Dehesa, hizo con grande exceso mejor su condicion, y la de sus descendientes, en asegurarles la perpetua succesion de toda la Dehesa vnida, y sin que otro comunero pudiesse tener por ningun titulo parte en ella, como queda expuesto.

43. Y aunque en esto pudiesse caber alguna duda, de si se infringió, ò no con la vinculacion parte de la legitima de Don Juan (13) no la puede aver en el ningun derecho, que esto causa à Don Pedro de Figueroa (22), y Consortes; porque aunque el gravamen de vinculacion se hu-

viesse puesto por Doña Antonia (11) y no por la Transaccion (como se hizo por los que pudieran ser perjudicados) siẽpre que por el Don Juan (13) se consintiò, y no reclamò en el dilatado tiempo de su vida, es indisputable en el Derecho, y comun sentir de los mas clasicos Autores, que los hijos del referido Don Juan (13) y mucho menos los nietos, y viznietos, que oy litigan, no pueden anular, ni reclamar el vinculo, ò gravamen, que tolerò su Autor, aunque fuesse en el todo de la legitima, y aun sin reparar en el transcurso del tiempo.

44. Esta proposicion es literal del señor Molina *lib. 2. de Primog. cap. 3. ex num. 7.* ibi: *Quando filius expressè consentit gravamini, & approbat ex propria persona. Et posteà ex hoc enim Maioratus firmus remanebit. Et ibi Add.* Sin que obste la menor edad de 23. años, en que se hallaba D. Juan (13) aviendo precedido la solemnidad judicial, licencia, y assistẽcia de Curador por su visible vtilidad, como queda fundado, y se esforzarà despues.

45. Contestan con esta autoridad el señor Castill. *tom. 5. cap. 67. num. 52. & cap. 107. ex num. 46.* con Amato, Gutierrez, y otros muchos que citan, en los proprios, y aun mas estrechos terminos de este caso, pues afirman, que supuesto el consentimiento del gravamen por el hijo, los hijos de este, y sus nietos, y demàs

suc-

ſucceſſores carecen de accion para impugnarlo con pretexto alguno: de que ſe infiere con quãta ſuperior razon procederà eſto en las otras partes, que ocupan el grado de nietos, y ſegundos nietos de D. Juan (13), que con tanta razon admitiò la vinculacion, continuandola ſu hijo Don Alonſo (16) por tantos años, como reſulta de los hechos, que quedan advertidos.

46. No ſe queda eſto en la opinion extrinſeca de los Autores, porque las razones que dàn la hazen intrinſecamente incontrovertible, y ſon, que el derecho de impugnar el gravamen de la legitima por vinculacion, ù otra cauſa es perſonaliſsimo, è intranſmiſsible à los hijos, herederos, ó ſucceſſores del conſenciente, por lo que ſolo él puede con cauſa juſta tratarle. Ita Gratian. *tom.* 5. *cap.* 983. *num.* 16. ibi: *Hoc ius impugnandi perſonaliſsimũ eſt, nec tranſmititur ad hæredes.* Y los Addent. al Señor Molina *in loc. præcit. cap.* 3. *lib.* 2. *ſub num.* 7. con Maſtrillo, Surdo, y otros que citan in verſic. *Limitatur ſecundo*, reſuelven lo miſmo, que queda advertido.

47. El Pardo Maldonado, vltimo Addicionador à el Señor Molina, ſobre la miſma eſpecie, y citado num. 7. no puede ſer mas terminante al caſo, ibi: *Et quando talis conſenſus per actus diverſos explicitus addeſt, nepotes non poſſunt conquæri de gravamine impoſito ab Avo, cum nihil eis de Avi hæreditate debeatur vivente Patre.* En que concuerdan Noguerol, Carleval, y los Señores Salgado, y Olèa, à quienes cita, y cõ mas extenſiõ el Sr. Caſtill. *dict. lib.* 5. *cap.* 107. *num.* 42. verſ. *Et hæc quidem*, lo que por sì ſolo, y ſin los demàs fundamentos, que ocurren, dexa ſin tergiverſacion el ningũ derecho de las otras Partes.

§. IV.

48. PRoſigue la Demanda: *Haziendo vn acto contrario à la meſma Eſcritura, en que dizen quedaban iguales, y ſin agravio, lo que era cierto conforme à el convenio, que ſe propuſo en el Pedimento, informacion, y Auto de el Juez.*

49. En eſto confieſſan, que todo lo que comprehendiò el Pedimento, informacion, y Auto del Juez, no tiene reparo, y que la vinculacion lo tiene, porque no ſe hablò de ella en el Pedimento, Informacion, y Auto del Juez: Con que en deſvaneciendo, eſto virtualmente confieſſan los Actores, que no tienen accion para reclamar la dicha Eſcritura.

50. Conſiderando, que todo lo que es conexo, è independiente ſigue la miſma naturaleza, y condicion de lo principal, Dom. Salgad. *de Reg. Protect. part.* 3. *cap.* 15. *num.* 40. *& ſeqq.* ſiempre que ſe dà el pedimento para in-

la informacion de vtilidad, y se concede la licencia, se entiende dada con lo que expressa, y virtualmente contiene. Carlev. *de Iudic. tit. 3. disp. 5. num. 13.*

51. Dizen en el Pedimento: *Que el D. Juan de Figueroa ha de llevar, y lleve todas las partes, que ay en la Dehesa de Valdesevilla de Vargas cerradamente.*

52. Este adverbio, si nace del verbo *Claudo*, es synonomo del verbo *Includo*, que significa, incluir, vnir, y como hazer vn mesmo cuerpo. Es constante, que las partes vinculadas de la Dehesa, de que era successor D. Juan de Figueroa (13) era precisso recayessen con el gravamen de vinculo en su hijo mayor, y los demàs, que segun el orden regular debiessen succeder: Con que para que las otras partes de dicha Dehesa fuessen *cerradamente* con estas, era precisso siguiessen la mesma igual naturaleza de vinculadas, y fue hazer de vnanime consentimiento de los interessados vna agregacion à el Mayorazgo antiguo por incorporació, que es la mas poderosa, y firme, segun la doctrina de Roxas *de Incompatibil. part. 4. cap. 5. num. 35.* Aguila *part. 1. cap. 7. n. 110.*

53. Si tiene su origen de el verbo *Concludo*, segun el Calepino, es mas expressiva esta inteligencia, pues dize: *Simul claudo, vel mecum alio in eodem loco includo.* Con que si querian, que las partes de dicha Dehesa fuessen *cerradamente*, debian permanecer igualmente *simul* vnidas, y sin separacion de las otras.

54. La Ley *Si quis in gravi 3. §. Subvenitur 6. ff. de S. C. Sylan.* dize, que el estar encerrado es, quando està de forma, que no puede salir, ibi: *Ut errumpere succurrendi causa ::: non potuerint.* Y si quisieron los contrayentes, que toda la Dehesa la tuviesse el Don Juan de Figueroa (13) *cerradamente*, fue lo mesmo, de que no pudiessen salir nunca las partes de las que hasta entonces eran libres, de las que eran vinculadas; cuyo concepto no se podia verificar, dividiendose entre los herederos, ni pudiendolas vender, ni enagenar, para que otros abiertamente pudiessen vsar de ellas; porque los que apetecen, que vna alhaja en todas sus partes esté *cerrada*, y con mayor expresion, y fuerza, como denota el adverbio *cerradamente*, no avian de querer hazer *vn acto contrario à la mesma Escritura*, como dizen los Actores *suprà num. 37.* de que quedassen libres, y pues que quisieron quedassen *cerradamente* para el Don Juan de Figueroa, no se ha de permitir, que ninguno de sus hijos las pueda, ni deba separar de esta vnion. *Claudet, & non erit qui aperiat.* Isai. *cap. 22. vers. 22.*

55. Baxo de este concepto se hizo la informacion de vtilidad, y el Juez diò la licencia, para que pudiessen *tomar medio*,

y

y concierto en razon de la particion de los bienes, &c. en cuya virtud les quedò el arbitrio, y facultad para poner las clausulas, condiciones, y qualidades, que les pareciesse, como lo hizieron pactando la vinculacion, y agregacion, è incorporacion de las dichas partes de Dehesa vinculadas. Dom. Castill. *tom.* 4. *Controv. cap.* 36. *num.* 46. *& seqq. num.* 49. ibi: *Sed in libera, & absoluta recidet potestate; sicque intelligit debeat commissio facta cum illis verbis ad libitum, vel pro libito suæ voluntatis.*

56. Con que ya sea por la intencion de los que otorgaron dicha Escritura, que fue pedir la licencia, para que las partes de Dehesa libres quedassen vinculadas, por aver pedido quedassen *cerradamente* en el Don Juan de Figueroa; ò ya porque la Justicia, con conocimiento de causa, diò la licencia, para que pudiessen poner los pactos, y conciertos convenientes para la particion, se comprehendiò en el Pedimento, informacion de vtilidad, y Auto de la Justicia, la vinculacion, que expressamente declararon en el *Otrosi*, sin que lo puedan reclamar, ni contradezir los Actores, ni para ello tienen accion, como confiessan, por la razon que notamos en el num. 40.

§. V.

57. Fenece: *Verificando mas la nulidad, y excesso en averse puesto el Otrosi por aditamento à la Escritura ya cerrada.*

58. Esta ponderada razon no discurrimos el fundamento legal, que la apoye; porque no ay vso mas frequente en los instrumentos, que por addicion, ò declaracion se pongan muchos adictamentos, que à el tiempo que se extendieron, ò se omitieron por el Escrivano, ò les pareciò à las Partes, que no estaban con aquella debida claridad, que apetecian: los que no se duda tienen la misma fuerza, eficacia, y efectos, que todo el contenido de el instrumento.

59. El *Otrosi*, es vna continuacion del acto, con las mesmas qualidades, y solemnidades de lo antecedente. Barbos. *dict. vsu frequent. dict.* 185. *num.* 1. D. Castill. *tom.* 6. *Controv. cap.* 117. *num.* 28. ibi: *Item est copulativa*, y tomada por *insuper*, dize el Barbosa, *dict.* 166. *num.* 3. ibi: *De sui natura venit, continuativè ad dendo ad superiora retenta eadem materia.* Y lo explicò el Jurisconsulto Ulpiano *in leg.* 21. §. 1. *ff. qui testam. facer. poss.* ibi: *Sed si notam posteat adjecerit legato, vel sua voce, vel literis, vel summam, vel nomen legatarij, quod non scripserat, vel nummorum qualitatem, an rectè fecerit? Et pato etiam qua-*

litatem nummorum posse postea addi, nam & si adiecta non fuisset, vtique placeret conjectionem fieri eius, quod reliquit. Pues no solo lo añadido en el mismo instrumento, sino lo omitido, se puede probar por testigos, y se tiene por parte de el contrato. Guzmàn *de Evict. quæst. 2. num. 46.*

60 Es el instrumento vn acto individuo. D. Valenz. *cons. 250. num. 32.* Pegas *Resol. Forens. tom. 1. cap. 1. num. 23. vers. Nam fides.* Consiste su perfeccion en la vltima diccion, que es el otorgamiento, y firma de las Partes, *ex leg. 13. tit. 25. lib. 4. Recopil.* Et ibi Azeved. *num. 40. & 41.* Dom. Covarr. *Pract. cap. 20. num. 5.* & ibi Faria *num. 13.*

61. Y no queda perfecto hasta la conclusion de todos los pactos, porque consiste, y toma su forma del vltimo pacto. Escaño *de Testam. cap. 5. num. 14. & 16.* Dom. Salgad. *part. 2. Labyr. cap. 4. num. 151.* como lo previene dicha *Ley 13. tit. 25. lib. 4. Recopil.* ibi: *Y si en leyendo la dicha nota, y Registro de la dicha Escritura, fuere algo añadido, ò menguado, que el dicho Escrivano lo aya de salvar, y salve en fin de la Escritura antes de las firmas.* Que es lo que se executó en la dicha Escritura; pues leìda, se añadiò dicho *Otrosi* antes de las firmas, con lo que se observò la formalidad de la Ley, y el Escrivano cumpliò con su obligacion.

62. Y lo advierte el Bayo *Prax. Eccles. part. 3. lib. 1. cap. 5. num. 61.* que puesta la fecha en la Escritura, y los testigos, *denotat perfectionem instrumenti confecti, & publicationem illius,* quando es puesta en el fin del instrumento: *Quando posita est in fine instrumenti*: Luego despues de la fecha, y testigos puede añadirse à el instrumento, y este serà el fin, y no la fecha, y testigos.

63. Puesta la fecha, y los testigos, advirtieron los otorgantes para evitar qualquiera duda, (aunque assi lo tenian entendido) se pusiesse con mas claridad el que las partes de dicha Dehesa quedaban tambien vinculadas. Y el acto declaratorio sigue la mesma naturaleza de el principal, y no añade, ni quita, como dize, *dict. leg. Heredes palam 21. §. 1. ff. qui testam. facer. poss.* ibi: *Poterit ne postea declarare de quo senserit? Et puto posse, nihil enim nunc dat, sed datum significat.* Dom. Salgad. *de Reg. Protect. part. 1. cap. 1. n. 24. & part. 4. cap. 12. num. 29. & seqq.* Y lo que manifestaron en las palabras: *Fecho vt suprà. Testigos, los dichos.* Dom. Castill. *tom. 6. Controv. cap. 117. num. 28.* Barbos. *dict. vsu frequent. dict. 395. n. 2.* Dom. Vela, *dissert. 49. num. 12. & 13.* Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 25. num. 259. & cap. 37. num. 97. & 98. & part. 3. decis. 42. num. 5.* Garcia *de Nobilit. in division. oper. num. 49.* ibi: *Est relativum, & restringit ad antecedens, & eius qualitates, & induxit repetitio-*

titionem omnimodam antecedentis. Y assi fue lo mesmo, que si se pusiera despues la fecha, y nombres de los testigos, y no se puede dezir, que antes de firmar las Partes, *estè la Escritura ya cerrada, ex leg. Contractus, C. de fide instrum.* ibi: *Transactionum etiam quas in instrumento rescipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumẽta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata.* Alv. Pegas *dict. cap. 1. num. 110.* ibi: *Dum enim contractus non signatur ab aliquo, vel à tertio eius præcibus imperfectum manet, & possunt contrahentes resilere.*

64. Es la Escritura para prueba de el contrato, y obligacion, y no precissa, sino es en los casos expressos de Derecho. *Leg. Pactis 7. C. de Pact. in Proem. & leg. 1. tit. 18. part. 3.* Valasc. *de Iur. Emphyt. cap. 8. num. 1. & seqq.* Dom. Olèa *de Cess. Iur. & action. tit. 1. quæst. 5. num. 12.* Y en tanto prueba, y les perjudica, en quanto las Partes lo firman; porque es visto confessar, aprobar, y obligarse, por todo lo que se comprehende en el instrumento, y se aprueba con la firma, que es el vltimo punto, y complemento del contrato. Alv. Pagas *dict. cap. 1. num. 98. & 110. & seqq.* Y comprehendiendo las firmas de los Interessados, y sus Curadores el dicho *Otrosi*, es parte, clausula, y condicion del mismo contrato, y no puesto por adictamento á la *Escritura ya cerrada.*

§. VI.

65. TUvo el pleyto principio viviendo D. Alonso de Figueroa, Marqués que fue de Valdesevilla, el que en vn Pedimento dixo: *Que aunque es cierto, que la ha tenido por vinculada el todo de la Dehesa, ha nacido de error, y falta de conocimiento, por aver sido hija vnica de Doña Cathalina de Figueroa, y de Don Alonso de Henestrosa, Doña Antonia de Figueroa y Vargas, y que por muerte de Don Alonso Sanchez de Figueroa, marido que fue de la dicha Doña Antonia, y Abuelos de mi Parte, quedò de tan corta edad Don Juan de Figueroa su hijo, y Padre de mi Parte, que no pudo tener conocimiento de lo que assi era libre, ò vinculado, ni tampoco quien le advirtiera, ni pidiera, porque tambien fue hijo vnico, y se entrò à posseer indistintamente, &c.* Roll. fol. 35.

66, La referida expressiones de ningun efecto, y nò puede perjudicar à los Successores. *Leg. Cum filius familias 28. ff. de Milit. Testam.* ibi: *Verum tamen alienum jus tollere non potest.* D. Molin. *de Hisp. Primog. lib. 1. cap. 8. n. 21. & lib. 4. cap. 8. n. 7.* D. Salg. *de Reg. Protect. p. 4. cap. 8. n. 1. El error, y falta de conocimiento*, es cierto lo padeció dicho Marqués, pero fue en la expression de dicho Alegato, pues no tuvo presente la expressada Escritura, ni haze mencion de ella, y que debiendose atender à el tiempo de

la muerte de la Doña Antonia de Vargas, de quien fueron las partes libres de la Dehesa, y no á el de la muerte del Don Alonso de Figueroa su marido, no dixo bien *quedò de tan corta edad Don Juan de Figueroa*, quando consta tenia ya mas de 23. años. Tambien se equivocò en afirmar, que fue hijo vnico, teniendo por su hermano, è interessado en las partes libres de dicha Dehesa à D. Juan de Silva (15), hijos de la dicha Doña Antonia de Vargas (11).

67. Y estando provèido de Curador, y executadose la Escritura con licencia de la Justicia, no puede asseguarse: *Que no pudo tener conocimiento de lo que assi era libre, ò vinculado, ni tampoco quien le advirtiera, ni pidiera, porque tambien fue hijo vnico.* Manifestado el *error, y falta de conocimiento*, con que se hizo dicho Alegato, aunque fuesse en materia, que pudiera perjudicarle, no debe obrar efecto alguno para el presente litigio, y verdadero successor de dicho Mayorazgo, *ex leg. Non fatetur 2. ff. de Confes. Cap. fin. eod. tit. Leg. 2. C. de error. Advocat. Leg. Error 7. C. de jur. & fact. ignor. Leg. 8. tit. 6. Leg. 5. tit. 13. part. 3. D. Valenz. conf. 27. num. 29. & 30. & conf. 178. num. 34. & seqq. D. Gonz. in dict. cap. final. num. 4. Villad. in Polyt. en la forma de libel. Exord. num. 58. Alvar. Peg. de Maiorat. tom. 2. cap. 9. num. 112.*

68. Y lo que prueba dicho Alegato es, que Don Juan de Figueroa (13) posseyò como vinculada toda la dicha Dehesa, sin dar parte à su hermano D. Juan de Silva, y que dicho Marquès la *ha tenido por vinculada el todo de la Dehesa*, sin averle pedido cosa alguna los otros sus quatro hermanos por todo el tiempo, que vivieron, que es vna prueba clara de la vinculacion, *ex leg. 41. Taur. hodie leg. 1. tit. 7. lib. 5. Recopil.* ibi: *Que los fijos mayores legitimos, y sus descendientes, succedian en los dichos bienes por via de Mayorazgo, caso que el Tenedor de èl dexasse otro fijo, ò fijos legitimos sin darles los que succedian en el dicho Mayorazgo alguna cosa, ò equivalencia por succeder en èl.*

69. Cuya observancia persuade, que los hijos del Don Juan de Figueroa (13) como noticiosos, è instruìdos de la verdad, y certeza del contrato, y de que su Tio Don Juan de Silva avia convenido en él, y que su Padre con este titulo, y no otro, entrò à posseer el todo de dicha Dehesa. Aguil. ad Roxas *de Incompat. part. 2. cap. 5. num. 89.* no intentaron cosa alguna, ni embarazaron, que el Marqués de Valdesevilla (16) posseyesse el todo de la Dehesa como vinculada.

70. Y por modo de interpretacion, ò declaracion es poderoso fundamento, que acredita la validacion de dicho contrato, el que vniformemente reconocieron todos, y nunca en su

vida

vida lo reclamaron, ni se opusieron à èl, antes sì à su vista, y ciencia se ha observado, y executado. *Ex leg. Si de interpretatione, ff. de legib. Leg. 6. tit. 2. part. 1.* Gutierr. *lib. 3. Pract. quæst. 16. num. 76. & seqq.* D. Salgad. *part. 1. de Retent. cap. 9. num. 9.* no tuvo nulidad, pero se huviera borrado con su practica. Urceol. *de Transf. part. 5. quæst. 94. num. 8.* ibi: *Observantia etiam transactionis longæva tollit etiam illius nullitatem.* Y quando no estuviesse tan clara la expressada condicion, de que fuesse toda la Dehesa vinculada, era suficiente esta observancia, y aversè siempre posseìdo por el hijo mayor, sin dar parte à sus hermanos por mucho menor tiempo, para que no se pudiesse poner en controversia su vinculacion. D. Molina *de Hispan. Primog. lib. 2. cap. 6. n. 57.* ibi: *Illud autem etiam animadvertendum erit, quod si inveniatur scriptura, quæ eiusdem institutor clarè Maioratum non instituat, sed in ea inveniantur aliqua verba, quæ quodammodo Maioratus institutionem, non tàm precisè inducere videatur, dispositiòque dubia sit, atque interpretationem requirat, si simul cum hæc scriptura interveniat consuetudo succedendi in eisdem bonis jure Maioratus, saltem per decennium, ex hac sola decenni consuetudine inducetur scripturæ eiusdem interpretatio, vt in bonis in ea contentis jure primogenituræ perpetuò succedendum sit.*

71. Porque tiene reconocida resistencia el subcitar tantos años vn derecho, en que los Autores no pensaron; *ex leg. Siquis fortè 6. ff. de Pœnis*, ibi: *Nec enim debebatur tam magnam rem tandiu reticere. Cap. 1. de Frigid. & maleficiat*, ibi: *Cur tandiu tacuit?*

72. Y por tener tanta repugnancia el estar en comunidad, *ex leg. 1. C. comm. divid. Leg. In re communi 26. ff. de servit. Vrban. Prædior. Leg. Cum Pater 77. §. Dulcissimis 20. ff. de legat. 2.* se presume, y prescribe qualquiera accion, para que se dividan los bienes por el espacio de 30. años. Ayora *de Partit. part. 3. quæst. 30. num. 106. & seqq.* que es à el fin á que se dirige la demanda, pues fenece con estas palabras: *Y en su consequencia mandar se haga la division, y particion.*

73. Nos resta satisfacer à la Rèplica, que se puede hazer con la Ley 41. de Toro citada. Porque para que se pruebe la Fúdacion del Mayorazgo, necesita la immemorial, y resultando, que tomò principio la possesion de dichas partes de Dehesa, como vinculadas en la expressada Escritura, su fecha 9. de Enero de 1636. no se puede alegar dicha immemorial.

74. Pudieramos responder, q̃ el transcurso de 100. años equivale à immemorial, ex D. Molina *de Hispan. Primog. lib. 2. cap. 6. num. 43.* Card. de Luca *de Feud. disc. 5. num. 27.* Urceol. *de Transact. part. 4. quæst. 79. n. 22.*

Que para tenerse los bienes por vinculados, basta la posseſsion de 40. años, como fundan los Add. à el Sr. Molina *lib.2. cap.6. n.52.* verſ. *Limitatur ſecundo.* Alv.Peg. *de Maiorat. tom.1. cap.1. num.19. & 42.* verſ. *Quod ad primam*, ibi: *De modo, & forma ſuccedendi in prædictis bonis, verificato ſaltem in duabus perſonis, & duobus actibus ſpatio triginta annorum, vel quadraginta. Cap.6. num.190.* verſ. *Dubia eſt. Et tom.2. cap.9. num.419.* y que el titulo con la posseſsion de quarenta años equivale à immemorial. D. Caſtill. *de Tert. cap.34. num.2.* Valer. *de Tranſact. tit.4. quæſt.2. num.75.* y que la dicha Ley hablò quando no ay titulo alguno en que se funde, como le ay en el caſo preſente.

75. Y lo cierto es, que no necesitamos ocurrir à la prescripcion, porque teniendo el instrumento de la Fundacion, la mesma Ley dize: *Que el Moyorazgo se puede probar por la Escritura de la institucion de èl*, sin necesitar de ocurrir à otra prueba. Y las razones, que se han ponderado, son para mayor claridad del derecho, que defendemos, y desvanecer los fundamentos, con que se ha deducido la demanda.

76. Asistiendo à el instrumento, y Transaccion la presumpcion para su subsistencia, y validacion. D. Castill. *de Aliment. cap.36. §.2. num.32.* Alv. Pegas *Resolut. Forens. tom.1. cap.7. n.70. & num.77.* verſ. *Meum ſolum eſt.* Era preciſſo para desvanecer dicho contrato, el que se probasse vna evidentisima, y clara razon de su nulidad, y que manifestassen los Actores el que les asiste accion para litigar en juizio, lo que no han hecho, y por lo que suplica Don Joseph Manuel de Villena se le absuelva, y determine á su favo. S.I.O.V.D.C.

Lic. D. Christoval de Espinosa Ocampo.

POR

EL DEAN, DOCTORAL, Y MAGISTRAL de la Santa Igleſia Cathedral de la Ciudad de Cordova, como Adminiſtradores de la Obra Pia, que para caſar Donzellas pobres, mandò fundar el Reverendo Obiſpo, que fue de dicha Ciudad, Don Franciſco Pacheco de Cordova (9).

EN EL PLEYTO

CON D. JUAN BAPTISTA CENTURION, Marquès de Eſtepa (25), y Don Joachin Antonio Palafox y Centurion, Almirante de Aragòn. (24)

Impreſſo en Granada, Año de

En la Imprenta Real. 1742.

P O R

EL DEAN, DOCTORAL, Y MAGISTRAL
de la Santa Iglesia Catedral de la Ciudad de Cor-
dova, como Administradores de la Obra Pia, que
para casar Doncellas pobres, mandó fundar el
Reverendo Obispo, que fue de dicha Ciu-
dad, Don Francisco Pacheco de
Cordova (9).

EN EL PLEYTO

CON D. JUAN BAPTISTA CENTURION,
Marqués de Elche (25), y Don Joachin An-
tonio Palafox y Centurion, Administrador
de Aragón. (24)

***

N. 1. EN EL MEMORIA impresso se contienen las Fundaciones, y pretensiones de las Partes, reducida la de el Dean, Doctoral, y Magistral de la Santa Iglesia Cathedral de la Ciudad de Cordova, como Administrador de la Obra Pia, que para casar Donzellas pobres, mandò fundar el Reverendo D. Francisco Pacheco de Cordova, Obispo que fue de dicha Ciudad, à que se declare aver llegado el caso de succeder en los bienes de su dotacion, y que se le mande dar la possession con los frutos, y rentas, que han rentado, y podido rentar. (Mem. n. 40.)

2. Don Manuel Centurion (23), Marquès que fue de Estepa, y al presente Don Juan Baptista (25) su hijo, pretenden tocarle la succession de dichos bienes, imponiendo perpetuo silencio à los dichos Dean, Doctoral, y Magistral de dicha Santa Iglesia, y ser el legitimo successor de dichos bienes. (Mem. n. 41)

3. El Almirante de Aragòn (24) en quanto à la pretension de los dichos Dean, Doctoral, y Magistral, pretende igualmente la absolucion, y que se declare es el legitimo Successor en dichos bienes, excluyendose mutuamente el dicho Marquès de Estepa, y el expressado Almirante de Aragòn; y no dudandose, que aviendo llegado el caso de la Fundacion de dicha Obra Pia, no tienen derecho los otros dos Colitigantes, fundarèmos en dos Puntos, el aver llegado el caso de la Fundacion de dicha Obra Pia, y respondèrèmos à las excepciones, q̃ se oponè, para pretender deberse succeder entre los descendientes de Don Diego Fernandez de Cordova (8), y que durante esta linea, no tiene lugar la Fundacion de dicha Obra Pia.

PUNTO I.

4. EL dicho Reverendo Obispo no estando obligado à donar, ni agregar á los Mayorazgos de sus ascendientes, de su libre, y espontanea voluntad, y movido de la causa final (que es la que dà toda la fuerça à la disposicion, Tiraquel. *de Cessante causa cessat effectus, part. 1. num. 20. & in repet. leg. Si vnquam*, verbo *Donatione largitus, num. 42.* Dom. Olea *de Cess. Iur. & Act. tit. 2. quæst. 7. n. 2.* Addent. ad Dom. Molin. *de Primog. lib. 4. cap. 2. num. 18.* vers. *Caterum.* Aguil. ad Roxas *de Incompat. part. 1. cap. 2. n. 188. & seqq.*) que fue el matrimonio, que avia de contraer su sobrino Don Francisco Fernandez de Cordova (11) con Doña Maria de Haro Sotomayor (12), agrega todos sus bienes libres á el Mayorazgo, que instituyò, y fundò D. Alonso Fernandez de Cordova su Abuelo (1), y acresentaron sus Padres.

5. Que esta fuesse la causa final lo expressa en la introduccion, y lo confirma el referir las Capitulaciones Matrimoniales, y el conformarse con ellas (*Memor. num. 11.*) y lo persuade, el que en falta de morir sin hijos, y successores los dichos D. Francisco Fernandez de Cordova, y Doña Maria de Haro (11. y 12.), reserva la facultad de disponer, ibi: *Por tanto es nuestra voluntad de instituir este Mayorazgo, con condicion, que si qualquiera de los dichos Marquesa, y Don Francisco (11. y 12.) murieren sin hijos, y successores, ò muriendo con ellos faltare en algun tiempo, y se acabare la succesion, y descendencia, assi varones como hembras, de manera, que aya de succeder algun transversal, que no sea*

descendiente de los susodichos: desde aora para entonces reservamos, y resumimos en nos todos los dichos bienes, &c. (Memor. num. 14.)

6. Porque haziendose la disposicion con el respecto á cierto matrimonio, los que proceden de èl son solamente llamados, y no otros. Argum. Text. *in leg. Matrimonij 21. ff. qui, & aquibus*, ibi: *Quasi de his nuptijs Senatus, senserit, quæ post manumissionem nullis alijs interpositis secutæ fuerunt.* Dom. Larr. *decis. 33. num. 24.* ibi: *Quando alicuius matrimonij prætextu donatio fit, non posse appellatione filiorum comprehendi, qui ex alio matrimonio, sicut nec comprehenditur alia vxor.* Caldas Pereyra *Variar. de Nomination. Emphyteutic. quæst. 15. num. 8.*

7. Y assi como causa final la del tal matrimonio, faltando este, ò los hijos de él, como vnico objeto de la disposicion, es precisso falte el derecho à la succesion. Dom. Castill. *tom. 6. Controv. cap. 172. num. 7.* ibi: *Dicitur prima in consideratione disponentis, & vltima in fieri dispositi, & primum principium intentionis, & vltimum executionis, dicitur etiam causa finalis obiectum intellectus, sicut signum visus, & portus navigantium. Quoniam quid quid agimus propter hunc finem agimus.* Dom. Olea *dict. quæst. 7. num. 2.* ibi: *Finalis causa iuxta Baldum in leg. 1. C. de falsa causa adiect. legat. est obiectum voluntatis, & dicitur regere, & gubernare omnem dispositionem, & est, qua ab agente principaliter consideratur, & taliter movet vt ea cessante non facere, vel ita non facere, & hæc causa finalis dicitur veré causa.* Aguil. ad Roxas *de Incomp. part. 1. cap. 2. num. 105.* ibi: *Cessante causa donationis cessat donatio* ::: Et n. 106. in fin. *Quia donatio intuitu personæ facta, licèt sit irrevocabilis deficiente persona extinguitur.*

8. Por esto en falta de los descendientes, ò succesion de dicho matrimonio, que fue la causa expressa, y por tanto la final de la disposicion. Torr. *de Maiorat. tom. 2. quæst. 12. num. 15.* Dom. Molin. *de Hisp. Primog. lib. 1. cap. 5. n. 13.* reservò la facultad de disponer, en cuya virtud, aunque dicha Escriptura huviesse tenido todas las circunstancias, que la constituyessen irrevocable, pudo hazer la disposicion en la forma, que mas bien visto le pareciesse, y tiene efecto la ley, modo, ò condicion, que le puso al tiempo del contrato. *L. 27. ff. de diverf. reg. juris.* ibi: *Nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit. leg. 2.* ibi: *Lege scilicèt quæ ei imposita est conservanda, & leg. 3. C. de donationib. quę sub mod. L. 17. & L. 44. Taur.* ibi: *O que al tiempo, que lo hizo el que lo instituyò, reservasse en la misma Escriptura, que hizo de dicho Mayorazgo, el poder para lo revocar, que en estos casos mandamos, que despues de hecho lo pueda revocar.* Dom. Olea *de Ces. Iur. & act. tit. 2. q. 2. n. 11.* Tell. Fern. *leg. 17. Taur. n. 115. in fin. & 116*

9. Porque siendo dueño de los bienes, de q̃ disponia, fue arbitro para executarlo como le pareciesse, *ex leg. 2. ff. si apparent. quis manumis. sit. Leg. in de mandata, C. mandat.* Gomez *in leg. 70. Taur. num. 1.* D. Castill. *lib. 5. Controv. cap. 64. num. 12.* Barbos. *in lib. 4. Codic. tit. 35. leg. 21. num. 1. & 4.* Y como en el todo pudo no disponer á favor de su familia: Es precisso confessar, que en el modo tuvo arbitrio para limitarlo á el tiempo, y circunstancias, que le pareciesse, *ex leg. 7. §. 6. ff. de pact.* ibi: *Si igitur in totum potest cur non, & pars eius pactione mutari potest?* D. Molina *de Hispan. Primog. lib. 1. cap. 8. num. 24.* D. Castill. *tom. 5. Controv. cap. 64. à num. 13.* Dom. Salgad. *part. 1. Labyr. cap. 36. num. 25. & part. 2. cap. 16. num. 51.*

10. Usando de dicha reserva, en su Testamento, que otorgò

en

en 1. de Octubre de 1590. dize: *Que vsando de la facultad, y poder de poner los vinculos, y condiciones, que quisiere, y resumier en mi la hazienda, que assi vinculè en caso, que los dichos Señores Marquesa, y Don Francisco murieren sin hijos, ò teniendolos faltasse succession, ò descendencia de ellos, en qualquiera tiempo, ò de qualquiera manera: Digo, y declaro, que si en algun tiempo succediere faltar successor descendiente legitimo del dicho Don Diego mi hermano en su Casa, y Mayorazgo, ò succediendo hembra, se juntare con otra Casa, y Mayorazgo, mayor, ò menor, que sea, todos los dichos bienes contenidos en la dicha Escriptura de Vinculo, que yo hize: quiero, que se desmembren, y aparten del dicho Mayorazgo, y se junten con los bienes, que de suso se diràn, y de todos es mi voluntad, que haga vna Casa de Donzellas pobres, donde se crien, y alimenten con toda virtud, y honestidad, y despues se les ayude para tomar estado de Religiosas, ó casadas, segun las Constituciones, que se avian de hazer; y nombro por perpetuos Administradores, al Dean, Doctoral, y Magistral de dicha Santa Iglesia, y sea Patron de la dicha Casa el successor, que fuere en el Mayorazgo, que aora posee dicho D. Diego mi hermano varon, ò hembra.* (Memor. num. 20.)

11 Para fundar la succesion es precisso manifestar, que llegó el caso del llamamiento. *L. 1. C. quor. bon.* Dom. Larr. *decis. Granat. decis.* 33. *num.* 33. Dom. Molina *de Primogen. lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 5. D. Castill. *lib.* 4. *Controv. cap.* 9. *num.* 3. Pegas *de Maioratib. tom.* 2. *cap.* 10. *num.* 1. ibi: *Et suæ substitutionis casum eveniisset*, y que han faltado todos los anteriormente llamados, Gutierrez *cons.* 26. *num.* 3. Dom. Molin. *de Primog. lib.* 3. *cap.* 10. *n.* 15. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *num.* 42. vers. *Sed illa conditio.* Dom. Larr. *decis.* 38. *num.* 3. Roxas *de Incompatibilit. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 63. Dom. Castill. *tom.* 6. *Controv. cap.* 136. *num.* 67.

12. Que estuviessen llamados los hijos, y descendientes de D. Francisco Fernandez de Cordova (11) del Matrimonio, que contraxo con Doña Maria de Haro (12) no es controvertible, y fue à lo que vnicamente se terminò la disposicion; y aviendo faltado estos, no tiene duda se purificò la condicion de la falta de los nombrados à la succesion, y llegó el caso de la substitucion de la Obra Pia.

13. Sin que obste el que dixo: *Que si en algun tiempo succediere faltar successor descendiente legitimo de dicho Don Diego mi hermano en su Casa, y Mayorazgo, &c.* Y en cuyas vozes parece puso tambien en condicion, para que succediesse la Obra Pia todos los descendientes de el dicho D. Diego, los que existen, pues son dicho Marquès de Estepa, y Almirante de Aragón.

14. Es cierto, que en la Escriptura del año de 581. para vsar de la reserva, no estàn puestos en condicion otros, que los expressamente llamados, que son los descendientes de dicho Don Francisco, y Doña Maria de Haro (11. y 12.) ibi: *Y si acaso la succession, y descendencia, assi varones, como hembras, de manera, que aya de succeder algun transversal, que no sea descendiente de los susodichos: desde aora para entòces reservamos, &c.* (Y antes) *Que si qualquiera de los dichos Marquesa, y Don Francisco muriere sin hijos, y successores, ò muriendo con ellos, faltare en algun tiempo.* (*Memor. num.* 14.)

15. Con que en vna, ni en otra disposicion estàn llamados los demás descendientes del dicho Don Diego, y solo podràn dezir, que como puestos en condicion tienen derecho á la succesion. Pero debiendo explicarse las vozes de las disposiciones, segun la intencion, y fin de los que las hazen. Torre *de Maiora-*

tib. tom. 2. quæst. 12. num. 16. quæst. 53. num. 51. Dom. Castill. *lib. 5. Controv. cap. 86. num. 40.* Mantica *de Coniectur. vltimar. volunt. lib. 3. tit. 3. num. 9.*

16. No pudiendo dudarse, que el fin principal de dicho Reverendo Obispo, fue atender la descendencia de dicho Matrimonio, se debe entender, que las vozes del Testamento en que dixo: *Succesſor descendiente legitimo del dicho Don Diego mi hermano en ſu Caſa, y Mayorazgo*, deben aplicarse ceñidas, y contraídas à el especifico caso en que iba hablando, que era de la descendencia de los dichos Don Francisco, y Doña Maria de Haro, que lo eran del dicho Don Diego (8), y por entonces succesſor en su Casa, y Mayorazgo.

17. Lo primero: porque las palabras dudosas se deben interpretar segun la sugeta materia de que se habla. Flores Diaz de Mena, *lib. 2. Variar. cap. 24. num. 33.* Menoch. *de Præſumpt. lib. 3. præſumpt. 104. num. 28.* Dom. Valenç. *conſ. 119. n. 106. conſ. 133. num. 50. & conſ. 136. n. 15.* Dom. Vela *diſſert. 6. num. 24. diſſert. 7. num. 52. & diſſert. 10. num. 55.* El Testador no tuvo otro fin, ni por entonces el tratar de otra succesion, que la del dicho D. Francisco (11): Luego à esta se debe entender, el que determinò su voluntad, y que si otra cosa quisiesse, lo huviera dicho. Dom. Valenç. *conſ. 18. num. 53. conſ. 79. num. 113. conſ. 91. num. 13. & conſ. 93. num. 25.* Dom. Castill. *tom. 7. Controv. cap. 20. num. 6. & tom. 4. cap. 14. num. 7. & de Vſufruct. cap. 3. num. 82.*

18. Esto lo persuade mas el hablar del succesſor legitimo de el Don Diego (8) *en ſu Caſa, y Mayorazgo.* Cuyo pronombre *ſu*, limita, y restringe la voluntad à solo la linea efectiva. Cardin. de Luca *de Fideicommiſ. diſc. 33. num. 11.* ibi: *Quod vocata familia vbi potiſſimè adeſt pronomen ſuum, vel ipſius intelligitur de efectiva diſc. 50. num. 4. diſc. 51. n. 2.* Torre *de Maioratib. part. 1. cap. 38. §. 8. num. 244.* Barbos. *de Appellat. verbor. appell. 94. num. 2.* que era la del Don Francisco (11), en quien se hallaba radicada la succesion, *ſpectando magis ſubſtantiam voluntatis, quam formulam verborum.* idem Luca *num. 21. diſc. 51. n. fin. diſc. 54. n. fin. diſc. 82. num. 2. diſc. 86. num. 6.* y con motivo igual el Torre *de Maioratib. tom. 2. quæſt. 42. num. 9. 12. verſ. Quæ eſt, & num. 13.*

19. Lo segundo: porque quando la voluntad no es absolutamente clara, las vozes, y expresiones generales, se entienden, y limitan por las especiales, D. Gonçal. *in cap. 1. de Reſcript. num. 14.* D. Castill. *lib. 5. Controv. cap. 95. à num. 23.* vozes generales parecen las de *succeſſor deſcendiente legitimo del Don Diego*; pero como la disposicion se terminaba à la descendencia del D. Francisco (11), aunque por la voz *succeſſor legitimo* se pudieran comprehender segun lo general de su significado, no solo á D. Francisco, y su linea, sino es à Doña Maria (14), y los suyos: debiendose esta restringir tan solamente à los llamamientos, que hizo dicho Reverèdo Obispo. Fusar. *de Subſt. quæſt. 339.* apud Cardin. de Luc. *de Fideicommiſ. diſc. 36. num. 2.* Y assi, aunque se halle descendiente *del Don Diego* (8) no se puede considerar por *succeſſor legitimo* para dicha Agregacion, pues lo restringiò, y coartò su Fundador á mas especifico caso.

20. Y tambien porque la persona excluída nunca es puesta en condicion, ni llamada. Cardin. de Luca *de Fideicommiſ. diſc. 49. num. 4.* Con que estando excluìda la hembra, cuyos descendientes pudiessen tener otro Mayorazgo, no està, ni su linea puesta en condicion, ni in-

cluí-

cluìda en el llamamiento generico de los descendientes del Don Diego (8).

21. Prueba este concepto la disposicion de la ley *Cum in testamento, §. 2. ff. de hæredib. instit.* Cuya especie es de vn Padre, que instituyò por herederos à sus hijos, con esta expresion generica, y despues dixo, que exheredaba à Publio su hijo, por lo qual resuelve el Jurisconsulto, que de tres hijos, que tenia, solos dos estaban instituídos, ibi: *Qui tres filios habebat, & ita scripserit: filij mei hæredes sumpto, Publius filius meus exhæres esto videri potest, prima parte duos dumtaxat filios hæredes instituisse*: porque el discretivo, y separado llamamiento, ó exclusion, limita, y restringe, para que no se entienda en el vniversal llamamiento, incluído el especificamente nombrado, *ex Text. in leg. 13. §. 1. ff. vulgar. & pupilar. L. 100. §. 1. ff. de legat. 3. L. 18. §. 11. ff. de fund. instruct. L. 16. §. Basilicę, ff. de alim. & cibar. legat.* Alv. Peg. *de Maiorat. tom. 2. cap. 8. num. 35. & 36.*

22. En tanto se entenderia puesta en condicion, en quanto no fuerã adaptables las palabras del Reverendo Obispo, *ò succediendo hembra se juntare cõ otra casa, y Mayorazgo mayor, ò menor, que sea*, à la Doña Maria; pero siendo esta qualidad la q̃ le obsta por semejãte consideraciõ, como excluìda, no puede succeder, ni sus hijos, y descendientes. Y assi se manifiesta, que segun la voluntad de dicho Reverendo Obispo, no comprehendio otra descendencia, que la del Don Francisco, ni de otra hablò en dicha expresion: *successor legitimo del dicho D. Diego.* Torr. *de Maiorat. part. 1. cap. 37. num. 54.* ibi: *Conditio si sine filijs relata ad easdem personas, semper intelligitur de eisdem filijs, suprà dispotisivè vocatis.*

23. Y lo tercero: porque segun el estado de la descendencia del dicho Don Diego (8), no podia hablar de otros descendientes del dicho su hermano, que los de el dicho Don Francisco, ni los avia succesibles en dicha Agregacion; porque segun el Arbol impresso, solo avia Don Diego Fernandez de Cordova Dean de Sevilla, el qual no podia tener sucesion, y estaba excluìdo como Clerigo en la Fundacion de Don Alonso Fernandez (1), à que se hazia la Agregacion (*Mem. num. 3.*), y Doña Matia Fernandez de Cordova, muger de D. Juan Baptista Centurion Marquès de Estepa (14), á la qual la suponia excluída, por estar ya casada con el dicho Marqués. (*Mem. num. 18.*)

24. No es dudable, aun entre los descendientes del dicho Don Francisco mas predilectos, y vnico objeto de su disposicion (Menoch. *de Coniect. vltim. volunt. lib. 6. tit. 13. num. 11.* Torre *de Maiorat. part. 2. quæst. 17. num. 26.* Dom. Solorç. *de Iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 8. n. 19. & in Polytic. lib. 3. cap. 24. fol. 410. vers. Y otra.* Ayllon ad Gom. *lib. 1. Variar. cap. 12. num. 20.*) *El que succediendo hembra, se juntare con otra Casa, y Mayorazgo mayor, ò menor que sea* (*Mem. num. 20.*) llegasse el caso de la Fundacion de la Obra Pia: Con que con mayor razon se debe entender en vna hembra ya casada en otra Casa, y Mayorazgo, y que no ignorandolo no hizo mencion de ella; y por lo que no se puede dudar, que ni la llamó, ni quiso se entendiesse, ni de sus descendientes la vniversal comprehension de *Successor descendiente legitimo de dicho Don Diego.*

25. Y no verificandose en esta linea las vozes de la disposicion, para que se entiendan llamados, Escobar *de Ratiocin. cap. 28. num. 27.* Dom. Valenç. *cons. 120. num. 36.* Dom. Vela *dissert. 7. num. 2.* Dom. Castill. *tom. 3. Controv. cap. 15. num.*

29. ibi: *Cum pro se non habeat verba nec dispositionem, ipsi agenti, & successionem horum Maioratuum prætendenti, obstat equidem peremptoria exceptio, & obijci debet, malé agis, & sine iure, quia tali casu de te non loquitur substitutio, vel scriptura.* No hazen condicion, ni pueden obstar à el derecho de la Obra Pia, para que se dude llegò el caso de su llamamiento, y Fundacion, lo que se harà mas claro respondiendo à las objecciones contrarias.

26. Y vltimamente: siendo constante, que la mente de dicho Reverendo Obispo fue prohibir en la Agregacion el concurso: *Con otra Casa, ò Mayorazgo, mayor, ò menor*; pretender dicha Doña Maria estàr essempta de dicha general disposicion, no es admisible con las Clausulas expressas de la Fundacion, por no admitir estas interpretacion alguna en su inteligencia, y quando la admitiessen, siendo la mas propria, natural, y verdadera la à favor de la Obra Pia (por conformarse mas esta à la voluntad de dicho Fundador, *ex dict. sup. n.* 15. *& infrà n.* 47. *y* 48.) en duda se debe estár á esta, y no à otra qualquiera, que se alegue, *ex leg. Fideicommissum, ff. de condit. & demonst. Leg. Ex ea parte. §. In Insulam, ff. de verbor. oblig.* Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præs.* 81. *num.* 19. Mantica *de Coniectur. vltim. volunt. lib.* 3. *tit.* 4. *num.* 15. apud Barbos. *Axiom.* 222. *num.* 27.

PUNTO II.

27. PRetendiendo la Parte de la Obra Pia, que llegò el caso de su Fundacion, se desvanece la controversia entre el Marquès de Estepa, y el Almirante de Aragón, sobre la qualidad de la Agregacion, que hizo el Reverendo Obispo Don Francisco Pacheco entre las lineas llamadas, nada conducente à perjudicar el derecho de la Obra Pia; por lo que omitiendo las razones, en que vno, y otro Colitigante se fundan para excluirse entre sí, solo debemos tratar de las excepciones, que oponen para fundar, el que deben succeder en dichos bienes, y no la Obra Pia.

28. En los dos Juizios de Tenuta, que se han seguido sobre la succcsion de dichos bienes, en el primero obtuvo Don Diego Fernandez de Cordova (13) (*Mem. num.* 26.) en el que litigò dicha Doña Maria (14). En el segundo, la determinacion fue declarar no aver avido lugar à el Juizio de Tenuta, y se mandò, que las Partes pidiessen, y siguiessen su justicia, donde, y como les conviniesse (*Mem. num.* 38.)

29. Remitido el conocimiento á esta Chancilleria, el Dean, Doctoral, y Magistral de dicha Santa Iglesia de Cordova, Patronos, y Administradores de dicha Obra Pia, pusieron su demanda, à la que saliò el Marqués de Estepa (23) por cabeza de su muger, alegando, que no faltaban descendientes de dicho D. Diego Pacheco (8) por serlo su muger, como se manifestaba del Arbol.

30. Para responder á este fundamento, es precisso tener presente lo que dexamos dicho en los num. 15. 16. y sig. de que el Fundador no comprehendiò todos los descendientes de dicho Don Diego (8), sino es solo los que lo eran por Don Francisco Pacheco su sobrino (11), y á estos se debe restringir la volùtad, y dispositivo de dicha disposicion.

31. Ha sido variamente controvertida entre los Autores la quest-

tion

tion de si los puestos en condicion sean llamados, y cesiando conjeturas que lo persuadan, es la comun resolucion, que no estàn llamados. Gom. *tom.* 1. *Var. cap.* 3. *num.* 23. & ibi Ayll. *num.* 33. D. Crespi *part.* 1. *observ.* 19. *num.* 6. & 15. Ortega ad D. Covarr. *tit. de Testam.* §. 3. *num.* 3. Cardinal. de Luca *de Fideicommiss. disc.* 40. *num.* 8. *disc.* 47. *num.* 2. *disc.* 66. *num.* 6. *disc.* 73. *num.* 3. *disc.* 74. *num.* 4. & *num.* 7. vers. *Altera, disc.* 81. *num.* 5. *disc.* 80. *num.* 10. Torr. *de Maioratib. tom.* 2. *quæst.* 32. *num.* 2. & *quæst.* 55. *num.* 28. Alvar. Pegas *de Maioratib. tom.* 2. *cap.* 10. *n.* 823. Con que no teniendo llamamiento otros, que los descendientes del dicho Don Francisco (11), como aparece de la Escriptura de Agregacion (*Mem. num.* 14.) el aver hecho la expresion en el Testamento (*Memor. num.* 20.) de poner en condicion al succesor descendiente legitimo del dicho Don Diego, no es motivo en que funde derecho á la succesion, y assi no podrà obstar à la Obra Pia, ni embarazarle como succesor, el que llegue el caso de su Fundacion, *quia de te non loquitur substitutio*, Cardin. de Luc. *de Fideicommiss. disc.* 71. *n.* 2. Torr. *de Maioratib. tom.* 2. *quæst.* 53. *num.* 13. Dom. Castill. *sup. cit. n.* 25. y como dixo la ley de Partida: *Semejaria estraña cosa, que ella pudiesse hazer daño á otri segund ley, nõ mereciendo, nin veniẽdo ende à ella ninguna pro. L.* 9. *tit.* 13. *part.* 6. Surd. *de Aliment. tit.* 1. *quæst.* 33. *num.* 13.

32. Y aunque en materias de Mayorazgos se diga, que los puestos en condicion sean llamados, ò á lo menos, que embarazan el que llegue el caso del llamamiento del sobstituto, por no hallarse purificada la condicion, baxo de la qual està llamado. Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 37. *num.* 43. & *tom.* 2. *quæst.* 10. *num.* 49. & 50. Respondémos, que assi el Marqués de Estepa, como el Almirante de Aragón (24. y 25) Litigantes en este pleyto, pretenden la succesion como descendientes de Doña Maria Fernandez de Cordova (14) excluída, y por consiguiente todos sus descendientes. *L. Vnic. C. de Latin. libert. tollend. in princip.* ibi: *Satis absurdum est ipsa origine rei sublatæ, eius imaginem de relinqui.* Auth. *de hæredib. quæ abinteст. ven. cap.* 3. §. *Si igitur*, vers. *Et ex diverso*, ibi: *Huius filios ab hæreditate excludimus, sicut ipse si viveret ab hæreditate excludebatur.* Dom. Vela, *differt.* 49. *ex num.* 58. Dom. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 35.

33. Que dicha Doña Maria està excluìda, y por consiguiente ni llamada, ni puesta en condicion, se manifiesta de la voluntad de dicho Reverendo Obispo: *O succediendo hembra se juntare con otra Casa, ò Mayorazgo mayor, ò menor que sea.* (*Mem. num.* 20.)

34. Incidiò en el pleyto la duda, de si dezia *O* succediendo, ò *E* succediendo, y se hallaron dos copias en la vna, que dezia, *O* succediendo, y en la otra, que dezia, *E* succediendo; pero en vna, y otra explicacion debiendo atender la mẽte del Testador, *ex dict. supr. num.* 15. es cierto, que la diccion *O*, ò *vel*, se resuelve en copulativa. Cardin. de Luca *de Fideicommiss. disc.* 88. *num.* 5. y se pone *declarativè*, ò como correctoria de la proposicion vniversal. *L. Isqui* 13. §. 2. *ff. commodat.* Barbosa *diction. vsu frequent. dict.* 415. *num.* 5. & 10. en lo qual quiso el Fundador, que en el llamiento de los descendientes no se comprehendiessen las hembras, que por su casamiento no se huviesse su Agregacion de juntar con otra Casa, y Mayorazgo mayor, ò menor que sea: y no dudandose, que por el casamiento de dicha Doña Maria, aviendo de succeder esta, ó sus descendientes, se juntaba con la Casa, y Mayorazgo de

Estepa, (y al presente en este pleyto, ó con la de el Almirante de Aragòn) se hallaba excluída, y como si no huviesse nacido para el llamamiento. Cardin. de Luca *de Fideicommiss. disc.* 63. *num.* 10. ibi: *Quoniam cessante dicto casu, in quo excluso sit adeo effrænata, quod importet omnimodam anihilationem, ac si tales personæ non essent natæ, vel non essent in rerum natura.* D. Paz *de Tenut. cap.* 34. *num.* 18. Dom. Valenç. *cons.* 83. *num.* 7. & 8. Torre *de Maioratib. tom.* 2. *quæst.* 10. *num.* 39. *quæst.* 53. *num.* 10. porque el no llamado, no forma, ni haze linea succesibile, por cuya representacion puedan, ni deban succeder, los que de él proceden. Idem Torr. *n.* 16. & *seqq.* Alv. Peg. *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 8. *n.* 37. & *sup. n.* 32.

35. En la Escriptura de 3. de Abril de 581. (*Mem. num.* 10.) tuvo presente para la Agregacion dicho Reverendo Obispo, la gratitud à su familia, y tratar de su conservacion, que se consigue por el medio de las Fundaciones de los Mayorazgos, con el que se mantiene el lustre, y memoria de las Casas, *ex leg.* 7. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopil.* ibi: *Como en la conservacion, y amparo de las familias.* Roxas *de Incompat. part.* 8. *cap.* 1. *à num.* 63.

36. La *conservacion* tiene respecto à la perpetuídad del Nombre, y Apellido; y el *amparo de las Familias*, á que con las riquezas no solo mantengan el debido explendor, (porque sin bienes, y rentas, no se puede mantener el lustre, y es precisso descaezca la correspondiente decencia. Roxas *de Incompat. part.* 8. *cap.* 1. *ex num.* 24.) sino es tambien amparen, y sobstengan la indigencia de los demàs parientes, *ex dict. leg.* ibi: *En las quales muchos de sus Parientes, y Criados, y otros hombres se acostumbraban mantener, y sobstener.* Roxas *vbi suprá num.* 13.

37. Y estos son los fines porque fundandose los Mayorazgos se hazen incompatibles con otros, porque se obscurece, y olvida la memoria de los Fundadores. D. Larrea *decis.* 51. *num.* 17. Roxas *part.* 7. *cap.* 1. *num.* 24. y cessa la necesidad, assi de el posseedor, como de sus dependientes, y allegados. Roxas *dicta part.* 8. *cap.* 1. *ex num.* 13. Torre *de Maioratib. part.* 2. *quæst.* 53. *num.* 52. especialmente quando la hembra es por cuyo derecho se adquiere el Mayorazgo, porque passando à la familia del varon con quien casa, y debiendo los hijos seguir el Apellido, y Casa de los Padres, se obumbra, y borra la memoria de la de las Madres, *ex leg. Quicumque* 10. *C. de Re Milit.* Tiraquel. *ad LL. Connub. L.* 1. *num.* 12. ibi: *Suæ familiæ caput, & finis.* Dom. Vela *differt.* 1. *num.* 2. Botiller. *de Succes. Theorem.* 2. *num.* 20. Cardin. de Luca *de Fideicomm. disc.* 44. *num.* 21. D. Gonçal. *in cap.* 11. *de Sponsalib. num.* 8. Roxas *de Incompatib. part.* 4. *cap.* 3. *num.* 4. D. Olea *de Cess. Iur. ad addit. tit.* 3. *quæst.* 3. *num.* 1. y dixo Tacit. *lib.* 12. *num.* ibi: *Né fœmina alias domum ferre.*

38. Por dos motivos debian las mugeres Israelitas, casar con varon de su agnacion, y la viuda, que no avia tenido hijos, con el hermano del marido defunto. El vno, porque casando la muger paraba en la familia del Marido, cuyo nombre seguian los hijos, y se borraba el de la Tribù de la muger, ò del Marido defunto. Deuteronom. *cap.* 25. *vers.* 5. ibi: *Quando habitaverunt fratres simul,* (hoc est: *Quando eiusdem Tribus, & familiæ fuerint.* P. Titin. *Comm. in dict. cap.*) *& vnus ex eis absque liberis mortuus fuerit vxor defuncti non nubet alteri, sed accipiet eam frater eius, & suscitavit semem fratris sui, & primogenitum ex ea filiũ nomine illius appellavit, vt non deleatur nomẽ eius ex Israel.*

39. Y el otro, porque el patrimonio, y herencia no passasse à otra Tribù, y nombre, con el casamien-

miento, que hizieſſe con hombre de otro Apellido, y *ſe juntare con otra Caſa, ò Mayorazgo mayor, ò menor, que ſea*, como dixo el Reverendo Agregante. Num. *cap.* 36. *verſ.* 3. *& traſlata ad aliã Tribum de noſtra hæreditate minuetur.* Bien podia caſar con los de otra Tribu, pero debiã hazerlo de la ſuya propria, para que ſe conſervaſſe en la familia el proprio nõbre, y no ſe obumbraſſe con la del marido, *verſ.* 8. ibi: *Et cunctæ fœminę de eadem Tribu maritos accipiẽt, vt hereditas permaneat in familijs, nec ſibi miſceantur Tribus, ſed ita maneant vt á Domino ſeparatæ ſunt.* Addit. Gloſſæ Ordinar. ibi: *Quia per talem commixtionem hæreditas vnius Tribus tranſiret in aliam, quod erat contra ordinationem Divinam.*

40. De tal forma dize el Padre Tirino *Comm. in dict. cap.* 36. que ſi al tiempo, que caſaba fuera de el Tribu la hembra, no tenia la herencia, ò ſucceſsion adquirida, y le venia deſpues, no la podia obtener, pues por el proprio hecho de aver caſado con marido de otro Apellido, ò Tribu, quedaba excluída, ibi: *Nã quo caſu nupſiſſent alienis, & ſi poſteà ſublatis fratibus, & propinquis, fortè deboloretur ad ipſas hæreditas, nõ ſuccedebant tamen in hæreditate, quia matrimonio ſuo cum extraneis cenſebantur juri ſuo ſucceſsionis, renunciaſſe: & tunc hæreditas illa ad alios propinquos, ejuſdem Tribus, & familiæ tranſibat per inde, ac ſi nullæ tales puellæ ſuperfuiſſent.* Quẽ refert Aguil. ad Rox. *p.* 3. *cap.* 5. *n.* 1. Cuyo Texto tomò por fundamento el Roxas *de Incompatib.* para formar el *cap.* 5. *de la part.* 3. refiriendo en el *num.* 3. las palabras de Nicolao de Lyra, que entre otras dize: *Quia filius natus ex illa muliere, qui debebat terram illam hereditare, non erat imputandus in Tribu Matris; ſed Patris: quia genealogia hominum non accipitur per Matres, ſed per Patres.*

41. Cuyo concepto no ay duda le ſiguió el Reverendo Obiſpo Don Franciſco Pacheco, y en tanto quiſo la conſervacion de ſu familia, en quanto pudo, y conſiderò permanecia en los deſcendientes varones de Don Franciſco, y en las hembras, que no caſaſſen con ſucceſſor de otra Caſa, ò Mayorazgo; porque en eſte caſo era preciſſo prevaleciesſe el Nombre del Marido. Aguil. ad Roxas *de Incompatibil. part.* 3. *cap.* 5. *num. fin.* ibi: *Ideó cum Maioratuum conjunctio prohibita ſit, & hæc ſi cauſa finalis excluſionis conſervandæ memorię, & nè confundatur familia, &c. Et ex dictis ſuprà num.* 37.

42. Cuyo inconveniente ceſſa, quando la hembra caſa con hombre, que no lleva otro Mayorazgo; porque ſiendo la que forma la Caſa, es preciſſo logre los gajes de mas atendida, como mas reconocidos, el Marido, y ſus Succeſſores à la familia de el que lograban el beneficio. Argum. *leg. Vxorem* 41. *ff. de legat.* 3. ibi: *Peto á te domina. Et ex leg. Titia* 19. *§. Qui Marco, ff. de ann. legat.* ibi: *Domina Sanctiſsima.* Tiraq. *ad LL. Conn. L.* 5. *n.* 1. ibi: *Nam vt ſcribit Ariſtoteles Ethicorum* 8. *cap.* 10. *Dominantur vxores propter amplitudinem patrimonij.* A que conviene la doctrina del ſeñor Olea *de Ceſſ. Iur. tit.* 3. *quæſt.* 3. *à num.* 29. *& in addit. poſt. num.* 35. verſ. *Recurritur.*

43. Porque los bienes, y riquezas ſon las que illuſtran las caſas, y à las que ſe atienden para conſervar los nombres de ellas, y por eſto ſe prohibió el que la muger caſaſſe, con hombre heredado en otra Tribu, con la qual ſe confundia el de la muger. Corn. Alap. *in dict. cap.* 36. *Num. verſ.* 3. ibi: *Hinc facile orta fuiſſet confuſio, & per mixtio nominum, vt non vocaretur filios, vel nepos Salphaad, ſed patris ſui.* Abulenſ. *in dict. cap. quæſt.* 4. verſ. *Dicitur.* ibi: *Ideo poſſeſsiones filiarum Salphaad, iam eſſent mixtæ poſſeſsionibus aliarum Tribuum.* Lo que no ſucedia quando la he-

herécia de la muger quedaba sola en los hijos, que seguian el nombre del Abuelo materno, y no el Apellido, y memoria del Padre. Abul. *in cap.* 27. *Num. quæst.* 7. ibi: *Causa est, quia certitudo alicuius stirpis nõ habetur ex personis cum ipse mutetur per successionem, sed istud habetur per aliquod immobile, sed per possessionem, vt declaratum est, quia ad quęcumque pervenerit possessio alicuius familiæ cognosceretur esse de illa familia.* Et quæst. 8. ibi: *Alij autem filij harum denominarentur ex nomine Salphaad, & isti non succederent, patribus suis, nec computarentur in stirpe patrum, sed succedebant solunt in hereditate materna, vt denominarentur ex familia Avi materni.*

44. Por tanto, siempre que se pone la incompatibilidad en qualquiera persona, grado, ò Mayorazgo, se extiende como condicion vtil, y favorable à todas las personas, grados, y con qualesquiera Mayorazgo. Roxas *de Incompatibil. part.* 4. *cap.* 2. *num.* 17. *& seqq. & num.* 20. ibi: *Ex eo, quod licèt institutor motus sit ex alia causa finali ne suum primogenium cum alio jungatur, obumbretur seù confundantur eius nomen, & arma, vel eius memoria sepulta jaceat, nam eadem ratio prohibitionis militat in vno, prout in cæteris successoribus.* Et num. 36. ibi: *Ex his ita venit amplianda resolutio huius nostræ, ac Dom. D. Joann. del Castillo dict. cap.* 181. *& D. D. Joann. Baptista de Larr. dict. quæst.* 51. *sententiæ; etiam si institutor non solum, concipiat prohibitionem, præcipiendo absolutè, quod suum primogenium non iungatur cum alio, vel tali primogenio, sed & si iungat prohibitionem nominatim vni ex vocatis, seú successoribus.* Torr. *de Maioratib. tom.* 2. *quæst.* 53. *num.* 25. *& seqq.* Con que siendo el principal respeto excluir á la hembra, porque su Agregacion no se juntasse con otra Casa, ò Mayorazgo; siempre que esto se verifique, es esta Agregacion incompatible cõ otro, que puede succeder en él, ni constituir linea successible à sus descendientes. Roxas *de Incompatibilit. part.* 4. *cap.* 1. *num.* 79. ibi: *At verò in quantum ad lineam actualem, quam constituit actualis possessor Maioratus, quod eam non potuerit constituere sibi, nec suis filijs.*

45. A el tiempo de la vacante, que dió motivo á el primer pleyto de Tenuta, estaba viva Doña Maria Fernandez de Cordova, y pidiò en su cabeza D. Juan Baptista Centurion Marquès de Estepa (14) la possession de los bienes de dicha Agregacion (*Mem. num.* 24), y pretendiendo entonces aver succedido, y hallarse casada con Marido, que poseìa otra Casa, y Mayorazgo: es preciso, que por esta razon se juntasse con la Agregacion, y se verificassen las palabras de la exclusion; y por consiguiente no estar la Doña Maria llamada, y comprehendida en el general llamamiento, por tener la discretiva, y especifica exclusion, *ex dict. suprà num.* 20. *&* 21.

46. Se dize: Que la Doña Maria quando el Testamento, que otorgò dicho Reverendo Obispo, ya estaba casada (*Mem. num.* 18.), y no aviendola excluìdo, fue visto quererla comprehender en los puestos en condicion, que fueron los successores descendientes legitimos de Don Diego Fernandez (8).

47. Por lo fundado en los numeros 16. hasta el 21. se desvanece esta consideracion, y es mas convincente, y sin disputa por la propria omission, el que el Testador no entendiò de otros descendientes, y successores en su Casa, y Mayorazgo, que los que procediessen del Matrimonio, que contraìa D. Francisco con Doña Maria de Haro (11. y 12.); porque no pudiendo dudar, que tenia su hermano Don Diego á la dicha Doña Maria por su hija casada con el Marqués de Estepa, si hu-

huviera querido, que no se comprehendiesse en la exclusion, le huviera sido facil el llamarla, *ex dictis suprà num.* 16. Con que su omision prueba la clara voluntad, de que no la juzgó llamada, ni puesta en condicion, por no estarlo ninguno de los descendientes de el Don Diego (8), que no lo fuesse de el Don Francisco (11), ò porque estando ya casada, sus descendientes no podian succeder, por tener ya otra Casa, ò Mayorazgo, y dexar prevenida la incompatibilidad con qualquiera otra Casa, y Mayorazgo mayor, ó menor, que fuesse.

48. Acredita esta verdad, y la legal presumpcion, que contra sì tiene dicha Doña Maria, la decision del Emperador Gordiano en la *ley* 9. *C. de testam. Milit.* Hazese cargo: Si el hijo del Soldado (segun la plenissima facultad, que el Derecho les dió en la disposicion de sus bienes, *iuxta leg.* 1. *ff. eod.*) se halle, ó no exheredado por la omision, y preterицion del Padre, para el efecto de la succesion? Y resuelve con estas palabras, ibi:

49. *Certi juris est, militem qui scit se filium habere, aliosque scripsit haredes tacitè eum exheredare intelligi.* No dando otro apoyo para esta determinacion, que la certeza del Padre en la existencia del hijo, y el silencio, y omision, que de este tuvo en la disposicion de sus bienes. Bartol. *ad dictam leg. num.* 1. Con que con mayor razon, y legal motivo dirèmos, que la misma certeza, y ciencia de dicho Reverendo Obispo del casamiento de dicha Doña Maria con otra Casa, y Mayorazgo, y el silencio, y omision, que de la referida tuvo en dicha disposicio, fue: no solo no quererla comprehender, ni ponerla en condicion, como queda probado; mas tambien quererla absolutamente excluir, è incapacitar para la succesion en dicha Agregacion.

50. Y esto se persuade por dos legales fundamentos. El primero, porque no se duda, que los descendiétes del D. Francisco varones, y hèbras fueron mas predilectos, como primeramente llamados, *ex dict. supr. num.* 24. Tampoco se puede dudar, que si succediera alguna hembra descendiente del D. Francisco (11), y se juntàra la Agregacion con otra Casa, y Mayorazgo, llegaba el caso de la Fundacion de la Obra Pia: Luego con mayor fundamento quando esto acontece por el medio de otra hembra menos dilecta; pues de lo contrario fuera reconocida inconsequencia, y absurdo en la disposicion. Cardin. de Luca *de Fideicommiss. disc.* 98. *num.* 18. ibi: *Vndè propterea resultaret absurdum, quod dictus vlterior substitutus minus dilectus excludere filios, ad eius exclusionem in conditione positos, & absque dubiopræ dilectos, & quæ absurdi ratio etiam ad effectum vocationis pro efficaci coniectura attendi solet.* Et num. 19. ibi: *Cum reduplicato absurdo excludendi tam dictam personam prædilectam, quam substitutum, quod in sensum tàm legali, quàm naturali apertè repugnat.*

51. El segundo, porque la condicion exclusiva de la hembra puede entenderse casual, porque le viniesse algun otro Mayorazgo, ó mixta, porque casasse, Gutierr. *de Matrim. cap.* 20. *num.* 18. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 12. *num.* 60. *in fin.* P. Sanch. *de Matrim. lib.* 1. *disput.* 33. *num.* 19. con hombre que lo traxesse, como sucedió á dicha Doña Maria; y assi es suficiente, que al tiempo de el Testamento, ò antes de la muerte del Testador se verifique, para que se tenga por cumplida. Gom. *tom.* 1. *Variar. dict. cap.* 12. *num.* 61. & ibi Ayll. *num.* 66. Spin. *Specul. Testam. Gloss.* 14. *num.* 19. ibi: *Quia conditio mixta, cum partim dependeat á casuali, ex lege Vnica, §. Sint autem, C. de caduc. tollend. poterit quocumque tempo-*

re adimpleri, cum in hoc potius accedat casuali, quam potestative, ex lege Siquis hæredem, C. de instit. & substit. sub condit. fact.

52. Con que hallandose dicha Doña Maria ya casada à el tiempo del Testamento, y por esto verificarse, que si succediera en la Agregacion, se juntaba en los hijos con otra Casa, y Mayorazgo, que es el caso de la condicion, baxo de la qual era excluìda: no se le podia diferir la succesion; antes sì propriamente semejantes, ò iguales llamamientos comprehenden à las ya casadas. Cardin. de Luca *de Fideicomm. disc.* 44. *num.* 15. & 16. ibi: *Et in specie, dispositio hominis, vel legis excludens maritatam à successione, vt intelligatur, de successionibus deferendis post matrimonium.*

53. Y que fue con especial premeditacion el aver omitido á la dicha Doña Maria, por estar ya casada con el Marqués de Estepa, y que en esto procediò el Reverendo Obispo con el justificado, y maduro juizio de la seria disposicion de vn Testamento, se persuade, de que siendo justa la recompensable gratitud à su familia, como dixo en la Escriptura del año de 1581. (*Memor. num.* 10.), y á el mismo tiempo la obligacion de su Dignidad. *Cap. Fratrem distinct.* 86. D. Thom. 2. 2. *quæst.* 186. *artic.* 7. *num.* 3. Cayetan. *hinc*, ibi: *Non tamen possunt abrogari, quæ ad id quod est juris Divini, hoc est quod sint Episcopi Patres pauperum.* PP. Salmaticens. *tract.* 12. *de Iustit. & Iur. punct.* 11. §. 2. *per tot.* Mostaz. *de Cauf. Pijs, lib.* 8. *cap.* 3. *num.* 8. atendiò à vno, y otro respeto con especial providencia.

54. A el primero á favor del Don Francisco (11), y sus descendientes varones, y hembras, que no tuviessen mas succesion, que la de sus Abuelos; y à el segundo, dexando ya que reconociò, el que passando à descendientes, que por la linea paterna llevassen otra Casa, y Mayorazgo, que ni podian conservar la memoria de su familia, ni necesitaban del aumento de su Agregacion para su correspondiente lustre, y decencia el fundar la Obra Pia, cuyo objeto tuvo desde la Escriptnra de Agregacion: *O personas, Iglesias, Hospitales, ò otras qualesquiera Obras Pias, &c.* (*Mem. num.* 14.) y puso en execucion en el Testamento à favor de *vna Casa de Donzellas pobres, donde se crien, y alimenten con toda virtud, y honestidad*, y despues se les ayude para tomar estado de Religiosas, ò Casadas (*Mem. num.* 20.), que es obra tan digna de vn Principe, como meritoria. *L.* 5. *tit.* 2. *lib.* 5. *Recop.* vers. *Que entre.* Pragmatica *de* 15. *de Noviembre del año de* 1723. *de las notadas en el Tomo tercero de la Nueva Recopil. fol.* 332. *num.* 25. *prop. fin.* D. Ram. *ad LL. Jul. & Pap. Reliquacion* 27. y por la que debe regularse, y declararse la mente, *ex leg.* 50. §. 3. *ff. de legat.* 1. *Sed, & mens patris familiæ, & legatarij dignitas, vel charitas, & necessitudo, item earum quæ præcedunt, vel quæ sequuntur summarum scripta sunt spectanda.*

55 Y si aun entre los Padres, que disponen, es concepto juridico, que omiten disponer á favor de las hijas ya casadas proveídas de su dote. Cardin. de Luca *de Fideicommiss. disc.* 47. *nnm.* 7. porque ni necesitan de alimentos, por ser obligacion de los Maridos su manutencion, y decencia. *L. Si cum dotem* 22. §. *Sin autem* 8. *ff. solut. matrim.* P. Sanch. *de Matrim. lib.* 9. *disp.* 4. *num.* 19. Garcia *de Expens. cap.* 13. *à num.* 23. *remissivè.* Surd. *de Alim. tit.* 1. *quæst.* 32. Mostaz. *de Cauf. Pijs, lib.* 4. *cap.* 9. *n.* 79. ni pueden conservar rigorosamente entre sus descendientes la memoria de la familia: con mayor razon en vn Prelado, que faltandole vna, y otra atencion à la dicha Doña Maria,

ria, le instaba la propensa obligacion de los Pobres, y pias disposiciones, y el honesto fin de la perpetuìdad de de su Nombre, y Familia, que por este medio, como Patrono de la Obra Pia, conseguia con tantos realzes. Lagun. *de Fructib. part.* 1. *cap.* 32. §. 1. *num.* 35. *& seqq.* Ildephonsus Episcopus Malacitanus Quærimonia ad Innocent. XI. fol. mihi 36. ibi:

56. *Sed quid ita vsitatum est in Ecclesijs Catholicorum, quam suorum Principum, maximè eorum qui Patroni vocantur habere, & revereri eorum effigiens, non quidem cultu Ecclesiastico, aut dulia, sed meré politico, imò naturali cum hominum sit congratulari benefactoribus, & ne fragilitate memoria periclitetur gratitudo, ferè non invenietur Templum in quo non sit de pietum nobilitatis insigne, quod potius exprimit heroes amplissimos, beneficentissimos Fundatores, eorumque magna gesta, ac pios sumptus in substentationem, & patrocinium.*

57. Y por tanto todas estas razones dexan sin controversia, q̃ la Doña Maria, ni su descendencia fue nunca llamada, ni puesta en condicion; antes sì manifiestamente se induce de su mente, que la dexò absolutamente excluìda. Torre *de Maiorat. tom.* 2. *q.* 10. *n.* 25. *& 26.*

58. Sin que se halle la implicacion, que se alegó, de que apeteciendo para la Fundacion del Agregado, los descendientes de su hermano, està contrario el estar excluída dicha Doña Maria (*Mem. n.* 41.); porque como queda fundado, no fue la mente del Fundador el llamar à los descendientes de su hermano, y esto mas fue mala explicacion del Escrivano, que la voluntad del Testador, como en igual caso dixo el Cardin. de Luca *de Fideicomm. disc.* 43. *num.* 16. pero quando sin perjuizio de la verdad estuviessen todos puestos en condicion, es sin controversia, que como el que dispone rige la voluntad à su arbitrio, limita como le parece las lineas, los grados, y las personas, succediendo baxo de las reglas, perpetuìdad, calidad de personas, condiciones que ponen, y no otras, ni en otra forma. *L. Omnia* 32. §. 6. *ff. de legat.* 2. ibi: *In Fideicommisso quod familiæ relinquitur hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo Testatur moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sunt, nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit.* Y en tanto pudiera succeder algun descendiente de el Don Diego (8) en quanto no fuesse por hembra, de cuyo casamiento se huviesse la Agregaciõ de juntar con otro Mayorazgo.

59. Se alegò tambien por el Marquès de Estepa, que estando hecha la Agregacion à el Mayorazgo, que fundó Don Alonso Fernandez de Cordova (1), para que todo fuesse vno, y vna misma cosa (*Mem. n.* 12.), y hallarse succesor del Mayorazgo de dicho Don Alonso, es precisso lo fuesse en el Agregado, por seguir su propria naturaleza.

60. Tres son las especies de Agregacion, que son por *Incorporacion, Accessoriè*, ò *Equè principaliter*. Roxas *de Incompatibil. part.* 4. *cap.* 5. *num.* 34. Aguil. ad Roxas *part.* 1. *cap.* 7. *ex num.* 110. pero siempre que se hallen condiciones nò opuestas, ni contrarias, iràn los bienes vnidos en vn Poseedor, mientras sean compatibles entre sì; pero llegado el caso, ò ya por los llamamientos, ò ya por las condiciones, el que no pueden estar en vn Poseedor, se deben dividir, y cada vno se governarà por las reglas, que le diò su Fundador, succediendo la persona segun la voluntad de los Instituídores, quãdo el que agregó no tuvo ley, que le obligasse à precissamente agregar.

Ro-

Roxas *de Incompatib. part. 1. cap. 7. num. 29. & seqq. & part. 4. cap. 5. num. 30.* Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 1. cap. 8. num. 35.* Con que aviendo dicho Reverendo Obispo de su voluntad hecho la Agregació, reservado para disponer (*Mem. n. 14*) y con efecto vsado de la reserva à favor de la Obra Pia: deben dichos bienes separarse, como que cessó la causa de la Agregacion, y la voluntad del Agregante, *ex leg. 19. ff. de de condit. & demonst.* ibi: *In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones.*

61. No solo han disputado los otros Colitigantes la voluntad de dicho Reverendo Obispo para excluir, que llegò el caso de la Fundacion de la Obra Pia, sino es que tambien le han puesto en controversia la potestad, negando, que los bienes de que hizo la Agregacion fuessen suyos; sino es que lo eran de Don Diego Fernandez de Cordova su hermano (8), y que la Escriptura de venta, que se hizo, y otorgò en 10. de Febrero de 579. (*Mem. n. 8.*) fue simulada.

62. Los motivos para esta simulacion se fundan en averse otorgado la venta quatro meses despues de las Capitulaciones Matrimoniales, en que quedò dicho D. Diego obligado á vincular sus bienes, y por ser esto assi dicho Reverendo Obispo en la Agregacion relacionò la Escriptura de Capitulaciones, *y si dicha venta fuera verdadera, no dixera, que se hazia para cumplir lo assentado en dichas Capitulaciones, porque en este caso no era Don Diego quien vinculaba sus bienes como era obligado, sino es dicho Reverendo Obispo, que por virtud de la venta, quedaba hecho dueño de ellos; fuera de no ser verosimil, que aviendo de ceder el Vinculo en beneficio de los hijos, y descendientes de el Don Diego, y estando este obligado à executarlo por la Escriptura, huviera su hermano pagadole lo que no avia de posseer, y dadole su importe à el mismo, que quedaba con ellos para sì, y sus hijos, y successores en su Casa, y Mayorazgo: Con que es visto, que dicha venta fue simulada, y solo se executó, para que la Agregacion se hiziesse à nombre del Reverendo Obispo, y se pudieran incluir todos los bienes libres, que tenia dicho Don Diego, lo que no podia practicar este por sì; porque teniendo, como tenia, otros hijos, que lo eran Don Diego Fernandez de Cordova Dean de Sevilla, y Doña Maria Fernandez de Cordova, no podia vincular todos sus bienes en cabeza de dicho D. Francisco su Primogenito, y privando de ellos à los demàs sus hijos.* (*Mem. num. 49.*) Con que todo el argumento de la simulacion se reduce, à que el D. Diego era solo el obligado à vincular, y no pudiendo perjudicar á los demàs hijos, se valieron de esta simulacion para poderla hazer, no siendo necessaria dicha venta; pues con la vinculacion se avian de quedar los bienes en los descendienses del dicho Don Diego.

63. Lo que se desvanece aun considerando sencillamente los instrumentos, porque en las Capitulaciones Matrimoniales los que principalmente la otorgaron fueron los dos Reverendos Obispos de Malaga, y Cadiz, obligandose el primero à vincular en el dicho Don Francisco (11) (*Mem. num. 5. & 6.*) y en virtud de esta obligacion, debió quando agregò, hazer mencion de dichas Capitulaciones, como que lo executaba en cumplimiento de la obligacion contraída.

64. En quanto à que se hizo, por no poder el Don Diego perjudicar à los demàs hijos, no prueba la simulacion de la venta; porque el Don Diego, que tambien otorgò la Escriptura de Capitulacion (*Memor. num. 5.*) para practicar la obligacion se valiò del medio legal, que fue ocurrir al Consejo, donde se mandò ob-

tu-

tuvieſſe Real Facultad, ex D.Molin. *de Hiſp.Primog. lib.2.cap.1.n.10.* la q̃ obtuvo, y en cuya virtud quedaron aprobadas las Capitulaciones, Agregacion, y demàs diſpueſto por el dicho D.Diego,y el Reverẽdo Obiſpo, ſin que contra ello ſe pueda dezir, ni preſumir el que avian perſonas de ſus circunſtancias, ſimular vnos inſtrumentos, Menoch.*de Præſumpt. lib.5. præſumpt.24.n.2. & præſupt. 3. nnm.29.* para ocurrir à tan ſerio, y reſpetuoſo Tribunal.Menoch. *de Præſumpt. lib.5. præſumpt.3.n.87.* Dom. Valenç. *conſ.117. à num.63.* con relacion tan ſinieſtra, D. Larr. *Allegat.Fiſcal. alleg.91. n.25. in princip.* y ſin vtilidad alguna para el fin, que intentaban.Nog.*alleg.20.n.163.*

65. Porque para perjudicar á los demàs hijos con aver obtenido la Real Facultad, quedaba libre para poder vſar de los bienes à favor ſolo de vn hijo en perjuizio de los demàs, mayormente quando los dos que le quedaban, eſtaban competentemente proveídos, el vno Dean de la Santa Igleſia de Sevilla, y la otra dotada, y caſada correſpondientemente.

66. De que ſe infiere, que aviendo de vincular dicho Reverendo Obiſpo, y teniendo la atencion à la Fundacion de la Obra Pia, fue juſta, y legitima advertencia, el que conſtaſſen los bienes de que fundaba, y no ſe originaſſe ſucediendo, como ha ſucedido el faltar la deſcendencia de dicho Don Franciſco, el que la confuſion de los bienes ocaſionaſſe aquella vnion, que dize Roxas *part.4. cap.5. num.35. 36. &* 37. haze inſeparables las agregaciones, y la Obra Pia logre ſu eſtablecimiento, y la voluntad del Reverendo Obiſpo, el cumplimiento de tan piadoſo objeto.

67. Y aſsi debiendoſe la ſimulacion probar con indicios,y conjeturas, que claramẽte lo perſuadan. Farinac.*de Falſit.& Simul.quæſt.162. num.98.* ibi: *Simulatio non coniecturis, ſed benè, & concludenter probanda ſit* (& poſteà)::: *Simulatio eſt dilucide probanda adverſus inſtrumentum, nec ſufficiunt probationes coniecturales.* Noguer.*allegat.20. num.166. &* 167. ibi: *Vt coniecturæ probent claræ, & evidẽtes eſſe debent, & cõcludere per neceſſe.* No ſiendo, ni pudiendo ſerlo las referidas, quedan de ningun aprecio, y mas en perſonas de aquellas circunſtancias, en quienes no ſe puede preſumir diſpondrian de lo que verdaderamente no les tocaſſe. Farinac. *deciſ. Sac. Rom. Rotæ, deciſ.400. n.4.* ibi: *Qualitas perſonæ valdè inſignis nobilitatis, quam non eſt veriſimile donaſſe quod ſuum non erat.* Neceſsitando de mayor fuerça, y claridad, quanto ſe oponen à tan repetidos, y ſerios inſtrumentos, que ſon de tanta atencion, y à los que ſe debe eſtar, como à la prueba mas eficàz del derecho, *L.Cum præcibus, C. de probat.* Eſcobar *de Purit. part.1. quæſt.15. §.1. num.16.* Parej. *de Edict. tit.1. reſol.3. §.2. num.3.* ibi: *Eſt probatio probata.* Valaſc. *conſ.154. num.25.* Pegas *Reſol.For. tom.2. cap.19. à n.1.* Dom. Larr. *deciſ. Granat. deciſ.66. num.13.* Pignatel. *conſ. Canonicar. tom.1. conſ.180. num.2.* y como dixo el ſeñor Vela *diſc.38. num.16. eſt noli ne tangere.*

68. Todo lo antecedente ſe califica evidentemente de el orden, con que ſe ha eſtimado la voluntad de dicho Reverendo Obiſpo, que es la prueba mas perſuaſiva de las diſpoſiciones. *L.Si de interpretat. ff. de legib.* Gutierr.*lib.3. Practic.quæſt.16. n.76.* ibi: *Quando agitur de privilegis, vel alterius dubiæ diſpoſitionis interpretatione, obſervantia præcedens in eodem caſu, maximè attendenda eſt.* Et ſeqq. Pignatell. *tom.6. conſ.85. num.40.*D.Salg. *de Rention. p.1. cap.9.n.9.* D. Vela *diſſert.47. n.21.* D. Caſt. *tom.5. Contr. cap.93. §.7. n.4. & 5.*

69. Por muerte de Don Diego Lopez de Haro (15) sin succesion, se introduxo en la posseision del principal Mayorazgo, que sin disputa le pertenecia, y del Agregado, porque no tuvo contradictor Don Diego Fernandez de Cordova (8), que falleció por Octubre de el año de 598. (*Memor. num.*22.) y se suscitò la primera Tenuta entre el Don Diego Fernandez (13), y Doña Maria Fernandez de Cordova su hermana (14), en el que obtuvo dicho Don Diego Dean de Sevilla.

70. Y de que se reconoce, que se apreciò por excluída de la Agregacion à la dicha Doña Maria, por estar casada con el Marquès de Estepa, y por esta razon si se le diera la Tenuta, llegàra el caso de juntarse con otra Casa, y Mayorazgo, que fue lo que absolutamente prohibiò el Fundador, y como excluída no succediò, y se le diò la posseision à el dicho Don Diego (13) (*Memor.* num.26.) por no tener la Agregacion exclusion de Clerigo.

71. Se puede hazer la instantia, que esta determinacion persuade lo contrario de lo que dexamos fundado en los num.16.y sig.de que en la agregacion no estàn llamados los succesores del Diego (8) sino es solo los descendientes del Francisco (11), ni en el Testamento puestos en condicion todos los descendientes del dicho Don Diego(8) en aquellas palabras: *Que si en algun tiempo sucediesse faltar succesor descendiente legitimo del dicho Don Diego mi hermano en su Casa, y Mayorazgo.* (*Memor. num.*20.)

72. A lo que respondèmos con la grande diferencia, que ay entre el Juizio de Tenuta, ò Possessorio, y el de la Propriedad, en este se atiende á el mejor derecho, sin que cause perjuizio la determinacion de la Tenuta. D. Paz *de Tenut. cap.*4. *num.* 18. *& seqq.* en aquel se mira á la linea contentiva del vltimo Possedor, y en la persona en quien se hallan los bienes. D. Paz *de Tenut. cap.*35. *num.* 10. Roxas *de Incompat. part.*1. *cap.*6. *num.*150. á el que se le difiere, ó la Tenuta, ò la posseision, sino es que evidentissimamente resultasse la clara voluntad del Fundador, *ex leg.*40. *Taur.* ibi: *Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyò, y ordenò el Mayorazgo, que en tal caso, mandamos se guarde la voluntad del que lo instituyó.*

73. Por esto en la segunda Tenuta, que se suscitò, saliò el Fiscal de su Magestad pretendiendo se desestimasse el Juizio de Tenuta, por no ser bienes de Mayorazgo, sino pertenecientes à la Obra Pia los de dicha Agregacion, y despues de vn reñido Juizio se declarò no aver avido lugar al Juizio de Tenuta, y que las Partes pidiessen, y sigiessen su justicia, donde, y como les conviniesse, y quedaron dichos bienes puestos en sequestro. (*Mem.num.* 35. 38. & 39.)

74. Lo que es de gravissima atencion, pues no obstante, que por muerte de Don Diego Fernandez (13) se introduxo en la posseision de el principal Mayorazgo, y en la detentacion de aste Agregado, la linea de Doña Maria Fernandez (14) hasta Don Cecilio Centurion (19) se tuvo por caso tan claro el que esta linea estaba excluída, que aun no mereciò la posseision en que estaba, el que se le atendiesse para obtener la Tenuta, ni que fuesse caso, en que semejante Juizio se debiesse intentar, por estàr los bienes ya libres del gravamen de Mayorazgo, en el que solo podia tener lugar dicho Juizio. *L.*9. *tit.*7. *lib.*7. *Recop.* ibi: *Ocurrieren al nuestro Consejo, sobre pleytos, y causas de Mayorazgos.* D. Paz *de Tenut. cap.*4. *num.*1. 7. & 11.

75. Y aunque como diximos en el num.72. no obre efectos de co-

sa

sa juzgada la determinaciõ en el Juizio de Tenuta, no obstante, no aviendo cosa nueva, ni mas que las disposiciones de dicho Reverendo Obispo, que se tuvieron presentes, haze gravissima ponderacion el dictamen que formaron los Señores, que la dieron, de que el Mayorazgo estava fenecido, llegò el caso de fundar la Obra Pia, y providenciaron en la remission à esta Corte, y que el Fiscal de su Magestad en ella siguiesse su justicia, como dixo el señor Castillo *tom.5. Controv. cap.104.num.44.* ibi: *Quod plurimum operentur, & efficiant ad victoriam.*

76. Y no menos ponderable el que con efecto remitidos los Autos á esta Corte, pusieron la demanda el Dean, Doctoral, y Magistral de dicha Santa Iglesia, y haziendose por ella Actores, es comun principio, que à el Reo le confiessan la possession. Roxas *dict. part. 5. cap. 5. num. 20.* y regularmente no debe responder hasta que se le ponga en ella, se estimò su derecho tan despreciable, que se pusieron los bienes en sequestro en persona independiente, como lo estàn de presente. (*Mem. num. 42. & 45.*)

77. Y valiendose de la comun Regla, de que el que funda mejor derecho debe tener la administracion pendiente el pleyto. *L.1. & 3. ff. de legit. Tutor. L.1. ff. de bon. poss. fur. infant. L.4. tit.29. part.2.* D. Vela, *dissert. 49. num. 68.* Dom. Valenç. *conf.17. num. 2.* Dom. Olea *de Cess. Iur. & act. tit. 3. quæst. 2. num. 17.* Roxas *de Incompatib. part. 6. cap. 3. num.15. & 44.* vbi Agùil. *num.2.* se pidiò por el Almirante, y se le denegó. (*Mem. n.46.*)

78. Cuyas providencias acreditan, y persuaden el concepto, con que se ha atendido la voluntad de dicho Reverendo Obispo, y que llegó el caso de la Fundacion de la Obra Pia, por estar excluìda la linea de dicha Doña Maria (14), y assi lo estimaron los Señores de el Consejo en tan repetidos Autos, y providencias, y lo han calificado las determinaciones de este Tribunal, y el independiente estado, en que han mandado se conserven los bienes, para que sus frutos, y rentas sin defalco, ni deterioracion, y sin que aya Posseedor, que los quiera hazer suyos, permanezcan seguros, para que con abundancia se logre la Fundacion tan pia de dicho Reverendo Obispo, y favoreciendolo tanto la opinion, y autoridad de tan Superiores Tribunales, que son ley. *L. Nemó, C. de Summ. Trinit.* D. Solorç. *de Iur. Indiar. lib.2. cap.17. num. 55.* Dom. Valenç. *conf.40. num.55.* ibi: *Sententia Senatus Regij habetur pro lege, & præstat exemplum, quod sequantur, qui posteà iudicaturi sunt. Conf.73. n.53. & conf.83. num.115.* Guzm. *de Evictionib. quæst.3. num. 48.* y que assi lo han sentido *sic invenit Senatum censuisse, ex leg.14. ff. ad leg. Corn. de falf.* Esperan el Dean, Doctoral, y Magistral de la Santa Iglesia de Cordova la determinacion à favor de la Obra Pia. S.I.O.V.D.C.

Lic. D. Christoval de Espinosa Ocampo.

La milagrosa Ymagen del S.r S.n Ant.o de Padua que se venera por su Hermand.d en el Conv.to de S.n S.n Fran.co Casa Grande de Granada.

)*_*(AVE MARIA.)*_*(

)*_*(SIN PECADO CONCEBIDA.)*_*(

POR

DOñA ANTONIA DE HERASO BEJARANO, ROCO, Giròn, Tapia, Rengèl, Corajo, Paredes, Galindo, y Aguilar, Marquesa de Heraso, Señora de las Villas de Placenzuela, Guijos, y Avilillas, viuda de Don Ansano de Carvajál, Señora de Honor, residente, y habitante en el Real Palacio:

EN EL PLEYTO

CON DON CHRISTOVAL RAPHAEL FERNANDEZ DE CORDOva y Morales, Marquès de Algarinejo, y Cardeñosa, como marido de Doña Maria Vicenta Egas Venegas, Fernandez de Cordova, Condesa de Luque, Marquesa de Valenzuela:

SOBRE

LA PROPRIEDAD DE LOS MAYORAZGOS, QUE fundaron Doña Maria Galindo (6), y Alonso de Heraso (7) su marido.

IMPRESSO EN GRANADA EN LA Imprenta Real, en virtud de Orden de los Sres. de el Real Acuerdo de 25 de Septiembre de 1767, y con permiso del Sr. Juez de Imprentas.

(*_*_*_*) (*_*_*_*) (*_*_*_*)

(*_*_*_*) (*_*_*_*)

(*_*_*_*)

AVE MARIA.

SIN PECADO CONCEBIDA.

POR

DOÑA ANTONIA DE HERASO, SEJARANO, ROCO, Giron, Tapia, Rengel, Corvo, Parcedes, Galindo, y Aguilar, Marquesa de Lanato, Señora de las Villas de Parrozuela, Gurosa, y Aguillas, viuda de Don Ansano de Carvajal, Señora de Honor, residente, y habitante en el Real Palacio:

EN EL PLEYTO

CON DON CHRISTOVAL RAPHAEL FERNANDEZ DE CORDOVA y Moralera, Marques de Algarrobo, Cardeñosa, como marido de Doña Maria Vicenta Pesa Venegas, Fernandez de Cordova, Condesa de Duque, Marquesa de Valenzuela.

SOBRE

LA PROPRIEDAD DE LOS MAYORAZGOS, QUE fundaron Doña Maria Galindo (6), y Alonso de Heraso (7) su marido.

IMPRESSO EN Imprenta Real, en virtud de el Real Acuerdo 1767, y con permiso de Imprentas.

GRANADA EN LA Ciudad de Orden de los Sres. de 25 de Septiembre de 1767 del Sr. Juez

N. 1. LA MARqueſa de Heraſo ſuplica, ſe le abſuelva, y dè por libre de la Demanda pueſta por el Marqués de Algarinejo, imponiendo á èſte perpetuo ſilencio, en la que ha deducido, como marido, y conjunta perſona de Doña Maria Vicenta Egas Venegas Fernandez de Cordova, Condeſa de Luque (32), à quien pretende ſe declare por legitima ſuceſſora de los Mayorazgos, que fundaron Doña Maria Galindo (6), y Alonſo de Heraſo (7).

2. El derecho, que aſsiſte à la Marqueſa de Eraſo, para que ſe le abſuelva de dicha Demanda, lo fundaremos en dos Diſcurſos: En el primero ſe expondrà; que à la Marqueſa de Heraſo aſsiſten todas las reglas, que evidencian, ſer legitima ſuceſſora de dichos Mayorazgos, y en la que por muerte de Don Miguel de Heraſo (33), ſu hermano, ſe transfiriò la poſſeſsion civil, y natural, ſin que pueda pretender incluirſe en éſta vacante la dicha Condeſa de Luque.

3. Y en el ſegundo ſe demoſtrarà, que no puede atribuir à la Condeſa de Luque derecho alguno el llamamiento, que ſe aplica, porque, ni eſtà comprehendida en èl, ni tiene lugar en el caſo ſucedido, y vacante cauſada por muerte de Don Miguel Heraſo (33), y ſolo fue ordenado dicho llamamiento (en que ſe pretende fundar derecho por la Condeſa de Luque) para otras circunſtancias, que no ſe han verificado, y para otras lineas, y perſonas, en que no ſe incluye, ni comprehende la referida Condeſa (32).

)(*_*)( )(*_*)( )(*_*)( )(*_*)( )(*_*)(

)(*_*)( )(*_*)( )(*_*)( )(*_*)(

)(*_*)( )(*_*)( )(*_*)(

)(*_*)( )(*_*)(

)(*_*)(

DISCURSO I.

4 EN la queſtion controvertida por los Autores de la reintegracion de linea, y de ſi haviendo ſalido de la primogenita en los Mayorazgos de agnacion por falta de varon agnado, y paſſado la ſucceſsion al que tuvo èſta qualidad en la ſegundogenita, y faltando en éſta los varones agnados, deba ſucceder la hija del ultimo poſſeedor, ò hermana, que ſe halla en ſu linea contentiva, huvo en lo antiguo variedad de opiniones; y aunque por lo reſpectivo à la hija del poſſeedor, era muy corriente la favorable reſolucion, quedò por mucho tiempo exiſtente lo reñido de la diſputa por lo reſpectivo à la hermana de ſemejante ultimo poſſeedor, y todavia era muy altercada en tiempo del Señor Caſtillo, como teſtifica èſte *lib. 5. Controv. cap. 91. num. 69. & num. 70.* verſ. *Ego uſque ad num. 73. & cap. 92. num. 17. & ex n. 48. uſq. ad 54.*

5. Por lo qual no deberà eſtrañarſe, que el Señor Caſtillo en alguna otra de las eſpecies, que en èſte punto trata, y ſe citaràn, haga diſtincion entre hija, y hermana del ultimo poſſeedor, y proponga entre ellas alguna diferencia, ò mas dificultad en la ſegunda, que en la primera, pues en ſu tiempo la huvo; pero no ſe puede aplicar à el nueſtro la diverſidad, que ſe notare, porque èſtà ya deſterrada la queſtion, y es reſolucion conſtante ſobre dicha diſputa en favor, aſsi de la hija, como de la hermana del ultimo poſſeedor, ſin permitirſe alguna diferẽcia entre una, y otra.

6. La reſolucion uniforme, aſsi de los Doctores de nueſtro Reyno, como de las conſtantes deciſsiones de ſus Tribunales Superiores, por lo reſpectivo à la hija del ultimo poſſeedor, la prueban Mieres *de Maiorat. part. 2. quæſt. 6. num. 215. & 216.* D. Caſtill. *lib. 5. Controv. cap. 91. ex n. 61.* Roxas *de Incompat. part. 3. cap. 4. ex num. 22. ſignantèr num. 32. 48. & 52.* D.D. Addent. ad Dom. Molin. *lib. 3. cap. 5. ad num. 72.* verſ. *Nos verò*, & verſ. *Secundo.* Dom. Gregor. Lop. *in leg. 3. tit. 13. partit. 6. Gloſſ. Mugeres, quæſt. 9.* verſ. *Sed pone retento eodem themate.* Aguil. ad Roxas *dict. part. 3. cap. 4. num. 23.* verſ. *Sed nihilominus.* Dom. Rox. Almanſa, *diſp. 3. quæſt. 6. n. 32.*

7. Y por lo reſpectivo à la hermana del ultimo poſſeedor, es igualmente conſtante ſu derecho, y preferencia, por las reſoluciones de nueſtros Tribunales, y opiniones yà ſentadas de nueſtros Autores Rengnicolas, como manifieſtan D.D. Add. ad Dom. Molina *lib. 3. cap. 5. ad num. 72.* verſ. *Ex qua* Roxas *de Incompat. part. 3. cap. 4. num. 53.* & ibi Aguil. *n. 22. in fin. & num. 23.* verſ. *Sed nihilominus.* Rocca *Diſput. Iur. Selectar. tom. 1. cap. 3. per tot. ſignantèr n. 19.* verſ. *Siquidem. Et num. 63.* D. Caſtillo *lib. 5. Controv. cap. 92. ſignantèr n. 48. 49. 50. & 54.* Mieres *de Maiorat. part. 2. quæſt. 6. num. 216.* Julio Capon. *Diſcep. Forenſ. tom. 3. diſcep. 164. n. 17.* Cenſal. *in addition.* ad Peregrin. *de Fideicomm. artic. 20.* verſ. *Num agnatis.* Cardin. de Luca *de Fideicomm. diſc. 23. n. 9.*

8. Y aunque las autoridades citadas en los dos numeros proximos anteriores, tienen à ſu favor las repetidas Executorias uniformes de los mas autorizados Tribunales del Reyno, en que ſe ha reſuelto à favor, aſsi de la hija, como de la hermana del ultimo poſſeedor, en los caſos, que refieren los Autores, que ſe han citado, y principalmente Roxas, los Señores Addentes al Señor Molina, el Se-

Señor Roxas de Almansa, y el Obispo Rocca, y tienen tambien à su favor las muchas razones legales, que en ellos se pueden vèr propuestas, son los mas principales fundamentos los dos, que se referiràn, y favorecen à la hermana del ultimo posseedor, igualmente que à su hija, y no se pueden disputar de buena fee, por ser principios sentados en estos Reynos.

9. El uno de dichos fundamentos, es, la regla sentada, de que para la succession en Mayorazgos se atiende la proximidad con el ultimo posseedor, ya sea entre sus descendientes, ò ya entre sus transversales, y el que la tuviere con èste, aunque sea mas remoto del Fundador, debe succeder. Dom. Castillo *dict. lib.* 5. *Controv. cap.*91. *num* 61. *&* 62. Rox. *de Incompat. part.* 3. *cap.* 4. *num.* 28. 51. *&* 53. D. D. Addent. ad Dom. Molin. *dict. lib.*3. *cap.* 5. *ad num.* 72. vers. *Secundo.* Dom. Molin. *dict. lib.*3. *cap.* 9. *num.* 1. 3. *&* 11. & ibi D. D. Addent. *ad num.* 1. *& ad num.* 3. *usque ad* 21. *cum plurim.* Rocca *disput. Iur. Selectar. cap.* 3. *num.* 37. 38. *&* 39. Dom. Valenz. Velazq. *consil.* 97. *ex num.* 17. Dom. Castillo *lib.*3. *Controv. cap.* 19. *ex num.* 140. Cardin. de Luca *de Fideicomm. disc.* 1. *num.* 15. *circa fin. & disc.*3. *num.*6. *& disc.* 23. *num.*4. Carol. Anton. de Luca *de Linea Legal. lib.* 1. *artic.* 8. *n.* 80. Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 12. *num.* 5. *&* 7.

10. Y el otro de dichos dos fundamentos es, que una vez entrada la succession en una linea, no puede hacer retrocesso, ni transito à otra, mientras hay alguna persona de aquella, en que se radicò la possession, aunque sea transversal del ultimo posseedor. Roxas *de Incomp. part.* 3. *cap.* 4. *num.*26. 50. 53. *&* 54. D. D. Addentes ad Dom. Molin. *dict. lib.* 3. *cap.* 5. *num.*72. vers. *Nos verò.* Videndi etiam Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.*6. *num.* 290. *&* 291. Dom. Olea *tit.*3. *quæst.* 4. *num.*15. Dom. Molin. *lib.*3. *cap.*6. *num.*29. *in fin.* & ibi D. D. Addent. *ad num.* 23. *usque ad* 29. *& ad num.* 30. 31. *&* 32. Carol. Anton. de Luca *de Linea Legal. lib.* 1. *artic.* 12. *ex num.*1. Alvar. Pegas *Resol. Forens. tom.*1. *cap.*4. *num.*21. Palma Nepos *allegat.* 93. *num.*3. Rocca *Disput. Iur. Select. cap.* 3. *ex num.* 5. *&* 74. Cardin. à Luca *de Fideicom. disc.* 1. *num.* 14. *&* 15. *& disc.* 23. *num.* 9. *et* 10. Dom. Roxas Almans. *disput.* 3. *quæst.*1. *n.*14. *et quæst.*6. *n.* 29.

11. En virtud de ser tan constante la citada resolucion, y los dos propuestos fundamentos, que la confirman; en nuestro Reyno se tiene ya por concepto practicamente inquestionable, y solo se halla opinado entre los Antiguos, pero de los Modernos no se assignarà Doctor Castellano, que defienda la reintegracion, y derecho de la linea precedente postestergada, y hembra de ella, contra la hija, ni contra la hermana del ultimo posseedor.

12. Y aun de los Estrangeros solo se podràn proponer en lo moderno à favor de dicha reintegracion Alvarez Pegas *de Maiorat. tom.*2. *cap.* 10. *ex num.* 771. & Carl. Anton. de Luca *de Linea Legal. lib.* 1. *artic.* 11. *signantèr ex num.* 18: pero los demàs Doctores nuevos de dichos Estrangeros, estàn igualmente constantes, y conformes con nuestros Regnicolas, en impugnar la reintegracion, y defender, no solo à la hija, sino es tambien à la hermana del ultimo posseedor, y aun en los terminos mas estrechos de tener llamamiento las hembras, como todo se puede vèr en los mas modernos Italianos, que todos estàn contra el particular sentir de Carlos Antonio de Luca, referido al principio de èste Parrafo, y son Cardin. à Luca *de Fideicom. disc.*23. *num.* 9. Palma Nepos *allegat.* 93. *ex num.*2. *usque ad* 9. Consal. *in Addit. ad* Peregrin. *de Fideicom. artic.* 20. vers. *Num agnatis.* Torre *de Maiorat. tom.*1. *cap.*12. *signantèr num.*14. *&* 17. Julio Capon. *Discep-*

Fo-

Forens. tom. 3. discep. 164. num. 17. Rocca *Disput. Iur. Select. tom. 1. cap. 3. per tot. signantèr n. 19.* vers. *Siquidem, & n. 63.*

13. Y aun la citada comun resolucion de los Estrangeros, conformandose con el constante sentir de nuestros Autores Castellanos, y con las diversas Executorias, que refieren algunos del Real Consejo de Castilla, y de èsta Chancillerìa, tiene lugar, quando està la competencia en pretender la hija, ò hermana del ultimo posseedor por la immediacion con èste preferirse à otro, que siendo mas distante de la linea de possesion, tiene mas proximidad con el Fundador, como se puede vèr en los Autores, que se han citado, principalmente *supra n. 9.*

14. Mas en el presente caso la hermana del ultimo posseedor, que es la Marquesa de Heraso (34), es igualmente descendiente de los Fundadores, que la Condesa de Luque (32), y en estas circunstancias, aun los Estrangeros dàn el nombre de *irracional*, é *inhumano* à el pensamiento, de querer incluir à la hija, ò hermana del ultimo posseedor, que tiene igual descendencia de los Fundadores, para que succeda otra descendiente de la linea postergada. Ita Cardinal. de Luca *de Fideicom. discur. 23. num.* 8. vers. *Aut enim, & num. 9.* ibi: *Irrationabile quidem, ac in humanum esset ::: quæ ita in filiabus, & sororibus ultimi morientis est certa, &c.* Lo mismo afirma Palma Nepos *allegat. 93. n. 7.* vers. *Ratio autem.*

15. Y es de notar, que en estas circunstancias verificadas en nuestro caso, de ser la hembra de linea de possesion igualmente descendiente del Fundador, que la que pretende reintegrarse, aun Carlos Antonio de Luca (que es el ultimo singular Protector de la reintegracion) confiessa, que en èste caso no podrà tener lugar, sin embargo de que tenga expresso llamamiento la linea femenina, como lo pretende tener en la Fundacion litigiosa la Condesa de Luque, ita Carolus Anton. de Luca *de Lin. Legal. lib. 1. artic. 11. num. 23.* vers. *Atamen* ibi: *Potest habere locum dicta regula, quando agitur de sola mutatione generis personarum, puta inter æquè descendentes ab ipso testatore, qui æqualem habent rationem sanguinis, vel affectionis, & solùm detur diversitas ordinis per prius, & per posterius ratione sexus, vel alterius qualitatis, quia nempè UT IN PRESENTI VOCATA SIT LINEA MASCULINA, POSTMODUM FEMENINA, & sic sit solùm ordo per prius, & per posterius intra idem genus æquè descendentium à testatore.*

16. Lo que se và fundando fue constante en nuestros Reynos, aun antes del Auto Acordado, que se estableciò por Ley fundamental para la succesion en la Corona por la Magestad del Señor Don Phelipe V. en el año de 713, con dictamen de los Consejos de Estado, y Castilla, y aceptacion del Reyno, junto en Cortes por medio de sus Diputados: mas despues de la citada Real Resolucion se quitò la disputa, porque en ella se determinò literalmente, que extinguida la agnacion succederìa la hembra de aquella linea donde se acabò; y que no solo se entendiesse en las hijas del ultimo agnado, sino es tambien de sus hermanas, que todo es literal en el Auto Acerdado, que era 164. *part. 2.* y en la ultima impresion es *Aut. 5. tit. 7. lib. 5. Recopil.* ibi: *Succeda en dichos Reynos la hija, ò hijas del ultimo reynante varon agnado mio, en quien feneciere la varonìa, y por cuya muerte succediere la vacante.* Y despus habla de las hermanas el referido Auto Acordado, ibi: *Y en caso, que el dicho ultimo reynante varon agnado mio no tuviere hijas nacidas en constante legitimo matrimonio, ni descendientes legitimos, y por la linea legitima, succeda en dichos Reynos la hermana, ò hermanas, que tuviere.*

17. Despues, que se estable-

bleciò el citado Auto Acordado, nò ha eſcrito de los Autores, que ſe han referido, mas que el Señor Roxas de Almanſa, y èſte con tan clara, y autorizada deciſsion, dice, que deſpues de ella eſtà deſterrada de nueſtro Reyno la opinion, que favorecia la reintegracion, y que no ſe puede dudar, ni diſputar en èl ſobre la eſpecie. Ita Dom. Roxas Almanſa *diſput. 3. quæſt. 6. num. 33.* ibi: *Hæc tamen opinio à noſtro Hiſpaniæ Regno iam exul facta eſt, & nequit in eo ambigi, nec de ea diſputari, cum deciſſa ſit ex Regio Decreto::; Ideoque opinio illa de redintegratione lineæ poſtergatæ in Maioratibus agnationis, & maſculinitatis merito à noſtra Hiſpania eſt eliminata.*

18. Arguyendo en èſte particular el Señor Roxas de Almanſa con el citado Auto Acordado, que habla de la Corona, por la regla ſentada de que ſe arguye bien del Reyno, como cabeza de las Mayorazgos à todos los demàs. *Ex traditis per* D. Molina *de Hiſpanor. Primog. lib. 1. cap. 2. num. 26.* Dom. Olea *tit. 3. quæſt. 3. num. 21.* Dom. Vela *diſſert. 4. num. 27.* Dom. Roxas Almanſa *diſput. 1. quæſt. 6. num. 17. & quæſt. 7. n. 18. cum plurimis.*

19. En conſequencia de todo lo qual es patente, que haviendo ſido èſte Mayorazgo de agnacion rigoroſa, como ſe reſolviò en el anterior Juicio, en el que por éſte concepto ſe deſpachò la Real Carta Executoria, en cuya virtud ſe reſtituyò por la Condeſa de Luque, y ſu marido à Don Miguel de Heraſo (33), por haver muerto, pendiente el pleyto, Don Antonio de Heraſo (31) ſu Padre, y ſiendo hija de èſte, y hermana de aquel la Marqueſa de Heraſo (34), le correſponde la ſucceſsion, como hembra de la linea de poſſeſsion, adquirida por virtud de dicha Executoria, y no deſpojarſe para reintegrar à la Condeſa de Luque (32), como ſu marido ſolicita, reſpecto de ſer hembra deſtituida, y poſtergada por dicha Executoria.

§. UNICO.

20. COntra los fundamentos tan sòlidos, é indiſputables, que vàn propueſtos, intenta el Marquès de Algarinejo, à nombre de la Condeſa de Luque ſu muger, proponer, y aplicarſe una limitacion, diciendo, que la Sentencia corriente, con que ſe funda, no deberſe reintegrar las hembras de linea poſtergada, ſe entiende del caſo, en que no tengan eſtas llamamiento expreſſo poſterior, para quando falten los agnados: y que en eſte acontecimiento ſeguirian por el llamamiento tacito, y ſupletivo las hijas, ò hermanas del ultimo poſſeedor: mas haviendo en la Fundacion ſemejante poſterior llamamiento de las hembras, deberàn ſucceder, las que lo tuvieren, por èſta diſpoſicion expreſſa, y no preferirſeles, las que fueren hijas, ò hermanas del ultimo poſſeedor.

21. Eſta limitacion dice el Marquès de Algarinejo, que ſe verifica en la Fundacion litigioſa; pues Doña Maria Galindo (6) en ſu Teſtamento, y Alonſo de Heraſo (7) ſu marido en la Fundacion, que otorgò por sì, y en virtud de poder de la referida ſu muger, deſpues de haver ordenado los llamamientos declarados por agnaticios en la Executoria precedente, y contenidos en el Memorial del Relator (por lo reſpectivo à la primera num. 7. y 8. y en quanto à el ſegundo, *num. 24. 25. & 26.*) diſpuſieron ambos, que *ſi falleciesſen ſus hijos varones, ſin dexar deſcendientes de èſte ſexo, y dexaban hijas, ſuccediera la mayor de Luis de Heraſo* (10), *y ſus deſcendientes, y à falta de ellos llamaron à la hija de Miguel de Heraſo, y los ſuyos* (*Memor. num. 9. 10. 27. & 28.*).

22. En èſte llamamiento dice el Marqués de Algarinejo, que eſtà comprehendida la Condeſa de Luque

que su muger (32), pretendiendo incluirla en el que se dió à la *hija mayor de Luis de Heraso* (10), en defecto de varones agnados; con lo qual dice, que debe succeder por èste llamamiento expresso, y preferirse à la hermana del ultimo possedor.

23. Fundando èste pensamiento en la doctrina de Aguila ad Roxas *de Incompat. part.* 3. *cap.* 4. *sub num.* 23. donde dice, que la opinion favorable à la reintegracion, podrà tener lugar, y entenderse, ibi: *Quando post masculos inveniuntur vocare fœminas; tunc enim Maioratus dividitur in duas lineas; una, quæ componitur ex masculis prior, altera, quæ componitur ex fœminis posterior, & finita linea masculorum, incipit linea fœminarum ab initio lineæ, quod necessario datur in prima fœmina, quæ ab masculos excluſa sit, & non debet incipere succesio in medio lineæ, nec in fine lineæ secundum voluntatem Testatoris.*

24. Para destruir èsta propuesta, se manifestarà en el Discurso siguiente, que no estamos en el caso de ella, porque ni la Condesa de Luque se puede incluir en el llamamiento, que se le quiere aplicar, ni fue dispuesto por los Fundadores para el caso, que se ha verificado: y sin separarnos de lo que se fundará en el citado Capitulo siguiente, y que por ello no tiene lugar la disputa, ni doctrina citada de Aguila en favor de la Condesa de Luque, por no estàr comprehendida en dicho llamamiento, se passa desde luego à demostrar en éste lugar, que aunque se incluyera en él, no podia darle prelacion respecto de la hermana del ultimo possedor.

25. De èste dictamen son los diferentes Autores, que se citaràn, y manifiestan, que el llamamiento dado à las hembras en defecto de varones, solo hace, que succedan ellas, y sus lineas por el orden, que prevengan los Fundadores, con arreglo à su mayorìa, ò proximidad con el Fundador, quando se trata de constituir nuevo ingresso en dichas lineas; pero no en concurso, y con exclusion de la que se halla en linea efectiva, y actual de possession.

26. Antes de citar los Autores, que prueban éste intento, se acreditarà con razones legales; siendo la primera para impugnar la propuesta doctrina singular de Aguila, el que procede, no solo contra el comun sentir de los Autores, sino es con un supuesto falso, y equivocado, en que se implica el mismo Aguila; pues su particular asserto, de que se prefieran las hembras, teniendo llamamiento, à las que huviere en linea de possession, lo funda en decir, que en éste caso concurre una *linea habitual superior* (que es la hembra postergada en la linea primera, y que tiene llamamiento primero despues de los agnados), con *otra linea habitual inferior* (que es la del ultimo possedor), y que entre estas dos lineas habituales, debe preferirse la primera. Ita Aguila *in addition. ad Roxas dict. part.* 3. *cap.* 4. *num.* 23. vers. *Imò*, ibi: *Quia observanda est prælatio inter fœminas, quæ observaretur, si succesio deferretur eo tempore, quo excluſæ sunt, quia verè delata est, & ob masculos suspènsa, & ideò concurrit, LINEA HABITUALIS PRIOR CUM HABITUALI POSTERIORI: ergo prior est preferenda.*

27. Se equivoca en el supuesto el citado Autor Aguila, por que lo hace de que la hembra de la linea del ultimo possedor, es la linea *habitual* igual con las anteriores destituidas, siendo proposiciones elementales en la materia, que la linea del possedor es *actual, y efectiva*, y no igual con las demàs, sino es preferida à todas, y aun à la de primogenitura. Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 144. ibi: *In succesione Maioratus datur linea duplex*, actualis, & habitualis. *Et num.* 145. ibi: Linea actualis *est illa*, quam possessor Maioratus constituit *ex eo, quod tan*

quam

quam legitimus succeſſor actualiter *verè, & realitèr ocupavit eam ; ideò dicitur* linea ſucceſſorum actualium , *quia in poſſeſsione ſunt : & melius percipies eius eſſentiam, cognita differentia inter hanc lineam poſſeſſoris* , & lineam habitualem, ſeù primogenituræ. *Et num.* 148. ibi : *Ex quo infferes hanc* lineam actualem *maiorem, ac inter omnes principalem prærrogativam habere, quia, attento iure communi, una ſola linea datur , quæ prerrogativam habeat* , hæc eſt linea poſſeſſoris. *Et num.* 153. ibi : *Poſt lineam actualem* ſuccedit linea habitualis primogeniti.

28. Y el miſmo Aguila por el privilegio de *linea actual*, que reconoce en la del ultimo poſſeedor, y aſsi en ſus hijas, como en ſus hermanas, ſigue la opion del Roxas, contraria à la reintegracion, en el miſmo lugar, que và citado *part.* 3. *cap.* 4. *num.* 23. ibi : *Sed nihilominus à doctiſsimi Autoris Sententia non eſt recedendum, quia eadem ratio precedendi filiam ultimis poſſeſſoris efficit, ut præferenda ſit quælibet alia fœmina ex lineâ eius effectiva , vel contentiva:* Por lo qual es viſto, que ſe implica dicho Autor en ſuponer al verſiculo ſiguiente , que la linea de poſſeſſion es *habitual* , igual con la poſtergada, y que por eſta igualdad debe ſucceder la primogenita , como primera , compitiendo con la de poſſeſſion ; pues todo eſto es contra los principios elementales , que ſe han citado en el numero proximo anterior.

29. La ſegunda razon, que deſtruye el concepto de Aguila (y manifieſta, que haviendo llamamiento de las hembras, ſolo tengan la preferencia de ſu llamamiento , y mayoria , quando ſe trata , de que conſtituyan ſus lineas, y ſe radique la ſucceſsion en ellas, entrando en èſte caſo por el orden, que fueſſen llamadas, y no mientras hay hembra en la linea del ultimo poſſeedor) es , que de lo contrario, ſeria preciſſo confeſſar ſiempre la reintegracion : pues en todos los Mayorazgos, aun quando falte llamamiento expreſſo de las hembras en defecto de los agnados , ò varones, lo tienen tacito por la naturaleza de los Mayorazgos , *ex traditis per* Dom. Molina *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 22. verſ. *Hęc autem , & cap.* 4. *ex num.* 14. *& lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 72. & ibi D.D. Addentes Roxas *de Incompat. part.* 3. *cap.* 4. *num.* 56. Dom. Roxas de Almanſa *diſp.* 1. *quæſt.* 1. *n.* 99. *&* 100. *cum plurim.*

30. Y como es principio ſentado el de que *taciti , & expreſsi eadem eſt virtus* , y que la voluntad, que ſe induce , de que ſuccedan las hembras tacitamente por la Fundacion perpetua , debe ſer tan eficàz, como la voluntad expreſſa de el llamamiento. *Ex traditis per* Dom. Caſtillo *lib.* 5. *Controv. tom.* 6. *cap.* 169. *num. final.* & per Dom. Roxas Almanſ. *diſp.* 1. *quæſt.* 12. *n.* 21. verſ. *Quod quidem.* De aqui es , que para permitir la reintegracion por el llamamiento expreſſo poſterior de las hembras , ſeria neceſſario concederſela tambien por el virtual , ò tacito, que ſiempre tienen, y debe ſer de igual eficacia ; y quedaria por conſiguiente admitida en todos caſos la opinion de reintegracion tan opueſta à la coſtumbre de Eſpaña , y à las repetidas deciſsiones de ſus Tribunales, y à la conſtante reſolucion de Doctores, y ultima Real diſpoſicion , que no la permite , como todo queda demoſtrado.

31. Y quando ſe quiera evaquar el inconveniente propueſto en los dos numeros antecedentes, negando, que tuviera iguales eficacias el llamamiento tacito , que el expreſſo, ſin embargo de las doctrinas referidas en el proximo anterior de los Señores Caſtillo, y Roxas de Almanſa , y demàs que citan ; nunca pudiera ſalvarſe , el de que permitiendo por el llamamiento expreſſo la

reintegracion à las hembras contenidas en èl, con exclusion de las que huviessen quedado en la linea de possession, quedaria reducìda la corriente resolucion de los Doctores contra la reintegracion, à el caso particular, y raro de no llamarse las hembras, aun despues de los varones, lo qual sucede pocas veces (porque lo comun de las Fundaciones, tenemos experiencia de que es llamarse à las hembras en los Mayorazgos de qualidad, despues que falten los varones qualificados), y no se verificarìa lo absoluto, y general de las constantes opiniones, que se han propuesto contra la reintegracion, y no se limitan à el caso singular de que las hembras no tengan llamamiento despues de los varones, ò agnados, antes bien hablan muchos expecificamente, suponiendo, que la question, y opiniones sobre la reintegracion, hablan del caso, en que à falta de varones, y agnados tengan llamamiento las hembras, como se dirà despues.

32. La tercera razon, que persuade dicho intento, es, que los principios, en que se fundan las constantes doctrinas contra la reintegracion, *de haverse de succeder por la proximidad à el ultimo possedor, y no deber hacer transito la succession à otra linea, mientras hay personas en la actual*, como se dixo *supra num. 9. & 10.* es precisso confessar, que assi en los varones, quando succeden privativamente, como en las hembras, quando llega su caso, y en unos, y en otros quando les assiste derecho promiscuo, siempre tienen lugar, quando la persona mas distante del ultimo possedor, y su linea, tiene llamamiento anterior, porque si fuesse preferida la persona proxima à dicho ultimo possedor por la Fundacion, no tendria que fundar su preferencia en ésta immediacion, ni en hallarse en la linea de possession.

33. De forma, que en las citadas reglas generales se viene à seguir el systema propuesto, de que assi el llamamiento de las Fundaciones, como el de la Ley para los mas proximos à el Fundador, ò para las lineas de los mayores, quando tienen igual proximidad, tiene lugar para constituir, y establecer lineas, y para el ingresso de estas; pero radicada la succession en alguna de ellas, debe continuar en el progresso à favor los que se hallan en èsta linea de possession, y no hacer transito à las que tuviessen llamamiento por el Fundador, ò por la Ley, porque no se debe aplicar al progresso de la succession en las lineas, la prelacion, y lo demàs, que se dispuso, para el ingresso, y constitucion de ellas, Torre *de Maioratib. tom. 1. cap. 33. num. 47. & tom. 2. quæst. 58. num. 47.* ibi: *Non enim ex dispositis à disponente in ingressu successionis inferri potest, ut idem dicendum sit in progressu, & è contra.* Carol. Anton. de Luca *de Linea Legal. lib. 1. artic. 27. num. 23.* vers. *Nam preter quod* in medio, ibi: *Et in omnem casum prælatio lineæ intelligenda est in progressu postquam proximior successit, non autem in ingressu ipsius proximioris.*

34. La quarta razon, que acredita dicho intento, es, que quando no hay llamamiento del Fundador para las hembras en defecto de los agnados, ò para qualesquiera otras lineas, ò personas, que omitiò darles llamamiento en la succesion perpetua, y vienen por el orden de la Ley, nadie duda; que el methodo de ésta es, el que succedan las personas mas proximas à los Fundadores, y sus descendencias por el orden de la proximidad en cada una, y que en concurriendo dos, ò mas iguales, se prefiera la linea, y descendencia del hijo, ò hermano mayor; y sin embargo de ser estos los llamamientos de derecho, no se duda, que èste llamamiento de la Ley à los mayores, y mas proxi-

mo-

mos del Fundador, se entiende solo para constituir lineas, y el ingresso de la succesion en ellas, y que no obstante, siempre que en la de possesion hay alguna persona, debe succeder con antelacion à las otras, y preferirse el mas proximo à el ultimo possedor, aunque sea mas remoto del Fundador, como prueban los Autores citados *supra num. 9. & 10.* sin embargo de que à no tener la succesion radicada en su linea, serian posteriores en el llamamiento, que la ley constituye.

35. Y la misma inteligencia se debe dàr à el llamamiento de la Fundacion, por ser constante, que vale el argumento de la disposicion de ley à la de hombre, y se debe interpretar, y entender èsta, como aquella. Barbosa *Tract. Variar. in tract. locor. comm. loc. 60. num. 2.* Menoch. *consil. 645. num. 14.* Cancer. *Variar. resolut. part. 1. cap. 1. num. 61.* Dom. Roxas Almans. *disput. 2. quæst. 10. numer. 35. in fin. Et disput. 3. quæst. 8. num. 14. in fin.* ibi; *Quia validum est argumentum de dispositione legis, aut statuti, ad dispositionem hominis.* Idem Dom. Roxas Almans. *dict. disput. 3. quæst. 2. num. 33. circa finem,* ibi: *Et id, quod dicitur de in interpretatione voluntatis testatoris, dicitur simul in interpretatione legis; quia de uno ad aliud valet argumentum.*

36. La quinta razon, que prueba lo referido, es, que aunque el testador no huviesse preferido las hijas de la linea primogenita, y sus descendencias, à las que procedieran de la segundogenita, y demàs posteriores, la disposicion de derecho dà èsta prelacion, pues nadie duda, que por la Ley es primero la linea primogenita, y sus descendientes; y sin embargo son constantes las doctrinas citadas *supra num. 9. & 10.* para que èsta preferencia, que dà el derecho à la linea primogenita, no se entienda, quando se radicò la succesion en otra, y hay en ella persona capàz de succeder mas proxima à el ultimo possedor.

37. Y esto mismo se debe decir, quando expresò, y dispuso el Fundador el llamamiento para las hembras con la antelacion de las que fueren de la linea primogenita, como por la ley les competia; pues la expresion de aquello, que por derecho correspondia, no immuta el orden de la Ley, ni dà mas derecho, ni produce mas efectos, que los que inducirìa la disposicion, y llamamiento de la misma Ley, con arreglo à el principio de que *quod tacitè inest, & si exprimatur, nihil operatur.* Avendaño *ad leg. 40. Taur. Gloss. 8. num. 38.* ibi: *Ex ipsorum natura in esse dicitur, ut filius maior primogenitus semper admitatur, neposque ex prædefuncto ipsorum secundogenito preferetur::: Et hæc conditio, seù qualitas primogenituræ, & maioriæ, verissimum credo, cum de iure tacitè insint, quod si exprimantur, nihil operentur.* Et comprobatur *ex traditis per* Carlev. *de Iudic. tit. 3. disput. 8. section. 5. num. 63.* Dom. Castillo *lib. 4. Controv. cap. 17. num. 44. & cap. 38. num. 42. ubi dat plurimos.* Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 25. num. 94.* ibi: *Quia expressio masculinitatis in materia primogenij operatur, ut dicatur facta expressio eius, quod tacitè inest ex natura Maioratus, & sic non alteratur natura primogenij.*

38. Y la sexta razon, que persuade todo lo dicho, es, el que los llamamientos, y demàs Clausulas de las Fundaciones, deben interpretarse, y entenderse con arreglo à el orden, y methodo de succeder, establecido por las Leyes, y costumbres del Reyno. *Ex traditis per* Dom. Molina *de Hispanor. Primogen. lib. 1. cap. 3. num. 2. 3. 4. & 5.* Dom. Roxas Almans. *disput. 2. quæst. 2. num. 30.* Dom. Valenz. Velazq. *consil. 94. num. 40.* Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 27. num. 68.* Maldonad. *in additon. ad Dom. Mo-*

lina dict. lib. 1. cap. 3. ad num. 3. Dom. Caſtillo *lib. 2. Controv. cap. 26. n. 36.* ibi: *Teſtator, aut Inſtitutor Maioratus. quod in dubio videatur ſe referre ad leges, ſtatuta, & conſuetudines eius loci, aut Regionis, in qua teſtatur, aut Maioratum inſtituit ::: Clauſulæ etiam primogeniorum, quod in Hiſpaniæ ſint interpretandæ iuxta conſuetudinem, quæ eſt in Hiſpania in ſucceſſione primogeniorum, &c.*

39. Y ſiendo ſin duda conforme à las Leyes, y coſtumbre de Eſpaña, la preferencia de la linea, en que ſe radicò la ſucceſsion, y de todas las perſonas, que en ella procedieron, y que la mas proxima à el ultimo poſſeedor ſucceda, y ſea preferida, reſpecto del que tuviere la mayor proximidad con el Fundador, ſin embargo de tener èſta llamamiento precedente por la ley, entendiendoſe ſolo la prelacion de lineas, y perſonas mas immediatas al Fundador, quando ſe trata del ingreſſo de la ſucceſsion, y ſin que impida èſte llamamiento prelativo de la ley para las mayores, y mas cercanas del Fundador, el que no tenga lugar, quando hay en la linea efectiva de ſucceſsion perſona mas proxima à el ultimo poſſeedor: Es patente, que para obſervar la regla propueſta en en el numero proximo anterior, de entenderſe los llamamientos, y demàs Clauſulas de la Fundacion con arreglo à el orden, y methodo de ſucceder por las Leyes, y coſtumbres del Reyno, ſe deban entender los llamamientos dados en primer lugar à las hijas de linea primogenita de Luis de Heraſo (10), como ſe los dà la Ley, quando ſe trata de conſtituir linea, por no haver en la de poſſeſsion perſona, que ſucceda, y no para excluir à la que huviere con mas immediacion al ultimo poſſeedor.

40. En ſumma, y en confirmacion de todo lo dicho: dos ſon las lineas privilegiadas en la ſucceſsion de los Mayorazgos. La una es la linea de poſſeſsion, que llamamos *efectiva*. Roxas *de Incompat. part. 1. cap. 6. num.* 144. 145. & 146. Dom. Larrea *deciſ.* 8. *num.* 47. *& probant omnes citati ſupra num.* 9. & 10. Y otra linea privilegiada es la primogenita, ò *habitual*, Roxas *de Incompat. dict. part. 1. cap. 6. ex num.* 153. D. Larrea *dict. deciſ. 8. n. 47.*

41. Las preferencias de la linea de poſſeſsion, y que ſuccedan todos los que procedieren de ella, con antelacion de qualquiera otros, ſon conſtantes, y ſe pueden vèr en todos los Mayorazguiſtas citados *ſupra num.* 9. & 10: Y tambien es cierto, que la linea primogenita tiene conocida prelacion, y ſe antepone à la ſegundogenita, y demàs, que ſiguen. *Ex tradit per* Dom. Molina *de Hiſpanor. Primog. lib. 3. cap. 6. ex num. 29. uſque ad finem*, & ibi D. D. Addent. Maldonado, & Aguila, *cum plurim.* Avendaño *ad legem* 40. *Taur. Gloſſ.* 17. *num.* 26. Menoch. *conſil.* 808. *ex num.* 30. Cancer. *Variar. Reſolution. part.* 3. *cap.* 21. *num.* 297. Pereyra de Caſtro *deciſ.* 59. *num.* 6. Ioann. Gutierrez *Practicar. quæſt. lib.* 3. *quæſt.* 66. *alias lib.* 5. *quæſt.* 27. *ex num.* 16. & *quæſt.* 67. *alias* 28. *num.* 46. Dom. Larrea *deciſ.* 8. *num.* 47. Dom. Covarrub. *Practicar. quæſt. cap.* 38. *num.* 6. Dom. Caſtillo *lib.* 5. *Controv. cap.* 93. *num.* 5. Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *ex num.* 153. Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 9. *num.* 666. verſ. *Planè.*

42. Mas concurriendo perſonas de las dos lineas privilegiadas, una de la primogenita, y otra de la linea de poſſeſsion, debe ſer èſta preferida, porque ſe antepone à la primogenita, y á qualquiera otra. *Ex tradit. per* Roxas *de Incompat. part. 1. cap. 6. num.* 148. & 153. & *ex num.* 290. *uſque ad* 298. *incluſivè.* Dom. Larrea *deciſ.* 8. *num.* 50. & 51. Pereyra de Caſtro *deciſ.* 59.

num.

num. 5. Dom. Castillo *lib.* 5. *Controv. cap.* 92. *num.* 57. *&* *cap.* 93. *num.* 4. *&* *num.* 8. vers. *Quarta*, & vers. *Inde*, *&* *num.* 10. Y lo mismo prueban todos los Autores citados *supra num.* 9. *&* 10: Por lo qual es vista la preferencia de la Marquesa de Heraso que se halla en la linea de possession, respecto de la Condesa de Luque, sin embargo de que proceda de la primogenita.

43. Y tambien es patente, que el llamamiento dado à las hembras de la linea primogenita, para que succediessen antes, que la segundogenita, y demàs posteriores, como correspondia por el orden de la Ley, no fue decir, que contra el tenor, y forma de ésta, se huviesse de preferir tambien la que descendiera de dicha linea del hijo mayor, à la que se hallàra en la linea de possession, ni se hicieron cargo los Fundadores del caso de haver en èsta persona capàz, por lo qual debe succeder con la prerrogativa, que le dàn la disposicion legal, la naturaleza perpetua de la succession de Mayorazgos, la costumbre induvitada de nuestro Reyno, y la uniforme constante resolucion de los Doctores.

44. Por consequencia de cuyas razones resulta fundada la resolucion de Autores, que se passan à proponer, y afirman contra el dictamen de Aguila, que aunque por falta de los agnados se dé llamamiento à las hembras, no ha de reintegrarse la que lo tuviere primero, en perjuicio, y con exclusion de las que huviere en la linea de possession; pues los llamamientos ordenados para el ingresso de lineas, sin hacerse cargo el Fundador de que huviera hembras en la linea del ultimo posseedor, ni explicar, que dispusiesse tambien su orden de llamamientos para el caso de hallarse la succession radicada ultimamente en la linea segunda, y demàs ulteriores, y haver en ella persona capàz de succeder, no se ha de ampliar à estas circunstancias, que no resultan prevenidas, ni por consiguiente juzgarse, que el orden de llamamientos para el ingresso de lineas, ha de ser tambien para excluir las personas, que huviere en la de possession.

45. Y de lo contrario nunca se fundaria privilegio, por ser de la linea, en que està radicada la possession, ni por la immediacion con el ultimo posseedor; pues quando la persona, en quien se verifican estos privilegios tiene llamamiento anterior por el Fundador, ò por la Ley, no necessitaba dichas prerrogativas; y solo funda en ellas derecho, y le aprovechan, quando compite con persona, que tiene llemamiento privilegiado en la Fundacion, ò en el orden de la disposicion legal; y sino le aprovechassen las razones de linea de possession, y proximidad à el ultimo posseedor, quando tiene otra persona llamamiento precedente de hombre, ò de Ley, nunca le serviria, y seria en vano la constante resolucion de los Autores, y quanto han escrito los citados *supra numer.* 9. 10. *&* 27. sobre la prelacion, que atribuye la immediacion con el ultimo posseedor, y el hallarse en la linea donde se radicò la succession.

46. En èsta virtud està en primer lugar, contra el concepto de Aguila (que se ha propuesto, é impugnado) su Abuelo Don Hermenegildo de Roxas, quien afirma, que *las hembras, ò lineas*, que tuvieren *especial llamamiento en defecto de los agnados, ò varones*, succederàn *despues que falten*, no solo estos, sino es *tambien las demàs personas, que huviere en la linea del ultimo posseedor*, y por consiguiente haviendo en esta persona, que succeda no passarà el Mayorazgo à las que tuvieren dicho llamamiento. *Ita* Roxas *de Incompatib. part.* 3. *cap.* 4. *num.* 64. ibi:

Ad-

[stamp] ...CIAL DE ... GRANAD...

Advertendum tandem, ut imponamus finem huic capiti, quod hoc limitari debet, si post agnatos in Maioratu puræ agnationis, vel masculos cognatos in Maioratu puræ masculinitatis SPECIALITER VOCATA fuit aliqua fœmina, vel masculus ex fœmina, & eorum descendentes; quia tunc DEFICIENTIBUS AGNATIS, seù masculis, ET ALIJS EX LINEA ULTIMI POSSESSORIS, ad specialitèr nominatum ibit successio, & ad eius descendentes.

47. Lo mismo funda Hieronim. Palma Nepos, en caso, que refiere *allegation. 93. in principio*, vers. *Quam quidem*, donde pone la Clausula, sobre que se trataba, y por ella resulta, haverse llamado en primer lugar *los descendientes varones del hijo*, en cuya cabeza se fundò; *y en falta de dichos descendientes varones*, se diò llamamiento *expresso à la hija primogenita, y su descendencia*, ibi: *Et casu quo deficeret dictus Lelius absque filijs masculis legitimis, & naturalibus, ut suprà, seù etiam deficeret eius linea masculina de legitimo matrimonio natâ, tunc eo casu vadat dicta domus AD FILIAM FÆMINAM PRIMOGENITAM, legitimam, & naturalem, & de legitimo matrimonio natam DICTI LELIJ, &c.*

48. Sigue dicho Autor refiriendo immediatamente versic. *Qua dispositione*, que discurriò la succession por los varones hasta uno llamado Lepido, que muriò sin dexarla de èste sexo, y sì solo una hija, la qual fundaba su derecho en hallarse en la linea de possession, como en èste caso la Marquesa de Heraso: y por el contrario se oponia un descendiente de la hija de Lelio, por el llamamiento expresso, que ésta, y su linea tenian para el caso de faltar la agnacion, como en el presente se solicita por la Condesa de Luque.

49. Prosigue el citado Doctor, proponiendo para razon de dudar lo que dice Aguila (aunque sin citarlo), sobre que en èste caso havia querido el Testador, que despues de los agnados succediesse la *hija de Lelio, y los descendientes de èsta*, y que debia la succesion hacer transito à èste diverso genero de personas por su llamamiento expresso, con excluision de la hembra, que se hallaba en linea de possession: y sin embargo resuelve *num. 2.* vers. *Verum*, que no podia succeder la descendencia de la hija de Lelio, no obstante su llamamiento expresso, ni se debia entender èste para excluir à la hembra, que huviera en la linea del ultimo possedor *dict.* vers. *Verum*: ibi: *In sensu veritatis censeo, post mortem Lepidi absque filijs, & descendentibus, masculi admitendam esse ad possessionem domus Dominam Poloniam* (ésta era la hembra de la linea de possession) *exclusis descendentibus Victoriæ, seù alterius filiæ Lelij.* (La primogenita de èste, y sus descendientes, eran las que tenian el llamamiento expresso).

50. Funda su resolucion dicho *Autor ex num. 3. usque ad 9. et num. 15.* en los dos citados principios, de haverse de preferir la linea, en que se radicò la succesion, y todas las personas, que procedièren de ella, y haverse de atender la proximidad à el ultimo possedor: y añade, que à lo menos ningun hombre juicioso podrà negar, que hay duda, en si querria el Fundador excluir tambien à la hembra de la linea de possession, para que succediesse la que llamò, y su descendencia, y que en qualquiera duda se ha de estàr por la regla que favorece à la linea admitida en la succesion, mientras no aparezca con evidencia lo contrario. Ita Palma *ubi supra n. 15.* ibi: *Quoniam eo ipso, quod res aliquam dubietatem admitti, quod nemo sanæ mentis revocare potest in dubium, eo ipso inhærendum est regulæ, quæ pro linea iam admissa militat, nisi evi-*

evidenter de contrario appareat.

51. Tambien confirman dicho penſamiento los Señores Addentes à el Señor Molina, porque ſuponen expreſſamente, que la queſtion, y opiniones ſobre reintegracion de linea, proceden, y tienen lugar en el caſo de que por falta de los agnados eſtàn admitidas, y llamadas por el Fundador las hembras D.D. Addentes ad Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *ad num.* 72. verſ. *Quid verò*, ibi: *Si Inſtitutor Maioratus vocavit omnes maſculos agnatos, & illis extinctis fœminas ad ſucceſsionem admiſsit, &c.* Y en èſte concepto de ſer admitidas por el Fundador las hembras, reſuelven los Señores Addentes contra la reintegracion, y aplican las demàs doctrinas admitidas en nueſtro Reyno, como queda dicho *ſupra num.* 6. & 7.

52. Y aun Carlos Antonio de Luca, nuevo, y ſingular Defenſor de la reintegracion (y cuyo dictamen en éſta parte no ſe puede ſoſtener en nueſtro Reyno, por ſer inqueſtionables las opiniones, que impugna), ſupone, que tienen lugar èſtas, y que la queſtion, ſobre dicha reintegracion, ſe verſa, en caſo de tener llamamiento à falta de varones las hembras, y ſus lineas; y aſsi reſulta de la pregunta, que hace por el argumento, que propone para dicho *articul.* 11. *lib.* 1. *de Linea Legali ante num.* 1. ibi: *Lineis maſculinis defectis. ET VOCATÆ SINT LINEÆ FÆMENINÆ, an iſtę debeant habere ſimilem ordinem, vel potius filia ultimi maſculi poſſeſſoris excludat fœminas anteriores, & primæ lineæ maſculinæ, &c.*

53. Y en los terminos, y circunſtancias del preſente caſo, en que la Marqueſa de Heraſo es igualmente deſcendiente de los Fundadores, que la Condeſa de Luque, aun Carlos Antonio de Luca (principal empeñado por la reintegracion reſiſtida en nueſtro Reyno, y procediendo en el concepto de ſer llamadas las lineas femeninas en defecto de las maſculinas) conteſta, que la opinion opueſta à la reintegracion, y que eſtà por la proximidad del poſſeedor, debe tener lugar. Ita Carol. Anton. de Luca *de Linea Legal. dict. lib.* 1. *artic.* 11. *num.* 23. verſ. *Attamen*, ibi: *Attamen poteſt habere locum dicta regula, quando agitur de ſola mutatione generis perſonarum, puta, INTER ÆQUE DESCENDENTES AB IPSO TESTATORE, qui æqualem habent rationem ſanguinis, vel affectionis, & ſolùm detur diverſitas ordinis per prius, & per poſterius ratione ſexus, vel alterius qualitatis, quia nempè, UT IN PRÆSENTI VOCATA SIT LINEA MASCULINA. POSTMODUM FÆMINA, & ſic ſit ſolùm ordo per prius, & per poſterius intra idem genus ÆQUE DESCENDENTIUM A TESTATORE.*

54. Y en lo miſmo conteſtan Cardinal. à Luca *de Fideicomm. diſc.* 23. *num.* 8. verſ. *Aut enim*, Palma Nepos *allegation.* 93. *num.* 7. & Torr. *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 12. *num.* 17. ibi: *Non verò quando ageretur de unica linea, & deſcendentia teſtatoris, ad quam SINT INVITATI PRIUS MASCULI, ET POSTEA FÆMINÆ, & ſic per prius, & poſterius intra idem genus perſonarum; quia eo caſu etiam ſi fiat tranſitus ad alium ſexum, nihilominus ſemper remanet inconcuſa regula, ut attendatur, non teſtatoris, ſed gravati, & ultimi defuncti proximitas.*

55. Añadiendo el Cardenal de Luca, *dict. diſcurſ.* 23. *num.* 9. que lo contrario ſeria *irracional, è inhumano* (como en otro lugar ſe ha dicho), y lo miſmo afirma Palma Nepos *dict. allegat.* 93. *num.* 7. verſ. *Ratio autem*, ibi: *Quod irrationabile, & inhumanum eſſet, ut deficiente linea maſculina in eo, ex quo ſupereſſent filiæ fœminæ, quod iſtę remanere deberent*

excluſæ à bonis per eorum parentes poſſeſſis, ut tranſitum facerent ad alios deſcendentes ex fœminis, remotiſsimos tranſverſales reſpectu gravati. Teniendo lugar lo referido aſsi en las hermanas, como en las hijas del ultimo poſſeedor, como nota Cardinal à Luca *de Fideicomm. dict. diſc. 23. num. 9.* ibi: *Quę ita in filiabus, vel ſororibus ultimi poſſeſſoris eſt certa, &c.*

56. Ultimamente confirma lo referido el Señor Caſtillo, y dice, que faltando los varones, *no debe ſuceder la deſcendencia de la hija, que tuvo expecifico llamamiento, haviendo hija, ò hermana del ultimo poſſeedor*; por que ſe ha de entender el llamamiento de la hija, que lo tiene en dicho caſo, para conſtituir ingreſſo, y principio de linea, y no para que no haviendo ſuccedido la hija, que tiene ſemejante llamamiento, pueda tranſmitir à ſu deſcendencia derecho para competir, y preferirſe á la hija, ò hermana del ultimo poſſeedor, y aſsi dice haverlo fundado juridicamente, en caſo, que le ocurriò, Dom. Caſtillo *lib. 5. Controv. cap. 92. num. 58. in principio*, verſ. *Imò, & in fortioribus terminis*: concluyendo dicho verſiculo con la razon de immediacion à el ultimo poſſeedor, y añadiendo en el verſiculo ſiguiente (que principia *Deinde*) que no ſe puede diſputar ſer caſo dudoſo, y no proveido por el Fundador (pues no ſe hizo cargo de que huvieſſe hembra en la linea de poſſeſsion), y que haviendo èſta dificultad, ſe ha de reſolver por la hija, ò hermana del ultimo poſſeedor, que tiene à ſu favor todas las reglas de derecho, y comun reſolucion de Interpretes en materia de Mayorazgos.

57. Y deſpues añade otra razon el Señor Caſtillo en el miſmo *numer. 58.* verſ. *Præterea*, diciendo, que por la hija, ò hermana del ultimo poſſeedor, urge la preſumpta mente del Fundador, que ſi hviera previſto, que en lo futuro havia de concurrir una hija, ò hermana del ultimo poſſeedor con una deſcendiente de la hija llamada, ſupueſto, que una, y otra fueron incognitas para el Fundador (como en nueſtro caſo las que litigan) huviera preferido la hija, ò hermana del ultimo poſſeedor. Ita Dom. Caſtillo *dict. lib. 5. cap. 92. num. 58.* verſ. *Præterea*, ibi: *Pro eadem ultimi poſſeſſoris filia, aut ſorore, velut manifeſtè urgere præſumptam inſtitutoris Maioratus, aut diſponentis mentem, qui ſi caſum iſtum conſideraſſet, & concurſum filiæ, aut ſororis ultimi poſſeſſoris, cum filia, aut deſcendente filia ſuæ maioris, vel alterius ex filiabus ſuis pręveniſſet, abſque dubio inter deſcendentes filię eiuſdem, & ultimi poſſeſſoris maſculi, à ſe incognitos, ut potè non natos, præferret filiam, vel ſororem ultimi poſſeſſoris; nec veriſimiliter credendum eſt, quod deſcendentem ex filia incognitum præferret deſcendenti ex maſculo ultimo poſſeſſore, vel ſorori eiuſdem.*

58. Por todo lo qual eſtà manifieſto, que el llamamiento dado en falta de agnados à la hija mayor de Luis de Heraſo (10), y ſus deſcendientes, debe entenderſe ſolo para conſtituir ingreſſo de linea, quando llegue èſte caſo, y no para excluir à la que hay en la efectiva de poſſeſsion, como ſe perſuade por las razones propueſtas *ſupra ex num. 25. uſque ad 43. incluſivè*; y lo defienden, y fundan conſtantemente los Autores citados *ex num. 46. uſque ad proximum præcedentem inclu-ſivè.*

DIS-

DISCURSO II.

59. POr lo fundado en el anterior Discurso, se hace visible la preferencia de la Marquesa de Heraso, y que no puede pretender derecho la Condesa de Luque, ni qualquiera otra persona de su linea, sin embargo de que *se le permitiesse hallarse comprehendida en el llamamiento*, que dieron los Fundadores en defecto de agnados, à la *hija mayor de Luis de Heraso* (10), y à los *descendientes de dicha hija paimogenita*; por deberse entender semejante *llamamiento, aun en las personas, que comprehende*, para constituir ingresso de lineas, faltando personas en la de possesion, y no para competir con estas, y excluirlas, como lo acreditan los Autores, y fundamentos, que se han propuesto.

60. Mas en el presente Discurso se acreditarà à mayor abundamiento, que la Condesa de Luque *no se incluyò en el citado llamamiento*, ni por consiguiente puede pretender por èl excluir à la Marquesa de Heraso, que està en linea de possesion, aunque se pudiera permitir, que faltasse lo fundado en el anterior Discurso, y tuviera èsta eficacia el citado llamamiento; porque aun quando produxesse tan amplios efectos para las personas, que lo tuviessen à su favor, nada pudieran adelanrar con éste motivo, las que no se comprehendieron en èl.

61. Y despues se acreditarà, que *tampoco fue ordenado dicho llamamiento para el caso sucedido, y circunstancias, que han dado motivo al presente litigio*; ni por consiguiente se puede extender à estas, ni aplicar sus efectos à el caso muy diverso, que se ha verificado, aunque se litigasse por persona que lo tuviesse a su favor, ò pudieran permitirsele los efectos, que no tiene, desentendiendose de quanto se ha fundado en el Discurso primero.

§. I.

62. EN quanto à no ser comprehendida la Condesa de Luque en el llamamiento, que los Fundadores dispusieron para el caso de faltar agnados, es patente, pues dicho llamamiento prelativo, fue solo para la *hija mayor de Luis de Heraso* (10), y para la *descendencia de dicha hija mayor* (*Memor. num. 9. & 27.*): y la Condesa de Luque (32) *no es hija* de Luis de Heraso (10), *ni tampoco es descendiente de alguna hija del susodicho*, porque precede, y desciende de otro Luis de Heraso (15), hijo de el referido Luis (10), y el mencionado llamamiento no se diò à las hembras, que descendieran de los hijos del expressado Luis (10), sino es à *su hija mayor, y descendientes de èsta*, y las disposiciones, que hablan de lineas, y personas de *hijas*, no comprehenden à los *hijos*, ni las suyas, *ex leg.* Si ita scripsero 45. *ff. de legat.* 2. ibi: *Quod non est ex contrario accipiendum, ut filiarum nomine etiam masculi contineantur, exemplo enim pessimum est fœmino vocabulo etiam masculos contineri. Leg. Servis* 81. *ff. de legat.* 3. Gomez Bayo *in casu simili part.* 3. *lib.* 2. *quæst.* 58. *num.* 1. & 2. Peregrino *de Fideicomm. artic.* 26. *num.* 22. Fusario *de Substitution. quæst.* 312. *num.* 1. & 3. Carol. Anton. de Luca *de Linea Legal. lib.* 1. *artic.* 16. *num.* 52. vers. *Fœminarum.* Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 353. Dom. Roxas Almans. *disput.* 1. *quæst.* 1. *n.* 148.

63. Sin embargo de lo qual parece, que se pretende incluir en dicho llamamiento la Condesa de Lu-

Luque, con el prétexto de decir, que aunque no es *descendiente de hija mayor de Luis de Eraso* (10), *ni de otra hija del susodicho*, procede de Doña Juana de Heraso (20), que es nieta del referido Luis de Heraso (10), como hija de su hijo Don Luis (15), y que aunque *no venga, ni se comprehenda en el llamamiento, como descendiente de el hijo* (15), por no incluirse los de este sexo en los llamamientos, y disposiciones, que hablan de las *hijas*, como se ha dicho èn el numero proximo anterior, deberà venir, y ser comprehendida, como descendiente de la Doña Juana de Heraso (20), nieta del referido Luis (10): porque el llamamiento dado à la linea, y persona de la hija mayor de èste, se debe tambien extender à las lineas, y personas de sus nietas, por la regla de que lo dispuesto en favor de hijos, ò hijas, debe tener extension à los nietos, ò nietas.

64. Este concepto sigue el Marquès de Algarinejo en el actual litigio à favor de su muger, olvidado, al parecer, de que en el pleyto anterior expuso, y alegò lo contrario el mismo Marqués de Algarinejo por la referida su muger; pues dixo en uno de sus alegatos, *que la substitucion hecha à las hijas mayores de Luis de Heraso* (10), *y de su hermano Don Miguel* (11), *solo fue para las hijas de el primer grado, y no para las hembras hijas del nieto varon; porque de estos no dispuso en modo alguno* (*Memor. num.* 73.).

65. El citado alegato hecho por el Marquès de Algarinejo, induce una confesion, que le perjudica, y no puede revocarla. Dom. Larrea *decis.* 42. *num.* 5. ibi: *Quia in Libello advocatus venditoris pro certo confessus fuit, censum fuisse extinctum, & quantitatem ad debitum liquidum, & solutum, ut sic dicamus, fuisse redactum. Quæ allegatio, & si ex parte venditoris intenderetur revocari, tamen manet irrevocabilis, & omne quod in Libello prorrigitur, nocet litiganti.*

66. Cuya confesion merece el mayor aprecio contra el Marquès de Algarinejo. Pareja *de Instrum. Edit. tit.* 9. *resolut.* 2. *num.* 16. ibi: *Cum certissimum sit in iure, confessionem, & maximè Iudicialem in articulis prolatam superare omne probationis genus.* Y aun en pretender decir hoy lo contrario, incurre en la nota, y repulsa, que disponen expressas decisiones de ambos derechos, *in leg. Generalitèr* 13. *C. de non numerata pecunia, & in cap. Per tuas* 10. *circa finem de probationib.* ibi: *Cum nimis indignum sit iuxta legitimas sanctiones, ut quod sua quisque voce dilucidè potestatus est, in eundem casum proprio valet testimonio infirmare.*

67. Sin embargo de lo qual tiene todavia mas repugnancia la pretension del Marquès de Algarinejo, en apetecer, que la Condesa de Luque su muger, como descendiente de Doña Juana de Heraso (20), se comprehenda en el llamamiento dado à la *linea, y persona de la hija mayor de Luis de Heraso* (10); porque en el supuesto de que no es hija de èste la Doña Juana (20), no se puede incluir en dicho llamamiento, como que no le son aplicables las voces, con que se concibe, y por tanto se le puede justamente oponer la excepcion, de que no le comprehende la substitucion, ò llamamiento, que se quiere aplicar. Dom. Castill. *lib.* 3. *Controv. cap.* 15. *num.* 29. ibi: *Nullo modo ius suum fundat, & consequentèr, cum pro se non habeat verba, nec dispositionem, ipsi agenti, & successionem horum Maioratum pretendenti obstat, equidem peremptoria exceptio, & obsici debet: malè agis, & sine iure, quia tali casu de te non loquitur substitutio, vel scriptura.* Pareja *de Instrum. Edit. tit.* 1. *resolut.* 3. §. 2. *num.* 106. Dom. Molina *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 5. Aceved. *consil.* 18. *num.*

18.

18. Dom. Rox. Almanſ. *diſp. 1. quaſt. 13. num. 39.*

68. El unico arbitrio para incluir el Marquès de Algarinejo à ſu muger en el citado llamamiento, es decir, que aunque Doña Juana de Heraſo (20)*no es hija de Luis de Heraſo* (10), fue ſu nieta, y eſto baſta para que ſe incluya en dicha ſubſtitucion; pues la que habla de las hijas, debe extenderſe à las nietas, principalmente quando ſe trata de ſucceſsion perpetua en Mayorazgos de Eſpaña; retractando en eſto el Marqués de Algarinejo lo que alegò en el pleyto antiguo, y ſe ha dicho *numer.* 64.

69. Mas aunque no tuvieſſe confeſſada dicho Marquès la limitacion del referido llamamiento à las hijas del primer grado, tampoco ſe le pudiera permitir ampliarlo à las nietas; porque éſta extenſion no puede tener lugar en el preſente caſo por muchas circunſtancias, que lo impiden, y ſe propondràn; y aun quando faltàran eſtas, y tuviera lugar el intento de comprehenderſe las nietas en el llamamiento de hijas para otros efectos, y fines, no deberìa ſer admiſsible para la eſpecie, que ſe diſputa, y en que ſe quiere aplicar.

70. Aſsi los funda en los terminos preciſos del punto preſente. Dom. Caſtillo *lib. 5. Controv. cap. 92. num. 21. & num. 22.* donde trata de la comprehenſion de nietas en el llamamiento, que hablò de hijas, y dice, que ſolo tendrà lugar, quando ſe neceſsite para la perpetuidad del Mayorazgo, pero sì eſtà aſſegurada la ſucceſsion perpetua, y ſolo ſe trata de prelacion entre unas, y otras, y de excluir à las que eſtàn en la linea del ultimo poſſeedor, las que pretenden preferirſe con pretexto de ſer incluidas en ſemejante llamamiento, que hablò de hijas, ſolo podràn alegar èſte derecho las de el primer grado, y no las nietas, por que la extenſion à eſtas del llamamiento, que hablò de hijas, no tiene lugar para el fin de que ſe prefieran à las hembras, que hay en linea de poſſeſsion, mediante no ſer eſta preferencia neceſſaria para la perpetuidad del Mayorazgo.

71. Son oportunas las palabras del Señor Caſtillo, *dict. num. 21. & 22.* ibi: *Id tamen intelligi debet, & locum obtinet, quando nepotum, & cæterorum deſcendentium COMPREHENSIO SUB VERBO filius, VEL filia EST NECESSARIA AD CONSERVATIONEM MAIORATUS, eiuſque perpetuitatem, quia alias, ſi nepòtes non venirent, comprehenſique dicerentur, Maioratus perpetuus non eſſet, ſed potius finiretur, vocationesque deficerent ::: Cæterum quando perpetuitas ipſa in tuto remaneat, ſalvaque ſit, nec de eius conſervatione agatur, nè Maioratus deficiat, ſed de prelatione inter filias ipſas inſtitutoris, vel alterius, quibus pronomen poſſeſsivum conveniat CUM FILIABUS, SEU DESCENDENTIBUS GRAVATI, SIVE ULTIMI POSSESSORIS, ATQUE ITA VT VEL UNA, VEL ALTERA PERSONA SUCCEDAT, QUIA PLURES CONCURRUNT, ET SUCCESSIONEM PRÆTENDUNT, SIVE UT IN UNA, VEL ALTERA PERSONA LINEA SUMAT INITIUM: tunc equidem cum ex natura dicti pronominis tuum, meum, aut ſuum, vel ex alijs ſimilibus verbis de voluntate appareat, ſivè alias legitimè apparere, conſtareque poteſt; VERBUM FILIJ, AUT FILIÆ, VEL FILIORUM, SUAM RETINET, ATQUE CONSERVAT NATURAM, ET PROPRIETATEM, NEC ALTERATUR, AUT QUOVIS MODO EXTENDITUR: prout contingit, in concurſu caſus propoſiti, & in terminis, in quibus loquimur; quoniam non agitur de conſervatione, aut perpetuitate Maioratus, ſed de initio, atque ingreſſu ſucceſsionis in unam, vel alteram lineam feminarum, & à*

qua initium ſummere debeat.

72. Y à el propueſto intento, de que el llamamiento, que ſe diò à las hijas de Luis de Heraſo (10), y deſcendientes de ellas, no deba extenderſe à las nietas del referido, hijas de ſu hijo (15), para el efecto de preferirlas à la hermana del ultimo poſſeedor, es oportuno, y terminante el miſmo Señor Caſtillo, *dict. cap. 92. num. 58.* verſ. *Imò, & infortioribus*, donde prueba, que el llamamiento dado à las *hijas* para el caſo de faltar los varones deſcendientes, *no debe producir el efecto* de extenderſe á *los deſcendientes de la hija mayor llamada, ni à los hijos, ò hijas de èſta, nietos de el que diſpuſo el llamamiento*, que havia ordenado à favor de ſus hijas, porque ſolo eſtas en ſu perſona deberàn tener la prelacion de ſemejante ſubſtitucion, *pero no extenderſe à los nietos, hijos de ellas, ni à los demàs ſus deſcendientes, ni anteponerſe alguno de eſtos, con motivo de dicha extenſion à la hija, ò hermana del ultimo poſſeedor*; y aſsi expreſſa haverlo fundado juridicamente en caſo, que le ocurriò el Señor Caſtillo *dict. num. 58.* verſ. *Imò, & infortioribus*, ibi: *Quando ſcilicet in defectu filiorum, & deſcendentium maſculorum FILIA MAIOR teſtatoris vocata fuit, aut filiæ eiuſdem ſuo ordine vocentur ::: Ego aliquando in caſu ocurrenti dicebam, & iuridicè contendebam, quod ſi extincto ultimo maſculo Maioratus poſſeſſore, cuius etiam pater maſculus ſucceſsit, atque ita deficientibus omnibus maſculis, ad ſucceſsionem Maioratus concurrant filia*, AUT SOROR EIUSDEM ULTIMI POSSESSORIS MAIORATUS, ET FILIA, AUT FILIUS, ALIUSVE DESCENDENS EX FILIA MAJORI::: AD SUCCESSIONEM ADMITTENDUS NON ESSET EX HUIUSMODI FILIA DESCENDENS, SED POTIUS FILIA, AUT SOROR ULTIMI POSSESSORIS MAIORATUS PRÆFERENDA::: *& inde prærrogativam videri conceſſam perſonæ filiæ, nec in eius ſucceſſoribus obtinere, ſi nondum in filia ipſa ſucceſſionis ius, & linea incæpiſſet, quamvis deſcendentes eiuſdem alias ſuo ordine ſuccedendi ius haberent, deficientibus deſcendentibus ex illa linea ultimi poſſeſſoris Maioratus.*

73. Repite, y confirma lo miſmo el Señor Caſtillo, *dict. num. 58.* verſ. *Imò ex caſtrenſe* circa finem, ibi: *Quę tamen in caſu noſtro, & in filia AUT SORORE ultimi poſſeſſoris militat; ea namque ex linea ultimi poſſeſſoris eſt, prout ſupra explicavi; deſcendens verò ex filia teſtatoris ex alia linea eſt::: ſic equidem lineæ gradus, & proximitas prærrogativam pro ſe habet, ex filia verò deſcendens, nec lineam quidem, nec etiam diſpoſitionem CUM FILIÆ, AUT FILIABUS DUMTAXAT PRÆLATIO SIT CONCESSA, caſus autem præſens, quod filia ſcilicet ipſa ante deceſſerit, non expreſſus, ſi concurrat eius deſcendens cum filia ultimi poſſeſſoris, atque ita ut omiſſus ex regulis ordinarijs ſucceſsionis Maioratuum, & iuris diſpoſitione definiendus, ex quibus hi preferri debent, qui ex linea ultimi poſſeſſoris ſunt, ut latius ſuprà,* NEC ADMITENDUS AD EJUS EXCLUSIONEM EX FILIA DESCENDENS, QUI EO CASU PRÆLATIONEM, AUT VOCATIONEM EXPRESSAM NON HABET.

74. Y ultimamente concluye el Señor Caſtillo *dict. num. 58.* verſ. *Sed nec iure*, diciendo, que por ſemejante llamamiento dado à las *hijas*, no podràn ſucceder las nietas, ò deſcendientes de eſtas con antelacion à las hijas, ò *hermanas* del ultimo poſſeedor, porque el Fundador no lo dixo, ni tiene veroſimilitud, que lo quiſiera, y que la prelacion de las hijas por lla-

ma-

mamiento proprio para excluir las de la linea de posseſsion, ſe ha de entender perſonal en las hijas, que tuvieren el llamamiento, y no extenſivo à las nietas, y demàs deſcendientes de ellas; pues aunque à todas ſe adquiere derecho para ſuceder con ſemejante ſubſtitucion, es, quando falten las perſonas en linea de poſſeſsion; mas para preferirſe à eſtas con pretexto de llamamiento dado à las hijas, no debe paſſar el derecho à las nietas, y demàs deſcendientes de eſtas. Ita Dom. Caſtillo *dict. num.* 58 verſ. *Sed nec iure*, ibi: *Sed nec iure repræſentationis admiti poſſunt in hoc caſu ex ipſa filia, aut filiabus inſtitutoris deſcendentes, quoniam de ipſis, maximè ad excluſionem filiarum, AUT SORORUM ULTIMI POSSESSORIS, nec expreſsè, nec tacitè in terminis prædictis inſtitutor meminit, ſivè diſpoſuit, & veriſimilis eius voluntas, & mens præſumpta repugnat iuxta rationes adductas hactenus; UT PRÆDILECTIO SCILICET, ET PRÆLATIO PERSONÆ CONCESSA FUERIT, NON VERO FILIÆ, AUT FILIARUM DESCENDENTIBUS::: deficiente quidem linea ultimi poſſeſſoris, & in concurſu cum alijs ex familia ex iure proprię vocationis, aut repreſentationis iure admitentur, & ius matris, quæ ſi viveret, ſucceſſura eſſet, repreſentabunt, NON VERO FILIAS, AUT SORORES ULTIMI POSSESSORIS EXCLUDENT, quamvis mater eorum excluſura eſſet; quia ratio excluſiva illi competens, & prædilectionis vis in eis ceſſat omnino, & in eo caſu, quo mater ante ſucceſsionem decedat, prælationem eſſe conceſſam non apparet; ſic que ad regulas ordinarias ſucceſsionis, & terminos iuris communis res reducitur.*

75. Con arreglo al concepto, que và propueſto, ſe reſolviò por èſta Chancillerìa de Granada el caſo, de que eſcribiò el Señor Larrea *deciſ.* 54. *per tot.* que en la propueſta por queſtion, ò argumento, para paſſar à extenderla, dice, haver ſido un llamamiento dado à los hijos, para que fueſſe la ſucceſsion de varon en varon, y à falta de ellos haverſe llamado las HIJAS DEL TESTADOR, Y SUS HIJOS varones, y ſino los huvieſſe, volviera la ſucceſsion à las hijas de los hijos llamados en primer lugar: y, haviendo llegado el caſo del llamamiento dado à los hijos de las hijas, no haviendolos del primer grado, Y SI UN NIETO DE UNA DE DICHAS HIJAS, diſputò èſte la ſucceſsion, diciendo, *que el llamamiento dado à los hijos, debia comprehender à los nietos en la ſucceſsion perpetua*, y que por conſiguiente le correſpondia el derecho del llamamiento dado *à los hijos de las hijas, como nieto de una de ellas*; y ſe lo contradecia, quien tenia el derecho poſterior, diciendo contra el referido nieto, que no podia incluirſe, ni anteponerſele, reſpecto de que el llamamiento era dado à los hijos de las hijas, y no ſe debia extender al nieto de ellas.

76. Y diſputado el caſo, refiere el Señor Larrea *dict. deciſ.* 54. *num.* 12. haverſe declarado por èſta Chancillerìa, que *no haviendo hijo de las hijas, no tenia lugar el nieto* para ſucceder por el llamamiento dado à los *hijos*; y aunque ſupone el Señor Larrea *ibidem num.* 3. que ſe propuſo el argumento, de que en el llamamiento de *hijos* debian incluirſe los *nietos* por la perpetuidad; reſponde deſpues, que eſto ſe entenderà ſolo, para ſoſtener la ſucceſsion, y que no falte, y *no para que ſe prefiera el nieto, que ſe pretende incluir en el llamamiento de hijos* à otro pariente, que à falta de ellos tiene derecho de ſucceder, pues la *incluſion de nietos en la diſpoſicion que habla de hijos ſolo es en quanto ſe neceſsita, para ſoſtener la perpetuidad,*

pero

pero no para dàr prelacion à las deſcendencias, lineas, ò perſonas, que quieren incluirſe por medio de dicha extenſion del llamamiento de hijos à los nietos.

77. Ita Dom. Larrea *dict. deciſ.* 54. *ſub num.* 13. ibi: *Nec poterit elidi ratio, quia ſub illa conditione*, ſi filia ſine filio maſculo deceſſerit *debeat* nepos maſculus *intelligi iuxta ſupra dict. num.* 3. *quia* ID PROCEDIT AD SUSTINENDAM MAIORATUS SUCCESSIONEM, NE DEFICIAT. *Et num.* 24. ibi: *Ulterius ſecundo fundamento contrario de quo num.* 3. ut filiorum *appellatione, in conditione conſiderentur* nepotes *in Maioratibus, reſponderi poteſt, quia ultra ea, quæ ſupra notavimus num.* 18. *& in hoc caſu filiorum appellatione non poſſunt comprehendi, etiam nota*, UT QUOTIES NON AGITUR DE PERPETUITATE MAIORATUS, SED DE PRÆLATIONE INTER DESCENDENTES, ET LINEAS, TUNC FILIUS PROPRIE ACCIPITUR, NEC AD NEPOTEM EXTENDITUR.

78. Y èſte miſmo concepto de que los nietos ſolamente ſe incluyan en el llamamiento dado à los hijos, para conſervar la perpetuidad, quando faltan otros llamamientos, y no para tener derecho prelativo quando hay otras perſonas, que ſuccedan, lo afirman Surdo *lib.* 3. *conſil.* 403. *num.* 21. Menoch. *conſil.* 215. *num.* 39. & Caſanate *conſil.* 58. *num.* 16. *cum plurimis.*

79. Siendo de notar, que las citadas doctrinas del Señor Caſtillo, y del Señor Larrea ſon en terminos mas eſtrechos, por que hablan de *nietas, y deſcendientes de aquella hija à cuyo favor ſe diſpuſo el llamamiento*, como lo ſeria en eſte caſo Doña Beatriz de Heraſo (16), ù otra qualquiera hija de Luis de Heraſo (10); y ſin embargo fundan, que en el llamamiento de éſta (aunque ſe extendieſſe à ſus hijos, hijas, ò deſcendientes para ſucceder) no tendria lugar la extenſion en perjuicio de las hijas, ò hermanas del ultimo poſſeedor, ni les darìa preferencia, reſpecto de eſtas, aun quando debieſſe tenerla ciertamente ſu Madre, ò aſcendiente, que fueſſe hija de Heraſo (10): mas en el preſente caſo hay mas amplitud; porque no pretende la extenſion alguna nieta, ò deſcendiente, que proceda de Doña Beatriz Heraſo (16), ni de otra hija de Luis de Heraſo (10), que ſe pudiera juzgar expreſſamente comprehendida en el llamamiento, ſobre que ſe habla, ſino es una deſcendiente de Don Luis de Heraſo (15), que no fue hija, ni ſu deſcendencia ſe puede incluir en el llamamiento dado à la de las hijas, como ſe dixo *ſupra numer.* 62.).

80. Deforma, que en nueſtro caſo ſe quiere mas extenſion, y que no ſolo el llamamiento dado à *las hijas de Luis de Heraſo* (10), comprehendieſſe las nietas, que procedieran de eſtas hijas llamadas, ſino es tambien ſe ampliaſſe à las nietas, y deſcendientes, *que no procedieſſen de alguna de dichas hijas, ſino es de un hijo del referido Luis* (10), *que lo fue otro Don Luis* (15); y èſta extenſion no tiene lugar para el punto preſente, como hablando de la materia lo afirma el miſmo Señor Caſtillo, *dict. lib.* 5. *cap.* 92. *ſub num.* 30. ibi: *Sic equidem in terminis propoſitis ſupra quando deficientibus omnibus filijs, & deſcendentibus maſculis* FILIA MAIOR *inſtitutoris adiecta dicta qualitate, aut pronomine mea vocatur*, QUOD NEPOTES EX MASCULIS DESCENDENTES NON ADMITANTUR, SED DE FILIA MAIORI TESTATORIS PRECISE INTELLIGATUR VOCATIO.

81. Confirmaſe la citada deciſion por todas las autoridades, que

que se pueden proponer, para extender à los nietos, ò nietas el llamamiento, que se diò à los hijos, ò hijas en la succesion perpetua, por que todos los Autores, que afirman èsta extension, contextan en que por propriedad de la voz no se incluyen los nietos en el nombre de hijos, y que ésta es la regla general, *ex* §. *Final instit. Qui testamento tutores dari possunt*, ibi: *Alitèr enim filij, alitèr nepotes apellantur. Leg. Quod si nepotes, ff. de testamentar. tutela. Leg. Filium, ff. de his, qui sunt sui, vel alieni iuris. Leg. Cum pater*, §. *Hæreditatem, ff. de legat. 2. Leg. Liberorum* 220. *de verb. significat.* Casanate *consil.* 58. *ex num.* 1. Dom. Molina *de Hispanor. Primog. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 27. Roxas *de Incompat. part.* 8. *cap.* 8. *num.* 6. Fusario *de Substitution. quæst.* 319. *num.* 7. & 12. Peregrino *de Fideicom. artic.* 22. *num.* 59. Rocca *Disputation. Selectar. tom.* 1. *cap.* 27. *num.* 1. Alvarez Pegas *de Maiarat. tom.* 1. *cap.* 5. *num.* 644. & 661. Torre *de Maioratib. tom.* 2. *quæst.* 19. *num.* 40. D. Castillo *lib.* 5. *Controvers. cap.* 66. *num.* 29.

82. Y en èsta virtud, la extension del llamamiento dado à los hijos en succesiones perpetuas, la fundan solo, en que si unicamente se comprehendieran los del primer grado, y no succedieran los demàs, faltarìa la perpetuidad, que apetecen los que fundan Mayorazgos, como se puede vèr en los que tratan la materia, y principalmente en Dom. Molina *de Hispanor. Primog. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 18. & 28. Dom. Castillo *lib.* 5. *Controvers cap.* 92. *numer.* 21.

83. Por lo qual es consiguiente, que faltando la citada razon, ò necesidad, de extender à los nietos la disposicion, que habla de hijos, para conservar la perpetuidad del Mayorazgo, porque està ordenada, como se dirà *infra num.* 104. & 105. y solo se trata de la propuesta ampliacion, para fundar en ella prelacion la descendencia, linea, ò persona, que se pretende aplicar ésta extension, no se le debe conceder derecho de preferencia con motivo de ella, como funda el Señor Larrea, y se decidiò por èsta Chancillerìa en el caso, que se ha referido *supr. num.* 75. 76. & 77. Y mucho menos ha de permitirse la extension, para recuperar la succesion, la que no es hija de Luis de Heraso (10), ni descendiente de ella, sino es de una nieta, como lo fue Doña Juana de Heraso (20), de quien procede la Condesa de Luque (32), con exclusion de la Marquesa de Heraso (34), que està en la linea de el ultimo possedor; pues tampoco para éste fin se extiende à las nietas, y su descendencia, como queda dicho con las doctrinas del Señor Castillo citadas *supra n.* 70. 71. 72. 73. & 74.

84 Compruebase igualmente todo lo que và fundado, sobre que no se puede extender el llamamiento dado à las hijas de Luis de Heraso (10), para las nietas de éste, à fin de que se antepongan à la hermana del ultimo possedor, por otro mèdio; que se reduce, à ser constante, que la regla de ampliarse en las succesiones perpetuas el llamamiento dispuesto para hijos, ò hijas à los nietos, ò nietas, solo es en quanto fuesse favorable, y no en lo que pudiere considerarse odioso, perjudicial, ò gravoso, *ex tradit. per* Dom. Molina *de Hispanor. Primog. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 27. Peregrino *de Fideicom. artic.* 22. *num.* 62. Torre *de Maioratib. tom.* 2. *quæst.* 19. *num.* 42. Cardin. de Luca *de Fideicomm. discurs.* 71. *num.* 5. Casanate *consil.* 58. *num.* 17. ibi: *Indeque numquam nepos intelligitur, & venit sub nomine filij, quando hoc induceret præiudicium filijs.* Surdo *tom.* 3. *consil.* 403. *num.* 36. ibi: *Addo, quod*

quod in materia odiosa nepos non venit apellatione filij, & num. 38. ibi: *Quia numquam nepos intelligitur sub nomine filij, quando hoc induceret prejudicium filijs, &c.*

85. Y àunque la comprehenſion de nietos, y nietas en llamamiento de hijos, è hijas, es favorable para las perſonas, à quienes ſe hace la extenſion, eſto no le quita la naturaleza de odioſo, como perjudicial à los demàs, que debian ſucceder, no admitiendoſe la extenſion, ò ampliacion propueſta; pues de lo contrario nada deberìa reſtringirſe por odioſo, porque todo lo que tiene perjuicio para unos, produce juntamente beneficio para otros, y no por eſto ſe le quita el nombre, y naturaleza de perjudicial, y odioſo, como nota el Señor Roxas de Almanſa *diſput.* 1. *queſt.* 6. *num.* 5.

86. Y en èſta conſequencia es corriente para nueſtros proprios terminos, que ſin embargo de ſer util à los nietos, y demàs deſcendientes, que ſe aplican el llamamiento diſpueſto para los hijos, debe tenerſe por odioſa la extenſion, y no permitirſe, para que ſe antepongan à los que debian ſucceder, no admitiendo la ampliacion. *Ita probat cum plurimis* Menoch. *tom.* 3. *conſil.* 215. *ex num.* 22. *uſque ad* 28. Euſario *de Subſtitution. quæſt.* 319. *num.* 9. Torre *de Maioratib. tom.* 2. *quæſt.* 19. *num.* 45. ibi: *Licèt agatur etiam de commodo, & favore nepotum, & aliorum deſcendentium teſtatoris, qui prætendunt ſuccedere, nihilominus, cum exinde reſultet onus filiorum, & ut diſpoſitio ſit mixta, partim in favore vocatorum, & partim odio gravatorum, nepotes non venire apellatione filiorum, &c.*

87. Para el punto del dia es mas inqueſtiñable lo referido, y que el llamamiento dado para las hijas de Luis de Heraſo (10), ſe extienda à ſus hijas, y demàs deſcendientes, debe ſin duda reputarſe odioſo, una vez, que ſe aplica para excluir à la hermana del ultimo poſſeedor, que debe, ſin duda ſucceder por las reglas comunes de derecho, pues todo lo eſtablecido contra eſtas reglas ordinarias, debe juzgarſe odioſo, *ex tradit. per* Mieres *de Maioratib. part.* 2. *quæſt.* 6. *num.* 506. ibi: *Item omnis receſſus à iure communi eſt odioſus.* Dom. Molina *de Hiſpanor. Primog. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 23. ibi: *Omnis namque receſſus à iure communi odioſus eſt, diſpoſitioque à iure communi exorbitans ſtrictè, atque tenacitèr interpretanda erit.* Gonzalez *in Proemio ad regul.* 8. *Chancellariæ*, §. 6. *num.* 4. Eſcobar *de Purit. part.* 1. *quæſt.* 3. *num.* 4. Dom. Caſtillo *lib.* 4. *Controv. cap.* 41. *num.* 97. Dom. Roxas Almanſa *diſput.* 1. *quæſt.* 6. *num.* 9. *& n.* 10. *in fin.*

88. Y en toda diſpoſicion de las que por derecho ſe conſideran odioſas, es corriente, que debe darſe una inteligencia eſtricta limitada, y no permitirſe alguna extenſion, aun quando ſe verifique igual razon *ex cap. Odia* 15. *de regul. iur. in* 6. como afirman los Autores citados en el numero proximo anterior, y ſe puede añadir lo demàs, que cita Dom. Roxas Almanſa *dict. diſput.* 1. *queſt.* 12. *n.* 17.

89. Y ſiendo preciſamente odioſo, como repugnante à las reglas comunes el efecto, que ſe pretende inducir en nueſtro caſo, de excluir à la hermana del ultimo poſſeedor, quien ſe quiere aplicar derecho por medio de la citada extenſion à nietas, y demàs deſcendientes, del llamamiento dado à las hijas de Luis de Heraſo (10), es conſiguiente, que no pueda permitirſe ſemejante ampliacion, para el citado fin de excluir à la hermana del ultimo poſſeedor, con arreglo à las doctrinas, que ſe han citado, deſde el num. 84. haſta el proximo anterior.

Por

§. II.

90. POr lo que se ha fundado es patente, que aun permitiendo, que el llamamiento dado à las hijas de Luis de Heraso (10), pudiera extenderse à las nietas, y demàs descendientes, no deberia tener lugar èsta extension, para preferirlas con motivo de ella à las hijas, ò hermanas del ultimo possedor, aun quando para todos los demàs efectos fuesse constante la ampliacion.

91. Mas à mayor abundamiento se passa à demostrar, que en la fundacion, de que se habla, *para ningun efecto* puede tener lugar la extension del llamamiento dado à las hijas de Luis de Heraso (10) en favor de sus nietas, y demàs descendientes; pues aunque los Autores permiten la comprehension de estas en el llamamiento de aquellas, no dicen, que deba verificarse siempre, y antes bien assignan muchas limitaciones, ò circunstancias, en que los llamamientos dados à los hijos, è hijas, se entienden solo del primer grado, y no se amplian à los nietos, ò nietas; y las mas principales circunstancias, que para èsta restriccion proponen los Autores, se verifican en el presente caso, y son las siguientes.

92. La primera se funda, en que el llamamiento, de que se trata, y fue dado à la hija mayor de Luis de Heraso (10), y sino la tuviesse, à la de Miguel de Heraso (11), y despues à la de Christoval de Heraso (12), no fue limitado à la expresion de *hijas*, pues en cada una de ellas passo el Fundador à llamar sus nietos, nietas, y demàs descendientes (*Memor. num* 9. 10. 27. & 28.); y èste llamamiento separado, que llamamos *discretivo*, dado despues de las hijas à los nietos, nietas, y demàs descendientes de ellas, es principio sentado, que prueba con evidencia no haverse incluido en el llamamiento de hijos, ò hijas, los nietos, ò nietas, y que solo se incluyeron en semejante substitucion las de el primer grado *ex congestis per* Dom. Castillo *lib.* 5. *Controv. cap.* 92. *num.* 31. D. D. Addent. *ad Dom. Molina lib.* 1. *cap.* 6. *ad numer.* 28. & 29. vers. *Secundò fallit.* Cardinal. à Luca *de Fideicomm. disc.* 56. *num.* 11. & *disc.* 71 *num.*7. & *disc.* 72. *num.* 5. vers. *Et fortius*, & *in summa num.* 123. Dom. Roxas Almansa *disput.* 1. *quæst.* 1. *ex num.* 79. *usque ad* 86. *signantèr dict. numer.* 79. vers. *Primum circa fin.*

93. Y siendo patente por lo dicho, que los Fundadores no entendieron en el citado llamamiento de hijas los nietos, nietas, y demàs descendientes de ellas, quando les dieron el citado llamamiento discretivo, y separado, se hace mucho mas visible, que menos pudieron incluir en el citado llamamiento de hijas, y sus lineas, à la Doña Juana de Heraso (20), y la suya, que ni aun era nieta por medio de las referidas hijas, y sì por mèdio de un hijo, que lo fue Don Luis de Heraso (15), el qual, y se descendencia, no se pueden comprehender en el llamamiento, que se dispuso para las hembras, y la suya, conforme à las doctrinas, que se han citado *supra numer.* 62. & 80.

94. La segunda razon, que acredita, no deberse ampliar en el presente caso el llamamiento de hijas, à las nietas *para ningun efecto*, es, que semejante extension, ò comprehension tiene lugar, quando el llamamiento de hijas es general, y sin limitacion, que se pueda verificar en qualquiera descendiente, mas no quando es restringido, y determi-

minado à perſonas expecificadas (como en èſte caſo, que fue dirigido el llamamiento de hijas à *à las de Luis de Heraſo* (10), *y ſus hermanos*); pues en eſtas circunſtancias, es igualmente conſtante, que ſolo deben juzgarſe incluſas en ſemejante ſuſtitucion, aquellas hijas del primer grado, que lo fueren de las perſonas, à quienes terminò el llamamiento de ſus *hijas*, y no à las nietas, y demàs deſcendientes, como que en ninguna de ellas ſe verifica, ſer hija de las referidas perſonas, como el llamamiento dice. lta Alvarez Pegas *de Maioratib. tom.* 1. *cap.* 5. *num.* 699. ibi: *Quando verbum* Hijo *refertur ad perſonam certam, aut ad certum gradum, vel dicitur* ſuccedat filius talis perſonæ, aut ſuus, *quia tunc appellatione filiorum non veniunt nepotes.* Dom. Larrea *deciſ.* 54. *ſub num.* 24. ibi: *Et quoties ſubſtitutio filiorum refertur ad certam perſonam, reſtringitur, nec comprahenditur nepos.* Menoch. *conſil.* 215. *num.* 51. *&* 52. *& ex num.* 132. Surdo *conſil.* 403. *tom.* 3. *num.* 24. Peregrin. *de Fideicomm. artic.* 22. *n.* 53. Fuſario *de Subſtitution. quaſt.* 321. *num.* 27. Palma Nepos *allegat.* 93. *num.* 2. Dom. Caſtillo *lib.* 5. *Controv. cap.* 92. *num.* 29. *&* 30. Torre *de Maiorat. tom.* 2. *quaſt.* 19. *ex n.* 45. *uſque ad* 49.

95. La tercera limitacion excluſiva de dicha extenſion, es, haver ſido el llamamiento para la *hija mayor* de Luis de Heraſo (10), y en ſu defecto para las de ſus hermanos (11, y 12), con la miſma expreſsion de *hija mayor* (*Memor. num.* 9. 10. 27. *&* 28.); y èſta explicacion reſiſte la extenſion á nietas, por ſer ſingular, como que habla de *hija*, y en las palabras ſingulares no puede tener lugar la ſignificacion plural, *ex cap. Is cui de Prebend. in* 6. *& cap. Penultim. de re iudicat. eodem*; ni por conſiguiente en el llamamiento de *hija*, en ſingular, tiene lugar la extenſion à las nietas *ex citatis per* Menoch. *conſil.* 328. *tom.* 4. *num.* 20. Caldas Pereyra *de Iur. Emphyteut. part.* 3. *cap.* 14. *num.* 34. Peregrin. *de Fideicomm. artic.* 23. *num.* 53. & Dom. Larrea *deciſ.* 54. *num.* 24. ibi: *Quando ſubſtitutio fit de filio numero ſingulari, numquam porrigitur ad nepotem.*

96. La quarta circunſtancia del preſente caſo, que impide la ampliacion propueſta, es, la qualidad de *mayor*, que contiene dicho llamamiento de hijas (*Memor. num.* 9. 10. 27. *&* 27.); pues ſemejante llamamiento con la qualidad de mayorìa, ò primogenitura, es perſonal en la hija de los referidos Luis de Heraſo (10), y ſus hermanos, que fueſſe mayor, ò primogenita, y à falta de ella, en la que entraſſe à ocupar la primogenitura, que ſiempre ſe verifica en la mayor, que fue deſde el principio, ò queda deſpues por faltar los anteriores; pero ſemejante qualidad de mayorìa, ò primogenitura, no es lineal, y sì perſonal, y por conſiguiente los llamamientos hechos con èſta expreſsion de mayorìa, ò primogenitura, no ſe pueden extender à los nietos, ò nietas, y demàs deſcendientes. *Ut probant cum plurimis* Fuſar. *de Subſtitution. quæſt.* 321. *num.* 25. & idem Fuſario *conſil.* 39. *num.* 12. 13. 28. *&* 29. Aguſtin Barboſ. *voto* 70. *num.* 1. *&* 2. Surdo *tom.* 3 *conſil.* 403. *num.* 24. Dom. Caſtillo *lib.* 5. *Controv. cap.* 92. *n.* 28. *in medio*, *&* 29. *in fin.*

97. Y la ultima razon para no extender en nueſtro caſo el llamamiento de hijas à las nietas, ſe deduce, de que los Fundadores (6, y 7), no eran Letrados, y antes Doña Maria Galindo (6) por ſu ſexo debe reputarſe con menos conocimiento de las legales inteligencias;

cías ; y es constante, que la comprehensíon de nietos, ò nietas en el llamamiento de hijos, ò hijas, es muy arreglada, quando se trata de interpretar palabras de Ley, ò de algun Letrado, y por lo menos de personas, que puedan saber la inclusion de toda la descendencia, que puede aplicarse à las disposiciones, que hablan de hijos, ò hijas, mas no quando disponen mugeres, ò personas, que no son literatas. *Ut tenent.* Fontanela *de Pact. Nuptialib. Clausul.* 4. *Gloss.* 9. *part.* 3. *num.* 25. *&* 26. Casanate *consil.* 58. *num.* 20. & Alvarez Pegas *de Maioratib. tom.* 1. *cap.* 5. *numer.* 655.

98. Y ésta ultima razon se funda en ser constante, que qualquiera persona illiterata explica de diverso modo los hijos, y los nietos, y no incluye (como todos sabemos) à estos, quando habla de aquellos; y esto, que conocemos por experiencia general, es de hecho practico, y visible, para nuestro caso, por las Clausulas de la Fundacion, en que todos los llamamientos dados à los hijos, è hijas, està patente, que solo se entendieron por los Fundadores para los del primer grado; pues por no estimar comprehendidos en ellos los nietos, nietas, y demàs descendientes, se vè, que en cada una de las substituciones passaron à llamar discretiva, y separadamente los nietos, nietas, y descendientes con sus proprias voces, lo qual es prueba evidente, de que no los consideraron inclusos en la explicacion antecedente de hijos, ò hijas, como se dixo, *supra numer.* 92.

99. Podrà tal vez el Marquès de Algarinejo hacer un argumento; diciendo, que si en el llamamiento, de que se habla, dispuesto para las *hijas* de Luis de Heraso (10), y de sus hermanos, y para los *descendientes de ellas*, no se incluyessen tambien las *nietas, y demàs hembras*, que procediessen de los susodichos por medio de sus hijos varones, quedarian estas ultimas sin llamamiento, y se verificarìa, que omitiendolas (sin embargo de ser descendientes de los hijos varones) procedieron los Fundadores à llamar à sus hijas, y descendientes de estas, y aùn à los bastardos, que huviesse de dichas lineas, y à los transversales; por que todos estos tienen llamamiento expresso, y las nietas, y demàs descendientes del sexo femenino, que procedieran de los hijos de Luis de Heraso (10), y sus hermanos, no lo tendrian, sino se reputassen comprehendidas, en el que se ordenò para las hijas de los susodichos, y descendientes de ellas, pues no hay otro, en que pudieran comprehenderse, como que los anreriores dados à los referidos hijos de Luis de Eraso (10), y sus hermanos, no pudieron incluirlas, por ser, como fueron de agnacion.

100. Si éste argumento se formasse, serà facil la respuesta, diciendo, que procede con equivocacion, como se demostrarà, sin embargo de que no perjudicarìa, quando fuesse cierto; porque los Fundadores hacen los llamamientos, como les parece, y suelen pervertir el orden regular; y assi lo vèmos practico muchas veces, y aun el que esto escrive ha visto algunas Fundaciones, en que dexandose sin llamamiento algunos hijos, y descendientes, se ha passado à el colectivo de transversales; y otras, en que omitiendose parientes, se ha procedido à substituir estraños, sin saberse los motivos, que para ello pudieron tener los Fundadores.

101. Y porque èsto sucede, se estableciò la Ley 27 de Toro, para no permitir, que en los Mayorazgos de tercio succedan primero, que los descendientes, y ascendientes, los transversales, ni con antelacion à estos los extraños; cuya decision serìa superflua, sino se verificasse, que los Fundadores hacen lo contrario, por que si siempre observassen el methodo, que prescribe, no se necesitarìa Ley, que anulasse la contravencion, ni quanto han escrito los Autores, para reducir à su methodo lo que en contra se dispone, suponiendo, que hay contravenciones, en lo que dispone le Ley, y en lo que se ha escrito sobre ella.

102. Por lo qual no serìa imposible, que en nuestro caso huviesse éste quebrantamiento de methodo, y se dexassen algunas personas, sin llamamiento en el grado regular, que correspondia; y de aqui solo resultarìa (aun en los casos, que govierna dicha Ley), que succedieran las personas omitidas en el grado, que por derecho les corresponde (que no es anteponiendose à la hermana del ultimo possedor; por que esto lo resisten las reglas de derecho): mas no por esta omission se deberian juzgar incluisas en las palabras, y Clausulas, que no hablaron de ellas; y por consiguiente para solicitar èsta inclusion de hecho, nunca se pudiera arguir con el inconveniente, de que resultassen omitidas, aunque lo huviera.

103. Mas à mayor abundamiento cessa enteramente el repàro, y argumento; porque las nietas, y demàs hembras, que procedieran de los hijos de Luis de Heraso (10), y sus hermanos, tienen llamamiento para el caso, en que pudo haverlas, y en el grado, que podia corresponderles; pues aunque los llamamientos primeros dados à los referidos hijos varones, y sus descendientes del mismo sexo, no las incluyeron, por ser agnaticios, como se declarò en el Juicio anterior, y no se disputa; ni tampoco las comprehendiò, como queda demostrado, el llamamiento dado à las hijas de los susodichos, y su descendencia, tienen otro, que las incluye con antelacion à las hijas de los Fundadores.

104. Lo qual se manifiesta por la Clausula, en que antes de llamar à las hijas de los Fnndadores, y sus lineas, dixeron expressamente, que succedieran estas *en defecto de no quedar hijos, NI HIJAS, ni nietos, NI NIETAS, ni descendientes hijos, NI HIJAS de los dichos sus hijos, &c.* que son las voces, de que usò Doña Maria Galindo (6) en su Testamento (*Memor. num.* 11.). Y despues Alonso de Heraso (7) en la Fundacion, que hizo por sì, y en virtud de Poder de su muger, previno tambien para llamar à sus hijas, y descendientes de ellas, que si *los dichos Luis de Heraso* (10), *Miguel* (11), *y Christoval* (12) *sus hijos falleciessen sin dexar hijos, ò nietos, ò descendientes legitimos varones, NI HEMBRAS ::: succediera Doña Beatriz* (13), *y sus descendientes* (*Memor. num.* 29.): Y despues siguieron los Fundadores dando los llamamientos à las demàs sus hijas, y descendientes de ellas, bastardos, y transversales (*Memor. num.* 11. *& ex n.* 30. *usque ad* 33. *inclusivè.*).

105. Por lo qual es visto, que en ambas disposiciones, à mas del llamamiento, sobre que se habla, dado à las hijas de Luis de Heraso (10), y sus hermanos, huvo

vò otro distinto, que es el comprehendido en las dos condiciones defectivas citadas en el numero proximo anterior, en que se incluyeron indistinta, y generalmente las hijas, nietas; y demas hembras, que descienden de los susodichos, y por consiguiente quedaron aqui llamadas, las que procedieran de los hijos varones del Luis de Heraso (10), y sus hermanos, con antelacion à las hijas de los Fundadores, y sus lineas, y demàs posteriores; pues la succesion de estas se previno, en defecto de aquellas, y todas las comprehendidas en la condicion defectiva, succeden antes, que las hijas, y sus lineas llamadas en dicho defecto, *ex tradit. per* Dom. Molin. *de Hispanor. Primog. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 2. Dom. Larrea *decis.* 54. *num.* 3. *in fine.* D. D. Addentes *ad Dom. Molina dict. lib.* 1. *cap.* 6. *ad num.* 2. versic. *Secundò.* Dom. Castillo *lib.* 2. *Controver. cap.* 12. *num.* 2. vers. *Quarto, & lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 37. Aguila *in addition. ad Dom. Molina dict. lib.* 1. *cap.* 6. *ad num.* 2. Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 41. §. 7. *n.* 109.

106. Con esto cessa el motivo del argumento, y estàn patentemente llamadas todas las personas, en el lugar, y grado, que les correspondia para una Fundacion agnaticia (que es la dispuesta); pues en primer lugar ordenaron los Fundadores, que succediessen sus hijos, y la descendencia de estos con las expresiones correspondientes à dicha qualidad, que solo se podia encontrar en su posteridad (*Memor. num.* 7. 8. 24. 25. *&* 26.).

107. Despues advirtieron prudentemente dichos Fundadores, que podian sus hijos varones *no dexar alguno de èste sexo*, y solo tener hijas, y para èste caso previnieron el llamamiento, en que se quiere incluir la Condesa de Luque, diciendo, que succediessen por el orden regular la hija mayor de Luis de Heraso (10), y su descendencia, y en su defecto la de Miguel de Heraso (11), &c.

108. Esto fue regularissimo, porque *no dexando* los hijos delos Fundadores varon alguno, en quien se constituyesse linea de agnacion, fue muy correspondiente ordenar la succesion regular en las hijas de los susodichos, y descendencias de ellas, con la preferencia ordinaria de mayoria, y assi se hizo por el llamamiento, en que se pretende incluir la Condesa de Luque (*Memor. numer.* 9. 10. 27. *&* 28.).

109. Y aqui no correspondiò llamar, ni comprehender las nietas, y demàs hembras, que procedieron de Luis de Heraso (10) y sus hermanos por medio de sus hijos varones, porque no se hablaba del caso de haver estos quedado, para que pudiessen dexar dichas nietas, y hembras, que procediessen de ellas, y solo se disponia para el acontecimiento *de morir sin dexar succession de varones* los referidos hijos de los Fundadores; y como *el que no dexa hijos, ni descendientes varones*, no puede haver nietas, ni otras hembras, que procedan de estos, por que no hay descendencia femenina, ni tampoco masculina, de quien no existiò: de aqui es, que solo hablò dicho llamamiento de las hijas de Luis de Heraso (10), y de sus hermanos, y de los descendientes de ellas, y no de otras nietas, y hembras, que procedieran de hijos de los susodichos, por que hablaban del caso de no quedar estos hijos varones, ni por consiguiente succesion alguna de ellos.

110. Tambien se conocio

cio el caso, que podía suceder, y con efecto se verificò, de que Luis de Eraso, y sus hermanos dexassen succesion de varones, y se radicàra en ellos la succesion; y para èste acontecimiento fue correspondiente disponer otra substitucion, en que faltando la succesion agnaticia, que huviessen dexado, gozàran el Mayorazgo, no solo las HIJAS de los referidos Luis de Heraso (10), y sus hermanos, y la descendencia de ellas, sino es tambien las demàs hembras, cognados, y succesores, que procedieran de los susodichos por medio de sus hijos varones; y para èste caso dispusieron el llamamiento comprehensivo de todas, ya fuessen hijas, ò nietas con antelacion, aun à las hijas de los Fundadores, y sus lineas, como se ha manifestado *supra num.* 104. & 105.

111. Y en èste llamamiento colectivo, y comprehensivo de todas las hembras, que descendieran deLuis de Heraso (10), y sus hermanos, no se diò prelacion alguna, porque todas se llamaron indistintamente con generalidad, las que nacieran de qualquiera de ellos, como aparece de las palabras, y Clausulas, que se refirieron *supra num.* 104. Y aunque en èste llamamiento general, ò colectivo serìan primero las que procedieran de la linea mayor, compitiendo con qualesquiera otras, que no tuviessen la prerrogativa de hallarse en la linea de possesion; tambien es constante, que haviendo en èsta, persona capàz de succeder (como lo es la Marquesa de Heraso, hermana del ultimo possedor) debe ser èsta primero, que otra alguna, y anteponerse, aun à la que proceda de linea primogenita, por las doctrinas, que se citaron *supra num.* 42, y con arreglo à los principios, que se propusieron *num.* 9. & 10. y conforme à todo lo demàs, que se fundò en el Discurso primero.

112. Y se confirma por lo que oportunamente, y à nuestro intento junta Dom. Castillo *lib.* 5. *Controv. cap.* 91. *num.* 72. & *num.* 77. & 78. *cum suis vers.* 79. & 80. & *cap.* 92. *ex num.* 17. & *num.* 46. ibi: *Maioratuum naturę, & regulis magis convenire, quod scilicèt in primogenijs, & maioratibus perpetuis, finitis masculis, in quorum defectum fœmina, aut filiæ vocantur, absolutè admiti debeat fœmina propinquior, sivè filia proximior, & maior ultimi Maioratus possessoris respectu, &c.* Et num. 48. ibi: *Idque, sivè versemur in filiabus, & descendentibus fœminis ultimis possessoris Maioratus, aut gravati, sivè etiam in sororibus eiusdem, cum & ipsæ ex linea illa dicantur: sic sinè promiscuè de filiabus, & de sororibus gravati, vel ultimi possessoris hucusque sermonem instituit.* Y lo mismo se prueba por las demàs doctrinas, que se citaron en el Discurso primero *ex num.* 46. *usque ad* 58.

113. Por lo qual està manifiestamente excluido el argumento, que se indicò *supra num.* 99. si acaso se hiciere por el Conde de Luque; pues queda demostrado, que las nietas, y demàs descendientes de Luis de Heraso (10), y sus hermanos, por medio de sus hijos varones, tienen llamamiento en el lugar, y grado, que pudieron apetecerlo, como se ha probado *supra num.* 104. *et* 105; sin que se necessite incluirlas, en el que se ordenò para la *hija mayor de Luis de Heraso* (10); ni en èste se pueden comprehender, porque fue ordenado para el caso, de que los susodichos *no dexassen* hijos varones, ni por consiguiente succesion alguna de ellos, y no pueden pretender inclusion en el llamamiento, que se disponia para el caso de no haverlas, como

se

se ha dicho *supra num.* 107. 108. & 109, y se probarà desde el numero proximo siguiente, hasta el fin. Y en el general, y mas amplio, que se hizo para el caso, en que pudo haver las referidas nietas, y demàs descendientes de Luis de Heraso (10), y sus hermanos, y que ciertamente incluyò à todas, no se puede dàr prelacion à la Condesa de Luque, respecto de la Marquesa de Heraso, como hermana del ultimo possedor por todos los principios, y doctrinas, que se han propuesto en los numeros citados en los dos proximos anteriores, y por las del Señor Castillo, añadidas en el immediato precedente.

§. III.

114. PErmitasse, que la Condesa de Luque se pudiera incluir en el llamamiento dado à la hija mayor de Luis de Heraso (10), sin embargo de todo lo que se ha fundado en contra, desde el numero 91. hasta el proximo anterior; y concedasse, que la inclusion en dicho llamamiento fuesse tambien extensible à dàr un derecho privilegiado, para preferirse à la hermana del ultimo possedor, contra todo lo que se acreditò *supra ex num.* 59. *usque ad* 90: Y admitasse tambien, que semejante llamamiento (aun en las personas directamente incluſas en él) pudiesse atribuirles reintegracion, ò exclusion à la hermana del ultimo possedor, como sino huviesse las doctrinas, y fundamentos, que lo resisten, y se propusieron en todo el Discurso primero, y las que se añadiràn en el num. 112. del presente.

115. Y sin embargo de permitir todo lo referido, no pudiera fundar derecho alguno la Condesa de Luque con el citado llamamiento, pues ni por ésta, ni por otra substitucion alguna pueden solicitar la succesion, aun las personas, que ciertamente, y sin disputa la tienen à su favor, sin acreditar, que es llegado el caso, para el qual se ordenò semejante substitucion, ò llamamiento, en que se fundan, con arreglo à los principios comunes, y doctrinas corrientes, que junta Dom. Castillo *lib.* 5. *Controv. tom.* 6. *cap.* 136. *num.* 68. ibi: *Probare quoque debet ::: eveniſſe casum suæ substitutionis.* Et lib. 4. cap. 14. num. 6. ibi: *Substitutio, sivè dispositio ::: hoc in casu non loquitur, nec disponit, & qui ex ea nititur, & contendit includere aliquem casum, debeat concludentèr obstendere; habet enim intentionem suam fundatam, qui objicit, dispositionem eo casu non loqui, sivè substitutionis casum non eveniſſe.*

116. Lexos de manifestarse concluyentemente (como dice el Señor Castillo) por la Condesa de Luque, haverse verificado el caso, para que se dispuso *el llamamiento de la hija mayor de Luis de Heraso* (10) (en que se pretende incluir, y con que solicita preferirse à la Marquesa de Heraso, contra las doctrinas, que sobre uno, y otro se han propuesto), resulta por el contrario, sin disputa, no haverse verificado el caso, para que se ordenò el citado llamamiento; por que se estableciò, *por si acaso los hijos de los Fundadores MURIESSEN SIN DEXAR hijos, nietos varones, descendientes de varon, &c.* (*Memor. num.* 9. & 27.), como ya se ha indicado *supr. ex n.* 107. *usque ad* 110. *inclusivè.*

117. Y no se verificò el citado caso de *morir sin dexar* la referida succesion de varones los hijos de los Fundadores, porque à lo menos de Luis de Heraso (10), y de Miguel de Heraso (11), resul-

ta efectivamente, que *dexaron* la citada succesion de varones agnados, y que los huvo, y ha continuado la succesion en ellos, desde el principio, hasta Don Miguel de Heraso (33), hermano de la Marquesa de Heraso (34).

118. En cuya virtud preguntan los Autores, ya doctrinalmente, y ya para resolver en casos practicos, que les ocurrieron, si el llamamiento dado à las hijas, y su descendencia, para el caso de que sus Pàdres *mueran sin dexar* hijos, ò descendientes varones, (que son los terminos, con que se concibiò el citado llamamiento de la hija mayor de Luis de Heraso (10), y su descendencia) espire, y falte, luego que murieron *dexando* algun hijo, ò descendiente varon; ò si se ha de reputar tambien caso de dicha subsstitucion, quando huvo la referida descendencia de varones, y faltan estos despues (como en el presente caso se ha verificado).

119. Y resuelven constantemente los Doctores, que semejante subsstitucion hecha para el caso, de que alguno, ò algunos *mueran sin dexar* succesiòn de varones, caduca, y espira, y no tiene lugar siempre que la dexen por su muerte, aunqne falte dicha succesion despues (como en nuestro caso ha sucedido), y que no se debe ampliar, ni extender à estas circunstancias el propuesto llamamiento de las hembras, porque faltò, luego, que se verificò, haver quedado la mencionada succesion de varones *ex leg.* 1. *C. de condition. inserta, & leg.* 10. *& leg.* 17. §. 17. *& leg.* 25. *& leg.* 57. §. 1. *& leg.* 63. §. 7. *ff. ad S. C. Trebelianum.* Dom. Molina *de Hispanor. Primog. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 16. ibi: *Subsstitutio facta alicui sub conditione*, si decesserit sine filijs masculis, *deficit stantibus liberis masculis tempore mortis, quidquid postea de liberis contingat.* Casanate *consil.* 24. *per tot.* Dom. Castillo *lib.* 5. *Controver. cap.* 89. *signantèr num.* 15. Dom. Covarrub. *in cap. Raynaldus* 18. *in principio de testament. num.* 5. D. D. Addentes *ad Dom. Molina, lib.* 1. *cap.* 6. *ad num.* 16. *&* 17. Alvarez Pegas *Resolut. Forens. tom.* 1. *cap.* 4. *num.* 35. *&* 36. Idem Pegas *de Maioratib. tom.* 1. *cap.* 5. *n.* 586. *& tom.* 2. *cap.* 9. *num.* 50. *&* 51. *& cap.* 10. *num.* 853. Peregrin. *de Fideicomm. artic.* 29. *num.* 13. *&* 28. Dom. Ortega *in additionib. ad Dom. Covarrub. in cap. Raynaldus ad principium num.* 10. Dom. Valenz. Velazq. *consil.* 106. *num.* 23. Carolus Anton. de Luca *de Linea Legal. lib.* 1. *artic.* 19. *num.* 43. Antunez *de Donation. lib.* 1. *Præludio* 2. §. 2. *n.* 126. *&* 127.

120. Se podrà proponer una limitacion de dichas doctrinas textuales, diciendo, que si la subsstitucion, ò llamamiento es hecho en Mayorazgos de España, deberà para conservarse la naturaleza de su perpetuidad, extenderse, y ampliarse el llamamiento dado à las hijas para el caso de *morir sin dexar succesion de varones* los Padres, à el diverso, y aun contrario acontecimiento de *haverlos dexado*, si faltan estos despues, *ex tradit. per* Mieres *de Maioratib. part.* 2. *quæst.* 11. *ex num.* 5. *usque ad fin.* Dom. Molina *de Hispanor. Primog. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 18. Antunez *de Donat. lib.* 1. *Prælud.* 2. §. 2. *num.* 130. Dom. Castillo *lib.* 5. *Controv. cap.* 89. *num.* 30. D. D. Addentes *ad Dom. Molina dict. lib.* 1. *cap.* 6. *ad num.* 18. Maldonado *ad Dom. Molina ad dict. num.* 18. Alvarez Pegas *de Maioratibus tom.* 2. *cap.* 10. *num.* 854.

121. A lo qual se responde, que està muy bien la propues-

ta

ta extensiòn, como explican los Autores, quando es necessaria para perpetuar la succesiòn del Mayorazgo; mas en la presente Fundacion no hay esta necesstdad, pues no solo tenemos en ella la razon general de haver los Fundadores dicho, que constituìan Mayorazgo, lo qual basta, para que, aun faltando los llamamientos de la Fundacion, entraran los de la ley, succediendo por ella despues de los agnados las hembras, y todos los demàs parientes, *ex tradit. per* Dom. Molina *de Hispanor. Priuiog. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 12. vers. *His tamen. Et ex num.* 13. Domin. Castillo *lib.* 2. *Controver. cap.* 22. *num.* 52. *& lib.* 5. *tom.6. cap.* 143. §. *Unico Corolario ex num.* 3. Cyriaco Nigro *Controver.* 281. *num.* 60. *&* 61. Aguila ad Roxas *part.* 1. *cap.* 6. *numer.* 174. *&* 175. Dom. Roxas Almans. *disput.* 1. *quæst.* 1. *num.*58. *& n.*99.

122. Sino es que tambien hay en la Fundacion presente, claro, y expresso llamamiento general, comprehensivo de todas las hembras, diverso del que se diò à la hija mayor de Luis de Heraso (10) como queda dicho *supra num.*103. 104. *&* 105: Y èste llamamiento general, que produce la perpetuidad, no solo quita la necesidad, de que para conservarla, se extienda la otra substitucion, que se diò à la hija mayor de Luis de Heraso, à caso diverso, sino es que tiene repugnancia conocida el inducir la perpetuidad en dicho llamamiento de la hija mayor de Luis de Heraso, haviendo (como hay) otro posterior discretivo, y separado, que dispone dicha perpetuidad, lo qual evidencia, que no estaba ordenada èsta por el citado anterior llamamiento de la hija mayor de Luis de Heraso, como prueban las doctrinas, que se citaron *supra num.* 92; y se comprueba de lo demàs, que se ha propuesto *supra ex num.* 107. *usque ad* 113. donde se manifestò, que el llamamiento de perpetuidad està en otro diverso, y separado, y no en el de la hija mayor de Luis de Heraso, y que éste solo fue ordenado para su caso particular, el qual faltò ciertamente, como se ha dicho *ex num.* 116. *usque ad* 119. *inclusivè.*

123. Concedasse, sin embargo, que en el llamamiento de la hija de Luis de Heraso, se necesite constituir la perpetuidad, y que para ella fuesse preciso ampliarlo à el caso verificado, de haver los hijos de los Fundadores dexado succesion agnaticia, y que nos hallassemos en el caso preciso, y limitacion propuesta *suprà num.*120. y no en las doctrinas generales, que se han citado *num.* 119: Y no por esto pudiera fundarse, como el [redacted] Marquès de Algarinejo solicita, preferencia en dicho llamamiento.

124. Y es la razon, porque aun en los casos, en que tiene lugar para conservar la perpetuidad, el que se extienda el llamamiento, que se hizo para el caso, de que los hijos *muriessen sin dexar* succesion de varones (que fue el dispuesto para la hija mayor de Luis de Heraso (10), como se ha dicho *ex num.* 116. *usque ad* 119. *inclusivè*) à el diverso, y aun contrario de haver fallecido *dexando* la citada succesion de varones, y faltar estos muchos años despues (como en el presente caso ha succedido), es constante, que por èsta extension, conforme à la naturaleza de los Mayorazgos, solo resulta, que en estas ultimas circunstancias succedan tambien los que tuvieron el llamamiento, pero han de succeder quando les corresponda por el methodo, y orden de

ſucceſsion regular, y no con la Irregularidad de anteponerſe, ſiendo de linea deſtituida à las hermanas de el ultimo poſſeedor, por que la excluſion de èſtas ſe opone à las reglas ordinarias de ſucceſsion, y no ſe neceſsita para conſervar la perpetuidad.

125. Confirmaſſe lo dicho con otra eſpecie de la miſma naturaleza, que tratan comunmente los Autores, quienes hablando de la extenſion de nueſtro llamamiento, dado para el caſo de que los hijos *mueran ſin dexar hijos varones*, à el ſuceſſo acaecido *de haverlos dexado, y deſpues faltar eſtos*, dicen, que ſe ha de entender dicha extenſion en lo neceſſario para la perpetuidad, que ſe reduce, à que por conſervarla, ſuccedan las perſonas, que pretenden ampliarlo; pero que no ſe ha de entender repetida la qualidad, ò irregularidad de maſculinidad, que el llamamiento contuvieſſe, porque las irregularidades no ſe neceſsitan para el citado fin de conſervar la perpetuidad de la ſucceſsion. Dom. Caſtillo, *lib. 5. Controver. tom. 6. cap. 117. num. 31.* ibi: *Conditio tamen qualificata*, ſi deceſſerit ſinè filijs maſculis, *non eſt repetenda, quia non eſt neceſſaria ad conſervationem, & perpetuitatem Maioratus, & apponitur dumtaxat, ad graduandam ſucceſsionem.* Dom. Molina *de Hiſpanor. Primog. lib. 1. cap. 6. numer. 26. & lib. 3. cap. 5. num. 61.* verſ. *Illud tamen* Marinis *Reſolution. quotidan. lib. 2. cap. 126. numer. 23.* Maldonado *in addition. ad Dom. Molina lib. 1. cap. 6. ad num. 18. & ad num. 28.* D. D. Addentes *ad Domin. Molina dict. lib. 1. cap. 6. ad num. 26. & lib. 3. cap. 5. ad n. 60.* verſ. *Demum.*

126. Y en iguales terminos debe dacirſe, que tampoco ſe ha de entender repetida, ni extendida la irregularidad, de que ſe prefieran las hembras de linea poſtergada à la hermana del ultimo poſſeedor: porque eſto no ſe neceſsita, para conſervar la perpetuidad, y eſta ſe ſalva muy bien ſuccediendo la hermana de el ultimo poſſeedor, y las demàs en ſu lugar, y grado, ſupueſto, que para preferirſe en las circunſtancias, que han acaecido, no tienen llamamiento, como ſe manifeſtò *ſuprà ex num. 116. uſque ad 119. incluſivè*, y quando fueſſe neceſſario extenderles para la perpetuidad, el que ſe les diò en caſo diverſo, por lo que ſe citò *ſuprà num. 120*, no lo es el ampliarles tambien la irregularidad de preferirſe à la linea de poſſeſsion, como ſe prueba por lo dicho *ex numer. 124*, y eſpecialmente ſe acredita con las doctrinas citadas en el numero proximo anterior, y ſe confirma con las demàs, que ſe propuſieron *ſupr. ex n. 70. uſque ad 83. incluſivè.*

127 Tambien ſe comprueba, atendiendo, à que el caſo diſpueſto por la Fundacion para el citado llamamiento de la hija mayor de Luis de Heraſo (10), fue por ſi acaſo los hijos de los Fundadores no dexaban varones, para conſtituir el ingreſſo de ſucceſsion, y lineas en las hembras por el methodo regular, como queda demoſtrado *ſuprà ex numer. 107. uſque ad 110. & ex num. 116:* y aqui fue muy debido, y conforme á el orden regular de ſuceder, que ſe prefirieſſen las hembras de el hijo mayor, que es el modo, en que debian ſucceder por derecho, conſtituyendo las lineas, ſegun ſu mayoria.

128. Pero no habla la Fundacion en dicho llamamiento, del caſo diverſo, y aun contrario,

que

que se ha verificado, de haver tenido los hijos de los Fundadores succesion de varones, y radicadose en ellos la succesion; y éste segundo caso es muy diverso, por que no se trata de constituir ingresso de linea (que es el prevenido en la Fundacion, y para el qual se llamò la hija mayor de Luis de Heraso (10), y si de estàr ya radicada la succesion legitimamente en otra linea, en cuyos terminos ya no corresponde la preferencia de dicha hija mayor, y sì de la que estuviere en linea de possesion, sin poderse hacer comparacion, ni argumento de la referida disposicion, que tuvo, respecto à el ingresso de la succession, para el distinto caso, y successo de hallarse ya radicada, y tratarse de su continuacion, y progresso, como se prueba con las doctrinas citadas *supra num.* 33.

129. Y lo reflexa particularmente à nuestro intento, Domin. Castillo *lib.* 5. *Controver. cap.* 91. *num.* 79. vers. *Diversa*, & versic. *Specificè*, ibi: *Præcissum fuit in Initio considerare proximitatem institutoris, quia non erat alius possessor, quam ipse, qui Institutor, & possessor fuit, & ideò proximitas ab eo derivatur*:::; *Cum autem succesio ulterius progressa est, habuitque tractum succesivum, tunc quidem gradualis, & regularis efficitur de possessore in possessorem, & de uno in alium proximitas derivatur, ita ut ultimi possessoris ad inclusionem filiæ eius, masculis non stantibus considerari debeat.*

130. Idem Dom. Castillo *cap.* 92. *numer.* 46. versic. *Nec etiam* circa finem, ibi: *Sic sanè in sui principio, & quando succesio sumit initium in gradu, aut statu masculorum, à proximioribus succesionem incipere consentaneum est*::: *diversum verò est in succesionis progressu, & cum iam sumpsit initium, lineamque alicuius ingressa est, tunc namque, nisi apertè disponens in contrarium statuerit, voluntatemque suam expresserit, potius attenditur lineæ prærrogativa, & ingressus, & nè ex una linea ad aliam transitus fiat, quousque omnes de illa linea finiantur, ipsique præferantur* ::: *Cum in progressu militet diversa ratio, atque eò voluntate institutoris præsumpta sic credendum sit, voluisse.*

§. IV.

131. POR todo lo que se ha fundado, es visible, que el derecho de la Marquesa de Heraso, como hermana del ultimo possedor, es claro, y evidente, fundado en principios inquestionables en nuestro Reyno, como se demostrò *supra ex num.* 4. *usque ad* 19: y que la limitacion de tan sòlidos derechos, propuesta por el Marquès de Algarinejo, à favor de la Condesa de Luque su muger, se reduce à solicirar incluirla en el llamamiento, que se diò para la hija de Luis de Heraso (10), y decir, que por tenerlo expresso, debe anteponerse à la hermana del ultimo possedor; cuya especie de limitacion està destruida por todas, y cada una de las especies, que se han propuesto, reduciendolas à tres fundamentos.

132. El primero, que aunque se incluyera la Condesa de Luque en el llamamiento dado à la hija mayor de Luis de Heraso (10), nada pudiera adelantar con èl; por que faltò, y no se ha verificado el caso, para que fue dispuesto, como se ha demostrado *ex numer.* 115. *usque ad* 119. *inclusivè*: Y si se le pretende dàr extension à las circunstancias verificadas por la na-

turaleza de succesiòn perpetua con las doctrinas citadas *numer.* 120, no lo permite la Fundacion presente, por lo que se propuso *numer.* 121. *&* 122 : y aun quando esto faltasse, y se permitiera dicha extension, no tendria lugar para excluir à la hermana de el ultimo possedor, contra las reglas ordinarias de succesion, como se probò *ex numer.* 123. *usque ad* 130.

133. El segundo, que aun permitiendo huviesse sido dicho llamamiento con los terminos mas adaptables à las circunstancias, que se han verificado, no puede fundarse para la Condesa de Luque, aun el derecho, que produxere la citada substitucion, por no ser comprehendida en ella, como se fundò *num.* 62. 63. *&* 67. *& ex num.* 90. *usque ad* 113; y lo tiene enteramente confessado el Marquès de Algarinejo, y no puede impugnarlo, como se dixo *num.* 64. 65. *&* 66; Y aun quando se permitiesse la camprehension de la Condesa de Luque en dicho llamamiento, seria para que succediera en el grado correspondiente por derecho, y no para preferirse à la hermana de el ultimo possedor, como se probò *ex num.* 69. *usque ad* 89.

134. Y el tercero, que aun las personas induvitadamente comprehendidas en dicho llamamiento, y en las circunstancias, para que se dispuso, no pueden solicitar con èl anteponerse à la hermana del ultimo possedor, como se demuestra por las razones legales, que se expendieron *ex num.* 26. *usque ad* 45, y por las authorizadas resoluciones, que se propusieron *ex num.* 46. *usque ad* 58: Mediante lo qual tendria esto lugar para exclusion de la Condesa de Luque, aun quando se le permitiera ser directamente comprehendida en el propuesto llamamiento, y haverse verificado las circunstancias precisas, en que se dispuso.

135. Qualquiera de dichos tres fundamentos, y aun cada una de las especies, que en ellos se han propuesto, bastaba, para excluir la excepcion propuesta en nuestro caso, solicitando limitar con ella las constantes reglas generales, que favorecen à la hermana del ultimo possedor: Por lo qual, aun quando faltasse alguno de dichos fundamentos, ò se excluyeran muchas razones de las propuestas en ellos, con una qualquiera, que subsistiesse, bastaba, para excluir la citada limitacion, que à la Condesa de Luque se aplica, pues qualquiera de todas, es por sì sola bastante, para desvanecer dicha limitacion, como se ha demostrado en cada una.

136. Y no solo era preciso, para excluir à la Marquesa de Heraso, destruir todas las especies, que se han fundado, contra la limitacion, que por disposicion particular pretende aplicarse à la Condesa de Luque; sino es que se necesitaba en nombre de èsta desvanecerlas todas, y cada una con evidencia, que no pudiesse permitir alguna duda; pues con qualquiera question, ò disputa fundada, que resulte contra la limitacion de dichas reglas ordinarias de succesion, se ha de estàr por estas, que favorecen à la hermana de el ultimo possedor, y resolverse contra quien pretende limitarlas, atribuyendose una limitacion, ò disposicion particular, *ex leg.* 5. *ff. de probationibus.* Dom. Covarrub. *lib.* 2. *Variar. Resolut. cap.* 12. *num.* 4. Torre *de Maioratib. tom.* 1. *cap.* 25. *numer.*

85. & 94. Dom. Valenz. Velazq. *conſil.* 83. *num.* 95. & *conſil.* 92. *num.* 194. Mieres *de Maioratib. part.* 1. *quæſt.* 3. *num.* 9. & *quæſt.* 52. *num.* 61. Cardinal. à Luca *de Iudic. diſc.* 2. *num.* 22. & *de Fideicomm. diſcurſ.* 72. *num.* 4. Dom. Molina *de Hiſpanor. Primogen. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 33. Dom. Vela *diſſertat.* 3. *num.* 36. Faria *in addition. ad Dom. Covarrub. dict. lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 26. Dom. Roxas Almanſa *diſputat.* 2. *quæſt.* 9. *numer.* 4. & *diſput.* 3. *quæſt.* 6. *num.* 30. ibi: *Qui habet pro ſe regulam, habet ſimul intentionem fundatam ad obtinendum in quocumque iudicio, & ut vincatur, neceſſe eſt, quod adverſarius eius, ità clarè, & apertè illius regulæ limitationem probet, ac ipſa lex, quę regulam inducit.* Dom. Caſtillo *lib.* 3. *Controver. cap.* 15. *ſub num.* 29. ibi: *Deinde pars adverſa, ut filias prædictas excludere poſſet, quæ ex ordinarijs iuris regulis, & principijs, atque ex præcedentibus vocationibus, & ſubſtitutionibus habent fundatam ſuam intentionem in hac lite, tenebatur diſpoſitionem in contrarium obſtendere, eamque talem*, AC ADEO EXPRESSAM, QUOD DE EA ALIQUO MODO DUBITARI NON VALERET. Y ſe confirma el miſmo penſamiento en las circunſtancias de nueſtro caſo con las doctrinas citadas *ſupra num.* 50. & 56. que ſe dàn aqui por repetidas.

137. No parece, que ſe podràn con evidencia deſtruir todas las eſpecies, que ſe han propueſto; y antes bien ſe hace juicio, de que ſon muy fundadas, y sòlidas: por lo qual eſpera la Marqueſa de Heraſo, que ſe le abſuelva de la Demanda. S.I.O. V.D.C.

Lic. Don Diego Joſeph Rodriguez.

Lic. Don Chriſtoval de Eſpinoſa Ocampo.

F.a Palom.o dl. et scul.

23

)§(JESUS,)§(
MARIA, Y JOSEPH.

POR DON ANTONIO DE ERASSO TAPIA, Y Paredes (31), vezino, y Regidor Perpetuo de la Ciudad de Truxillo.

CON EL MARQUES DE ALGARINEJO, como marido, y conjunta persona de Doña Maria Vicenta Egas Fernandez de Cordova (32), Condesa de Luque, vezinos de esta Ciudad.

)*x*(

EN VIRTUD DE LA ORDEN DEL REAL, Y Supremo Consejo, y Auto Acordado, Impresso en Granada en la Imprenta Real, con la Nota del Señor Juez de estàr corriente, y Certificacion del Secretario de Acuerdo, en 24. de Marzo de 1752.

N. 1. DON Antonio de Eraſſo (31), pretende ſe le declare por legitimo Succeſſor del Mayorazgo fundado por Doña Maria Galindo (6), del tercio, y quinto de ſus bienes, y ſus Agregados, y que ſe condene á la Condeſa de Luque (32) á la reſtitucion de los bienes de dicho Mayorazgo. (*Mem. n.* 118.) Cuyo derecho fundarèmos en el primero Diſcurſo.

2. La Condeſa pretende ſe le abſuelva de dicha Demanda, reconviniendo à Don Antonio de Eraſſo (31) ſobre el Mayorazgo que poſſee, y pertenece à la diſpoſicion de Alonſo de Eraſſo (7) (*Memor. num.* 119.) alegando varios fundamentos, à los que ſatisfarèmos en el Diſcurſo ſegundo.

DISCURSO I.

3. DOña Maria Galindo (6) otorgò ſu Teſtamento en 21. de Julio de 1536. y vſando de la facultad, que por Derecho ſe le concede, mandó el remanente del quinto de ſus bienes à Alonſo de Eraſſo (7) ſu marido, el que gozaſſe por ſus dias, y deſpues lo huvieſſe Luis de Eraſſo (10) ſu hijo mayor, con las miſmas condiciones que le mandaba el tercio (*Mem. n.* 2.) y ſeñala los bienes que han de aver. (*Memor. num.* 4.)

4. Que deſpues del dicho Luis de Eraſſo (10) huvieſſe el dicho tercio, y quinto ſus deſcendientes, de varon en varon. (*Mem. num.* 7.) Eſta expreſsion es manifieſta voluntad de la Agnacion rigoroſa, y de que quien diſpuſo ſolo apeteciò los varones de varones, y no à las hembras, ni á los varones de ellas, Roxas, *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *n.* 306. & 309. ibi: *De maſculo in maſculum.* Et num. 312. in fin. ibi: *De varon en varon.* Dom. Larr. *de Vit. Hom. cap.* 30. *num.* 81. D. Caſtill. *lib* 5. *Controv. cap.* 92. *n.* 3. Alvar. Pegas, *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 15. *num.* 64. En la Condeſa de Luque no ſe verifica eſta qualidad, y ſe halla con la interpoſicion de dos hembras, que lo ſon ſu ſegunda, y tercera Abuelas (20. y 23.), y Don Antonio de Eraſſo, varon de varon de Miguel de Eraſſo (11), hijo de la Fundadora, en quien ſe verifica ſu voluntad, y llamamiento.

5. En la miſma Clauſula lo explicò la Fundadora, expreſſando: *Que ſi el dicho Luis de Eraſſo* (10) *murieſſe ſin dexar hijo varon, ò nieto varon, deſcendiente de hijo mayor, legitimos todos, de legitimo matrimonio: en tal caſo à falta de hijo varon, ò nieto varon, deſcendiente de hijo varon, que en tal*

caso succeda en la dicha mejoria Miguel de Erasso (11) *su hijo, y despues de él en sus descendientes de varon en varon.* (*Mem. n.* 7.)

6. El llamamiento lo tienen los varones de varones, y no las hembras; con que es preciso, que tengan aquellos la preferencia à la succesion, *ex leg. Omnia, §. In fideicommisso, ff. de legat.* 2. ibi: *Hi ad petitionem eius admitipossunt, qui nominati sunt.* Porque la succesion no se difiere, sino à la persona à quien convienen las vozes de la disposicion. D. Castill. *tom.* 3. *Controv. cap.* 15. *n.* 29. ibi: *Cum pro se non habeat verba, nec dispositionem.* A Don Antonio de Erasso comprehenden las vozes de *varon*, hijo, y descendiente *de varon*; pero no à la Condesa, á la que le falta esta qualidad, y á todos los que de ella procedieren.

7. Para no dexar duda en esta voluntad, manda, que si por estàr preñada, fuesse hijo varon, y saliere á luz, succediesse en la dicha mejoria, (*Mem. n.* 8.) y en defecto de *hijos*, *nietos varones*, *descendientes de varones*, dà llamamiento á las hijas (*Memor. num.* 9.) que es la mas poderosa explicacion de la Agnacion, el posterior discretivo llamamiento de las hembras. Surdo, *cons.* 475. *ex num.* 14. D. Castill. *tom.* 5. *Controv. dict. cap.* 92. *n.* 9. D. Larrea, *decis.* 53. *n.* 26. vers. *Et quod plus.* Rosa, *Consult.* 69. *num.* 153. D. Molin. *de Hispan. Primog. lib* 3. *cap.* 5. *num.* 55. Torre, *de Maiorat. part.* 1. *cap.* 25. *num.* 180. *& cap.* 37. *num.* 85. Mieres, *de Maiorat. tom.* 1. *part.* 2. *quæst.* 6. *num.* 273. *& seqq.*

8. Y es la razon legal, porque no puede succeder el llamado en segundo lugar, antes que el puesto primero en orden para la succesion, *ex Text. in leg. Ex facto* 43. §. 1. *ff. de vulg. & pupil. substit. L. Æquissimum* 2. §. *Si primus, ff. de bonor. possess. secund. tabul.* D. Castillo, *tom.* 3. *Controv. cap.* 15. *num.* 26.

9. El llamamiento en segundo lugar, tiene en sì la condicion, de que se ha de verificar el que faltó el primero, para que tenga lugar su caso, y llamamiẽto. Gomez, *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *num.* 42. vers. *Sed illa conditio.* Dom. Larrea, *decis.* 38. *n.* 3. Torr. *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 25. *n.* 208. Roxas, *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 63. ibi: *Nam ordo ad succedendum facit conditionem.* Los varones de varones estàn llamados en primero lugar (*Mem. num.* 7. 8. *y* 9.) y dispues las hijas (*num.* 9. *y* 10.) con que es preciso ocupen la succesion los varones de varones de los hijos, para que tengan lugar las hijas, y descendientes de ellas.

10. El orden de la Escritura dà preferencia en la succession. *L.* 60. *L. Si non* 83. §. 1. *ff. de hæred. instituend. L. Generaliter* 24. §. 17. *y* 18. *ff. de fideicomm. libertat. L. Quotiens* 34. *ff. de vsufr. & quemad. L. Cum pater* 77. §. *A*

te

te peto 32. *ff. de legat.* 2. ibi: *Non esse datam electionem, sed ordinem scripturæ factam substitutioni respondi.* Roxas, *de Incomp. part.* 5. *cap.* 4. *num.* 21. Dom. Lara, *de Cappel. lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 47. *&* 50. Gomez, *tom.* 1. *Var. cap.* 2. *n.* 3. vers. *Quam tamen sententiam.* Ros. *Consult.* 69. *n.* 157. D. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 33. Estàn primeramente puestos en el orden de la disposicio los varones de varones descendientes de los hijos, por cuya razon tienen el primer orden en la succesion, y concurriendo esta qualidad en Don Antonio de Erasso (31), es como si con su propio nombre se le huviera llamado antes que á la Condesa de Luque, hija, y descendiente de Don Luis de Erasso (10). Dom. Castillo, *tom.* 3. *Controv. cap.* 15. *num.* 57. *tom.* 6. *cap.* 161. *num.* 11. *& seqq. &* cap. 181. *num.* 54. Dom. Molina, *de Hispan. Primog. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 17. & ibi Add. Dom. Paz, *de Tenut. cap.* 57. *num.* 255. Torre, *de Maiorat. part.* 2. *quæst.* 43. *num.* 110. *quæst.* 56. *num.* 9. D. Salgad. *part.* 3. *Labyr. cap.* 15. *num.* 37. Dom. Solorz. *in Politic. lib.* 3. *cap.* 17. *fol.* 361. vers. *Lo tercero, & seqq.* Antun. *de Donat. lib.* 2. *cap.* 29. *num.* 137. *&* 138. D. Larr. *decis.* 34. *num.* 59. ibi: *Non eget propria sui nominis vocatione, verum sufficit substitutio collectiva, & linealis omnium descendentium, quæ etiam nascituros ita respicit, ac si ad vnumcumque referretur.*

11. De cuya razon procede, de que la doctrina de que el llamamiento de varon, aunque sea repetido, no es preciso concepto de Agnacion, si no es explicat la preferencia del varon á la hembra dentro de la linea, y grado, vt dixerunt Dom. Molin. *de Hisp. Prim. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 75. & ibi Add. vers. *Et hinc est.* Dom. Valenz. *cons.* 97. *num.* 84. *& seqq.* no tiene lugar en este caso; porque quando la voz *varon* pudiera entenderse con esta generalidad, queda explicada, y ceñida á los varones Agnados, y no à otras personas, por el posterior, y discretivo llamamiento de estas, *ex leg. Cum in Testam.* 37. *&* §. *final. ff. de hæredib. instituend. Leg. Cum ex filio* 39. §. *filio. Leg. Cohæredi* 41. §. *Qui Patrem* 5. *Leg. Facto* 43. §. *Item quæro, ff. de vulg. & pupil. subst. Leg. Hæres* 100. §. *Duo statuę, ff. de legat.* 3. *leg. Cum Delanionis* 18. §. *Cui fundum* 11. *ff. de fund. instruct. Leg. Alimenta* 16. §. *Basilicæ* 2. *ff. de aliment. legat. Leg. Æquissimum* 2. §. 3. *ff. de bonor. poss. secund. tabul. Leg. Filius* 42. §. 2. *ff. de bonor. libert.* Dom. Castill. *tom.* 6. *Controv. cap.* 133. *num.* 16. Dom. Larr. *decis.* 54. *num.* 17. *& seqq. &* ex *citat. num.* 7.

12. Deseando la Doña Maria Galindo (6) dexar mas clara, y qualificada la Agnacion rigorosa, que estableciò en las lineas de sus hijos, otorgò Codicilo en 23. de Marzo de 1541. y man-

manda se observe, y guarde lo contenido en su Testamento, (*Mem. num.* 14.), y solicitando mas, y mas la seguridad de su disposicion, y que el Mayorazgo, que tenia hecho, aunque suficiétemente establecido por su Testamento, para que fuesse con la mayor autoridad, y como dize Alv. Pegas, *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 1. *num.* 58. qualificado en el primer orden dicha Doña Maria, con el Alonso de Erasso, su marido, obtuvieron Real Facultad, para fundar Mayorazgo. (*Mem. num.* 16.)

13. Esta Facultad demàs de el efecto, que prudece, como queda expressado en el n. antecendente, tiene el beneficio de poder los Padres gravar la legitima de los hijos; y por tanto, muchos Fundadores, que obtienen la Facultad Real, vsan de ella, y tambien de la que les permite el derecho de mejorar à qualquiera de los hijos, *ex leg.* 27. *Taur.* y la controversia es, quando no expressò si vsaba de vna, ù otra facultad, se entienda de las dos. D. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 13. Alvar. Peg. *dict. num.* 58.

14. Doña Maria Galindo no dexò esta duda, porque en 27. de Abril de 1546. dió Poder à su marido, expressando: *Tener comunicado* (Mem. n. 17.) *largamente las condiciones, sobstituciones, y vinculos, que à el dicho Mayorazgo queria poner*; y demás de los bienes contenidos en su Testamento, quiso huviesse el dicho Luis de Erasso, las Casas principales de su morada, y otros tres pares de Casas, *por la forma, y orden, que en dicho su Testamento se declaraba.*

15. Dà Poder à el dicho Alonso de Erasso para ordenar la Escritura de Mayorazgo, *con las condiciones, vinculos, modos, reglas, sobstituciones, y restituciones, que el dicho Alonso de Erasso quisiere, y le parecieren.* (Mem. n. 18.)

16. En virtud del comunicado, se ha de estàr á lo executado por Alonso de Erasso (7), porque á quien se le comunica alguna disposicion, no haze mas que manifestar lo que se le confiò. Card. de Luca, *de Fideicomm. disc.* 182. *num.* 6. & 7. & *disc.* 183. *n.* 13. & 15. Carp. *de Executor. lib.* 3. *cap.* 12. *n.* 1.

17. Y considerado en los terminos de Apoderado, pudo hazer la disposicion de Agnaciõ, como lo executò. La Facultad puede ser regulada, ò libre. Aguil. ad Roxas, *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *n.* 409. & *seqq.* Torre, *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 27. *n.* 2. & *seqq.* Cardin. de Luca, *de Fideicomm. disc.* 58. *num.* 3. D. Castill. *tom.* 4. *Controv. cap.* 36. *n.* 1. 46. & *seqq.* Por la primera no puede disponer, sino es por el orden regular; pero por la segunda podrà anteponer entre los descendientes à el que quisiesse, porque como es mera eleccion de personas inciertas,

tis de ciertas, no tiene repugnancia de derecho, y se puede cometer en vltima voluntad à otra persona. Cardin. de Luca, *de Fid. disc.* 55. *num.* 6. *& disc.* 183. *n.* 10. *&* 11. Cottiad. *tom.* 3. *decis.* 129. *num* 88. Torre, *dict. cap.* 27. *n.* 5. D. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 3.

18. Que fuesse libre la facultad, que Doña Maria Galindo diò à su marido, se manifiesta de las vozes con que la explica, *quisiere, y le pareciere.* D. Castillo, *dict. cap.* 36. *n.* 1. ibi: *Si quisiere ::: è por bien tuviere: per verba ampla, & generalia liberam facultatem reliquisset.* D. Molin. *dict. cap.* 5. *n.* 2. ibi: *Videbitur, & in alijs verbis similibus indifferentèr absolutissimum est.*

19. Continùa la dicha Doña Maria Galindo, que las condiciones, que fuessen puestas, y declaradas por dicho Alonso de Erasso, *dende aora para entonces las ha por puestas, y declaradas, como si ella misma aqui por extenso las expecificàra, y declarára; porque para todo lo susodicho le daba su poder, tal, y tan bastante como ella lo ha, è tiene, y de derecho se requiere,* (*Mem. n.* 18.) que es la mayor expresion de la libre facultad: en cuya virtud puede el Poderista extender la disposicion à todo lo que el Mandante pudiera. *Cap. Quia ad agendum* 4. *de Procurat. in* 6. Parej. *de Univ. Instrum. Edit. tit.* 5. *resol.* 10. *n.* 66. D. Valenz. *cons.* 136. *n.* 18. D. Larr. *decis.* 19. *num.* 1. D. Covarr. *lib.* 1. *Var. cap.* 6. *num.* 3. vers. *Quinto.* Gutierr. *de Iuram. Confirm. part.* 1. *cap.* 50. *n.* 13. Card. de Luca, *de Regalib. disc.* 125. *n.* 15. Escob. *de Ratioc. cap.* 19. *n.* 33. *&* 34. ibi: *Per similem enim Clausulam omnis potestas videtur in ipsum procuratorem translata.*

20. El fin, è intencion de Doña Maria Galindo, fue la conservacion de su familia. Roxas, *de Incomp. part.* 8. *cap.* 1. *ex n.* 63. y la estableciò en cabeza de Luis de Erasso (10), Miguel de Erasso (11), y Christoval de Erasso (12) sus hijos, en sus varones de varones de ellos. Roxas, *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *n.* 309. Alvar. Peg. *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 17. *n.* 94.

21. Manifestada esta voluntad en su Testamento, y Codicilo, comunicó con su marido los medios mas conformes de cõseguir este fin, y con prudente acuerdo convinieron en que fundasse asimismo de sus bienes dicho Alonso de Erasso (7) juntamente, haziendo Mayorazgo, que permaneciesse vnido en la Agnacion de dichos Fundadores (*Mem. n.* 17.) ibi: *Porque ella tenia voluntad, y determinacion de hazer, y constituir Mayorazgo, juntamente con el dicho Alonso de Erasso su marido.* Le dà el Poder para ello, sin separarse de lo que tenia dispuesto en dicho su Testamento; *por la forma, y orden, que en dicho su Testamento se declaraba.* (*Memor. num.* 17.)

22. El Alonso de Erasso vsando de la Real Facultad, y del Poder de su muger en 25. de Junio de 1546. manifestando la conformidad de su voluntad, con la de dicha Doña Maria (*Memor. n.* 19.) ibi: *Y de como tenian acordado*, y no averlo puesto en efecto los dos por la brevedad de la muerte de la referida, *aprobaba, confirmaba, y ratificaba el dicho tercio, y quinto, y Mayorazgo, que en el dicho Luis de Erasso, hizo la Doña Maria*, y hazia Mayorazgo de los dichos bienes, y mas de otros que señala.

23. Que succeda dicho Luis de Erasso (10), despues su hijo mayor varon legitimo de legitimo matrimonio nacido, y despues de èl á su nieto varon mayor legitimo de legitimo matrimonio, *é assi succesivamente dende en adelante de Padre à hijo varon mayor legitimo de legitimo matrimonio nacido, de grado en grado por linea de varones, de succession en succession, para siempre jamàs.* (*Mem. n.* 24.)

24. *Que si el Luis de Erasso no tuviere hijo varon legitimo, y de legitimo matrimonio nacido, aunque tenga hija, ò hijas legitimas, no succedan en el dicho Mayorazgo, salvo, que en tal caso venga, y passe à Miguel de Erasso* (11) (Memor. n. 25.) *y à sus descendientes varones.* Y despues de extinguidos los descendientes varones de varones de los tres hijos, dá llamamiento à las hijas, y descendientes de ellas, (*Mem. num.* 27. *y sig.*) cuyo discretivo, y separado llamamiento, es prueba de la Agnacion rigorosa en los primeros llamados, como dexamos fundado en el numer. 7. y 11.

25. La Ley 13. tit. 7. lib. 5. Recopil. dispuso, que la exclusion de las hembras no se induxesse, si no era clara, y expressa, y como la clara voluntad se manifiesta por las vozes, no obstante de que esta Ley habla en los Mayorazgos fundados despues del año de 615. que se promulgó, convienen los Autores, que la Agnacion se induce por indicios, y conjeturas. D. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 39. *cap.* 5. *n.* 25. D. Vela, *dissert.* 49. *num.* 53. Torre, *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 25. *n.* 119. vers. *Imò*, & *num.* 280. Rosa, *Consult.* 69. *n.* 29. 30. & 54. Alvar. Pegas, *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 14. *num.* 144. & 148. *cap.* 17. *n.* 63. & *seqq.*

26. Es conjetura de la Agnacion la repeticion de varones, Add. ad Molin. *dict. cap.* 5. *num.* 26. vers. *Nos.* Dom. Vela, *dict. dissert.* 49. *n.* 54. & 55. Barbos. *vot.* 7. *n.* 25. & *vot.* 70. *n.* 20. D. Larr. *decis.* 53. *n* 9. Rosa, *dict. Consult.* 69. *n.* 162. Peg. *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 12. *n.* 33. & *cap.* 15. *n.* 39. Torre, *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 37. *n.* 103. *cap.* 41. §. 7. *num.* 75. *cap.* 25. *n.* 138. & *seqq.* D. Castill. *tom* 2. *cap.* 4. *ex n.* 80. fue tal, que el Fundador desde la Clausula 1. hasta la 5. repite la

voz

voz *varon* diez vezes, para quitar toda duda, y dificultad. *Non semel, sed tollendæ dubitationis gratia, vis id est de eodem idem dixisse, ne qua dubitatio supereſſet. L. 1. §. 7. ff. de ædilit. edict.*

27. Y quando esta repeticion de varones es con exclusiõ de hembras, como las excluyò en el primero orden de llamamientos el Fundador, (*Mem. num. 25. y 26.*) ibi: *Aunque tenga hija, ò hijas legitimas, no succedan en el dicho Mayorazgo.* No admite duda en la contemplacion de la Agnatiõ. Add. ad Dom. Molin. *de Hispan. Primogen. lib. 3. cap. 5. num. 45. verſ. Secundo caſu.*

28. Ponen tambien los Autores por conjetura de la Agnacion el precepto de Armas, y Apellido, como lo puſo el Fundador, (*Mem. num. 35.*) porque aunque se puede cumplir por las hembras, D. Molin. *lib. 2. cap. 14. num. 8. & 9. & lib. 3. cap. 5. n. 78.* & ibi Maldon. & Pard. D. Lara, *de Vit. Hom. cap. 13. n. 34.* Torre, *de Maiorat. tom. 1. cap. 25. n. 126.* es quando por sì solo se quiere inducir, no quando concurre cõ otras conjeturas. D. Molin. *dict. cap. 14. num. 8. & 9.* & ibi Add. *verſ. Limitatur.* Roſa, *dict. conſult. 69. n. 167. & 169.* D. Caſtill. *lib. 5. Controv. cap. 136. num. 75. verſ. Molinam ſequitur*, & *verſ. Remanet ergo* Torre, *de Maiorat. tom. 1. cap. 25. n. 127. verſ. Bené verum, & cap. 38. n. 209. & ſeqq.* Y aſsi el principal intento de los Fundadores, es la conſervacion de su nombre, y apellido, que se consigue proprìamente por los varones Agnados, y faltando estos, conformandose, à no poder otra cosa, como dize D. Lara, *de Vit. Homin. cap. 30. num. 114.* pone el precepto á las hembras, y à sus maridos, como lo hizo el Alonso de Etasso, (*Mem. n. 35.*) y es fundamento que firmemente persuade el que mientras huviesse varones Agnados, en ellos, y no en otros se conservasse la succesion.

29. Y debiendo todos seguir à la clara voluntad, *ex leg. Ille, aut ille, ff. de condit. & demoſt.* Dom. Larr. *deciſ. 60. num. 9.* no lo puede ser mas clara, que la manifestada en las palabras, que expressamos en el num. 23. Dize, que la succesion *sea de Padre à hijo varon*: y despues, *de grado en grado*, que explica vna succesiva, recta, inmediata adquisicion de Padre à hijo varon, sin interposicion de otra qualidad. Torre, *de Maioratib. tom. 2. quæſt. 43. n. 62.* Dom. Castill. *tom. 5. Controv. cap. 93. §. 12. num. 2. & 6.* Card. de Luca, *deciſ. ſup. Fideicomm. deciſ. 14. num. 10.*

30. Y vltimamente previene, que el varon que succeda, sea *por linea de varones*, que no se puede verificar en otros, que en los varones Agnados. Roxas, *de Incompat. part. 1. cap. 6. n. 306.* cuya qualidad concurre en Don Antonio de Etasso (31), y no en

la

la Condesa de Luque (32).

31. Y considerando Luis de Erasso (10), y Don Luis de Erasso (15) la disposicion de sus Padres, y entendidos de ser de Agnacion, previene el Luis de Erasso (*Mem. n.* 44.) que la hija, que succediesse en su Mayorazgo, case con el varon, que avia de succeder en el Mayorazgo de sus Padres, y el D. Luis de Erasso (15) manda, que en el Mayorazgo que funda, succedan hembras, y que no se conforma con la disposicion de sus Abuelos (*Memor. num.* 45.): y no debiendose dudar de estàr informados, y noticiosos de la verdadera inteligencia de la voluntad de sus Padres, y Abuelos. Deut. *cap.* 32. *vers.* 7. *cap.* 4. *vers.* 10. ibi: *Doceantque filios suos.* Joel *cap.* 1. *vers.* 3. Judic. *cap.* 6. *vers.* 13. *cap.* 5. *dist.* 12. ibi: *Vel eas traditiones, quas antiquitus à patribus suscepimus.* Aguila ad Roxas, *de Incompat. part.* 2. *cap.* 5. *num.* 89. ibi: *Successor verosimiliter scire potest voluntatem institutoris, vel dubiam voluntatem declarare potest.* Se manifiesta, que Doña Maria Galindo, y Alonso de Erasso su marido (6. y 7.) hizieron Mayorazgo en el primero orden de llamamientos de rigorosa Agnacion, y que á vno, ni á otro puede tener derecho la Condesa de Luque.

***

DISCURSO II.

32. REconociendo la Condesa de Luque, que no puede tener llamamiento, existiendo varones de varones, descendientes de los hijos de los Fundadores, porque hasta estàr extinguidos estos, no tienen lugar las hembras, y los varones de ellas, por no convenirles las vozes de la disposicion, se ha valido de varias excepciones, à las que con separacion responderèmos.

§. I.

33. ALega: *Que de las hijas de los nietos, ò viznietos de Luis de Erasso* (10), *no avia expressa, ni formal exclusion, y que aver querido buscar varon en quien comenzasse à discurrir la succession, y que se reconocia de la Clausula* 12. *que hablando el Fundador con el vltimo Posseedor actual, en caso de tener nieto varon, ò hembra, hijo de algun hijo, ò hija, quiso que succediesse, y no el Tio, hermano del dicho Tenedor del dicho Mayorazgo; y que hallandose dicha Condesa de Luque, con prerrogativa de la linea en que està radicada la succession, y ser sexta nieta de Alonso de Erasso* (7), *y de Doña Maria Galindo su muger, y en possession por las referidas Executorias de Tenuta, y tener sus decisiones admixta la causa de propiedad,*

dad ; no se podia dudar de su justo derecho para dicho Mayorazgo, y por las razones expressadas pertenecerle el Mayorazgo fundado de sus bienes por el Don Alonso , como de regular succesion. (*Mem. num.* 120.)

33. Este arguumento se motivò con la Clausula 12. de la Escritura de Fundacion , otorgada por dicho Alonso de Erasso(7) en virtud de la Real Facultad , y del Poder, que le dió la dicha Doña Maria Galindo su muger. (*Mem. num.* 33.).

34. Dexamos dicho en los numeros 18. y 19. que el Poder que la Doña Maria Galindo diò à su marido, fue de libre facultad. Previene la Doña Maria Galindo, en el Poder, que su marido vse de èl : *Por la forma , y orden , que en dicho su Testamento se declaraba.* (*Mem. num.* 17. *in fin.*) Y como dexamos fundado desde el num. 4. la Doña Maria Galindo dispuso , que succediessen los varones de varones de sus tres hijos, antes que las hembras, y varones de ellas : conque es precisso se arregle à esta voluntad la disposicion de el Don Alonso de Erasso.

35. Lo executò con tanta puntualidad, que como dexamos expressado desde el n. 23. el Alonso de Erasso , no manifestó, ni explicò otra disposicion en las Clausulas 2. 3. 4. y 5. (*Mem.num.* 25. *y siguientes*) , sino es el llamamiento de los varones de varones, repitiendolos en las lineas de los très sus hijos, sin dar llamamiento á las hembras hasta la Clausula 5. (*M. n.* 27.) extinguidos ya todos los varones de varones : conque no es admisible, que lo q̃ con tanto acuerdo avia dispuesto la Doña Maria Galindo, y comunicado con su marido, y este repetido por varias Clausulas , se discurra lo revocó, y deshizo todo en dicha Clausula 12. *Neque enim credendum est :::: Huiusmodi verbo totam observationem Testamentorum multis vigilijs excogitam , atque inventam velle everti. L.* 35. *C. de Inoff. Testam.*

36. Supone la Condesa de Luque, que en la Clausula 12. manifestò Alonso de Erasso , vna regular succesion , y aviendo antes dispuesto se prefiriessen los varones de varones de las tres lineas, fuera corregirse , lo que no se debe entender, *ex leg.* 32. §. 2. *ff. de donat. inter virum, & vxor. Leg. Non ad ea* 89. *ff. de condit. & demonstrat.* Pareja , *de Vniv. Instrum. Edit. tit.* 2. *resol.* 6. *num.* 304. Pignat. *tom.* 6. *consult.* 85. *num.* 40. Dom. Larr. *decis.* 60. *num.* 6. D. Castill. *tom.* 3. *Controv. cap.* 15. *n.* 28. Torr. *de Maiorat. tom.* 3. *decis.* 62. *num.* 17. ibi : *Quia si aliter esset facienda interpretatio filij filiorum Angelę dicerentur in prima substitutione excluſi , & in secunda inclusi, & sic dispositio esse vitiosa, & contineret manifestam contraditionem contra juris regulas.*

37. Y para evitarla , se debe hazer interpretacion mas na-

natural, y conveniente à la voluntad de los Fundadores, Rox. *de Incomp. part.4. cap.5.num.9.& seqq.* Atendiendo todo el contexto de la disposicion, y por las vozes de ella, *ex leg.Qui filiabus 17.ff. de leg.1. L.Ex facto 43.ff.de vulg. & pupil. subst. L. Quamvis 15.C. de Fideicomm.* Dom. Valenz. *cons. 97.num. 36.& cons. 133.num. 32.* Dom. Castill. *tom.4.Controv. cap. 50.num. 2.* ibi: *Debent ergo Testamentorum, & dispositionem omnia verba, & Clausulæ omnes diligentèr,& accurate inspici, & ponderari,nam ex vnis clarius,quam ex alijs colligitur testatoris mens, & voluntas.Et tom. 6.cap. 182.num. 52. & seqq.* Dom. Larr. *decis. 54.n.8.& decis.60.num.9.*

38. No dudandose, que en las Clausulas 2. 3. y 4. (*Mem. n.25.y 26.*) hablò de los varones de varones, baxo de este mismo concepto lo entendiò en la Clausula 12. (*Mem. n.33.*) Rosa, *Consult.69.num.208.* ibi: *In articulo tam dubio, inter Doctores controverso, an masculorum appellatione, veniant masculi ex fœminis, in quo si appareat aliquo modo, in aliqua parte Testatorem, vel disponentem sensisset de masculis, ex masculis, procul dubio, soli masculi ex masculis vocati intelliguntur.*

39. Procediò con la comun regla, y orden de vna buena disposicion: expressa su voluntad generalmente de fundar Mayorazgo, *ex leg.9.§. 5.ff. de iur. & fact. ignorant.* ibi: *Initium constitutionis generale est.* Señala los bienes en que avia de consistir, y procede à los llamamientos especificos: Primeramente en Luis de Erasso (10), sus hijos, y descendientes varones de varones: (*Memor. n. 23.y 24.*) en defecto de estos à Miguel de Erasso (11), y sus descendientes varones de varones; (*Mem. n.25.*) extinguidos estos, à Christoval de Erasso (12), y sus descendientes varones, por la misma orden. (*Mem.n.26.*)

40. Considerando que podian faltar los legitimos descendientes varones de los tres hijos, para este caso dá llamamiento à la hija de Luis de Erasso (10), con preferencia à el varon dentro de la linea, y grado; y faltando la descendencia de Luis de Erasso, substituye las hijas de los otros dos hijos, y sus descendencias, (*Mem. num. 27.y 28.*) y faltando, llama à Doña Beatriz, y Doña Maria sus hijas (13. y 14.) (*Mem. n.28.y 29.*). Despues llama à los naturales de su descendencia, de los hijos varones: (*Memor.n.30.*) y fenecida toda la descendencia, dispone se dividan los bienes del Mayorazgo, y en los dos tercios de él succediesse Doña Isabèl Fernandez Galindo (5), y despues Doña Constanza Carrillo, hermanas de dicha Fundadora, y en el otro tercio Juan de Erasso, y Geronimo de Erasso (8. y 9.), hermanos del Fundador, y vltimamente el pariente mas cercano. (*Mem. n.31.y 32.*)

Pre-

41. Prevenidos en esta forma desde la Clausula 1. hasta la 11. inclusivè todos los llamamientos precissos para la perpetua duracion del Mayorazgo, D. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 1. cap. 4. num. 15.* haze vna recapitulacion de todos en la Clausula 12. como general, y comprehensiva de todo lo que dexa dispuesto. Cardin. de Luc. *de Fideicomm. disc. 32. num. 9.* ibi: *Testator, vt compendiosè præscriberet eundem ordinem, quæ præscripserat.* Mandó, que si succediere el que el Mayorazgo viniesse à algun Posseedor, que tuviesse nieto varon, ò hembra, hijo de algun hijo, ò hija, succediesse este, y no el hermano del Posseedor.

42. Previò la disputa tan antigua de si se avia de preferir en la succesion de los Mayorazgos el Tio à el sobrino, Acost. *de Bon. Reg. Cor. part. 1. n. 17.* D. Molin. *lib. 3. cap. 6. ex n. 1.* por no estár aun publicada la *ley 14. tit. 7. lib. 5. Recop.* y por esto, como regla general, y evitar esta controversia, mandò, que el hijo, ó hija del Posseedor succediesse, y no el hermano: lo que se ha de entender cada vno en su tiempo, y ocasion. Dom. Salgad. *de Reg. Protect. part. 1. cap. 2. §. 1. num. 34. & 39.* Surd. *cons. 389. num. 9.* ibi: *Generalis dispositio restringitur per rationem, secundum suam causam.* Y como dize el Balmas. *de Collect. quæst. 47. num. 45. Singula, singulis referendo.*

43. Esto es, que estando la succesion en los descendientes Agnados, el hijo, ò nieto varon del Posseedor, se prefiera à el Tio, y si estuviere en la linea de las hembras, por averse ya acabado los descendientes varones Agnados, el *hijo*, ò *hija* del Tenedor, ò Posseedor, sea el Successor. Y para no dexar duda, lo explicò en la misma Clausula, diziendo: *Que sea el nieto, hijo de algun hijo, ò hija del tal Tenedor, è Posseedor del dicho Mayorazgo, que aya finado, que si fuera vivo fuera llamado à el dicho Mayorazgo: En tal caso, &c.*

44. Segun esta expression, el llamamiento del tal *nieto, hijo de algun hijo, ò hija*, no es todo nieto, sino es de aquel que lo fuesse de hijo, ò hija, *que si fuera vivo fuera llamado á el dicho Mayorazgo.* Luego previò el Fundador que avia algun hijo, ò hija de el Tenedor del Mayorazgo, que no era llamado: Esto no podrà ser, sino es porque como dexaba en el primer orden de llamamientos dispuesta la Agnacion rigorosa, podia aver hija, *que en tal caso*, no fuesse succesible, *ni fuera llamada à el dicho Mayorazgo*, y en tal caso se prefiriera el hermano varon del Posseedor, á el nieto hijo de la hija; porque *en tal caso*, la hija, aunque viviera, *no fuera llamada à dicho Mayorazgo.*

45. Pero si se acabassen, y extinguiessen los varones de varones descendientes de los tres hijos, y acontecieste, que el Te-

ne-

nedor, ò Posseedor del Mayorazgo, tuviesse vn hermano, y vn nieto, hijo de vna hija, se prefiriera este á el Tio en la succesiõ; *porque en tal caso*, la hija, si viviera, era llamada à el Mayorazgo, por las Clausulas 5. y 6. y esta es la natural inteligencia, y aplicacion de la Clausula 12. y otra alguna es violenta, y contraria à la intencion, y fin del que tuvo el Fundador en dicha Clausula 12. *ex leg.* 25. *ff. de legib.* ibi: *Duriore interpretatione contra ipsorum commodum.*

46. Hechos los llamamientos de los hijos, puesto las condiciones con que eran llamados, la forma, y orden para succeder, feneciendo su peroracion, con el epilogo de todo lo que avia dicho con distincion, comprehendiolo en vna breve oracion lo dicho en la narrativa del instrumento. P. Castr. *de Art. Rector. Dialog.* 2. *cap.* 18. ibi: *Totam causam circunscribat.* Porque como el Proemio es general, lo es igualmente su fin. *L.* 9. §. 5. *ff. de iur. & fact. ignor.* ibi: *Nam initium constitutionis generale est :::: Item, & illa pars equé generalis est.*

47. Por tanto, no se entiende, ni explica otra voluntad, que la antes manifestada. Barbos. *Clauf. vf. freq. Clauf.* 182. *uum.* 2. ibi: *Hanc Clausulam Fideicommisso injunctam operari, vt restringatur dispositio ad casum expressum.* Torr. *de Maiorat. tom.* 2. *quæst.* 13. *n* 30. Surdo, apud D. Castill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 93. §. 12. *num.* 6. ibi: *Non inculcatur nova substitutio, sed præcedentes declarantur. Et tom.* 4. *cap.* 6. *num.* 47. ibi: *Quia inspici debent verba principalia dispositionis, & ab eis non est recedendum.* Dom. Valenz. *conf.* 133. *n.* 43. *& seqq.*

48. En semejantes Clausulas se entiende *singula singulis referendo.* D. Salgad. *de Retent. p.* 1. *cap.* 2. *num.* 86. *& de Reg. part.* 1. *cap.* 2. §. 1. *num.* 39. *&* 40. Diego Perez, *in leg.* 1. *tit.* 6. *lib.* 8. *Ordin. fol.* 186. *& vt dixim. supr. n.* 42. y como dize Torre, *de Maiorat. tom.* 3. *decis.* 46. *num.* 9. *Ad oculum ostendit continuationem, & dependentiam dictæ posterioris partis à prima.* En las primeras Clausulas, desde la 7. hasta la 9. llamò Doña Maria Galindo (6) à los varones de varones, à estos, y no à otros diò llamamiento, con exclusion de hembras, Alonso de Erasso (7) (*Mem. n.* 22. *& seqq.*). Despues de acabados tienen lugar las hembras, y varones de ellas, y esto es lo que repitiò en la Clausula 12. compendiando el orden de la succesion, que avia explicado; pero no que alterando la qualidad de la succesion, que dexaba establecida, diesse llamamiento à la hembra, con preferencia de los varones descendientes Agnados.

49. Por lo que falta à la Condesa, en la succesion presente, la prerrogativa de linea, que alega; porque en los Mayorazgos, como es la voluntad de el Fun-

Fundador la que govierna la succesion, *vt supr. n.* 29. La linea se constituye en los Mayorazgos de qualidad, por las personas en quiẽ concurre, Roxas, *de Incomp. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 301. y estos son los que tienen la prerrogativa de la linea, y constando, que el Mayorazgo es de Agnacion, siempre que aya descendientes de los Fundadores, en quien se verifique la qualidad, como la tiene D. Antonio de Erasso, es el que se halla dentro de la linea, para la succession de los Mayorazgos fundados por Doña Maria Galindo, y Alonso de Erasso (6. y 7.): *Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyò, y ordenò el Mayorazgo. L.* 40. *Taur.*

§. II.

50. NO pudiendo dudar la Condesa de Luque, la clara voluntad de Doña Maria Galindo (6), explicada en su Testamento de 21. de Julio de 536. (*Mem. n.* 1. *y sig.*) ha puesto el mayor esfuerzo en alegar contra su certeza (*Mem. n.* 126.) varias razones, y motivos, y aunque para que no se dudasse de su existencia era suficiente el que se hallasse presentado en el pleyto, que en esta Corte seguian en el año de 1608. Don Alonso de Guzmàn, y Garci Laso de la Vega, con D. Luis de Erasso (15), quarto Abuelo de dicha Condesa, y se sacò en virtud de Real Provision, y cita-cion del Don Luis de Erasso (*Memor. n.* 128.) en el que no se opuso, ni dixo cosa alguna, no se puede ya poner en controversia su fè. Rota, apud Farinac. *tom.* 2. *decis.* 169. Parej. *de Univ. Instrum. Edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 5. *n.* 21. Cravet. *de Antiquit. temp. part.* 1. §. *Quarto limitatur num.* 16. D. Paz, *de Tenut. cap.* 26. *n.* 60. ibi: *Si in aliqua lite instrumentum esse productum, & de eo adversario citato exemplum esset extractum :::: Hoc enim transumptum fidem plenam facit, ac si ex Protocolo Notarij extraheretur.* Et n. 61. ibi: *Scriptura enim, quæ in lite producta fuit, pro Protocolo habetur, & que ex ea deducitur, pro originale reputatur.*

51. Porque en la fé humana, el instrumento copiado de tiempo antiguo, como es el expressado, pues excede de 100. años, Cardin. de Luca, *de Iur. Patronat. disc.* 57. *num.* 33. Noguer. *alleg.* 25. *n.* 319. Escob. *de Purit. & Nobil. part.* 1. *quæst.* 15. §. 3. *n.* 50. Parej. *de Univers. Instrum. Edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 3. *num.* 82. merece fè, Parej. *dict.* §. 3. *n.* 48. vers. *Quartus casus*, aver sido entonces sacado con autoridad de Juez, Parej. *num.* 120. y presentado en juicio, precedida la debida solemnidad, *num.* 135. ibi: *Nonus est quando exemplum reperitur inter acta Iuditij traductum ab ipso originali, apud Iudicem producto, per ipsummet causæ Notarium ad integrum originalis tenorem, interesse habentibus vocatis, & non*

contradicentibus. Alvar. Pegas, *de Maioratib. tom. 1. cap. 6. num. 6.* ibi: *Nisi exemplum sit transumptum cum iuris solemnitatibus, scilicet, citatio, & petitio partis legitimæ causa iusta, & mandatum Iuditis competentis.* Y mas en vn tiempo que no se pensaba, ni trataba de este pleyto, como dize el Pareja, *n. 124.* ibi: *Secundo quando exemplatio sit ad instantiam alicuius, qui non suspicatur si aliquos futuros adversarios.* Sin embargo, respondereèmos con individualidad à cada vno de los Alegatos, q̃ contra dicho instrumento se hazen.

51. Alega dicha Condesa, (*Mem. num. 126.*) que dicho Testamento no se halla en el Protocolo del Escrivano, ni se sacò por el Escrivano sucessor en el Oficio, sino es por el Escrivano de Camara, de vna copia que se halla en otro pleyto; por lo que lo redarguyò de falso en el año de 1670. Doña Estefania de Erasso, y de nuevo le redarguye.

52. Tres instrumentos, se pueden redarguír de falsos: El original, ò Protocolo, que se otorgò ante Juan de Melgar, el año de 1536. El segundo la copia, que en el año de 1608. diò Balthasar Cano, Escrivano de la Ciudad de Ezija, y Successor en el Oficio de dicho Juan de Melgar; y el tercero, la que en el año de 1670. diò el Escrivano de Camara, lo que no expressa la redarguícion; porque si se dirige à la vltima, es suficiente comprobarla con la segunda, y si á esta se termina, se debiera hazer con la primera, *ex leg. Penultim. C. de Fidei Instrum.* Azeved. *in leg. 3. tit. 5. lib. 4. Recop. num. 20.* Parej. *de Vniv. Instrum. Edit. tit. 7. resol. 8. num. 19.* vers. *Quia tunc*, y conduce la doctrina que funda, *dict. §. 8. num. 11. & seqq.*

53. Pero para no dexar el menor reparo en la fè, y aprecio que merece el instrumento, fundarémos, que la segunda, y tercera copia, que son las que existen, se hallan legitimamente comprobadas, y sin duda la existencia, y certeza de la primera.

54. Que Doña Maria Galindo (1) otorgó su Testamento ante dicho Juan de Melgar, y en el dia 21. de Julio de 1536. lo afirma en su Codicilo, (*Mem. num. 14.*) en el Poder que diò para testar á su marido, (*Mem. num. 18.*) el Alonso de Erasso (7) en la Fundacion que hizo, (*Mem. num. 19.*), y Luis de Erasso su hijo por la Escritura, que otorgò en 25. de Junio de 546. (*Mem. num. 39.*) y de la mayor autoridad para la indubitada certeza de dicho Testamento es, el averse presentado para obtener la Real Cedula, para la confirmacion de los Juros, de que se haze mencion en el *Mem num. 172. y 173.*

55. Supuesto el que no se puede dudar, que Doña Maria Galindo (6) otorgò Testamento, basta que su identidad se pruebe por indicios, y conjeturas, Escob.

de

de Purit. & Nobilit. part. 1. quæst. 16. §. 3. num. 2.

56. Los instrumentos se inventaron para la memoria de los hechos, que en ellos se tratan, *leg. Hac consultissima, §. At cum humana fragilitas, C. qui testam. facer. post. in præm. tit. 18. part. 3.* vbi Dom. Greg. Lop. *Gloss. 1.* ibi: *Vsus scripturarum repertus est propter memoriam rerum, & ne oblivione fugiant litteris alligantur. Et leg. 3. tit. 9. part. 7.* ibi: *Porque dura la remembranza de ello para siempre.* Pareja, *de Vniv. Instrum. Edit. tit. 5. resol. 2. num. 3.* Escob. *de Purit. & Nobilit. part. 1. quæst. 15. n. 7. & §. 3. n. 13.* ibi: *Instrumentorum verba, firma, & constantia.*

57. Los Protocolos quedan por fiel testigo de esta verdad, con los quales qualesquiera duda se declarasse, *L. 9. tit. 19. part. 3.* y por no ser justo, que el descuydo del Escrivano, ò los acasos del tiempo perjudicassen à las Partes. D. Gregor. Lop. *in dict. leg. 9. tit. 19. part. 3. Gloss. 1.* ibi: *Licet puniendus esset Tabellio, vt trãsgressor legis, non tamen periclitatur ex hoc fides instrumenti.* Siempre que el instrumento trasumptado del original se halla sin vicio, ni sospecha, y de tiempo antiguo sacada la copia, no se puede dudar la fé, D. Greg. Lop. *in leg. 115. tit. 18. part. 3. Gloss. 5.* Azeved. *in leg. 1. tit. 21. lib. 4. Recop. num. 140.* Gom. *in leg. 45. Taur. n. 87. in fin.* Avil. *in cap. Prætor. cap. 19. nnm. 2.* D. Paz *de Tenut. cap. 26. num. 17.* D. Castill. *lib. 2. Controv. cap. 16. ex n. 56.* Mascard. *de Probat. conclus. 1097. num. 6. & seqq.* D. Covarr. *Pract. quæst. 21. n. 7.*

58. En el año de 1608. se diò vna Copia por Balthasar Cano, Escrivano de la Ciudad de Ezija, successor en el Oficio de Juan de Melgar, (*Mem. n. 159.*) el que teniendolo en su Archivo, tiene à su favor la presumpcion de verdadero, *ex leg. Census, ff. de probat. cap. Ad audientiam 13. de præscript.* & ibi D. Gonzal. *num. 9. cap. Cum causam 13. de probat.* vbi Barbos. *num. 13.* ibi: *Scripturæ repertæ in Archivo probant, quamvis requisitas non habeant solemnitates.* Cald. Pereyr. *de Empt. & Vendit. cap. 1. num. fin.* Valasc. *de Iur. Emphyt. quæst. 9. n. 26.* Mascard. *de Prob. conclus. 111. n. 9.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 1. præsumpt. 51. n. 54.* Parej. *de Vniv. Instrum. Edit. tit. 1. resol. 3. §. 5. n. 42.* y que fue otorgado, y sacado con todas las solemnidades, y requisitos debidos. D. Paz *de Tenut. dict. n. 17.* ibi: *Cum ex antiquitate præsumatur solemne, & authenticum.* Far. ad D. Covarr. *Pract. Quæst. cap. 21. num. 21.*

59. No obstante, que por estas reglas generales quedaba dicho instrumento con la debida aprobacion, y fé, y que deben ser despreciables qualesquiera inutiles reparos, Escob. *dict. quæst. 16. §. 3. n. 32. & 33.* fundarèmos estàr legitimamente comprobados los tres instrumentos,

tos, que se enuncian en el pleyto de dicho Testamento.

60. El dicho Testamento se dize otorgado ante Juan de Melgar, y la *Ley* 115. *tit.* 18. *part.*3. dize: que siempre que se averigue, que huvo tal Escrivano Publico debe ser creìdo el instrumento, ibi: *Que aquel que muestra la Carta en Juizio, si se quiere ayudar de ella, que lo averigue probando, que aquel ome, que dize en la Carta, que la fizo era Escrivano Publico, ò que en el Lugar ò fue fecha estaba por Escrivano Publico, ò era fama entre los omes de aquel Lugar que lo era, è vsaba de aquel menester. E probando alguna de estas razones debe ser creìda la Carta en Juizio.* Dom. Covarr. *Practicar. cap.* 21. *num.* 7. vers. *Secundus casus.*

61. Que Juan de Melgar, huviesse sido tal Escrivano Publico de dicha Ciudad, lo persuade el Codicilo de Doña Maria Galindo (6) (*Mem. num.*14.) el Poder que diò á su marido.(*Mem. num.*15.)ante dicho Juan de Melgar de cuya certeza, y otorgamiento, no se duda por la Condesa de Luque, y se vale de estos instrumentos en sus alegatos. Assi mismo en la Real Cedula se refiere, y assevera que Juan de Melgar fue Escrivano del Numero de Ezija.(*Mem.nnm.*173.) Y vltimamente en la diligencia, que se practicò con citacion de las partes, y en virtud de Real Proviſiò consta averse hallado Protocolos de dicho Escrivano, y que lo fue lo certifican los Escrivanos, que practicaró dicha diligencia(*Mem. num.*130.) en cuya consecuencia dicha Escritura de Testamento *debe ser creìda ::: en Juizio*, como dize la ley citada 115.*tit.*18.*p.*3.

62. La segunda Escritura, que es la copia, que dió dicho Balthasar Cano, no puede tener Protocolo para comprobarse con él. No queda otro medio, que el de la comparacion de letras, *ex dict. leg.* 115.

63. Esta se executò (*Mem. num.*131.) ibi: *Y cotejada la subscripcion, y Signo ::: se hallan, segun los caracteres de letras, y señales de dicho Signo, en todo conteſtes, y vniformes sin cosa en contrario.*(*M. num.*151.) Parej.*de Vniv. Instrum. Edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *num.*40.

64. La copia dada por el Escrivano de Camara, en esta Corte, para mayor corroboracion, y comprobacion de la certeza, se comprobò (*Mem. n.*132.) con la q̃ està en el Oficio, y pleyto, que siguieron Don Alonso de Guzmàn, y Garci Laso de la Vega. (*Mem. num.* 128.), y con lo que ha quedado desvanecida la redarguìcion fecha de dicho Testamento por Doña Estefania de Erasso (25) que repite la Condesa de Luque (32).

65. No obstante que legitimada la existencia de dicho Testamento, los demás reparos quedan desvanecidos: Respondèmos con individualidad à ellos.

ellos. Es el primero, (*Mem. num.* 145.) que de los Regiſtros de Juan de Melgar, ſe hallan inſtrumentos de los años de 1534. y 1537. y no del año de 536. en que ſuena otorgado dicho Teſtato. *Sin duda por auſente, ò enfermo, pues no ſe dize en la diligencia, que el citado Protocolo manifieſte leſion alguna; en cuyos terminos ſe convencia la ſupoſicion del Teſtamento.*

66. Eſte alegato ſe deſvanece, porque reluitando, que fue Eſcrivano dicho Melgar, antes, y deſpues del año de 36. ſe preſume que lo fue en dicho año. Dom. Gregor. Lop. *in leg.* 10. *tit.* 15. *part.* 6. *Gloſſ.* 8. Monte *de Finib. cap.* 93. *num.* 2. Everhard. *in Loc. Argument. loc.* 117. *num.* 2. Hermoſill. *in leg.* 15. *tit.* 5. *part.* 5. *Gloſſ.* 3. *num.* 9. Roſa, *conſultat.* 69. *num.* 191. y ſiempre lo que es veroſimil ſe debe ſeguir, y atender, *ex leg. Ob carmen*, §. 3. *ff. de teſt. leg.* 13. *ff. de probat.* Eſcob. *de Purit. & Nobil. part.* 2. *quæſt.* 9. §. 2. *n.* 9. D. Valenz. *conſ.* 102. *num.* 30. *conſ.* 105. *num.* 83. & 84. Noguer. *alleg.* 32. *num.* 67. Card. de Luc. *de Iur. Dot. diſc.* 33. *num.* 4.

67. Y no es veroſimil, que en todo el diſcurſo de vn año dexaſſe de otorgar algun inſtrumento, como otorgò el expreſſado Teſtamento, y aſsi en el Protocolo, ſe halla el rotulo, que incluye los años de 1534. 1535. 1536. 1538. y probando el rotulo, como prueba de derecho, Maſcard. *de Probat. concluſ.* 1290. *num.* 8. & *ſeqq.* Menoch. *lib.* 6. *præſumpt.* 1. *num.* 1. y que contra èl no ſe ha dicho coſa alguna, es conſtante, que en el Protocolo, ſe comprehendian Eſcrituras del año de 1536. y con el tiempo deſquadernado, gaſtado, ò corroydo, (*Mem. n.* 130.) ſe han perdido las Eſcrituras de dicho año, ſin que ſe pueda à punto fixo averiguar la cierta cauſa de eſte accidente, mas que las muchas contingencias del tiempo. Dom. Gregor. Lop. *in leg.* 56. *tit.* 5. *p.* 5. *Gloſſ.* 5. ibi: *Quia ſæpe per guerras, & aliàs hominum paſsiones in brevi tempore fiunt magnæ mutationes.* Sabell. verb. *Tempus, num.* 3. ibi: *Temporis curſus operatur multa.* Y, como expreſſamos en el num. 57. no pueden, ni deben perjudicar á las Partes, à cuyo favor ſe otorgaron los inſtrumentos.

68. Convencida la Condeſa de la verdad de que huvo tal Eſcrivano en los años de 1534. y en el de 37. y que era preciſſo lo fueſſe en el de 36. ocurre à el efugio expreſſado, de que no otorgò inſtrumento alguno en eſte año: *Sin duda por auſente, ò enfermo.* (*Mem. n.* 145.)

69. El Señor Gregorio Lopez, en la expreſſada Gloſſ. 5. dize: *Quę in brevi tempore per locum à communiter accidẽtibus non contingit mutatio notabilis.* Y la auſencia, ò enfermedad es accidente, que no ſe preſume, ſi no ſe prueba, como hecho que lo ha de juſ-

tificar el que en èl se funda, como fundamento de su intencion, *ex leg. 5. ff. de probat.* D. Vela, *dissert. 3. num. 36.* Carlev. *de Iudit. tit. 3. disput. 34. n. 18.* D. Gonzal. *in cap. Si diligenter 17. n. 8. de Præscript.* Mieres, *de Maiorat. part. 1. quæst. 52. n. 46.* porque de la posibilidad, ó contingencia no se infiere la certeza del hecho, Aguil. ad Roxas, *de Incompat. part. 5. cap. 3. num. 82.* Baez Barbos. *Axiom. Iur. Litt. P. n. 186. Litt. N. n. 65.* ademàs que esta contingencia se desvanece de la propria inspeccion del Protocolo. Queda dicho, que en el rotulo de èl està puesto el año de 1536. y despues en vna Escritura, que tiene por membrete, *Contrato*, tiene por numero 1536. (*Mem. n. 136.*) conque es cierto, que en dicho Protocolo avia Escrituras de el expressado año, y se otorgaron por dicho Escrivano, y con el tiempo se han perdido, y separado de dicho Protocolo.

70. El segundo reparo fue, que ni el D. Alonso de Medina, ni otro alguno, han tenido noticia de tal Testamento (*Mem. n. 145. in fin.*) lo que se desvanece, pues en el año de 1571. se sacò en virtud de mandato del Doct. Juan Perez de Sotomayor (*Mem. n. 173.*): en el año de 1608. vsò de él Don Alonso de Medina, y en el año de 672. se pidiò por Don Esteban de Erasso, y lo presentò en Juizio, como se advierte en el *Mem. n. 146.* con lo que se reconoce la equivocacion de el Alegato.

71. El tercero, que la copia redarguìda carecia de fecha: que el Escrivano Balthasar Cano no la firmò de su nombre, y rubrica. (*Mem. n. 148.*) Lo primero no es defecto en la copia, que diminuyga su fè; porque la Ley lo que manda es, que en el Protocolo se ponga la Escritura por extenso, con el dia, mes, y año, *ley 13. tit. 25. lib. 4. Recopil.* pero quando se dá la copia, no haze otra advertencia, sino es que se añada la subscripcion, que es lo que hizo dicho Escrivano. Y lo segundo, de que no la firmò de su nombre, y rubrica, està desvanecido con la diligencia de la comprobacion (*Mem. num. 131. y 151.*) que es el medio dispuesto por Derecho, como dexamos dicho en el num. 60.

72. El quarto reparo, que se expressaba en el Mandamiento, que el Don Alonso de Guzmàn avia pedido la tal copia, lo que no se encontraba, ni Balthasar Cano daba fé de aver hallado el Testamento en el Regisstro de Juan de Melgar.

73. Lo que se desvanece, con referir el hecho que passò, que fue el aver passado Receptor à diferentes diligencias, y por este se puso vn Mandamiento, para que èl Escrivano diesse el Testamento, expressando en èl se avia pedido Compulsorio por el dicho Don Alonso de Guzmàn, y que fues-

fuesse con citacion de Don Luis de Erasso. (*Mem.n.*128.)

74. Que precediessen todas las diligencias necessarias, para la solemnidad de la saca de el instrumento, ò otro acto judicial, es presumpcion de Derecho, como probamos num.58. y *ex cap. Post* 7. *de probat.* & ibi D. Gonz. *num.* 2. Card. de Luc. *de Fœud. disc.*5. *num.*26. *de Iudic. disc.* 36. *num.* 32. *de Fideicomm. disc.* 223. *num.*9. Dom.Vela *dis.*48. *num.*5. Barbos. *Vot.*126. *n.* 335. Escob. *de Purit. & Nobilit. part.* 2. *q.* 4. *artic.* 1. *n.* 17. D. Salgad. *de Reg. part.*4. *cap.*1. *num.*49. D.Valenz. *cons.*105. *n.*4. *& seqq.*

75. Y aunque no huviesse precedido el Pedimento *in scriptis* del Don Alonso de Guzmàn, no causàra nulidad la diligencia; porque no es preciso, que todos los decretos, y providencias judiciales ayan de ser precediendo la suplica, ò pedimento por escrito, y se puede admitir, y mandar, lo que bervalmẽte se pide, y haze fè la assercion del Juez, Cur. Philip. *part.* 2. *Iudic. Execut.* §.13. *n.*2. Card. de Luca, *de Iuditijs, disc.*8. *num.* 15. como lo prueba expressamente la ley 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recop.* ibi: *Si se halla, que la demanda no fue dada en escrito, hallandola assentada en el Processo.* Et ibi Azev. *n.* 32. Doming. *Illustr. à la Cur. dict.* §. 13. *n.*2. ibi: *Segun la practica, no es necessario pedimento para que se despache la execucion, porque es bastante que se pida verbalmente.* Y el Receptor, en virtud de la Real Provision, era Juez competente para mandarlo.

76. El reparo de que no dà fe de aver hallado tal Testamento en el Registro de Juan de Melgar, es bastante satisfaccion la que resulta de la misma subscripcion, (*Mem. num.* 150.) ibi: *Y en cumplimiento del dicho Mandamiento compulsorio, Yo el dicho Escrivano, hize sacar vn traslado de dicho Testamento, que dize assi*: Inserta el Testamento, y despues continùa: *Como todo lo susodicho consta, y parece por el dicho Testamento, à que me refiero, y fueron testigos de lo ver sacar, corregir, y concertar, Pedro de Molina, y Gregorio de la Cruz, vezinos de Ezija.* Y luego dize: *Balthasar Cano, Escrivano del Rey nuestro Señor, Publico, del Numero de la Ciudad de Ezija, hize este mi Signo, en Testimonio.* Sin que se halle en la practica de los Escrivanos otro modo de autorizar la fé de vna copia que dàn de instrumentos que estàn en su Oficio.

77. Y lo que puso por reparo dicha Condesa, prueba mas que el Testamento estuvo en el Protocolo, y que con el tiempo falta de èl, porque dicho Registro tiene por rotulo, ibi: *Testamento, y Codicilo de la Sra. Doña Maria Galindo.* (*Mem. n.* 153.) Y probando el titulo, ò rotulo, como demostracion de lo que comprehende, *vt diximus supr. n.* 67.

es-

estando desiguado, que era el *Testamento, y Codicilo*, hallandose este, y no aquel, es cierto averse perdido sin culpa de Don Antonio de Erasso, ni ser de su cuenta la conservacion de dicho Protocolo, como dize muy bien el Fõtanel. *de Pact. Nupt. Clauſ.* 13. *Gloſſ. vnic. n.* 13. ibi: *Non arbitror detrahit fidei, & veritati inſtrumẽti in debita forma expediti, & parti tradi ti ex eo quod dicatur ſimpliciter non reperiri appriſiam, habeo enim intentionem fundatam in illo inſtrumento authentico, quod mihi liberavit Notarius, quod non debet ſubiacere in mei damnum illi infortunio ſit impoſterum deperditur matrix, vel ſuffuratur, poſtquam mihi non eſt commendata illius cuſtodia.* D. Valenz. *conſ.* 105. *ex n.* 17. Y por tanto semejantes redarguiciones no se atienden, y son despreciables, quando el instrumento copiado no tiene vicio visible, D. Salgad. *part.* 2. *de Retent. Bull. cap.* 30. §. 3. *n.* 32. ibi: *Non erit neceſſaria aliqua recognitio, & comprobatio, quando nullum vitium viſibilè ex ipſius inſtrumenti facie apparet*: con Baldo, Cefalo, y Hipolito de Marcili, el que dize: Que *hunc modum per totam Italiam, imò quaſi per totum Orbem practicari.*

78. En tanto grado, que afirma el Sr. Matth. *de Regim. Regn. Valent. cap.* 10. §. 4. *n.* 100. & 101. ibi: *Quod nemo redarguit civiliter, tamquam res omnino infructuoſa, excluſſaque ab vſo iuditiorum.*

79. De lo que se deduce, que semejante instrumento sacado en tiempo, que no se trataba de este pleyto, que las Partes lo tuvieron por justo, y legitimo, y no dixeron contra él, no es admisible dudar de èl, y su verdad, despues de passados mas de 100. años, Francisco Peña, *deciſ.* 1215. *n.* 1. ibi: *Nam reſpectu primi cum excedere* 100. *annos ante litem motam, & haberet faciem, & requiſita ad publicum inſtrumentum, abſque alia recognitione dicebatur eſſe in forma probante.* Y despues: *Quod quando agitur de recognoſcendis inſtrumentis vltra* 80. *annos, non requiritur recognitio.* D. Valenz. *dict. conſ.* 105. *num.* 17.

§. III.

80. LA demanda de D. Antonio de Erasso se dirigiò a que se declarasse por legitimo Succesſor del Mayorazgo fundado por Doña Maria Galindo (6), y se condenasse à la Condesa à la restitucion de los bienes pertenecientes à èl. (*Mem. n.* 118. *in fin.*)

81. Que Doña Maria Galindo (6) quiso fundar, y fundò Mayorazgo, no se duda, y en este concepto se han seguido las dos Tenutas, y el pleyto sobre la separacion de bienes, y con este titulo posſee dicho Mayorazgo la Condesa.

82. La que en este mismo concepto contextò la demanda, y puso la reconvencion sobre

el

el Mayorazgo de Alonso de Erasso (7) (*Mem.n.*119) se substanciò con estas pretensiones, y hecha publicacion de probanzas (*Mem. n.*126. *y* 133.) se alegò, que los bienes pertenecian à otro Mayorazgo que avia fundado el Comendador Martin Fernandez Galindo (1).

83. No pudo hablar, ni hablò del Mayorazgo de Alonso de Erasso (7), en cuya posseſsion, y de sus bienes se halla D. Antonio de Erasso, en virtud de vna Executoria de Tenuta, y declarada la pertenencia de los bienes, que le tocan por la Executoria, que se refiere en el *Mem. n.*115. ni este es derecho de la Condesa, por no ser Posseedora del Mayorazgo de Martin Fernandez, como dirémos en el num.89. ni resultar el que tuviesse efecto, antes sì lo contrario, segun la Escritura que se refiere en el *M.n.*178.

84. A esta novedad alegò Don Antonio de Erasso (31) no ser del caso, protestádo no responder à ella. (*Mem. num.*141. *&* 157. *in fin.*) porque siendo nuevo alegato de hecho, sobre, que no avia recaìdo la demanda, contestacion, ni prueba, no debia tenerse presente en la Sentencia, que debe ser conforme à el Libelo, y fuera en reconocido perjuizio de las defensas de las partes, *leg.*16. *tit.*22. *part.* 3. Hermosill. *in leg.*8. *tit.*1. *part.*5. *Gloss.* 1. *num.*14.

85. Porque avie ndo fundado la Doña Maria, del tercio, y remaniente del quinto de sus bienes *ex pars hereditatis* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 7. y el derecho de heredero es apreciable, y se puede deducir en Juizio, aunque no parezcan bienes, en que consista, *ex leg. Hæreditas* 50. *ff. de petit. hæredit.* Anton. Gom. *leg.* 3. *Taur. num.* 17. *& in leg.* 5. *num.* 1. Dom. Valenz. *conſ.* 133. *num.*49. y por esta razon primero se trata, y ventila la accion, *petione hæreditatis*, que no la de *familiæ erciſcundæ*, y esta se suspende hasta que se dicida la primera, Ayor. *de Partit. part.*1. *cap.* 5. *num.*4. conque tratandose en este pleyto de pretender Don Antonio de Erasso, se le declare por succesſor en dicho Mayorazgo, por aora no le pertenece, ni puede ser obligado à tratar de los bienes que à èl pertenecen, pues para esto no es parte legitima hasta que tenga la Executoria de pertenecerle dicho Mayorazgo, y en su execucion se deberà tratar de los bienes de que debe en su virtud tomar posseſsion.

86. Y por esto en la demanda no señalò, ni pidiò bienes determinadamente, sino que se le condenasse à dicha Condesa à la restitucion de los bienes, *pertenecientes à la Doña Maria Galindo, con los frutos, y rentas.* (*Mem. num.*118. *in fin.*) En cuyo supuesto la Sentencia no puede recaer sobre bienes señalados, que la demanda no contiene, *ex dict. L.*16.

87. Y para poder manifestar el ningun apoyo, que tiene esta idea, consta que el Comendador Martin Fernandez Galindo (1) mejorò á su hijo Juan Fernandez Galindo (2) la que señalò en las Cesmas del Donadio de Valbuena, y Huerta, y en el Molino, y Lagar de Valcargado, y otros bienes, (*Mem. num.* 93.) para la qual haze diferentes llamamientos entre los descendientes del dicho Juan Fernandez Galindo, y de Francisco Galindo otro hijo, y haze otros llamamientos: esta disposicion no tuvo efecto, porque por aver muerto el dicho Juan Fernandez Galindo (2), otorgó otro Testamento en 25. de Noviembre de 1510. (*Mem n.* 102.), y la mejora de dichos bienes la hizo á favor de Doña Isabèl Fernandez Galindo (5).

88. Declarò, que la mejora, que dicho Juan Fernandez Galindo (2) hizo à Doña Maria (6) se lo entregasse en los bienes, que expressa (*Mem. num.* 104.).

89. Esta mejora, ò Vinculo, no recayò en Luis de Erasso (10), ni en Don Luis de Erasso (15) ascendiente de la Condesa de Luque; porque como no muriò baxo de la disposicion del primero Testamento el Comendadador Martin Fernandez (1), sino del segundo, se radicò la succesion en la linea de Doña Isabèl Fernandez (5), y por esto dize la Condesa de Luque (32) que poseyendo esta mejora Don Alonso de Medina y Guzmàn, por sì, y en nombre de Doña Luisa de Bobadilla, siguiò pleyto contra D. Luis de Erasso (15) (*Mem. n.* 137.) en cuyo supuesto no puede valerse de esta excepcion por ser derecho de Tercero, *ex leg.* 6. §. *vltim. ff. de negot. gest. L. Loci corpus* 4. §. *Competit*, *ff. si servit. vindicet.* Dom. Olea, *de Cess. Iur. & act. tit.* 4. *quæst.* 3. *num.* 24. *& tit.* 5. *quæst.* 10. *num.* 8.

90. Por cuya razon quãdo litigò Doña Estefania de Erasso (15), y obtuvo la Executoria del año de 1673. (*Mem. n.* 115.) se le mandò mantener en los bienes de la Heredad de Olivares, y Molino, á la Cañada Risca, y demàs, que se expressan, y no debiẽdo posseer por otra razon, que por la disposicion de dicha Doña Maria (6), no puede mudarla la Condesa de Luque. Cardin. de Luca, *de Fideicomm. disc.* 194. *n.* 12. Torre, *de Maiorat. part.* 2. *quæst.* 34. *num.* 66. *&* 68. Noguer. *allegat.* 4. *num* 52. Dom. Salg. *part.* 3. *de Reg. Protect. cap.* 9. *num.* 33. *& part.* 3. *Labyr. cap.* 2. *n.* 91.

91. Y esta verdad se probò por la Doña Estefania de Erasso (25) en el pleyto de Tenuta, en el que articuló, q̃ las Casas principales contenidas en dicho Mayorazgo, ó las otras tres pares de casas, la Heredad de Olivares, y Molinos, Termino de la Ciudad de Ezija, à la Cañada Risca, el Donadio del Segador, y las Huertas para Algodón, Huerto,

Azu-

Azuda, y Noria, en la Ribera del Rio Guadagenil, fueron bienes propios de dicha Doña Maria (6) heredados de Juan Fernandez Galindo su Padre (2), y otros deudos (*Mem. num.* 82.) lo que depusieron 28. testigos que examinò el Receptor. (*Mem. num.* 82. *y* 83.)

92. De que se reconoce, el que fueron distintos bienes de los comprehendidos en la mejora del Comendador Martin Fernandez (1) porque de esta no heredò nada Doña Maria (6), sino Doña Isabèl (5) su hermana, y en esta mejora no tuvo parte alguna el dicho Juan Fernandez (2) porque premuriò à su Padre, y assi no pudo ser herencia de Juan Fernandez (2), ni de otros deudos, como articulò, y probò dicha Doña Estefania (25) (*Mem. num.* 82. *y* 83.)

93. Es obligacion del que se funda en la identidad el probarla, por ser fundamento de su intencion, Escob. *de Purit. & Nobilit. part.* 1. *quæst.* 16. §. 1. *num.* 32. *& seqq.* Dom. Valenz. *conf.* 105. *num.* 51. *&* 52. y para mayor evidencia del ningun fundamento, para querer confundir la accion de Don Antonio de Erasso, con semejante motivo propuesto, por quien al presente no tiene interesse alguno, se manifestará individualmente el que no son bienes pertenecientes à la mejora del Comendador, y caso no concedido tuviesse alguna duda, esta està ya transigida, y determinada.

94. La identidad de los bienes se prueba de sus demostraciones, y por la diversidad en ellas la distincion. Escob. *de Purit. part.* 1. *q.* 16. §. 2. *n.* 29. la que se harà evidente en el cotejo de vnos, y otros.

95. Doña Maria, dexò vna Heredad de Molino, y Olivares con sus casas, bodega, basos, y peltrechos en el Pago de Valcargado. (*Mem. num.* 4.) El Don Alonso de Erasso (7) repite, que estaban en Valcargado, à la Cañada Risca. (*Mem. num.* 21.).

96. El Comendador dixo: el Molino, y Lagar de Valcargado, con el *Lagar*, *y Viñas.* (*Mem. num.* 103.), y lo mismo dixo, en el Testamento antecedente (*Mem. num.* 93.); de que se manifiesta ser distinto, porque de la Heredad que dispusieron Doña Maria Galindo, y su marido, no tenia *Lagar*, *ni Viñas*, como lo tenia la Heredad del Comendador.

97. La otra partida, que señalò fue el *Donadio de Valbuena, en la Huerta, y en toda la tierra, que tenia la otra Parte del Rio de Guadagenil.* (*Mem. num.* 103.) En el Testamento primero, dize: *Las Sesmas del Donadio de Valbuena, y Huerta que entra en èl.* (*Memor. num.* 93.)

98. La Doña Maria Galindo, no pone bienes algunos con la demostracion del Donadio de Valbuena, (*Mem. num.* 4.) porque solo expressa las tierras, y

Cor-

Cortijo del Segador, y en las tierras, y Huerta para Algodón, con sus Norias, è tierras q̃ estan de la otra parte del Rio, y de estas con el Batán, que son las que estan en la Alcartanchela (*Mem. n.* 4.), y el Alonso de Erasso conviniendo con su muger dize: *El Donadio del Segador, todas las Huertas para Algodòn, que èl, y su muger tenian en la Ribera de Guadagenil.* (*Mem. num.* 22.) De que se manifiesta la distincion; porque los nombres son distintos, el de Doña Maria Galindo, el *Donadio del Segador*: el de Martin Fernandez, el Donadio de Valbuena, lo que excluye la identidad, *ex leg. Quid si nepotes*, vers. *Aliter*, *ff. de Testam. Tutel. L. Ad reconognoscendos* 10. C. *de ingen. & manum.* Dom. Larr. *alleg.* 50. *num.* 17. Escob. *de Purit. & Nobilit. part.* 1. *quæst.* 16. §. 2. *num.* 15. Dom. Salgad. *part.* 1. *Labyr. cap.* 13. §. 1. *num.* 10. Barbos. *de Potestat. Episcop. part.* 3. *alleg.* 66. *num.* 34. *& de Iur. Eccles. lib.* 3. *cap.* 16. *n.* 14. y es la primera regla, q̃ para la demostracion de la identidad del Fundo, puso la *ley* 4. *ff. de censib.* ibi: *Nomem fundi, &c.* Y la *ley* 6. *ff. de rei vindic.* ibi: *Nomen eius, & quo loco sit dicere debit.*

99. Dicho Martin Fernandez señalò tambien vnos Juros (*M. n.* 103.) los que no comprehenden las disposiciones de Doña Maria Galindo (6) (*Mem. n.* 104.) ni de Alonso de Erasso (7) (*M. n.* 20. 21. *& 22.*)

100. Dicho Martin Fernandez vltimamente señalò para la mejora vnas Casas en la Plaza, de las que no hablò la dicha Doña Maria (*Memor. num.* 4.), y el Alonso de Erasso (7), señalò para la mejora, *la mitad de las Casas Principales con las otras tres pares, que le alindan.* (*Mem. num.* 20.) Y para persuadir la identidad era precisso, que conviniessen en nombre, y sitio, *ex dict. Leg.* 6. *ff. de reivindicat.* Escobar, *dict. quæst.* 16. §. 3. *num.* 23. *& seqq.* con otras demostraciones. Escob. *num.* 11. *&* 12. Dom. Solor. *de Iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 66. *& seqq.* y no resultando alguna para que se pruebe ser las mismas casas, que en la Plaza tenia Martin Fernandez (1) queda excluída la identidad de vnas, y otras.

101. Lo que se prueba por otro medio, y es el que la mejora de dicho Martin Fernandez (1), fue vinculada à favor de Doña Isabél Fernández Galindo (5) su nieta, y en ningú tiempo succediò en ella Doña Maria Galindo (6), ni su linea, y se corrobora de que la dicha Doña Maria en el expressado su Testamento dize: *que tenemos, y posseemos el dicho Señor mi Marido, y Yo.* (*Mem. num.* 4.) Y la misma expresion haze el dicho Alonso de Erasso (6), *y de la manera que èl, y su muger los tenian, y posseian.* (*Mem. n.* 20. *y* 21. *in fin.*) Y ademàs de que dos enunciativas de instrumentos antiguos

prue-

prueban el dominio, Valasc. *de Iur. Emphyt. part. 1. quæst. 9. num. 5.* Dom. Vela, *dissert. 46. num. 18.* Noguer. *alleg. 25. num. 258. & seqq.* Escob. *de Purit. & Nobilit. part. 1. quæst. 15. §. 3. num. 33. & seqq.* en personas de semejantes circunstancias, no es verosimil, se aplicassen assi los bienes para donarlos como propios, si huvieran sido de la mejora del Abuelo de la Doña Maria, que pertenecian á otra linea. Farin. *decis. 400. num. 4.* ibi: *Qualitas personę valdè insignis nobilitatis, quam non est verosimile, donasse, quod suum non erat*, y que en tiempo tan inmediato à la disposicion de su Abuelo, se le permitiesse la possession por la hermana llamada à dicha mejora.

102. Sin que obste el pleyto, que se feneciò con la Escritura de 19. de Noviembre de 1614. (*Mem. num. 137.*) porque en èl se defendia justa, y legitimamente el Don Luis de Erasso (15), y quando esto tuviesse alguna duda, quedò con la transaccion fenecida, y acabada, y los bienes por del Mayorazgo de Doña Maria Galindo (6), y Alonso de Erasso (7), *ex leg. Causas, vel lites, & leg. Non minorem autoritatem, C. de transact.* Valer. *de Trãsact. tit. 2. quæst. 1. num. 3.*

103. Dicho Don Luis de Erasso (15) litigaba por el derecho *à el Mayorazgo, que dicho Don Luis, y Consortes posseian.* (Mem. num. 137.). Este Mayorazgo, era el de Doña Maria Galindo (6) y Don Alonso de Erasso (7), porque no resulta posseyesse otro, sino es el que fundaron Don Luis de Erasso, y Doña Francisca Galindo (10) su muger, que fue sobre otros bienes muy distintos, que no tienen alusion alguna, (*Mem. num. 42.*) con los que pretendia dicho Don Alonso de Medina y Guzmàn. (*Mem. num. 137.*)

104. Litigando dicho D. Luis de Erasso (15) por la representacion del Mayorazgo fundado por dichos sus Abuelos (6. y 7.), y no por su propia persona, Dom. Salgad. *part. 1. Labyr. cap. 9. num. 2.* Aguil. ad Roxas, *de Incompatibil. part. 8. cap. 4. n. 25.* la transaccion es precisso fuesse en el mismo concepto; porque la transaccion es vn cõtrato *stricti iuris*, y no puede, ni debe entenderse, ni comprehender, à otras personas, ni lo que no se litiga. Valer. *de Transact. tit. 5. quæst. 2. num. 1.*

105. Don Alonso de Medina, y Guzmán, no pedia los bienes à Don Luis de Erasso (15), como libres, ni este los defendia por tener en ellos particular dominio por otro titulo, si no es por el de pertenecerles à su Mayorazgo, y baxo de esta inteligencia, otorgò la transaccion.

106. En este supuesto verdadero, no puede obstar el q̃ Don Antonio de Erasso (18) en 3. de Septimbre de 638. redimiesse dicho censo, y se otorgasse la re-

dencion por la Posseedora de el Mayorazgo fundado en cabeza de dicha Doña Isabél Fernandez Galindo(5)(*Mem.n.*138.) porque el Posseedor del Mayorazgo,que redime censo, y no es advertido en prevenir la cesion de acciones á su favor, cede la libertad en beneficio del Mayorazgo. Dom. Salgad. *part.*2. *Labyr. cap.*7.*n.*49. D.Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 1. *cap.* 10.*n.*27. D. Oléa, *de Ces. Iur. & Act. tit.*4. *quæst.*1. *n.*34.

107. Y quando, sin perjuizio de la verdad, huviera adquirido alguna accion D.Antonio de Erasso (18), no podia ser para retener los bienes vinculados; pues por semejante contrato no se le transfirió dominio alguno à el dicho Don Luis (15), pues solo trató de quedar libre del pleyto, que se le avia puesto,y por separarse de èl el Don Alonso de Medina, y Guzmán, le ofreció la dicha cantidad, D. Oléa, *de Ces. Iur. & Act. tit.*6. *quæst.* 7. *num.*2. *& seqq.* Aguil. ad Roxas, *de Incompat. part.*8. *cap.*4. *n.*25. *& seq.* que despues satisfizo, y pagó su hijo D.Antonio (18), y por tanto carece de accion; porque ni la reservó á el tiempo de la redencion: la de *negotijs gestis*, quando la tuviesse, vsarian de ella sus herederos, que no lo es la Condesa de Luque, y fuera otro juizio muy diverso, y distinto, que no le pertenece,*ex dict. supr.n.*85.

108. Lo que con mayor razon se persuade; porque la expressada Escritura del año de 614. es referente à los Autos,que dize, seguia dicho D.Alonso de Medina y Guzmàn, en el qual se avia despachado Executoria en esta Corte, y el instrumento referente, no haze fé sin el relato. Auth. *siquis in aliquo, C.de edend. Leg.* 2. *tit.* 18. *part.*3. D.Salgad. *part.* 4. *de Reg. Protect. cap.* 1. *n.*54. D. Castill. *lib.* 2. *Controv. cap.* 16. *n.* 60. y por otras muchas razones.

109. La primera,porque el Posseedor del Mayorazgo no puede transigir, ni hazer contrato, en perjuizio de los Successores. D.Molin. *de Hispan. Primog. lib.*4. *cap.* 9. *n.* 8. *& seqq.* Valer. *de Transact. tit.*4. *quæst.*2.*n.*5.

110. La segunda,porque la obligacion que hizo dicho D. Luis de Erasso (15), fue suponiendo, que en virtud de dicha Executoria avia sido despojado de 57.aranzadas, y media de olibar, y otros bienes, y el Successor en el Mayorazgo no està obligado à estár por la declaracion de su antecessor, y aunque sobre ella recayga Sentencia, no le perjudica. D.Salgad. *part.* 4. *de Reg. cap.* 8. *n.*302.& 347. Add. ad D.Molin. *de Primog. lib.*4. *cap.*8. *n.* 3. vers. *Sexto.*

111. La tercera, porque es inverosimil,y contra Derecho, que se hiziesse semejante contrato, assi porque suponiendo, que avia Executoria à favor del Don Alonso de Medina, no podia hazerse transaccion, Valer. *de Tran-*

sact.

fact. tit. 2. quæst. 1. n. 5. como porque pretendiendo dicho Don Alonso los expressados bienes, como vinculados por el Comendador Martin Fernandez (1), no podia convenir en semejante trãsaccion, no precediendo Real Facultad, D. Molin. *dict. cap. 9. n. 20.* y assi conviene lo que dize la ley 27. *C. de donat.* ibi: *Si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus facilè quid vis pro negotij oportunitate confingit potest.*

112. Y la quarta, no solo la transaccion, que es vn acto voluntario del Possedor, sino es la Sentencia, y Executoria, quando el Possedor no hizo las convenientes defensas, no puede perjudicar á los Successores. D. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 4. cap. 8. n. 8. & seqq.*

113. Que dicho D. Luis no se defendiò legitimamente, y executò dicha transaccion sin justa, ni legitima causa, se prueba de lo que llevamos expressado desde el num. 99. de no convenir los bienes, que señalò para la mejora Martin Fernandez (1) con los que en su Mayorazgo incluyeron Doña Maria Galindo, y Alonso de Erasso (6. y 7.).

114. Y por lo que resulta de la Escritura de 14. de Diziembre de 1517. (*Mem. n. 178.*) presentada, y sacada á pedimento de dicha Condesa (32), por lo que todo su contexto lo tiene aprobado, y confessado por cierto, *ex leg. Cum præcum, C. de liber. cauf. L. 41. tit. 16. part. 3.* Dom. Salgad. *de Reg. part. 4. cap. 13. n. 48. & de Labyr. part. 3. cap. 1. n. 18. & 24.*

115. De dicha Escritura consta, que las dos hermanas, hijas de Juan Fernandez Galindo (2), y nietas del Comendador Martin Fernandez (1), sin tener en consideracion la mejora hecha à la Isabèl Fernandez (5), por las justas razones que expressan, y enteradas de sus derechos partieron igualmente, como herederas, los bienes de su Padre, y Abuelo, y assi la Doña Maria (6) no teniẽdo otro derecho, que el de su legitima, los adquirió libres, y sin gravamen alguno, *ex leg. Quoniam in priorib. C. de inoffic. testament.* cuyo pacto es eficàz contra todos los que pudieran pretender derecho à dicha mejora, ex doctrina Card. de Luca, *de Fideicomm. disc. 94. n. 3. & seqq. & discurs. 173. num. 4.*

116. Y quando este instrumento padeciesse algun reparo, era primero declarar su nulidad, y que los bienes, que al presente se possеen por pertenecientes à el Mayorazgo de Doña Maria Galindo (6), se declarassen por vna Executoria ser de la mejora de Doña Isabèl Fernandez (5), y aun en este caso no tiene la Condesa de Luque justo derecho para retenerlos, por no ser Successora en dicha mejora. De que se manifiesta, que ninguna de las excepciones de que se ha valido cõ-

tra la accion propuesta por Don Antonio de Erasso (31), pueden excluirla, y que debe obtener en su Demanda dicho Don Antonio de Erasso (31), y ser absuelto de la reconvencion: Lo que espera. S.I.O.V.D.C.

Lic. D. Christoval de Espinosa Ocampo.

)§(JESUS,)§(
MARIA, Y JOSEPH.

POR

EL EXCmo. Sr. DVQVE DE Arcos, Maqueda, y Naxera, Conde de Baylen.

EN EL PLEYTO

CON EL CONDE DE LA Coruña.

SOBRE

QUE SE DECLARE, QUE EL SEñOR Duque no tiene obligacion à reſponder à la Demanda, que le ha pueſto el dicho Conde de la Coruña, ſobre la propiedad de los Eſtados de Arcos, Baylen, y ſus Agregados.

IMPRESSO EN GRANADA EN LA IMPRENta Real, en virtud de Orden del Real Acuerdo de 14. de Diciembre de 1754.

N.1. FINALIZADOS los pleytos, ò por transaccion de las Partes, ò por determinacion de los Jueces, à ninguno le queda, ni se le concede accion para bolver à suscitarlos: dice la ley 3. *C. de fruct. & lit. expens.* ibi: *Terminato transactoque negotio post hac nulli actio, neque ex rescripto super sumptuum petitione præstetur.*

2. Especie de delito es (concluye la misma ley) el que despues de substanciado, ó transigido el litigio, se buelva à mover, y levantar otro pleyto con los mismos documentos, y materia de la lite antecedente. *Post absolutam, dimissumque Iuditium nefas est, litem alteram consurgere ex litis primæ materia.*

3. Por esso en el capit. 1. *de litis contestat. in 6.* se previene, y ordena, que todo aquel à quien se le pone alguna demanda, debe responder à ella, y contestarla sin retardacion, à menos que no le favorezca, y aproveche la excepcion de la cosa juzgada, ò transigida; pues entonces no se le debe compeler á ello, ibi: *Nisi de re iudicata, transacta, seu finita excipiat Litigator litis contestationem, non impediat, nec retardet.*

4. La excepcion de cosa juzgada, ó transigida, es anomala, y por esta razon, no solo puede oponerse como peremptoria, sino tambien en fuerza de dilatoria, para impedir el ingresso del Juicio, Dom. Molina, *de Primog. lib. 4. cap. 9. num. 39. & eius Add.* vers. *Exceptio*, ibi: *Exceptio rei iudicatæ transactionis laudi, & his similium impedit litis ingressum, & de illa ante litis contextationem agendum est. Et num. 40.* vers. *In qua*, ibi: *Hæc exceptio transactionis dupliciter via opponi potest: prima contra Processum, vt litis ingressum impediat, & sic in vim dilatoriæ: secunda contra Actorem, & sic in vim peremptoriæ.* Ciarlin. *Controv. 208. num. 42.* Dom. Valenz. Velazq. *consil. 88. num. 60. & 61.* Valeton, *de Transact. tit. 1. quæst. 3. n. 41.*

5. El Señor Duque de Arcos, à quien defendemos, se ha valido de la excepcion de cosa juzgada, y transigida, contra la Demanda que le ha puesto el Conde de la Coruña, sobre la propiedad de los Estados de Arcos, Baylen, y sus agregados, oponiendo dicha excepcion en fuerza de dilatoria, y pretendiendo en virtud de ella, que se declare no tener obligacion el Señor Duque à responder à dicha Demanda, y que se mande repeler de los Autos.

6. El Conde de la Coruña alega, que no le obsta la referida excepcion, por varios fundamentos que propone, y de aqui nace, el que toda la disputa, y controversia del articulo consiste en examinar si al referido Conde le obsta, ò no la mencionada excepcion: y para proceder con la debida claridad en este Informe, reducirèmos á dos puntos su contexto: En el primero se tratarà del particular de la cosa transigida; y en el segundo de la cosa juzgada, y en ambos se procurarà fundar, que vna, y otra excepcion impiden el progresso, y contextacion de la Demanda, que al Señor Duque se le ha puesto.

EL

EL RECURSO HECHO A LA REAL PERSONA, Y Decreto de su Mageſtad, no excluye la admiſion del Articulo preſente.

7. ANtes de incluirnos à tratar los dos Puntos, y particulares, que llevamos propueſtos, nos debemos hacer cargo, de que por el Conde de la Coruña ſe dice, y alega, que no puede tener lugar, ni ſer admiſsible el Articulo preſente, à cauſa, de que luego que á el Sr. Duque ſe le hizo ſaber la referida Demanda, preſentò cierto Memorial ante la Real Perſona, expreſſando: „ que lo miſmo que pretendia dicho „ Conde ſe avia denegado en diver„ ſos pleytos antiguos, aſsi à los de „ ſu linea, como à los de otras igua„ les, y avia obtenido la del Sr. Du„ que; por lo qual era juſto, que ſe „ cortaſſen de raiz tantos daños, diſ„ pendios, y moleſtias, como de la „ continuacion de eſte litis ſe podiá „ ſeguir, y que ningun efecto le po„ dian producir à el Conde de la „ Coruña por ſu notorio defecto de „ accion.

8. Y por eſtas razones, y otros varios fundamentos, que ale„ gó, concluyò pidiendo: que ſu „ Mageſtad ſe dignaſſe de poner ſu „ Real Mano en dicho negocio, má„ dando à eſta Chancilleria, que no „ admitieſſe, antes bien repelieſſe la „ Demanda de dicho Conde, y lo „ obrado en ſu virtud, ceſſando, y „ ſobreſeyendo en ſu conocimiento.

9. En viſta de dicha repreſentacion ſe mandò, que eſta Chancilleria informaſſe ſobre ſu contenido, lo que aſsi ſe executò: y à conſulta hecha por los Señores del Conſejo, ſe ſirviò ſu Mageſtad de reſolver: *el denegar al Sr. Duque ſu pretenſion, y mandar, que vſaſſe de ſu derecho en eſta Chancilleria.* De cuyo hecho pretende deducir el Conde de la Coruña, que en la Chancilleria no ſe puede tratar el Articulo de no cóteſtar, que tiene formado el Sr. Duque, reſpecto de averſele negado eſta miſma pretenſion por la Real Perſona, y à conſulta del Conſejo.

¶.

10. Pero eſte reparo es abſolutamente deſeſtimable, y no puede tener lugar en modo alguno, à cauſa, de que aunque es cierto, que el Sr. Duque deduxo la mencionada pretenſion ante la Real Perſona, y por ſu Mageſtad ſe diò la citada providencia; tambien lo es, el que eſta en nada inmutó, ni alterò el eſtado, y naturaleza de la cauſa, ni pribò à las Partes de ſus recurſos, y legitimas defenſas, antes bien expreſſamente determinò lo contrario.

11. Y eſto ſe perſuade claramente, de que la pretenſion, y recurſo, que deduxo el Sr. Duque, ſolo ſe dirigiò á que eſta cauſa, aſsi ſobre lo principal, como ſobre ſus incidencias, no ſe tratаſſe, ni admitieſſe en los Tribunales de Juſticia, ſino q̃ ſu Mageſtad, vſando de ſu libre facultad, y poderio real abſoluto, puſieſſe ſu Real Mano en el citado pleyto, y mandaſſe ſobreſeer en él, y que no ſe proſiguieſſe, y antes bien ſe

repelieſſe la referida Demãnda, por los fundamentos que el Sr. Duque expuſo en ſu Memorial, y ſin eſtrepito, ni figura de juicio, ni paſſar à tomar otro conocimiento, ni audiencia de partes, mas que el pedir el citado Informe, ſe denegò à el Señor Duque la mencionada pretenſion, y ſe mandò, *que eſte vſaſſe de ſu derecho en eſta Chancilleria.*

12. Y eſto lo que prueba es, el que ſu Mageſtad no tuvo por conveniente el poner ſu Real Mano en dicha cauſa, ni intrometerſe à dar providencia ſobre ella, mandandola cortar, ò proſeguir, y lo que executò fue arreglarſe en todo á la ley 6. tit. 14. lib. 4. Recop. en la qual hablando deſte miſmo caſo, y de las pretenſiones que ſe ſuelen hacer ante la Real Perſona, para q̃ ſe ſobreſea en algunos pleytos, que penden en el Conſejo, y Chancillerias, y que no ſe proſigan; y expreſſando el que ſobre ello ſe ſuelen expedir algunas Cedulas, ò Proviſiones, mandando ſobreſeer en los tales pleytos, concluye la dicha ley en la forma ſiguiente.

13. Ibi: *Por ende ordenamos, que las tales Cartas, y Proviſiones, ni comiſsiones, no ſe dèn de aqui adelante, y à los nueſtros Secretarios, que no las paſſen, ſo pena de pribacion de ſus oficios, y que no valgan, y ſean obedecidas, y no cumplidas, no embargante qualeſquiera palabras que tengan derogatorias:* Y q̃ ſin embargo de ellas, quede ſu derecho à ſalvo à las partes, *para que puedan proſeguir ſu juſticia ante los Jueces ante quien pendierẽ los pleytos.* Y aſsi ſu Mageſtad, conformandoſe, y arreglandoſe à la dicha ley, no quiſo dar la providencia que ſe le pedia, y dexò el derecho à ſalvo à las Partes, para q̃ vſaſſen dèl en la Chancilleria.

14. Y eſto es lo que identicamente ha executado el Sr. Duque, pues ſiendo como es Reo demandado en eſta cauſa, no tiene otro derecho de que vſar, mas que el oponer ſus excepciones, y defenſas, contra la demanda q̃ ſe le ha pueſto, y por eſſo en vſo de ſu derecho ha opueſto, en fuerza de dilatoria, la excepcion de coſa juzgada, y tranſigida, q̃ indubitadamẽte le aſsiſte, que es à lo q̃ ſe reduce el Articulo preſente: con que tan lexos eſtà de que à eſte le pueda obſtar para ſu admiſion el Real Decreto de ſu Mageſtad, como que antes bien ſe ha formado, y propueſto correlativamente, y en virtud, y conſequencia de la mencionada reſolucion.

PUNTO I.

A LA DEMANDA QUE SE LE HA PUESTO A EL Sr. Duque de Arcos, le obſta la excepcion de coſa tranſigida.

15. VNo de los medios mas eficaces para extinguir, y finalizar los pleytos, lo es la tranſaccion del derecho que ſe litiga, ò pretende deducir en juicio, *Text. in leg. Tranſacta 229. & ſeqq. ff. de verb. ſign. & in leg. 2. ff. ſi quis cautionib. & in leg. 22. §. 1. ff. de in ius*

vocando, & in leg. Causas 16. C. de transact. Mantic. *de Tacit. & Ambig. Convent. lib. 26. tit. 1. num. 8.* Tondut. *de Præbent. Iudic. part. 1. cap. 3. num. 5.* Fontanel. *de Pact. Nuptial. Claus. 4. Gloss. 9. num. 212.* Valeron, *de Transact. tit. 1. quæst. 3. num. 69.* ibi: *Transactione autem distrahitur, & disolvitur ille quasi contractus, & iuditium extinguitur, ac penitus finitur.*

8. El Emperador Philipo en la ley *fratris 10. C. de Transact.* dice, que jamàs llegarian à tener fin los pleytos, sino se llevaran à debido efecto las transacciones, que de buena fee se interponen, ibi: *Nullus, etenim erit litium finis si à transactionibus bona fide interpositis ceperit facile discedi.*

9. Toda la fuerza de la transaccion, y sus efectos, no se dirigen, ni encaminan à otro objecto q̃ à el de poner fin á las Controversias, y litigios, Valeron, *de Transact. tit. 5. quæst. 1. num. 1.* ibi: *Scopus transactionis, eiusque vis, & efectus extendit, vt finem imponat Controversijs.*

10. De suerte, que la misma autoridad, y eficacia que tiene la cosa juzgada para finalizar los pleytos, tiene la cosa transigida para extinguirlos. *Text. in leg. 2. C. de transact.* ibi: *Non minorem autoritatem transactionem, quam rerum iudicatarum esse recta actione placuit.* Dom. Valenz. Velazq. *consil. 175. n. 39.* ibi: *Transactio, & res iudicata eundem habet efectum, & à iure equiparantur. Et consil. 33. num. 109.* ibi: *Transactio rei iudicatæ vim habet.* Valeron, *dict. tit. 5. quæst. 1.* ibi: *Quo aspectu non minorem vim, quam res iudicata obtinere dicitur transactio.*

11. Y de tal modo se terminan, y finalizan los pleytos por medio de la transaccion, que ni aun por rescripto del Principe se pueden bolver à suscitar. *Text. in leg. Caus. 16. C. de Transact.* ibi: *Causas vel lites transactionibus legitimis finitas imperiali Rescripto resuscitari non oportet.* Dom. Valenz. Velazq. *consil. 175. num. 38.* ibi: *Adeo dicitur litis finitæ transactionis exceptio, vt nec Rescripto Principis infringi valeat.*

¶.

12. Es disputa que tratan, y controvierten los Doctores, si de las excepciones anomalas, como lo es la transaccion, y otras semejantes q̃ se oponen en fuerza de dilatorias, se deberà tratar, y dar sobre ello determinacion antes de la litis contextacion, ó se avràn de reservar para la Sentencia Difinitiva; cuya disputa, y question tocaron D. Greg. Lopez, *in leg. 10. tit. 3. part. 3. Gloss. 1. & in leg. 5. tit. 10. eandem part. Gloss. 1.* Stephanus Gratian. *Discept. Forens. tom. 1. cap. 160. à num. 1.* Dom. Valenz. Velazq. *consil. 68. à num. 52.* Dom. Salg. *de Reg. Protect. part. 2. cap. 18. à num. 45.* Surd. *consil. 252. à num. 9.* Cancer. *Variar. Resolut. part. 3. cap. 17. num. 20.* Dom. Molin. *de Primog. lib. 4. cap. 9. à num. 39.* Aceved. *in leg. 1. tit. 5. lib. 4. Recop. num. 33. & 34.* Maranta, *de Ordine Iudit. part. 6. tit. de except. num. 14. & sequent.*

13. Y con mas extension, y claridad, citando à los antecedentes, y otros muchos la trata, y resuelve, Carleb. *de Iudit. tit. 2. disput. 5.*

des-

desde el num. 12. que es donde propone la questiõ, ibi: *Reliqua est igititur proposita dificultas circa exceptiones anomalas, quæ opponuntur in vim dilatoriarum, & peremptoriarum, quæ impediunt litis ingressum, vt sunt exceptio litis finitę transationis, & aliæ similes: quid sit agendum, an statim in ipso litis initio, & ante quam procedatur ad contextationem sint determinandæ an potius reservande sint ad merita causæ, seu in tempus difinitivę?*

14. La resolucion comun de los Autores es decir, que si las dichas excepciones constan al tiempo de oponerse, ò se ofrecẽ à probarlas incontinenti; en este caso ante todas cosas se han de tratar, y difinir, para que con su determinacion se acabe el pleyto, y no se prosiga en adelante, concediendole al que alega dichas excepciones vn breve termino para probarlas; pero si de ellas no consta, ni se pueden brevemente justificar, porque se fundan en hechos intrincados que requieren mas alto examen, entonces se deben reservar para el tiempo de la difinitiva.

15. Assi lo afirma Carlebal, *in dict. disput.* 5. *num.* 13. ibi: *Et resolutio communis est cum distinctione: aut enim de istis exceptionibus constat incontinenti, cum opponuntur, vel ofertur à reo earum probatio incontinenti, & hoc casu ante omnia sunt definiendę vt sopiatur lis, & vlterius non procedat conceso eas aleganti vrebi termino ad eas comprobandas; aut non constat de illis, quia requirunt altiorem indaginem nec possunt breviter liquidari, quia sunt intrincatę in facto, & tunc reservandæ in tempus difinitivæ.*

16. Y lo mismõ sienten, y con igual distincion proceden, D. Greg. Lopez, *in leg.* 10. *tit.* 3. *part.* 3. *Gloss.* 1. *in fin.* Dom. Molina, *de Primog. dict. lib.* 4. *cap.* 9. *à num.* 39. Dom. Larrea, *decis.* 64. *à num.* 24. Aceved. *in leg.* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop.* y los demàs que dexamos citados, *supr.*

17. Los quales con la referida distincion combinan la ley 10. *tit.* 3. *part.* 3. que hablando de las excepciones dilatorias dice: *que por tales defensiones como estas, no se debe el Juzgador detener por ellas de ir adelante por el pleyto principal, antes debe constreñir al demandado, que llanamente responda, si, ò no à la Demanda que le facen*: con la ley 5. *tit.* 10. *ead. part.* que resuelve, el que primero, y ante todas cosas se ha de oir, y determinar sobre las excepciones dilatorias, que passarse à tratar de la causa principal.

18. Pues la primera dicen, que habla, y se debe entender de aquellas excepciones, que incontinenti no se justifican, y requieren mas alto examen; y la segunda habla de las que immediatamẽte constan, ò incontinenti se justifican, *ex quibus* (dice el Señor Molina n. 11.) *asignatur notabilis concordia inter dictam legem* 5. *tit.* 10. *part.* 3. *& leg.* 10. *tit.* 4. *eadem part. quarum prior quę est dicta lex* 5. *dixit propositij exceptionibus dilatorijs, quæ ex iuris communis dispositione litis ingressum impediunt supersedendum esse in negotio principali donec ipsæ exceptiones decidantur: posterior vero quę est dicta lex* 10. *inquit quod non debet de illis simul*

cum

cum causa principali cognoscere. Prima namque intelligenda est quando exceptiones in promptu sunt: Secunda vero quando altiorem indaginem requirunt.

19. Don Thomàs Carlebal no solamente sigue, y aprueba la Sentencia de los Señores Molina, y Gregorio Lopez, y la combinacion de las dos Leyes de Partida, sino que se hace cargo de inquirir, y examinar la duda de como se deberá entender la palabra *incontinenti*, para saber si el Reo justifica, ò no incontinenti las excepciones q̃ alega; y con varios fundamentos, Textos, y Autoridades, que expone, resuelve, que por derecho comun estaba en el arbitrio del Juez, la acepcion, ò inteligẽcia de la palabra *incontinenti*, y el espacio de tiempo, que al Reo se le avia de señalar para probar las excepciones dilatorias, *ita num.* 21. ibi: *De iure communi sciendum est esse in iudicis arbitrio, quoad præsentem casum quando sit accipiendum verbum* incontinẽti, *& ei qui ofert se incontinenti probaturum alegatas exceptiones anomalas quantum temporis sit indulgendum.*

20. Por derecho de Castilla dice, que el espacio de tiempo, que comprehende la palabra *incontinenti*, es, el de aquellos 9. dias en que el Reo, està obligado à alegar, y proponer las excepciones dilatorias, y á justificarlas antes de la litis contextacion, segun la ley 1. *tit.* 4. y la ley 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop.* ibi: Num. 22. *de Iure Castellæ hoc spatium temporis quod dicimus incontinenti est spatium novem dierum eorum videlicet eorundem, qui conceduntur Reo ad respondendum primo Actoris libelo numerandorum à die intimationis eiusdem libeli, seu citationis intra quos Reus tenetur alegare exceptiones dilatorias easque probare ante litis contextationem.*

21. Y aunque en la expressada ley 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop.* se ordena, que dentro del mismo termino de los 9. dias, que al Reo se le conceden, para oponer, y justificar las excepciones dilatorias, *sea obligado à contextar la Demanda puesta à èl, ò su Procurador, so la pena de la ley*: Esto solo se entiende quando el Reo no justifica incontinenti las excepciones impeditivas de la contextacion de la lite, pues si las probare dentro del termino de los 9. dias, que prescribe la ley, debe impedirse la litis contextacion, y no se ha de proseguir mas en el Juicio.

22. Assi lo resuelve Carleb. con la doctrina del Señor Gregorio Lopez, *in dict. disp.* 5. *num.* 22. vers. *Hoc tamen*, ibi: *Hoc tamen limitandum credit Gregorius quando exceptiones impedientes litis ingressum non constãt incontinenti aut ofertur eorum probatio incontinenti, ideſt intra illos primos novem dies, alioqui, si de ipsis incontinenti constaret impediendam esse litis contextationem, & vlterius non procedendum.* Y lo mismo afirma Acev. *in dict. leg.* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop. num.* 46. ibi: *Nec impedient iam illæ exceptiones, quæ alias impedirent litis ingressum, sed opponendæ erunt in vim exceptionum peremptoriarum nisi in promptu de eis constaret quoniam tunc statim impedirent.* Dom. Larrea, *decis.* 64. *à num.* 25. Dom. Molina, *de Primog. dict. lib.* 4. *cap.* 9. *n.* 40.

23. A todo lo qual nada pue-

puede obstat la expresion que hazen los Add. à el Sr. Molina, en el dicho *cap.* 9. *num.* 40. versic. *Hec materia*, en donde dice, que en el tiempo presente, las excepciones dilatorias, que impiden el ingreso del juicio, se terminan con la causa principal, y segun practica, y estilo, se reservan hasta la difinitiva, aunque las dichas excepciones estén liquidas, y prontamente se justifiquen, ibi: *Hodie vero similes exceptiones dilatoriæ quæ litis ingresum impediunt, de stilo cum causa principali terminantur, & vsque ad illud tempus reservantur quam vis predicte exceptiones in promptu sint, & liquidæ, & ita in praxi sepius receptum vidimus.*

24. Pues esta opinion, y doctrina nada puede influir contra la pretension del Sr. Duque, antes bien la favorece, y comprueba, como se acredita, atendido lo primero, el que los mismos Addentes en el citado lugar, separan de dicha regla la excepcion de transaccion, y la de cosa juzgada, las quales por ser de grande importancia, siempre que incontinenti se justifiquen, se admiten, y embarazan la litis contestacion, y prosecucion del juicio, y assi afirman los Addentes averse juzgado, y obtenido, ibi: *Aliquando vero si exceptio dilatoria, quæ impedit litis ingressum magni ponderis est, de eaque liquet aperte solet prius de ea cognosci prout in exceptione transactionis rerum Maioratus, & in exceptione rei iudicatæ fuisse obtentum testamur.*

25. Y lo segundo, porque los Addentes en la referida expresion, proceden con notoria impropiedad, confundiendo las excepciones anomalas con las dilatorias, siendo assi, que aquellas vienen à ser en la realidad peremptorias, y el poderse oponer en fuerza de dilatorias, no les muda su naturaleza: y tambien proceden dichos Addentes con manifiesta equivocacion en decir, que el estilo que actualmente se observa en los Tribunales, es el reservar indistintamente para la difinitiva todas las excepciones dilatorias; pues no ay duda, que la practica, y estilo, que vniversalmente se observa, es el admitir las excepciones dilatorias, que se justifican, y liquidan incontinenti; y reservar las que necesitan de mas alto examen, siguiendo la sentencia de los Señores Gregorio Lopez, Molina, y Acevedo.

26. De cuya opinion, por ser la mas practica, y arreglada à la disposicion de derecho, dice Carleval en el *num.* 23. de dicha *disput.* 5. que no se apartaria, sin embargo de la assercion de los Addent. de la que se hace cargo, y refiere sus palabras à la letra, para impugnarla por las razones que dexamos propuestas en el numero antecedente, y assi concluye diciendo: *Ego non recederem à sententia Gregorij, & Molinæ quę consonat cum iure communi, & practicorum communi oppinione, & doctrina.*

27. Y lo mismo siguen, y llevan Card. de Luc. *de Feud. disc.* 104. *n.* 10. *& in tract. de Iudic. disc.* 42. *n.* 9. *&* 10. Salcedo, *in leg.* 4. *tit.* 14. *lib.* 3. *Recop. cap.* 24. *à n.* 72. Alvar. Peg. *de Maior. cap.* 10. *n.* 601. Carasc. *de Appelat. admit. vel non, in cas. seu limit.* 3. De todo lo qual se de-

duce claramente, que la excepcion de transaccion opuesta en fuerza de dilatoria, es admisible, y si se justifica incontinenti, ò en los nueve dias que previene la citada *ley* 1. *tit.* 5. *lib.*4. *Recop.* impide la litis contestacion, y la prosecucion de el juicio: conque solo resta examinar, si le assiste à el Sr. Duque de Arcos la excepcion de transaccion, que tiene opuesta, y si esta es legitima, y está justificada en el termino de la ley.

§. I.

28. PAra manifestar, y hazer ver lo liquido, y eficaz de la excepcion de transaccion opuesta por el Sr. Duque de Arcos, contra la Demanda del Conde de la Coruña, es necessario suponer, lo primero, que Don Pedro Ponce de Leon (1), Señor de Marchena, en el dia 17. de Diciembre, era de 1412. otorgò su Testamento, y por vna de sus Clausulas le legò, y mandó à Don Pedro Ponce de Leon (2) su hijo, *por via de Mayorazgo* las Villas de Marchena, Rota, Baylèn, y otros bienes que vá expressando, con lo qual aunque no prohibiò la enagenacion de ellos, ni explicò el modo con que se avia de succeder, bastò para que quedasse establecido vn Mayorazgo perpetuo, y que se succediesse por el orden regular, el que el Fundador huviesse dicho, que de los referidos bienes fundaba Mayorazgo. Dom. Castillo, *lib* 2. *Controv. cap.* 22. *à n.* 3. D. Molin. *de Primog. lib.* 2. *cap.* 4. *à n.* 13. Hermosill. *in leg.* 44. *tit.* 5. *part.* 5. *Gloss.* 5. *n.* 15. D. Valenz. Velazq. *consil.* 113. *n.* 65. Burgos de Paz, *qu æst.* 2. *à num.* 67. Matienz. *in leg.* 1. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop. Gloss.* 7. *à n.* 4. Mieres, *de Maiorat. part.* 1. *quæst.* 48. *n.* 22. Aceved. *in Rubric. tit.* 7. *lib.* 5. *Recop. num.* 4.

29. Aviendo muerto el D. Pedro Ponce (1), y succedido en los dichos bienes, assi vinculados Don Pedro Ponce de Leon su hijo (2), este los posseyò, y gozò por los dias de su vida; y en 9. de Enero otorgò su „Testaméto, y en èl ordenó, y man„dò, que Don Juan Ponce de Leon „(7) su hijo legitimo, y de la Conde„sa su muger, huviesse, y heredasse el „Mayorazgo que tenia dicho Testa„dor, que lo era el su Condado de „Arcos, de que el Rey le avia hecho „merced, y se lo avia dado por Ma„yorazgo, *y las Villas de Marchena, Mayrena, Rota con sus Almadrabas, las Villas de Baylèn, las Casas de Sevilla, las Salinas de Tarfia, y la parte que tenia en las Hazeñas de Guadalete, segun las posseia por Mayorazgo, y lo huvo del dicho Don Pedro Ponce* (1) *su Padre, por el Testamento con que falleciò; cuya disposicion avia confirmado el Rey D. Enrique.*

30. Tambien previno, y ordenó, que à falta del dicho D. Juan Ponce (7), succediessen sus hijos legitimos, y á falta de estos succediesse Don Pedro Ponce de Leon (9), y los suyos, y á falta de estos Don Fernando (10), y que si este muriesse sin hijos, succediesse Don Lope (11), y los suyos, y à falta de estos, llamò à Don Luis Ponce de Leon (12), noveno Abuelo del Señor Duque de Arcos (66), que oy litiga, y à sus hijos

jos legitimos, en cuya expresion de hijos de este, y los demàs llamados, no ay duda, que estàn comprehendidos los nietos, y demàs descendientes de los assi llamados à la succesion de dicho Mayorazgo. *Text. in leg. 8. & in leg. Iusta 201. ff. de verb. signific.* Menoch. *consil. 1071. à num. 1.* Pereg. *de Fideicom. artic. 19. num. 11.* Roxas, *de Incomp. part. 8. cap. 8. num. 9. & seqq.* Dom. Molina, *de Primog. lib. 1. cap. 5. à num. 28.* Surd. *consil. 236. n. 9.*

31. Muerto el Don Pedro Ponce de Leon (2), succediò en dichos Mayorazgos Don Juan Ponce su hijo (7), el qual aunque estuvo casado con Doña Leonor de Guzmàn (6), no tuvo hijos algunos de este matrimonio, pero durante él tuvo en Doña Leonor Nuñez, que entonces se hallaba casada con otra persona, á Don Pedro Ponce de Leon (14), noveno Abuelo del Conde de la Coruña, y à Doña Maria Ponce, y otros que se contienen en las Cas. (15. y 16.) del Arbol, à los quales en vida del Don Pedro Ponce de Leon (2) su Padre, pidió, que su Magestad los legitimasse, y con efecto por dos distintas Reales Cedulas, vna para el Don Pedro (9), y otra para sus hermanos (10. y 11.), con fecha del dia 23. de Noviembre de 1438. se les concediò dicha legitimacion, expressando para su impetra, *que el Don Juan, siendo casado los avia tenido en Doña Leonor Nuñez, siendo ella desposada con otra persona por palabras de presente.*

32. En el dia 3. de Noviembre de 1448. que fue en el que testò, y falleciò el Don Pedro Ponce de Leon (2), hallandose ya viudo, y soltero el Don Juan Ponce de Leon su hijo (7), y estandolo en la misma forma la expressada Doña Leonor Nuñez, contraxo matrimonio con la susodicha en la Villa de Baylen, en el modo, y forma que se contiene, y expressa al num. y §. 27. del Memor.

33. A los 18. dias despues de contraìdo el referido matrimonio, y en el 21. del mismo mes de Noviembre de 1448. el expressado D. Juan Ponce de Leon (7), hallandose en la Ciudad de Arcos, y estando en las Puertas de su Castillo, hizo convocar á los Capitulares del Concejo de dicha Ciudad, y otras personas, y que ante vn Escrivano les propuso, *que bien sabian, que avia contraìdo matrimonio con la dicha Condesa Doña Leonor Nuñez, y que en fuerza de ello Don Pedro Ponce de Leon, su hijo primogenito, y de la dicha Condesa era su legitimo heredero, y successor de su Mayorazgo, y porque entonces se hallaba ausente de dicha Ciudad les ordenò, que lo reconociessen, y jurassen por Señor de ello, para despues de los dias de la vida del Don Juan*; y assi lo prometieron, y juraron, y lo mismo se executò en las Villas de Rota, y Marchena en otros distintos dias.

34. En 20. de Marzo de 1449. acudiò el dicho Don Juan Ponce ante su Magestad, y haciendo presentacion de los instrumentos que se avian otorgado de dichos reconocimientos, pidiò, y se le despachò Real Cedula, *por la qual se aprobaron los dichos reconocimientos, y la*

gra-

gracia, y donacion, que el dicho Don Juan dixo aver hecho, mandando, que todo ello fueſſe firme para ſiempre, y que deſpues de los dias del dicho Don Juan, ſuccedieſſe el mencionado Don Pedro en el dicho Mayorazgo, è Condado, y demàs bienes, y todo lo tuvieſſe como coſa propia, y no ſuccedieſſen los demàs hijos que tuvieſſe el dicho D. Juan, ni otros ſus deſcendientes, no embargante que fueſſen legitimos, ò legitimados, con todas las expreſsiones que ſe refieren en el num. 13. del Memor.

35. En el miſmo dia 20. de Marzo de 1449. obtuvo el dicho D. Juan otra Real Cedula, por la qual relacionando la legitimacion, y habilitacion, que ſe le avia concedido al Don Pedro (14), para ſuceder en el Mayorazgo del Don Juan, y tener deſpues de ſus dias el Condado con la Villa de Arcos, Rota, Marchena, ſus Caſtillos, y Fortalezas, y con todas las otras Villas, y Lugares del dicho Mayorazgo, y demás que „le pertenecian; pidiò, y ſe le conce„diò Real Facultad, y licencia, para „que de todo lo ſobredicho pudieſſe „eſtablecer ſu Mayorazgo, y dexarla „para deſpues de ſus dias al dicho D. „Pedro (14), y ſus deſcendientes: con las ampliaciones que conſtan al num. 15. del Memor.

36. En eſte eſtado ſe quedaron las coſas ſin aver vſado el D. Juan Ponce de Leon (7), de las licencias, y facultades antecedentes, y aviendo continuado ſu ſegundo matrimonio con la Condeſa Doña Leonor Nuñez, tuvo en ella por ſus hijos legitimos (ſin embargo de lo que con error ſe ha dicho ſobre la legitimidad, aſsi en los pleytos antiguos, como en el preſente) à Don Rodrigo Ponce de Leon (18), octavo Abuelo del Señor Duque de Arcos, y à Don Manuel Ponce el Valiente (19); en cuyo tiempo falleciò el dicho Don Pedro Ponce de Leon (14), dexando por ſus hijos legitimos à Don Luis, y à Don Juan Ponce de Leon (34. y 35.).

37. En el dia 10. de Septiembre de 1469. el dicho Don Juan Ponce (7) otorgò ſu Teſtamento, con que falleciò, inſertando en èl ciertas Reales Facultades que avia obtenido, y vſando de ellas ordenó, „que el dicho D. Rodrigo Ponce de „Leon, ſu hijo primogenito, y de la „Condeſa Doña Leonor Nuñez, el „qual á mayor abundamiento eſtaba „habilitado, y legitimado por el Rey, „huvieſſe por Mayorazgo la Villa de „Arcos, con ſu Titulo de Conde, la „de Marchena con ſus pertenencias, „la de Rota, Mayrena, Baylen, y otros „bienes, que avia, que Don Pedro „Ponce de Leon (2) ſu Padre, le avia „dexado por Mayorazgo, y và refi„riendo: Y tambien le dexa incorpo„rado en dicho Mayorazgo la Ciudad „de Cadiz, de que el Rey le avia he„cho merced.

38. Aſsimiſmo hizo otras varias diſpoſiciones, y legados, y entre ellos fue vno, el mandarle à Don Luis Ponce, y à Don Juan Ponce ſus nietos, diferentes bienes, y rentas que vá expreſſando, y en particular al Don Luis, le mandò la Heredad de Texadilla, termino de Carmona, que rentaba 12. caices, 4. fanegas, y 6. celemines de pan tercia-

do,

do, y el Donadio de Montemolin, que rentaba 40. caìces de pan terciado; y à su hijo Don Manuel Ponce el Valiente, le mandò otros distintos bienes; y por lo que hace à la succesion del Mayorazgo, puso la Clausula siguiente.

39. *Y el dicho Mayorazgo, que yo assi mando por este mi Testamento al dicho Don Rodrigo Ponce de Leon mi hijo, segun dicho es, lo dexo para despues de mi vida, al dicho Don Rodrigo mi hijo, para èl, y para despues de sus dias lo ayan, y hereden ansi como yo se lo dexo, sus hijos legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, precediendo el mayor al menor, y el varon à la hembra, è la mayor de las hembras à la menor, y assi succesivamente para sus nietos, y descendientes por linea derechamente nacidos de legitimo matrimonio; y si por ventura dicho Don Rodrigo mi hijo, avido este dicho Mayorazgo falleciere sin dexar hijos legitimos, mando, que lo aya, y herede ansi como aqui se contiene, y con las mismas Clausulas, D. Manuel mi hijo, su hermano, è hijo de la dicha Condesa, y sus hijos, é descendientes, segun se contiene en lo del dicho Don Rodrigo; y si dicho Don Manuel falleciere sin dexar hijos, ni descendientes legitimos de legitimo matrimonio nacidos, como susodicho es, que aya el dicho Mayorazgo D. Luis Ponce de Leon mi nieto (24), hijo de D. Pedro mi hijo, y de Doña Maria de Luna, por la via que de suso se contiene, y en este caso han de passar los bienes, que à este le dexaba, à Don Juan su hermano; y falleciendo el Don Luis sin hijos, ò descendientes legitimos, succeda Don Enrique (21), y sus hijos legitimos, y á falta de ellos fue haciendo otros llamamientos.*

40. Antes del otorgamiento de este Testamento, en el dia 20. de Septiembre de 1460. acudiò el dicho Don Juan Ponce (7) ante su Magestad, y relacionò: *Que despues de fallecida Doña Leonor de Guzmàn su primera muger, siendo hombre soltero, se avia desposado, y velado con la Condesa Doña Leonor Nuñez, que ya era difunta, con quien avia havido ayuntamiento carnal, y la tenia por suya en su casa en la vida de Doña Leonor de Guzman su primera muger: y de la Doña Leonor Nuñez su segunda muger, huvo à Don Rodrigo, y à D. Manuel Ponce de Leon sus hijos, despues de el fallecimiento de Doña Leonor de Guzmàn; y porque por algunas personas se dezia, que à dicho tiempo, y antes la dicha Doña Leonor Nuñez avia sido, y era desposada con otro por palabras de presente, que à el dicho tiempo era vivo, y que por ello, ò por qualquiera cosa de ello, se podia dezir por algunas personas, que dicho D. Rodrigo, y D. Manuel sus hijos no fueron, ni son legitimos, habiles, y capaces: le suplicò à su Magestad, que para mayor seguridad de dicho Don Juan, y de D. Rodrigo, y D. Manuel sus hijos, y de la dicha Condesa Doña Leonor Nuñez, los legitimasse, è hiziesse legitimos, habiles, y capaces para en todas, y qualesquier cosas, que hombres legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos lo pueden, y deben ser*: Y su Magestad, por hacerles bien, y merced, los hizo legitimos, con todas las Clausulas, y ampliaciones que constan del Memor. n. 26.

41. Por muerte del dicho

Don Juan Ponce de Leon (7) succedió en todos los dichos Estados, y Mayorazgos Don Rodrigo Ponce de Leon su hijo (18), el qual no tuvo succesion legitima, y solo dexò por su hija natural à Doña Francisca Ponce (27), la qual contrajo matrimonio con D. Luis Ponce de Leon (28) su primo segundo, hijo de Don Pedro Ponce de Leon (23), Señor de Villa Garcia, y nieto legitimo de Don Luis Ponce de Leon (12), hermano entero del dicho Don Juan Ponce de Leon (7), Abuelo de la Doña Francisca (27), y los dichos Don Luis, y Doña Francisca Ponce (27. y 28) tuvieron por su hijo legitimo á Don Rodrigo Ponce de Leon (35), en quien recayeron todos los dichos Estados, y Mayorazgos.

§. II.

REAL CEDULA PARA LA Transaccion.

42. ESTando el mencionado D. Rodrigo posseyendo dichos Estados, en el dia 5. de Enero de 1494. acudieron ante los Señores Reyes Catholicos Doña Beatriz Pacheco (17), Administradora de la persona, y bienes de D. Rodrigo (35) y Doña Maria Ponce de Leon (32), y hicieron relacion: *De que esta era hija mayor de Don Luis Ponce (24), hijo de Don Pedro (14), hijo mayor de Don Juan (7), y que la susodicha queria demandar judicialmente à Don Rodrigo (35) las Ciudades de Arcos, Marchena, Rota, Baylèn, y las otras Villas, Lugares, è bienes del Mayorazgo, que fue, y quedò del Conde D. Juan (7), que tenia, y posseia Don Rodrigo (35), y expressaba la Da. Maria pertenecerle por derecho de succesion, y porque el Conde Don Juan (7), con licencia del Sr. Rey D. Juan, que despues confirmò el Sr. Rey Don Enrique, lo avia dado, y dexado todo con titulo de Mayorazgo à D. Pedro (14), para èl, y para su hijo mayor, y para sus descendientes, aunque èl fallecisse en vida del dicho Conde D. Juan (7).*

43. Y por parte del dicho Duque de Arcos se decia: *Que dicha Ciudad, Villas, y bienes le pertenecian por titulo de Mayorazgo, por disposicion del Duque de Cadiz D. Rodrigo (18) su Abuelo, y algunas personas avian intervenido entre los dichos Doña Maria, y Don Rodrigo à convenirlos, y igualarlos, y reconociendo ambas partes serles util, y provechosa dicha igualanza, especialmente à dicha Doña Maria, que por razon de ella podia ser, y seria dotada en quatro quentos de mrs. segun lo que le daban; y como por otra parte, ni por otra via no podia aver el dicho dote, y queriendo seguir otra via, y aviendolos de demandar, y moviendose sobre ello pleyto, podian entre ambos recrecerse muchos pleytos, y debates, contiendas, y questiones.*

44. *Y conociendo que los tales pleytos eran muy dañosos, y el fin de ellos muy dudoso, è por los muchos gastos, costas, é inconvenientes de ellos, y porque avia otras personas, que se oponian à pedir la dicha Ciudad, Villas, y bienes de dicho Mayorazgo, diciendo, que les pertenecian por titulo de Mayorazgos, que fueron fechos por las personas que los han tenido, y por otras dudas, que en ello podia aver, aviendo mucha diversi-*

dad,

dad, contrariedad, y intrincacion, y por ello seria muy dificultoso à Doña Maria ver el fin, y aver en dicho pleyto, ò pleytos sentencias à su favor: avido su acuerdo, y consejo de parientes de la susodicha, y Letrados, y vistos los instrumentos, Testamentos, donaciones, y tradicion de possession, cartas, y confirmaciones, y otras Escrituras tocantes à el dicho Mayorazgo de que aqui se hace mencion, avian acordado de se convenir, y igualar en esta manera.

45. Que Doña Beatriz Pacheco (17), como Administradora de D. Rodrigo (35) diesse, y pagasse à la Doña Maria quatro quentos de mrs. para su dote, y casamiento, los 670 ℔. de ellos, por razon de los dos Donadios de Montemolin, y Texadilla, que eran suyos, y le pertenecian por herencia de su Padre, y que D. Rodrigo Duque de Cadiz (18) mandò en su Testamento se los restituyessen, è si quisiera la Doña Maria tomar para sí dichos Donadios, lo pudiesse hazer, y dexar los dichos 670 ℔. mrs. lo que ella mas quisiera, otros 530 ℔. mrs. por los frutos, y rentas de los dichos dos Donadios, que D. Rodrigo (18), y la Duquesa su muger (17) hasta aqui avia llevado, y Don Rodrigo (18) mandò se pagassen por su Testamento; y los otros dos quentos, y 800 ℔. mrs. cumplimiento à los quatro quentos, por razon de que dicha Doña Maria por sì, y por sus descendientes aprobasse el Testamento de dicho Don Juan (7), en quanto hacia à favor del Duque de Cadiz D. Rodrigo (18), y de su nieto (35).

46. Y avia de ceder en el susodicho qualqnier derecho, accion, y propiedad, Señorio, è possession, que le pertenecia, y pudiesse pertenecer à la Ciudad de Cadiz, y Villas de Marchena, Mayrena, Rota, Baylèn, y otros Lugares, y bienes de dicho Mayorazgo, assi por ser dicho Doña Maria hija legitima, y vna sola de Don Luis, y este aver sido hijo legitimo de Don Pedro Ponce de Leon (14), hijo mayor legitimo de Don Juan (7), como por virtud de la cesion, traspaso, y donacion, è tradiccion de possession entre vivos, con licencia del Señor Rey Don Juan, y despues por el Señor Rey Don Enrique confirmada, que fue fecha por dicho Don Juan (7) en Don Pedro, de las dichas Ciudades, Villas, è bienes del Mayorazgo, para èl, è para sus descendientes, aunque dicho Don Pedro feneciesse en vida del dicho Conde Don Juan.

47. Y assimismo por todo el derecho que dicha Doña Maria tenia, y podia tener à los 51 ℔. mrs. de juro, situado sobre las tierras del Duque, y à las rentas de ellos, que dicho Don Rodrigo (18) llevò en su vida, que le avia dexado Don Juan (7) à Don Luis (24) en su Testamento, y porque renunciasse Doña Maria el derecho que tuviera à dicho Mayorazgo, y los 51 ℔. mrs. de Juro, y sus rentas, y todo lo cediesse, renunciasse, y traspassasse en Don Rodrigo (35), y sus descendientes, para que fuesse suyo para siempre jamàs, segun, y por la forma, que en el Testamento del Duque de Cadiz Don Rodrigo (18) se contenia; y para que los dichos derechos, que à los bienes de dicho Mayorazgo le competian, los traspassasse en el Duque de Arcos (35), y en sus descendientes, y se pudiessen aprovechar, assi contra dicha Doña Maria, como contra otras qualquiera personas, que pretendian tener derecho, y pertenecerle el dicho Mayorazgo.

Pa-

48. *Para validacion de lo qual, por ser Doña Maria menor de 25. años, y dicha igualа de bienes raices de Mayorazgo que no se podian enagenar, y se perjudicaban, y quitaban derechos de terceros sus descendientes, y la hacia por muy poca quantia de maravedis, respecto al mucho valor de los bienes, como era notorio, y el derecho que à ellos pretendia tener, pidieron licencia, y facultad, y aprobacion de su Magestad, supliendo los dichos derechos, y otros qualesquiera, que en ellos, y en su otorgamiento, y en los instrumentos que cerca de ello huviesse otorgado, y otorgara, y que fueran necessarios de cumplir, y assimismo la menor edad del Don Rodrigo (35).*

49. *Y su Magestad atendiendo al bien de la paz, y q̃ las causas eran vrgentes, y serle mas provechoso hacer la dicha concordia, que no seguir los pleytos, y por otras justas causas cumplideras al Real Servicio de su Magestad, de lo qual avia mandado hacer, y se hizo cierta informacion, les concedió dicha facultad para hacer la igualа con qualquiera vinculos, firmezas, y Clausulas que quisieren, y hypotecar à ello qualquiera bienes aunque fuessen de Mayorazgo, las quales desde aora para entonces de propio motu, cierta ciencia, y poderio Real absoluto, confirmaron, y aprobaron interponiendo en ellas su Decreto, y Real Autoridad, para que valgan, y se guarden inviolablemente para siempre jamàs, aunque por ello se perjudiquen, y quite el derecho de terceros descendientes de Doña Maria, que era menor de edad, y la dicha igualanza sea hecha de bienes raices, y de Mayorazgo, y que no se podian enagenar, los quales en quanto à esto hicieron sus Magestades libres, y alienables, aunque sea por tan corta quantia.*

50. *Y mandaron, que à la dicha Da. Maria, ni à sus descendiẽtes despues de ella, y successores en el dicho Mayorazgo no les quedasse ningun remedio, ni ningun derecho, ni accion, ni oficio de Juez, ni beneficio de restitucion, como menor, ni otro remedio alguno ordinario, ni extraordinario, para ir, ò venir contra lo susodicho, que assi otorgaran, sin embargo de qualesquiera vinculos, è firmezas, y penas de los Testamentos, y Escrituras del dicho Mayorazgo, donacion, tradicion de possession, licencia, y confirmaciones dadas por los Señores Reyes, que antes vàn referidas, ni las Leyes, fueros, y derechos que sean en contrario, las quales de propio motu, dispensaron, y derogaron sus Magestades para este caso, supliendo qualquier defecto de substancia, ò solemnidad, que en la contrata, è instrumento que se hiciera sobre lo referido intervinissen, mandando sus Magestades se guardasse, è hicieſſe guardar lo contenido en esta Cedula.*

§. III.

ESCRITURA DE TRANSACCION.

51. CON insercion de esta Real Cedula, y vsando de la facultad que por ella se concedia: Don Rodrigo Ponce de Leon (35), y Doña Beatriz Pacheco (17), su Administradora de la vna parte, y la Doña Maria Ponce de Leon (32) de la otra, en el dia 5. de Abril del expressado año de 1494. otorgaron Escritura de Transaccion, y convenio, por la qual la dicha Doña Ma-

ria Ponce haciendo vna dilatada relacion de los derechos que le pertenecian, y pretendia deducir à los dichos Mayorazgos, y expreſſando tambien el derecho que á ellos tenia el dicho Don Rodrigo Ponce (35), y las dudas que ſobre ello ſe ofrecian, conſultas que ſe avian tenido, y la iguala, y concierto que avian executado, y ſe relacionan en la dicha Real Cedula que avian obtenido, y que le era mas vtil, el tomar los quatro quentos de maravedis, que el litigar los expreſſados derechos con todo lo demàs que ſe expreſſa en los numeros 35. y ſig. del Mem.

52. „Otorgò, que tomaba „los dos Donadios de Montemolin, „y Texadilla, en los 670ỻ. mrs. y „los tres quentos, y 330ỻ. mrs. reſ„tantes ſe los avia de pagar la Doña „Beatriz (17) dentro de 4. años; por „lo qual eſtando en ſu libre pode„rio; de ſu grado, è propia, è libre, „pura, y eſpontanea voluntad, ſin „premio, ſin fuerza, y ſin otro conſ„treñimiento, ni inducimiento que „le fueſſe fecho, ni dicho, y ſiendo „ſabidora de ſu derecho, otorgò „por sì, è por ſus herederos, y ſuc„ceſſores vniverſales, y ſingulares, „que ſe deſiſtia, y apartaba de la di„cha Ciudad de Arcos, Marchena, „Rota, y Baylèn, y de todas las otras „Villas, y Lugares, y demás bienes „pertenecientes al dicho Mayoraz„go, y de los 51ỻ. mrs. de Juro, „que le pertenecian por cabeza de „ſu Padre, y por virtud del Mayo„razgo hecho en cabeza de Don Pe„dro ſu Abuelo (14), y ſus deſcen„dientes, y de otro qualquier dere„cho, que en qualquiera manera à „los ſuſodichos pudieſſe pertene„cer, y lo traſpaſsò en el dicho D. „Rodrigo (35), ſus herederos, y „ſucceſſores, y demàs perſonas que „huvieſſen de ſucceder, ſegun la „diſpoſicion del Mayorazgo hecho „por Don Rodrigo (18).

53. „Y prometió de aver „por firme el Teſtamento de Don „Juan (7), en que dexó el Mayo„razgo al Don Rodrigo (18), y ſus „deſcendientes, y aſsimiſmo el Ma„yorazgo que hizo dicho Don Ro„drigo (18), en favor de ſus nietos, „y de ſus deſcendientes, y ſi lo re„ferido valieſſe mas que los dos Do„nadios, y los tres quentos, y 330ỻ. „mrs. en virtud de la Real Facultad, „le hizo donacion de ello con las „inſinuaciones correſpondientes, re„nunciando tambien el poder de„cir, ni alegar, ni poner por accion, „ni excepcion contra la dicha con„veniencia, ni contra coſa alguna „de ella, que huvo yerro, ni arte, ni „dolo, ni engaño, ni coluſion, ni „que la hizo por temor, ignoran„cia, ò no ſiendo cierta, y ſabidora „de ſus derechos, y acciones que le „pertenecian, ò podian pertenecer, „ó que la hacia ſin cauſa, ò por algu„na injuſta, y torpe, ò porque poſ„ſeìa el Don Rodrigo (35) los Ma„yorazgos, y Doña Maria eſtaba „deſpoſſeìda de ellos, ò que la avia „por muy poco precio, y en muy „mucho menos de la mitad de ſu „juſto precio.

54. „Por quanto conſide„rado todo lo ſuſudicho, y los titu„los, y derechos de dicho Don Ro-

„ drigo, y los dos Donadios, y mrs. „ que se le daban, tenia con que ser „ dotada à su honra, y como quien „ era, y cedia en su vtilidad, y re- „ nunciò las leyes que se vàn expres- „ sando en esta Escritura, y se obli- „ gò por sì, y sus succesores al cum- „ plimiento de este contrato, y à „ que no se iria contra èl en tiempo „ alguno, y en caso de que qual- „ quiera fuesse, avia de pagar en pe- „ na à Don Rodrigo (35) 30ꝝ. en- „ riquez de oro, y los daños, y per- „ juicios, y todavia se avia de cum- „ plir lo contenido en esta concor- „ dia, dando poder á las Justicias „ para que le apremiassen à su cum- „ plimiento, y quiso no ser oyda, y „ pidiò á sus Magestades aprobassen „ este contrato, supliendo qualquier „ defecto que huviesse, y expresso „ no tener hecha reclamacion, ni „ que la haria, ni avian de aprove- „ char à la susodicha, ni sus succes- „ sores, y se obligò, y à sus bienes: y „ por quanto era mayor de 12. años, „ y menor de 25. juzò el guardar „ este contrato, y no ir contra èl „ por ninguna causa, ni pedir rela- „ xacion, ni absolucion, y aunque „ se le concediesse no vsar de ella, „ &c.

§. IV.

ESCRITURA EN QUE DON ANtonio Alvarez ratifica, y aprueba la Transaccion.

55. A los 10. dias de otorgada la Escritura antecedente, y en el 15. de Abril del expressado año de 1494. Don Antonio Alvarez Zapata (32), otorgò otra Escritura con licencia de Don Fernando Alvarez de Toledo, Secretario de los Señores Reyes Catholicos, su Padre q̃ se hallò presente, en la qual „ relacionò, que por quanto la di- „ cha Doña Maria Ponce (32), an- „ tes que con ella se desposasse el „ otorgante, estando ya contratado „ el Desposorio con consentimiento „ de dicho Don Antonio, y de su „ Padre, avia hecho asiento, y Ca- „ pitulacion con Doña Beatriz Pa- „ checo (17), como Administrado- „ ra de Don Rodrigo su nieto, re- „ nunciando el derecho que tenia á „ dicho Mayorazgo, &c. Y porque „ todo lo en dicho contrato conte- „ nido fue visto por el dicho D. Anto „ nio, y lo ha aqui por incorporado, „ y por la dicha Doña Maria fue con- „ sultado con el otorgante, y con su „ Padre, y sobre ello tuvieron con- „ sejo, y deliberacion con Letrados, „ y otras personas que de ello sa- „ bian, assi de fecho, como en el „ derecho.

56. „ Consideradas las cau- „ sas que à ello movieron à la Doña „ Maria, pareciò, y se hallò ser he- „ cho en vtilidad de esta, y prove- „ cho del Don Antonio; y por lo „ qual ratificò, y aprobó dicha igua- „ lanza, para que se afirme para „ siempre jamàs, y como si al tiem- „ po que se otorgò por Doña Maria „ se huviesse hallado presente el su- „ sodicho, y para que en caso neces- „ sario lo pudiera ratificar, y apro- „ bar la susodicha, y se obligò por „ sì, sus herederos, y succesores al „ cumplimiento de ella, y impuso

pe-

„ pena de 10ij. doblas de oro, que „ en caso de contravencion se avian „ de dar à dicha Doña Beatriz, y su „ nieto, y obligò sus bienes, y quiso „ no ser oydo; renunciando todas „ las leyes de su favor, que se vàn ex- „ presando, y suplicò à sus Mages- „ tades, que lo aprobassen, y confir- „ massen, y por ser menor juròo, y „ ofreció no pedir relaxacion, ni ab- „ solucion, ni vsar de ella, aunque „ se le concediesse.

§. V.

REAL CEDULA, EN QUE SU Magestad aprueba, y confirma la Transaccion.

57. COn estas Escrituras se acudiò á los Señores Reyes Catholicos por Septiembre del mismo año de 1494. y por sus Magestades se despachó Real Cedula, en la qual *expressando, aver visto el contrato, y cesion, que con su licencia avia otorgado dicha Doña Maria, y la aprobacion que avia hecho Don Antonio su marido, que se insertan en esta Cedula, sus Magestades movidos por las causas contenidas en la licencia, y en dicho contrato de igualanza, y por otras causas que à ello les movian, y por hacer merced à Don Rodrigo (35), y los que despues dél, segun la disposicion de Don Rodrigo Ponce de Leon (18) su Abuelo, avian de succeder en el dicho Mayorazgo, que le dexò, y por los muchos, y señalados servicios, que avia hecho dicho Don Rodrigo (18) à la Real Corona, quien avia dexado el dicho Mayorazgo.*

58. *De propio motu, ciencia cierta, y Poderio Real absoluto, de que vsaban sus Magestades, en quanto al dicho Don Rodrigo (35), y à los otros, que segun la disposicion de Don Rodrigo (18) avian de succeder en dicho Mayorazgo, confirmaron sus Magestades, y aprobaron la facultad que avian dado à Doña Maria para hacer dicha igualanza, donacion, cesion, y traspassamiento que và incorporado, y todo lo en ella contenido, por lo qual traspassò el Mayorazgo, que avia sido de Don Juan (7), y le avia dexado el Don Rodrigo (18), à su nieto (35), y los frutos, y rentas, y los 51ij. mrs. que pertenecian à la dicha Doña Maria, y el alzamiento, y quitamiento, que hacia de los frutos, y rentas de los dos Donadios de Montemolin, y Texadilla, segun, y en la manera que se contienen en las dichas Escrituras, lo que confirmaban sus Magestades, segun mejor, y mas cumplidamente al dicho D. Rodrigo (35), y sus herederos convenia.*

59. *Para que à dicha Doña Maria, ni à los que despues de ella, segun la disposicion de dicho Mayorazgo, y de la donacion, que el Don Juan (7) hizo à Don Pedro (14), y de las licencias, y confirmaciones de los Señores Reyes, pudiesse succeder en dicho Mayorazgo, no qaedasse Señorio, Propiedad, Possession, derecho, ni razon, ni accion alguna, ni al Mayorazgo, ni à la Ciudad de Arcos, Villa de Marchena, y otras Villas, Lugares, Heredamientos, y bienes, ni en ella, y todo lo que pudiesse pertenecer, assi à Doña Maria, como à sus descendientes se acrece, y traspassa, y pertenece à dicho Don Rodrigo (35), à los que despues dèl han de succeder en el dicho Mayorazgo, segun la disposicion del*

del Don Rodrigo (18), y pudiesse el de la casa (35) aprovecharse contra Doña Maria, y sus descendientes, y otras qualesquiera personas, contra quien la Doña Maria antes de hacer la cesion, se pudiera aprovechar.

60. Y para mayor validacion de ello aora de nuevo lo otorgaron sus Magestades, è interpusieron en todo su Decreto, y Real autoridad, y suplieron qualquier defecto de substancia, ò solemnidad, que buviesse intervenido en la licencia de la dicha igualanza, y donacion, y aprobacion de Don Antonio Alvarez, y quisieron sus Magestades fuesse firme para siempre jamàs, y que no se pudiesse contradecir, ni impugnar por Doña Maria (32), ni por sus descendientes despues de ella, sin que à lo referido pudiesse embargar, que Doña Maria sea menor de edad, ni el anejamiento de bienes raices, y de Mayorazgo, y de tan grande Patrimonio, y Señorio, y rentas, y que lo aya traspassado sin autoridad del Curador, y sin Decreto de Juez, y sin proceder conocimiento de causa, ni paracer que la buviesse, que justa, ni necessaria fuesse, ni que le buviesse sido lesa en mas de la mitad del justo precio, ò en grande manera enormissimamente, y por ser tan poca la cantidad que por ello recibe, y sin embargo de la donacion, y possession, que Don Juan (7), hizo, y diò à Don Pedro (14), y las confirmaciones de los Señores Reyes, aunque en dichos instrumentos se contuvieran prohibiciones, juramento, y pleyto omenage, ò que no interviniera insinuacion en la donacion, y todas las demàs causas, que se pudiesse decir que no valiesse.

61. Pues sin embargo de todos los dichos defectos, y de otros qualesquiera, que se pudiessen oponer à dichas Escrituras por remedios ordinarios, ò extraordinarios, y leyes, y Pragmaticas, que en contrario dispusiessen, sus Magestades de su propio motu las validaban, y mandaron, que sean validas, y firmes para siempre jamàs dicha igualanza, y donacion, y fuessen de dicho Don Rodrigo, y sus successores, todo, y qualquier Señorio, derecho, accion, y remedio, que antes residia en la dicha Doña Maria, y que qualquiera obrepcion, ò subrepcion buviesse intervenido en la licencia que à la susodicha se le dió, ò qualquier otro obstaculo de hecho, ò derecho, ò qualquier reclamacion, ò protestacion que buviessen hecho, y hicieran los dichos Doña Maria, y Don Antonio, aunque sea por causas justas, y verdaderas, todo lo dispensaban, y quitaban sus Magestades, y lo revocaban, y querian que no valiesse, ni la Doña Maria, ni sus descendientes despues de ella, se pudiessen de ella aprovechar, y las Leyes que disponian, que las cartas que fueran dadas contra derecho, ò en perjuicio de tercero, fuessen obedecidas, y no cumplidas, aunque tengan qualquiera Clausulas, y firmezas, y se haga en ella expressa mencion de las tales leyes, en quanto à esto aviendolas aqui por incorporadas las derogaron sus Magestades, y mandaron à los Señores del Real Consejo, y Chancilleria, &c. hiciessen guardar todo lo contenido en esta Carta, sin que se contraviniesse à ella, &c.

§. VI.

62. DEl hecho que queda relacionado se deduce claramente, que todo quanto preten-

tende, y solicita el Conde de la Coruña en su Demanda, se halla legitimamente transigido entre sus Autores, y los del Señor Duque de Arcos; y la razon es, porque el vnico derecho que propone, y deduce en ella el referido Conde, es el que dice que tuvo, y le perteneció para succeder en los dichos Estados de Arcos, Baylèn, y sus agregados, à Don Luis Ponce de Leon (24), su octavo Abuelo, hijo mayor de Don Pedro (14), el qual fue asimismo hijo mayor de Don Juan Ponce (7), y en virtud de este derecho que supone tener, pretende, que se le manden restituir los expressados bienes, y que à ello se le condene al Señor Duque de Arcos, como assi se expressa literalmente en la referida Demanda.

63. Ibi: *Con que por todos medios se evidencia el notorio derecho, que assiste à mi Parte* (lo es el Conde de la Coruña) *à la succesion de dichos Estados de Arcos, y Baylèn con exclusion de dicho Duque; por tanto, y vsando no solo del derecho reservado en la Sentencia de Tenuta, sino tambien del que à mi parte le assiste para succeder en los referidos Estados de Arcos, y Baylèn, y sus agregados, como octavo nieto legitimo de Don Luis Ponce* (24), *hijo mayor de Don Pedro* (14), *que fue hijo primogenito del Conde Don Juan. A.V.A. pido, y suplico se sirva de condenar à el dicho Duque de Arcos à que buelva, y restituya à mi parte el dicho Ducado de Arcos, &c.*

64. Y este mismo derecho fue el que propuso, y renunció la dicha Doña Maria Ponce (32) en la Escritura de translaccion, que queda relacionada; expressando en ella *Que entre la susodicha, y D. Rodrigo Ponce* (35) *tenia, y se esperaba aver pleytos, y debates sobre la Ciudad de Arcos, y Villa de Marchena, y sobre las Villas, y Lugares, y bienes pertenecientes à el Mayorazgo que fue, y fincò de Don Juan Ponce de Leon su Visabuelo* (7), *cuyo Mayorazgo le pertenecia como hija mayor de D. Luis* (24), *hijo mayor del D. Pedro* (14), *quien fue el hijo mayor del D. Juan* (7), *&c. Y siendo sabidora de su derecho otorgò por sì, por sus herederos, y successores vniversales, y singulares, que se desistia, y apartaba del derecho que tenia, ò pudiesse tener à la dicha Ciudad de Arcos, Marchena, Rota, y Baylen, y de todas las Villas, &c.*

65. De modo, que lo que transigiò, y renunciò por sí, y por sus descendientes, y successores Doña Maria Ponce (32), como hija legitima de Don Luis Ponce (25), hijo mayor del D. Pedro (14), esso mismo pretende oy, y deduce en su Demanda el Conde de la Coruña, como octavo nieto del dicho D. Luis (24), hijo mayor del D. Pedro (14).

66. Sin que el dicho Conde de la Coruña tenga, ni aya propuesto otro derecho alguno, para fundar la pretension que ha deducido; pues aunque en su Demanda dixo, *que vsaba del derecho que le reservò la Sentencia de Tenuta*; esto de nada sirve, pues las reservas á nadie le dan derecho, y solo sirven de conservarle á cada vno el que tuviere. Surd. *consil.* 152. *n.* 8. D. Castill. *tom.* 4. *Controv. cap.* 16. *n.* 26. Dom. Salgad. *in Labyr. Credit. part.* 4. *cap.* 7. *n.* 63. ibi: *Quia*

reservationis natura est, nec tribuere ius, nec auferre. Et in part. 4. de Reg. Protect. cap. 7. n. 104. ibi: *Iuris reservatio facta in sententia conservat ius gravato competens.* Parlador. *lib. 2. Rer. Quotid. cap. fin. §. 12. n. 5.* ibi: *Quæ quidem reservatio, & si nihil nobi iuris tribuat conservat tamen ius in cuius gratiam reservatur.*

67. Y no ay, ni puede aver duda, en que la dicha transaccion fue valida, y legitima, por averse celebrado con todos los requisitos, y solemnidades prevenidas por derecho, y en virtud de la Real Facultad que para ello se concediò, y averse aprobado por otra, que se obtuvo posteriormente á pedimento de todas las partes, que celebraron el convenio; mediante lo qual, es visto, que obrò, y produxo sus efectos, y lo son, el impedir que se buelva à litigar sobre lo mismo, que ya quedò finalizado, y transigido: *Post absolutum dimissumque Iuditium nefas est litem alteram confurgere ex litis primæ materia.*

68. Y tampoco puede dudarse, que en el caso presente concurren, y se verifican las tres identidades prevenidas por Derecho, pues por lo que hace à las personas, es cierto, que las que oy litigan en este pleyto son las mismas representativamente, que intervinieron en la dicha transaccion, porque como ya queda dicho, el Conde de la Coruña propone su Demanda por representacion de la dicha Doña Maria Ponce su octava Abuela, y el Señor Duque de Arcos funda su defensa, por representacion de Don Rodrigo Ponce de León (35) su sexto Abuelo: y para que se verifique la identidad de las personas que la ley previene, no es necessario, que real, y fisicamente sean las mismas, pues basta q̃ lo sean representativamente, Surdus, *consil. 312. num. 20.* Giurb. *decis. 20. à n. 1.* Dom. Salgad. *de Retent. Bullar. part. 1. cap. 12. num. 20. & in Labyrint. credit. part. 3. cap. 1. num. 181.* ibi: *Et in hac materia, vt obstet exceptio rei iudicatæ sufficit quod eadem sit persona, vere, vel interpretative.* Dom. Castill. *lib. 5. Controver. cap. 104. num. 26.*

69. Y por lo que hace à la identidad de la cosa, ya queda calificado con evidencia, que todo quanto la dicha Doña Maria Ponce (32) incluyò, y renunciò en la expressada transaccion, esso mismo es lo que oy incluye, y comprehende en su Demanda el Conde de la Coruña. Y lo mismo acaece por lo tocante á la tercera identidad, pues ya queda expuesto, y advertido, que la misma accion, y derecho que la Doña Maria Ponce (32) propuso en la transaccion que tenia para succeder en los dichos Estados, y Mayorazgos, esse mismo es el que ha deducido, y propuesto el Conde de la Coruña en la expressada Demanda.

70. Sin que pueda obstar à lo referido, el que la Doña Maria Ponce (32) no huviesse deducido en juicio los derechos que propuso, y renunciò en dicho acto, y que de aqui se pretenda inferir por el dicho Conde de la Coruña, el que la mencionada transaccion, no pudo ser efectiva, ni producir excepcion impe-

peditiva de la contestacion de la demanda, mediante à no aver avido, ni tenido la Doña Maria pleyto alguno que transigir, y ser requisito essencial de la transaccion el q̃ entre las Partes que la celebran aya lite, ò juicio pendiente que se transija. Ioannes Gutierr. *de Iuram. Confirm. p.* 3. *cap.* 2. *n.* 1. D. Gregor. Lop. *in leg.* 22. *tit.* 1. *part.* 7. *Gloss.* 10. Dom. Castillo *lib.* 4. *Controv. cap.* 42. *n.* 26. Dom. Valenz. Velazq. *consil.* 175. *n.* 1. *& consil.* 11. *n.* 32. Barbos. *in Collectan. cap* 7. *de Transact. n.* 3. P. Molina, *de Iustit. & Iur. tract.* 2. *disp.* 556. versic. *Transactionem.* Valeron, *de Transact. tit.* 2. *quæst.* 1. *n.* 5. Jacobus Cancer. *Variar. Resolut. part.* 1. *cap.* 13. *n.* 38.

71. Pues aunque es cierta la doctrina, y theorica antecedente, tambien lo es, el que para la validacion, y consistencia de la Transaccion, no es necessario, que la lite, ó pleyto que se transige, estè principiado, y existente; pues basta el fundado, y probable temor de que lo aya, para que esta futura, y temida lite, se pueda transigir, y assi lo afirman, y defienden Gutierrez, Molina, Barbosa, Castillo, Velazquez, Cancerio, y demàs suptà proxime citados, & etiam tenent D. Larrea, *alleg.* 26. Aceved. *in leg.* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop. n.* 19. Ciriacus Niger. *Controv.* 128. *n.* 87. Gratian. *Discept. Forens. discept.* 400. *n.* 25. Cabrer. *de Metu lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 6. Valeron, *de Transact. tit.* 2. *quæst.* 2. *fere per tot. & signanter n.* 9. ibi: *Verissimum enim est futurę litis timore transigi posse; quid enim interest an lis præsens sit, vel futura, vt transigi de ea possit.*

§. VII.

SATISFACESE A LAS OJEPciones que se oponen de contrario.

72. Contra la dicha transaccion opone el Conde de la Coruña varios defectos, y reparos que dice influyen insanable nulidad en el convenio, y que como acto notoriamente nulo, no puede producir la excepcion que se ha propuesto por parte del Sr. Duque, ni ser impeditiva de la litis contestacion de la expressada Demanda; pero ninguno de los dichos reparos puede ser admissible, ni desvanecer el derecho que à el Sr. Duque, y á sus Autores se les adquirió con la dicha transaccion, como se acredita por los fundamentos siguientes.

73. Lo primero, porque aunque es regla inconcusa, y general, el que contra las dichas transacciones, aunque estèn executadas en virtud de la facultad del Principe, se pueden oponer los mismos defectos, y nulidades, que á las que se executen sin ella, Peregr. *de Fideicom. articul.* 52. *n.* 39. versic. *Quod Principis Rescriptum.* Fusar. *de Substitut. quæst.* 562. *num.* 11. *y* 12. Menoch. *consil.* 508. *n.* 26. D. Molin. *dict. cap.* 9. *n.* 33. *& seq.* D. Castill. *de Alim. cap.* 36. §. 2. *n.* 77. Mantic. *de Tacit. & Ambig. Conv. lib.* 26. *tit.* 9. *n.* 32. Valeron, *de Transact. tit.* 2. *quæst.* 3. *num.* 17. *& tit.* 4. *quæst.* 2. *n.* 29.

74. Tambien es cierto, y constante, que muchos, y graves Autores limitan la expressada regla, en el caso de que la transaccion se

aya obſervado por mucho tiempo; aſsi como de 30. años, pues entonces dicen, que no ſe debe admitir reparo alguno contra ella, porque todos los defectos ſe purgan con la antigua, y ſubſiguiente obſervancia. Dom. Molin. *de Primog. lib.* 4. *cap.* 9. *n.* 37. *& Addent. dict. cap. & num.* 33. ibi: *Hæc recepta ſententia limitatur primo quando huiuſmodi tranſactio per plures annos obſervata eſt.*

75. Y tambien la limitan quando el Principe aprueba la tranſaccion, con pleno conocimiento de cauſa, y de cierta ciencia, ò quando vſa de la clauſula de *plena poteſtad*, ò quando dice, que ſuple *todos, y qualeſquiera defectos*, ò quando la tranſaccion es *geminada, y el Principe la confirma*; aſsi lo afirman los Add. al St. Molin. *in dict. n.* 35. con otros varios Autores que citan, ibi: *Limitatur ſecundo quando Princeps adhibita plena cognitione cauſæ, & ex certa ſcientia talem tranſactionem confirmat:: & vbi Princeps vtitur clauſula DE PLENITUDINE POTESTATE:: & vbi adeſt clauſula ſuplens omnes defectus:: & quando tranſactio eſt geminata, & Princeps eam confirmat.*

76. Y todas eſtas limitaciones ſe verifican en nueſtro caſo, porque ſi ſe atiende à la primera, ſe halla, que no ſolo ſe ha obſervado la dicha tranſaccion por eſpacio de los 30. años, que requieren los Autores, ſino por el de 270. que han corrido deſde el de 1494. que ſe hizo la dicha tranſaccion haſta de preſente.

77. Y ſi ſe atiende à las Clauſulas, y expreſsiones que contuvo la Real Facultad, en cuya virtud ſe otorgò, en ella eſtàn todas quantas previenen los Autores aun con mayor eficacia, y extenſion, por que en quanto à la de *cierta ciencia, &c.* ſe halla, que los Señores Reyes Catholicos, deſpues de averſe hecho cargo, y tomado individual noticia, y conocimiento de los derechos de las partes, ſu caracter, y pretenſiones, y del eſtado de las coſas, puntos, y particulares en que avia de conſiſtir la tranſaccion, y las juſtas cauſas que les movian á otorgarla, dixeron los dichos Señores Reyes: *que à los dichos Don Rodrigo, Doña Beatriz, y Doña Maria* (17. 32. *y* 35.) *les concedian facultad para hacer la dicha tranſaccion, con qualeſquiera vinculos, firmezas, y clauſulas que quiſieſſen, las quales de proprio motu, cierta ciencia, y poderio real abſoluto confirmaban, y aprobaban, &c.*

78. Y tambien dixeron, *que ſuplian, y ſuplieron todos, y qualeſquiera defectos de ſubſtancia, ò ſolemnidad, que en la contrata, ò inſtrumento que ſe hiziera ſobre lo referido interviniеſſen:: y que en las dichas clauſulas, y convenciones interponian ſu Decreto, y Real Autoridad, para que valgan, y ſe guarden inviolablemente, para ſiempre jamàs, annque por ello ſe perjudique, y quite el derecho de terceros deſcendientes de la Doña Maria, &c.* Con que es viſto hallarnos en los caſos terminantes de las dichas limitaciones, y que ſegun ellas no puede ſer admiſsible ningun reparo, que ſe quiera oponer à la dicha tranſaccion.

79. Y lo ſegundo, porque todos quantos ſe le han opueſto por

el

el dicho Conde de la Coruña, son absolutamente despreciables, y se hallan desvanecidos de los mismos Autos, como se acredita con evidencia, examinado en particular cada vno de los dichos reparos, y la satisfaccion que se les dà por el Sr. Duque, los quales son en la forma que se sigue.

§. VIII.

PRIMERA OJEPCION.

80. EL primer reparo, que se opone contra la dicha Transaccion, es decir, que la Doña Maria Ponce de Leon (32), que la executò, no pudo con ella causar perjuicio à los demás llamados, y successores en los dichos Estados, y Mayorazgos, pues cada vno de ellos viene por su propio, y particular llamamiento, segun la voluntad de los Fundadores. D. Valenz. Velazq. *tom.* 1. *consil.* 97. *n.* 130. D. Larrea, *decis.* 34. *n.* 58. D. Castillo, *lib.* 3. *Controv. cap.* 15. *n.* 70. Alvar. Peg. *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 10. *n.* 439. Casanat. *consil.* 2. *num.* 1. Mieres, *de Maiorat. part.* 2. *quæst.* 24. *n.* 47. Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 17.

81. Y por esta razon no puede tener validacion, ni subsistencia la transaccion, que se executa por el posseedor del Mayorazgo, ò por alguno de los llamados, sobre enagenar, ó gravar los bienes de su dotacion, ò sobre el curso, y orden que deba seguir la succesion: pues nada de lo que en esta razon se executare, y transigiere, puede subsistir en perjuicio de las lineas, y personas, que segun la disposicion de derecho, y la voluntad del Fundador debieren succeder. *Text. in leg. Peto* 69. §. *Fratre* 3. *ff. de leg.* 2. *& in leg. Si dictum*, §. *Si compromissero*, *ff. de eviction.* Arias Pinel. *in leg.* 1. *C. de bonis Matern. part.* 3. *num.* 46. Gometius, *in leg.* 40. *Taur. n.* 86. Dom. Gregorius Lopez, *in leg.* 10. *tit.* 26. *partit.* 4. *column.* 5. Dom. Solorz. *de Iur. Indiar. lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 57. Valeton, *de Transact. tit.* 4. *quæst.* 1. *num.* 1. *& quæst.* 2. *num.* 6. Capit. Latr. *consult.* 23. *num.* 50. *&* 51. Dom. Molina, *de Primog. lib.* 4. *cap.* 9. *à n.* 7.

¶.

82. Pero este reparo se desvanece atendido, el que aunque es cierto, que sobre la succesion de los Mayorazgos, ó enagenacion de los bienes de su dotacion, no puede ser valida la transaccion que se hiciere; tambien es constante, que esto se limita en el caso, de que se execute con justa causa, y autoridad del Principe, pues entonces nadie duda, que la transaccion es valida, y legitima, *per Text. in cap.* 1. *de Transact. & in cap. Examinata de confirmat. vtili, vel in vtili*, Arias Pinel. *in dict. leg.* 1. *C. de bonor. matern. part.* 3. *num.* 50. Mieres, *de Maiorat. part.* 4. *quæst.* 22. *n.* 5. Padilla, *in leg. Vnum ex familia*, §. *Si de falcidia*, *ff. de leg.* 2. *num.* 20. Peregrin. *de Fideicomm. artic.* 2. *num.* 18. Valeton, *de Transact. tit.* 4. *quæst.* 2. *fere per tot. & signanter num.* 59. ibi: *De his etiam transactionibus, quæ super successionibus fiunt pariter affirmandum est nullius esse momenti, quo ad hoc vt sequentibus successoribus præiu-*

ditium inferant, nisi facultas regia accedat.

83. Y el Señor Don Luis de Molina, en el dicho *lib.4. cap. 9. n. 21.* no solo sigue, y aprueba la opinion, ò (por mejor decir) la inconcusa, y vniversal Sentencia de todos los Autores, sino que dice que seria absurdo el afirmar lo contrario, y quererle restringir al Rey su potestad, ibi: *Absurdum namque foret adeo, Principis Potestatem restringere, vt in causis Maioratuum non posset partibus facultatem præstare vt à litibus desistant, causæque transactione, vel compromisso componantur.* Con que aviendose executado la referida transaccion con justa, y legitima causa, y en virtud de la Real Facultad que para dicho fin se concediò, y en ella se inserta, y aprobadose despues por otra de tanta, y mayores extensiones, y ampliaciones: se sigue, y evidencia claramente, el que no solo se debe estimar valida, y legitima, sino tener por absurdo, y temeridad el impugnarla.

84. Y el que huviesse avido justa causa, para que su Magestad dispensasse, y concediesse la citada Real Facultad, se acredita, lo vno, atendida la elevada calidad, y circunstancias de las personas transigentes, y los dilatados, y ruydosos pleytos que entre ellos podian seguirse, que son las causas que proponen los Autores, Dom. Molina, *dict. cap. 4. num. 20.* ibi: *Primo nisi ad id Regia facultas interveniat: Regia namque facultate interveniente nulli dubium nisi quod id fieri valeat dummodo causa legitima ad id efficiendum interveniat, veluti si lites sint inter magnos Principes, & Proceres atque optimates, lisque sit diu duratura, scandalaque ex illa exoriri sperentur, vel alia similis causa ocurrat.*

85. Y lo otro, el que los mismos Señores Reyes Catholicos en la dicha Real Cedula, y facultad que concedieron, para otorgar la dicha transaccion, expressaron, *que para ello avia justas, y legitimas causas,* ibi: *Y sus Magestades atendiendo à el bien de la paz, y que las causas eran vrgentes, y serle mas provechoso hacer la dicha concordia, que no seguir los pleytos, y por otras justas causas cumplideras à el Real Servicio de su Magestad, de lo qual avian mandado hazer, y se hizo cierta informacion, les concedian dicha facultad, &c.*

86. Y quando en la Real Facultad, que se concede para el otorgamiento de semejantes transacciones, se expressa por el Principe que huvo justa causa para ello, se cree, y tiene por cierto, sin necesitarse de otra prueba. D. Molina, *de Primog. dict. cap. 19. n. 21.* & ibi Add. Dom. Valenz. Velazq. *consil. 4. à n. 116.* Dom. Salgad. *de Reg. Protect. part. 1. cap. 1. n. 14.* Joann. Garcia, *de Nobilit. Gloss. 1. à num. 10.* Valeron, *de Transact. tit. 4. quæst. 2. num. 21.* ibi: *Ex sola vero Principis assertione absque alia probatione satis probari causam talem interveniisse ad faciendam transactionem tenent Addentes ::: & quia in Principe iuxta causa præsumitur, & contra eius assertionem non admititur probatio in contrarium.*

87. Ademàs de que quando ay duda, sobre si la causa de dispen-

sar,

far, ó conceder la licencia es justa, ò no, basta para su validacion el que intervenga el assenso del Rey, pues este le dà validacion, y firmeza. Noguer. *aleg.* 32. *n.* 168. Ciriac. Niger. *tom.* 1. *Controv.* 172. *n.* 76. D. Salgad. *part.* 2. *Labyr. cap.* 9. *n.* 72. D. Castill. *de Aliment. cap.* 36. *n.* 77. Mantic. *de Tacit. Convent. lib.* 26. *tit.* 9. *num.* 32. Add. ad D. Molin. *lib.* 4. *cap.* 9 *n.* 33. ibi: *Quando adest dubium an causa dispensandi, vel concedendi facultatem sit iusta, vel non, assensus regius validitatem, & firmitatem actui præstat.* Y como arriba queda expuesto, no solo intervino el Real assenso para otorgar la dicha transaccion, sino que despues de hecha se confirmò, y aprobò por los Señores Reyes Catholicos.

§. IX.

SEGUNDA OBJECION.

88. OTro de los reparos, que por la parte contraria se le oponen à la dicha Transaccion, es decir, que la Real Facultad en cuya virtud se executò, no le pudo dar validacion alguna, por averse obtenido con vicio de obrepcion, à causa de que en la impetra, y representacion que Doña Beatriz Pacheco (17) hizo para ello, expresò solamente, *que avia puesto la Doña Maria Demanda sobre la succesion, en virtud de la Fundacion hecha por el Conde D. Juan* (7), *en favor de Don Pedro* (14) *su hijo primogenito, ocultando como esta avia tenido efecto por causa honerosa de matrimonio.* (*Memor. num.* 294.). Y que aviendo intervenido este vicio, no pudo tener validaciõ, ni subsistencia la dicha transaccion, ni darsela la Real Facultad, que para ello se concediò.

¶.

89. Pero esta rèplica no puede tener lugar, à causa de fundarse en vnos hechos totalmente siniestros, y contra lo mismo que resulta de los Autos, como se acredita de q̃ la impetra de la Real Facultad, que se obtuvo para la dicha Transacciõ, no se hizo solamente por Doña Beatriz Pacheco (17) (como quiere dar à entender el Conde de la Coruña), y sì se executò por la misma Doña Beatriz, y por D. Rodrigo Ponce (35), y la dicha Doña Maria Ponce de Leon (32), septima Abuela del Conde de la Coruña, como assi consta de la expressada Real Cedula, que se menciona à el num. 37. del Memorial.

90. Y por lo que hace à que en la dicha impetra se dixo, *que la Doña Maria avia puesto Demanda sobre la succesion*, es assimismo siniestro, y contra verdad; porque lo que se expuso fue, *que la Doña Maria queria demandar judicialmente à el D. Rodrigo las Ciudades de Arcos, Mayrena, &c.* expressando, y refiriendo los fundamentos, y motivos que tenia para ponerla, que son los mismos de que oy se vale para la suya el Conde de la Coruña.

91. Y en quanto à el particular de aver ocultado, y omitido en la impetra de dicha Real Cedula, *el que la Fundacion que avia hecho el Conde D. Juan* (7), *en favor de su hijo D.*

Pe-

Pedro (14), *avia sido, y tenido efecto por causa honerosa de matrimonio*: es cierto, que todo este particular se omitiò, y dèl no se hizo mencion alguna en la preces, ó impetra de dicho Rescripto, pero esto no fue por ocultar lo cierto, sino es por ser como es supuesto, y contra verdad, el que tal hecho huviesse acaecido, porque ni el Conde Don Juan hizo fundacion alguna de Mayorazgo en cabeza de su hijo Don Pedro (14), ni las diligencias de reconocimiento, y demàs que practicò à favor de el susodicho, fueron por causa honerosa de matrimonio, ni de ello ay mas enunciativa en todo el pleyto, que las voluntarias, y divinatorias expresiones que el Conde de la Coruña ha hecho en su Pedimento. Con lo qual queda satisfecha, y desvanecida la mencionada réplica.

§. X.

TERCERA OJEPCION.

92. OTro de los reparos que se oponen à la transaccion, es decir, *que en ella, y en la impetra de la Real Facultad que se obtuvo para executarla, se expuso, y afirmò, que el referido convenio le seria muy vtil à la Doña Maria* (32), *siendo assi, que este nunca le podia tener vtilidad, pues en recompensa de tan quantiosa renùncia ofrecieron darle quatro quentos de maravedis, que no le pagaron, y esto con bienes, y caudal propio de la Doña Maria, que son los Donadios de Montemolin, y Texadilla, y el Juro de 51ỻ. mrs. que le avia legado el Conde Don Juan* (7) *à Don Luis Ponce su nieto* (24), *de los que se avia apoderado el Don Rodrigo* (18), *y por tanto en su Testamento mãdò, que se le restituyessen à la Doña Maria*, con todo lo demàs que se expresa al n. 293. del Memor.

93. Concluyendo el Conde de la Coruña su reparo, y alegato con decir, *que de todo ello notoriamente se infiere, la lesion enormissima alegada por algunos de sus ascendientes; sacando por medio de dicha llamada transaccion, de la linea primogenita los opulentos Mayorazgos que le pertenecian, y tambien los bienes que el Conde Don Juan avia legado à su nieto Don Luis*; conspirando todo ello, à quetet fundar q̃ la transaccion referida no puede impedir la cõtestacion de la Demanda puesta por el Conde de la Coruña, respecto de aver intervenido lesion enormissima, y ser motivo suficiente para que se rescinda, ex Mantica, *de Tacit. & Ambig. Conv. lib. 26. tit. 9. à n. 29.* Burgos de Paz, *consil. 19. à num. 18.* Surd. *consil. 451. n. 9.* Morla, *in Empor. Iur. tit. de Transf. quæst. 2. num. 10.* Stephan. Gratiano, *Discept. Forens. discep. 788. num. 1.* Dom. Molina, *de Primog. lib. 4. cap. 9. num. 34. & seqq.* Dom. Olea, *de Ces. Iur. & Action. tit. 2. quæst. 1. à n. 50.* Valeron, *de Transf. tit. 6. quæst. 2. à num. 45.* Jacob. Cancer. *Variar. resolut. part. 1. cap. 13. n. 54.*

¶.

94. Pero esta replica, y ojepcion se desvanece, negando, el que en la transaccion referida huviesse avido la lesion, y agravio, que se supone en perjuicio de la Doña

Ma-

Maria Ponce (32), y su linea, pues no solamente no la huvo, sino que à la susodicha le fue de conocida vtilidad, y beneficio, y no se le causò detrimento, ni perjuicio á sus descendientes, como se acredita de los fundamentos, y consideraciones siguientes.

95. Lo primero, porque para otorgar la referida transaccion, precedió el averse hecho informacion de testigos, y por ella constò, y se justificò, que el referido convenio le era de vtilidad, y beneficio á la dicha Doña Maria; cuya justificacion se tuvo presente al despacho, y expedicion de la citada Real Cedula, como en ella misma se expressa, ibi: *Y serle mas provechoso hacer la dicha concordia, que no seguir los dichos pleytos, de lo qual avia mandado hacer, y se hizo cierta Informacion, &c.*

96. Lo segundo, porque la misma Doña Maria Ponce enterada de sus derechos, y de lo que transigia, y ajustaba, confessò en el referido instrumento, y en la impetra de la dicha Real Facultad, que lo que en èl se avia concertado le era à la susodicha de conocida vtilidad, y beneficio, y aun mucho mas que al Don Rodrigo, ibi: *Y reconociendo ambas partes serles vtil, y provechoso dicha igualanza, especialmente à dicha Doña Maria, que por razon de ella podia, y serìa dotada de quatro quentos de mrs. &c.*

97. Lo tercero, porque no solo la dicha Doña Maria Ponce confessò, que le era vtil, y conveniente la dicha transaccion, sino que tambien executò igual confesion Don Antonio Alvarez su marido, y Don Fernando Alvarez su suegro, Señor de Cedillo, y Secretario que entonces era de los Señores Catholicos, el qual conociendo la grande vtilidad que se le seguia á la dicha Doña Maria con el referido convenio, hizo que su hijo lo aprobasse por Escritura publica, y tambien dispuso, que los Señores Reyes Catholicos lo confirmassen por Real Cedula, que expidieron en vista de todos los dichos instrumentos.

98. Lo quarto, porque no ay, ni puede aver duda, en que à la dicha Doña Maria Ponce se le dieron, y pagaron los quatro quentos de mrs. que se pactaron en la dicha transaccion; pues aviendose estos destinado para su dote, y siendo esto en la ocasion que contraxo su matrimonio con el dicho Don Antonio Alvarez, quien como marido de la susodicha aprobó la transaccion, no es verosimil, ni creible, que huviera dexado de cobrar la referida cantidad, y mas quando para ello concurrian tres circunstancias especialissimas; la primera, el tener por deudor vn hombre tan abonado, y de tan quantiosos caudales, como lo era el Don Rodrigo (35): la segunda, el tener vn instrumento publico, y exequible, como lo era la dicha Escritura; y la tercera, el de tener por su Padre á el dicho D. Fernando Alvarez, actual Secretario de los Señores Reyes Catholicos, à quien le era facilissimo el cobrar la expressada cantidad.

99. Y no ay duda, que to-

das estas circunstancias juntas con el silencio, y transcurso de 260. años, que han passado hasta de presente, persuaden, y acreditan con evidencia, averse pagado, y satisfecho enteramente los quatro quentos de maravedis, que se estipularon en la dicha transaccion. Menoch. *de Præsumpt. lib. 3. præsumpt. 135. num. 3. & 19.* ibi: *Octava est coniectura, quando creditor diu distulit petere extra Iuditium, vel in ius vocare ipsum debitorem cum facile ei fuerit petere, & experiri contra eum, vel eius filios.*

100. Lo quinto, porque es voluntario, y contra verdad el decir, „que los quatro quentos de mrs. que „à la Doña Maria Ponce se le aplicaron en la expressada transaccion, se „los trataban de pagar con lo q̃ era „suyo, respecto de que el D. Rodrigo „se quedaba con los Donadios de „Montemolin, y Texadilla, y con el „Juro de los 51 ỹ. mrs. que eran de la „dicha Doña Maria Ponce, y el Conde Don Juan (7) se lo avia legado „todo ello á Don Luis Ponce (24) su „nieto, Padre de la dicha Doña Maria; pues aunque en la Escritura de Transaccion, y en la impetra de dicha Real Cedula se le consignaron á la dicha Doña Maria quatro quentos de mrs. no fueron todos ellos por recompensa de la separacion, y renuncia, que hacia del tal qual derecho que alegaba tener en los dichos Mayorazgos.

101. Y esto se manifiesta con evidencia de la dicha Escritura, y Real Facultad, que en ella se inserta, pues en ambos documentos se „expressa: Que de los dichos quatro quentos, los 670 ỹ. mrs. avian „de ser por los Donadios de Montemolin, y Texadilla, que eran de „la Doña Maria, por herencia de „su Padre, y Don Rodrigo Duque „de Cadiz (18), mandò en su Testamento, que se los restituyesse, y „si quisiera la dicha Doña Maria „tomar para sí dichos Donadios, y „dexar los dichos 670 ỹ. mrs. lo pudiesse hacer, lo que ella mas quisiesse.

102. „Otros 530 ỹ. mrs. „avian de ser por los frutos, y rentas de los dichos dos Donadios, q̃ „Don Rodrigo (18) mandó se pagassen por su Testamento, y los „otros dos quentos, y 800 ỹ. mrs. „cumplimiento à los quatro quentos, fueron por razon de que la „Doña Maria por sì, y sus descendientes aprobasse el Testamento „de Don Juan Ponce (7), en quanto hacia á el Duque de Cadiz Don „Rodrigo (18), y de su nieto (33), „y porque renunciasse, y cediesse „en el susodicho qualquiera derecho, accion, propiedad, señorio, „ó possession que le pertenecia, ò „pudiesse pertenecer á los bienes de „dicho Mayorazgo, &c. Y assimismo por todo el derecho que la dicha Doña Maria tenia, ò podia „tener à los dichos 51 ỹ. mrs. de el „Juro situado sobre las tierras del „Duque, y à las rentas de ellos, que „dicho Don Rodrigo (18) llevó en „su vida, y le avia dexado el Conde „Don Juan (7) à el D. Luis (24) en „el dicho su Testamento.

103. Todo lo qual persuade ser voluntario, y siniestro el afir-

mar-

mafse por el Conde de la Coruña, que los quatro quentos, que en la dicha transaccion se le ofrecieron à la Doña Maria, se trataron de pagar, ò pagaron con lo que era suyo; pues como queda acreditado patentemẽte, el todo de los quatro quentos no se ofreciò por la renuncia que avia de hacer del tal qual derecho que alegaba tener à los dichos Mayorazgos, y lo que vnicamente se le ofreció por esta razon, fue el residuo que quedasse despues de pagarle à la Doña Maria los dichos Donadios, en caso de no quererlos, y satisfacerle los 515. mrs. y los frutos de vno, y otro de el tiempo que los avia tenido el Don Rodrigo (18).

104. Y lo sexto, y vltimo, porque aquel residuo, ò sobrante de los quatro quentos de mrs. que se le aplicaron á la dicha Doña Maria (32), porque aprobasse el Testamento del Conde Don Juan Ponce, y renunciasse por sì, y sus descendientes, y successores el derecho que tuviesse, ò pudiesse tener à los dichos Mayorazgos, no solo no fue corto, y lesivo (como supone el Conde de la Coruña), sino excesivo, y exorvitante, y tal, que si en ello se pudo considerar alguna lesion, esta la huvo en perjuicio del D. Rodrigo (35), y no en el de la Doña Maria (32).

¶.

105. Este concepto se acredita, de que para medir, y regular la lesion en las transacciones, no se debe computar el valor de los bienes, y Mayorazgos, que se litigan, y el vno possee, con la cantidad que recibe el que los renuncia, y se aparta del litigio, sino lo que se debe atender, y computar es el derecho, y accion que tiene para pretenderlos, con la cantidad que se le dà, porque lo renuncie, y se aparte, y en este intuito, y consideracion, no se puede estimar lesivo, el que à quien litiga, y pretende reivindicar bienes, que valen cien mil doblones, le dén quinientos, ó menos, pues el derecho, y accion que tenga para ello, puede ser tan corto, que se tenga por excesivo el darle los dichos quinientos porque lo renuncie.

106. Assi lo afirma casi con estas mismas voces, y en los propios terminos de nuestra disputa Dom. Molina, *dict. lib. 4. cap. 9. n. 34.* ibi: *In hoc tamen omnes consentiunt quod habita ratione valoris illius rei, quę ex transactione dimissa est, & quantitatis, quæ dimitenti præstita fuit lesio quantumcumque enormissima considerandа non sit; nec enim dici potest transigentem deceptum fuisse ex eo quod rem centum milia aureorum valentem pro mille, vel etiam pro quingentis, seu centum aureis dimiserit, possibile namque esset actionem quæ ad illam rem vindincandam sivi competebat, nec tanti stimari debuisse.*

107. Y en este intuito, y respeto, no ay duda que à la Doña Maria Ponce (32) le fue de conocidissima vtilidad, y beneficio el percebir los dichos quatro quentos de mrs. que se le dieron, y aplicaron en la dicha transaccion; respecto de ser absolutamente desestimable, y de ningun aprecio el derecho que proponia, y alegaba tener à los dichos Mayorazgos. Esto

108. Esto se persuade claramente, de que aunque no ay duda, que Don Pedro Ponce de Leon (14), Abuelo de la Doña Maria, fue el hijo mayor del Conde Don Juan (7), tampoco la ay en que al susodicho, y á los de las Cas. (10. y 16.) los tuvo el D. Juan en Doña Leonor Nuñez (7), en tiempo que se hallaba casado con la Condesa Doña Leonor de Guzmàn (6) su primera muger, y en tiempo que la dicha Doña Leonor Nuñez se hallaba tambien casada con su primer marido, como assi lo expresso literalmente el dicho Don Juan (7) en la impetra que hizo de la Real Cedula de legitimacion del dicho Don Pedro, que obtuvo en el dia 23. de Noviembre de 1438. (*Mem. n.* 9.) ibi: *Por Don Juan Ponce de Leon se acudiò ante su Mag. expressando, que siendo casado avia tenido à Don Pedro Ponce de Leon* (14) *por su hijo en Doña Leonor Nuñez, seyendo ella desposada por palabras de presente con otra persona, y pidiò à su Mag. que habilitasse, y legitimasse à el dicho D. Pedro Ponce, &c.*

109. Y tambien es cierto, que despues de aver fallecido la Condesa Doña Leonor de Guzmán (6), y estando viuda de su primer marido la dicha Doña Leonor Nuñez (7), contraxo con ella matrimonio el referido Conde Don Juan, y durante él tuvieron por sus hijos legitimos à Don Rodrigo (18), y à D. Manuel (20), y por aver esparcido algunas personas el falso rumor de que quándo se celebrò dicho matrimonio, estaba todavia vivo el primer marido de la dicha Doña Leonor Nuñez, el expressado Conde Don Juan acudiò ante su Mag. y relacionando su matrimonio, y que los dichos sus hijos Don Rodrigo, y Don Manuel (18. y 20.) eran legitimos, pero que à mayor abundamiento, y para quitar qualquier reparo, que se pudiera ofrecer, pidió, q̃ se legitimassen, y con efecto por Real Cedula de 20. de Septiembre de 1460. los legitimò su Mag. y declarò por tales hijos legitimos del dicho Conde, con todas las exempciones, y prerrogativas, que se contienen en dicho Rescripto. (*Mem. num.* 26.)

110. En virtud de lo referido, y del Testamento de el dicho Conde D. Juan (7), en que assi lo expressò, declarando à el dicho Don Rodrigo (18) por su hijo legitimo, y primogenito, è immediato successor en su Casa, y Mayorazgos, succediò en ellos el susodicho, y por su muerte succedió Doña Francisca Ponce (27), que casò con Don Luis Ponce su primo (28), nieto legitimo de Don Luis Ponce (12), hermano entero del Conde D. Juan (7), y en el dicho matrimonio celebrado entre el Don Luis, y la Doña Francisca (27. y 28.) tuvieron por su hijo legitimo à el expressado D. Rodrigo Ponce (35), que succediò en los dichos Mayorazgos, y celebrò la transaccion con la Doña Maria (32).

111. En cuyo supuesto no parece que puede aver duda alguna en que el dicho D. Rodrigo era el verdadero, y legitimo successor, y possedor de los dichos Mayorazgos: lo vno, porque por la linea de Don Luis Ponce (28) su Padre, era indubi-

bitado, y legitimo descendiente de los Fundadores, y lo fueron D. Pedro Ponce de Leon (1), Señor de Marchena, y Don Pedro Ponce de Leon (2), primer Conde de Arcos, Padre del Conde Don Juan (7), y del dicho Don Luis Ponce (12), Sr. de Villa Garcia, y segundo Abuelo legitimo del Don Rodrigo transigente (35).

112. Y lo otro, porque si al dicho Conde Don Juun (7) se le contemplasse Fundador de dichos Mayorazgos, en ellos era preciso, que succedisse el dicho Don Rodrigo por ser segundo nieto legitimo de dicho Conde, y hallarse constituìdo en la linea primogenita, que formò Don Rodrigo Ponce (18), hijo legitimo, y primogenito de dicho Conde Don Juan, y por tal declarado en el Testamento, con que este falleció, *per Text. in leg. 2. tit. 15. part. 2. & in leg. 40. Taur. quæst. lex 5. tit. 7. lib. 5. Recop. eiusdem tit.* Roxas, *de Incomp. part. 1. cap. 6. num. 153.* D. Molina, *de Primog. lib. 3. cap. 6. num. 39.* Dom. Covarr. *Practicar. quæst. cap. 38. num. 8.* Mieres, *de Maiorat. part. 2. quæst. 4. illat. 3.* Giurba, *de Succes. Feud. §. 1. Gloss. 1. à num. 4.* Dom. Vela, *dissert. 11. num. 80.* Gutierr. *lib. 2. Pract. quæst. 8. à num. 1.* Dom. Castill. *lib. 5. Controv. cap. 93. num. 5.*

¶.

113. Pero aun se hace mas patente la exclusion de la susodicha, atendidos, y examinados los titulos, y medios de que se intentò valer, y en que pretendiò fundar el derecho, que suponia tener à la referida succession; estos se reducian à decir, ibi: *Que todos los dichos bienes le pertenecian à la Doña Maria, por virtud de cierto contrato de Mayorazgo, y donacion, que el Conde Don Juan (7) con licencia, y autoridad del Señor Rey Don Juan le hizo, y constituyò al dicho Don Pedro (14) su hijo mayor legitimo, y à sus descendientes legitimos, el que despues se avia confirmado, y aprobado por los Señores Don Juan, y Don Enrique, en el qual Mayorazgo dispuso el dicho Conde Don Juan, que Don Pedro, y sus descendientes huviessen por Mayorazgo la Villa de Arcos, que ya era Ciudad, Marchena, Rota, y otros bienes, que huvo el dicho Conde Don Juan del Conde Don Pedro (2), y despues de los dias del Don Pedro (14), succediessen los sus descendientes, y traspassò en el susodicho su Condado, y Mayorazgo, y desde entonces para despues de sus dias, le hizo recebir en la possession dèl, la que se le diò en cierta forma, sobre que hizieron los Alcaldes pleyto omenage,* con todo lo demàs que se expressa en el *Mem. num. 35.*

114. Y de toda esta narrativa, que fue la que hizo la Doña Maria (32), para exagerar los derechos que suponia tener à dichos bienes al tiempo de otorgar la transaccion, se deduce claramente el ningun fundamento que le assistia, y que todo quanto proponia se hallaba destituìdo de apoyo legal, y esto se convence, y acredita por los fundamentos siguientes.

115. Lo primero, por ser supuesto, y contra verdad el decir, *que el dicho Conde Don Juan (7) le otor-*

gò *Mayorazgo, y donacion al dicho Don Pedro* (14); pues tal fundacion, ni la hizo, ni la ay en los Autos, y aunque en el dia 20. de Marzo de 1449. pidiò, y obtuvo la Real Facultad, que consta al num. 15. del Memorial, para fundar Mayorazgo en cabeza de dicho Don Pedro; de esta Facultad no consta, que huviera vsado en tiempo alguno, y para que el Mayorazgo quede fundado, y tenga consistencia, no basta que se obtenga Real Facultad para executarlo, sino que es preciso el que de ella se vse, y efectivamente se otorgue la Fundacion, *per Text. in leg. Fin. C. de Consulib. & ibi Gloss. & in cap. 1. de concess. prebend. in 6.* Dom. Molin. *de Primog. lib. 2. cap. 7. num. 68.* D. Greg. Lopez, *in leg. 6. tit. 11. part. 6. Gloss.* verb. *Que la no pudiesse vender*, Dom. Castillo, *lib. 6. Controver. cap. 113. à num. 1.* Dom. Salgad. *de Retent. Bull. part. 2. cap. 12. §. Vnic.*

116. Lo segundo, porque aunque el dicho Conde Don Juan en 21. y 25. de Noviembre de 1448. hizo que los Alcaldes, y Regidores, y algunos vecinos de Arcos, Rota, y Marchena, reconociessen al Don Pedro por immediato, y futuro sucessor de los dichos bienes, y Mayorazgos, con todas las expressiones, que constan al num. 12. del Memor. esto no prueba, ni dice constitucion de Mayorazgo, ni de tal cosa se tratò en aquel acto, el qual solo se reduxo à vna voluntaria declaracion, y reconocimiento que quiso hacer el actual Posseedor, expressando, que quien avia de succeder despues de sus dias, era su hijo Don Pedro (14), y estas expressiones, y declaraciones del posseedor, no podian alterar, ni mudar la succession de dichos bienes, ni perjudicar à los legitimos interessados, Ciriac. Niger. *Controv. 402. à num. 1.* Dom. Vela, *disserr. 48. num. 13.* Dom. Covarr. *in cap. 6. de Testam. num. 56.* Giurb. *de Feudor. §. 2. Gloss. 12. num. 5.* Dom. Solorzan. *lib. 3. Politicor. cap. 12. fol. 331. vers. Aunque.* Dom. Molina, *de Primog. lib. 1. cap. 3. num. 17.* Hermosill. *in leg. 13. tit. 5. part. 5. Gloss. 5. num. 12.* D. Castill. *lib. 3. Controv. cap. 12. à num. 1.* Garcia, *de Nobilit. Gloss. 6. n. 19.*

117. Lo tercero, porque aunque fuera cierta la Fundacion de dicho Vinculo, la misma Doña Maria (32) confessò, que en èl el Conde Don Juan dispuso, que Don Pedro (14), y sus descendientes huviessen por Mayorazgo la Villa de Arcos, que ya era Ciudad, Marchena, Rota, y otros bienes, que huvo el Conde Don Juan del Conde Don Pedro (2), y estando estos como estaban vinculados anteriormente por las Fundaciones, y Testamentos que otorgaron el dicho Don Pedro Ponce, Señor de Marchena (1), y Don Pedro Ponce su hijo (2), primer Conde de Arcos: se sigue, que el dicho Conde Don Juan, no pudo disponer de ellos, por ser agenos, y sugetos à restitucion. *Text. in leg. 12. Tabular.* ibi: *Pater familias vti legassit super pecunia, tutela ve, reisuæ ita ius esto, & in leg. 114. §. 1. & 2. ff. de leg. 1. & in leg. 10. tit. 9. part. 6.* Roxas, *de Incomp. part. 3. cap. 1. num. 19.* ibi: *Plenum atque liberum ius debet habere in bonis ad hoc vt possit institutor de*

eis

eis disponere, & gravamen adque quamlibet conditionem, quam voluerit apponere, quod non procedit quando bona sunt aliena aut alius aliquod ius in eis habet ad succedendum.

118. Sin que por ello pudiera sufragarle la Real Facultad, que obtuvo el Conde D. Juan, y de que no vsò; pues aunq̃ en su virtud huviera fundado Mayorazgo de los dichos bienes; de nada podia aprovecharle la dicha Facultad, y vinculacion, por la misma razon de estar antecedentemente vinculados dichos bienes, y ser agenos, Dom. Salgado, *part. 2. Labyr. cap. 9. num. 60. & seqq. & cap. 10. num. 33.* Pegas, *tom. 2. Ordinam. lib. 1. tit. 13. Gloss. 96. cap. 3. num. fin.* ibi: *Ex quibus infertur non posse Principem concedere facultatem ad hoc, vt Maioratus instituatur de bonis alienis, nec in tertij præiuditium instituì potest, & si concedatur talis facultas observari non debet.*

119. Lo quarto, porque todo quanto executò el Conde D. Juan (7) en favor del Don Pedro Ponce su hijo (14), se reduce à la Cedula de legitimacion, que se consiguió de los Señores Reyes Catholicos en el dia 23. de Noviembre de 1338. el reconocimiento, y declaracion de la futura succesion del Don Pedro, que se executò en Arcos, Rota, y Marchena, en los dias 21. y 25. de Noviembre de 1448. y las Cedulas que obtuvo en el dia 20. de Marzo de 1449. la vna aprobando el acto del reconocimiento antecedente; y la otra, concediendole al dicho D. Juan Real Facultad para disponer de los dichos bienes en favor del referido Don Pedro: y ninguno de estos titulos, y documentos le pudo dar derecho para la succesion de dichos Mayorazgos, ni tenerlo sus descendientes.

120. Y la razon es, porque por lo que hace à la Cedula de legitimacion del Don Pedro: esta se concediò con la expressa Clausula, y condicion, de que fuesse sin perjuicio de los interessados, ibi: *No haciendo perjuicio à los ascendientes, ò descendientes del dicho Don Juan (7) por linea directa, avidos por legitimo matrimonio, en quanto atañe al Mayorazgo, que al dicho Don Juan pertenecia de heredar de su Padre, ni à los otros herederos, ò heredero avidos, ò por aver, ascendientes de legitimo matrimonio de D. Pedro su Abuelo, en quanto atañe à el Mayorazgo.* (*Mem. n. 9.*) Con que es visto, que la dicha legitimacion no pudo darle derecho alguno al Don Pedro en perjuicio del Don Rodrigo (35), y demàs de la linea del Señor Duque, por ser todos ellos descendientes legitimos, y de legitimo matrimonio del dicho Fundador D. Pedro (2).

121. Ademàs, de que aunque la dicha condicion no estuviera expressa en la referida Cedula, lo estaria virtualmente, pues toda legitimacion que se hace por Rescripto del Principe, se entiende sin perjuicio de los que son verdaderamente legitimos, y tienen adquirido derecho à la succesion de los Mayorazgos. *Text. in cap. 1. §. Naturales. si de feudo facta fuerit Controv.* Dom. Covarr. *lib. 3. Variar. cap. 6. num. 7.* Mantic. *de Coniect. Vltim. Volunt. lib. 11. tit.*

11. *num.* 4. Mieres, *de Maiorat. part.* 2. *quæst.* 2. *à num.* 1. Dom. Molina, *de Primog. lib.* 3. *cap.* 3. *à num.* 3. D. Greg. Lopez, *in leg.* 4. *tit.* 15. *part.* 4. *Gloss.* verb. *Todas las honras*, Dom. Castillo, *lib.* 5. *Controv. cap.* 106. *à n.* 1. Garcia, *de Nobilit. Gloss.* 21. *num.* 20. Roxas, *de Incomp. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 9. Dom. Solorz. *de Iur. Indiar. lib.* 2. *cap.* 17. *n.* 33.

122 Y por lo q̃ mira al acto de posseſsion, y reconocimiento executado à favor del Don Pedro (14) en las Villas de Arcos, Rota, y Marchena, ya queda expueſto, y fundado el ningun aprecio que puede merecer esta diligencia; y aunque por Cedula Real se confirmò, y aprobó lo executado, esta aprobacion no le pudo prestar mas derecho, eficacia, ó extenſion, que la que tenia por sì sola dicho acto, pues la aprobacion del Principe no immuta la naturaleza de los contratos, Pereg. *de Fideicomm. artic.* 51. *num.* 89. Noguerol, *allegat.* 32. *à num.* 168. Dom. Salg. *part.* 1. *Labyr. cap.* 9. *à num.* 32. Add. ad Dom. Molina, *lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 33. verſ. *Regula eſt*, ibi: *Quia autoritas Regia non immutat naturam, nec qualitatem contractus*: y en el verſiculo *Regulariter*, ibi: *Regulariter Regia facultas actum validat quantum de iure valere poteſt quia Princeps nulli intendit præiudicare.*

123. Y por lo que hace à la otra Real Cedula, que en el miſmo dia 20. de Marzo de 1449. en que ſe expidió la antecedente, ſe le deſpachò tambien al Don Juan (7), ibi: *Para que pudieſſe diſponer, hacer, y ordenar Mayorazgo del Condado con la Villa de Arcos, Rota, Marchena, ſus Caſtillos, y Fortalezas, y todas las otras Villas, y Lugares de ſu Mayorazgo, y lo dexar, y traſpaſſar para deſpues de ſus dias en el Don Pedro ſu hijo para èl, y ſus deſcendientes, no embargante, que los otros hijos, è hijas del Don Juan, ò qualquiera de ſus deſcendientes, ò tranſverſales fueſſen legitimos, ò legitimados con qualeſquiera Clauſulas derogatorias, &c.* (*Mem. n.* 15.). Este documento no pudo darle derecho alguno á la Doña Maria, ni à ſus deſcendientes.

124. Lo vno, porque como ya queda dicho, el Don Juan Ponce, que lo obtuvo, no vsò dèl, ni fundò Mayorazgo alguno à favor de el dicho Don Pedro, y por el no vſo de dicho Reſcripto, quedò lo miſmo q̃ ſi no ſe huviera concedido, *vt patet ex iam dictis.*

125. Y lo otro, porque no ſolo el dicho Conde D. Juan Ponce (7), no vsò de la expreſſada Real Cedula, ſino que en el año de 1461. acudiò à el Sr. Rey Don Enrique, y le pidiò, y obtuvo otra Real Cedula para fundar, y hacer Mayorazgo de los expreſſados bienes en D. Rodrigo Ponce (18) ſu hijo legitimo, y primogenito, y en ſus deſcendientes; y con inſercion de ella otorgò ſu Teſtamento con que falleciò, y en èl fundò Mayorazgo de dichos bienes, ſegun, y con las Clauſulas, y llamamientos, que conſtan del n. 19. y ſig. del Memor. De que ſe infiere, y deduce claramente, que el dicho Don Pedro Ponce, y la Doña Maria ſu nieta (32) no tuvieron, ni ſe les adquiriò derecho alguno por virtud

de

de la dicha Real Cedula de 20. de Marzo de 1449. para la ſucceſsion de dichos Mayorazgos.

¶.

126. Tampoco pudo fundarlo la dicha Doña Maria en el Teſtamento del dicho Don Juan Ponce, pues aunque ſe le concediera (que tal no ſe hace), el que el ſuſodicho tuvo facultad para immutar, y alterar el orden de ſucceder en los Mayorazgos à que eſtaban afectos, y pertenecian dichos bienes, y hacer por sì otros nuevos llamamientos; es cierto, que en eſte caſo nada podia pretender la Doña Maria, pues à ella, y à ſu linea le precedian la del Don Rodrigo (18), y la de D. Manuel Ponce el Valiente ſu hermano (20).

127. Porque el orden que eſtableciò, y previno dicho D. Juan fue, que primero ſuccedieſſen el D. Rodrigo, y ſus deſcendientes, deſpues el Don Manuel, y los ſuyos, y à falta de eſtos Don Luis Ponce (24) Padre de la dicha Doña Maria, y ſu poſteridad, y eſte no ſe podia alterar, ni prepoſterar en modo alguno. *Text. in leg. Cum pater* 77. §. *A te peto, ff. de leg.* 2. *& in leg. Æquiſimum* 2. §. *Defertur* 4. *ff. de bonor. poſſeſ. ſecund. tabul. & in leg. Filius* 42. §. 2. *ff. de bon. libert.* ibi: *Et ſine dubio qui ſequentis gradus ſunt non admituntur interim cum enim præcedit alia poſſeſsio, qui ſequitur accipere non poteſt. Et in leg. Vnum* 67. §. 7. *ff. de leg.* 2. ibi: *Nec petere quiſquam poterit, quando præferri alius poteſt.* Dom. Larr. *deciſ.* 54. *num.* 3. Mantic. *de Coniect. lib.* 8. *tit.* 18. *n.* 19. Aguil. ad Roxas, *part.* 1. *cap.* 6. *n.* 314. Dom. Valenz. Velazq. *conſil.* 63. *n.* 100. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 2. *num. fin.* Alvar. Peg. *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 10. *num.* 90. *&* 213. D. Caſtill. *lib.* 2. *cap.* 26. *n.* 66. Mediante lo qual, aunque ſe huviera de eſtar á los llamamientos, que el Conde D. Juan hizo en el expreſſado Teſtamento, no pudiera la Doña Maria fundar derecho alguno à la ſucceſsion.

128. Pero aun no eſtamos en eſte caſo, porque el dicho Don Juan Ponce no pidió, ni ſe le deſpachò Cedula alguna para alterar, y mudar los llamamientos de las Fundaciones antiguas, pues la que obtuvo en el año de 1461. è inſertó en el dicho Teſtamento, ſolo fue *para fundar Mayorazgo de ſus bienes, en cabeza de ſu hijo Don Rodrigo* (18), *aunque fueſſe en perjnizio de los demàs bijos*, como de ella miſma ſe manifieſta (*Mem. num.* 16.): y aſsi es viſto, que en quanto à los bienes que ya eſtaban vinculados por ſu Padre, y Abuelo (1. y 2.), que ſon los miſmos que ſe incluyeron en la tranſaccion, no pudo el Conde D. Juan immutar los llamamientos de las expreſſadas Fundaciones.

129. Y aviendoſe de eſtar à ellas, y ſiendo de naturaleza regular, ſe deduce claramente, que el llamamiento que el ſuſodicho le diò à D. Luis Ponce (24), y ſus deſcendientes, en que eſtàn comprehendidos la Doña Maria (32), y el Conde de la Coruña (67), fue notoriamente nulo, y de ningun efecto, pues como provenientes de raiz infecta, è ilegitima,

no podian succeder en dichos Mayorazgos, en tanto que no se huviessen extinguido todos los descendientes legitimos, y naturales de los Fundadores, como lo son el Sr. Duque de Arcos, y todos los de su linea, vt tenet D. Castillo, *lib.* 5. *Controv. cap.* 82. *n.* 49. Mieres, *de Maiorat. part.* 2. *quæst.* 2. *à n.* 134. Balmased. *de Collect. quæst.* 39. *num.* 5. D. Salgad. *p.* 4. *Labyrint. Credit. cap.* 10. *n.* 3. Roxas, *de Incomp. part.* 1. *cap.* 6. *n.* 128. Flor. Diaz de Mena, *quæst. Var. lib.* 2. *quæst.* 16. *artic.* 2. §. 2. *num.* 8. Aceved. *consil.* 24. *num.* 28. Riccius, *consil.* 271. *à num.* 1.

130. De todo lo qual se persuade, y acredita, que la dicha transaccion le fue de grande vtilidad, y beneficio á la expressada Doña Maria Ponce (31), y que no contuvo la lesion que voluntariamente se alega por el Conde de la Coruña, pues la cantidad que se le entregò, no solo fue equivalente, sino es excesiva, en comparacion del ningun derecho, que le assistia à dichos bienes.

§. XI.

QUARTA OJEPCION.

131. OTro de los reparos, que el Conde de la Coruña opone contra la dicha transaccion, „ es decir, que la Doña Maria Ponce (32) no estaba en libertad quando la otorgó, porque la susodicha „ se hallaba en poder de la Doña „ Beatriz Pacheco, quien tambien „ entrò en la transaccion por el D. „ Rodrigo (35), y aviendo despues „ salido de esta coaccion la Doña „ Maria, y puestose en libertad, la „ avia reclamado, y renunciò su derecho en D. Fernando Alvarez su „ hijo (42), para que sin embargo „ de las Reales Facultades con que se „ avia executado la dicha transaccion, la reclamasse, por averse ocultado en ella la verdad à los Señores „ Reyes Catholicos.

132. „ Y que à esto se llegaba, el que el dicho D. Fernando „ (42), en virtud de la dicha renuncia acudiò à esta Corte en el año de „ 1523. y saliò à el pleyto que se seguia entre Don Rodrigo (29), y el „ otro D. Rodrigo (35), y que con „ el motivo de averse hecho entre „ estos la transaccion, que confirmò „ la Sentencia Imperial, se sobreseyò „ en los emplazamientos, que à su „ pedimento se avian despachado, y „ en virtud de Reales Cedulas se entregó el Processo original à el Duque de Arcos. (*Memor. num.* 294.) Queriendo inferir de toda esta narrativa, que la dicha transaccion contuvo nulidad, por la coaccion, y miedo con que la otorgò la dicha Doña Maria (32).

¶.

133. Pero esta rèplica, y ojepcion no puede tener lugar, á causa de que todos los hechos en que se funda son siniestros, y contra verdad; pues ni consta, ni ay prueba alguna de la coaccion, y falta de libertad, que se supone en la dicha Doña Maria Ponce, ni de que esta huviesse estado en poder de la Doña Beatriz Pacheco; y lo que si resulta es, que

en

en aquel tiempo estaba para casarse, como con efecto se casò con el dicho Don Antonio Alvarez Zapata, hijo del dicho D.Fernando Alvarez, Secretario de los Reyes, quienes aprobaron la dicha transaccion, y facilitaron la aprobacion Real; y todo esto excluye el miedo, y falta de libertad, que aora supone el Conde de la Coruña, y no se ha alegado por sus Autores en tiempo alguno.

¶.

134. Tambien es siniestro el decir, *que luego que la Doña Maria estuvo en libertad, reclamò la transaccion, y renunciò su derecho en D. Fernando su hijo, para que la reclamasse*; pues la dicha Doña Maria nunca hizo tal reclamacion, ni opuso nulidad, lesion, ni otro defecto contra la dicha transaccion, y lo que executò 29. años despues, y en el de 523. fue otorgar vna Escritura, por la qual refiriendo su filiacion, dixo: *Que cedia, y renunciaba en D.Fernando Alvarez (42) su hijo, todo el derecho, que expressò pertenecerle à la susodicha, como successora en la Casa de Arcos, Mayrena, Marchena, Rota, y Baylen, y demàs bienes declarados en cierta demanda, que avia puesto D.Manuel Ponce (20), para que en virtud de la dicha cession el D. Fernando los pudiesse demandar*; pero en este instrumento la dicha Doña Maria no hizo mencion alguna de la expressada transaccion, ni tuvo derecho alguno que ceder, y assi es visto ser desestimable, y de ningun efecto dicha rèplica.

****** ******

§. XII.

QUINTA OJEPCION.

135. LA vltima, que se opone por el Conde de la Co. „ruña, es decir, que la dicha „transaccion, y convenio, no se „ha tenido en consideracion, ni „de ella han vsado las Partes, pues „sin embargo de su otorgamiento, „se han movido, y continuado vá. „rios pleytos, y recursos entre las „personas de ambas lineas, descen. „dientes, y successores de vno, y „otro transigente, y que en ellos se „ha despreciado la referida transac. „cion, mandando, que se contestas. „sen las Demandas.

136 Para prueba de este alegato se vale el Conde de la Coruña de cierta Demanda, que puso Don Fernando Alvarez (42) á D.Rodrigo (35), la qual dice: *Que aunque no se le admitiò, por aver salido como Tercero excluyente à el pleyto, que ya tenian transigido el expressado D.Rodrigo (35) y Don Rodrigo Ponce (29), sobre que recayò la Sentencia Imperial; se avia valido el Don Fernando de poner otra Demanda, no como Tercero Opositor à dicho pleyto, y sì separadamente, sobre que se le declarasse successor legitimo de dichos Estados, y que esta la avia contestado llanamente el D. Rodrigo (35), sin aver tomado por efugio la referida transaccion.*

137. *Y que despues de esto D. Antonio Alvarez (50), como Padre del Don Fernando, continuò dicho pleyto, y se le opuso la transaccion, y aviendose alegado sobre dicho articulo, y salido à*

el

el pleyto Don Eugenio Alvarez, se le mandó à el D. Rodrigo, que respondiesse derechamente, lo que se confirmò por Auto de Revista, y quedò executoriado el mismo articulo, que oy se trata; despues de lo qual, el mismo Don Rodrigo avia salido insistiendo en la expressada excepcion, en fuerza de peremptoria, y se substanciò, y quedò concluso. (*Mem. num.* 298.)

138. Tambien dice el Conde de la Coruña, *que contra la dicha transaccion ay otra Executoria, en pleyto que se litigò en esta Chancilleria, y en Tenuta, sobre el Condado de Baylen, y el Estado de Arcos, en el qual se opuso como dilatoria la excepcion de transaccion, y que sin embargo de ella en el año de 1629. se mandò, que el Duque respondiesse derechamente en quanto à el Estado de Baylen, que era lo que vnicamente estaba vacante, y se reservò para difinitiva proveer sobre la excepcion de transaccion que se avia opuesto; y por Auto del Consejo del dia 28. de Septiembre de 619. se confirmò llanamente el Auto de Vista, en quanto à este particular*: De lo qual deduce el Conde de la Coruña, que no puede tener lugar el Articulo puesto por el Sr. Duque, por obstarle las dichas llamadas Executorias. (*Mem. n.* 299.)

¶.

139. Pero de los mismos Autos de este pleyto se halla desvanecida la rèplica, y ojepcion que se forma de contrario; pues en ellos no ay, ni ha avido tales Executorias, ni se ha dado providencia alguna, exclusiva de la dicha excepcion, como se acredita, de que por lo que hace à la nueva Demanda, que el Conde de la Coruña dice aver puesto Don Fernando Alvarez (42) à el D. Rodrigo Ponce, Duque de Arcos (35), y que este la contestò llanamente, es supuesto, y contra verdad; porque no huvo tal Demanda, ni contestacion, y la vnica que puso el Don Fernando, es la que deduxo como Tercero, saliendo à el pleyto, que trataban el Duque D. Rodrigo (35), y el otro Don Rodrigo Ponce (29), y esta, ni se contestó, ni tuvo efecto alguno, porque immediatamente se mandaron recoger los emplazamiẽtos, y el Don Fernando no puso otra Demanda, ni practicò mas diligencia.

140. Y por lo que hace à la que despues propuso Don Antonio Alvarez (50), como Padre, y legitimo Administrador de D. Fernando Alvarez (55); es cierto, que este en el año de 1585. demandò en esta Corte à D. Rodrigo Ponce de Leon (53), sobre el Estado de Arcos, por decir, que le pertenecia, como legitimo descendiente de D. Pedro Ponce de Leon (14), hijo primogenito que dixo ser del Conde Don Juan, y pretendiò se le declarasse por legitimo successor de la dicha Casa, y Mayorazgo de Arcos, sobre lo qual se emplazò à el Duque D. Rodrigo (53); pero este opuso la excepcion de transaccion en fuerza de dilatoria, expressando, *que la Doña Maria* (32), *de quien descendia el D. Fernando, avia puesto pleyto à el Don Rodrigo* (35), *como descendiente que decia ser del D. Pedro* (14), *hijo mayor de Don Juan* (7), *y por no tener la susodicha*

de-

derecho alguno al referido Estado; en virtud de Facultad Real hizo la transaccion referida, la que aprobaron sus Magestades; y pretendiendo aora Don Fernando, por las mismas razones que lo pretendia la Doña Maria, le obstaba dicha transaccion, y pidiò se declarasse no ser oydo, ni aver juicio sobre ello, por estar todo acavado con la dicha transaccion.

141. Este articulo se fue substanciando, y estando pendiente murió el Don Fernando Alvarez (55), con cuyo motivo saliò al pleyto el Don Antonio Alvarez su Padre, en nombre de Don Eugenio Alvarez (56) su hermano, afirmandose en lo que tenia pedido á nombre del Don Fernando; y aviendose dado traslado al Duque de Arcos, saliò su Procurador formando articulo, pretendiendo, *que con èl no se hiciessen Autos algunos, y que se emplazasse nuevamente al Duque, respecto de aver espirado el poder que este le avia dado, por aver muerto el Don Fernando, y ser vna nueva Demanda la del D. Eugenio*: y aviendose substanciado este articulo, se proveyeron Autos de Vista, y Revista en los dias 13. de Febrero, y 13. de Marzo de 585. denegando al dicho Procurador la referida pretension, y mandando, que dicho Duque respondiesse derechamente.

142. De lo qual resulta, que los Autos de Vista, y Revista, de que se vale el Conde de la Coruña, no fueron sobre la dicha transaccion, y sì sobre si al Duque se le avia de emplazar nuevamente, ò no, con el motivo de aver muerto el Don Fernando, y salido al pleyto el Don Eugenio; y por ser esto assi, luego que se proveyeron dichos Autos continuò el Duque su defensa, insistiendo, *en que se quitasse del Processo la Demanda, por obstar al Don Fernando, y al Don Eugenio la transaccion hecha por la Doña Maria* (32), *la qual por estar confirmada por los Señores Reyes Catholicos, surtia efectos de Sentencia de Revista*, lo que contradixo el Don Eugenio, y sobre este articulo se pusieron los Autos concluSos en el mes de Mayo de 1589. en cuyo estado se quedaron sin averse dado determinacion alguna, ni averse opuesto la dicha execucion en fuerza de peremptoria, como siniestramente se supone de contrario (*Mem. n. 63. hasta el 68.*).

143. Y por lo que hace à la Executoria de Tenuta, y de esta Chancilleria, sobre el Condado de Balylèn, y el de Arcos del año de 619. que alega dicho Conde de la Coruña: en ello procede este con notorio error, y equivocacion, pues (como sienta el Relator al numer. 300. del Mem.), en este pleyto solo ay vn Testimonio de algunos Pedimentos, y Sentencia, que en aquel Juicio se diò á favor del Duque; *en cuyo Testimonio* (dice el Relator) *no constan los Autos que se alegan, ni que se huviesse dado determinacion, en orden à si obstaba, ò no la transaccion.*

¶.

144. De todo lo que antecedentemente queda expuesto se deduce con evidencia, que la transaccion executada por la dicha Doña

Maria Ponce, fue valida, y legitima, y que no le obstan las objecciones, y reparos que contra ella opone el Conde de la Coruña, á causa de hallarse todos ellos desvanecidos por los fundamentos que quedan expuestos, y quando nos hallaramos en caso de alguna duda, se deberia resolver á favor de la transaccion, y la subsistencia de ella, respecto à lo mucho que concierne à la causa publica el que los pleytos tengan fin. Dom. Valenz. Velazq. *consil.* 133. *num.* 106. & *consil.* 175. *num.* 9. Agustin. Barbos. *vot.* 76. *num.* 15. Fontanel. *decis.* 45. *num.* 11. Gonzal. *in Reg. Octav. Chancell. Gloss.* 25. *n.* 12. Valerón, *in Proem. num.* 36. & *seqq.* ibi: *In dubio ei favendum est, & probaliditate transactionis Iudicandum: & vt substineatur facienda est omnis interpretatio.* Segun lo qual, no parece que puede aver duda, en que al referido Conde de la Coruña le obsta para la admision de su Demanda la excepcion de transaccion, que le ha opuesto el Señor Duque, respecto de ser legitima, y averse justificado incontinenti en los mismos Autos.

PUNTO II.

A LA DEMANDA PUESTA POR EL CONDE DE la Coruña, le obsta la excepcion de cosa juzgada.

145. YA queda sentado en el Punto antecedente, y en el preludio de este Informe, que la excepcion de cosa juzgada, y la de la cosa transigida, son de vna misma naturaleza, se dirigen à vn mismo fin, y producen igual efecto, que lo es el terminar, y poner fin à los litigios; y que siendo ambas excepciones anomalas, pueden oponerse tanto en calidad de peremptorias, como en fuerza de dilatorias, que es como las ha opuesto el Señor Duque en el Articulo presente.

146. En cuyo supuesto, y dando aqui por repetidas todas las reflexiones, y fundamentos de derecho, que se han expuesto en razon de la cosa transigida; passaremos desde luego à manifestar, y hacer ver, que sobre lo mismo que solicita, y comprehende en su Demanda el Conde de la Coruña, ay, y le obsta la excepcion de cosa juzgada.

147. Y respecto, de que con el motivo, de que por la transaccion, y concordia, que celebraron Don Rodrigo Ponce (35), y D. Rodrigo Ponce (29), que aprobó la Sentencia Imperial, anduvieron divididos, y separados, por algun tiempo los Estados que se demandan, pues el de Arcos, y sus agregados lo tuvo, y posseyò siempre la linea del Señor Duque actual; y el Condado de Baylèn, lo tuvo, y posseyò por algun tiempo la linea de Don Manuel Ponce el Valiente (20), hasta que en 21. de Julio de 1625. se bolvieron à juntar vnos, y otros en

Don

Don Rodrigo Ponce (53), y de aqui resultò el averse litigado separadamente muchos de los pleytos, de que dimanan las Executorias, que producen la excepcion de cosa juzgada, y tambien se litigó en Juicio separado el Estado de Casares, por no averse este incluído expressamente en la referida Sentencia Imperial: Para evitar confusiones procederemos con la misma separacion, y distincion de tiempos, Mayorazgos, y litigios, los quales son en la forma siguiente.

§. I.

EXECUTORIA SOBRE EL ESTADO de Casares.

148. DEsde el num. 80. hasta el 102. del Memor. resulta, que en el dia 3. de Noviembre de 1568. Don Rodrigo Ponce de Leon (47) puso Demanda en esta Chancilleria à Don Luis Ponce de Leon (45), quinto Abuelo del Señor Duque, sobre la Propiedad del Estado de Arcos, y Villas de Marchena, Rota, Mayrena, Chipiona, y Villa de Casares, con lo que le pertenecia à dicho Mayorazgo, de que era posseedor el Don Luis, y aviendose emplazado à este, acudiò à su Magestad, y pretendió, que mediante à que sobre dichos Estados se avia pronunciado la Sentencia Imperial, se mandasse, que el dicho Don Rodrigo no fuesse oydo, y se mandassen remitir los Autos à su Magestad.

149. En vista de esta pretension se mandaron remitir, y remitieron al Consejo los mencionados Autos, y en él se oyò à las partes, sobre si se avia de continuar, ò no el litigio, por afirmar el vno, y negar el otro, que para ello obstaba la excepcion de cosa juzgada, que avia producido la Sentencia Imperial, y aviendose retenido, y substanciado el pleyto en el Consejo, se proveyeron Autos de Vista, y Revista, denegando al dicho Don Rodrigo Ponce (47) la pretension que avia deducido, sobre la continuacion de su Demanda, y aviendo interpuesto segunda suplicacion, con la pena, y fianza de las 1500. se confirmaron dichos Autos, *con tal, que estos se entendiessen en quanto al Mayorazgo de Arcos, Marchena, Mayrena, y demàs contenidos en la Demanda, à excepcion del Condado de Casares, sobre lo qual se mandò, que el Duque Don Luis* (45) *respondiesse à la Demanda, y que el pleyto se remitiesse à esta Chancilleria, para que en ella las partes lo prosiguiessen.*

150. Remitidos los Autos á esta Chancilleria por Octubre del año passado de 1578. acudió à ella el Don Rodrigo (47), y se afirmò en su Demanda, solo por lo tocante al Estado de Casares, en consequencia de la Executoria del Consejo, y por aver muerto à este tiempo Don Luis Christoval Ponce de Leon (45), y succedido en dichos Estados D. Rodrigo Ponce su hijo (53), saliò este al pleyto contestando la Demanda, y pidiò ser absuelto de ella, por varios fundamentos que expuso, y estandose substanciando la Instancia de Vista, murió sin succesion legitima

el

el dicho D.Rodrigo (47), y con este motivo salieron á el pleyto D.Pedro Ponce (48), Doña Cathalina Ponce de Leon (54), hija natural del Don Rodrigo (47), y Don Luis Ponce de Leon (41), y concluſa la inſtancia, ſe pronunciò Sentencia de Viſta en el dia 27. de Mayo de 1611. por la qual ſe abſolviò, y dió por libre à el Duque de Arcos de la expreſſada Demanda, y ſe declarò, que el Don Rodrigo (47) avia ſido legitimo ſucceſſor de dicho Eſtado, y ſe condenò à el Duque á que le reſtituyeſſe à la Doña Cathalina, como heredera de ſu Padre, los frutos deſde la conteſtacion de la Demanda, haſta la muerte del dicho Don Rodrigo; de cuya Sentencia ſuplicaron la dicha Doña Cathalina, y el Duque Don Rodrigo (53).

151. En eſte eſtado ſaliò à el pleyto Don Eugenio Alvarez Ponce de Leon (56), hermano de Doña Iſabèl Alvarez Ponce de Leon (57), tercera Abuela del Conde de la Coruña, y pretendiò ſe le declaraſſe por ſucceſſor legitimo de dicho Eſtado de Caſares, y ſe le mandaſſe reſtituir con ſus frutos, y rentas, y ſe denegaſſen à las otras Partes ſus pretẽſiones, alegando para ello ſu filiacion como eſtà en el Arbol, y que ſegun la diſpoſicion q̃ avia hecho el Conde Don Juan de la Ciudad de Cadiz, en cuyo lugar ſe avia ſubrogado el dicho Condado de Caſares, le pertenecia eſte à el ſuſodicho, por aver faltado los deſcendientes legitimos de las dos lineas antecedentemente llamadas; de que ſe diò traslado à las otras partes, y ſe deſpachò emplazamiento.

152. Aviendoſe ſubſtanciado la inſtancia, ſe pronunciò Sentencia de Reviſta, por la que ſe confirmò la de Viſta, en quanto ſe abſolviò, y diò por libre à dicho Duque de la Demanda pueſta por la Doña Cathalina, y atento à los nuevos Autos, ſe declarò à el Don Eugenio por legitimo ſucceſſor del dicho Condado de Caſares, deſpues de la muerte del dicho Don Pedro Ponce de Leon (48), ſin hijos legitimos.

153. De eſta Sentencia ſuplicò el dicho Duque de Arcos Don Rodrigo Ponce (54), y tambien la Doña Cathalina (54), y aviendoſe ſubſtanciado la Inſtancia entre los ſuſodichos, y el Don Eugenio Alvarez (56), ſe pronunciò Sentencia de Reviſta en Febrero del año de 623. por la qual ſe reformò la de Viſta, y ſe abſolviò, y diò por libre al dicho Duque de Arcos, de lo contra el ſuſodicho pedido por el Don Eugenio (56), y por la Doña Cathalina (54), y el dicho Don Eugenio interpuſo recurſo de ſegunda ſuplicacion, y aviendoſe admitido ſe pronunciò Sentencia en dicho grado el dia 7. de Agoſto de 1628. por la qual ſe confirmò, y mandò llevar à debido efecto la Sentencia de Reviſta, que ſe avia pronunciado à favor del dicho Duque de Arcos en el expreſſado año de 1623. como aſsi ſe expreſſa á los num. 100. y 101. del Memorial.

¶.

154. DE lo que queda dicho en los numeros antecedentes ſe juſtifica con evidencia, que

que sobre la succesion, y propiedad de dicho Estado, y Condado de Casares, ay en estos Autos Executoria, y cosa juzgada, que causaron las Sentencias de Vista, y Revista de esta Chancilleria, y la de 1500. del Consejo, en que se declarò la succession, y propiedad de dicho Estado à favor del referido Duque Don Rodrigo(53), tercero Abuelo del Sr. Duque actual, en competencia de los que se juzgaron interessados, y entre ellos el dicho Don Eugenio Alvarez (56), hermano entero, y legitimo de la dicha Da. Isabèl Alvarez, tercera Abuela del Conde de la Coruña.

155. Y no es dubable, que à este le obstan, y perjudican las referidas Sentencias, por concurrir en él las tres identidades prevenidas por derecho: sin que le pueda favorecer el decir, que el susodicho no desciende del dicho Don Eugenio (56), ni este fue su ascendiente, y sì vn mero transversal, como hermano de la Doña Isabél Alvarez (57) su tercera Abuela.

156. Pues esta replica se desvanece, atendido, el que para que obste la cosa juzgada, y se verifique la identidad de las personas, no es necessario, que el que litigò, y contra quien se obtuvo la cosa juzgada, aya de estar en la linea recta de los ascendientes, pues basta que estè comprehendido en la linea contentiva del mismo que oy demanda, y que quando litigò ocupasse el primer derecho, y lugar en la linea. *Text. in leg. ex contract. ff. de re iudic. & in L. Si Patronus, ff. ad Senat. Consul. Trebel.* Dom. Covarr. *Pract. quæst. cap.* 13. *num.* 6. Arias Pinel. *in leg.* 1. *C. de bon. matern. à num.* 48. Antonius Gometius, *in leg.* 40. *Taur. num.* 37. Dom. Molina, *de Primog. lib.* 4. *cap.* 8. *num.* 3. Padilla, *in leg. Vnum ex familia*, §. *Si de falcidia num.* 14. Dom. Gregorius Lopez, *in leg.* 20. *tit.* 22. *part.* 3. *Gloss.* verb. *Pero causas*, Mieres, *de Maiorat. part.* 4. *quæst.* 14. *à num.* 1. Pereg. *de Fideicomm. artic.* 53. *à num.* 40. Dom. Salg. *de Reg. Protect. part.* 2. *cap.* 8. *n.* 12.

157. Y no ay duda, que el dicho Don Eugenio luego que muriò su hermano Don Fernando (55), ocupò el primer lugar en la linea, y descendencia del dicho Don Pedro (14), y fue la persona que la representaba, y à quien principalmente tocaba la defensa, como primogenito de la casa; y assi es visto, que lo que con èl se litigó, le perjudica al Conde de la Coruña, y à todos los demàs de su linea.

158. Y aunque esta regla, y assercion la limitan los Autores, en el caso, de que el successor, ó persona à quien principalmente tocaba la defensa, y representacion de la linea se huviesse versado con negligencia, ò colusion en ella, *ex Text. in leg. Ex contractu, ff. de re iudic. & in leg. A Sententia, & in leg. Per lusforie, ff. de appellat. & in leg. Si servus plurimum*, §. 1. *ff. de leg.* 1. Alvaro Velasc. *de Iur. Emphyt. quæst.* 10. *num.* 3. Pereg. *de Fideicom. artic.* 53. *num.* 57. Arias Pinel. *in leg.* 1. *C. de bon. matern. part.* 3. *num.* 50. Dom. Covarr. *Pract. quæst. cap.* 23. *à num.* 1. Antonius Gometius, *in leg.* 40. *Taur. num.* 77. Dom. Molina, *de Primog. lib.* 4.

cap. 8. *num.* 7. Felinus, *in dict. leg.* 1. *de re iudic.* En el caso presente no se puede decir, que el Don Eugenio se portò con este defecto, pues de los mismos Autos resulta, la exactissima diligencia con que siguió el pleyto, y continuò la defensa por tres Instancias, hasta que se determinò difinitivamente en la segunda suplicacion.

§. II.

SOBRE EL ESTADO DE ARcos, Baylèn, y sus agregados, ay cosa juzgada.

159. EN el mismo tiempo que se litigaba la propiedad del Estado de Casares, muriò D. Rodrigo Ponce de Leon (47), Conde de Baylen, y con este motivo se siguiò pleyto en el Consejo, sobre la Tenuta de dicho Estado, entre Don Fernando Alvarez (55), y por su muerte D. Eugenio Alvarez su hermano (56), D. Rodrigo Ponce (53), Don Pedro Ponce de Leon (48), D. Alvaro Ponce de Leon (34), y Don Alonso, y D. Pedro Ponce (43. y 51.): y substanciado el pleyto legitimamente, se pronunciò Sentencia difinitiva en el dia 14. de Mayo de 590. por la qual se declaró la Tenuta, y se mandò dar la possession de dicho Estado, y Mayorazgo de Baylen á el Duque de Arcos D. Rodrigo Ponce (53), remitiendo sobre la Propiedad el conocimiento á esta Chancilleria.

160. De esta Sentencia suplicò Don Eugenio Ponce, y los demàs interessados se arrimaron à la suplicacion; y substanciada la Instancia, se pronunciò Sentencia de Revista, reformando la de Vista, y declarando la Tenuta, y possession de dicho Estado à favor del citado Don Pedro Ponce de Leon (48), con la misma reserva, y remision de la Propiedad á esta Chancilleria.

161. En ella el dia 29. de Marzo de 524. el dicho Duque de Arcos Don Rodrigo puso Demanda à el D. Pedro (48), sobre la propiedad de dicho Estado; y aviendose substanciado la Instancia de Vista, se pronunció Sentencia en el dia 8. de Junio de 1611. por la que se absolviò de la Demanda à el Don Pedro (48), y se declarò, que muriendo este sin hijos legitimos, era legitimo succesor en el Condado de Baylen el dicho Duque de Arcos (53), y los succesores en su Casa, y Mayorazgo.

162. De esta Sentencia suplicò Doña Cathalina Ponce (54), hija natural de Don Rodrigo Ponce (57), y en este estado saliò à el pleyto el expressado D. Eugenio Ponce (56), y substanciado entre los susodichos, y otros interessados, se pronunciò Sentencia en 28. de Febrero de 1617. por la que se confirmó la de Vista, con tal, que como por ella se declaraba por inmediato succesor en el Condado de Baylen à el dicho Duque de Arcos, para despues de los dias del Don Pedro (48), se debia de declarar, y declarò por succesora à la Doña Cathalina (54): de cuya Sentencia suplicò el D. Eugenio (58) y el Duque interpuso segunda suplicacion.

163. Pero ninguno de los

recursos consta, que se huviesse finalizado, porque aviendo muerto el dicho Don Pedro Conde de Baylen (48) en el año de 1618. se siguió nuevo Juicio de Tenuta entte Don Diego Fernandez de Cordova (52), Don Eugenio Alvarez (56), D. Diego de Cardenas, como marido de la Doña Cathalina (54), y el dicho Duque D. Rodrigo (53); y aviendose substanciado el pleyto legitimamente, se pronunció Sentencia difinitiva en el dia 21. de Julio de 1625. por la q̃ se declarò la Tenuta del Estado de Baylen à favor de dicho Duque D. Rodrigo Ponce de Leon (53), y en quanto à la Propiedad se remitiò á esta Chancilleria. (*Mem. n.* 124.)

§. III.

164. EN el dia 8. de Mayo de 1617. D. Diego Fernandez de Cordova (52) acudiò á esta Chancilleria, y puso Demanda á el dicho D. Rodrigo Ponce de Leon Duque de Arcos (53), y à D. Pedro Ponce de Leon (48), à el primero sobre la propiedad de los Estados de Arcos, y Casares, y à el segundo sobre la del Condado de Baylen; cuya Demanda se huvo por caso de Corte, y se emplazò à las Partes, y con el motivo de aver muerto despues Don Pedro Ponce de Leon (48), y declarandose la Tenuta del Condado de Baylèn à favor del Duque de Arcos Don Rodrigo Ponce (53), se continuò el pleyto solo contra el Duque, en quien avian recaìdo ya todos los dichos Estados, pretendiendo el Don Diego Fernandez, que vnos, y otros, y sus frutos se los restituyesse, como legitimo successor que dixo ser de la dicha casa, por hallarse tercero nieto legitimo de la Doña Maria Ponce de Leon (15), hija esta de dichò Conde Don Juan, y de la Doña Leonor Nuñez (7).

165. El Duque Don Rodrigo contestò la Demanda, y pretendió ser absuelto de ella, por decir, que él solo era el descendiente legitimo del Conde Don Pedro (2), Fundador del dicho Mayorazgo, y que el Conde Don Juan (7), no avia agregado por su parte cosa alguna, ni tenido facultad para alterar los llamamientos de la antigua Fundacion, executada por el Conde Don Pedro, con otras varias expresiones, y alegatos.

166. En este pleyto se emplazò al dicho Don Eugenio Alvarez Ponce de Leon (56), y à Doña Cathalina Ponce de Leon, y su marido (54); y aunque en el pleyto no consta, ni se encuentran defensas hechas por el Don Eugenio, ni por la Doña Cathalina, se halla que en los Pedimentos que presentaba el Don Diego Fernandez de Cordova (52), decia, *que el pleyto lo seguia con el Duque de Arcos, y Consortes*, y en diferentes Autos, que se proveyeron, y en la Sentencia de Vista se expresò tambien, *que el pleyto era, y se seguia entre Don Diego Fernandez de Cordoba* (52), *el Duque de Arcos* (53), *D. Diego de Cardenas, como marido de Doña Cathalina Ponce de Leon* (54), *y D. Eugenio Alvarez Ponce de Leon* (56).

167. Aviendose substanciado el pleyto, y estando concluso en el

el dia 14. de Febrero de 1634. se pronunció Sentencia de Vista, por la qual se absolviò, y dió por libre à el dicho D. Rodrigo Ponce de Leon Duque de Arcos (53) de la Demanda, que contra èl avia puesto el dicho Don Diego Fernandez de Cordoba (52), sobre la propiedad de dichos Estados de Arcos, Baylen, y demàs, y se le impuso perpetuo silencio en ella à el D. Diego, el qual suplicò de dicha Sentencia; y substanciada la Instancia de Revista, se pronunciò Sentencia en el dia 4. de Junio del mismo año, por la qual se confirmò la de Vista.

¶.

168. Del hecho que queda referido se deduce claramente, que las Sentencias de Vista, y Revista pronunciadas en el mencionado pleyto, causaron Executoria, y cosa juzgada para el que aora ha principiado, y Demanda que à el Sr. Duque le ha puesto el Conde de la Coruña, respecto de averse emplazado, y litigado aquel juicio con el dicho Don Eugenio Alvarez (56) su Autor, que era la persona à quien principalmente tocaba la defensa, y en aquel tiempo tenia el primer lugar en su linea, por aver fallecido D. Fernando Alvarez Ponce de Leon (55) su hermano mayor, y recaído en el D. Eugenio la qualidad de primogenito. *Text. in cap. Grandi de suplend. neglig. prælat. in 6. & in cap. Licet de voto*, D. Palat. Rub. *in Repetit. Rubric. de donat. inter vir. & vxorem*, §. 69. *num.* 23. D. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 20. Roxas, *de Incomp. part.* 1. *cap.* 6. *n.* 163. D. Valenz. Velazq. *consil.* 83. *n.* 23. D. Greg. Lop. *in leg.* 28. *tit.* 8. *part.* 5. Gloss. verb. *Segun*, Tiraquel. *de Primog. quæst.* 3. *n.* 3.

169. Y no ay duda, que en el caso presente concurren las tres identidades prevenidas por derecho para que las Sentencias, y Executoria de aquel Juicio produzcan excepcion de cosa juzgada para este, pues lo que alli se litigò fue el Estado, y Mayorazgo de Arcos, Baylen, y todos sus Agregados, y esto mismo es lo que el dicho Conde de la Coruña ha comprehendido en su Demanda: El Juicio que alli se trató fue de Propiedad, y el que aora se ha principiado es de la misma naturaleza; y finalmente la persona q̃ alli litigò fue Don Eugenio Alvarez Ponce de Leon (56), quarto nieto de Don Pedro Ponce de Leon (14), y quien representaba, y tenia el primer lugar en su linea; y quien aora demanda, y biene à litigar los mismos derechos que alli se trataron, es el Conde de la Coruña (67), noveno nieto del dicho D. Rodrigo (14), y en quien ha recaìdo, y se ha continuado el mismo derecho, y representacion que tuvo el D. Eugenio.

¶.

170. Y no puede obstar â lo referido, el que se diga de contrario, que aunque es cierto, que en el mencionado pleyto se emplazò al dicho Don Eugenio (56), y en los pedimentos de las partes, y providencias de la Chancilleria se expresaba, que el susodicho era vno de los que litigaban; tambien lo es, el

que

que en el Proceſſo no conſta, que el Don Eugenio huvieſſe practicado defenſas algunas, y que quando el ſucceſſor, ò poſſeedor de Mayorazgo, ò alguna perſona, que repreſenta la linea, y tiene el primer lugar en la defenſa procede con notoria omiſion, y deſidia en la defenſa, ò colude con el adverſario, no puede perjudicar à los demàs que le ſuccedieren.

171. Pues eſta rèplica ſe deſvanece por los fundamentos ſiguientes: Lo primero, porque aunque es cierto, que en el Proceſſo (ſegun el eſtado en que oy ſe halla) no conſta que el Don Eugenio huvieſſe practicado defenſas algunas en dicho pleyto; tambien es conſtante, que del miſmo Proceſſo reſulta, que dèl ſe extrageron diferentes ojas, y papeles, y ſobre ello ſe dieron varias querellas por las Partes, como aſsi lo expreſſa el Relator à el n. 132. del Memorial, y no eſtando integros los Autos, no ſe puede venir en conocimiento de ſi practicó, ò dexò de practicar el Don Eugenio las defenſas correſpondientes, y en duda ſe debe preſumir que las executó, y no el que procediò con deſidia, ò coluſion. Arias Pinel. *in leg.* 1. *C. de bon. matern. part.* 3. *n.* 50. *in princip.* Socin. *in leg. Galus*, §. *Et quid ſi*, verſic. *Conſidera, ff. de liber. & poſthum.* Dom. Salgad. *part.* 4. *de Regia Protect. cap.* 8. *n.* 334. ibi: *Stat enim præſumptio iuris pro illis, vt ob intereſſe proprium fideliter, & atente litigabunt.* Menoch. *de Præſumpt. lib.* 5. *præſumpt.* 161. *n.* 26. Seſſe, *in Deciſ. Regni Aragon. deciſ.* 115. *n.* 25. D. Vela, *diſſert.* 10. *num.* 47.

172. Lo ſegundo, porque tambien conſta de dichos Autos, que el D. Eugenio en aquel tiempo acababa de ſeguir el pleyto ſobre la propiedad del Eſtado de Caſares, con el miſmo Duque D. Rodrigo Ponce (53), y ſe portó con tanto eſmero, y exactitud en la defenſa, que no ſolamente lo ſiguiò en las Inſtancias de Viſta, y Reviſta, ſino tambien en el grado de ſegunda ſuplicacion, con la pena, y fianza de 1500. y quien fue tan diligente en la defenſa de el Eſtado de Caſares, que es de menor intereſſe; ſe preſume, y debe creer, que con igual, ò mayor ſe portaria en la de los de Arcos, Baylen, y ſus Agregados, que ſon mas quantioſos; y que el no parecer aora las tales defenſas, ò ſerà porque las ſubſtrageron entonces, ò porq̃ la malicia, ò el tiempo las avrà conſumido, *per Text. in leg.* 2. *ff. de peculio legat. & in leg. Etiam, C. de iur. dotium.* Menoch. *conſil.* 58. *n.* 13. Stephan. Gratian. *Diſcept. Forenſ. cap.* 282. *n.* 3. Dom. Caſtill. *lib.* 5. *Controv. cap.* 168. *n.* 3. Carlev. *de Iudit. tit.* 3. *diſput.* 4. *n.* 20. Joann. Gutierr. *Pract. quæſt. lib.* 3. *quæſt.* 16. *num.* 91.

173. Lo tercero, porque tambien conſta de los Autos, el que en ellos ſe tuvo preſente copia integra de todos los que ſe avian ſeguido ſobre las Tenutas del Eſtado de Baylen, en que avia litigado el Don Eugenio, y avia expueſto con grandiſsima extenſion quantos derechos han penſado tener los de ſu linea, para la ſucceſsion de dichos Eſtados, y los miſmos en que aora funda ſu Demanda el Conde de la Coruña, y

tampoco se dudò en aquel pleyto de la filiacion del D. Eugenio, pues la tenian confessada los mismos que litigaban en los dichos pleytos, y Tenutas, y por esso lo emplazaron en el referido sobre la Propiedad de Arcos, y Baylen; y siendo esto assi, como lo es induvitable, no le quedó à el D. Eugenio otra defensa alguna que executar.

174. Y lo quarto, porque aunque fuesse cierto, que el D. Eugenio no hizo particular defensa en dicho pleyto; tambien lo es, el que qualquiera que executasse le seria totalmente inutil, pues ni para sí, ni para sus descendientes podia conseguir la succesion que se litigaba, en competencia del D. Rodrigo (53): y esto se acredita, lo vno, de que como arriba queda expuesto, la linea del D. Eugenio es evidentemente ilegitima, que trae su principio, y derivacion del D. Pedro Ponce (14) su quarto Abuelo, raiz infecta, y por el contrario D. Rodrigo Ponce (53), y la suya, traìa, y trae su derivacion legitima de los Fundadores de dichos Mayorazgos (1. y 2.), y en la disposicion de derecho no ay Texto, ni Autoridad que permita el que las personas, y lineas ilegitimas, y bastardas, se prefieran à las legitimas.

175. Y lo otro, porque todas las razones, y fundamentos, que el D. Eugenio tenia para pretender la succesion de los Estados de Arcos, Baylen, y sus Agregados, essas mismas avia propuesto, assi en los Juicios de Tenuta que se siguieron sobre Baylen, como en el de la Propiedad, que en las Instancias de Vista, y Revista, y en la de 1500. litigò sobre el de Casares, y todas ellas le fueron despreciadas, y perdió los referidos pleytos, sin embargo del exfuerzo con que los litigò en todas instancias.

¶.

176. Tampoco puede obstar á lo antecedente, el q̃ se diga por el Conde de la Coruña, que las referidas Sentencias no pudieron causar cosa juzgada contra el D. Eugenio, y su linea, à causa de que aunq̃ á este se le citò, y emplazò en aquel Juicio, no se litigò, ni substanciò con él, como era preciso, que assi se executasse, ya fuesse en su presencia, ò ya en su reveldia, para que le parasse perjuicio la determinacion de aquel pleyto.

177. Pues esta replica se desvanece, atendido el que (como queda ya sentado en los numeros antecedentes) aunque en el Processo no consta si el D. Eugenio alegò de su justicia, y litigò por sì, ò su Procurador en el pleyto; ò si se substanciò en su rebeldia, esto no arguye, ni prueba el que no se huviesse litigado con el susodicho; pues estando, como estàn los Autos diminutos, y con falta de hojas, y papeles, sobre que se dieron dichas querellas, pudo muy bien averse substanciado el pleyto con el D. Eugenio en su presencia, ò en su rebeldia, y que no conste de los dichos Autos, por no estàr integros.

178. Y el que esto huviesse acaecido assi, se halla canonizado de

el

el mismo pleyto, en el qual, los quē principalmente, y con mayor empeño lo siguieron, fueron D. Diego Fernandez de Cordova (52), y Don Rodrigo Ponce de Leon (53), y los vnicos à quien tambien emplazaron fueron al dicho Don Eugenio (56), y á Doña Cathalina Ponce de Leon (54), y en los pedimentos que daba el D. Diego (52) decia, ibi: *En el pleyto con D. Rodrigo Ponce de Leon* (53), *y Consortes*: y lo mismo executaba dicho Duque Don Rodrigo en los suyos, diciendo, que el pleyto lo seguia, ibi: *Con D. Diego Fernandez de Cordoba, y Consortes*: Con que no aviendo otros que fuessen tales *Consortes*, mas que los dichos Don Eugenio, y Doña Cathalina, que eran los que estaban emplazados, se sigue, y deduce, que con los susodichos se litigò el referido pleyto, pues assi lo confessaban las partes que lo seguian.

179. Este concepto se corrobora, y queda sin duda con las determinaciones, y providencias, q̄ la Sala diò en el referido pleyto, pues en muchas de ellas, y en la cabeza de la Sentencia de Vista, se expressa literalmente, que el pleyto se seguia tambien *con Don Eugenio Alvarez Ponze de Leon* (56): con que no ay, ni puede aver duda, que este litigò en aquel pleyto, y que en èl fue citado, y legitimamente vencido por dichas determinaciones.

180. Y aunque en la cabeza de la Sentencia de Revista no se hizo literal mencion del Don Eugenio, assi como se hizo en la de Vista, y conforme à derecho las Sentencias por ser de estricta naturaleza, no admitē extension de persona à persona, vt tenent Menoch. *consil.* 110. *à num.* 20. Cardin. Thusc. *Pract. concl. lit. S. conclus.* 126. *num.* 93. Dom. Salgad. *de Reg. Protect. part.* 4. *cap.* 8. *num.* 3. ibi: *Quia Sententia cum stricti iuris sit non extenditur de persona ad personam scilicet de expressis in ea ad non expressas.*

181. Esto no excluye, el que la expressada Sentencia de Revista obrasse tambien, como con efecto obrò cosa juzgada para con el Don Eugenio, no por extension de su natrativa, sino por virtual comprehension de su eficacia: Y la razon es, porque la dicha Sentencia de Revista fue referente à la de Vista, y la confirmò sin limitacion alguna en todo su contenido.

182. Y estando como estaba el Don Eugenio literalmente contenido en la Sentencia de Vista, se sigue, y deduce por forzosa consequencia, que tambien lo estuvo en la de Revista, porque segun derecho, todas las Clausulas, y documentos relatos se estiman, y tienen por incluſos, y repetidos en los instrumentos referentes: *Text. in leg. Asse toto* 77. *ff. de hæredib. instituend. & in leg. Si re scripsero* 68. *ff. de condit. & demonstr.* D. Castill. *lib.* 4. *Controv. cap.* 43. *n.* 1. D. Larrea, *allegat.* 14. *n.* 9. D. Salgad. *de Retent. part.* 2. *cap.* 21. *n.* 5. Add. ad D. Molin. *de Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 64. Torre, *de Maiorat. part.* 1. *cap.* 25. *n.* 129. Pareja, *de Edit. Instrum. lib.* 1. *tit.* 2. *resolut.* 6. *n.* 302. Casanat. *consil.* 50. *n.* 28. Carlev. *de Iud. tit.* 1. *disp.* 2. *n.* 581.

Con

Con que es visto, que la Sentencia de Revista comprehendiò tambien à el D.Eugenio, y que el pleyto quedò executoriado con este, y con los demàs que lo litigaron.

¶.

183. Llegase à lo antecedente, el que el dicho D.Diego Fernandez de Cordova (52), que le puso la Demanda al Duque D. Rodrigo (53), sobre los dichos Estados de Arcos, Baylen, y sus Agregados, continuò el pleyto con toda la eficacia, y diligencia que le fue dable, en las dos Instancias de Vista, y Revista, hasta que quedò determinado à favor de dicho Duque; y las razones, y motivos que propuso, y alegò para fundar su pretension, fueron substancialmente las mismas que avia alegado el Don Eugenio, para la inclusion que solicitó en el Estado de Casares, y en las Tenutas de Baylen, como aparece de los Alegatos, y Pedimentos q̃ se presentaron en dichos pleytos; y por lo que hace à sus parentescos, y filiaciones, tambien erã iguales, porque el D. Eugenio (56) era quarto nieto de D. Pedro Ponce (14), y el D. Diego Fernandez de Cordoba, era tercer nieto de Doña Maria Ponce (15), los quales D.Pedro, y Doña Maria fueron hijos ilegitimos del Conde Don Juan, aunque legitimados por Rescripto del Principe, segun consta de los Autos.

184. Las defensas del Conde Don Rodrigo en dichos pleytos fueron tambien vnas mismas, pues todas ellas se reduxeron á decir, que la succesion de los dichos Estados se debia governar por sus antiguas, y primitivas fundaciones, executadas por los de las Casas (1. y 2.), y no por la del Conde Don Juan, pues este, ni pudo alterarlas, ni tuvo facultad para ello, y que en este supuesto venia à ser dicho Duque, y en la realidad lo era, el vnico descendiente legitimo de los dichos Fundadores, por la linea, y varonia de D. Luis Ponce de Leon (12), Sr. de Villa Garcia, quarto Abuelo de dicho Duque (53): y por el contrario el dicho D.Diego, y el Don Eugenio (52. y 56.) eran ilegitimos, como provenientes de los dichos D. Pedro, y Doña Maria (14.y15).

185. En este supuesto, y fundando oy el Conde de la Coruña su pretension, y demanda en los mismos documentos, y razones, q̃ fundaron las suyas los expressados D.Diego, y Don Eugenio (52.y56), aquel en el pleyto sobre la Propiedad de los Estados de Arcos, Baylen, y sus Agregados; y este en el de la propiedad de Casares, y Tenutas de Baylen: es visto, que lo que se determinò, y executorió en aquellos pleytos, le obsta, y perjudica en razon de cosa juzgada al Conde de la Coruña, aun quando en el dicho pleyto de la Propiedad de Arcos, Baylèn, y demàs Estados, solamente huviera litigado el Don Diego (52), y no se huviera emplazado, ni tenido por parte al Don Eugenio.

186. Y la razon es, porque tambien se verificaban en este caso las tres identidades prevenidas por derecho, para que pudiesse obstar la cosa juzgada, pues lo que alli se li-

ti-

tigò fueron los miſmos Eſtados de Arcos, Baylen, y demàs, que aora ſe demandan; el pleyto fue de Propiedad, como lo es eſte; y por lo que hace à la identidad de las perſonas, no ay, ni puede aver duda, en que eſta ſe verifica interpretativamente entre el dicho Conde de la Coruña, y el D. Diego Fernandez de Cordoba, reſpecto de ſer vnos miſmos los derechos que ambos han deducido, y vna miſma la razon, y cauſa de litigar, y mas aviendoſe ſeguido aquel pleyto con entera noticia, emplazamiento, y citacion de aquel q̃ tenia el primer lugar en la defenſa, como lo era el Don Eugenio, lo qual baſta para que á eſte, y à los que lo repreſentan les obſte la excepcion de coſa juzgada, *per Text. in leg. Sæpe, ff. de rei iudic. & in cap. penult. de ſent. & re iudic. & in leg. 20. tit. 22. part. 3.* Tiraquel. *in Tract. res inter alios acta n. 56.* D. Covarr. *Practicar. quæſt. cap. 13. à n. 13.* D. Salg. *de Reg. Protect. part. 4. cap. 8. n. 328.*

§. IV.

187. DE todo lo que queda expueſto ſe deduce claramente, que à el Conde de la Coruña le obſtan para ſu Demanda las dos referidas excepciones de *tranſaccion*, y *coſa juzgada*, las quales incontinenti las ha juſtificado inſtrumentalmente el Sr. Duque de Arcos; y aviendolas opueſto en fuerza de dilatorias, es conſiguiente el que no ſe le preciſſe à que aya de ſeguir vn coſtoſo, y dilatado pleyto, ſobre lo miſmo que tantos años hace quedó legitimamente tranſigido con Real aprobacion, y ſobre lo que ſus Autores, y legitimos Aſcendientes, en tan repetidos pleytos han executoriado á ſu favor, en excluſion de los Autores del Conde de la Coruña.

188. A el qual, aun le ſeria muy vtil, y favorable la determinacion que el Sr. Duque ſolicita, pues ſe le exonera de la moleſtia, y gravamen de ſeguir vn dilatado pleyto, en el que para venir en conocimiẽto de ſu ninguna juſticia, no ſe neceſsita de mas examen, que conocer que todo ſu empeño ſe dirige à pretender, con manifieſta reſiſtencia de derecho, que vna linea ilegitima, y baſtarda, ſe prefiera, y anteponga à la que es induvitada, y verdaderamente legitima.

189. Por cuyos fundamentos eſpera el Sr. Duque de Arcos, que ſe declare no tener obligacion à reſponder à la dicha Demanda. Y aſsi lo ſuplica. S. I. O. &c. Granada, y Noviembre 24. de 1754.

Lic. D. Chriſtoval de Eſpinoſa Ocampo.

Lic. D. Pedro de Garayta Goytia.

Lic. D. Aguſtin Gutierrez.

)(✠)(

POR

EL EXCELENTISIMO SEÑOR

DUQUE DE ARCOS,

CONTRA

EL EXCELENTISIMO SEÑOR

CONDE DE CORUÑA.

SOBRE

LOS ESTADOS DE ARCOS,

Y BAYLEN.

EN GRANADA: En la Imprenta de los Herederos de Don Bernardo Torrubia.

POR

EL EXCELENTISIMO SEÑOR

DUQUE DE ARCOS,

CONTRA

EL EXCELENTISIMO SEÑOR

CONDE DE CORUÑA.

SOBRE

LOS ESTADOS DE ARCOS,

Y BAYLEN.

EN GRANADA: En la Imprenta de los Herederos de
Don Bernardo Torrubia.

N. 1. FUE POLITICA DEL EMPERADOR Tiberio (como dice Tacito lib. 2. Annal. *Nihil æqué Tiberium anxium habebat, quám ne compossita turbarentur*), la que dió motivo al Señor Duque de Arcos, con quien tuvo principio éste pleyto, para que considerando fenecida ésta controversia por una transaccion, y cosa juzgada, no tuviera lugar el que se prosiguiese el pleyto; propuso la excepcion dilatoria, pretendiendo se declarase, no tenia obligacion á responder á la Demanda puesta por el Conde de la Coruña: Substanciado éste Articulo, se mandó respondiese á la Demanda, en quanto al Estado, y Ducado de Arcos, y Condado de Baylén, y Agregaciones (*Memor. numer.* 275.), como lo executó, y substanciado legitimamente se ha visto para su determinacion; y para poder *quantum humana ope potuissem, vera discernere.* Tacit. lib. 6. Annal. proceder con la posible claridad, y brevedad, dividirémos éste Informe en quatro Discursos: En el primero se fundarán las excepciones de transaccion, y cosa juzgada, que repitió el Señor Duque en fuerza de peremptorias: En el segundo demostrarémos el derecho, que asiste al Señor Duque para ser absuelto, y dado por libre de la Demanda puesta por el Conde de la Coruña, como descendiente de Don Rodrigo Ponce de Leon, hijo legitimo, que fue de Don Juan Ponce de Leon (7), satisfacciendo á los reparos, que se oponen á ésta legitimacion; fundando asimismo, el que Doña Francisca Ponce de Leon (27), fue hija natural de Don Rodrigo Ponce de Leon (18), y se tocará sobre las palabras, que dicho Señor Duque tiene pedido (*Memor. num.* 272.) se borren de los Pedimentos del Conde de la Coruña; cuya providencia se reservó para difinitiva (*Memor. numer.* 275.); por lo que insiste el Señor Duque en dicha pretension (*Memor. num.* 306.): En el tercero, que el Conde de la Coruña, como descendiente de Don Pedro Ponce de Leon (14), hijo adulterino, que fue de Don Juan Ponce de Leon (7), no tiene derecho alguno á la succesion del Estado, y Mayorazgo, que se litigan: Y en el quarto, que quando no asistiese al Señor Duque de Arcos el claro derecho, que tiene á di-

dicha succesion por la linea de Don Rodrigo Ponce de Leon (18), lo tiene, como descendiente de D. Luis Ponce de Leon (12): Y ultimamente satisfacciendo á los reparos que se ponen á los Testamentos de Don Pedro Ponce de Leon (1), y Don Pedro Ponce de Leon (2), se fundará la asistencia de derecho, que tiene á su favor el Señor Duque, por la posesion en su linea de los Mayorazgos que se litigan.

DISCURSO I.

SE FUNDA LA FUERZA, Y EFICACIA DE las excepciones de cosa juzgada, y transaccion opuestas por el Sr. Duque.

2. LA Sentencia, y la Transaccion ponen fin á los pleytos, *leg.* 3. *C. de fruct. & lit. expens.* sin que les sea licito el volver á suscitar el pleyto, una vez fenecido, determinado, ó transigido. *Cap.* 1. *de lit. contest. in* 6. ibi: *Nisi de re iudicata, transacta, seú finita excipiat litigator litis contestationem, non impediat, nec retardet.*

3. La excepcion de cosa juzgada, ó transigida, es anómala, y por ésta razon, no solo puede oponerse, como peremptoria, sino tambien en fuerza de dilatoria para impedir el ingreso del Juicio. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 4. *cap.*9. *num.*39. *& ibi Add.* vers. *Exceptio, & num.*40. vers. *In qua*, ibi: *Hæc exceptio transactionis duplici via opponi potest: prima contra processum, ut litis ingressum impediat, & sic in vim dilatoriæ: secunda, contra actorem, & sic in vim peremptoriæ.* Valer. *de Transact. tit.* 1. *quæst.*3. *num.*71.

§. I.

OBSTA AL CONDE DE LA CORUñA LA EXcepcion de transaccion, que se le ha opuesto por el Señor Duque.

4. HAviendose mandado al Señor Duque, que respondiese á la Demanda puesta por el Conde de la Co-

Coruña (*Memor. num.* 274.), repitió las excepciones de transaccion, y cosa juzgada en fuerza de peremptorias (*Memor. num.*279.). Dom. Salgad. *de Labyr. Credit. part.*3. *cap.* 1. *n.* 62. ibi: *Et respondere insistit in rei iudicatæ exceptione in vim peremptoriæ* (*prout licitum eidem est*). *Supr. num.*3. porque uno de los médios mas eficaces para extinguir, y finalizar los pleytos, lo es la transaccion del derecho que se litiga, ó pretende deducir en Juicio. *Leg. Transata* 229. *ff. de verb. signif. Leg.* 2. *ff. siquis cautionibus. Leg.*22. §. 1. *ff. de in ius vocand. Leg. Causas* 16. *C. de transact.* Mantica *de Tacit. & Ambig. Convent. lib.*26. *tit.*1. *num.* 8. Fontan. *de Pact. Nupt. Claus.* 4. *Glos.* 9. *num.*212. Valer. *de Transact. tit.*1. *quæst.*3. *num.*69. ibi: *Transactione autem distrahitur, & disolvitur ille quasi contractus, & iuditium extinguitur, ac pœnitus finitur.*

5. El Emperador Philipo en la Ley *Fratris* 10. *C. de transact.* dice, que jamás llegarian á tener fin los pleytos, sino se levàran á debido efecto las transacciones, que de buena fé se interponen, ibi: *Nullius etenim erit litium finis, si á transactionibus, bona fide interpositis cœperit facile discedi.*

6. Toda la fuerza de la transaccion, y sus efectos no se dirigen, ni encaminan á otro objecto, que al de poner fin á las controversias, y litigios, Valer. *de Transact. tit.* 5. *quæst.*1. *num.*1. ibi: *Scopus transactionis, eiusque vis, & efectus eo tendit, ut finem imponat conrroversijs.*

7. De suerte, que la misma autoridad, y eficacia, que tiene la cosa juzgada para finalizar los pleytos, tiene la cosa transiguida para extinguirlos. *Leg.*20. *C. de transact.* ibi: *Non minorem authoritatem transactionem, quam rerum iudicatarum esse recta actione placuit.* Dom. Valenz. *cons.*175. *num.*39. ibi: *Transactio, & re iudicata eundem habet efectum, & á iure æquiparantur.* Valer. *dict. tit.*5. *quæst.* 1. *n.*1. ibi: *Quo aspectu non minorem vim, quam res iudicata obtinere dicitur.*

8 Y de tal modo se terminan, y finalizan los pleytos por médio de la transaccion, que ni aun por Rescripto del Principe se pueden volver á suscitar. *Leg.*16. *C. de transact.* ibi: *Causas, vel lites transactionibus legitimis finitas, imperiali Rescripto resuscitari non oportet.* Dom. Valenz. *cons.* 175. *num.*38. ibi: *Adeo dicitur litis finite transactionis exceptio, ut ne Rescripto Principis in fringi valeat.*

9. Estando Don Rodrigo (35) poseyendo dichos

Es-

Estados, en el dia 5 de Enero de 1494 (*Memor. num.* 54.), acudieron ante los Señores Reyes Catholicos Doña Beatriz Pacheco (17), Administradora de la persona, y bienes de Don Rodrigo (35), y Doña Maria Ponce de Leon (32), y hicieron relacion: „ De que ésta era hija mayor de Don Luis „ Ponce (24), hijo de Don Pedro (14), hijo mayor de Don „ Juan (7), y que la susodicha queria demandar judicialmen„ te á Don Rodrigo (35) las Ciudades de Arcos, Marchena, „ Rota, Baylén, y las otras Villas, Lugares, é bienes del Ma„ yorazgo, que fue, y quedó del Conde Don Juan (7), y que „ tenia, y poseía Don Rodrigo (35), y expresaba la Doña „ Maria pertenecerle por derecho de succesion; y porque „ el Conde Don Juan (7) con licencia de el Señor Rey Don „ Juan, que despues confirmó el Señor Rey Don Enrique, „ lo havia dado, y dexado todo con titulo de Mayorazgo á „ Don Pedro (14), para él, y para su hijo mayor, y para sus „ descendientes, aunque él falleciese en vida de dicho Conde „ Don Juan.

10. Y por parte de dicho Duque de Arcos se decia: „ Que dicha Ciudad, Villas, y bienes le pertenecian por „ titulo de Mayorazgo por disposicion del Duque de Cadiz „ Don Rodrigo (18), su Abuelo, y algunas personas havian „ intervenido entre los dichos Doña Maria, y Don Rodrigo „ á convenirlos, y igualarlos, y reconociendo ambas partes „ serles util, y provechosa dicha igualanza, especialmente á „ dicha Doña Maria, que por razon de ella podia ser, y sería „ dotada en quatro quentos de maravedis, segun lo que le „ daban; y como por otra parte, ni por otra via no podia „ haver el dicho dote, y queriendo seguir otra via, y havien„ dolos de demandar, y moviendose sobre ello pleyto, podian „ entre ambos recrecerse muchos pleytos, y debates, con„ tiendas, y questiones.

11. „ Y conociendo, los tales pleytos eran muy „ dañosos, y el fin de ellos muy dudoso, é por los muchos „ gastos, é inconvenientes de ellos, y porque havia otras per„ sonas, que se ponian á pedir la Ciudad, Villa, y bienes de „ dicho Mayorazgo, diciendo, que les pertenecian por titu„ lo de Mayorazgos, que fueron fechos por las personas, que „ los han tenido, y por otras dudas, que en ello podia ha„ ver, haviendo mucha diversidad, contrariedad, y in-

trin-

„ trincacion, y por ello sería muy dificultoso á Doña Ma-
„ ria vér el fin, y haver en dicho pleyto, ó pleytos Senten-
„ cias á su favor: Havido su acuerdo, y consejo de parien-
„ tes de la susodicha, y Letrados, y vistos los instrumentos,
„ Testamentos, donaciones, y tradicion de posesion, Cartas,
„ y Confirmaciones, y otras Escrituras tocantes al dicho
„ Mayorazgo, de que aqui se hace mencion, havian acorda-
„ do de se convenir, y igualar en ésta manera.

12. „ Que Doña Beatriz Pacheco (17), como Ad-
„ ministradora de Don Rodrigo (35), diese, y pagase á la
„ Daña Maria quatro quentos de maravedis para su dote, y
„ casamiento; los 670ȳ de ellos, por razon de los dos Do-
„ nadíos de Montemolin, y Texadilla, que eran suyos, y le
„ pertenecian por herencia de su Padre, y que Don Rodri-
„ go Duque de Cadiz (18), mandó en su Testamento se lo
„ restituyese, é si quisiera la Doña Maria tomar para sí di-
„ chos Donadíos, lo pudiese hacer, y dexar los dichos 670ȳ
„ maravedis, lo que ella mas quisiera: otros 530ȳ marave-
„ dis por los frutos, y rentas de los dichos dos Donadíos,
„ que Don Rodrigo (18), y la Duquesa su muger (17) hasta
„ aqui havian llevado, y Don Rodrigo (18), mandó se pa-
„ gasen por su Testamento, y los otros dos quentos y 800ȳ
„ maravedis, cumplimiento de los quatro quentos por ra-
„ zon, de que dicha Doña Maria por sí, y por sus descen-
„ dientes aprobase el Testamento de dicho Don Juan (7),
„ en quanto hacia á favor del Duque de Cadiz Don Rodri-
„ go (18), y de su nieto (35).

13. „ Y havia de ceder en el susodicho qualquier
„ derecho, accion, y propriedad, Señorío, é posesion que le
„ pertenecia, é pudiese pertenecer á la Ciudad de Cadiz, y
„ Villas de Marchena, Mayrena, Rota, Baylén, y otros Lu-
„ gares, y bienes de dicho Mayorazgo, asi por ser dicha Do-
„ ña Maria hija legitima, y una sola de Don Luis, y este ha-
„ ver sido hijo legitimo de Don Pedro Ponce de Leon (14),
„ hijo mayor legitimo de Don Juan (7), como por virtud de
„ la cesion, traspaso, y donacion, é tradicion de posesion en-
„ trevivos con licencia del Señor Rey Don Juan, y despues
„ por el Señor Rey Don Enrique confirmada, que fue fecha
„ por dicho Don Juan (7) en Don Pedro, de las dichas Ciu-
„ dades, Villas, é bienes del Mayorazgo para él, é para sus

„ descendientes, aunque dicho Don Pedro feneciese en vida
„ del dicho Conde Don Juan.

14. „ Y asimismo por todo el derecho, que dicha
„ Doña Maria tenia, y podia tener á los 511 maravedis de
„ Juro, situado sobre las tierras de el Duque, y la renta de
„ ellos, que dicho Don Rodrigo (18) llevó en su vida, que le
„ havia dexado Don Juan (7) á Don Luis (24) en su Testa-
„ mento, y porque renunciase Doña Maria el derecho que
„ tuviera á dicho Mayorazgo, y los 511 maravedis de Juro,
„ y sus rentas, y todo lo cediese, renunciase, y traspasase
„ en Don Rodrigo (35), y sus descendientes para que fuese
„ suyo para siempre jamás, segun, y por la forma en el Tes-
„ tamento del Duque de Cadiz Don Rodrigo (18) se conte-
„ nia, y para que los dichos derechos, que á las bienes de di-
„ cho Mayorazgo le competian, los traspasase en el Duque
„ de Arcos (35), y en sus descendientes, y se pudiesen apro-
„ vechar asi contra dicha Doña Maria, como contra otras
„ qualquiera personas, que pretendian tener derecho, y per-
„ tenecerle el dicho Mayorazgo.

15. „ Para validacion de lo qual, por ser Doña
„ Maria menor de veinte y cinco años, y dicha iguala de
„ bienes raizes de Mayorazgo, que no se podian enagenar, y
„ se perjudicaban, y quitaban derechos de terceros descen-
„ dientes, y la hacia con muy poca quantía de maravedis,
„ respecto al mucho valor de los bienes, como era notorio,
„ y el derecho, que á ellos pretendia tener, pidieron licen-
„ cia, y facultad, y aprobacion de S.M. supliendo los dichos
„ derechos, y otros qualesquiera, que en ellos, y en su otor-
„ gamiento, y en los instrumentos que cerca de ello huviese
„ otorgara, y que fueran necesarios de cumplir; y asimismo
„ la menor edad del Don Rodrigo (35).

16. „ Y su Magestad atendiendo al bien de la paz,
„ y que las causas eran urgentes, y serle mas provenhoso ha-
„ cer la dicha concordia, que no seguir los pleytos, y por
„ otras justas causas cumplideras al Real Servicio de S. M.
„ de lo qual havia mandado hacer, y se hizo cierta informa-
„ cion, les concedió dicha Facultad para hacer la iguala con
„ qualquiera Vinculos, firmezas, y Clausula que quisieren,
„ y hypotecar á ello qualquiera bienes, aunque fuesen de
„ Mayorazgo, las quales desde ahora para entonces de pro-

„ prio

„ prio motu, cierta ciencia, y poderío real obsoluto, confir-
„ maron, y aprobaron interponiendo en ellas su Decreto,
„ y Real authoridad, para que valgan, y se guarden inviola-
„ blemente para siempre jamás, aunque por ello se perjudi-
„ que, y quite el derecho de terceros descendientes de Do-
„ ña María, que era menor de edad; y la dicha igualanza
„ sea hecha de bienes raíces, y de Mayorazgo, y que no se
„ podian enagenar, los quales en quanto á esto hicieron sus
„ Magestades libres, y alienables, aunque sea por tan corta
„ quantía.

17. „ Y mandaron, que á la dicha Doña María, ni á
„ sus descendientes despues de ella, y succesores en el di-
„ cho Mayorazgo no les quedase ningun remedio, ni ningun
„ derecho, ni accion ni oficio de Juez, ni beneficio de resti-
„ tucion, como menor, ni otro remedio alguno ordinario, ni
„ extraordinario para ir, ó venir contra lo susodicho; y asi
„ otorgaron, sin embargo de qualesquiera Vinculos, é firme-
„ zas, y penas de los Testamentos, y Escrituras del dicho
„ Mayorazgo, donacion, tradicion de posesion, licencia, y
„ confirmaciones dadas por los Señores Reyes, que antes
„ van referidos, ni las Leyes, fueros, ni derechos, que sean
„ en contrario, los quales de proprio motu, dispensaron, y
„ derogaron sus Magestades para éste caso supliendo qual-
„ quier defecto de substancia, ó solemnidad, que en la con-
„ trata, é instrumento, que se hiciera sobre lo referido in-
„ tervinieses, mandando sus Magestades se guardase, é hi-
„ ciese guardar lo contenido en ésta Cedula.

18. Con insercion de ésta Real Cedula, y usando de la Facultad, que por ella se concedia, Don Rodrigo Ponce de Leon (35), y Doña Beatriz Pacheco (17) su Administradora, de la una parte, y la Doña María Ponce de Leon (32) de la otra, en el dia 5 de Abril del expresado año de 1494 (*Mem. num.* 55.) otorgaron Escritura de transaccion, y convenio; por la qual la dicha Doña María Ponce, haciendo una dilatada relacion de los derechos, que le pertenecian, y pretendia deducir á los dichos Mayorazgos, y expresando tambien el derecho, que á ellos tenia el dicho Don Rodrigo Ponce (35), y las dudas, que sobre ello se ofrecian, consultas, que se havian tenido, y la iguala, y concierto que havian executado, y se relacionan en la dicha Real Cedula, que ha-

vian obtenido, y que le era mas util el tomar los quatro quentos de maravedis, que el litigar los expresados derechos, con todo lo demás que se expresa.

19. Otorgó, que tomaba los dos Donadíos de Montemolín, y Texadilla en los 670ȳ maravedis, y los tres quentos, y 330ȳ maravedis restantes, se los havia de pagar la Doña Beatriz (17) dentro de quatro años; por lo qual estando en su libre poderio, de su grado, é propria, é libre, pura, y espontanea voluntad, sin premio, sin fuerza, y sin otro constreñimiento, ni inducimiento, que le fuese fecho, ni dicho, y siendo sabidora de su derecho, otorgó por sí, é por sus herederos, y succesores universales, y singulares, que se desistia, y apartaba de la dicha Ciudad de Arcos, Marchena, Rota, y Baylén, y de todas las dichas Villas, y Lugares, y demas bienes pertenecientes al dicho Mayorazgo, y de los 51ȳ maravedis de Juro, que le pertenecian por cabeza de su Padre, y por virtud del Mayorazgo hecho en cabeza de Don Pedro su Abuelo (14), y sus descendientes, y de otro qualquier derecho, que en qualquiera manera á los susodichos pudiese pertenecer, y lo traspasó en el dicho Don Rodrigo (35), sus herederos, y demás personas, que huviesen de succeder, segun la disposicion del Mayorazgo hecho por Don Rodrigo (18).

20. Y prometió de haver por firme el Testamento de Don Juan (7), en que dexó el Mayorazgo al Don Rodrigo (18), y sus descendientes, y asimismo el Mayorazgo, que hizo dicho Don Rodrigo (18) en favor de sus nietos, y sus descendientes, y si lo referido valiese mas, que los dos Donadíos, y los tres quentos, y 330ȳ maravedis, en virtud de la Real Facultad, le hizo donacion de ello con las insinuaciones correspondientes, renunciando tambien el poder decir, ni alegar, ni poner por accion, ni excepcion contra la dicha conveniencia, ni contra cosa alguna de ella, que huvo yerro, ni arte, ni dolo, ni engaño, ni colusion, ni que la hizo, por temor, ignorancia, ó no siendo cierta, y sabidora de sus derechos, y acciones, que le pertenecian, ó podian pertenecer, ó que lo hacia sin causa, ó por alguna injusta, y torpe, ó porque poseía el Don Rodrigo (35) los Mayorazgos, y Doña Maria estaba desposeída de ellos, ó que la havia por muy poco precio, y en muy mucho menos de la mitad de su justo precio.

Por

21. Por quanto considerado todo lo susodicho, y los titulos, y derechos de dicho Don Rodrigo, y los dos Donadios, y maravedis, que se le daban, tenia con que ser dotada á su honra, y como quien era, y cedia en su utilidad, y renunció las Leyes, que se ván expresando en esta Escritura, y se obligó por sí, y sus succesores al cumplimiento de éste contrato, y á que no se iría contra él en tiempo alguno, y en caso de que qualquiera fuese, havia de pagar en pena á Don Rodrigo (35) treinta mil enriques de oro, y los daños, y perjuicios, y todavia se havia de cumplir lo contenido en ésra concordia, dando poder á las Justicias, que le apremiaseh á su cumplimiento; y quiso no ser oída, y pidió á sus Magestades aprobasen éste contrato, supliendo qualquier defecto, que huviese, y expresó no tener hecha reclamacion, ni que la haría, ni havian de aprovechar á la susodicha, ni sus succesores, y se obligó, y á sus bienes; y por quanto era mayor de doce años, y menor de veinte y cinco, juró de guardar éste contrato, y no ir contra él por ninguna causa, ni pedir relaxacion, ni absolucion, y aunque se le concediese, no usar de ella.

22. A los diez dias de otorgada la Escritura antecedente, y en el dia 15 de Abril del expresado año de 1494 (*Mem. num.* 58.), Don Antonio Alvarez Zapata (32) otorgó otra Escritura con licencia de Don Fernando Alvarez de Toledo, Secretario de los Señores Reyes Catholicos, su Padre, que se halló presente, en la qual relacionó, que por quanto la dicha Doña Maria Ponce (32), antes que con ella se desposase el otorgante, estando ya contratado el desposorio con consentimiento de dicho Don Antonio, y de su Padre, havia hecho asiento, y capitulacion con Doña Beatriz Pacheco (17), como Administradora de Don Rodrigo su nieto, renunciando el derecho, que tenia á dicho Mayorazgo, &c. y porque todo lo en dicho contrato contenido, fue visto por el dicho Don Antonio, y lo ha aqui por incorporado, y por la dicha Doña Maria fue consultado con el Otorgante, y con su Padre, y sobre ello tuvieron consejo, y deliberacion con Letrados, y otras personas, que de ello sabian, asi de fecho, como de derecho.

23. Consideradas las causas, que á ello moviero á la Doña Maria, pareció, y se halló ser hecho en utilidad

 ded

de ésta, y provecho del Don Antonio, y por lo qual ratificó, y aprobó dicha igualanza, para que sea firme para siempre jamás: y como si al tiempo, que se otorgó por Doña Maria se huviese hallado presente el susodicho, y para que en caso necesario lo pudiera ratificar, y aprobar la susodicha, y se obligó por sí, sus herederos, y succesores al cumplimiento de ello, y impuso pena de diez mil doblas de oro, que en caso de contravencion se havian de dar á dicha Doña Beatriz, y su nieto, y obligó su bienes, y quiso no ser oído, renunciando todas las Leyes de su favor, que se ván expresando, y suplicó á sus Magestades, que lo aprobasen, y confirmasen, y por ser menor, juró, y ofreció no pedir relaxacion, ni absolucion, ni usar de ella, aunque se le concediese.

24. Con estas Escrituras se acudió á los Señores Reyes Catholicos por Septiembre del mismo año de 1494 (*Memor. num.* 59.), y por sus Magestades se despachó Real Cedula, en la qual „ expresando haver visto el contrato, y „ cesion, que con su licencia havia otorgado dicha Doña „ Maria, y la aprobacion que havía hecho Don Antonio su „ marido, que se inserta en ésta Cedula, sus Magestades mo„ vidos por las causas contenidas en la licencia, y en dicho „ contrato, y por otras causas, que á ello le movian, y por „ hacer merced á Don Rodrigo (35), y los que despues de „ él, segun la disposicion de Don Rodrigo Ponce de Leon „ (18) su Abuelo, havian de succeder en dicho Mayorazgo, „ que le dexo, y por los muchos, y señalados servicios, que „ havia hecho dicho Don Rodrigo (18) á la Real Corona, „ quien havia dexado el dicho Mayorazgo.

25. „ De proprio motu, cierta ciencia, y pode„ río Real absoluto, de que usaban sus Magestades, en quan„ to al dicho Don Rodrigo (35), y á los otros, que segun la „ disposicion de Don Rodrigo (18) havian de succeder en „ dicho Mayorazgo, confirmaron sus Magestades, y apro„ baron la facultad, que havian dado á Doña Maria para „ hacer dicha igualanza, donacion, cesion, y traspasamien„ to, que vá incorporado, y todo lo en ella contenido; por „ lo qual traspasó el Mayorazgo, que havia sido de Don „ Juan (7), y lo havia dexado el Don Rodrigo (18) á su „ nieto (35), y los frutos, y rentas, y los 514 maravedis,

„ que

„ que pertenecian á la dicha Doña Maria, y el alzamiento, y „ quitamiento que hacia de los frutos, y rentas, de los dos „ Donadíos de Montemolin, y Texadilla, segun, y en la „ manera que se contiene en las dichas Escrituras, lo que „ confirmaban sus Magestades, segun mejor, y mas cumpli- „ damente al dicho Don Rodrigo (35), y sus herederos con- „ venia.

26. „ Para que á dicha Doña Maria, ni á los que „ despues de ella, segun la disposicion de dicho Mayoraz- „ go, y de la donacion, que el Don Juan (7) hizo á Don Pe- „ dro (14), y de las Licencias, y Confirmaciones de los Se- „ ñores Reyes pudiese succeder en dicho Mayorazgo, no „ quedase Señorío, propriedad, posesion, derecho, ni ra- „ zon, ni accion alguna, ni al Mayorazgo, ni á la Ciudad „ de Arcos, Villa de Marchena, y otras Villas, Lugares, He- „ redamientos, y bienes, ni en ella, y todo lo que pudiese „ pertenecer, asi á Doña Maria, como á sus descendientes, „ se acresce, y traspasa, y pertenece á dicho Don Rodrigo „ (35), á los que despues de él han de succeder en el dicho „ Mayorazgo, segun la disposicion del Don Rodrigo (18), y „ pudiese el de la (35) aprovecharse contra la Doña Maria, „ y sus descendientes, y otras qualesquier personas, contra „ quien la Doña Maria antes de hacer la cesion, se pudiera „ aprovechar.

27. „ Y para mayor validacion de ello, ahora de „ nuevo la otorgaron sus Magestades, é interpusieron en to- „ do su Decreto, y Real autoridad, y suplieron qualquier de- „ fecto de substancia, ó solemnidad que huviese interveni- „ do en la licencia de la dicha igualanza, y donacion, y apro- „ bacion de Don Antonio Alvarez, y quisieron sus Mages- „ tades fuese firme para siempre jamás, y que no se pudie- „ se contradecir, ni impugnar por Doña Maria (32), ni por „ sus descendientes despues de ella; sin que á lo referido pu- „ diese embargar, que Doña Maria sea menor de edad, ni el „ anejamiento de bienes raizes, y de Mayorazgo, y de tan „ grande Patrimonio, y Señorío, y Rentas; y que lo haya „ traspasado sin autoridad del Curador, y sin Decreto del „ Juez, y sin proceder conocimiento de causa, ni parecer, „ que la huviese, que justa, ni necesaria fuese, ni que le hu- „ viese sido lesa en mas de la mitad del justo precio, ó en

„ gran-

„ grande manera enormisimamente, y por ser tan poca la
„ cantidad, que por ello recibe, y sin embargo de la dona-
„ cion, y posesion que Don Juan (7) hizo, y dió á Don Pe-
„ dro (14), y las Confirmaciones de los Señores Reyes, aun
„ que en dichos instrumentos se contuvieran prohibiciones,
„ juramentos, y pleyto omenage, ó que no interviniera in-
„ sinuacion en la donacion, y todas las demás causas, que se
„ pudiese decir, que no valiese.

28. „ Pues sin embargo de todos los dichos de-
„ fectos, y otros qualesquiera, que se pudiesen oponer á di-
„ chas Escrituras, por remedios ordinarios, ó extraordina-
„ rios, y Leyes, y Pragmaticas, que en contrario dispusie-
„ sen, sus Magestades de su proprio motu las validaban, y
„ mandaron, que sean válidas, y firmes para siempre jamás
„ dicha igualanza, y donacion, y fuesen de dicho Don Ro-
„ drigo, y sus succesores todo, y qualquier Señorío, dere-
„ cho, accion, y remedio, que antes residia en la dicha Doña
„ Maria, y que qualquiera obrepcion, y subrepcion, que hu-
„ viese intervenido en la licencia, que á la susodicha se le
„ dió, ó qualquier otro obstaculo de hecho, ó derecho, ó qual-
„ quier reclamacion, ó protextacion, que huviesen hecho, y
„ hicieran los dichos Doña Maria, y D. Antonio, aunque sea
„ por causas justas, y verdaderas, todo lo dispensaban, y
„ quitaban sus Magestades, y lo revocaban, y querian que no
„ valiese, ni la Doña Maria, ni sus descendientes despues de
„ ella, se pudiesen de ella aprovechar, y las Leyes, que dis-
„ ponian, que las Cartas, que fueran dadas contra derecho,
„ ó en perjuicio de tercero, fuesen obedecidas, y no cumpli-
„ das, aunque tengan qualesquiera Clausulas, y firmezas, y
„ se haga en ella expresion de las tales Leyes, en quanto á
„ esto haviendolas aqui por incorporadas, las derogaron sus
„ Magestades, y mandaron á los Señores del Real Consejo,
„ y Chancillería, &c. hiciesen guardar todo lo contenido en
„ ésta Carta, sin que se contraviniese á ello, &c.

29. Del hecho, que queda relacionado, se deduce claramente, que todo quanto pretende, y solicita el Conde de la Coruña en su Demanda, se halla legitimamente transigido entre sus Autores, y los del Señor Duque de Arcos; y la razon es, porque el unico derecho que propone, y deduce en ella el referido Conde, es, el que dice, que tuvo, y le

per-

perteneció para succeder en los dichos Estados de Arcos, Baylén, y sus Agregados á Don Luis Ponce de Leon (24) su octavo Abuelo, hijo mayor de Don Pedro (14), el qual fue asimismo hijo mayor de Don Juan Ponce (7); y en virtud de éste derecho, que supone tener, pretende, que se le manden restituir los expresados bienes, y que á ello se le condene al Señor Duque de Arcos, como asi se expresa literalmente en la referida Demanda, ibi: *Con que por todos médios se evidencia el notorio derecho, que asiste al Conde de la Coruña á la succesion de dichos Estados de Arcos, y Baylén, con exclusion de dicho Duque; por lo qual, y usando no solo del derecho reservado en la Sentencia de Tenuta, sino tambien del que á mi parte le asiste para succeder en los referidos Estados de Arcos, y Baylén, y sus Agregados, como octavo nieto legitimo de Don Luis Ponce (24), hijo mayor de Don Pedro (14), que fue hijo primogenito del Conde Don Juan: A V. A. pido, y suplico se sirva de condenar al dicho Duque de Arcos á que vuelva, y restituya á mi parte el dicho Ducado de Arcos, &c.* (*Mem. num.265.*).

30. Y este mismo derecho, fue el que propuso, y renunció la dicha Doña Maria Ponce (32) en la Escritura de transaccion, que queda relacionada, (*Memor. num. 55.*): „ Que entre la susodicha, y Don Rodrigo Ponce (35), tenia, „ y se esperaba vér pleytos, y debates sobre la Ciudad de Ar„ cos, y Villa de Marchena, y sobre las Villas, y Lugares, „ y bienes pertenecientes al Mayorazgo, que fue, y fincó de „ Don Juan Ponce de Leon su Visabuelo (7); cuyo Mayoraz„ go le pertenecia, como hija mayor de Don Luis (24), que „ no dexó varon, y el dicho Don Luis fue hijo mayor de el „ Don Pedro (14), quien fue el mayor del Don Juan (7), &c. „ Y siendo sabidora (*Memor. num.57.*) de su derecho, otor„ gó por sí, por sus herederos, y succesores universales, y „ singulares, que se desistía, y apartaba del derecho, que te„ nia, ó pudiese tener á la dicha Ciudad de Arcos, Marche„ na, Rota, y Baylén, y de todas las Villas, &c.

31. De modo, que lo que transigió, y renunció por sí, y por sus descendientes, y succesores Doña Maria Ponce (32), como hija legitima de Don Luis Ponce (24), hijo mayor de Don Pedro (14), esto mismo pretende hoy, y deduce en su Demanda el Conde de la Coruña, como octavo nieto del dicho Don Luis (24), hijo mayor del Don Pe-

32. Sin que el dicho Conde de la Coruña, ni haya propuesto otro derecho alguno para fundar la pretension, que ha deducido; pues aunque en su Demanda dixo, *que usaba del derecho, que le reservó la Sentencia de Tenuta*; esto de nada sirve, pues las reservas á nadie le dán derecho, y solo sirven de conservarle á cada uno, el que tuviere. Surd. *cons.* 152. *num.* 29. Dom. Castill. *tom.* 4. *Cont. cap.* 16. *n.* 26. Dom. Salgad. *de Labyr. Credit. part.* 2. *cap.* 6. *num.* 64. ibi: *Quia reservationis natura est, nec tribuere ius, nec auferre. Et in part.* 4. *de Reg. Protect. cap.* 7. *num.* 104. ibi: *Iuris reservatio facta in Sententia, conservat ius gravato competens.* Parlador. *lib.* 2. *rer. quotidan. cap. Fin. part.* 5. §. 12. *num.* 5. ibi: *Quæ quidem reservatio, & si nihil novi iuris tribuat, conservat tamen ius, in cuius gratiam reservatur.*

33. Y no hay, ni puede haver duda, en que la dicha transaccion fuese valida, y legitima, por haverse celebrado con todos los requisitos, y solemnidades prevenidas por derecho, y en virtud de la Real Facultad, que para ello se concedió, y haverse aprobado por otra, que se obtuvo posteriormente á pedimento de todas las partes, que celebraron el convenio; mediante lo qual es visto, que obró, y produxo sus efectos, y lo son el impedir, que se vuelva á litigar sobre lo mismo que ya quedó finalizado, y transigido: *Post absolutum enim, dimissumque iuditium nefax est litem alteram consurgere ex litis primæ materia. Leg.* 3. *C. de fruct. & litis expens.*

34. Y tampoco puede dudarse, que en el caso presente concurren, y se verifican las tres identidades prevenidas por derecho: pues por lo que hace á las personas, es cierto, que las que hoy litigan en este pleyto, son las mismas representativamente que intervinieron en la dicha transaccion; porque como ya queda dicho, el Conde de la Coruña propone su Demanda por representacion de la dicha Doña Maria Ponce, su octava Abuela, y el Señor Duque de Arcos funda su defensa por representacion de Don Rodrigo Ponce de Leon(35) su sexto Abuelo; y para que se verifique la identidad de las personas, que la Ley previene, no es necesario, que real, y phisicamente sean las mismas; pues basta que lo sean representativamente. Surd. *cons.* 312. *num.* 26. Giurb. *decis.* 20. *á num.* 1. Dom. Salgad. *de Retent. part.* 1. *cap.*

12. *num.*20. *& part.*3. *Labyr. cap.*1. *num.*181. ibi: *Et in hac materia, ut obstet exceptio rei iudicatæ suficit, quod eadem sit persona, veré, vel interpretativé.* Dom. Castill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 104. *num.*26.

35. Y por lo que hace á la identidad de la cosa, ya quéda calificado con evidencia, que todo quanto la dicha Doña Maria Ponce (32), incluyó, y renunció en la expresada transaccion, eso mismo es lo que incluye, y comprehende en su Demanda el Conde de la Coruña. Y lo mismo acaece por lo tocante á la tercera identidad; pues ya queda expuesto, y advertido, que la misma accion, y derecho que la Doña Maria Ponce (32) propuso en la transaccion, que tenia para succeder en los dichos Estados, y Mayorazgos, ese mismo es, el que ha deducido, y propuesto el Conde de la Coruña en la expresada Demanda.

36. Sin que pueda obstar á lo referido, el que la Doña Maria Ponce (32), no huviese deducido en Juicio los derechos que propuso, y renunció en dicho acto, y que de aqui se pretenda inferir por el dicho Conde de la Coruña, el que la mencionada transaccion no puede ser efectiva, ni producir excepcion impeditiva de su derecho, mediante á no haver havido, ni tenido la Doña Maria pleyto alguno, que transigir, y ser requisito esencial de la transacion, el que entre las partes que la celebran, haya lite, ó Juicio pendiente, que se transija. Ioan. Gutierr. *de Iuram. Confirm. part.* 3. *cap.* 2. *num.*1. Dom. Greg. Lop. *in leg.* 22. *tit.*1. *part.* 7. *Glos.* 10. Dom. Castill. *tom.*4. *Controv. cap.*42. *num.* 26. Dom. Valenz. *cons.*11. *num.*32. *& cons.* 175. *num.*1. Barbos. *in Collect. cap.* 7. *de Transact. num.*3. P. Molin. *de Iust. & Iur. tract.* 2. *disp.* 556. vers. *Transactionem tit.*2. *quæst.*1. *n.*5.

37. Pues aunque es cierta la doctrina, y theorica antecedente, tambien lo es, el que para la validacion, y consistencia de la transaccion, no es necesario, que la lite, ó pleyto, que se transige esté principiado, y existente; pues basta el fundado, y probable temor, de que lo haya, para que ésta futura, y temida lite se pueda transigir: asi lo afirman, y defienden Gutierrez, Dom. Molina, Barbos. Dom. Castill. Velazq. Cancer. y demás sup. proxim. citad. & etiam tenent. Dom. Larr. *allegat.* 26. Aceved. *in leg.*4. *tit.*21. *lib.*4. *Recop. num.*19. Gratian. *Discept. Forens. discept.* 400. *num.* 25.

Va-

Valer. *de Transact. tit. 2. quæst. 2. ferè per totam, & signanter num. 9.* ibi: *Verissimum enim est, futuræ litis tempore transigi posse. Quid enim interest an lis præsens sit, vel futura, ut transigi de ea possit?*

§. II.

SATISFACCION A LOS REPAROS PUESTOS por el Conde de la Coruña à la dicha excepcion de Transaccion.

38. CONtra la dicha Transaccion opone el Conde de la Coruña varios defectos, y reparos, que dicen influyen insanable nulidad en el convenio, y que como acto notoriamente nulo, no puede producir la excepcion, que se ha propuesto por parte del Señor Duque: pero ninguno de dichos reparos puede ser admisible, ni desvanecer el derecho, que al Señor Duque, y a sus Autores se les adquirió con la dicha Transaccion, como se acredita de los fundamentos siguientes.

39. Lo primero, porque aunque es regla inconcusa, y general, el que contra las dichas transacciones, aunque estén executadas en virtud de la Facultad del Principe, se pueden oponer los mismos defectos, y nulidades, que á las que se executen sin ella. Fusario *de Substit. quæst. 562. num. 11. & 12.* Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 4. cap. 9. num. 33. & seqq.* Dom. Castill. *de Aliment. cap. 36. §. 2. num. 77.* Valer. *de Transact. tit. 2. quæst. 3. num. 17. & tit. 4. quæst. 2. num. 29.*

40. Tambien es cierto, y constante, que muchos, y graves Autores limitan la expresada regla en el caso de que la transeccion se haya observado por mucho tiempo, asi como de treinta años; pues entonces dicen, que no se debe admitir reparo alguno contra ella, porque todos los defectos se purgan con la antigua, y subsiguiente observancía. Dom. Molina *dict. cap. 9. num. 37. & ibi Add. num. 33.* ibi: *Hæc recepta Sententia limitatur primo, quando huiusmodi transactio per plures annos observata est.*

41. Y tambien la limitan quando el Principe aprueba la transaccion con pleno conocimiento de causa, y de cier-

cierta ciencia, ó quando usa de la Clausula *de plena potestad*, Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 28. ó quando dice que suple *todos*, y *qualesquiera defectos*, ó quando la transaccion es *geminada*, y *el Principe la confirma*; asi lo afirman los Addent. al Señor Molina *in dict. num.* 33. con otros muchos Autores que citan, ibi: *Limitatur secundo quando Princeps adhibita plena cognitione causæ, & ex certa sciencia talem transactionem confirmat::::: & ubi Princeps utitur Clausula DE PLENITUDINE POTESTATIS::::: & ubi adest Clausula suplens omnes defectus::::: & quando transactio est geminata, & Princeps eam confirmat.*

42. Y todas estas limitaciones se verifican en nuestro caso; porque si se atiende á la primera, se halla, que no solo se ha observado la dicha transaccion por espacio de los treinta años, que requieren los Autores, sino por mas de dos cientos y setenta, que han corrido desde el de 1494, que se hizo la dicha transaccion, hasta de presente.

43. Y si se atiende á las Clausulas, y expresiones, que contuvo la Real Facultad, en cuya virtud se otorgó, en ella están todas quantas previenen los Autores, aun con mayor eficácia, y extension: porque en quanto á la *de cierta ciencia, &c.* se halla, que los Señores Reyes Catholicos, despues de haverse hecho cargo, y tomado individual noticia, y conocimiento de los derechos de las partes, su caracter, y pretensiones, y del estado de las cosas, puntos, y particulares en que havia de consistir la transaccion, y las justas causas, que le movian á otorgarlas; dixeron los dichos Señores Reyes: *Que á los dichos Don Rodrigo, Doña Beatriz, y Doña Maria* (17, 32, *y* 35), *les concedian facultad para hacer la dicha transaccion, con qualesquiera Vinculos, firmezas, y Clausulas, que quisiesen, las quales de proprio motu, cierta ciencia, y poderio Real absoluto, confirmaban, y aprobaban, &c.* (*Mem. n.* 54.).

44. Tambien dixeron: *Que suplian, y suplieron todos, y qualesquiera defectos de substancia, y solemnidad, que en la contrata, ó instrumento, que se hiciera sobre lo referido interviniesen::: y que en las dichas Clausulas, y convenciones interponian su Decreto, y Real autoridad, para que valgan, y se guarden inviolablemente para siempre jamás, aunque por ello se perjudique, y quite el derecho de terceros descendientes de la Doña Maria, &c.* Con que es visto hallarnos en los casos terminantes de las dichas limi-

taciones, y que segun ellas no puede ser admisible ningun reparo, que se quiera oponer á la dicha transaccion.

45. Y lo segundo, porque todos quantos se le han opuesto por el dicho Conde de la Coruña, son absolutamente despreciables, y se hallan desvanecidos de los mismos autos, como se acredita con evidencia, examinando en particular cada uno de los dichos reparos, y la satisfaccion, que se les dá por el Señor Duque, los quales son en la forma, que se sigue.

46. El primer reparo, que se opone contra la dicha transaccion, es decir, que la Doña Maria Ponce de Leon (32), que la executó, no pudo con ella causar perjuicio á los demás llamados, y succesores en los dichos Estados, y Mayorazgos, pues cada uno de ellos viene por su proprio, y particular llamamiento, segun la voluntad de los Fundadores. Dom. Valenz. *cons.* 97. *num.* 131. Dom. Larr. *decis.* 34. *n.* 58. Dom. Castill. *tom.* 3. *Controv. cap.* 15. *num.* 70. Alvar. Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 10. *n.* 440.

47. Y por esta razon no puede tener validacion, ni subsistencia la transaccion, que se executa por el poseedor del Mayorazgo, ó por alguno de los llamados, sobre enagenar, ó gravar los biénes de su dotacion, ó sobre el curso, y orden, que deba seguir la succesion; pues nada de lo que en esta razon se executare, ó transigiere, puede subsistir en perjuicio de las lineas, y personas, que segun la disposicion de derecho, y la voluntad del Fundador debieren succeder. *Leg. Peto* 69. §. *Fratre* 3. *ff. de legat.* 2. Arias Pinel. *in leg.* 1. *C. de Bon. Matern. part.* 3. *num.* 49. Gom. *in Leg.* 40. *Taur. n.* 86. Dom. Gregor. Lop. *in leg.* 10. *tit.* 26. *part.* 4. *Glos.* 1. D. Solorzan. *de Iur. Indiar. lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 57. Valer. *de Transact. tit.* 4. *quæst.* 1. *num.* 1. *& quæst.* 2. *num.* 6. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 4. *cap* 9. *á num.* 7.

48. Este reparo se desvanece atendido, el que aunque es cierto, que sobre la succesion de los Mayorazgos, ó enagenacion de los bienes de su dotacion, no puede ser válida la transaccion que se hiciere: tambien es constante, que esto se limita en el caso de que se execute con justa causa, y autoridad del Principe; pues entonces nadie duda, que la transaccion es válida, y legitima. *Cap.* 1. *de Transact. cap. Examinata de confirmat. util, vel innutil.* Ar. Pinel. *in dict. leg.*

1. C. *de bon. Mat. part.* 3. *num.* 50. Mier. *de Maiorat. part.* 4. *quæst.* 22. *num.* 19. Valer. *de Transact. tit.* 4. *quæst.* 2. *feré per tot. & signant. num.* 59. ibi: *De his etiam transactionibus, quæ super successionibus eorum intér plures controversis fiunt, paritér afirmandum est, nullius esse momenti, quo ad hoc ut sequentibus successoribus inferant, nisi Facultas Regia accedat.*

49. Y el Señor Molina en el dicho *lib.*4. *cap.* 9. *n.* 21. no solo sigue, y aprueba la opinion (ó por mejor decir) la inconcusa, y universal Sentencia de todos los Autores, sino que dice, que sería absurdo, el afirmar lo contrario, y quererle restringir al Rey su potestad, ibi: *Absurdum namque foret adeo Principis potestatem restringere, ut in causis Maioratuum non posset partibus facultatem prestare, ut alitibus desistant, causæ que transactione, vel compromisso componantur.* Cardin. de Luca *de Regal. disc.* 148. *num.*10. ibi: *Non agitur enim cum pribato per iudicem precisé cogendo, sed cum Supremo Principe, cui nemo dicere potest, cur ita facis, & qui neminem habet, qui cogat ad retractandum ea, quæ retractare nollit.*

50. Fuera reconocido agravio á la Suprema Potestad, contra la reverencia, que se debe: podrase disputar theoricamente antes de executar: lo ya mandado solo para obedecer hay advitrio. Dom. Salced. *ad Legg. Reg. lib.*4.*cap.* 24. *num.*96. ibi: *In qua quidem quæstione notatu digna congerit. Suar. de Leg. lib.*5. *cap.*25. *ex num.*3. *inquiens, quam plura á iure prohibita esse, quæ ex post facto tenent ratione reverentiæ, circunstantiæ, prohibitionis, vel modo facti. Et de leg. Politic. lib.* 2. *cap.*14. *num.* 43. ibi: *Post expeditionem illarum, post executionem quare dispositio admitenda de viribus potestatis Principis, consultatione supremorum iudicum præmissa. Quod si admititur, & iniuria fit Regiæ potestati cum facilius, ac reverentius procedatur, denegando facultates ad mutationem Maioratuum, quam revocare post executionem.*

51. Los Autores se han inclinado á una, y otra opinion; por la contraria todos los que juntó el Dom. Salced. *dict. cap.*24. *num.*87. *& de leg. Polit. lib.*2. *cap.*14. *num.*29. *y en el num.* 30. *y sigg.* funda con los Autores á favor de la potestad su sentir, y *dict. cap.* 24. *num.* 91. ibi: *Sed nihilominus fatendum est quidquid Doctores dicant contra potestatem Principis facultates á Rege concessas ad alienationes bonorum Maioratus, mutationem vé succedendi subsistere debere ex causis á nobis adductis*

in tractatu de Leg. Politic. lib. 2. cap. 14. num. 28. cum seqq. y cita á Menochio, Rodolph, Tap. Mier. Petr. y otros muchos: satisface los reparos, que se oponen en los numeros siguientes; y continua fundandola desde el *num.* 116.

52. Y en qualquiera forma, que se considere, pareció al Carden. de Luca, que era disputa digna solo de la Cathedra, no de fuero *de Fideicomm. disc.* 14. *num.* 2. ibi: *Ad primum respondi quæstionem potestatis hodiè á foro exulare, illa solo remanente Scolasticis, & Academicis pro ingenijs exercendis iuxta receptam praxis totius Orbis. Et de Regal. disc.* 148. *num.* 11. copilando los fundamentos, y limitaciones referidas, de los que niegan la potestad, dice, que para el fuero externo son simplicidades, y idéas del derecho, ibi: *Doctores nimium se involvant in hac materia potestatis Principis, aliquibus illam simpliciter negantibus in ijs, quæ tangunt ius tertij, quasi quod sit ledere ius: naturæ, vel gentium, cui Princeps dispensare non potest, alijs verò distinguentibus. Inter potestatem ordinariam, & absolutam, sivé an dicat, facere de plenitudine potestatis, ne nec, ac alijs distinguentibus, an concurrat ne nec iuxta causa publicæ necessitatis, vel utilitatis, cum similibus, quæ scribentes unum alterum transcribendo excogitare curarunt, iuxta opportunitatem, ad quam scribere eis dedit ocasio; attamen quidquid sit de foro interno, de quo forentium non est agere, ad quem in efectu, agnoscendo dificultatem, sed restringit Fagnani loc. citato; quo ad ea, quæ pertinent ad forum externum, huiusmodi quæstiones, ac distintiones super positivo de efectu potestatis, quando voluntas est in contrarium mihi videtur, quo contineant legulcicas simplicitates, quoniam distinctio inter potestatem ordinariam, & suprema, & an fiat de plenitudine, ne nec, remanere videtur hodie idealis:* por lo qual no obstante, que se puede disputar en derecho; pero el uso de conceder semejantes facultades, y de impetrarlas, desvanece todo motivo de controversia, por evitar los muchos pleytos, é inconvenientes, que se seguian. Dom. Salced. *dict. cap.* 14. *num.* 41. ibi: *Cum iam ex usu, & praxi huius Regni recepta, ac usitata mutatio dispositionum sit, & ex consensu omnium subditorum delatum, quám disputare, nec locus erit, nec litibus mundus conculcetur, ut dixit,* Add. ad Molin. *lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 28. & 33.

53. Con que haviendose executado la referida transaccion con justa, y legitima causa, y en virtud de la Real Facultad, que para dicho fin se concedió, y en ella se in-

inserta, y aprobadose despues por otra de tantas, y mayores extensiones, y ampliaciones, se sigue, y evidencia claramente, el que no solo debe estimar válida, y legitima, sino tener por absurdo, y temeridad el impugnarla.

54. Y el que huviese havido justa causa para que S.M. dispensase, y concediese la citada Real Facultad, se acredita, lo uno, atendida la elevada calidad, y circunstancias de las personas transigentes, y los dilatados, y ruidosos pleytos, que entre ellos podian seguirse, que son las causas, que proponen los Autores. D. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 4. cap. 9. num. 20.* ibi: *Primó, nisi ad id Regia Facultas interveniat: Regia namque facultate interveniente, nulli dubium, nisi quod id fieri valeat dummodo causa legitima ad id efficiendum interveniat, veluti si lites sint inter magnos Principes, & Proceres, atque optimates, lisque sit diu duratura, scandalaque ex illa exoriri sperentur, vel alia simili causa ocurrat.*

55. Y lo otro, el que los mismos Señores Reyes Catholicos en la dicha Real Cedula, y Facultad, que concedieron para otorgar la dicha transaccion, expresaron, ibi: *Y sus Magestades atendiendo al bien de la paz, y que las causas eran urgentes, y serle mas provechoso hacer la dicha concordia, que no seguir pleytos, y por otras justas causas cumplideras al Real Servicio de S.M. de lo qual havian mandado hacer, y se hizo cierta informacion, les concedian dicha Facultad, &c.* (*Mem. n. 54.*).

56. Y quando en la Real Facultad, que se concede para el otorgamiento de semejantes transacciones, se expresa por el Principe, que huvo justa causa para ello; se cree, y tiene por cierto, sin necesitarse de otra prueba. D. Molin. *de Hispan. Primog. dict. cap. 9. num. 21.* & ibi Addent. Dom. Valenz. *cons. 4. á num. 116.* Valer. *de Transact. tit. 4. quæst. 2. num. 21.* ibi: *Ex sola verò Principis assertione, absque alia probatione satis probari causam talem intervenisse ad faciendam transactionem tenet Addentes:::: & quia in Principe iuxta causa præsumitur, & contra eius assertionem non admititur probatio in contrarium.*

57. Además, de que quando hay duda sobre si la causa de dispensar, ó conceder la licencia es justa, ó no, basta para su validacion, el que intervenga el asenso del Rey, pues éste le dá validacion, y firmeza Noguer. *allegat. 32. n. 168.* Dom. Salgad. *part. 2. Labyr. cap. 9. num. 72.* Addent. ad

Dom. Molin. *lib. 4. cap. 9. num.* 33. ibi: *Quando adest dubium, an causa dispensandi, vel concedendi facultatem sit iuxta, vel non, assensus Regius validitatem, & firmitatem actui præstat.* Y como arriba quéda expuesto, no solo intervino el Real asenso para otorgar la dicha transaccion, sino que despues de hecha, se confirmó, y aprobó por los Señores Reyes Catholicos.

58. Otro de los reparos, que por el Conde de la Coruña se le opone á la dicha Transaccion, es decir, que la Real Facultad, en cuya virtud se executó, no le pudo dar validacion alguna, por haverse obtenido con vicio de obrepcion, á causa de que en la impetra, y representacion, que Doña Beatriz Pacheco (17), hizo para ello, expresó solamente, *que havia puesto la Doña Maria demanda sobre la succesion en virtud de la Fundacion hecha por el Conde Don Juan* (7) *en favor de Don Pedro* (14) *su hijo primogenito, ocultando como esta havia tenido efecto por causa honerosa de matrimonio* (*Memor. num.* 992.): Y que haviendo intervenido este vicio, no pudo tener validacion, ni subsistencia la dicha transaccion, ni darsela la Real Facultad, que para ello se concedió.

59. Esta replica no puede tener lugar, á causa de fundarse en unos hechos totalmente siniestros, y contra lo mismo, que resulta de los Autos, como se acredita, de que la impetra de la Real Facultad, que se obtuvo para la dicha transaccion, no se hizo solamente por la Doña Beatriz Pacheco (17) (como quiere dár á entender el Conde de la Coruña), y sí se executó por la misma Doña Beatriz, y por Don Rodrigo Ponce (35), y la dicha Doña Maria Ponce de Leon (32), septima Abuela del Conde de la Coruña, como asi consta de la expresada Real Cedula, que se menciona en el num. 54. del Memorial.

60. Y por lo que hace, á que en la dicha Impetra se dixo, *que la Doña Maria havia puesto Demanda sobre la succesion* (*Memor. num.* 992.), es asimismo siniestro, y contra verdad; porque lo que se expuso fue, *que la Doña Maria queria demandar judicialmente al Don Rodrigo las Ciudades de Arcos, y Mayrena, &c.* expresando, y refiriendo los fundamentos, y motivos, que tenian para ponerla, que son los mismos, de que hoy se vale para la suya el Conde de la Coruña.

61. Y en quanto al particular de haver ocultado, y omitido en la Impetra de dicha Real Cedula, *el que la*

Fun-

Fundacion, que havia hecho el Conde Don Juan (7) *en favor de su hijo Don Pedro* (14), *havia tenido efecto por causa honerosa de matrimonio* (*Memor. num.* 992.); es cierto, que todo éste particular se omitió, y de él no se hizo mencion alguna en las preces, ó Impetra de dicho Rescripto; pero esto no fue por ocultar lo cierto, sino es por ser como es supuesto, y contra verdad, el que tal hecho huviese acaecido; porque, ni el Conde Don Juan hizo fundacion alguna de Mayorazgo en cabeza de su hijo Don Pedro (14), ni las diligencias de reconocimiento, y demás, que practicó á favor del susodicho, fueron por causa honerosa de matrimonio, ni de ello hay mas enunciativa en todo el pleyto, que las voluntarias, y divinatorias expresiones, que el Conde de la Coruña ha hecho en su pedimento, con lo qual queda satisfecha, y desvanecida la mencionada replica.

62. Otro de los reparos, que se oponen á la transaccion, es decir: *Y tambien expresó* :::::: *y que le sería muy util la transaccion á la Doña Maria* (32); *siendo asi, que esto nunca le podia tener utilidad; pues en recompensa de tan quantiosa renuncia, ofrecieron darle quatro quentos de maravedis, que no le pagaron, y esto con bienes, y caudal proprio de la Doña Maria, que son los Donadios de Montemolin, y Texadilla, y el Juro de* 51 *maravedis, que havia legado el Conde Don Juan* (7) *á Don Luis Ponce su nieto* (24), *de los que se havia apoderado el Don Rodrigo* (18); *y por tanto en su Testamento mandó, que se le restituyesen á la Doña Maria, con todo lo demás, que se expresa á los num.* 992. *y* 993. *del Memor.*

63. Concluyendo el Conde de la Coruña su reparo, y alegato, con decir: *De ello notoriamente se inferia la lesion enormisima alegada por algunos de sus Ascendientes; sacando por medio de dicha llamada transaccion de la linea primogenita los opulentos Mayorazgos que le pertenecian, y tambien los bienes, que el Conde Don Juan havia legado á su nieto Don Luis*: conspirando todo ello á querer fundar, que la transaccion referida, no puede impedir la Demanda puesta por el Conde de la Coruña, respecto de haver intervenido lesion enormisima, y ser motivo suficiente para que se rescinda. Mantic. *de Tacit. & Ambig. Conven. lib.* 26. *tit.* 9. *á num.* 29. Surd. *cons.* 451. *n.* 9. Gratian. *Discept. Forens. discept.* 788. *num.* 1. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 35. *& seqq.* Dom. Olea,

de Ces. Iur. & Act. tit. 2. quæst. 1. á num. 50, Valer. de Transact. tit. 6. quæst. 2. á n. 45.

64. Pero esta replica, y objeccion se desvanece, negando, que en la transaccion referida huviese havido la lesion, y agravio, que se supone en perjuicio de la Doña Maria Ponce (32), y su linea; pues no solamente no la huvo, sino que á la susodicha le fue de conocida utilidad, y beneficio, y no se le causó detrimento, ni perjuicio á sus descendientes, como se acredita de los fundamentos, y consideraciones siguientes.

65. Lo primero, porque para otorgar la referida transaccion precedió el haverse hecho informacion de testigos, y por ella constó, y se justificó, que el referido convenio le era de utilidad, y beneficio á la dicha Doña Maria; cuya justificacion se tuvo presente al despacho, y expedicion de la citada Real Cedula, como en ella misma se expresa, ibi: *Y serle mas provechoso hacer la dicha concordia, que no seguir los dichos pleytos ::::: de lo qual havia mandado hacer, y se hizo cierta informacion, &c.* (*Mem. num.* 54.).

66. Lo segundo, porque la dicha Doña Maria Ponce enterada de sus derechos, y de lo que transiguia, y ajustaba, confesó en el referido instrumento, y en la Impetra de la dicha Real Facultad, que lo que en él se havia concertado, le era á la susodicha de reconocida utilidad, y beneficio, y aun mucho mas, que al Don Rodrigo, ibi: *Reconociendo ambas partes serles util, y provechosa dicha igualanza, especialmente á dicha Doña Maria, que por razon de ella podria, y seria dotada de quatro quentos de mrs. &c.*

67 Lo tercero, porque no solo la dicha Doña Maria Ponce confesó, que le era util, y conveniente la dicha transaccion, sino que tambien executó igual confesion Don Antonio Alvarez marido, y Don Fernando Alvarez su Suegro, Señor de Cedillo, y Secretario, que entonces era de los Señores Reyes Catholicos, el qual conociendo la grande utilidad, que se le seguia á la dicha Doña Maria con el referido convenio, hizo, que su hijo lo aprobase por Escritura pública, y tambien dispuso, que los Señores Reyes Catholicos lo confirmasen por Real Cedula, que expidieron en vista de todos los dichos instrumentos.

68. Lo quarto, porque no hay, ni puede haver du-

da;

da; en que á la dicha Doña Maria Ponce se le dieron, y pagaron los quatro quentos de maravedis, que se pactaron en la dicha transaccion: pues haviendose estos destinado para su dote, y siendo esto en la ocasion, que contraxo su matrimonio con el dicho Don Antonio Alvarez, quien como marido de la susodicha aprobó la transaccion; no es verosimil, ni creible, que huviera dexado de cobrar la referida cantidad, y mas quando para ello concurrian tres circunstancias especialisimas: la primera, el tener por deudor un hombre tan abonado, y de tan quantiosos caudales, como lo era el Don Rodrigo (35): la segunda, el tener un instrumento público, y exequible, como lo era la dicha Escritura: y la tercera, el tener por su Padre al dicho Don Fernando Alvarez, actual Secretario de los Señores Reyes Catholicos, á quien le era facilisimo el cobrar la expresada cantidad.

69. Y no hay duda, que todas estas circunstancias juntas con el silencio, y transcurso de dos cientos sesenta años, que han pasado hasta de presente, persuade, y acredita con evidencia, haverse pagado, y satisfecho enteramente los quatro quentos de maravedis, que se estipularon en la dicha transaccion. Iudic. *cap.* 11. *vers.* 26. ibi: *Per trecentos annos. Quare tanto tempore nihil super hac repetitione tentasti.* Menoch. *de Præsumpt. lib.* 3. *præs.* 135. *num.* 3. *&* 19. ibi: *Octava est coniectura, quando creditor diú distulit petere extra iudicium, vel in eius vocare ipsum debitorem, cum facilé ei fuerit petere, & expediri contra eum, vel eius filios.* Y que realmente se huviese hecho el pago, consta de las Escrituras de recibo (*Memor. num.* 60. 62. *y* 63.), y no lo duda el Conde de la Coruña en la probanza, que hizo sobre el Estado de Cazares, y se alegó por el Sr. Duque (*Mem. n.* 1015.).

70. Lo quinto, porque es voluntario, y contra verdad el decir, que los quatro quentos de maravedis se le pagaron *con bienes, y caudal proprio de la Doña Maria, como lo eran los Donadios de Montemolin, y Texadilla, y el Juro de* 51 ℔ *maravedis, que havia legado el Conde Don Juan* (7), *á su nieto D. Luis* (24), *de los que se havia apoderado el Don Rodrigo* (18) (*Memor. num.* 992.); pues aunque en la Escritura de transaccion, y en la Impetra de dicha Real Cedula se le consignaron á la dicha Doña Maria quatro quentos de maravedis, no fueron todos ellos por recompensa de la separacion, y renuncia,

que hacia del tal qual derecho, que alegaba tener en los dichos Mayorazgos.

71. Y esto se manifiesta con evidencia de la dicha Escritura, y Real Facultad, que en ella se inserta; pues en ambos documentos se expresa, que los dichos quatro quentos, los 670ℓ maravedis havian de ser por los Donadíos de Montemolin, y Texadilla, que eran de la Doña Maria, por herencia de su Padre; y Don Rodrigo, Duque de Cadiz (18), mandó en su Testamento, que se los restituyese, si quisiera la dicha Doña Maria tomar para sí dichos Donadios, y dexar los dichos 670ℓ maravedis, lo pudiese hacer, lo que ella mas quisiese.

72. Otros 530ℓ maravedis havian de ser por los frutos, y rentas de los dichos dos Donadíos. que Don Rodrigo (18) mandó se pagasen por su Testamento, y los otros dos quentos, y 800ℓ maravedis, cumplimiento á los quatro quentos, fueron por razon, de que la Doña Maria por sí, y sus descendientes aprobase el Testamento de Don Juan Ponce (7), en quanto hacia al Duque de Cadiz Don Rodrigo (18), y de su nieto (33), y porque renunciase, y cediese en el susodicho qualquiera derecho, accion, propriedad, Señorío, ó posesion, que le pertenecia, ó pudiese pertenecer á los bienes de dicho Mayorazgo, &c. Y asimismo por todo el derecho, que la Doña Maria tenia, ó podia tener á los dichos 51ℓ maravedis, situado sobre las tierras del Duque, y á las rentas de ellos, que dicho Don Rodrigo (18) llevó en su vida, y le havia dexado el Conde Don Juan (7) al Don Luis (24) en el dicho su Testamento.

73. Todo lo qual persuade ser voluntario, y siniestro el afirmarse por el Conde de la Coruña, que los quatro quentos, que en la dicha transaccion se le ofrecieron á la Doña Maria, se trataron de pagar, ó pagaron con lo que era suyo; pues como queda acreditado patentemente el todo de los quatro quentos no se ofreció por la renuncia que havia de hacer del tal qual derecho, que alegaba tener á los dichos Mayorazgos, y lo que unicamente se le ofreció por esta razon fue el residuo, que quedase despues de pagarle á la Doña Maria los dichos Donadíos, en caso de no quererlos, y satisfacerle los 51ℓ maravedis, y los frutos de uno, y otro de el tiempo, que los havia tenido el Don Rodrigo (18).

74. Y lo sexto, y ultimo, porque aquel residuo, ó sobrante de los quatro quentos de maravedis, que se le aplicaron á la Doña Maria (32), porque aprobase el Testamento del Conde Don Juan Ponce, y renunciase por sí, y sus descendientes, y succesores el derecho, que tuviese, ó pudiese tener á los dichos Mayorazgos, no solo no fue corto, y lesivo (como supone el Conde de la Coruña) sino es excesivo, y exorvitante, y tal, que si en ello se pudo considerar alguna lesion, esta la huvo en perjuicio del Don Rodrigo (35), y no en el de la Doña Maria (32).

75. Este concepto se acredita, de que para medir, y regular la lesion en las transacciones, no se debe computar el valor de los bienes, y Mayorazgos que se litigan, y el uno posee, con la cantidad, que recibe, el que los renuncia, y se aparta del litigio; sino lo que se debe atender, y computar es el derecho, y accion, que tiene para pretenderlos, con la cantidad, que se le dá, porque lo renuncie, y se aparte, y en éste intuitu, y consideracion no se puede estimar lesivo, el que á quien litiga, y pretende reivindicar bienes, que valen cien mil doblones, le dén quinientos, ó menos; pues el derecho, y accion que tenga para ello puede ser tan corto, que se tenga por excesivo el darle los dichos quinientos, por que lo renuncie.

76. Asi lo afirma, casi con estas mismas voces, y en los proprios terminos de nuestra disputa. Dom. Molin. *dict. lib.4. cap.9. num.34.* ibi: *In hoc tamen omnes concentiunt, quod habita ratione valoris illius rei, quæ ex transactione dimissa est, & quantitatis, quæ dimitenti prestita fuit lesio, quantumcumque enormissima consideranda non sit. Nec enim dici potest transigentem deceptum fuise ex eo, quod rem centum milli aureorum valentem, pro mille, vel etiam quingentis, seú centum aureis dimisserit; possibile namque esset actionem, quæ ad illam rem vindicandam sibi competebat, nec tanti stimari debuisse.*

77. Y en este iniuitu, y respecto no hay duda, que á la Doña Maria Ponce (32) le fue de conocidisima utilidad, y beneficio el percebir los dichos quatro quentos de maravedis, que se le dieron, y aplicaron en la dicha transaccion, respecto de ser absolutamente desestimable, y de ningun aprecio el derecho que proponia, y alegaba tener á los dichos Mayorazgos.

Es-

78. Esto se persuade claramente, de que aunque no hay duda, que Don Pedro Ponce de Leon (14), Abuelo de la Doña Maria, fue el hijo mayor del Conde Don Juan (7), tampoco la hay, en que al susodicho, y á los de las (15, y 16) los tuvo el Don Juan en Doña Leonor Nuñez (7), en tiempo, que se hallaba casado con la Condesa Doña Leonor de Guzman (6), su primera muger, como asi lo expresó literalmente el dicho Don Juan (7) en la impetra, que hizo de la Real Cedula de legitimacion del dicho Don Pedro, que obtuvo en el dia 23 de Noviembre de 1438 (*Mem. num.* 8.); por lo que no podia tener derecho apreciable en competencia de la linea legitima, que formó Don Rodrigo (18), y la que representaba Don Rodrigo (35), como descendiente legitimo de Don Luis (12), y fundarémos en los numer. 325. y siguientes.

79. Otro de los reparos, que el Conde de la Coruña opone contra la dicha transaccion es decir, que la Doña Maria Ponce (32), no estaba en libertad quando la otorgó; por que la susodicha se hallaba en poder de la Doña Beatriz Pacheco, quien tambien entró en la transaccion por el Don Rodrigo (35), y haviendo despues salido de ésta coaccion la Doña Maria, y puestose en libertad, la havia reclamado, y renunció su derecho en Don Fernando Alvarez su hijo (42), para que sin embargo de las Reales Facultades con que se havia executado la dicha transaccion, la reclamase, por haverse ocultado en ella la verdad á los Señores Reyes Catholicos (*Mem. num.*994.).

80. Esta replica, y objeccion no puede tener lugar, á causa de que todos los hechos en que se funda, son siniestros, y contra verdad; pues ni consta, ni hay prueba alguna de la coaccion, y falta de libertad, que se supone en la dicha Doña Maria Ponce, ni de que ésta huviese estado en poder de la Doña Beatriz Pacheco; y lo que si resulta es, que en aquel tiempo estaba para casarse, como con efecto se casó con el dicho Don Antonio Alvarez Zapata, hijo de el dicho Don Fernando Alvarez, Secretario de los Señores Reyes, quienes aprobaron la dicha transaccion, y facilitaron la aprobacion Real: y todo esto excluye el miedo, y falta de libertad, que ahora supone el Conde de la Coruña, y no se ha alegado por sus Autores en tiempo alguno. *Leg. Transactio-*

nem

nem 35. *C. de Transact.* ibi: *Cum ea amicis etiam inrervenientibus ré vera obstenditur procecisse metus velamento rescindi postulantis professio detegi improbitatem.* Cabrer. de Avendañ. *de Met. lib.2. cap.* 13. *num.*53. Mogoll. *de Met. cap.* 8. §. 3. *numer.* 6. ibi: *Fallit etiam quando interveniunt consanguinei, ut diximus supra cap.*2. §. 7. *num.*15. *& dict. cap.*8. §. 3. *num.*9. ibi: *Fallit etiam quando uxor alicuius contrahit in præsentia mariti; quia tunc non potest dici, quod passa est metum ab alio.*

81. Se vale para esto el Conde de la probanza, que se hizo por Don Fernando Alvarez (55), en la que depusieron Doña Leonor de Mendoza (42), Abuela de Don Fernando (*Mem. num.* 1002.), por lo que no es de aprecio alguno su dicho. *Leg.* 16. *tit.*16. *part.*3. ibi: *Maguer ellos no podrian testiguar unos por otros.*

82. Otro testigo es Juan Melo (*Memor.num.*1003.) depone de oídas á su Padre, pero no dice de coaccion, ni violencia, sino solo de que havia renunciado la Doña Maria por corta cantidad un derecho tan grande, con que es testigo unico. *Leg. Ubi numerus, ff. de testib. leg.*32. *tit.* 16. *part.* 3. y de oídas, *L.* 28. *& 29. dict. tit.* 16. *part.* 3. y nada depone conducente á la libertad, ni coaccion de la Doña Maria.

83. El Don Eugenio (56) en el pleyto sobre el Estado de Cazares hizo probanza, articulando, que la Doña Maria (32), fue oprimida, y forzada por la Condesa Doña Beatriz (17), y por los Autores del Don Rodrigo (53) (*Mem. num.*1007.): Tres testigos dixeron la pregunta de oídas, que no merecen atencion, *ex dict. leg.* 28. *& 29. tit.* 16. *part.* 3. Dom. Castill. *tom.6. Controv. cap.*122. *ex num.*3. y remitiendose á Escrituras, las que no se manifiestan, por lo que no merecen atencion sin las tales Escrituras, á que se remiten. *Ex Authent. si quis in aliquo documento, C. de edendo.* Al proprio ténor continuan los demás testigos (*Mem. num.*1008. *y* 1009.), haciendose Jueces, estimando la transaccion por lesiva (*Mem. num.*1010. *&* 1011.). Escob. *de Purit. & Nobilit. part.*1. *quæst.* 10. §. 2. *num.*24. ibi: *Quia, & si verum sit, quod testis non debet partes iudicis sumere, nec iudicare, an sit fama, vel non; sed simplicitér, quod sit, exponere,* lo que prueba el ningun aprecio de sus dichos, porque el testigo debe deponer por lo percebido por uno de los cinco tentidos. *Leg.*26. *tit.*16. *part.* 3. Farinac. *de Testib. quæst.*70. *cap.*1. *&* 3. *num.* 127. ibi: *Ra-*

tio testis debet reddi per sensum corporeum, nempé vissum, auditum, gestum, tactum, & odoratum, & alio modo reddita non est bona, y el hacer dictamen, y juicio, pertenece á los Señores Jueces.

84. Contra ésta probanza se hizo por Don Rodrigo (53) otra, en la que deponen varios testigos (*Memor. num.* 1005. *y* 1006.), y con la que quéda desvanecida, y despreciable la executada por Don Fernando Alvarez, y Don Eugenio Alvarez.

85. Tambien es siniestro el decir: *Que luego, que la Doña Maria estuvo en libertad, reclamó la transaccion, y renunció su derecho en Don Fernando su hijo, para que sin embargo de las Reales Facultades, lo reclamase* (*Mem. num.* 994.); pues la dicha Doña Maria nunca hizo tal reclamacion, ni opuso nulidad, lesion, ni otro defecto contra la dicha transaccion, y lo que executó veinte y nueve años despues, y en el de 523, fue otorgar una Escritura, por la qual refiriendo su filiacion dixo, ibi: *Cedió, renunció, y traspasó en Don Fernando Alvarez Ponce de Leon* (42), *su hijo mayor, todo el derecho, que tenia, y le pertenecia á la Casa, y Mayorazgo de Arcos, fundado por dicho Conde Don Juan, y á las Villas de Mayrena, Marchena, Rota, Baylén, y demás á él perteneciente, y á los demás bienes declarados en la Demanda, que havia puesto Don Manuel Ponce de Leon* (20) *su tio, para que dicho Don Fernando pudiese demandar dichos Mayorazgos, y gozar de ellos, como su legitimo succesor* (*Memor. num.* 88.): pero en éste instrumento la dicha Doña Maria no hizo mencion alguna de la expresada transaccion, ni tuvo derecho alguno, que ceder; y asi es visto ser desestimable, y de ningun efecto dicha replica.

86. Que se consideró por tan util á la Doña Maria (32), que como alegó el Señor Duque (*Mem. num.* 996.), se hallaba con quantas formalidades podian apetecerse para su validacion; pues no solo precedió para celebrarla la Real Facultad (*Mem. num.*40.), sino es que posteriormente fue aprobada, y confirmada dicha transaccion por los Señores Reyes Catholicos en Real Cedula (*Mem. num.*59.), con las mayores Clausulas, y expresiones; de forma, que no le faltaba circunstancia, ni especialidad para su perpetua permanencia, haviendo antecedido la dicha Real aprobacion (*Memor.nnm.*58.), y que de la expresada transaccion executó diez

dias

dias despues de su otorgamiento Don Antonio Alvarez, marido de la Doña Maria (32), manifestando, que con su Padre Don Fernando Alvarez de Toledo Secretario, que á la sazon era de los Señores Reyes Catholicos, y con otras diferentes personas, y Letrados havia sido consultado aquel contracto; y posteriormente en el dia 18 de Marzo de 1495 otorgaron nueva Escritura (*Mem. num.* 60.) en la Ciudad de Ezija la Doña Maria, y el Don Antonio Alvarez su marido (32) con insercion de todo lo referido, aprobando, y ratificando nuevamente la expresada transaccion, y havia suplica por Real Cedula (*Memor. num.*61.), se confirmó todo lo referido, haciendo gracia, y donacion los Señores Reyes Catholicos al Duque Don Rodrigo (35), y á sus Succesores de todo el derecho, que la Doña Maria (32), y los suyos podian tener á los expresados Mayorazgos, supliendo qualquiera defectos, y con las demás expresiones, que constan de dicha Real Cedula.

87. Estos hechos tan premeditados, repetidos, y considerados, excluyen la involuntariedad, lesion, y otro qualquiera pretexto que se pueda proponer, y alegar contta la validacion, fuerza, y eficacia de dicha transaccion. *Leg.*4. *C. de His quæ vi, met. vé caus. gest. sunt.* ibi: *Et non postea ea consensu corroborastis. Cap.*1. *eod. & cap. de illis el* 2. *de Despons. impuber.* Mogoll. *de His, quæ vi met. vel caus. fiunt, cap.* 12. *numer.* 15.

88. Por lo que la geminacion declara, y persuade lo voluntario, y conocimiento asegurado, que huvo en lo que se hacia. *Leg. Unic. C. de Plus Petent. leg. Si mulier* 22. *C. ad Sen. Consul. Velejan.* Gutierr. *lib.*3. *Pract. quæst.*17. *n.* 130. Escob. *de Ratiocin. cap.*41. *num.* 40. Dom. Castill. *tom.*4. *Controv. cap.*53. *num.*13. ibi: *Et id circó metus, vel doli, aut sugestionem allegatio, quoque illa excluditur ob geminationem.*

89. Excluye qualquiera pretexto de involuntariedad, lesion, ú otro reparo la intervencion de personas conjuntas de autoridad, y respecto, que pueden remover qualquiera embarazo, y con Tacit. *de Morib. German.* ibi: *Intersunt parentes, atque propinqui, & numera probant,* dixo Robert. *Rer. Iudicat. lib.*4. *cap.*1. *in fin.* ibi: *Propinqui, & amici convocari solent, ut pactis doctalibus, & nuptiarum solemnitati præsentes ad stnt, á finitati legem dicant, omniaque maturo consilio, pru-*

den-

dentia, & authoritate sua moderentur. Intan celebri cœtu, uno, omnium propinquorum consensu, & consilio placuit, perpetuum sit, nec deinceps contractui tam solemnitér innito derogare liceat; á quien sigue Fontanel. *de Pact. Claus.* 5. *Glos.* 8. *part.* 12. *num.* 57. Hermos. *in leg.* 56. *tit.* 5. *part* 5. *Glos.* 2. *num.* 7. ibi: *Si consanguinei, vel amici adhibeantur, ex eorum enim interventu metus, & dolus præsumitur cessare.*

90. No solo intervinieron personas tan autorizadas, como fue Don Fernando Alvarez de Toledo, Secretario de los Señores Reyes Catholicos, sino es que con todo acuerdo, y maduro consejo, se tomó el de otras personas, y Letrados, lo que asegura mas, y mas su firmeza. *Leg.* 9. §. 2. *ff. de iur. & fact. ignor.* ibi: *Qui eam rem diligentér inquirendo, notam habere possint. Et* §. 3. ibi: *Vel sua prudentia instructus sit. Leg.* 17. *ff. de iur. patron.* ibi: *Sed & cum, & ipso Mæciano, & alijs amicis nostris, iurisperitis, adhibetis, plenius tactaremus.* Dom. Vela *dissert.* 6. *num.* 51. Dom. Cresp. *observ.* 22. *num.* 22. Casanat. *cons.* 15. *num.* 59. Mantic. *de Coniect. ultim. volunt. lib.* 3. *tit.* 5. *num.* 7.

91. Se pretendió en el pleyto, que siguió en el año de 1585, por Don Fernando Alvarez (55) hacer probanza, sobre no haver estado en libertad la Doña Maria (32) para otorgar dicha transaccion, lo que dexamos tocado *supra numer.* 81.

92. Se propuso por el Conde de la Coruña, como reparo, y objeccion á la dicha transaccion, que para obtener la Real Facultad solo se dixo, que la Doña Maria era menor de 25 años, pero no se expresó, que solo tenia 14 (*Memor. num.* 1021.); á lo que se respondió por el Señor Duque (*Memor. num.* 2024.), sin que sea de substancia semejante reparo; porque aunque hasta los 25 años logran el beneficio de la restitucion, que puede dispensar, y dispensó la Real Facultad, no hay diferencia desde los 14 á los 25; pues aun antes, dice la *Ley* 6. *tit.* 1. *part.* 4. *comienza á haver entendimiento.* Dom. Lar. *de Vit. Homin. cap.* 22. *num.* 1. Ibi: *Post pubertatem adolescentia incipit, quæ durat usque ad vigessimum quintum annum completum.* Narbon. *de Etat. Ann.* 14. *quæst.* 6. *num.* 1. ibi: *Statuo enim nullum masculum ante decimumquartum annum, & nullam item fœminam ante duodecimum né naturalitér perfecté obligari posse.*

OBS-

§. III.

OBSTA ASIMISMO AL CONDE DE LA CORUÑA la excepcion peremptoria de cosa juzgada.

93. QUeda sentado en el *num.* 3. y 4. que la excepcion de cosa juzgada, y de la cosa transigida, son de una misma naturaleza, se dirigen á un mismo fin, y producen igual efecto, que lo es el terminar, y poner fin á los litigios, y que siendo ambas excepciones anomalas, pueden oponerse en calidad de peremptorias, como en fuerza de dilatorias, que es como las ha opuesto el Sr. Duque.

94. En cuyo supuesto, y dando aqui por repetidas, todas las reflexiones, y fundamentos de derecho, que se han expuesto en razon de la cosa transigida, pasarémos desde luego á manifestar, y hacer vér, que sobre lo mismo, que solicita, y comprehende en su Demanda el Conde de la Coruña hay, y le obsta la excepcion de cosa juzgada.

95. Y respecto de que con el motivo, de que por la transaccion, y concordia, que celebraron Don Rodrigo Ponce (35), y Don Rodrigo Ponce (29), que aprobó la Sentencia Imperial, anduvieron divididos, y separados algun tiempo los Estados, que se demandan; pues el de Arcos, y sus Agregados lo tuvo, y poseyó siempre la linea del Señor Duque actual, y el Condado de Baylén lo tuvo, y poseyó por algun tiempo la linea de Don Manuel Ponce el Valiente (20), hasta que en 21 de Julio de 1625 se volvieron á juntar unos, y otros en Don Rodrigo Ponce (53) (*Mem. num.* 107.), y de aqui resultó el haverse litigado separadamente muchos de los pleytos, de que dimanan las Executorias, que producen la excepcion de cosa juzgada, y tambien se litigó en Juicio separado el Estado de Cazares (*Mem. num.* 116. *y sigg.*), sobre el que se mandó no respondiese el Señor Duque (*Memor. num.* 275.).

96. En el mismo tiempo que se litigaba la propriedad del Estado de Cazares, murió Don Rodrigo Ponce de Leon (47), Conde de Baylén, y con éste motivo se siguió pleyto en el Consejo, sobre la Tenuta de dicho Estado, entre Don Fernando Alvarez (55), y por su muerte de Don Eu-

genio Alvarez su hermano (56), Don Rodrigo Ponce (53), Don Pedro Ponce de Leon (48), Don Alvaro Ponce de Leon (34), y Don Alonso, y Don Pedro Ponce (43, y 51); y substanciado el pleyto legitimamente, se pronunció Sentencia difinitiva en el dia 14 de Mayo de 590, por la qual se declaró la Tenuta, y se mandó dár la posesion de dicho Estado, y Mayorazgo de Baylén al Duque de Arcos Don Rodrigo Ponce (53), remitiendo sobre la propriedad el conocimiento á ésta Chancilleria.

97. De ésta Sentencia suplicó Don Eugenio Ponce, y los demás interesados se arrimaron á la suplicacion, y substanciada la Instancia, se pronunció Sentencia de Revista, reformando la de Vista, y declarando la Tenuta, y posesion de dicho Estado á favor del citado Don Pedro Ponce de Leon (48) con la misma reserva, y remision de la propriedad á ésta Chancilleria (*Mem. num.* 160. 163. *y* 191.).

98. En ella el dia 29 de Marzo de 524, el dicho Duque de Arcos Don Rodrigo puso Demanda al Don Pedro (48), sobre la propriedad de dicho Estado; y haviendose substanciado la Instancia de Vista, se pronunció Sentencia en el dia 8 de Junio de 1611, por la que se absolvió de la Demanda al Don Pedro (48), y se declaró, que muriendo este sin hijos legitimos, era succesor legitimo en el Condado de Baylén el dicho Duque de Arcos (53), y los succesores en su Casa, y Mayorazgo (*Memor. num.* 192.): y substanciado en Revista entre los susodichos, y otros interesados, se pronunció Sentencia en 28 de Febrero de 1617, por la que se confirmó la de Vista, con tal, que como por ella se declaraba por immediato succesor en el Condado de Baylén al dicho Duque de Arcos para despues de los dias de el Don Pedro (48), se debia declarar, y declaró por succesora á la Doña Cathalina (54); de cuya Sentencia suplicó el Don Eugenio (58), y el Duque interpuso segunda suplicacion (*Mem. num.* 201. 202. y 203.).

99. Ninguno de los recursos consta, que se huviese finalizado; porque haviendo muerto el dicho Don Pedro Conde de Baylén (48) en el año de 1618, se siguió nuevo Juicio de Tenuta, entre Don Diego Fernandez de Cordova (52), Don Eugenio Alvarez (56), Don Diego de Cardenas, como marido de la Doña Cathalina (54), y el dicho Duque

Don

Don Rodrigo (53); y haviendose substanciado legitimamente el pleyto, se pronunció Sentencia difinitiva en el dia 21 de Julio de 1625, por la que se declaró la Tenuta de el Estado de Baylén á favor de dicho Duque Don Rodrigo Ponce de Leon (53); y en quanto á la propriedad se remitió á ésta Chancillería (*Mem. n.*226. *y* 238.).

100. En el dia 6 de Mayo de 1617, Don Diego Fernandez de Cordova (52), acudió á ésta Chancillería, y puso Demanda al dicho Don Rodrigo Ponce de Leon, Duque de Arcos (53), y á Don Pedro Ponce de Leon (48): al primero sobre la propriedad de los Estados de Arcos, y Cazares; y al segundo sobre la del Condado de Baylén; cuya Demanda se huvo por caso de Corte, y se emplazó á las partes: y con el motivo de haver muerto despues Don Pedro Ponce (48), y declaradose la Tenuta del Condado de Baylén á favor del Duque de Arcos Don Rodrigo Ponce (53), se continuó solo el pleyto contra el Duque, en quien havian recaído ya todos los dichos Estados, pretendiendo el Don Diego Fernandez, que unos, y otros, y sus frutos, se los restituyese como legitimo succesor, que dixo ser de la dicha Casa, por hallarse tercero nieto legitimo de la Doña MariaPonce de Leon (15), hija ésta de dicho Conde Don Juan, y de la Doña Leonor Nuñez (7) (*Mem. num.*239.).

101. El Duque Don Rodrigo contestó la Demanda, y pretendió ser absuelto de ella, por decir, que él solo era el descendiente legitimo del Conde Don Pedro (2), Fundador del dicho Mayorazgo; y que el Conde Don Juan (7) no havia agregado por su parte cosa alguna, ni tenido facultad para alterar los llamamientos de la antigua fundacion executada por el Conde Don Pedro, con otras varias expresiones, y alegatos (*Mem. num.*240.).

102. En éste pleyto se emplazó al dicho Don Eugenio Alvarez Ponce de Leon (56), y á Doña Cathalina Ponce de Leon, y su marido (54); y aunque en el pleyto no consta, ni se encuentran defensas hechas por el Don Eugenio, ni por la Doña Cathalina, se halla, que en los Pedimentos que presentaba el Don Diego Fernandez de Cordova (52) decia: *Que el pleyto lo seguia con el Duque de Arcos, y Consortes*: Y en diferentes Autos, que se proveyeron, y en la Sentencia de Vista se expresó tambien: *que el pleyto era, y se seguia entre*

Don Diego Fernandez de Cordova (52) *el Duque de Arcos* (53), *Don Diego de Cardenas, como marido de Doña Cathalina Ponce de Leon* (54), *y Don Eugenio Alvarez Ponce de Leon* (56) (*Memor. num.* 256.).

103. Haviendose substanciado el pleyto, y estando concluso en el dia 14 de Febrero de 1634, se pronunció Sentencia de Vista, por la qual se absolvió, y dió por libre al dicho Don Rodrigo Ponce de Leon, Duque de Arcos (53) de la Demanda, que contra él havia puesto el dicho D. Diego Fernandez de Cordova (52), sobre la propriedad de dichos Estados de Arcos, Baylén, y demás, y se le impuso perpetuo silencio en ella al Don Diego; y substanciada la Instancia de Revista, se pronunció Sentencia en el dia 4 de Junio del mismo año, por la qual se confirmó la de Vista.

104. Del hecho que queda referido, se deduce claramente, que las Sentencias de Vista, y Revista pronunciadas en el mencionado pleyto causaron Executoria, y cosa juzgada para la presente Demanda, que al Señor Duque le ha puesto el Conde de la Coruña, respecto de haverse emplazado, y litigado aquel Juicio con el dicho Don Eugenio Alvarez su Autor (56), que era la persona á quien principalmente tocaba la defensa, y en aquel tiempo tenia el primer lugar en su linea, por haver fallecido Don Fernando Alvarez Ponce de Leon (55) su hermano mayor, y recaído en el Don Eugenio la qualidad de primogenito. *Cap. Grandi de Suplend. Neglig. Prælat. in 6. cap. Licet de Vot.* Dom. Palac. Rub. *in Repet. Rubric. de Donat. int. vir. & uxor.* §. 69. *num.* 23. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 20. Rox. *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 163. Dom. Valenz. *cons.* 83. *num.* 23. Dom. Greg. Lop. *in leg.* 28. *tit.* 8. *part.* 5. *Glos. in* verb. *Segun.* Tiraquel. *de Primog. quæst.* 3. *n.* 6.

105. Y no hay duda, que en el caso presente concurren las tres identidades prevenidas por derecho, para que las Sentencias, y Executorias de aquel Juicio, produzcan excepcion de cosa juzgada para éste; pues lo que alli se litigó, fue el Estado, y Mayorazgo de Arcos, Baylén, y todos sus Agregados, y esto mismo es, lo que dicho Conde de la Coruña ha comprehendido en su Demanda: El Juicio, que alli se trató, fue de Propriedad, y el que ahora se ha principiado es de la misma naturaleza: y finalmente la persona, que alli

li-

litigó, fue Don Eugenio Alvarez Ponce de Leon (56), quarto nieto de Don Pedro Ponce de Leon (14), y quien representaba, y tenia el primer lugar en su linea; y quien ahora demanda, y viene á litigar los mismos derechos, que alli se trataron, es el Conde de la Coruña (67), noveno nieto de el dicho Don Pedro (14), y en quien ha recaído, y se ha continuado el mismo derecho, y representacion que tuvo el Don Eugenio.

106. Y no puede obstar á lo referido, el que se diga de contrario, que aunque es cierto, que en el mencionado pleyto se emplazó al dicho Don Eugenio (56), y en los Pedimentos de las Partes, y providencias de la Chancillería se expresaba, que el susodicho era uno de los que litigaban: tambien lo es, el que en el Proceso no consta, que el Don Eugenio huviese practicado defensas algunas; y que quando el succesor, ó poseedor del Mayorazgo, ó alguna persona, que representa la linea, y tiene el primer lugar en la defensa, procede con notoria omision, y decidia, ó colude con el adversario, no puede perjudicar á los demás, que le succedieren.

107. Pues ésta replica se desvanece por los fundamentos siguientes: Lo primero, porque aunque es cierto, que en el proceso (segun el estado en que hoy se halla) no consta, que el Don Eugenio huviese practicado defensas algunas en dicho pleyto, tambien es constante, que del mismo Proceso resulta, que de él se extraxeron diferentes ojas, y papeles, y sobre ello se dieron varias querellas por las partes (*Memor. num.*257.), y no estando integros los Autos, no se puede venir en conocimiento de si practicó, ó dexó de practicar el Don Eugenio las defensas correspondientes, y en duda se debe presumir, que las executó, y no el que procedió con decidia, ó colucion. Arias Pinel. *in leg.* 1. *C. de bon. matern. part.* 3. *num.*5. *in princip.* Dom. Salgad. *part.*4. *de Reg. Protect. cap.* 8. *num.*334. ibi: *Stat enim iuris pro illis præsumptio, ut ob interese proprio fidelitér, & atenté litigabunt.* Dom. Vel. *dissert.* 10. *numer.* 47.

108. Lo segundo, porque tambien consta de dichos Autos, que el Don Eugenio en aquel tiempo acababa de seguir el pleyto, sobre la Propriedad de el Estado de Cazares con el mismo Duque Don Rodrigo Ponce (53), y se portó con tanto esmero, y axactitud en la defensa, que no solamen-

te lo siguió en las Instancias de Vista, y Revista, sino tambien en el grado de segunda suplicacion, con la pena, y fianza de Mil y quinientas: y quien fue tan diligente en la defensa del Estado de Cazares, que es de menor interese; se presume, y debe creer, que con igual, ó mayor se portaría en la de Arcos, Baylén, y sus Agregados, que son mas quantiosos, y que el no parecer ahora las tales defensas, ó será porque las substraxeron entonces, ó porque la malicia, ó el tiempo las havrá consumido. *Leg.* 2. *ff. de Pecul. Legat. in Leg. Etiam, C. de iur. dot.* Gratian. *Discept. Forens. cap.* 282. *num.*3. Dom. Castill. *tom.* 5. *Cont. cap.* 168. *num.* 3. Carlev. *de Iudic. tit.*3. *disp.* 4. *num.* 20. Gutierr. *Pract. quæst. lib.* 3. *quæst.*16. *num.*91.

109. Lo tercero, porque tambien consta de los Autos, el que en ellos se tuvo presente copia integra de todos los que se havian seguido sobre las Tenutas de el Estado de Baylén, en que havia litigado el Don Eugenio, y havia expuesto con grandisima extension quantos derechos han pensado tener los de su linea para la succesion de dichos Estados, y los mismos en que ahora funda su Demanda el Conde de la Coruña, y por eso lo emplazaron en el referido sobre la propriedad de Arcos, y Baylén: y siendo esto asi, como lo es indubitable, no le quedó al Don Eugenio otra defensa alguna, que executar.

110. Y lo quarto, porque aun quando fuese cierto, que el Don Eugenio no hizo particular defensa en dicho pleyto; tambien lo es, el que qualquiera, que executase, le sería totalmente inutil; pues, ni para sí, ni para sus descendientes podia conseguir la succesion, que se litigaba en competencia del Don Rodrigo (53): y esto se acredita lo uno, de que como arriba quéda expuesto, la linea del Don Eugenio es evidentemente illegitima, que trae su principio, y derivacion del Don Pedro Ponce (14), su quarto Abuelo, raiz infecta, y á el contrario Don Rodrigo Ponce (53). y la suya traía, y trae su derivacion legitima de los Fundadores de dichos Mayorazgos (1, y 2), y en la disposicion de derecho, no hay texto, ni autoridad, que permita, el que las personas, y lineas illegitimas, y bastardas se prefieran á las legitimas.

111. Y lo otro, porque todas las razones, y fundamentos, que el Don Eugenio tenia para pretender la succe-

sion

sion de los Estados de Arcos, Baylén, y sus Agregados, esas mismas havia propuesto, asi en los Juicios de Tenuta, que se siguieron sobre Baylén, como en el de la propriedad, que en las Instancias de Vista, y Revista, y en la de Mil y quinientas litigó sobre el de Cazares, y todas ellas le fueron despreciadas, y perdió los referidos pleytos, sin embargo de el exfuerzo, con que los litigó en todas Instancias.

112. Tampoco puede obsbtar á lo antecedente, el que se diga por el Conde de la Coruña, que las referidas Sentencias no pudieron causar cosa juzgada contra el Don Eugenio, y su linea; á causa de que aunque á éste se le citó, y emplazó en aquel Juicio, no se litigó, ni substanció con él, como era preciso, que asi se executase, ya fuese en su presencia, ó ya en su reveldía, para que le parase perjuicio la determinacion de aquel pleyto.

113. Pues esta replica se desvanece, atendiendo, el que (como queda ya sentado en los numeros antecedentes), aunque en el Proceso no consta si el Don Eugenio alegó de su justicia, y litigó por sí, ó su Procurador en el pleyto, ó si se substanció en su reveldia; esto no arguye, ni prueba, el que no se huviese litigado con el susodicho; pues estando como están los Autos diminutos, y con falta de ojas, y papeles, sobre que se dieron dichas querellas, pudo muy bien haverse substanciado el pleyto con el Don Eugenio en su presencia, ó en su reveldia, y que no conste de dichos Autos, por no estar integros.

114. Y el que esto huviese acaecido asi, se halla canonizado del mismo pleyto, en el qual los que principalmente, y con mayor empeño lo siguieron, fueron Don Diego Fernandez de Cordova (52), y Don Rodrigo Ponce de Leon (53); y los unicos á quien tambien emplazaron, fueron al dicho Don Eugenio (56), y á Doña Cathalina Ponce de Leon (54); y en los Pedimentos que daba el Don Diego (52) decia, ibi: *En el pleyto con D. Rodrigo Ponce de Leon* (53), *y Consortes* (*Memor. num.* 256.); con que no haviendo otros, que fuesen tales *Consortes*, mas que los dichos Don Eugenio, y Doña Cathalina, que eran los que estaban emplazados; se sigue, y deduce, que con los susodichos se litigó el referido pleyto; pues asi lo confesaban las partes, que lo seguian.

115. Este concepto se corrobora, y queda sin duda

da con las determinaciones, y providencias, que se dieron en el referido pleyto; pues en muchas de ellas, y en la cabeza de la Sentencia de Vista, se expresa literalmente, que el pleyto se seguia tambien con *Don Eugenio Alvarez Ponce de Leon* (56): con que no hay, ni puede haver duda, que este litigó en aquel pleyto, y que en él fue citado, y legitimamente vencido por dichas determinaciones.

116. Y aunque en la cabeza de la Sentencia de Revista no se hizo literal mencion del Don Eugenio, asi como se hizo en la de Vista, y conforme á derecho las Sentencias, por ser de estricta naturaleza, no admiten extension de persona á persona. Dom. Salg. *de Reg. Protect. part.* 4. *cap.* 8. *num.*3. ibi: *Quia Sententia cum stricti iuris sit, non extenditur de persona ad personam; scilicet de expræssis in ea ad non expræssis.*

117. Esto no excluye, el que la expresada Sentencia de Revista obrase tan bien, como con efecto obró cosa juzgada para con el Don Eugenio, no por extension de su narrativa, sino por virtual comprehension de su eficacia: Y la razon es, porque la dicha Sentencia de Revista fne referente á la de Vista, y la confirmó sin limitacion alguna en todo su contenido.

118. Y estando como estaba el Don Eugenio literalmente contenido en la Sentencia de Vista, se sigue, y deduce por forzosa consequencia, que tambien lo estuvo en la de Revista, porque segun derecho, todas las Clausulas, y documentos relatos, se estiman, y tienen por inclusos, y repetidos en los instrumentos referentes. *Leg. Assetoto*, 77, *ff. de hæred. instituend. Leg. Si ita scripsero* 38. *ff. de condit. & demonstrat.* Dom. Castill. *tom.* 4. *Controv. cap.*43.*num.*1. Dom. Larr. *allegat.* 14. *num.*9. Dom. Salgad. *de Retent. part.* 2.*cap.* 21. *num.* 5. Addent. ad Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 64. Torr. *de Maioratib. part.*1. *cap.* 25. *numer.* 129. Parej. *de Univ. Instrum. Edict. tit.*2. *resolut.* 6. *num.* 302. Casanat. *cons.* 50. *num.* 28. Carlev. *de Iudic. tit.* 1. *disput.* 2. *num.* 581. Con que es visto, que la Sentencia de Revista comprehendió tambien á el Don Eugenio, y que el pleyto quedó executoriado con éste, y con los demás, que lo litigaron.

119. Llegase á lo antecedente, el que el dicho Don

Die-

Diego Fernandez de Cordova (52), que le puso la Demanda al Conde Don Rodrigo (53), sobre los dichos Estados de Arcos, Baylén, y sus Agregados, continuó el pleyto con toda la eficacia, y diligencia, que le fue dable, hasta que quedó determinado á favor de dicho Duque, y las razones, y motivos, que propuso, y alegó para fundar su pretension, fueron substancialmente las mismas, que havia alegado el Don Eugenio para la inclusion, que solicitó en el Estado de Casares, y en las Tenutas de Baylén, como aparece de los Alegatos, y Pedimentos que se presentaron en dichos pleytos: y por lo que hace á sus parentescos, y filiaciones tambien eran iguales, porque el Don Eugenio (56) era quarto nieto de Don Pedro Ponce (14), y el Don Diego Fernandez de Cordova era tercer nieto de Doña Maria Ponce (15), los quales Don Pedro, y Doña Maria fueron hijos illegitimos del Conde Don Juan.

120. Las defensas del Conde Don Rodrigo en dichos pleytos fueron tambien unas mismas; pues todas ellas se reduxeron á decir, que la succesion de los dichos Estados, se debia governar por sus antiguas, y primitivas Fundaciones executadas por los de las (1, y 2), y no por la del Conde Don Juan; pues éste, ni pudo alterarlas, ni tuvo facultad para ello: y que en éste supuesto venia á ser dicho Duque, y en la realidad lo era, el unico descendiente legitimo de los dichos Fundadores por la linea, y varonía de Don Luis Ponce de Leon (12), Señor de Villa-Garcia, quarto Abuelo del dicho Duque (53), y por el contrario el dicho Don Diego, y el Don Eugenio (52, y 56) eran illegitimos, como provenientes de los dichos Don Pedro, y Doña Maria (14, y 15).

121. En este supuesto, y fundando hoy el Conde de la Coruña su pretension, y Demanda en los mismos documentos, y razones, que fundaron las suyas los expresados D. Diego, y Don Eugenio (52, y 56): aquel en el pleyto sobre la propriedad de los Estados de Arcos, Baylén, y sus Agregados, y este en el de la Propriedad de Cazares, y Tenutas de Baylén: Es visto, que lo que se determinó, y executorió en aquellos pleytos, le obsta, y perjudica en razon de cosa juzgada al Conde de la Coruña; aun quando en el dicho pleyto de la propriedad de Arcos, Baylén, y demás más Estados, solamente huviera litigado el Don Diego (52),

y no se huviera emplazado, ni tenido por parte á el Don Eugenio.

122. Y la razon es, porque tambien se verificaban en éste caso las tres identidades prevenidas por derecho, para que pudiese obstar la cosa jnzgada; pues lo que alli se litigó, fueron los mismos Estados de Arcos, Baylén, y demás que ahora se demandan: el pleyto fue de Propriedad, como lo es éste, y por lo que hace á la identidad de las personas, no hay, ni puede haver duda, en que ésta se verifica interpretativamente entre el dicho Conde de la Coruña, y el Don Diego Fernandez de Cordova, respecto de ser unos mismos los derechos, que ambos han deducido, y una misma la razon, y causa de litigar; y mas haviendose seguido aquel pleyto con entera noticia, emplazamiento, y citacion de aquel, lo qual basta, para que á éste, y á los que lo representan, les obste la excepcion de cosa juzgada. *Leg. Sepé ff. de re iudicat. cap. Penultim. de Sentent. & re iudic. Leg.* 20. *tit.* 22. *part.*3. Tiraquel. *in Tract. Res int. alios act. num.*56. Dom. Covarr. *Pract. cap.* 13. *á num.* 13. Dom. Salgad. *de Reg. Protect. part.*4. *cap.*8. *n.*328.

DISCURSO II.

§. I.

ASISTE A EL SEñOR DUQUE EL DERECHO à la succesion por las disposiciones de Don Pedro Ponce (1), *y Don Pedro Ponce* (2).

123. APreciandose las excepciones opuestas, y fundadas en el Discurso antecedente de transaccion, y cosa juzgada, quéda destruída, como no admisible, la Demanda del Conde de la Coruña; razon porque las repitió, y expuso, como peremptorias el Señor Duque de Arcos (*Mem. num.* 279.), no dexando de repetir las demás excepciones, y médios, que hacen evidente su derecho, y los que propondremos.

124. El primero médio, que expuso el Señor Duque,

que, es el derecho, que le asiste en virtud de las disposiciones de Don Pedro Ponce de Leon (1) (*Mem. num.*4. y 661.), y Don Pedro Ponce de Leon su hijo (2) (*Mem. num.* 704.).

125. Don Pedro Ponce (1) otorgó su Testamento en la Ciudad de Sevilla en 7 de Diciembre, Era de 1412, en el que entre otras disposiciones: *mandó por Mayorazgo al dicho Don Pedro* (2) *su hijo, la Villa de Marchena, y los Lugares de Rota, y Baylén*: y aunque aqui le falta alguna palabra, continúa: *y de la Oliva, y dos pares de Casas en Sevilla, que asimismo le mandó todos los paños de su ropa* (*Memor. num.*665.).

126. En esta disposicion quedó fundado Mayorazgo perpetuo, Dom. Dolin. *de Hispan. Primeg. lib.* 1. *cap.* 5. *num.*32. y con llamamiento todos los hijos, y descendientes de Don Pedro Ponce de Leon (2). Rox. *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *á num.* 163. Y no dudandose, que el Señor Duque de Arcos es descendiente por dos lineas de Don Pedro Ponce (1), como descendiente de Don Luis Ponce de Leon (12), cuya descendencia no se le duda (*Mem. num.* 3.), y de Don Juan Ponce de Leon (7), es legitimo, y verdadero poseedor del Estado de Arcos, Baylén, y todos sus Agregados, por hallarse en la legitima descendencia del dicho D. Pedro (1). *Leg.* 2. *tit.*15. *part.*2. *leg.* 40. *Taur. hodié leg.* 5. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* Rox. *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 153. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 39. Dom. Covarrub. *Pract. cap.*38. *num.*8. Dom. Vel. *dissert.*11. *num.* 80. Gutierr. *lib.*2. *Pract. quæst.*8. *ex num.*1. Dom. Castill. *tom.*5. *Contr. cap.*93. *n.* 5.

127. Funda asimismo su derecho dicho Señor Duque en la disposicion, y Testamento de Don Pedro Ponce de Leon (2), que otorgó en la Villa de Marchena en 9 de Enero de 1448 (*Memor. num.* 11. 12. 13. y 705.), en el que por unas de sus Clausulas mandó, que Don Juan Ponce de Leon (7), *mi hijo mayor legitimo, y de la dicha Condesa mi muger, que haya, y herede el Mayorazgo, que yo tengo, que es el dicho mi Condado de Arcos, del que el Rey me hizo merced, é me lo dió por Mayorazgo.* Esta expresion es digna de atender en una persona de las circunstancias del Don Pedro (2). *Leg. Non omnium* 5. §. *A Barbaris* 6. *ff. de re militar.* ibi: *Et si bonus miles antea æstimatus fuit, propé est, ut afirmationi eius credatur.* Farinac. *decis. Rot. Roman. decis.* 400. *num.*4. ibi: *Qualitas*

tas personæ valdé insignis nobilitatis, quam non est verosimile donasse, quod suum non erat.

128. No aparece la Merced Real, que refiere en dicho Testamento, la que se presume por el transcurso de tanto tiempo, por la recomendacion de la persona, que lo afirma, como dexamos dicho en el numero antecedente; y por que la dignidad de Conde no la puede otro ninguno conferir sino el Rey. Dom. Salced. *Theat. Honor. Glos.* 2. *num.* 75. & 79. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 5. Antun. *de Donat. tom.* 1. *lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 1. gozandola, y teniendola, por tantos años, que dexa invariable este derecho, Real Merced, y concesion.

129. Quando los Reyes conceden semejantes dignidades, y titulos, lo hacen por via de Mayorazgo. Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 24. Balmased. *de Collect. quæst.* 40. *num.* 8. Dom. Salced. *in Theat. Honor. Glos.* 32. *ex num.* 47. Aguil. ad Rox. *de Incompat. part.* 1. *cap.* 4. *num.* 3. y en ella misma queda adquirido el derecho, é invariable succesion á los descendientes, que proceden de aquel á quien se hizo la merced.

130. Y en consecuencia de esto mandó, que primero succediese el Don Juan su hijo (7) (*Mem. num.* 713.), y si finase sin dexar hijos legitimos herederos, mando succediese Don Pedro (9), y no dexando hijos, Don Fernando (10) su hijo, y por falta de sus hijos, succediese Don Lope (11), y por su falta Don Luis (12) (*Mem. num.* 714.), y no constando, que haya descendientes algunos de los expresados anteriormente llamados al Don Luis (12), es induvitado el derecho que asiste al Señor Duque de Arcos, por hallarse en su persona las dos lineas de Don Juan Ponce de Leon (7), y Don Luis Ponce de Leon (12): de aquella tratarémos en este Discurso, y del derecho que le asiste por la otra, en el quarto.

QUE

§. II.

QUE DON JUAN PONCE DE LEON (7), contraxo matrimonio con Doña Leonor Nuñez.

131. LA legitimidad de Don Rodrigo Ponce de Leon (18) tiene el principal apoyo en la verdad, de que Don Juan Ponce de Leon (7) contraxo matrimonio con Doña Leonor Nuñez, lo que está probado, y hecho evidente por muchos, y varios medios, instrumentos, y pruebas: Lo primero, por el intrumento de matrimonio, que publicamente contraxeron los referidos (*Mem. num.* 21.): Contra éste instrumento lo que se ha dicho por el Conde de la Coruña es, redarguirlo de falso, y el original de donde fue sacado (*Mem. num.*487.).

132. Es original, que se halla en el Archivo de el Señor Duque, al qual no se le puede controvertir, ni poner en duda su certeza, y fé; porque en lo antiguo, y antes de las Leyes Recopiladas 12. y 13. *tit.*25. *lib.*4. *Recop.* los instrumentos se hacian, y formalizaban por los Escrivanos, y se entregaban á las Partes, *Leg.*54. *tit.* 18. *part.*3. ibi: *E darla á aquel, que pertenece, é facer su señal sobre aquella nota, por que entiendan, que ya es sacada de ella Carta pública.*

133. Los Escrivanos no extendian los instrumentos en los Protocolos, y solo hacian unas notas, ó abreviaduras, *Leg.*2. *tit.*8. *lib.* 1. *For. L.L.* ibi: *Los Escrivanos públicos tengan las notas primeras*, que estas como era facil el perderse, ó extraviarse, no era justo, que redundase en perjuicio de las partes. Dom. Greg. Lop. *in leg.*9. *tit.*19. *part.* 3. *Glos.* 1. ibi: *Non tamen dicitur, quod si non appareat de Protocolo instrumentum inde sumptum non faciat fidem ::::: Faciet ad huc fidem; qui illa videtur scriptura matrix, & originalis.* Pareja *de Univ. Instrum. Edit. tit.*1. *resolut.* 3. §. 1. *num.*25. vers. *Primum.* Fontanel. *de Pact. Nuptial. claus.* 13. *Glos. unic.* Dom. Covarrub. *Practicar. cap.*19. *num.*3. & ibi Faria *num.*11. Cardin. de Luc. *de Iudic. disc.*26. *num.*21. ibi: *Non per hoc enim, quod non reperiatur matrix, id præiudicat pablico instrumento, quoties istud in reliquis suam habeat formam probantem, cum quandoque originales matrices, seú originales imbreviaturæ, amiti, seú parvi pendi soleant;*

y asi los instrumentos antiguos, que están en forma probante sin vicio, ni sospecha visible merecen fé, y se debe estar á ellos, Parej. *de Univer. Instrum. Edict. tit.* 1. *resolut.* 3. §. 2. *n.* 36. §. 4. *num.* 19. *&* 21. Franc. Peñ. *decis.* 1225. *num.* 2. ibi: *Cum excederet* 100 *annos ante litem motam, & habere faciem, & requisita ad publicum instrumentum, absque aliqua recognitione dicebatur esse in forma probante.* Dom. Salgad. *de Retent. part.*2. *cap.*30. §. 3. *num.*32. ibi: *Non erit necessaria aliqua recognitio, & comprobatio quando nullum vitium visibile ex ipsius instrumenti facie apparet.* Dom. Paz *de Tenut. cap.*26. *num.*60. ibi: *Hoc enim transumptum fidem plenam facit, ac si ex protocolo Notari extraheretur, Scritura enim, quæ in lite producta fuit, pro Protocolo habetur, & quæ ex ea deducitur pro originali reputatur:* y en estos terminos es ociosa la redarguicion. Dom. Math. *de Regim. Reg. Valent. cap.*10. §. 4. *n.*100. *&* 10.

134. Y es tan poderoso el transcurso del tiempo, que presume todas las solemnidades, y que precedieron todos los requisitos, ya intrinsecos, ya extrinsecos para la validacion, y firmeza de dicho matrimonio. *Leg. Sciendum, ff. de verbor. obligat. Leg. Filius, C. de petit. hered.* Dom. Valenz. *cons.* 18. *num.*15. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 2. *præs.* 33. *num.* 15. D. Vel. *dis.*48. *n.* 31. Avend. *de Cens. cap.* 83. *num.*5. D. Molin. *de Hispan. Primog. lib.*2. *cap.*6. *num.* 73. *& seqq.* Garc. *de Nobilit. Glos.* 4. *num.*31. y las denunciaciones, y demás requisitos, que entonces, y antes del Consilio de Trento se practicaban *ex cap.*3. *de Clandestin. Desponsat.* además, que para la validacion del matrimonio, basta, y es suficiente, que conste del consentimiento *coram Parrocho, & testibus.* Dom. Gonzal. *in dict. cap.*3. *de Clandestin. Despons. num.*6. ibi: *Gravior tamen hæsitatio est, an matrimonium omissis denuntiationibus contractum, públicé tamen in præsentia vicinorum, vel populi dicatur hodie clandestinum, quo ad penas incurrendas? Et clandestinum non esse probatur; quia publicé contractum est.*

135 Lo segundo, porque fue ésta verdad tan acreditada, y notoria, que en el pleyto antiguo seguido sobre el Mayorazgo de Ayala en el año de 1575, entre el Conde de Baylén Don Rodrigo (47), y el Duque de Arcos Don Rodrigo (53), se articuló, y probó el casamiento de Don Juan Ponce de Leon (7) con la Condesa Doña Leonor Nuñez, de la que tuvo por sus hijos á Don Rodrigo (18), y Don Manuel

(20),

(20), *y por tales los criaron, é nombraron, y fueron havidos, y comunmente reputados* (*Mem. num.* 552.).

136. Algunos de estos testigos fueron de 80, y 100 años (*Mem. num.* 553.), que conocieron al Don Rodrigo Ponce (18), y le huvieron, y trataron, como tal hijo legitimo del Don Juan Ponce (7): y otros lo deponen de oídas á personas ancianas, de cuyos nombres no se acuerdan; y otros las nombran (*Mem. num.* 554.) y en semejantes hechos prueban los testigos de oídas, *ex leg.* 28. *&* 29. *tit.* 16. *part.* 3. *cap. Licet ex quadam de testib.* ibi: *Se accepise á suis maioribus, quod deponunt, & credere ita esse.*

137. Muchos son parientes de las partes, que litigaban, y á estos se les dá entera fé, y credito, como que es preciso sean noticiosos de la calidad de los mismos de su familia. Escob. *de Purit. & Nobilit. part.* 1. *quæst.* 11. §. 2. *num.*26. ibi: *Qui non solúm idonei, sed etiam cæteris idoniores fuerunt sempér habiti, quia præsumitur pleniorem, & coniunctionis sanguinis habere noticiam.*

138. Otros se remiten al Testamento de el Conde Don Juan (7), (*Mem. num.* 554.), cuyo relato es verdadero, porque en él declara al Don Rodrigo Ponce de Leon su hijo primogenito, hijo de la Condesa Doña Leonor Nuñez (*Memor. num.*36.), al que dexa el Mayorazgo de la Villa de Arcos con el titulo de Condado.

139. Lo tercero, porque el tratamiento á la Doña Leonor Nuñez, de Condesa, es el mayor distinctivo de legitimo matrimonio entre la referida, y el Conde Don Juan; porque de otra forma no gozára de ésta lustrosa denominacion. *Leg.*13. *C. de Dignitat. Leg. Fœminæ* 8. *ff. de Senator.* Dom. Olea *de Cess. Iur. & Act. tit.* 3. *quæst.* 3. *num.* 29. Gutierr. *de Matrim. cap.* 40. *num.* 8. vers. *Quarto requiritur.* ibi: *Quod vir ipse pertractet mulierem honorificé, eo que modo, quo uxores pertractari, & haberi solent.*

140. Este tratamiento fue en Don Juan (7) tan repetido, como resulta de los instrumentos, que otorgó, y en que tntervino despues de la muerte de Doña Leonor de Guzman su primera muger. En la representacion, que hizo al Señor Rey Don Enrique para la legitimacion de Don Rodrigo (18), y Don Manuel Ponce (20))*Memor. num.* 27.); y en el Testamento, que otorgó, denominó á la Doña Leonor

Nu-

Nuñez, Condesa, y Madre de Don Rodrigo, y Don Manuel (18, y 20) (*Mem. num.*34. y 36.).

141. Estevan de Garibay, testigo de ésta probanza, *contexta la pregunta, por los muchos papeles, que havian visto para las Cronicas, que tenia escritas de los Cavalleros, y Linages ilustres de el Reyno*; y que como dice el Doct. Juan Paz de Castro en la aprobacion de su Historia, el dicho Autor *ha trabajado mucho en ella*, y de quien dixo Otero *de Offic. part.*2.*cap.* 20. *num.*16. *Cui diligentissimo, & perspicacissimo viró, ac magno antiquitatum explorator.* Y como dicen los P.P. Rodriguez en su Historia Literaria de España *tom.*1.*dissert.*2.§. 2.ibi:*Florian de Ocampo*, Estevan de Garibay, *Pedro Antonio Beuter*, *Juan Baseo*, y *otros*, *hombres ciertamente eruditos*, *y versados en la antiguedad*, como es preciso lo haga qualquiera Escritor. Casan. *Cathal. Glor. Mund. part.*10. *consider.* 46. *in princip.* ibi: *Exemplorum copia, & legisse, atque nosse cum plurima.*

142. Fue asimismo testigo Don Francisco Rades del Avito de Calatrava (*Mem. num.*573.), en el que concurren las mismas circunstancias: fue el que escrivió la Cronica de las tres Ordenes, y Cavallerias de Santiago, Calatrava, y Alcantara; el que en la Cronica de Alcantara *cap.*20. hace mencion de Don Pedro Ponce de Leon (1), Señor de Marchena, de quien dicen descienden los Duques de Arcos; por lo que es preciso se instruyese, y tuviese aseguradas noticias de esta descendencia.

143. Depusieron asimismo otras dos testigos, la una de 100 años, la certeza, y noticia del casamiento de D. Juan Ponce de Leon (7), con Doña Leonor Nuñez (*Memor. num.*555. y 556.). Y en la probanza, que hizo Don Rodrigo Ponce de Leon (47) en el oño de 1577, articuló dicho casamiento, en la que repitieron sus dichos muchos de los testigos presentados en la probanza antecedente; y nueve de los quales, cinco eran parientes del Conde (*Mem. num.*557), y como dexamos dicho en el Num. 137. los parientes prueban, y son testigos los mas idoneos para el conocimiento de los grados, matrimonios, y enlazes de la familia.

144. En el pleyto seguido sobre el Estado de Cazares en el año de 1596, articuló el Conde de Baylén á la segunda pregunta de su interrogatorio, la certeza del matrimonio del Don Juan Ponce de Leon (7) con la Doña Leonor

nor Nuñez, y haver tenido por sus hijos legitimos al Don Rodrigo (18), y Don Manuel (20); y depusieron diez y ocho testigos, los nueve vecinos de Sevilla, y los otros nueve de la Villa de Baylén (*Mem. num.*558.).

145. Todos contextan la certeza de lo referido, asi de oidas, como por haver visto instrumentos, ya por ser algunos testigos vecinos de Sevilla, donde asistió, y murió el Don Juan (7), y se enterró en el Monasterio de San Agustin de ella, y la Doña Leonor Nuñez en el de San Geronymo, cerca de dicha Ciudad, como expresó el Don Juan en su Testamento (*Mem. num.*34. *&* 591.), y otros de la Villa de Baylén, de que havia sido Dueño el Don Juan (7) (*Mem. numer.* 36.), es preciso, que fuesen noticiosos, y sabidores de toda la verdad, y certeza de lo referido. *Arg. Leg. Filius enim* 6. *ff. de His qui sunt sui vel alien. iur. Leg. Si vicinis, C. de nupt. leg. Si ita in fin. ff. de fund. instruct. cap. cum dilecti de Purgat. canonic. cap. Illud, & cap. Quarto de Præsumpt.* ibi: *Latere te in vicisno non potuit.* Menoch. *de Præs. lib.*6. *præs.*24. *num.*21. Mascard. *de Probat. lib.*3. *conclus.* 1413. *num.* 1. *& seqq.* Dom. Valenz. *cons.*105. *n.*82. Cevall. *Comm. Cont. com. quæst.*888. *n.*26.

146. En el pleyto seguido sobre la Tenuta de el Estado de Baylén hizo probanza en el año de 1585, Don Alonso Ponce de Leon (43), á la segunda pregunta articuló, que el Don Juan (7) fue casado, y velado con Doña Leonor Nuñez su muger (*Mem. n.*560.).

147. Asimismo hizo probanza Don Alvaro Ponce de Leon (34); y á la tercera pregunta articuló la certeza del casamiento de Don Juan Ponce de Leon (7) con la Doña Leonor Nuñez (*Mem. num.*562.); y estas probanzas, como que son hechas á instancias de personas, que querian suceder por representacion de Don Pedro Ponce de Leon (14) en lo que les perjudica, son de gravisima atencion á favor de los descendientes de Don Rodrigo Ponce de Leon (18). *Leg. Siquis testibus, C. de testib.* Farinac. *de Testib. quæst.* 54. *numer.* 126. *& quæst.* 62. *num.*211. *& seqq.* Parej. *de Univ. Instrum. Edict. tit.*7. *resolut.*3. *n.*11.

148. En el dicho pleyto litigó Don Fernando Alvarez (55), y en la probanza, que hizo, articuló á la segunda pregunta *el matrimonio* del Conde Don Juan (7) con la Condesa Doña Leonor Nuñez, y que como tales marido, y muger,

fueron havidos, y reputados (*Memor. numer.* 563.).

149. Al tenor de este Interrogatorio depusieron trece testigos, que contestan la certeza de el casamiento, y entre ellos el Estevan de Garibay (*Memor. num.* 564. *hasta el* 568.).

150. En otra pregunta articuló el Don Fernando Alvarez (55) dicho casamiento (*Mem. num.* 575.), y jurando posiciones, lo confesó Don Alvaro Ponce de Leon (34) (*Mem. num.* 578. *y* 579.).

151. En el pleyto seguido sobre los Estados de Arcos, Baylén, y Casares, articuló Don Eugenio Alvarez (56) lo cierto de dicho matrimonio (*Mem. num.* 583.), ibi: *Que el Conde Don Juan fue casado legitimamente con Doña Leonor Nuñez.*

152. Don Diego Fernandez de Cordova (52), en el pleyto, sobre la propriedad de los Estados de Arcos, Baylén, y demás en el año de 1623, articuló en la probanza, que hizo, el haver el Don Juan sido *casado, y velado segunda vez, segun orden de la Santa Madre Iglesia, con Doña Leonor Nuñez.* (*Mem. num.* 585.), cuyo articulo contestaron veinte y dos testigos.

153. Lo quarto: tocamos en el *num.* 145. que declaró el Conde Don Juan marido de la Doña Leonor Nuñez, estar ésta enterrada en el Monasterio de San Geronymo de Buena-Vista, cerca de la Ciudad de Sevilla (*Memor. num.* 34.) y esta referencia se comprobó con las Tablas, y Libros de dicho Convento de San Geronymo (*Mem. num.* 587.).

154. En vna tabla intitulada de Capellanias, y Memorias se halla la apuntacion, de que *por el Conde Don Juan Ponce, y Doña Leonor Nuñez su muger* (*Mem. num.* 588.), y prosigue las Misas, que se dicen, y la limosna, que en cada año perciben.

155. En otra Tabla de Vigilias, y Misas de requiem, y votivas, se halla la nota siguiente. *Por Doña Leonor Nuñez, y Don Juan Ponce, Condes de Arcos* (*Memor. num.* 589.), se decia una Misa Cantada de San Miguel, para cuyo dote dexó unas Casas de la Calle de Espejo.

156. Cuya expresion conviene con el asiento del Libro de las posesiones de dichn Monasterio, ibi: *Casas en la Calle de Espejo, que huvo éste Monasterio por manda, que de*

ellas

ellas le hizo Doña Leonor Núñez, Condesa de Arcos, que haya en gloria (Mem. num. 590.).

157. En el mismo Libro se refiere la Memoria de las Misas, y mandas, que dexó el Don Juan (7) por su Testamento (*Mem. num. 591.*); y entre otras expresiones que contiene dicho Libro en este asiento, es: *Atento á que estaban enterrados en este Monasterio Doña Leonor Nuñez su muger, y otros sus hijos*; cuyos asientos, y notas son de la mayor atencion, Escob. *de Puritat. & Nobilit. part. 1. quæst. 11. §. 2. num. fin.* Parej. *de Univ. Inst. Edict. tit. 1. resol. 3. §. 3. n. 27.*

158. Las Comunidades religiosas para su buen govierno, y cumplimiento de los Anniversarios, y Misas, deben tener sus Libros de asientos, los que guardan, y custodían con el mayor cuidado, y á los que se dá entera fé, y credito. Jul. Capan. *Discept. 17. num. 14.* Card. de Luc. *de Iudic. disc. 30. num. 24.*

159 Es el Libro para tener las apuntaciones, Memoria, y asiento de todo buen Administrador, Tutor, y otro qualquiera, que debe cumplir con la obligacion de su oficio, el tener los Libros, y asientos con la formalidad correspondiente, á los que se debe estar. *Leg. 1. §. Officio tutoris 3. de Tutel. & Rationib. distrah.* ibi: *Officio tutoris incumbit etiam ratione actus sui conficere. Ley 2. ff. de neg. gest. L. Qui proprio. 46. §. Procur. L. 4. ff. de Procurat. Si ita 13. §. Hæc quæstio 2. ff. de manumis. testam. L. Non solum 8. §. His qui 5. & leg. 31. §. 1. ff. de liberat. legat. Leg. Fin. C. de iur. deliber.* & laté D. Arrendond. Carmon. *tom. 2. illust. á los Aut. Acordad. Aut. 22. numer. 16. & seqq.* por lo que, y en la autoridad, y formalidad de una Comunidad Religiosa merecen sus Libros, y apuntes la fé, credito, y verosimilitud de mayor aprecio. Dom. Salgad. *de Reg. part. 3. cap. 10. num. 280.* ibi: *Obtinuisse in causa ardua quasdam Ecclesias ad ius patro Regium pertinere ex eo dumtaxat, quod in libro censuali posito in Archivo Ecclesiæ maioris Episcopatus Conibran. Ubi scriptæ erant Ecclesiæ, & reperiebatur scriptum in margine libri.*

160. Y en su Testamento (*Mem. num. 34.*), el Don Juan Ponce de Leon (7) dá el honorifico titulo de Condesa á la Doña Leonor Nuñez, como dexamos dicho Num. 127. y se le puso, y annotó en el asiento de dichas Memorias, que es una gravisima presumpcion de la certeza de dicho matri-

monio. Menoch. *de Præs. lib.* 3. *præs.* 1. *num.* 74. ibi: *Requiritur quarto, quod vir ipse pertractet mulierem honorificé, eo scilicet modo, quo uxores pertractari, & haberi solent*; mayormente, despues de la muerte de los Conyuges, y que solo se trata de la legitimacion de los hijos. Menoch. *dict. præs.* 1. *num.* 76. ibi: *Quartus est casus, quando vir, & mulier, qui simul cohabitabant vita functi sunt, & ambigitur de filiorum legitimatione, hoc in casu etiam iure Pontificio inspecto præsumitur matrimonium fuisset contractum inter illos cohabitantes.* Dom. Covarrub. *in Epitom. de Sponsal. part.* 2. *cap.* 1. *numer.* 5. vers. *Quibus addendum erit.* Hontalv. *de Spurit. Putat. in Aparat. num.* 45. ibi: *In dubio respondendum est pro vali ditate matrimonij, ipsiusque legitimitate. Et part.* 2. §. 11. *num.* 7.

161. De lo que se halla uniformemente probado con tantos testigos en la série de los muchos años, que duraron dichos pleytos, la reconocida verdad, y certeza del casamiento del D. Juan Ponce, y la Doña Leonor Nuñez (7), y la comun, y autorizada noticia, con que los Autores, y Escritores, asi de Historias generales, como de particulares han conservado.

162. Y es lo quinto de la prueba de dicho casamiento el de las Historias. Salaz. de Mendoz. en la Histor. *de los Ponc. de Leon, elog.* 16. §. 4. dice, que casó el Conde con Doña Leonor Nuñez: lo mismo afirma Ribarol. *Descripc. de Genov. part.* 1. *disc.* 1. ibi: *Fue el Conde* (Don Juan) *casado en sus primeros años con la Condesa Doña Leonor de Guzmán, en quien no tuvo hijos; y asi el succesor, y sus hermanos lo fueron de Doña Leonor Nuñez de Prado, de la nobilisima Casa de este Apellido, á quien el Conde llamó siempre Condesa de Arcos. Et cap.* 19. *discurs.* 6. ibi: *Don Juan Ponce de Leon, Rico home, segundo Conde de Arcos, casó con la Condesa Doña Leonor Nuñez de Prado, Padres de Don Rodrigo Ponce de Leon, tercero Conde de Arcos, primer Duque de Cadiz.*

163. Trellez, Villa de Moros, en la Obra intitulada *Asturia Ilustrada, primitivo origen de la Nobleza de España, tom.* 3. *part.* 1. §. 2. dice, que el D. Juan Ponce de Leon casó de primero matrimonio con Doña Leonor de Guzmán, su sobrina, y que haviendo sido esteril de éste matrimonio, *contraxo el segundo con Doña Leonor Nuñez Gudiel, hija de Alonso Nuñez Gudiél*, remitiendose á Don Luis de Salazar y Castro, en la

His-

Historia de la Casa de Silva *lib.* 3. *fol.* 179. y en la de la Casa de Lara *lib.*5. *fol.*462. y en las Glorias de la Casa Farnes. *fol.* 583.

164. Lo qual es lo mas verosimil, y cierto, porque haviendo tenido el anterior trato en vida de Doña Leonor de Guzmán, es muy conforme al lustre, y nobleza de Don Juan Ponce (7), que procurase vivir con el arreglo, y christiandad correspondiente, casando con la Doña Leonor Nuñez. *Leg.*6. *tit.*9. *part.*2. Otalor. *de Nobilit. part.*5. *princip. cap. Fin. num.*20. ibi: *Tandém, & principalitér nobiles privilegiantur á natura, ut abundent, & polleant pluribus, & feré omnibus virtutibus moralibus, & theologalibus, quia ad plurimum sunt iusti, temperantes, prudentes, & fortes.* Et postea: *Præterea veri nobiles sunt fideles, spem habentes, charitativi, synceri, simplices sicut columbæ, pacifici, constantes, liberales, devoti, animosi, venevoli, & timentes Deum, quod est ultimum nobilitatis. Leg.*2. *tit.*2. *lib.* 6. *Recop.* ibi: *Por la gran lealtad, que Dios en ellos puso.* Bobadill. *in Politic. lib.*1. *cap.*4. *num.*8. ibi: *Finalmente de los nobles siempre se presume qualquier cosa bnena, y virtuosa, y por el contrario, segun Juan Andrés, y otros, no se presume, que los Nobles hagan traycion alguna.*

165. Como con elegancia dice San Juan Chrisostomo apud Dom.Gonzal. *de Sponsalib.& Matrimon. cap.*20. *n.*2. entre otras palabras, ibi: *Quemlibet generosum virum siné pudore connubio sibi talem adjuncisse: tanta apud homines misericordia, & vulgaris opinionis acceptio sepé in propatulo innominia afectas abinfami servitute liberat, & in matronarum ordinem recipit.*

166. Y afirmando Salazar de Mendoza en el dicho elogio 16. §. 4. *que la Doña Leonor Nuñez era persona noble, y de muy buenos Linages, y muy antiguos*: prosigue poniendo la antiguedad de su Casa, y origen de el Patronimico de *Nuñez*, y el Ribarol. Descrip. de la Republica de Genova, cap.16. lo afirma, ibi: *El Conde fue casado en sus primeros años con la Condesa Doña Leonor de Guzmán, en quien no tuvo hijos; y asi el succesor, y sus hermanos lo fueron de Doña Leonor Nuñez de Prado de la nobilisima Casa de este Apellido, á quien el Conde llamó siempre Condesa de Arcos*: y es razon, y congetura, que persuade la verdad del matrimonio. Menoch. *dict. lib.* 3. *præs.*1. *num.*72. ibi: *Nám inter pares facile præsumitur contractum matrimonium.* Tiraquel. *in leg. Connun. leg.*5. *num.* 31. pues

el que fuese pobre la Doña Leonor Nuñez, no le borra, ni quita lo ilustre de su sangre, y que no dexase de ser digna muger de Don Juan Ponce (7), quando los dotes de la virtud le grangeasen, el que Don Juan Ponce de Leon (7) la estimase por su muger, ex tradict. á Tiraquel. *in leg.* 2. *ad leg. Connuv. ex num.* 3. Pat. Baez. *de Christ. Figurat. tom.* 6. *lib.* 12. *cap.* 4. §. 31. ibi: *Quod uxor non eligatur oculorum, sed mentis trutina, per quam non tám species, quám provitas expectetur, hinc monebat D. Chrisostom. Humil.* 31. *in Math. tuitaque juvenis quando uxorem ducere vis, si virgo, aut si Puela nuptui tradatur, noli quærere divitem, sed bene morigeratam.* Y despues, ibi: *Circa quæ ait Chrisost. atende quando veteres non quærebant substantiam multam non externæ venustatis formam, sed animæ pulcritudinem, & morum nobilitatem*

167. El Rey David no se desdeñó de casar con Bersabé, despues de haver tenido un hijo, viviendo Urias su marido 2. *Reg. cap.* 11. *vers.* 27. ibi: *Introduxit eam in domum suam, & facta est uxor*; y asi el Don Juan Ponce (7), contrayendo matrimonio con la Doña Leonor Nuñez, desahagó su conciencia, y la estimacion de la Doña Leonor, Eczechiel, *cap.* 16. *vers.* 8. ibi: *Et expandi amittum meum superte* (que es recibirla por Esposa, como dice el Padre Calmet. *in cap.* 3. *vers.* 9. *sup. Rut.*) *& operavit innominiam tuam.* Y en tantas pruebas como se han hecho en los repetidos pleytos, que se han seguido, ningun testigo ha negado el hecho de la certeza de dicho matrimonio, ni lo podian negar, porque en los mismos instrumentos en que se funda el Conde, y reproduxo para instruir su Demanda, se confiesa dicho matrimonio, como son los que otorgó el Don Juan (7) (*Memor. num.* 22. 24. y 25.).

168. Y es congetura fundada en derecho, como dixo el Sr. Covarrub. *de Matrim. part.* 2. *cap.* 8. §. *num.* 2. ibi: *Ea ratione, quod lex civilis præsumat patrem profitentem aliquem esse proprium filium, Concubinam, ipsius filij matrem, uxorem recipere.*

169. Y que la Doña Leonor huviese sido muger del Don Juan (7) lo confesó el Conde de la Coruña en su Demanda (*Mem. num.* 264.), acreditando la legitimidad de el Don Rodrigo (18); pero haviendosele opuesto por el Señor Duque la distinta qualidad que gozaba de legitimo, á la que

per-

pertenecia al Don Pedro (14) de hijo adulterino (*Mem. num.* 291. 301. 304. y 310.), respondió el Conde de la Coruña (*Mem. num.* 487.), que lo havia hecho con la modestia, y morigeracion correspondiente, y despues dice: le era preciso negar dicha qualidad de legitimidad, que se les atribuia, pues todos tres hijos havian sido adulterinos.

170. Lo alegado por las partes, equivale á confesion. *Leg. Cum præcum. C. de liberal. caus.* Anton. Gom. *tom.* 3. *Variar. cap.* 12. *n.* 4. Parej. *de Univ. Inst. Edict. tit.* 7. *resol.* 3. *n.* 1. Cardin. de Luc. *de Iudic. disc.* 23. *n.* 7. Torr. *de Maioratib. tom.* 2. *art.* 6. *respons.* 2. *n.* 413. *& seqq.* y la confesion de la parte á favor de la otra, es la mas relevante prueba, que hay en derecho. *Leg. Fin. C. de reb. credit.* Parej. *de Univ. Instrument. Edict. tit.* 9. *resol.* 2. *n.* 16. Escob. *de Purit. & Nobil. part.* 2. *quæst.* 6. §. 1. *n.* 1. *&* 2. Galganet. *de Iur. Pubtic. lib.* 2. *tit.* 33. *n.* 1. De tal forma, que se debe estar á ella, y no á lo que depongan los testigos en contrario. *Argum. leg.* 4. *tit.* 7. *lib.* 4. *Recop.* Dom. Vel. *dessert.* 38. *n.* 77. Dom. Valenz. *cons.* 126. *n.* 18. ibi: *Nám confessio partis infringit dictatestium, in tantum quod magis statur ei, quam mille testibus contrarium deponentibus.* Francis. Peñ. *decis.* 1472. *n.* 4. Parej. *de Uuiv. Instrum. Edict. dict. resol.* 2. *n.* 16.

171. Sin que sea de atencion la respuesta, que dexamos notada, que dió el Conde á el alegato del Señor Duque, y se pone en el (*Mem. num.* 487.), porque aunque es cierto, que quando en Juicio se comete algun yerro de hecho, el que se pueda revocar, ha de ser probando lo contrario. *Leg. Non fatetur, ff. de confes. Leg. error. C. de iur. & fact. ignor. Leg.* 5. *tit.* 13. *part.* 3. ibi: *Otrosi decimos, que si alguno ficiese conocencia, ó niego, por yerro en Juicio sobre alguna cosa, ó sobre algun fecho, que non le empeze á aquel, que la fizo, SI PUDIERE PROBAR EL YERRO: cap.* 3. *de Confes.* ibi: *Quatenus si de huiusmodi errore potuerit docere.* Villadieg. *in Politic. en la forma del Libel. en el exordio n.* 58. *fol.* 214. Alvar. Peg. *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 5. *pagin.* 443. Cuyo error, ni se ha probado, ni en todos los Autos, no consta instrumento alguno, que excluía la legitimidad del Don Rodrigo (18), como se toca en el Num. 176. y se nota en el (*Mem. num.* 18.).

172. En cuyo supuesto en la fé humana con que debemos proceder. D. Augustin. *lib.* 6. *confes. cap.* 5. *numer.*

1. ibi : *Quám innumerabilia crederem , quæ non viderem , neque cúm gererentur afuissem : sicut tám multa in Historia gentium , tam multa de locis , atque Urbibus, quæ non videram , tám multa amicis tam multa medicis , tam multa hominibus alijs , atque alijs ; quæ nisi crederentur, omnino in hac vita nihil ageremus.* D. Thom. *lib.* 1. *Ethicor. lect.* 3. *liter. B.* ibi : *Quia ad hominem disciplinatum, id est , benè instructum pertinet, ut tantum certitudinis quærat in una quaque materia , quantum naturæ rei patitur.* Dom. Castill. *de Áliment. cap.*59. *n.*32. y qual mayor, ni mas circunstanciada se podrá hallar,que las expuestas pruebas de dicho matrimonio , y legitimidad del Don Rodrigo (18).

173 El Menoch. *de Præsump.lib.*1. *in Præfact.* distingue las pruebas en inartificial,que se llama directa, verdadera, y propria , ibi : *Probatio in artificialis est illa , quæ ab aliquibus directa probatio, id est, vera, & propria apellatur,* y en artificial, *quæ tota in árte consistit, & versatur ::: nam aliquibus positis indé oratoris, vel Jurisconsulti ars, & prudentia , est, videre , quæ indé veluti quadam consequenti atrahuntur.* Menoch. *dict. loc. ex num.* 5.

174. Por tanto no se han ceñido las pruebas á solo testigos , é instrumentos , sino es á presumpciones , y á *iuris , & á iure,* ya á *iure* , ya *ab homiue.* Dom. Gonzal. *in cap.* 2. *de Præsumpt. n.*11. *& seqq.* y indicios.y adminiculos, que corroboran, acreditan , y persuaden la verdad de los hechos, *cap. Fin. de Succes. abintest.* ibi : *Non tanquam suficientér probantes , sed tanquam vehementer adminiculantes. Leg.*35. *cap.*6. *tit.*7. *lib.*1. *Recop.* ibi : *No estuvieren ayudadas de algun otro admiculo. Leg.* 8. *tit.*11. *lib.*2. *Recop.* ibi : *Y con los adminiculos , y calidades , que disponen los derechos.*Escob. *de Puritat. & Nobilit. part.* 2. *quæst.* 6. §. 6. *n.* 1. *&* 2. Sin que se pueda en el hecho, de que se trata , encontrar mas verosimil , prudente , y juridicos medios , que acrediten ésta verdad ; pues de otra forma fuera reconocida confusion, y labyrinto impenetrable en el comercio politico, y juridico de las gentes. Dom. Per. Valient. *Apparat. Iur. Public. Hispañ. lib.*1. *cap.*7. *n.* 2. ibi : *His enim deficientibus, nec domus úlla, nec gens , nec hominum universum genus staret, nec rerum natura, nec mundus ipse potest,* y como dice Dom. Salced.*de Leg. Politic. lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 41. ibi : *Né litibus mundus conculsetur.*

§. III.

QUE DON RODRIGO PONCE DE LEON (18), fue hijo legitimo de Don Juan Ponce de Leon (7).

175. PAra la inclusion del Señor Duque de Arcos en la succesion del Ducado de Arcos, y demás bienes, que litiga, le basta ser de la linea, que formó Don Rodrigo Ponce de Leon (18), hijo legitimo de Don Juan Ponce de Leon (7).

176. Que el Don Rodrigo Ponce de Leon (18) fuese adulterino, no consta de intrumento alguno (*Mem. num.* 18.), y que fuese legitimo, se prueba por varios médios.

177. El primero, porque no constando, que fuese expureo, ni adulterino, de derecho se presume legitimo. Escob. *de Purit. & Nobilit. part.* 1. *quæst.* 15. §. 3. *n.* 28. *& quæst.* 16. §. 4. *num.* 20. 21. *& seqq.* Dom. Castill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 104. *n.* 16. lo que es, segun naturaleza, y conforme á la razon natural. Garc. *de Expens. cap.* 3. *n.* 22. ibi: *Unde in nobis procreatio illa solum liberorum secundum naturam est, quæ procedit ex justis nuptijs, & veró matrimonio licet enim nuptiarum solemnia ius civile invenerit*; y lo contrario tiene reconocida resistencia. Idem Garc. num. 24. ibi: *Vaga enim, & libera procreatio liberorum, sine lege sine honestate absque matrimonio, quám nos simplicem fornicationem dicimus contra naturam esse*: Siendo digna de la divina alabanza. Sapient. *cap.* 4. *vers.* 1. ibi: *O quam pulchra est casta generatio cum claritate*, y tiene la presumpcion á su favor, y funda de derecho mientras no se pruebe lo contrario. Escob. *de Puritat. & nobilit. part.* 1. *quæst.* 8. §. 2. *n.* 4. *& 5.* Garc. *de Nobilit. Glos.* 35. *n.* 8.

178. No consta, que Don Rodrigo Ponce (18) huviese nacido en tiempo, que vivia Doña Leonor de Guzmán (6), muger primera del Don Juan Ponce de Leon, y lo que consta de las Historias es, que la Doña Leonor de Guzmán havia muerto el año de 1441. Salaz. de Mendoz. *dict. elog.* 16. Lo mismo aseguró Don Gabriél de Torres, Veintiquatro de Sevilla, en la probanza, que en el año de 1623, hizo el Duque Don Rodrigo (35), en el pleyto, que contra

él siguió Don Pedro Fernandez de Cordova (52) (*Memor. num.*484. *y* 541.).

179. Este testigo, aunque unico, hace semiplena probanza. Anton. Gom. *tom.*3. *Variar. cap.* 13. *n.* 7. Far. ad Dom. Covarrub. *lib.*2. *Variar. cap.* 13. *n.* 5. y adminiculado hace plena prueba. *Cap* 3. *de Succes. Abintest.* Hermosill. *in leg.* 56. *tit.*5. *part.*5. *Glos.* 1. *n.* 82. Cardin. de Luca *de Emphyth. disc.*63. *n.*3.

180. Corrobora, y adminicula el dicho de este testigo la Historia de Salazar, ya citada, que afirma el haver muerto Doña Leonor de Guzmán el año de 1441, que uno, y otro hace plena prueba. *Cap. Cum caus.* 13. *de probat.* & ibi Dom. Gonzal. *num.*4. Y haviendo todas las partes letigantes tenido presente el dicho de este testigo, ninguno ha negado su asercion, ni propuesto, que despues muriese la Doña Leonor de Guzmán. primera muger de Don Juan Ponce (7), con lo que queda asegurada, y firme esta verdad. Parej. *de Unib. Inst. Edict. tit.*1. *resolut.* 3. §. 5. *num.*20. Dom. Salgad. *part.*1. *Labyr. cap.*22. *n.*42. & *part.*3. *cap.*2. *n.* 68. Hermos. *in leg.* 56. *tit.*5. *part.*5. *Glos.*11. *n.*148. ibi: *Vél tacité non contradicendo in scriptis, quia in judicijs taciturnitas habetur pro consensu.* Lo que dexa sin duda los instrumentos presentados por el Señor Duque. *Addent. al n.* 1127. *y sigg.* de los que consta, que la Doña Leonor de Guzmán textó en 13 de Marzo de 1441; y que en el año de 1442, ya havia muerto, pues los Legatarios tomaron posesion de sus bienes; contra cuyos instrumentos nada dice el Conde, y los reconoce por legitimos, *dict. Add. n.*1130.

181. En el elogio 17. §. 3. dice el Salazar de Mendoza, que en el año de 1460, que fue la célebre Batalla de el Madroño, tenia el Conde Don Rodrigo (18) diez y siete años, con lo que conviene el Diccionario de Morer. de la ultima impresion, traducido por Don Joseph de Miravel, y Casadevante, Canonigo del Sacro-Monte de Granada, ibi: *Ponce de Leonce (Don Rodrigo), tercer Conde de Arcos, primero unico Marqnés, y Duque de Cadiz, hijo de Don Juan Ponce de Leon, Señor de Marchena, y segundo Conde de Arcos, nació el año de* 1443, *con tanta inclinacion á las Armas, como heredera del valor de los Ponces. No tenia* 17 *años cabales, quando ganó la Batalla del Madroñal, que fue de las mas ruidosas de aquel tiempo.* Son

no-

notables las circunstancias de ésta Batalla, y por la que concedió el Señor Don Enrique el Quarto á Don Rodrigo (18), mil maravedis de Juro, dando la razon : *porque imitando Vos al Santo Rey David con honda, y piedras desviastes los Moros* : por lo qual el Salazar refiere varios Heroes, que de 16, y 18 años militaron.

182. A los que añado Apisco Tarquinio, de quien hace mencion Plinio *Natur. Histor. lib.* 3. *cap.* 1. y Rosin. *Antiquit. Romanar. lib.* 5. *cap.* 32. que aun teniendo vestida la Pretexta, venció gloriosamente los Enemigos, ibi : *Filium Priscum cum de Sabinis triumphum agere, filium suum quatordecim natum, quod hostem ineo vello manu percucisse* : y Plinio *dict. loco*, ibi : *Sed Aprisco Tarquino omnium primo filium cum in prætexte annis occidisse hostem, &c.* Y es sabido, que la pretexta la usaban los Jobenes Romanos hasta los 17 años. Calepin. *Veob. Prætestatus. Diccion. de la Leng. Castell. in verb. Prætesta.* ibi: *Y tambien se permitia traer á los Mancebos, y Doncellas nobles, hasta salir de la edad pueril.* Alex. ab Alex. *Dier. Geniar. lib.* 5. *cap.* 18. ibi : *Quam quidem prætextam ad virilem ætatem pueros defferre licuit ; post pubertatem veró in septimo, & decimo ætatis anno dimissa prætexta, togam induebant.*

183. De David, dice Theodoreto *apud Glos Ordinar. in cap.* 17. 1. *Reg.* que era quando venció á el Gigante Galiat de catorce, ó quince años, ibi : *Erat adolencens quatuordecim annorum* ; con que es muy verosimil, que Don Rodrigo Ponce (18) con el valor, y exfuerzo, que militaron los Ponces de Leon, de tan corta edad, fuese capáz de accion tan heroyca, y celebrada por las Historias : Y como dice el Salazar de Mendoza en dicho elogio 17. §. 3. *Nuestro Don Rodrigo, muchacho de diez y siete años, y sin barbas, y mal herido, venció con tan poca gente un Exercito tan grande, y poderoso, como el del Rey de Granada* : cuya menor edad se prueba de las protextas presentadas por el Sr. Duque, y se refieren en la Addicion al Mem. num. 1117. y 1118. Contra estas protextas se alega por el Conde, dicha Addicion num. 1120, á que respondió el Sr. Duque, dicha Add. num. 1126.

184. En cuyo supuesto es preciso, que naciese despues de muerta Doña Leonor de Guzmán, primera muger de Don Juan Ponce de Leon (7), y por esto Garibay en el *Compend. Histor. de Españ. lib.* 17. *cap.* 7. *y en el lib.* 4. *cap.* 26. re-

fi-

firiendo ésta Batalla del Madroño, le nomina al Don Rodrigo Ponce de Leon, valeroso Cavallero *primogenito* del Conde de Arcos; y éste Autor, que tuvo mucha noticia, y fue testigo en los pleytos, que subscitaron los descendientes de Don Pedro Ponce (14) con la Casa de Arcos (*Mem. num.* 554. 568. y 570.), no nominára *primogenito* al Don Rodrigo, sino tuviera bien averiguado, que era hijo legitimo del Don Juan Ponce (7), *ut dixim. num.*248. lo que no podia convenir á el Don Pedro (14).

185. Que las Historias hagan fé, y sean dignas de atencion, es proposicion recibida por todos derechos. *Act. Apost. cap.*17. *vers.*28. ibi: *Sicut, & quidam vestrorum Poetarum dixerunt. Leg.*1. *ff. de offic. Præfect. Prætor.* ibi: *A quibusdam scriptoribus traditum est. Leg.*1. §. 1. *ff. de offic. Quæstor.* ibi: *Et Iunius, & Trebatius, & Fœnestella scribunt. Cap. de quibus caus.* 3. *distinct.* 20. ibi: *Ad Catholicæ Ecclesiæ Historias Catholicas á Doctoribus Catholicis scriptas manu mite. Cap. Unic. in fin. de Sacros. Untion.* ibi: *Túnc proptér Historiam*; por lo que todos los Autores en varios, y diferentes asumptos se remiten, y comprueban sus Asertos con las Historias: el Señor Castillo *de Tert. cap.*2. *n.* 2. *in fin.* para probar pertenecen á su Magestad las Tercias, cita á Mariana, Illescas, Zurit. y otros: lo mismo hace para apoyo de sus intentos Gutierr. *lib.*3. *Practicar. cap.*16. *num.*142. Oter. *de Official. part.*2. *cap.* 8. *in fin. & pasin* Otalor. *de Nobilitat.* Dom. Valenzuel. *cons.* 33. *num.*81.

186. Y en tanto grado procede, que las Historias hacen fé, aunque sus Historiadores afirmen lo que escriben de oídas. Dom. Valenz. *dict. cons.* 33. *num.* 85. Gratian. *tom.* 5. *dissertat. cap.*893. *num.* 6. Parej. *de Univers. Instrum. Edition. tit.*1. *resol.*3. §. 5. *n.*53. *in fin.* por lo que se difine la Historia, segun Ciceron, referido por Casareo *in Cathalog. Glor. Mund. part.*1. *consider.* 46. vers. *Accedat.* ibi: *Testis sit temporum, lux, & Evangelium veritatis, Magistra vitæ, numptia antiquitatis*: y estando dichas Historias con el público permiso: *Non est verisimile, quod quis scripcisset falsum, vel quod illa Scriptura fuisset tanto tempore tolerata, si non continuisset veritatem.* Rodrig. Suar. *allegat.* 8. *num.*22. y por ellas se pueden juzgar los litigios. Barbos. *in cap. Interdilectos* 6. *de Fid. Instrument. num.*30. Dom. Gonz. *in cap.*13. *de probat. num.*4. y mereciendo tanta

fé

fé las Historias, compruebase con ellas, que el Don Rodrigo (18), fue hijo legitimo de Don Juan Ponce (7).

187. Lo segundo, porque quando se nos opusiese de que segun lo expresado, el Don Rodrigo Ponce no podia ser legitimo, de legitimo matrimonio de Don Juan Ponce (7), y Doña Leonor Nuñez; pues segun el instrumento presentado (*Mem. n.* 21.), este matrimonio fue celebrado en el año de 1448, y si quando la Batalla de Madroño tenia 17 años Don Rodrigo Ponce (18), es preciso, que huviese nacido muchos años antes al de 1448.

188. Quando éste reparo pudiese tener lugar, no obsta á la legitimidad del Don Rodrigo Ponce de Leon (18), que nació despues de la muerte de la primera muger del Don Juan (7), y en tiempo habil para poder contraer matrimonio con la Doña Leonor Nuñez, como con efecto lo contraxo dicho año de 1448, por lo que quedó legitimo, y como de legitimo matrimonio nacido. *Ex cap. Tanta est vis. Qui filij sint legitim.* Dom. Gonzal. *in dict. cap. num.* 3. *&* 4. Faxard. *de Legit. per Subseq. Matrim. numer.* 8. Dom. Castill. *tom.* 4. *Controv. cap.*22. *num.* 46. 47. *&* 48. lo que afirmaron algunos testigos (*Memor. num.*575. *y* 577.), y declaró Don Fernando Alvarez (55) (*Memor. n.*578. *y* 581.).

189. Y no debiendose poner en controversia lo cierto del casamiento del D. Juan Ponce (7), con DoñaLeonor Nuñez,y que tuvo por sus hijos á D. Rodrigo Ponce (18), y D. Manuel(20),es presumpcion,que fueron legitimos, y nacidos de legitimo matrimonio, ó naturales. Torr. *de Maioratib. tom.* 1. *cap.*28. *num.*99. vers. *In dubio*, y nacieron en tiempo habil, y se legitimaron por el subsequente matrimonio, como tocamos en el numero antecedente; y lo acreditó la Real Cedula del Señor Rey Don Enrique, afirmando,que el Don Rodrigo (18) era hijo *primogenito*, y heredero (*Memor. num.* 18. *y* 29.), y con mas expresion en la Real Cedula de 6 de Febrero de 1461, en la que se dice, que el Don Rodrigo (18) era *hijo primogenito legitimo* (*Memor. num.*18. *y* 30.), *ut dix. numer.* 248.), y la asercion de el principe hace plena prueba Garcia *de Nobilit. Glos.* 2. *num.* 20. *&* *seqq.* Oter. *de Official. part.*1. *cap.* 10. *num.*42. Aguil. ad Roxas *de Incompat. part.* 7. *cap.* 2. *num.*50. pues en haver dicho legitimo, se debe entender *in famosiori significato*, y el adulterino, no se puede, ni debe decirse propriamente legitimo, como tocamos en el

§. IV.

SE SATISFACE AL INTENTO, DE QUE DOñA Leonor Nuñez estaba casada.

190. EL Conde de la Coruña insiste, en que al Don Rodrigo (18) lo huvo su Padre en Doña Leonor Nuñez, siendo ésta casada con un Juan de Paraíso (*Memor. num.*593.) ; para lo qual se vale de las probanzas , que en los varios pleytos seguidos se han hecho, y se refieren (*Mem. n.* 489. *y siguientes.*).

191. Las mas antiguas son las practicadas en el año de 1575, en el pleyto sobre el Mayorazgo de Ayala , en que fueron partes Don Rodrigo (47), Conde de Baylén , y Don Rodrigo (53), y otros Consortes.

192. En dicho pleyto articuló el Duque de Arcos (53) á la pregunta septima , que Don Juan Ponce de Leon (7) estuvo casado con la Condesa Doña Leonor de Guzmán (6), y tuvo por su Amiga á Leonor Nuñez (7), que era criada de dicha Condesa, y estaba casada con Juan de Paraíso ; y estando el dicho Don Juan casado con la Condesa , y la Leonor Nuñez con el Juan de Paraíso, tuvo en ésta por sus hijos bastardos á Don Rodrigo (18), y Don Manuel (20) ; y por tales hijos ílegitimos fueron havidos, y comunmente reputados ; lo que sabian por haverlo oído , y haver visto Escrituras, y probanzas de ello (*Memor. num.*409.).

193. A la octava pregunta articuló , que el dicho Juan de Paraíso estuvo casado con la Lenor Nuñez, y estaba vivo al tiempo , que en ella tuvo Don Juan (7) á Don Rodrigo (18), y á Don Manuel (20), y vivió muchos años despues el Juan de Paraíso (*Mem. n.*491.).

194. Treinta testigos depusieron en estas probanzas , y el especial, que se refiere (*Memor. num.*492.); es el Licenciado Diego de Villegas, Presbytero, el que de oídas depone , que el Conde Don Juan (7), en tiempo que estuvo casado con Doña Leonor de Guzmán (6), tuvo por su manceba á Leonor Nuñez, que dicen fue criada de la Condesa , é que era casada con Juan de Paraíso, *Bordador*, vecino de Toledo, y estando estos casados, y Don Juan con la Doña Leonor de

de Guzmán, tuvo en dicha Leonor Nuñez á Don Rodrigo (18), y á Don Manuel (20).

195. En ésta expresion, de que la Doña Leonor de Guzmán vivia, quando tuvo por hijos al Don Rodrigo (18), y al Don Manuel (20) (*Memor. num.* 492.), está convencido de faltar á la verdad, porque como dexamos dicho en el *numer.* 178. *y siguient.* la Doña Leonor de Guzmán (6) murió en el año de 1441. con que el Don Rodrigo (18) nació despues de su muerte.

196. Se remite éste testigo á lo que oyó á Don Francisco de Medina, Clerigo de la Orden de Santiago, que escrivió las Informaciones en Derecho, que las hacia un Fray le Francisco, sin expresar en qué pleytos, ni á qué fin se hacian dichas Informaciones en Derecho, y si eran para instruir la Justicia en algun pleyto, no expresa, para qué pleyto, ni por la parte, que se hacia; y es regular escriviese, segun el interese de la parte, que defendia, sin que puedan hacer, ni formar juicio verdadero; porque las Informaciones en Derecho, no perjudican á los otros Colitigantes. Pareja *de Univer. Instrum. Edict. tit.* 1. *resolut.* 3. §. 3. *num.* 154. Cardin. de Luca *de Feud. discurs.* 123. *num.* 14. ibi: *Sed paritér istud erat nimium fragilé fundamentum, non solúm quia huiusmodi assertiones Advocatorum, & Procuratorum in informationibus sunt actus extrajuditiales absque mandato principalis, addita asserendum, ideoque iuxta quotidianam receptam praxim iuridicé in nulla consideratione habentur in ratione confessionis præiudicialis*: y si eran informaciones de testigos, tenia un buen Juez: *un Frayle Francisco* para darles autoridad?

197. Con que mucho menos podrán perjudicar á los que no fueron partes entonces, ni nacieron muchos años despues: Otro testigo fue Don Francisco de Saávedra (*Memor. num.* 493.), que depone de oídas, y por cosa pública, el casamiento de la Leonor Nuñez con Juan de Paraíso, y durante éste matrimonio tuvo el Don Juan en la Leonor Nuñez á D. Rodrigo (18), y á Don Manuel (20): y la razon que dá el testigo es: *Y asi el testigo lo tenia por cierto, porque fueron legitimados, y si fueran legitimos, no havia necesidad de sacar legitimacion* (*Memor. n.* 493.), sobre cuya expresion hablarémos en el *num.* 230. *y* 291.

198. Que asimismo havia oído decir, que quando

di-

dicho Conde Don Juan tuvo los expresados dos hijos, era vivo Juan de Paraíso, y vivió muchos años; *porque nunca supo que era muerto*; y sobre ello havia havido muchas probanzas, á que se remitía: Qué probanzas fuesen estas, ni en qué pleytos, no lo dice el testigo, y segun el *Memor. num.*489. las probanzas mas antiguas, que se hallan, son estas, y no haviendo otras, ni constando, que las haya havido, tiene los mismos efectos, que sino las huviese. Escob. *de Puritat. & Nobilitat. part.*1. *quæst.*15. §. 3. *num.*39. *quæst.*6. §. 7. *ex numer.*15. ibi: *Relatio, & probatio obscura, pronihilo habetur, & suspecta præsumitur*: porque lo mismo es, no aparecer, que sino huviese sido: *Idem est non esse, ac non aparere.* Barbos. *Axiomat. Iur. Axiom.*162. *n.*4.

199. Otro testigo fue Juan de Godoy (*Memor.num.* 494.); este dice, que Juan de Paraíso era *Terciopelero*: y el Licenciado Diego de Villegas (*Memor. num.*492.) dice, que era *Bordador*; asi como estos testigos disuenan en el distintivo del oficio, es prueba de la poca certeza, ó ninguna, que en lo demás de sus dichos merecen.

200. En el pleyto que siguió el Duque Don Rodrigo (53), hizo probanza en el año de 1579 (*Memor. num.* 500.), y articuló á la pregunta veinte, el casamiento de la Leonor Nuñez, y que viviendo Juan de Paraíso su marido, tuvo por sus hijos á el Don Rodrigo (18), y D. Manuel (20).

201. Uno de estas testigos es Juan Nuñez, y entre las razones, que dá, es, por haver visto la legitimacion Real, que el Conde Don Juan impetró en favor de los dichos Don Rodrigo (18), y Don Manuel (20) sus hijos, *de lo qual se colegia el contenido de la pregunta, por lo qual lo creia, y tenia por cierto* (*Memor. num.*502.), y siendo tan contraria la inteligencia de dicha legitimacion, y sus efectos, como diremos en el num.230. y 291. queda la razon de este testigo desvanecida, y de ningun efecto, ni atencion en su crencia, y de tenerlo por cierto. *leg.*29. *tit.*16. *part.*3 ibi: *Si non que dice, que lo cré que non debe valer aquello, que testiguare.* Farinac. *de testib. quæst.*70. *num.*146. ibi: *Non esse bonam rationem testis dicentis scio, quoniam ita est.*

202. En la Tenuta que se siguió sobre el Estado de Baylén, se hizo probanza por el Duque Don Rodrigo (53) en el año de 1585, en la que articuló, que el Don Juan (7) mu-

murió sin dexar hijos legitimos de legitimo matrimonio (*Memor. num.* 503.).

203. Hernando de Villavicencio, y Bartholomé Nuñez de Villavicencio (*Memor. numer.* 506.), dán por razon de saber el contenido de la pregunta, por haver visto, y leído el Testamento de el Conde Don Juan (7), en el que declaraba por sus hijos á Don Pedro (14), Don Rodrigo (18), y Don Manuel (20), y no declarando en él cosa contraria á que fuesen hijos legitímos, se desvanece la referencia de estos testigos, para asegurar por ella, que eran ilegitimos el Don Rodrigo (18), y Don Manuel (20): *Quia referens tantum probat, quantum continet relatum.* Dom. Salgado *part.2. de Retent. cap.21. ex num.4.* Dom. Castill. *tom. 4. Controv. cap.43. num. 17.* Parej. *de Univ. Instrument. Edict. tit. 2. resolut.6. num.302. tit.7. resol.9. num.20.* Carlev. *de Iudic. tit.1. disput.2. num. 581.* Dom. Larr. *allegat. 93. num. 14.* ni para afirmar, que tenian por cierto, y creer, que al tiempo que huvo dichos tres hijos, el Conde Don Juan (7), estaba casado con Doña Leonor de Guzmán (6), y la Leonor Nuñez, con Juan de Paraíso.

204. Cuya razon, como dexamos dicho *num.201.* es ninguna, y solo un juicio temerario, que no se infiere de dicho Testamento, sino solo de la inclinacion de decir la pregunta, como se les havia influido por la parte que los presentaba; y en los que se verifica la decision del texto en la Ley 18. *C. de testib.* ibi: *Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur.* Carlev. *de Iudic. tit.2. disp. 3. num. 28.* ibi: *Esse veró expositas probationes omnes falsorum testium periculo, non tollit, quin regulæ á Doctoribus, & legibus traditæ servandæ sint in probationibus quæ item tradunt multa juditia, & conjecturas, quibus testes falsi á veris sunt discernendi ::::: id calamitati temporum atribui debet.* De cuyos testigos con justa razon se puede decir lo que de los Indios escrive el Señor Solorzano en su *Politic. lib.2. cap.28. fol.234.* vers. *En tercero lugar*, ibi: *Y depoden de ordinario en la forma que los instruyen, y persuaden.* Otalor. *de Nobilitat. part.5. princ. cap.5. n.10. in fin.*

205. Don Nuño Ponce de Leon (46), que tambien litigó, articuló á la pregunta decima quinta, que el Conde Don Juan (7) no tuvo hijo legitimo alguno: para su prueba presentó el Don Nuño veinte y cinco testigos, los quatro son

de las probanzas antecedentes; diez y siete no fueron preguntados, y los otros quatro la contextan de publico, y notorio, y de oídas á personas, de cuyos nombres no se acuerdan (*Memor. n.* 510.) *ut dix. num.* 260.

206. Don Luis Ponce de Leon (41) hizo tambien probanza, y articuló, que Don Juan (7) fue casado con Doña Beatriz de Guzmán, en lo que erró, porque se llamó *Doña Leonor* (6) (*Mem. n.* 511.): de los treinta testigos, que fueron presentados para esta probanza, los dos son examinados en las antecedentes, quatro la ignoran, y los demás ciegamente la deponen de oídas públicas, sino es dos, que expresan las personas á quien los oyeron: y de éste inadvertido asenso á la pregunta, sin advertir, el que la primera muger del Don Juan (7), fue Doña Leonor, y no Doña Beatriz, persuade el ningun conocimiento con que depusieron, y se verifica lo que dexamos dicho en el *num.* 204. *de ordinario deponen en la forma, que los instruyen, y persuaden.*

207. Don Juan Ponce de Leon (40), que litigó en dicho pleyto, hizo su probanza, repitiendo el mismo yerro, de que el Don Juan (7) (*Memor.num.* 513.) fue casado con Doña *Beatriz* de Guzmán; y los testigos, que declararon, procedieron con el mismo error (*Memor. num.* 514.).

208. En la probanza, que hizo Doña Cathalina Ponce de Leon (54), en que articuló la ilegitimidad del Don Rodrigo (18), y Don Manuel (20) (*Mem. num.* 517.) solo depusieron nuevamente tres testigos (*Mem. num.* 520. *y* 521.).

209. Don Bartholomé Davila Suazo, que intentaba succeder, como descendiente de Don Lorenzo Ponce de Leon (11), articuló á la pregunta quinta de su Interrogatorio, que el Don Juan (7) murió sin dexar hijos, ni descendientes legitimos de legitimo matrimonio: Veinte y tres testigos fueron examinados, de los quales cinco la ignoran, y los diez y ocho la contestan de oídas publicamente á sus mayores, y mas ancianos, de cuyos nombres no se acuerdan excepto dos, que los mencionan (*Mem. n.* 523.).

210. En otra probanza, que hizo el Don Rodrigo Ponce de Leon (53) en la segunda Tenuta, que se litigo, aun que no articuló, que el Don Rodrigo (18), y Don Manuel (20), eran hijos del Don Juan (7), y solo articuló, haver tenido por sus hijos bastardos á Don Pedro (14), y á Doña Ma-

ria

ria (15) (*Memor. num.*524.) ; Don Diego Godoy, testigo de dicha probanza adelantó , que los referidos eran bastardos, y adulterinos, y *y por tales fueron reputados con los demás hijos, que dicho Conde Don Juan tuvo en la Leonor Nuñez* (*Mem. num.*525.): El testigo que depone , lo que no se le pregunta, no merece fé. *Leg.*31. *tit.*16. *part.*3. Escob. *de Purit. & Nobilit. part.* 1. *quæst.* 13. §.3. *num.*74. Dom. Salg. *part.* 3. *Labyrint. cap.* 1. *num.*34. Farinac. *in Pract. tit.*2. *quæst.* 71. *num.* 1. *&* 2. ibi: *Testis deponens extra articulos nihil probat. & seqq.* y el mismo vicio padece la deposicion de Don Juan de Hinestrosa (*Memor. num.*527.) ; pues sin preguntarle cosa alguna de el Don Rodrigo (18), y Don Manuel (20), y otros hijos, de su buen agrado, los incluyó en su respuesta.

211. Y no es menor la que se advierte en decir Juan Ponce de Leon, testigo (*Mem. numer.* 528.), que para vivir con mas libertad el Conde Don Juan (7) imbió á Juan de Paraíso á las Indias, y Juan de Maya, que al tiempo de la comunicacion estaba el Juan de Paraíso en la Ciudad de Lima (*Mem. num.* 529.) ; y en lo mismo contesta otro testigo (*Mem. n.*530.).

212. Lo qual no es composible con lo que dice Juan de Godoy (*Memor. num.*494.), Lorenzo Bravo (*Memor. num.*495.), el Lic. Christoval de Medina (*Memor. num.*496), y los que se refieren (*Memor. num.* 499.), suponiendo la existencia de Juan de Paraíso en España, y que iba á vér á su muger, y ésta le socorria, y le decia que se fuese.

213. En otra probanza del año de 1623 (*Memor. num.* 537.), fue tambien testigo el dicho Diego de Godoy (*Memor. num.*540.), y en esta añadió , á la que havia hecho en el año de 1619, dice : *que tenia en su poder un instrumento de Poder otorgado por el Juan de Paraíso*, para cobrar, lo que le perteneciese de los bienes , que quedaron por muerte de la Doña Leonor Nuñez ; y luego dice , que se quedó *en poder de Juan Geronymo de Angulo* ; de que se manifiesta la poca seguridad de lo que declaraba, y la inverosimilitud, y variedad, con que depone.

214. Y es digno de reparo, que sabiendo en poder de quien paraba dicho instrumento, por la asercion de éste testigo , no se hizo diligencia de su paradero para adminicular los dichos de los testigos, dexando la probanza sin otro admi-

miniculo, ni verosimilitud, que persuadiese la fé de los testigos, como necesita el *Cap. Cum causam* 13. *de probat.* ibi: *Nec non testes famam, & quæcumque alia adminicula. Leg.* 2. *C. de testib.* ibi: *Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non suficiunt*; porque pudiendo producirse el instrumento, de solo aquietarse con el dicho del testigo, se presume calumnia, y falsedad. Carlev. *de Iudic. tit.*3. *disput.*13. *num.*5. y el testigo, que se remite á instrumento, que no aparece, no hace fé. Dom. Valenz. *cons.*83. *n.*122.

215. Es reparable, que éste testigo depuso en el año de 1619, como quéda dicho, y no se refirió á tal poder, y siendo omision tan notable, se acredita de falso, *ex cap.* 1. vers. *Uterque de crimin. fals.* ibi: *Uterque reus, & qui veritatem ocultat, & qui mendacium dixit, quia & ille prodesse non vult, & iste nocere desiderat*; y es reparable, que este testigo el año de 1619, tenia 60 años, y en el año de 23. tenia los mismos sesenta años.

216 Y para reconocer con mayor seguridad quanto dichos testigos deponen sin reflexa, ni con atencion á la verdad, se nota en el *Memor. num.* 531. que diciendo algunos testigos (*Memor. num.*528. 529. y 530.), que el Juan de Paraíso havia ido á las Indias, y estaba en el Perú, que entonces no estaba conocido; pues se descubrió muchos años despues de la muerte de el Conde Don Juan (7) (*Memor. numer.* 531.).

217. En la pregunta decima sexta de la probanza, que hizo el dicho Duque Don Rodrigo (53), articula, que la Leonor Nuñez estuvo casada con Juan de Paraíso, el que estaba vivo al tiempo, que tuvo los hijos, y que sobrevivió á su muger (*Memor. num.* 533.).

218. A cuya pregunta depusieron treinta testigos, y algunos con tan poca reflexa de atender á la verdad, afirman, que el Juan de Paraíso despues de muerta su muger Leonor Nuñez, estuvo en las Indias en la Ciudad de Lima (*Memor. num.*534.); siendo asi, que otros testigos de la misma probanza dicen, que el Don Juan (7) imbió á Juan de Paraíso á las Indias, para tratar con mas libertad á la Leonor Nuñez (*Memor. num.* 528.), luego ésta vivia. Otro testigo afirma, que al tiempo de la comunicacion estaba el Juan de Paraíso en la Ciudad de Lima (*Memor. num.*529.), y otro, que

á

á la sazon de la amistad estaba en Indias el Juan de Paraíso su marido (*Memor. num.* 530.); luego es falso lo que dicen estos, ó lo que dicen los otros, de que despues de la muerte de la dicha Leonor, havia ido á Lima el Juan de Paraíso (*Mem. num.*534. *in fin.*); es contrariedad, y singularidad obstativa, que corresponde á el predicamento, ubi Farinac. *de Testib. quæst.* 64. *num.*21. la qual no es composible. *Leg.* 117. *tit.* 18. *part.*3. ibi: *Era él tan lueñe de aquel Lugar, dó dicen, que fue fecha la Carta, que ome del mundo por ninguna manera ese dia non podria allegar en aquel lugar dó dicen, que fue fecha la Carta. L.* 32. *tit.*11. *part.*5. ibi: *Que aquel dia que dice la Carta, que fizo la promision era á tan alueñe de aquel Lugar*: por no poderse naturalmente hallar en dos lugares diversos. Roxas *de Incomp. part.*2. *cap.*1. *n.*15. por lo que no merecen fé alguna estos testigos. Farinac. *dict. quæst.* 64. *num.*88. ibi: *Túnc etiam diversitas in loco, & tempore tollit fidem testibus*; y por tanto, ni unos, ni otros merecen fé. *Leg.*41. *tit.* 16. *part.* 3. y se verifica en estos testigos, lo que dice el Señor Valenz. *cons.*92. *num.* 57. ibi: *Quod dispositiones dictorum testium sunt mera falsitas, & mendatium maquinatum pro obscurando, & maculando honore, & splendore illius nobilis viri, & suæ familiæ.*

219. En las probanzas hechas por el dicho Duque Don Rodrigo (53); algunos de los testigos se remiten á la Historia escrita por el Cardenal Mendoza, y Cronica de Salazar (*Mem. num.* 532.535. y 538.), y á Historias, y papeles antiguos, sin decir quales sean, ni qué autoridad tuviesen.

220. El Cardenal Mendoza, que refiere Moreri, haver escrito en mataria de familias, fue Don Francisco de Mendoza Bobadilla, pero advierte, que no havian salido á lúz sus obras; y aun por esta razon el Diccionario Historico abreviado, impreso en Madrid el año de 1754, no advierte, que éste Cardenal huviese dexado obras algunas: El Gerard. Ernest. de Franckenau *en su Bibliotec. Hispanic. Historic. Genealog.* pone al dicho Cardenal, y las Obras, que escribió, y dá á entender ser manuscritos, que havia visto; con que parece inverosimil, que los testigos huviesen leído estas obras, y quando las huviesen visto, no haviendose aprobado, reconocido, ni impreso, no son de atencion alguna.

221. Fue inclinacion de algunos el tener Libros, y papeles manuscritos en perjuicio de la estimacion, y cre-

dito de muchas familias, y personas, por lo que no solo no se reduxeron á la prensa, sino es, que por el Señor Don Phelipe IV. se mandó, que ninguno tuviese tales Libros, y se quemasen, por el ningun aprecio, ni fé, que merecian. *Leg.* 35. *cap.*5. *tit.*7. *lib.*1. *Recop.* ibi: *Porque muchas personas con malicia, y curiosidad natural, mas, que por conveniencia, ni otro buen efecto conservan en su poder Libros, que llaman verdes, ó del Becerro, y Registros, y Cathalogos de descendientes, fabricados sin mas autoridad, ni causa que la que les ofreció su misma inclinacion; de que ha resultado, y resultan irreparables, y injustos daños, asi de la nobleza, y limpieza, como de govierno, y quietud pública, pues solo con vér escritas en estos Libros, y Registros algunas familias, se califican por notadas, y el deponer un testigo, que las ha visto en ellos, ó oído decir, que lo estaban, basta para tropiezo, y reparo, siendo en lo ordinario lo mas cierto, que ni tienen substancia, ni saben la causa, y fundamento de su origen: mandamos, que ninguna persona, de qualquiera calidad, que sea, no pueda tener, ni tenga ningun Libro en su poder, Registro, ni Cathalogo, ni otro papel en que trate de qualquiera cosa, que pueda ser de nota en materia de limpieza de familias, ó descendencias, y que queme los que tuviere.*

222. Y dixo muy bien Escobar *de Puritat. & Nobilitat. part.*2. *quæst.* 5. *num.*2. ibi: *Ex quibus maxima, & innumerabilia orta fuerunt damna nobilibus, & claro familiarum sanguini; quia & si prædicti libelli, & Cathalogi in se nihil sint, & nihil iure probent, nihilque etiam ex nulla eorum ratione, & causa, & ex ingenti malignitate, & odio parvi pendenti veniant, tamen eficacissimi, & gravissimi existunt ex sua met operatione falsam in vulgum spargendo maculam, qua propter arcum infirmitatem, & hominum proclivitatem in malum familiæ nobiles labe obcæcantur, vel ut vera, quæ falax, & deceptoria maximé invenitur, & sunt causa falsarum testificationum, & animarum ruinæ, aliorum que damnornm:* y continua por toda la question con otros muchos fundamentos, que acreditan ésta verdad, y que aun en conciencia, no se pueden retener semejantes Libros *num.*20. *& seqq.*

223. Y esto lo advirtió el Doct. Don Juan de Torres Alarcón, Presbytero, que con bastante certidumbre dixo, como testigo en la probanza sobre el Estado de Cazares en el año de 1579 (*Memor. num.*633.), ibi: *Y porque la intencion de dicho Cardenal fue, manchar la nobleza del Reyno, con otras dili-*

gen-

gencias, y bastardias, no halló en la Casa de Arcos ninguna nota en la limpieza; y prosigue sobre la persona de Doña Francisca Ponce de Leon (27), de que hablaremos despues.

224. Y esta Critica le hace el dicho Gerhard. Ernest *num.*448. proponiendo, como no correspondiente á el dicho Cardenal Mendoza, el que huviese escrito semejante Obra, y que es supuesto su nombre, ibi: *Sunt tamén plurimi imó feré omnes Hispani Genealogi, qui non solum opusculo, huic omnem de rogare fidem annituntur, sed, & Cardinali nostro tanquam indignum, tribui debere ejus compositionem, omnibus viribus inficiantur.*

225. Se refieren asimismo dichos testigos á la Cronica de Salazar: este fue Pedro Salazar de Mendoza, de que hace mencion el dicho Gerhardi Ernesti, cuyas Obras refiere, y entre ellas, ibi: *Chronico de la Excelentisima Casa de los Ponces de Leon*, que llevamos ya citada Num. 162. y poniendo por legitimo al Don Rodrigo Ponce de Leon (18), y afirmando el casamiento de Don Juan Ponce (7), con Doña Leonor Nuñez, se manifiesta la errada referencia de estos testigos á la *Chronica de Salazar.*

§ V.

SE ACREDITA EL DESPRECIO, QUE MERECE el afirmar, que Doña Leonor Nuñez fue casada con el figurado Juan de Paraiso.

226. DExamos ya tocado los testigos, que depusieron en las probanzas; por lo que solo nos harémos cargo, en quanto al expresado particular, de estar casada la Doña Leonor Nuñez con el Juan de Paraíso, y la ninguna fé que merecen los testigos; pues basta, que uno se convenza en su falsedad, para que los demás no merezcan aprecio. Guazin. *Defens. Reor. defens.* 25. *cap.*1. *num.* 24. ibi: *Advocatus advertat, quia hujusmodi falsitatis præsumptio in uno teste inducit etiam præsumptionem in alijs.* Franc. Peñ. *Rot. Roman. Decis. tom.* 1 *decis.* 425. *n.* 4. ibi: *Quæ depositio prædictam intentionem potius destruebat.* Jason *in leg.* 2. §. *Creditum. num.* 11. *ff. si cert. petat.*

tat. Ferin. *in cap. Cum tunc num.* 9. *de testib. & elidebat etiam aliorum testium depositionem tanquám illis planè contrarius. Leg. Qui falso, ff. de testib. leg. Eos ad leg. Corn. de Fals.*

227. El Lic. Diego de Villegas, y otros testigos (*Memor. numer.* 492. 499. y 515.), dicen, que Juan de Paraíso era *Bordador*, y Juan de Godoy (*Memor. num.* 494.), dice, que era *Terciopelero*; cuyos oficios son muy distintos, y de diversa ocupacion. *Diccion. de la Leng. Castellan. liter. B.* ibi: *Bordador: la persona que tiene por oficio el labrar sobre las telas, con abuja, sedas, plata, &c.* y liter. T. ibi: *Texedor, el que texe, tomase frequentemente por el Fabricante de telas*; y lo dixo con mas claridad Don Diego Godoy, *Texedor de sedas*, (*Memor. num.* 525.).

228. Este testigo, para la existencia de Juan de Paraíso, se remite á la expresion de una Monja, la que oyó decir á un Fulano Zapata; pero lo que depone es, que el Fulano Zapata, oyó al Don Manuel Ponce de Leon (20), *qué tengo de estar alegre, que si supiera, como era, y es vivo Juan de Paraíso* (*Memor. num.* 492.), lo que no merece aprecio alguno, porque el dicho extrajudicial no perjudica á la verdad. Gutierr. *de Iurament. part.* 1. *cap.* 54. *num.* 1. y en éste hecho, ú oídas al Don Manuel no ha depuesto otro testigo; y asi quéda en los terminos de unico, y de ser una singularidad diversificativa, que nada prueba. Ces. Bargal. *de Dol. lib.* 4. *cap.* 8. *num.* 52. Dom. Gonzal. *in cap.* 10. *de testib. num.* 5. Farinac. *de Testib. quæst.* 64. *num.* 7. Gutierr. *de Iurament. dict. cap.* 54. *num.* 1. ibi: *Probata tamen per duos testes inducit semiplenam probationem.*

229. Don Francisco de Saávedra, testigo, que fue en dichas probanzas (*Memor. num.* 493.), de oídas depone, que la Leonor Nuñez estuvo casada con el Juan de Paraíso, y que quando el Conde Don Juan (7) tuvo los dos hijos, era vivo Juan de Paraíso; y aunque afirma, que Don Rodrigo (18), y Don Manuel (20), eran hijos bastardos, y que lo tenia por cierto, porque fueron legitimados, y si fueran legitimos, no havia necesidad de sacar legitimacion.

230. Esta legitimacion está manifestando el errado concepto de dicho testigo. La legitimacion fue en 20 de Septiembre de 1460, por la que consta haverse acudido al Señor Rey Don Enrique por el Don Juan Ponce de Leon

(7), haciendo relacion, que despues de fallecida Doña Leonor de Guzman (6) su primera muger, siendo soltero, se havia desposado, y velado con la Condesa Doña Leonor Nuñez (7), en la que huvo á Don Rodrigo (18), y á Don Manuel Ponce de Leon (20) sus hijos, *despues del fallecimiento de la dicha Doña Leonor de Guzmán* (*Mem num.*27.).

231. El motivo de obtener la legitimacion fue, como dice en la Impetra; *porque por algunas personas se decia á dicho tiempo, y antes la dicha Doña Leonor Nuñez havia sido, y era desposada con otro por palabras de presente* (*Memor. numer.* 27.); *por lo que suplicó á S. M. para mayor seguridad de dicho Don Juan, y del Don Rodrigo, y Don Manuel, sus hijos, y de la dicha Condesa Doña Leonor Nuñez, los legitimase, &c.*

232. Porque aunque se dice *frustra precibus impetrarent, quod á lege provissum est.* Tacit. *lib.* 3. *Annal. fol.* 138. ibi: *Né utendum imperio ubi legibus agi possit.* Escob. *de Rat. cap.*6. *nnm.*30. Dom. Valenz. *cons.* 69. *num.* 88. *&* 89. *cons.* 74. *num.*65. Noguer. *allegat.*26. *num.*217. Dom. Salgad. *part.* 1. *de Reg. cap.*2. *num.*175. para mayor seguridad, y dar mas fuerza, lustre, y estimacion, no tiene repugnancia en derecho, de que lo que se tiene de justicia se pida, como de gracia. Dom. Salgad. *part.*3. *de Reg. cap.*12. *num.*106. *cap. Quia in causis* 7. §. *Licet de Procurat.* Dom. Ganzal. *in cap.* 1. *de offic. & potestat. iudic. de legat. n.*21.

233. De lo que se infiere, que el Don Juan Ponce (7) contraxo matrimonio con Doña Leonor Nuñez con buena fé, y en la inteligencia de que uno, y otro eran solteros, y habiles para contraer matrimonio: lo primero, porque la ignorancia se presume. Garc. *de Nobilit. Glos.* 4. *numer.* 21. vers. *Et adverte.* Dom. Larr. *allegat.*11. *num.*14. Dom. Salg. *de Reg. Protect. part.*2. *cap.*2. *num.*59. *& part.*3. *cap.*10.*num.* 26. Dom. Vela *dissert.*8. *num.*30. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 6. *præsump.*23. *num.*26. Lo segundo, porque el contraer matrimonio personas casadas, fuera grave delito, el que, no es de presumir. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 5. *præsumpt.* 3. *num.* 30. Farinac. *Practic. Crimin. part.*3. *quæst.*89. *num.*2. Barbos. *cap.*2. *num.*9. *de Rescript.* Mostaz. *de Caus. Pijs tom.* 1. *lib.* 3. *cap.*2. *num.*23. versic. *Hæc Sententia*, Jul. Capon. *Dicept.tom.* 3. *dicept.*142. *n.*9.

244. Y lo tercero, porque dicho casamiento se

celebró publicamente (*Memor. num.* 21.), y fue público, y notorio, como se ha probado con muchos testigos (*Memor. numer.* 552. *& seqq.*), y se ha difinido, á que las Historias lo aseguren, y atestiguen por cierto, *ut supra num.* 162. lo que es testimonio de la verdad, y buena fé. Joann. *cap.* 18. *versic.* 20. ibi: *Ego Palám locutus sum mundo, & in occulto locutus sum nihil.* Tacit. *lib.* 3. *Annal.* ibi: *Et tot adstantium visso ipso Germanico id ausum.* Dom. Valenz. *cons.* 169. *num.* 74. ibi: *Nám lex áliquem non præsumi delinquere, si præsertim palám actum faciat.* Como al contrario, el hacer las cosas ocultas, y á escondidas, es argumento de la mala fé, y simulacion de los actos. Noguer. *allegat.* 10. *num.* 33. Alvar. Pegas *Resol. Forens. cap.* 19. *n.* 42. Ansald. de Ansal. *de Comert. & Mercat. disc.* 27. *n. fin.*

235. Y caso no concedido, que Doña Leonor Nuñez hüviese sido casada con el Juan de Paraíso (que negamos) tuvieron justo motivo para la buena fé, que se infiere de lo que dicen los testigos, en que se funda el Conde de la Coruña, afirmando la ida de Juan de Paraíso á las Indias (*Memor. n.* 528. 529. *y* 530.).

236. Y en tan dilatada ausencia, y si havian pasado muchos años, se presume la muerte. Rox. *de Incompatib. part.* 6. *cap.* 3. *n.* 20. ibi: *At veró si tempus accessit in longiquis sit, ita diuturno, ut longa absencia morti equiparatur.* Bay. *Prax. Eccles. part.* 3. *lib.* 2. *quæst.* 95. *n.* 3. *&* 4. Dom. Gonzal. *in cap. in præsentia* 19. *de Spons. & Matrimon. num.* 10. Thom. Sanch. *de Matrimon. lib.* 2. *disput.* 46. *n.* 5. Gutierr. *lib.* 2. *Pract. quæst.* 8. *num.* 3. Y con esta buena fé, contraer el matrimonio; cuya buena fé, aun la propalaron los testigos examinados en la probanza, que hízo el año de 1575 D. Rodrigo Ponce (53); pues aunque todo su empeño fue probar, que vivia Juan de Paraíso, Luis Ponce de Leon, uno de los testigos, dice, que á su Abuelo, llamado Lope Zapata, le havia dicho el Don Rodrigo: *estoy triste, porque he sabido ahora, que es vivo todavia Juan de Paraíso* (*Memor. num.* 498.): Y de la propria legitimacion, de que se vale el Conde de la Coruña, referida en el *Memor. num.* 24. y quando mereciese alguna atencion, persuade la buena fé con que procedia el Don Juan Ponce (7); pues no es presumible, que hiciese á su Magestad una relacion tan asegurada, afirmando, que la Doña Leonor Nuñez,

doncella, muger soltera, y no obligada á otro matrimonio, quando con tanta facilidad se le podia convencer de su falta de verdad.

237. De que se infiere, que aun en el supuesto, que esto fuera verdad, se ignoraba, de que fuese vivo el Juan de Paraíso; y no es nuevo el casar algunos en la buena fé de haver muerto el Conyuge, y despues aparecer vivo, lo que no destruye la buena fé de los Contrayentes. *Cap. Pervenit. & cap. Ex tenore, qui filij sint iegitim. cap.* 18. *de sponsalib. Leg.* 5. *&* 8. *tit.* 9. *part.* 4. ibi: *Que el marido tardase mucho en la Guerra de guisa, que ficiesen algunos creer á su muger, que era muerto, y se casase con otro. Leg.* 5. *tit.* 17. *part.* 7. ibi: *Por quanto ella se casó cuidando, que lo podia facer con derecho.* Dom. Larr. *decis.*8. *num.*32. Hontalv. *de Expurietat. Putat. part.* 2. §. 14. *num.* 18. y por la legitimacion de la próle obtenida, por favor del matrimonio, y por la validacion de él, se debe estar, aun quando huviese alguna duda. Gutierr. *de Matrim. cap.*63. *n.*30. *& seqq.*

238. Y por tanto, aun quando el matrimonio fuese putativo, se legitiman los hijos. Aguil. ad Roxas *de Incompat. part.*1. *cap.*4. *ex num.*26. Faxard. *de Legitimat. num.* 63. *& seqq.* Hontalv. *de Spuritat. Putat. in Appar. numer.* 11. *& part.*4. §. 2. *num.*48. *& part.* 5. *qnæst.* 11. *num.*19. *&* 20. D. Gonzal. *in cap. Cum Inter* 2. *Qui fil. sint. legitim. num.*6. ibi: *Neque interest, quod ex ipso matrimonio nati sint, verúm, & si antea, ex simplici fornicatione suscepti essent, per subsequens matrimonium putativum legitimantur.* Dom. Olea *de Ces. Iur. & Act. tit.*4. *quæst.*8. *num.* 14. ibi: *Tantaque est vis hujus matrimonij, ut non solum filij ex eó nati legitimi sint, verúm etiam illi, qui antea ex simplicitér fornicatione nati erant per subsequens matrimonium putativum legitimantur.* Gutierr. *lib.* 3. *Pract. quæst.* 74. *num.*4. Idem Dom. Gonzal. *in cap. in presentia* 19. *de Sponsal. & Matrimon. num.*10. ibi: *Prolem ex tali matrimonio susceptam legitimam esse tanquam procreatam ex matrimonio putativo cum bona fide alterius ex conjugibus celebrato.* P. Thom. Sanchez *de Matrimsnio lib.*3. *disputation.* 42. *numer.* 2. *& disputation.* 44. *n.* 2. *circa fin.* Noguer. *allegat.* 23. *numer.* 126. *& seqq.* Cuya fuerza, y eficacia comprehendió, é hizole legitimos á los expresados Don Rodrigo (18), y Don Manuel (20), nacidos, quando el Don Juan Ponce de Leon (7) estaba Soltero, y libre

bre para poder contraer matrimonio. El Señor Castill. *tom. 2. Controv. cap. 11. num.* 42. parece, que quiso disentir de esta opinion, recibida de los Autores ; á que respondió Noguerol, *allegat.* 24. *num.* 80. *&* 81. ibi : *Quinto allegatur* Castill. *lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 42. *Qui de hac quæstione non agit, sed de filio nato ex matrimonio putativo inter parentes contracto, an succedat in Maioratu vocante filios natos ex vero matrimonio : & quamvis in hoc casu teneat contra filium, nullam doctrinam allegat, & solum ex capite loquitur, & absque fundamento.*

239. La expresion de los testigos nos dió motivo á ésta digresion, y continuando las deposiciones de dichos testigos ; el Juan Godoy (*Memor. numer.* 494.), del que ya tenemos notado, haver dicho, que Juan de Paraíso era terciopelero ; y lo demas lo depone de oídas, remitiendose á Escrituras, é informaciones, que no se sabe, qual sean, por lo que es lo mismo, que sino las huviese, *ut dixim. num.* 198. y lo mismo el testigo; que se sigue (*Mem. n.* 495.).

240. El Lic. Christoval de Medina, dice, que havia visto las probanzas, que se hicieron en el pleyto de Don Manuel (20), y el Duque Don Rodrigo (35) : y las probanzas mas antiguas, que se hallan en éste pleyto, son las practicadas en el año de 1575, quando ya havia fallecido el Don Manuel Ponce de Leon (20), y litigaba Don Rodrigo Ponce (47), su segundo nieto, y Don Rodrigo Ponce de Leon (53), nieto del Don Rodrigo Ponce (35); por lo que este testigo está convencido de error, y falta de verdad.

241. Don Bartholomé Nuñez de Villavicencio, testigo, que fue en una de las probanzas (*Memor. num.* 504.), lo debemos considerar interesado en el articulo, porque dice, que era viznieto de Don Lope Ponce de Leon (11), y como pretendian, ó pensaban ser succesores en el Estado de Arcos, y por tanto litigó Don Bartholomé Davila Suazo, como descendiente de dicho Don Lope (11) (*Memor. num.* 523.), procuraban apartar la linea de Don Rodrigo Ponce (18); pero ésta idéa se les desvaneció, porque nunca el Don Bartholomé Davila pudo probar tal descendencia de el Don Lope (11).

242. Para mas exforzar el Don Diego Fernandez de Cordova (52) su pretension, pidió, que el Duque Don Rodrigo (53) jurase posiciones, que una de ellas fue, que el

Con-

Conde Don Juan (7), fue casado legitimamente con Doña Leonor de Guzmán (6), en quien no tuvo hijo, y durante este matrimonio tuvo en Doña Leonor Nuñez por sus hijos adulterinos, y bastardos á Don Pedro (14), Don Rodrigo (18), y Don Manuel (20) (*Memor. num.* 544.).

243. El Don Rodrigo (53) la confesó, omitiendo el decir, que durante el matrimonio con Doña Leonor de Guzmán (6) tuvo dichos hijos, y afirma, fueron havidos en Leonor Nuñez, siendo casada con Juan de Paraíso.

244. Esta declaracion del Don Rodrigo (53), no puede, ni debe perjudicar á los descendientes, é interesados en la succesion, Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 10. Dom. Valenz. *cons.* 90. *num.* 89. 106. 164. y 169. y es expresa disposicion de la Ley 35. *tit.* 7. *lib.* 1. *Recop. cap.* 6. ibi: *Se entiende, que algunas personas, que fueron llamadas á ellos, preguntados de sí mismo, y de su calidad, confesaron algunas cosas, que no fueron ciertas, ni tuvieron causa, ni razon para ello, y estas tales confesiones han perjudicado á sus descendientes, siendo asi, que si se probase lo contrario de lo que contienen, no pueden perjudicar, porque la verdad no se muda por sola la voluntad: mandamos, que si las dichas confesiones no estuvieren ayudadas de algun otro adminiculo, de que se pueda inducir, que no está la materia en solo terminos de confesion, no basten á impedir la nobleza, y limpieza, sino que se proceda á calificarla, como sino las huviese, y segun lo que resultare, sea la determinacion, regulando esto, conforme á derecho.* Escobar *de Purit. & Nobilit. part.* 2. *quæst.* 6. §. 2. *num.* 5. ibi: *Confirmatur, nám qui ex legitimis est natus nuptijs, non potest sua confessione spurius efici, quia neutrum voluntate, & consensu. Et num.* 29. *& seqq. &* §. 4. *ex num.* 2. *Leg. Filium* 6. *ff. de his, qui sunt sui, vel alien. iur. Leg. Suspecta* 29. §. 1. *ff. de in oficios. testam. leg.* 3. *in princ. ff. de liber. agnosc.*

245. En aquel pleyto dirigió su defensa el Don Rodrigo (53), porque pareceria á sus Defensores camino mas separado de alguna controversia, como descendiente de Don Luis Ponce de Leon (12), y á este fin se dirigió la Alegacion en Derecho, escrita por el Licenciado Juan de Herrera Pareja, su Abogado, que solo consta de una exhibicion extrajudicial, sin mandato judicial, ni citacion de la parte, y redarguido, y no comprobado (*Mem. num.* 550.), por lo que no puede servir de apoyo alguno, *ex dict. supr. num.* 196.

§ VI.

MEDIOS, POR LOS QUE SE PERSUADE LA legitimidad del D. Rodrigo Ponce (18).

246. PAra exclusion de todo lo intentado por el Conde de la Coruña, en asunto de negar el matrimonio del Conde Don Juan (7) con Doña Leonor Nuñez, y la legitimidad del Don Rodrigo Ponce de Leon (18), y por el Señor Duque persuadir lo cierto de dicho matrimonio, y la legitimidad del Don Rodrigo, no solo se vale de los medios, que dexamos expuesto, probanzas, que se han hecho en los pleytos, y demás medios, que aseguran la verdad, de que Don Rodrigo Ponce (18) fue hijo legitimo de Don Juan Ponce (7).

247. Era suficiente el que el Señor Rey Don Enrique, en la Real Cedula, ó Privilegio de 20 de Enero de 1461, titule á el Don Rodrigo Ponce de Leon (18) *hijo primogenito* (*Mem. n.*117.).

248. La asercion del Principe prueba plenamente Clement. 1. *de Probation.* Menoch. *de Præsumpt. lib.* 6. *præs.* 91. *num.*24. *& ex dict. num.*189. y el afirmar, que Don Rodrigo (18) era el primogenito del Don Juan Ponce de Leon (7) es asegurar su legitimidad, y succesion del Don Rodrigo, y sus succesores. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 3. Dom. Olea *de Ces Iur. & Act. tit.* 3. *quæst.*3. *n.* 4. Dom. RoxasAlmans. *de Incompat. & Repugn. Possidend. Plur. Maior. disput.*2. *quæst.*10. *n.*39. vers. *Ex quo.* Rox. *de Incomp. part.*1. *cap.*6. *n.*159. *&* 160.

249. De todo lo qual quéda verificado, que el D. Rodrigo Ponce de Leon (18), fue el primogenito, y succesor legitimo de Don Juan Ponce de Leon (7), y asi lo han estimado inconcusamente en el aprecio de los Historiadores, que dexamos citados, y como cosa notoria lo dice el Padre Jayme Bled. *Histor. de la Restaurac. de Españ. cap.*45. ibi : *Supoesto D. Rodrigo Ponce de Leon, Valeroso Cavallero primogenito del Conde de Arcos*; con cuyo Testimonio no discurrimos el fundamento con que el Conde de la Coruña alegue, que lo contrario consta por las Historias (*Memor. n.*607.).

Por

250. Por lo que no se puede controvertir el ningun aprecio, fé, ni atencion, que merecen los testigos reproducidos por el Conde, desvanecidos por las verosimiles, y veridicas probanzas hechas en los varios pleytos, que se han seguido, y se refieren en el *Memorial*, desde el Num. 553. en las que plenamente se prueba el casamiento de la Doña Leonor Nuñez con el Conde Don Juan (7), y la legitimidad del Don Rodrigo (18), las que son mas dignas de atencion, y desvanecen quanto se ha querido fomentar en contrario.

251. Lo primero, porque para el aprecio de las probanzas no se ha de atender al mayor numero de testigos, sino es á los que se acercan mas á la verdad. *Leg.* 40. *tit.* 16. *part.*3. ibi: *Entonce debe catar el Judgador, é creer los dichos de aquellos testigos, que entendiere, que dicen la verdad, ó que se acercan mas á ella*, y en la materia presente se aprecia, y vence el menor numero de testigos contra el mayor. Dom. Lar. *de Annivers. lib.*2. *cap.*4. *num.* 58. ibi: *Sed nihilhominus Hispaniæ praxis contrarium observat in omnibus statutis puritatis sanguinis, nam adhibetur maior fides minori numero testium, & repellitur prætendens admiti, de quo nemo est, qui dubitet, & né obstent iura contraria multiplicitér potest responderi.* Dom. Valenz. *cons.*90. *num.* 51. *& seqq.* Dom. Paz *de Tenut. cap.*32. *n.*74. Noguel. *allegat.* 24. *num.*122. Carlev. *de Iudic. tit.*2. *disp.* 3. *num.* 19. y 20.

252. Lo segundo, porque la causa de nobleza, ingenuidad, y libertad se equipáran. Dom. Covarr. *Pract. cap.* 18. *num.*6. Dom. Paz *de Tenut. cap.* 32. *num.* 73. y para las causas de ésta gravedad no bastan testigos solos, sin legitimos adminiculos, é intrumentos, que hagan verosimilmente próbables sus deposiciones. *Leg.* 2. *C. de test.* ibi: *Si tibi controversia ingenuitatis fiat: defende causam tuam instrumentis, & argumentis quibus potest: soli enim testes ad ingenuitatis probationem non suficiunt.* Barbos. *in dict. leg. numer.* 2. ibi: *Testes soli non probant*: por lo que hallandose las deposiciones de los testigos, que deponen la legitimidad de Don Rodrigo Ponce de Leon (18), adminiculadas con instrumentos, y otros médios, que las hacen tan verosimiles, y dignas de aprecio, es preciso venzan las deposiciones de testigos tan contrarios entre sí, y destituidos de todo legitimo apoyo. Razon, porque para probar la nobleza, requiere la Ley 8. *tit.* 11. *lib.*2. *Recop.* no solo los dichos de los testigos, sino es que con-

concurran otros adminiculos, y calidades, ibi : *Por disposiciones bastantes, segun, y con los adminiculos, y calidades, que lo disponen los derechos.* Y la 27. dict. tit. manda, que el Letrado á quien se cometiere la probanza, *haga buscar, y busque con toda diligencia los Padrones antiguoe, que por ellos mejor se sepa, y averigue, &c.* y como *contrariorum eadem est disciplina* Barbos. *Axiom. iur. Axiom.* 58. *n.* 11. el que pretende justificar lo contrario de la limpieza, y legitimidad, no solo debe valerse de testigos, sino es de instrumentos, y otros adminiculos, que corroboren, y acrediten las deposiciones de los testigos, lo que no ha hecho el Conde de la Coruña, ni los que se han valido de igual pretesto, y sí al contrario se ha hecho por el Señor Duque, y los que han fundado la legitimidad del Don Rodrigo Ponce de Leon (18).

253. Lo tercero, porque tratandose de la legitimidad, es preciso venza, aun en igualdad de prueba, el que se halla en posesion, como se halla la linea del Señor Duque de Arcos por tantos años (y confesada por el Conde de la Coruña en el mismo hecho de poner la Demanda. Rox. *de Incompat. part.* 5. *cap.* 5. *n.* 25.). *Leg. Circa* 14. §. 1. *ff. de probat.* ibi: *Et si quidem in possessionem libertinitatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere, docereque, se ingenuum esse. Sin vero in possessione ingenuitatis sit, & libertinus esse dicatur* : (*scilicet eius, qui ei controversiam movet*) *hoc probare debet* ; con cuya decision conviene la Ley 5. *tit.* 14. *part.* 3. Dom. Cresp. *observat.* 23. *n.* 37. y el Cap. *Inter dilectos de fide instrum.*

254. Lo quarto ; porque aquellos testigos se acercan mas á la verdad, que deponen con mas verosimilitud. *Leg. Ob carmen,* §. *si testes, ff. de testib. caus.* 4. *quæst.* 3. *cap. Si testes* 3. Y no hay duda, que es mas verosimil, y separado de todo delito, culpa, y mala fé, el creer, que una persona de las circunstancias del Conde Don Juan (7), que hallandose libre del matrimonio contraído con Doña Leonor de Guzmán (6). su primera muger, solicitase, y efectuaría el casamiento con Doña Leonor Nuñez, para cumplir con Dios, y con el mundo.

255. Lo quinto ; porque los hijos siempre se presumen legitimos, ó naturales, y no espurios, ni adulterinos, y á quien asiste la presumpcion de derecho, debe obtener, mientras no se pruebe manifiestamente lo contrario, como diximos *supr. n.* 177.

Lo

256. Lo sexto: porque como dice la Ley 4. *C. de testib.* ibi: *Sola testatione prolata, nec alijs legitimis adminiculis causam aprobatam, nullius esse momenti, certum est*, y aunque algunos Autores la entienden de *sola testatione*, sin dar razon de sus dichos. Barbos. *in dict. leg. num.* 6. tambien tiene lugar para que los testigos, que se hallan adminiculados con otros documentos sean mas dignos de fé, que los que solo se quedan en los terminos de deposiciones de testigos. Carlev. *de Iudic. tit.* 2. *disp.* 3. *num.* 28. ibi: *Regulæ á Doctoribus, & legibus traditæ, servandæ sunt in probationibus, quæ item tradunt multa iudicia, & coniecturas, quibus testes falsi, á veris sunt discernendi.*

257. Los testigos, que deponen la legitimidad del Don Rodrigo (18), y casamiento del Conde Don Juan (7), con Doña Leonor Nuñez, se hallan adminiculados con la Real Facultad, que obtuvo el Don Juan, en que confiesa el casamiento, y legitimidad (*Mem. num.* 27.): El Testamento del Conde Don Juan (7) (*Memor. num.* 30.): El asiento de los Libros del Convento de San Geronymo (*Memor. num.* 588. *y sigg.*), y tan repetidas Historias, como dexamos tocado desde el Num. 178. y asi es al que asiste la verosimilitud, y lúz de la verdad, *dict. leg. Ob carmen*, §. 3. *ff. de testib.* ibi: *Quibus potius lux veritatis adsistit*, y los testigos examinados en contra, no tienen adminiculo alguno, que corrobore su fé, antes sí muchas contrariedades, é inverosimilitudes, que quedan tocadas, y deponen de oídas, y fama, que es tan despreciable, como dice el Señor Valenz. *cons.* 90. *numer.* 181. ibi: *Nám quando constat, á quo processit, non plus operari, quam depositio illius potest operari.* Et num. 82. ibi: *Non est res magis fragilis, & perniciosa quam fama, quia ut ait Nicetas Choniates in annalibus, lib.* 2. *de gestis Alexij Comneni. Fama sæpé veritatem opprimit, neque certi quicquam afert.* Et num. 185. ibi: *Esse sermonem sine ullo certo auctore dispersum, cui malignitas dedit initium, & credulitas in crementum ex falsa inimicorum vulgantium fraude.*

258. Lo septimo, porque al Reo demandado le basta para obtener, ofuscar la prueba del actor. *Leg.* 40. *tit.* 16. *part.* 3. ibi: *Entonce decimos, que debe el Jubgador dar por quito al Demandado de la Demanda, que le facen, é non deben empezer los testigos, que fueron aduchos contra él.* Cardinal. de Luc. *de Testament. discurs.* 6. *n.* 15. *de decim. discurs.* 13. *n.* 6. *de Locat. &*

Conduct. discur. 10. *n.*4. ibi: *Cum reo suficiat reddere dubias, & obscuras probationes actoris, ut vincat.* Dom. Valenz. *cons.* 18. *n.* 90. *& cons.*26. *n.*41. porque como dixo Alvar. Pegas *de Maioratib. tom.*2. *cap.*9. *n.*17. vers. *Res adeo*, ibi: *O felix reorum, & possidentium beatitudo! O beata eorum felicitas, vincunt sine armas, sine copijs, & sine labore*; por lo que contra el que posee no se admiten, ni aprecian testigos de oídas. Mier. *de Maioratib. part.*4. *cap.* 20. *n.*339. porque han de ser las pruebas concluyentes, y plenas, bastando para su defensa *el possideo quia possideo. Leg. Cogi, C. de petition. hæredit.*Dom.Solorz. *de Iur. Indiar. tot.*2. *lib.* 2. *cap.* 28. *n.* 37. Parej. *de Univ. Instrum. Edict. tit.* 5. *resol.*7. *ex n.*1.

259. Lo octavo; porque los testigos, de que se vale el Conde de la Coruña, y que hemos hecho mencion, se fundan en unas oídas, que nunca pueden constituir fama, para que subministrase alguna presumpcion, como dice el *cap.* 27. *de Testib.* ibi: *Et præsumptionem violentam, fama consentiens, subministret*, y nunca pudiera ponerse en los terminos de fama, porque ésta debe ser uniforme, y sin contradicion alguna. Escobar *de Purit. & Nobilit. part*1. *quæst.* 10. §. 2. *n.* 3. Noguer. *allegat.*12. *n.*178. *& allegat.* 24. *n.* 121. Farinac. *in Prax. tóm.*1. *quæst.*47. *ex n.*207. Lo que no sucede en éste caso, por haver tantos testigos, que deponen la legitimidad del Don Rodrigo (18), y la verdad del casamiento del Conde Don Juan (7), y como regularmente somos inclinados al mal juicio, vienen siempre vestidas estas noticias de mucha aprehension, y falsedad. Tacit. *lib.* 3. *Annal.* ibi: *Ut mos famæ in maius credita, & lib.* 4. *Historiar.* ibi: *Veraque, & falsa more famæ in maius innotuere.*

260. Por tanto es grande la diferencia entre la fama, y la vóz pública; esta es de ningun efecto. Carlev. *de Iudic. tit.*2. *disp.*3. *n.*11. ibi: *Vanæ voce populi non sunt audiendæ.* Noguer. *allegat.*23. *n.* 96. ibi: *Et omnes testes de auditu vago deponunt, & Authores, vel rationem suarum depositionum non asignant, nec etiam de fama faciunt mentionem, sed quod ita publicé audierunt.* Dom. Castill. *de Tert. cap.*27. *n.*13. que es como deponen los testigos de las probanzas, y no de la inconcusa, invariable, y uniforme fama, que pudiera servir de algun indicio. Dom. Vela *dissert.*38. *n.*46. ibi: *Ubi etiam in civilibus famam neque semiplenam inducit probationem, & ut sup. n.*259.

Lo

261. Lo nono: porque de todos los testigos examinados en los referidos pleytos, que se han seguido (*Memor. num.* 489. *& seqq.*), se deben excluir los examinados en el pleyto sobre el Estado de Casares, como reprobados por la Sentencia, y como que obró cosa juzgada, se declaró no deber el Señor Duque responder en quanto á dicho Estado, y Mayorazgo de Casares (*Memor. num.* 275.). *Argum. cap. Subortа* 21. *de Sentenc. & re iudic.* ibi: *Fuit in Iudicio præsentatum, & ipse tullit Sententiam contra illud, intelligitur reprobasse*: y hablando de testigos es doctrina del Señor Gonzal. *in dict. cap. n.* 4. Dom. Valenz. *cons.* 90. *n.* 139. 143. *& cons.* 92. *n.* 38. y excluidos estos testigos por la cosa juzgada de Tribunal Superior (*Memor. num.* 116.), es argumento, que persuade el ningun aprecio, que merecen los demás examinados, *ex leg. Filius emancipatus* 14. *ff. ad leg. Corn. de Fals.* ibi: *Sic enim inveni Senatum censuisse.* Dom. Valenzuel. *cons.* 40. *n.* 55. ibi: *Sententia Senutus Regi habetur pro lege, & præstat exemplum, quod sequantur, qui postea iudicaturi sunt*: Con que despreciada la prueba en aquel pleyto, es clara demostracion de el ningun aprecio, que los Sres. que determinaron dicho pleyto, hicieron de sus deposiciones.

262. Y ultimamente asegura éste derecho la observancia, y posesion de tantos años, desde que murió D. Juan Ponce de Leon (7), que há tres Siglos, siempre ha estado la linea de Don Rodrigo (18) en la posesion de los Estados de Arcos, y demás que le pertenecen, sin que en tan repetidos pleytos, é instancias haya tenido lugar el que se aprecien las pretensiones, con que han fatigado los Tribunales los llamados descendientes de Don Pedro Ponce (14). Gratian. *Discept. Forens. cap.* 577. *num.* 34. *Leg.* 37. *de Legib. leg.* 17. *C. de iudic. leg.* 6. *tit.* 2. *part.* 1. Gutierr. *lib.* 3. *Pract. quæst.* 16. *numer.* 76. *& seqq.* Dom. Castill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 93. §. 7. *numer.* 2. 4. *& seqq.* Dom. Valenz. *cons.* 88. *num.* 52. Dom. Larr. *allegat.* 92. *num.* 1. Dom. Vela *dissert.* 20. *n.* 21. *&* 34. Escobar *de Purit. & Nobil. part.* 2. *quæst.* 9. §. 3. *n.* 89. *&* 90.

QUE

§ VII.

QUE DON RODRIGO PONCE DE LEON (18) *fundò Mayorazgo en virtud de Real Facultad à favor de Don Rodrigo* (35).

263. HAviendo Don Rodrigo Ponce de Leon (18), como hijo legitimo de Don Juan Ponce (7), succedido en los Mayorazgos de su Padre, Abuelo, y segundo Abuelo, y estando en la quieta, y pacifica posesion de ellos, por no haver tenido hijos en Doña Beatriz Pacheco su muger, y sí una hija natural Doña Francisca Ponce de Leon (27), y otras sus hijas, ocurrió en 29 de Junio de 1476 á los Señores Reyes Catholicos, haciendo relacion de poseer las Ciudades de Cadiz, Arcos, &c. que queria repartir, y dexar á la Doña Francisca, y otras sus hijas, nietos, ó nietas, los que tenia, ó tuviera; y pidió se le concediese licencia para ello, y para acrecentar, disminuir, ó separar del dicho *Mayorazgo* á su voluntad, &c. la que se le concedió con las mayores amplitudes, y firmezas (*Mem. n*43.).

264. A pedimento del Conde de la Coruña se nota (*Memor. n.*44.). De que no se hizo mencion para obtener dicha Real Facultad, que la Doña Francisca (27), y sus hermanas eran illegitimos: Dicha nota tiene respecto á arguir en la Impetra de dicha Real Facultad, el que obtuvo el vicio de no expresarse particular, que podia hacer dificil la concesion.

265. Dos son los vicios, que se pueden oponer á la execucion de los Rescriptos, el uno de obrepcion, que es decir cosa incierta, que haga mas facil la gracia; y el otro, el de subrepcion, que es no expresar circunstancia, que hiciera mas dificultosa la merced. *Cap.*8. *&* 20. *de Rescript.* Dom. Gonz. *in dict. cap.*8. *n.* 9. *& in dict. cap.* 20. *ex num.* 2. Cæs. Bargal. *de Dol. lib.*3. *cap.*15. *n.*6.

266. El no haver dicho si la Doña Francisca, y sus hermanas eran illegitimas, no fue ocultar circunstancia, que hiciera mas dificil la gracia; porque si los Señores Reyes Catholicos con esta omision conceptuáran, que eran legitimas, era mas dificultoso, el que el Padre les pudiese privar de la

suc-

succesion de los Mayorazgos; con que tanto dista, que omitiese circunstancia, que dificultase la Real Facultad, que pedia, quanto si huviera dicho, que eran illegitimas, era mas facil asentir los Señores Reyes Cotholicos, á que el Don Rodrigo (18) pudiese disponer de sus bienes, quando de rigor de derecho no tenia obligacion de instituir, ni llamar á los hijos naturales. *Leg.* 8. *tit.* 13. *part.* 6. Gomez *in leg.* 9. *Taur. ex num.* 4.

267 Prosigue la nota, que no se hizo expecifica mencion de las facultades, y fundaciones anteriores, ni por consiguiente derogacion especial de alguna de ellas, ni tampoco se hizo particular derogacion de algunas Leyes, &c. (*Memor. num.* 44.).

268. Angos *de Subsid. & Excusat. observat.* 3. *num.* 3. haciendose cargo de éste argumento contra la Bulla de Pio IV. en la concesion de dichas gracias; por no haverse hecho especifica mencion de los Privilegios concedidos á las Religiones de Cartuja, Cisterciense, y otras, responde, que están derogados por la Clausula *non obstantibus quibuscumque contrarijs*; cuya fuerza, y potestad es, *ut deroget omnibus Privilegijs, & statutis, etiam iuramento Vallatis, & Apostolica Sede confirmatis, & uno verbo dicam tollit hæc Clausula omnia, quæ gratiæ opponi possunt, tam in genere, quam in specie.* Dom. Gonzal. *in cap. Nupér* 34. *de Decim. num* 4. Dom. Rox. Almans. *de Incompat. Maiorat. disp.* 2. *quæst.* 3. *n.* 3. vers. *Observato.* Fr. Pedr. ab Angelij. *Speculum Privilegiorum sect.* 4. *disp.* 4. *n.* 3.

269. Tiene dicha Real Facultad la derogacion de qualesquiera *Clausulas, Vinculos de Mayorazgos, como por otros qualquiera derechos, y acciones, que decir, y alegar pueden, ó por qualesquiera Cartas, Mercedes, y Privilegios*, y con la Clausula irritante, ibi: *Por la presente, de proprio motu, é cierta ciencia, é poderio Real absoluto, revocaban, anulaban, y daban por de ningun valor, ni efecto, &c.* Angos *in dict. num.* 3. ibi: *Quin possit opponi defectus intentionis Papæ cum eadem Bulla habeat Clausulam Decreti irritantis, qua stante in supra dicta Privilegiorum derogatione, defectus intentionis opponi nequit*: por lo que con acierto se pidió por parte del Señor Duque se pusiese la nota del numer. 45. de que se comprehende en dicha Real Cedula la derogacion *de qualesquiera Cartas, Mercedes, y Privilegios dados, y otorgados á los Antecesores de Don Rodrigo* (18), *y á Don*

Juan su Padre (7), *en razon de el Mayorazgo.*

270. La nota, que se puso al fin del Num.47. de el Memorial á Pedimento del Conde de la Coruña, de que no contenia la dicha Real Cedula la mencion de perjuicio de tercero, es un reparo, que consiste en las voces: La Real Cedula dice: *No embargante qualquiera accion, ó titulo, ó otra qualquier cosa, que qualquiera de los hermanos, sobrinos, y otros parientes de dicho Don Rodrigo* (18), *tengan, ó puedan tener, &c.* (*Mem. num.* 43.), en lo qual es consiguiente, y conexo el perjuicio de tercero, ó de aquellos que pudieran tener, ó pretender algun derecho á dichos bienes. Dom. Salgad. *de Reg. part.*3. *cap.*2. *n.*31. Dom. Castill. *de Tert. cap.*36. *n.* 46. Cardin. de Luc. *de Decim. disc.*11. *n.* 12. *&* 13.

271. En cuyas voces está comprehendida la voluntad del Principe, que es, el que tenga efecto su merced, y gracia, sin que se pueda, ni deba poner en controversia, ni disputa su potestad, *ex leg.* 34. *tit.*18. *part.* 3. Dom. Gonzal. *in cap. Si quando* 5. *de Rescrip. num.* 4. *& in cap. Super eo.* 15. *de offic. & potest. Iudic. Delegat. in fin.* Tacit. *lib.* 6. *Ann.* ibi: *Tibi summum rerum iudicium dij dedere; nobis obsequij gloria relicta est; quia disputari de principali iudicio non oportet. Ex leg.* 3. *C. de Crimin. Sacrileg. Leg.* 5. *C. de divers. Rescriptis.* Antun. *de Donation. lib.*2. *cap.*16. *n.*49. ibi: *Tunc quia de potestate Principis dubitare est ad instar sacrilegij.*

272. Usando de ésta Facultad el Don Rodriga Ponce de Leon (18), otorgó su Testamento en 15 de Agosto de 1492, y dispuso, que Don Rodrigo Ponce de Leon (35), su nieto, hijo de la dicha Doña Francisca, y de Don Luis Ponce de Leon su marido (27, y 28), succediese en el Mayorazgo, y en las Ciudades, Villas, y Lugares, &c. para que despues de sus dias fuesen de el dicho Don Rodrigo (37): y prosigue expresando los bienes (*Memor. num.* 49.).

273. Refiere los tres Mayorazgos, que estaban fechos, y todo quiere, lo hayan por un Mayorazgo el Don Rodrigo (35), y sus descendientes (*Memor. num.* 50.). Justo fundamento, que tuvo el Don Rodrigo Ponce de Leon (53) para defenderse en el pleyto, que le intentó poner Doña Maria Ponce de Leon (32), sobre que recayó la transaccion, que se aprobó por Real Facultad (*Mem. n.* 54. *y sigg.*), como se aprobó la hecha con Don Juan Ponce de Leon (25) (*Memor.*

mor. n.66. y sigg.), y en los repetidos pleytos, que se han seguido, siempre la linea de Don Rodrigo Ponce de Leon(53) ha mantenido, y continuado en la quieta, y pacifica posesion, y por consiguiente hasta el Sr. Duque, como alegó (*Memor. n.892. y 893.*).

§ VIII.

DON RODRIGO PONCE (18), TUVO POR SU hija natural, y con el aprecio de legitima à Doña Francisca Ponce (27).

274. DOn Rodrigo Ponce de Leon (18) tuvo por su hija natural, siendo soltero, en Inés de la Fuente (19), á Doña Francisca Ponce de Leon (27), cuya naturaleza se ha querido poner en controversia.

275. En todos tiempos ha sido el mas poderoso médio de la prueba de la naturaleza el reconocimiento de el Padre, y asi la Ley del Fuero dispone, que quien *quisiere recibir por su fijo, fijo, que haya en muger, que no sea de bendicion, recibalo ante el Rey, ó ante hombres buenos, y diga en tal manera: este es mi fijo, que de tal muger (nombrela), é de aqui adelante quiero, que sepades, que es mi fijo, é que lo recibo por fijo. Leg.7. tit.22.lib. 4. For. Leg.* que refiere el Aguil. ad Rox. *de Incompatib. part. 2. cap.4. num.31.* y Garc. *de Nobilit. Glos.20. num.35.* y es tan poderosa, como dice la Ley *4. tit.15. partit.4.* ibi: *E si caben su ruego, é los legitiman, son dende adelante legitimos, é han todas las honras, é los proes, que han los fijos, que nacen de casamiento derecho. Et leg.5. ead. part. & tit.* ibi: *E dixese publicamente ante todos; este es mi fijo, que hé de tal muger, &c.*

276. Dom. Covarr. *part.2. de Matrim. cap.8. §.7. num.1.* ibi: *Primum equidem filius naturalis legitimus eficitur ex eo, quod pater eum proprium filium esse fateatur in instrumento publico, Testamento, Scriptura vé privata trium virorum fidedignorum Testimonis scripta.* Et ibi Orteg. *ex num.1.*

277. Cumplió Don Rodrigo Ponce de Leon (18) con éste preciso requisito, para que se tuviese á la Doña Francisca Ponce de Leon (27) por su hija legitima, y gozase como tal de la nobleza, honores, y honras debidas á su calidad,

dad, *ex leg.*20. *tit.*11. *lib.*2. *Recop.* Aguil. ad Rox. *de Incompat. part.*1. *cap.*6. *n.*74.

278. En 26 de Abril de 1479, ocurrió á su Magestad haciendo relacion, que siendo soltero, y no obligado á orden, ni otro matrimonio, huvo en Inés de Fuentes, siendo ella soltera, y no obligada á matrimonio, á Doña Francisca Ponce (27), y pidió á su Magestad la legitimase, como lo hizo (*Memor. num.*47. y 623). : Cuyo reconocimiento ha sido siempre el poderosisimo médio de justificar la filiacion natural, que repitió la Ley 11. de Toro *Hodie leg.* 9. *tit.* 8. *lib.*5. *Recopil.* el que aunque no sea expreso, y claro, basta, que por otros médios, y expresiones del Padre se verifique, y justifique. Aguil. ad Roxas *de Incompatib. part.*2. *cap.*4. *á num.* 32. Alvar. Peg. *de Maioratib. tom.*2. *cap.*9. *ex num.*445. Dom. Castill. *tom.*5. *Controv. cap.*104. *ex n.*1.

279. Las Leyes de la Partida citadas, y la 7. *eod. tit.*15. *part.* 4. para la legitimacion, no piden mas requisito, que la Impetra, y reconocimiento del Padre, sin otra derogacion de Leyes, ni perjuicio de tercero, segun la nota, que se puso por el Conde de la Coruña (*Memor. num.* 47.); porque por el mismo hecho de la legitimacion quéda habil para todos los efectos de legitima. Alvar. Peg. *de Maioratib. tom.* 2. *cap.*20. *num.*160. *&* 164. ibi : *Ubi quod etiam admititur in Maioratu dignitatis ex quo nobilitate parentis congaudet nec iam in dubio revocari debet.*

280. Quedando la Doña Francisca por el casamiento con Don Luis Ponce de Leon (28), varon de la familia de los Ponces de Leon, legitima para todos los efectos, y derechos de la succesion. *Leg.*3. §. *Fin. C. de natur. liber.* Roxas *de Incompat. part.*1. *cap.* 6. *num.*105. ibi : *Per Sacramentum matrimonij cum viro legitimo, & naturali, omnis macula purgatur, & eficitur legitima, ac successionis capax.* Mier. *de Maioratib. part.*1. *quæst.* 2. *num.*132. ibi : *Notat, quod capacitas viri extenditur ad uxorem ; ubi si mulier naturalis sit nupta viro legitimo, & naturali, ipsa etiam propter qualitatem mariti eficitur legitima* Dom. Amay. *in leg. Fin. C. de in col. num.*8. ibi : *Item etiam si mulier sit illegitima, & viro legitimo nubat, legitima censebitur.*

281. Es suficiente esta doctrina, para que por la persona de Doña Francisca (27), ya fuese, ó no fuese natural hija de Don Rodrigo Ponce de Leon (18), se haya deri-

va-

vado la succesion en el Señor Duque: no obstante nos haremos cargo de lo que contra la naturaleza de la dichaDa. Francisca (27) se ha expuesto, y reproduce elConde de laCoruña.

282. En el año de 1579, en el pleyto sobre el Estado de Casares se hizo probanza por Don Rodrigo Ponce de Leon (53), en la que articuló, que la Doña Francisca Ponce de Leon (27) fue hija natural del Don Rodrigo Ponce de Leon (18) (*Memor. num.*628.), la que depusieron 18 testigos (*Memor. num.*629.): y en las probanzas sobre la Tenuta del Estado de Baylén, se probó asimismo con 30 testigos (*Memor. num.* 637.), dando algunos testigos especiales razones de la verdad de lo articulado; y lo mismo depusieron otros 27 testigos en otra probanza, que hizo el Don Rodrigo Ponce de Leon (53) en el año de 1623 (*Mem. n.*636.).

283. Las Historias comprueban ésta misma verdad. Salazar de Mendoz. en la dicha Histor. de los Ponces de Leon, Elog. 17. §. 23. ibi: *Estando libre del primer matrimonio* (Don Rodrigo Ponce de Leon (18)) *y antes que contraxese el segundo, tuvo tres hijas el Duque en Doña Inés de la Fuente, tambien libre, natural de Marchena, muger noble, y de limpio linage, hija de Rui Ximenez de Becerril, hombre principal de esta Villa*: y despues. *Las hijas fueron Doña Francisca, Doña Leonor, y Doña Maria Ponce de Leon.*

284. En la dicha Historia *Asturias Ilustrada tom.* 3. *part.*1. *num.*22. hablando de Don Rodrigo Ponce de Leon (18), dice, que tuvo por hija natural á Doña Francisca Ponce de Leon, succesora en los Estados de su Padre, y á Doña Maria, y Doña Leonor Ponce de Leon: y aun los testigos presentados por Doña Cathalina Ponce de Leon (54), que pretendió probar lo contrario, se examinaron quatro testigos, que afirmaron ser la Doña Francisca Ponce de Leon (27), hija natural de el Don Rodrigo Ponce de Leon (18) (*Memor. numer.* 649. y 650.), los que son de mucho aprecio, por ser *contra producentem.* Dom. Valenz. *cons.* 78. *num.*42. & Carlev. *de Iudic. tit.*2. *disput.*3. *numer.* 17. *ut dix. num.*147. á quienes solo la fuerza de la verdad pudo dar motivo á sus deposiciones sencillamente con el hecho cierto.

285. Solicitaron las otras partes turbar ésta verdad, y asi en el pleyto del año de 1575, sobre el referido Mayorazgo de Ayala, articuló Don Rodrigo Ponce de Leon

(47) á la 13, y 14 preguntas de su Interrogatorio, los dos matrimonios del Don Rodrigo Ponce (18), y que de uno, ni otro tuvo hijo (*Memor. numer.* 637.).

286. A la 15 pregunta articuló, que las tres hijas bastardas, que tuvo en Inés de la Fuente, fue estando casado con Doña Beatriz Marmolejo, y con Doña Beatriz Pacheco (*Memor. n.*639.).

287. Los testigos, que depusieron ésta pregunta, fueron 35 (*Memor. num.*640.); *y solo un testigo expresa, que las dichas hijas las huvo el Don Rodrigo, estando casado con Doña Beatriz Marmolejo, y Doña Beatriz Pacheco* (*Mem. n.*645.).

288. Los demás testigos, que se notan en el Memorial, lo que expresan es, que el Don Rodrigo (18) dexó tres hijas bastardas (*Memor. num.*640. y 641.), y la voz *bastarda* comprehende á la hija natural. *Leg.*9. *Taur. Hodie leg.* 7. *tit.*8. *lib.* 5. *Recopil.* ibi: *Los hijos bastardos, ó illegitimos de qualquier calidad, que sean.* Rox. *de Succes. cap.* 1. *num.* 16. ibi: *Alij vulgari nomine bastardi, qui illegitimi dicuntur, cuiuscumque generis sint. Glos. in rubric. C. de concubin.* y es voz sinonoma, ó equivalente del hijo natural. Hermosill. *in leg.*55. *tit.*5. *part.* 5. *Glos.*8. *num.*57. ibi: *Et naturali filio seú bastardo*; y asi nada deponen en contra de la naturaleza de la Doña Francisca Ponce de Leon (27).

289. En el año de 1577. hizo otra probanza el Don Rodrigo (47); y aunque presentó muchos testigos *solo dos especifican, que huvo las dichas hijas, estando casado con Doña Beatriz Marmolejo, y Doña Beatriz Pacheco* (*Memor. num.*645.): y en el año de 1586, en el pleyto seguido sobre el Estado de Baylén, pretendió Doña Cathalina Ponce de Leon (54), probar lo mismo, y solo dos lo contextaron de publico, y notorio.

290. En el año de 1623, en el pleyto, que siguió Don Rodrigo Ponce de Leon (53), con Don Diego Fernandez de Cordova (52), se hizo por éste probanza; y en una de las preguntas articuló, que el Marqués de Cadiz Don Rodrigo Ponce de Leon (18), fue casado con Doña Beatriz Pacheco (17), en quien no tuvo hijos, y durante éste matrimonio, tuvo por su hija adulterina, y expurea en Inés de la Fuente (19) á la Doña Francisca (27) (*Mem. n.*651.).

291. De los doce testigos, que depusieron á dicha

pre-

pregunta, nada substancial expresan, y solo uno dice, *que sino huviera sido bastarda, ó adulterina, no huviera necesitado de dicha legitimacion* (*Memor. num.*652.): cuya duda *de bastarda*, ó *adulterina*, quéda sin aprecio: y la razon, que dá dicho testigo, de que sino lo fuera, no huviera necesitado de la legitimacion, es despreciable; porque los bastardos naturales tambien se legitiman por Rescripto del Principe para muchos efectos de derecho. Dom. Castill. *tom.*4. *Controv. cap.* 22. *numer.*156. vers. *Vere tamen*, ibi: *Veré tamen non absque utilitate erit dicta legitimatio, sed utilis potius, filijs etiam naturalibus, ad efectum prædictum, ut scilicet legitimi dicantur, qui alias legitimi non sunt.*

292. Reflexionados los médios de probanzas, reconocimiento del Padre, y las Historias, que lo afirman, no se puede dudar, de haver sido hija natural de Don Rodrigo Ponce de Leon (18), la Doña Francisca Ponce de Leon, y como tal hija natural, y de igual lustre, y estimacion contraxo matrimonio con Don Luis Ponce de Leon (28) su primo segundo; pues quando huviese alguna duda, el hijo se presume natural, y no expurió, ni adulterino. Matienz. *in leg.* 9. *Glos.*3. *n.*8. *tit.*8. *lib.*5. *Recop.* Gutierr. *lib.*2. *Pract. quæst.* 112. *num.*1. vers. *Contrarium. Et num.* 2. vers. *Secundus casus.* P. Thom. Sanch. *Cons. Moral. lib.*4. *cap.*3. *dub.*6. *num.* 2. Alvar. Peg. *de Maiorat. tom.*2. *cap.*9. *num.* 459. ibi: *Quod aut filius est actor, aut reus, si reus præsumitur naturalis, & successibilis. Num.* 467. *in fin. cum multis. Et num.* 468. ibi: *Non vero quando est reus, & constat esse filium, quia tunc præsumitur naturalis.* Aguil. ad Rox. *de Incompat. part.*2. *cap.*4. *num.* 67. ibi: *Contra verò iure Canonico filius naturalis præsumitur, quia omnes censetur procreati ex solutis parentibus, ut delictum quod minus est præsumatur.*

293. De que se manifiesta el ningun aprecio, que para desvanecer tan sólidos documentos puede merecer, ni lo alegado por el Conde de la Coruña, ni lo expuesto por los otros Colitigantes en los expresados pleytos, en que han pretendido probar contra la calidad natural de la dicha Doña Francisca Ponce.

294. Y hallandose el Señor Duque de Arcos en la linea efectiva de posesion, que formó Don Rodrigo Ponce de Leon (18), es el legitimo succesor, y poseedor del Es-

tado de Arcos, Baylén, y demás, que comprehende la Demanda del Conde de la Coruña, sin que éste tenga derecho apreciable para la Demanda, que ha intentado, como fundaremos en el Discurso siguiente.

§. IX.

SOBRE QUE SE BORREN, Y TILDEN DE LA Demanda del Conde de la Coruña las expresiones, que contiene contra la calidad de dicha Doña Francisca Ponce de Leon (27).

295. POr lo que con justa razon insiste el Señor Duque (*Mem. num.*654.), en que se borren, y tilden de la Demanda del Conde de la Coruña, las palabras, de que el Don Rodrigo Ponce de Leon (18) tuvo los hijos adulterinos en Inés de la Fuente (19), y entre ellos á Doña Francisca (27) (*Memor. n.* 260.).

296. Debió el Conde de la Coruña preparar su Demanda con los documentos precisos para la justificacion de su intencion, como dice la Ley 39. *tit.*2. *part.* 3. ibi: *En viso, é acucioso debe ser el Demandador en catar, que recabdo tiene para probar aquello que quiere demandar. Cá siempre ha menester de probar lo que demandare en Juicio.*

297. Aunque los pleytos son una disputa legal. *Leg.*2. §. 5. *ff. de origin. iur.* ibi: *Necessariam esse disputationem fori*, se debe hacer con la modestia, y correspondiente prudencia, y como dice la Ley 7. *tit.*6. *part.*3. ibi: *E otrosi, guardarse de non usar en sus razones palabras malas, é villanas. Leg. Quisquis* 6. *C. de postuland. Leg. Final. tit.*9. *lib.*1. *For.* ibi: *E no denueste, ni diga mal al Alcalde, ni á otro :::: é si alguna razon cumpliere al pleyto, que caya en denuesto, no la diga el vocero*, & ibi Montalv. *in Verb. No de nueste*, ibi: *Nec debet improbis verbis, sed ratione certare, & se debet ab injurijs temperare.* Anton. Gom. *tom.*3. *Variar. cap.*6. *num.*4. & ibi Ayll. *num.* 5. Y por tanto tiene la parte contra quien se dicen derecho, para que se borren, y tilden semejantes palabras, y lo testifica de practica el Nuñez Cabrera en el perfecto Abogado *disc.* 2. *numer.* 330. ibi: *O que se quiten, y testen del Proceso, como lo havemos visto varias veces practicarlo en el Consejo.*

La

298. La grande diferencia de hijo natural á el adulterino, la explicó la Ley 1. *tit.* 15. *part.* 4. ibi: *Naturales, é non legitimos llamaron los Sábios antiguos á los fijos, que non nacen de casamiento, segun Ley, asi como los que facen las varraganas, é los fornecinos, que nacen de adulterio.*

299. La distincion de unos á otros es grande, por que los naturales gozan de todas las honras, y nobleza de los Padres. *Leg.* 1. *tit.* 11. *part.* 7. Orteg. Add. ad Dom. Covarrub. *lib.*4. *part.*2. *cap.*8. §. 4. *num.*5. *& ut dixim. numer.* 291. son herederos precisos de las Madres. *Leg.* 9. *&* 10. *Taur. quæ sunt.* 7. *&* 8. *tit.*9. *lib.* 5. *Recopil.* Orteg. *ut supr. num.* 14. y aunque hayan hijos legitimos los Padres, tienen derecho al quinto de alimentos. Gom. *in leg.*10. *Taur. ex n.*5.

300. Y se legitiman, como si huvieran sido verdaderamente nacidos de matrimonio por el que contraen el Padre, y la Madre *ut dixim. num.* 188. y tienen derecho á los Mayorazgos, que de tercio, y quinto fundan los Padres, *ex leg.*27. *Taur.* y otros muchos, y poderosos efectos, y favores, que el derecho les comunica,

301. Al contrario los adulterinos, que no tienen derecho de succeder a su Padre, ni Madre, *leg.*9. *Taur. Hodié, leg.*7. *tit.*8. *lib.*5. *Recopil.* Orteg. *ut supr.num.* 8. por ser, respecto de la Madre, de dañado, y punible ayuntamiento. *Ex leg.*1. *tit.*20. *lib.*8. *Recop.* y sin que tengan derecho de succeder á los Padres, ni legitimarse, aunque despues estando libres casasen el Padre, y la Madre. *Leg.* 2. *tit.*15. *part.* 4. ibi: *Otrosi decimos, que si alguno, que hoviese muger á bendiciones, toviese fijo en Varragana, viviendo su muger, que estos fijos a tales non sean legitimos, maguer despues de esto, que muriese la muger velada, é casase con la Varragana, nin son de la agnacion, consanguinidad, ó parentela.* Alvar. Peg. *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 20. *num.*124. ibi: *Naturales namque, quos bastardos vocamus, non adeo odibiles, viles, & reprobati; & quamvis aliqui patiantur infamiam, non tamen maximam, ut spurij, qui non possunt portare arma patris, nec insignia, nec honores, nec sunt de domo, nec agnati, nec cognati, nec veniunt appellatione descendentium, nec etiam includuntur indispositione, & alios quám plurimos defectus patiuntur:* y solo en el caso, de que no quédase ningun pariente de el Fundador pudiera succeder, ut dixit. Aguil. ad Rox. *de Incomp. part.*1. *cap.*6. *num.* 86. por cuya razon es in-

juria grave decirle á otro expurio, ó incestuoso. Aceved. *in leg.* 2. *tit.* 10. *lib.* 8. *Recop. num.* 22. Farinac. *in Pract. Crim. quæst.* 105. *num.* 24,

302. De que se manifiesta, que es una detraccion, é injuria á la memoria de la Doña Francisca, y á todos sus descendientes; cuyo lustre, y herarquia es justo se mantenga en los terminos de la estimacion, que se merece. *Leg.* 4. *tit.* 9. *part.* 7. ibi: *Porque el mal, que los homes dicen unos de otros, por escritos, ó por Rimas es peor, que aquel, que dicen de otra guisa por palabra, porque dura la remembranza de ello para sempre, si la Escritura no se pierde.* D. Paul 1. *ad Corinth. cap.* 9. *vers.* 15. ibi: *Est enim mihi magis mori, quam ut gloriam meam, quis evaquet.* Es justa, prudente, y natural defensa, la que el Señor Duque en éste asunto ha deducido, por la estimacion de su septima Abuela, como tan preciosa, y digna de mantener. Ecclesiast. *cap.* 41. *vers.* 15. ibi: *Curam habe de bono nomine, hoc enim magis permanebit tibi, quám mille thesauri preciossi, & magni.* Far. ad Dom. Covarrub. *lib.* 1. *Variar. cap.* 11. *numer.* 35. ibi: *Bona fama æstimatur, ut longé prætiosior sit omni commodo temporali.*

DISCURSO III.

§ I.

EL CONDE DE LA CORUñA NO PRUEBA ser descendiente de Don Luis Ponce de Leon, y Doña Maria Fernandez de Vargas (24), *à quienes dà por sus octavos Abuelos.*

303. EL que pretende la succesion de un Mayorazgo, debe fundar su filiacion, la qualidad de llamado, y haver llegado el caso de su sobstitucion. *Leg. Final.* §. *Gradus, ff. de gradib. & affinib.* Escob. *de Puritat. & Nobilit. part.* 1. *quæst.* 9. §. 4. *num.* 21. Mier. *de Maior. part.* 2. *quæst.* 7. *num.* 76. Dom. Larr. *decis.* 33. *num.* 33. Faxard. *allegat.* 10. *ex num.* 132. *& allegat.* 12. *ex numer.* 46. Dom. Castill. *tom.* 6. *Controv. cap.* 122. *num.* 1. *& cap.* 136. *num.* 67. *&* 68. Debiendo probar su ascendencia de grado en grado; de forma, que faltando en uno se interrumpe la linea, y no puede obtener. Noguer. *allegat.* 25. *num.* 290. Faxard. *dict. allegat.* 12.

num.

num.47. porque como dice la Ley 2. *tit.* 6. *part.* 4. *Linea es Ayuntamiento ordenado de personas, que se tienen unas de otras, como cadena descendiendo de una raíz, é facen entresi grados de partidos.* Rox. *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 20. Torr. *de Maiorat. part.* 1. *cap.* 41. *num.* 9. *& part.* 2. *quæst.* 3. *n.* 7.

304. El Conde de la Coruña dió por su quarta Abuela á Doña Isabél Alvarez (57), muger, que dice, fue de Don Francisco Araoz, y que la Doña Isabél fue hija de Doña Maria Ponce de Leon, y Don Antonio Alvarez de Toledo (50).

305. Para justificar éste grado, se vale el Conde de diez instrumentos, el uno es, la Escritura de dote otorgada en 26 de Junio de 1661, por el Don Antonio Alvarez (50) para el matrimonio, que contraxo con la Doña Maria Ponce, en la que expresa sus Padres, y los de dicha Doña Maria (50) (*Memor. numer.* 453.).

306. Con los reparos, que tiene éste instrumento, y se notan (*Memor. num.* 454.), de no constar de mandato judicial, para dar el traslado, que está en los Autos, ni citacion de la parte precisos requisitos, como decimos en el numer. 343. no merece aprecio, y aun caso, que lo tuviese, de él solo resulta el casamiento de Don Antonio Alvarez con la Doña Maria, pero no el que tuviesen por su hija á la Doña Isabél (57).

307. Otro instrumento es una Escritura otorgada en Toledo en 17 de Abril de 1567, por la Doña Leonor de Mendoza (42), hija de los Condes de la Coruña, y muger de Don Fernando Alvarez Ponce de Leon; por la qual fundó una Capilla en dicha Ciudad, con el titulo de Corpus Christi; y entre otros nombró por Patrono á Don Fernando Alvarez Ponce de Leon (55), su nieto (*Memor. num.* 455.), el que tampoco enuncia la filiacion de la Doña Isabél (57), por hija de Doña Maria Ponce (50).

308. Otro instrumento es el Testamento otorgado por dicha Doña Maria Ponce (50), en el que expresa, ser muger del Don Antonio Alvarez de Toledo, y mejoró en el tercio, y remaniente del quinto de sus bienes á Don Fernando Alvarez (55), y sus descendientes, y á falta de ellos llamó á otro qualquiera hijo varon, y sino dexára hijo varon, llamó á la succesion á Doña Isabél de Ayala (57), y en la institucion de herederos nombró al Don Fernando, y Doña Isabél sus hijos (*Mem. n.* 456.).

Otro

309. Otro instrumento es el Testamento de Doña Leonor de Mendoza (42), en el que expresa ser viuda de D. Fernando Alvarez Ponce de Leon ; y en virtud de la voluntad de Doña Maria Ponce (50), su hija, y por haver muerto to el Don Fernando Alvarez (55) , nombró por Patronos á Don Eugenio Alvarez (56) su nieto, y á Doña Isabél deMendoza (57), su nieta, á los quales instituyó por sus universales herederos (*Memor. num.*457. y 458.).

310. Por otra Escritura, su fecha 17 de Septiembre de 1628, consta, que Don Francisco Araoz (57), y Doña Isabél de Mendoza su muger mejoraron en el tercio , y remaniente de el quinto de sus bienes á Doña Ana Araoz y Mendoza (59) su hija (*Mem. num.* 460.): Este instrumento no conduce al enlaze de Doña Isabél de Mendoza con Doña Maria Ponce, y Don Antonio Alvarez (50) ; pues no los dán por sus Padres.

311. Otra Escritura de Capitulaciones otorgada por el Don Francisco Araoz , y la Doña Isabél de Mendoza (57), con el motivo del matrimonio , que havia de contraer la Doña Ana con Don Pedro Carrillo (59) (*Memor. numer.* 461.), en la qual no puede el Conde de la Coruña fundar derecho para el enlaze de la Doña Isabél con los que dá por sus Pacres ; pues en ésta Escritura no hace mencion de ellos.

312. En 30 de Noviembre de 1640, la Doña Isabél dió Poder para testar á Don Francisco Araoz su marido , en el que nomina *Doña Isabél de Mendoza* (*Mem. n.* 462.), y el tampoco expresa, quienes fuesen sus Padres.

313. El Don Francisco Araoz otorgó en virtud de dicho Poder , el Testamento de la Doña Isabél , de la que no expresa los Padres (*Memor. n.*463.), y de lo que se vale el Conde de la Coruña es, de que á su nieta Doña Beatriz Carrillo (61) le manda unos Chapines de raso colorado, bordados, que fueron de Doña Maria Ponce de Leon, Visabuela de la Doña Isabél.

314. En el año de 1642 , el dicho Don Francisco (57) otorgó su Testamento , y por una Clausula dixo,haversele ofrecido en dote , y casamiento con la Doña Isabél de Mendoza su muger, lo que pudiese pertenecer por la legitima de Doña Maria Ponce su Madre (*Memor. numer.* 464.); y

por

por otra Clausula declaró, que Doña Leonor de Mendoza, Abuela de la Doña Isabél de Mendoza su muger, le hizo donacion intervivos del tercio de sus bienes (*Mem. n.*465.).

315. El Codicilo del Don Francisco Araoz (*Memor. num.*467.) no expresa cosa conducente, á que la Doña Isabél de Mendoza fuese hija de Don Antonio Alvarez de Toledo, y Doña Maria Ponce de Leon (50).

316. La probanza, de que se vale el Conde de la Coruña (*Memor. numer.* 469. y 470.), como hecha para otro pleyto, y otro fin distinto, no puede, ni debe hacer fee para éste Juicio. Escobar *de Puritat. & Nobilit. part.* 1. *quæst.* 13. §. 1. *n.*2.

317. Es de notar, que para articular Don Francisco de Medina, que presentó aquella probanza, dice, es nieto de D. Francisco Araoz, y Doña Isabél Ponce de Leon, segundo nieto de Don Antonio Ponce de Leon, Conde que fue de Cedillo, y de Doña Maria Ponce de Leon y Mendoza, tercero nieto de Don Fernando de Toledo Ponce de Leon, Señor de Cedillo, y de Doña Leonor Suarez de Mendoza (*Memor. num.* 469.).

318. Cuya probanza dexa la incertidumbre de no expresar la persona, por quien era el enlaze de nieto de Don Francisco Araoz, y de Doña Isabél Ponce, ni si por el Abuelo, ó Abuela era segundo nieto de Don Antonio Ponce, ni por la que era tercero nieto de Don Fernando de Toledo, y de Doña Leonor Suarez de Mendoza; cuya incertidumbre desvanece su fee, y aprecio. Mascard. *de Probat. conclus.* 669. *num.*3. Surd. *cons.*5. *num.*46. ibi: *Et quando est dubia non modo probantem, non relevat, sed nec etiam facit rem de iure, vel de facto dubiam :::: & interpretatur contra probantem.* Gratian. *Discept. Forens. discept.* 144. *n.*21.

319. Y mas con la razon que dán los testigos de remitirse al Nobiliario de Haro, el que está por Auto Acordado, mandando, que no haga fee. *Aut.* 12. *tit.* 7. *lib.* 1. *de los Aut. Acord.* ibi: *Con calidad, que ahora, ni en tiempo alguno, por ser las materias, que trata tan universales, no ha de poder servir de probanza para ningun efecto. Cap. Licet ex quadam de testib.* ibi: *Cum satis videretur absurdum illos admiti, quorum repeleretur Autores.*

320. Por lo que con justa razon se alegó por el Sr. Du-

Duque(*Memor. n.*471.), *que de su inspeccion se reconocia, que la Doña Isabél* (57), *que el Conde dá por su quarta Abuela, no era Doña Isabél Ponce de Leon, como supuso en su Demanda, y sí Doña Isabél de Mendoza, en cuya forma se le denominó en el Poder, que otorgó para testar, y en el Testamento, que en su virtud otorgó el Don Francisco Araoz* (57), *su marido, y por ser esto asi cierto, á su hija Doña Ana* (59) *se le denominaba Doña Ana Araoz y Mendoza, no haviendose presentado la Fee de Baptismo, ni la de Desposorios de la Doña Isabél* (57), *sin duda por conocer, que evidenciaria filiacion diversa de la propuesta.*

321 Fueron los nombres, y Apellidos inventados por todas las gentes para la distincion de las personas, y familias. *Leg.*5. *tit.*33. *part.*7. ibi: *Cá por esso ponen á los homes nomes señalados, porque sean conocidos por ellos.* Escob. *de Purit. & Nobilit. part.*1. *quæst.* 16. §. 2. *num.*11. ibi: *Tamén quatenus signa sunt, quibus una familia ab altera secernitur*; y asi para probar la identidad de las personas, ó inferir la diversidad, se reconoce por el nombre, y Apellido. Escob. *de Puritat. & Nobilitat. dict. quæst.*16. §. 3. *num.*6. *&* 20. Menoch. *de Præs. lib.*6. *præsumpt.* 15. *num.*44. por lo que qualquiera diversidad, ó addictamento de otro, arguye, y persuade la diferencia. Escob. *dict.* §. 2. *num. fin.* y haviendo usado la Doña Isabél (57) del Apellido distinctivo *de Mendoza*, es claro, que no puede identificarse con la familia de los Ponces de Leon, como lo usaron el Don Fernando (55), y Don Eugenio (56), añadiendo solo el Apellido de Alvarez, por haverlo heredado de su Padre Don Antonio Alvarez de Toledo (50), y acertadamente se advierte por el Señor Duque lo desestimable de las expresiones, que á cerca de la Doña Isabél de Mendoza, sonaban hechas por el Don Fernando Araoz, asi en su proprio Testamento, como en el que otorgó á nombre de dicha su muger (*Mem. n.* 472.).

322. La Doña Isabél tenia por herederos forzosos, no solo á la Doña Beatriz (61), sino es á otros sus nietos(*Memor. numer.* 463.), á quienes instituyó por herederos: En este supuesto la manda á la Doña Beatriz (61), *dé una Caja de Nogal obscuro, con unas listas de marfil, y unos Chapines de raso bordado, ó colorados, que fueron de Doña Maria Ponce* (32): y por otra Clausula mandó, *se entregasen otras alhajas á la misma Doña Beatriz,* se debia computar en mejora, ya del tercio, ya

del

del quinto á favor de la Doña Beatriz; y esto no lo puede hacer el Apoderado sin especial poder para ello. *Leg.* 31. *Taur. Hodié leg.* 5. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopil.* ibi: *Ordenamos, y mandamos, que de aqui adelante el tal Comisario no pueda por virtud de tal, poner herederos en los bienes del Testador, ni mejoria del tercio, ni del quinto.*

323. De lo que se infiere el dolo, y artificio con que se dispusieron dichos instrumentos, por estar ya pendientes, y de muchos años antes los pleytos, y pensando los derechos al Estado de Arcos por el Don Fernando (55), Don Eugenio (56), y Don Antonio Alvarez (50) su Padre, con quienes pensaron la introduccion, y enlaze. D. Math. *de Re Crimin. Controv.* 63. *num.* 31. ibi: *Nám in dolo est, qui leges scientér transgreditur.* Dom. Salgad. *part.* 3. *Labyrint. cap.* 8. *numer.* 8. y siendo ésta la presumpcion de derecho, se debe creer, y atender, como mas verosimil, y digna de atencion. Mascard. *de Probat. conclus.* 1227. *numer.* 1. *& conclus.* 1228. *á num.* 1.

324. Sin que pueda desvanecer lo referido, lo alegado por el Conde (*Memor. numer.* 476.), de que el dicho grado estaba justificado, no solo con dos instrumentos, que era lo suficiente, sino con tantos, como quedan referidos; pues los mas de ellos (como dexamos notado) no conducen para el enlaze de la Doña Isabél; y que la que el Conde de la Coruña dá por su quarta Abuela, sea la misma persona, que trae su origen, y descendencia de Don Luis Ponce de Leon (24), y de Don Pedro Ponce de Leon (14), por cuya representacion pretende derivar el derecho, que ha deducido en éste pleyto; pero aunque le asistiese ésta representacion, le es de ningun apoyo, ni fundamento, para que pueda obtener en su Demanda.

§. II.

NO PUEDE SUCCEDER EL CONDE DE LA Coruña, ni ninguno de su linea, por la qualidad de Don Pedro Ponce de Leon (14).

325. POr otro mas poderoso fundamento se halla desvanecida la pretension del Conde de la Coruña:

ña: dice, que es nono nieto de Don Pedro Ponce de Leon (14), por cuya persona no puede tener, ni derivar derecho alguno á la succesion, ya sea con respecto á las Fundaciones de Don Pedro Ponce de Leon (1), y Don Pedro Ponce de Leon (2), como ni por la de Don Juan Ponce de Leon (7); porque no siendo succesible el Don Pedro Ponce (14), no lo puede ser ninguno de los que pretendan ser sus descendientes. *Leg. Unic. C. de latin. libert. tollend.* ibi: *Satis absurdum est, ipsa origine rei sublatæ eius imaginem de relinqui.* Dom. Vela *decis.* 49. *n.* 59. ibi: *Unde cum radix, & origo exclussa sit, & ejus imago exclussa censeri debet.* Roxas *de Incomp. part.* 1. *cap.* 6. *n.* 110. Dom. Gonzal. *in cap.* 1. *de Fil. Præsb. n.* 6.

326. Que Don Pedro Ponce de Leon (14) fuese hijo adulterino de Don Juan Ponce (7), no se duda, y resulta de los mismos instrumentos en que se funda el Conde de la Coruña, y nó ha negado en sus Pedimentos, por lo que no nos detenemos en repetir los documentos, que acreditan esta verdad, como dixo en otro caso Alv. Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 20. *n.* 119. ibi: *Nec ius R. contrarium suadet; quia si Actrix excluditur ab institutore, R. excluditur á successione; qui spurium esse natum ex coitu damnabili, & punibile, est inconfesso, & latè patet tám ex paterno Testamento, quám ex charta legitimationis, & tales non posse succedere in maioratibus.*

327. Funda el Conde de la Coruña el derecho del Don Pedro (14), en que Don Juan Ponce de Leon (7) ocurrió á su Magestad, expresando, que siendo casado, havia tenido á Pedro Ponce de Leon (14), y otras hijas (15, y 16), en Leonor Nuñez (7), siendo ésta desposada por palabras de presente con otra persona; y pidió á su Magestad, que los habilitase, y legitimase para todas, y qualesquier cosas, que home legitimo, y de legitimo matrimonio nacido: y su Magestad los legitimó, é hizo capaces *para poder heredar todos los bienes muebles, y raizes, é semovientes, que su Padre, ó Madre les dexasen por donacion, ó por otro titulo en su vida, ó para despues al tiempo de su fallecimiento, &c.* Y despues: *No puedan haver, ni demandar en vida del dicho Don Juan, ni despues de su fin mayor parte de su Hacienda, é bienes, que la que el susodicho les quisiera dar, ó dexar: cuya ordenanza quedase á su libertad, y arbitrio* (*Mem. num.* 8.).

328. Esta legitimacion no tiene fuerza alguna,

por

por no haver concurrido el consentimiento del Don Pedro (14). Agula ad Rox. *de Incompatib. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 83. & 84. Torre *de Maioratib. tom.* 1. *cap.* 29. §. 2. *num.* 23. y caso (no concedido) que pudiese obrar efecto de derecho, no es verdadera legitimacion, sino es una dispensa para habilitarlos en la succesion voluntaria, que el Padre les quisiese conferir, como lo dice la propria Real Cedula; por lo que ni los Padres tienen facultad para perjudicar á los demás hijos legitimos, ni los tales legitimados anteponerse á los legitimos. Dom. Castill. *tom.* 4. *Controvers. cap.* 22. *n.* 160. ibi: *Tamen legitimatio filij non naturalis, non est legitimatio, sed dispensatio.* Aguil ad Roxas *de Incompatib. part.* 1. *cap.* 6. *n.* 36. ibi: *Ripol. de Regalib. cap.* 22. *ubi num.* 34. *nullam agnoscit diferentiam inter legitimatos, & aispensatos, sed malé; quia filij naturales legitimantur, spurij autém propriè legitimari non possunt, sed dispensari.* Rox. *dict. cap.* 6. *n.* 71. Torre *de Maioratib. tom.* 1. *cap.* 29. *n.* 9. ibi: *At si eo tempore inter eius parentes matrimanium ob impedimenta illa celebrari nequit, tunc proprié dicitur dispensatio, & non legitimatio.* Et num. 17. ibi: *Simplicitér dictum sit, quod possit succedere abintestato; vel ex Testamento in eo solum quod pater ei relinquerit* (que es lo que contiene dicha legitimacion: *que el susodicho les quisiera dar, &c.*) *hoc casu non erit legitimatus, sed dispensatus.* Alvar. Pegas *de Maioratib. tom.* 2. *dict. cap.* 20. *n.* 122.

329. Por lo que las Leyes 20. *tit.* 11. *lib.* 2. y *la* 12. *tit.* 2. *lib.* 6. *Recopil.* declaran, que los tales legitimados, ni gozan de excepcion de pechos, ni de hidalguia, que se entiende los expurios. Martin. *Inst. Hispan. lib.* 2. *tit.* 3. §. 10. *Glos.* 1. no de los naturales, que en España gozan de la hidalguia, y franquezas, y libertades de los Padres Dom, Larrea *decis.* 32. *n.* 43. Aguil. ad Rox. *de Incompatib. part.* 2. *cap.* 4. *num.* 37. Alv. Peg. *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 9. *num.* 101. *cap.* 20. *numer.* 502. Dom. Molin. *de Hispanor. Primog. lib.* 3. *cap.* 3. *numer.* 41. Faria ad Dom. Covarrub. *lib.* 4. *Variar. cap.* 1. *num.* 131.

330. La posesion, ó reconocimiento, que hizo el Don Juan Ponce de Leon (7) en 21 de Noviembre de el año pasado de 1448 (*Memor. num.* 22.), es uno de los instrumentos, de que se vale el Conde de la Coruña, y el referido en el (*Memor. numer.* 24. y 25.), hue ha reproducido pa-

ra fundamento de su intencion; y lo que se prueba de ellos es la certeza del matrimonio de el Conde Don Juan (7) con Doña Leonor Nuñez. Escobar *de Purit. & Nobilit. part.* 1. *quæst.* 15. §. 1. *n.* 30. Pareja *de Univers. Instrum. Edict. tit.* 7. *resol.*3. *ex nnm.*1. Dom. Salgad. *part.*2. *Labyrint. cap.*6. *n.*24. Balmased. *de Collect. quæst.* 102. *n.* 3. porque como dice la Ley 41. *tit.*16. *part.*3. ibi: *Porque aquel, que aduce las Cartas en Juicio, puede ante, que las muestre, ser en aviso para vér, y saber si la una es contraria de la otra, ó non. Ondé por esto se debe tornar á su culpa si muestra carta en perjuício, que sea contraria.*

331. Dicha llamada posesion, ó reconocimiento no confirió derecho alguno á los descendientes del Don Pedro Ponce de Leon (14): Lo primero, porque fue executada con reconocido error, y falsa causa: Dice el Don Juan, que havia contraído matrimonio por palabras de pretente con Doña Leonor Nuñez, y havia con ella celebrado, y solemnizado el matrimonio, é bodas, y por quanto por virtud del dicho matrimonio *Don Pedro de Leon su hijo* (14), *y de la susodicha, era de derecho su legitimo hijo, y heredero, como á su hijo mayor legitimo le pertenecia heredar su Condado, &c.*

332. Fue falsa la causa; porque el Don Pedro (14) no se legitimó por el subsequente matrimonio, y la falsa causa anula, é irrita el contracto. Dom. Olea *de Ces. Iur. & Act. tit.*8. *quæst.*1. *num.*5. Dom. Castillo *tom.* 6. *Controver. cap.*172. *n.*27. procedió el Don Juan Ponce de Leon (7) con reconocido error de derecho; porque el hijo adulterino no se legitima por el subsequente matrimonio *num.* 373. por lo que falta el consentimiento, y deliberado animo; pues no hay cosa que se oponga mas á la voluntad, que el error. *Leg. Cum Testamentum* 8. *& leg. Non id circo* 9. *C. de iur. & fact. ignor.* Escobar *de Ratiot. cap.*41. *n.* 34. Gom. *lib.*3. *Variar.cap.* 3. *n.*34. y con ésta ignorancia no puede haver consentimiento. Dom. Paz *de Tenut. cap.*17. *n.*8. *& cap.*40. *n.* 55. Y por consiguiente, ni el Don Juan Ponce (7) faltando la qualidad de legitimo quiso, ni tuvo intencion de semejante posesion, ó reconocimiento, ni animo de perjudicar á los demás hijos, que verdaderamente se legitiman, y eran legitimaron en virtud de dicho matrimonio.

333. Lo segundo, porque si se considera dicha posesion, ó reconocimiento, como donacion, que el Don

Juan

Juan Ponce (7) quiso hacer al Don Pedro su hijo (14), quedó en los terminos de una donacion condicional de la futura succesion despues de los dias de dicho Don Juan, y no haviendose cumplido ésta condicion, porque premurió el Don Pedro (14), fue nula, y de ningun efecto.

334. Que la disposicion, para despues de la muerte sea condicional, consta *ex leg.79. §. 1. ff. de condit. & demonst.* ibi: *Hæres meus, cum ipse morietur, centum Titio dato: Legatum sub conditione relictum. Leg.5. §. 2. ff. quand. dies legat. vel fideicom.* ibi: *Sed si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quám conditio fuerit impleta*; y prueba D. Castillo *tom.4. Centrover. cap. 56.* el que en el numero 80. satisface á la doctrina de Cevallos, que quiso fundar lo contrario, ibi: *Hæc urgent contra resolutiones superiores, & Senatus Hispalensis definitionem, ea quæ Hieronimus de Cevallos, 3. practicar. commun. contra communes, parte, duobus in locis adnotata, atque scripta reliquit, ipsorum namque non nulla, ex hactenus dictis, vel stare non possunt ullo pacto, & placitis communibus prædictorum authorum (quorum Cevallos idem nullum commemorat) refragantur expressim (ut videbit) dia autem eisdem potius conveniunt, quám disentiunt.*

335. Porque considerada la série de dicho instrumento el animo del Don Juan, fue conferir el Condado, Villas, y Lugares de su Mayorazgo *para despues de los dias de dicho Don Juan*, y se la diesen, y entregasen, que es una especie de donacion *causa mortis*; pues la hizo diferida á éste tiempo, y debiendose considerar en aquel tiempo, en el que el Don Juan, como sus hijos estaban empleados en la Guerra de los Moros, y en peligro proximo de la vida. *Leg. Milites 15. C. de Testamen. Milit.* ibi: *Sub ipso tempore, quo in prælio vitæ sorte de relinquunt. Leg.1. tit.23. part.2.* ibi: *E aun dixeron, que Guerra es cosa de que se levanta muerte, é captiverio á los homes daño, é perdida, é destruimiento de las cosas.* Auton. Gom. *tom.2. Variar. cap. 4. n.15.* ibi: *Dico, quod donatio causa mortis, est illa, quæ fit ocasione mortis futuræ, vel instantis periculi, cuius efectus confertur in tempus mortis.* Mantica *de Canect. Ultim. Volunt. lib.1. tit.13. n.4.* ibi: *Sed duo copulativé requiruntur: primo quod sit facta mentio mortis, secundo, quod donatio sit collata in tempus mortis*; y uno, y otro concurrió en el dicho acto; pues el Don Juan Ponce (7) hizo repetida mencion del fin de sus

dias,

dias, ibi: *Y para despues de los dias de dicho Don Juan*: y despues: *Y para despues de sus dias huviesen, y recibiesen, &c.*

436. De que se manifiesta, que la voluntad, y animo del Don Juan, fue, no donar hasta despues de su muerte. Hermosill. *in leg.* 11. *tit.* 4. *part.* 5. *Glos.* 1. *numer.* 18. ibi: *Propter hæc verba: dono tibi post mortem meam, inducitur donatio causa mortis, quando mortis tempus substantiæ donationis est adjectum*: y despues con Barbosa, ibi: *Donationem causam mortis esse, licet mentionem mortie adjungatur, vel in executivis, si in eadem donatione, dictum sit, dono tibi centum præstanda post mortem meam.* Antunez *de Donation. lib.* 1. *Prælud.* 2. §. 3. *n.* 28. ibi: *Quando in donatione fit mentio mortis, censetur donatio causa mortis.* Pues no adquiere su perfeccion, y cumplimiento, hasta la muerte del Donante. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 15.

337. Liene la donacion *causa mortis* la mismo naturaleza, que las ultimas voluntades, respecto á sus efectos. Gom. *dict. cap.* 4. *n.* 16. & ibi Ayllon *n.* 17. Antunez *de Donatiou. lib.* 1. *Prælud.* 2. §. 3. *num.* 4. ibi: *Quod ad efectum vero potius accedit ultimæ voluntati, & habet se ad instar legati.*

338. Lo tercero, porque qualquiera contracto, renuncia, ó cesion para que tenga efecto, y quede irrevocable, debe concurrir la aceptacion á favor de quien se executa. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 4. *cap.* 2. *numer.* 6. Dom. Olea *de Ces. Iur. & Act. tit.* 1. *quæst.* 1. *num.* 15. *& seqq.* Dom. Larrea *de Vit. Houin. cap.* 30. *num.* 10. Y no haviendo aceptado el Don Pedro (14), ni otro en su nombre, quedó vaga, é inutil la dicha renuncia, y pudo el Don Juan revocarla, y disponer en otra forma á su libre voluntad, mayormente á favor de un hijo legitimo, como lo fue Don Rodrigo Ponce de Leon (18), como quéda fundado en el discurso antecedente.

§. III.

LA NINGUNA FEE, NI ATENCION, QUE merece la legitimacion del D. Prdro (14).

339. EL instrumento de legitimacion, que se dice obtuvo el Don Juan Ponce (7), á favor de su hijo Don Pedro (14), y se refiere en el *Memor. numer.* 24. es de ningun efecto. Este instrumento lo redarguyó de falso el Duque Don Rodrigo Ponce (53), y repitió la redarguicion el Señor Duque (66) en éste pleyto (*Memor. numer.* 850.).

340. La redarguicion es tan poderosa, que enerva la fuerza del instrumento, y se necesita, que la parte que lo produce, lo compruebe con su original, *ex leg.* 115. *tit.* 18. *part.*3. Pareja *de Univers. Instrument. Edict. tit.*1. *resolut.* 3. §. 2. *num.* 33. Noguerol *allegat.* 25. *num.* 253. redarguyendo asimismo los traslados, de donde se sacaron, no aprovecha la comprobacion con el primer traslado, de que se sacó, que ha de ser precisamente con el original. *Leg. Final. C. de fid. instrument.* Aceved. *in leg.*3. *tit.*5. *lib.*4. *Recopil. numer.* 20. Pareja *de Univers. Instrument. Edict. tit.*7. *resol.*8. *n.* 2.

341. Sin que pueda destruir la necesidad de la comprobacion el transcurso del tiempo, como dió á entender Pareja *tit.*1. *resolut.*3. §. 2. *num.*35. lo que se debe entender, quando el instrumento es original, y se halla en forma probante, y autorizado de Escrivano conocido, como se prueba por la dicha Ley 115. ibi: *Si se quisiere ayudar de ella, que lo averigue, probando quando aquel home, que dice en la Carta, que la fizo, era Escrivano público, ó era fama entre los homes de aquel lugar, que lo era, é usaba de aquel menester*; con que no haviendo cumplido con tan preciso, y legal requisito, queda dicho instrumento sin aprecio, fé, ni credito.

342. Y quando la antiguedad fuese suficiente, para que se creyese el instrumento, es, como dexamos dicho, quando fuese original, mas no unos traslados con tantas disonancias, reparos, é inverosimilitudes, como se notan en el *Memor. num.*746. hasta el 755, y 851.

343. El un traslado tiene el reparo tan substancial,

cial, que se nota en el *Memor. num.* 852. pues haviendose dado por el Escrivano Miguel Palacios de Salazar, no consta mandato judicial, ni citacion de parte, ni tal resulta de los Autos del Proceso, que entonces estaban pendientes. Dom. Salgad. *de Retent. part.*2. *cap.*26. *num.*60. Pareja *de Univers. Instrument. Edict. tit.*1. *resol.*3. §. 3. *num.* 120. ibi: *Ubi, & citationem, & mandatum Iudicis requiri.*

344. Tiene asimismo el un traslado los reparos, que se notan en el *Memor. num.*818. como que eran Terceros traslados: Los segundos sonaban dados por Diego de Cantillana, Escrivano de Utrera en el año de 1585, de otros traslados, que ante él se decia exhibió Don Alonso Ponce de Leon (43), que se decian dados por Francisco de Segura, Escrivano de Sevilla; y para la data de dichos terceros traslados, se valieron del pretesto de cierta Real Provision compulsoria, que sonaba obtenida por dicho Don Alonso en el Real Consejo, en el pleyto sobre el Condado de Baylén, para diferentes escrituras, totalmente diversas de dichas llamadas Reales Cedulas.

345. Se supone, que Don Juan Ponce de Leon, exhibió ante el Alcalde mayor de Sevilla, y por presencia de Francisco de Segura, Escrivano de ella en 25 de Octubre de 1494, en el un traslado se decia: *fue ante Diego Rodriguez de Burgos, Alcalde mayor de dicha Ciudad*, y en el otro: *ante Gonzalo Rodriguez de Burgos, Alcalde mayor en ella.*

346. Es de advertir, que el traslado, que se dice dado por Francisco de Segura, Escrivano en 25 de Octubre de 1494 (*Mem. n.*818.), era ya en tiempo, que se havia obtenido la Real Facultad para la transaccion, entre la Doña Maria Ponce de Leon (32), y Don Rodrigo Ponce de Leon (35), que se otorgó en 5 de Abril de dicho año de 1494 (*Memor. num.* 55.); por lo que se redarguyeron de falsos, y ni se han comprobado, ni podido comprobar.

347. Otro traslado se halla incluso en la Pieza de los Testimonios dados por Pedro de Herrera, Escrivano de Madrid (*Memor. num.*852.), de él se dió traslado; cuyo original se entregó á Don Eugenio Alvarez Ponce de Leon, por mandado de los Señores Presidente, y Oydores de ésta Real Chancillería: y fueron testigos al verlo corregir, y concertar Fernando de Alarcón, Pedro de Gilantena, y

Juan

Juan Baptista de Medina ; y es reparable esta nimia cautela de poner testigos para suscrivir el Escrivano , el que el traslado, que dá de un instrumento vá cierto , y verdadero, lo que ni hay Ley, que lo prevenga, ni ordinario estilo, que lo autorize , y por lo que se presume fraude , y desconfianza de lo que se hace. Dom. Vela *dissert.* 38. *n.* 62. Alv. Pegas *Resol. Forens. cap.*29. *n.*41.

348. Y lo mas reparable es , que no consta , que para dár los traslados de estos instrumentos huviese precedido mandato judicial, ni citacion de la parte , ni consta de Pedimento, que se huviese dado para ello (*Mem. n.* 852. *circa fin.*).

349. El tercero, y ultimo traslado se halla incluso en la Pieza de instrumentos , presentada por Don Diego Fernandez de Cordova, con los mismos reparos, que los demás traslados (*Memor. num.*853.), y con el especial de ser traslado de traslado (*Mem. n.*856.).

350. Se notan en el *num.*857. *del Memor.* las muchas disonancias , é irregularidades , que acreditan la suposicion, y falsedad de todos estos instrumentos (*Memor. num.* 755.) , se nota, que en el Testimonio dado por Pedro de Herrera, en una Copia , que inserta de Juan de Bernal , despues de concluir el transumpto de la citada Real Cedula, y las diligencias, que suenan practicadas en Sevilla , se sacan diferentes entrerrenglonados , y luego se refieren los nombres de los dos Escrivanos , que se dicen asistieron , como testigos, notandose lo que resulta contra estos instrumentos en el *Memor. n.* 755. y 756.

351. Advirtiendose entre los mismos traslados, *crecidisimo numero de discordancias, que exceden de trescientas* (*Memor. num.* 757.) ; y aunque se dice están en partes no substanciales, y en las que lo son substanciales, no varian el concepto, sin embargo destruyen la fé, autoridad, y certeza de dichos traslados.

352. Porque del Original se sacan los traslados, y como estos deben ser conformes á aquel, siempre que se encuentran dos traslados con tantas disonancias, y no conveniencia, es preciso , que en el Concuerda con su original faltase uno, ú otro Escrivano ; pues su fé comprehende lo substancial, y lo no substancial, y como la verdad es un punto

to centrico, que no admite mas, ni menos. *Leg.* 35. versic. 7. *tit.*7. *lib.*1. *Recopil.* ibi: *Porque la verdad no se muda por sola la voluntad.* Espejo *de Usur. Person. cap.* 5. §. 2. *numer.* 1. ibi: *Quia veritas, cui opponitur est æqualitas quædam, ut contrariatur magis, & minus.* Menoch. *de Præsump. lib.* 5. *præsumpt.* 22. *num.*3. ibi: *Et hujus Sententiæ ea est ratio, quod fundamentum atestatíonis est ipsa fides, quæ dicitur esse individua. Cap. Pura* 3. *quæst.*9. ibi: *Cum ergo experjurio fides violetur, tota ipsa testatio corruit*: La variedad, aunque no sea en la materia principal, destruye la fee, y aprecio. Div. Marc. *cap.* 24. *versic.* 56. ibi: *Multi enim testimonium fulsum dicebant adversus eum, & convenientia testimonia non erant. Leg. Quis falso, ff. de testib. & dixim. infr. n.*354.

353. En el delito, que se le atribuía á la casta Susana, parece, que no era substancial del caso, el que huviese sido bajo de una Encina, ó bajo de un Lantisco, y ésta diversidad fue suficiente para acreditarse por innocente, y por mentirosos, é injustos los Delatores. Daniél *cap.* 13. *versic.* 54. *&* 58. por cuya razon previene la *Ley* 28. *tit.* 16. *part.*3. que para reconocer, si los testigos dicen, ó no verdad, no solo se les ha de preguntar el hecho principal, sino de otras circunstancias, ó accidentes, *como si estaba nublado, ó hacia Sol, ó quanto há, que conociste estos homes, de quien testiguas, é de qué paños eran vestidos, &c.* cuyos particulares no tocan á lo substancial del hecho, pero la variedad acredita la poca fé de los testigos, y entre los testigos, é instrumentos, no hay diferencia. *Leg.* 15. *C. de fid. instrumentor.* ibi: *In exercendis litibus eadem vim obtinent tam fides instrumentorum, quàm depositiones testium.*

354. Quando se trata del hecho, en que ha de constar de la formalidad de las palabras, siempre, que hay discordancia en ellas, esta variedad destruye la fé de los testigos. Roland. á Vall. *volum.*2. *cons.* 33. *num.*22. ibi: *Si testes deponerent de verbis formalibus, & inter eos esset discordia, quod tanquam contrarij, & singulares non probarent.* Farin. *de Testib. lib.*3. *tit.*7. *quæst.*64. *num.*67. ibi: *Ut testes dicantur singulares non solum quando discordant in facto, & insubstancia, sed etiam si discordant inverbis ubi tamen agitur de formalitate verborum, discordantes minimé probant, etiam quando in sensu conveniant.*

El

355. El instrumento, de que se sacaron las copias se han de sacar sin discordancia en la formalidad de las voces, por lo qual el Escrivano debe poner, que concuerda con su original, y haviendo entre uno, y otro traslado tanta diferencia en muchas voces, es constante, que uno, y otro Escrivano, como testigos de la certeza de el instrumento falten á la verdad en el concuerda, y por consiguiente uno, ni otro merezcan fé, ut Farin. *supra* ibi: *Discordantes minimé probant, etiam quando in sensu conveniant*; y como cosa substancial, y tan delicada en la fé de los Escrivanos, previno la *Ley* 8. *tit.* 19. *part.* 3. *Non menguando, ni añadiendo ninguna cosa en ellas*, y la *Ley* 13. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recopil.* que en los Protocolos pusiesen los instrumentos, y Escrituras con todas las palabras, y condiciones; y que si dieren algun traslado, *ni quiten, ni añadan palabra alguna de lo que estuviere en el Registro*; imponiendo á los Escrivanos la pena de que *la Escritura, que de otra manera se diere signada, sea en sí ninguna, y el Escrivano que la hiciere, pierda el Oficio, &c.* lo qual como expresion general, se debe entender de las palabras, ya sean substanciales, ó no substanciales, respecto á lo principal del contrato. *Leg. In fraudem* 15. §. *Final, ff. de testam. milit.* Valasc. *consult.* 113. *num.* 21. Garc. *de Nobilit. Glos.* 47. *num.* 18. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 6.

356. Quando el testigo jura de deponer sobre toda la causa, y lo que se le preguntase, quando falta á la verdad, aunque sea en los connexos contingentes, ó no concernientes á lo principal, faltando en esto se tiene por perjuro, y no merece fé en lo demás, y debilita su fé. Farinac. *de Testib. lib.* 3. *tit.* 7. *quæst.* 67. *num.* 171. *num.* 172. 174. *& seqq.* Menoch. *de Præsumpt. lib.* 5. *præsumpt.* 22. *num.* 21. ibi: *Declaratur primo hic casus, ut non habeat locum quando testis ipse jurasset dicere veritatem super omnibus de quibus interrogabitur. Nám tunc falcitas commissa circa accidencia, & circunstancias arguit falcitatem in reliquis: Et ob id habendus erit iste ut falsarius.*

357. El Escrivano es un testigo autorizado, que quando interpone su fé, tiene el lugar de dos testigos, *ex leg. Labeo* 27. *ff. qui Testam. facer. poss.* Escañ. *de Testam. cap.* 23. *num.* 5. Dom. Lar. *de Vit. Homin. cap.* 15. *num.* 47. por

tanto el Escrivano para usar su Oficio, jura la legalidad, y verdad de lo que testifica, *leg.* 1. *tit.* 8. *lib.* 1. *For. Leg. leg.* 8. *tit.* 18. *leg.* 4. *tit.* 19. *part.* 3. haciendo el juramento con la formalidad, que previene la Ley 55. *tit.* 18. *part.* 3. ibi: *Debe decir: Yo Fulano, Escrivano público de tal Lugar, escrivi esta Carta por mandado de tal Escrivano, asi como falle en la nota de su Registro, que él ficiera por ruego, ó por mandado de aquellos, que son escritos en ésta Carta, non mudando, ni cambiando ende ninguna cosa*; y aunque faltase el juramento en la forma dicha, se hace el testigo sospechoso. Farinac. *dict. quæst.* 67. *num.* 171. Cardinal. de Luca *de Iudic. discurs.* 32. *num.* 62. ibi: *Quoties mendatium percutiat substancialia, si vero levia, & accidentalia, tunc quamvis id non omnino inficiat dictum in alijs tamen illud debilitat ipseque testis reditur suspectus*: con quanta mayor razon en el Escrivano, que en él *concuerda*, afirma, testifica, y aprueba todo lo que dice, y se halla no conforme con lo que atestigua. Los Escrivanos testifican de la formalidad de las voces del instrumento, que copian, con que qualquiera disonancia, diversidad, ó alteracion disminuye la fee del Concuerda. Farinac. *de Testib. quæst.* 65. *num.* 28. ibi: *Quando testes essent interrogati de formalitate verborum, quia tunc si discordant in verbis, nihil utique probant.*

358. Está evidente, que los dichos Escrivanos, que dieron las expresadas Copias, no las dieron legales, y conforme están en la Escritura primordial, porque ésta siendo una, no puede tener variedad en sus voces; con que los dichos Escrivanos cometieron delito, y los tales traslados son en sí ningunos, ni merecen fee, ni atencion.

359. La falta de firmas, que se advierte en el Memorial *num.* 857. asi de los Señores del Real Consejo, y del Alcalde mayor de Sevilla, son reparos muy substanciales, y que con ellos se hace indigno de aprecio, y verdad. *Ley* 41. *tit.* 5. *lib.* 2. *Recopil.* ibi: *Y se firmen antes, que se pronuncie. Leg.* 6. *tit.* 10. *lib.* 2. *Recopil.* ibi: *Que firmada la Sentencia para se pronunciar.* Bobadill. *in Politic. lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 83. *in fin.*

360. La taciturnidad, que huvo de esta legitimacion, de que no habló cosa alguna el Don Francisco Albarez (55) en la primera Tenuta del Condado de Baylén, y lo proprio sucedió al Don Eugenio (56), aunque en la

Re-

Revista alegó generalmente, que havia sido legitimado el Don Pedro (14) (*Memor. num.*858.), hasta que en 6 de Julio de 1612, con otras Escrituras presentó la citada Real Cedula de legitimacion, su fecha en 15 de Marzo de 1449, expresando haver llegado entonces á su noticia (*Memor. num.*861.) es sospechosa; pues no es verosimil, que donde se havian intentado tantos pleytos sobre los mismos derechos, atendiendo solo al que principió en el año de 1523 Don Francisco Albarez (42) (*Memor. num.*90.), y que se figuraba segundo nieto del dicho Don Pedro (14), y que como succesor en los derechos, es preciso conservase, y tuviese los instrumentos, y papeles de sus Padres, y Abuelos. Siguenz. *de Clausul. part.*2. *cap.*11. *num.*48. es notable, el que no apareciese hasta el año de 1612, teniendolos ocultos, y callados por mas de 80 años, de lo que se presume falsedad, y suposicion. Dom. Vel. *dissert.* 38. *num.*80. Noguerol *allegat.*26. *n.*125. Alv. Pegas *Resolut. Forens. lib.* 2. *cap.* 19. *n.*42. *&* 43. Cuell. *de Indult. n.*926.

361. Es digno de reparo, y que persuade todo lo referido, y arguye la sospecha, que se podia tener, de que se manifestase la suposicion, asi de la dicha Real Cedula de legitimacion, como de los demás instrumentos presentados por el Don Eugenio, de que immediatamente, y á los quatro dias de la presentacion pidió, que quedando en el Proceso traslado, se le volviesen los originales (*Mem. n.*862.), consiguió con efecto se le mandasen entregar, quedando un traslado de ellas autorizado en el pleyto (*Memor. numer.* 863.).

362. Este traslado es, el que debia estar en el pleyto, lo que no sucede asi, como se refiere en el Memorial *num.*864. y lo que no puede ser mas clara demostracion del desprecio, que merece el traslado de dicha legitimacion, que se halla en el pleyto, y de que se vale el Conde de la Coruña (67); y por tanto en todos tiempos se ha alegado, como lo alegó el Duque Don Rodrigo (53) *ser subrepticia, y traslado de traslado, que no hacia fee* (*Mem. num.*865.).

363. Sin que se pueda hacer juicio cierto de la verdad, y autoridad de dicha legitimacion, ni de los demás traslados, de que se vale dicho Conde de la Coruña; por que en tanto el instrumento merece aprecio, la fee, y aten-

cion, que el derecho le atribuye. Escob. *de Puritat. & Nobilitat. part.* 1. *quæst.* 7. *num.* 7. *&* §. 1. *num.* 16. Dom. Vel. *dissert.* 38. *num.* 16. Valasc. *consult.* 154. *num.* 26. D. Math. *de Re Criminal. cont.* 28. *num.* 51. Lagunez *de Fruct. part.* 1. *cap.* 31. §. 8. *ex num.* 27. en quanto está autorizado de Escrivano público, y que aparezca su fee, y signo. *Leg.* 115. *tit.* 18. *part.* 3. Noguerol *allegat.* 25. *num.* 257. ibi: *Quia ad hoc ut prædictæ Scripturæ aliquod fomentum haberent necessarium erat exhibere alia instrumenta, quæ indubitabilitér essent eorundem notoriorum, coram quibus exhibita confecta fuere.*

364 La autoridad, y fee, que merece la firma del Escrivano, se la confiere el Principe, para que como persona pública, autorize, y señale con su Signo el instrumento, que es el Sello, que representa la fee, autoridad, y credito de la verdad, que profesa en el uso de su Oficio para la seguridad de las partes, contratos, y demás actos, en que interviene. Jerem. *cap.* 32. *versic.* 10. ibi: *Et accepit librum possessionis signatum. versic.* 14. ibi: *Librum emptionis hunc signatum. Leg.* 12. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.* ibi: *De signar los Registros. Leg.* 13. *eod.* ibi: *Signada con su Signo :::: que asi dieren signadas ::::: que no las dén signadas. Leg.* 54. *tit.* 18. *part.* 3. ibi: *Ayuso facer, y su Signo.* Melgarej. *Compend. de Contrat. Public.* en la introduccion, ibi: *Que en su Oficio use de una seña, ó sello.* Pareja *de Univ. Instrum. Edict. tit.* 1. *resolut.* 3. §. 1. *num.* 25. ibi: *Proprio Signo signatum ::::: ac signatum ejus sigillo.* Y faltando todo esto en los dichos instrumentos, se desvanece, y desacredita su fee, como se nota en el Memor. *num.* 881.

365. No se pueden *entender, ni venir en conocimiento de la que tenian los traslados insertos en los ultimos, que se han sacado, y existen hoy en el pleyto, ni con qué signos, y firmas en su Original pudieran estar autorizados los insertos de unos en otros, ni si los que tuviesen, eran, ó no semejantes á los de los Escrivanos, que suenan los autorizaron, que tampoco consta fuesen tales Escrivanos.*

366. Quando no tuviesen dichos instrumentos tan notorios defectos, que les excluye su aprecio, para que la expresada legitimacion (*Memor. num.* 24.), no pueda obrar efecto alguno en perjuicio de los legitimos succesores, y comprehendidos en los llamamientos de la Fundacion del Mayorazgo, que hizo Don Pedro Ponce de Leon (2) (*Me-*

mor.

(*Mem. num.*704.), es suficiente lo que se alegó por el Señor Duque, de que en el contexto de dicha legitimacion no aparecia hecha expresion de la Escritura, y obligacion jurada, que el Conde Don Juan tenia hecha (*Memor. num.* 10.), sobre el cumplimiento del Testamento de su Padre (2); y asi en perjuicio de aquella disposicion no podia nunca entenderse concebida la habilitacion, que suponia (*Memor. num.*882.). Todos los dichos reparos, que hemos referido, no se subsanan, ni desvanecen con la ultima diligencia de comprobacion, pedida por el Conde, y practicada en la Villa de Utrera (*Addic. al Memor. num.* 1042. y 1047.), porque esta comprobacion se hizo con un traslado, que se hallaba en el Oficio de Juan Joseph Dominguez, Escrivano de dicha Villa, y que éste traslado se huviese dado bajo la firma de Diego Montes de Oca, Alcalde, no se opone, de que en los otros traslados se pusiesen bajo la firma de otros Alcaldes; y haviendose valido de ellos el Conde de la Coruña (67) confesó por cierta su certeza, y valiendose de instrumentos, que no convienen, ni son uniformes, ni unos, ni otros merecen fee. *Supra num.*330. Carlev. *de Iudic. tit.*2. *disput.*3. *num.*37. Y no es menos reparable, el que hasta de presente, no se haya tratado de la comprobacion de estos intrumeutmentos, porque tanto silencio arguye sospecha de falsedad *supra n.*360.

367 Aunque los Señores Reyes se supone son sabidores de los derechos, *leg.* 19. *C. de Testam. Leg. Cum* 11. *de his qui ut indign.* Dom. Larr. *decis.*88. *num.*15. Pero de el hecho, y circunstancias para la concesion de sus gracias, deben ser informados, para que tenga pleno efecto su merced, y aprobacion; por lo que siempre que se omiten en la impetra hechos, que hicieran dificultosa la gracia, ó se expresára circunstancia, que hizo mas facil su concesion, es nulo el Rescripto. *Cap.* 2. *cap. Cæterum* 3. *cap. Ad aures* 8. *cap. Sedes* 15. *cap. Ex tenore* 16. *cap. Constitutus. cap. Super literis* 20. *cap. Postulasti* 27. *cap. Si proponente* 42. *de Rescript. Leg.*1. §. *Quæsitum, ff. de appellat. Leg.*1. *ff. de natalib. restituend. Leg. Siquis* 29. *ff. ad leg. Corn. de Fals. Leg. Final.* §. 1. *C. de his qui anon Domin. Leg.* 2. *&* 5. *C. si contra jus. Leg.*36. *tit.*10. *part.*6. Dom. Covarrub. *lib.*1. *Variar. cap. Fin. á n.*1. D. Larr. *alleg.*91. *ex n.*1.

368. Supuesta la disposicion de Don Pedro Ponce de Leon (2), y que el Don Juan con juramento la aprobó, y prometió de no ir, ni venir contra ello, faciendo pleyto omenage, que fue dar mas, y mas firmeza al cumplimiento de la disposicion, y llamamientos de dicho Mayorazgo, era circunstancia notable, que se debió expresar para la concesion de dicha legitimacion, en la que se pretende alterar la disposicion, y fundacion de dicho Mayorazgo.

369. En él mandó el Don Pedro Ponce de Leon (2). que succediese Don Juan (7) su hijo, y que si finase sin dexar hijos legitimos herederos, mandó succediesen por su orden los otros hijos (9. 10. 11. y 12.). Antes de tocar, que en éste llamamiento de hijos legitimos herederos, no se incluyen los adulterinos legitimados, propondremos la fuerza, y eficacia del juramento, y pleyto omenage.

370. El juramento ha sído, el que segun las constumbres de las Regiones, y Pueblos se ha interpuesto en los contratos promesas, y pactos para la mayor firmeza de su estabilidad, y cumplimiento. *Cap. Si veró. Cap. Tua nos de iur. iurand. Leg.* 1. *ff. eodem, leg.* 2. *C. de reb. credit.* Oliv. *de For. Eccles. part.* 1. *quæst.* 30. *n.*8. *& seqq.* D. Olea *de Cess. Iur. & Act. tit.*6. *quæst.* 11. *Miscel. n.*2.

371. Pleyto omenage es entre los hijosdalgo el mayor vinculo de la lealtad, y de la fee, como funda dilatadamente Dom. Solorzano en sus obras varias, en la Alegacion contra Don Juan de Benavides *ex num.* 151. *en la Politic. Indiar. lib.*3. *cap.* 25. versic. *Este juramento, y sigg. fol.* 417. *& de Iur. Indiar. tom.*2. *lib.*2. *cap.*23. *ex n.*23. Lagun. *de Fruct. part.* 1. *cap.*30. *ex num.* 105. Dom. Salced. *ad Legg. Reg. leg.* 10. *tit.* 1. *lib.* 1. *n.*128.

372. Deseando el cumplimiento, y efecto de su disposicion, y que se observase sin alteracion alguna, previene, que guarden, y cumplan el contenido de dicho Testamento, y qualquiera parte de ello, *y no vayan contra él en manera alguna, y que si lo contrario hiciesen, huviesen la maldicion de Dios, y la suya* (*Memor. numer.* 718.), lo que le añade mayor fuerza para el debido cumplimiento. *Leg.* 2. *tit.*18. *part.* 3. ibi: *Y despues de esto debe poner qual maldicion*

qui-

quisiere á aquellos, que fueren contra aquel Previlejo, que llamaban *acrimonia*, segun la Ley 5. *C. de Sacros. Eccles.* que es como Excomunion. Anastas. Germ. *de Sacr. Immunit. lib.* 2. *cap.*14.*n.*13. y como que imponian mayor terror para guardar, y observar las disposiciones, las usaron los Romanos, Athenienses, y otras Gentes, como refiere Tiraquel. *de Retract. Lignag.* §. 1. *ex n.*277. Anast. Germ. *ut supra lib.* 1. *cap.*12. *num.*2. Dom. Solorz. *in Politic. lib.*5. *cap.*16. *fol.*908. versic. *Si bien.*

373. Dexamos dicho en el *num.* 328. la diferencia entre los legitimados, y los dispensados; por lo que el adulterino, aunque se dispense, no se legitima, ni se puede propriamente llamar tal. Dom. Castillo *tom.*4. *Controv. cap.*22. *num.*50. ibi: *Quod legitimi appelatione non venit legitimatus secundum famosius significatum, & est similis alchimiæ.* Torr. *de Maioratib. tom.*1. *cap.*29. *num.*71. Aguil. ad Rox. *de Incompat. part.*1. *cap.*6. *num.*36. por lo que no se puede, ni deben entender en el llamamiento de *hijos legitimos herederos*, que están puestos en condicion en la disposicion de dicho Don Pedro Ponce de Leon (2). Alv. Pegas *de Maioratib. tom.*2. *cap.*20. *num.*91. ibi: *Nam filius legitimatus per Rescriptum Principis non succedit in Maioratu, sivé sit successionis, sivé nominationis, nisi deficientibus filijs agnatis, cognatis, & transversalibus legitimis ::::: Princeps non potest præiudicare consanguinibus in illa spe successionis, per legitimationes, quæ sunt tantummodo dispensationes. Num.* 119. ibi: *Nec legitimatio Principis illum reddit capacem hujus successionis; quia de iure Regni per legitimationem non transit legitimatus in potestate Patris legitimantis, sed tantum tollitur macula, ut pater possit ei relinquere ex bonis suis, quod voluerit, ideó proprié sunt dispensati; Sed succedere in Maioratu antiquo non instituto ab ipso Patre legitimante minimé posse. Num.* 122. ibi: *Nequé Reo fabet dispensatio, seú Principis legitimatio, quamvis continet, quod succedat in Maioratibus; quia hæc dispensatio nullum affert præiuditium vocatis ex legitimis nuptijs :::: quod numquam filius dispensatus potest succedere in Maioratu, ad quem legitimi sunt vocati, & quod quamtumvis in legitimatione, seú dispensatione ad sint Clausulæ exuberantissimæ.* Et num. 125. ibi: *Cum ergó spurij habiti ex damnato, & punibili coitu, qualis est iste, de quo agimus á legibus reprobati, infames, & plures alios defectus patien-*

tientes :::: vené infertur noluisse, quod spurij admiterentur ex his::: & cum hæc sit mens testatoris, ab illa non esse recedendum, etiam si proprietas verborum alliud postularet.

374. Lo que es conforme á lo que se estableció por la Ley 12 de Toro, *hodié, leg.* 10. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recopil.* ibi: *Si alguno fuere legitimado por Rescripto, ó Privilegio nuestro, ó de los Reyes, que de nos vinieren, aunque sean legitimados para heredar los bienes de sus Padres, ó Madres, ó de sus Abuelos; y despues su Padre, ó Madre, ó Abuelo huvieren algun hijo, ó nieto, ó descendiente legitimo, ó de legitimo matrimonio nacido, ó legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no pueda succeder con los tales hijos, ó descendientes legitimos en los bienes de sus Padres, ni Madres, ni de sus ascendientes abintestato, ni ex Testamento.*

§. IV.

LA REAL APROBACION DE LA LLAMADA donacion à favor del Don Pedro (14), no le dió fuerza, ni validacion alguna.

375. LA Real Cedula, que se refiere (*Memor. num.* 25.), por la que su Magestad aprobó la donacion hecha por el Don Juan (7) á favor de Don Pedro su hijo mayor (14), no puede obrar efecto alguno, por el ningun aprecio, que merece, y concurrir en ella los reparos opuestos (*Memor. num.* 736. *y sigg.*), y de lo que dexamos tocado desde el num. 350.

376 Y caso (no concedido), que fuese cierta de su propria narrativa se manifiestan los vicios de obrepcion, y subrepcion con que se obtuvo. Para obtenerla dixo, que havia hecho gracia, y donacion á Don Pedro su hijo mayor (14) y de la Condesa Doña Leonor Nuñez su legitima muger, del Condado de Arcos, y de otras sus Villas, y Lugares, y refiere lo practicado, en el instrumento (*Memor. num.* 22.); por lo qual su Magestad le habilitó para que succediese, &c.

377. Dexamos tocado en el Num. 330. que la tal gracia, y donacion, quando fuese cierta, obró los efectos li-

limitados, que dexamos expuestos, y asi la confirmacion no le dió, ni le prestó mas derecho, ni autoridad, que la que por sí tenia, *cap.* 13. *de Sentent. & re iudicat.* ibi: *Ut confirmationes, & privilegia ex ipsa donatione pendentia, cum quasi arenoso fundamento, & Arundineo vaculo niterentur; & principale non valente, nullam haberent accessoriam firmitatem.* Dom. Castillo *lib.* 5. *Controvers. cap.*89. *n.*202. Dom. Gonz. *in cap.* 2. *de Confirmat. Util. vel innutil. num.* 5. versic. *Undé confirmatio.* Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 2. *cap.* 7. *n.*7. & 9. Faxard. *allegat.* 33. *ex num.* 1193. Dom. Larrea *allegat.* 73. *num.*4. ibi: *Pro regula tradit assensum asumere naturam actus, super quo interponitur, & ita assensus, & confirmatio regulatur á contractu, non autem contractus ab assensu, & confirmatione.* Et num. 5. ibi: *Ut si aliquis confirmet, & ratificet instrumentum, in quo continetur aliquo ius morte alterius perituru, talis confirmatio, eo mortuo, nihil prodest ad illud ius extendendum, quia non augeat virtutem illius, sed intra terminum ei præfinitum se comprimit, & coercet, ex vulgari regula, confirmationem solum validare confirmatum, prout patitur ipsius met confirmati virtus, non autem illud extra propriam potentiam, vel facultatem protrahere, vel extendere.*

378. Y la Confirmacion sin el instrumento, que se confirma es de ningun aprecio. Dom. Castillo *tom.* 5. *Controver. cap.*89. *n.*227. Dom. Solorz. *de Iur. Indiar. tom.* 2. *lib.*2. *cap.*26. *n.*60. lo que refirió el Don Juan, fue, *que havia hecho gracia, y donacion á Don Pedro su hijo mayor*, la que no aparece en los Autos, y con legales fundamentos se desvaneció semejante intento por el Señor Duque en sus alegatos (*Mem. n.*834. 838. y 841.).

379 Es bastante para el ningun efecto de esta Real aprobacion, el que no se huviese expresado, que el Don Pedro (14) era adulterino, y por tanto no podia ser legitimado por subsequente matrimonio. Faxard. *de Legitim. per subseq. matrim. n.*52. Vicent. *de Iust. Dispensat. lib.* 1. *cap.*6. *num.*543. Paschal. *de Vir. Pat. Potest. part.* 2. *cap.* 4. *num.*71. & 72. y ésta impetra, sin expresar, que era el Don Pedro (14) tal adulterino, aunque casó con la Doña Leonor Nuñez, su Madre, por haver fallecido Doña Leonor de Guzmán, primera muger del Don Juan (7), quedaba la narrativa obscura, é indiferente, en si era hijo de la

Doña Leonor Nuñez, pudiendo contreer matrimonio con ella; y ésta incertidumbre hace la impetra dudosa, é ineficáz, y se debe interpretar contra el que la obtuvo. *Leg.* 39. *ff. de Pact.* Dom. Rox. Almansa *de Incompatib. & Repugn. Possid. plur. Maiorat. disp.* 1. *quæst.* 1. *n.* 85. ibi: *Sibi imputet, quia potuit legem apertius dicere.*

380. No es menos substancial la omision de no haverse expresado, que en aquel tiempo tenia ya el Don Juan (7) á sus hijos Don Rodrigo Ponce de Leon (18), y Don Manuel (20) legitimos de legitimo matrimonio, como fundamos en el Discurso antecedente, y no es presumible, que contra todo derecho fuese la voluntad de su Magestad el preferir un adulterino á los legitimos, en lo que conviene la decision de la Ley *Fin. tit.* 13. *lib.* 4. *Recopil.* ibi: *Si acaeciere, que nos huviessemos dada Cartas, para que algunos sean despojados de sus bienes, y oficios, y de ellos hicieremos merced á otros, nuestra merced, y voluntad es, que las tales Cartas sean obedecidas, y no cumplidas*; y no es menos de presumir, que se verificó, y pudo verificar en la narrativa de ésta Real Cedula, lo que dice la Ley 15. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recop.* ibi: *Lo que se huvo por Arvalães falsos, ó firmados en blanco, muy justo es, que se les quite*; y la Ley 17. del mismo titulo, ibi: *Y otras las huvieron por Alvalães falsos, ó firmados en blanco, ó por otros trafagos, ó mudanzas de verdad, que facian, é procuraban, que se ficiesen en los Libros, ó por otras formas exquisitas, y engañosas.* Alv. Pegas *Resolut. Forens. tom.* 1. *cap.* 1. *n.* 74. Dom. Vela *dissert.* 25. *n.* 36.

§. V.

NO PUEDE OBSTAR A EL SEñOR DUQUE la Real Facultad, que obtuvo Don Juan Ponce de Leon (7); para disponer à favor del Don Pedro de Leon (14).

381. SE vale asimismo el Conde de la Coruña de la Real Facultad, que el Don Juan Ponce de Leon (7) obtuvo para disponer á favor de Don Pedro (14) (*Memor. num.* 26.). Esta Real Facultad la redarguyó de falsa el Se-

Señor Duque (*Mem. n.* 818.), con que sin su legitima comprobacion no puede merecer aprecio *ex dict. num.* 339. notandose la diversidad de las fechas de los dos traslados presentados: la una de 20 de Marzo, y la otra de 22 del año de 1449. (*Mem. num.*26.); y aunque esta diferencia de los dias pudo nacer de mera equivocacion, que no perjudicase á la verdad del instrumento, como diremos en el *num.*445. pero en éste concurren otros muchos reparos, é inverosimilitudes, que lo hacen indigno de fee.

382. Lo primero, por ser unos terceros traslados, que los segundos sonaban dados por Diego de Cantillana, Escrivano de Utrera en el año de 1585, que ante él se decia exhibió Don Alonso Ponce de Leon (43), interesado, como segundo nieto de Don Pedro Ponce de Leon (14), y de otro traslado; cuya autoridad, y fee no consta, y quedá en los terminos de no ser en forma alguna apreciable, como se alegó por el Señor Duque (*Mem. n.* 818.).

383. Lo segundo, porque los traslados, que exhibió el Don Alonso Ponce de Leon (43), se decian dados por Francisco de Segura, Escrivano de Sevilla, y para su data se valieron del pretexto de cierta Real Provision compulsoria, que sonaba obtenida por dicho Don Alonso en el Real Consejo, en el pleyto sobre el Condado de Baylén, para diferentes Escrituras totalmente diversas de dichas llamadas Reales Cedulas (*Memor. num.*819.); con que no pueden valerse de esta autoridad, para dar fuerza á dicho traslado.

384. Lo tercero, que el dicho Diego de Cantillana dió los traslados, sin haverse mandado dár, ni citadose para ello á las partes (*Mem. n.*819.), cuyo requisito es preciso para la fee del traslado, como decimos en el num.343.

385. Lo quarto, porque se supone, que los originales se exhibieron por Don Juan Ponce de Leon, ante el Alcalde mayor de Sevilla, y por presencia de Francisco Segura, Escrivano de ella en 25 de Octubre de 1494: en el un traslado se dice ante Diego Rodriguez de Burgos, Alcalde mayor de dicha Ciudad, y en el otro ante Gonzalo Rodriguez de Burgos, Alcalde mayor en ella, en lugar de Don Alonso de Guzmán, Alcalde mayor de la dicha Ciudad; cuyas expresiones no siendo conformes, ni composi-

bles,

bles, prueban el ningun aprecio de dichos traslados.

386. Lo quinto: De los instrumentos se forma el Protocolo de el Escrivano, que aunque antes del año de 1612. *Leg.* 13. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recopil.* no se custodiaban con aquella formalidad, que dispuso esta Ley; porque se hacian minutas de los instrumentos, sin engrosar las Clausulas ordinarias, y se daba á las partes integra la Escritura, segun la Ley 55. *tit.* 18. *part.* 3. y este se llamaba Original. Pareja *de Univer. Intrumentor. Edict. tit.* 1. *resol.* 3. §. 1. *n.* 1. *&* 25. que guardaban las Partes; y en caso, que por la antiguedad, ú otro accidente se hallase, que se iba corro. yendo el papel, ú obscureciendo la letra, ú otro motivo, por el que el Interesado en el instrumento temia, que se podia perder, y llegar á destruir, es quando tenia el recurso á la Justicia, para que se sacase uno, ó mas traslados, que conservasen el Instrumento para memoria, titulo, y seguridad de su derecho. Pareja *de Unib. Instrumenor. Edict. titul.* 1. *resolut.* 3. §. 3. *num.* 123. y sin constar de nada de esto, que produxese la necesidad de dichos traslados, aparecian los dados por el Diego de Cantillana, y por sola la voluntariedad de Don Juan Ponce, los dados por Francisco de Segura (*Mem. n.* 818.).

387. Lo sexto; porque quando fuera cierto, que el Francisco Segura diese los traslados, debió de volver los originales á la persona, que los exhibió, ó fuese legitima para ello; lo que no consta, y sí, que en el año de 1584, noventa despues de la llamada exhibicion obtuvo Don Alonso Ponce de Leon Mandamiento del Alcalde de Utrera, para que el Diego de Cantillana registrase los dichos traslados, que se dicen dados por el Francisco de Segura; de que se manifiesta la inverosimilitud, y apariencia de esta diligencia; porque para que el Diego de Cantillana diese los nuevos traslados, se debieron valer de los Originales, que exhibió el Don Juan Ponce de Leon en el año de 1494, y no de los traslados dados por el Francisco de Segura; si aquellas existian, y sino existian, debia jurar el motivo de la perdida. *Leg.* 21. *C. de Fid. Instrumentor.* ibi: *Quid enim si cum nosset deperditam esse Chartam, vel forte concrematam, vel alio modo deminutam :::: sin autem dicat non esse sibi possibile eam obstendere, quia per fortuitus casus hujus copia ei abrep-*

ta

ta, sit:::: Sed re vera ipsa Chartula sine omni dolo sit deperdita, y no constando, ni evidenciandose tal imposibilidad de manifestarlo, y que se presume la existencia, *ut Glos. in dict. leg.* 21. ibi: *Quia præsumitur quod habeat eam* ; es desestimable el traslado dado por Francisco de Segura, por ser de una referencia, que no consta *ex dict. supra n.*203.

388 Lo septimo, porque en todos tiempos se ha reconocido por despreciables, y de ninguna atencion dichos traslados, y como tales los redarguyó el Duque Don Rodrigo (53), en el pleyto con Don Diego Fernandez de Cordova (52), por quien no se comprobaron.

389 Lo octavo; porque reconociendo el ningun aprecio de dichos traslados, dados por Diego de Cantillana, Escrivano de Utrera, en el pleyto que siguió Don Alonso Ponce de Leon (43), no los presentó; y aunque por su muerte salió continuando la Instancia Don Pedro Ponce de Leon (51), su hijo, tampoco los presentó (*Memor. numer.* 820.), lo que arguye la sospecha contra el instrumento, *ut dixim. supra n.*360.

390 Y lo que resulta es, que en 3 de Julio de 1618 sacó el traslado, que se halla en los Autos Miguel Palacio de Salazar, Escrivano de Camara en esta Real Chancillería, sin constar, quien se lo exhibiese á éste efecto, ni del mandato judicial, que debió haver intervenido, ni la citacion de las partes, de que se manifiesta no haverse presentado, ni usado de él en el pleyto de Tenuta, como se advierte en el Memorial *num.*820. y en el *num.* 825. se nota, el no constar de otra Real Facultad concedida al Conde Don Juan (7) para fundar Mayorazgo en cabeza de Don Pedro (14), anterior, ni posterior á la llamada de 20, ó 22 de Marzo de 1449, y los traslados, que hay de ella dados por el Miguel de Salazar, son sus fechas del año de 1618.

391 Y aunque se halla otro tercer traslado de la misma Real Cedula de 20, ó 22 de Marzo por el dicho Escrivano de Camara Miguel de Palacios, contiene los mismos reparos, y defectos (*Mem. n.* 821.).

392 Lo nono; porque el Don Fernando Alvarez (55) en la primer Tenuta del Condado de Baylén, no haviendo presentado la dicha Real Cedula, ó Facultad, lo que practicó fue, que en la probanza de testigos á la quar-

ta pregunta de su Interrogatorio, articuló la certeza de dicha Real Facultad; y ocho testigos la contestaron, por haver visto Escritura signada de Escrivano, donde constaba la citada Licencia, y Facultad, *á la que se remitieron* (*Memor. num.*822).

393 Es cierto, como dexamos dicho *num.* 203, que el testigo referente sin el relato, no hace fee, y mas quando no expresan estos testigos el instrumento que havian visto, á que se remitieron; pues si fue algunos de dichos traslados con los defectos, y reparos, que dexamos expuestos, quéda el dicho testigo sin aprecio, ni fee alguna; y resultando, que ya sean los originales, ó los traslados, debian parar en los ascendientes, y parientes del Don Fernando Alvarez (55) el valerse de testigos, y no de los instrumentos, arguye suposicion, y falta de verdad. *Leg. Pactum* 17. *C. de Pact. Leg. Testium.* 14. *C. de testib.* Giurba *decis.*76. *num.*16. ibi: *Quod imó super his credendum non sit testi, quæ cum possint per Scripturam obstendi, non tamen appareat,* Carlev. *de Iudic. tit.*3. *disput.*13. *num.*5. Alv. Pegas *Controv. Forens. cap.*19. *num.*95. ibi: *Aut quando pars vult per testes probare id, de quo instrumentum haberet.*

394 La declaracion de Don Alvaro Ponce de Leon (34) (*Memor. num.*823.), es de ningun efecto, porque tratando del proprio interese, y de que se radicase el derecho, que litigaban en la persona del Don Pedro Ponce (14), del que asi el Don Alvaro, como el Don Fernando Alvarez (55), su Colitigante, derivaban su descendencia, era interese de uno, y otro la subsistencia, y darle valor á la dicha Real Facultad. *Leg.* 36. *tit.* 7. *lib.* 1. *Recopil.* ibi: *Ora sean dichos Autos ganados por sus Ascendientes, ora por los trasversales, conviniendo el tronco comun de donde desciende.* Dom. Salgado *de Reg. part.*4. *cap.*8. *num.*28. Cardin. de Luca *de Præhemin. disc.*33. *num.*21. Tiraquel. *de Nobilit. cap.*17. *num.* 3. Garc. *de Nobilit. Glos.*6. *num.*48. Escob. *de Purit. & Nobilit. part.*1. *quæst.*17. §. 1. *num.*38. Moren. de Barg. *disc. de la Noblez. disc.*10. *n.*8.

395 Persuade mas el ningun aprecio, que merecen dichos traslados, el que aunque los dió Miguel Palacios de Salazar, Escrivano de Camara, no pudieron ser los sacados en virtud de providencia, que se dió para que se diesen

los

los traslados; y la razon es clara, como se nota (*Memor. num.* 831.); porque estando los trasdados dados en el año de 618, cinco antes, y desde 15 de Agosto de 612, havia recibido el original el Don Eugenio (56), no es composible, que seis años despues se diesen los traslados.

396 Alegó el Sr. Duque, y con reconocido fundamento (*Memor. num.* 834.), que con la misma llamada Real Cedula de 20, ó 22 de Marzo, se convencia la implicacion con que procedia el Conde de la Coruña, y repugnancia, que se advertia en sus defensas; pues suponiendo, que en la Real Cedula de 20 de Marzo de 449, se aprobó la donacion, que figuraba hizo el Conde Don Juan (7) á favor de Don Pedro (14) su hijo adulterino, reproducia tambien la citada de 20, ó 22 del mismo mes, y año, la que aparecia dirigida á concederse facultad al mismo Conde Don Juan, para que con su libre querer, y voluntad pudiese fundar Mayorazgo de los priopios bienes en favor de dicho Don Pedro (14), su hijo, lo qual claramente acreditaba, que á beneficio de éste no tenia hecha donacion, ni constitucion alguna de Mayorazgo, al mismo tiempo producia un eficáz convencimiento en exclusion de dicha llamada Real Cedula de 20 de Marzo, y de la donacion inalterable, que por ella se suponia confirmada, por no ser composible, y sí repugnar á toda razon, el que en un mismo dia se confirmase una donacion por Mayorazgo, y que se aparentaba irrevocable; y que en el mismo, ó dos dias despues se concediese Real Facultad, al que se decia donante, para fundar Mayorazgo de los mismos bienes á favor del mismo, que se suponia era el Donatario. Dom. Castillo *tom.* 3. *Controvers. cap.* 10. *ex num.* 1. Antunez *de Donation. lib.* 1. *prælud.* 2. *num.* 9. Aguil. ad Roxas *de Incomp. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 179.

397 De lo que se infiere. que siendo estos hechos incomposibles, y contrarios, no merecen aprecio. *Leg.* 1. *C. de Furt. Leg. Transactione, C. de transact. Leg. Titius, ff. de condit. & demonst. cap. Imputari de Fid. intrument. Cap. Solicitudinem de Appellat.* Menoch. *de Præs. lib.* 2. *præs.* 41. *num.* 2. Dom. Greg. Lopez *in leg.* 111. verb. *Ninguna, tit.* 18. *part.* 3. D. Covarrub. *lib.* 2. *Variar. cap.* 2. *n.* 2. *in fine*; y por la inverosimilitud, que produce, *quod habet imaginem falsitatis.* Dom. Valenz. *cons.* 102. *num.* 30. *cons.* 105. *num.* 84.

cons. 113. *num.* 58. *& 59. cons.* 121. *num.* 118. *cons.* 163. *n.* 121. *cons.* 169. *n.* 124. *cons.* 180. *n.* 28.

398 Con tantos reparos, é inverosimilitudes, y falta de fee en los instrumentos no es admisible la Demanda del dicho Conde de la Coruña, el que como Actor, debe *ser enviso, é acuicioso en catar, que recabdo tiene para probar aquello que quiere demandar. Ca siempre ha menester de probar, lo que demandare en Juicio, si la otra parte gelo negare; é esta prueba ha de ser por testigos, ó por Cartas, ó por otra manera, que sea de creer. Leg.* 39. *tit.* 2. *part.* 3. y no haviendolo hecho el Conde de la Coruña, por no traer intsrumento, ni testigos, que sean de creer, *tornasele ya* (dice la misma Ley) *en daño, é emberguenza. Cá havria apechar todas las costas á el demandado.*

399 Se halla por otro médio sin derecho á la succesion el Conde de la Coruña; pues quando caso no concedido, huviese probado la descendencia de Don Pedro Ponce de Leon (14), no puede, ni debe obtener en su Demanda.

400 Los instrumentos, de que se vale, y reproduce el Conde de la Coruña (*Memor. num.* 8.), para probar, que el Don Pedro (14) fue hijo de Don Juan Ponce (7), no obstante la ninguna fee, que merecen, y reparos, que se le han opuesto, perjudican, y prueban contra el Conde de la Coruña. Pareja *de Uuiv. Instrum. Edict. tit.* 7. *resol.* 3. *ex num.* 1. Escobar *de Purit. & Nobilit. part.* 1. *quæst.* 15. §. 1. *á numer.* 30. Dom. Vela *dissert.* 24. *á num.* 41. Dom. Salgad. *part.* 2. *Labyr. cap.* 6. *á n.* 24.

401 Se refiere, que por el Don Juan Ponce de Leon (7) se acudió á su Magestad, expresando, que siendo casado, havia tenido á Pedro Ponce de Leon (14) por su hijo en Leonor Nuñez, seyendo ella desposada por palabras de presente con otra persona; y pidió á su Magestad, que habilitase, y legitimase á dicho Pedro Ponce (*Memor. numer.* 8).

402 Concedió su Magestad la legitimacion para que pudiese heredar el Don Pedro (14) los bienes, que su Padre le dexase, de que se manifiesta, lo que dexamos tocado *num.* 328. de que esta fue una Dispensa, y no verdadera legitimacion; porque atendida la qualidad adulterina de el

Don

Don Pedro (14), y no haverse hecho relacion en la impetra, de que el Don Juan (7) tuviese otros hijos mas, que las otras dos hijas (15, y 16), que se legitimaron en el mismo dia (*Memor. num.* 9.), y eran de la propria condicion, no se hacia perjuicio á unos, ni á otros, ni se tuvo presente al Don Rodrigo Ponce de Leon (18); porque no havia nacido, segun la quenta, que dexamos hecha en el *num.* 178. y aun vivia Doña Leonor de Guzmán, su primera muger.

403. No se tuvo por satisfecho el Don Juan Ponce de Leon (7) con la dicha legitimacion, y en 15 de Marzo de 1449, volvió á ocurrir á su Magestad, expresando, que estando casado con Doña Leonor de Guzmán, havia tenido en Doña Leonor Nuñez, que la tenia por suya, y en su Casa á dicho Don Pedro (14), hijo mayor suyo, y de la Doña Leonor, que ya era su legitima muger; cuyo hijo havia tenido, siendo la dicha Doña Leonor doncella, muger soltera, y no obligada á otro matrimonio, y pidió lo legitimase su Magestad para que pudiese succeder en su Mayorazgo, y el Condado, Villas, y Lugares, y demás bienes, lo que concedió su Magestad, y se refiere en el Memorial *numer.* 24.).

404. Cuya expresion del Padre es de gravisima ponderacion. Tiraquel. *de. Retract. Linag.* §. 1. *Glos.* 16. *num.* 1. Gratian. *tom.* 1. *discept.* 135. *num.* 42. Matienz. *in leg.* 7. *Glos.* 5. *n.* 5. *tit.* 11. *lib.* 5. *Recop.* Dom. Gonz. *in cap. Per tuas* 10. *de probat. num.* 8. porque deseando el hacer bien á su hijo Don Pedro (14), dexarlo por heredero en sus bienes, y Mayorazgos, y honrado con la legitimacion, no havia de hacer una expresion tan contraria á éstos efectos, como el decir, que era adulterino, y que lo havia tenido estando casado con otra muger contra la piedad paternal, *ut dicim. num.* 407. y contra el fin de qualquiera operacion, que no debemos interpretar en otro sentido, que en el favorable, y benigno. *Ex leg.* 25. *ff. de Legib.* ibi: *Nulla juris ratio, aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ salubritér pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad se veritatem*, y por consiguiente es suficiente prueba de la qualidad adulterina del Don Pedro Ponce (14).

405. Es de notar, que en la legitimacion, que ob-

tuvo Don Juan Ponce de Leon (7), que se refiere en el Memor. *num.*27. para Don Rodrigo, y Don Manuel (18, y 20), no hace mencion del Don Pedro (14), teniendo dicho en varios instrumentos antecedentes (*Memor. numer.* 24. 25. y 26.), que era su hijo al que en estos instrumentos trató con diferente explicacion, y acepcion.

406. En él Don Pedro, *dice*, cuyo hijo dice, havia tenido estando casado con Doña Leonor de Guzmán (*Memor. num.*25.), y en la legitimacion de el Don Rodrigo (18), y Don Manuel (20), se explicó con voces muy diferentes, haciendo relacion, que despues de fallecida Doña Leonor de Guzmán (6) havia tenido á los referidos.

407. Es cierto, que el amor de los Padres, respecto de los hijos, es el mayor. Botiller. *de Succes. cap.* 1. *Theor.* 15. *num.*10. Torr. *de Pact. Futur. Succes. lib.* 1. *cap.* 18. *num.*3. Hermosill. *in leg.*2. *tit.*5. *part.*5. *Glos.* 2. *num. fin.* é igual con todos. *Ex leg.* 3. *tit.* 14. *part.* 3. *& leg.* 1. *&* 2. *tit.*19. *part.*4. y que el confesar la ilegitimidad, y espuriedad, respecto de Don Pedro (14), es solo efecto de la fuerza de la verdad, porque no havia el Padre de ser tan impío, que havia de notar al hijo con tan grave defecto. Alv. Pegas *de Maioratib. tom.*2. *cap.*9. *num.*572. Dom. Gonz. *in cap.* 11. *num.*6. *de Test. cogend.* ibi: *Aut tam impius, ut velit negare, suos esse liberos*: ó atribuirles una qualidad tan odiosa, como dice la Ley 3. *tit.*15. *part.*4. ibi: *Daño muy grande viene á los fijos por no ser legitimos.*

408 Llegó D. Juan Ponce de Leon (7) á otorgar su Testamento, y como se debe executar con la seriedad, y verdad correspondiente. Dom. Castillo *tom.* 5. *Controv. cap.* 63. *num.*68. Dom. Vela *dissert.*38. *num.* 36. reconociendo, que era justo dar á cada hijo la estimacion que se debia, nombrando al Don Pedro Ponce de Leon (14), no dice, quien era su Madre, y nombrando á la Condesa Doña Leonor Nuñez, dice: *Madre de Don Rodrigo, y Don Manuel* (18 y 20) (*Memor. num.* 34.); y de ésta diversa explicacion se manifiesta diversa qualidad, y condicion del un hijo á los otros. Deutheronom. *cap.*17. *versic.*8. ibi: *Videris verba variari. Leg.* 7. §. 1. *ff. de superlect. legat.* ibi: *Appellationem eius mutatam esse.* Torr. *de Maiorat. part.*1. *cap.* 39. §. 3. *n.* 88. Dom. Valenz. *cons.*97. *num.*172. Dom. Rox. Almansa

de-

de Incompat. & Repug. possid. plur. Maiorat. disp. 1. quæst. 1. §. 7. n. 164.

409. Y el Conde de la Coruña en éste pleyto no ha negado la expresada qualidad de su nono Abuelo (*Memor. num.* 432.), y expresamente la confesó (*Memor. num.* 487.), y procediendo de aquella raíz, y principio, no puede succeder, ni tener derecho á la succesion, que pretende. *Authent. de Hæred. quæ abintest. ven. cap.* 3. versic. *Et ex diverso.* Dom. Molin. *de Hispan. Primgo. lib.* 1. *cap.* 13. *numer.* 35. Alvar. Peg. *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 8. *n.* 37. *& cap.* 10. *num.* 540. *& sup. num.* 325.

410. Es constante, que para la preferencia en la succession por razon de la mejor linea, se necesita ocurrir á la representacion, por cuya regla el hijo representa á el Padre, Abuelo, y demás ascendientes, hasta el primero, que constituyó la linea, formandose ésta de personas capaces de succeder en el Mayorazgo que se le litiga. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 7. *num.* 1. ibi: *Qui non est vocatus, nec posset etiam si viveret in Maioratu succedere, non possit, á filio representari.* Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 285. Dom. Larr. *decis.* 51. *num.* 31. Torr. *de Maiorat. part.* 1. *cap.* 33. *num.* 164. Dom. Castill. *tom.* 6. *Controv. cap.* 138. *num.* 15. vers. *Ex his*, ibi: *Ex his sanè credimus, & in Regio Granatensi Prætorio, in gravissimis causis ita observatum, & definitum vidimus; primogenituræ lineam, usque adeo procedere ex jure essentiali, & transmissibile, & potentem esse, ut eveniente casu quo si nunc viveret successurus esset is, á quo ius primogenituræ derivatur*: & prosequitur laté.

411. De lo que se halla desvanecido, lo que Don Alvaro Ponce de Leon (43), y Don Fernando Alvarez (*Memor. num.* 169.) en la Tenuta del Mayorazgo de Baylén articularon (*Memor. num.* 560. y 562.), que el Don Juan Ponce (7), y Doña Leonor Nuñez su muger, tuvieron por hijos legitimos á Don Pedro (14), su hijo mayor, Don Rodrigo (18), su hijo segundo, y Don Manuel (20), su hijo tercero.

412 Cuyas probanzas son de ningun aprecio por lo fundado en el *num.* 261. y haver quedado sin atencion, pues sin embargo obtuvo la Tenuta Don Pedro Ponce (48) descendiente de Don Manuel Ponce (20) (*Memor. numer.*

191.), cuyo hijo Don Rodrigo Ponce (35) obtuvo éste Mayorazgo en virtud de la Sentencia Imperial (*Memor. numer.* 76.) , y de quien fue nieto Don Pedro Ponce (48), que obtuvo la Tenuta, con total desprecio de los que litigaban, descendientes de Don Pedro Ponce (14); *porque asi como acostumbraron otros de la entender, asi debe ser entendida. Leg. 6. tit. 2. part. 1.*

DISCURSO IV.

§. I.

SE FUNDA, Y ACREDITA EL DERECHO que asiste al Sr. Duque, por las Fundaciones de D. Pedro Ponce de Leon (1), y de Don Pedro Ponce de Leon (2).

413. REconociendo el Conde de la Coruña el derecho, que asiste al Señor Duque, por representacion de Don Luis Ponce de Leon (12), alegó (*Mem. num.* 658.), *que este afirmaba* (el Señor Duque) *asistia la Fundacion, que figuraba hecha por Don Pedro Ponce de Leon* (2), *primer Conde de Arcos, lo que era incierto; porque dicha Fundacion nunca se observó, ni en su virtud se havia succedido en mas de tres Siglos; cuya inobservancia producia prueba, de que la disposicion de Don Pedro* (2), *jamás se havia estimado por fundacion de los Estados litigiosos; y asi el Don Rodrigo* (35), *y Don Rodrigo* (29), *en el pleyto, que siguieron, y transaccion, que otorgaron, que se confirmó por la Sentencia Imperial, y en quantas expresiones se hicieron en instrumentos, asi por los susodichos, como por sus descendientes, en los pleytos, que despues se siguieron, jamás reconocieron, ni confesaron otro Fundador, que al Conde Don Juan* (7), *y la disposicion, que despues se hizo, sin poderla executar por Don Rodrigo su hijo* (18).

414. El pleyto, que principió D. Manuel Ponce de Leon el Valiente (20), fue por muerte de D. Rodrigo Ponce de Leon (18) (*Memor. numer.* 69.); cuyo pleyto siguió su hijo Don Rodrigo (29), los que no podian, ni les tocaba de-

derecho alguno de representacion del Don Luis Ponce de Leon (12), y aunque se siguió el pleyto por el Don Rodrigo Ponce de Leon (35), segundo nieto de dicho Don Luis Ponce (12), éste no solo se fundó en la disposicion del Conde Don Juan (7), sino es *por otros muchos justos titulus de Mayorazgos* (*Memor. numer.* 70. *in fine*); cuyos justos titulos no podian ser otros, que las Fundaciones de Don Pedro Ponce de Leon (1), y Don Pedro Ponce de Leon (2); y asi en la Escritura de Transaccion, que otorgaron (*Mem. num.* 74.), dixeron: *Y el Don Rodrigo* (35) *se defendia, ó poniendo muchas excepciones.* Y despues: *En el que se alegaron varios fundamentos, y excepciones* (*Mem. n.* 74.).

415. Es conforme á derecho, que qualquiera puede fundar su defensa en varios, y diversos titulos, sin que unos destruyan, ni desvanezcan los otros, y obtendrá por el mas util. Dom. Olea *de Ces. Iur. & Act. tit.*6. *quæst.* 7. *num.*8. *& in Add. resolut.* 37. *num.*10. Balmased. *de Coll. quæst.* 85. *num.*16. y en la Transaccion se ponen estas Clausulas (*Mem. nnm.* 75.): *Y por Testamentos, donaciones, y contratos, y qualesquier Escrituras de los Antecesores de dichos Don Rodrigo* (35, y 25); cuya referencia *de qualesquier Escrituras de los Antecesores*, no parece, que puede tener otra, que á los Padres, y Abuelos del Conde Don Juan (7).

416. Este concepto lo explicaron claramente sus descendientes; pues Don Rodrigo Ponce de Leon (53) en el pleyto de Tenuta sobre el Estado de Baylén, alegó el derecho, que le asistia, como descendiente legitimo de Don Pedro Ponce de Leon (2), y Don Luis su hijo (12) (*Memor. num.*161.); y lo mismo alegó en el pleyto sobre la Propriedad de Baylén (*Memor. num.* 195. 207. *y* 210.); y en el segundo Juicio de Tenuta, sobre el Estado de Baylén (*Memor. num.* 227.), y Don Diego Fernandez de Cordova (52) alegó tambien, que la succesion se debia governar por las Fundaciones de Don Pedro Ponce de Leon (1) y D. Pedro Ponce de Leon (2) (*Memor. numer.*229).

417. El Don Rodrigo Ponce (53) en el pleyto seguido en esta Chancilleria con Don Diego Fernandez de Cordova (52), alego, *el ser unico descendiente legitimo, que havia del Conde Don Pedro* (2), *Fundador de el Mayorazgo, sobre que era éste pleyto* (*Memor. num.* 240.), y el Don Eugenio Al-

barez (56) alegó en el año de 1590, que la primera Fundacion *era, el Testamento de Don Pedro* (2) (*Memor. numer.* 164.).

418. En el expresado pleyto, que siguió el Don Diego Fernandez de Cordova (52), pidió, que el Duque Don Rodrigo (53) jurase posiciones, y entre las preguntas fueron la segunda, y septima (*Memor. num.* 251. y 253.), en las que se le preguntó sobre las disposiciones, y Fundaciones de Don Pedro Ponce de Leon (1), y Don Pedro Ponce de Leon primer Conde de Arcos (2): y en ésta propria verdad insistió el Sr. Duque en su contextacion (*Memor. num.* 307. 358. 362. 365. 370. 731. 883. 903. y 934.), y se nota en el Mem. num. 923. y aun el Conde de la Coruña no pudo apartarse de esta inconcusa verdad, como se advierte en el Memorial *numer.* 366.

§. II.

QUE A EL SEñOR DUQUE LE ASISTE EL derecho à los Mayorazgos, que se litigan, como descendiente legitimo de Don Luis Ponce de Leon (12).

419. DOn Pedro Ponce de Leon (1) por su Testamento, que otorgó en la Ciudad de Sevilla en 7 de Diciembre, Era de 1412, entre otras Clausulas mandó por Mayorazgo á Don Pedro Ponce de Leon (2) su hijo, la Villa de Marchena, los Lugares de Rota, Baylén (aqui falta alguna expresion), y prosigue: y de la Oliva, y dos pares de Casas en Sevilla (*Memor. numer.* 665.); y concluye dexando á su hijo Don Pedro (2) por legitimo heredero en todos sus bienes *por Mayorazgo* (*Memor. num.* 667.), en cuya virtud se adquirió derecho á todos los descendientes en la succesion de dicho Mayorazgo, *ut dixim. supra num.* 126.

420. En 9 de Enero de 1448, Don Pedro Ponce de Leon (2), primer Conde de Arcos, otorgó su Testamento (*Memor. numer.* 705.) (y lo afirma el Moreri en el gran Diccionar. Historic. traducido por Don Joseph de Mi-

ra-

rabél y Casadevante, Canonigo de el Sacro-Monte de esta Ciudad de Granada *Liter. P.* ibi: *Testó en Marchena en 9 de Enero de* 1448, y Salazar de Mendoza *en la Historia de los Ponces de Leon, Elogio* 15. §. 3.), baxo de cuya disposion murió; por una de sus Clausulas mandó, que Don Juan Ponce de Leon (7) su hijo mayor legitimo, y de la Condesa su muger huviese, y heredase él su Mayorazgo, que es el Condado de Arcos, *de que el Rey me fizo merced, y me lo dió por Mayorazgo*, y de la validacion, y certeza de esta merced, y de la calidad de Mayorazgo, con que se conceden dexamos tocado *supra num.* 129.

421. Asimismo mandó, que se le entregase al Don Juan (7) las Villas de Marchena, é Rota, con sus Almadravas, é la Villa de Baylén, é las Casas de Sevilla, que dice le quedaron de su Padre (*Memor. num.* 713.), y aunque en la disposicion del Padre no suena la Villa de Mayrena, pudo estar en la falta que contiene su Testamento (*Memor. num.* 665.), y daxamos notado *supra num.* 125. como las Salinas de Tarfia; y Azeñas de Guadalate.

422. No dexando el Don Juan (7) hijos legitimos herederos, mandó, que succediese Don Pedro (9), y si finase sin dexar hijos legitimos, succediese Don Fernando (10), y si finare sin dexar hijos legitimos herederos, heredase su Mayorazgo Don Lope (11), y si muriere sin hijos legitimos, succediese Don Luis (12), y si finare sin dexar hijos legitimos herederos, hizo otros llamamientos en las hijas (*Mem. n.* 714.).

423. Con lo qual quedó establecido un Mayorazgo perpetuo para los llamados descendientes, y que fuese de la familia. Dom. Castillo *tom.* 2. *Controv. cap.* 22. *ex num.* 3. Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 1. *cap.* 4. *numer.* 13. Hermosill. *in leg.* 44. *tit.* 5. *part.* 5. *Glos.* 5. *ex num.* 3. Dom. Valenz. *cons.* 113. *num.* 65.

424. En virtud de ésta Fundacion adquirieron derecho á ella todos los descendientes de los llamados por su orden, *ex leg. Ex facto* 43. §. 1. *ff. de Vulgar. & Pupil. Substit.* Dom. Valenz. *cons.* 133. *num.* 13. y 14. Dom. Castillo *tom.* 3. *Controv. cap.* 15. *num.* 23. & 24. Con que caso negado, que en la descendencia de el Don Juan Ponce de Leon (7) faltase la qualidad apetecida por el Fundador, y

no parecer ninguno, que sea descendiente legitimo de Don Pedro (9), Don Fernando (10), ni Don Lope (11), llegó el caso de la succesion de Don Luis Ponce de Leon (12), sus hijos, y descendientes legitimos, como lo es el Señor Duque, y lo que no se le disputa (*Memor. n.* 3.).

§. III.

OPONE EL CONDE DE LA CORUñA CONtra estos Testamentos, el que no estaban firmados por los Otorgantes (Memor. numer. 673. y 719.).

425. ESTos Testamentos se otorgaron antes del establecimiento de la Ley 13. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.* la que dispuso, que *si las Partes las otorgaren, las firmen de sus nombres*; pero por derecho comun, ni de las Partidas, no era necesario, que los Otorgantes las firmasen. Faria ad Dom. Covarrub. *Pract. cap.*20. *num.*13. ibi: *Quæ solemnitas de jure communi, & Partirarum non desideratur, ut colligitur ex leg.*54. *tit.*18. *part.* 3.

426. Insta el Conde de la Coruña el defecto de potestad, que tuvo el Don Pedro Ponce de Leon (1) para la disposicion, que hizo; porque incluyó en el Mayorazgo la Villa de Baylén, que no era suya, sino es de Doña Sancha Ruiz de Baeza (*Mem. num.*674.)-

427. En el Memor. *num.* 676. se nota la probanza hecha sobre, que la dicha Villa de Baylén fue propria de Don Pedro Ponce (2), y haviendola incluido en el Mayorazgo, que fundó (*Memor. numer.* 713.), excluye este reparo.

428. Y que fuese la Villa de Baylén propria del Don Pedro Ponce (2), se prueba, porqué los hijos son herederos de sus Padres. D. Paul. *ad Galat. cap.* 4. *vers.* 7. ibi: *Si filius, & hæres. Leg.*2. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.*1. *num.*2. y confesando el Conde de la Coruña, que Doña Sancha (1) fue la Madre de Don Pedro Ponce, es consiguiente, el que heredase la dicha Villa, y la pudiese incluir en el Mayorazgo, que fundó; pues basta el que

qual-

qualquiera sea hijo, ó nieto de otro, para fundar derecho á sus bienes. *Leg.* 10. *tit.* 14. *part.* 3. ibi: *Abonda, que el Demandador pueda probar, que aquella cosa fue suya, ó de su Padre, ó de su Abuelo.*

429. Y quando se probase, y fuese cierto, que la Villa de Baylén era propria de la Doña Sancha, pudo por otro medio satisfacer el Don Pedro Ponce (1) á su muger el contingente de dicha Villa, para incluirla en el Mayorazgo, y consentirlo la referida, y que no fuese de la Doña Sancha, se prueba del instrumento de venta a favor de Don Pedro Ponce *Addic. al Memor. num.* 1072. Para mas claridad, y corroboracion, de que la Villa de Baylén perteneció á Don Pedro Ponce de Leon, Padre del Don Pedro (1), se ha presentado la venta, que consta en la *Addic. al Memor. numer.* 1072. Contra este instrumento alega el Conde al *numer.* 1075. de la dicha Addiccion, y se satisface por el Señor Duque al *numer.* 1081. de la propria Addicion, y en el *numer.* 1108. de dicha Addicion, se refiere el el Alegato del Conde, que la Sobre-Carta presentada por el Señor Duque, y se expresa al *numer.* 1104. tiene el reparo, de que *el Real Sello está sobre cera colorada, y en esta forma, ni entonces, ni ahora, se expedian, ni eran legitimas semejantes mercedes, ó gracias; pues mucho mas antiguo se practicaba, ordenaba, y suponia por Leyes de estos Reynos, que los Privilegios Reales, que tenian Sello, era de plomo, y asi se mandaba poner pendiente de cuerda de Seda, &c.* Ciñendonos á nuestras Leyes de el Reyno; pues se podia hacer una larga descripcion de los Sellos, y su uso, de que escrivió un Libro Hompinck por la Ley *de Part.* 3. *tit.* 18. *part.* 3. no se pone precision de que se use del Sello de plomo en cuerda de Seda, y asi lo declara el Señor Greg. Lop. en la Glos. 3. de la Ley 4. de dicho titul. ibi: *Teneret ergo, & si Sigilato sera*, y la misma Ley dice; *Sello de plomo, é cuerda de Seda pueden poner en otras Cartas*: con que no precisa, que haya de ser de plomo; y asi la Ley 5. siguiente refiere las Cartas, que se han de sellar con Sello de cera. El Salazar de Mendoz. *Orig. de las Dignid. Seglar. de Castilla, y Leon, lib.* 2. *cap.* 6. refiere la antiguedad del uso de los Sellos: *Que al Chancillér dió un Sello de plomo, con un Castillo de Oro en campo colorado, en lugar de el que usaban sus antecesores; y tambien de él hay quien diga, QUE*

USó DE SELLOS DE CERA, E CORREAS. La Ley 5. *tit.* 15. *lib.*2. *Recopil.* dice, que se selle con *Cera colorada.* El *Aut.* 10. *tit.*15. *lib.*2. *de los Aut. Acord.* hace tambien mencion del Sello de Cera, y lomismo dá á entender la Ley 6. *C. de divers. Rescript.* pues no previene, que el Sello sea de plomo, de que se infiere, que no es tan asegurado, lo que dice el Alegato del Conde.

430. Concurriendo, el que los Interesados en esta disposicion, eran los demás hijos, en quanto se les perjudicaba su legitima materna, y nietos, ni la Madre en el transcurso de tantos años no han reclamado, ni dicho cosa alguna, de que se reconoce el consentimiento de unos, y otros. Anton. Gom. *Variar. tom.*1. *cap.*11. *num.* 24. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.*2. *cap.*1. *num.* 29. Matienz. *in leg.* 11. *tit.*6. *Glos.*1. *lib.*5. *Recopil. num.*1. Dom. Valenzuel. *cons.*182. *num.*1. Dom. Castillo *tom.*5. *Controv. cap.*64. *num.* 29. *&* *cap.* 107. *num.*36. *&* *numer.*75. versic. *Sexto.* Dom. Olea *de Ces. Iur. & Act. tit.* 3. *quæst.* 7. *num.* 37. y para el Conde de la Coruña, no siendo su heredero, es derecho de Tercero, que no le incumbe, ni pertenece. *Leg.* 6. §. *Fin. ff. de negot. gest. Leg. Loci corpus* 4. §. *Competit. ff. si servit. vendicet.* Valer. *de Transact. tit.*5. *quæst.* 1. *numer.* 25. Dom. Larrea *allegat.* 50. *num.*90. Dom. Olea *de Ces. Iur. & Act. tit.*5. *quæst.*10. *n.*8. Alv. Peg. *de Maior. tom.*1. *cap.*6. *n.* 436.

431. Alegó el Conde de la Coruña, que la falta de potestad en el Don Pedro (1) para la dicha Fundacion, se acreditaba, *lo segundo, por haver incluido en ella la Villa de Mayrena, y las Azeñas de Xeréz, no pudiendo executarlo, por haver ofrecido estas alhajas en casamiento á su hija Doña Isabél* (3) (*Memor. num.*677.).

432. A lo que se satisfizo concluyentemente por el Señor Duque (*Memor.numer.* 693.), porque para que lo ofrecido en dote se haya de entregar, se ha de verificar, el que tuvo efecto el matrimonio. *Leg.*2. *ff. pro donat. leg. Licet, ff. de iur. dot. leg.*2. *C. de innut. stipulat. leg. Neque, C. de nupt. leg. Cum multæ, C. de donat.* Anton. Gom. *in leg.* 50. *Taur. num.*15. *&* 18. Dom. Paz *de Tenut. cap.*57. *num.*219. y no constando de que la Doña Isabél huviese contraído matrimonio, cesa la razon de la obligacion, para que la Doña Isabel pudiese pedir dichos bienes, y menos, que sir-

va

va de apoyo al Conde de la Coruña, que no trae causa de la dicha Doña Isabél, *ex dict. supr. num.* 430.

433. Continúa dicho Conde de la Coruña, alegando, que la vinculacion, que hizo el Don Pedro (1), fue en perjuicio de las legitimas de las tres hijas, que tenia; sin que se pudiera subsanar, con decir, que la vinculacion fue por via de mejora de tercio, y quinto, asi porque no lo expresó el Fundador, como porque dicha mejora, no podia ser correspondiente para Mayorazgo tan opulento, como de el que resultaba de los bienes aplicados al Don Pedro (2) (*Memor. n.* 677.).

434. No es de esencia de la mejora, el que expresamente se diga, que el Padre mejora en el tercio, y quinto; porque siempre que manda, ó dá bienes á algun hijo, se entiende mejorado en ellos. *Leg.* 26. *Taur.* y despues de tantos años, querer indagar, si el Don Pedro Ponce (1), tuvo, no tuvo bienes para cumplir su disposicion, es de ninguna atencion.

435. Lo cierto es, que se presume de derecho, que el Testador sabe hasta donde alcanzan las Facultades de sus bienes, para las mandas, legados, y otras disposiciones. *Leg. Quisquis* 15. *C. de rescindend. vendit.* Mier. *de Maiorat. part.* 1. *quæst.* 52. *num.* 84. Dom. Vela *dissert.* 8. *num.* 46. Far. ad Dom. Covarrub. *cap.* 3. *Pract. num.* 25. y atenta dicha disposicion, debemos creer, que el Don Pedro (1) tuvo Facultades para la Fundacion del Mayorazgo, y para las *diferentes mandas, que debian deducirse de la mejora* (*Mem. num.* 677.).

436. Se ha satisfecho congruentemente por el Señor Duque á estos reparos, y otros muchos, que se han opuesto por el Conde de la Coruña, que fuera el satisfacer con individualidad á cada uno, el dilatarnos con demasiada profusion, bastando por todos el reconocer la diferencia, que se halla en las disposiciones testamentarias entre la voluntad, y la certeza del instrumento, en aquella disponen los Testadores en perjuicio de sus hijos, y para estos tiene remedios el derecho, como la querella, y otros *ex leg. Inter cætera, ff. de liber. & posth. Leg.* 1. *& per tot. titul. ff. de injust. rupt. testam. Leg.* 10. *tit.* 7. *leg.* 1. *tit.* 8. *part.* 6. Sin que por esto, ni el Testamento sea falso, ni se arguia de insubsistente

en las demás disposiciones, y declaraciones. *Authent. ex causa, C. de liber. præter. Leg. Fin. tit.* 8. *part.* 6. *Leg.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recopil.* Dom. Castill. *de Usufruct. cap.* 8. *num.* 11. Dom. Valenz. *cons.* 138. *num.* 32. por lo que no es del caso de este pleyto el indagar, si mandó, ó no mandó, si instituyó, ó no á sus hijos, y si fundó Mayorazgo de bienes agenos, lo que verán, y examinarán los interesados, á quien pertenezca.

437. Prosigue alegando el Conde de la Coruña (*Memor. numer.* 680. 681. y 682.), que para la disposicion del Don Pedro (1), no huvo consentimiento de sus hijas, antes sí lo contradixeron, y se hicieron diferentes actos en contrario, y de no haver subsistido la vinculacion en los Pueblos de Oliva, y Valencia, para lo que refiere unos Autos executivos, y una Escritura de venta de dichos Lugares de Oliva, y Valencia.

438. Respondió el Señor Duque, que lo referido no se justificaba, y quedaba excluido el alegato, y aun caso (no concedido), que fuese cierta la enagenacion de dichas Villas de Oliva, y Valencia, no prueba la insubsistencia de la Vinculacion, sino es, que quando no huviese precedido Real Facultad para ello, tendrian los succesores derecho para reintegrar á el Mayorazgo de los bienes, asi enagenados (*Memor. numer.* 696.), Dom. Castill. *de Aliment. cap.* 36. §. 1. *num.* 4. & 5. Aguil. ad Roxas *de Incomp. part.* 5. *cap.* 6. *ex num.* 3.

439. Que Doña Sancha Ruiz de Baeza (1), como Tutora de sus hijos vendiese la Villa de Bornos, como se alega por el Conde de la Coruña (*Memor. num.* 685.), es de ningun aprecio; porque como se nota (*Memor. numer.* 686.), la Villa de Bornos no está mencionada, y por consiguiente, ni incluída en las Fundaciones de D. Pedro Ponce (1), ni Don Pedro Ponce (2).

440. Para excluir el Conde de la Coruña la Fundacion del Don Pedro Ponce de Leon (1), alegó, que por relacion Historica, y Autor, que escrivió, haviendo reconocido el Archivo del Duque en su Casa de Marchena, no havia tal Fundacion (*Mem. num.* 687.); y para exforzar mas éste concepto, lo apoya con las respuestas, que á las posiciones en el pleyto de 1623, dió el Duque Don Rodrigo

(53), en que dixo, que la succesion se debia governar por la disposicion de Don Pedro (2), añadiendo, *y que por el dicho Mayorazgo, y otros titulos se havia ido succediendo en él, á que se remitia* (*Memor. num.*689.).

441 Estos *otros titulos*, no podian ser otros que la Fundacion del Don Pedro Ponce (1), y asi en la pregunta segunda de dichas posiciones se le preguntó, que el Don Juan (7) succedió en el Condado, y Mayorazgo de Arcos, que *fundaron los dichos Don Pedro Ponce* (1), *Señor de Marchena*, y *Don Pedro Ponce* (2), *primer Conde de Arcos* (*Mem. num.* 688.), á lo que respondió, *que era verdad*, y *confesaba todo lo referido*: de que se infiere, que confesó la Fundacion primera del Don Pedro (1), y la segunda de el Don Pedro (2).

442. Este fue, como dexamos ya dicho, otorgado en la Villa de Marchena en 9 de Enero de 1448, por el que mandó á Don Juan Ponce de Leon (7) el Mayorazgo, que tenia del Condado de Arcos, de que el Rey le havia hecho merced, y las Villas de Marchena, é Mayrena, é Rota con sus Almadrabas, y la Villa de Baylén, y las Casas mayores de Sevilla, y otros bienes, que expresa, segun, y en la manera, que lo tenia, y *poseo por Mayorazgo, é lo fallara, que yo lo hove, y herede de mi Padre, é mi Señor Don Pedro* (1), *que Dios haya, segun se contiene en el Testamento, que fizo* (*Memor. num.* 713.).

443. De lo que se comprueba la existencia de el Testamento, y disposicion de el Don Pedro Ponce (1), y por éste titulo poseyó, como de Mayorazgo Don Pedro Ponce (2) los bienes, que su Padre incluyó en el Mayorazgo, al que añadió Don Pedro Ponce (2) otros bienes (*Memor. num.* 713), y por ésta razon pudo salvarse el aplicar á la Fundacion del D. Pedro Ponce (2), el que por ella se succedia, sin excluir la primitiva Fundacion. *Argum. Text. in leg.*3. §. 3. *ff. de carvonian. edict.* Dom. Valenz. *cons.* 96. *num.*23. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 1, *cap.* 8. *num.* 25. ibi: *Quoties enim aliquid substanciale additur, sivé detrahitur rei antiquæ, non antiqua, sed nova censenda erit.* Cardinal. de Luca *de Feud. disc.*9. *num.*12. *& in decis. Siciliæ n.*6.

444 Contra éste Testamento opone el Conde de la Coruña los mismos defectos, que al del Don Pedro Pon-

ce (1) (*Memor. num.*719.), á lo que dexamos respondido, y añade, que se hallaba una referencia al año de 1456, como hecho anterior al Testamento (*Memor. num.* 717.), siendo asi, que el Testamento se otorgó en el año de 1448 (*Mem. n.* 705.), ocho años antes del año de 1456 (*Memor. numer.*720.).

445 Aun en materias de la mayor consideracion se incide inadvertidamente en los yerros de los numeros. La ultima cesion del Santo Concilio de Trento, fue en Diciembre de 1563; y la Bulla de Confirmacion del Papa Pio IV. *Quæ incipit*: *Benedictus Deus, & Pater Domini nostri Jesu-Christi*, es en las Kalendas de Febrero *Anno Incarnationis Dominicæ* 1563 *Sept. Kalendas Februarij, Pontificatus nostri, Anno quinto*: de que se reconoce la clara equivocacion de la data.

446 Cabasucio, *in diatriva super Bull. Cencilij Tridentin. y el* Maest. Perez, *in dissert. Eccles. part.2. cap.6. pag.* 268. *num.26.* ibi: *Id res tanti momenti, quanti erat Tridentina Synodus, nobis suppeditat, cum enim ea anno Domini* 1564 *confirmata sit, Bulla tamén confirmationis non hunc, sed superiorem* 1563 *præfert :::: Et tamén annum* 1563, *eumque non numericis notis, in quibus facilior lapsus, sed nerbatim, ac syllabatim præfert: aliud ergo Notarius agebat, cum eam conscriberet.*

447 En el Epitafio del Sepulcro de San Juan de Mata en Roma, se padeció la equivocacion en el año de la institucion del Orden de la Santisima Trinidad, *que es manifiesto descuido del que labró el marmol, que en el Epitafio havia de tener el año de la Encarnacion* 1198, *y con esto se ajustan todas las demás cosas*, como dice Fr. Raphaél de San Juan, Religioso Descalzo de la Santisima Trinidad, en el Tratad. *de la antiguedad; calidad, y Privilegios de la Redempcion de Captivos. Cap.*8. *num.*110. *y* 111. y asi se podian advertir otras muchas equivocaciones de numeros, que omitimos, por ser hecho tan notorio, y que frequentemente, se advierte en las Historias, sin que por esto descaezca, y pierda la fé.

448 Dixo Don Pedro Ponce (2), que havia tenido confirmacion del Señor Rey Don Enrique (*Mem. num.* 713.); contra cuya expresion alega el Conde de la Coruña, como que no debe ser creída, y que fue pretexto el suponerlos vinculados por su Padre, y haver obtenido la Real Facultad (*Memor. num.*720).

Bas-

449 Bastaba para satisfaccion á este alegato lo que dexamos dicho en el *num.* 172. de que en la fé humana debemos creer, lo que verosimilmente se propone, y no es digno de atencion, que un Actor, que ha de probar clara, y concluyentemente su demanda, y *per necesse, ut supra num.* 398. se le pueda, ni deba apreciar, que despues de tantos años quiera arguir, y poner duda en unas disposiciones, que se hallan en forma probante, y con las demás solemnidades de instrumentos públicos contra la razon *del cap.* 1. *de Frigid. & Maleficiat.*

450 Dixo Don Pedro Ponce (2), que el Testamento de su Padre (1), y la confimacion, estaba en poder de Don Juan (7) su hijo (*Memor. num.* 713.), y siendo en aquel tiempo el primer empléo el de las Armas, y en las que tan valerosamente se ocupó el Don Pedro Ponce (2), su hijo Don Juan Ponce (7), y Don Rodrigo (18), quando no trataban conservar Archivos, ni otra precisa solemnidad; no es extraño, que no aparezcan muchos de los instrumentos, que entonces se otorgaron, y basta qualesquiera prueba, indicio, ó expresion para que deba ser creída, y mantener á cada uno en la posesion, en que se halla; por que quien traía á la continua la Lanza en la mano, mal podia desembarazarla para la pluma, dixo el P. Jaím. Bled. *en el Revel. y Guerra de los Morisc. del Reyno de Granada lib.* 6. *cap.* 15. *y la Ley* 22. *tit.* 5. *lib.* 3. *Recopil.* ibi: *Que saben mejor usar de las Armas, que no leer Libros de los Fueros, y derechos. Leg.* 6. *tit.* 14. *part.* 3. *Leg.* 29. *tit.* 14. *part.* 5. *leg.* 22. *C. de iur. deliverand.* Lucan. *lib.* 3. *de Vell.* ibi:

Usque adéo solum ferrum, mortemque timere.
Auri nescit Amor. Pereunt discrimine nullo
Amissæ leges, & pars vilisima rerum.

Apud Sang. *Verb. Bellum.* Ferrer. *de Iust. & Iniust. Bell. num.* 36. *&* 196.

451 Por tanto las acciones, y derechos, que se deducen despues de la muerte de los que podian tener conocimiento, y noticia de los hechos, tienen reconocida resistencia, y son dignas de desprecio *ex leg. Procula* 26. *ff. de probat. leg.* 28. *tit.* 23. *part.* 3. *Leg.* 3. *tit.* 13. *lib.* 3. *Ordinam.* Escob. *de Ratiot. cap.* 37. *num.* 6. Dom. Vela *dissert.* 38. *numer.*

80. Cardinal. de Luca *de Empt. & Vendit. disc.*9. *num.*8. *& de conflict. observat.* 159. *circa finem.* Dom. Covarrub. *cap.*39. *Pract. num.*5.

452 Alega el Conde de la Coruña, que se acreditaba de incierta la Fundacion, que pretextó el Don Pedro (2) para efectuar el intento, que nunca pudo, infiriendose el mismo pensamiento del que se decia Testamento de éste; pues en él hacia sus disposiciones, ó llamamientos, como nuevo Mayorazgo; cuya superfluidad estaba de más, si huviese anterior Fundacion (*Memor. numer.* 721).

453 En éste alegato se procede con reconocida equivocacion: porque el Don Pedro Ponce (2) en su Testamento distinguió los bienes suyos, mandando, que Don Juan Ponce de Leon (7) su hijo, heredase el Mayorazgo, que tenia, que *es el dicho mi Condado de Arcos, de que el Rey me hizo merced*, y *me lo dió por Mayorazgo* (*Memor. numer.* 713.).

454 De los que tenia de su Padre, que eran las Villas de Marchêna, é Mayrena, é Rota con sus Almadrabas, é la mi Villa de Baylén, é las mis Casas mayores de Sevilla, que me quedaron de mi Padre, y otros bienes, que expresa, y fenece; *segun, y en la manera, que yo lo tengo, é posseo por Mayorazgo, é lo fallara, que yo lo hove, y heredé de mi Padre, é mi Señor Don Pedro* (1), *que Dios haya, segun se contiene en el Testamento, que fizo* (*Mem. n.*713.).

455 Sin que se reconozcan nuevos llamamientos, ni alteracion en la voluntad de su Padre; porque éste fundó el Mayorazgo en cabeza de su hijo Don Pedro (2) (*Memor. num.*665. *y* 667.); en cuyo llamamiento están incluidos todos los descendientes del Don Pedro (2), y demás de la familia *ex dict. supr. n.*126.

456. Y el Don Pedro (2), lo que executó fue, mandar al Don Juan Ponce de Leon (7) su hijo mayor, el dicho Mayorazgo, y despues de él, y sus descendientes, fue dando llamamiento á los demás sus hijos, y descendientes (*Memor. num.*714.(; con que no se discurre, en que hiciese *las disposiciones, y llamamientos, como nuevo Mayorazgo*, sino es explicar los succesores, y nombrar los hijos por el orden, que tenian derecho á la succesion.

457. Se refiere el Conde de la Coruña á una His-

to-

toria, que dice, *escrita con prévio conocimiento del Archivo del Duque*, de que el titulo de Conde de Arcos fue vitalicio, y por consiguiente no tuvo el Don Pedro (2) Facultades para su inclusion en dicho Mayorazgo, ni por este titulo succedió en dicho Condado el Don Juan (7), sino es por la particular concesion, que se le hizo muerto ya su Padre (*Memor. num.* 724).

458. Toda ésta narrativa carece de justificacion, y lo contrario consta del Testamento del dicho Don Pedro Ponce (2), en que dice, que el Rey le hizo la merced del Condado de Arcos, y se le dió por Mayorazgo (*Mem. numer.*713).

459. La concesesion por Mayorazgo es opuesta á la merced vitalicia, ésta se acaba con la persona, y aquella es perpetua para los de la familia. Aguil. ad Roxas *de Incompatib. part.*1. *cap.*6. *num.* 256. Roxas *de Incompatib. part.* 4. *cap.*4. *num.*22. *&* 27. & ibi Aguil. *cum mult. numer.* 34. Balmas. *de Collect. quæst.*40. Salced. *in Theat. Honor. Glos.*32. Dom. Olea *de Ces. Iur. & Act. tit.* 3. *quæst.*1. *num.* 22. Antunez *de Donationib. lib.*2. *cap.* 7. *num.* 10. Dom. Crespi *observat.*117. *ex n.*40.

460 La suplica á los Señores Reyes, para que continuen los Privilegios, gracias, y mercedes, no es, ni se dice nueva gracia, sino es continuacion de la primera. Dom. Castillo *tom.*5. *Controvers. cap.*89. *num.*20. *& seqq.* D. Olea, *de Ces. Iur. & Act. tit.*6. *quæst.*7. *n.*10.

461. Para ezforzar el dicho Alegato, continúa el Conde de la Coruña, que el que huviesen sido vitalicias las dichas Concesiones hechas al Don Pedro (2), y al Don Juan (7), y que cada uno succedió por la suya, se comprueba de la Real Cedula de Confirmacion (*Mem. num.*25.), expedida en 20 de Marzo de 1449 (*Memor. num.*725).

462. Insistiendo el Señor Duque en la ninguna fé, ni aprecio, que merece dicha Confirmacion, y que dexamos tocado en el *numer.* 331. su propria narrativa destruye el Alegato: dice, *que por quanto el Conde Don Juan havia hecho gracia, y donacion á Don Pedro su hijo mayor* (14) (*Memor. num.* 25).

463. El que no es dueño de una cosa, no puede hacer gracia, ni donacion de ella. *Leg.* 1. *tit.* 4. *part.* 5. ibi:

Puede dár lo suyo; el instrumento dice, que el Don Juan havia hecho gracia, y donacion, lo que es confesarle el dominio, y el *ius perfecti disponendi*, lo que es opuesto á que fuera la gracia por vida del Don Juan, y no más; pues aunque fuera dueño mientras vivia, no podia hacer *gracia, y donacion*, para despues de su muerte. Dom. Molina *de Hisp. Primog. lib.* 1. *cap.* 19. *n.*4. *&* 39.

464. El fundamento principal de el Conde de la Coruña para intentar su Demanda es, que el Fundador de los Mayorazgos, fue Don Juan Ponce de Leon en virtud de la Real Facultad, que obtuvo en 20 de Marzo de 449, (que es la que se refiere en el *Memor. num.*25.), por la qual quedó el Mayorazgo de dicho Don Juan con la Villa de Arcos, y demás Terminos, Castillos, &c. *para siempre enteramente en Don Pedro* (14), *y sus descendientes* (*Memor. numer.* 258.).

465. En el *numer.*331. fundamos, que la confirmacion, no dá, ni aumenta mas derecho, que el que por sí tiene la disposicion; la que se refiere en esta Real Cedula, es, la de Confirmacion de la posesion, ó reconocimiento que el Don Juan hizo á favor del Don Pedro (14) (*Memor. n.* 22.), que dexamos tocada *num.* 331.

466. El Don Juan (7) no podia en perjuicio de los hijos legitimos, como lo era Don Rodrigo Ponce de Leon (18) dar al hijo adulterino, ni donarle, lo que á aquel le tocaba por derecho, y succesion de sangre. Roxas *de Incompatib. part.*1. *cap.*6. *num.* 79. ni confirmarse por su Magestad, por los reconocidos vicios de obrepcion, y subrepcion, con que se supone obtenida dicha Facultad.

467. En la expresada posesion se refiere, el que el Don Juan havia casado con Doña Leonor Nuñez, y que en virtud, y fuerza de dicho matrimonio el Don Pedro de Leon su hijo (14), y de la susodicha era de derecho su legitimo hijo, y heredero (*Memor. numer.*22.).

468. Cuya narrativa fue falsa, y opuesta á la disposicion de derecho; porque el hijo adulterino no se legitima por el matrimonio subsequente, como dexamos fundado en el *numer.*373. en lo que no puede favorecer á el Don Pedro(14),que en dicha narrativa se procediese con ignoranci a del derecho, y que el Don Juan pensase para la

su-

suplica, que pudiese tener lugar la legitimacion en el hijo adulterino, ni darle la Impetra del Padre, lo que de derecho no podia conseguir, porque la ignorancia de derecho no releva, ni es de efecto alguno, *Leg. 9. ff. de Jur. & fact. ignor. cap. Ignorantia de Reg. Jur. in 6.* Barbos. *Axiom. Jur. axiom.* 113. *num.* 7. Anguian. *de Legib. lib.* 3. *cont.* 11. *n.* 34. *& lib.* 4. *cont.* 8. *n.* 7.

469 Si se funda el Conde de la Coruña en la Real Facultad, que se refiere en el (*Memor. numer.* 26.) esta ni fue fundacion de Mayorazgo, ni por ellas puede fundar derecho alguno, antes si destruye lo que antes tiene dicho, y el llamado reconocimiento de posesion. (*Memor. num.* 22.)

470 La Real Facultad para fundar Mayorazgo á favor de alguna persona, en tanto tiene fuerza, y obra efecto, en quanto se usa de ella, Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 2. *cap.* 7. *n.* 71. *in fin.*

471 La dicha Real Facultad es conforme á la suplica, que hizo dicho Don Juan Ponce (7), que fue para que su Magestad le diese licencia, y autoridad, para que lo que el Don Juan hiciera en esta parte, y dispusiera valiese, y fuese firme, y estable para siempre, *cap.* 20. *de Rescript.* & ibi Dom. Gonz. *num.* 2. *&* 5. Dom. Salgad. *part.* 1. *Labyr. cap.* 37. *num.* 17. *&* 23. Dom. Larr. *allegat.* 91. *num.* 7. *& seqq.* Bay. *de Dol. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 9. Ant. Gom. *tom.* 3. *Variar. cap.* 11. *num.* 3. Dom. Olea *de Cess. Jur. & Act. tit.* 6. *q.* 1. *n.* 18. Jul. Cap. *tomo* 3. *discept.* 171 *n.* 5. y asi se repite en la dicha Real Facultad, ibi: *Todo lo que en esta razon por el dicho Don Juan fuese hecho, ordenado, establecido á favor del dicho Don Pedro* (14) *&c.* y despues: *Y lo que por virtud de la dicha Facultad el dicho Don Juan hiciese, ordenase, y otorgase, &c.* (*Memor. num.*26.). No dispuso, ni consta usase de tal Facultad, con que quedó sin efecto, ni produxo en favor del Don Pedro (14), y sus descendientes derecho, que puedan representar.

COMISION PROVINCIAL DE

NO

§. VI.

NO LE FAVORECE A EL CONDE DE LA Coruña la Fundacion de Don Juan Ponce de Leon (7).

472. CAn parecerle al Conde de la Coruña, que fundaba su derecho con dichas Reales Facultades, y disposiciones, pasa á referir en su Demanda la disposicion del Testamento de Don Juan Ponce de Leon (7), en la que dice fundó Mayorazgo de la Villa de Arcos, Marchena, &c. (*Memor. num.*259.).

473. En esta inteligencia no nos conformamos; porque el Don Juan para obtener la Real Facultad de 6 de Febrero de 1461, refiere, que poseía el Mayorazgo de sus Progenitores, y de su Padre el Conde Don Pedro (2) (*Memor. n.* 30.), y despues disponiendo dice: *Tuviese el Don Rodrigo* (18) *por Mayorazgo la Villa de Arcos con su titulo de Condado, &c. con todas las cosas, y Donadios, que dicho Don Juan heredó por Mayorazgo de Don Pedro* (2) *su Padre*: Y despues hablando de las dos pares de Casas de la Ciudad de Sevilla, dice: *para que las huviese por Mayorazgo, y por la via, que el dicho Don Pedro* (2) *se las havia dexado al Don Juan*: y hablando de las casas de la Villa de Carmona, *que tambien le havia dexado por Mayorazgo su Padre*, y que á éste Mayorazgo tocaba en el Reyno de Aragon las Villas de Consentayna, y Planes, *por haverlas dexado en el Testamento Don Pedro* (2) *su Padre* (*Memor. num.*36.).

475. De que se manifiesta, que no fue voluntad del Don Juan Ponce de Leon (7) alterar, ni mudar la voluntad de su Padre, y que en nombrar al Don Rodrigo por su succesor, no es fundar de nuevo Mayorazgo de los bienes, antes fundados, sino declarar, que el succesor en ellos era el Don Rodrigo Ponce (18), como su hijo legitimo, y primogenito. *Leg. Unum ex familia* 67. §. 1. *ff. de legat.* 2. ibi: *Non enim facultas necessariæ electionis, propriæ liberalitatis beneficium est. Leg. Lucius* 88. §. *Damæ* 12. *eod.* ibi: *Ex Testamento superiore fideicommissum petere posse.* Torre *de Maioratib. tom.* 1. *cap.* 27. *num.* 131. Dom. Molina *de Hispan.*

Pri-

Primog. lib.2. cap.4. num.6. & ibi Addent. Y asi quando entró á disponer de sus bienes, refiere la merced de la Ciudad de Cadiz, y para mas honrar al Don Rodrigo, y *acrescentar el Mayorazgo se la dexaba al susodicho, para que junto con todas las otras cosas de dicho Mayorazgo, lo huviese despues de su vida* (*Memor. numer.*38.).

475. En esta disposicion tuvo el Don Juan el respecto al Mayorazgo de su Padre, el que consideró subsistente, y permanente, y lo tuvo tambien á los bienes suyos proprios, haciendolos de la misma naturaleza, que el Mayorazgo antiguo, *y acrescentar su Mayorazgo* (*Memor. numer.* 36.) : y en otra expresion, *para que junto con todas las otras cosas de dicho Mayorazgo* (*Memor. numer.* 38.).

476. La mente del Don Juan fue agregar, y aumentar el Mayorazgo de su Padre ; y en las tres especies de agregacion, que son, *per incorporationem, accessoriæ, & æquæ principaliter.* Aguila ad Roxas *de Incomp. part.* 1. *cap.* 7. *á n.* 110. Alv. Pegas *de Maiorat. tom.*1. *cap.*2. *num.* 39. 48. *&* 49. parece, que el Don Juan quiso, que fuese su Fundacion como incorporada, y accesoria á la principal disposion, siguiendo las demás reglas, y llamamientos, que el primitivo Mayorazgo. Roxas *dict. cap.*7. *n.*28.

477. En virtud de lo qual llamó á la succesion á Don Rodrigo Ponce (18) su hijo, y despues de él, sus hijos legitimos por el orden regular de preferencia de mayor á menor, y de varon á hembra, y por falta de los hijos legitimos del Don Rodrigo, succediese Don Manuel (20) su hermano; y si faltáran los descendientes legitimos del Don Manuel (20), succediese Don Luis Ponce de Leon su nieto (24).

478. En este llamamiento se apartó de la disposicion de Don Pedro Ponce de Leon (1), y Don Pedro Ponce (2); porque segun las disposiciones de estos, faltando la descendencia legitima de Don Juan Ponce (7), debian succeder las lineas de los otros sus hermanos, que uno de ellos fue Don Luis Ponce de Leon (12), nono Abuelo de Señor Duque de Arcos ; porque aunque el Don Luis (24), fuese nieto de Don Juan Ponce de Leon (7), siendo el Don Pedro Ponce (14) persona insuccesible, en competencia de los demás hijos, y descendientes del Don Pedro (2), era

preciso, que no pudiese tener lugar su llamamiento.

479. Cuyo caso aun no ha llegado; porque Don Juan Ponce (7), como dexamos fundado en el Discurso II. tiene descendientes legitimos, los que tienen, y deben ocupar la succesion.

480. Afirma el Conde de la Coruña en su Demanda, que el Don Juan Ponce (7) en su Testamento declaraba, haver tenido por sus hijos legitimos, y de la Condesa Doña Leonor Nuñez á Don Pedro (14), Don Rodrigo (18) Don Manuel (20), y otros (*Mem. num.* 259.), y leídos los *numer.* 34.36. 37. 38. 39. 40. 41. y 42. del Memorial, en que se refiere el Testamento del Don Juan (7), no se halla tal expresion; pues aunque refiere al Don Pedro (14), nunca dice, que fuese su hijo legitimo, y de la Condesa Doña Leonor Nuñez.

481. Con lo que se comprueba no estar conforme la relacion de la Demanda, á lo que resulta de dicho Testamento, como ni tampoco el relacionar en ella, que el Don Rodrigo (18) de su propria autoridad se introduxo en la posesion del Estado de Arcos, Baylén, y sus Agregados, despojando al Don Luis (24), que havia quedado de corta edad, y le quitó, y usurpó el dicho Mayorazgo, que le pertenecia.

482. *Si* atendemos á las disposiciones de los Padres del Don Juan Pouce (7), caso no concedido, que no pudiera succeder el Don Rodrigo (18), no le usurparía al Don Luis (24), sino es al Don Luis (12); y si atendemos á lo dispuesto por el Don Juan (7), tiene expreso, y literal llaamamiento anterior el Don Rodrigo (18), y posterior el Don Luis (24), y como este no podia succeder, viviendo el Don Rodrigo. *Ex leg. Filius* 42. §.2. *ff. de bon. libert.* ibi: *Qui sequentis gradus sunt, non admituntur interim.* Roxas *de Incompat. part.5. cap.* 4. *num.* 21. Aguila ad Roxas *de Incompatib. part.*1. *cap.*6. *num.* 314. es no conforme á la verdad la expresion, *de que le quitó, y usurpó el dicho Mayorazgo*, como lo es dicha Demanda en otros muchos hechos notoriamente inciertos (*Mem. numer.*266.267.268. y 269.).

483. No dexando el Conde de la Coruña de tocar quanto le parece, alega (*Memor. num.* 911.): que el Señor Duque no puede succeder por la representacion de la

li-

linea de Don Luis Ponce de Leon (12); porque concurriendo asimismo la exclusion por representacion del Don Rodrigo Ponce de Leon (18), y Doña Francisca Ponce (27), por haver sido ilegitimos, no le puede favorecer dicha consideracion, y descendencia de el Don Luis Ponce (12).

484. Ya queda fundado, que el Don Rodrigo Ponce (18), no fue hijo ilegitimo de Don Juan Ponce de Leon, y que la Doña Isabél (27), aunque huviese sido hija natural del Don Rodrigo Ponce, quedó habil, y legitimado, ya por el Rescripto del Principe *supra numer.* 278. ya por el casamiento con el Don Luis Ponce de Leon (28) *supra numer.* 280. y quando sin perjuicio de la verdad todo esto no se considerase, no le puede obstar al Señor Duque para la succesion al respecto de la linea de Don Luis Ponce de Leon, expresamente llamado á la succesion por D. Pedro Ponce (2) (*Memor. num.* 714).

485. El Roxas *de Incompat. part.* 4. *cap.* 6. propone la question, de que concurtiendo en una persona la linea succesible, y excluida, si puede obtener la succesion por la linea succesible, sin que le obste la concurrencia de la linea excluida, y desde el *numer.* 22. funda, el que no obsta para succeder la linea excluida; *quia utile per innutili non vitiatur*, y otros muchos fundamentos, por lo que en el *numer.* 46. afirma, que ésta opinion *sit clarius, atque magis convincens ius, & ex idem pro ea judicandum.*

486. No obstante en el *numer.* 51. expone la duda, é intrincacion, que tiene, y que *solvat Apolo*, pero que en duda sigue, y abrasa la expresada opinion, ibi: *Quod in dubio ultimam amplector*; y prosigue con la distincion, de que si la exclusion fue por infeccion de sangre, como de Judios, Moros, ó hereticos; porque la razon que tuvo el Fundador, fue conservar en los llamados la pureza de la sangre, como ésta sea por una parte inficiona á los descendientes, le obstara, *quia tunc bonum ex integra causa malum ex quocumque defectu, consurgit moralitér*, y trae lo de San Pablo 1. *ad Corinth. cap.* 5. *vers.* 6. ibi: *Nescitis, quia modicum fermentum totam massam corumpit.* pero si naciese de otra causa, no les obstara para obtener la succesion, y autoriza su sentir con determinacion de esta Real Chancillería; con

que

que no procediendo la llamada exclusion de voluntad de los Fundadores, pues solo es el llamamiento de hijos legitimos (*Memor. num.*714.), con mayor razon no tiene lugar dicho alegato ; pues el Don Rodrigo fue legitimo, ya por su nacimiento, como por haverle legitimado el Señor Rey Don Enrique (*Memor. num.* 27.), con lo que se salva la expresion de hijo legitimo heredero. Dom. Castillo *tom.* 4. *Controver. cap.*22. *num.*45. y asi lo alegó el DonEugenio Albarez (56) (*Memor. num.*212.), ibi : *Y siendo asimismo legitimado con los demás sus hermanos* (18, y 20), y la Doña Francisca (17) fue asimisma legitimada por su Magestad (*Memor. num*47.), y lo quedó por el casamiento que contraxo con Don Luis Ponce de Leon (28), como fundamos en el *numer.*280.

487. Concurriendo en el Señor Duque la representacion, ya por la Doña Francisca Ponce de Leon (27), ya por Don Luis Ponce (12), su nono Abuelo, se verifica en su persona la legitima succesion de dichos Mayorazgos. Noguer. *allegat.*23. *num.*174. pues la Doña Francisca no tiene exclusion expresa, sino solo llamamiento en los hijos legitimos, con que no se puede decir expresamente excluida, para que tenga lugar el alegato referido.

488. El que huviese otros hijos llamados antes de Don Luis (12), como alega el Conde de la Coruña (*Memor. num.* 912.), no conduce para éste pleyto; porque no haviendo salido á él ningun descendiente legitimo, no nos debemos hacer cargo de su derecho. Dom. Salgad. *de Labyrint. part.*1. *cap.*8. *num.*5. y quando en el pleyto sobre la propriedad de Baylén, que se mostró parte un Don Bartholomé Davila, como descendiente de Don Lope (11) (*Memor. numer.*215.), no pudo probar, ni se tuvo en consideracion su pretension, y siendo derecho de Tercero, no le pertenece al Conde de la Coruña tratar de semejante derecho, como decimos en el *numer.* 430.

§. V.

FUNDA EL SEñOR DUQUE EL DERECHO A la succesion, en que se halla su linea siempre estimada, y apreciada por tal, en todos tiempos.

489. LA posesion mas, que centenaria asiste al Señor Duque, y es legitima para prescribir el derecho á la succesion de linea á linea. *Leg. Fin. tit.* 13. *lib.* 3. *Ordinam*, ibi: *Por espacio de cien años.* Avendañ. *in leg.* 41. *Tauri, Glos.* 1. *num.* 15. Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 2. *cap.* 6. *ex num.* 43. trató de prescripcion de bienes de Mayorazgo, y no del derecho de succeder, que tocó *lib.* 4. *cap.* 10. *n.* 10.

490 Le asiste asimismo al Señor Duque con la posesion el justo titulo, con el qual basta la posesion de 40 años, que equivale á la immemorial. *Cap. Cum personæ*, §. *Quod si talis de Privileg. in* 6. *cap.* 1. *de Præscript. eod. Leg. Fin. C. de Fund. Patrimon.* Dom. Covarrub. *in Regul. Posses. part.* 2. §. 4. *n.* 5. *lib.* 1. *Variar. cap.* 17. *ex num.* 7. Avendañ. *de Exequend. cap.* 4. *n.* 10. Dom. Molina *dict. cap.* 6. *n.* 51. Dom. Castillo *de Tert. cap.* 34. *n.* 11.

491. Es doctrina establecida por nuestras Leyes Reales: la 1. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recopil.* dispone, que la Jurisdiccion Real no se pueda prescribir, sino es con la immemorial, y la Ley 1. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recop.* que basta 40 años con titulo. Matienzo *in eu Glos.* 19. *n.* 4. *&* 5. Y la propria Ley 1. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recop.* poniendo las reglas, de que por prescripcion immemorial se puede prescribir la Jurisdiccion Real, y no de otra forma, pone la limitacion, y excepcion de la posesion de 40 años con titulo, aunque éste sea dudoso, ibi: *Si despues del tal Privilegio, ó merced usó de ella continuadamente por tiempo de* 40 *años.*

492. Lo que con mayor razon procede á favor del Señor Duque, que no trata de prescribir bienes de Mayorazgo, ni oponerse a la subsistencia de él, y orden de succesion, sino fundar, que la linea, que ocupa, y proviene de su descendencia, aun quando le faltáran los fundamentos, que quedan expuestos para haver succedido, y clara, y manifiesta-

mente en la succesion de dichos Mayorazgos, y estado, tiene prescripta legitimamente en el orden de succeder contra la linea del Conde de la Coruña. Avendaño *in dict. leg.* 41. *Tauri Glos.* 1. *n.* 10. Mier. *de Maior. part.* 4. *quæst.* 21. *ex n.* 37. Dom. Molina *dict. cap.* 6. *n.* 51. Dom. Castill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 93. §. 9. *n. fin.* vers. *Ubicumque.*

493 En tanto grado, que basta, que el titulo sea aparente, y dudoso para constituir buena fé en el poseedor. *Leg. Census ubi Glos. & Barthol. ff. de usu cap. dict. cap.* 1. *de Præscript. in* 6. ibi: *Nám licet ei, qui rem præscribit Ecclesiasticam, si sibi non est contrarium ius commune, vel contra eum præsumptio non habeatur, suficiat bona fides. Et dict. leg. Fin. C. de Fund. Patrimon.* y lo prueba la dicha Ley 1. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recop.*

494 Porque de otra forma, siendo el titulo claro, no necesitaba del apoyo de la presumpcion, que havemos propuesto, para mayor abundamiento del derecho, que por todos médios asiste al Señor Duque, como lo puede, y debe hacer el reo demandado, aunque sean excepciones opuestas, y contrarias. Dom. Valenzuel. *cons.* 70. *n.* 94. Cardin. de Luc. *de Iudic. disc.* 2. *n.* 15. *& disc.* 15. *num.* 1. Cortiad. *decis.* 238. *numer.* 33.

495 No será ocioso para finalizar éste Informe el referir los instrumentos, y disposiciones, en que se funda la justa posesion del Señor Duque de Arcos, y sus ascendientes.

496 Lo primero por las Fundaciones de Don Pedro Ponce (1), y Don Pedro Ponce (2) (*Memor. num.* 410. 661. y 704.).

497 El segundo, por el Testamento del Conde Don Juan (7) (*Memor. num.* 30.), en cuya virtud entró á poseer el dicho Don Rodrigo Ponce de Leon (18) el año de 1469.

498. El tercero, de las Facultades Reales, que el dicho Conde Don Juan (7), como para mas, y mas firmeza se le concedieron por el Sr. Rey D. Enrique, para llamar en primer lugar al Don Rodrigo Ponce (18), Marqués de Cadiz, y la que éste despues obtuvo de los Señores Reyes Catholicos para llamar á Doña Francisca Ponce de Leon su hija natural, y á sus nietos (*Memor. num.* 27. y 34.), motivo tan firme para dar principio á la posesion en la linea del Señor Duque, en la que no solo concurre la quadragenaria, sino es la decerca de tres Siglos. *Et dict. cap. Cum personæ* §. *Quod si talis de Priv.*

in

in 6. Dom. Molin. *dict. cap.* 6. *& n.* 51. Torre *de Maior. tom.* 1. *cap.*39. *n.*3. *&* 5. §. 3. *n.*41.

CONCLUSION.

699. SUpuesto los fundamentos, presumpciones, conjeturas, y médios, que acreditan el mejor derecho del Señor Duque de Arcos, y aun quando esto contuviera alguna duda, en competencia de la linea del Conde de la Coruña, que procede de Don Pedro Ponce de Leon (14) claramente hijo adulterino de Don Juan Ponce de Leon (7), es preciso, que sea vencido por el que tiene menos resistencia, y repugnancia; pues no consta, que el Don Rodrigo Ponce de Leon (18) fuese adulterino (*Mem. num.* 18.); con que tienen lugar todos los médios, que persuaden su ilegitimidad, lo que no tiene lugar en el D. Pedro (14). *Ex leg. Ille, aut ille,* §. *Cum in verbis, ff. de legat.* 3. ibi: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admiti voluntatis quæstio. L. Non alitér* 69. *eod. Leg. Licet Imperator.* 74. *ff. de legat.* 1. *Leg. Continuus,* §. *Cum ita ff. de verb. signif.* Dom. Larrea *decis.* 33. *num.*60. Dom. Solorz. *de Iur. Indiar. tom.*2. *lib.* 2. *cap.* 21. *n.* 29. Dom. Castill. *tom.*4. *Cont. cap.*6. *n.*48. *& tom.*6. *cap.*178. *n.*18. D.Salg. *de Reg. part.*4. *cap.*3. *n.*50. y por tanto debe ser atentida la posesion del Reo, á quien le basta el *possideo, quia possideo. Leg.*2. *C. de probat. Leg. Cogi.*11. *C. de petet. hæredit.* Dom. Solorz. *dict. lib.*2. *cap.*28. *n.*37. Pareja *de Univers. Instrum. Edict. tit.*5. *resol.* 7. *ex n.*1. Aguil. ad Rox. *de Incompat. part.*1. *cap.*6. *n.* 127. *& seqq. & n.* 131. vers. *Secunda,* ibi: *Exclussus expressé si concurrat cum altero interpretativé exclusso, hic illi in successione est præferendus*: Por lo que espera el Señor Duque la determinacion á su favor. S.I.O.V.D.C.

Lic. D. Christoval de Espinosa Ocampo.

Lic. D. Pedro de Grayta Goytía.

in 6. Dom. Molin. dict. cap. 6. & n. 51. Torre de Mayor. tom. 1. cap. 39. n. 3. & 5. §. 3. n. 41.

CONCLUSION.

699. SUpuesto los fundamentos, presumpciones, conjeturas, y medios, que acreditan el mejor derecho del Señor Duque de Arcos, y aun quando esto contuviera alguna duda, en competencia de la linea del Conde de la Coruña, que procede de Don Pedro Ponce de Leon (14) claramente hijo adulterino de Don Juan Ponce de Leon (7), es preciso, que sea vencido por el que tiene menos resistencia, y repugnancia; pues no consta, que el Don Rodrigo Ponce de Leon (18) fuese adulterino (Mem. num. 18.); con que tienen lugar todos los medios, que persuaden su ilegitimidad, lo que no tiene lugar en el D. Pedro (14) Ex leg. Ille, antille, §. Cum in verbis, ff. de legat. 3. ibi: Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. C. Non aliter 69. cod. Leg. Licet Imperator. 74. ff. de legat. 1. Leg. Continuus, §. Cum ita ff. de verb. signif. Dom. Larrea decis. 33. num. 60. Dom. Solorz. de Iur. Indiarum tom. 2. lib. 2. cap. 21. n. 29. Dom. Castill. tom. 4. Cont. cap. 6. n. 48. & tom. 6. cap. 178. n. 18. D. Salg. de Reg. part. 4. cap. 3. n. 50. y por tanto debe ser atendida la posesion del Reo, a quien le basta el possideo, quia possideo. Leg. 2. C. de probat. Leg. Cogi. 11. C. de petet. haereditat. Dom. Solorz. dict. lib. 2. cap. 28. n. 37. Pareja de Univers. Instrum. Edict. tit. 5. resol. 7. ex n. 1. Aguil. ad Rox. de Incolatu. part. 1. cap. 6. n. 127. & seqq. & n. 131. vers. Secunda, ibi: Exclusus expresse si concurrat cum altero interpretative exclusso, hic illi in successione est praeferendus: Por lo que espera el Señor Duque la determinacion à su favor. S.I.O.V.D.C.

Lic. D. Christoval de Espinosa Ocampo.

Lic. D. Pedro de Grayta Goytia.

ADDICION AL PAPEL,

ESCRITO EN LA INSTANCIA DE VISTA, POR Don Joseph de Godoy, Murillo y Velarde, como marido, y conjunta persona de Doña Theresa Pizarro (32) vecinos de la Villa de la Coronada.

CON

EL SEñOR DON FRANCISCO MONROY, DEL Consejo de su Mag. y su Oydor en la Real Chancilleria de esta Ciudad, como marido, y conjunta persona de la Señora Doña Florentina Pizarro (30).

SOBRE.

LA SUCCESSION DEL MAYORAZGO, QUE FUNdaron Christoval Pizarro, y Doña Beatriz de Carvajal (1), su muger, y sus Agregados.

)(***)( )(***)(

*** ***

)(***)(

IMPRESSO EN GRANADA EN LA IMPRENta Real, en virtud de Auto acordado por los Sres. del Rl. Acuerdo, de que certifica su Secretario de Camara en 9. de Enero de 1758.

)*_*(

N. 1. LO NUEVAMENTE alegado en la Instãcia de Revista, ha dado motivo para que D. Joseph Godoy (32), repita el exponer algunos fundamentos a favor de el derecho de su muger Doña Theresa Pizarro, è hijo Don Juan Carlos Pizarro Godoy (35), suplicando à V.S. sea servido de confirmar la Sentencia de Vista.

2. Por la Ley 45. de Toro, se transfiere la possesion de qualquier Mayorazgo à aquel que segun la voluntad del Fundador, debe succeder, y conforme à ella por muerte de Don Joseph Pizarro (36), se transfiriò la possesion de el Mayorazgo, fundado por Christoval Pizarro, y Doña Beatriz de Carvajal su muger (1), y sus agregados en dicha Doña Theresa Pizarro, que fue la legitima successora, como esta fundado en el Informe escrito para la Vista; porque de otra forma, se incidiera en dos notavilissimos inconvenientes contra el orden, y naturaleza de los Mayorazgos. El primero, de que estando establecido de succeda por representacion (1), no tendria lugar en la succesion de dicho Mayorazgo, la que se debe observar en todos tiempos, y lineas, sino es *expressandolo clara, y literalmente sin que para ello vasten presumpciones, argumentos, ò conjeturas, por precissas, claras, y evidentes que sean*, (2), y por tanto las voces, y expressiones ambiguas, ò que pueden tener otra inteligencia legal, no excluyen la representacion por las Leyes, establecida, y comunmente observada en la succesion de los Mayorazgos. (3)

3. Para la succesion se atiende à la linea contentiva de el vltimo possedor (4), y no dudandose, que Doña Theresa Pizarro (32) à el tiempo de la vacante, se hallaba en la linea contentiva de el vltimo possedor, que lo fue Don Joseph Pizarro (36), no le puede preferir la Señora Doña Florentina Pizarro (30), que es de diversa linea, y no comprehendida en la contentiva de el vltimo possedor, en competencia de Doña Theresa Pizarro (32).

4. Don Geronimo Pizarro (14), tercero

(1) *Ex leg. 40. Taur.*

(2) *Leg. 14. tit. 7. lib. 5. Recop.*

(3) D. Castill. *tom. 3. Contr. cap. 19. n. 284.* ibi: *Sed non est verius ambiguis, & in certis, & quæ alij inducere possint à communi horum Regnorum observatione, & legum partitarum, & Tauri dispositione recedendum erit.*

(4) *Ex cap. 1. de Natur. Succes. Feudor.* ibi: *Ad solos & ad omnes, qui ex illa linea sunt ex qua iste fuit.* D. Molin. *de Hisp. Primog. lib. 3. cap. 4. n. 13. & 14. & cap. 9. num. 11.* Rox. *de Incomp. part. 1. cap. 6. n. 196. & cap. 8. n. 14.* D. Olea, *de Ces. Iur. & Act. tit. 3. quæst. 4. n. 15.* Card. de Luc. *de Fideicom. disc. 1. n. 15. vers. Alterum gravius, & dis. 3. num. 6.*

Castill. t. 3. Cap. 9. ex n. 72

ro nieto de los Fundadores tubo dos hijos, el vno Don Christoval Pizarro (19), que fue el mayor, y D. Francisco Pizarro (20), q̃ fue el hijo segundo, y cada vno cònstituyò su linea (5): el D. Christoval Pizarro (19) la linea primogenita, y por tanto succediò en el Mayorazgo Don Alonso Pizarro (23) su hijo, despues Don Geronimo Pizarro (27), el que tuvo por hijos à Don Alonso Pizarro (33), y à dicha Doña Theresa Pizarro (32), con que aviendo entrado la succession en la linea, que formò el Don Christoval Pizarro (19), hasta que esta se evaque, y no aya persona alguna de ella, no puede, ni debe translinear à la linea, que formò dicho Don Francisco Pizarro (20), en la que se halla dicha Señora Doña Florentina Pizarro (30) (6).

5. Porque la linea en la inteligencia juridica, y legal, es *Ayuntamiento ordenado de personas, que se tienen vnas de otras, como cadena de vna raiz, è facen entre sì grados departidos* (7).

6. Y en este concepto la misma prerrogativa, y preferencia, que tuvo para preferirse D. Christoval Pizarro (19), y su linea, à la de Don Francisco Pizarro (20), y sus descendientes, es precisso la tenga Doña Theresa Pizarro (32), à la Señora Doña Florentina Pizarro (30), por assistirle la presumpcion, de que los Fundadores conformandose con la disposicion de derecho (8), no avian de disponer, el que quebrando, y departiendo los Eslabones, ò grados de esta linea, passasse la succesion à las personas de otra sobstituida, y en orden la segunda para la succession. (9)

7. La mas propia, y genuina inteligencia de los Fundadores, y lo que quisieron en qualquier Clausula, en la que se pone la controversia, ò duda es deducida de la explicacion por otras Clausulas, y voces de la disposicion (10).

8. La Clausula 9. en las palabras *mayor en dias*, dà motivo à la pretension de dicha Señora Doña Florentina Pizarro (30), para la preferencia en la succesion à dicha Doña Theresa Pizarro (32), y esta dice, que los Fundadores explicaron su animo, y voluntad, è inteligencia de esta preferencia por regla general, y por tan

to

(5)
Roxas, *de Incomp. part. 5. cap. 4. num. 27.*
(6)
D. Molin. *de Hisp. Primog. lib. 3. cap. 6. n. 32.* D. Rox. de Almanz. *de Incomp. Maior. disput. 1. quæst. 1. num. 117. & 201. & disp. 3. quæst. 1. n. 14. & quæst. 6. n. 29.*
(7)
Leg. 2. tit. 6. part. 4. Rox. *de Incomp. part. 1. cap. 6. n. 20.* Torr. *de Maiorat. part. 1. cap. 41. n. 9. & part. 2. quæst. 3. n. 7.*
(8)
Ex leg. 2. ff. de legib. D. Castill. *tom. 2. Contr. cap. 4. num. 32.* Rox. *de Incomp. part. 7. cap. 6. n. 12.* Torr. *de Maior. tom. 1. cap. 4. num. 146.*
(9)
Leg. Filius 42. §. 2. ff. de hon. libert. ibi: *Qui sequentis gradus sunt non admittuntur interim. L. Quandiu 69. ff. de adquir. vel omitend. hæred.* Rox. *de Incomp. part. 5. cap. 4. n. 21.* & Aguila, *part. 1. cap. 6. n. 314.* Alvar. Peg. *de Maiorat. tom. 1. cp. 7. n. 2. & seqq.*
(10)
L. Qui filiabus 17. ff. de legat. 1. L. Quamvis 15. C. de fideicom. D. Valen. *cons. 97. n. 36. & cons. 133 n. 32.* D. Castill. *tom. 4. cont. cap. 50. n. 2. & tom. 6. cap. 182. n. 52. & seqq.* D. Larr. *alegat. 75. n. 14. & decis. 54. n. 8.*

to es la que declara qualquiera duda que se pueda subcitar. (11)

9. En la Clausula 10. mandan, *que ande siempre el dicho nuestro Mayorazgo, que venga de vno en otro, succediendo de los varones à las hembras, y de los mayores à los menores, de manera, que el varon siempre prefiera à la hembra, y el mayor de dias à el menor*, (12) que es el orden de vna succesion regular, con preferencia de mayor à menor, dentro de la linea, y grado, y para que no quedasse duda lo afianzaron en las palabras siguientes: *y que hande siempre de grado en grado*, para designar la succesion de el Padre al hijo (13), y en su defecto à el mas immediato pariente dentro de aquella linea, y sin passar à otra (14), como mas lo explicarõ en la Clausula 12 (15), que en el llamamiento de el pariente por defecto de sus descendientes, disponen que sea *succediendo por linea de varon mayor*, lo que no dexa duda, que apetecieron la lineal succesion, y no la translineacion, y saltuaria.

10. Que es el segundo inconveniente, por que si los Fundadores apetecieran el que la expresion *de mayor en dias*, fuesse qualidad prelativa, y que en cada vacante passasse à buscar esta qualidad, y no se atendiesse la mayoria por la representacion, y que la mayor edad que diò à la cabeza de la linea la preferencia, como primogenito, no se continuara en sus descendientes, fuera continua la saltuaria succesiõ tan reprobada, y no admitida en los Mayorazgos de España. (16)

11. La voz *mayor de edad*, tiene dos inteligencias, la vna natural, y la otra civil, la civil es de que se succeda en los Mayorazgos por la representacion, esto es, de que el hijo, ò nieto represente la persona de el Padre, ò de el Abuelo, de forma, que identificandose en la inteligencia legal las personas, es como si el tal Padre, ò Abuelo viviera à el tiempo de la vacante para la succesion (17), con que representando Doña Theresa Pizarro (32), à su Visabuelo Don Christoval Pizarro (19), y la Señora Doña Florentina Pizarro (30), à Don Francisco Pizarro (20) su Abuelo, como à este se prefiriera su hermano D. Christoval, y de hecho se prefiriò, y en la vacante por muerte de Don Alvaro Joseph Pizarro

(11)
Fussar. *de Substit. quæst* 403. n. 37. Torr. *de Maior. tom.* 2. *quæst.* 43. *num.* 73 Mier. *de Maior. tom.* 2 *quæst.* 12. n. 30. ibi: *Porrò est notandum quod Clausula generalis non inclussa in certo capitulo refertur ad omnes sivè in principio, sivè in medio, sivè in fine posita.*

(12)
Memorial num. 27.

(13)
L. Coheredi, § 5. ff. de Vulgar. & pupillar. subst. ibi: *Quod magis verisimile videtur propter specialem inter Patrem, & filium substitutionem.* Rora, apud Card. de Luc *de Fideicomm. decis.* 14. n. 9 ibi: *Quoniam Clausula de gradu in gradum non importa novam, ac diversam vocationem, ad expressa, nèc ulla maddit qualitatem vocatis, sed solummodo designat ordinem, & modum succedendi inter illos ad excludendam simultaneam successionem.* D. Castill. *tom.* 5. *Cont. cap.* 93. §. 12. *num.* 6.

(14)
Ex dict. proxim. in n. 13. *marg.*

(15)
(*Mem. num.* 29.)

(16)
D. Rox. Almanz. *de Incompat. Maior. disp.* 1. *quæst.* 1. *n.* 200. *& seqq.*

(17)
D. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 7. *n.* 1. D. Latr. *dec. is.* 5 *t n.* 21. *& 31.* Rox. *de Incomp. part.* 1. *cap.* 6. *n.* 285. D. Cast. *tom.* 6. *cont. cap.* 118. *n.* 15. *vers. Ex his* ibi: *Ex his sanè credimus, & in Regio Granatensi Pretorio in gravissimis causis ita observatum, & definitum vidimus; primogenitura lineâ usque ad eo procedere ex iure essentiali, & transmissibile, & potentem esse, ut eveniente casu, quo se nunc vivente successurus esset, ijs à quo ius primogenitura derivatur, & pro sequitur latè.* Torr. *de Maior. part.* 1. *cap.* 13. *num.* 164.

(15), obtubo Don Alonso Pizarro (23), por ser hijo de el Don Christoval (19), es preciso se prefiera Doña Theresa Pizarro (32), à dicha Señora Doña Florentina Pizarro (30) (18).

12. Cuyo concepto lo dexaron con toda claridad manifestado los Fundadores: en la Clausula 3. Disponen, que despues de los dias de Diego Pizarro (2) succediesse *su hijo varon mayor de dias*, y en su desfallecimiento *lo aya, y herede el otro segundo su hijo siguiente*: y à falta del segundo, que lo aya, è herede el tercero, *y assi todos los hijos otros del dicho Diego Pizarro, nuestro hijo, hasta llegar al hijo menor à falta de los mayores de dias* (19).

13. En cuyas voces se manifiesta, que los Fundadores quisieron, y explicaron vn orden regular de succesion, y que tuvieron por sinonomos, y vna misma cosa el primogenito, *y los mayores de dias*, (20) segun la inteligencia legal, y queda tocada en el Informe en el *num. 22. marg.* y que de este orden de succesion de las Clausulas 3. hasta la 8. no se podrà entender otro, que el de la regular succesion, con preferencia de la linea, grado, y edad (21) entre los varones descendientes respectivamente de los hijos de los Fundadores en la qualidad agnaticia, que primeramente apetecieron, y assi se ha entendido; porque en la Tenuta, que se subcitò por muerte de Don Alvaro Joseph Pizarro (15), obtuvo D. Alonso Pizarro y Carvajal (23), solo por la prerrogativa de la linea, y por ser hijo de Don Christoval Pizarro (19), hijo mayor de Don Geronimo Pizarro, sin que otro alguno, por mayor en dias tuviesse justo fundamento de disputarle la succesion.

14. Como succederia, si aviendo faltado la descendencia de dicho Diego Pizarro, y passasse la succesion à otro de los hijos de los Fundadores se preferiria, el que por la representacion ocupasse la mejor linea, sin atencion à que huviesse otro mayor en dias de linea inferior, y de la que huviessen formado los hijos segundo, y tercero de el tal hijo de los Fundadores.

15. Mandan en dicha Clausula 3. que en fallecimiento de el hijo mayor, heredasse el segundo su hijo, y à falta de el segundo el terceros

en

(18)
D. Roxas de Almaz, *dict. quæst. 1. n. 209.*

(19)
Mem. n. 20.

(20)
D. Rox. Almaz. *dict. quæst. 1. §. 9. n. 208. vers. Sed contrariæ Sententiæ, & n. 209. & 210. ibi: Quod per vocationem maioris in ætate non censetur exclusa representatio, sed intelligitur vocatus ille, qui servata lineæ, gradus sexus que prærrogativa, per beneficium representationis à Principe in legibus suis concessum maior fuerit.*

(21)
Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 3. cap. 4. n. 13.* & ibi D.D. Add. D. Castill. *tom. 5. Cont. cap. 92. n. 35.* D. Olea, *de Cess. Iur. & Act. tit. 3. quæst 4. n. 15.* D. Larr. *decis. 34. n. 19. & decis. 54. n. 1.* D. Valenz. *cons. 97. n. 11.* Rox. *de Incomp. part. 1. cap. 6. n. 10.* Torr. *de Maior. tom. 1. cap. 6. n. 3. cap. 39. §. 3. n. 41. & cap. 40. num. 5.*

en cuya orden de llamamiento fueron constituyendo lineas separadas con el apelativo de hijos primero, segundo, y tercero, y hacen llamamientos lineales, y comprehensivos de los descendientes de cada vno de dichos hijos (22).

16. Y por consiguiente, aunque el hijo segundo tuviesse varios descendientes, que formassen distintas lineas, y llegado el caso de fenecerse la vna, no debia passar la succesion à la linea, que huviesse formado el hijo tercero, en el caso de que huviesse varon mayor en dias, y entre las lineas de el hijo segundo succederia, à el que assistiesse la prerrogativa de mejor linea, porque entrando la succesion en vna linea, no puede hacer transito à otra, sin que de el todo se evaque, y fenezca; (23) con que aviendo los Fundadores prevenido, y puesto por regla en la Clausula 9. que fuesse con los mismos vinculos, y condiciones, q̃ han de succeder los hijos varones en la succesion de las hembras, es preciso observar el orden lineal, y que se prefiera la hembra, que està en la linea contentiva de el vltimo possedor à otra qualquiera descendiente de los Fundadores, que se halla en mas remoto grado.

17. La linea contentiva de el vltimo possedor, se compone de personas que tengan vn Padre comun, y vn solo origen, de el qual procedan el vltimo possedor, y el que pretende la succesion teniendo sangre, y origen de el Fundador. (24)

18. Para reconocer la proximidad à el vltimo possedor, y quien està dentro de la linea contentiva de èl, se executa buscando à el Padre comun por la representacion, como queda dicho, entre el que pretende la succesion, y el vltimo possedor, (25) y como dice el Señor Roxas de Almansa, (26) regulandose el orden de la succesion en los Mayorazgos por el de las succesiones abintestato; es constante que la succesora abintestato de Don Joseph Pizarro (36) vltimo possedor, no teniendo hermana, lo seria su Tia Doña Theresa (32), y no la Señora Doña Florentina Pizarro (30), porque Doña Theresa Pizarro es hija de Don Geronimo Pizarro (27), y este mismo Padre comun tiene el vltimo possedor, y respecto à este el de dicha Sra. Da. Florẽtina

lo

(22)
Rox. *de Incomp. part.* 1 *cap.* 6. *n.* 167. Aguil. *part.* 8. *cap.* 7. *n.* 11. 27. *&* 28.

(23)
Ex dict. supr. n. 6. *marg.*

(24)
Rox. *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *n.* 209. ibi: *Linea verò contentiva, seù comprehẽsiva est illa quæ in se continet, atque comprehendit non solum Patrem, avum, & alios ascendentes, sed etiam trãsversales institutoris, & vltimi Maioratus possessoris, quem attingunt ex illa parte, seù latere institutoris.* Et n. 292. ibi: *Et contentivam vltimi possessoris, in qua continetur ipse, ac eius quilibet ascendens, & transversalis ex parte Fundatoris.* D. Castill. *tom.* 5. *Cont. cap.* 93. §. 13. *n.* 8. Card. de Luc. *de Fideicom. disc.* 50. *n.* 12.

25
D. Molin. *de Hisp. Primog. lib.* 3. *cap.* 6. *n.* 41. *& seqq.* D. Castill. *tom.* 2. *Cont. cap.* 20. *n.* 7. *& seqq. & tom.* 3. *cap.* 19. *n.* 21. *& seqq. & tom.* 4. *cap.* 5. *ex num.* 81.

26
Disput. 1. *quæst.* 1. *n.* 42. *&* 204. *& quæst.* 5. *n.* 20. *& quæst.* 7. *num.* 3. *& disp.* 2. *quæst.* 2. *n.* 72. *& quæst.* 11. §. 1. *n.* 22.

lo es Don Geronimo Pizarro (14), el que en esta vacante no se puede, ni debe atender, por aver otro Padre comun mas proximo, è immediato entre Doña Theresa Pizarro (32), y Don Joseph Pizarro (36) vltimo posseedor, y por tanto se halla en la linea contentiva de el vltimo posseedor, que es à la que se debe atender.

19. Ya extinguidos los varones descendientes de los seis hijos de los Fundadores, en la Claususula 9. (27) mandan, que succeda, *qualquiera hija legitima de legitimo matrimonio mayor de dias, que quedare de dicho Diego Pizarro* (2).

20. Los Fundadores hablaron en este llamamiento, en distinto caso de el de la presente controversia; suponian que por falta de varones de varones de dicho Diego Pizarro, avia de passar la succesion à los varones de los otros hijos, extinguidos estos, dàn providencia para la succesion, lo que no ha acontecido, porque la succesion no ha salido de la linea, y descendencia de el dicho Diego Pizarro, y la vacante se ha causado por muerte de Don Joseph Pizarro (36), en cuya linea contentiva se hallaba Doña Theresa Pizarro, y Don Juan Carlos Godoy y Pizarro (35) su hijo, y à la que se debe atender en las succesiones de los Mayorazgos. (28)

21. Y no aviendo tenido otro respecto la volũtad de los Fundadores en dicha Clausula 9. no se ha de aplicar, ni explicar dicha Clausula 9. en otro caso, q̃ no ha succedido, y entre personas distintas (29).

22. Y aun quando huviesse entrado la succesion, por defecto de varones en la linea de el Diego Pizarro, en las de los otros hijos, y extinguidos en estos los varones, llegasse el caso de la disposicion de la Clausula 9. deberia preferirse Doña Theresa Pizarro (32,) como segunda nieta de Don Christoval Pizarro [19], à la Señora Doña Florentina Pizarro por ser aquella la de mejor linea, que formò el dicho su segundo Abuelo.

23. Ya queda tocado en el primer Informe en el *num.* 22. *marg.* que lo mismo es decir *mayor de dias*, que primogenito, y que dicha expresion no es exclusiva de la representacion: assimismo hemos dicho en esta Addiccion en el

num.

27
Mem. num. 26.

28
Dom. Molin. *de Hisp. Primog. lib.* 3. *cap.* 9. *n.* 1. Rox. *de Incomp. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 150.

29
Leg. Commodissimè 10. *ff. de liber. & posth. L. Quæ conditio, ff. de condit. & demost.* ibi: *At quæ conditio ad certas personas acomodata fuerit, eam referre debemus ad eum dumtaxat gradum, quo hæ personæ institutæ fuerunt.* Torre. *de Maior. part.* 1. *cap.* 39. §. 3. *num.* 64. & 65. Dom. Castil. *tom.* 6. *Cont. cap.* 117. *n.* 28. & 29. Roxas, *de Incompat. part.* 4. *cap.* 29. *num.* 6.

num. 13. que en los descendientes varones de los hijos desde la Clausula 3. hasta la octava, no excluyeron los Fundadores el orden de representacion, y primogenitura, y en la Clausula 9. dicen, q̃ succeda la hija legitima con los *mismos Vinculos, Clausulas, condiciones, que han de succeder los dichos nuestros hijos varoues* (30), con que igualmente en el llamamiento de las hijas se ha de succeder por el orden de primogenitura, y representacion.

24. En el *num.* 12. referimos las palabras da la Clausula 3. por la que con la expression de *mayores de dias*, hicieron los llamamientos à los hijos varones, por lo que entendieron lo mismo, que el orden de primogenitura, y succesion, como diximos en el *num.* 13. *marg.* y esta cierta, y verdadera inteligencia, que es conforme à derecho, segun lo fundado en el Informe en el *num.* 35. *marg.* ℣ indubitada es la voluntad de los Fundadores (31), y segun ella entenderse, è interpretarse, y este es el sentido natural en que hablò el Fundador, como se alega por el Señor Don Francisco Monroy (32).

25. Es cierto, que el sentido natural (à que se debe atẽder (33)) de las voces *de qualquiera hija legitima de Diego Pizarro*, à quien dàn el llamamiento en la Clausula 9. se entiende, y debe entender de la propia hija del primer grado de el dicho Diego Pizarro (34), y para entendetlo de otra qualquiera hembra descendiente, se necesita violentar la voz, ò añadirle la voz descendiente, y assi se alega por dicho Señor en el segundo Memorial numer. 5. ibi: De llamar à la succesion à la hija, ò *descendiente* de el dicho Diego Pizarro, y *descendiente*, no dixeron los Fundadores sino *hija*, que se entiende de el primer grado, è inmediato (35), y por tanto aun en las succesiones de los Mayorazgos, quando se vsa de las palabras taxativas, como en este caso no es extensiva la voz de hijos à los demàs descendientes; por lo qual espera dicho Don Joseph Godoy favorable determinacion: Salva I. O. V. D. C.

30
Mem. num. 26.

31
L. Hæredes mei, §. *Cum ita*, *ff. ad Senat. Conf. Trebel.* Roxas, *de Incomp. part.* 3. *cap.* 4. *ex n.* 19. & *part.* 6. *cap.* 4. *n.* 85. & *part.* 8. *cap.* 7. *n.* 13.

32
Mem. segund. n. 4.

33
Mier. *de Maior. tom.* 2. *Init. num.* 197. D. Castill. *tom.* 4. *Cont. cap.* 31. *n.* 27. & *tom.* 6. *cap.* 131. *n.* 6. D. Valenz. *conf.* 135. *n.* 124. Rox. *de Incomp. part.* 8. *cap.* 5. *n.* 31.

34
D. Castill. *tom.* 5. *Contr. cap.* 92. *n.* 30. Menoc. *conf.* 215. *n.* 51. & 52. ibi: *Et residuum quod veniat ad filias dicti Ioannis Guielmi, hæc verba filiabus suis, & filias dicti Ioann Guielmi, significant filias primi gradus, non autem nepotes, & vt dixim. en el Inform. n.* 32. *marg.*

35
Ex L. Qui si nepotes, *ff. de Testam. Tutel.* §. *Vltim. instit. qui Testam. tutor. dar. poss. L.* 6. *ff. de his, qui sunt sui vel alien. iur.* D. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 27.

Lic. D. Christoval de Espinosa Ocampo.

Lic. D. Joseph Ramon Moreno.

num. 13. que en los defcendientes varones de los hijos dcl de la Clausula 3. hasta la octava, no excluyeron los Fundadores el orden de reprefentacion, y primogenitura, y en la Clausula 9. dicen, q̃ hacedda la hija legitima con los mejores Principales, Clarisfimos, condiciones, que han de fuceder los dichos varones hijos varones (30), conquisgnadamente en el llamamiento de las hijas le ha de fuceder por el orden de primogenitura, y reprefentacion.

14. En el num. 12. referimos las palabras da la Clausula 3. por la que con la exprefsion de mayores de dia, hicieron los llamamientos a los hijos varones, por lo que entendieron lo mismo, que el orden de primogenitura, y fucefsion, como dixímos en el num. 13. marg. y efpecialmente, y verdadera inteligencia, que es conforme a derecho, segun lo fundado en el Autor. me en el num. 35. marg. 4 indubitada es la voluntad de los Fundadores (31), y segun ella entenderle, é interpretarle, y effe es el fentido natural en que hablo el Fundador, como declara por el Señor Don Francisco Monroy (32).

15. Es cierto, que el fentido natural (q̃ que le debe atender (33)) de las voces de qualquiera hija legitima de Diego Pizarro, a quien dan el llamamiento en la Clausula 9. le entiende, y debe entender de la propia hija del primer grado de el dicho Diego Pizarro (34), y para entenderlo de otra qualquiera hembra defcendiente, le necefsita violentar la voz, ó nombre dirle la voz defcendiente, y allí le alega por dicho Señor en el fegundo Memorial num. 5. ibi: De llamar a la fucefsion a la hija, ó defcendiente de el dicho Diego Pizarro, y defcendiente, no dixeron los Fundadores fino hija, que le entiende de el primer grado, é inmediato (35), y por tanto aun en las fucefsiones de los Mayorazgos, quando le vía de las palabras taxativas, como en effe cafo no es extrema via la voz de hijos a los demas defcendientes; por lo qual efpera dicho Don Joseph Godoy favorable determinacion: Salva I. O. V. D. C.

Lic. D. Chriſtoval de Elpinoſa. Lic. D. Joſeph Ramos Monteiro.

(30) Mem. num. 26.

(31) L. Herederes mei §. 3. Cum ita ff. ad Senat. Conſ. Trebel. Rocas, de Incomp. part. 3. cap. 4. ex n. 19. & part. 6. cap. 4. n. 85. & part. 8. cap. 7. n. 13.

(32) Mem. ſegund. n. 4.

(33) Mier. de Mayor. tom. 2. lib. num. 127. D. Castill. tom. 4. Cont. cap. 32. n. 27. & tom. 6. cap. 131. n. 6. D. Valenz. con. 13 n. 124. Rox. de Incomp. part. 8. cap. 5. n. 31.

(34) D. Castill. tom. 5. Contr. cap. 92. n. 30. Monoc. conſ. 215. n. 51. & 52. ibi: Et reſponsum quod Veniat ad filias dicti Joannis Gerardini, haec verba filiabus feis, & filias dicti Joannis Gerardini, ſignificant filias primi gradus, non autem nepotes, & ita dixim. en el Informe. n. 32. marg.

(35) Bart. & Baldi nepotes, ff. de Teſtam. Turel. 5. Prim. Inſtit. qui Teſtam. fuer. dar. poſſ. L. 6. ff. de his, qui ſunt ſui vel alien. jur. D. Molin. de Hiſpan. Primog. lib. 1. cap. 6. n. 23.

POR DON FRANCISCO

XAVIER DEL SANTISSIMO VIEDMA, Y Ahumada, como marido, y conjunta persona de Doña Juana de Ribera Narvaez, y Ortega, vezina de la Ciudad de Vbeda.

EN EL PLEYTO

CON DON JUAN CLEMENTE CHIRINO de Narvaez, y Mesia, vezino, y Veintiquatro de dicha Ciudad.

SOBRE

LA SUCCESSION DEL VINCULO, QUE fundò Don Antonio Luis de Gormàz, y Puebla, vezino, y Veintiquatro que fue de dicha Ciudad.

(***) (***) (***)

EN VIRTUD DE LA ORDEN DEL REAL, Y Supremo Consejo, y Auto Acordado, Impresso en Granada en la Imprenta Real, con la nota del Sr. Juez de estàr corriente, y Certificacion del Secretario de Acuerdo, en 26. de Abril de 1750.

(*_*) (*_*) (*_*)

N. 1. SUPLICA DON Francisco Xavier de Viedma, se reforme la Sentencia de Vista, por la qual se declaró tocar, y pertenecer en propriedad los bienes de dicho Vinculo, à el dicho Don Juan Clemente Chirino Narvaez, à quien se los buelva, y restituya Don Francisco Xavier, con los frutos, y rentas desde la contestacion.

2. La defensa la dividirèmos en dos §§. En el primero fundarèmos, el derecho que assiste à la dicha Doña Juana de Ribera, muger del dicho D. Francisco Xavier, por estàr llamada à la succesion Doña Juana Narvaez su Abuela, y su linea, antes que la del dicho Don Juan Fernando Chirino Navaez, y Mesia, que està en la linea primogenita, no llamada á la succesion. Y en el segundo, responderémos à la Clausula, en que funda el dicho Don Juan Chirino su demanda.

§. I.

3. COnsta, que Don Antonio Luis de Gormàz, y Puebla, vezino, y Veintiquatro de dicha Ciudad de Vbeda, en 6. de Abril de 1660. hizo donacion de todos sus bienes à Don Juan Clemente Chirino de Narvaez, vezino, y Veintiquatro de dicha Ciudad, prohibiendo la enagenacion de los bienes, dexandolos vinculados, y para que:

4. *Despues de los dias del dicho Don Juan Clemente Chirino de Narvaez, succeda en este dicho Vinculo, y sus bienes de èl, su hijo legitimo segundo, y en sus hijos, y descendientes legitimos, prefiriendo siempre el varon à la hembra, y el mayor à el menor, y assi vaya descendiendo por su linea, y descendencia. Y si el dicho segundo hijo no tuviere hijos, y muriere sin succesion legitima, succeda en el hijo tercero del dicho Don Juan Clemente, y en sus hijos, y descendientes, por la dicha orden, y con la dicha carga, prefiriendo siempre el varon à la hembra, aunque sea de menor edad, y el mayor varon à el menor. Y si el diho segundo hijo muriere sin succesion legitima, succeda en el tercero hijo, quarto, ò quinto, y todos los demàs por la dicha orden referida.*

5. Conforme à estos llamamientos, no tiene duda alguna, que en las vozes, y llamamientos de *hijo legitimo segundo*, y del *hijo tercero, quarto, ò quinto*, estàn incluídas las hijas del dicho D. Juan Clemente Chirino; porque *hominis appellatione tam fœminam, quam masculum contineri, non dubitatur. Leg. 152. & leg. 195. ff. de verbor. signif.* ibi: *Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad vtrumque sexum plerumque porrigitur.* Dom. Valenz. *cons. 97. num. 85. & 86.*

6. Por lo qual nuestras Leyes del Reyno, para explicar, y comprehender los hijos de vno, y otro sexo, se explican con la pa-

palabra *hijo*. *L.2. tit.* 15. *part.* 2. ibi: *Tovieron por derecho, que el Señorio del Reyno, non lo oviesse, si non el fijo mayor.* Y explicando este orden de succesion, advierte: *Que si fijo varon non oviesse, heredasse la fija.* Y en la *ley* 3. *tit.* 13. *part.* 6. se dispone, que muriendo el Padre, ó el Abuelo, sean sus herederos *el fijo, ò el nieto.* Y para que no quedasse duda en que comprehendian estas vozes à los hijos de vno, y otro sexo, lo explica despues, ibi: *Quier sean varones, quier mugeres.* De que se prueba claramente, que la voz *fijo* es comun à los varones, y á las hembras.

7. La Ley 40. de Toro *hodie. L.* 5. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopil.* que estableciò la representacion, solo habla *si el hijo mayor dexare hijo, ò nieto, ò descendiente legitimo, &c.* sin hablar de hijas; y sin embargo es su disposicion de vn Mayorazgo regular, comprehensivo de varones, y hembras.

8. Y por tanto se declaró à favor de las hijas de Salphaad, aunque eran los hijos los nombrados para la succesion. Numer. *cap.* 27. *vers.* 6. ibi: *Iustam rem postulant filiæ Salphaad.* Y lo enseñan los Autores.

9. Por cuya razon, y por todos derechos, tienen la regla à su favor, y para excluirlas no bastan indicios, conjeturas, ni presumpciones, por precissas, claras, y evidentes que sean, *ex leg.* 13. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopil.*

10. Necessitando el que aya expressa, ò conjeturada contemplacion de la agnacion, y qualidad de varones, como fundan el Sr. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 38. *& cap.* 5. *n.* 27. Rosa *Consult.* 69. *num.* 29. *& seqq.* Dom. Lara *de Vit. Hom. cap.* 30. *num.* 88. Alvar. Pegas *de Maiorat. part.* 2. *cap.* 17. *n.* 63. *& seqq. & passim apud AA.*

11. Esta question, que es la del presente pleyto, si estando llamados el hijo segundo, tercero, quarto, &c. no aviendo segundo, ni tercero hijo varon, sino hembras, si han de succeder estas, ò el primogenito, la propone el Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 8. *num.* 12. en el *num.* 50. y con el Sr. Castillo resuelve: que si el Mayorazgo es regular, debe succeder la hembra, como repite en la *part.* 8. *cap.* 7. *num.* 9. *&* 19. porque representa el grado segundo, lo que funda en la *part.* 3. *cap.* 4. *num.* 6. y el Aguil. *in dict. cap.* 8. *ex num.* 33. *& num.* 35. ibi: *Decissio Autoris in hac controversia omnino tenenda est in iudicando, & consulendo.* Y cita vna Ley de Portugal, à la q̃ como dize, en la *part.* 2. *cap.* 5. *num.* 66. se debe estàr, no aviendo Ley especial de nuestro Reyno: Conque queda sin disputa fundado, que en el llamamiento de hijos segundo, tercero, &c. debe succeder la hembra, y su linea, con exclusion de la linea primogenita.

12. Quando el Mayorazgo

go es de agnacion, ò simple masculinidad, afirma el Roxas *dict. cap. 8. num. 54.* que debe preferirse á la hembra el hijo varon primogenito; pero como de la expressada Clausula del num. 4. no se induzca contemplacion de la agnacion, ni la podia contemplar el donante, porque fundò en persona estraña de su familia, ni quiso simple masculinidad; porque fue vna segunda genitura impropria, de que hablò el Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 33. ex num.* 10. formando en el segundo genito, y su linea vn orden regular de succession, con preferencia de mayor à menor, y de varon á hembra: es preciso se prefiera la hembra segundogenita á la linea del primogenito.

13. Lo qual se persuade de las proprias vozes de la donacion. Despues de aver llamado á el varon primogenito de el Don Juan Clemente Chirino, à cuyo favor hizo la donacion, dize: *Y si el dicho Don Juan Clemente muriere sin succession, pueda nombrar succesores en este dicho Vinculo*: Con que para que pueda nombrar succesor, pone en condicion la succession de el Don Juan, que se debe entender de todos sus hijos, y descendientes varones, y hembras. Dom. Castill. *tom. 5. Controv. cap. 96. num. 10.* ibi: *Successores etiam cum vocantur veniunt, & continentur fœminæ, sicut masculi.* Y por tanto se debe entender toda la succession llamada. Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 37. num. 110. vers. Tertio, & num. 111. 115. 118. vers. Primò.*

14. Y es la razon: porque no pudiéndo estar la succession suspensa, ni pendiente, *ex leg. final. ff. comm. Prædior.* Roxas *de Incompat. part. 5. cap. 2. num. 9. & seqq. & num. 21.* Dom. Castill. *tom. 5. Controv. cap. 91. num. 42.* Dom. Valenz. *cons. 7. num. 27.* Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 25. num. 232. vers. Hæc autem ratio.* Alvar. Peg. *de Maiorat. tom. 1. cap. 6. num. 9. vers. Minus.* Previniendo el Donante, que no llegue el caso de nombrar succesor el Don Juan, sino es no teniendo succesion. En caso que la tuviera, era preciso, que estuviesse el Vinculo sin legitimo Posseedor, hasta que faltasse dicha succesion: lo qual fuera vn absurdo; por lo que es preciso confessar, que la *succesion* puesta en condicion, tiene llamamiento, y debe succeder todo el tiempo que existiesse.

15. Este concepto se persuade mas, de que continùa: *Y succediendo en sus hijos, y descendientes el vltimo Posseedor, pueda nombrar successores en este Vinculo.* Cuya expresion declara toda la mente, é intencion del Donante; porq̃ para que llegue el caso del nõbramiento de succesores ha de succeder *en sus hijos, y descendientes.* Que es comprehensiva de todos los hijos, hijas, nietos, y nietas, &c. *Ex leg. Quotiens final. C. de suis, & legitim. leg. 2. tit. 13. part. 6.*

Mieres *de Maiorat. part.* 1. *quæst.* 16. *num. final.* Barbos. *de Verb. Appellat. appellat.* 70. *num.* 1. Y per tanto tiene llamamiento expresso Doña Juana Narvaez, hija de el dicho Don Juan Clemente Chitino, y su linea, de la que es Doña Juana de Ribera.

§. II.

16. EL Don Juan Clemente Chitino, Litigante, puede oponer, que quando no se dude, q̃ las hembras hijas del primero Donatario, tengan llamamiento como sus descendientes; pero que tendràn su lugar despues de la linea de el hijo primogenito, porque el Donante no se contuvo en las expresiones, que avemos ponderado; porq̃ aviendo dado el llamamiento à el *tercero hijo, quarto, ò quinto, y todos los demàs por la dicha orden referida*, prosigue:

17. *Y si no huviere mas hijo varon, que el primogenito de el dicho Don Juan, succeda en este dicho Vinculo el tal primogenito, y se junte con los bienes vinculados, que ha de posseer: con tanto, que casando, y teniendo segundo hijo varon, se divida, y este Vinculo succeda en el dicho segundo hijo, y en sus hijos, y descendientes en la forma arriba declarada.*

18. De esta Clausula infiere el Don Juan Clemente: Lo primero, que el llamamiento de los hijos segundo, tercero, &c. fue á favor de de los varones, que tuviessen la qualidad de segundo, tercero, &c. y no de las hembras hijas del Donatario; porque para llamar à el primogenito, solo pone en condicion à el hijo varon, ibi: *Y si no huviere mas hijo varon, &c.*

19. Lo segundo, que llegando el caso de succeder la linea de el primogenito, manda: que teniendo *segundo hijo varon*, succeda en este Vinculo: con que por esta expresion se explica, y reconoce, que su inclinacion fue à el segundo hijo, tercero, &c. por la qualidad de varon, y no por otro respecto.

20. Y lo tercero, que no ignorando el Donante, que el Donatario tenia hijas, no las llamò, de que fue visto, el que no quiso succediessen. A lo que responderèmos con separacion.

21. El primero, discurrimos es vn argumento, que destruye en el todo el fundamento de la accion, y careciendo de ella el Don Juan Clemente Litigante, se debe absolver de la demanda à Doña Juana de Ribera Narvaez, sin necessidad de indagar, si esta possea, ò no con justa causa. Barbos. *in cap.* 25. *de Rescript. num.* 3. Cardin. de Luca *de Iudic. discurs.* 2. *num.* 17. Card. de luc. de Iudic. disc. 17 disc. 11. n. fin

22. Y la razon es, porque el llamado baxo de condicion, no puede tener lugar su llamamiento, si no es probando, que se cumplió la condicion. *Ex* condictio exigit formale, et specificu implementum. Pes. de maior. tom. 2. cap. 9. n. 173

leg. Cedere diem 213. *ff. de verbor. signific. Leg.* 1. *tit.* 4. *part.* 4. Gomez *tom.* 2. *Variar. cap.* 11. *n.* 28. Y el llamado con la condicion *si sine filijs decesserit*, debe manifestar, que à el tiempo de la muerte del gravado, que es quando se atiende à el implemento de esta condicion, no existian los hijos. *Ex leg. Filius familias* 114. §. 13. *ff. de leg.* 1. ibi: *Conditio defeciſſe videbitur, si patri supervixerint liberi.* Ant. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *num.* 39. vers. *Septimo.* De tal forma, que basta el que por vn momento supervivieſſe el hijo à el Padre. *Leg. In substitut. L. Siquis hæredem, C. de institut. & substit.* Dom. Molina *de Hiſpan. Primog. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 8. Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 25. *num.* 194. Fuſſar. *de Subſtit. Fideicom. quæſt.* 414. *num.* 5. vers. *Probatur.* Torre *de Pact. tom.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 43.

23. El primogenito de dicho Don Juan Clemente Chirino, està llamado baxo de la cõdicion de *si no huviere mas hijo varon.* Es conſtante, que tuvo el Donatario à Don Franciſco Chitino Narvaez, y que previviò à el Padre muchos años, pues murió en el año de 707. y aquel en el de 697. con que no ſe verificò la condicion negativa, para que tuvieſſe efecto el llamamiento de el hijo primogenito.

24. Y es la Clauſula aun mas expreſsiva, porque no dize: ſi muriere ſin hijos, ſino es *ſi no huviere mas hijo varon*: que basta para que ſe cumpla la condicion, que los huvieſſe tenido, aunque no exiſtieſſen à el tiempo de la muerte, *ex leg. Cum vxori, C. quand. dies legat. cedat.* ibi: *Et eius proprietas cum liberos habuerit: nato filio, ſtatim proprietas legati dies cedit.* Fuſſar. *de Subſt. fideicomm. quæſt.* 414. *num.* 2. *&* 5.

25. Y quando ſe entienda la condicion ſi murieſſe ſin hijos, para que tenga lugar el llamamiento, atendiendoſe al tiempo de la muerte: es de forma, q̃ ſi en èl no eſtaba cumplida, y purificada, quedó el llamado baxo de la condicion para ſiempre excluìdo, como funda Torre *de Maior. dict. cap.* 25. *ex num.* 229. Dom. Molina *de Hiſpan. Primog. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 16. *&* 17.

26. Que por averſe verificado la condicion de aver tenido, ò no hijo varon el D. Juan Clemente, primero Donatario, ceſsò la ſubſtitucion del primogenito, es comun ſentir de los Autores, ſegun el conſejo 21. de Oldrald. *ex leg. Ex facto* 17. §. 7. *ff. ad S. Conſult. Treb.* ibi: *Aut igitur filius ſupervixit patri, & extinxit conditionem fideicommiſſi.* Gomez *tom.* 1. *Var. cap.* 5. *num.* 41. ibi: *Si verò habuit filios, & tempore mortis, licet ſtatim decedant, ſpirat ſubſtitutio.* Caſanat. *conſ.* 4. *num.* 105. *&* 191. vers. *Vlterius, num.* 235. *& ſeqq.* D. Caſtill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 89. *num.* 32. ibi: *Si extant filij tempore mortis ipſius hæredis inſtituti, expirat ſubſtitutio.*

Et

Et num.48. y concluye, ibi: *Non esse recedendum à notissimis decissionibus, apertaque Oldraldi, resolutione, & definitione.* Bartholomé Gato *cons.5. num.14.* ibi: *Nam illa verba, si supervixerint, debent intelligi de tempore mortis illius, per cuius obitum fierit locus substitutioni factæ, ad favorem Alexandri, & Gabrielis, eorumque filiorum.*

27. Torre *de Maiorat. part.2. quæst.17. num.18.* ibi: *Tum quia fuit talis opinio recepta in Tribunalibus totius Europæ, vt observat.* Idem Casanat. *dict. cons.4. num.167. & seqq. Vbi enumerat casus decissos in quam plurimis Tribunalibus.* Y añade el Torre otras muchas decisiones de la Rota, y en el *num.20.* citando à Peregrino dize: *Vbi ingenue fatetur, quod sæpè sæpius perpenso negotio in opinionem adversus fideicommissum facilè debenitur ex iuribus decidentibus fideicommissa conditionalia, si sine filijs, deficere, cum hæres gravatus relictis liberis decedit.* Y con el Casanate afirma: *Quod nefas est, ab hac opinione recedere.* Y con el Luca *de Linea Legal. artic.19. n.43.* ibi: *Quod eo nihil receptius, nihil magis probatum, & nihil rerum iudicaturum authoritate firmius injure potest invenire.*

28. Et part.3. decis.11. n.3. ibi: *Et super existentia vnius tantum filij impedit purificationem conditionis.* Et decis.62. n.19. ibi: *Quæ verba clare indicant, quod si eveniret casus vt dicti filij Angelæ moriantur cum filijs, non dicantur consanguinei Testatoris vocati, vt omnes scribentes super famigerato consilij Oldraldi 21. testantur.*

29. Dom. Valenz. *cons. 106. num.23.* ibi: *Illud tamen advertendum est, quod conditio si sine liberis apposita per Testatorem cessavit, & deficiet eo ipso, quod dictæ eius filiæ, vel aliqua eorum decesserint, aut decesserit, relictis filijs, aut filiabus ::: imò vnica filia relicta. Leg.1. C. de condit. insert. Leg. Non est sine liberis 148. ff. de verbor. signif.* Y aunque en el num. 27. dize, que esto es certissimo, quando el que dispuso no dixo expressamente: *Nisi decesserit institutus sine filijs masculis*, es para que la hembra no tenga lugar para embarazar á el sobstituìdo, sino solo el hijo varon.

30. En cuya atencion, aviendo Don Antonio Luis de Gormâz puesto en condicion à el otro hijo varon del Donatario, el que lo huvo, y existia al tiempo de la muerte de Don Juan Clemente Chirino primero llamado, y con efecto obtenido la possession del Vinculo: cessò, y se desvaneciò la sobstitucion, y llamamiento del hijo primogenito, y su linea, que lo fue D. Juan Fernando Chirino, Padre del dicho D. Juan Clemente Chirino Narvaez, y Mesia, que litiga, y como si tal llamamiento no estuviera hecho, por ser esta la fuerza de la condicion quando no se cumple. Dom. Valenz. *dict. cons.106. num.25.* ibi: *Deficiente enim con-*

di-

ditione, casus substitutionis ad casum non substitutionis reducitur. D. Castill. *dict. cap.* 89. *num.* 13. vers. *Quarto*, ibi: *Qui autem extant mortis tempore conditionem deficere faciunt, ac ideò substitutus excluditur.* Num. 17. num. 48. ibi: *Atque ita excluſus, sivè non vocatus, si filios relinquerit.* Et num. 74. ibi: *Verè tamen negari non posse deficiente conditione vnius gradus, sequentes omnes substitutiones corruere, & deficere etiam si verba perpetuitatis adjecta sint, & gradus multiplicati.*

31. De cuyo comun sentir de los Autores, y seguida opinion en los Tribunales, queda sin controversia, que por no averse verificado la condicion negativa, puesta à el primero llamado: *Y sino huviere mas hijo varon que el primogenito*, pues tuvo otro hijo varon, que lo fue dicho D. Francisco, no se purificò la condiciõ, y el llamamiento del primogenito, y su hijo segundo, y sus descendientes, se debe tener como no puesta, ni escrita en la dicha Escritura.

32. El Sr. Molina en el *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 18. afirma, que esta opinion no tiene lugar en los Mayorazgos de España, por ser contra su perpetuìdad, ibi: *Non enim potest aliter perpetuitas Maioratus conservari, si enim existentibus filijs, illico substitutio spiraret, etiam si ipsi filij liberos non haberẽt, Maioratus ipse, qui ex sui natura perpetuò durare debet, illicò deficeret, bonaque libera efficerentur, quod directè eiusdem institutoris menti repugnare.* A quien siguen los Add. en el *num.* 19. y Dom. Castill. *dict. cap.* 89. *num.* 39.

33. Y ponderando la razon del Sr. Molina el Pardo Maldonado *dict. cap.* 6. *num.* 18. afirma, que se atiende en los Mayorazgos, y tiene lugar el consejo de Oldraldo, por no ser en perjuizio de la perpetuìdad de los Mayorazgos, pues se puede suplir por otras personas, ibi: *Quamvis in hoc loco docet noster Molina, & ab Addentibus notatur, in Maioratibus Hispaniæ non habere locum Consilium Oldraldi, attamen attenditur, & observatur, ad hoc, vt qualitas masculinitatis non repetita, tanquam non necessaria ad conservationem primogenij defficiat, & non attendatur.*

34. Porque la perpetuìdad de la donacion hecha por el Don Antonio Ruiz de Gormàz, aunque quede excluìdo el llamamiento especifico de el hijo primogenito, y en los hijos, y descendientes de su hijo segundo, se conserva en las lineas de las hijas del primero llamado: y faltando estas, tendrá lugar el hijo segundo de los que entonces existiessen de la linea del primogenito, por estar todos llamados en el colectivo, y vltimo, que refierimos en el num. 15. ibi: *Y succediendo en sus hijos, y descendientes.*

35. La doctrina del Señor Molina citada en el 32. es disputando la de Oldraldo. El

qual defendiò, que puesta la condicion, *si no tuviere hijos*, ó *si falleciere sin hijos*, siempre que tuvo hijos el gravado, se acaban las demàs sobstituciones despues hechas, y no quedaba Fideicommisso, sino por vna sobstitucion vulgar, y sin efecto los llamamientos. Dom. Castillo *dict. cap.* 89. *num.* 74. ibi: *Et rationem esse clarissimam, quia deficiente conditione in vno gradu, sequentes omnes substitutiones ex eodem conditionis defectu corrunt.*

36. Como todo cede á la voluntad de los Fundadores, aunque en este caso debe ser clara: *Quando conjecturæ, seù præsumptiones ex quibus deducitur voluntas, sint graves, vrgentes, efficaces, necessariæ, & multum probabiles.* D. Castillo *num.* 29. dixo el Señor Molina, lo era suficientemente explicada quando fundó Mayorazgo por su perpetua duracion: y por tanto, no se desvanecen las demás sobstituciones para siempre; pero tienen lugar las condiciones, gravamenes, y otros preceptos de los Fundadores, que no se oponen à la perpetuìdad, como no se opone en este caso; porque aunque no succeda el hijo primogenito, està dada providencia, y tendrà su lugar despues de los especificamente llamados.

37. Por lo que se admiten en los Mayorazgos gravamenes de Armas, Apellidos, la preferencia de la Agnacion de los cognados, y otras condiciones, que los Fundadores ponen, mediante las quales, vnas personas, y lineas se prefieren, y anteponen á otras, sin faltar à la perpetuìdad de los Mayorazgos, y obran su efecto, para que en aquel grado, y orden, en que no concurre la qualidad, ò no se verifique la condicion, no tenga lugar el llamamiento, y se antepõga, y prefiera otro, y en cuya inteligencia obra su efecto la condicion *si sine filijs masculis*, como se prueba de la doctrina de Rippa *Respons.* 131. referida por Aguila ad Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 8. *num.* 19. ibi: *Huiusmodi ergo substitutio qua vocatur secundogenitus domus de Claramonte sub conditione, si Joannes moriatur sine filijs masculis procul dubio intelligenda est, de eo qui est secundogenitus tempore quo morietur Joannes sine filijs masculis.*

38. En esta forma el Donante quiso succediesse el primogenito del primero Donatario, y si este *no huviere mas hijo varon, que el primogenito*, como tuvo *mas hijo varon*, no le convienen las vozes, y palabras de su llamamiento, *male agis, & sine jure, quia tali casu de te non loquitur substitutio, vel scriptura.* Dom. Castill. *tom.* 3. *Controv. cap.* 15. *num.* 29. Alvar. Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 9. *num.* 28. sin que debamos ocurrir á discursos, ni presumpciones: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio. Ex leg. Ille, aut ille. §. Cum in, ff. de legat.* 3.

39. Todo lo referido se afianza con otra cõsideracion: No se presume, q̃ ninguno se corrige immediatamẽte de lo que ha dispuesto. *L.32. §.2. ff. de donat. inter vir. & vxor. Leg. Non ad ea 89. ff. de condit. & demonstrat.* Pareja *de Univers. Instrument. Edit. tit.2. resolut.6. num.* 304. Dom. Larrea *decis.* 60. *num.* 6. Pignat. *tom.* 6. *consult.*85. *num.*40. y se debe evitar toda contrariedad, y correccion. D. Valenz. *cons.*97. *n.*49.

40. Dexamos fundado desde el num. 5. que en el llamamiento de hijo legitimo segundo, tercero, quarto, &c. no están excluìdas las hembras, antes sì comprehendidas: con que fuera dezir, que se corrigió immediatamente, y el llamamiento, que avia de varones, y hembras, lo quiso limitar, y ceñir à solo aquellos con exclusion de estas.

41. Assimesmo el llamamiento de hijo segundo, tercero, quarto, y quinto, dize incompatibilidad real lineal con el primogenito, y su linea. Roxas *de Incompat. part.*4. *cap.*1. *num.* 87. *& part.* 8. *cap.* 7. *num.* 18. Add. ad Dom. Olèa *de Cess. Iur. & action. tit.* 3. *quæst.* 4. *num.* 7. Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 33. *num.* 4. ibi: *Propriè loquendo primogenitura, & secundogenitura inter se differunt essentialiter*: Con que admitiendo à el primogenito, y su linea, aviendo hijas en quien se verifica el llamamiento de segundogenito, fuera vna conocida contrariedad, y oposicion: lo que no se debe dezir, mayormente teniendo las hembras à su favor la Regla, de que solo en caso de expressa voluntad, y que no admita duda, se les debe excluir de la succesion; porque con qualquiera razon de dudar se deben preferir, y tenerse por llamadas. Dom. Molina *de Hispan. Primogen. lib.*3. *cap.*4. *num.*37. D. Valenz. *cons.* 97. *num.* 74. D. Vela, *dissert.*49. *num.*53.

42 Que el poner en condicion à el hijo varon, y llamar à el segundo hijo varon de la linea primogenita, sea argumento, de que en los primeros llamamientos de hijo segundo, tercero, y quarto, apeteciò la mesma qualidad de varon, como referimos en los num. 18. y 19. se desvanece, de que esta expresion fue para aquel caso de sobstitucion, y no para los otros llamamientos de hijo segundo, tercero, &c. que dexaba concluìdos. *Ita ex leg.*39. *ff. de condit. & demonstrat.* ibi: *At quæ conditio ad certas personas accommodata fuerit, eam referre debemus ad eum dumtaxat gradum, quo hæc personæ institutæ fuerunt.* Porque la condicion en vn orden, ò grado de llamamiento, no se entiende repetido en otro. D. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 66. *&* 67. Garcia *de Nobilit. in divis. operis, num.*49. Dom. Castillo *tom.* 2. *Controvers. cap.*4. *num.*37. *& tom.*6. *cap.*181. *num.* 27. *vers. Si vero vni gradui.*

Dom.

Dom. Vela *dissert.* 49. *num.* 13. & 107. D. Valenz. *cons.* 97. *n.* 176.

43. Y de no aver expressado la qualidad de varon en los primeros llamamientos de hijo segundo, tercero, &c. quando podia hazerlo, se reconoce no la quiso. Dom. Molin. *dict. cap.* 5. *num.* 56. ibi: *Imò ex eius expressione facta in vna parte, censendum est, Maioratus institutorem verbum masculis in alia parte consultò omississe, cum si id voluisset, expressisset.* Peg. *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 9. *num.* 41. De tal forma, que hallandose como se halla el llamamiento de el varon en distinta oracion, es prueba de que apeteció lo contrario en los llamamientos, que antes dexaba perfectos, y fenecidos en las lineas de los hijos segundo, tercero, &c. Dom. Castill. *dict. cap.* 4. *num.* 95. Aguila ad Roxas *part.* 4. *cap.* 2. *n.* 2. ibi: *Tres etiam, quæ repetitionem excludunt his contrariæ: disiunctiva: diversa oratio, diversa ratio.* D. Lara *de Vit. Hom. dict. cap.* 30. *num.* 84.

44. Por el llamamiento de varones, quando no ay expressa exclusion de hembra, se entienden llamadas, y solo se prefiere el varon, dentro de la linea, y grado, y se tiene el llamamiento del varon, no por separar las hembras de la succesion, sino es para manifestar, que aviendo varon se ha de preferir à la hembra, como resuelven los Autores. D. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 71. & ibi Add. Dom. Valenz. *cons.* 97. *num.* 100. & *seqq.* Barbos. *lib.* 3. *vot.* 126. *n.* 236. Dom. Lara *de Vit. Hom. dict. cap.* 30. *num.* 82. Torre *de Maiorat. part.* 1. *cap.* 25. *num.* 85. 94. 106. & *seqq.* & 133.

45. Mayormente quando no se puede dezir, que el Donante contemplò su agnacion, ni quiso se succediesse de varon en varon, quando diò llamamiento à las hembras, como consta de la Clausula referida en el num. 4. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. dict. cap.* 5. *num.* 50. Dom. Vela *dict. dissert.* 49. *n.* 87. Rosa *Consult.* 69. *num.* 22. Dom. Larrea *decis.* 54. *n.* 5. Torre *dict. cap.* 25. *n.* 27. Alvar. Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 12. *num.* 32.

46. De que se infiere, que el poner en condicion à el otro hijo varon del primero llamado, para que entrasse en la linea del primogenito, y en esta prevenir, que succediesse el hijo segundo varon, no fue querer excluir las hembras, hijas del primero llamado, para que dexassen de comprehenderse en el llamamiento de hijo segundo, tercero, &c. Y, por tanto, no aviendose purificado la condicion, para que tuviesse lugar la linea del primogenito, quedaron las demás hijas con su capacidad, y llamamiento; lo que aun en duda se debe presumir. Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 58. Dom. Lara *dict. cap.* 30. *num.* 86. & 88.

47. En los mismos termi-

Dmolin lib 3 cap 5 n. 32. 35

minos toca la duda el Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 25. §. 14. y en el *num.* 148. reſuelve, que el poner en condicion los hijos varones, no es excluſion de las hembras, ſino es omitirlas, y tienen ſu lugar ſi la condicion no ſe verifica, ibi: *Nec valet argumentum, maſculos vocavit; ergo filias excluſit; quia argumentum à contrario ſenſu ſtricte ſumitur ad limites verborum; vt nempè valeat conſequentia, Teſtator expreſsè poſuit in conditione filios maſculos, ergo de fœminis nihil dixit, non autem alia conſequentia ergo fœminas excluſit.* Vt cum Decian. *Reſponſ.* 207. *n.* 20. §. *Non obſtat primum*, verſ. *Sed dico*, probat Rota *dict. loco n.* 9. *Afferens rationem, quia inter vocationem hominis, & illius excluſionem datur medium, nempè vocatio legis, vnde ſtat ſimul, quod quis in expreſſa diſpoſitione hominis vocatus non ſit, & nihilominus ei intacta ſint iura, quæ ex legis beneficio nanciſcuntur.* Y lo miſmo prueba Botill. *de Succeſ. cap.* 1. *theorem.* 3. *n.* 41. & 42.

48. En nueſtro caſo no neceſsitan las hijas del primero Donatario ocurrir à que la ley ſupla ſu llamamiento, ſino es que lo tienen expreſſo en la voluntad del Donante, como queda fundado deſde el n. 5. y como ſi con ſu proprio nombre eſtuvieſſen llamadas, como dirèmos en el num. 57. y para que ſe admita la excluſion del que tiene llamamiento, ya de la Ley, ò del Fundador, ſe debe manifeſtar evidentiſsimamente, *ex leg.* 1. *C. de condit. inſert.* ibi: *Niſi alia defuncti voluntas evidenter probetur.* D. Valenz. *conſ.* 97. *num.* 71. ibi: *Excluſionem debere oſtendi apertiſſimus verbis, aut evidentiſsimis coniecturis. contrariæ voluntatis.* Pues ſi quiſieran excluir las hembras del llamamiento de hijo ſegundo, tercero, &c. lo huvieran dicho. Dom. Valenz. *dict. conſ.* 97. ibi: *Si voluiſſent excludere fœminas deſcendentes à dicta Eliſabeth, id vtique expreſsiſſent. Et ex dict. ſupr. num.* 42. Y como fundamento de la intencion del dicho Don Juan Clemente Chirino, avia de probar eſta excluſion evidentemente, vt dixit Dom. Valenz. *n.* 150. y con qualquiera duda ſe debe interpretar, y entender contra el que en ella funda ſu intencion. D. Valenz. *num.* 165.

49. Y para no incidir, ni en la contrariedad, ni en la inveroſimilitud, ni en la excluſion de las hembras, que dexaba antes llamadas, ni faltar á la prelacion, que les diò con dexarlas incluídas en el orden de los hijos ſegundos, que en primero lugar quiſo ſuccedieſſen, *ex leg. Generaliter* 24. §. 17. *ff. de fideicomm. libertat.* Roxas *de Incompat. part.* 5. *cap.* 4. *num.* 21. Roſa *Conſult.* 69. *num.* 152. Dom. Valenz. *dict. conſ.* 97. *num.* 109. y que ſe debe atender el fin, è intencion del Fundador, para interpretar ſu voluntad. *L. In conditionibus* 19. *ff. de condit. & demonſtr.* D. Valenz. *dict. conſ.* 97.

*num.*210. Torre *de Maiorat. tom.* 2. *quæst.* 12. *num.* 16. *quæst.* 53. *num.*51. Dom. Castill. *tom.*5. *Controv. cap.*86. *num.*40.

50. Nos parece, que la verdadera inteligencia de los llamamientos es, que quiso el Donante, que este Vinculo no recayesse en el hijo primogenito del primero llamado, ni su linea, por considerarlo probeìdo con otro Mayorazgo, y querer que se conservasse su Nombre, y Apellido, como dize el Roxas *part.*3. *cap.* 5. *num.* 25. y assi llamò sin condicion à las lineas de los hijos segundo, tercero, y los demàs por esta orden, y teniendo presente, que se podrian acabar, y fenecer, llama à la linea primogenita, y aunque con la expression, que parece terminada solo à los hijos varones, *y si no huviere mas hijo varon*, podemos dezir lo que la *Ley* 102. *ff. de condit. & demonstrat.* ibi: *Minus scriptum, quàm dictum fuerat inveniretur.* D. Molina *de Hispan. Primog. lib.*1. *cap.* 4. *num.*19. queriendo en esta expresion el Fundador dar à entender, que acabandose todos los hijos de las lineas, que dexaba antes llamadas, tuviesse lugar la del primogenito; porque la expresion de la qualidad *de varon*, se debe entender *demonstrativè, & non dispositivè.* Dom. Valenz. *dict. cons.* 97. *num.* 76. ibi: *Quia ista masculinitas stat demonstrativè, non dispositivè ad fœminarum exclusionem, & regulariter verba quæ stant demonstrativè non disponunt.* A quien sigue el Barbosa *dict. voto* 126. *num.*236. Otero *de Official. part.*2. *cap.*21. *num.* 24. Mostazo *de Caus. Pijs, tom.*1. *lib.*2. *cap.*6. *num.* 14. & 15. & *cap.* 7. *à num.* 44. Botill. *de Succes. cap.*1. *theor.* 5. *num.*22. *theor.* 10. *num.*19. & *theor.*23. *num.*5.

51. Y si en esta inteligencia se dize por D. Juan Clemente, que repugna à lo literal de las vozes, porque la qualidad de varon es excluſiva de las hembras, le harèmos igual rèplica: què si debemos estàr à lo literal del significado de las vozes, y no à su mente, è intencion? *Ex leg.* 17. *ff. de legib.* Cardin. de Luca *de Fideicomm. discurs.*33. *num.*21. ibi: *Spectando magis substantiam voluntatis quam formula verborum. Discurs.*51. *num. fin. discurs.*54. *num. fin. discurs.*82. *num.*2. & *discurs.* 86. *num.* 6. Torre *de Maioratib. tom.*2. *quæst.*42. *num.*9. vers. *Quæ est*, & *num.*13.

52. No se puede dudar, que el llamamiento del hijo primogenito, construìda la Clausula, no puede tener lugar en otro caso, sino es en el que el primero llamado no huviera tenido mas hijo varon: con que aviendole tenido, no puede tener lugar su llamamiento, y como que no le convienen las vozes de la disposicion, como diximos *supr. num.*38. no puede tener derecho à la succesion, que pretende; y necesitando ocurrir à otras considera-

cio-

ciones, es preciſſo venzan las mas poderoſas, como ſon las que favorecen à el llamamiento expreſſo de los hijos ſegundos, y de que à el primogenito, y ſu linea le llamò, quando ya no podia en otra forma, y como dize D. Lara *de Vita homin. dict. cap.* 30. *n.* 114. *à mas no poder*, el que permaneciesſe ſu diſpoſicion en la deſcendencia del primero Donatario.

53. Porque aviendo tenido el afecto de dexar ſus bienes â Don Juan Clemente, primero Donatario, y por conſiguiente à todos ſus deſcendientes, Dom. Molina *de Hiſpan. Primog. lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 29. Dom. Larrea, *deciſ.* 34. *num.* 27. con el gravamen de Vinculo, para que ſe conſervaſſe ſu memoria, y à eſte fin no quiſo ſuccedieſſe el primogenito, para que no ſe confundieſſe ſu nombre. Roxas *de Incompat. part.* 3. *cap.* 5. *num.* 25. venció el afecto à el Donatario, y para cumplir con vno, y otro reſpecto, ya que no huvieſſe otro deſcendiente, diſpensò entraſſe la ſucceſsion en el primogenito, y quando fueſſe poſsible, paſſaſſe al ſegundo de ſu linea, y vltimamente fenecidos todos, llegaſſe el caſo de nombrar Succeſſor.

54. Siguiendo la inteligencia dada por Don Juan Clemente, para fundar ſu accion, era preciſſo dezir, que las hijas de el primero llamado, y ſus lineas eſtaban excluìdas, y nunca llamadas. En el llamamiento de hijo ſegundo, tercero, &c. alega, q̃ no eſtàn incluìdas: en la linea del hijo primogenito no puedẽ tener llamamiento: fenecida eſta, llega el caſo de la eleccion; con que no ſe puede verificar, el que falten todos los deſcendientes, y la ſucceſsion del primero Donatario. Lo qual es contra la clara mente del Fundador, y aſsi ſe infiere, que el mas natural, y conforme ſentido de la diſpoſicion es, que la linea del primogenito no pueda tener lugar, ſino es acabadas las demàs lineas, que proceden del primero Donatario, que forman las de los hijos ſegundo, tercero, quarto, y quinto, por ſu claro, y anterior llamamiento.

55. Lo que tiene acreditado la obſervancia, D. Valenz. *dict. conſ.* 97. *num.* 204. pues deſde que murió el dicho Don Franciſco Chitino en el año de 707. que formò la linea ſegundogenita, entrò en la poſſeſsion Doña Sebaſtiana de Ribera, Abuela de Doña Juana de Ribera, muger de D. Franciſco Xavier de Viedma, en cuya linea ha continuado haſta de preſente, y à quien le aſsiſten quantas reglas favorecen à los Reos demandados, y poſſeedores, ſiempre que el Actor no prueba claramente ſu accion, y que llegò el caſo de ſu llamamiento, *ex leg.* 1. *C. quor. bonor.* Dom. Larrea, *deciſ.* 33. *num.* 33. ibi: *Et ſuæ ſubſtitutionis caſum eveniſſe*, debe obtener el Reo demandado.

El

56. El reparo, que propusimos en el num. 20. de que no expressò las hijas de el Don Juan Clemente Chirinos, por lo que fue visto no querellas llamar: se satisface claramente con negar el supuesto, con que se forma la duda.

57. De dos modos se hazen los llamamientos: vnos generales, otros por sus nombres apelativos, como son llamar à los hijos, à los sobrinos, ò à el pariente mas cercano, y entonces todos, y cada vno en quienes cõcurre la qualidad de hijo, sobrino, ó pariente, tiene llamamiento expresso, como si con su proprio nombre estuviesse llamado. Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib. 1. cap. 1. num. 17.* & ibi Add. Dom. Paz *de Tenut. cap. 57. num. 255.* Dom. Castillo *tom. 3. Controv. cap. 15. num. 57. tom. 6. càp. 161. num. 11. & seqq. & cap. 181. num. 45.* Torre *de Maiorat. part. 2. quæst. 43. num. 110. & quæst. 56. num. 9.*

58. Y para que se entienda excluìdo qualquiera de los comprehendidos en el llamamiẽto colectivo, ha de ser la exclusion clara, ò con posterior discretivo llamamiento, que le separe del general anterior, *ex leg. Cum in testamento 37. & §. final. ff. de heredib. instit.* y otros muchos, que citan los Autores, de que trataron el Sr. Castillo *tom. 6. Controv. cap. 133.* el Sr. Larrea en la *decis. 34. num. 5. & decis. 54. num. 17.* Rosa *Consult. 69. num. 153. 171. 199. & seqq.*

59. Otro modo es, nombrando por sus nombres proprios á los llamados: En cuyo caso la omission, mayormente quando el Testador nombrò en otra parte de la disposicion à la persona omissa, se entiende por no llamada, ò excluìda, que es la materia del Texto *in leg. 9. C. de Testam. Milit.* y el *discurs. 259.* del Cardenal de Luca *de Fideicomm.* Con que no siendo este el caso de nuestro litigio, sino es el primero, del llamamiento del hijo segundo, &c. se debe tener por llamado expressamente, qualquiera que verifique ser hijo del primero llamado, como son las hembras.

60. Porque como dize el Card. de Luca *de Fideicomm. disc. 49. num. 4. Tunc enim exclusio in parte dispositiva importare etiam dicitur exclusionem in parte conditionali.* En lo dispositivo, esto es, la primera, y principal intencion del Donante fue llamar à los segundos, que es posisitiva exclusion del primogenito, y su linea, *vt diximus num. 41.* En la parte condicional, que le diò llamamiento, no verificada es, como prosigue el Cardenal de Luca: *Perinde ac si personæ exclusæ non essent in rerum natura.* En cuyo supuesto, aviendo quedado el hijo primogenito varon vnico, y la hembra substituìda, afirma, que esta se debe preferir, *vt supr. n. 5.* ibi: *Ob amplitudinem verborum cum*

qui-

quibus dictus primogenitus exclusus fuit, vnde propterea habendus esset pro nullatenus extante, etiam ad effectum partis conditionalis.

61. En esta pretende fundar su derecho Don Juan Clemente Chirino, y esta es la que le está obstando, por ser baxo de vna condicion, que no la verifica, antes sì el implemento contrario: La amplitud de las vozes á favor de los segundogenitos es repetida, y tan enixa como manifiesta la expresion de *hijo segundo, tercero, quarto, ò quinto, y todos los demàs por la dicha orden referida, vt supr. num.* 4. en la que no se puede incluir el primogenito, y su linea, y sí Doña Juana Narvaez, y su linea, de la que es dicha Doña Juana de Ribera: por lo que como que le convienen las vozes de la disposicion, suplica se determine à su favor. S.T.S.D.

Lic. D. Christoval de Espinosa Ocampo.

POR

DON JUAN ALFONSO DE SOUSA, PORtugal, Carrillo Fernandez de Cordova, vecino de la Villa, y Corte de Madrid, y residente en la Ciudad de Cordova.

CON

D. MARTIN GONZALEZ DE GUIRAL Y Concha, vezino, y Veintiquatro de dicha Ciudad.

SOBRE

QUE SE DECLARE TOCAR, Y PERTENECER A dicho Don Juan Alfonso la Propriedad del Vinculo, y Patronato fundado por Juan Manos-Alvas, Veintiquatro, que fue de dicha Ciudad, y sus Agregados, con los frutos, y rentas, que han rentado, y podido rentar, desde que lo detenta dicho Don Martin.

IMPRESSO EN GRANADA, EN LA IMPRENTA Real, en virtud de Auto acordado por los Sres. del Real Acuerdo, de que certifica su Secretario de Camara, en 24. de Julio de 1760.

(***) (***)

N. 1 RECONOciendo D. Martin Gonzalez de Guiral (81), que la posseſsion del Patronato, que fundò Juan Manos-Alvas (13) se declarò à su favor, por aver sido el pariente unico, que en el Juicio posſessorio se manifestò; y que Don Juan Alfonso de Sousa (83) en este Juicio de Propriedad justifica el parentesco mas cercano con el dicho Fundador, y con Doña Maria de Aguayo Fernandez de Cordova Marquesa de Santaella (79) que son los medios para preferirse al dicho Don Martin, y que se le declare por legitimo succesſor. Dom. Molin. *de Hiſpan. Primog. lib. 3. cap. 9. num. 2.* ha puesto todo su esfuerzo en querer controvertir la justificacion de la filiacion alegada por dicho Don Juan Alfonso de Sousa.

2. En las succesiones tiene el primer lugar la linea recta, y de substancia, que es *ordo deſcendentium in poſteros.* Roxas, *de Incompat. part. 1. cap. 6. numer. 27.* de esta se forma la actual, y habitual del posſeedor, y hasta, que esta se evaque, no tiene lugar otra alguna. Rox. *dict. cap. 6. ex num. 144. & 153.* en esta atencion ocupò la succesion la linea de Pedro Venegas (32), que se continuò hasta la Marquesa de Santaella (79), debiendose para buscar al succeſſor reconocer, el que se halla en la linea contentiva del ulrimo posſeedor. Roxas, *dict. cap. 6. num. 290. & 297. & cap. 8. num. 24. et cap. 1. de Natur. Succeſ. Feud.* ibi: *Ad ſolos, & ad omnes, qui exilla linea ſunt, ex quaiſte fuit.* Dom. Molin. *de Hiſpan. Primog. lib. 3. cap. 4. numer. 13. & 14. vbi Add. verſ. De prima. Et verſ. Tandem.* Idem. Dom Molin. *cap. 6. num. 33. & dict. cap. 9. num. 11.* Dom. Vela, *differt. 49. num. 35.* Dom. Castill. *tom. 6. Controv. cap. 138.* Dom. Olea, *de Ceſſ. Iur. & Action. tit. 3. quæſt. 4. num. 15.* Cardin. de Luc. *de Fideicomm. diſc. 1. num. 15. verſic. Alterum graviùs, & diſcur. 3. num. 6.*

3. La linea contentiva de el ultimo posſeedor se compone de personas, que tengan vn Padre comun, y vn solo origen, del qual proceden el Fundador, el ultimo posſeedor, y el pretendiente. Rox. *dict. cap. 6. num. 290. & 292.* Dom. Castill. *tom. 5. Controv. cap. 93. §. 13. num. 8.* Cardinal. de Luc. *de Fideicom. diſc. 50. num. 7. & 12. & diſc. 51. num. 10. & 11.* con que constando, que el Fundador tiene por primero origen, y estirpe à Juan Ximenez Manos Alvas, y Leonor Ximenez su muger (5, y 6.) de cuyos Padres còmunes proceden alsimismo la ultima posſeedora (79), y Don Juan Alfonso de Sousa (83), es à quien pertenece la succesion, y se halla en la linea contentiva del ultimo posſeedor, lo que no succede à Don Martin Gonzalez de Guiral: porque para llegar al origen, y tronco comun del Fundador, y la ultima posſeedora, necesita ascender à Luis Ximenez Manos-Alvas, y Antona Ruiz (2. y 3.) que es estirpite, y Padres comunes con el Fundador, y la ultima posſeedora mas remotos; pues D. Juan Alfonso de Sousa (83) està con el Fundador en primero con decimo grado de consanguinidad, y con la ultima posſeedora

en

en octavo con undecimo de consanguinidad, y Don Martin Gonzalez de Guiral està con el Fundador en segundo con decimo grado de consanguinidad, y con la ultima posseedora en noveno con decimo grado de consanguinidad; de que se manifiesta, que en la linea contentiva del ultimo posseedor lo està Don Juan Alfonso, y no Don Martin de Guiral. Dom. Castill. dict. cap. 138. num. 15. ibi: *Proximitas namque gradus metienda est inter eos, qui in linea constituti sunt, nòn inter eos, qui in diversis lineis existunt, & remotioris lineæ sunt.* Alvar. Peg. de Maior. tom. 2. cap. 10. num. 32. ibi: *Et ad cognoscendum quis sit proximior in linea, gradu, sexu, & ætate semper fieri debet computatio incipiendo ab illo coraterali, qui vult succedere, & faciendo ascensum ad Patrem vel alium ascendentem communem, à quo descendunt, & postea facere descensum ad defunctum coratetalem de cuius successione tractatur, qui absque filijs decessit, tunc enim ascenditur ad proximum stipitem, & si ex eo descendentes, non existant ascenditur ad alium immediatum illius lineæ, & sic deinceps per patres avos, & pro avos usque ad ultimum in illo genere, qui est primus, & caput illius lineæ, & quousque omnes ex illa procedentes deficiant non intrat alia linea.*

4. En esta atencion passamos à fundar la plena prueba, que tiene la filiacion propuesta por Don Juan Alfonso de Sousa, sin embargo de lo mucho que se ha empeñado en impugnarla Don Martin Guiral; y despues à manifestar los reparos, de la que el referido ha articulado, dibidiendo el Informe en estos dos puntos, y haciendonos solo cargo de los grados, en que se ha querido poner la duda.

PUNTO I.

5. DEsde Don Juan Alfonso de Sousa (83), hasta Doña Inès de Cordova y Argote (63) su quarta Abuela, no se ha hecho reparo expecifico, que merezca satisfaccion, hallandose calificada esta descendencia por la possession, en que se halla dicho Don Juan Alfonso de Sousa, executoriada en contradictorio Juicio en esta Corte de los Mayorazgos fundados por Doña Maria Mexia de Carasa (58), Doña Luysa Carrillo de las Infantas (65), y Diego Carrillo de las Infantas (64) (*Mem. num.* 88. y 89.) sin que en vna familia tan enlazada, y emparentada haya salido alguno, que dispute, ni ponga en duda la legitima possession de dichos Mayorazgos, mediante la descendencia de la dicha Doña Inès de Cordova y Argote (63), y Da. Maria Mexia de Carasa (58) quinta Abuela del dicho D. Juan Alfonso. Cevall. *Commun. Cont. comm. quæst.* 425. *num.* 9. & 10. Dom. Arredond. Carmon. *part.* 1. *Aut.* 16. *cap.* 3. *num.* 90. por lo que solo se ha impugnado la justificacion de los grados superiores à la Doña Inès (63); sin atender à los muchos instrumentos, que justifican su antiguedad, conveniencia, y uniformidad, que entre si tienen, con tanta enunciativa, que

que en nada ſubſtancial difieren; y principalmente à que con la mucha proligidad, que eſte aſſunto ſe ha tocado, no ſe ha dado por Don Martin diſtinta aſcendencia à Don Juan Alfonſo, que la que eſte ha juſtificado, no pudiendo dexar cada uno de ſus aſcendientes, de tener ſus Padres, y Abuelos; por lo que ſe le pudiera preguntar con el Juriſconſulto Ulpiano, in leg. 1. §. Fin. ff. ad municip. & de incol. ibi: *Quæ enim aliam originem hic habet?* circunſtancias, que en la buena fè de los que otorgaron dichos inſtrumentos, oy los han manifeſtado, y comprobado, hazen deſeſtimables los eſcrupuloſos defectos, que ſe le oponen; pues como dixo Ciceron, in Orat. pro Aulo Cæcinna: *Quod Teſtamentum? quæ iuditia, aut ſtipulationes, aut pacti, aut conventi formula non infirmari, aut convelli poteſt? ſi adverba rem deflectere velimus, conſilium autem eorum, qui ſcripſerunt, & rationem, & authoritatem relinquamus?*

6. Por cuya razon, y por que el reflexar todos los alegatos hechos por las Partes, è inſtrumentos preſentados, fuera hazer muy difuſo eſte Informe, nos haremos tan ſolamente cargo de algunos. P. Serr. *Relig. Chriſtian. Verit. & defenſ. Exercit. 2. num. 2.* quedando la ſatisfaccion de los demàs à lo alegado por Don Juan Alfonſo de Souſa (83), y à la excluſion, q̃ de ellos miſmos aparece, y queda à la juſtificadiſsima comprehenſion de los Señores Juezes, ſiendo el Conſejo del cap. Oportet. cap. 8. quæſt. 1. ibi: *Et verbi ordinem pro audientis capacitate dirigere. Ex leg. Vnic. C. ut quæ de ſunt advocat. part. Iud. ſupleat.* D. Salg. *parte 3. Labyr. cap. 1. num. 18.* ibi: *Quod is, qui præſentat inſtrumentum, ex quo ſua exceptio conſtat, videtur eam aponere, & non eget alia oppoſicione expreſſa.*

DOñA INES DE CORDOVA Y ARGOTE (63), quarta Abuela de D. Juan Alfonſo de Souſa (83) fue hija legitima, y natural de Doña Maria Mexia de Caraſa (58), y de D. Gonzalo Fernandez de Cordova y Angulo (57).

7. EN el Memorial deſde el *num.* 90. tratando de eſte grado, relaciona en primer lugar los inſtrumentos, que acreditan el caſamiento de Don Gonzalo Fernandez de Cordova (57), y Doña Maria Mexia de Caraſa (58) Padres de la dicha Doña Inès de Cordova (63), y debiendoſe en primer lugar juſtificar la filiacion. *leg. 1. C. quor. bonor.* Dom. Larr. *allegat. 33. num. 33.* y deſpues manifeſtar la qualidad de la legitimidad, referiremos los inſtrumentos, que prueban dicha filiacion.

8. El primero es el Teſtamento otorgado por D. Gonzalo Fernandez de Cordova (57) en 20. de Julio de 1569. (*Mem. n.* 101.) el que entre otros hijos declara à la Doña Inès de Argote (63). El ſegundo, una Eſcritura otorgada en 5. de Noviembre de 1578. (*Mem. numer.* 105.) por la Doña Maria Mexia,

Mexia, en la que refiere el casamiento concertado, entre Diego Carrillo de las Infantas, y Doña Inès de Argote su hija (63. y 64.). El tercero es la Escritura, q̃ en 9. de Noviembre de dicho año de 1578. otorgò la Doña Maria Mexia de promessa de 3ꝯ. ducados para dicho casamiento de la Doña Inès su hija (63) con el D. Diego Carrillo de las Infantas (64) (*Mem. n.* 106.). De estos dos instrumentos, y de otros se dize en el Memorial, estàr en papel comun, como si en aquel tiempo se otorgassen algunos instrumentos en papel sellado, ni lo huviesse en España hasta el año de 1637. *Ex leg.* 44. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.*

9. El quarto es la Escritura con fecha de 9. del expressado mes de Noviembre de 1578. otorgada por la dicha Doña Inès (63) en la que expressa, ser hija legitima de los dichos Don Gonzalo de Cordova y Angulo, y de Doña Maria de Carasa su muger, expressa el tratado casamiento con el Diego Carrillo de las Infantas, y el ofrecimiento, que la Madre le havia hecho de los 3ꝯ. ducados, y enuncia el derecho a las herencias de sus Padres (*M. num.* 107).

10. El Quinto es la Escritura de Fundacion de Vinculo, q̃ otorgò la dicha Doña Maria Mexia (58) en 29. de dicho mes de Noviembre, y año de 1578. en el que declara el matrimonio de D. Diego Carrillo (64) con la Doña Inès de Argote (63) su hija, à la que le dà llamamiento, y à sus descendientes (*M. num.* 108.).

11. Cuyo caso se verificò, pues por haver faltado los demàs descendientes, se halla Don Juan Alfonso de Sousa (83) en la possession de este Vinculo (*Mem. num.* 88.), q̃ es una poderosissima prueba de la verdadera descendencia, sin que necessitasse de otro apoyo. Dom. Castill. *tom.* 6. *Cont. cap.* 123 *num.* 11. Mascard. *de Probat. conclus.* 812. *num.* 3. Genua *de Escrip. Privat. lib.* 3. *quæst.* 33. *à num.* 17.

12. El sexto instrumento, es el Testamento de la Doña Maria Mexia de Carasa (58), otorgado en 13. de Marzo de 1604. (*M. num.* 102.), que asimismo declara por su hija à la Doña Inès de Argote (63) (*Mem. n.* 104.), con la expression de haver casado con Diego Carrillo de las Infàtas (64).

13. Para justificar qualquiera grado, son suficientes las enunciativas de dos instrumentos diversos. Noguer. *allegat.* 25. *n.* 259. Escob. *de Purit. & Nobilit. part.* 1. *quæst.* 15. §. 3. *num.* 57. D. Castill. *dict. cap.* 123. *num.* 8. Pareja, *de Vnib. Instrum. Edit. tit.* 7. *resol.* 9. *n.* 64. *y* 65.

14. Este grado, y enlaze, de que la Doña Inès de Argote (63) sea hija del D. Gonzalo Fernandez de Cordova, y Doña Maria Mexia de Carasa (57. y 58.) no solo se prueba con las enunciativas de dos instrumentos, sino es con las repetidas vniformes, y coordinadas expressiones de seis, lo que no puede, ni debe dexar motivo de duda. Dom. Larr. decis. 56. num. 5. ibi: *Illud ultra prædicta animadvertendum est, verba enunciative in præiuditium tertij probare, quando in pluribus instrumentis repetita inveniuntur, ut in hoc casu, in quo sex instrumentis relatum fuit.*

15. La legitimidad siempre se presume en caso de duda. Escob. de Purit. & Nobilit. part. 1. quæst. 16. §. 4. n. 19. & 20. ibi: *Et quotiès quis filius alicuius apparet legi-*

legitimòs potiùs eſt præſumendus, quàm ſpurius, aut illegitimus. Et quæſt. 15. §. 3. *num.* 28. Dom. Caſtill. *tom.* 5. *Cont. cap.* 104. *num.* 16. pero que la Doña Inès de Argote (63) lo fueſſe legitima del D. Gonzalo Fernandez de Cordova y Angulo, y Doña Maria Mexia de Caraſa, eſtà legitimamente perſuadido, conſtando el haver ſido marido, y muger los expreſſados, de cuyo matrimonio procediò la dicha Doña Inès, por repetidos inſtrumentos, q̃ ſe relacionan en el Memorial, deſde el num. 90. haſta el 102. por lo que no debemos detenernos en la verdad de eſte matrimonio.

16. Los reparos opueſtos à los inſtrumentos de eſte grado, no merecian alguna ſatisfaccion, por ſu ninguna vtilidad, no obſtante porque ſu excluſion pueda convenir para los inſtrumentos de los demàs grados, y eſcuſarnos de repetirlos, quedan en eſte lugar expreſſados.

17. En la formacion de eſte ultimo Memorial ſe notò num. 92. que en el poder otorgado en 28. de Abril de 1549. por Gonzalo Fernandez de Cordova y Argote (57), à favor de Andrès Ponze de Leon, Cavallero del Orden de Santiago, para que ſe deſpoſaſſe con Doña Maria Mexia (58), el que fue teſtigo Alonſo de Armenta; dixo Don Martin Guiral, que no conſtaba fueſſe la (37).

18. Eſte reparo, como no alegado, ni advertido en todo el pleyto, ni Memoriales, es de ninguna atencion. Pareja, de Vinib. Inſt. Edict. tit. 1. reſolut. 3. §. 3. numer. 154. ibi: *Hæc appoſitio debet in actis fieri, non verò in alegationibus iuris*; la identidad de las perſonas ſe prueba por el nombre, y apellido. Eſcob. *de Purit. & Nobilit. part.* 1. *quæſt.* 16. §. 3. *num.* 6. y apareciendo del inſtrumento el nombre, y apellido del Alonſo de Armenta, y que en la familia huvo uno de eſte nombre, que es el de la (37), no ay motivo para que ſe aplique à otro, que à un pariente tan immediato de la Contrayente, y en vn acto tan proprio de la aſsiſtencia de los de la familia, y aſsi otorgò el inſtrumento de 7. de Mayo de 1549. tratando de el miſmo caſamiento (*Mem. n.* 99.) y el de 28. de Abril del miſmo año (*Mem. n.* 141.); de que ſe manifieſta, que el Alonſo de Armenta (37), fue una de las perſonas de autoridad de la familia, que autorizò, y preſenciò el matrimonio, entre los dichos D. Gonzalo Fernandez de Cordova (57), y la Doña Maria Mexia de Caraſa (58), por ſer el Alonſo de Armenta (37) hermano de Iſabèl de Armenta (34), Abuela de la dicha Doña Maria Mexia de Caraſa. Roberti Rer. Iudic. lib. 4. cap. 1. in fin. ibi. *In ſunt parentes, atque propinqui*: Fontan. *de Pact. Nupt. Clauſul.* 5. *Gloſſ.* 8. *part.* 12. *num.* 57. Noguel. *allegat.* 25. *n.* 79. y aſsi la intervencion de los parientes, excluye todo frude, y ſoſpecha. Rip. *de Noturn. Tempor. cap.* 105. *num.* 10.

19. El inſtrumento de 28. de Abril de 1549. referido en Memor. num. 94. ſe comprobò, aſsi por la Juſticia de Cordova, como por el Receptor (*Mem. n.* 110. *y* 111,) la Juſticia no encontrò otra diſonancia, ſino que en el Teſtimonio ſe decia, *dos mil mrs. y quinze caìzes de trigo puro*; y en la Matriz dize: *veinte mil mrs. y cinco caìzes de trigo puro*; con que debiendoſe atender al Protocolo, ò Matriz, deberà decir, lo que eſta

ex-

expreſſa, que nada conduce à la prueba de la filiacion. Ex leg. 114 tit. 18. part. 3. ibi: *Demonſtrar el original de donde fue ſacado.* Et L. 115. eod. ibi: *E fallaronla en la nota, que es eſcrita en el Regiſtro.* Parej. *de Vniverſ. Inſt. Edict. tit. 1. reſ. 3. §. 1. ex num. 41. & tit. 7. reſolut. 8. num. 7.* ibi: *Quoties de viribus, & ſubſtantia cuiuſcumq; inſtrumenti, licèt authentici, dubitari contingerit, recurrendum fore ad matricem.* Maſcardo, de Probat. concluſ. 645. num. 15. ibi: *Dicendum eſt primò, errorẽ notarij facilè probari per originale, quod reperitur, quia illud inſpicit debet.*

20. En la diligencia del Receptor reparò el Perito, que la palabra *quarenta* de la fecha eſtà emmendada, en lo que convino el Perito de Don Diego de Souſa; pero uno, y otro ſe conformaron, en que era de la letra del Eſcrivano, por lo que no neceſsitò ſalvar la al fin de la Eſcritura. Leg. 111. tit. 18. part. 3. ibi: *Mas que la materia de la letra es una.* Farin. de *Falſitat. quæſt. 157. num. 27.* y antes ſe debe preſumir, que fue error del que eſcribiò dicha Eſcritura, que falſedad de inſtrumento. Anton. Theſaur. *Quæſt. Forenſ. quæſt. 36. num. 5.* Maſcardo, *dict. concluſ. 645. per tot.*

21. Dicho inſtrumento fue de las Capitulaciones matrimoniales, que ſe hizieron para el caſamiento del Don Gonzalo Fernandez de Cordova con la Doña Maria Mexia (57. y 58.) (*Mem. num. 94.*), y aſsi es preciſſo, que eſte inſtrumento mediaſſe entre el Poder, que diò el Don Gonzalo Fernandez de Cordova (57) para el matrimonio, que fue en 28. de Abril de 1549. y el Deſpoſorio, que ſe eſtuvò el dia 30. del miſmo mes (*Mem. n. 95.*), infiriendo ſe del antecedente, y conſiguiente la verdad, y certeza del Acto, q̃ mèdia. *Ex leg. Si filius, C. de petit. hæredit.* Menoch. *de Præſumpt. lib. 3. præſump. 132. num. 81.* no pudo ſer en otro año, que en el de 49. el otorgamiento de dicha Eſtritura, y por tanto la emmienda no tiene ſoſpecha, ni vicio alguno.

22. El inſtrumento del Deſpoſorio de Gonzalo Fernandez de Angulo (57), con Doña Maria Mexia (58) ſe comprobò con ſu original (*Mem. n. 112.*) ſolo con la inſubſtancial diverſidad de decir el Teſtimonio, que fue *à las doze horas de dicho dia*, y el original, *à las 10. horas de dicho dia*, por lo que eſtando conforme la demàs relacion de dicha Eſcritura, ſe repite lo dicho ſupr. num. 19. ſobre dicha equivocacion del Teſtimonio de eſte inſtrumento.

23. Al Teſtamento de Doña Maria Mexia referido en el Memor. num. 102. ſe opuſo por Don Martin Guiral el reparo, de que decia mandarſe enterrar *en la Santa Igleſia Cathedral en la Capilla de el Eſpiritu-Santo, donde eſtaba enterrado ſu marido*; y por el Teſtamento de èſte (*Mem. num. 101.*) conſta ſe mandò enterrar *en la Igleſia mayor en la Capilla del Alcayde de los Donceles, donde eſtaban ſepultados ſus Padres, y Abuelos*; y que eſto arguya diverſidad.

24. Ya dexamos dicho, q̃ los reparos no opueſtos en el pleyto, no ſon de atencion, el que ſe digan quando, ni la parte puede judicialmente ſatisfacerlos, ni hacer manifieſta la no contrariedad, y vniforme narrativa, en que convienen.

25. Vno, y otro inſtrumento

to se conforman en que la Capilla, y entierro està en la Iglesia Cathedral, el Don Gonzalo Fernandez de Cordova, dixo el dueño de la Capilla, que era *el Alcayde de los Donzeles*; la Doña Maria expressò la advocacion de la Capilla, que era *del Espiritu-Santo*, y estas no son cosas contrarias, sino diversas, y como la Capilla tenia dueño, y Fundador, que lo fue el *Alcayde de los Donceles*. Carol. Guieto. Eortholo-gia, sivè de Fest. Propr. Locor. & Ecclesiar. lib. 1. cap. 5. quæst. 1. ibi: *Hoc igitur nomine (idest Patronus) ad res Ecclesiasticas translato de duobus eque dicitur, primò de ijs, qui ob fundatam, seù edificatam suis sumptibus Ecclesiam aliquam, vel certè magno aliquo proventu locupletatam ius sibi retinent beneficiarium inea deligendi, nominandi, & apud Episcopum producendi, ut sine illa productione beneficij conferendi, ius nullum habeat Episcopus, diciturque ius illud Patronatus, de quo est titulus* 38. *lib.* 3. *Decretal. item.* 19. *lib.* 3. *in* 6. tenia tambien el dicho Titulo *del Espiritu-Santo*. dict. Carol. Guiet. lib. 1. cap. 6. quæst. 5. ibi: *Spiritus quoque Santi nomine non desunt Ecclesiæ aliquæ, sivè sub ipso Santi Espiritus, sivè sub Paracliti titulo dedicatæ*, à quien los pios, y Catholicos Fundadores la dedicaron con este tan alto, y poderoso Patrono, como se practica en qualquiera Ereccion de Iglesia, ò Capilla. Dict. Carol. dict. quæst. 1. ibi: *Secundo convenit Patroni nomen Sanctis quidem omnibus, qui in Cœlo regnant, suisque nos apud Deum intercessionibus iubant*. Et càp. 6. quæst. 1. ibi: *Ex qua duplici ratione tituli alia, qua Fundatorem, & alia qua Santum Ecclesiæ patronum indicat*. Et lib. 3. cap. 17. ibi: *Commune, id est, omnibus Ecclesijs ab omni eo, ut inter alia suffragia seù commemorationes communes addant quoque commemorationem de suo Patrono, scilicet titulari*. Synodo de Malaga fol. 425. num. 3. ibi: *Y porque la dedicacion se haze a Dios nuestro Señor, en honra, y veneracion de algun Misterio de nuestra Santa Fè, o de algun Santo Canonizado, para que sean Patronos Titulares*.

26. Los demàs reparos, q̃ se advierten en la narrativa de el Testamento de Doña Maria Mexia de Carasa (58) (*Mem. num.* 113) como no essenciales, ni que tocan à las enunciativas para que se presentan, en prueba de la filiacio̅ de Don Juan Alfonso de Sousa (83), no necesitan satisfaccion. *L.* 111. *tit.* 18. *part.* 3. *Leg.* 112 *tit.* 19. *eadem, part.* Dom. Gonz. *in cap.* 3. *de Fid. Instrum. num.* 5. y lo mismo se verifica en la Escritura, que otorgò dicha Doña Maria Mexia de Carasa (58), en favor de Don Luis Fernandez de Cordova y Angulo su hijo, en 29. de Noviembre de 1578. (*Mem. n.* 114.).

27. Como no puede servir de reparo à la fee del original la equivocacion, que padeciò Francisco de Orosa en el Testimonio, que diò de la declaracion; cuya comprobacion se refiere en el Memor. num. 116.

28. A la Escritura otorgada por Doña Inès de Argote (63) en 9. de Noviembre de 1578. que se refiere en el *Mem. num.* 107. y 119. se propone el reparo, de que refiriendo à Doña Isabel de Armenta *mi Visabuela* (34) dicen, que las letras *Vis* estàn emmendadas, y de diferente tinta, y letra, y

en otra parte estàn entrerrenglonadas (*Mem.n.*120.*y* 122.)

29. El Perito de Don Diego de Sousa dixo, que las letras *Vis* son de la letra del Escrivano, que otorgò el instrumento, y el Perito de Don Martin expressa, que muchas de las emmiendas, y entrerrenglonados, son de la letra de dicho Escrivano (*Mem.n.*124)

30. Yà dexamos dicho numer.20. que siendo los entrerrenglonados, ò emmiendas del mismo Escrivano, que otorga el instrumento, no necesita, el que se salven.

31. Los Protocolos de los Escrivanos sirvẽ como de Matriz, y origen para el recurso, à q̃ ocurran las partes, ya por la perdida de la Escritura, que dàn à las partes, ò ya por declarar qualquiera duda, que pueda ofrecerse, *ex dict leg.*115.*tit.*18.*part.*3.

32. Por tanto en lo antiguo solamente se quedaban los Escrivanos cõ las minutas delo substancial de los contratos, y daban à las Partes el instrumento, llenãdolo con las demàs Clausulas generales de ellos, hasta, que en el año de 1503. se mandò, que entendiessen el instrumento en su Protocolo, expecificando todas las condiciones, partes, y Clausulas; y que como fuessen escritas las tales notas, las trasladassen al original. *Leg.*13.*tit.*25.*lib.*4.*Recop.* à las que se les ha dado entera fee, como custodiadas en un Archivo pùblico. Montalv. in leg. 2. tit.8. lib.1. For. Leg. vers. *La nota*, ibi: *Licèt non sit Scriptura perfecta ::: facit tamen plenam fidem sicut pùblica.*

33. Y siendo este instrumento peculiar, y pribativo de el Escrivano, como Cartulario, debe dàr à las partes el traslado dẽtro de tres dias. *Ex leg.*15. *dict. tit.*25.*lib.*4. *Recop.* y este es el instrumento original, que se debe atender. Parej. *de Vnib. Instrum. edit. tit.*1.*ref.*3.§.2.*ex num.* 1. y es fè, y comprobacion de la verdad, y certeza, de lo que relaciona el instrumento, porque poniendo al fin su firma, y concuerda, es aprobacion, de que en esta forma està en la nota, y que toda su relacion es cierta, verdadera, y fecha por el mismo Escrivano. Azeved. *in leg.*1.*tit.*21.*lib.*4. *Recop. à numer.*19.

34. Este original lo manifestò ante el Receptor Don Diego de Sousa, y traido à esta Corte, se halla conforme con el Testimonio presentado, y que las letras *Vis*, ni estàn entrerrenglonadas, ni emmendadas (*Mem. n.*129.)

35. Quando la verdad persuade los hechos, no son de atender las equivocaciones; y assi aunque la Doña Inès (63) dixesse, que Isabèl de Armenta (34) era su Abuela, ni faltara à la verdad, ni perjudica a ella. Lo primero, porque en la disposicion de derecho en las voces Padres, y Abuelos, se comprehenden todos los ascendientes. *Ex leg.*201.*ff. de verb. signif. leg.* 4.§. 2.*ff. de in ius vocand.* porque la voz Abuelo, ò Bisabuelo, es comun à todos los ascendientes. Leg.2. tit.21. part.2. ibi: *O vengan de derecho linage de Padre, ò de Abuelo fasta el quarto grado, que llaman Bisabuelos.* Lo segundo, porque nunca empezè, ni daña à la relacion del instrumẽto el yerro del nombre, quando consta de la persona. *Ex leg. Qui habebat. L. Si in nomine, C. de testã.*§. *Si quidẽ in nomine instit. de legat. leg.*13.*tit.*3.*leg.*9.*tit.*9.*partit.*

6. *leg.* 5. *tit.* 33. *part.* 7. Escob. *de Purit. & Nobilit. part.* 1. *quæst.* 11. §. 2. *num.* 12. *& quæst.* 16. §. 3. *num.* 43.

36. En el Capitulo primero de San Marcos se insertan las palabras de una Profecia, atribuyendola à Isaias, siendo de Malachias. En el 27. de San Matheo se inserta otra Profecia, atribuyendola à Jeremias, siendo de Zacharias: q̃ fue inversion de nombre, bien que misteriosa executada por el Autor de la Historia; esto es, por el mismo Evangelista, dirigido de Divina inspiracion, dice San Agustin. De concens. Evangelistar. lib. 3. cap. 7. ibi: *Potuit enim fieri, ut an num Mathei Evangelium conscribentis, pro Zacharias Ieremias occurrerit, ut fieri solet,* que fue descuydo de los copiantes, dicen algunos: distintos principios a la equivocacion de nombres, señalan otros, segun la diversidad, cõ que sienten los Stos. Padres apud Martin Martinez, en su Hipoti poseon. lib. 6. cap. 1. annot. 2. ibi: *In viris doctissimis lapsum memoriæ esse admitendum, multa exempla documento nobis esse possunt;* debiendo todos respetar la venerable autoridad del Evangelio, y la constante verdad de su Sagrada Historia.

37. En un Capitulo canonico, que es el 2. *de Præsbyter. nõdum baptiz.* se cita el 8. de Sr. San Agustin, de Civitate Dei, y no se halla en los 22. Libros, que escribiò, y està en otro Tratado. Dom. Gonz. in dict. cap. 2. num. 3. ibi: *Sententia, quàm in præsenti Innocentius Augustino tribuit, non reperitur in vllo ex libris 22. quos Sanctus Doctor scripsit de Civitat. Dei. Stat tamèn in libro 4. de Baptismo contra Donasticas, cap. 22.* Es cierto, que de Doña Inès de Cordova (63) por la linea materna, fue Maria Mexia (51); con q̃ no podia convenir, el que tuviesse dos primeras Abuelas; la una Isabèl de Armenta, y la otra Maria Mexia; y por tanto siendo indubitadamente èsta la primera, es preciso, que aquella fuesse la segunda Abuela, *ò Visabuela,* como dice el instrumento.

38. Acredita esta verdad, y el que Doña Isabèl de Armenta (34) fuesse Bisabuela de Doña Inès de Argote (63) la Escritura de 7. de Mayo de 1549. (*Mem. n.* 90.), en que la misma Doña Isabèl de Armenta (34), y Alonso de Armenta (37) su hermano confessaron, que Doña Maria Mexia, muger de Gonzalo Fernandez de Cordova y Argote (57. y 58.) era nieta de la Doña Isabèl de Armenta otorgãte; con q̃ quedando probado, que la Doña Maria Mexia fue Madre de la Doña Inès de Argote (63), se infiere claramente, que esta fue viznieta de la Doña Isabèl; pues no pudiendose dudar de la legitimidad de este instrumento por el cotejo hecho (*Mem. n.* 3. *add. post. num.* 130.) ninguno mejor podia saberlo, que la misma Doña Isabèl (34), y su hermano (37), y por tanto la afirmativa confession de los Padres, prueba la filiacion. Noguer. *alleg.* 25. *num* 62. Aguila ad Roxas, *part.* 2. *cap.* 4. *ex num.* 26. por la razon de el cap. 1. y 2. C. 35. quæst. 6. y del cap. 3. Qui matrim. accusar. poss. ibi: *Ideò enim maximè parentes, & si defuerint parentes, proximiores admituntur, quoniam vnusquisque suam genealogiam cum testibus, & cartis, tùm etiam ex recitatione maiorum scire laborat: qui enim melius recipe debent, quã*

iili,

illi, qui melius sciunt, & quorum est interesse.

39. Lo que queda sin duda de la Escritura, q̃ en 28. de Abril de 1549. otorgaron Luis Angulo, y Doña Inès de Argote (53), y Gonzalo Fernandez de Cordova, y Argote su hijo mayor legitimo (57), (*Mem. n.* 141.), en la que claramente dizen, que Juan Zapico de Carasa (50) Padre de la Doña Maria Mexia, era hijo de Doña Ilabèl de Armenta (*Mem. n.* 142. *y* 143.), con que es precisso fuesse Abuela segunda, ò Bisabuela de la Doña Inès de Cordova y Argote (63)

40. Se pidiò por Don Martin Guiral, el que se advirtiesse, que en la Matriz no se halla nota de haverse dado el traslado; por la parte de Don Diego de Sousa se instò oportunamente, que no se havia pedido, el que se pusiessen las anotaciones, que tenia la Matriz; por lo que no se podia afirmar, que no tuviesse tal nota; y el que se funda en qualquiera qualidad, como fundamento de su intencion, la debe probar, *ex leg.* 5. *ff. de probat.* Carlev. *de Iudic. tit.* 2. *disp.* 4. *n.* 22. Y aunque no se encontrasse la tal nota, no es reparo que quite la fè al original, q̃ diò el Escrivano; pues las Leyes 15. 16. *y* 17. que disponen el modo, como han de dàr los Escrivanos las Escrituras, y Processos, no previenen tal circunstancia.

41. No obstante, que para suscitar dudas, aun en lo que no se encuentra, no faltan motivos. Authent. de Tabelion. collat. 4. tit. 23. Novell. 44. cap. 1. num. 3. ibi: *Eo quod nihil inter homines sic est indubitatum, ut non possit (licèt aliquid sit valde iustissimum) tamen succipere, quàmdam solicitam dubitationem.* Dom. Larr. *dec.* 100. *n.* 2. Gonzalv. *de Comer. disc.* 8. *num.* 2. Ansald. *de Comer. disc.* 8. *num.* 2. ibi: *Quod eo ventum est, ut nihil sit in iure tàm Sanctum, cuius contrarium apparenti aliqua ratione atentari nòn possit.* Se pretendiò por Don Martin Guiral, el que vacilasse la Escritura tan autentica, cierta, è invariable, que Alonso de Armenta (37) en 7. de Mayo de 549. referido en el Mem. num. 99. que se desvaneciò con el mismo Protocolo, *Mem. fol.* 40. *en la add. n.* 3.

42. Aunque por Don Martin de Guiral en ninguno de los Juicios anteriores se ha puesto el reparo, que vamos à satisfacer, por lo que se pudiera repetir lo dicho num. 18. no obstante para mas evidencia de la certeza de los instrumentos de este grado, nos hacemos cargo de la dificultad, que puede ofrecerse, sobre, que constando de los instrumentos referidos desde el num. 91. del Memor. hasta el 96. que Don Gonzalo Fernandez de Cordova y Argote (57) diò poder en 28. de Abril de 549. à Andrès Ponze de Leon, para q̃ en su nombre se despossasse por palabras de presente con Doña Maria Mexia (58), como con efecto lo executò en 30. de dicho mes el Apoderado con la Doña Maria (58), quien en presencia del susodicho consintiò, y aprobò dicho Despossorio en la Villa de Montemayor, y despues en primero de Mayo de dicho año, en la Ciudad de Cordova igualmente lo aprobò el Don Gonzalo (57), resulta de los posteriores instrumentos (*Mem. n.* 97. 98. y 99.), que en 5. y 7. de dicho mes de Mayo, expressaron sus otorgantes, que en breve se efectuaria dicho Despos-

sorio

sorio *in faciè Ecclesiæ*, lo que parece repugna à estàr ya efectuado, y aprobado, como queda dicho.

43. Las solemnidades, que para celebrar el matrimonio estableciò el Sagrado Concilio de Trèto *sesion* 24. *cap.* 1. *de matrim. reform.* dieron causa à algunos para sentir, que el matrimonio contraìdo por medio de Procurador, no era Sacramento, hasta, que por los conyuges personalmente se ratificasse, como (reprobando esta Sentencia) refiere Dom. Covarr. 4. *Decretal. part.* 2. *cap.* 1. §. *Vnic. n.* 5. porque estando ausentes los conjuges, no se podian verificar las palabras formales, que para ello estableciò el Concilio *dict. cap.* 1. relativas à los mismos contrayentes, y aunque refiriendo otros muchos de esta misma opinion el Padre Thomàs Sanch. *de Matrim. lib.* 2. *disput.* 11: *quæst.* 4. *ex numer.* 26. afirma seguramente, que el matrimonio contraìdo por medio de Procurador, es Sacramento, sin embargo al num. 31. dize: *Ultimà conclusio; optimè faciunt contrahentes per procuratorem si postmodum ipsi met iterum matrimonium ineãt ad tollendos scrupulos.* Salced. Cur. Ecclesiast. fol. mihi 158. ibi: *Usasse en algunos Obispados, quando se velan dos, que se han despossado por poder, ratifican antes de las velaciones el Despossorio, y assi es bien en esse poder poner siempre, que se obliga de ratificar el dicho despossorio, que en virtud de su poder se hiciere antes de recibir las bendiciones Nupciales*: de que se infiere, q̃ segun dichos instrumentos el Don Gonzalo, y Doña Maria estaban en animo de contraer personalmente el matrimonio, y velarse, para que sin escrupulo se dixesse contraìdo *in faciè Ecclesiæ*, que es lo mismo, que celebrarlo, como manda el Concilio; y assi lo manifestò mas claro el Don Gonzalo en los Autos referidos (*Mem. num.* 138.)

QUE DAÑA MARIA MEXIA DE CARASA (58), muger de Don Gonzalo Fernandez de Cordova, y Aguilar (57), fue hija de Juan Zapico de Carasa (50) y de otra Doña Maria Mexia (51)

44. Resulta de 7. instrumentos, que se refieren en el Memor. *desde el num.* 134. *hasta el* 147. y para no detenernos en repetir las enunciativas, que de ellos resultan, y que prueban este grado, passamos à satisfacer los reparos, q̃ contra ellos se oponen; suponiendo, que de la legitimidad authorizada de los 5. ultimos, no se puede dudar, por quedar los mas de ellos comprobàdos en el grado antecedente, y el referido *num.* 138. es un Testimonio dado de Autos, que se hallaron en Oficio pùblico de Escrivano, y con citacion de las Partes, su assistencia, y la de Peritos; por lo que, ni se expressa en el Memorial reparo del Don Martin contra la autoridad deste Testimonio, ni pudiera ponerlo. Pareja, *de Vniversi. Instrum. Edit. tit.* 1. *resolut.* 3. §. 3. *ex num.* 88. *& ex num.* 120. *&* §. 4. *num.* 9. 18. *y sig.* y solo se refieren en el Memorial los reparos opuestos por el Don Martin, sobre este grado à la authoridad del Testamento de Diego Ruiz de la Tovilla; desde el num. 148. hasta el 156, se expressan en el Memorial

las diligencias practicadas sobre la comprobacion de dicho Testamento, y todas califican mas su certeza, y legalidad.

45. Las pruebas se deben proporcionar à los hechos; porque distintamente se persuade el hecho moderno, que el antiguo. Leg. 3. §. 2. ff. de testib. ibi: *Quæ argumenta ad quem modum probandi; cuique rei suficiant, nullo certo modo satis definiri possit.* Thom. lib. 2. Ethicor. Lecc. 3. liter. B. ibi: *Quia ad hominem disciplinatum, id est benè instructum pertinet, ut tantù certitùdinis quærat in una quaque materia, quantùm natura rei patitur. Nòn enim potest esse tanta certitudo in una materia variabili, & contingenti, sicut in materia necessaria semper eodem modo se habente. Cap. Sit estis, 4. quæst. 3.* D. Castill. de Alim. cap. 59. num. 32. in fin. ibi; *Lex contenta est ea probatione, quæ fieri potest.* Menoch. *de Præsump. in Præfact. & lib. 1. q. 3. num. 2. & seqq.*

46. Por tanto el que se pierda el Protocolo del Escrivano, no puede, ni debe ser en perjuicio de las partes. Dom. Greg. Lop. *in leg. 9. tit. 19. part. 3. Gloss. 1.* Parej. *tit. 1. resolut. 3. §. 1. num. 25.* vers. *Primum.* Fontanel. *de Pact. Claus. 13. Gloss. Vnic.* Dom. Covarr. *cap. 19. Tract. num. 3.* & ibi Faria *num. 11.* Cardin. de Luc. *de Iudic. disc. 26. n. 21.* y les sirven los instrumentos, traslados, anotaciones antiguas, y aun instrumentos simples; cuya antiguedad los hace verosimiles, ciertos, y constantes justificaciones, q̃ en la fè humana bastan, assi para los Juicios, como para los negocios extrajudiciales. Escob. *de Purit. & Nobilit. part. 1. quæst. 15. §. 3. n. 18. y 19.* Cevall. *part. 2. de Cognit. quæst. 4. num. 36.* Dom. Castillo, *tom. 6. Cont. cap. 123. n. 10. y 11.*

47. Este Testamento tiene, como convienen los Peritos, la marca del papel en figura de guante, ò mano, que se usaba en el Siglo de 1536. en que se otorgò (*Mem. n. 151.*), y es la misma, que tiene la Escritura, que se refiere en el Mem. *num. 287.* del expressado año de 1536. y assi los Peritos, *segun la practica, y conocimiento, que tienen, lo juzgan por Testamento, è instrumento pùblico* (*Mem. n. 151.*), por lo que no queda razon de dudar en su certeza. Anton. Gomez, *tom. 2. Var. cap. 9. num. 5. cum pluribus, quos citat.* ibi: Ayll. *n. 6.*

48. Dicho Testamento tiene la authoridad, y firmeza de haverse hallado entre los instrumentos de la familia, quando muriò D. Diego Nicolàs de Aguayo, Marquès de Santa-Ella, y se inventariò, y entregò al Marquès de Guadalcazar (*Mem. n. 153.*)

49. El reparo de estàr otorgado dicho Testamento en la Villa de Alcaudete, ante Escrivano Pùblico de Cordova, lo satisfacen los Peritos, por no haver en esto reparo, y se practicaba, *y era regular en aquel tiempo, y assi lo han visto en repetidos instrumentos* (*Mem. num. 152.*), porque aunque los Señores Reyes Catholicos en el año de 1480. mandaron, que los instrumentos, solo se otorgassen por los Escrivanos Numerarios de cada Pueblo, por no observarse, se repitiò la misma prohibicion por el Señor Don Phelipe II. en el año de 1566. que se recopilò por Ley, y es *la 1. tit. 25. lib. 4. Recop.* y haviendo sido anterior el otorgamiento de dicho Testamento, no tiene reparo, en que se huviesse otorgado en Alcaudete por Escrivano de Cordova, y por lo que fue inutil la diligencia, que hizo Don Martin Guiral, sobre si havia havido Escrivano de aquel nombre en la dicha Villa (*Mem. n. 157. y 158.*)

Contra-

50. Concurre la uniformidad, que tiene la relacion de este Testamento (*Mem. num.* 155.) con los Autos, è instrumentos (*Mem. num.* 138. *y* 139.) lo que assegura su fè quando la obra, que se propone, corresponda, y tenga cierta congruencia con otra obra, ò escrito cierto, è indubitable, como dixo con la authoridad de San Agustin Garcia de Molina, en su discurso historico juridico contra Hauberto *fol.* 19. *B. punt.* 3. Dom. Vel. *differt.* 38. *num.* 34.

51. Y tambien, que conviniendo los Peritos de ambas partes, en que el nombre del Escrivano, que signò, y firmò dicho Testamento, aunque no se lee integro su apellido, es posible fuesse (*Mem. num.* 152.) uno de los Juanes de Eslava, ò Juan de Escobar, que fueron Escrivanos Publicos de Cordova, por aquel tiempo, y año de 1536, resulta esta afirmativa comprobada de diferentes instrumentos, y diligencias de este pleyto, y aun de algunos presentados por D. Martin de Guiral (*Mem. nnm.* 76. 255. 280. *y* 314.) no siendo de menor consideracion la razon, que influye para haverse otorgado en la Villa de Alcaudete, pues consta de el mismo Mem. num. 136. que era vecino de dicha Villa por entonces el otorgante, y que su Padre era Veintiquatro de Cordova: del *numer.* 139. que en la misma Villa se hizo la particion de los bienes del Diego Ruiz de la Tovilla; y de el *num.* 155. consta, que este tenia Casa propia en dicha Villa, donde moraba al tiempo, que otorgò el Testamento; con que no fue extraño, que alli lo otorgasse, llamando para ello Escrivano de Cordova, como era regular en aquel tiempo, y afirmanlos Peritos (*Mem. num.* 152.).

52. El referido Testamento se ha sacado del Archivo del Marquès, y traido original à esta Corte, para que se tenga presente à la vista del pleyto, y contra, lo que en èl tienen expuesto los Peritos, no parece resultara cosa apreciable; puesel q̃ en sus margenes se hallẽ algunas anotaciones sobre otros assumptos, ò tal vez borrones, ò testaduras, no siendo estas en parte substancial de la Escritura, no destruyen su fè, como tampoco la rotura del final de dicho instrumento. Ex leg. 111. tit. 18. part. 3. ibi: *Pero si la raedura, ò la letra fue fecha, ò cammiada, ò dexada por yerro del Escrivano, ò fuere en otro lugar de la Carta, que no se cammie por èl la razon, ò que no deba dudar de ella el Juzgador, ò otro ome sabiò QUE FUESSE FECHO A MALA PARTE, decimos, que no debe ser desechada por ende.* Ex cap. Fin. de crimin. falsi. ibi: *Nisi paucarum literarum rasuras, quæ nequaquam sapientis animum inducbitationem bertere debuerunt.* Genoa. de Scriptur. Pribat. lib. 1. q. 6. princip. num. 10. dub. 4. & 5. ex num. 4. ibi: *Quando additio:::: in margine ipsius Scripturæ ::: Continet aliquid magni præiudicij.* D. Castill, *lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 19. por cuya razon, y que de la propria inspeccion del Testamento, su antiguedad, ninguna cautela, con q̃ se pueda contemplar fabricado para este pleyto, y demàs, sobre èl alegado, hazemos juicio, que la diligencia pedida por Don Martin Guiral ha de aprovechar para el mas claro derecho de D. Juan Alfonso de Soula: *Cùm magis veritas oculata fide, quam per aures animi hominum infigatur,* ex §. 9. instit. tit. 6. lib. 3.

53. Y aunque este instrumento no bastasse por sì solo para la prueba de este grado, queda justificado su enlaze con los repetidos

nſtrumentos referidos (*Mem. ex num.*138.); pues aunque Don Martin tiene alegado lo contrario (*M. ex num.*160.) es alegato voluntario, y deſpreciable ſi ſe cotejã vnos con otros dichos inſtrumentos, y ſus enunciativas, ſin buſcar, como quiere Don Martin todas las de la filiacion en cada inſtrumento; pues del referido en el Memor. num. 138 y 139. reſulta, que Gonzalo Fernandez de Cordova (57) eſtabã deſpoſſado con Doña Maria Mexia (58), que eſta fue hija de Juan Zapico de Caraſa (50), y Doña Maria Mexia (51), ſu legitima muger, y nieta de Diego Ruiz de la Tovilla (44). En la Eſcritura del *num.*141 el miſmo Gonzalo (57), refiere: que dicha ſu muger era hija de el Juan Zapico de Caraſa (50); y en la Eſcritura ſiguiente repite la miſma expreſsion, añadiendo, que la Madre del ſuſodicho (50) era Doña Iſabèl de Armenta (34) hermana de Alonſo de Armenta (37), y eſtos dos hermanos. En la Eſcritura del *num.*146. expreſſaron, que la Doña Iſabèl (34) fue muger de Pedro de Caraſa (33), y que la Doña Maria Mexia (58), muger de dicho Gonzalo Fernandez de Cordova (57), era nieta de la Doña Iſabèl (34), otorgante, è hija de Juan Zapico de Caraſa (50), hija de la ſuſodicha, y ſobrina de Alonſo de Armenta (37). Y por la Eſcritura del *num.*147. Doña Inès de Argote (63), reconociò por ſus Padres à Don Gonzalo, y Doña Maria (57 y 58.), y por ſu Abuelo à Juan Zapico de Caraſa (50), y por ſu Biſabuela à la Doña Iſabèl (34); con que à viſta de eſta uniformidad de tan repetidas enunciativas, entre las quales ninguna expreſsion ſe encuentra, que contradiga la filiacion articulada por el Marquès, ſolo ſe debe decir, lo que en el *cap.* 17. C. 2. quæſt. 1. *De manifeſta, & nota pluribus cauſæ non ſunt quærendi teſtes.*

54. Aunque ſe pudiera hacer reparo, de que en vno de dichos documentos (*Mem. num.*138.) ſe enuncia, que havia ſiete años, que Gonzalo Monteſinos havia ſido encargado de la cura, guarda, y adminiſtracion de Doña Maria Mexia (58), y que le havian entregado ciertos bienes raizes, y muebles en la Ciudad de Cordova, ſu Termino, y Villa de Alcaudete; cuya expreſsion ſe hizo en 22. de Junio de 1549. ſiendo aſsi, que del inſtrumento ſiguiente (*Mem. num.*139.) conſta, que en 4. de Mayo del miſmo año, ſe hizo la particion de los bienes de Diego Ruiz de la Tovilla (44), Padre de la Doña Maria, en que ſe hizo pago de ſu haber, reſpectivo à la dote de Ana Salido ſu Abuela, y de la parte de dicho Diego Ruiz de la Tovilla, de el caudal multiplicado, y todo ſu importe ſe entregò à Hernando Torreblanca, Curador de la Doña Maria (58): Todo lo qual tiene entre ſi diſonancia con lo anteriormente referido. Se reſponde, que la fecha de dicho inſtrumento (*Mem. num.* 139.) eſtà errada, pues debe decir, que fue en 4. de Mayo de 1540. como conſta del Teſtimonio original, con lo que corre bien la relacion de dichas quentas (*Mem. n.*138.)

55. Don Martin de Guiral hechò menos (*Mem. num.* 140.), que en los Autos, è inſtrumentos antecedentes, ni en los recados de las quentas, que por ellos ſe tomaron, no conſtaſſe el Teſtamento de Diego Ruiz de la Tovilla (44), ni los de Juan Zapico, ni Doña Maria Mexia (50. y 51.), ni ſi el Diego tuvo mas muger, que à Ana Salido, ni mas hijos, que à la Doña Maria (51), y como la falta de vn inſtrumento, no baſte para afirmar, lo que favorece al que lo pide. Ex leg.

1. C. de edend. ibi : *Ipse despice, quemadmodum pecuniam, quam te deposuisse dicis, deberi tibi probes: nàm quod desideras, ut rationes suas adversaria tua exhibeat : id ex causa ad iudicis officium pertinere solet*; pues debe probar la precissa existencia en el adversario, ex leg. 6. C. ad exhibend. ibi : *Si instrumenta tui iuris, quæ pœnès diversam partem esse probaberis.* Pareja, *de Vniversi. Instrum. edit. tit.* 5. *resol.* 11. *num.* 2. esto no se verifica en este caso ; pues ni consta, que lo que se hecha menos, favoreciesse à Don Martin, ni que en dichos documentos se huviesse puesto, ni necesitado poner para su efecto, tanta expresion, y duplicacion de instrumentos, antes bien siendo los Autos del *numer.* 138. sobre ajuste de quentas de la Curaduria, y Administracion, y el instrumento del *numer.* 139. la hijuela, y adjudicació, que se hizo à la Doña Maria, en la particion de los bienes de su Abuelo (44), ni en uno, ni en otro acto se debiò expressar mas de lo que consta de dichos documentos. Escob. *de Raciot. cap.* 2. *ex num.* 5. & *cap.* 9. *n.* 4. Ayor. *de Partit. part.* 4. *partic.* 3. vers. *Entregò à los hijos, fol. mihi* 204. *vers.* Colom. *lib.* 4. *de el Juicio de Inventario, fol.* 319. y assi debia Don Martin haver buscado los instrumentos, y expresiones, que pretende, en donde debian estàr, para exponer con ellos, lo que le conviniesse ; porque *quandò in uno instrumento fit mentio alterius instrumenti non est necesse de primò constare quando secundum:::: potest principaliter disponere.* Gutierr. *cons.* 25. *num.* 7.

56. Las Escrituras, que presentò Don Martin Guiral para impugnar este grado, y se refierē en el Memorial, desde el *num.* 166. no se oponen à la verdad, de que Doña Maria Mexia de Carasa (58), fue hija legitima de Juan Zapico de Carasa (50), y Maria Mexia (51); pues lo que dizen es, que huvo un Juan de Armenta, hijo de Juan Zapico de Carasa, y no tiene repugnancia, el que Juan Zapico, sexto Abuelo de Don Juan Alfonso de Sousa tuviesse un hijo llamado Juan de Armenta, y una hija llamada Doña Maria Mexia ; pero que fuesse otro Juan Zapico de Carasa el Padre del dicho Juan de Armenta, se manifiesta, de que la Escritura de 31. de Julio de 1554. (*Mem. num.* 168) dà poder, para que se cobre de Juan Zapico, su Padre ; y segun el instrumento referido en el Memorial *num.* 142. desde el año de 1549. estaba furioso el Juan Zapico de Carasa, Padre de la Doña Maria Mexia : cuya enfermedad se presume continuada, sino se prueba lo contrario. Dom. Molin. *de Hisp. Primog. lib.* 2. *cap.* 9. *num.* 30. & *plures alij, quos citat.* Escañ. *de Testam. cap.* 21. *ex num.* 76. y estando furioso, no le podian reconvenir sobre dicha cobranza, para que era el Poder, *nàm furiosus nullum negotium contrahere potest.* Ex leg. 5. ff. de regul. iur. *Leg.* 4. *tit.* 34. *part.* 7. y assi como padeciò la equivocacion el Don Martin Guiral, de dàr por muger del Juan Zapico à Doña Luysa de Gongora (*Mem. num.* 171.), no es mucho entendiesse, que estos instrumentos podian tener algun efecto contra la abundante prueba de este grado.

57. Alegò el Don Martin (*Mem. num.* 159.), que no aviamos presentado Fees de Bautismo, y de Despossorios, y podia advertir, que en ocho grados de su filiacion (*Mem. num.* 368. *y sig.*), no presenta instrumento alguno de Fès de Bautismo, y Despossorio, por lo que le conviene, lo que dize la ley 13. C. de non numerat. pecun. ibi: *Nimis enim indignum esse iudicamus,*

mus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, Testimonioque proprio resistere: Fuera de que en probar su filiacion Don Juan Alfonso de Sousa con instrumento pùblico ha asseguràdo mas su certeza: pues las partidas de Bautismo, y Desposorio, no tienen tanta anthoridad para este efecto. Garcia, de Benefic. part. 7. cap. 15. num. 33. ibi: *Addito aliquo adminiculo.* Escob. *de Purit. & Nobilit. part.* 1. *quæst.* 11. *num.* 40.

QUE JUAN ZAPICO DE CARASA (50), FUE hijo de Pedro de Carasa, y Doña Isabèl de Armenta (33. y 34.).

58. PAra la prueba de este grado tiene Don Juan Alfonso de Sousa las enunciativas de seis instrumentos, que se refieren en el Memor. *numer.* 172. 174. 175. 190. 191. y 192. y la declaracion, que hizo en su Testamento Doña Maria de Herrera, de que Isabèl de Armenta (34) fue Madre de Juan de Carasa (50) (*Mem. num.* 255.)

59. El Testamento, y Codicilo de Pedro de Carasa (33) (*Mem. num.* 172. *y* 174.) estàn en pergamino, y authorizado aquel de dos Escrivanos, segun el estilo de aquel tiempo, y conforme à la disposicion de la ley 54. y 114. *tit.* 18. *part.* 3. *& leg.* 5. *eiusd. tit.* vbi Dom. Gregor. Lop. Gloss. 1. ibi: *Et in effectu vult quod Scriptura alicuius ponderis, vel quæ exigit diuturnitatem fiat in Charta pecuina, alia in papyro*: porque como no estaba en puntual observancia la formacion de los Protolos, estos instrumentos que se entregaban à las Partes, servian de original, y hazen fee en Juicio, y fuera de èl. Mier. de Maiorat. part. 1. quæst. 62 num. 24. ibi: *Et ideò memor sum, quod in hac Regali Chancællaria in quodam negotio magnæ qualitatis fuit data fides, cuidam instrumento venditionis multùm antiqui, in quo duo tabeliones erant subscripti in Scriptura, nec aliquos habebat testes, sed ipsi tabelliones signaverunt Scripturam, & fuerunt testes.*

60. Por esto la ley 115. *tit.* 18. *part.* 3. dispuso, que se comprobasse el instrumento redarguido con su Protocolo, y no hallandose, se comprobassen las firmas del Escrivano, y aun no aviendolas, fuesse suficiente, el que constasse, que el Escrivano, de quien estaba authorizado, y firmado, era, y havia sido tal Escrivano, y hallandose sin vicio visible, no se necesitaba otra comprobacion, por tener à su favor la presumpcion. Fontanel. *de Pact. Nupt. Claus.* 13. *Gloss. Vnic. num.* 13. por no presumirse la falcedad. Dom. Greg. Lop. *in princip. tit.* 7. *partit.* 7. *Gloss.* 1. Pareja *de Vniversi. Instrum. Edition. tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *à num.* 26. mayormente en instrumentos, que exceden de 100. años. Francisco Peña, decis. 1215. ibi: *Nam respectu primi cum excederet* 100. *annos antelitem motam, & haberefaciem, & requisita ad publicum instrumentum, absque alia recognitione, dicebatur esse in forma probante.* Dom. Castill. *tom.* 6. *Controv. cap.* 122. *n.* 25. Noguer. *allegat.* 25. *num.* 258. Dom. Valenz. *cons.* 105. *numer.* 17. *&* 20. Pareja, *de Vniv. Instit. Edit tit.* 1. *resol.* 3. §. 1. *num.* 39. 49. *&* 59. pues denotando las circunstancias

cias de estos instrumentos, ser los originales, como lo expresò Don Diego de Sousa (84), quando pidiò la comprobacion de sus firmas (*Mem. num.* 193.) sin haver resultado lo contrario, era precissa una plena prueba, y concluyente, de que eran falsos, sin bastar para ello presumpciones, ni congeturas. Pareja, *de Vniv. Instrum. Edict. dict. tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *num.* 14. y mas estando estos instrumentos vigorisados con otros, con que se prueba este grado. Dom. Vela, *dissert.* 38. *num.* 40.

61. No obstante, el Testamento, y Codicilo de Pedro de Carasa (33), se compobaron ante la Justicia con otras firmas de los Escrivanos, ante quienes se otorgaron (*Mem. num.* 198. *y* 199.), y certifican los Escrivanos, que los que otorgaron dichos instrumentos los tenian, y reconocian por tales Escrivanos Pùblicos de dicha Ciudad (*Mem. num.* 200.), y lo mismo afirmaron ante el Receptor (*Mem. num.* 205.)

62. Se corrobora la certeza de estos instrumètos, pues el mismo Don Martin Guiral pidiò se pusiesse en el pleyto la copia integra de ellos. leg. 41. tit. 16. part. 3. ibi: *Porque aquel que aduce las Cartas en Juicio, puede antes, que las muestre, ser en aviso*; y por ser de los instrumentos, que se inventariaron por muerte de Don Diego Nicolàs de Aguayo, Marquès de Santaella (*Mem. num.* 207. y 208.). D. Vel. *diss.* 38. *n.* 35. *& 39.*

63. Alegò Don Martin de Guiral, que en el Testamento de Pedro de Carasa (33) se hace mencion de los hijos de Pedro de Venegas, y Doña Marina su muger (*Mem. num.* 173.), y que esto no se puede acomodar à Pedro Venegas (32); porque la muger de este fue Doña Leonor de Torres, y assi el Pedro de Carasa fue de otra familia distinta de la del primer llamado (*Mem. num.* 239.).

64. Este alegato, y consideracion no conduce al pleyto; porque Don Juan Alfonso de Sousa no ha dicho, que Pedro de Carasa (33) sea de la familia de Juan Manos Alvas (13), por lo que no tiene fuerza el alegato: y quando Don Juan Alfonso de Sousa huviesse dicho, que no lo ha hecho, que el Pedro de Venegas (32), es el que nombra el dicho Pedro de Carasa en su Testamento, no tiene repugnancia, ni ay cosa en contrario en los Autos, que lo desvaneciesse; pues el Fundador del Patronato testò en 5. de Enero de 1509. (*Mem. num.* 6.), y en èl declarò por su sobrina, à la Doña Leonor, y à su marido Pedro Venegas, y el Testamento de Pedro de Carasa fue otorgado en 15. de Septiembre de 1504. y en el tiempo del Testamento de dicho Pedro de Carasa pudo estàr casado el Pedro Venegas con la Doña Marina, prima de Pedro de Carasa (33); y por haver esta fallecido en el año de 1509. estar ya casado con la Doña Leonor de Torres, sobrina del Fundador del Patronato, à cuyo hijo llamò à la succesion.

65. Y que huviesse poco tiempo deste matrimonio, que aun parece no tenia todavia hijos, lo dà à entender el mismo llamamiento, pues no le nombra por su nombre, sino es aun hijo de Pedro Venegas, *y si hijo varon no tuviere*, lo sea su hija, (*Mem. numer.* 14.); pues es regular, que si tuviesse yà hijo, ò hija nacidos, los nombrasse con su proprio nombre, mèdio seguro para que fuessen conocidos, y admitidos à la succesion, juxta illud exodi cap. 33. ibi: *Novite ex nomine, & invenisti gratiam coram me.*

Dice

66. Dice tambien Don Martin, que resultando el que Maria de Carasa (31), vivia en el año de 1504. en que testò Pedro de Carasa(33),no la llamò à la herencia por falta de Juan Zapico (50), ni hizo mencion de ella, posponiendola à las demàs personas parientas.(*Memor. num.* 240.)

67. Esta objeccion no obsta, porque el Pedro de Carasa instituyò por su vniversal heredero à Juan Zapico (50) su hijo, con lo q̃ cumpliò con la obligacion de la Ley en quanto à su Testamento: passa despues à otorgar el de dicho su hijo para en caso de morir pupilo, cuya facultad se le concede à el Padre, que tiene à el hijo en su potestad. §. 1. *instit. de pupillar. substit.* y suponiendo, que en esta disposicion, que hace el Padre por el hijo, que se llama substitucion pupillar, podia haver preterido à su Madre. *ex cap. Si pater de testam. in* 6. Anton. Gom. *tom.* 1. *var. cap.* 4. *ex num.* 7. y aun haver desde luego llamado aun extraño despues de la muerte del pupilo, para los bienes que le dexaba, y otros que tuviesse, excluyendo à qualesquiera herederos abintestato, Dom. Castill. *tom.* 2. *Cont. cap* 15. *in fine* ibi: *Et quamvis alias decedente pupillo intra pupillarem ætatem necessario successuri essent venientes abintestato, data est potestas ipsi patri excludendi illos, & personas magis dilectas substituendi, ut capit. superiori dicebam, & probat textus in lege Papinianus* §. *sed nec impuberis, ff. de inofficios. testam. cum allijs vulgatis. & lib.* 5. *cap.* 128. *num.* 13. pero no lo hizo assi el Pedro de Carasa, pues en el caso de morir su hijo en edad pupillar, llamò por heredera de sus bienes à la Maria de Carasa (31), Madre del Pedrõ, y Abuela de Juan Zapico, (*Memor. numer.* 203.) despues de cuya vida hizo las demàs disposiciones, de que se convence lo voluntario de los alegatos de Don Martin en este assumpto.

68. El accidente, que acaeciò en la Villa de Almodovar, que diò motivo à la perdida de muchos papeles (*Mem. num.* 211) no puede ser en perjuicio del derecho de las partes, porque estos casos fortuitos les relevan, aun de sus proprias obligaciones. *Leg.* 15. §. 2. *ff. locat. Leg.* 22. *tit.* 8. *part.* 5. Balmased. *de Collect. quæst.* 54. *ex numer.* 5. Dom. Covarr. Pract. cap. 19. num. 3. vers. Primum, ibi: *Potuit enim malteis casibus Protocolum perdi, & ita præsumi potiùs debet, quàm quod detràhatur fidei eius instrumenti.* Et vers. Quarto, ibi: *Nisi probetur, aut appareat ex ipsis protocolis detractam fuisse, vel fraude, vel casu partem aliquam in qua potuerit huius instrumenti mentio fieri.* Optimè Faria, ibi: *num.* 65. Farinac. de Falsit. quæst. 153. n. 142. ibi: *Nisi probetur illam casu fortuito esse perdictam.* Con qne no haviendose por este acaso podido encontrar el Protòcolo del Testamento de Maria de Carasa (31), no puede perjudicar el derecho de D. Juan Alfonso; y para prevenir estas contingencias, conservan, y guardan todas las Comunidades, Iglesias, y personas particulares, los instrumentos, ya copiados, òya orĩginales para prueba de sus derechos, y calificacion dè sus familias: y assi hallandose el instrumento en forma probante, es digno de fè. Escob. *de Purit. & Nobilit. part.* 2. *quæst.* 5. *ex num.* 36. Parej. *de Vniversi. Instrum. Edict. tit.* 1. *resol.* 3. §. 5. *num.* 6. & 42. Dom. Valenz. *cons.* 100. *num.* 83. Galganet. *de Iur. Public. lib.* 2. *tit.* 31. *num.* 40. Garcia de Molin. *discurs. Historic. Iuridic. punt.* 3. *fol.* 12. y como dixo el Fontanel, en el lugar citado,

sup.

sup. n. 60. *Non arbitror detrahi fidei & veritati instrumẽti in debita forma expediti, & parti traditi, ex eo quod dicatur simpliciter non reperiri apriſiam: habeo enim intentionem fundatam in illo instrumento authentico, quod mihi liberavit Notarius, quod non debet ſubiacere in mei damnum illi infortunio, ſi imposterum deperditur matrix, vel ſuffuratur, poſtquam mihi non eſt commendata illius cuſtodia.*

69. Este Testamento està tambien en pergamino, y ſe conſerva en el Archivo de la Fabrica de la Parroquial de Santa Marina de Cordova (*Mem. num.* 213.), que à pedimento de Don Martin Guiral ſe puſo à la letra (*Mem. num.* 218. *y ſig.*).

70. Y aunque dicho Archivo no ſe tenga por pùblico, para que como tal ſupliera la fè de dicho inſtrumento, es de advertir, no haverſe hecho vèr la mas leve contagetura del intereſſe, que tenga dicha Fabrica en este pleyto, para haverlo introducido en ſu Archivo. Parej. de Vniv. Inſtrum. Edict. tit. 1. reſol. 3. §. 3. num. 31. ibi: *Cùm Archivum erat pribatum, & non publicum, cum eſſet Archivum ipſius Monaſterij, & eorum, qui pretendebant habere intereſſe*: y esta es una razon poderoſa para deſtruir la ſoſpecha de falſedad. Anton. Theſar. quæſt. Forenſ. quæſt. 36. num. 9. ibi: *Non ſub eſt cauſa veriſimilis, quod prò modico voluerit, quis falſum, aut fraudem comittere.* Farinac. de Falſit. dict. quæſt. 153. part. 10. ex num. 203. ibi: *Secunda præſumptio falſitatis excludens eſt illa, quæ oritur ex defectu cauſæ*, ni tampoco ſe ha verificado por Don Martin, que los demàs inſtrumentos, y titulos del libro, en que ſe hallò dicha Eſcritura, eſtèn ſoſpechoſos, ni introducidos, lo q̃ era de ſu obligacion; porque la antiguedad del inſtrumento, el ſitio, la materia, y ſer libro de otras Fundaciones, y titulos (*Mem. numer.* 213.), ſon unas pruebas de ſu legitimidad. Marſcard. concluſ. 976. num. 57. ibi: *Limita in libris Eccleſiæ antiquis, qui propter eorum antiquitatem probant prò Eccleſia :::: Scriptura antiqua facit præſumptionem, vel ſemiplenam probationem.* Parej. de Vniver. Inſtrument. Edict. tit. 1. reſol. 3. §. 2. ex num. 29 & num. 35. ibi: *Quæ omnia non procedunt, nèc ſibi locum vendicant in inſtrumentis antiquis in ſui figurà probantibus, nec ſuſpicionibus falcitatis involutis, in quibus conſtat ab antiquitatem ultra centum, aut ducentos annos præſumptionem prò ſe habere ::: & vera, & authentica eſſe.* Dom. Caſtill. lib. 2. cap. 16. ex num. 34. ad 37. ibi: *Præſumptiones hinc inde cùm adſunt tàm contra inſtrumentum, quam pro eo, ita ut poſſit dici res in obſcuro manere, vel præſumptiones pares eſſe, tunc in dubio Iudex inſtrumento adherere debet, & pro eo iudicare.* Surd. deciſ. 312. num. 5. ibi: *Nàm cum liber contineat Scripturam continuatam, & ſucceſſivam, non poteſt ita facile vitiari.*

71. Refiere dicho Teſtamento, que ſe ſacò con tanta authoridad, como que fue de mandato de el Proviſor, eſtando juzgando, y con citacion de partes, y aſsiſtencia de teſtigos (*Mem. num.* 219.), cuya aſſercion del Juez merece toda fè. Cap. Poſt. 7. de Probat. ibi: *Cum igitur per literas Iudicis Ordinarij* (*quibus ſtandum eſt, donèc probetur contrarium*). Dom. Gonzal. in dict. cap. num. 2. Gutierr. conſ. 37. num. 18. ibi: *Tanta eſt iudicialis authoritas, ut pro ipſo ſemper præſumi debeat, donèc contra ipſum legitimè aliquid comprobetur.* Y ſe preſumen todas las ſolemnidades en inſtrumentos antiguos,

con solo el mandato, y decreto de el Juez. Card. de Luc. *de Feud. disc* 5. *num.* 26. *de Iur. Patronat. disc.* 4. *num.* 5. *&* 10. Dom. Vel. *dissert.* 48. *num.* 5. Barbos. *vot.* 126. *num.* 335. Escob. *de Parit. & Nobilit. part.* 2. *artic.* 1. *num.* 17. Dom. Salgad. *de Reg. Protect. part.* 4. *cap.* 1. *num.* 49. y leìdo todo su contesto, circunstancias, y requisitos, persua de su verdad. *Ex leg. Ob carmen, ff. de testib.* Gonzal. in regul. octav. Chancell. Gloss. 64. numer. 13. ibi: *Supèr quo multum valebit iudicantis arbitrium viso instrumenti tenore, ac pensatis, & consideratis circunstantijs.*

72 La suscripcion de Jùan de Sanabria, Apostolico Notario, se comprobò con otro instrumento, que se hallò firmado, y subscripto del mismo Notario (*Mem. n.* 226), de que se acredita el haver sido tal Notario, y usar publicamente de este oficio. *ex leg. Barbarius Philipus, ff. de officio. Prætor.* D. Salg. Labyr. Credit. part. 2. cap. 9. num. 42. & 46. ibi: *Gesta namque ab eo, qui communitèr reputatur habilis, licèt in habilis foret, & intrusus fuerit indignitate, sustinetur ob publicam, utilitatem, & ad evitandum damnum publicum* :::: *Communem errorem ius facere prævalere veritati.* y el estàr en esta possesion assegura, la subsistencia, de lo que como tal hizo. *ex cap. Consultationibus* 19. *de Iur. Patronat.* Dom. Covarr. *in cap.* 14. *pract. numer.* 2. *vers. Tertium.* Et ibi: Far. *num.* 8. Dom. Gonz. *in cap. Quærelam* 24. *de elect. ex num.* 9. y haviendo mediado entre ambos instrumentos firmados de dicho Juan de Sanabria, cerca de 8. años, en q̃ se versò como Natario, basta para darle fè, como tal. Fort. de Iudic. conserv. artic. 5. num. 13. ibi: *Si nihilominùs possessionem retineat per aliquod tempus, saltem per trienium, quod gerat se probabili, & pro tali communitèr tunc existimetur, error communis in ipso faciet ius, ut subsistant gesta per ipsum.* y solo se destruyera la fè de dicho instrumento, si huviera probado Don Martin, que Juan de Sanabria nunca fue Notario. Dom. Covarr. *Pract. cap.* 19. *num.* 5. *vers. Hinc & numer.* 9.

73. No contento Don Martin de Guiral con estas evidencias, recurriò à decir, que por ser el dicho Juan de Sanabria, Notario, se hallaba sin fè publica (*Mem. numer.* 241.)

74. Los Notarios Apostolicos, por razon de su titulo, y nombramiento, tienen fè pùblica para authorizar los Autos, y diligencias, que se les cometen; lo que se les prohibiò, fue, que no hiciessen instrumentos, sobre cosas pertenecientes à la Jurisdiccion Real, y sobre contratos, y Escrituras fechas entre legos, *salvo solamente aquellas cosas, que fuessen de las Iglesias, y perteneciessen à ellas.* Leg. 19. tit. 25. lib. 4. Recop. y assi el mismo D. Martin ha presentado Testimonios de Notarios (*Mem. numer.* 403. *y* 405.) para probar su filiacion.

75. En el dicho Testamento se dispone una memoria en la Iglesia de Santa Marina de dicha Ciudad, y para la conservacion de este derecho, y que constasse, y se guardasse en el Archivo de dicha Iglesia, se mandò sacar por el Provisor la dicha Copia; que siendo en su Tribunal, y para dicho fin, no era justo, se llamasse un Escrivano, para que lo authorizasse, sino à vn Notario Apostolico, y de su Juzgado; y haviendose dado del original, y con tantas circunstancias, no es copia de copia, sino instrumento legitimo, y en forma probante. Mascard. de Probat. conclus. 711. num. 17. ibi: *Primò limi-*

ta conclusionem non procedere, si exemplum esset factum de verbo ad verbum authoritate Iudicis, & legitimè, quia tunc probaret. Parej. de Vniv. Instrum. Edict. tit. 1. res. 3. §. 3. ex num. 120. & numer. 125. ibi: *Cum certissimum sit in his exēplationibus requiri citationem generalem peredictum, aut proclama* (cuya circunstancia se observò) *& num.* 135. *& §.* 4. *ex num.* 18. y se debe creer al Notario, q̃ diò fee de dichas solemnidades en instrumento tan antiguo como èste, aunque no se halle el original. Dom. Covarr. *Pract. cap.* 2. *num.* 7. *versic. Quartùs.*

76. Pidiò mas el Don Martin Guiral, que se reconociessen los Libros de los establecimientos de Memorias, y se pusiesse Testimonio como la dicha Memoria no costaba haverse entablado en los Libros de Memorias (*Mem. n.* 227.)

77. Los Libros de entablamientos de Memorias, pertenecientes à aquella fabrica, no se hallaron en ella, y el Rector dixo, se hallarian en el Juzgado de Visita Ecclesiastica de aquel Obispado (*Mem. num.* 228.). No hizo Don Martin Guiral, ni pidiò se hiziesse diligencia de reconocer estos Libros, antes bien contradixo (*Mem num.* 230.) el Testimonio, y reconocimiento, que pidiò Don Diego de Sousa, del Libro donde dixo haverse hallado anotada dicha Memoria; por lo que se presume, no le eran favorables. Dom. Vela, *dissert.* 38. *num.* 80. y se contentò, con que se reconociessen los quadernos de quentas, que el mas antiguo es, del año de 1544. (*Mem. num.* 228.) en los que no se hallò partida de Memoria de Maria de Carasa.

78. Don Diego de Sousa hizo presente al Receptor, que entre los Libros exhibidos se hallaba el cumplimiento de dicha Memoria, en los años de 1610. 11. 12. y 13. y no pudo conseguir èl que bolviesse al reconocimiento (*Mem num.* 229. 230. *y* 231.), quando con gran facilidad se podia practicar dicha diligencia, y sino se encontrasse, lo que decia Don Diego de Sousa, le serviria de mayor conveniencia, pues no es imposible, que al tiempo del reconocimiento se huviesse inadvertidamente, ò no tenido presente el Libro, ù omitirse el reconocimiento de dichas partidas, y mas quando el que pretendia se reconociesse de nuevo (*M. numer.* 229.), no consta se reconociesse en la diligencia del Receptor (*Mem. num.* 228.), y sì solo un Libro de varias quentas, que no comprehende la de todos los años correlativos; por lo que no le quedò otro recurso, que tomar una certificacion del Rector de dicha Parroquia, y presentarla, como lo hizo en esta Corte (*Mem. numer.* 232. *y* 233.), que aunque està dada sin citacion, ni decreto judicial, està legalizada de Francisco Joseph de Orosa, y no se ha redarguido de falsa por Don Martin en los alegatos hechos contra ella (*Mem. num* 241.), que era el caso, en que se debiera haver comprobado la legalidad, de los que firmaron dicha Certificacion, y ser suyas las firmas. Ex leg. 115. tit. 18. part. 3. ibi: *E quando à tal contienda aconteciere.* Dom Covarr. dict. cap. 19. pract. num. 9. ibi: *Si quando producto in ludicium instrumento obiectum sit illud nòn esse publicum.* Et ibi Faria *num* 49. Menoch. *lib.* 1. *præsump.* 99. *n.* 16. Alv. Peg. *Resol. Forens. tom.* 2. *cap.* 19. *num.* 6. Parej. *de Vniversi. Instrum. Edict. tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *n.* 33. con lo que executò quanto estuvo de su parte, para calificar la certeza de dicha Memoria. *Ex leg.* 14. *&* 24. *ff. de condict. & demonst*

rat.

trat. & leg. 161. *ff. de diverf. reg. iur.*

79. El Teftimonio, que preſentò Don Martin Guiral, y ſe refiere en el Memor. *num.* 235. no ſe opone à eſta verdad; porque el Teſtamento lo otorgò Maria de Caraſa en el año de 1507. y para la dicha Memoria ſeñalò la renta de la Tienda, que tenia en la Corredera, y Zapateria vieja de dicha Ciudad; y como los acaſos de el tiempo motivan tanta variedad en las coſas. D. Greg. Lop. *in leg.* 56. *tit* 5. *part.* 5. *Gloſſ.* 5. ſe eſtableciò la Memoria, y ſe ſolicitò para ello en el año de 1513. que la copia de el Teſtamento ſe puſieſſe en el Archivo de dicha Igleſia, como ſe halla actualmente (*Mem. num.* 213.), y como la renta de dicha Tienda podia ſer variable, y no cobrarſe, no es eſtraño, que muchos años no ſe hizieſſe cargo à los Obreros de el cumplimiento, como ſon los que ſe notan en el Memor. *num.* 228. y en otros, ſe dieſſe por cumplida, ſegun ſe refiere en la Certificacion del Rector (*Mem. n.* 233), pero al parecer haviendoſe del todo perdido la dicha renta, y tratadoſe de formar Libro de las poſſeſsiones, y rentas, que le avian quedado à dicha Parroquial, ſe hizo el del año de 1645. poſterior à los años de 610. 11. 12. y 13. en que conſta el cumplimiento de dicha Memoria.

80. Lo que yà fueſſe por omiſsion de los Obreros, ò por la de haverſe perdido dicha Tienda, no puede perjudicar à la verdad, y certeza de un inſtrumento otorgado tantos años antes.

81. Y por la miſma razon no obſta el Teſtimonio preſentado del Notario màyor de viſitas (*Memor. num.* 242.), pues lo dà del eſtado preſente de las rentas, y Memorias de dicha Fabrica: y aunque no ſe huvieſſe hecho conſtar el cũplimiẽto de là Memoria de Maria de Caraſa, no podia invalidar la fè del inſtrumento, q̃ tiene las demàs preſumpciones, y circunſtancias, que vàn alegadas; porque la obſervancia de la diſpoſicion del Teſtamento no es requiſito neceſſario para probar ſu legalidad, ſino uno de los medios por donde ſe puede probar Pareja, *dict. reſolut.* 3. §. 3. *ex num.* 136. y à lo menos he menester probar la obſervancia contraria, para deſtruir la fè del inſtrumento. DD. Add. ad Dom. Molina, *de Hiſpan. Primog. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 57. *ad* 60. verſ. *Et èconverſo*, lo que no ſe ha executado con ſolo el reconocimiento de algunas quentas, y no de los Libros de entablamientos de Memorias; y aqui es de conſideracion, que ſi el dicho inſtrumento ſe huvieſſe falſamente fabricado, è introducido en dicho Archivo, para lo qual ſeria neceſſario mucho eſtudio para ſu ſuplantacion, no ſe huviera puеſto en èl la obligacion de la Memoria, quando era tan facil averiguar ſu ſuposicion, pudiendo ſolo haver puеſto el legado de la Caſa, ò otra diſpoſicion para proteſtar el intereſſe, que tuvo la Fabrica: y aſsi como la demaciada cautela argu ye contra el inſtrumento. Noguer. *allegat* 26. *num.* 129. Dom. Vela, *diſſert.* 38. *num.* 62. aſsi tambien la buena fè, y ninguna premeditacion, prueba ſu legalidad. *Ex dict. ſup. num.* 71. *in fin.*

82. El Teſtamento de Juan Zapico (28), y Marina Rodriguez, ſu muger, pedidos por el Don Martin Guiral (*Mem. num.* 179.), que ſe refieren en el *num.* 184. *y* 185. queda ſuficientemente ſatisfecho, el no ſer conducentes à eſte pleyto con lo alegado por Don Diego de Souſa (*Mem. n.* 189.)

QUE

QUE ISABEL DE ARMENTA (34), MUGER de Pedro de Caraſa (33), fue hija legitima, y natural de Gonzalo de Armenta (17), y de Maria de Torres Manos-Alvas, ſu ſegunda muger (16).

83. QUe Iſabèl de Armenta (34) fueſſe muger de Pedro de Caraſa (33) conſta de repetidos inſtrumentos; el primero, el Teſtamento de Gonzalo de Armenta (17) (*Mem. num* 146.); el ſegundo el Teſtamento de Iſabèl de Armenta (20) (*Mem. num.*252.); el tercero, la Eſcritura, que otorgò la Iſabèl de Armenta (34) en 29. de Agoſto de 1530. en la que dice, ſer muger de Pedro de Caraſa (*Mem. num*254.): El quarto es otro inſtrumento, que la dicha Iſabèl de Armenta otorgò en 25. de Diciembre de 1552. (*M. num.*256): El quinto es, el Teſtamento de Pedro de Caraſa (*Mem num.*172. y 173.), en que declarà por ſu muger à la dicha Iſabèl de Armenta (34), confeſſando lo que recibiò en dote; quando casò con la referida. El ſexto reſulta de la Eſcritura, que en 7. de Mayo de 1549. otorgò Alonſo de Armenta (3) en la q̃ dixo ſer hijo de Gõzalo de Armenta (17), y ſu hermana Doña Iſabèl de Armenta (34), muger de Pedro de Caraſa (33) *M.n.*260.

84. No pudiendoſe dudar de eſte matrimonio, no ſe debe poner en controverſia, el que la Iſabèl de Armenta (34), muger que fue de Pedro de Caraſa (33), y Madre de Juan Zapico de Caraſa (50) fue hija legitima, y natural de Gonzalo de Armenta (17), y Maria de Torres ſu muger (16).

85. Lo primero ſe perſuade del Teſtamento, que otorgò el dicho Gonzalo de Armenta (17), en el que declara el matrimonio cõ la dicha Maria de Torres (16), ſu ſegunda muger, y haver tenido entre otros hijos à la dicha Iſabèl de Armenta (34) (*Mem. num.*245.)

86. Cuya declaracion es poderoſiſsima en la diſpoſicion de derecho, aſsi porque de derecho ſe difiere al reconocimiento, y declaracion del Padre, la prueba de la filiacion. *Ex leg.*11. *Taur.* Aguila ad Rox. *de Incomp. part.*2. *cap.*4. *num.*30. *&* 31. *Hic eſt filius meus dilectus.* Math. *cap.*17. *verſ.*5. *Epiſt* 2. D. Petr. *cap.* 1. *verſ.* 17. Luc. *cap.*3. *verſ.*22. y como dixo el Señor Gonzal. in cap. 11. de Teſtib. Cogend. num.6. ibi: *Secundo quia quo ad perſonas profitentium atinet, hæ ſunt parentes, qui dicunt, liberos illos ex ſe natos eſſe, vel nõn eſſe, nemo autẽ eſt tàm amens, ut vel lit agnoſcere ſuos liberos, ſi nõ ſunt.*

87. Como porque teniendo otros hijos, no ſolo de eſte ſegundo matrimonio, ſino del primero, y tercero (*Mem. num*244. y 247.), era preciſſo, que eſtos reclamaſſen ſemejante declaracion, y no la permitieran en perjuicio de ſus legitimas, è intereſſes. Alv. Peg. *de Maiorat. tom.*2. *cap.*9. *n.*610. *&* 673. *verſ. His ſupoſitis.* Eſcob. *de Purit. & Nobilit. part.*1. *quæſt.*15. §.3. *n.* 28. Pereg. *de Fideicom. artic.*43. *n.* 72. *& ſeqq. & num.*84. Dom. Caſtill. *tom.*6. *Cont. cap.* 123. *num.* 5. *& 6.*

88. Procediendo el Gonzalo de Armenta (17), con tanto afecto, è inclinacion à la dicha Iſabèl de Armenta, ſu hija, que manda, el que ſi murieſſen los hijos, q̃

tenia en la tercera muger, sin poder hazer Testamento por falta de edad, substituyò los unos à los otros, y en su defecto quiso le succediessen Isabèl de Armenta (34), y Pedro de Armenta (36), otro su hijo (*Mem. num.*248.)

89. Las enunciativas, que prueban, el que la Isabèl de Armenta (34), fue hija legitima de Gonzalo de Armenta (17), y de Maria de Torres (16), su muger, son la primera, la que resulta del Testamento de Isabèl de Armenta (20), que otorgò en dicha Ciudad de Cordova en 31. de Enero de 1514. en el que declara, que las casas à la Collacion de San Nicolàs del Agerquia, las diò Gonzalo de Armenta (17), en casamiento à Isabèl de Armenta (34), su hija, sobrina de esta Testadora (*Mem. n.* 252.) con Pedro de Carasa, su marido.

90. Cuya enunciativa và conforme con lo que declarò en su Testamento el Gonzalo (17), Padre de la Isabèl (*Mem. num.*246.) y una, y otra expresion se acreditan de ciertas con los tres instrumentos presentados por Don Juan Alfonso para este Juicio (*Mem. n.* 254. *y sig.*). Y no pudiendo Don Martin dudar la legalidad de dos de estos instrumentos comprobados con sus Matrizes, como lo confessò (*Mem. num.* 277. y 278.), y el otro lo està con otras firmas del mismo Escrivano (*Mem. num.*281 *y sig.*), ademàs de haverse presentado el original en esta Corte (*M. num.*291.) por Dou Juan Alfonso, que como busca la verdad, no se excusa à que se vean sus documentos. *Qui autem facit veritatem, venit ad lucem, ut manifestentur opera eius.* Ioann. cap. 3. no es creible, que en el año de 755. en que Don Diego de Sousa, expressò haver tenido noticia (*Mem. num.*262.) de los Testamentos de Gonzalo (17), è Isabèl (20), se huviera tenido presente, si fueran falsos, el contexto de las dichas Escrituras presentadas muchos años despues por Don Juan Alfonso.

91. La segunda enunciativa es tan poderosa, como que es del mismo Fundador, sobre cuya succesion se litiga, el qual declarà por su hermana a Maria de Torres (16) (*Mem. num.*257.), y por su sobrina à la Isabèl de Armenta (34), à quien le haze una manda (*Mem. num.*258.)

92. La tercera es, la de el Codicilo de Pedro de Carasa (33), en el que declara, que Juan Manos Alvas (13) (que fue el Fundador del Patronato) le imbiò à su muger un Esclavo, llamado Martin, para que lo huviesse por suyo, y *porque esto fue como Tio de la dicha su muger Isabèl de Armenta* (*M. num.*259.)

93. La quarta se persuade, de la Escritura, que en 7. de Mayo de 1549. otorgò Alonso de Armenta (37), hijo de Gonzalo de Armenta, en la que refiere, *à Doña Isabèl de Armenta, su hermana* (*M. num.*260.)

94. Que este Alonso de Armenta fuesse hijo de Gonzalo de Armenta (17), consta de el Testamento de su Padre, que lo declara por tal (*Mem. num.*247.), y del Testamento de Isabèl de Armenta (20), en el que manda à Isabèl de Armenta su sobrina (39), el vsufructo de la tercera parte de unas casas en la Collacion de San Llorente, y despues de sus dias, q̃ las huviesse dicho Alfonso (37), y otros sus sobrinos, hijos de Gonzalo de Armenta su hermano, difunto (17) (*Mem. n.*231.)

95. Y estas enunciativas, y expresiones de los parientes, que expressan los grados de los paren-

tes-

teſcos, ſon poderoſiſsimas en la diſpoſicion de derecho, para las pruebas de las filiaciones, y aſcendencias, en aquellos grados, que expreſſan. *Ex leg. Cum præcibus. C. de probat. cap. Cum Ioannes de Fide Inſtrum.* Noguer. *alleg.* 25. *n.* 258. Parej. *de Vniv. Inſtrum. Edict. tit.* 7. *reſ.* 3. *num.* 4. *& reſol.* 9. *n.* 61.

96. No ſon de menos eficacia la poſſeſsion uniforme de los bienes, que fueron de los aſcendientes; porque no conſtando haverſe enagenado, es preſumpcion de derecho, que ſe ha ſuccedido de unos en otros, de Padres en hijos, por derecho hereditario. *Ex leg.* 2. *C. de probat. leg.* 10. *tit.* 14. *part.* 3. Dom Caſtillo, *tom.* 5. *Cont. cap.* 91. *num.* 50. *& tom.* 6. *cap.* 124. *num.* 18, y es una eficàz congetura de la certeza, y legitimidad de los inſtrumentos de eſte grado, Anton. Theſaur. quæſt. Forenſ. 47. num. 17. ibi: *Veriſimilior reddebatur iſta donatio: quia cùm illo nepote ex fratre erat continuata ſocietas bonorum poſt mortem Patris, & illi probatur facta promiſsio de donanda ex cauſa futuri matrimonij per eandemque donationem bona inagnatione, & familia conſervabantur, quibus omnibus concurrentibus ::: ſatis videbantur eliſæ ſuſpiciones fálſi contra donationem reſultantes.*

97. En el Teſtamento, que otorgò Doña Inès de Argote (63), declara la renuncia, que ſe tratò quando ſu caſamiento, de ſus legitimas, y herencias, y el derecho, q̃ tenia à una Huerta, Arboles, y tierras, que llamaban de *San Aguſtin*, de que le hizo donacion intervivos Doña Iſabèl de Armenta (34), ſu Biſabuela (*Mem. num.* 107. 147. y 192.), y en la Eſcritura, que hizo de renuncia, la haze de la dicha Huerta de San Aguſtin (*Mem. numer.* 119.)

98. Que eſta Huerta fueſſe de la Iſabèl de Armenta (34), y que la llevò en dote, quando casò, ſe prueba del Teſtamento de Pedro de Caraſa (33) (*Mem. numer.* 172.), y del Teſtamento de dicho Gonzalo de Armenta (17), en el que expreſſa, que quando casò à ſu hija Iſabèl de Armenta (34) le diò entre otros bienes, *una Huerta, que ſe dice de San Aguſtin Mem. num.* 246. y la Doña Iſabèl de Armenta (34) en la Eſcritura, que otorgò en 25. de Diciembre de 1552. hypotecò à la ſeguridad de la venta de vnas caſas *la dicha Huerta de San Aguſtin Mem. num.* 256.

99. Y ultimamente no puede haver teſtigo mas authorizado para la prueba de una filiacion, q̃ en el miſmo contrario Litigante; pues la confeſsion de la parte es la prueba mas authorizada, que ſe puede dar, y contra la que no puede decir, ni es juſto ſe le admita contra ſu miſma aſſercion. *Ex leg.* 13. *C. de Non numèrat. pecun.* cap. Pertuas de Probat. ibi: *Cum nimis indignum ſit (iuxta legitimas ſanctiones) ut quod ſua quiſque voce dilucide proteſtatus eſt, in eumdem caſum proprio valeat teſtimonio infirmare.*

100. Don Martin de Guiral para manifeſtar lo apreciable, que le es el parenteſco, y apellido de Manos-Alvas, diò, y manifeſtò à el pùblico un impreſſo, con el nombre de *Reſumen Hiſtorico*, en el que aſſegura, que la dicha Maria de Torres (16) fue muger de Gonzalo de Armenta (17) *Mem. num.* 261.

101. Contra los inſtrumentos preſẽtados para la prueba de eſte grado, pretendiò el Don Martin con Pedimentos, contradiciones, y otros efugios, embarazar la comprobacion de eſtos inſtrumentos, ſiendo aſsi, que en la buena fè de los Juicios, y con la que ſe debe tratar eſta materia, baſtaba

la recomendacion de la antiguedad de dichos instrumentos, y estar en forma probante, para que no sea digna de admitir, ni perjudicar à la certeza, y aprecio de los instrumentos, como dice el Señor Salgad. de Retent. part. 2. cap. 30 §. 3. num. 32. ibi: *Non erit necessaria aliqua recognitio, & comprobatio, quando nullum vitium visibile ex ipsius instrumenti facie apparet.* Pareja, *de Vniv. Inst. Edict. tit. 1. ref. 3. §. 2. num. 36.* Francisc. Peña, decis. 1215. num. 2. ibi: *Et habere faciem, & requisita ad publicum instrumentum, absque aliqua recognitione dicebatur esse in forma probante.* Optimè Dom. Covarr. *Pract. cap. 21. num. 7. & alij* per Dom. Castillo, *dict. lib. 2. cap. 16. num. 56.*

102. La propria dificultad, que advertia Don Martin Guiral, en haver de reconocerse quarenta y tres Oficios de Escrivanos Numerarios *Mem. num. 269.* era suficiente para que no señalando, en el q̃ paraban los Protocolos de Pedro Fernandez el Rico, se passasse à la comprobacion de las firmas, como se executò en distintos Oficios, y con varios documentos, y uniformes los Peritos convienen en la conformidad de subscripciones, rubricas, firmas, y signos del dicho Testamento, y Codicilo del Gonzalo de Armenta (*Mem. num. 270 y 272.*), y se expressa, que aun la letra, de que estaban escritos, era de la misma mano, de que estaban los instrumentos del año de 1503. y la misma diligencia de comprobaciõ se executò con el Testamento de Isabèl de Armenta (20) *Mem. numer. 273.* con que estos tres instrumentos quedaron legitimamente comprobados; por ser este el remedio, que previene el derecho para subvenir à los acasos, que pueden padecer las Matrizes, ò Protocolos, por descuydo, malicia, ù otra razon, en que ninguna culpa tengan las partes. *Ex dict. leg. 115. tit. 18. part. 3.* pues de otra forma pereciera la fè del instrumento original, como lo son el Testamento, y Codicilo de dicho Pedro de Armenta *Mem. num. 265.* que se entiende por la primera Escritura, que se dà à las partes por el Escrivano, que la recibiò, y extendiò en su Protocolo. Dom. Castill. *dict. lib. 2. cap. 16. numer. 49.* Parej. *de Vniv. Inst. Edict. tit. 1. ref. 3. §. 2. ex num. 1.* cuyo perjuicio de los interessados, no se debe permitir. Dom. Covarr. Pract. cap. 19. num. 3. ibi: *Fidem habendam instrumento, cui alioqui fides habenda est, quamvis non appareat Protocolum, seù archetypum, nèc probet, qui instrumentum producit, illud esse casu aliquo perditum, etiam si in scriptis fuerit contratus gestus. Hanc Sententiam opinor in praxi admitendam fore, et hatenus receptam esse.* Et ibi Faria, *num. 12.* Y por ser esto assi, ha usado del mismo medio Don Martin Guiral, para calificar los instrumentos de filiacion *Mem. num. 394. y 399.* y es tanta la authoridad del original, aunque se pierda, ò rompa la Matriz por el Escrivano, que puede este pedir, que se le exhiba, y sacar un traslado dèl, para que quede en su Oficio en lugar de la Matriz. Far. ad Dom. Covarr. *dict. cap. 19. Pract. num. 8.* porque es diverso cõ probar la legitimidad del instrumento, que aparece unico sobre su contexto, ò quando se presentan dos referentes à un mismo acto, y otorgados ante un mismo Escrivano, pero repugnantes, ò diversos entre sì, que entonces es regularmente preciso el cotejo con la Matriz, ò Protocolo, para que merezca fè alguno de los dos instrumentos, que es el caso, de que habla Parej. *de Vniv. Inst. Edict. tit.*

titul. 7. resol. 5. ex numer.38.

103. Y para mayor corrovoracion se cotejò el Testamento de la dicha Isabèl de Armenta, con otro instrumento, presentado por el mismo Don Martin Guiral, signado de Martin Ortiz, Escrivano, y se hallò conforme en todo (*Mem. num.274. y 275.*), no siendo de omitir la circunstancia, de que el Testamento, y Codicilo del Gonzalo de Armenta, ademàs de ser el original, como queda dicho, se halla en pergamino, y existe en un Archivo de persona extraña, y sin interès en este pleyto, y sì solo el de tener dichos 3. instrumẽtos, como titulos del Cortijo de la Magdalena, de q̃ es possedor el Don Fernando de Orive, como està alegado (*Mem. num.299.*), y no se ha negado por Don Martin; y assi concurren las mismas razones, que diximos *supr. num.70.*

104. Desde el num.276. se refiere en el Memorial, la comprobacion de otros instrumentos, que se executò sin reparo, ni sospecha, y aunque de uno, que es el Testamento de Doña Maria de Errera, no se hallò Protocolo, y Matriz, se dixo, que podia ser el motivo, lo q̃ consume el tiempo; *por lo que havia la prǎctica, que obligò à prohibir el llevarse à diferentes Tribunales Superiores, señaladamente al Consejo de las Ordenes, y de la Santa Inquisicion para assunto de pruebas de nobleza* (*Mem. num.279.*), y son las disposiciones de la ley 37. *tit.* 11. *lib.2.* y en la novissima *auto* 4. *eod. tit.11. lib.2.* por lo que se passò al cotejo, y comprobacion de las firmas del Escrivano.

105. Y aunque estuvieron discordes los Peritos, el tercero, q̃ se nombrò, convino en la verdad, *de que se hallaba sin vicio, ni sospecha de falsedad, y ser el mismo original, que se diò por el Escrivano Juan de Eslava* (*Mem. n.290 y 291*)

106. El reparo en que se funda para la discordia el Perito nombrado por Don Martin de Guiral, es tan insubstancial, como de su relacion se reconoce (*Mem. num.288.*), pues las firmas, y subscripciones, no pueden siempre observar un mismo methodo. Leg. 118. tit.18. part.3. ibi: *Porque no puede ome todavia escribir de una manera; cà à las vegadas face desemejar las letras los variamientos de los tiempos, en que son fechas, ò el mudamiento de la tinta, ò de la peñola.*

107. Y haviendo el tercero Perito conformadose con el uno de los nombrados por las Partes, haze plena prueba, y justificacion, y no se debe dudar de la certeza. *Leg.79. cap.22. tit.14. lib.3. leg.4. cap.15. tit.13. lib.6. Recop.* D.Salced. *in leg.3. tit.14. cap.3. lib3. Recop.u.24.* Hermosill. *in leg.56. tit. 5. part.5. Gloss.6. num.26.* Garc. de Expens. cap.24. num.18. & 21. ibi: *His quæ dissentientibus, tertius alterius probata Æstimatione, certum modum, & finem liti constituant.*

108. La misma Isabèl (20), de cuyo Testamento hemos hablado, tenia otorgado otro en el año de 486. (*Mem. n.326.*) presentado tambien por Don Juan Alfonso, cuyas enunciativas no se oponen, antes sì convienen muchas con las del citado Testamento posterior (*Mem. num.250.*); y aunque en èl no hizo mencion de su sobrina Isabèl de Armenta, casada con Pedro de Carasa, pudo ser, ò porque tal vez no havria nacido en dicho año de 486. ò porque como no era heredera necessaria, no tuvo obligacion de referirla: Dicho Testamẽto del año de 486. se halla comprobado con su Matriz, sin reparo substancial (*Mem. num.332.*), y aunque en èl se llamò Religiosa la Isa-

bèl de Armenta, cuya expresion no hizo en èl otro posterior Testamento de 1514. (*Mem. n.* 250.), esta no es repugnancia, que destruya la fè, y certeza de este instrumento, ni le impidiò esta Religiosidad su otorgamiento. Dom. Greg. Lop. *in leg.* 17. *tit.* 1. *part.* 6. porque el decir Religiosa, no arguye precissamente la profesion, y votos solemnes, que obligan, è inducen la perpetuidad, y perfeccion del Estado; pues como dixo la ley 1. tit. 14. lib. 6. Recop. *Muchos hombres, y mugeres se hazen Frayles, y Sorores, y de Tercera regla de Sr. San Francisco, por causa de no pechar, y se estàn en sus casas, y en sus bienes, y los labran, y esquilman como los otros legos.* Leg. 1. tit. 7. part. 1. ibi: *Otros ay, que viven, como Religiosos, è no viven so Regla. Leg. 7. tit. 13. eiusd. part.* Pero estos aunque impropriamente se llaman Religiosos. Bobadill. *in Polit. lib. 2. cap.* 18. *n.* 288. Dom. Castill. lib. 5. Cont. cap. 81. vers. Regulæ itaque, ibi: *Aliqnando verò lato modo verbum Religiosus comprehendit laicos, quipiè, & honestè vivunt.* no lo son verdaderamente. Ex Clement. 1. de Relig. dom. ibi: *De quibusdam mulieribus :::: quæ cum nulli promitant obedientiam, nec proprijs renuntient, neque profiteantur aliquam regulam aprobatam, Religiosæ nequaquam existunt quamquam habitum deferant. cap. Religioso de sent ex com. in 6.* Dom. Covarr. in cap. Almamater dict. tit. part. 2. §. 2. n. 8. ibi: *Quod Religiosus propriè sit, quitria voverit, nempè paupertatem, obedientiam, & castitatem.* Dom. Castill. *ubi supr. & dict. lib* 5. *cap.* 90. *ex num.* 51. Balmased. *de Collect. quæst.* 27. *n.* 6. por tanto voluntariamente se pudo separar de aquella devocion la Isabèl de Armenta, sino havia hecho algun voto simple, y si lo hizo, pudo dispensarlo el Obispo. P. Them. Sanch. *in Decalog. lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 71. con lo qual en dicho año de 1514. dexaria de llamarse ya Religiosa.

109. Puedese tambien decir, que en este ultimo Testamento no hizo mencion del antecedente del año de 486. y assi se aumenta la repugnancia de aquel, pero como no tuvo necesidad de hacer dicha referencia, pues aun su expressa revocacion, no era necessaria a. Escañ. *de Testam. cap.* 4. *num.* 14. no es precisso argumento de su contrariedad. Noguer. alleg. 26. n. 123. ibi: *Quod in una Scriptura non fiat mentio alterius, cum fieri debuisset*: ademàs de que en dicho ultimo Testamento, revocò todos los Testamentos, mandas, y Codicilos, *que yo he fecho, y otorgado*, cuya afirmativa manifiesta, que de hecho tenia otorgados otros Testamentos; pues no dize con generalidad, que yo huviere fecho, y otorgado, que es la formula regular.

110. A lo alegado por Don Martin Guiral contra los instrumentos de este grado (*Mem. num.* 292. 293. *y* 294.) està satisfecho desde el num. 295. y se dixo muy bien, el que la expresion del Pedimento, ò Demanda, que añadiesse, ò quitasse algun Apellido, no perjudica à la verdad, ni esta equivocacion de el Abogado, ò Procurador. *Leg.* 2. *C. de error. advocat. Leg.* 8. *tit.* 6. *part.* 3. *Leg.* 5. *tit.* 13. *ead. part.* D. Valenz. *cons.* 27. *num.* 29. *&* 30. Villadieg. *in Polit. en la form. de libel. en el exord. num.* 58. ni aun el error, ò equivocacion del mismo interessado. Dom. Lara, *de Capellan. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 33. *&* 54. porque la verdad no se muda por sola la voluntad en esta materia, ni en otras. *L. Fin. C. arbit. tut. L.* 35. *vers.* 7. *tit.* 7. *lib.* 1. *Recop.* Escob. *de Purit. en la instruccion de los Comissarios*, §. 5. *vers.* 4.

111. Y pudiera considerar Don Martin Guiral, que haviendo corrido llanamente, con que Diego Ruiz Monos-Alvas (40), fue hijo de Luis Ximenez Monos-Alvas (23), y de Doña Juana de Aguayo (24), dixo concluſa ya la Inſtancia, que la muger de Luis Ximenez Monos-Alvas, no fue Doña Juana de Aguayo, ſino es Iſabèl Fernandez de Ahumada (*Mem. en la add. fol.* 114. *num.* 1.), con que en hechos antiguos, no es mucho ſe padeſcan algunas equivocaciones, y ſe hagan expreſsiones, que no convengan con la verdad, ſin que ſea reparo, lo que alega el Don Martin, de que *el Actor debe preſentar los documentos, que tuviere, y haverſe informado de ſu genealogia* (*M. num.* 303.) Don Martin de Guiral es Actor en la probanza de ſu genealogia, y como qualidad, en que ſe funda, debe probarla, *y debiò haverſe informado de ella.* Barboſ. *in leg. cum te minorem 9. C. de probat. num.* 5. Dom. Caſtill. tom. 6. Cont. cap. 123. num. 1. ibi: *Apud omnes vnanimiter receptum fuit, quod ei qui dicit ſe conſanguineũ agnatum, cognatũ ſeù deſcendentẽ alicuius ſivè ex eius familia, incumbit onus probandi conſanguinitatem :::: ſeù deſcendentiam :::: ſivè ſit reus, ſivè ſit actor.* Moſtaz. *de Cauſ. Pijs, tit.* 1. *lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 43. *& ſeqq.* y el aumentar, ò quitar un nombre, ò apellido, como hizo Don Juan Alfonſo, y Don Diego ſu hermano, y ſe repara por Don Martin, no ſe opone à la identidad de las perſonas; pues todas por ſus quatro Abolorios tienen muchos apellidos, de que pueden uſar, ù omitirlos, uſando de los que les parezca; pero eſta diſculpa no la puede dàr el dicho Don Martin, pues ſe errò en el nombre, y apellido, y en dar por caſada con ſu ſexto Abuelo, la que deſpues confeſsò, no ſer ſu ſexta Abuela, ſino es otra perſona de diferente nombre, y apellido.

112. Para hacer vèr, que Iſabèl de Armenta (34) no pudo ſer muger de Pedro de Caraſa (33) (*Mem. num.* 306.) preſentò Don Martin diferentes Eſcrituras, que algunas ſe reducen, à que huvo una Iſabèl de Armenta, Religioſa; lo que es de ningun aprecio; pues el que en el año de 501. en que ſe otorgò el inſtrumento del *num.* 308 fueſſe Religioſa una Iſabèl de Armenta, ſin decir Profeſſa, ni en què Conuento, ni que para ello obtuvieſſe licencia ſuperior, ni ſe opone al matrimonio, que deſpues reſulta con Pedro de Caraſa, ex dict. ſupr. num. 108. ni tiene repugnancia, el que fueſſe eſta Religioſa la Iſabèl (20), que otorgò el Teſtamento del año de 486. de que hemos hablado ſupr. dict. num. 108. ademàs de que la Iſabèl de Armenta, Religioſa, parece fue diſtinta perſona, ya hija de Gonzalo de Armenta (17), que pudo tener los hijos de un miſmo nõbre, ex dict. infr. numer. 123. ò de otros Padres; pues en el inſtrumento de dicho *num.* 308. dà en arrendamiento unas caſas, lindando entre otros linderos con la calle de el Caño de Vecinguerra: y las caſas, que tenia Iſabèl de Armenta (34), eran frente del Caño de Vecinguerra (*Mem. num.* 254. *y* 256.) y eſtas fueron de la otra Iſabèl de Armenta (20), frente al Caño de Vecinguerra (*Mem. num.* 252.), con que eran diſtintas, de las que lindaban con la calle del Caño de Vecinguerra; y eſtas que ſe contienen en el inſtrumento preſentado por D. Martin (*dict. num.* 308.), dice, que eran unas Caſas con una Tienda; y en los tres inſtrumentos, de que ſe vale Don Juan Alfonſo, ſolo eran vnas caſas.

Quie-

113. Quiere insistir Don Martin en su objeccion cõ los instrumentos (*Mem. num* 310. *y* 311) porque resultando de ellos, que Isabèl de Armenta fue Religiosa professa, en el Monasterio de Santa Maria de las Dueñas, es precisso (dice) sea la Isabèl (34), hija de Gonzalo de Armenta (17), lo uno, porque expresò en dichos instrumentos, ser hermana de Pedro de Armenta, hijo de Gonzalo de Armenta, y ser tambien hija de èste: lo otro, porque en una de dichas Escrituras (*Mem. num* 311.) se diò Poder por dicha Religiosa, professa, al Pedro su hermano, para que pidiesse en Juicio la reintegracion del Cortijo del Charco, que havia vendido dicho su Padre Gonzalo de Armenta, sin poderlo hazer, y cuya Propiedad tocaba à dicha Religiosa; y conviniendo esta expresion, al parecer, con lo que expresò el Gonzalo de Armenta (17) en la Clausula de su Testamẽto (*Mem. num.* 244.), y con la Escritura de Arrendamiento del mismo Cortijo presentada por Don Martin (*Mem. num.* 307.), que hizo un Gonzalo de Armenta, hijo de Gonzalo Alfon de Armenta; quiere inferir Don Martin, que no puede ser otra la Religiosa professa, que la hija del Gonzalo (17), que se dà por casada con Pedro de Carasa (33)

114. Y siendo este el mas principal argumento, en que se funda contra el matrimonio, y filiacion de Isabèl de Armenta, tan lejos està de favorecerle, que antes bien con los mismos instrumentos se desvanece: La identidad, no se prueba por los nombres, y apellidos, quãdo se haze vèr la multiplicidad de personas, que los tuvieron, ut cum pluribus Escob. *de Purit. & Nobilit. part.* 1. *quæst.* 16. §. 3. *n.* 11. *&* 35, *&* §. 5. *num.* 2, *&* 5. y si de contemplarse la identidad de las personas contenidas en distintos instrumentos, ha de resultar por alguna qualidad incompatible, sospecha de falsedad contra alguno de ellos, se deben presumir diversas personas para evitar la falsedad. Escob. *dict.* §. 3. *num.* 47. *cum pluribus, quos citat*, y està recomendado à los Señores Juezes, que en concurso de muchos instrumentos, que se oponen unos à otros ya por repugnancia, ya por diversidad, se haga la division posible de tiempos, personas, y lugares, para que concuerden, y merescan fè unos, y otros instrumentos. *ex cap. inter dilectos, de Fid. Instrum.* Pareja, *de Vniv. Inst. Edict. tit.* 7. *res.* 5. *n.* 35. Farinac. *de Falsitat. quæst.* 153. *ex num.* 196. es assi, que en el Siglo de 500. huvo muchas personas con el nombre de Gonzalo de Armenta, Isabèl de Armẽta, y Pedro de Armenta; cõ q̃ el contesto de dichos instrumẽtos (*n.* 310. *y* 311.) no prueban la identidad de los contenidos en las (17. 34. y 36.)

115. Para cuya prueba, ademàs de lo que dexamos dicho, bolvemos à hacer presentes los instrumentos del Mem. *num.* 243. 249. y 250. en que se hallan ademàs de las tres referidas personas un Gonzalo, y dos con el nombre de Isabèl de Armenta, que se và de conformidad, en que son los de las (20. 35. y 39.). En el num. 308. resulta una Isabèl de Armenta, Religiosa; cuya diversidad queda probada por el arrendamiento de las casas, *linde la Calle del Caño de Vecinguerra* supr. num. 112. y de los dos instrumentos (*Mem. num.* 312.) resulta otro Pedro de Armenta. En el *num.* 313. resulta un Gonzalo de Armenta, hijo de Alõso, por cuya circunstancia es distintò de los figurados en el Arbol. En los *num.* 314. y 315. resulta un Gon

zalo de Armenta, qué tuvo un hijo llamado Alonso, Jurado de Cordova, vecino à la Collacion de Santo Domingo, casado con Doña Juana de Uzeda, y con vn sobrino Francisco, Veintiquatro de dicha Ciudad; cuyas circunstancias no convienen con el Gonzalo (17), ni se enlazan con las enunciativas, q̃ en otros iustrumentos hablan de Alonso de Armenta (37), antes bien resultando en dicho *num.* 315 además de lo que se dirà infr. num. 20. una Fundacion de Vinculo, se halla llamado otro Gonzalo de Armenta, hijo de la Doña Juana de Uzeda, y ni llamò à los hijos del Gonzalo (17), ni hasta aora se ha hecho vèr la cognexion de èsta descendencia con los Posseedores de dicho Vinculo: En el *num.* 319. resulta un Gonzalo de Armenta, que estuvo casado con Elvira de Luna, à quien no tratò de pariente Pedro de Armenta, hijo de Gonzalo, que aunque no tiene inconveniente, sea el de la (36), no se justifica por Don Martin: En el *num.* 328. se buelve à hacer mencion de la Isabèl (39), y la de la (20): y en el *num.* 329. se haze mencion por Beatriz de Armenta (21), de que tenia un hermano *Pedro de Armenta*, que no està en el Arbol.

116. Y ultimamente resulta de dichos *num.* 310. *y* 311. la Isabèl de Armenta, Religiosa Professa, por cuyo estado, y circunstancias se manifiesta distinta de la Isabèl de Armenta (34), casada con Pedro de Carasa (33); *veluti cùm dicimus, aut dies, aut nox est, quorum posito altero, necesse est tolli alterum. Ex leg. Hæc verba* 124. *ff. de verb. significat*, cuyo matrimonio, y enlaze con el Fundador, y con Don Juan Alfonso està probado con tantos instrumentos, como quedan referidos, y para cuya suposicion, era menester sospechar contra tan crecido numero de personas, como los han otorgado, y concurrido à ellos, su saca, comprobaciones, exhibiciones, y demàs diligencias; cuyo concurso de personas, y ninguna cautela, con que en todo se han versado, excluye toda sospecha. Farinac. *de Falsit. quæst.* 153. *ex num.* 216.

117. Por la misma razon no lo es para identificar la Isabèl Religiosa Professa, con la Isabèl (34), el que ambas tuviessen un hermano llamado Pedro de Armenta; pues yà queda dicho, que huvo Pedro de Armenta (36), otro Pedro de Armenta, que no està en el Arbol (*Mem. num.* 329.), y el Pedro, hermano de dicha Religiosa, que siendo esta distinta de la (34), lo es el dicho su hermano, diverso de la (36), ò es precisso, que su Padre (17), tuviesse dos hijas con el nombre de Isabèl, como las tuvo con el nombre de Beatriz (35. y 38) lo que no tiene inconveniente, ex dict. infr. ex num. 124. y basta la posibilidad de la distincion de personas una vez, que consta la pluralidad, que huvo de ellas en aquellos tiempos, para destruir las enunciativas de dichos instrumentos contrarios. *Ex cap. In presentia de Probat. Leg. Neque natales, C. eodem.*

118. Siempre ha sido honroso afecto de los hijos el usar de los nombres, y apellidos de los Padres, y Abuelos. Leg. Uxorem, ff. de manum. testam. ibi: *Nomine Patris vocatus.* Leg. 3. tit. 21. part. 3. ibi: *Porque siempre los omes el nombre del Padre ponen primeramente.* Regul. 1. cap. 24. ibi: *Ne deleas semen meum postme, neque auferas nomen meum de domo Patris mei*; y por tanto para las succesisiones perpetuas llamò el derecho, à los que tuviessen el nombre del Testador. Ex leg. Cum ita, §. Cum in fidei-

com. ff. de legat. 2. ibi: *Qui ex nomine defuncti fuerint.* Y assi huvo antiguamente esta costumbre en España de tomar los hijos por nombres proprios los de los Abuelos, poniendo por sobrenombre el del Padre. Moren. de Vargas, origen de la Nobleza discurs. 14. num. 7. Salazar de Mendoz. Cronic. de la Exelentissim. cas. de los Ponc. de Leon elog. 7. ibi: *Assi era la costumbre de aquellos tiempos, y lo es la de agora, llamarse los nietos como se llamaron los Abuelos*, y lo contrario se ha tenido por indecoroso. Escob. de Purit. part. 1. quæst 4. §. 7. num. 116. ibi: *Luit parum sit honorificum nomen Patris deferre.* Con que es regular, que en los tiempos de que hablan las Escrituras num. 310. y 311. huviesse muchas personas con el nombre de Gonzalo de Armenta, distintas de la (17), yà de distinta familia, ò ya de la propria, que huviessen conservado el nombre, y apellido de sus Abuelos, y no es mucho, que alguno de ellos tuviesse una hija Isabèl, Religiosa Professa, distinta de la (34), de cuyo matrimonio no se puede dudar, ex dict. supr. ex num. 83. y por consiguiente de su precissa distincion.

119. La prueba mas clara de la diversidad, que queda alegada, es la misma enunciativa en que se funda Don Martin, de que en el instrumento otorgado por dicha Religiosa Professa (*Memor. num.* 311.), dize, que su Padre havia vendido el Cortijo del *Charco*; lo que parece convenir, con lo que declarò el Gonzalo (17) en su Testamento, y Codicilo (*Mem. num.* 244. y 249.); pues siendo precisso dàr por cierto lo contenido en estos instrumentos, para que la dicha reflexa tenga alguna estimacion; se aprueban por consiguiente ambos instrumentos, con los que funda Don Juan Alfonso su intento; porque no se pueden aceptar en parte, y reprobar, en lo demàs. Noguerol. *allegat.* 33. *ex num.* 35. Dom. Vela *dissert.* 46. *ex num.* 14. D. Salg. *part.* 3. *Labyr. cap.* 7. *ex num.* 32. y reconocido dicho Testamento, y Codicilo, lo que el Gonzalo (17) recibiò en dote, y vendiò, fueron seis ubadas de tierra en el Cortijo del Charco, y fue lo unico, que alli tenia, respecto, de que deseando pagarlas à su hijo Pedro (36), à quien pertenecian por bienes de su Madre (17), mandò darles otras tantas en otro Cortijo: y reconocida la Escritura de arrendamiento del año de 492. (*Mem. num.* 307.) se halla, que un Gonzalo de Armenta, hijo de Gonzalo Alfon de Armenta dà en arrendamiento no 6. vbadas, sino el dicho Cortijo: y passando à vèr lo que la Religiosa Professa, dize en dicha Escritura (*M. n.* 311.) expressa, que su Padre havia vendido el Cortijo, tierras, y heredamiento, que decian de el Charco, lo que es mas que las seis ubadas, q̃ havia recibido en dote: Y dize mas, que la Propriedad de lo referido le tocaba à ella, siendo assi, que el Gonzalo (17) en dicho su Testamento expressò, q̃ las seis vbadas las recibiò en dote con Victoria de Cañaveral, su primera muger, de cuyo matrimonio havia tenido al Pedro (36), à quien las mandò reintegrar con otras tantas del Cortijo de la Magdalena, lo que se opone, à que la Propriedad del Cortijo del Charco, que avia vendido su Padre, perteneciesse à la Monja, y que esto lo profiriesse delante del mismo Pedro (36), à quien diò el Poder para la reintegracion de dicho Cortijo (*Mem. dict. numer.* 311.), de que se infiere, que en el año de 492. havia otro Gonzalo de Armenta, hijo de Gonzalo Alfon de Armenta, que ar-

arrendaba todo el Cortijo, como dueño dèl, y que tuvo un hijo Pedro, y una hija Isabèl de Armenta, Monja, que asseguró tocarle la Propiedad de dicho Cortijo; porque tal vez en dicho año de 492. havria comprado este Gonzala las 6. ubadas, que vendió el Gonzalo (17), cuya venta no consta, en què año se executò, ò porque el que tenia el resto del Cortijo, lo arrendaria, aunque el Gonzalo (17) tuviesse 6. ubadas, como se executò en el arrendamiento de el Cortijo de la Magdalena (*Mem. num.* 319) que siendo de muchos interessados lo arrendò uno solo.

120. Otro instrumento con que Don Martin ha querido impugnar este grado, es un Testimonio (*Mem. numer.* 312.), de un Juan Martinez Varcarcel, q̃ no viene al caso; y de otra Escritura, otorgada por Pedro de Armenta (*Mem. dicho num.* 312.) de un arrendamiento, que no conduce cosa alguna à la filiacion alegada por D. Juan Alfonso de Sousa: Y lo mismo de los instrumentos referidos en el Memor. *num.* 313. 314. 315. y 316. pues lo mas que prueban es, que en aquel tiempo huvo un Pedro de Armenta, hijo de Gonzalo de Armenta, Jun Alonso de Armenta, hijo de Gonzalo de Armenta, otro Alonso de Armenta, casado con Doña Juana de Uzeda, que tenia por sobrinos à Francisco, y Alonso de Armenta, y por sus hijos à Gonzalo, Doña Leonor, y Doña Inès; cuyas personas no se justifican sean algunas de las propuestas en la filiacion de Don Juan Alfonso. Dòct. Luc. cap. 1. vers. 61. ibi: *Quia nemo est in cognitio netua qui vocetur hoc nomine*, ni que tuviessen parentesco con el Fundador, antes bien resulta su diversidad de el matrimonio de Alonso de Armenta con Doña Juana de Uzeda, y que dèl huvo una hija con el nombre de Inès en el año de 574. cuyos nombres no resultan convenir à sus ascendientes, segun los instrumentos conque prueba Don Juan Alfonso este grado, y si, que Gonzalo (35), hijo de Gonzalo de Armenta, segun el Testamento de este (*Mem. num.* 243.), ya havia muerto el año de 506. y el Poder, y Fundacion presentada por Don Martin en dichos numeros, lo otorgò un Gonzalo en el año de 572.

121. La Escritura, que se rè fiere en el Memor. *num.* 319. no solo no se opone à la filiacion alegada por Don Juan Alfonso de Sousa (83), sino que la afianza, y acredita mas: la otorga Pedro de Armenta, hijo de Gonzalo de Armenta, que no tiene repugnancia, fuesse el de la (36), pues haze la declaraciõ à favor de los hijos menores de Elvira de Luna, muger, que havia sido de Gonzalo de Armenta, con que es constante, era distinta persona de Gonzalo de Armenta (17), Padre de Pedro de Armenta (36), y por tanto solo sirve este instrumento de aumentar el Memorial, concurriendo el hallarse sin firma del Escrivano (*Mem. n.* 320)

122. Pues aunque se quiera hazer el argumento, de que el Gonzalo de Armenta, marido de Elvira de Luna, seria el mismo, que se pone por marido de Maria de Torres (16. y 17.), mediante convenir el Testamento de èste (*Mem. num.* 243.) con la dicha Escritura (*Mem num.* 319.), en que fue posseedor de el Cortijo de la Magdalena, segun lo qual, y resultar de ella haver tenido distintos hijos, que los que se han propuesto en el Arbol, se quiere debilitar la fè de dichos instrumentos: se satisface con el contexto de la dicha Escritura, en que se expresò, que de los 60. caizes de

Pan

COMISION PROVINCIAL DE MONUMENTOS GRANADA

Pan terciado, en que estaba arrendado dicho Cortijo, solo pertecian à los hijos de la Elvira de Luna, y Gonzalo de Armenta 45. caizes por la parte que en dicho Cortijo tenian: y el Gonzalo de Armenta (17) en su Testamento, y Clausula (*Mem. num.* 244.), no dixo, que era dueño de todo el Cortijo de la Magdalena: con que se pueden cõponer muy bien ambos instrumenmentos, contemplando, que segun dicha Escritura de arrendamiento el Pedro de Armenta, que la otorgò, como hijo de Gonzalo (17), tendria èl solo, ò con los demàs sus hermanos la parte, que declarò su Padre (*dict. num.* 244.), y mandò se le diessen en pago de las 6. vbadas, que havia vendido del Cortijo del Charco, y que los hijos de la Elvira de Luna, y otro Gonzalo de Armenta, que no se sabe, quien fuesse, tendrian el resto de dicho Cortijo.

123. Alegò Don Martin Guiral (*Mem. num.* 322.), que el Fundador del Patronato no hizo mencion de Juan Zapico (50), ni de Pedro de Carasa (33), sin hacerse cargo el DonMartin, que ninguna mencion hizo el Juan Manos-Alvas de Luis Ximenez, à quien da por su sexto Abuelo, ni de los otros sus hermanos; y si la hizo de la Isabèl de Armenta (34), septima Abuela de Don Juan Alfonso (83) como queda referido en el *num.* 91 y lo que es suficiente para calificar la filiacion, y parentesco del Don Juan Alfonso de Sousa, sin necesitar de ascender à otros grados; por que el que dize *sobrino*, afirma ser hijo del hermano, ò hermana, del que assi lo nombra. Dom. Covarr. *de Matrimon. part.* 2. *cap.* 6. §. 10. *num.* 16. Dom. Castill. *tom.* 6. *Controv. cap.* 167. *ex num.* 13. D. Gonzal. *in cap.* 1. *de Eccles. Benefic. sin. diminution. confer.* y no es nuevo en los Fundadores omitir la nominacion, y llamamiento de muchos parientes, è immediatos, a quien conocen, y aun de los hijos, por lo que la Ley en las Fundaciones perpetuas, suple los llamamientos omitidos para conservar la perpetua duracion del Mayorazgo. D. Molina, *de Hispan. Primog. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 33. Aguil. ad Rox. *de Incompat. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 13.

124. Dize (*Mem. num.* 355.), que en terminos de diversidad *de matrimonios no se versa la dificultàd, de que haya dos hijos de un mismo nombre, que se observa, y previene en el Obispado de Cordova, y otros.*

125. Lo dispuesto en el Obispado de Cordova, no lo hemos visto, y debia presentarlo el Don Martin Guiral, si le convenia à su defensa. Ioann. Gutierr. *de Iuram. Confirm. part.* 1. *cap.* 38. *n.* 13.

126. De derecho tampoco hemos visto tal prohibicion, de que qualquiera pueda tener hijos de uno, ò diversos matrimonios de un mismo nombre, ni tal cosa se previene en el Synodo de este Arzobispado. *Lib.* 3. *tit.* 1. *numer.* 24. donde se advierten otras muchas circunstancias, que se han de tener presentes para los Bautismos, y por algunos inconvenientes se previene en el Synodo de Malaga, el que se anote en la partida el segundo, que se Bautiza. lib. 2. tit. 2. §. 7. numer. 51. ibi: *Y todavia se refiera en la partida, haver tenido otro hijo llamado Juan, que se bautizò tal año, y tal dia*: con lo qual, y con los demàs fundamentos alegados en favor de Don Juan Alfonso, que resultan del Memorial Ajustado, parece estàr bastantemente probada la filiacion de este grado; pues en hechos tan antiguos, aun menor prueba bastaba. Mascard. de Probat. conclus. 394. numer. 11. ibi: *Quia in antiquis sufficit probatio qua-*

qualis qualis. Dom. Castill. tom. 6. Controv. cap. 123. num. 13. ibi: *Et quamvis in antiquis facilieres, & leviores probationes propter difficultatem admitantur*; y haviêdose hecho en todos los grados, la que ha sido posible, y se tiene por suficiête, ha debido Don Martin traer mayor prueba, para desvanecerla. Escob. *de Purit. & Nobilit. dict. quæst.* 16. §. 5. *per tot.* Parej. *de Vnib. Instrum. Edict. tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *num.* 30. Dom. Castill. *tom.* 4. *Controv. cap.* 23. *ex num.* 6. Menoch *lib.* 1. *Præsumpt.* 30. *ex num.* 1. y no siendo de esta classe la de Don Martin, pues principalmente se ha terminado su defẽsa à oponer reparos à los instrumentos, que se han satisfecho, como và alegado, se manifiesta el ningun efecto, que puede causar la nota puesta en el Arbol à la Isabèl (34), referente à los instrumentos, que ha presentado el Don Martin, de los que debia resultar, lo justo de la contradicion. Dom. Larr. *alleg.* 74. *per tot.*

127. Y si se atiende à tan repetido enlace de todos los instrumentos presentados para su filiacion por Don Juan Alfonso, y personas, en cuyo poder algunos han estado, y las demàs, que han concurrido à la exhibicion de Protocolos, y cotejos, que de sus firmas se han hecho, y demàs diligencias se pudiera decir con razon, lo que Tacit. lib. 3. Annal. ibi: *Et tot ad stantium visu ipso Germanico coràm id ausum.* Ansald. de Comer. disc. 27. num. fin. & disc. 65. num. 15. y 16. ibi: *Tunc & denique, quia tractatur de pluribus Æpistolis, quæ diversis locis, & temporibus à pluribus, ijsdemque insignibus mercatoribus exaratæ fuerunt, & respectivè recognitæ, ideoque ab horrere cogitare, quod tot personæ in tot actibus separatis conspirare voluerint imperpetranda collusione, vel antidata, quemadmodum egregiè in his terminis pro excludenda scilicet suspitione collusionis, & antidatæ frequentèr ponderavit Rota.*

QUE MARIA DE TORRES MANOS-ALVAS (16), segunda muger de Gonzalo de Armenta (17), fue hija legitima, y natural de Juan Ximenez Manos-Alvas, y de Leonor Ximenez de Torres su muger (5. y 6.), Padres del Fundador.

128. EN este grado no puede dudarse, porque el Don Martin Guiral lo tiene confessado; pues presentò el Testamento de Juan Manos-Alvas (6), el que declara su Padre, y los hijos, que lo fueron entre otros Juan Manos-Alvas (13), Fundador del Patronato, y Maria de Torres, muger de Gonzalo de Armenta (17), ex leg. 40. tit. 16. part. 3. ibi: *Debe el Juzgador seguir su Testimonio, è dar el Juicio por la parte que los traxo.*

129. Y en el Testamento de el mismo Fundador declara por su hermana, à Maria de Torres (16) (*Mem. num.* 359.), y del Resumen Historial, coordinado, y dado à luz por Don Martin Guiral, en el que afirma, que Juan Ximenez Manos-Alvas (6) casò con Leonor Ximenez de Torres (5), de cuyo matrimonio refiere los hijos, entre ellos à Juan Manos-Alvas (13), Fundador del Patronato, que se litiga, y à Maria de Torres (16), muger de Gonzalo de Armenta

(17) (*Memor. numer.* 360.).

130. Teniendo Don Juan Alfonso de Sousa (83) deribado su origen de grado en grado en los dichos Juan Ximenez Manos-Alvas, y Leonor Ximenez de Torres su muger (5. y 6.), Padres comunes con el Fundador del Patronato, no necesita ascender à Luis Ximenez, Manos-Alvas, y Antona Ruiz (2. y 3.); por cuyo medio obtuvo Don Martin Guiral la posseision del Patronato, y siendo suficiente esto para que venza Don Juan Alfonso de Sousa (83), ex dict. supr. ex num. 3. afianza mas su derecho, porque para obtener en aquel Juicio Don Martin de Guiral, como que no aparecia pariente alguno, que litigasse como tal, le bastaba qualquiera humo de parentosco, aunque fuera generico, Alv. Pegas, *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 9. *ex num.* 8. pero en este Juicio, que litiga un pariente en grado conocido, aunque no fuera mas proximo del Fundador, y ultimo posseedor, como lo es Don Juan Alfonso de Sousa (83), le bastara el poner en duda en qualquiera grado, el enlaze de la filiacion del dicho Don Martin, para que fuera vencido, ut cum pluribus Motaz. *de Cauf. Pijs lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 50.

PUNTO II.

131. NO favoreciendole à Don Martin Guiral la Executoria, que ha obtenido para que dexe de justificar su filiacion, y ascendencia plenamente, le obstan todos los reparos, que tiene, mayormente en este Juicio de Propriedad con Don Juan Alfonso de Sousa, que no litigò en el Juicio Possessorio. Ex leg. Siquis, cum totùm 7. §. 4. ff. de exception. rei iudicat. ibi: *Et generalitèr exceptio rei iudicatæ obstat quoties inter easdem personas revocatur. Leg* 4. & 22. *eod.* Dom. Salgad. *part.* 2. *Labyr. cap.* 22. *num.* 142. Dom. Paz de Tenut. cap. 69. num. 17. ibi: *Constantèr itaque defendimus, & quidem novitèr, victorem intenuta, onus probandi respectu proprietatis in adversarium nòn transfundere; sed tamquàm si uterque esset actor, & uterque reus Iuditium finiendum, nulla prerrogativa possessori data.*

132. Y aunque el Aguil. ad Rox. *de Incomp. part.* 5. *cap.* 5. *num.* 19. dize lo contrario con la autoridad de Mieres, este Autor no resuelve la question, y si el Señor Paz en el lugar citado: y quando pudiesse ser mas atendida la doctrina de Aguila, se debe entender para con los mismos, que litigaron en la Tenuta, ò Juicio Possessorio, mas nò con el que no fue parte en ella por el vulgar fundamento, *de res intèr alios acta alijs nocere nòn debet. Leg. De vno quoque. Leg. Sepè constitutum est, ff. de rei iudicat. Leg. nàm & postea in fin. Leg. Quia nòn debet, ff. de iur. iurand. Leg. Rèinter alios acta, ff. de reg. iur. tot. tit. C. res int. alios ast.* Faria add. ad Dom. Covarr. *Pract. cap.* 13. *num.* 12. Y con mayor razon considerandose, que en tanto puede perjudicar la cosa juzgada à otro tercero, quando el litigio fue con la persona à quien principalmente tocaba la Defensa, pero no quando se litigò con otro, que solo defendia su particular interesse. Dom. Molina, de Hispaniar. Primog. lib. 4. cap. 8. num. 11. Dom Covarr. Pract. cap. 13. num. 5. ibi:

Quod

Quod filis acta non fuerit cùm Patre :::: sed cùm aliquo ex transversa linea, sententia non præiudicat alijs agnatis, quod æquè principalitèr tangit negotium, quod ad eorum causam, nèc prodest, ubi actum sit depribato commodo cuiuscumque eorum. El pleyto se siguiò con Don Diego de Sousa, que no litigaba por el interesse de la familia, sino es por un particular derecho, que representaba, ni podia litigar como principal successor, por serlo el Marquès de Guadalcazar, que litiga en este pleyto.

133. Tres reparos puso Don Martin Guiral à la filiacion de Don Juan Alfonso de Sousa (83), el uno, que no havia presentado en algunos grados Partidas de Bautismo, ni de Despossorio, y en la filiacion de Don Martin Guiral es muy frequente este defecto, como dexamos notado en el num. 57. y en grados modernos, que es mas digno de reparo.

134. El segundo, que Don Juan Alfonso de Sousa (83) se havia valido de instrumentos, que estàn en Archivos particulares, y à este efugio fue preciso ocurriesse el Don Martin Guiral, para comprobar sus instrumentos (*Memor. numer.* 399. 401. 409. 411. *en la add. despues del numer.* 411. 2. *y* 3.)

135. Y el tercero, que se havia valido de la Escritura authorizada por Juan de Sanabria, Notario, y no tenia subscripcion de Escrivano Pùblico, ni de los Reynos (*Memor. num.* 217.), sin reparar, que para probar el grado septimo de su filiacion, se valiò de Testimonio de Notario (*Memor. num.* 403. *y* 405.), y separando los Testimonios de dicho Notario, que dà este grado, sin prueba alguna; porque la donacion de tres de Marzo de 1506. otorgada por Leonor Fernandez Manos-Alvas (*Memor. numer.* 402.), lo que dize es, que era su hermano Luis Ximenez (23), y este instrumento padece el defecto, de que el Registro no està firmado de Escrivano, ni de testigos (*Mem. n.* 408.).

136. Otro instrumento es la Escritura de venta del Olivar, que hizo Luis Ximenez Manos-Alvas, nombrandose hijo de Luis Ximenez Manos-Alvas (*Memor. numer.* 404.), à cuyo original falta tambien la firma del Escrivano: Y en el año de 1506. y 1516. en que se otorgaron dichas dos Escripturas, yà estaba establecida la Ley 13. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recopil.* por la qual se manda, que se firme el Protocolo.

137. Uniformemente hà alegado Don Martin Guiral, assi en el Juicio possessorio, como en este de Propriedad, que Diego Ruiz Manos-Alvas, su quinto Abuelo, fue hijo legitimo, y natural de Luis Ximenez Manos-Alvas (23), y de Doña Juana de Aguayo (24) (*Memor. despues de el numer.* 411. *add. num.* 1.).

138. Esta assercion haze plena prueba como confession de la parte. *Leg. Cum præcum* 9. *C. de liberal. caus.* Mascardo, *de Probat. conclus.* 368. *num.* 4. Antonio Gomez, *tom.* 3. *Variar. cap.* 12. *num.* 3. *y* 4. Dom. Larr. *decis.* 42. *numer.* 5. Pareja, *de Ueiverf. Instrument. Edict. tit.* 7. *resol.* 3. *numer.* 1. Cardinal. de Luca, *de Iudic. discurs.* 23. *num.* 7. Torre, *de Maioratib. tom.* 2. *artic.* 6. *respons.* 2. *ex num.* 413. y es la mas relevante prueba, que ay en el derecho. *Leg. Ultim. C. de reb. credit.* Pareja, *tit.* 9. *resol.* 2. *numer.* 16. Escobar, *de Purit. part.* 2. *quæst.* 6. §. 1. *numer.* 1. *&* 2.

139. Como diximos en el numero 110. el error de hecho, se

se puede reclamár por la Parte, haciendo vèr lo contrario evidentemente. Don Martin Guiral, dixo, yà concluso el Pleyto, y formado el Memorial, que Diego Ruiz Manos-Alvas (40) havia sido hijo de Isabèl Fernandez de Ahumada, y no de Doña Juana de Aguayo (24): para probar, esto se valiò de dos instrumentos, sacados de Archivos particulares, sin que se haya dado traslado de ellos à Don Juan Alfonso de Sousa, y solo se comprobaron con su citacion, no con algun Registro, ò Protocolo de Escrivanìa Pùblica, sino es con los que se dize, estàn en el Archivo de la Iglesia Cathedral de Cordova, y en el de la Hermita de Nuestra Señora de la Alegria (*Mem. dict. add. numer.* 4.).

140. Esta comprobacion no merece aprecio; porque no haviendose dado traslado de dichos instrumentos para poner los reparos, que tuviessen los principales de donde se sacaron. Leg. 3. titul. 5. lib. 4. Recop. ibi: *En presentandose, se dè Copia, y traslado à cada una de las Partes; es à saber, à el Reo, de las que presentare el Actor, y à el Actor, de las que presentare el Reo.* Paz, *in Prax. part.* 1. *tom.* 1. 7. *temp. numer.* 40. Y aunque la Ley dize, que se le dè el traslado simple, y sin dia, mes, y año, conforme lo que disponia la Ley 1. §. 2. *ff. de ædend.* y la Ley 112. *titul.* 18. *part.* 3. no està en practica, y se dà de todo el instrumento. Pareja, *de Univers. Instrument. Edict. tit.* 7. *resolut.* 6. *numer.* 23. Faria ad Dom. Covarrub. *Pract. cap.* 20. *numer.* 25. porque una vez presentado el instrumento, es comun à los Litigantes, y se debe dàr traslado a la otra parte. Frider. Hiltrop. Proces. Iudiciar. & Prax. Forens. part. 3. tit. 11. de Edict. Actor. numer. 6. ibi: *Sic producta instrumenta, & iura partium, quæ Iuditialitèr exhibentur, communicari debent parti adversæ, contra quam producuntur; quia per productionem facta sunt de actis, & potest adversarius ijs uti prò se, ut pulcrè tradit Maranta, in suo Specul. part.* 6. *de Actor. Edict. numer.* 1. 2. & 3. Por este defecto no merecen fee, porque la comprobacion no debia ser, sino es de los tales instrumentos, que estàn en dichos Archivos con otros de Escrivania Pùblica, ò cuyas firmas fuessen de los mismos Escrivanos, como hà hecho Don Juan Alfonso, y queda referido; porque no mereciendo fè pùblica por estar en dichos Archivos particulares. Parej. *dict. titul.* 1. *resol.* 3. *numer.* 30. se necesita, el que se comprueben en la forma regular, para que merescan aprecio.

141. Esto supuesto, Don Martin Guiral tiene afirmado, que Luis Ximenez Manos-Alvas, marido de Doña Juana de Aguayo, fue su sexto Abuelo. Despues dize, que Luis Ximenez Manos-Alvas, casado con Isabèl Fernandez de Ahumada, fue hijo de Luis Ximenez Manos-Alvas (8); cuyas confesiones son contrarias, y assi le perjudica el decir, que su sexto Abuelo Luis Ximenez, fue marido de Doña Juana de Aguayo; porque haviendo sido el hijo de Luis Ximenez (8), marido de Isabèl Fernandez, es precisso, que el sexto Abuelo del Don Martin, aun que se llamasse Luis Ximenez, no es el hijo de Luis Ximenez Manos-Alvas (8). *Ex leg.* 41. *tit.* 16. & *leg.* 111. *in fin. tit.* 18. *part.* 3. y por consiguiente este grado queda sin justificacion alguna, y desvanecido el entronque con el Fundador del Patronato. Ex cap. Licèt

cèt ex quadam 7. de testib. ibi: *Singulos grados clarè computatione distinguant.* Mostaz. *de Caus. Pijs, dict. lib.* 3. *cap.* 8. *numer.* 51. Garcia, de Benefic. part. 7. cap. 15. ex num. 28. ibi: *Hæc requiri probationem per grados distinctos, nisi agatur de probanda consanguinitate restricta ad certum gradum, aut detur concursus alterius.* Et num. 34. ibi: *Cùm utique deficiente uno gradu destruatur tota probatio ipsius descendentiæ.*

142. Por cuyos fundamentos pretende Don Juan Alfonso de Sousa (83) se le declare por legitimo, y verdadero succesor del Vinculo, ò Patronato fundado por dicho Juan Manos Alvas (13), y sus Agregados, que deben seguir la misma naturaleza. Roxas, *de Incompat. part.* 4. *cap.* 5. *ex num.* 35. Aguila, *part.* 1. *cap.* 7. *ex numer.* 111. y en su consecuencia se condene à Don Martin de Guiral à su restitucion con los frutos, y rentas percebidos, à lo menos desde la contestacion de la Demanda, que constituye al posseedor en mala fee. *Ex leg. Certum* 22. *C. de reivindic. leg.* 39. *tit.* 28. *part.* 3. *ut cum pluribus,* hablando en terminos de restitucion de Mayorazgo. Dom. Castillo, *lib.* 5. *Controv. cap.* 135. *ex num.* 48. Assi lo espera. S.I.O.V.D.C.

Lic. Don Cecilio Lain.

POR

EL MARQUES DE ESPINARDO, CORONEL de Infanteria de los Reales Exercitos de S.M. Corregidor, y Superintendente General, que fue de esta Ciudad de Granada, y al presente nombrado de la Ciudad de Toledo.

EN EL PLEYTO

CON DON JOSEPH DE GAMBOA ESTRADA Manrique, vezino, y Regidor Perpetuo de la Ciudad de Alcalà la Real.

SOBRE

QUE SE DECLARE A DICHO MARQUES por legitimo succeſſor del Mayorazgo, que fundaron el Lic. Benito Lopez de Gamboa, de el Conſejo de S.M. y Doña Beatriz de Eraſo, y Galindo ſu muger.

N. 1. ESTANDO EN este pleyto conformes las Partes en el hecho: supondrémos en él lo que conduzca à la inteligencia de la controversía de Derecho, que en èl se trata.

2. Consta, que en 23. de Julio del año passado de 1575. el Señor Lic. Benito Lopez de Gamboa, del Consejo de su Magestad, y Doña Beatriz de Eraso y Galindo su muger, fundaron Vinculo, y Mayorazgo, en virtud de Facultad Real, de la Alcaydía, y Tenencia de la Fortaleza, y Alcazar de la Ciudad de Alcalà la Real, y de otros bienes, nombrando por primero Successor à Don Antonio Lopez de Gamboa su hijo mayor, sus hijos, y descendientes *legitimos, ò legitimados por subsiguiente Matrimonio, y no de otra manera*; y à falta de lo referido, llamaron á la succesion à Don Alonso de Gamboa su hijo segundo, sus hijos, y descendientes, y fueron haziendo otros llamamientos con los proprios vinculos, y cõdiciones, que quisieron tuviessen fuerza de *proprias, y verdaderas condiciones; porque desde aora declaramos, que no llamamos, ni hemos por llamados, sino solamente à los que las guardaren, y á los que no lo hizieren les hemos por no llamados, y preferidos, y excluìdos de la succession de este Mayorazgo.*

3. Por no aver tenido descendientes el dicho Don Antonio Lopez de Gamboa, succedió Don Alonso Lopez de Gamboa, segundo llamado, por cuya muerte succediò Doña Beatriz de Gamboa su hija, lá que tuvo tres hijas: La primera, Doña Cathalina Chumacero y Gamboa, la que aunque tuvo vna hija, no dexó succesion: La segunda, Doña Maria Francisca Chumacero y Gamboa, Madre de Don Luis Joseph de Estrada Manrique.

4. Y la tercera, Doña Manuela Chumacero y Gamboa, Abuela del Marqués de Espinardo.

5. Que Don Joseph de Estrada Manrique, sea hijo de dicho Don Luis Joseph de Estrada Manrique, consta de diferentes instrumentos; pero el que sea legitimo, ni legitimado por subsequente Matrimonio, es lo que no ha probado, y por consiguiente no es de los llamados á dicha succesion.

6. Entre los instrumentos, que ha presentado para justificar su filiacion son, su Fè de Bautismo en el Lugar de Getafe, en 23. de Mayo de 1699. años, en la que se refiere averse bautizado vn niño, que naciò en Madrid en diez y nueve de Marzo, hijo de Don Luis Joseph de Estrada Manrique, vezino de la Villa de Madrid, y Doña Antonia Rodriguez Davila, à el que se le puso por nombre Joseph Gabriel Joachin de la Encarnacion.

7. Vn Mandamiento librado por el Licenciado Don Alonso Portillo y Cardos, Vicario de la Villa de Madrid, por el que dà licencia à el Padre Fray Benito Rodriguez, Prior de la Iglesia de San Ildephonso, anexo de la Parroquial de San Martin, para que despossasse à el Don Joseph de Estrada, con Doña Antonia Rodriguez, *no obstante el parentesco Espiritual contraìdo entre los susodichos*: por quanto por Auto del mesmo dia le tenia dispensado en virtud de decreto de su Eminencia, *en atencion à el riesgo de la vida en que se halla dicho Don Luis*, y apercibiesse à los contrayentes, que en caso de mejorar el susodicho de la enfermedad, y achaques, que padece, no hiziessen vida maridable, &c. *sin aver obtenido de su Santidad dispensacion del referido parentesco Espiritual*, su fecha en Madrid en 25. de Noviembre de 1701. en cuya virtud se hizo, y celebrò el Matri-

trimonio en el mismo dia.

8. En otra Certificacion de dicho Fray Benito Rodriguez, su fecha en 3. de Octubre de 1708. se refiere, que *en virtud de una Bulla de Dispensacion de su Santidad en parentesco Espiritual, su fecha en Roma en la Sacra Penitenciaria à 24. de Agosto de 1708. obtenida por Don Luis Joseph de Estrada Manrique Chumacero y Carrillo, y Doña Antonia Rodriguez, ratifique en 3. de Octubre de dicho año el Matrimonio contraido entre los susodichos en 25. de Noviembre año de* 1701. Cuya ratificacion dize haze con todas las circunstancias de dicha Bulla.

9. Presentados estos instrumentos por dicho Don Joseph de Estrada, reconociendo el Marquès de Espinardo, que no resultaba, quando, y como se contraxo dicha cognacion espiritual, presentò Testimonio de las diligencias, que precedieron para la Dispensa de dicho Matrimonio ante el Rdo. Cardenal, que se reducen á vn Memorial dado por los dos Contrayentes, refiriendo su comunicacion, de la que avian tenido tres hijos, que à el segundo en caso de necesidad bautizò el Padre, de que se contraxo entre ambos parentesco espiritual, no obstante el qual avian continuado su comunicacion, y por hallarse el Padre con accidente, de que estaba en conocido peligro de muerte, deseando contraer Matrimonio para descargo de su conciencia, para restituir su honor á dicha Doña Antonia, como para que los hijos quedassen legitimados, y otras razones, que expressaron, y de no poder acudir à la Corte Romana para obtener Dispensa, por la vrgencia, y estado de su enfermedad, se les concediesse habilitandoles, para que no obstante dicho impedimento, pudiessen contraer Matrimonio.

10. El decreto fue dar comission à el Vicario de Madrid, para que justificada la narrativa, les dispensasse, ordenandoles, que en caso necessario de convalecer dicho Don Joseph, no se pudiessen juntar à hazer vida maridable, sin que primero huviessen obtenido dispensacion de su Santidad.

11. Usando el Vicario de la Comission, examinò à los dos Contrayentes, los que convienen en el parentesco espiritual, que tenian, el que provenia, de que de su comunicacion avian tenido tres hijos, los dos primeros niñas, que avian muerto, y el vltimo vn niño, que vivia, de edad de tres años, que se llamaba Joseph Gabriel, que aviendo nacido la niña segunda el año de 92. dixo la Comadre, que se hallò á el nacimiento, el peligro que tenia, en presencia del D. Luis Joseph, de la Doña Antonia, y vna hermana suya, y la echò agua, y bautizò el Don Luis, y que la comunicacion ilicita la sabian diferentes personas.

12. Para mas justificacion hizo informacion de oficio con diferentes testigos, que los que conducen á el punto de este pleyto son, Jacinto de la Torre Cirujano, el qual dize, que estando en casa del dicho Don Luis en el año de 92. para sangrar à la Doña Antonia, viò, que con gran priessa pidiò agua, y bautizó à la niña por estar en riesgo de la vida.

13. El Padre Fray Benito Rodriguez Presbytero, y el que hizo el Matrimonio, declara, que avria ocho meses le avia dicho el D. Luis, aver bautizado dicha niña, y le preguntó, si por dicha razon avia contraìdo parentesco espiritual con dicha Doña Antonia Rodriguez; à que le respondiò, que si, y que para legitimar el hijo que tenia, que se llamaba Joseph Gabriel, se necesitaba estando bueno, ocurrir à su Santidad à obtener dispensacion del

dicho

dicho impedimento espiritual, ó à el Ordinario, si llegaba á hallarse en peligro de muerte.

14 Supuesto este hecho fundarèmos: Lo primero, que para succeder en dicho Mayorazgo, ha de ser legitimo, ò legitimado por subsequente matrimonio: Lo segundo, que el dicho Don Joseph de Estrada, no se pudo legitimar por el subsequente Matrimonio. Lo tercero, que por la dispensa, que obtuvieron sus Padres, no pudieron legitimarle. Y lo quarto, responderèmos à las excepciones opuestas por dicho Don Joseph de Estrada Manrique.

§. I.

15. LO primero, que ha de fundar el que pretende ser legitimo Successor de vn Mayorazgo, es su filiacion, *ex leg.* 1. *C. quor. bonor.* ibi: *Se esse filium, & casum suæ successionis advenisse.* Alvar. Pegas *de Majorat. tom.* 2. *cap.* 9. *num.* 2. 28. 455. ibi: *Quia eisdem modis probanda est naturalitas, quemadmodum legitimitas. Num.* 456. 469. 460. Dom. Larrea, *decis.* 33. *num.* 33.

16. Por Derecho los naturales, espurios, adulterinos, y incestuosos, y otro que no sea de legitimo Matrimonio, no pueden succeder en los Mayorazgos, sino es en defecto de descendientes legitimos. Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *ex num.* 111. Antun. *de Donat. lib.* 3. *cap.* 28. *num.* 34. Mieres *de Maiorat. part.* 2. *quæst.* 2. *num.* 9.

17. Siguiendo la disposicion de Derecho, llamaron nuestros Fundadores en primero lugar à los hijos legitimos de legitimo Matrimonio, ò legitimados por el subsequente, segun la disposicion de el Cap. *Tanta est vis, qui fil. sint legitim.* y antes *ex leg. Divi. L. Iubemus, C. de Naturalib. liber.* y otros Textos, que refiere el Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 9. *num.* 453. que obra para con los hijos naturales, y no otros algunos, Faxard. *de Legitimat. per subseq. Matrim. num.* 18. ibi: *Primum, quod filij sint naturales, & non nati ex nefario, incestuoso, seù adulterino coitu.*

18. La prole natural es, la que explicò nuestra Ley de Toro 11. *hodie Leg.* 9. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recopil.* ibi: *Se digan ser los hijos naturales, quando à el tiempo que nacieren, ò fueren concebidos, sus Padres podian casar con sus Madres justamente sin dispensacion.* Faxard. *ut suprà ex num.* 23. ibi: *Naturales filij dicuntur generaliter omnes qui ex duobus solutis sine crimine, & flagitio, & ad contrahendum Matrimonium habilibus nati sunt.* Con mu-muchos de nuestros Regnicolas, & Dom. Gonzal. *in cap.* 1. *Qui filij sint legitim. num.* 6. *& num.* 12. ibi: *Quod filij sint naturales id est susceptì ex soluto, & soluta, inter quos tempore nativitatis, & conceptionis poterat licitè, & sine dispensatione Matrimonium celebrari.* Aguil. ad Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 89. Martin. *Institut. Hispan. lib.* 2. *de Matrim. tit.* 1. §. 13. *num.* 2. Mieres *de Maiorat. part.* 2. *quæst.* 2. *num.* 8. Alv. Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 9. *n.* 451.

19. La question, si se atienda la habilidad à el tiempo de la concepciõ, ò del nacimiento, que tocò el dicho Faxardo *ex num.* 24. ô baste en el medio tiempo, que tratò el Aguila ad Roxas *de Incomp. part.* 1. *dict. cap.* 6. *ex n.* 9. con Dom. Larrea, y Vicent. de Justis *de Dispensat. lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 263. *& seqq.* no es del caso; porque no se duda, que quando fue concebido dicho Don Joseph Litigante, ya estaba contraìda la cognacion espiritual.

20. Aquel *justamente* de la Ley de Toro ha dado motivo à la question, de si el que contrae Matrimonio con impedimento impediente, (con el dirimente, ninguno duda que no se legitima por no aver

Matrimonio) legitime la prole, y sea verdadero natural, como afirmò el Martin *vt sup. dict.* §. 13. *n.* 2. que no sea natural, lo enseña Hontalv. *de Spurit. putativ. part.* 2. §. 4. *ex n.* 11. *vsque* 37. *&* §. 6. *num.* 1.

21. Con que no concurriendo en los Padres del Don Joseph de Estrada esta libertad para contraer Matrimonio sin dispensa, la prole no era natural, y por consiguiente, no se pudo legitimar por el subsiguiente Matrimonio. Hontalv. *dict.* §. 4. *ex num.* 14. §. 6. *num.* 1. *&* §. 12. *ex num.* 6. Dom. Crespi *observ.* 23. *num.* 139. *& cateri sup. cit. n.* 18.

§. II.

22. EL impedimento, que contraxeron Don Luis Joseph de Estrada, y Doña Antonia Rodriguez, fue de cognacion espiritual, el que es impedimento dirimente, como se prueba *ex cap.* 1. *de Cognat. Spiritual. in* 6. *Cap. Veniens, eod. Cap.* 2. *de Reformat. Matrim.* Concil. Trident. *Sess.* 24. & ibi Barbos. *num.* 27. P. Thom. Sanch. *de Matrim. lib.* 7. *disput.* 54. *num.* 3. *& disput.* 62. *num.* 10. *&* 11. Gutierr. *de Matrim. cap.* 100. *num.* 4. P. Lacroix *tom.* 2. *lib.* 6. *part.* 3. *de Matrim. dub.* 2. vers. *Secunda est.* P. Soto *in* 4. *Sentent. dist.* 42. *quæst.* 1. *artic.* 1. vers. *Vndè cognat.* P. Fr. Marth. Vvigandt *Tribun. Confess. tract.* 16. *examen* 6. *quæro* 8. *respons.* 3. Bonacin. *de Impedim. Matrim. quæst.* 3. *propos.* 2. *punct.* 5. §. 2. *& propos.* 3. *num.* 11. Leandro *de Sacrament. disput.* 7. *de Bapt. quæst.* 12. vers. *Absolutè respondeo.* PP. Salmat. *tom.* 2. *tract.* 9. *cap.* 12. *punct.* 2. *n.* 28. *&* 33. P. Laymàn *de Impedim. Matrim. tract.* 10. *part.* 4. *cap.* 8. *num.* 5. Y que es mayor, y mas ligamen, que el de la cognacion carnal, dixo el Vicent. de Iust. *de Dispensat. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 2. ibi: *Est que maior, & fortior cognatione carnali.*

23. En cuya atencion no se pudo, ni fue capàz de legitimarse por subsequente Matrimonio la prole tenida entre semejantes personas. P. Paulo Laymàn *de Proprietat. Matrim. tract.* 10. *part.* 2. *cap.* 5. *num.* 2. ibi: *Necesse tamen est, vt parentes eò tempore, quo proles suscepta est ad contrahendum legitimam inter se Matrimonium habiles, seù nullo impedimento adstricti fuerint, alioquin proles subsequente Matrimonio non legitimabitur, sicuti habetur in citato capite tanta.* Et suprà citati num. 18. & 21.

24. Y no pudiendose verificar en el dicho Don Joseph la voluntad de los Fundadores, que llamaron á el hijo legitimo nacido de legitimo Matrimonio, ò del verdadero legitimado, y capàz de legitimarse por el subsequente matrimonio (lo que no se puede dezir de el avido de Padres, que se hallaban ligados con impedimento dirimente, como lo estaban los Padres del dicho Don Joseph) no habla, ni puede hablar del referido el llamamiento, ni se halla con derecho succesible á dicho Mayorazgo, vt dicit Escobar *de Ratiocin. cap.* 28. *n.* 27. & Dom. Castill. *tom.* 3. *Controv. cap.* 15. *num.* 29. ibi: *Malè agis, & sine jure, quia tali casu de te non loquitur substitutio, vel scriptura. Et tom.* 5. *cap.* 82. *num.* 10. *&* 11. Dom. Vela *dissert.* 7. *num.* 2. Alvar. Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 9. *num.* 28.

25. Porque entendiendose, que el Testador se conforma con la disposicion de Derecho, *ex leg. Hæredes meis.* §. *Cum ita, ff. ad Trebel. Leg. Gallus.* §. *Quidam reff. de liber. & posthum.* Espino *de Testam. part.* 1. *Rubric. num.* 49. Roxas *de Incompat. part.* 7. *cap.* 6. *num.* 12. D. Castillo *tom.* 4. *Controv. cap.* 35. *num.* 13. *& seqq.* mayormente en vn Fundador literato, como lo fue el dicho Lic. Don Benito Lopez de Gamboa, entendiò las vozes de su disposicion

con

con los efectos, y propria inteligencia legal, y no en otra forma, *ex leg.* 9. §. 2. *ff. de Iur. & fact. ignorant.* ibi: *Qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit.* Et §. 3. ibi: *Et sua prudentia instructus sit.*

26. Sabia, que la legitimacion, por subsequente Matrimonio, por vna equitativa retrotraccion á favor del Matrimonio, gozaban los por él legitimados, de los mesmos efectos, que los nacidos de legitimo Matrimonio, D. Gonzal. *in dict. cap.* 1. *qui fil. sint legit. num.* 8. Noguer. *allegat.* 24. *ex n.* 7. No ignoraba la question controvertida, si el legitimo nacido, de menor edad, que el legitimado, se podia preferir, Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 4. *num.* 5. D. Gonzal. *in dict. cap.* 1. *num.* 9. y si llamado el legitimo, se debia entender el legitimado, D. Gonzal. *dict. cap. num.* 10. y por quitar todas estas disputas, y motivo de pleytos, declarò, que gozasse del Mayorazgo, y se entendiesse llamado à èl el legitimo, de legitimo Matrimonio, ó legitimado por subsequente Matrimonio.

§. III.

27. LA verdad de lo sentado en los numeros antecedentes, no se puede negar, por ser comun sentir, y Canonicas disposiciones; pero como en los impedimentos halló la benignidad de la Iglesia la potestad para dispensarlos, siempre que se consigue la dispensa, se contrae legitimamente el Matrimonio.

28. Para lo qual es de suponer, que la dispensa en los impedimentos dirimentes, solo la puede conceder el Papa. P. Ledesm. *in Addit. ad* 3. *partem quæst.* 56. *artic.* 5. y dà la razon, ibi: *Quia contra Canonem Pontificis, vel Concilij generalis non potest dispensare Episcopus, nisi habeat ad hoc facultatem expressam sed Canon, qui reddit inhabiles ad Matrimonium consanguineos, vel affines, vel habentes simile impedimentum est Canon Papæ, vel Consilij generalis: Ergo cum nullibi confessa sit expressa facultas Episcopi in tali Cannone dispensandi non poterit dispensari.* Bonac. *de Impediment. Matrimon. quæst.* 3. *propos.* 3. *num.* 33. Dom. Covarr. *de Matrim. part.* 2. *cap.* 6. §. 9. *num.* 13. P. Thom. Sanchez *de Matrimon. lib.* 7. *disput.* 57. *num.* 7. *& lib.* 8. *disput.* 6. *num.* 14. P. Lacroix *lib.* 6. *de Matrimon. part.* 3. *num.* 833. *& seqq.* P. Salmat. *dict. tract.* 9. *cap.* 14. *punct.* 1. *num.* 3. & Gutierr. *de Matrim. cap.* 122. *num.* 2. Vicent. de Iustis *de Dispensat. lib.* 2. *cap.* 2. *ex n.* 1. Barbos. *de Potestat. Episcop. alleg.* 35. *num.* 2. *de Iur. Eccles. Vsu. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 192. *& lib.* 8. *disput.* 6. *n.* 14.

29. Y solo en caso de necessidad, ò otra vrgentissima causa, y que no se pueda con facilidad ocurrir à su Santidad, podràn los Obispos dispensar, como prueban los Autores citados en el numero antecedente, y resuelve el Pignat. *tom.* 7. *consil* 53. *num.* 6.

30. El Barbos. *dict. cap.* 11. *num.* 188. à quien traslada casi con sus proprias palabras el Vicenc. *de Iust. dict. cap.* 2. *num.* 73. dize: *Poterit Episcopus dispensare in impedimento cognationis ortæ, ex baptismo tempore necessitatis non solemniter collata.* Sanchez *de Matrim. lib.* 8. *disput.* 7. *n.* 17.

31. Lo qual se debe entender, como explica el P. Thom. Sanchez *dict. num.* 17. ibi: *Quare solum hoc admitendum est in casu, quem num.* 20. *proponam.* Y en el num. 20. pone el de la grande necessidad, segun explicó en el *lib.* 2. *disput.* 40.

32. Discurriendo, que esta vrgencia les instaba con la enfermedad en que se hallaba, que se discurria de notorio riesgo en la vida del dicho Don Luis Joseph, ocurrieron los dos Suplicantes à obtener la Dispensa del Ordinario para el

el consuelo, y seguridad de sus conciencias, y atendiendo à tan piadosa suplica, se les concedió para contraer el Matrimonio con la expressa calidad, y condicion, de que si el Don Luis se restableciesse en su salud, no pudiessen cohabitar sin Dispensa de su Santidad.

33. Esta fue vna justissima, y arreglada prevencion; porque la causa de la dispensa ha de ser cierta, y verificable. P. Thom. Sanchez *de Matrim. lib.* 8. *disput.* 21. *num.* 43. y causandola la enfermedad del Don Luis, y que su apatente riesgo no daba lugar, segun se juzgaba, para ocurrir á Roma, huvo motivo para la Dispensa: pero como la verdad, aunque no la conozcamos por entonces, ella en sì tiene su certeza. §. *Conditiones 6. Instit. de verb. obligat.* ibi: *Quæ enim per rerum naturam sunt certa non morantur obligationem, licèt apud nos in certa sint. Leg. Conditiones, ff. de Rebus credit.* Luego que se restableciò en su salud dicho Don Luis, quedó manifiesto, que la vrgencia, que embarazaba el poder ocurrir à Roma por la Dispensa, no lo era, porque la enfermedad no fue mortal, y vivió el Don Luis despues muchos años para poder obtenerla, como con efecto se dize la obtuvo.

34. Y que en esta forma, y no en otra dió su Dispensa el Rdo. Cardenal de Toledo, solo para ocurrir à el presente riesgo temido, y lo entendió, y practicò assi, por ser conforme à Derecho, Vicente de Iustis *dict. cap.* 2. *n.* 124. trayédo los requisitos, para que el Ordinario pueda dispensar, dize: *Quinto periculum sit in mora, ita vt sine evidenti, & gravi peccati, vel famæ iacturæ periculo, non possit dispensatio differri, donec Pontifex, seu alius dispensare potens adeatur.* Quedando por defecto de la causa, que le daba facultades para dispensar, Dom. Covarr. *de Matrim. part.* 2. *cap.* 6. §. 9. *n.* 21. resuelta la Dispensa; y assi lo declarò, y previno en su Decreto, y lo practicò, y observó el Executor, apercibiendo à los Contrayentes, no cohabitassen en caso de restablecerse en su salud el dicho Don Luis, sin obtener Dispensa de su Santidad.

35. Siendo este el punto de la dificultad, lo es de hazernos cargo de los efectos, fuerza, y eficacia de esta Dispensa: Para lo qual es de suponer, que el que impetra, pide, y suplica la Dispensa, confiessa el impedimento con que se halla ligado. Card. de Luca *de Fideicom. discurs.* 8. *num.* 12. *de Iur. Patronat. disc.* 46. *num.* 10. & *de Pensionib. disc.* 47. *n.* 13. Noguer. *alleg.* 26. *num.* 217. & 218. ibi: *Quia frustra precibus impetratur, quod est à lege permissum. Ex cap.* 18. *de Regular.* Tacit. *lib.* 3. *Annal.* ibi: *Ne vtendum imperio, vbi legibus agi possit.* Escob. *de Ratiocin. cap.* 6. *num.* 30.

36. Tambien es de suponer, que el efecto, que pudo obrar la Dispensa del Ordinario, fue solo para el fuero de la conciencia, sin extenderse al fuero exterior, ni á legitimacion de la prole avida. P. Thom. Sanchez *de Matrim. lib.* 2. *disput.* 40. *num.* 10. Barbos. *de Potest. Episcop. alleg.* 35. *num.* 11. Vicent. de Iustis *dict. cap.* 2. *num.* 149.

37. Aviendo cessado la causa de la Dispensa de el Ordinario, fue precisso, aun para la seguridad de la conciencia de los Contrayentes, el ocurrir à Roma por la Dispensa, que dizen obtuvieron por la Sacra Penitenciaria. Es constante la grande diferencia, que se halla entre las Dispensas concedidas por la Datería, ò por la reservada via de la Penitenciaria, esta tiene lugar en los impedimentos ocultos. Card. de Luca *Annot. ad Concil. Trident. discurs.* 27. *num.* 3. 4. & *in relat. Curiæ, disc.* 9. *num.* 9. Vicent. de Iustis *de Dispensat. lib.* 1. *cap.* 8. *ex num.* 167. Y no detenien-

niendonos en fundar, si el dicho impedimento fue, ò no oculto, y qual se diga oculto para estos casos, que tocò el P. Thom. Sanchez *lib. 2. de Matrim. disput. 40. num. 11.* y otros muchos, por no ser preciso para el fundamento de la intencion de el Marquès de Espinardo, pues le basta la confesion de la Parte, en el proprio hecho de aver presentado la fé de la ratificacion del Matrimonio, que queda sentada en el num. 8. *ex leg. 41. tit. 16. partit. 3.* Pareja *de Vniuers. Instrum. Edit. tit. 1. resol. 3. §. 3. num. 46.* cuya confesion es la mas relevante prueba, que ay en la disposicion de Derecho, ex Parej. *de Vniuers. Instrum. Edict. tit. 9. resol. 2. num. 16.* Escobar *de Purit. & Nobilit. part. 2. quæst. 6. §. 1. num. 1. & 2.* Galganet. *de Iur. Public. lib. 2. tit. 33. num. 1.*

38. Lo cierto es, que segun la fé presentada, la dispensa para ratificar el Matrimonio, fue por la Sacra Penitenciaria, y no obstante, que no ay mas prueba de dicha Dispensa, que la relacion de dicha fé, la que no la merecia sin el relato, ex Auth. *si quis in aliquo documento, C. de Edend.* Pareja *de Vniuers. Instrum. Edit. tit. 1. resol. 3. §. 3. num. 3.* Dom. Covarr. *Practic. cap. 19. num. 2. & cap. 21. per tot.* & ibi Faria *num. 3.* Dom. Salgad. *part. 2. de Retent. Bullar. cap. 24. num. 34.* y que como de la formalidad de la Dispensa se han de reconocer sus efectos, *ex cap. Non potest, de Præbend. in 6.* Pyrr. Corrad. *Prax. Disp. dict. lib. 7. cap. 7. num. 1. & 2. Cap. 2.* ibi: *Secundum tenorem literarũ nostrarũ. Cap. Ex tenore. Cap. Super literis 20.* ibi: *Debeant in literis nostris expressa cap. Cum dilect. 22.* ibi: *Propter quod processum ipsorum contra nostri formam Rescripti, ac juris ordinem attentatum irritum decernimus.* Rosa *de Executor. part. 1. cap. 2. n. 1.* no se prueba sin que se manifieste, idem Card. de Luca *de Iurisd. disc. 82. num. 3.*

39. Como nunca podia ser, ni es bastante para legitimar la prole: es de ningun efecto su existencia.

40. Este Juzgado solo obra para la seguridad de la conciencia de los Contrayentes. Vicent. de Just. *de Dispensat. lib. 1. cap. vlt. num. 24. & lib. 2. cap. 2. num. 150.* Pyrro Corrado *Prax. Dispensat. Apostol. lib. 7. cap. 7. num. 7. & 9.* ibi: *Et hac declaratione semper vidi ipsam Sacram Pœnitentiariam, cuius Pratorio ego minimus, & indignus per multos annos inservivi; illiusque vigore, postquam in illius literis narratum fuerit, oratores, scientes impedimentum, nihilominus matrimonium contraxisse, mandatur confessario, per ipsos Oratores eligendo, quatenus adimpletis cæteris in dictis literis expressis cum eisdem de nullitate tamen prioris consensus certioratus non obstantibus, matrimonium inter se de novo, secreté ad evitanda scandala contraherent, & in eo postmodum remanere licité valeat, misericorditer dispensat in foro conscientiæ tantum.* Pignatel. *tom. 10. consult. 110. num. 21.* P. Thom. Sanch. *de Matrim. lib. 8. disput. 34. n. 47. & 48. & disp. 35. n. 23.* Y en la dicha disputa 34. toca aun para la prole *suspicienda*, que semejante dispensa, no obra efecto alguno para el fuero exterior, y que se debe tener como expuria, para todos los efectos de el Fuero contencioso.

41. Y en esta forma se expressa en las Bullas, que en semejantes casos se despachan. En la Dispensa sobre afinidad, que refiere dicho Vicent. de Just. *dict. cap. ultim. num. 35.* ibi: *Prolem exinde suscipiendam legitimam nunciando in foro conscientiæ, & in ipso actu Sacramentali confessionis tantum, & non alitèr, nec aliomodo; ita quod huiusmodi absolutio, & dispensatio in foro judiciario nullatenus suffragentur. Et num. 36.* y hablando de la Dispensa en la cognacion espiritual, repite la misma

Clausula num. 42. en el del crimen num. 45. à cuya Clausula se remite tratando de los demàs impedimentos.

42. Por tanto explicando esta Clausula en el num. 164. ibi: *Septima Clausula declarat prolem legitimam pro foro conscientiæ tantum. Vndè si impedimentum occultum detegatur, proles reputabitur illegitima.* Y que se tendrá por legitima, mientras no se descubre el impedimento num. 166. ibi: *Si impedimentum quod aderat inter parentes, non detegatur.* Y es de notar, que segun la Clausula, habla de la prole *suscipienda, non suscepta*; y en el *cap. 7. num. 297.* afirma lo mismo.

43. Para mayor corroboracion de esta verdad, y por argumento de mayor razon, aun quando fuesse la Dispensa en la forma comun por la Dataría, siguiendo la comun inteligencia, y doctrina, de que solo el natural se legitima por el subsequente Matrimonio, para gozar los efectos de verdadero legitimo, *ex cap. Tanta est vis*, y tocó latamente el señor Castill. *tom. 4. Controv. cap. 31.* aviendo impedimento, necesita que la Dispensa sea *in radicè Matrimonij*, para lo qual es preciso, que à lo menos aya figura de Matrimonio à principio es del P. Thom. Sanch. *de Matrim. lib. 8. disput. 7. num. 7. & ex num. 14.* D. Gonzal. *in cap. Per Venerabilem 13. qui filij sint legit. num. 22. & 24.* Dom. Crespi *observ. 23. num. 145. & 150.* Garcia *de Benef. part. 7. cap. 2. num. 42.* Dom. Larrea *decis. 8. num. 9.* Porque como la retrotraccion diga terminos habiles, no la puede aver á el Matrimonio, que siquiera en figura no huvo. Dom. Larrea *dict. decis. 8. num. 8.* Dom. Crespi *dict. num. 150.* ibi: *Loquimur etiam dummodo radix Matrimonij præcesserit; quia si non præcessisset, saltem dubia, iam facere Pontifex directè contra jus Principis temporalis.*

44. Segun fundan algunos Autores en validar *in radicè* el Pontifice el Matrimonio, vsa de su potestad, y entonces queda legitimada la prole para todos efectos. P. Sanch. *de Matrim. lib. 8. disput. 7. num. 4.* Noguer. *allegat. 24. num. 20.* con que no aviendo dispensacion *in radicè Matrimonij*, no puede obrar estos poderosos efectos. Hontalv. *de Expurit. putativ. Apendix. §. 15. dub. 1. part. 2. conclus. 2. num. 66. & cæteri citati supra num. 43.*

45. Necesitando, que su Santidad lo diga expressamente con las vozes, que refiere el señor Crespi *observ. 23. num. 145.* ibi: *Prolem post obitum dicti N. susceptam, & suscipiendam, ex inde legitimam decernendo.* Y en duda no se entiende para la prole ya *suscepta*, sino es para la *suscipienda.* Hontalv. *dict. §. 15. dub. 1. num. 66.* ibi: *Quod in dubio, non retrotrahitur legitimatio ad prolem susceptam.* Cuya Bulla, y su formalidad la refiere, y comenta en todas sus Clausulas Vicent. de Just. *de Dispens. lib. 1. cap. 7. per totum*, y la Clausula: *Prolem susceptam, si qua sit, & suscipiendam, legitimam nunciando, ex num. 251.*

46. En este supuesto es comun sentir de los Autores, que la Dispensa no obra para la legitimacion de la prole suscepta en los que tenian impedimento para contraer Matrimonio, no siendo la Dispensa *in radicè Matrimonij*, y si no lo huvo, no le sufraga para la succesion de los bienes de Mayorazgo, y otros derechos temporales. Dom. Gonz *in cap. 1. num. 12. Cap. 6. num. 2. & 4. & in cap. Per Venerabilem 13. qui filij sint legitim. num. 22.* ibi: *Deinde sctendum est, etiam esse legitimationem, quæ fit in radicè Matrimonij, dispensando vt Matrimonium, quod nulliter contractum fuit, sustineatur; & per consequens filij ex eo nati legitimi judicentur quo ad spiritualia, & tëporalia; ad quæ dis-*

dispensationē in radice Matrimonij duo desiderantur. Primum, vt Matrimonium præcesserit; nam si filij ex libero coitu nati essent, non possent hoc modo à Pontifice legitimari quo ad temporalia, nam vbi nullum præcessit Matrimonium, non est radix in qua dispensetur. Faxard. *Allegat. Fiscal. tract. de legitimat. per subseq. Matrim. num. 82. & seqq.*

47. El Cardenal de Luca, en el suplemento *de Fideicom. disc.* 233. tocò la question à el num. 4. y en el 5. ait: *Clariùs vero ac cum minori dubitandi ratione, quando verificentur circunstantiæ de quibus in hac facti specie, quod scilicèt non agatur de filijs cum mala fide, & cum delicto positivo susceptis ex illo incestu, qui adeò per leges etiam civiles damnantur, sed agatur de susceptis in figura Matrimonij, quia nempè publicè, & palam de consensu parentum, aliorumque coniunctorum contractis sponsalibus, ad effectum effectuandi Matrimonium post obtentam Apostolicam Dispensationem, interim sub istius spe, certaque credulitate inter sponsos copula sequatur; vt ita distinguendo, ac declarando illas auctoritates, quę firmant, vt indignę nuptiæ dicantur illæ, quę illicitè cum coniunctis in grada prohibito contrahantur, advertitur, sub titulo de dote disc.* 142. *&* 144. *& alibi: Ideòque isto casu dari etiam retrotractionem hypothecæ dotalis ad tempus spōsalium, ac promissionis probabilius esse firmatur eod. tit. de dote disc.* 78. *&* 79. ibi: *Etenim deducta nimium ad rem conferunt.*

48. *Ac etiam quia de tempore obtentæ dispensationis, cuius vigore initum fuit Matrimonium fideicommissi casus factus non erat, quinimò neque imminebat ad favorem alterius, cuius jus ita tolli diceretur, eique præjudicari, sivè quod intrare possent ea, quæ habentur de Matrimonio contracto in articulo mortis, seù alias in fraudem, & præiuditium tertij ad effectum legitimandi illos illegitimos, qui extra Matrimonij figuram tanquam ex scorto, vel concubina, non autem tanquam ex sponsa, & destinata vxore susceptì essent; & nihilominùs etiam isto casu, quando fraus positiva aliundè non justificetur, veriùs est Matrimonium operari hunc effectum, quinimò plerique volunt, vt etiam vbi constet de fraude adhúc Matrimonium valeat, istumque effectum operetur ex deductis per* Sanchez *de Matrim. lib. 7. disput.* 105. Fussar. *quæst.* 409. Capic. Latr. *consult.* 123. Vrsin. *de Feud. part. 1. q. 4. artic. 3. Ideòque quidquid sit de veritate istius quæstionis, quam moturè examinare non oportebat, vtpote extra casum, certum est, quod cessante huiusmodi circunstantia, quæ aliquam præbet dubitandi rationem, quando susceptio filiorum sequatur cum bona fide, & in figura Matrimonij, adeó vt nisi adesset jus Canonicum introductivum huius impedimenti consanguinitatis, & Concil. Trident. introductivum novæ formæ, adesset Matrimonium validum, & perfectum ab initio, tunc cessat omnis ratio dubitandi, atque antiquæ disputationes deserviunt solum pro Scholis, & Academijs pro exercendo ingenium Tyronum, in foro autem practico remanent omninò inutiles, & ideales.*

49. Y es notable la decision 8. del señor Larrea, donde funda, que ni aun la Dispensa *in radicè* obrà efecto para legitimar la prole, en perjuizio del derecho adquirido à otro Tercero en la succesion de vn Mayorazgo, *signanter ex num.* 84. D. Castill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 105. *ex num.* 32. & Faxard. *vt sup. n.* 42.

50. Y aun siguiendo la opinion, de que quedasse legitimada, como el Superior no se presume, que quiera à ninguno privar de el derecho, que tiene adquirido. D. Gonz. *in cap. Super eo* 15. *de Offic. & potest. Iud. de legat. num.* 6. Dom. Salgad. *de Retent. Bullar. part. 1. cap. 7. nnm. 22.* Dom. Solorz. *de Iur. Indiar. tom. 2. lib. 3. cap. 15. num.* 62. Y en especie

de

de dispensa. Vicent. de Just. *de Dispensat. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 57. es preciso, que lo diga expressamente, ó sea en aquellos precissos terminos dentro de su potestad. El Pontifice en tanto legitima la prole avida, en quanto dispensa *in radicé*; con que es preciso, que lo diga expressamente, y en otra forma no se entiende de su volútad, ni q̃ en tal caso quiso vsar de su potestad, *quia quod lex non dixit, nec nos dicere debemos. Leg. Si servum. §. Non dixit, ff. de adquir. hæredit. Leg. Illam, C. de Collat.* Dom. Vela *differt.* 12. *num.* 9. Dom. Solorz. *de Iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 51. *& seq.*

57. Por tanto, segun la doctrina del Luca, y demás citados, se infieren tres Conclusiones: La primera, que quando no ay Matrimonio contraído á lo menos in figura, ò en duda, y que como Marido, y Muger se trataron, y comunicaron los Padres, no puede aver Dispensa *in raditè Matrimonij.* La segunda, que quando dos personas se comunican ilicitamente con copula fornicaria *la prole antea suscepta*, no se legitima por la dispensa para los efectos civiles, como son succesiones, y otros semejantes.

58. Y la tercera, que es preciso el que la Dispensa sea *in radicé Matrimonij*, y con la Clausula expressa de *prolem susceptam, ac suscipiendam.* Y aun en este caso es disputable entre los Autores, si para la succesion de los Mayorazgos, à la que desde luego se adquiere à el siguiente llamado el derecho à èl, pueda obrar efectos de legitimado por *subsequente Matrimonio*, el avido de Padres, que se hallaban con impedimento dirimente, y contraxeron despues Matrimonio con Dispensa, como funda el Faxardo en el lugar citado. P. Molin. *de Iust. & Iur. tom.* 3. *disput.* 624. *num.* 3. ibi: *Quando Matrimonium contractum fuit inter consanguineos, aut affines, sine dispensatione Summi Pontificis, atque ex parte neutrius contrahentium adfuit bona fides, proleſque fuit ſuſcepta, tunc eſto poſt eam ſuſceptam Summus Pontifex cum eis diſpenſet, & contrahant legitimum Matrimonium filius ille, ante legitimum Matrimonium natus vtpote ſpurius, & non naturalis, non legitimatur per ſubſequens Matrimonium, ac proinde, nec ſuccedere poteſt in Maioratu.*

59. Con que no aviendo obtenido Don Luis Joseph de Estrada, y Doña Antonia Rodriguez la dispensa *in radice Matrimonij*, ni averlas podido obtener, por no aver tiempo habil para la retroctracion, y solo para la seguridad de sus conciencias, ratificado el Matrimonio en virtud de la Bulla de la Sacra Penitenciaria, no pudo obrar aquellos verdaderos efectos de la *prole iam suscepta*, y quedò el D. Joseph Manrique de Estrada, sin poder gozar de los favorables efectos, q̃ el Derecho concede á los hijos verdaderamente naturales, que se legitiman por el *subsequente Matrimonio*, que son á los que nuestros Fundadores llamaron á la succesion, y no á otros, ibi: *Sus hijos, y deſcendientes legitimos, ò legitimados por ſubſiguiente Matrimonio.*

§. IV.

60. PAra excluir lo referido, se opone por el Don Joseph Manrique tres Excepciones. La primera, que sus Padres ignoraron el parentesco espiritual; y à el ignorante no le puede comprehender la pena, *ex cap.* 2. *de Cognat. Spiritual.* La segunda, que el Bautismo fue en caso de necesidad, *ex dict. cap.* 2. Y la tercera, en Bautismo privado, y no solemne: A las que respondèremos con separacion.

61. *La ignorancia*: La fundarà por la Regla general, de que se pre-

presume. Dom. Salgad. *de Reg. Protect. part.2. cap.2. num.* 59. Bobad. *in Polyt. lib. 4. cap.* 5. *num.* 32. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 116. *num.* 35. y lo persuade la declaracion, que queda referida *suprà num.* 13. de el Prior de San Martin, quien depone, que le preguntaron, si teniá impedimento para contraer Matrimonio; y quãdo à este testigo, no le obstasse el ser vnico, ex Deuter. *cap.* 17. *vers.*6. *cap.*19. *vers.*15. *Cap. In omni negotio* 4. *de Testib. & leg. Vbi numerus, ff. de Testib.* y mereciesse aprecio en este particular, no le favorece à el dicho Don Joseph.

62. La disposicion, de que el que bautiza contrae la cognacion espiritual con el bautizado, y sus Padres, es expressa disposicion de el Concilio de Trento *in dict. cap.*2. *de Reformat. Matrim.* y es comun sentir de todos los Autores. Y la ignorancia de Derecho á ninguno le releva, *ex leg.*9. *ff. de Iur. & fact.Ignorant.* Anguian. *de Legib. lib.* 3. *Controv.*11.*num.*34. *& lib.*4. *Controv.*8. *num.* 7.

63. Porque dicho impedimento no es pena, sino disposicion de Derecho, que comprehende tanto á los ignorantes, como à los sabidores, y dixo admirablemente el P. Soto *in* 4. *Sent. distinct.* 42. *quæst.* 1. *artic.* 1. vers. *Vnde cognatio*, ibi: *Verum, & admonendum, quod eadem ipsas spiritualis cognatio non habet fundamentum in natura, vt cognatio carnalis, quę per carnalem generationem contrahitur, sed in Ecclesiæ statuto, per quod baptizans, & suscipiens, seù tenens Patres spirituales declarantur, eo quod per Sacramentum gratia infunditur, quę animę vitam tribuit æternam juxta verba* Christi: *Nisi quis renatus fuerit ex aqua Spiritu Sancto, non potest introire in Regnum Dei.* P. Laymán *de Impediment. Matrim. tract.*10. *part.*4. *cap.*8. *num.* 6. el que aun en terminos màs estrechos las pone, que es la ignorancia de hecho, ibi: *Id que verum est, & si baptizans nesciat suæ sponsæ prolem esse, quia nihilominus verè baptizans est, vtpote habens intentionem Ecclesiæ conformem quicumque sit.*

64. El P. Lacroix *lib.* 6. *de Matrim. part.* 3. *num.* 315. & 525. hablando de los impedimentos dirimentes, afirma, que la ignorancia no haze valido el Matrimonio, y en el caso del que bautizò el hijo de su Concubina ignorandolo, num.598. ibi: *Ignorantia enim, vel error hic non excusant, maximè cum illud statuatur non velut pœna, sed tantum veluti impedimentum Canonicum, quale est etiam affinitas, ex copula fornicaria.* Hontalv. *de Spar. Putativ. part.* 2. §. 12. *num.* 55. & 57. *& part.* 5. *quæst.* 9. *num.*19. vers. *Hoc enim*, ibi: *Hoc enim colore Matrimonij deficiente, nequaquam prodest ignorantia impedimenti, etiam invincibilis, quia impedimenta Matrimonij non considerantur, vt pœna à quibus excusarè possit ignorantia, sed tanquam inhabilitates à quibus ignorantia non excusat.* Dom. Cresp. *observ.* 23. *num.*114.

65. Y por esto absolutamente es cierta proposicion, que el Padre natural contrae el impedimento con la Madre, quando bautiza á el hijo, sin poder contraer con ella matrimonio. Dom. Gonzal. *in cap.*2. *in fin. de Cognat. Spiritual.* ibi: *Si Pater baptizaverit filium, quem ex copula illicita suscepit, non potest contrahere Matrimonium cum eius Matre.* Aunque tenga ignorancia del impedimento. Dom. Molina *de Primog. Hispan. lib.* 3. *cap.*1. *num.* 11. ibi: *Secundo, quod hęc omnia intelligenda sint in filio verè naturali, atque ex subsequenti Matrimonio legitimato. Nec in filio naturali putativo, qui ex concubinatu AD IGNORANTIBUS IMPEDIMENTUM CONTRACTO, natus fuit procedant: Quamvis enim in Matrimonio putati-*

vo, *ab ignorantibus impedimentum bonæ fidè contracto aliter dicendum sit, vt in sequenti ampliatione dicemus: in concubinatu autem ignorantia etiam probabilis impedimenti, filium naturalem non efficit, cum in eo casu detur opera rei illicitę, nec sit ille actus dignus tali favore.* Y prueban todos los citados en los numeros antecedentes.

66. Cuya verdad la dexò declarada el cap. *Pervenit* 30. *quæst.* 1. con el motivo de la duda, que se ofreciò, sobre si cõtraian impedimẽto los que ignorantes tenian á sus proprios hijos para el bautismo, ibi: *Nescientes proprios filios suscepissent ex lavacro.* Y se resolviò, que de ninguna forma recibiessen en vno á las mugeres, ò varones de quienes fuessen los tales hijos, ibi: *Vt nullo modo se in conjugio reciperent mulieres, ac viri, quicumque aliqua ratione suscepcrint natos proprios.* Et posteá: *Nullus Christianus suam commatrem in coniugium suscipere debet.* Este texto lo entendieron algunos del Marido, y Muger; pero el P. Bas. Ponc. *de Matrimon. lib. 7. cap.* 40. lo explicò muy bien num. 12. ibi: *Vel dico totum textum intelligendum de bis, qui filios levarant, quos de concubinis sine conjugio susceperant. Cui dubitationi optimè respondet, statutum etiam ab alijs Pontificibus, ne se in conjugio reciperent, id est, ne inter eos celebrari posset Matrimonium. Et quia fortè aliqui viri, & mulieres intelligentes, quod filium levassent, sibi impedimento non esse, contraxerant Matrimonium post levatos filios de fonte, separari jubet; non quia Matrimonium validum dissolvatur, sed quia nullum fuerat ratione impedimenti. Et quia revera non subsistebat Matrimonium statuit Pontifex reddendam esse dotem vxori, quæ separatur à Matrimonio post impedimentum celebrato, & peracta vnius anni pœnitentia pro delicto, liberum esse alijs viris copulari.* Con que si la ignorancia no escusa à el que tiene al bautizado, para que no contraiga el impedimento; con quanta mayor, y superior razon en el que bautiza.

67. Los Autores teniendo por indubitable esta doctrina, y que del mero hecho de bautizar el Padre natural à el hijo, contraía el impedimento dirimente con la Madre, no se han detenido en disputar, si la ignorancia le favorezca, ya sea de hecho, ya de derecho.

68. Donde la controvierten es, en el Padre legitimo, con el motivo de el citado *Capit. 2. de Cognat. Spirit.* por los grandes favores, que tiene el Matrimonio contraìdo, cuyo lazo es indissoluble, ex illud D. Matth. *cap. 19. vers. 6. Cap. Ad limina 30. quæst. 1.* lo que no sucede entre los que se hallan libres de este yugo. Leandro *de Sacrament. disp. 7. de Bapt. quæst. 12.* vers. *Absolutè tamen respondeo*, tratando del que bautizò à el hijo de la Concubina, que contrae la cognacion espiritual, dize: *Et sic nequirè cum illa Matrimonium inire, quia cognatio spiritualis impediens, & dirimens Matrimonium contrabitur inter baptizantes, & parentes baptizati; vt habet Regula Iuris à quâ non excipitur, nisi baptizans filium suum, & conjugi suę, eum quâ jam contrahit Matrimonium.*

69. Y en estos mesmos terminos de Marido, y Muger, toca sobre la ignorancia de hecho, y de derecho, y de la pena, el Bonacin. *de Matrim. quæst. 4. part. 2. num. 6.* P. Laym. *de Imped. Matrim. tract. 10. part. 4. cap. 8. num. 8.* vers. *Illud*, y otros muchos Canonistas, apud Barbos. *in dict. cap. 2. de Cognat. Spirit. à uum. 1.* & D. Gonz. *num. 2.*

70. Que la ignorancia no escuse, lo dize expressamente el expressado Capit. 2. de el Concilio de Trento, ibi: *Docet experientia, propter multitudinem prohibitionum multoties in casibus prohibitis ignorantèr contrahi Matrimonia in quibus, vel non*

sine

sine magno peccato perseveratur, vel ea non sine magno scandalo dirimuntur. Et cap. 5. Sess. 24. de Reform. Matrim. ibi: *Quod si ignoranter fecerit ::: Tunc facilius cum eo, & gratis dispensari poterit.*

71. Decidiendo expressamente, que aunque con ignorancia contraigan el Matrimonio, se deben separar, ibi: *Vel ea non sine magno scandalo dirimuntur.*

72. De esta disposicion nacè otra questiòn; y es, si los que estàn dudosos de el impedimento, deben obtener Dispensa: distinguiendo entre la ignorancia de hecho, y la de derecho, quando se procede de la opinion probable, y quando la duda estè por la libertad, ò por la Ley, que tocò el P. Torrecill. *tract. de Obisp. tract. 8. quæst. vltim. cess. vnic. consult. 2.* P. Thom. Sanch. *de Matrim. lib. 8. disput. 6. num. 18.* Y resuelven, que deben ocurrir à el Papa, ò á el Obispo, el que declare si es caso, ó no de Dispensa, ita P. Lacroix *lib. 6. de Matrim. part. 3. num. 528. & seqq.*

73. Que se dirige para en quanto à la conciencia de los Contrayentes, en no ser punible el contraer el Matrimonio con ignorancia de el impedimento, ó con opinion probable; pero no, para que no aya el impedimento, ni la ignorancia sea bastante para no contraerlo: y tambien, para que los que contraen ignorante el impedimento, hazen la prole legitima tenida despues de el Matrimonio con buena fee, *ex cap. Quod nobis de Clandestin. dispensat. cap. Quod nobis 5. qui filij sint legit.* P. Lacroix *lib. 6. part. 3. de Matrim. num. 503.* por el favor del Matrimonio. Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib. 3. cap. 5. num. 10.* & ibi Addent. *num. 11.* Hontalv. *de Spurit. Putat. part. 2. §. 5. num. 51. & §. 10. num. 4. & part. 5. dub. 3. quæst. 9. n. 19.*

74. En nuestro caso no dudaron los Contrayentes, que necesitaban de Dispensa, ni huvo duda de hecho, ni de Derecho, porque el Ordinario declarò, que era caso claro de Dispensa; de hecho no huvo ignorancia, porque dicho Don Luis Joseph Manrique, supo que bautizaba à vna hija suya, y de Doña Antonia Rodriguez: con que en los terminos, que disputan la questiòn, què es quando la ignorancia podrà, ò no hazer licito el Matrimonio sin Dispensa, no es aplicable à los terminos de nuestro pleyto, porque ningun Autor dize en la questiòn propuesta, que la ignorancia de los Contrayentes, dà, ò quita el impedimento, porque si de Derecho lo ay *ignorantes*, ò *scientes*, lo contraxeron, y se hallan sin poder contraher Matrimonio.

75. Pero como muchas vezes nuestros hechos padecen dudas, llega con ella la ignorancia, y se disputa, si se debe, ò no calificar por impedimento, el qne se ignora: Lo que no acontece en el caso presente; porque caso no concedido, què el Don Luis Manriquê no pensasse al tiempo, què bautizò su hija natural, el que contraìa la cognacion espiritual, como era de Ley la contraxo, y por ella el impedimento para contraer Matrimonio con la Madre.

76. Y por esto dizen los Autores, que si la ignorancia es vencible, esto es, preguntando à quien sepa, debe hazerlo. Aguil. ad Roxas *de Incompat. part. 1. cap. 4. num. 17.* ibi: *Et ignorantia impedimenti non excusat, non adhibentem debitam diligentiam in inquirendo, quod tenebatur inquirere.* Y respondiendole, que tiene impedimento, ha de obtener la Dispensa para contraer el Matrimonio.

77. De cuya doctrina se infiere claramente, que es comun sentir, y se supone como indubitado, que la ignorancia propria no es la

que pone, ò quita el impedimento; porque vna vez que tuvo ignorancia de èl, no tenia necesidad de preguntarlo para salir de su error, ni tenia embarazo alguno para cõtraer Matrimonio sin tal Dispensa. Es cierto, que la necesita, y q̃ està obligado à salir de la duda, no solo pregũtandolo à qualquiera Literato, sino aun ocurriendo al Obispo, para que en caso de grave duda dispense *ad cautelam*, como dize el P. Torrecill. *vt suprá num.* 72. & Barbos. *dict. allegat.* 35. *num.* 18. Luego la ignorancia del que contrae el impedimento, no le libra de èl, ni por esto se puede dezir la prole natural, para que al tiempo que naciesse, ò fuesse concebida, pudiessen los Padres casar *justamente sin dispensacion*, *dict. Leg.* 11. *Taur.*

78. La *necessidad* no es razon, por la qual no se contraiga el impedimento, como se prueba Argum. *cap. Ad limina* 30. *quæst.* 1. y enseñan P. Soto *in dict. Artic.* 1. vers. *Dubium*, ibi: *Vtrum, qui in extrema necessitate parvulum morte proximum, absque solemnitate baptizat talem cum matre affinitatem spiritualem contrahat, quæ Matrimonium cum ipsa impediat, & contractum dirimat?* Pone las razones de dudar, y resuelve en el vers. *Profecto*, ibi: *Et ideò dicendum, quod eiusmodi baptismus causa est spiritualis cognationis, nam Canones absque vlla exceptione ajunt baptizantem, & susceptorum cognationem contrahere cum baptizato, & baptismus in extrema necessitate veré Sacramentum est.* Bonac. *dict. propos.* 3. *num.* 11. vers. *Ex quo*, ibi: *Ex quo fit, vt Pater baptizans filium propriæ concubinæ non possit postea cum ea Matrimonium contrahere quamvis baptizet in necessitate, nam baptizando contraxit cognationem spiritualẽ cum matre filij baptizati, cognatio autẽ dirimit Matrimonium contrahendum.* Para lo que cita à Gutierr. *cap.* 100. *num.* 12. Navarr. *cap.* 22. *num.* 40. Sanchez *lib.* 7. *disp.* 62. *num.* 10. Henriq. *lib.* 11. *cap.* 12. Paz Jord. *in Praxi tom.* 1. *lib.* 3. *de Matrimon. tit.* 7. *num.* 255. ibi: *Sublimita istam secundam limitationem in eo, qui ex necessitate baptizare filium ex amica susceptam; nam prohibetur illam suscipere in vxorem propter spiritualem cognationẽ, non obstante necessitate, quæ non suffragatur, nisi in casu prædicto inter conjuges, ad effectum petendi debitum, non autem ad Matrimonium de novo contrahendum.*

79. P. Layman *de Impedim. Matrim. dict. cap.* 8. *num.* 5. ibi: *Vtrum baptizans, aut suscipens prolem in necessitate, qui alius nemò adest aliquam cognationem, & conjugij impedimentum contrahat? Respondeo, & dicó primo de baptizante afirmandum est, quod contrahat impedimentum Matrimonij.* Et num. 6. ibi: *Si sponsus prolem ex sponsa susceptam baptizet propter necessitatem mortis instantis, solvuntur sponsalia ratione supervenientis impedimenti, sicuti rectè respondit* Navarr. 16. *Manual. num.* 34. *& cap.* 22. *num.* 40. *& lib.* 4. *consil.* 5. *de Cognat. Spiritual. Edict.* 2.

80. Barbos. *in dict. cap.* 2. *Sess.* 24. *Concil. Trident. nnm.* 16. ibi: *Baptizantem etiam Laicum in extremo necessitatis articulo contrahere cognationem perfectam spiritualẽ subsequens Matrimonium dirimentem cum baptizato eiusque parentibus. In cap.* 1. *de Cognat. Spiritual. in* 6. *num.* 9. *& in dict. cap. Ad limina* 30. *q.* 1. *n.* 6.

81. Dom. Covarr. *tom.* 1. *de Sponsal. part.* 2. *cap.* 6. §. 4. *num.* 4. ibi: *Notandum est Laicum tempore necessitatis alium baptizantem ipsi baptizato Patrem spiritualem esse, ac subinde in hac prima cognationis specie includi.* Et ibi Ortega *num.* 10. ibi: *Septimo Piton.* 26. *Septembri anno* 1623. *sub n.* 590. *ait baptizans filium alicuius etiam in absentia Clerici, atque etiam in extrema necessitate contrahit impedimentum dirimens.*

P.

82. P. Thom. Sanch. *de Matrim. lib. 7. disput. 62. num. 10.* ibi: *At dicendum est prorsus, baptizantem etiam Laicum in extremo necessitatis articulo contrahere cognationem perfectam spiritualem subsequens Matrimonium dirimentem cum baptizato, eiusque parentibus. Quia omnia jura clamant ex verbo baptismo oriri cognationem spiritualem.*

83. PP. Salmantic. *Curs. Moral. tom. 2. tract. 9. cap. 12. punct. 2. num. 33.* ibi: *Ex quo deducitur, quod Laicus, qui in necessitate puerum baptizat, contrahit cognationem spiritualem cum eo, quia verum baptismum confert, & Sacramentalem efficit actionē. Nec obest, quod ad id teneatur rationem necessitatis. Siquidem etiam Parochus ratione officij tenetur puerum baptizare, & tamen cognationem spiritualem contrahit cum eo, quando verè baptismum confert.* Y haziendose el argumento del Padre legitimo, que bautiza en caso necesidad, dá la razon de disparidad de vno à otro.

84. P. Lacroix *lib. 6. de Matrim. part. 3. num. 600.* ibi: *Contrahit hoc impedimentum Laicus baptizans etiam privati, & in necessitate, quia etiam hic intervenit vera regeneratio per baptismum, propter quam Ecclesia hoc impedimentum statuit.* Vicent. de Just. *de Dispensat. dict. cap. 5. n. 39.* ibi: *Porrò maxima est differentia inter Baptizantem, & Patrinos; ille etenim, sivè fœmina, sivè Clericus, sivè Laicus, sivè baptizet solemniter, sivè non solemniter, & quamvis in casu necessitatis baptizet cognationem semper contrahit. Et num. 60.* donde trae la limitacion en el Padre legitimo.

85. Pero en nuestro caso no ay el supuesto de la duda; porque no huvo tal necesidad: pues quando se conceda (que no está probado) el que la bautizada estuviesse en riesgo de la vida, consta por las declaraciones de los Padres, que estaban presentes, la Comadre, y vna hermana de la Doña Antonia, y Jacinto de la Torre Cirujano, dize, que viò hazer el bautismo, *sup. num. 11. y 12.* con que se hallaron tres personas presentes, que fueron la Comadre, la hermana de la Doña Antonia, y el Cirujano, por lo que no se puede dezir en extrema necesidad. P. Laymán *citat. sup. num. 79.* ibi: *Quia alius nemo adest.* P. Thom. Sanchez *de Matrimon. lib. 9. disput. 26. n. 2.* ibi: *At dum adest alius volens baptizare, pater non est culpa immunis, nec puer eam patitur necessitatem decedendi absque baptismo, si à parente suo non baptizetur. Quare rectè ea necessitas, tunc intelligitur esse, quando nullus adest qui id munus obeat, atque ita periculum esset, vt proles absque baptismo obiret.* Vicent. de Just. *de Dispens. dict. cap. 5. num. 62.* ibi: *Articulus necessitatis tunc dicitur, quando non adest, nec Clericus, nec alius, & datur periculum moriendi absque Baptismo.*

86. Bonacin. *de Matrimon. quæst. 4. part. 2. num. 3.* ibi: *Quando non aderat alius, qui illum baptizare, quia non adest necessitas suscipiendum puerum, consequenter non est ratio cur suscipiens excusetur, sicut excusatur baptizans in necessitate.*

87. El aver fido el *Bautismo privado*, no es fundamento para escusar el impedimento, y la cognacion espiritual, que se contrae entre el bautizante, el bautizado, y la Madre de este: y assi es comun de todos los Autores citados, y traen la diferencia, que en esto ay entre el Padrino, que tiene, y el que bautiza en el bautismo no solemne; porque entre otras razones, es la que trae el Padre Soto en el lugar citado en el num. 78. ibi: *Vbi non est solemnitas, non dicitur propriè susceptor.* P. Lacroix *dict. num. 600.* PP. Salmanticens. *vt sup. num. 32.* ibi: *Respondetur negando consequentiam, quia qui in baptismo privato baptizat, verè baptizat, & Sacramentum confert; susci-*

piens verò non eo modo suscipit, quo est ab Ecclesia statutum.

88. Corrobora mas lo expressado à favor del Marqués de Espinardo, el que quando se pidió la Dispensa, fue, segun el Memorial, que se presentó al Reverendo Cardenal de Toledo, ibi: *Como porque los hijos quedassen legitimados. Vt suprà num.* 10.

89. Con que siendo en fraude del derecho adquirido à la linea del Marquès de Espinardo, no puede esta Dispensa, ò Matrimonio executado *in articulo mortis* servir en perjuizio de Tercero, ni legitimar la *prole* à este fin. Vt tradunt Mantica *de Coniect. lib.* 11. *tit.* 13. *num.* 5. Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 27. ibi: *Hoc autem intelligi, atque limitari solet, nisi aliundé constet Matrimonium contractum fuisse in fraudem substituti, vt si is, qui Matrimonium in articulo mortis contraxi id expresiè dixerat.* Y responde à los de la opinion contraria en las anotaciones 8. Pero *quid quid sit de hac opinione*, no es de nuestro caso; porque no fue la *prole* natural, para que se pudiesse legitimar por el *subsequente Matrimonio*, en el articulo de la muerte contraído, ni en otro caso fuera de esta sospecha. Card. de Luc. *de Fide com. dict. discurs.* 223. *num.* 5. ibi: *Sivè quod intrare possent ea, quæ habentur de Matrimonio contracto in articulo mortis, sed alias in fraudem, & præjudicium tertij ad effectum legitimandi illos filios illegitimos, qui extra Matrimonij figuram tamquam ex scorto, vel concubina, non autem tamquam ex sponsa, & destinata vxore suscepti essent.*

90. Se puede tambien dezir por Don Joseph Manrique, que bastaria el afecto marital presumpto en la copula, acreditado por el posterior hecho de pedir la Dispensa, para que se tuviesse por Matrimonio presumpto, que hiziesse habiles extremos para legitimar la prole anterior.

91. A lo que se responde: Lo primero, que no huvo tal Dispensa por la Datarìa, para que se le concedieſſe la extension de legitimar la prole, y dispensar *in radice*, para que entrassemos en la question, de si era bastante aquel afecto presumpto, para que se tuviesse por Matrimonio de hecho, que pudiesse comprehender, y validar la dispensa.

92. Lo segundo: que no hemos visto Autor, ni decision, que afirme, el que se tenga, ni se repute por bastante la copula fornicaria, para la presumpcion de afecto marital, à que se pudiesse extender la voluntad del Papa, para que en la Dispensa, lo tuviesse esto por bastante para la Dispensa *in radice*; porque de esta forma fuera inutil la question, de que huviesse extremos habiles? *Matrimonio in figura, &c.* porque todos los que se hallan con impedimẽto, por tener hijos se mezclan, y luego para casar piden la Dispensa, en cuyo supuesto en todos tenia lugar el presumpto afecto marital; pero como este es de hecho, no se presume, sino se prueba. *Leg. In bello. §. Factæ, ff. de capt. & postlim. reverss.* Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 4. *cap.* 7. *num.* 33. D. Valenz. *cons.* 3. *num.* 40. *cons.* 8. *num.* 35. *cons.* 57. *num.* 17. *& cons.* 65. *num.* 20. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 10. *num.* 10. y queda en los terminos, de que no huvo tal figura de Matrimonio, y debe constar, para que tenga lugar la dispẽsacion *in radice.*

93. Distinguiendo el Señor Castill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 105. *num.* 34. entre los efectos del Cap. *Tanta est vis*, y la dispensa *in radice*, dize: que en esta se necesita raiz de Matrimonio, y en aquel no es del caso esta circunstancia, ibi: *Nam in specie eiusdem cap. Non est necessaria radix*

Ma-

Matrimonij, id est effectuale Matrimonium, & de facto, quod præcedat copulam: in dispensatione autem in radice, non aliás Romanus Pontifex potest dispensare, nec dispensatio ipsa suum effectum operatur, nisi radix præcesserit Matrimonij ex affectu, vel consensu sicuti Joannes Andreas, & cæteri Doctores notarunt communiter in dict. cap. Per Venerabilem, atque ita effectus dispensationis in radice reducuntur ad primum illum consensum maritalem, qui necessario debet præcedere, quod in dicto cap. Tanta non est necessarium, quia effectus illi producuntur virtute Matrimonij subsequentis. Luego es preciso, que realmente se pruebe, el que huvo tal Matrimonio de hecho, para que tenga lugar la dispensa *in radice.*

94. Y conviene la doctrina de los que aun antes de el Concilio de Trento admiten el afecto marital; pero es quando han precedido esponsales, lo que celsò despues de èl. P. Thom. Sanchez *de Matrimon. lib.* 3. *disput.* 40. *num.* 3. ibi: *Hodie autem per Trident. Sess.* 24. *cap.* 1. *de Matrim. Cessarunt hæc Matrimonia præsumpta, & nec sponsalia, nec Matrimonium de præsente inter impuberes, transeunt in verum Matrimonium per copulam, vel alios actus occultè habitos. Nam si consensus expressus, & verus hodiè non constituit Matrimonium, nisi præstetur coram Parocho, & testibus: vt definitur dict. cap.* 1. *à fortiori iste consensus virtualis, implicitus, & interpretatious, præsumptusque id non efficiet. Et lib.* 8. *disput.* 7. *num.* 7. D. Covarr. *de Sponsal. tom.* 1. *part.* 1. *cap.* 4. §. 1. *num.* 1. & ibi Ortega *num.* 2. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 1. *num.* 26. & 27. Aguila ad Roxas *de Incompatib. part.* 8. *cap.* 2. *num.* 28. & 29. Barbos. *vot.* 71. *in fin.* Cardin. de Luca *de Fideicomm. disc.* 223. *num.* 5.

95. Especialmente quando en el Memorial, que dieron los Contrayentes, solo expressan su trato ilicito, sin otro afecto marital, ni animo de contraer Matrimonio. Menoch. *dict. præsumpt.* 1. *num.* 29. ibi: *Quo ad forum conscientiæ creditur assertioni viri, se coivisse animo fornicario, non autem maritali, & propterea non dicitur Matrimonium contraxisse.* Et postea: *Vt non procedat hæc præsumptio in foro Interiori animæ, quem conscientiæ appellant, quando scilicet sponsus dicere se ad sponsam accessisse, non quidem affectu maritali, sed fornicario. Hoc sanè casu non judicatur contractum esse Matrimonium.* En cuya disputa, efectos, y circunstancias de la Dispensa *in radice*, no nos detenemos, por no averla avido, ni valerse de ella dicho Don Joseph.

96. El que el Padre lo declarasse por legitimo en su Testamento, y demàs actos, como son la Fè de Desposorios del Don Joseph de Estrada, y demàs que á este fin ha presentado, no prueban la legitimidad. Valer. *de Transact. tit.* 3. *quæst.* 2. *ex num.* 12. Gratian. *Discept. Forens. tom.* 4. *cap.* 744. *n.* 9. 10. & 31.

97. Estos instrumentos tienen respecto à la filiacion, los que no son argumento de la legitimidad, que se necesita probar en especifica forma. Alvar. Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 9. *num.* 559. Dom. Paz *de Tenut. cap.* 31. *num.* 35. Aguila nd Roxas *de Incompatib. part.* 8. *cap.* 2. *num.* 30. & *suprà num.* 15.

98. Y quando expressamente assegurassen la legitimidad, son enunciativas, que proceden de personas, que no pueden perjudicar à otro, y solo son vna presumpcion à favor de el instrumento, necesitandose de dos, ó mas, para que merezcan fee. Escobar *de Purit. & Nobilit. part.* 1. *quæst.* 15. §. 3. *num.* 57. *cum alijs.* Noguer. *allegat.* 25. *num.* 258. & 287. Dom. Castill. *tom.* 6. *Controv. cap.* 123. *num.* 8. Alv. Peg. *de Maior. tom.* 2. *cap.* 9. *num.* 685.

99. Y como las presumpciones ceden à la verdad, *L. 57. in fin. ff. de Iur. dot. Leg. 25. §. 1. ff. de Probat.* Pareja *de Vniv. Instrum. Edit. tit. 5. resol. 5. num. 23.* Escob. *de Puris. & Nobilit. part. 1. quæst. 16. §. 3. num. 22.* constando como consta en los Autos, y no se niega por D. Joseph de Estrada, que fue avido fuera de Matrimonio de dos personas, que aviendo tenido vna hija natural, sin necesidad, pues se hallaron presentes otras personas, que pudieran ocurrir à ella, bautizò à su propria hija, y despues continuando la comunicacion ilicita procediò dicho Don Joseph, y que sus Padres contraxeron Matrimonio sin dispensa de su Santidad, por la Datarìa, que pudiesse legitimar la prole, con la expressa Dispensa *in radice*, que no huvo, quedò en los meros terminos de ilegitimo, y no legitimado por subsequente matrimonio.

100. Y por consiguiente sin llamamiento, ni lugar en la succession de este Mayorazgo, D. Molina *de Hispan. Primog. lib. 3. cap. 13. n. 24.* hallandose como se halla vn descendiente legitimo de los Fundadores, que lo es el Marqués de Espinardo, el que aun quando tuviesse alguna duda lo fundado contra dicha legitimidad (que no la encontramos) le basta para obtener, *ex leg. 24. §. 4. ff. de liber. caus.* ibi: *Ne melioris conditionis sit, qui dubiæ libertatis est, quam qui certæ.* Por lo qual espera el Marquès de Espinardo la determinacion á su favor. S.I.O.V.D.C.

Lic. Don Christoval de Espinosa Ocampo.

)ʃ(JESUS,)ʃ(
MARIA, Y JOSEPH.

POR

DON JUAN MANUEL DE VILLENA Portocarrero, Conde de Viamanuel, Dueño de la Villa de Cheles, vezino de la Ciudad de Badajòz.

EN EL PLEYTO

CON D. PEDRO SANCHEZ DE FIGUEROA, Marquès de Valdeſevilla, vezino de la de Malaga, como marido, y conjunta perſona de Doña Iſabèl Maria Manuel, Poſſeedora del Mayorazgo que fundò Garcia Hernandez de Montoya.

SOBRE

PRETENDER SE DECLARE TOCAR, Y PERtenecer al Mayorazgo, que fundó el dicho Garcia Hernandez de Montoya, los bienes, que no conſtan de la Fundacion que hizo, ni de la de Elvira Sanchez ſu muger, y que ſe condene à dicho Conde à ſu reſtitucion, con los frutos, y rentas, declarando tocar, y pertenecer à dicha Doña Iſabél Maria la ſucceſsion del Mayorazgo, que del quinto de ſus bienes fundò la dicha Elvira Sanchez, y ſe condene à el Conde à la reſtitucion de los bienes de èl.

N.1. CONSTA, QUE en 21. de Octubre de 1577 años, Elvira Sanchez, muger de Garcia Hernandez Montoya, otorgò su Testamento cerrado, y por vna de sus Clausulas dixo: Que manda el quinto de todos sus bienes à dicho Garcia Hernandez su Marido, que huviesse en las casas de su morada en la Villa de los Santos, baxo de ciertos linderos, que expressa, en vna Suerte de tierras de pan llevar, Termino de dicha Villa, con vna Casa, y dos Suertes de tierra en el Termino de dicha Villa, cuyos sitios, y linderos expressa.

2. Con condicion, que no se puedan vender, ni enagenar en manera alguna las dichas Casas, y tierras, que assi mandaba en el dicho quinto: *Y que despues de los dias, y fin, y muerte de el dicho Garcia Hernandez mi Marido, las dichas Casas, y tierras de esta dicha manda, venga, y las aya vno de mis hijos, que yo al presente tengo, el que nombrare, y quisiere el dicho Garcia Hernandez.* (*Piez. de la Executoria, fol.65.*)

3. En 13. de Enero de 1580. la dicha Elvira Sanchez otorgò vn Codicilo, en el qual por el mucho amor, y voluntad, que tenia à Christoval de Montoya su hijo, y del dicho su Marido, y por otras causas, y respetos, que à ello le movian, mandò à el dicho Christoval de Montoya (*Dicha Piez. fol.68.*) el tercio de todos sus bienes, derechos, y acciones, que dexasse à el tiempo de su muerte, y señaló diferentes bienes para dicha mejora, y en lo mas bien parado de toda su hazienda, y que lo escoja el dicho Christoval de Montoya. Hizo diferentes llamamientos en las lineas de sus hijos, è hijas, y les puso el gravamen de que vsasse el Apellido de Montoya.

4. En 31. de Marzo de 1585. dicho Garcia Hernandez de Montoya, en virtud de Real Facultad, fundò Mayorazgo en cabeza de D. Christoval de Montoya su hijo mayor, y de la dicha Doña Elvira su primera muger, *de los bienes siguientes.* Los và expressando, que son diferétes tierras, Casas, Molinos, y censos. Y concluye: *Para que todo ello para siempre jamàs sea vn Mayorazgo, y cuerpo de bienes, y hazienda junto, lo qual todo ello despues de mis dias venga, y succeda en ello el dicho D. Christoval de Montoya mi hijo, &c.* (*Fol. 33. B.*)

5. Mandò, que si el llamado á dicho Mayorazgo no tuviesse edad de 20. años, no gozasse mas que la mitad de los frutos (*Fol. 39.*), y la otra mitad se empleasse en bienes raizes, para que fuessen bienes de dicho Mayorazgo.

6. Refiere la disposicion de su muger, y legado que le hizo del quinto de sus bienes, que fue: *Con que despues de mis dias*

suc-

ſuccediesſe en ella vno de nueſtros hijos, qual yo nombràra, y aſsi vſando de la dicha comiſsion, y poder à mi concedido en virtud del dicho Teſtamento, y declarado à ſu voluntad, conformandome con ella, incorporo todos los bienes, ſegun, y como và declarado de ſuſo en eſte mi Mayorazgo, que aſsi inſtituyo, llamando, como llamo, à el dicho D. Chriſtoval Montoya mi hijo, &c.

7. En 23. de Agoſto de 1599. otorgó ſu Teſtamento el dicho Garcia Hernandez: declarò por vna de ſus Clauſulas el primero matrimonio, que avia contraìdo cõ la dicha Elvira Sanchez, y que traxo à èl vnas Caſas en la Calle del Agua, donde à el tiempo del otorgamiento eſtaba viviendo, vna Suerte de tierra cõ ſu Caſa, y Pozo, como de quarenta fanegas en el Termino de Valdehermoſo, y otras poſſeſsiones, que và expreſſando. Declarò, que al tiempo que muriò la dicha ſu muger, quedarian multiplicados 8ℊ. ducados, 4ℊ. de cada vno, y con los bienes dotales, dexaria la Elvira Sanchez nueve mil ducados, quinientos mas, ò menos.

8. Por otra Clauſula legò por los dias de ſu vida à Doña Elvira Gallarda ſu ſegunda muger las caſas que vivia, y eſtaban en la Calle de el Agua de dicha Villa, y dos Suertes de tierra que poſſeìa: la vna con vna Caſa, y Pozo en el Termino de Valdehermoſo; y la otra en el miſmo Termino, en el ſitio que dizen el Guixarro, y expreſsò, que deſpues de muerta la ſuſodicha, buelvan las dichas tierras à el Vinculo, y Mayorazgo donde eſtàn pueſtas.

9. Y por otra Clauſula declarò era ſu voluntad, que el dicho Mayorazgo de Don Chriſtoval Montoya ſu hijo, no ſe pudieſſe juntar con otro diſtinto, ſino en el caſo, que no huvieſſe mas de vn pariente.

10. Por otra declarò, que quando Doña Elvira muriò dexò por hijos ſuyos, y del dicho Garcia Hernandez, quatro hembras, y dos varones. Por otra declarò avia caſado à Doña Leonor de Montoya ſu hija, y de la dicha ſu primera muger, y le dió en dote 7ℊ. ducados, por razon de ambas legitimas paterna, y materna. Item, que avia caſado à Don Chriſtoval de Montoya ſu hijo, y de la dicha Doña Elvira ſu muger, y le avia dado 1500. ducados por ſu parte, y la de ſu madre.

11. Y que á Doña Maria Montoya ſu hiia, y de la dicha ſu muger, avia dado en dote 12ℊ. ducados por razon de ambas legitimas. Y à otro hijo ſuyo, y de la dicha ſu muger 500. ducados para ciertos gaſtos, que ſe le avian ofrecido.

12. Atento à que en los llamamientos quiſo ſuccedieſſen los varones, por quanto el Don Chriſtoval de Montoya ſu hijo,

no

no tenia hijo varon, sino dos hijas suyas, y de su muger Inès Hernandez; la vna, que es la mayor, que se dize Elvira Sanchez; y la otra, que se dize Mayor Gordilla, era su voluntad, que si el dicho Don Christoval muriesse sin dexar hijo varon, que heredasse dicho Mayorazgo, la dicha Elvira Sanchez su hija mayor, se casasse con Don Garcia Moriano, nieto del Fundador, y no queriendo casar, passasse la succesion à la dicha Maria Gordilla su hermana, con la misma condicion; y no queriendo vna, ni otra casar con el dicho D. Garcia Moriano, passasse à otro la succesion.

13. El D. Christoval de Montoya succedió en los dichos Mayorazgos, y por su muerte, y aver ya fallecido dicha Elvira Sánchez su hija mayor, entrò en la possesion la Doña Mayor, ò Maria de Montoya, muger legitima de Don Juan Manuel, lo que diò motivo á que en 7. de Junio del año passado de 1629. ante vn Alcalde Ordinario de dicha Villa de los Santos, Don Gonzalo de Montoya, hijo de los dichos Fúdadores, por sì, y en nombre de Don Christoval de Montoya su hijo, puso demanda à la dicha Doña Maria de Montoya su sobrina, sobre la succesion de dichos Mayorazgos, por dezir no aver cumplido la condicion de casar con el dicho Don Gonzalo Moriano.

14. Los Autos se traxeron à esta Corte, y substanciados legitimamente, se pronunciaron dos Sentencias de Vista, la vna en 17. de Febrero de 1632. años, por la qual se absolvió, y dió por libre à la dicha Doña Maria de Montoya de la pretension de D. Gonzalo de Montoya su Tio, en quanto à los dos Mayorazgos de tercio, y quinto, fundados en su Testamento, y Codicilo por la dicha Elvira Sanchez; y en quanto à el Mayorazgo, que fundò Garcia Hernandez de Montoya, se remitiò en discordia: y la otra en 29. de Mayo de dicho año. Visto el pleyto en la discordia, y sobre el articulo remitido, por la qual se absolvió assimesmo à la dicha Doña Maria, y su marido de la demanda puesta por el dicho D. Gonzalo; de las quales suplicò, y por Sentencia de Revista se confirmaron llanamente dichas Sentencias de Vista, y se despachò Real Carta Executoria.

15. Con lo qual quedò en la quieta, y pacifica possesion de los tres Mayorazgos la dicha Doña Maria de Montoya, la que tuvo por su hijo legitimo à Don Christoval Manuel Portocarrero, Padre de el dicho Conde de Viamanuel, y de la Doña Isabèl Maria, muger del dicho Don Pedro Sanchez de Figueroa.

16. Como à hijo varon tocò la succesion de los Mayorazgos de su Padre, y assi sin aver examinado las clausulas, y condiciones de las Fundaciones, en-

trò en la posseſsion de todos los bienes. D. Pedro Sanchez de Figueroa, por cabeza de su muger, salió pidiendo la posseſsion de dichos Mayorazgos, y procediendo el Conde de Viamanuel de buena fé, hizo allanamiento, para que à dicho Don Pedro Sanchez se le entregaſſen los bienes de la Fundacion de dicho Garcia Hernandez de Montoya.

17. Se le mandò dar, y al Conde manutener en la posſeſsion de los bienes de las Fundaciones de dicha Elvira Sanchez, reſervando su derecho à dicho D. Pedro, para que en razon de dichos bienes vſaſſe de su derecho, y vſando de esta reſerva, puſo demanda à dicho Conde, que se huvo por caſo de Corte en 10. de Mayo de 1732. pretendiendo se declaraſſe tocar, y pertenecer los bienes, que no constan de vna, ni otra Fundacion, al Mayorazgo que fundó el dicho Garcia Hernandez de Montoya, y se condene à el dicho Conde à su reſtitucion con sus frutos, y rentas, y asſimiſmo, à que reſtituya los bienes de que fundò Mayorazgo del quinto la dicha Doña Elvira Sanchez, con sus frutos, declarando le toca, y pertenece à la dicha Doña Iſabèl Maria Manuel la ſucceſsion de èl.

18. Cuyo pleyto se ha ſubſtanciado, y concluſo, se ha viſto para su determinacion; se reduce la defenſa de el Conde de Viamanuel à reſponder à los fundamentos expueſtos por dicho Marquès de Valdeſevilla, y Pretende se le abſuelva, y dè por libre de dicha demanda, imponiendo perpetuo ſilencio à dicho Don Pedro, y condenandole en las coſtas. Y para mayor claridad, dividirèmos en dos §§. las dos pretenſiones de dicho Marquès: En el primero, la de que se declare por Succeſſor del Mayorazgo del quinto, fundado por Elvira Sanchez: Y en el ſegundo, la pretenſion de los bienes, que no conſtan de vna, ni otra Fundacion.

§. I.

19. FUnda el Marquès la pretenſion, de que su muger es Succeſſora de el Mayorazgo, que del quinto fundò Elvira Sanchez, valiendoſe de la diſpoſicion de Garcia Hernandez; porque aviendo la dicha Elvira Sanchez dexado dicho quinto à el referido, *le diò facultad para que à ſu libre arbitrio lo dexaſſe à vno de ſus hijos con condiciones, que le pareciesſe, porque à eſto ſe terminò la facultad, y el ſuſodicho nombrò à Chriſtoval de Montoya ſu hijo, y puſo la condicion de incompatibilidad, &c.* (*Roll. fol.* 1. *B.*)

20. El Conde reſponde con la meſma Clauſula de Elvira Sanchez, que dexamos referida en el num. 2. ibi: *Que deſpues de los dias, y fin, y muerte de el dicho Garcia Hernandez mi marido, las dichas Caſas, y tierras de eſta dicha man-*

manda venga, y las aya vno de mis hijos, que yo al presente tengo, el que nombrare, y quisiere el dicho Garcia Hernandez.

21. Cotejado el Alegato con la expresion de Elvira Sanchez, se manifiesta como en nada se acomoda la voluntad de esta á el fundamento del Marquès. Supone vn *libre arbitrio* à la disposicion *que le pareciesse* à dicho Garcia Hernandez, lo que no dixo, ni à esto se terminò la facultad, que le diò su muger.

22. Dos partes contiene dicha disposicion: La vna, el llamar à la succesion despues del Garcia Hernandez à vno de los hijos, que por entonces tenia la Elvira Sanchez, que no conduce à la pretension del Marqués: Y la otra, la facultad que diò, para que Garcia Hernandez nombrasse el tal hijo; de lo que infiere dicho Marquès, fue à el libre arbitrio, y con las condiciones que le pareciesse.

23. Esta ilacion es contraria à la voluntad de la Fundadora, y lo que confiriò à su Marido fue el arbitrio de la mera eleccion, en virtud de la qual no se confiere facultad para poner condiciones, gravamenes, ni alterar en otra forma el orden prescripto por el Fundador; y quando no lo diò, se debe observar el regular en las succesiones de los Mayorazgos. Noguer. *alleg.* 9. *num.* 64. *& seqq. & num.* 72. Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 27. *num.* 46. 47. *& 69.*

24. Es el que tiene la comisiõ de elegir, vn Mandatario, y de ella no puede exceder en manera alguna, y es nulo quãto executa contra *citra, vel præter mandatum. Leg. Diligenter igitur finis mandati, ff. mandati. Leg. Non distinguemus* 32. §. *de Officio* 15. *& §. fin. ff. de Recept. qui arbit. Cap. Cũ dilecta, de Rescript. Cap. Cum inveteri, de Accusationib.* Dom. Salgad. *part.* 4. *de Reg. Protect. cap.* 3. *n.* 36. *& seqq. & de Labyr. Credit. part.* 3. *cap.* 8. *num.* 3. *& seqq.* D. Valenz. *cons.* 73. *num.* 47. *& seqq. & cons.* 177. *num.* 14. Dom. Castill. *tom.* 4. *Controv. cap.* 36. *num.* 38. *& 66.* Noguer. *alleg.* 9. *n.* 49. *& 56.*

25. De forma, que para entender la facultad libre, ha de ser con palabras muy expresivas, y absolutas. Aguil. ad Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 409. *& seqq.* Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 27. *num.* 2. *& seqq.* Cardin. de Luca *de Fideicom. disc.* 58. *n.* 4. *& disc.* 59. *num.* 2. D. Castill. *dict. cap.* 36. *num.* 1. sin que sean suficientes, *ad voluntatem, & adlibitum*, las quales son de arbitrio regulado. D. Valenz. *cons.* 130. *num.* 40. Gutierr. *lib.* 1. *Practic. cap.* 3. *num.* 8. Noguer. *dict. alleg.* 9. *num.* 85. Valer. *de Transact. tit.* 3. *q.* 1. *num.* 21. D. Gonzal. *in cap. Non minus* 4. *de Immunit. Eccles. n.* 15. Card. de Luca *dict. disc.* 58. *n.* 3. vers. *Et nihilominus*, y se prueba *ex leg. Fideicõmissa* 46. §. 3. *ff. de Fideicom. libert. Leg. Fideicommissa* 11. §. 7. *ff. de legat.* 3. ibi: *Si putaveris,*

veris, si æstima veris ::: non enim plenum arbitrium voluntatis heredi dedit, sed quasi viro bono commissum relictum. Y en caso dudoso se debe entender regulado el arbitrio. Mostazo *de Caus. Pijs, lib. 3. tom. 1. cap. 7. num. 36.*

26. Y assi no comprehendiendo otra cosa la disposicion de dicha Elvira Sanchez, que la eleccion de el hijo, no pudo el Garcia Hernandez extenderse à poner clausulas, y condiciones, que la Testadora no expressò. Aguila ad Roxas *part. 1. cap. 6. num. 411.* ibi: *Quod vltra casum ab institutore expressum non habeat locum facultas.* Y por tanto, luego que nombrò para la succesion de los bienes de dicho quinto á Christoval de Montoya su hijo, no pudo passar à incorporar este Vinculo con el que èl fundaba, ni à ponerle el gravamen de la incompatibilidad, ni otra condicion, que no expressò la dicha Elvira Sanchez, *ex leg. Cum Pater 77. §. Hæreditatem 4. ff. de leg. 2.* ibi: *De alijs eligendi potestas non fuerit.* D. Paz *de Tenut. cap. 34. num. 122. & seqq.* Noguer. *alleg. 9. num. 72.* D. Molina *de Hispan. Primog. lib. 2. cap. 4. n. 19. & 20.*

27. Por lo qual se manifiesta, el que dicho Garcia Hernandez obrò sin potestad, para incorporar dicho quinto con su Mayorazgo, y governarlo por las calidades, y condiciones, que puso en el que fundò, debiendo no exceder del arbitrio que se le diò, *ex leg. Nole, ff. de adquir. hæredit. Leg. Pater 101. ff. de condit. & demonstrat.* Aguil. ad Roxas *de Incompat. part. 1. cap. 2. num. 15.* Dom. Castill. *tom. 4. Controv. cap. 5. num. 9.*

28. Es distinta la comission de hazer Mayorazgo, de que tratò el Aguila en el lugar citado, de el mero hecho de elegir, que tocó Dom. Paz *de Tenut. cap. 34. num. 50. & seqq.* Elvira Sanchez, lo que cometiò à su Marido fue la eleccion del hijo, que avia de succeder, las aya *vno de mis hijos, que yo à el presente tengo, el que nombrare, &c.* Cuya expresion solo comprehende la eleccion de vno de los hijos, pero no la substancia de la disposicion. D. Molina *de Hispan. Primog. lib. 2. cap. 4. num. 3.* ibi: *Non enim in hac dispositione eiusdem substantia, sed solùm personarum declaratio in alterius voluntatem confertur, quod jure permissum est. Dict. leg. Cum quidã, ff. de legat. 2.*

29. Por cuya razon no le puede poner ninguna condicion, ni gravamen de qualquiera calidad que fuesse. Dom. Molina *dict. cap. 4. num. 16.* vers. *Imo, & seqq. Et num. 21.* vers. *Ex qua ratione,* ibi: *Ideòque hæc etiam gravamina in similibus electionibus tolerãda non sunt, eo maximè, quod si eligens posset hæc gravamina electis injungere, in consequentiam etiam posset eosdem electos, si illas conditiones non adimpleverint, hæreditate vel Maioratu privare, & alios illud de-*

deferre, vel alijs pœnis illos afficere; quod nullatenus dicendum, neque asserendum est. A quien sigue el Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 27. num. 135. & seqq.*

30. Y como dize la *Ley 3. §. 2. C. comm. de legat. Quia satis absurdum est, & irrationabile, rem quam in suis bonis purè nõ possidet, eam ad alios posse transferre.* Aviendo poseìdo Garcia Hernãdez los bienes del quinto, con la obligacion de restitucion à *vno* de sus hijos: assi como no vsò de su liberalidad en elegirlo, Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 27. ex num. 131.* Dom. Molina *dict. cap. 4. num. 11.* Dom. Paz *dict. cap. 34. num. 76. & num. 83.* no le puede poner gravamen, ni condicion, que le privasse de ninguna forma de la succesion. D. Molina *de Hispan. Primog. lib. 2. cap. 12. num. 53. & 55.* D. Castill. *tom. 6. Controv. cap. 128. num. 11.* Roxas *de Incompat. 3. part. cap. 3. num. 33. & part. 7. cap. 5. n. 100.*

31. Garcia Hernandez contraviniendo à todo esto, y à la coartada, y precisla voluntad de su muger, de elegir vno de los hijos, que tenia. Dom. Castillo, *tom. 5. Controv. cap. 92. num. 30.* Dom. Paz *de Tenut. dict. cap. 34. num. 122.* ibi: *Quia cum à coniuge potestas concedatur eligendi vnum ex filijs ad Maioratum limitata est ad distribuendum inter eos dumtaxat, & non inter vlteriores descendentes.* Quiso hazerse perpetuo arbitro de la eleccion, y succesion, mediante la Clausula, que puso de incompatibilidad, para que siempre que llegasse el caso del concurso, passasse à otro la succesion; quando es constante de Derecho, que en el primer acto de la eleccion fenece la facultad de elegir. Dom. Paz *de Tenut. dict. cap. 34. num. 51.*

32. La Elvira Sanchez diò facultad à su Marido, para que nombrasse *vno* de sus hijos, la que no se puede estender à la eleccion de los nietos, y descendientes. Torre *dict. cap. 27. n. 55. vers. Nihilominus*, ibi: *Sed illum præcipuè vnitantum relinquere.* No es dudable quiso, y dixo, que *vno se nombrasse*: Luego no se puede estender á que en virtud de la Clausula de incompatibilidad estè obrando su nombramiento entre todos los de la familia, quanto durasse la perpetuìdad del Mayorazgo.

33. Por cuya razon siendo dos distintas disposiciones, las de dicho Garcia Hernandez, y la de Elvira Sanchez su muger, vna regular, y otra qualificada, se ha tenido, y juzgado en esta forma. En el pleyto, que dexamos referido desde el numero 13. que intentò Don Gonzalo de Montoya contra Doña Maria de Montoya, sobre la succesion de dichos Mayorazgos, visto el pleyto en la Instancia de Vista, no tuvieron los Señores, que lo avian visto, dificultad alguna, en que los Vinculos fun-

dados por la dicha Elvira Sanchez, no eſtaban comprehendidos en las condiciones pueſtas por dicho Gonzalo Hernandez, y en eſte concepto abſolvieron de la demanda à Don Juan Manuel, y ſu muger; y en quanto à el Mayorazgo fundado por dicho Garcia Hernandez, lo remitieron en diſcordia, cuyo aprecio no dexa razon de dudar en el exceſſo con que obró el referido, y que no tuvo el libre arbitrio, que ſe ſupone por dicho Marquès para fundar ſu demanda.

§. II.

34. EL Actor debe, y eſtà obligado à juſtificar ſu demanda, *ex leg. 4. qui accuſare, C. de ędendo. Cap. 1. de Probat. cum vulgatis*, y no haziendolo, ſe debe abſolver a el Reo. La accion que deduce dicho Marquès, es vindicatoria, para que ſe le reſtituyan los bienes, que dize: no comprehende vna, ni otra Fundacion, por lo qual debe probar el dominio, que le aſsiſte, y la poſſeſsion en la perſona demandada, *ex leg. Oficium 4. L. In rem action. ff. de reivindicat.* Alvar. Peg. *de Maiorat. tom. 1. cap. 4. num. 20. & cap. 6. nnm. 326. & num. 327.* Y como dize la *Ley 39. tit. 2. part. 3. Acuſioſo debe ſer el demandador en catar, què recabdo tiene para probar aquello, que quiere demandar.*

35. El primero fundamento, que alega, es, que el Garcia Hernandez por la Eſcritura, que otorgò en el año de 585. en virtud de Real Facultad hizo la Fundacion de los bienes que expreſsò, ſin ſugetarſe à quota determinada, por ocaſion del arbitrio, que le diò la dicha Real Facultad, y deſpues acrecentò por el Teſtamento.

36. Eſte Alegato tiene reconocida contradiccion; porque ſi *hizo la Fundacion de los bienes que expreſsò*, no pudo ſer *ſin ſugetarſe à quota determinada*; porque como pudo hazerla de todos los bienes, pudo tambien executarla de bienes ſeñalados, y ſiendo *de los bienes que expreſsò*, no pudo ſer ſin ſugetarſe à quota determinada, y aſsi ſiempre que vsò de la facultad ſeñalando bienes, à eſtos, y no à mas ſe debe extender la Fundacion, *ex Text. in leg. Si quis 33. ff. de hæred. inſtit.* ibi: *Quipè cùm nõ dubitetur, quin, ſiquis ex parte dimidia hæres inſtitutus ſit, nec præterea quiſquam alius, ipſe ex aſſe hęres inſtituit videatur.* Es conſtante, que Garcia Hernandez fundò ſu Mayorazgo ſeñalando bienes para èl, y en ſu Teſtamento inſtituyò herederos vniverſales á el remaniente de los que le quedaban; con que el Mayorazgo no puede tener mas derecho, que à los bienes expreſſos, y los demàs ſe deben partir como libres entre ſus herederos. *L. 14. tit. 3. part. 4.* ibi: *Que era eſtablecido en la coſa ſeñalada, debe aver eſſa ſolamente: E todos los otros bienes*

nes

nes deben fincar al otro que fue despues establecido.

37. Lo qual se haze evidente, de que la Real Facultad concedida à el dicho Garcia Hernandez, fue en la forma ordinaria, y conforme à la que trae el Señor Molina *de Primog. lib. 2. cap. 16. post num. 47.* en la que se halla la Clausula, ibi: *Para que de los bienes muebles, y raizes, rentas, Heredamientos, y otros qualesquier bienes, que al presente teneis, ò adelante tuvieredes, ò de la parte que de ellos os pareciere.* En cuya virtud nunca se ha puesto en controversia, que el Fundador puede vsando de dicha Real Facultad ceñir su Fundacion à los bienes que expressa, sin que se entiendan, ni puedan entender todos los que tiene por de Mayorazgo, pues en esta parte no vsò de la facultad, sino es en la de hazer la Fundacion *de la parte que de ellos quisieredes*, y estos, y no los demàs, quedaron vinculados.

38. En esta verdadera, y cierta inteligencia, y que no la podian ignorar los hijos. Aguila ad Roxas *de Incompatibil. part. 2. cap. 5. num. 89.* quando hizieron la quenta, y particion separaron los señalados para dicho Vinculo, y los demás los partieron como bienes libres: con que el succesor en el Mayorazgo carece por esta razon de derecho para pedir los demàs bienes libres, como Legatario de cosa cierta. D. Molina *de Hispan. Primog. lib. 1. cap. 10. num. 8. vers. Tertio casu*, y queda probado en el num. 36. y por lo mesmo se halla destituìdo de todo fundamento, para el derecho de acrecer que pretende, como funda el Señor Vela *differt. 47. num. 58. y sig.* de forma, que aunque no huviesse instituìdo heredero, ò el instituìdo repudiasse la herencia, el que lo està en cosa cierta, no debe succeder en los demàs bienes del Testador, sino los herederos abintestato, lo que prueba con la disposicion de la *Ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop.*

39. No por el derecho de acrecer, sino es por legitima presumpcion funda con mayor razon el Conde de Viamanuel, q̃ en caso que dichos bienes huviessen quedado por fin, y muerte del Garcia Hernandez, se deben entender pertenecientes à los Vinculos de tercio, y quinto, que fundò la Elvira Sanchez.

40. Es de suponer como hecho cierto, que en los Autos no consta los bienes, que se adjudicaron à dicho tercio, y quinto. Lo que consta es, que por muerte de Garcia Hernandez, los hijos procedieron à hazer particion de los bienes de sus Padres, que avian estado proindivisos, y para ello nombraron Juezes Arbitros, los que hizieron la quenta, y division de los bienes libres, sin tratar de los vinculados mas, que del acrecentamiento, que por su Testamento hizo el Garcia Hernandez à el Mayorazgo, que tenia

fun-

fundado en virtud de la Real Facultad: con que no resulta lo que se adjudicò para completar el tercio, y quinto de la Elvira Sanchez, y solo se hallan presentados el Testamento, y Codicilo referidos en los num. 1. 3.

41. En cuyo supuesto la duda està, si señalando alhaja cierta, y su valor no completasse la quota de la mejora, se debe suplir con otros bienes. Ant. Gom. *in leg.* 17. *Taur. num.* 14. resuelve, que no se ha de completar de otros bienes: lo explica, y entiende quando la substancia, y efecto de la disposicion, ò mejora consiste en la alhaja señalada, que es como procede su resolucion, ibi: *Secus verò si assignetur substantiæ ipsius dispositionis, vt in nostro casu, & quæstione, quia tunc non debet fieri supletio, & solutio ex alijs bonis.*

42. Pero quando se haze la mejora indistintamente, y despues se señala la alhaja, se entiende en la execucion, y *demonstrationis causa*, y se debe suplir lo que faltasse de los demàs bienes, en cuyo sentido afirma se deben entender los Textos, y Autores de la opinion contraria, ibi: *Quia prædicta jura, & eorum conclusio procedunt, quando post dispositionem perfectam, & consumatam res esse assignata solutioni, & sic executioni actus.* Y es conforme à la doctrina del Ayora *de Partition. part.* 2. *quæst.* 26. *num.* 4. desde el vers. *Por manera*, ibi: *Por manera, que aunque le fue señalado la paga de tercio, y quinto en aquella Heredad, però el legado, y manda no le fue hecha sino en el tercio, y quinto de los bienes.* Dom. Molin. *de Hisp. Primog. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 14. ibi: *Nec fundi assignatio mutat prælegati substantiam, cum non ipse fundus prælegetur, sed tertium, & quintum ad cuius solutionem fundus ipse designatur. L. Quidam, ff. de legat.* 1. *vbi scribentes. Nec præcisse fundus solus venit in prælegato: sed si non ascendat tertij, & quinti valorem ex alijs bonis suplebitur.* Y dilatadamente Gutierr. *lib.* 2. *Pract. quæst.* 56. *num.* 1. vers. *Nihilominus*, ibi: *Utroque enim casu existimo suplendum esse defectũ ex alijs bonis: nam assignatio non est de substantia melioration is, sed demonstratur res in qua fiat executio ipsius meliorationis.* Y contra Gomez funda, q̃ se necesita voluntad expressa del mejorante, parque no se aya de suplir de otros bienes lo que faltasse à completar la mejora, *num.* 1. & 2. y assi lo dizen D. Vela *disser.* 33. *num.* 6. & *num.* 50. vers. *Quare.* Valasc. *de Partit. cap.* 20. *num.* 23. Dom. Castill. *tom.* 4. *Controv. cap.* 35. *num.* 61.

43. Reconocida la voluntad de dicha Fundadora, no necesitamos de ocurrir à las resoluciones de los Autores, sino es à la expresion de las disposiciones, que son la ley que se debe observar. En el Testamento de el año de 577. *manda el quinto de todos sus bienes à dicho Garcia*

Her-

Hernandez: Con que el legado del Quinto quedò perfecto, y en la execucion, y pago fue el señalamiento de los bienes, que es quando se debe suplir de los demás, como dize Gomez, ibi: *Quando post dispositionem perfectã, & consumatam res esse assignata solutioni, & sic executioni actus.*

44. En la mejora del tercio està mas claro este concepto, pues la haze *del tercio de todos sus bienes, derechos, y acciones, que dexasse à el tiempo de su muerte.* Continùa señalando algunos bienes, y fenece: *Y en lo mas bien parado de toda su hazienda, y que lo escoja el dicho Christoval de Montoya*: Con que los bienes, que señalò, fue tan solamente *demonstrationis causa*, y assi estuvo la Elvira Sanchez en la inteligencia, de que se necesitabã otros bienes mas de los señalados para cõpletar dicho tercio, pues quiso lo llevasse su hijo *en lo que escogiesse, y mas bien parado de toda su hazienda*, lo que fuera inutil, y de ningun efecto si se huviera de contentar con los bienes, que puso para la mejora; lo que no se puede dezir. Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 5. num. 122. cap. 39. §. 4. num. 27.* D. Castillo *tom. 4. Controv. cap. 38. num. 1. & seqq.* D. Valenz. *cons. 113. n. 84.*

45 Queda evidentemente manifestado, que la Fundacion de Garcia Hernandez fue de bienes señalados, sin que pusiesse Clausula, para que se entendiesse de otros; pero la disposicion de Elvira Sanchez fue de la parte de herencia del tercio, y quinto de todos sus bienes, derechos, y acciones, y no resultando de los que se le aplicaron, ademàs de los que desde luego consignò, queda capacidad para que se entiendan los bienes, que no constan de vna, ni otra Fundacion pertenecientes à el tercio, y quinto, (cuya assignacion ignoramos) y no à el Mayorazgo fundado por el dicho Garcia Hernandez, q̃ fue de bienes sueltos taxativamente.

46. En la question que se trata, sobre quien debe probar el que los bienes, que possee el hijo mejorado, huviessen, ò no tenido cabimento en la mejora? Es la resolucion, que si el hijo mejorado està en possession de los bienes, debe el Actor, ò heredero, que los reivindica, probar el no aver sido pertenecientes à la mejora, y assi lo funda el Cyriaco en la *Controv. 5. num. 5. 12. 50. & 58.* Mieres *de Maioratib. part. 1. quæst. 52. num. 40. & 46.* porque el Actor como fundamẽto de su intencion debe probarlo, y à el Reo demandado le basta su negativa, *ex leg. 18. tit. 2. part. 3.* Cyriaco *dict. controv. 5. n. 67. & 73.* Faria ad D. Covarr. *lib. 2. Var. cap. 6. num. 40.*

47. Para evadir estos tan poderosos fundamentos, dize dicho Marquès, que el tercio de los bienes de dicha Elvira Sanchez, importò 3ꝓ. ducados; lo que infiere de la expresion, que en su Testamento haze el dicho Garcia

Hernandez, de que à su muger por los derechos de dote, y gananciales le tocaban 9ȳ. ducados.

48. El Conde ha satisfecho en los Autos, manifestando el crecido caudal, que pertenecia à dicha Elvira Sanchez, y que la dicha expresion del Garcia Hernandez, no es suficiente prueba para que le perjudique. Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 12. *n.* 81. D.Salg. *part.* 3. *Labyr. cap.* 13. *n.* 20. vers. *Hinc Pater.*

49. En el proprio Testamento el dicho Garcia Hernandez refiere, que á tres hijos que casò en diferentes ocasiones, dió 22ȳ300. ducados por su legitima, y la de la dicha su muger, à cuyo respecto le corresponden à esta por su dote, y gananciales mas de 11ȳ. ducados, debiendose assimismo considerar, que los dichos Garcia Hernandez, y su muger reservarian para su decente manutencion quantiosos bienes, mayormente no aviẽdo muchos años antes, que se avia promulgado la Pragmatica sobre la moderacion de las dotes, que los Padres dàn à las hijas, que es la *Ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 5. *Recopil.*

50. Assimesmo de la Informacion, que diò dicho Garcia Hernandez para impetrar la Real Facultad en el año de 1583. dizen los testigos tenia de caudal de 44. à 45ȳ. ducados, y aviendo muerto su muger tres años antes, no es presumible lo huviesse aumentado con tanto excesso. Hermosilla *in leg.* 49. *tit.* 5. *part.* 5. *Gloss.* 1. *num.* 11.

51. La Probanza, que se hizo en el pleyto, que Don Juan Manuel Portocarrero Abuelo del Conde, y de dicha Doña Isabèl Manuel, siguiò como Marido de Doña Maria Montoya, que dexamos referido en el n. 13. afianza mas dicho concepto: Afirman los testigos, que la dicha dote fue de 6ȳ. ducados; y vno depuso, que quando muriò la dicha Doña Elvira oyò dezir, que su hazienda, y la de su Marido importaba 70ȳ. ducados, y todos los testigos contestan, que despues de la muerte de su muger aun se hallaba minorada la haziẽda, que era de 60. à 70ȳ. ducados.

52. La verdad de lo que llevamos fundado se puso en parte en practica; porque en el año de 1616. Don Christoval Montoya, primero llamado à la succesion de dicho tercio, no siendo suficientes para completarlo, los bienes señalados por la madre en el Codicilo, y en virtud de la facultad que le diò, eligiò otros bienes para dicho Mayorazgo, y que fue à vista de los demàs hermanos, los que no lo contradixeron, como se alegò por el Conde en la contestacion de la demanda, reproduciendo la Escritura sobre ello otorgada.

53. Y vltimamente de la Escritura de particion referida en el num. 40. consta aver importado el caudal 30ȳ. ducados, de la

que

que resulta plena prueba de los bienes de los Testadores, por fundarse en el inventario, que como indispensable para la particion se hizo, *ex leg. vltim. C. de jur. delib.* Menoch. *lib. 6. præsumpt. 26. n. 3.* Cevall. *Comm. quæst. 589. num. 13.* Pareja *de Univ. Instrum. Edit. tit. 7. resol. 10. num. 8. & seqq.*

54. De todo lo qual, y de la justificacion, que resulta de poseer el Conde otros bienes pertenecientes à las Fundaciones de Felipe Hernandez, y Juana Rodriguez la Rollana, ascendientes del Conde, le favorece la regla, y presumpcion de Derecho, de que los posee en virtud de tan legitimos titulos, Noguer. *alleg. 4. num. 52. 53. & 54.* si no se justifica evidentisimamente lo contrario. D. Salgad. *part. 2. Labyr. cap. 22. num. 75.* ibi: *In dubio possessorem rei præsumi dominum eius:: quia idem operatur præsumptio, quod veritas, donec contrarium probetur, & num. 79.* Lo que no ha executado dicho Marquès.

55. Para corroborar lo referido, y hazer verosimil su intencion, alega dicho Marqués, que Garcia Hernandez dispuso el que por la menor edad del Posseedor hasta los 20. años, no gozasse mas que la mitad de la renta, y de la otra mitad se comprassen bienes para su Mayorazgo, y assi se discurria, que de estos aumentos podia proceder la existencia de los dichos bienes.

56. De la potencia à el acto no se infiere bien la ilacion, Roxas *de Incompat. part. 5. cap. 3. num. 22. & ibi Aguil. num. 9.* y el Actor no cumple con la contingencia de lo que pueda ser, para que se dè por hecho, *ex leg. Neque natales, C. de Probat. Cap. In præsentia extra de Probat.* Mascardo *de Probat. concl. 671. num. 11.* Trentacinq. *Variar. lib. 1. tit. de Servit. resol. 1. num. 19.* vers. *Hæc prima declaratio.* Y por tanto como prueba dudosa, no puede en virtud de ella obtener el Actor. Torre *de Maiorat. tom. 3. decis. 1. n. 5.* Cyriac. *dict. controv. 5. n. 28.*

56. No nos detenemos en este fundamento, por resultar de los Autos no aver avido Posseedor desde que muriò Garcia Hernandez, que no aya entrado à el goze de dicho Mayorazgo mayor de 20. años, y solo el Conde, que fue menor, no consta de tal agregacion; antes sì dicho Marquès tiene confessado no la huvo, como lo alegò el Conde en la contestacion de la demanda, y no se negò, ni ha negado por dicho Marquès, por lo qual no se puede dudar de su verdad. Parej. *de Univers. Instrum. Edit. tit. 1. resol. 3. §. 5. n. 20.* D. Salg. *part. 1. Labyr. cap. 22. num. 43.*

58. El vltimo fundamento es, que à el Mayorazgo de dicho Garcia Hernandez pertenecian diferentes censos, y que muchos de ellos no existen oy, y se pudieron redimir, ò seguir Autos, y adjudicarse para el pago,

y proceder de esto el aver dichos bienes.

59. Este Alegato embuelve dos proposiciones: La primera, como que los censos, que no existen, se le ayan de sanear del caudal del Conde; lo qual tiene vna manifiesta resistencia, porque no consta, que possea bienes algunos por el titulo de heredero de Garcia Hernandez, para que se le considere semejante obligacion, y quando consta, que quedaron otros muchos herederos, los deberia reconvenir cada vno por su parte. *Leg. 2. C. de hæred. act. Leg. 2. §. In certam, ff. de Prætor stipulat. L. Ea quæ nominibus, C. familiæ herciscund.* Dom. Olèa *de Cess. Iur. & act. tit. 4. quæst. 6. num. 2.*

60. Desvanece assimesmo este concepto el no averse justificado la pèrdida de tales censos, para fundamentar esta accion, y lo mas digno de tener presente para la determinacion de este pleyto es, que la Sentencia debe ser conforme à la demanda. *L. 16. tit. 22. part. 3.* Segur. *in Direct. part. 2. cap. 1. n. 13.* Hermosill. *in leg. 8. Gloss. 1. num. 14. tit. 1. p. 5.* y aviendose pedido dichos bienes, como pertenecientes desde su principio à dicho Vinculo, que es lo que concluye la demanda, no tiene lugar semejante pretension, ni otra alguna, que se proponga despues en las defensas de palabra, ò por escrito. Pareja *de Vniversi. Instrum. Edit. tit. 1. resol. 3. §. 3. n. 154.* ibi: *Et hęc oppositio in actis fieri, non vero in allegationibus iuris.*

61. La segunda, que por los censos se pudieron adjudicar dichos bienes. Esta consideraciõ tiene la misma respuesta, que dexamos tocada à el num. 56. su incertidumbre, y ningun apoyo legal, se acredita, de que si la tal adjudicacion fue por el principal del censo, tiene resistencia de Derecho, porque el Acreedor Censualista no tiene accion para cobrar el principal. Dom. Salgado *part. 1. Labyr. cap. 19. n. 4. & 5.* Y si es por los reditos, que se deben satisfacer primero, que el principal, Felic. *de Censib. tom. 2. lib. 4. cap. Unic. num. 28.* vers. *Movetur.* Card. de Luca *de Feud. disc. 102. n. 2.* son del Possedor, y no deben seguir la naturaleza de el Mayorazgo, sino quedar libres para los herederos de el Possedor.

62. En cuya atencion, y no dudarse los bienes, que possee Termino de la Villa de los Santos, que fueron de Felipe Hernandez su tercero Abuelo, con cierta carga de Misas, y los que dexò con la mesma carga de Missas Juana Rodriguez la Rollona, quarta Abuela de el Conde, à los que no puede tener derecho el Marquès, se verifica de incierta la demanda en esta parte, y por consiguiente en lo demás de ella, *ex leg. 5. tit. 23. part. 2.* ibi: *E en retrayendolo como*

non

non es, fallanlo por mentiroſo, è non le creen deſpues en las otras coſas. Menoch. *lib.* 3. *præſumpt.* 63. *n.* 2. *& lib.* 5. *præſumpt.* 21. *num.* 3.

63. Es ſuficiente à el Conde la negativa para excluir la demanda, como diximos en el *num.* 46. *in fin.* le baſta el *poſsideo, quia poſsideo*, para que ſe le abſuelva de ella, *ex leg. Cogi* 11. *C. de Petition. hæredit. & leg.* 192. *Stili.* Dom. Salced. *ad Leg. Reg. Leg.* 4. *cap.* 20. *tit.* 14. *lib.* 3. *Recop. num.* 137. *& ſeqq.*

64. Y hallandoſe por tantos medios dudoſa, è incierta dicha demanda, eſpera el Conde ſe le abſuelva en todo, de ella, vt dixit Cardin. de Luca *de Teſtam. diſc.* 6. *num.* 15. *& de Locat. & Conduct. diſc.* 10. *num.* 4. ibi: *Cum reo ſufficiat reddere dubias, & obſcuras probationis actoris vt vincat::: Alio etiam axiomatè ſuffragante, quod probatio concludens, & perfecta, quæ per actorem facienda eſt, nunquam dicitur talis, quoties contraria poſsibilitas viget.* S. I. O. V. D. C. &c.

Lic. D. Chriſtoval de Eſpinoſa Ocampo.

POR DON FRANCISCO

TORNERO CRIADO, THENIENTE de Infanteria Española.

EN EL PLEYTO

CON DON MANUEL DE CAñETE Marmolejo, vezino, y Regidor Perpetuo de la Ciudad de Andujar.

Impresso en Granada en la Imprenta Real.
Año de 1738.

POR

DON FRANCISCO

TORNERO CRIADO, TENIENTE

de Infantería Efpañola.

EN EL PLEYTO

CON DON MANUEL DE GANETE,

Mayordomo, vezino, y Regidor perpetuo de la

Ciudad de Andujar.

N. 1. POr el Testamento baxo de cuya disposiciõ falleciò Pedro Marmolejo, llamado el Perulero, (6) en 13. de Febrero de el año de 1589. puso tres Clausulas, que han dado motivo à diferentes pleytos. Dize: *Item, mando à Pedro de Marmolejo mi sobrino, hijo de Alonso Ruiz de Toledo mi hermano, vn Olivar, que yo tengo en Quitapesares de 300. olivas, con cargo, que en cada vn año para siempre jamàs me haga dezir 12. Missas, vna cada mes, y con el mismo cargo dexe el dicho Olivar en sus herederos, y parientes mas propinquos para siempre jamàs, y se ponga esta memoria en la Tabla de la Iglesia del Señor San Miguel, y el Prior, que es, ò fuere de ella haga dezir las 12. Missas al Possedor del dicho Olivar, y si el dicho Pedro Marmolejo fuere Clerigo, las diga por su vida, y lo dexe à sus herederos con el dicho cargo.*

2. *Item mando, que despues de los dias de mi hermana Elvira Ruiz Marmolejo, (que ha de ser vsufructuaria de todos mis bienes por todos los dias de su vida) aya, y lleve el Bachiller Alonso Marmolejo, vezino, y Regidor de esta Ciudad, el quarto del Olivar de Castril-Rodrigo, que se aparta desde el Molino arriba, con el Molino, y mitad de casas de arriba, y la mitad de la renta, que yo tengo en las Azeñas de arriba, para èl, y sus herederos, y successores; con condicion, que ha de dar por nula la donacion, que yo le hize para ordenarse: y con que no lo pueda vender, ni enagenar, sino que permanezca en sus hijos, ò herederos para siempre, con que se nombren el nombre de Marmolejo para siempre jamás; y si no lo hizieren ansi, è lo quisieren vender todo, ò parte de ello, que esta manda, que le hago de los dichos bienes, no los pueda pedir, y queden, y sean para mis herederos.*

3. Y por otra Clausula: *Item mando, que despues de los dias de la dicha Elvira Ruiz Marmolejo mi hermana, aya, y lleve de mis bienes Francisco Ruiz Marmolejo, hermano del dicho Bachiller Alonso Marmolejo, la otra parte del Olivar, que se dize el Quarto Manzanillo, con la mitad de la casa de arriba, y la mitad de la renta de la Azeña, para èl, y sus herederos; con tal que se case con voluntad de sus hermanos, y deudos, y con q̃ se llamen él, y sus succesores del nombre de Marmolejo, y con que no lo pueda vender, sino que permanezca en su linage: y si se casare sin voluntad de sus hermanos, y tias, que no le valga esta manda, y los aya, y herede los dichos bienes, que á èl le mando, el dicho Bachiller Alonso Marmolejo, su hermano, è sus herederos para siempre jamas.* Instituyò por su heredera à la dicha Elvira Ruiz Marmolejo, su hermana, con la obligacion de alimentar à Cathalina Ruiz Marmolejo su hermana, y à Cathalina Marmolejo su sobrina.

4. Y por Abril de 1602. el Bachiller Alonso Marmolejo, vezino, y Regidor de Anduxar, otorgò vn Codicilo, en que dixo, aver otorgado en aquel mismo dia su Testamento, dexando por su heredera à Doña Bartholina de Zamora su muger, y a continuacion las palabras siguientes: *En la qual herencia no se ha de entender, que entren, ni se incluyan los bienes, que me dexò Pedro Marmolejo mi tio, porque estos bienes estàn vinculados, é vienen, é han de ser para Pedro Marmolejo mi hermano, y porque el dicho Vinculo, que hizo el dicho mi tio por su testamento esta algo dudoso, y no muy bien hecho: Quiero, y es mi voluntad, que todos los dichos bienes, que me dexò el dicho mi tio por su testamento, sean, y estèn vinculados, è los aya luego, que yo muera, el dicho Pedro Marmolejo mi hermano, è despues de èl sus hijos, y descendientes, como él dispusiere, y fuere su voluntad.* Y en la Clausula immediata legó al mismo su hermano Pedro Marmolejo, el oficio de Regidor,

dor, que hùvo del referido ſu tiò Pedro de Marmolejo.

5. Al tiempo de eſte Codicilo, en dicho año de 602. era ya muerta la dicha Elvira Ruiz Marmolejo vſufructuaria de los bienes, y avia fallecido ſin ſucceſsion alguna Franciſco Marmolejo, vno de los legatarios.

6. Pedro de Marmolejo, ſobrino del Fundador, à quien dexò el Olivar de Quitapeſares, otorgò ſu teſtamento en 20. de Septiembre de 1619. entre cuyas Clauſulas es la ſiguiente: *Declaro, que Pedro Marmolejo mi tio mandò al Lic. Alonſo Marmolejo, y à Franciſco Marmolejo mis hermanos, que ya ſon defuntos, vn Olivar, y Molino de Azeyte en Caſtril-Rodrigo, con todo lo mejor, y perteneciente al dicho Molino, y Caſeria, y enzinar, y el cerro de Martin Gordo, y otros bienes, los quales dexó el dicho Pedro Marmolejo mi tio á Elvira Ruiz Marmolejo mi tia ſu hermana, para que fueſſe vſufructuaria de ellos, y que deſpues fueſſen los dichos bienes para los dichos mis hermanos, y ſus hijos, y deſcendientes, y antes que murieſſe la dicha Elvira de Marmolejo muriò el dicho Franciſco de Marmolejo mi hermano, y aſsi por fin, y muerte de la dicha Elvira Ruiz Marmolejo, ſuccediò en los dichos bienes el dicho Lic. Alonſo Marmolejo, mi hermano, y los tuvo, y poſſeyò haſta que muriò, y no dexò hijos, ni deſcendientes: y por vn Codicilo baxo cuya diſpoſicion muriò el año de 602. declarò, que por quanto el dicho Pedro de Marmolejo, nueſtro tio, avia dexado los dichos bienes à modo de Vinculo, el qual no eſtava claro, y bien eſpecificado; era ſu voluntad, que los dichos bienes fueſſen vinculados, y que yo ſuccedieſſe en ellos, y diſpuſieſſe de ellos, á mi voluntad: Y en cumplimiento de la voluntad del dicho mi tio, y del dicho Alonſo Marmolejo mi hermano, quiero, y es mi voluntad, que de los dichos bienes de ſuſo declarados, que aſsi poſſeyò el dicho Licenciado Alonſo Marmolejo mi hermano, ſean, y eſtèn vinculados en Mayorazgo para ſiempre jamás, y ſuccedan en ellos mis hijos, y deſcendientes, prefiriendoſe ſiempre el varon à la hembra, y el mayor al menor, y aſsi vayan ſuccediendo para ſiempre jamás, y à falta de mis hijos, y deſcendientes de ellos, ſucceda en el dicho Vinculo Doña Mariana de Chincoya mi muger, por todos los dias de ſu vida, y deſpues ſucceda en el dicho Vinculo el pariente mio mas cercano, como no ſea Frayle, ni Monja: y aſsi los dichos bienes ſuccedan ſiẽpre en el pariente mas cercano del vltimo Poſſeedor, prefiriendoſe ſiempre el varon à la hembra, y el mayor à el menor, eſtando en vn miſmo grado, y el ſobrino al tio conforme á los llamamientos de los Vinculos, y Mayorazgos de eſtos Reynos, y eſta es la voluntad, que me declaró el dicho mi hermano, y la mia, en cumplimiento de lo que mandò el dicho Lic. Alõſo Marmolejo mi hermano.*

7. Reſpecto de que en el año de 626. el Lic. Manuel de Marmolejo Presbytero, avia otorgado ſu teſtamento, y en èl inſtituído por ſu heredero á Pedro Marmolejo (11) ſu primo, con la declaracion, que los bienes, que le dexaba los agregaſſe, y juntaſſe con el Vinculo, que tenia de ſus tios, y ſuyos; cuya agregacion la gozaſſe el dicho Pedro Marmolejo, y ſus hijos, y ſucceſſores, y en ſu defecto llama à vna criada del Teſtador, prefiriendo ſiempre el varon à la hembra. En otro teſtamento, que dicho Pedro Marmolejo otorgò en el año de 631. por vna de ſus Clauſulas declara: *Que el Lic. Manuel Marmolejo, Presbytero, mi primo me mandò ciertos bienes rayzes, y muebles, con cargo, y obligacion, que yo los agregaſſe al Vinculo de los bienes, que poſſeo, que lo fundó el ſeñor Pedro Marmolejo mi tio, vezino, y Regidor que fue de eſta Ciudad, y por quanto ſobre los dichos bienes ſe han ofrecido algunos pleytos, y no ha avido lugar de liquidar los bienes, que ſe han de agregar al dicho*

Vin-

Vinculo, cumpliendo con la dicha manda yo desde luego los agrego al dicho Vinculo, para que anden juntos con los dichos bienes agregados, los vnos con los otros para siempre jamas, y sin perjuizio de las fundaciones, y llamamientos, que hizo el dicho Pedro Marmolejo mi tio.

8. Aunque se han seguido varios pleytos sobre la succesion de dichos bienes, y han salido diferentes pretendientes, respecto que el presente litigio de propriedad se sigue entre Don Manuel Cañete Marmolejo Posseedor, y Don Francisco Tornero Criado (à quien defendemos) Actor demandante, en este informe para proceder con la mayor brevedad, fundarèmos el derecho, que al vno assiste, y la exclusion del otro.

§. I.

9. EL que pretende la succesion de vn Mayorazgo, lo primero debe probar su filiacion; pues sin hazerla constar, no puede, ni debe obtener, *ex leg. 1. C. quorum bonor.* Dom. Molin. *de Primog. lib. 3. cap. 9. n. 21.* D. Castill. *tom. 6. Cõtr. cap. 123. n. 1.* y lo debe hazer con distinciõ, y separacion de grados, *ex leg. vltim. §. Gradus, ff. de gradib. & affinibus, cap. Tuam nos de consang. & affint.* Mier. *de Maiorat. p. 2. quæst. 7. n. 58.* y faltando la prueba en vn grado se desvanece en el todo para poder obtener, Noguer. *alleg. 25. num. 290.* Faxard. *alleg. 12. nnm. 47.*

10. En el pleyto, que principió en el año de 647. entre los que salieron à èl, fue Sebastian Tornero, alegando, que era hijo de Juan Tornero, y Maria Alonso Criado, y esta fue hija de Bartholomè Criado, y Ana Sanchez, su muger, los que tambien fueron padres de Antonia Criado, la que del matrimonio, que contraxo con Alonso Ruiz de Toledo, tuvo por sus hijos à los dichos Pedro Marmolejo, el Bachiller Alõso Marmolejo, y Francisco Marmolejo. (11. 12. y 13.)

11. Ofreciò informacion para justificar dicho parentesco, la que se mandò dar, y hizo con citacion de todas las partes, y con quatro testigos de conocimiento del Sebastian Tornero, de sus Padres, y Abuelos maternos, y de aver sido hermanas Antonia Criado (8) muger de Alonso Ruiz de Toledo (7) y Maria Alonso criado muger de Juan Tornero.

12. Teniendo igual fuerça, y eficacia la prueba de los testigos, que la de los instrumentos, *ex leg. In excercend. C. de fid. instr.* y aun mayor la de los testigos en hechos modernos, que aprehendieron, reconocieron, y de proprio conocimiento deponen. Auth. *de Instrum. caut. & fid. novell. 77. cap. 3.* ibi: *Tunc nos quidem existimavimus, ea quæ viva dicuntur voce, & cum iure iurando: hæc digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere.* Far. ad Dom. Covarr. *lib. 2. Var. cap. 13. num. 115.* Dom. Gonz. *in cap. 10. de fid. instr. num 14.* Bay. *Prax. Eccl. part. 3. lib. 2. quæst. 140. ex num. 6.*

13. Es vno de los medios por el que se justifica la filiacion, y aun siendo antigua bastan testigos de oydas, *ex cap. Licet ex quadam 47. de testib.* Dom. Castill. *tom. 6. Controv. cap. 122. num 9.* Escob. *de Pur. part. 1. quæst. 9. §. 4. n. 42.* Noguer. *alleg. 25. n. 283.* Por lo q̃ no ay duda, que dicha prueba fue suficiente, y plena, que concluye dichos grados.

14. Y con mayor razon lo persuade, el que en el año de 647. que se hizo dicha informacion, los Litigantes era precisso conociessen los Padres, y Abuelos de Sebastian Tornero, y si era, ó no su tia dicha Antonia Criado, (8) y tener informes ciertos, y veridicos de ello, y no obstante no negaron dicha filiacion, y solo dixeron no aprovecharle para la succesion, que pretendia, por

no tener parenteſco con Pedro Marmolejo llamado el Perulero, à quien tenian por Fundador, y aſsi la parte del Convento, y Monjas de Nueſtra Señora de la Concepcion en cabeza de Doña Ana Marmolejo, el alegato que puſo contra dicho Sebaſtian Tornero fue: *Menos importa el intento de Sebaſtian Tornero Criado, que pretende ſer primo hermano de Pedro Marmolejo, por dezir, que las madres eran hermanas, porque los dichos tres Vinculos no vienen por la linea de la madre de Pedro Marmolejo, ſino por la linea de Pedro Marmolejo ſu tio.*

15. Y en otra peticion alegó: *Menos obſta la pretenſion de Sebaſtian Tornero, en que dize ſer primo hermano de Pedro Marmolejo, hijos ambos de dos hermanas, el dicho Pedro Marmolejo hijo de Maria Diaz Criado, y el dicho Sebaſtian Tornero hijo de Maria Alonſo Criado, porque es querer hazer tranſito á otra linea, que no tiene parenteſco con el Fundador del Vinculo, ni le toca el apellido de Marmolejo.*

16. Sin que los otros Colitigantes negaſſen, ni dixeſſen era incierto dicho parenteſco, en lo qual fue viſto confeſſarlo por cierto, é indubitado. Parej. *de Vniv. Inſtr. Edit. tit.* 1. *reſol.* 3. §. 5. *num.* 20. D. Salgad. *part.* 1. *Labyr. cap.* 22. *num.* 42. de forma, que la negativa poſterior no le puede, ni debe perjudicar, para que aya de hazer mas prueba de la que en aquel tiempo ſe tuvo por ſuficiente. Dom. Salgad. *dict. num.* 42. ibi: *Qualitas exceptio, aut inſtrumentum informe deductum in iuditio, quorum copia fuit data adverſario, ſi non impugnaverit, videtur conſentire, & aprobare, ita vt pars deducens ad probationem eorum à ſe deductorum vlterius non cogatur cum per aprobationem tacitam probata remaneant, nec vlterius admittitur adverſarius ad ea impugnanda.*

17. No es creible, que vn ſupueſto parenteſco, que no podian ignorar los Litigantes, lo toleraſſen, ſin exponerle ſu incertidumbre, con que eſte ſilencio prueba plenamente ſu verdad: y no es admiſsible al preſente ſu negativa, oponiendoſe à lo que aquellos antiguos, noticioſos, y informados de la verdad, no tuvieron por juſto el dudarlo, como funda Don Diego de Eſcolano, Obiſpo que fue de Tarazona, y Segovia, y deſpues Arçobiſpo de eſta Ciudad, en el diſcurſo hiſtorial, y juridico de San Marcial num. 178. ibi: *Hemos tocado en eſte Papel num.* 114. *la fee, que ſe debe dar à eſta informacion por muchas razones, ſe conoce debe ſer grande. La primera, porque es de coſa antiquiſsima, y ſe llega mas al origen de lo que ſe buſca, y aſsi haze mucha fee por la ley Deſiderium, C. de poſiti, Auth. de fide inſtrum. §. Verò :::: Y quando los paſſados le dieron tanta fee, y credito, mayor ſe le debemos dar noſotros, como enſeña la Gloſſa admirable*, verb. *Magis, cap. Inter dilectos, de fid. inſtr. que alegan al propoſito*, Xuarez *alleg.* 8. *num.* 21. & *ſeqq.* Caſaneo *in Cathalog. Glor. mund. part.* 10. *cap.* 46. *in fin.* Maſcard. *de Probat. concl.* 105. *n.* 9. & *concl.* 398. *n.* 5. Gutierr. *Pract. qq. tit.* 3. *q.* 13. *n.* 23.

18. En el pleyto del año de 1682. hizo probança con cinco teſtigos, que deponen los miſmos grados, y aver ſido hermanas Antonia Criado, madre de Pedro Marmolejo, el Bachiller Alonſo Marmolejo, y Frâciſco Marmolejo. Y para prueba del meſmo grado Manuel Delgado Criado, que daba por ſu tercera Abuela, á Maria Alonſo Criado, muger de Juan Tornero (9) y litigó en dicho pleyto, hizo probança con ſeis teſtigos, que deponen aver ſido hermanas las dichas Maria Criado, y Antonia Criado, vnos teſtigos de conocimiento, y otros de oydas, los que como fundamos en los num. 12. y 13. hazen fee, y prueban la filiacion; y aunque algunos no expreſſan los Padres de las dichas Maria,

y Antonia Criado, es ſuficiente depongan aver ſido hermanas, para que ſe tenga por probado eſte parenteſco. Peregrin. *de Fideicomm. artic.*43. *num.*63. Noguer. *alleg.*25. *num.*279. Dom. Caſtill. *tom.*6. *Controv. cap.*123. *num.*12. Dom.Gonç. *in dict. cap. Licèt ex quadam, de teſtib. num.*1.

19. Que no pueda ponerſe en controverſia eſta verdad por dicho Don Manuel, ſe perſuade, de q̃ lo alegado por la parte ſe tiene, y obra los efectos de confeſsion, *ex leg.Cum præcum, C. de lib. cauſ.* Ant. Gom. *tom.*3. *Variar. cap.* 12. *num.*4. Dom.Larr. *deciſ.*42. *num.*5. reconociendo el notorio defecto, que padece la prueba de ſu filiacion en peticion de juſticia (Roll. fol.696.) alega, que las probanças hechas en el pleyto antiguo por ſu Abuelo, y la hecha por Bartholomè Ruiz Arcediano, de que hazemos mencion en en los numeros 22. y ſig. *ſon apreciables en materia de hechos tan antiguos.* Con que no ſiendo menos antigua la prueba de Sebaſtian Tornero, que la de Manuel Cañete, como la de eſte por eſta razon es apreciable, con mayor razon es digna de fee la otra, con la diferencia, q̃ en el pleyto antiguo á Tornero no ſe le negò ſu certeza, como queda dicho; pero al Manuel Cañete le negaron ſu parenteſco.

20. Y por tan cierta ſe tuvo la filiacion de Sebaſtian Tornero, que para pretender la poſſeſsion à dichos bienes Manuel Delgado, dixo, que ſu Abuela avia ſido hermana de Sebaſtian Tornero, y los dos primos hermanos del Pedro Marmolejo. Reſpondiendo Manuel Cañete en peticion de 16. de Marzo de 1682. (Piez.4. fol.149.) dixo, que dicho Delgado no avia probado el parenteſco con el Fundador, ni tal podrà probar, *ni tampoco con Sebaſtian Tornero*: con que ſupuſo, que el parenteſco de eſte era induvitado, y cierto. Los demàs grados de dicho D. Franciſco Tornero haſta ſu qũarto Abuelo, demás de las probanças eſtàn juſtificados inſtrumentalmente.

§. II.

21. EL vnico Litigante en eſte pleyto, que pretende excluir á dicho Don Franciſco Tornero, es Don Manuel Cañete Marmolejo (22) nieto de otro Manuel Cañete Marmolejo, que litigò en los pleytos antiguos, en los quales diò por ſu Abuela à Maria Lopez Marmolejo, à la que tambien en los pleytos antiguos diò por ſu ſegunda Abuela Bartholomé Ruiz Arcediano, con la diferencia, que en el pleyto del año de 670. le dió por marido à Alonſo Ruiz de Zuñiga, de quienes fue hija Iſabèl de Zuñiga ſu Abuela.

22. Lo que probó con ſeis teſtigos, que depuſieron de conocimiento haſta la Iſabél de Zuñiga, y de oydas, que avia ſido hija de los dichos Alonſo Ruiz de Zuñiga, y Maria Lopez Marmolejo, prima hermana del Fundador.

23. En el pleyto del año de 682. alegò, que avia padecido error, porque Maria Lopez Marmolejo ſu ſegunda Abuela, avia eſtado caſada con Diego Ruiz de Eſtrella Zuñiga, y no con Alonſo Ruiz de Zuñiga.

24. Don Manuel Cañete en aquel pleyto no atendiò, à que Bartholomè Ruiz Arcediano ſe afirmaba, en que Maria Lopez fue muger de Diego Ruiz de la Eſtrella Zuñiga, y alegò eſtuvo caſada cõ Alõſo Ruiz de Zuñiga, y fue prima hermana del Fundador; lo que articulò en la quarta pregunta de ſu Interrogatorio. Los teſtigos que preſentò, fueron Antonio de Galvez, y Cathalina de Valençuela ſu muger, Litigan-

tes en el pleyto, y esta prima hermana de dicho Don Manuel, y nieta que dixo ser de Gabriel Cañete, Abuelo tambien del D. Manuel, cuya tacha le obsta para no merecer fee, *L.8. tit.6. lib.4. Recop.* y les excluye de la fee.

25. Maria Verdejo dize la pregunta de oydas pendiente el pleyto, y que no se acordaba à quiẽ lo avia oydo dezir, por lo qual no merece ningun aprecio. Noguer. *alleg.25. num.289.*

26. Diego de Santa Maria dixo: que solo tiene noticia, el que dicho Manuel Cañete, su Padre, y Abuelo, y demàs sus ascendientes han sido parientes del Fundador, y no sabe lo demàs, que contiene la pregunta. Noguer. *dict. allegat. 25. num.290.*

27. Don Andrès Verdejo de Barajas la depone de oydas. Francisco Isidoro de Baltierra no la sabe. Diego Verdejo Agreda dize, tiene entera noticia, de que Gabriel Cañete fue hijo de Alonso Ruiz de Zuñiga, y Maria Lopez Marmolejo, y que esta era parienta muy cercana de el Fundador: lo qual sabe por averlo oydo dezir assi à diferentes personas, que expressa. Noguer. *dict. num.290.*

28. Ademàs de ser esta vna prueba tan defectuosa, està desvanecida instrumentalmente; porque para corroborar dicho Bartholomé Luis Arçediano el error de dar por marido à su segunda Abuela á el Alõso Ruiz de Zuñiga, en la probança presentò vna Escriptura, de la que consta, que en 20. de Março de 1581. Maria Lopez Marmolejo, viuda de Diego Ruiz de la Estrella, y Bartholomé Ruiz, é Isabel de Zuñiga su muger, vendieron vna parte de casa, y viña, que avian heredado de Mayor de Zuñiga, y Anton Sanchez Barragàn.

29. Con que no se puede dudar, que esta Maria Lopez, muger de Diego Ruiz, fue la segunda Abuela de el Bartholomè Luis Arzediano, porque otorga la Escriptura con Bartholomè Ruiz, y Isabèl de Zuñiga, Abuelos de dicho Arçediano, y por consiguiente, que el error de aver alegado, que su segundo Abuelo avia sido dicho Alõso Ruiz de Zuñiga, es claro, y instrumentalmente probado: y de que se infiere es incierto, que dicha Maria Lopez fue muger de dicho Alonso Ruiz de Zuñiga.

30. Cõvencido el D. Manuèl de esta verdad alega, que pudo la Maria Lopez casar dos vezes; el que pudo no persuade el q̃ fuesse. D. Valenz. *cons.* 100. *n.*91. D. Vela, *dissert.* 46. *num.* 25. Dom. Salgad. *part.* 1. *Labyr. cap.*25. *num.*73. y como cosa de hecho, debe probarla el que la alega. *L. In bello. §. Facta, ff. de capt. & post. reverss.* Barbos. *axiom.* 93. *n.* 27. mayormente siendo odiosas, y teniendo contra sì la presumpcion las segundas nupcias. Escob. *de Purit. part.*1. *quæst.*16. §.3. *n.*7. Balmas. *de Collect. q.*47. *n.*13.

31. Reconociendo el defecto de prueba, con que se hallaba el Don Manuel, se vale tambien de la prueba hecha por dicho Arçediano, y siendo esta opuesta à la que èl hizo, es precisso le obste, y perjudique, para que ni vna, ni otra sea de atender.

32. La identidad de la persona se prueba por el nombre, y apellido; pero si se hallan con algun especial distintivo, que les diversifica, se presume la diversidad, aunque convengan el nombre, y apellido, mayormente en nombres vulgares, y comunes como es el de Maria. Escob. *de Purit. part.*1. *quæst.*16. §.3. *num.*7. 19. *& seqq.*

33. Alegò Manuel Cañete, que la Maria Lopez su segũda Abuela, fue muger de Alonso Ruiz de Zuñiga,

ñiga, la segunda Abuela de Bartholomé Luis Arçediano, fue muger de Diego Ruiz de la Estrella; con que siendo distintas por el diversificativo de diversos maridos, queda en la duda de qual de ellas descienda dicho Don Manuel: si dize, que desciende de la muger de Diego Ruiz de la Estrella, le obsta su confesion, y la prueba hecha por su Abuelo: Si afirma, que desciende de la muger de Alonso Ruiz de Zuñiga, se opone en sus alegatos; porque afirmò, que la segunda Abuela del Arçediano, es la q̃ fue seguda Abuela de Manuel Cañete (18) y esta no fue muger de Alonso Ruiz, como con testigos, y instrumentos probó dicho Arçediano, confessando su primero yerro en averlo afirmado.

34. En cuya perplexidad de alegatos, y pruebas contrarias, ninguna merece aprecio. *L.* 41. *tit.* 16. *L.* 111. *tit.* 18. *p.* 3. porque obstandose causan duda, y vna, ni otra puede vẽcer, ni persuadir la verdad. Escob. *de Purit. part.* 1. *quæst.* 16. §. 1. *num.* 3. 4. 15. *&* 16. *ex leg. Duo sunt Titij. L. Tutor in certus, ff. de testam. tutel.* Noguer. *alleg.* 25. *num.* 281. 312. *in fin.* 313. *&* 318. D. Salgad. *part.* 2. *Labyr. cap.* 9. *ex n.* 6. *& seqq.* Roxas *de Incomp. part.* 4. *cap.* 5. *n.* 26. por la razon del Text. *in leg.* 34. *ff. de vsufr.* ibi: *Invicem sibi impedient.* Et Gom. *in leg.* 45. *Taur. num.* 148. ibi: *Propter incertitudinem, & repugnantiam.*

§. III.

35. COmo à los demás Litigantes les ha sido siempre precisso para poder introducir su pretension, el fundar la exclusion de la familia de Don Francisco Tornero, constandoles la certeza del parentesco con Pedro Marmolejo, y el Bachiller Alonso Marmolejo; todo su fin ha sido el dezir, que el Fundador fue Pedro Marmolejo (6) pero Juan Antonio Tornero Padre del D. Francisco, dixo, que el Fundador era Pedro Marmolejo (11) (Pie. 4. fol. 212. B.) y algunas vezes persuadidos de la verdad han alegado las otras Partes, que el Fundador fue dicho Pedro Marmolejo, (11) assi lo expressó Manuel Delgado Criado (Piez. 4. fol. 290. B.) y Bartholomé Luis Arçediano (Fol. 205.)

36. Aunque en este pleyto, y demanda, que puso Don Francisco Tornero, parece dà á entender, que el Fundador era el Pedro Marmolejo el mayor; tambien se ha valido de lo que dispusieron los tres sobrinos, y no pudiendo la equivocacion del Abogado mudar el hecho, ni la verdad, que resulta de los Autos, Cardin. de Luc. *de Camb. discurs.* 3. *num.* 1. no puede obstar para la determinacion, *ex leg. Vnic. C. vt quem de sunt advocat. sup. à Iud.* Card. de Luc. *de Iudic. disc.* 23. *num.* 30. ibi: *Eadẽque distinctio adhibetur, ac recepta est in materia fideicommissaria, vt scilicèt partis confessio apta non sit inducere fideicommissum, vbi non adsit.*

37. Por lo qual fundarèmos, que en la disposicion de Pedro Marmolejo llamado el Perulero, no huvo fundacion de Vinculo, ni Mayorazgo, y por consiguiente este tuvo su principio, y se deben juzgar, y tener por Fundadores à Pedro, y Alonso Marmolejo su hermano. (11. y 12.)

38. Pedro Marmolejo el mayor en la disposicion del Olivar de Quitapesares, solo pone el gravamen de 12. Missas en cada vn año, el qual no es conjetura de Mayorazgo. Mostazo *de Caus. Pijs, lib.* 2. *cap.* 7. *ex n.* 37. Dom. Castill. *tom.* 4. *Controvers. cap.* 9. *num.* 9. *& tom.* 5. *Controv. cap.* 93. §. 11. *num.* 16.

39. La expresion *para siempre jamás*, siendo terminada á la carga de las Missas, como lo es en dicha disposicion, no induce Vinculo por no terminarse à las personas, como era precisso, para que induxesse perpetuo orden de succeder. D. Castill. *dict. cap.* 93. §. 6. *ex num.* 11. porque se ha de atender el fin, é intencion del que dispone, y no siendo el *para siempre* terminado à favor de la familia, vt dixit Dom. Castill. *dict.* §. 6. *num.* 21. sino à la perpetuìdad de las Missas, puede esta carga ser perpetua, y permanecer para siempre, sin que se succeda por via de Mayorazgo entre los de la familia. Mostazo *dict. cap.* 7. *num.* 45. ibi: *Nam cum Testator prospexerit ad perpetuitatem Anniversarij, mens eius est, vt taxativé ponatur, vt onus reale annexum fundo maiori duratione persistat.*

40. Y vltimamente el llamamiento de sus herederos, y parientes mas propinquos, no concurriendo el que el Testador manifieste se succeda por primogenitura, ò con la preferencia de mayor á menor, y demás conjeturas, que juntò el señor Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *ex num.* 32. & Dom. Castill. *dict. cap.* 93. §. 3. 4. 6. *& seqq.* no se puede, ni debe juzgar gravamen de Vinculo, teniendo à su favor la presumpcion de libres, el que se funda en que no huvo gravamen, como en duda se debe entender. Dom. Castill. *tom.* 4. *cap.* 9. *n.* 1.

41 Esta verdad se reconoce, de que debiendose presumir los primeros llamados noticiosos, y sabidores de la fuerça de la disposicion de dicho Pedro Marmolejo (6) Aguila ad Roxas *part.* 2. *cap.* 5. *num.* 89. Dom. Vela *differt.* 38. *num.* 74. consta, que el dicho Bachiller Alonso Marmolejo en el Codicilo, que otorgò, confessó lo dudoso, y no bien hecho del Vinculo, y assi lo entra disponiendo, y haziendo los llamamientos, y esto fue tratando del Olivar de Castril-Rodrigo, que le mandò dicho su tio, el que aun puede tener mayor duda, que no el de Quitapesares.

42. Porque segun las Clausulas referidas en el num. 2. y 3. manda el quarto de dicho Olivar à dicho Bachiller, en el qual pone el gravamen, de que *no lo pueda vender, ni enagenar, sino que permanezca en sus hijos, ò herederos para siempre, con que se nombren el nombre de Marmolejo para siempre jamàs*, y en la parte, que mandò al Francisco Ruiz, manda: *Y con que se llamen èl, y sus successores del nombre de Marmolejo, y con que no lo puedan vender, sino que permanezca en su linage.* Y aunque todas estas expresiones parece induzcan perpetuìdad, no aviendo contemplado la agnacion, ni familia, no es conjetura de Mayorazgo. Dom. Castill. *dict. cap.* 93. §. 6. *ex num.* 11. & §. 20. *num.* 9.

43. Se regula el gravamen con la distincion, de que quando el precepto del nõbre, y prohibicion de la enagenacion, que por precepto, y por modo precisso para la disposicion, y orden de succeder, se induce fideicommisso absoluto, como se prueba de la ley *Peto* 69. §. 3. *ff. de legat.* 2. ibi: *Fratre hærede instituto peti ne domus alienaretur, sed vt in familia relinqueretur, si non paruerit hæres voluntati, sed domum alienaverit, vel extero hærede instituto decesserit omnes fideicommissum petent qui in familia sunt.* Dom. Molin. *de Primog. dict. cap.* 5. *num.* 27. vers. *Tertio*, ibi: *Et ideò ibi juris consultus declarat succedendum esse per fideicommissum, non per vulgarem, præstandamque esse eam cautionem quę in fideicommissis præstari solet, quod non procedit ex eo quod fideicommissum familiæ relictum fuit, sed ea ratione, quod Testator præcepit bona esse in familia conservanda.*

44. Pero quando el precepto del nombre, y prohibicion de la ena-

enagenacion no fueron por modo dispositivo, sino por causa de demonstracion, y que esperaba el Testador assi se executasse, aun no induce fideicommisso, *vt probatur ex leg. Pater filium* 38. §. *Fundum*, *ff. de legat.* 3. Dom. Molin. *dict. cap.* 5. *num.* 17. ibi: *Nam ideò in ea lege hæc verba non inducunt fideicommissum, quia non per modum rationis expressa fuerunt, sed solum fuerunt enunciativa cuiusdam futuri eventus, quam Testator ex sua dispositione eventurum sperabat.*

45. Y esto lo comprueba, el que si el animo de dicho Testador fuera, el que se fundasse Vinculo en caso de la contravencion diera providencia para la mayor subsistencia, y perpetuídad del Vinculo, lo que no hizo, porque en defecto de contravencion de los dichos sus sobrinos, dize, que vengan dichos bienes á sus herederos: en la manda hecha à dicho Bachiller, ibi: *Y queden, è sean para mis herederos, supr. num.* 2. Y en la hecha à Francisco Ruiz Marmolejo, ibi: *Y los aya, y herede los dichos bienes, que à èl le mandò el dicho Bachiller Alonso Marmolejo su hermano, è sus herederos para siempre jamàs, sup. num.* 3. Y no ay palabras, que induzcan mas la libertad de los bienes, que el llamarlos herederos, pues comprehende no solo los proprios, sino los estraños. Dom. Castill. *dict. cap.* 96. *num.* 1.

46. Con que no dudandose, que el que quiere fundar Mayorazgo apetece la perpetuìdad, y que esta se adquiere por la perpetua subrogacion de personas, Dom. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 15. se manifiesta contraria voluntad de fundar Vinculo el llamar à los herederos sin otra expresion, que lo confirme, y de que se reconoce, que la prohibicion de la enagenacion se terminò solo à las personas de los primeros llamados, y la sobstitucion de los herederos se debe entender vulgar, y no fideicommissaria, segun el *cons.* 21. de Oldrald. Casanat. *cons.* 4. *ex num.* 256. Dom. Castill. *tom.* 5. *cap.* 89. *num.* 29. 55. *& seqq.* Ros. *cons.* 42. *num.* 3. 4. *&* 12. Torre *de Maiorat. tom.* 2. *quæst.* 19. *num.* 21. *tom.* 3. *decis.* 16. *num.* 30. Card. de Luc. *de Fideicom. disc.* 88. *num.* 3. D. Cresp. *observ.* 20. *num.* 13.

47. En cuya atencion, aunque su voluntad huviesse sido de fundar Mayorazgo de dichos bienes, no aviendolo expressado claramente, no se debe tener por dispuesto lo que el Testador no dixo, ò por precissas conjeturas se pueda inducir, ex vulgar. reg. *quod potuit nolluit, quod voluit, adimplere nequivit.* Sim. Baez. Barb. *Axiom. Iur. liter. Q. n.* 21.

48. Como noticiosos, y sabidores los primeros llamados de la voluntad de su tio, *vt sup. num.* 41. su declaracion es de mucho aprecio, y à ella se debe estar en esta materia, Dom. Castill. *tom.* 5. *cap.* 69. vers. *Rursus.* Vno, y otro hizieron los llamamientos, y dispusieron el orden de la succesion, previniendo el Bachiller Alonso Ruiz, que su hermano Pedro lo executasse, *como èl dispusiere, y fuere su voluntad.* Y assi lo hizo dicho Pedro Marmolejo, (11) que despues de algunos llamamientos especificos, que succediesse *el pariente mio mas cercano, sup. num.* 6. y no el de su tio Pedro; con que à aquel no le considerò por Fundador, y si lo tuvo por tal, vsó de la facultad, y voluntad libre, que les dexò para disponer en esta forma, y à la que se entiende se arreglò, porque el exceso no se debe presumir. Dom. Valenç. *cons.* 154. *num.* 18.

49. Y de que se infiere, que aviendo sido los que dieron forma à el Vinculo expressandolo claramente, disponiendo el orden de los llamamientos los dichos Pedro Marmolejo, y el Bachiller Alonso Marmolejo su hermano, aunque se re-

co-

conozca aquel principio por aver avido los bienes de su tio, estos son los que le constituyeron, y hizieron Mayorazgo, y se deben tener por Fundadores. Argum. Text. *in leg.* 3. §. *Planè*, *ff. de Carbonian. edict.* Dom. Valenç. *cons.* 96. *num.* 23. D. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 25. Card. de Luca *de Feud. disc.* 9. *num.* 12. & *in decis. Siciliæ num.* 6.

50. Y la razon es clara, porque el que dispone, ò confirma, y puede no hazerlo se tiene por Fundador, y disponente, y no el otro sobre cuya disposicion se trata, *ex leg. Vnum ex familia* 67. *ff. de legat.* 2. D. Vel. *dissert.* 38. *num.* 74. D. Salg. *p.* 2. *Labyr. cap.* 16. *ex num.* 20. los dichos Pedro Marmolejo, y el Bachiller Alonso Marmolejo, no aviendo dispuesto como lo hizieron, ni aviéndoles dexado su tio comision para ello, fueron libres en dexar los bienes à sus herederos, libres, ó vinculados, por lo qual se deben tener por legitimos Fundadores.

51. En cuyo supuesto no puede Don Manuel Cañete fundar derecho alguno à la succesion: lo primero, por el notorio defecto de prueba de su parentesco, y que mas bien se dirà Don Francisco Tornero: *Non tam potior, quam solus, ex leg.* 2. *ff. qui pot. in pignor. hab.*

52. Lo segnndo, porque D. Francisco Tornero es el immediato pariente, y se halla de mejor linea, y grado, como se reconoce de la filiacion de los dos Litigantes, y à lo que se debe atender para la succession de los Mayorazgos. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 13. & 14. vbi Add. Torre *de Maior. tom.* 1. *cap.* 39. §. 3. *num.* 41. & *cap.* 40. *num.* 5.

53. Y lo tercero, porque el dicho Don Manuel solo propone parentesco generico, y demàs de no averlo probado quando ay otro pariente, que lo manifiesta con distincion de grados, se debe preferir este en la succesion. Mostaz. *de Cauf. Pijs tom.* 1. *lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 50. Mier. *de Maior. part.* 2. *quæst.* 7. *num.* 68. Peregrin. *de Fideicom. artic.* 43. *n.* 65. Dom. Castill. *tom.* 5. *cap.* 93. *num.* 54.

54. Mayormente quando dicho Bachiller Alonso Marmolejo dió facultad à Pedro Marmolejo su hermano, para que este dispusiesse segun su voluntad; en cuya virtud mandó, que despues de sus hijos, y descendientes succediesse, dize, *el pariente mio mas cercano*, y segun aparece del Arbol, no ay otro que lo sea mas cercano, ni pariente en grado conocido del dicho Pedro Marmolejo, (10) sino es Don Francisco Tornero Criado.

§. IV.

55. Y quando se intentasse, que los Vinculos quedaron fundados por dicho Pedro Mamolejo llamado el Perulero, se halla con fundamento muy legal dicho Don Francisco Tornero, para que como pariente induvitado de los prmeros llamados, sea el preferido, y á cuyo favor se declare la succesion.

56. Manda dicho Pedro Marmolejo (6) que el Olivar de Quitapesares sea para dicho Pedro Marmolejo su sobrido, y lo dexe *en sus herederos, y parientes, sup. num.* 1. en el legado hecho à dicho Bachiller Alonso Marmolejo previene, que la parte de Olivar, y mitad de casas, que le dexa, permanezca *en sus herederos, y succesores, sup. num.* 2. Y en el que hizo à favor de Francisco Ruiz Marmolejo, manda, que no puede vender, *sino que permanezca en su linage, sup. num.* 3.

57. Con que entendiendose sus herederos, y parientes respecto á los legatarios, y no al Testador, se halla D. Francisco Tornero incluìdo

en

en el llamamiento. Esta duda la tratò el señor Castill. *tom.* 5. *Controv. cap.*93. §.13. y distingue quando el pronombre *suyos* está equivoco,que se pueda entender,y aplicar à los del Testador, ó à los del legatario; pero quando el nombre de este está immediato, la relacion la haze à él, y se entiende taxativamente de los herederos, y parientes de el legatario, Dom. Castill. *dict.* §.13. *num.*5. con Bellonio *cons.*17. ibi: *Quæ verba sine dubio intelliguntur de familia eorum, aut eius qui alienaverit, & sic gravati. Quo fit vt ex hoc sumatur evidens coniectura voluntatis Testatoris volentis spectari proximitatem gravatorum, non propriam.*

58. Lo qual se comprueba, de que para la succesion siempre se atiende à el gravado, y posseedor. *Leg.*9. *tit.*1. *partit.*2. ibi: *O alguno de los otros que son mas propinquos parientes à los Reyes al tiempo de su finamiëto.* Dom. Greg. Lop. verb. *De su finamiento.* Dom. Castill. *tom.*3.*Controv. cap.*19. *n.* 135. Dom. Valenç. *cons.* 97. *num.*214.

59. Y quando todo lo referido faltára, en el supuesto de que Pedro Marmolejo llamado el Perulero,quisiesse fundar Vinculo de dichos bienes, y este fuesse su animo, es precisso, que su intencion fuesse la perpertuidad, y que para siempre jamàs permaneciesse la prohibicion de la enagenacion,especialmente no aviendo hecho llamamientos, ni restringidolo à ciertas lineas, vt dixit Dom. Castill. *tom.*2. *Controv. cap.* 22. *num.*44. y como esta perpetuìdad no podia subsistir, sino es por la subrogacion, *vt diximus supr. num.* 46. siempre que faltassen los parientes del Fundador, como ha faltado, deberàn succeder los parientes de los llamados, y que explicaron, y declararon en esta forma la voluntad de dicho Pedro Marmolejo su tio. Dom. Molin. *de Primog. lib.*1. *cap.*8. *num.*23. porque se presumen informados de lo que fue su voluntad, y que segun ella dispusieron, como queda fundado en el n.41.

50. Y vltimamente el Testador se presume, q̃ se conforma con la disposicion de derecho, y el que á su imitacion quiso disponer, Roxas *de Incompat. part.* 7. *cap.*6. *num.* 12. Dom. Castill. *tom.* 4. *Controv. cap.* 35. *ex num.* 13. por lo qual quando en la succesion de vn Mayorazgo falta la voluntad expressa, se regula por el orden, y à semejanza del Mayorazgo, que se funda de tercio, y remaniente de quinto, dando el orden à la succesion,como lo diò la ley 27.de Toro. Roxas *de Incomp. part.*1. *cap.*6. *num.*126. *y* 127. y segun funda Dom. Paz *in leg.*200. *Stili n.*164. quando en el Mayorazgo de tercio, y quinto faltaron los parientes, succeden los estraños, para conservar la perpetuídad, y permanencia del Mayorazgo: y assi hallandose Don Francisco Tornero con literal llamamiento, que le hizieron los primeros llamados, por ser el proximo, y vnico pariente de los referidos, espera la determinacion à su favor. S. I. O. V. D. C.

Lic. D. Christoval de Espinosa Ocampo.

POR

DON JOSEPH ANTONIO ROCAMORA, VEZINO, Y REGIDOR PERPETUO de la Ciudad de Murcia.

EN LOS PLEYTOS, Y DEMANDAS,

QUE CONTRA DICHO DON JOSEPH ha intentado, y tiene pendientes en esta Corte D. Bernardo Riquelme Salafranca, vezino, y Regidor Perpetuo de dicha Ciudad.

Impresso en Granada en la Imprenta Real.
Año de 1737.

POR

DON JOSEPH ANTONIO ROCAMORA, VEZINO, Y REGIDOR PERPETUO de la Ciudad de Murcia.

EN LOS PLEYTOS, Y DEMANDAS,

QUE CONTRA DICHO DON JOSEPH ha intentado, y tiene pendientes en esta Corte D. Bernardo Riquelme Salafranca, vezino, y Regidor Perpetuo de dicha Ciudad.

Impresso en Granada en la Imprenta Real.
Año de 1737.

N. 1. CONsta, que en 15. de Abril de 1544. Don Christoval, y Doña Onofra Riquelme su muger, hallandose con tres hijos, que lo fueron Don Onofre Riquelme, Don Francisco Riquelme, y Don Alonso Riquelme, fundaron Vinculo, y Mayorazgo, previniendo, que los succesores vsassen el Apellido de Riquelme solo, y en preeminente lugar; llamaron por primero succesor á Don Onofre Riquelme su hijo mayor, sus hijos, y descendientes.

2. Señalan por bienes de dicha Fundacion vna Casa, y Heredamiento en el Pago de Beniajàn, treinta Taúllas camino de Santa Cathalina, à la parte de afuera del Alquibla, vnas Casas principales Parroquia de San Bartholomè con todas las tiendas, y casas alquiladeras, y el Heredamiento de Mendigo.

3. Y entre otras condiciones es la siguiéte: *Item con tal cargo, y condicion, que vos el dicho Don Onofre Riquelme, luego que tomaredes, y apreciaredes la possession de dichos bienes, de que os hazemos este dicho Mayorazgo, y èl huviere en vuestra persona, que la renta que rentaren los dos años primeros, repartidos en quatro años, porque lo podais gozar entre los dichos años de los demás, por manera, que entre los dichos quatro años, aveis de dexar la mitad de lo que valieren dichos bienes dos años, que los dichos quatro años, sale à ser toda la renta de los dichos dos años, para que lo que assi rentaren, lo depositeis en el Convento de San Francisco de esta Ciudad de Murcia, con el recaudo, que para ello convenga, para que luego, dentro de vn año, compreis, è se compre renta de ello, lo que se pudiere comprar para crecentamiento, y aumento de dicho Vinculo, y Mayorozgo, y esto mismo sea obligado de hazer, y cumplir qualquiera de los succesores llamados à estos bienes: por manera, que cada vn possedor sea obligado, assi como succediere en dichos bienes, de la renta de los dos primeros años repartirla, en la forma susodicha, y hecho el deposito, compre la renta de ellos para que el dicho acrecentamiento, y la renta que assi se huviere, è comprare, querèmos, è mandamos, que estè vnida con los dichos bienes, de que assi hazemos este dicho Mayorazgo, y debaxo de las mismas condiciones, Vinculos, &c. de suso declaradas.*

4. *Y no lo haziendo, ni cumpliendo, assi el dicho Don Onofre Riquelme, ò el succesor llamado à los dichos bienes, que no lo cumpliere, sea privado, y excluso de la succession de ellos, y succeda en ellos el siguiente en grado, con el dicho cargo, y condiciones, y no en otra forma.*

5. No se duda, que Don Luis Riquelme, nieto de dichos Fundadores, possеyò dicho Mayorazgo hasta su muerte, y por el Testamento cerrado, baxo de cuya disposicion muriò, que otorgò en 30. de Mayo de 1617. y se abriò en 16. de Noviembre del mismo año en el que falleciò, dexa fundadas diferentes pias Memorias, y por vna de sus Clausulas legó à Doña Petronila de Roda su muger 500. ducados, y vnas Esclavas, con condicion, de que no contradixesse el Memorial de bienes, que dicho Don Luis avia llevado al Matrimonio, y con que, lo que huviesse de aver la susodicha fuesse en bienes muebles, y no en raìzes. Del Memorial de bienes consta expressó las de la Fundacion antecedente, y vnas casas, que comprò de Don Luis Pacheco Dean, y tres de Don Alonso de Ainza, las que anexa à dicho Vinculo, y 118. Taùllas en el Rincòn de Villanueva, 31. de Morerales en la Condomina, y Alfande, 40. en el Junco, 17. en las nueve Hiniestras, otras 19. de Alfande con su casa, 17. en la Condomina donde dizen las Motas.

6. Mandò, que por su fin,

y muerte se hiziesse inventario, y aprecio de todos sus bienes muebles, y se vendiessen, y cumplido su Testamento en quanto à Missas, Legados, y Funeral, de lo que de ellos procediesse el remaniẽte, se empleasse en propiedades, y se arrimassen al Vinculo, que posseía, y fundaron los dichos Christoval Riquelme, y su muger sus Abuelos, al qual assimismo agregò los demàs bienes raìzes, que dexaba expressados, para que succediesse en todos el successor, y successores de dicho Vinculo.

7. *Y sea con las mismas Clausulas, y condiciones, que las del referido Vinculo, y especialmente con la que el dicho Fundador puso, de que todos, y qualesquiera successores al principio de la possession de dicho Vinculo, y sus bienes, de los primeros quatro años hagan deposito de la mitad de la renta de cada vn año en el Convento de San Francisco de esta Ciudad de Murcia, de manera, que importe la cantidad depositada la renta de dos años enteros, y que con ella se compre renta, y propriedades, que se acrecen, y junten con el dicho Mayorazgo.*

8. *Quiero*, (prosigue) *y es mi voluntad, que todos los bienes, que yo agrego al Vinculo de mi Abuelo, no se entreguen á las personas, que los posseyeren, hasta tanto que se aya acabado la obra de la casa, que para ello serán necessarios 6ɰ. ducados, ò mas lo que fuere menester, con que no sea gasto superfluo.*

9. *Item, por quanto los 6ɰ. ducados, que han de ser para la obra de la casa del Vinculo de mi Abuelo, se han de ir gastando en ella, como fuere cobrandose la renta de mi hazienda: Quiero, y es mi voluntad, que el dicho gasto de la obra se haga por mano de los dichos Cabezaleros, y dexa por su heredero à Don Christoval Riquelme Arronis successor en dichos Vinculos.*

10. Por el Codicilo, q̃ otorgò en dicho año, dispone se dèn á dicho D. Christoval Riquelme los 11. Reposteros que tenìa, en que estavã sus escudos de armas, 9. grandes, y dos pequeños, por manda, q̃ de ellos le haze, con tal cargo, gravamen, y condicion, que no los pueda vender, ni enagenar, en manera alguna; porque mientras duraren, quiere que estèn vinculados, para el adorno de sus casas, assi en vida del susodicho, como de los demàs successores, y si los vendieren, enagenaren, ò empeñarẽ los ayan por perdidos, y pierdan, como si no los huvieran dado.

11. En dichos Mayorazgos, por fallecimiento del Don Luis succediò el Don Christoval Riquelme, y por su muerte, en los bienes libres, y vinculados Doña Juana Riquelme su hija.

12. Por muerte del dicho Don Luis se siguiò juizio de quenta, y particion, entre el Don Christoval, y Doña Petronila de Roda, viuda del dicho Don Luis, el que se feneciò por compromisso executado, en fuerça del qual parece se hizo la particion referida en el año passado de 623. y de la hijuela, que se formò, por lo que en dicha particion huvo de aver el Don Christoval Riquelme por cabeza del Don Luis, fueron 9724765. maravedis, de los que rebaxados las mandas, y legados de Doña Petronila, quedan 9107665. maravedis, y se le adjudicaron para el pago de ellos diferentes cantidades en vacio, y los bienes raìzes, que expresso en su Memorial, muebles, censos, y deudas, que todo importò 10534232. maravedis, llevando demàs 1426567. maravedis, que avia de pagar à la dicha Doña Petronila en la conformidad de dicho compromisso, que hazen reales 41957. y 29. maravedis.

13. En 11. de Marzo de 1625. se otorgò Escriptura por Don Francisco Rocamora y Thomàs, como Administrador de la dicha Doña Juana, y Don Francisco

Fa-

Faxardo de la Cueva, como marido, y conjunta persona de Doña Petronila de Roda, viuda del Don Luis, en que haziendo relacion de la particion referida, y de que estava aprobada, y de que por ella alcançaba la Doña Petronila al caudal, que quedó por muerte del Don Luis, en 38875. reales por remisiones, que avia hecho, derechos que no avia intentado, se avian convenido se pagasse en 6. años, para la que precediò averse hecho informacion de vtilidad, y de esta resulta, que no pagandose en dicha conformidad, era precisso distraer los bienes raízes, que quedaron por muerte del Don Luis, y que se le seguia beneficio en la composicion, porque assi se pagaba con los frutos.

14. En 30. de Septiembre de 1632. se otorgò Escriptura por Sebastian de Cabedo, Poderaviente del Don Francisco Faxardo, y Doña Petronila de Roda su muger, en que confiessa aver recibido, y cobradose con efecto de Don Francisco Rocamora, como Curador, y Administrador de la Doña Juana los 38875. reales, de que diò carta de pago, y finiquito en toda forma.

15. Despues de lo referido, en el año passado de 1654. se siguiò pleyto en esta Corte, que feneciò por transaccion entre Don Juan Pedro de Robles, como marido, y conjunta persona de Doña Maria Riquelme contra la Doña Juana, sobre la succesion de dicho Mayorazgo, y agregado, en que pretendia succeder la Doña Maria, por dezir, que assi la Doña Juana, como el Don Christoval su Padre avian contravenido á lo dispuesto en la fundacion. El Don Christoval no aviendo agregado, y la Doña Juana por lo mismo, y no aver casado en la conformidad, que prevenia la Fundacion, cuyo pleyto se recibiò á prueba, y se presentò interrogatorio por la Doña Maria, articulando la contravencion por no aver hecho dichas agregaciones.

16. En este estado de prueba otorgaron Escriptura de convenio, dando Don Francisco Rocamora, marido de la dicha Doña Juana, al D. Juan Pedro de Robles. 250. ducados cada vn año; cuya Escriptura se otorgò en 12. de Abril de 656.

17. Y en tres de Junio de 654. por la Doña Juana Riquelme se avia otorgado Escriptura, en que haziendo relacion posseer los Mayorazgos, que fundaron Christoval Riquelme, y su muger, y Luis Riquelme, y aver venido à su noticia por pleyto, que le avia puesto Doña Maria Riquelme, muger de Juan Pedro de Robles, que en dichos Vinculos ay condicion de que el successor, que llegare à ser de ellos, tenga obligacion à agregar la mitad de lo que rentaren los 4. primeros años de la possession, de la que no avia tenido noticia por aver quedado al tiempo, que muriò Don Christoval su Padre aun no de vn año; y que aunque siendo de edad de 11. por algunos deudos se le avia requerido cumpliesse con las condiciones, por su poca edad no pudo deliberar, ni conocer la fuerza, que teniã, ò si eran modales, y para que en qualquiera acontecimiento, en el pleyto, que assi se le avia puesto, tenia pedida restitucion, y á mayor abundamiento para purgar la mora, si alguna avia avido, desde luego agregaba à dichos Vinculos 38875. reales, en que Don Luis Riquelme fue alcançado en el pleyto de particion, que por su muerte trató Doña Petronila de Roda su muger, y que pagò Don Francisco Rocamora Tutor de la otorgante, cuya cantidad se avia de baxar de los bienes del Vinculo del Don Luis, pues no pudo vincular mas, que lo que liquidamente quedasse baxada esta cantidad, y que

cumpliendo con la condicion, que se dize contienen, las agrega á los dichos Mayorazgos, y proteſta, que ſi la renta de los dichos Mayorazgos en los 4. años excedieſſe de la dicha cantidad de eſta agregacion, la ſupliria de los demàs ſus bienes.

18. Doña Juana Riquelque muriò el año de 1670. y por no aver dexado ſucceſsion, entrò en la poſſeſsion del Mayorazgo Don Chriſtoval Muñóz de Robles y Riquelme, en cuya poſſeſsion eſtuvo haſta el año de 1696. que por ſentencias de viſta, y reviſta, ſe declarò por ſucceſſora en dichos Mayorazgos à Doña Antonia Muñòz de Robles, à la que ſuccediò dicho Don Bernardo Salafranca y Riquelme ſu nieto actual poſſeedor.

19. La dicha Doña Juana Riquelme de ſus bienes libres inſtituyó por heredero à Don Franciſco Rocamora, Padre del Dicho Don Joſeph Antonio Rocamora, à quien como heredero de dicho ſu Padre, y eſte de la dicha Doña Juana, que lo fue de D. Luis Riquelme, ha pueſto tres pleytos dicho Don Bernardo Salafranca. El primero, que tuvo principio ante la Juſticia de dicha Ciudad de Murcia, pretendiendo ſe condene à dicho Don Joſeph à la paga del importe de los frutos, y rentas de dicho Mayorazgo, de los quatro primeros años, que lo poſſeyeron Don Chriſtoval Riquelme de Arronis, y la Doña Juana Riquelme ſu hija, que en conformidad de la voluntad de los Fundadores debieron agregar, y los frutos, y reditos, que han debido rentar el importe de dichas cantidades.

20. Don Joſeph de Rocamora ha opueſto, y juſtificado varias excepciones, de las que por no repetir el hecho ſe referiràn cada vna en ſu lugar, y entre ellas fue oponer, el que dicha Doña Juana Riquelme avia pagado à Doña Petronila de Roda y Perea, viuda de dicho Don Luis 38ʃ875. reales, de que era acreedora contra el caudal de ſu marido. Concluſo el pleyto, la Juſticia pronunciò ſentencia, condenando al Don Joſeph á la paga de la mitad del importe de la renta de dicho Mayorazgo de los 4. primeros años, que poſſeyò Don Chriſtoval Riquelme, y de los que poſſeyò Doña Juana Riquelme, haziendoſe regulacion, y liquidacion por Peritos, que las Partes nombraſſen, de lo que valieron, ò pudieron valer de arrendamiento las propriedades de dicho Mayorazgo en dichos primeros años rebaxadas las cargas, y de lo que aſsi importare, ſe rebaxaſſen los dichos 38ʃ875. reales, q̃ pagó dicha Doña Juana, declarando eſta cantidad por agregada al Mayorazgo, como todas las demàs cantidades, que conſtaſſe aver incorporado, mejorado, ó adelantado en los bienes de dicho Mayorazgo, ò propriedad, q̃ les huvieſſe percebido; y q̃ antes del abono de la expreſſada cãtidad, ſe defalque del importe de dichas rentas por cada vno de dichos ocho años lo correſpondiente à propriedad, equivalente à dichos 38ʃ875. reales, condenando á el Don Joſeph á el pago de lo que reſtaſſe, y ſe hizieſſe el depoſito en el Convento de Señor San Franciſco de dicha Ciudad en la forma prevenida por los Fundadores, abſolviendo en lo demàs al dicho Don Joſeph.

21. De eſta ſentencia ſe apelò por vna, y otra Parte, y traìdos los Autos, pretenden las Partes ſe revoque dicha ſentencia, en la que à cada vno le es perjudicial, y ſe confirme en lo favorable. Se ha recibido á prueba en eſta inſtancia, en cuyo termino ſe han hecho probanças por las Partes, y preſentado varios inſtrumentos, de que ſe harà mencion en ſu lugar, y ſe halla viſto, ſobre confirmar, ò revocar la ſentencia de la Juſticia. El

22. El segundo pleyto es, demanda puesta en esta Corte por dicho Don Bernardo, en que pretende se condene à dicho Don Joseph Antonio Rocamora, à que pague 6ȳ. ducados, que segun la Clausula referida en los numeros 8. y 9. mandò Don Luis Riquelme se gastassen en la obra de las casas principales del Mayorazgo de su Abuelo.

23. Y à el entrego de los 11. Reposteros, que assimismo dexó vinculados, y agregados á dicho Mayorazgo el expressado Don Luis Riquelme por su codicilo, *vt suprà n.* 10. de cuya demanda pretende el D. Joseph se le absuelva, y dè por libre, imponiendo perpetuo silencio à dicho D. Bernardo, cuyo pleyto se habla acumulado con el primero.

24. Y el tercero, sobre que dicho Don Joseph entregue vna saya de raso bordada de perlas, y otras alhajas de oro, y plata, que dexò en el Vinculo, que fundó Don Christoval Riquelme Comontes.

25. Este pleyto tuvo principio en esta Corte por demanda, que puso dicho Don Bernardo, y se halla assimismo visto, y por vnivocarse muchos de los fundamentos del otro pleyto con este, y no repetirlos en informe separado, ha parecido conveniente incluirle en este, fundando en quatro discursos. En el primero, la ninguna obligacion, q̃ tiene D. Joseph á la subrogacion de los frutos de los quatro primeros años, que posseyeron Don Christoval Riquelme, y Doña Juana Riquelme su hija el Mayorazgo, que fundaron los dichos D. Christoval, y Doña Onofra Riquelme. En el segundo, se manifiesta, q̃ ni de las rentas de la agregacion de D. Luis, ay obligacion de hazerla, y q̃ quando sin perjuizio de la verdad huviesse de hazer dichas agregaciones, qual sea la cantidad liquida, que importaron los frutos de dichos Mayorazgos en los años de 1618. 1619. q̃ fueron los dos primeros, q̃ posseyó dicho D. Christoval, y los de 1625. y 1626. que entrò á posseer la dicha Doña Juana, y que la cumplieron con excesso Don Christoval Riquelme, y Doña Juana Riquelme su hija. En el tercero se prueba la ninguna accion, que dicho D. Bernardo tiene para pedir el pago de los 6ȳ. ducados para la obra de las casas principales del Mayorazgo, y à el entrego de los 11. Reposteros, que dicho Don Luis dexò vinculados. Y en el quarto se funda, que D. Joseph Antonio Rocamora debe ser absuelto de la demanda sobre la entrega de las alhajas, que vinculó Don Christoval Riquelme Comontes.

DISCURSO I.

LA NINGUNA OBLIGACION, QUE D. JOSEPH Antonio Rocamora tiene à la subrogacion de los frutos de los quatro primeros años, que posseyeron Don Christoval Riquelme, y Doña Juana Riquelme su hija, el Mayorazgo, que fundò Don Christoval, y Doña Onofra Riquelme su muger.

§. I.

A Los hijos se le debe la legitima por todos Derechos. El Divino *cap.* 25. *del Levit. vers.* 41. 46. Num. *cap.* 27. *vers.* 6. El Primario, *L. Scripto, ff. vnde liber.* El Secundario, y Primario de las Gentes,

L. 15. *ff. de inoff. testam. L.* 7. *ff. de bon. damnat.* El Civil Antiguo *L. Inter cætera, ff. de liber. & posth. L.* 1. §. *Si filius, ff. de suis, & leg. hæredib.* El Nuevo de Justiniano, *Auth. de hæredib. abinteſt. coll.* 9. Y por el Derecho del Reyno, *L.* 3. *tit.* 13. *part.* 6. *L.* 6. *Taur. quæ eſt L.* 1. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recopil.*

27. Por lo que el Padre no puede poner à el hijo en la porcion de ſu legitima condicion, dilacion, modo, ni gravamen, *L. Quoniam in prioribus, C. de inoffic. Teſt.* ibi: *Vt ſi conditionibus, quibuſdam, vel dilationibus, aut aliqua diſpoſitione moram, vel modum, vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur imminutà eſſe videatur, ipſa conditio, vel dilatio, vel alia diſpoſitio moram, vel quocunque onus introducens tollatur; & ita res procedat, quaſi nihil eorum Teſtamento additum eſſe. L.* 17. *tit.* 1. *L.* 11. *tit.* 4. *part.* 6. Antonio Gomez *tom.* 1. *Var. cap.* 11. *num.* 24. Dom. Molin. *de Primog. lib.* 2. *cap.* 1. *n.* 29. Matien. *in L.* 11. *tit.* 6. *Gloſſ.* 1. *lib.* 5. *Recopil. num.* 1. Dom. Valenç. *conſ.* 182. *num.* 1. Dom. Caſtill. *lib.* 5. *Controv. cap.* 64. *num.* 29. *& cap.* 107. *n.* 36. Dom. Olea *de Ceſſ. Iur.* 3. *quæſt.* 7. *num.* 37. Martin. *inſt. Hiſpan. lib.* 3. *tit.* 7. §. 8. *Gloſ.* 2.

28. Y ſi lo pone neceſsita de la expreſſa aceptacion del hijo, Dom. Molin. *de Hiſp. Primog. lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 7. Dom. Caſtill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 67. *ex num.* 52. Moſtaz. *de Cauſ. Pijs, tom.* 2. *lib.* 6. *cap.* 6. *n.* 13. ſin que baſte el tacito, ni el que ſe podia inducir por la aprehenſion, y poſſeſsion de los bienes, y el hijo, y demàs herederos por mil años los poſſeyeſſen, callaſſen, y no reclamaſſen, Dom. Caſtill. *lib.* 5. *Controv. dict. cap.* 107. *ex num.* 40. D. Salg. *Labyr. Credit. part.* 2. *cap.* 16. *num.* 17. Barb. *Collect. in dict. L. Quoniam in prioribus de inofficioſo Teſt. num.* 29. Aguil. ad Rox. *part.* 1. *cap.* 13. *n.* 27. Ayll. ad Gom. *lib.* 1. *Var. cap.* 11. *n.* 25. verſ. *Vinculum, & ex citat. n. ſeqq.*

29. El gravamen de la legitima puede ſer en la qualidad, ò en la quantidad: en eſta, que es, dexando menos de lo que le pertenece, puede tener lugar el tacito conſentimiento del hijo; pero en el gravamen de la qualidad reſiſtiendole el derecho, y no pudiendo conſiſtir ipſo iure, *vt ſuprà num.* 27. es preciſſo, que el conſentimiento ſea expreſſo, ſin que baſte el tacito, ni el que pudiera inducir la poſſeſsion de muchos años ſin reclamacion. Add. ad Dom. Molin. *L.* 2. *cap.* 11. *num.* 7. verſ. *Aut legitima*, Ayll. ad Gom. *d. cap.* 11. *n.* 25. verſ. *Vinculum*. D. Salg. *dict. cap.* 16. *num.* 17. *&* 18. Dom. Caſtill. *dict. cap.* 107. *n.* 40. *& ſeqq.* Cyriac. *controv.* 148. *n.* 24. *& ſeqq.*

30. Se debe cõſiderar en la diſpoſicion de dicho D. Chriſtoval Riquelme, y ſu muger, dos gravamenes en los bienes de que fundaron el Mayorazgo. El vno incluyendo los bienes de la legitima del hijo, y no dexandole libre la que ſegun Derecho le pertenecia, y eſte es gravamen en la quantidad, y en el que es ſuficiente para que ſubſiſta, y tenga efecto el tacito conſentimiento del hijo, que ſe induce de aver poſſeìdo los bienes, como vinculados, ſin reclamacion, y dexadolos en eſta forma à ſu ſucceſſor. Y el otro gravamen fue de qualidad, ó modo, porque ſe le impuſo para deſpues de eſtar en la poſſeſsion, goze, y vſufructo de los bienes, Dom. Caſtill. *tom.* 4. *Controv. cap.* 55. *num.* 36. *&* 40. Parlad. *diſſer.* 147. *num.* 8. Hermoſill. *in L.* 6. *tit.* 4. *part.* 5. *Gloſſ.* 1. *num.* 1. mandan los Fundadores, el que ſe agregue los frutos de los dos primeros años, y no pudiendo en eſtos tampoco recaer gravamen, *Auth. Noviſsima, C. de inoffi. Teſtam.* Mier. *de Maiorat. part.* 1. *quæſt.* 53. *num.* 14. D. Caſtill. *tom.* 5.

cap. 64. num. 33. se necesita la expressa aceptacion, y consentimiento del hijo para que perjudique á los succesores, *ex suprà citatis num.* 28.

31. Y es la razon, porque siendo condiciones, y gravamenes separados, la aceptacion, y consentimiento en el vno, no prueba, ni arguye aprobacion, y consentimiento en el otro, *ex l. vlt. C. ne vxor. pro marit.* Dom. Salg. *part.* 2. *de Ret. Bull. cap.* 13. *num.* 75. Parej. *de Vniv. Instr. Edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 4. *num.* 14. Carlev. *de Iudic. tit.* 2. *disput.* 2. *num.* 381. 992. *& tit.* 3. *disp.* 23. *n.* 40. *& seqq.* y pudo aprobar el vn gravamen, y no consentir en el otro, *ex leg. Iuris gentium* 7. §. *Adeo, ff. de pactis.* Dom. Salgad. *dict. cap.* 16. *num.* 48. *&* 51. Noguer. *alleg.* 19. *num.* 67. Dom. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 24. Dom. Castill. *lib.* 5. *Controv. cap.* 64. *num.* 12.

32. Es prueba de el consentimiento del hijo, que se contentò con menos de su legitima, la que percibió, y no pidiò, ni reclamò por lo que le faltaba, lo que no succede quando el hijo primer llamado entra en la possession de su legitima, sin que por ello se infiera aceptacion del gravamen, porque vsa de su derecho en percebir, y entrar en possession de los bienes, que le tocan, y lo mismo sucede, y con mayor razon, quando el gravamen es en el modo, ò qualidad. Ita Dom. Salg. *dict. num.* 17. y los demàs citados en el *num.* 29. sin que la aceptacion, en que los bienes quedassen vinculados, sea prueba de que el hijo consintiesse, en que el gravamen quedasse tambien en los frutos, Carlev. *dict. disp.* 23. *num.* 40. ibi: *Assensus non extenditur, de tẽpore ad tempus, neque de loco ad locum, neque de parte ad totum, neque de persona ad personam, neque de casu ad casum, & quid quid in eo est omissum non sub intelligitur, sed relinquitur sub dispositione Iuris communis. Vt in leg. Qui adstringendi 99. ff. de verbor. obligat.*

33. Con tanto rigor, que en el caso, que el Padre le dexe mas bienes, que los que corresponden à la legitima, sin distincion, ni separados de ella, ó vsando de la facultad de la *ley* 27. *de Toro*, mejorando expressamente en el tercio, y remaniente del quinto, queda en la disposicion del derecho comun, en la que se distingue entre la condicion potestativa, y la mixta, ó casual, que la primera subsiste en lo que excede la manda de la legitima; pero las otras en el todo no tienen lugar, *ex leg. Omnimodo, C. de inoffic. Test. leg.* 11. *tit.* 4. *part.* 6. Dom. Castill. *dict. tom.* 5. *cap.* 64. *num.* 42. *& seqq. &* *cap.* 107. *num.* 42.

34. No aviendo otra mejor interpretacion para qualquier hecho, que la observancia, *ex leg. Si de interpretatione, ff. de legib. leg.* 6. *tit.* 2. *part.* 1. Parej. *de Instrum. Edit. tit.* 2. *resolut.* 6. *num.* 301. Mostaz. *de Cauf. Pijs, tom.* 1. *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 18. *&* 19. Gutierr. *lib.* 3. *Pract. quæst.* 16. *num.* 76. *& seqq.* Dom. Castill. *lib.* 5. *Controv. cap.* 93. §. 7. *num.* 2. *& seqq.* Dom. Salg. *part.* 1. *de Retent. cap.* 9. *n.* 9. D. Valenç. *cons.* 88. *num.* 52. Dom. Larr. *alleg.* 92. *num.* 11. Barb. *vot.* 52. *num.* 44. *& in cap.* 8. *de Consuet. num.* 6. *&* 15. Dom. Vel. *dis.* 47. *num.* 21. Pignat. *tom.* 6. *cons.* 85. *num.* 40.

35. Consta, que el Onofre Riquelme, primer llamado, no agregò, ni vsó del precepto de sus Padres, con q̃ fue visto no consintiò, ni quiso consentir en èl de manera alguna, y aunque no constasse el que consintiò, y no agregò el primero llamado, debia justificar D. Bernardo Salafranca, que lo hizo, y no haziendolo, como no lo ha probado, se entiende, y cree, que dicho primero llamado, ni consintiò, ni agregò. Lo primero, por ser fundamento

de su intencion, y es de obligacion del Don Bernardo justificarlo, *leg.* 5. *ff. de probat.* Dom. Vel. *differt.* 3. *n.* 36. Carlev. *de Iud. tit.* 3. *disp.* 34. *n.* 18. Dom. Gonçal. *in cap. Si àliligenti* 17. *num.* 8. *de præscrip.* Mier. *de Maior. part.* 1. *quæst.* 52. *num.* 46. Cyriac. *cont.* 5. *num.* 38. *&* 44. Y lo segundo, porque el consentir, y agregar, es de hecho, el que no se presume, sino se prueba, *leg. In bello.* §. *Facti, ff. de capt. & post lim. reverf.* Dom. Salg. *part.* 2. *de Retent. cap.* 30. §. 2. *num.* 15. Dom. Vel. *dif.* 20. *num.* 38. Carlev. *de Iudic. tit.* 3. *disp.* 8. *num.* 9. Parej. *de Instrum. Edit. tit.* 5. *resol.* 10. *num.* 3. Menoch. *lib.* 6. *præsumpt.* 14.

§. II.

36. PAra mayor Claridad de lo fundado en los numeros antecedentes, es preciso satisfacer à tres reparos, que se pueden oponer, no obstante, que no se han alegado por Don Bernardo Salafranca. El primero, que Don Luis Riquelme, en el Testamento, que otorgò, y agregacion al Vinculo de sus Abuelos, expressa la Clausula de la agregacion de los dos primeros años, refiriendose à la disposicion de dichos sus Abuelos, *vt suprà num.* 7. y si esta no huviera tenido efecto, no hiziera mencion alguna de ella.

37. Lo que se satisface, de que no dize dicho Don Luis, que dicha condicion estava en observancia, que su Padre cumpliò con el precepto, ni que él lo avia executado, ni menos previene, que los succesores lo cumpliessen, por lo que pertenecia á los frutos de los bienes del Mayorazgo de sus Abuelos, y solo manda, que lo practiquen con los que dexa siguiendo, y imitando la voluntad de los referidos, con la diferencia, de que considerando el el que sus Abuelos no lo podian aver hecho sin consentimiento del hijo, el que no avia avido: èl en sus bienes, por no tener heredero forçoso, podia poner el precepto, que le pareciesse, como lo hizo, para que el Mayorazgo fuesse en mayor crecimiento, y aumento.

38. Por lo qual mandò, que se agregassen los frutos de los dos primeros años de los bienes, que èl agregaba; no afirmò, que debian agregarse los frutos de los bienes del Mayorazgo de sus Abuelos, y como omitido el que esta voluntad debia, ò no llevarse á debido efecto la referencia de dicho Don Luis, es de ningun efecto, y nada prueba, dexando la disposicion del primero Mayorazgo en el estado, que por sì pudiere obrar, sin añadirle validacion, à lo que por su naturaleza no la tuviesse, Dom. Vel. *differt.* 49. *n.* 104. Carlev. *de Iud. tit.* 3. *disp.* 4. *n.* 6. Mier. *de Maior. part.* 1. *quæst* 30. *num.* 85. Lar. *de Capell. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 14.

39. Y esto por tres razones. La primera, porque la expression de dicho Don Luis, es relativa á la disposicion de sus Abuelos, y nada prueba, ni adelanta al relato dexando à este con todas sus calidades, y sin adelantarle efecto, ni fuerça alguna, *ex leg. Ait Prætor* 5. §. 1. *ff. de re iudicata.* Dom. Castill. *tom.* 4. *Controv. cap.* 43. *num.* 12. Barb. *vot.* 126. *num.* 320. *& seqq.* Jul. Cap. *tom.* 2. *discept.* 100. *num.* 7.

40. La segunda, porque en los instrumentos se halla lo dispositivo, y lo que tiene respecto à su narrativa, é introduciò, aquello prueba la voluntad del que puede disponer: esto nada haze, ni es argumento de la validacion, *cap.* 7. *de Priv. in* 6. Dom. Solorçan. *tom.* 2. *de Iur. Indiar. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 60. D. Gonç. *in cap. Si Clericus* 5. *de For. compet. num.* 2. con que aviendo dicho Don Luis referido la disposicion de

sus

sus Abuelos, en ella nada pudo disponer, y lo que mandó tendrà efecto en sus bienes, como dueño de ellos, para ponerle los gravamenos, y condiciones, que quiso, *ex leg. 2. ff. si apar. quis. man. sit. Leg. Quidã testam. 96. §. fin. ff. de legat. 1. Leg. In re mandata, C. mandat.*

41. Y la tercera, porque aun quando lo afirmasse como cierto, y lo mandasse como indubitado, era de ningun efecto, porque el Possedor del Mayorazgo no tiene arbitrio, ni facultad para gravar, ni alterar la disposicion del Mayorazgo en cosa alguna. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 1. cap. 9. num. fin.* Dom. Castill. *tom. 6. Controvers. cap. 161. num. 20.* Roxas *de Incompatib. part. 1. cap. 7. n. 29. & seqq. & part. 3. cap. 1. ex num. 20.*

42. Es cierto, que quando el Padre grava la legitima del hijo en la cantidad, ó en la qualidad para que tenga efecto, debe intervenir el consentimiento del hijo, como qneda fundado desde el num. 27. y no pudiendo sin él subsistir, quien se tiene por Fundador es al hijo, no al Padre, Gamm. *decis. 218. num. 4.* Dom. Salgad. *part. 2. Labyr. dict. cap. 16. num. 24. & 84.* Carlev. *de Iudic. tit. 3. disp. 25. ex n. 19.* Add. ad Dom. Molin. *de Primogen. lib. 2. cap. 3. num. 7.* vers. *vltim.* Maldonad. *in dict. num. 7.* Roxas *de Incompatib. part. 1. cap. 6. num. 242.* Aguil. ad Roxas *part. 7. cap. 5. num. 113.* Alvar. Peg. *de Maiorat. tom. 1. cap. 3. n. 37.*

43. Porque la disposicion no se atribuye al que la haze, sino al verdadero dueño que la consiente. *L. In Ædibus 9. §. 2. ff. de donat. Leg. Item eorum 6. §. Si de curiones, ff. quod cuiusq. vniv. nomin. cap. Cum aliquis 4. de Rescript. in 6.* Dom. Molin. *de Primog. lib. 2. cap. 4. num. 12.* Dom. Valençuel. *cons. 63. num. 66.* Carlev. *de Iudic. tit. 3. disp. 25. n. 19. & 20.* Dom. Castill. *de Test. cap. 8. num. 5. & 6.* Noguer. *allegat. 19. num. 73. & seqq.*

44. En cuyo supuesto la fuerça del gravamen la recibe del consentimiento del hijo primero llamado, y como no consta, que expressamente consintiesse en el de agregar los frutos, lo que èl practicò, es lo que se debe atender, no lo que hizieron, ni dixeron los successores. Mostaz. *de Caus. Pijs lib. 3. cap. 2. num. 21. ex leg. Mela 14. §. Sed si alimenta. ff. de alim. & cib. legat.*

45. El segundo reparo es, que por la Escriptura referida en el num. 17. consta, que dicha Doña Juana Riquelme, confessò la obligacion de agregar à el Mayorazgo los frutos de los quatro primeros años, y para cumplir con ella, otorgò la Escriptura en que agregò los 38ʃ 875. reales pagados à Doña Petronila de Roda, Viuda de dicho Don Luis Riquelme.

46. La satisfaccion dada à el reparo antecedente en los nn. 39. 40. y 41. pueden aplicarse para excluir este reparo, concurriendo assimismo, el que la confesion de dicha Doña Juana, no puede perjudicar à los successores, y á la verdad del hecho. Add. ad Molin. *de Primog. lib. 4. cap. 8. num. 3. vers. 6.* Dom. Salg. *part. 4. de Reg. Protect. cap. 8. n. 302. & 347.* Valer. *de Transact. tit. 3. q. 2. á num. 13.* Y porque siendo tan contrario el consentimiento à el error, el que obra con èl, mas bien contradize el acto que haze, que no le confiessa, y aprueba, *ex leg. Si per errorem, ff. de iurisd. omni. Iudic.* D. Gregor. Lopez *in leg. 10. tit. 2. part. 4. Gloss. 2.* Avendañ. *de Censib. cap. 99. num. 9.*

47. Resulta de los Autos, que Don Juan Pedro de Robles, como marido, y conjunta persona de Doña Maria Riquelme puso el pleyto à la Doña Juana, pretendiendo, que por no aver casado con persona del

ape-

apellido de Riquelme, ni agregado ella, ni su Padre le tocaba la succesion à la Doña Maria Riquelme. Considerò el poco fundamento de su demanda, y desistió de ella, contentandose con la cortedad de 250. ducados cada año, *vt sup. n.* 16. *y* 17.

48. Para desvanecer qualquiera reparo, no bien aconsejada dicha Doña Juana, otorgó la dicha Escriptura, de que le puede servir de disculpa la presumpcion, que à su favor tienen las mugeres, y por lo que el derecho les patrocina. *L.* 1. *Ley* 2. §. Ibi: *Opem tullit mulieribus, propter sexus invecilitatem, & §.* 3. *ff. ad S. C. Velleianum, & leg.* 25. §. 1. *ff. de probat.* y assi menos podrá perjudicar à los succesores, los que con justa razon podràn esperar, como dixo *la ley* 44. *tit.* 2. *part.* 3. *el que las cosas, que son fechas con engaño, deben ser desatadas con derecho.*

49. Cuya excepcion es tan poderosa, que no pudiendo el heredero impugnar el hecho de su Autor, *ex leg. Cum à matre, C. de rei vindic.* Gom. *in leg.* 70. *Taur. num.* 10. vers. *Item quaro.* Dom. Castill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 96. *num.* 44. Dom. Larr. *decis.* 6. *num.* 14. Rox. *de Incompat. part.* 5. *cap.* 6. *num.* 12. se limita quando en él interviene error, Cardin. de Luc. *de Fideicomm. disc.* 194. *n.* 4. Torr. *de Maiorat. part.* 3. *decis.* 18. *num.* 68. porque siendo tan contrario al consentimiento el error, como queda fundado en el num. 46. el heredero puede alegar contra lo hecho, por su Autor por defecto de consentimiento, Roxas *dict. cap.* 6. *num.* 19.

50. Y debiendose considerar las dos Fundaciones, la primera, la de los dichos D. Christoval, y Doña Onofra Riquelme, y la segunda la del D. Luis, aunque en aquella considerasse no tenia fuerça la Clausula de la agregacion, por no constar del consentimiento del hijo, y entendiendo, que en la del Don Luis no avia este reparo, es suficiente, para que se verificasse la certeza de la narrativa de el instrumento, el que tuviesse lugar en vna parte de èl, *ex leg. Cum Pater, §. Dulcissimis, ff. de legat.* 2. *Leg. Cum tale, §. Falsum, ff. de condit. & demonstrat.* Surd. *cons.* 389. *num.* 9. D. Castill. *tom.* 6. *Controv. cap.* 120. *n.* 32. ibi: *Pluralis sermo satis est aliquomodo, ac certu respectu possit verificari.* Fussar. *de Substitution. quæst.* 472. *num.* 4.

51. El tercer reparo es, que aviendo los dichos Don Christoval, y Doña Onofra Riquelme impuesto el gravamen, es presumible, y verosimil, que lo pudieron hazer, y assi se debe observar por los succesores, no haziendose vér con claridad lo contrario.

52. Para responder à este reparo, es precisso suponer, que la excepcion de que no tiene lugar el gravamen en la legitima, la pueden oponer, y favorece, no solo al hijo, que en su vida no la contradixo, sino es á todos los succesores, como se infiere de los Autores citados en el num. 29. Pues afirmando, que aunque ayan passado mil años, no perjudica la taciturnidad, es precisso, q̃ favorezca este derecho á qualquiera succesor, ò interessado que lo oponga, ita Dom. Castill. *tom.* 5. *Controvers. cap.* 107. *num.* 72. vers. *Econtrario.* Et Cyriac. *controv.* 148. *num.* 22. *& num.* 27. ibi: *Quod si filius non declarasset, & moreretur, non transmiteret istud ius ad suos hæredes, quod est falsum, & tetigi suprà n.* 22. *& ad id, quod pro suo Achille objicit Gratian. dict. Disceptat. Forens.* 983. *num.* 18. *Quod licet legitima, & eius suplementum transmitatur ius rejiciendi gravamen de ea tamquam privilegium personale competens soli filio, & sic non transmissibile, quia cum lex rejiciat illud ipso Iure, vt deduxi n.* 25. *filius transmitit legitimam liberam ab*

om-

omni onere à lege ipso iure reiecto absque aliqua declaratione filij, vt per fachin, qui huic obiecto satisfacit, lib. 12. *controvers. iur. cap.* 10.

53. Esto supuesto, los dichos Don Christoval Riquelme, y Doña Onofra Riquelme fueron señalando los bienes, en que fundaban el Mayorazgo: Por lo qual, teniendo Don Onofre Riquelme derecho à su legitima, para que el gravamen le perjudique, es precisso justificar, el que dichos bienes exceden de dicha legitima, y como fundamento de la intencion lo debe probar el Actor, por ser la qualidad en que se funda, *vt suprà num.* 35. y no haziendolo, està la accion dudosa. Torr. *de Maioratib. tom.* 3. *decis.* 1. *num.* 5. ibi: *Imperfectam admodum probatio aducitur per coniecturam incertam, & non necessariam, & quæ trahi potest, ad hoc, & ad illud.* Cyriac. *controv.* 5. *num.* 28. ibi: *Dubia est probatio Actoris, & ideò ei non suffragagatur. Cap. Inter sentia* 8. *de probationib. Leg. Neque natales, C. eodem tit.* por lo que no puede recaer cierta sentencia: *Grave satis est, & indicens, vt in re dubia certa detur sententia, cap.* 74. *caus.* 11. *quæst.* 3.

54. Tienen los hijos derecho à todos los bienes de los Padres, aun en vida, *ex leg.* 11. *ff. de lib. & post.* son sus necessarios herederos de lo que dexan despues de la muerte, y assi fundan de derecho, para que sea suyo quanto fue del Padre, *leg.* 10. *tit.* 14. *part.* 3. y esto por titulo de herederos, Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 9. *num.* 25. & ibi Ayll. *cap.* 1. *num.* 7. *& dict. cap.* 9. *num.* 25. Dom. Vela *dissert.* 11. *num.* 42. 48. *&* 109. la mejora *est quota bonorum, & non quota hæreditatis. Leg.* 9. *tit.* 5. *lib.* 3. *for.* Mier. *de Maior. p.* 1. *q.* 52. *n.* 40. *p.* 3. *quæst.* 17. *n.* 49. *&* 50. D. Vel. *diss.* 33. *n.* 50. con que el que se funda, en que el gravamen tuvo lugar, dize, que tuvo bienes en que mejorar, y el hijo no es heredero en ellos, sino voluntariamente llamado à la succession, y teniendo resistencia de derecho, debe el que lo alega probarlo. Mier. *dict. quæst.* 52. *num.* 40. *& num.* 46.

55. El Cyriaco en la *controv.* 5. tratò difussamente esta question, y resuelve con los proprios fundamentos del Mieres, que el que fuere Actor en el pleyto, es el que debe probar el fundamento de su intencion, de forma, que si el hijo, ò quiẽ representa su derecho, pide se le entreguen los bienes del Legado, manda, ó mejora que el Padre haze, por dezir se le perjudica à su legitima, assistiendo à el demandado las reglas de Reo, y Posseedor, debe el hijo probar, que le gravó el Padre su legitima; y justificando el importe de los bienes, se regulará, si el Padre pudo hazer el Legado, ó constituir el gravamen sin perjuizio de la legitima.

56. Pero si el Legatario, Fideicommissario, ò mejorado es Actor, y pide se cumpla la voluntad de el Testador, y el Reo demandado niega, que pudiesse tener lugar la disposicion, entonces el Actor está obligado à probar su demanda, y el liquido cabimento de los bienes, para que el Padre pudiesse imponer el gravamen sin perjuizio de la legitima de los hijos, ita Cyriac. *dict. controv.* 5. *num.* 5. 12. 50. 58. ibi: *Reus autem non habet necesse probare, nisi prius Actor ex parte sua indicaverit fundamentum suæ intentionis.* Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 5. *n.* 33.

57. Con que siendo D. Bernardo Salafranca Actor en este pleyto, y no aviendo probado, que el primer llamado huviesse consentido en el gravamen, ni que los bienes de que se fundò el Mayorazgo fuessen de los que el Padre pudo disponer, pagadas las legitimas integramente à los hijos, le basta á Don Joseph

Antonio Rocamora la negativa para ser absuelto de la dicha demanda. Cyriac. *dict. controvers.* 5. *num.* 67. ibi: *Negativa autem improbabilis, vel impossibilis probatur simpliciter negando.*

DISCURSO II.

SE DEMUESTRA, QUE QUANDO SIN perjuizio de la verdad se huviessen de aver hecho las agregaciones por Don Christoval, y Doña Juana Riquelme su hija, qual sea el importe liquido de los frutos de los años de 1618. 619. 625. y 626. que fueron los primeros de su possession, y que tienen cumplida, y satisfecha dicha obligacion.

§. I.

58. NO se puede dudar, como queda dicho en el num. 40. que Don Luis Riquelme pudo como dueño de sus bienes poner el gravamen, que quisiesse en ellos, se pudiera dezir, que semejante precepto se debe tener por consejo, y solo como vn estimulo à los Possedores para alétarlos á el cumplimiento del Mayorazgo, y conseguir aquellos justos fines, porque se fundan, assi del lustre de la familia, como de la vtilidad de la Republica. Pues con tantos Mayorazgos, que se hallan fundados con semejante Clausula, no hemos visto se aya puesto en controversia, ni executoriado la execucion de este precepto, el Maldonado à el señor Molina *de Primogen. lib. 2. cap. 11. n. 8.* refiere vna decision, aviendo el Fundador mandado agregar al Possedor cierta parte de sus bienes.

59. Y el señor Castillo en el *tom. 5. Controv. cap. 64. 79. & 107.* disputó la question en el caso, que el Padre mandò, que el hijo agregasse su legitima; y resuelve, que si no le pone la pena de privacion à favor de otro tercero, en que passe la succesion de lo que dexa vinculado demàs de la legitima, se resuelve en simple consejo, que no obliga al hijo, *dict. cap. 79.* vers. *Rursus*, ibi: *Gravamen huiusmodi resolvitur in simplex consilium, quod necessario non obligat.*

60. Pero no tratando de el precepto de agregar parte de los frutos, que el Possedor debia percebir, me parece, que se puede dezir lo que hablando de la separacion de Mayorazgos, segun la *ley 7. tit. 7. lib. 5. Recop.* dixo el Aguila ad Roxas *de Incompatibilit. part. 8. cap. 1. num. 54.* refiriendose à las alegaciones escritas por el Condestable de Castilla, sobre el Marquesado de Verlanga, ibi: *Que la tiene reprobada el vso comun de España, desde que la ley se hizo ::: y este caso se ha tenido por tan duro de justificarse, y tan lexos de ser en vtilidad publica, que nunca se ha guardado.* Cuya verdad la acredita con su hecho dicho Don Bernardo Salafranca, tiene confessado, que ha veinte años possee el Mayorazgo, y no ha hecho la agregacion de los frutos de los dos primeros, y si se considerára obligado,

no

no es creìble de sus obligaciones, omitiera el hazerlo antes de proceder con legitima instancia, à que otro cumpliesse semejante precepto, .2 Paralip. cap. 19. vers. 6. ibi: *Et quodcumque iudicaveritis in vos redundabit.*

61. Es grande la diferencia entre el precepto de agregar parte de los bienes del Posseedor, ó de los frutos de los proprios bienes que se vinculan. En el primer caso aviendo aceptado con aquel gravamen, debe cumplirlo, *ex leg. Cum quæreret, ff. de administrat. tutor.* ibi: *Vt in totum agnocere, aut à toto recedere.* En el segundo caso se debe considerar, que el precepto es sobre los frutos, que no han nacido, y dependen de vn futuro evento, y pertenecen por titulo de dominio al Posseedor de el Mayorazgo, y consumidos con buena fee, no ay obligacion de restituirlos, *ex leg. 16. tit. 13. part. 5.* Cardin. de Luca *de Pensionib. disc. 22. num. 15.* ibi: *Ideòque cadere observabant receptam condutionem in materia excusationis á restitutione fructũ præceptorum, & consumptorum in statu bonæ fidei, vel mediæ, cum sufficiat ab esse malam positivam.*

62. Y qualquiera duda basta para exonerarle de su restitucion. Idem Cardin. de Luca *de Fideicomm. disc. 187. num. 10.* ibi: *Et nihilominus dicebam sufficere ex his, id reddi dubium, vt propterea cessaret istorum fructum obligatio, tum ex dicta regula in his specialibus terminis firmata, dict. decis. 187. part. 7. Recop. vt etiam fides media excuset à fructibus consumptis, & non stantibus, quia sufficit abesse malam positivam; tum magis ad rem, quod cum vt suprà Iuris regula clara acusat gravato, vt suos faciat fructum ad hoc vt intret limitatio ex contraria Testatoris voluntate, ista debet esse expressa, seú aliás clara, cum aliás in dubio respondendum sit pro regula contra limitationem, vt advertunt Mantic. dict. lib. 7. tit. 10. num. 7. Peregrin. artic. 49. num. 29. Adeò vt si Testator disponat debita aliaque onera hereditaria adimpleri cum fructibus, non per hoc inducta censetur istorum prohibitio, quin gravati favore cedant, quia potius id resolvitur in consilium, eisque ad gravati favorem cedentibus.* Con cuya doctrina concuerda la del señor Covarr. *lib. 1. Variar. cap. 3. num. 7. & ibi Far. ex num. 31.* y por consiguiente carece de accion Don Bernardo Salafranca, por poder obtener en la restitucion de frutos consumidos mas ha de 100. años.

§. II.

63. QUe se halle reintegrado, y vtilizado el Mayorazgo con las crecidas porciones, que Don Christoval Riquelme, succesor del dicho Don Luis, gastò, y consumió de su proprio caudal, porque se conservassen los bienes raìzes del Mayorazgo, como actualmente lo estàn en èl, es lo que nos parece se ha probado, y manifiesta con suficiente claridad de los Autos.

64. Y para que assi conste, debemos fundar el cargo del importe de los frutos que se piden, para que regulado por V.S. tenga presente, sin atender la reserva que hizo la Justicia, de que los frutos se liquidassen por Peritos conrra el *text. in leg. 3. C. de fructib. & litib. expens.* ibi: *Post absolutum enim divisumque Iudicium nefas est litem alteram consurgere ex litis primę materia. Leg. 2. C. de re iudicat.* ibi: *Res iudicatę si sub prætextu computationis instaurentur, nullus erit lititum finis.* Por lo qual siempre que sea posible, debe la sentencia liquidar, y dar punto fixo al importe de los frutos. *Leg. 20. tit. 9. lib. 3. Leg. 52. tit. 5. lib. 2. Recop.* Ordenanç. desta Chancilleria, *lib. 2. tit. 4. cap. 16.* Cur. Philipic. *part. 1. §. 11.*

num.

num. 10. especialmente aviendo sobre ello tratado las Partes, hecho sus justificaciones, y probanças, en que no pueden adelantar en otro juizio, sino es la dilacion, y las costas.

65. Y el medio de la prueba subsidiaria de Peritos, Cardinal. de Luc. *de Iudic. disc.* 33. *num.* 37. que la Justicia propuso, es menos de atender, y de ningun efecto para este caso, porque el Perito difiere de el testigo, en que este depone de lo que ha percebido por alguno de los cinco sentidos, *leg.* 26. *tit.* 16. *part.* 3. Escob. *de Purit. & Nobilitat. part.* 1. *quæst.* 6. §. 4. *ex num.* 12. *& part.* 2. *quæst.* 3. *num.* 78. Farinac. *de Testib. quæst.* 70. *cap.* 1. *& cap.* 3. *num.* 127. Y aquellos expressan lo que saben, adquirido por ciencia, arte, ò experiencia, Anton. Gom. *tom.* 2. *Variar. cap.* 9. *num.* 5. vers. *Ex superioribus colliges.* P. Thom. Sanchez *de Matr. lib.* 7. *disp.* 113. *num.* 6. D. Amaya *in leg.* 2. *ff. de iur. fici. ex num.* 12. Y assi deben tener presente sobre lo que deponen *ex leg.* 8. §. 1. *ff. fin. regund.* ibi: *Si ita res exigit, oculis que suis subiectis locis.* Cardin. de Luc. *de Iudic. disc.* 33. *num.* 36.

66. Y tratandose de frutos en años, que no pudieron vivir los Peritos, ni estar informados de el estado en que estavan las tierras, la abundancia, ò esterilidad que padecieron, y otras muchas especiales circunstancias, que acaecen en la variedad de los frutos, es dexarles arbitrio à su temeridad, para que depongan sobre lo que no pueden saber, *ex leg.* 4. §. *In litem iurand.* ibi: *Etiam per iurium anceps subire. Leg.* 2. *tit.* 11. *part.* 3. Escob. *de Ratiocin. cap.* 9. *num.* 74. Bobadill. *in Polytic. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 62. Dom. Olea *de Cess. Iur. & act. tit.* 6. *quæst. Miscell. num.* 4.

67. Articulò dicho D. Bernardo ante la Justicia, que las propriedades de dicho Mayorazgo, assi de su primera fundacion, como de las agregadas por Don Luis Riquelme, valen cada vn año actualmente mas de 40ȳ. reales de vellon; y en el tiempo que posseyeron dicho Mayorazgo Don Christoval, y Doña Juana Riquelme su hija, valdrian mas de 3ȳ. ducados de vellon en cada vn año, siendo el motivo de esta diferencia de valores, los que el tiẽpo ha aumentado en las propriedades, y tierras de esta Huerta.

68. Hizo su probança con vn testigo, que lo fue Don Pedro Garcia Menchiròn su Apoderado, y solo dize tener conocimiento de las propriedades de la primitiva Fundacion, y agregacion, por lo que y aver manejado, y percebido los caudales en el año de 734. y 735. que depone, dize le consta importar las Rentas 42ȳ. reales con corta diferencia, sin que pueda dezir lo que redituarian en el tiempo, que las posseyeron el Don Christoval, y Doña Juana, por no tener noticia del estado en que se hallaban, si se persuadia seria menos su procedido por la menos estimacion de las propriedades, y tierras de la Huerta, cuyos valores el tiempo los ha aumentado, sobre cuyo assumpto le asistia á el testigo bastante conocimiento.

69. Este testigo no haze fee por ser vnico, *ex leg. Vbi numerus* 12. *ff. de testib.* y dependiente, como tal Administrador del Don Bernardo, *leg.* 6. *ff. de testib. Leg.* 18. *tit.* 16. *p.* 3. siendo lo mas notable, que teniendo este testigo otorgadas Escripturas de arrendamiento, y arrendadas todas las propriedades del Mayorazgo del Don Christoval, y agregacion del Don Luis, excepto las 12. casas menores en los años de 734. y 735. en 28255. mrs. contra su proprio hecho tuvo animosidad à assegurar, que en dichos años rentaban 42ȳ. reales.

70. Para hazer mas verosi-

mil

mil su intento recebido el pleyto à prueba en esta instancia de vista, se compulsaron por el Receptor, à quien se cometieron las probanças diferentes instrumentos á pedimento de dicho Don Bernardo, que fueron Testimonio de vn pleyto, que siguiò Don Sebastian Riquelme en el año de 1624. pretendiendo se le consignassen de las Rentas de dicho Mayorazgo 2ȳ. ducados, y como era precisso fundamento de su intencion, como lo es de qualquiera, que pretende alimentos el aumento de las Rentas, Dom. Salg. *part.* 1. *Labyr. cap.* 25. *ex num.* 72. para lograr en el arbitrio de los Señores Juezes mayor cantidad, quanto mas copiosas considerassen las Rentas: dixo, que el Mayorazgo que fundò Don Luis Riquelme, rentaba por año 5ȳ. ducados, lo que articuló en su Interrogatorio, y los testigos, que particularmente deponen en esta pregunta, son Gabriel Perez, y Florian Riquelme, los que dizen, que las Rentas de dicho Mayorazgo eran de 4ȳ. ducados, en años buenos mas de 6ȳ. y que vn año con otro era de 5ȳ. ducados; y Sebastian Avilès dixo, que en años fertiles rentaba 5ȳ. ducados, sin que ninguno dè razon de su dicho.

71. Este instrumento es de ningun aprecio, porque no mereciendolo el dicho de Don Sebastian, como interessado, tampoco es de atencion la prueba de testigos examinados en otro pleyto, y entre distintas personas, *ex cap. Inter dilectos*, vers. *Nec attestationes de fidei instrum.* Noguer. *alleg.* 25. *num.* 303. Pareja *de Instrum. Edit. tit.* 7. *resol.* 12. *num.* 14. *& seqq.* Escob. *de Purit. part.* 1. *quæst.* 13. §. 2. *num.* 7. *& seqq.* Por la regla vulgar, de que *res inter alios apta, alijs nocere non debet. Leg. De vnoquoque. Leg. Sapé constitutum est, ff. de re iudicat. cap. Veniens, de Transactionib. cap. Inter dilectas de fidei instrum. Leg.* 20. *tit.* 22. *part.* 3. Dom. Cavarr. *Practic. cap.* 13. *num.* 4.

72. Y aunque huviessen sido examinados con sitacion de D. Fanciſco Rocamora, y en este pleyto producidos, no dando razon de sus dichos, no son de atencion; porque en ella pende toda su fee, *ex leg.* 26. *tit.* 16. *part.* 3.

73. Asimismo compulsó el Receptor vna declaracion, que hizo en 3. de Abril de 1625. Doña Isabèl de Valibrera, Madre, y Tutora de Doña Juana Riquelme, à pedimento de los Albaceas del D. Christoval Riquelme Arroniz, y no deponiendo de todos los bienes, no puede servir de fundamento al Don Bernardo.

74. Y vltimamente consta, que el año de 1629. se sacaron al pregon las propriedades de dichos Mayorazgos, por arrendamiento, por lo que toca á tieras, q̃ se fueron denotando en distintos precios, y en vna summa importan 24ȳ217. Rs.

75. Las casas consta por instrumentos de ambas Partes, que en el año de 628. se sacaron al pregon, y remataron todas en 5124. reales, que vna, y otra partida importaron 29341. reales, y por el instrumento del arrendamiento, que hizo D. Bernardo en el año de 1734. de todos los bienes cõ los de la primera Fundacion, y agregado del D. Luis, resulta estuvieron arrendadas todas en 28255. mrs. como dicho queda en el numero 69. lo que no es de atencion por ser executado pendiente este pleyto, y incluyendo bienes, que no se duda son libres, y por todos estos documentos pretende hazer el cargo à Don Joseph Rocamora.

§. III.

76. PRocede con grande equivocacion en lo referido, porque la computacion de los fru-

tos, se debe arreglar à la correspondiencia de la obligacion, la que produce la accion, que exercita dicho Don Bernardo, *ex leg.* 42. §. 1. *ff. de Procur. inst. in princip. de verb. oblig.*

77. Es el fundamento la voluntad de los Fundadores, los que impusieron al gravamen, y el que no se puede estender à mas de lo que rigorosamente manda, *ex leg. liberto.* 31. §. 4. *ff. neg. gestis*, ibi: *Cum voluntas finem erogationis fecerit*, *leg. Hæreditas* 50. §. 1. *ff. de petition. hæreditat.* ibi *Quia voluntas defuncti, vel in hoc servanda est, vtique si probabilẽ modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator iusserit, non excedat.* Disponen, que el posseedor aya de agregar la renta de los dos primeros años de suposicion, con que no aviendo sido los quatro primeros años, que posseyeron Don Christoval Riquelme, ni Doña Juana Riquelme su hija, los años de 624. 628. 629. y 734. que son los que comprehenden los instrumentos, de que se vale dicho Don Bernardo, de ninguna forma pueden probar la demanda deducida, como que hablã de cosa muy diversa. *Quę variantur tẽpore, non præsumatur de vno tempore ad aliud.* Cyriac. *cont.* 672 *n.* 6.

78. Los frutos, y rentas de vn año, son distintos de las del otro, Dom. Valenç. *cons.* 178. *ex num.* 42. & 43. Carlev. *de Iudicis tit.* 1. *disp.* 2. *ex num.* 964. y identicamente se debe justificar de aquel año, y tiempo en que se pretende la liquidacion de los frutos, *ex leg.* 3. §. 5. *ff. de Iur. Fisci.* ibi: *Iusto pretio non ex præterita emptione, sed ex præsenti stimatione constituit.* Herm. *in leg.* 56. *part.* 5. *Gloss.* 5. *num.* 1. & *Gloss.* 6. *num.* 11. ibi: *Fructus in hoc casu de tempore, quo æstimatio est facienda, præcisse probari debent, & non sufficit allegare, & probare, quod tot fructus soliti sunt colligi.* Dom. Salg. *part.* 4. *de Reg. Protect. cap.* 10. *num.* 144. ibi: *Qui cuncta speculativè, & minuatim secundum temporum distinctionem debent perfrutari.*

79. En cuya atencion en semejantes cargos, y obligaciones, dize tanta correspondiencia los frutos con la obligacion, *ex leg. Siquis ita* 20. *ff. de vsuf. L. Si vsufructus* 6. *L. Cum ita legatum* 41. *ff. de vsu, & vsufruct. legat. L. In singulos* 8. *ff. de annui legat. L. Cum certus* 5. *ff. de tritic. & vin. legat.* que en tanto se hallarà la obligacion de entregar los frutos, en quãto el posseedor los aya percebido, sin q̃ los pueda, ni deba suplir de los frutos de otros años distintos de los señalados, y en los que se constituyò, y señalò la carga, *ex leg. Ex conduct.* 15. §. *Papinianus*, *ff. locat. L. Licet. C. eodem. L.* 22. & 28. *tit.* 8. *part.* 5. Dom. Vel. *dis.* 34. *num.* 56. Dom Olea *de Cess. Iur. & act. tit.* 6. *quæst.* 8. *num.* 28. ibi: *Quando enim res vel annus, ex qua, & in quo fructus sunt percipiendi destinatur taxativè si fructus in illo anno non nascantur, vel minus natum sit, non amplius debetur.* Oter. *de Officialib. part.* 4. *cap.* 11. *num.* 30.

80. La diferencia de los tiempos, ha aumentado tanto los valores de los arrendamientos en la Huerta de Murcia, que probò en la primera instancia D. Joseph de Rocamora, el que las Taùllas, que antes ganan 90. reales por arrendamiento, al presente se arriendan por 400. reales, lo que de hecho proprio depone vn testigo. Cuya probança se haze mas verosimil, pues consta de diferentes testimonios, que en dichos años de 618. y 626. valiò cada onza de hoja de 5. ducados à 60. reales, y las Taúllas de su intrinseco valor de 30. à 34. ducados, y en los años de 727. y 734. se vendiò cada onza de hoja de 8. à 10. pesos, y cada Taúlla, la de menos valor à 100. ducados, de que se prueba se aumentò el valor de las propriedades,

des, y sus frutos desde el año de 626. hasta el de 727. mas de la mitad, y assi lo articulò Don Bernardo, como referimos en el *num.* 67. ibi: *Siendo el motivo de esta diferencia de valores, los que el tiempo ha aumentado en las propriedades, y tierras de esta Huerta.* Cuyo articulo propria confesion de la Parte, *ex leg. Cum præcum, C. de lib. cauf.* Marc. *de Probat. concl.* 368. *n.* 4. Gom. *tom.* 3. *var. cap.* 12. *num.* 4. Dom. Larrea *decis.* 42. *n.* 5. Card. de Luc. *de Iudic. disc.* 23. *num.* 7. es la mas relevante prueba de esta verdad, *arg. leg.* 4. *tit.* 7. *lib.* 4. *Recop.* Dom. Vel. *diff.* 38. *num.* 77. Dom. Valenç. *conf.* 126. *num.* 18. Parej. *de Vniv. Instr. Edit. tit.* 9. *ref.* 2. *num.* 16.

81. Y para manifestar la realidad del producto de dichas rentas de los dos Mayorazgos, en los años de 618. y 619. se presentó testimonio de los arrendamiétos de dicho dos años, por lo perteneciente à tierras, y morerales, y en vna summa importan 12ȳ566. reales cada año. No se hallò al arrendamiento de la Heredad de Mendigo; pero en el año de 1670. se sacò al pregon por arrendamiento, y se rematò en 1155. reales; tampoco consta de los arrendamientos de las casas, hasta el año de 628. que sacadas al pregon, se remataron en diferentes precios cada vna, y todas en 5ȳ124. reales, cuyas partidas en cada año summan 18ȳ845. Rs. y en los dos 37ȳ690.

82. En los años de 625. y 626. que fueron los primeros, que possey6 Doña Juana Riquelme, consta, que las tierras, y Morerales del Vinculo, y agregacion, estuvieron arrendadas en diferentes precios, que componen 17ȳ003. la Heredad del Mendigo en 1ȳ155. reales, las casas en 5ȳ325. reales, que en vna summa importan 23ȳ582. reales, y los dos años 47ȳ164. reales.

83. Contra esta justificacion instrumental, no puede ser atendida la probança hecha por D. Bernardo Salafranca. Lo primero, porque en hechos antiguos deben ser mas bien atendidos los instrumentos, que los testigos, Escob. *de Puritat. & Nobil. part.* 1. *quæst.* 15. *n.* 10. & §. 3. *num.* 12. Dom. Solorç. *de Iur. Ind. tom.* 2. *lib.* 1. *cap.* 26. *n.* 35.

84. Lo segundo, porque los testigos deponen de oydas, y de credulidad, por cuya razon no hazen fee sus dichos, *leg.* 28. & 29. *tit.* 16. *part.* 3. *Leg.* 20. *ttt.* 9. *part.* 4. Dom. Castill. *tom.* 6. *Controv. cap.* 122. *ex num.* 3. Farin. *de Test. quæst.* 69. *num.* 92. D. Valenç. *conf.* 141. *n.* 11. Y lo tercero, porque la prueba de testigos de lo que se puede probar por instrumentos se presume calumniosa, y de ningun efecto, *ex leg. Pactum* 17. *C. de pact. L. Testium* 15. *C. de testib.* Giurb. *decis.* 76. *num.* 16. Farin. *decis.* 314. *num.* 1. Menoch. *lib.* 2. *præsump.* 91. *num.* 11. Carlev. *de Iudic. tit.* 3. *disput.* 13. *num.* 5.

85. Corroborandose la certeza de dichos instrumentos, de los proprios, que ha presentado, y de que se vale dicho Don Bernardo, presentò testimonio de la hijuela, que por muerte de Don Luis Riquelme se formó á Don Christoval Riquelme Arroniz, y por las prorratas de frutos del Mayorazgo de Don Christoval Riquelme, y su muger, se le adjudicaron 4ȳ. reales, y tocandole quatro meses, y diez, y seis dias: consideraron aver rentado por año, poco mas de 11ȳ. reales, y por las Escripturas referidas en el *num.* 81. los bienes de esta primera Fundacion se arrendaron en 11ȳ508. reales, y en el año de 26. segun los arrendamientos puestos al *num.* 82. importan 11ȳ505. reales, de que se manifiesta la vniformidad, y certeza de dichos instrumentos.

86. Asimismo presentò Don Bernardo Salafranca, las Escrip-

cripturas de arrendamiento otorgadas en el año de 1629. y corroboran lo justo de los arrendamientos antecedentes, el importe de las rentas de dicho año de 1629. fueron 24ȳ217. reales, y las 12. casas menores 4ȳ126. que vna, y otra partida summan 28ȳ343. reales, y no debiendo ser el cargo de los frutos, sino es de los bienes vinculados, se hallan incluìdos en dichos arrendamientos, y no son propriedades vinculadas, la del Camino Angosto en 1800. reales, la de la puerta del Molina en 2000. reales, y vnas casas en la Plazuela de San Bertholomè, que en el año de 629. posseía dicha Doña Juana, cuyas tres partidas importan 4800. que rebaxados del todo de los frutos, quedan estos en 23ȳ543. reales, y constando de los instrumentos presentados, y referidos en el *n.* 82. que importaron 23ȳ582. reales, se halla el aver solo 23. reales de diferencia.

87. Y de lo que se prueba la verdad de lo depuesto por los testigos en la probança del dicho Don Joseph Rocamora, en la pregunta 4. de que el valor de las haziendas ha subido desde dicho año cerca de la mitad mas, en cuyo supuesto de los arrendamientos hechos por dicho Don Bernardo de todo el Mayorazgo en el año de 1727. fue en 17ȳ682. reales, en que no se incluyeron 6. casas de las menores, que pueden ganar 2000. reales, que vna, y otra partida hazen 19ȳ682. reales, que son 837. mas, que los 18845. reales, que importaron los frutos en los años de 618. y 619. segun el cargo, que se ha hecho en el *num.* 81. y 3ȳ900. reales menos, que el cargo regulado en el *num.* 82. por los años de 625. y 626.

88. Presentò tambien el arrendamiento, que hizo en el año de 734. y aunque sospechoso por estar pendiente este pleyto, consta que importò por mayor 28ȳ255. à que se debe agregar el arrendamiento de 12. casas, que quando se les regulasse 4000. reales, queda el todo del arrendamiento en 32ȳ455. reales, en que està incluſa la hazienda de la Murta, que es libre, de que se manifiesta el corto exceſſo, que puede aver, no obstante el aumento, que el tiempo le ha dado, y tiene confessado Don Bernardo Salafranca, como notamos en el *num.* 80.

89. El vltimo medio de que se ha valido Don Bernardo Salafranca, es lo que resulta del pleyto, que Don Sebastian Riquelme siguiò en el año de 624. cuyo ningun aprecio para este pleyto queda fundado en los *numeros* 70. 71. y 72. y lo que alegò dicho Don Sebastian fue, que las rentas de dichos Mayorazgos eran de 4ȳ. ducados, y en años fertiles 5ȳ. ducados, y debiendo quedar liquido lo que es de Mayorazgo, y separar lo libre, consta que dicha Doña Juana posseìa en dicho año la hazienda de la puerta de Molina arrendada en 2ȳ. reales, la de el Camino angosto en 1800. la de la Assur 400. la casa de la Plazuela de San Bartholomé 1000. reales, la hazienda de Campo Cohi 1500. reales, cuyas cinco propriedades, que eran libres summan 20ȳ200. reales, que rebaxados de los 4ȳ. ducados restan 23ȳ800. reales, que es à corta diferencia lo que resulta de los arrendamientos referidos en los *numeros* 81. y 82.

90. En este tiempo posseìa tambien la Doña Juana el Mayorazgo, que fundò Don Gomez del Peñaranda, que por no estar liquido el importe de sus frutos, no se puede rebaxar para que se manifieste con toda claridad, que aun en este instrumento, en que los testigos, y el Don Sebastian para lograr crecidos alimentos, dieron tanto aumento à las rentas, calificando lo verosimil de las

que

que queda hecho el cargo, y que por estar confundido, y sin separar, ni liquidar con distincion, los bienes libres de los vinculados, y entre estos los pertenecientes al Mayorazgo de Riquelme, no merece semejante prueba aprecio alguno para la condenacion. *Quoniam paria sunt non esse vel non certo aparere, ex leg. 77. ff. de contrah. empt.* Escob. *de Purit. part. 1. quæst. 16. §. 1. num. 21.* debiendose la duda interpretar contra el que produce el instrumento, Barb. *vot. 4. num. 13.* Noguer. *alleg. 25. num. 281. & 312. in fin.* Dom. Larr. *alleg. 93. num. 9.*

91. Nunca se ha oydo, ni pensado dezir, que el Mayorazgo, que posseè Don Bernardo (que se compone del que fundò Don Christoval Riquelme Arronis, de la agregacion del Don Luis, y de el que fundò Don Diego Riquelme Comontes) aya producido mas que 42ɱ. reales, y esto solamente por la declaracion de su Administrador, y por lo alegado por el D. Bernardo, fundãdose este en los arrendamiẽtos de 734. (que como dicho queda en el *n.* 69. y 75. son sospechosos) pero aunque dicha declaracion, y arrendamientos no fuessen despreciables por lo dicho al *n.* 69. y 75. debiẽdose rebaxar de dicha cantidad el importe de los frutos del Mayorazgo, que fundò Don Diego Riquelme Comontes, (porque este no pide agregacion) que segun testimonio presentado por el Don Bernardo, fue su renta en el año de 1624. 15ɱ. reales, parece que las rẽtas, que actualmente producen los Meyorazgos del Don Christoval, y agregacion del Don Luis, son 27ɱ. reales, y á lo mas atendiendo à las Escripturas, que se expressan en el *num.* 68. y 75. sospechosas, incluyendo las 12. casas menores 32ɱ. reales, de los quales rebaxando el aumento de las rentas, que oy tienen dichas propriedades del que tenian en los años de 618. 25. y 26. segun que assi lo confiessa el Don Bernardo *num.* 67. y 68. es clara, y evidente la realidad de los arrendamientos presentados por el Don Joseph, referidos en los *numeros* 81. y 82. sin que en esto quede mas duda, que la que ofrece el no separar el Don Bernardo los frutos de la hazienda de Coy, Vinculo fundado por el Don Diego Riquelme Comontes.

92. De estos frutos es precisso rebaxar las cargas, y pensiones, que tuviessen; gastos, y menoscabos para su recogimiento, *ex leg. Filio familias 25. ff. solut. matrim.* Lar. *de Alim. in §. Sed si filius, num. 36.* D. Covarr. *lib. 1. Var. cap. 3. num. 3.* Garc. *de Expens. cap. 1. ex num. 11.* Card. de Luc. *de Dot. disc. 166. num. 60. de Credit. disc. 16. num. 12. de Benef. disc. 88. num. 4. & 5. de Pensionib. disc. 33. num. 8.* las cargas, que dichas Fundaciones tienen, son vna pia memoria perpetua à San Francisco de vna Missa todos los dias del año, y por ella 900. reales, otra Missa en cada vna de las Fiestas de las tres Pasquas del año, y de limosna vn ducado, cada vna Missa, que se han de dezir en la Hermita de Mendigo, 4. arrobas de azeite à Santa Cathalina del Monte, cuyas cargas dexò dicho Don Luis.

93. Las obras, reparos, vacíos, y costas de cobranças, son tambien diminucion de los frutos, en que à lo menos se deben regular vn año con otro la tercera parte, *ex Authent. si quas, C. de Sacrosc. Eccles.*

94. En el pleyto, que siguiò Don Juan Pedro de Robles con dicha Doña Juana, que queda referido en el num. 15. hizo probança la Doña Juana, sobre el aver reparado los bienes (lo que depusieron los testigos) para evitar el perjuizio de las aguas, y ramblas, que avian arruinado mas de la mitad de las casas de la

Ciudad; y tres añaden, que avia hecho muchas mejoras, y gastado para ello muchos ducados; vno de dichos testigos, que es Albañil, dize: que por sí gastò en la casa principal 4ȳ. reales, en las Acessorias 800. en las del Rayguero 1ȳ500. que vió de materiales prevenidos 3ȳ. reales, y que Juan de Avellaneda, Albañil, avia hecho otras obras, el que dize gastò por sì 1650. reales en la casa de Mendigo, y en la principal en vna cavalleriza, y otros reparos 2750. en la de San Angel mas de 3ȳ. reales, sin otras muchas obras, que hizo en las demàs haziendas, y las partidas expressadas summá 13700. Rs. y aunque no fueron estos gastos en los quatro primeros años de las possessiones, haze verosimil el que en 12. casas, y las haziendas de la Huerta expuestas à los daños de las avenidas, y otros precissos, y annuales reparos, es muy moderada la rebaxa de la tercia parte.

§. IV.

95. LA demonstracion de que Don Christoval Riquelme, successor en el Mayorazgo, y heredero de Don Luis Riquelme, expendiò, y consumiò crecidas cantidades de su proprio caudal, para q̃ los bienes raizes, que para la agregacion dexò dicho Don Luis se conservassen integros, como con efecto lo estàn de presente, ha de resultar de los Autos de inventario, quenta, y particion, que se hizieron por muerte de dicho Don Luis.

96. Consta, que el cuerpo de bienes importò 15704668. maravedis, la Doña Petronila de Roda, Viuda del Don Luis, por su dote, mitad de multiplicado, y demás derechos huvo de aver 6597002. mrs. para cuyo pago se le adjudicaron diferentes contratos de censo, los bienes raizes conocidos de su dote, y otros comprados durante el matrimonio en el Pago de Carabija, diferentes bienes muebles, y deudas, y le faltó para el pago 1426567. mrs. que le avia de pagar el Don Christoval, por llevarlos demás en su hijuela.

97. El Don Christoval huvo de aver para el pago de todo 10534232. mrs. para lo qual se le adjudicaron las deudas, que pagò el Don Luis durante el matrimonio, y avia llevado à èl, censos que redimió, gastos del Testamento de Doña Onofra su hermana, y Doña Blanca su Madre, y otras, assimismo en vacío hasta en cantidad de 3543678. mrs.

98. Se le adjudicò todo lo que avian importado las obras, reparos, y mejoramientos hechos por el Don Luis en los bienes vinculados, y libres que possedía, hasta en cantidad de 707860. mrs.

99. En deudas perdidas, y dudosas hasta en cantidad de 112336. mrs.

100. Y en bienes raizes, que se expressan en la memoria referida en el num. 5. y à que se remitiò en su Testamento el Don Luis, hasta en cantidad de 4693107. mrs.

101. Cuyas quarro partidas importan 9056981. mrs. los quales rebaxados de 10534232. mrs. que importò el todo de lo que se le adjudicò en dichas partidas, y en bienes muebles, y semovientes, resultó quedar en su poder 1477250. mrs. de los que rebaxada la cantidad, que debió pagar à Doña Petronila, que fueron 1426567. mrs. le quedaron de la herencia, y por bienes libres 51185. mrs.

102. Y lo que de dichos Autos consta gastò en el Entierro de dicho Don Luis, fueron 460332. mrs. que vnidos con el 1426065. mrs. que debiò pagar à la Doña Petronila, hazen 1886097. mrs. cuya cantidad

dad reſtada de lo que quedò, y entrò efectivo en poder de dicho Don Chriſtoval, que fueron 1477250. reſulta gaſtò de ſu caudal 408847. que reducidos à reales, importan 12024. reales, y 31. mrs.

103. Tambien conſta de la hijuela del Don Luis, que debiò pagar à Pedro Suarez 60. ducados, para vna memoria, que dexò fundada en San Bartholomé, ſe compraron cenſos, que importaron 1540. reales. A Pedro Suarez, por vn Legado de 100. ducados, que le hizo dicho Don Luis, y al Convento de Gracia otra manda de 10. ducados.

104. Las Miſſas que dexò por ſu Teſtamento, fueron 3090. y en la hijuela ſolo ſe mencionan dichas 1690. cuyo exceſſo es preciſſo lo cumplieſſe dicho Don Chriſtoval: Se articulò por Don Joſeph Rocamora, que todas las mandas, y Legados de los Teſtamentos ſe cumplen por los cabezaleros, y herederos, quando quedan bienes ſuficientes del defunto, ſin exemplar, de que aviendo bienes ſe aya quedado el Teſtaméto por cumplir, la deponen dos Curas, y otro Presbytero, y ſobre que ſe podia aver preſentado crecido numero de teſtigos; y no negandolo D. Bernardo Salafranca, es ſuficiente para ſu certeza. Parej. *de Vnic. Inſtrum. Edit. tit. 1. reſolut. 3. §. 5. num. 20.* Dom. Salgad. *part. 1. Labyr. cap. 22. num. 24.* ibi: *Qualitas exceptio, aut inſtrumentum informe deductum in Iudicio quorum copia fuit data adverſario, ſi non impugnaverit, videtur conſentire, & aprobare, ita vt pars deducens ad probationem eorum à ſe deductorum vlterius non cogantur, cum per aprobationem tacitam probata remaneant, nec vlterius admittitur adverſarius ad ea impugnanda.*

105. No es preſumible, que el Juez Eccleſiaſtico omitieſſe el ſolicitar ſe dixeſſen dichas Miſſas, aviendo dexado el Don Luis caudal, y ſer. eſte cumplimiento el mas preciſſo, y principal fin del Teſtador, y al que con mas diligencia, y cuydado deben ocurrir los herederos, y teſtamentarios. Moſtaz. *de Cauſ. Pijs, tom. 1. lib. 2. cap. 5. num. 1. & cap. 6. num. 11. & 16.* con que quedaron de ſu cargo las 1400. Miſſas, que ſegun ſu regular limoſna, ſon 2800. reales, y de que no podemos dudar ſu cumplimiento. *Leg. 2. tit. 5. lib. 5. Recop.* ibi: *Que en quanto à las Miſſas, memorias, limoſnas, y lo demás que toca al ſervicio de Dios, y bien de las Igleſias, ſe guarde, y cumpla, ſegun que los difuntos, y ſus Teſtamentarios, y herederos lo mandaren, y ordenaren; lo qual no entendemos diminuir, ſino que antes ſe crezca, y acreciente, que lo que ſe gaſtaba en vanas demonſtraciones, y apariencias, ſe gaſtaſſe, y diſtribuyeſſe en lo que es ſervicio de Dios, y aumento del Culto Divino, y bien de las Animas de los difuntos.*

106. Tiene reconocida reſiſtencia la pretenſion, que deſpues de muchos años, y en tiempo, que han fallecido las perſonas, que eſtàn informadas del verdadero hecho, y pueden con conocimiento juſtificar las excepciones, ſe introduce Eſcobar *de Ratiocin. cap. 37. num. 6.* verſ. *Ex quibus*: como ſe comprueba de los dos caſos milagroſos, que refiere Carrill. *en la Bull. de difunt. part. 1. cap. 12. num. 7. & cap. 13. num. 1.* pero en el modo poſsible ha procurado Don Joſeph de Rocamora manifeſtar, que fue de grande beneficio al Mayorazgo quanto gaſtò el Don Chriſtoval, y aſsi, ni el Don Juan Pedro de Robles feneciò el pleyto, que principiò el año de 1654. y queda referido en el num. 15. ni deſpues de la muerte de dicha Doña Juana ſe ha movido tal pretenſion.

107. El que gaſta en beneficio de otro, y aumento de ſu caudal, eſtá, y queda obligado à la ſatisfaccion, *ex leg. 6. §. 6. ff. de negot. geſt.*

L. 7.

Leg.7. tit.1. part.5. & leg.5. tit.16. part.7. Dom. Salgad. *part.1. Labyr. cap.24. num.104. & part.3. cap.9. num.21.* Noguer. *alleg.11. num.83.* Rof. *conf.8. num.72.* y si se le pide algun pago, opone justamente la compensacion de su debito con el credito, *ex leg. Cum alter. L. seq. ff. de compens. L. Si constat, C. eod. L.21. tit.14. part.5.* fundado en equidad, y justicia, *ex leg.32. ff. de reb. credit.* ibi: *Sed quia pecunia mea quæ ad te pervenit, eam mihi à te reddi bonum, & æquum est.*

108. Las partidas referidas desde el num.102. resultan liquidamente justificadas de los Autos de la quenta, y particion, y las demàs, que ha podido Don Joseph de Rocamora justificar en este pleyto, son, que D. Christoval Riquelme, como Posseedor del Mayorazgo, siguiò vn pleyto, sobre que Don Pedro Cevallos pretendia, eran libres 4. casas de las de la Parroquia de San Bartholomè. Y los testigos examinados sobre este particular, son tres Escrivanos, que han visto los Autos, y por sus gastos regulan de 300. à 400. reales, cuyo gasto es tan precisso, y debido, como dixo el Cardin. de Luca *de Pensionib. disc.33. nnm.9.* ibi: *Expensæ litis dicuntur debitis quantumvis anterioribus, & privilegiatis potiores, ad instar illarum expensarum, quas pro cultura, vel collectione eorundem fructuum facere oportet. Quodque expensæ pro sustinenda lite in recuperatione, vel defensione fideicommissi, vel feudi, seù emphyteusis, vel eius partis refici debent per dominum in casu debolutionis, vel per successorem, quamvis iure proprio ac independenter venientem.*

109. Por el Testamento que otorgò dicho Don Luis Riquelme, mandò, que el dia de su Entierro acompañassen su cuerpo todos los Clerigos, que se hallassen en dicha Ciudad, y extramuros, con 12. hachas, y las Cofadrias con la de Señor Santiago, y à cada Clerigo se le diesse vna vela, asistencia de pobres, que se vistiessen de vno, y otro sexo, Missas en todos los Conventos, y por todos los Clerigos, que à su costa se traxesse vn Cura Freyle de su Orden, para que se hallasse en su muerte, y hiziesse el Entierro con otras muchas Clausulas, crecido numero de Missas, y gastos, para lo que seria precisso crecidas cantidades.

110. Lo primero que hizo, y debiò hazer Don Christoval Riquelme, fue pagar el Funeral, Missas, y entierro, es deuda tan precissa, pia, y Religiosa, que se prefiere, y antepone à otra qualquiera, *leg. Impensa, ff. de Relig. & sump. fun. L.30. tit.13. part.5.* Garc. *de Exp. cap.8. num.18. & 23.* lo executò correspondiendo à su obligacion à lo dispuesto por el Testador, y à la debida atencion de persona de las circunstancias, y lustre de dicho Don Luis, *leg.12. tit.13. part.1.* Angul. *de Melior. in leg.13. Gloss.1. n.15.* Garc. *dict. cap.8. num.15.* D. Ram. *ad LL. Iul. & Pap. lib.1. cap.20. num.3.* ibi: *Proindè horum lugubrium sumptus, apud nos non modo vtilis probabilisquè, sed etiam necessarius censendus est; vtpote sine quò salva dignitate defuncti, funus dici non potest. Et cap.21. num.3.* ibi: *Item eleemosinæ pro suffragis animæ, & Ecclesiæ præsibus, aut erga Ecclesiam, & Clericos funeris, & pietatis intuito impendendæ, quæ singula Christianorum principuum legibus taxari, aut coartari alienum á pietate eorum esse.* A lo que alude el verso, que refiere en el *num.13.*

Quis quis honos tumuli, quid quid solamem humandi est.

Y de la Reyna Dido, dixo Virgilio 4. Æneid.

Coniugis antiqui, miro quod honore colebat.

El

El P. Pomey *de Funerib. cap.* 1. §. 1. ibi: *Pia, & Sancta*: Latinis: Iusta *dicantur. Ex quo illæ fluxere funebres loquendi formulæ*: iusta facere, iusta solvere, iusta peragere, *quod idem est, ac funus alicui facere.* Iusta, *item sepultura dicta est, cui nihil eorum deerat, quæ leges patriquæ mores requirerent.* Pign. *tom.* 4. *conf.* 229. *per tot.*

111. Dexando dispuesto dicho Don Luis, que se le dixessen Missa por los Clerigos de todas las Parroquias el dia de su entierro, procuró Don Joseph de Rocamora justificar los Sacerdotes, que en las 10. Parroquias, que avia en dicho tiempo, y permanecen en el presente. No pudo aver testigo alguno, que con seguridad lo pudiesse afirmar, pero instrumentalmente se halla justificado; pues consta de la dicha hijuela, y Autos de particion, que à los Colectores de las diez Parroquias, se les pagaron 103. Missas, por las que se dixeron el dia del entierro del dicho Don Luis, confirma lo dispuesto por este, y en estos terminos es evidente, que à lo menos en aquel tiempo existian 103. Sacerdotes en dicha Ciudad.

112. Mandò dicho Don Luis, como queda dicho en el *num.* 109. que asistiessen á su entierro todos los Clerigos, que huviesse en dicha Ciudad, para cuyo fin articulò, que en las diez Parroquias, segun lo populoso del Pueblo, avia mas de 150. Clerigos, aunque ningun testigo lo depone; pero es verosimil esta regulacion, porque constando de la hijuela, que el dia del entierro se dixeron por los Colectores 103. Missas, *vt suprà num.* 111. es constante, que algunos mas Clerigos avia en dicha Ciudad, y de Menores Ordenes mas de 47. lo qual es suficiente fundamento, para que V. S. le aprecie, *ad leg. Ob carmen* 21. §. 3. *ff. de testib.* ibi: *Confirmabitque iudex motum animi sui ex argumentis, & testimonijs, quæ rei aptiora, & vero proximiora esse compererit.*

113. Consta, que en entierros de semejante pompa, y extramuros, como lo està el Convento de San Francisco, se dà à cada Clerigo 16. reales, que son 2400. Rs. al Cura 143. y al Sacristan 51. y las tres partidas 2595. reales.

114. Es consiguiente precisso el pago de la quarta funeral, es este debito tan precisso, como justo, Pignat. *tom.* 6. *conf.* 88. *num.* 6. ibi: *Quarto quia funeralia debentur, vt inquit Roman. dict. conf.* 344. *loco Canonicæ portionis Ecclesiæ Parroquiali debitæ, aut tamquam pars congruæ quæ sivè respectu Altaris, & Divini Cultus, sivé in honestam subsistentationem, aut ipsius Ecclesiæ, aut eius Rectoris, ac Ministrorum, aut etiam in eiusdem Ecclesiæ, aut Curæ onerum supportationem, sivè etiam ad instar quartæ quæ debetur filijs in bonis parentum, parentibus in bonis filiorem, viro in bonis vxoris, & vxori in bonis viri, at tamquam alia legitima portio, qua Ecclesiæ vti mater seù pater, aut filius, fraudari non debet.*

115. Se debe quando se elige sepultura fuera de su Parroquia, segun el *cap.* 8. & 9. *de Sepult. cap.* 13. *sess.* 25. *de Reform. Concil. Trident.* Dom. Gonç. *in dict. cap.* 8. *ex num.* 3. Mostaz. *de Caus. Pijs tom.* 1. *lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 41. Ram. *ad LL. Jul. & Pap. lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 3. Pignat. *tom.* 1. *conf.* 309. *tom.* 4. *conf.* 225. *num.* 3. *& seqq. tom.* 6. *dict. conf.* 88. *n.* 2. *& tom.* 9. *conf.* 145. *n.* 19. *& conf.* 169. *n.* 17. se regula segun la costumbre, *dict. cap.* 9. *de Sepult.* ibi: *Nos tale præbemus in hac varietate responsum, vt sicut Hieronymus inquit, vnaque quæ provincia in suo sensu abundet, & secundum rationabilem consuetudinem Regionis illa justitia circa medietam, vel tertiam, aut quartam partem pro locorum diversitatibus attendatur.* Aunque Don Joseph Rocamora no huviera justificado, como

lo ha hecho, qual sea la regulacion de los derechos, no aviendo manifestado Don Bernardo Salafranca, que se debiò pagar el año de 617. por la quarta funeral del Don Luis, ni que en dicha Ciudad aya costumbre, que limite la disposicion de derecho, esta haze regla por la que se debe estar, Dom. Vel. *diff.* 3. *num.* 36. *diff.* 34. *num.* 23. Dom. Castill. *tom.* 1. *Controv. cap.* 61. *n.* 5. Parej. *de Vniv. Inst. Edit. tit.* 6. *ref.* 7. *num.* 54.

116. Es la tercia parte segun el *cap.* 1. ò la quarta, por el *cap. Cum super* 8. *cap. In nostra* 10. *de Sepult.* de todo lo que se gasta en el dia del entierro, y novenario, en sepultura, ofrenda, cera, y Missas, *ex Clement. Dudum*, §. *Verum de Sepult.* Barb. *in dict. cap.* 13. *sess.* 25. *Conc. Trident.* Dom. Gonç. *in dict. cap.* 8. *de Sepult. num.* 6. Lar. *de Capell. lib.* 1. *cap.* 25. *num.* 51. *& seqq.* por lo qual en vn funeral tan crecido, harà V.S. el juizio, que fuere servido, porque no faltando la equidad obre la justicia, y que quanto Don Christoval Riquelme tan en beneficio de la voluntad, obsequio, y reconocimiento del Don Luis, no tuvo limite à las expensas, no se le escaseen en beneficio solo del Mayorazgo, *ex. leg.* 15. §. *vlt. ff. de legat. præst.* ibi: *Absurdum est illum commoda hereditatis habere, alterum onera substinere.*

117. Justificó asimismo Don Joseph Antonio Rocamora, que la tercera parte de Missas, que se expressan, y mandan en los Testamentos, tocan, y pertenecen à la Parroquia de donde era Feligrès el difunto, y que para ellas se paga vn quartillo mas de la limosna acostumbrada, y que ademàs de estos derechos, y los de entierro se paga quarta funeral en entierros, que se hazen en Conventos extramuros de la Ciudad, y que de estos lo es el de el Señor San Francisco donde fue enterrado el Don Luis Riquelme.

118. De todo resulta justificado, que las partidas, que demàs de lo incluso en dicha hijuela gastò Don Christoval Riquelme, que debia el hazienda del Don Luis, fueron 660. reales, para completar los 200. ducados de la memoria de San Bartholomè, 100. ducados que mandò Don Luis se entregassen à Pedro Suarez para lo que le tenia comunicado, otros 660. reales, que se le debian á dicho Pedro Suarez, los 110. reales, que el dicho Don Luis mandò al Convento de Nuestra Señora de Gracia, por los gastos del pleyto de las casas, referido en el *n.* 108. 350. por el gasto de entierro, de Cura, Sacristan, y Clero 2595. segun el *num.* 113. y por la quarta funeral debida, segun queda fundado desde el *num.* 114. 6y. reales, sin incluir en estas partidas el exceso de Missas, las quales dichas partidas juntas con 12024. reales, y 31. maravedis del *n.* 102. *in fin.* importan 23499. Rs.

119. Las rentas del Mayorazgo primitivo en los quatro años de las primeras possessiones de Don Christoval, y Doña Juana Riquelme, importan 45420. reales, de lo que se ha de rebaxar la tercia parte, por razon de obras, reparos, vacios, carga de administracion, y otras muchas pèrdidas, que acontecen, y son precissas para el liquido cargo de los frutos, como fundamos en los *numeros* 92. y 93. queda el cargo liquido de los frutos de dicha primera fundacion en 30280. reales, que conferidos con los 23499. reales, restan 6781. reales, que teniendo consideracion à los muchos gastos, que tuvo dicho Don Christoval, y quedan ponderados, con justa razon se aquietó Don Juan de Robles sin proseguir el pleyto, ni despues se ha pedido cosa alguna, y baxo de error, que Doña Juana Riquelme padeciò en dicha agregacion, di-

dixo bien en la Escriptura del año de 654. referida en el *num.* 17. que agregaba los 38ℓ. y mas reales, que pagò á Doña Pretonila de Roda, pues no aviendo heredado caudal para satisfacerle el residuo de sus derechos, debiò la de Doña Pretonila vsar de su derecho contra los bienes raìzes, y por aver procedido con tan buena fee la dicha Doña Juana, quedó vtilizado el Mayorazgo, en cuyo beneficio, y aumento fue dicho pago, y assi es justo lo admita su possedor, que lo es dicho Don Bernardo, *ex dictis suprá num.* 107.

§. V.

120. FVndamos en el *num.* 78. y 79. la correspondiencia, que los frutos, y su percepcion tiene con la existencia dellos; porque sino los huvo, ò el Testador mandò el que se cõvirtiessen en otros fines, no ay frutos, ni se debe condenar al possedor del Mayorazgo, à que restituya los que no percibiò, ni pudo percebir.

121. Mandò dicho Don Luis por la Clausula del Testamento, que referimos en el *num.* 8. *y* 9. que en la obra de la casa se gastassen 6ℓ. ducados, que fuesse de la renta de su hazienda, y no pudiendo esta completar los 6ℓ. ducados, ni en los 6. años poco mas de los que possеyó Don Christoval Riquelme, ni en muchos de los que posseyò Doña Juana su hija, no se les puede, ni debe hazer cargo à sus herederos para la agregacion al Mayorazgo, de la restitucion de dichos frutos, que tuvieron destino tan distinto, y separado del de dicha agregacion, como la referida Clausula expressa.

122. Por la regulacion, que queda notada del importe de los frutos desde el *n.* 81. de los arrendamientos de los años de 618. y 619. rentaron los bienes de la primera Fundacion, que son las 13. casas arrendadas año de 628. y las propriedades de los arrendamientos, con la haziẽda de Mendigo 10898. reales en cada vn año, los quales rebaxados de los 18845. que por mayor importaron las rentas del Mayorazgo, y agregacion, queda para lo dispuesto por el Don Luis, las rentas de las propriedades de este; que importan 7947. reales, de los quales rebaxando los 1090. reales de las memorias, que instituyò en S. Francisco, la Hermita de Mendigo, y el Convento de Santa Cathalina, quedan aplicables para los fines del dicho Don Luis 6857. reales en cada vn año, y en estos terminos para la obra de la casa, que ordenó el dicho Don Luis, por los 7. años, que possеyó Don Christoval Riquelme el Vinculo del Don Luis, inclusivè el de 625. solo debiò aplicar 47999. reales, rebaxando de ellos vacìos, administracion, gastos de cobrança, reparos de casas, y otras mas quiebras, que es precisso aya para percebir los frutos liquidos, y efectivos: de todo lo qual se manifiesta, que se necessitò para reintegrarse con dichos frutos de los gastos de dicha obra, no solo de los años, que possеyò Don Christoval, sino es de los mas años, que lo possеyò la Doña Juana.

123. En cuya atencion es precisso, que pretendiendo el Don Bernardo, se apronten los 6ℓ. ducados para la obra, es consiguiente, que se excluya todo el cargo de los frutos de los bienes de dicha agregacion, porque no puede ser el que los pague, y satisfaga Don Joseph Rocamora por dos partes: la vna, gastando los frutos en dicha obra; y la otra, reintegrandolos al Mayorazgo para su agregacion, y aumento, *ex leg. si fideiussor.* 29. §. *In omnibus* 5. *ff. mandati. L.* 28. *tit.* 14. *part.* 5.

§. VI.

§. VI.

124. NO se terminò la pretension del dicho D. Bernardo, solo à pedir el principal de dichas agregaciones, sino es tambien los frutos, ò interesse de ellas, desde la muerte de dicha Doña Juana: en quanto à esto le falta el fundamento precisso de aver justificado el aver sido vnico, y vniversal heredero de los que han possèido dicho Mayorazgo, y solo fuera Parte legitima para pedir del tiempo de su possession.

125. Y dexando demonstrado el que falta la principal obligacion de agregar, no puede tener legal fundamento de frutos, y interesses; pues no los debe pagar el que no es deudor del principal. *Leg.* 1. §. 3. *Leg.* 17. §. 2. *Leg.* 25. *ff. de vsur.*

126. Y sin perjuizio de la verdad, aunque Don Joseph Rocamora estuviesse obligado à aprontar las cantidades de dichas agregaciones, nunca se le podia condenar en frutos de ellas, porque el Mayorazgo, cuyo derecho representa Don Bernardo Salafranca, fuera acreedor de cantidad, à que quedaron reducidos los frutos consumidos, y el acreedor de cantidad, no tiene derecho para que se le paguè frutos de su credito. Ayora *de Partitionib. part.* 3. *quæst.* 17. *num.* 54. Tello Fern. *in leg.* 20. *Taur. num.* 18. Dom. Salg. *part.* 4. *de Reg. Protect. cap.* 10. *num.* 141. ibi: *Post consumptionem autem non cresçit æstimatio, quia fructibus iam consumptis non dicetur debitor fructuum, sed æstimationis eorum arg. Text. in leg.* 1. *C. de distractio pignor, ideo consumpti fructus compensantur, & debitum ex tenuant, quia iam non censentur fructus, sed quantitas.* Ita docet Bald. *in l. Eum qui, ff. de his quibus vt indignis.* Idem Bart. *in leg. Divortio.* §. *Ob donatio in fin. ff. solut. matrim.*

DISCURSO III.

QUE D. BERNARDO SALAFRANCA CARECE de accion, para que se condene à Don Joseph de Rocamora à el pago de los 6 ij. ducados, para la obra de las casas principales del Mayorazgo, y entrega de los 11. Reposteros, que dexò vinculado D. Luis Riquelme.

§. I.

127. CON el motivo de las Clausulas del Testamento de dicho D. Luis, referidas en los *numeros* 8. y 9. se pretende por dicho D. Bernardo el pago de dicho 6 ij. ducados, para la obra de las casas del Mayorazgo, à que se ha opuesto por Don Joseph Rocamora, la poderosa, y legal excepcion, de que semejante accion està prescripta, y con justo motivo excluìda por la legitima presumpcion, de que està cumplida, y satisfecha dicha obligacion.

128. Entre las varias acepciones, que tiene la voz de prescripcion, es la de equipararse à excepcion perpetua, y como vozes sinonomas obran los proprios efectos, *ex leg. fin. ff. de suspect. tutorib. L.* 34. §. *Gaius, ff. de leg.* 2. *& alijs*, Dom. Gonç. *in cap. Sanctorum Patrum* 3. *de præscript. num.* 4. Parlad. *lib.* 1. *Rer. Quot. cap.* 1. §. 1. *num.* 3. *& seqq.* Dom. Solorç. *tom.* 1. *de Iur. Ind. lib.* 3. *cap.*

cap. 3. num. 2. el que tiene excepcion, que elide, ó embaraza la accion está seguro, no se le puede molestar, y reconvenido debe ser absuelto. *Leg. 8. & 11. tit. 3. part. 3.* Dom. Gonç. *in cap. Pastoralis Offici 4. de exception. num. 7.*

129. La prescripcion es, aun de mas superior eficacia, porque destruyendo, y desvaneciendo la accion, carece de ella el actor, y no debe ser admitido por no ser Parte legitima para pedir; pero la excepcion en su espesifico significado, solo tiene respecto á excluir la acciõ, que se supone, *ex leg. Decem 166. ff. de verb. obligat.* Dom. Gonç. *in dict. cap. Pastoralis num. 6. & in dict. cap. 3. de Præscriptionib. num. 11.* Dom. Solorç. *de Iur. Indiar. tom. 1. lib. 3. cap. 2. num. 50.*

130. Es la ley la regla para la sentencia. *Leg. Prospexit. 12. §. 1. ff. qui, & à quib. man.* ibi: *Sed ita lex scripta est.* Teniendo todos los derechos al principal fin à quitar pleytos, y controversias, *ex leg. Properandum 12. C. de iudic. L. 1. tit. 4. lib. 4. Recop.* y por otras loables, y comunes vtilidades. *Leg. 1. ff. de vsucap. L. 1. tit. 29. part. 3.* Dom. Gonç. *in cap. de Quarta de præscript. num. 1.* instituyeron vnas acciones temporales, y otras perpetuas, de que hizieron mencion. *Instit. in prin. de perpet. & tempor. actionib.* Dom. Gonç. *in dict. cap. de Quart. num. 5.*

131. La demàs duracion, no passa de 40. años. *L. Sæpè 9. C. de præcup. 30. ann. hasta 30. L. 63. Taur. hod. L. 6. tit. 15. lib. 4. Recop.* D. Gonç. *in cap. de Quart. num. 6.* Concil. Spalens. *2. can. 2.* ibi: *Quia illa tricennalis obiectio silentium ponit; hoc enim, & Sæcularium Principum edicta præcipiunt, & Præsulum Romanorum decrevit autoritas.* Quem refert D. Gonç. *in cap. Vigilanti de præscript. n. 6.* teniendose por enagenacion necessaria, y assi aunque estè prohibida la enagenacion, no se embaraza la prescripcion aun de las cosas. *L. Si fundum 16. ff. de fund. dotal.* D. Gonç. *in dict. cap. 4. num. 7.* con mayor razon en la prescripcion de las acciones, que tiene menos resistencia.

132. Se duda si la prescripcion de las acciones procede con mala fee de parte del que prescribe? Se resuelve comunmente, que si consta clara, y notoriamente la mala fee, no tiene lugar la prescripcion, y la accion está existente, *ex dict. cap. Vigilanti 5. & cap. fin. de præscript.* Pero si con el transcurso del tiempo se alega la soluciõ presumpta, obra su efecto la prescripcion, y elide el intento del Actor. Gutierr. *in leg. Nemò de legat. 1. num. 481. & seqq.* Dom. Gonçel. *in dict. cap. Vigilanti num. 9.* Mostaz. *de Cauf. Pijs tom. 1. lib. 2. cap. 6. n. 66.* Hontalv. *de Iur. super. tom. 1. quæst. 17. n. 31.*

133. La mala fee no se presume, y assi la debe probar, el que en ella se funda Dom. Gonçal. *in dict. cap. vlt. de præscript. num. 9.* en Don Joseph Antonio de Rocamora, no ay, ni puede aver mala fee, porque los bienes los posee con tan justo titulo como el de heredero de Don Francisco Rocamora su Padre, el qual presta justa causa de posseer, *ley 3. & 4. ff. pro hærede.* Y en este pleyto procediò con tan buena fee, que aviendo alegado la prescripcion, alegò la arreglada, y prudente presumpcion, de que D. Christoval Riquelme cumpliò con la obligacion de hazer la obra, y no aviendosele probado lo contrario, clara, y plenamente tiene tan legitima, y legal excepcion, que le favorece D. Gonçal. *in dict. cap. vltim. de præscript. num. 9.*

134. Don Francisco Rocamora, Padre de dicho Don Joseph procediò con tan buena fee, y seguridad, q̃ muerta dicha Doña Juana, siguió algunos pleytos cõ D. Christo-

val Riquelme ſucceſſores en los Mayorazgos, y nũca ſe le pidiò, ni moleſtò, porque hizieſſe la obra, y menos agregaſſe; con q̃es cierto, que la obra la hizo, y como eſtava à la viſta, no ſe detuvo en mas prueba, y lo que no hizieron, ni pudieron los que entonces vivian; es grave preſumpcion, que conocieron la verdad, y reſervarlo para los que oy viven, que no tienen individuales noticias, tiene reconocida reſiſtencia, *ex dict. ſupr. num.* 106.

135. Lo qual ſe haze mas cierto, porque dicho Don Luis dexó encargada la obra à los cabezaleros, y preſumiendoſe, que qualquiera cumple con ſu encargo, Menoch. *lib.2. part.* 85. & 86. ſe debe entender, de que tuvieron cuydado, de que ſe executaſſe, y el que tiene la preſumpcion de derecho á ſu favor, eſtà ſeguro, mientras claramente no ſe le prueba lo contrario, D. Salgad. *part.2. Labyr. cap.22. num.75.* Eſcobar *de Puritat. part.* 1. *quæſt.*8. §. 1. *num.* 8. & 11. Cardinal. de Luca *de Fideicomm. diſc.*270. *num.* 5. *de Decim. diſc.* 1. *n.*16.

136. Por lo qual nos parece, que Don Bernardo Salafranca ha omitido el fundar, y juſtificar, el que las caſas principales del Mayorazgo, que el Don Luis Riquelme mandò ſe reedificaſſen, neceſsiten de obra; pues ni aun ha alegado el que eſtén inhabitables, ni ſe arrienden, ni dexe de vſarſe de ellas: y aſsi en el pleyto, que ſiguiò Don Juan Pedro de Robles contra Doña Juana Riquelme, referido en el num. 15. y aunque deſpues de la muerte de la muerte de la Doña Juana ſe ſiguieron otros pleytos entre Don Franciſco Rocamora, ſu heredero, y D. Chriſtoval Riquelme, ſucceſſor en los Mayorazgos, de que ſe harà mencion en el diſcurſo ſiguiente num.4. Nunca ſe tratò, ni dixo ſobre la dicha obra, lo que haze ſegura, y conſtante prueba de averſe cumplido la voluntad de dicho Don Luis, como dixo el Juriſconſulto Paulo *in leg.* 2. §. 8. *ff. de aqua, & aq. pluviæ arc.* ibi: *Idem labeo ait, cum quæritur, an memoria extet, facto opere, non diem, & conſulem ad liquidum exquirendum, ſed ſufficere, ſi quiſciat factum: hoc eſt, ſi eſſe non ambigat, nec vti neceſſe eſſe ſuper eſſe, qui meminerint: verum etiam ſi qui audierint eos, qui memoria tenuerint.*

137. Y dirigiendoſe la accion de dicho Don Bernardo, reſpecto á los frutos de los bienes de dicha agregacion, le obſta el averſe conſumido, y gaſtado con buena fee, y no hallandoſe exiſtentes, no tiene accion dicho Don Bernardo, para que ſe le entreguen, ni ſe ayan de reſtituir por Don Joſeph Antonio Rocamora, *ex dict. ſup. n.* 61. & 62.

§. II.

138. EN el num.10. quedó referida la Clauſula del codicilo, que otorgó dicho Don Luis Riquelme, en la qual mandò ſe dieſſen los 11. Repoſteros, que tenia con el cargo, y gravamen de viuculados. En el num. 102. y ſiguientes fundamos la obligacion, que Don Chriſtoval Riquelme, heredero, y ſucceſſor del Don Luis, tuvo de cumplir en primero lugar las Miſſas, correſpondiente Funeral, mandas, y Legados pios, que tocaſſen à la exoneracion de la conciencia, y ſufragio de ſu Alma, para cuyo fin gaſtò, y conſumiò de ſu caudal las crecidas cantidades, que ſe demueſtran deſde el num. 102. Lo qual mandò ſe cumplieſſe ante todas coſas de ſus bienes muebles, y el remaniente ſe agregaſſe á el Mayorazgo, *vt ſup. nnm.6.*

139. Por el inventario, y aprecio de los bienes muebles ſe reconoció, que no avia ſuficiente para el

el pago de dicho Funeral, Miſſas, y Legados, que ſe debian cumplir integramente, ſegun la voluntad del Don Luis, y pagar las deudas, que ſon primero que la herencia, *ex leg.* 39. §. 1. *ff. de verbor. ſignific.* en cuya atencion ſe formò la particion, y no alcançando à la ſatisfaccion, fue preciſſo adjudicar à el Don Chriſtoval por deudas fallidas creditos inciertos, y otras partidas en vacìo, para formar vna crecida hijuela, y aun todavia le faltaron 12ɥ24. reales, y 31. mrs. y las muchas cantidades, que gaſtò para el cumplimiento del Funeral, y Entierro de dicho Don Luis, *vt ſup. n.* 103. *y ſig.*

140. Entre las excepciones, de que en eſte pleyto ha vſado Don Joſeph Antonio Rocamora, fue el dezir, que Doña Juana Riquelme avia agregado 38ɥ875. reales, que pagó á Doña Petronila de Roda, Viuda del Don Luis Riquelme: para excluir eſta excepcion preſentò Don Bernardo Salafranca traslado de la hijuela, que ſe formò à Don Chriſtoval Riquelme, con lo que confeſsó, y aprobó la verdad de ſu contexto, ſin que ſe pueda oponer à ello, *ex leg.* 41. *tit.* 16. *part.* 3. Faxardo *allegat.* 11. *num.* 79. Eſcobar *de Purit at. part.* 1. *quæſt.* 15. §. 1. *n.* 30. Balmaſed. *de Collect. quæſt.* 102. *n.* 3. Dom. Salgad. *part.* 2. *Labyr. cap.* 6. *num.* 24. *& ſeqq.* Parej. *de Inſtrum. Edit. tit.* 7. *reſol.* 3. *num.* 1. *& ſeqq.* Cuya excepcion aunque no ſe oponga es ſuficiente, para que reſultando del proprio inſtrumento, ſe tenga preſente para la ſentencia, Dom. Salg. *part.* 3. *Labyr. cap.* 1. *ex n.* 17. *& num.* 114.

141. Y fuera contra equidad, y derecho, el que ſe le haga cargo por el Don Bernardo Salafranca del valor de los 11. Repoſteros à Don Joſeph Rocamora, como que con otros bienes ſe le dieron à ſu Autor para ſatisfacer la dote de dicha Doña Petronila, y al miſmo tiempo ſe los pida por exiſtentes, ſegun fundamos en el n. 107. & 123. y por cuya razon ſe halla libre D. Joſeph de Rocamora de la reſtitucion de ellos, valiendoſe aſsimiſmo para excluir eſta accion de lo q̃ fundarèmos en los nn. 10. y ſig. del diſcurſo ſiguiente.

***

DISCURSO IV.

PRETENDE D. JOSEPH ANTONIO ROCAMORA se le absuelva de la pretensiòn de D. Bernardo Salafranca, de que se le codenne à la restitucion de diferentes alhajas, que supone vinculadas, ò su valor.

§. I.

1. EN este pleyto pretende D. Bernardo Salafranca se le entreguen diferentes alhajas, que vinculò Don Christoval Riquelme de Comontes, vezino que fue de dicha Ciudad, ò su valor legitimo. Funda esta pretension en el codicilo, que dicho Don Christoval otorgò ante Pedro Fernandez de Reoli, en 15. de Marzo de 1617. años, declara en èl, que tiene pagadas muchas cantidades de mrs. por Don Juan Tizon, y Doña Luisa Coque su muger, remitiendose à su libro de quenta, y que si Don Christoval Riquelme su hijo mayor diere lugar, à que Doña Maria Riquelme, y Don Sebastian Riquelme sus hijos, pagué de sus bienes, q̃ heredaren, en tal caso es su voluntad, que los dichos sus hijos, Doña Maria, y Don Sebastian, ayan, y lleven el tercio, y remaniente de el quarto de todos sus bienes, que huviere, y se hallaren al tiempo de su fin, y muerte, porque assi es su voluntad, è lo manda en aquella via, è forma, que de derecho huviesse lugar.

2. En otra Clausula dixo: *que por quanto tiene mucho amor, y voluntad à la dicha Doña Maria Riquelme su hija doncella, por averle acudido à sus enfermedades, y aver recebido de ella muchas, è muy buenas obras dignas de remuneracion, è pago, quiere, y es su voluntad, aya, y lleve para sì toda la ropa de vestir, y ropa blanca, arcas, baules, y demás bienes, que tiene en su poder Doña Ginesa Riquelme, Abadesa de Santa Isabèl de esta Ciudad, y vn estrado, que assimismo tiene, y la plata labrada, que ay de presente en las casas de mi morada, porque de ello le haze manda, y gracia en la menor via, è forma, que obiere lugar de derecho, esto fuera de las legitimas, que obiere de hazer del dicho Don Christoval Riquelme, y Doña Antonia Riquelme de Arronis su Madre, y si acaso por no pagar las dichas deudas el dicho Don Christoval Riquelme su hijo, que anssi està obligado por el dicho D. Juan Tizòn, y su muger, llevaren el tercio, y quinto de sus bienes los dichos Doña Maria, y Don Sebastian sus hijos, entre, y se entienda en el dicho tercio, y quinto esta manda, que anssi haze à la dicha Doña Maria su hija, porqne anssi es su voluntad, è lo manda en la mejor via, è forma, que ha lugar de derecho.*

3. Item, *dixo: que por quanto tiene vna saya grande de raso encarnado, enforrada de tafetan encarnado, de perlerìa, y oro, y plata, que costò mas de mil ducados, empieza en la Villa de Madrid, quiere, y es su voluntad, que por ser joya de tanta estima, y valor, la aya, y lleve el dicho Don Christoval Riquelme su hijo, y assimismo vna sierva de oro, con vna perla muy gruessa de gordo de vna nuez por cuerpo de ella, y vna Galera de oro con sus tiros, y entenas en forma como tal Galera, y sesenta ojales de oro con hechura de eses, con tres perlas cada vno de ellos gruessas, y vn libro de oro, con dos vedrieras de christal, todo lo qual con la dicha saya lo aya, y lleve, y herede el dicho Don Christoval Riquelme su hijo por via de manda, y mejora, que de ello le haze.*

4. Respondió à esta demanda el Don Joseph Rocamora, ale-

alegando estar prescripta la accion, no averse justificado, que tuviesse lugar dicha mejora, ni constan averse posseído por vinculadas dichas alhajas, ni que huviessen entrado en poder de DonChristoval Riquelme, ni Doña Juana Riquelme sus autores, ni posseerlas, ni averlas posseído,

5. Para justificar dicho D. Bernardo, el que tuvo efecto el gravamen en dichas alhajas, presentò vn testimonio, por el qual consta, que se siguió pleyto entre D. Christoval Riquelme, Don Francisco Rocamora Padre del Don Joseph, y heredero de la Doña Juana, pretendiendo dicho Don Francisco, el que eran libres, y no pertenecian al Mayorazgo, que fundaron Don Diego Riquelme, y Doña Beatriz de Bustamante su muger diferentes tierras, y entre los instrumentos, que presentò, fue testimonio de la particion de los bienes, que quedaron por fin, y muerte del dicho Don Christoval Riquelme Comontes, y Doña Antonia de Arronis, y dize, que entre las partidas, advertencias, y declaraciones, de que se compone la referida particion, es vna. Item, se advierte, que en esta particion no ha puesto por cuerpo de bienes vna saya grande de raso carmesi, bordada de perleria, oro, y plata, y vna fierva de oro con vna perla muy gruessa del tamaño de vna nuez por cuerpo de ella, y vna Galera de oro con sus tiros, y entenas en forma, y sesenta ojales de oro hechura de eses con tres perlas cada vno, y vn libro de oro con vidriera de crystal, y vn Agnus de oro con quatro iluminaciones de crystal, porque el dicho Don Christoval de Comontes, por su Testamento lo dexó vinculado. Digo por el codicilo, que hizo, y agregado al Vinculo, que fundò Diego Riquelme de Comontes, por manda, y mejora, que hizo á Don Christoval Riquelme su hijo, Padre de la dicha Doña Juana Riquelme, vinculado la susodicha, lo qual ha de aver la dicha Doña Juana con la dicha carga de Vinculo.

6. Alegó el Don Joseph, que dicha advertencia no le podia perjudicar sin que constasse su aprobacion, y que con efecto percibio las alhajas la Doña Juana, y que no entraron en su poder, y si entraron por su muerte las percibiò con los demàs bienes vinculados Don Christoval Riquelme, succesor en ellos por muerte de Doña Juana, lo que se justificaba, de que teniendo pleyto con el Don Francisco sobre algunos de los bienes, no le avia de presentar este instrumento, por el que le pidiesse otros à no constar, que estava libre de esta obligacion.

7. Se recibiò el pleyto à prueba, y Don Bernardo hizo probança con dos testigos, el vno Doña Josepha Martinez Sebrian, que á la segunda pregunta dize: vió el que Doña Cathalina de los Reyes (muger en segundas nupcias, que fue de Don Francisco Rocamora) vsaba de la fierva de oro, y que le dixo era vinculada: El otro testigo es D. Juan Ferrer Cavallero, que à la tercera pregunta dize: viò el contenido de ella, y es de que al tiempo de la particion entre dicha Doña Juana, y D. Sebastian Riquelme, se tuvieron presentes dichas alhajas.

8. A estos testigos se les opusieron diferentes tachas, y se ofreciò à probarlas Don Joseph Antonio Rocamora, y sin negarlas Don Bernardo Salafranfa contradixo la prueba, la que se denegò, y quedò el pleyto concluso.

§. II.

9. QUE en alhajas de semejante estimacion pueda fundarse Mayorazgo, dixeron el señor Molin. *de Primog. lib. 2.*

cap. 10. *num.* 7. & 8. P. Molin. *de Iust. & Iur. disput.* 606. vers. *Item.* Rox. *de Incompat. part.* 1. *cap.* 5. *num.* 29. Siendo de aquellas, que su consistente materia las haze de mucha duracion, y casi equipararse à bienes raìzes ; porque debiendo estar su propriedad con perpetua duracion, no puede subsistir en los bienes, que es precisso el vso los consuma, el tiempo naturalmente los acabe, ò para su vso sea precisso su consumpcion, *ex leg.* 1. & 2. *L. Si sibi, ff. de vsufr. eorum rer. quę vsu consum.* §. *constituitur, Inst. de vsufruct.* Dom. Castill. *de Vsufruct. cap.* 17. *num.* 7. Dom. Salg. *part.* 1. *Labyr. cap.* 20. *num.* 31. estos se deben vender para subrogar su precio en bienes subsistentes, y de perpetua duracion.

10. En cuyo supuesto, y que pudiesse consistir la vinculacion en dichas alhajas, para que la accion deducida sea eficàz, y Don Joseph Antonio Rocamora pueda fundar lo justificado de sus excepciones, es cierto principio, que las acciones, ò son personales, ò reales. §. *Omnium autem, Instit. de act.* y el Actor debe manifestar de qual de ellas vsa, para que el Reo demandado proporcione sus defensas. *L.* 15. *tit.* 2. *part.* 3. ibi: *Catar debe el demãdado:: si quiere por su demãda aver el Señorio della, ò la tenẽcia, ò si quiere razonarla por suya, ò si quiere demãdar la possession della tan solamente, ò si pide enmienda de daño:::: ò alguna otra cosa señalada, quel deban dar, ò facer.*

11. Pide dicho Don Bernardo dichas alhajas, como dueño, y pertenecientes al Mayorazgo, que possee, y debiendose dirigir la accion real vindicatoria contra el posseedor, y tenedor de la cosa. *L.* 9. *ff. de rei vindicat.* ibi: *Officium autem Iudicis in hac actione, in hoc erit: vt Iudex inspiciat, an rem possideat. Ex leg. Si ad exhibendum* 8. *L. De eo* 12. §. 1. *ff. ad exhibendum, L. Siquis ad exhibendum* 18. *ff. de excepț. rei iudicatæ. L.* 24. *tit.* 2. *part.* 3. basta à el demandado la negativa de no tenerlas, *ex leg.* 18. *tit.* 2. *part.* 3.

12. Y no dudandose por el Don Bernardo, que Don Joseph Antonio Rocamora no las tiene en su poder, ni averle probado la existencia, es consiguiente se le absuelva de la entrega de dichas alhajas.

13. Reconociendolo assi occurre á la alternativa, de que se condene al pago de su valor: Esta accion no tiene menos resistencia, que la primera ; porque el Actor debe probar su demanda concluyentemente con todos aquellos requisitos, y circunstancias necessarias, para que sea efectiva, y no haziendolo assi debe ser absuelto el Reo.

14. Lo primero, que se opone à dicha accion es, que D. Christoval Riquelme de Comontes Fundador, hizo varias disposiciones, y entre ellas, el que no pagando Don Christoval Riquelme la deuda, de que dexamos hecha mencion en el num. 1. y 2. de este Discurso, mejoraba en el tercio, y remaniente del quinto à Doña Maria, y Don Sebastian Riquelme, no pudiendo el Padre gravar la legitima de los hijos, (como fundamos desde el *num.* 27. *discurs.* 1.) ni hazer dos mejoras de tercio, y remaniente del quinto, *leg.* 26. *y* 28. *Taur.* debe Don Bernardo Salafranca probar, el que no tuvo efecto la mejora hecha en los expressados num. 1. y 2. sino es la de las alhajas, referidas en el num. 3. de este Discurso.

15. Porque no pudiendo tener efecto la mejora de dichas alhajas, sino es en el caso de que se pagasse la deuda por Don Juan Tizòn; y no pagandose por el hijo, tenia lugar la otra mejora. Es condicion, y calidad, que ante todas cosas se debe verificar su cumplimiento, para que se reconozca clara, y liquida la

ac-

accion, Dom. Salgad. *part.* 1. *Labyr. cap. fin. num.* 95. & 102. Dom. Vela *dissert.* 40. *num.* 32. Lar. *de Capp. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 52. Rodrig. *de Execut. cap.* 1. *artic.* 4. *num.* 31. Cardin. de Luca *de Fideicommiss. disc.* 37. *n.* 5. Dom. Castill. *tom.* 4. *Controv. cap.* 55. *num.* 4. Escobar *de Puritat. part.* 1. *quæst.* 15. §. 1. *num.* 20.

16. Es la fuerça de la condicion el suspender el acto, y dexarlo sin eficacia, ni fuerça, hasta que cõste su cúplimiento, *leg.* 1. *L. Cædere diem* 213. *ff. de verbor. signific. tit.* 4. *part.* 4. ibi: *E por ende fasta que sepan en cierto, si la condicion se cumple, è non està el pleyto principal, sobre q̃ es puesta en pendencias. Leg.* 35. *tit.* 4. *lib.* 3. *Recop.* y constando del precepto claro del Fundador, ibi: *Y que si diere lugar, à que Doña Maria Riquelme, y D. Sebastian, &c.* Y en la Clausula siguiente. *Y si acaso por no pagar las dichas deudas, &c.* Lo qual importa verdadera condicion, *ex dict. leg.* 1. *tit.* 4. *part.* 4. Parlador. *dissert.* 147. *num.* 1. Y no constando, que el Don Christoval pagò dicha deuda, no se ha purificado la condicion, baxo de la qual avia de tener efecto la mejora de dichas alhajas.

17. Assimismo mandò dicho Fundador à Doña Maria Riquelme su hija, demàs de la legitima toda la ropa de vestir, ropa blanca, arcas, baules, y demàs bienes, que tenia en su poder Doña Ginesa Riquelme, Abadesa de Santa Isabèl de dicha Ciudad, vn estrado, y la plata labrada, que tenia el Fundador en sus casas, lo que manda entre en el computo del tercio, y quinto *supr. n.* 3. de este Discurso.

18. Y no constando, que despues de cumplida dicha condicion, se liquidò el tercio, y remaniente del quinto, y tuvieron cabimento la mejora de los bienes hecha à dicha Doña Maria, como libres, y las alhajas para el Vinculo, se halla la accion dudosa, y sin la suficiente, y debida claridad, para que pueda obtener Don Bernardo Salafranca, como fundamos en el discurso 1. desde el n. 52. hasta el 57.

19. No puede obstar el Testimonio de la nota puesta en la particion, que se hizieron por fin, y muerte de dicho Fundador referido en el num. 4. de este Discurso, porque la advertencia, ò nota puesta por los Escrivanos, ò Contadores no prueba, sino se pone de consentimiento de las Partes, ò de mandato de Juez Competente, *ex cap. Quoniã* 11. *de probation.* ibi: *Nec pro ipsius præsumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis.* Cerdan. *visita de Carcel, cap.* 11. §. 3. *num.* 3. Bobadill. *lib.* 1. *in Polyt. cap.* 3. *num.* 44.

20. La nota, ò advertencia, no recayendo sobre lo dispositivo, y de que se trata en las particiones, no se puede tener por dispositivo; (*ex dict. supr. num.* 40. *del discurs.* 1.) y solo quedarà en los terminos de vna enunciativa, que no puede perjudicar à otro tercero, Escobar *de Purit. part.* 1, *quæst.* 15. §. 2. *n.* 8. & 9.

21. Siendo relativa á las particiones hechas por muerte del Fundador, no constando de esta queda el referente sin hazer prueba alguna, no mostrandose el relato para reconocer si procedierõ cõ error, y tuvo lugar la mejora en ellas, *ex Authent. si quis in aliquo, C. de ẹdend.* Dom. Salgad. *part.* 4. *de Reg. cap.* 1. *n.* 54. Pareja *de Instrument. Edit. tit.* 7. *resol.* 9. *n.* 2. & *seqq.*

22. Y quando fuesse incluso en la particion, no constando, de que se se consintió por las Partes, ni se aprobò por el Juez, no puede obrar efecto alguno, Ayor. *de Partit. part.* 1. *cap.* 4. *num.* 19. ibi: *Lo primero, porque aquel traslado que se les dà, y notificacion, que se haze à las Partes, de los pareceres dados por los Contado-*

dores, aquello solamente obra, para que las Partes lo sepan, y lo aprueben, ò contradigan en lo que estuvieren agraviados, y aunque no lo contradigan dentro del termino que tenian para apelar, no se impide, que despues no puedan venir contra ello, y contradezirlo, y pedir, que se case, y revoque :::: Y lo segundo, porque estos pareceres, que dàn los Contadores, no son sentencia, hasta que se presenta ante el Juez, y los manda guardar por su sentencia.

23. Dicha particion se hizo el año de 1637. quando la Doña Juana era de menor edad, en cuyo tiempo no pudo por sí intervenir en ella, (como se infiere del instrumento referido en el *n.*17. *de este disc.*1.) ni perjudicarle ningun acto, ni omission de su Tutor, Dom. Vela *differt.* 38. *num.*72.

24. No puede la prueba hecha por Don Bernardo Salafranca justificar la identidad de dichas alhajas en Doña Juana Riquelme, y sus herederos, por no merecer fee alguna los testigos de que se vale Doña Josepha Martinez, assegura viò vsar de la sierva de oro á Doña Cathalina de los Reyes, es testigo vnico, en que no haze prueba. *L. Vbi numerus, ff. de testib. cap. In omni negotio de testib. L.*32. *tit.*16. *part.*3.

25. Depone de lo que viò antes de proxima à la pubertad, lo que no es de atencion, Avendañ. *in leg.*41. *Taur. Gloss.* 12. *num.* 2. & 3. Dom. Valençuel. *conf.* 93. *num.* 33. Dom. Molin. *de Primog. lib.*2. *cap.*6. *num.*40. la Posseedora del Vinculo fue Doña Juana Riquelme, que murió el año de 670. despues casó Don Francisco Rocamora con la Doña Cathalina de los Reyes, y muriò el año de 677. en este medio tiempo, es quando debiò esta testigo vèr la sierva de oro en el vso de la Doña Cathalina, para que fuesse muger de Don Francisco Rocamora. La Doña Josepha segun la edad que testifica, no tenia aun diez años en dicho tiempo, con que no puede ser atendida por lo que depone. Dom. Gonçal. *in cap.*6. *de Desponf. impub. num.*5.

26. La deposicion inverosimil no merece aprecio. *L. Ob carmen,* §.1. *de testib.* Dom. Valenç. *conf.*92. *num.* 211. *conf.* 163. *num.*123. que lo sea la de dicha Doña Josepha, lo manifiesta su concepto; afirma, que era amiga, y se visitaba con la Doña Cathalina, lo que funda para la razon de su dicho, como si fuera creible, que con vna muchacha de tan corta edad tuviesse polytica correspondiencia Doña Cathalina de los Reyes, casada, y colocada ya en estado muy diferente: no se detuvo en esto, sino que fue tanta la confiança, que le dixo era vinculada la sierva de oro.

27. Es mas que animosidad tanto arrojo, dixo Farinac. *de Testib. quæst.* 60. *num.* 35. & 36. ibi: *Tunc dicitur testis animose deponere, quando in favorem producentis constanter asseverat illud, quod certitudinaliter scire non poterat.* No es creible, que D. Francisco Rocamora, ni Doña Cathalina de los Reyes le confiassen à vna niña de tan corta edad, que dicha alhaja era vinculada, quando ni vno, ni otro la podian retener por esta razon, y fuera feliz memoria recordarse de esta circunstancia despues de tantos años, *nec infirmitatem memoriæ damnum adferre. L.* 44. *ff. de adq. possess.*

28. Y no deponiendo de el conocimiento de la sierva vinculada, porque se identificasse con la que supone esta testigo vsaba dicha Doña Cathalina, no dize sobre las demàs alhajas, ni lo que afirma de dicha sierva puede ser argumento para la possession de todas, *quia ex diversis non fit illatio, ex leg. vltim. ff. de calum. L. Inter stipulantem,* §. *Sacram, ff. de verbor. obligat.* Simon Baeza *Axiom. Iur. liter. T num.*18. Pareja *de*

Inf-

Instrum. Edit. tit. 2. resol. 6. cap. 2. num. 262.

29. Don Juan Ferrer, que es el otro testigo, depone de vista la pregunta, refiriendose à dicha Doña Josepha, y no haziendo fee sin el relato, no afirmando dicha testigo el todo de la pregunta, sino solo en quanto à la sierva de oro, no merece fee la deposicion de dicho Don Juan.

30. De vista, segun el contexto de la pregunta, dize: que dichas alhajas se tuvieron presentes al tiempo de la particion entre dicha Doña Juana, y Don Sebastian Riquelme; con que debiendo aver sido esta antes del año de 670. que muriò la Doña Juana, era precisso, que tuviera este testigo mas de 70. años, y afirma, que tiene solos 30. asimismo depone de averlo oydo à diferentes personas que no expressa, ni por ello es digno de atencion, *ex leg. 28. tit. 16. part. 3.* Dom. Valenç. *concil. 141. num. 11.* Far. *de Testib. quæst. 69. num. 92.*

31. Los testigos para ser atendidos, deben ser sin sospecha de amistad, ni de otra inclinacion, *ex leg. 3. ff. de testib. Leg. 8. tit. 6. lib. 4. Recopil.* Far. *de Testib. quæst. 53. n. 30.* contra dichos dos testigos se opuso, el que el Abogado en dicha Ciudad de Don Bernardo Salafranca, y su especial Agente tiene mucha amistad, y frequencia con dicha Doña Josepha, es su Compadre, Abogado, y Agente, y el Don Juan està casado con hija de D. Francisco Calderòn, marido en segundas nupcias que fue de dicha Doña Josepha, vive en sus casas, està à sus expensas, y tiene la propria amistad, y correspondiencia con el Abogado, y Agente de dicho Don Bernardo. Estas tachas no se negaron por Don Bernardo, antes si se contradixo la prueba, que de ellas ofreciò Don Joseph Antonio Rocamora, lo que fue confessar su certeza, y convenir en la ninguna fee de dichos testigos, *ex dict. sup. num. 104.*

§. III.

32. NO solo debe Don Bernardo Salafranca para fundar su accion, y que se condene à D. Joseph Antonio Rocamora en defecto de entregar las alhajas, à que entregue su valor, el probar, que tuvo efecto la vinculacion de ellas, y que entraron en poder de Doña Juana Riquelme, como vinculadas, y que las retuvo Don Francisco Rocamora, (lo que no ha hecho) sino es que debe probar, y manifiestamente convencer à Don Joseph Antonio de Rocamora, de que este, ó dichos sus Autores las consumieron, perdieron, ó malbarataron con dolo, fraude, y culpa, *leg. 22.* ibi: *Quod si dolo Possessoris fugerit damnandum eum quasi possidere.* Leg. 25. ibi: *Nec dolo ficisset est, quo minus possideret.* Leg. 27. §. ibi: *Sine dolo malo amisit possessionem absolvendus est Possessor.* §. 2. ibi: *Deinde sine culpa eius, ex alia causa mortuus sit, stimatio non fiet eius.* §. 3. *& seqq. L. 33. L. 51. L. 52. L. 69. L. 71. ff. de rei vindicat. L. Si ad exhibendum 8. ff. ad exhibend. L. 18.* ibi: *Ave, ò bestia, ò siervo, que alguno oviesse tenido en su poder, si despues se le fuesse sin su culpa, non faciendo el engaño, nin falsedad, ò non sabiendo, que gelo querian demandar, lo oviesse embiado á otra parte tan lueñe, qne la non pudiesse aver luego, que gelo demandassen para monstrarlo en juizio; en tal razon como esta, nin en otra semejante de ella, non es tenudo el demandado de lo monstrar.* Leg. 24. ibi: *Dà á las vegadas por quito el judgador al demandado, porque la cosa mueble, quel demaudan no la tienen, ó porque la perdiò sin su culpa, è sin su engaño, tit. 2. part. 3.*

33. Porque el dolo, y culpa no se presume, si no se prueba. Me-

noch. *lib.* 5. *præf.* 3. *num.* 30. Farin. *Prax. Crimin. part.* 3. *quæst.* 89. *n.* 2. Barbos. *cap.* 20. *num.* 19. *de Rescript.* Lo que no ha hecho, ni manifestado Don Bernardo Salafranca, probando como debia para obtener, que Don Christoval Riquelme primer llamado, tomó la posseſsion de las alhajas como vinculadas, que con este proprio respecto las recibiò Doña Juana Riquelme, y las huvo entre su herencia Don Francisco Riquelme, de quien efectivamente las heredò Don Joseph Antonio Rocamora.

33. Aun quando estuviessen justificadas todas estas circunstancias, propone Cyriac. en la *controv.* 5. desde el *num.* 22. fino estando existente se deberà condenar à el demandado à el pago de su valor; y resuelve, que con qualquiera duda que aya en la existencia, y que en ellas tuvo efecto el gravamen, se debe absolver à el Reo, ibi: *num.* 28. *Non potest obtinere, nisi probet bona illa deficientia fuisse consumpta ante acquisitiones Possessoris conventi quia ex quo tam post, quam antea potuerunt alienari, nec constat de prioritate, vel posteritate. Dubia est probatio Actoris, & ideò, ei non suffragatur. Cap. In presentia* 8. *de probat. Leg. Neque natales, C. eodem tit. & melior est conditio rei, & Possessoris. L. Favorabiliores* 168. *ff. de regul. iur.*

34. Con que no constando, que las alhajas quedaron vinculadas, y efectivamente agregadas al Mayorazgo. Pues pudo tener efecto la mejora primera, y no la segunda de ellas, como queda dicho en el n. 13. y siguientes se halla la accion dudosa, y sin suficiente fundamento, para que se condene à Don Joseph Rocamora, à que restituya las alhajas de que no ha probado el Actor su dominio, y por consiguiente carece de accion, para que en su defecto se le satisfaga el valor. Por lo qual espera en todas las dichas pretensiones favorable la determinacion. S. I. O. V. D. C.

Lic. D. Christoval de Espinosa Ocampo.

POR

DON ANTONIO LORENZO DE VARGAS y Carvajal (45), vecino, y Alferez mayor de la Ciudad de Placencia,

EN EL PLEYTO,

CON DOñA CATHALINA DE CARVAJAL y Vargas, Marquesa de Monterrico, y Condesa del Puerto (50), residente en la Ciudad de los Reyes, Reyno del Perù, y Don Fermin de Vargas y Carvajal (54) Conde del Castillejo, por sì, y como Padre, y legitimo Administrador de la persona, y bienes de D. Mariano de Carvajal y Vargas (55), su hijo, vecino de dicha Ciudad de los Reyes.

SOBRE

QUE SE DECLARE AL DICHO D. ANTONIO (45) por legitimo succesor de los Mayorazgos fundados por Alonso Garcia Valfondo, y Theresa Gonzalez su muger (1), y sus Agregados, y se condene à dicha Marquesa (50) à la restitucion de sus bienes, con los frutos, y rentas q̃ han rentado, y podido rentar.

IMPRESSO EN GRANADA, EN LA IMPRENTA Real, en virtud de Auto acordado por los Sres. del Real Acuerdo, de que certifica su Secretario de Camara, en 9. de Junio de 1761.

(***) (***)

N. 1 DON ANTONIO Lorenzo de Vargas, y Carvajal (45) pretende, se le declare por legitimo succeſſor de los Mayorazgos fúdados por Alfonſo Garcia Valfondo, y Thereſa Gõzalez ſu muger (1), Doña Iſabel Garcia de Vargas (4), Juan de Vargas (12), Don Diego de Vargas y Carvajal, y Doña Beatriz de Vargas (16), ſu muger, y ſus Agregados; y ſe condene à Doña Cathalina de Vargas y Carvajal (50), Marqueſa de Monterrico à la reſtitucion de los bienes de dichos Mayorazgos, y ſus Agregados, con los frutos, y rentas.

2. Funda eſta pretenſion, en que reſpecto de no dudarſe, ſer el Don Antonio legitimo deſcendiente de los Fundadores, concurre el ſer de mejor linea, que ninguno de los otros Litigantes; que el Mayorazgo es de agnacion rigoroſa; y que quando pueda eſtimarſe maſculinidad, no ha de ſer tan ſimple, y deſnuda, que no ſe conozca el reſpecto, y razon eſpecialmente apetecida por los Fundadores, de conſervar ſu agnacion; por lo que no le pueden hacer competencia, ni la Doña Cathalina (50), ni D. Fermin de Vargas (54), y ſu hijo (55).

§. I.

3. HAllamos en la Fundacion de Alfonſo Garcia Valfondo, y ſu muger (1), tres claſſes de llamamientos: La primera, deſde la Clauſula primera, haſta la tercera, en que todos ſon llamamientos de varones de varones de los hijos de dichos Fundadores, ſin que en ellos haya llamamiento de hembra, ni varon de ella, ſino todos continuados de varones, poniendolos en condicion, para hacer tranſito de linea à lineas: La ſegunda es, conſiderando acabados los varones de varones de los hijos de dichos Fundadores, en quien quiſieron conſervar la agnacion, dàr llamamiento à la hija mayor de edad, como ſe manifieſta de la Clauſula tercera; y continùan llamando à la otra hija ſiguiente deſpues de ella, y aſsi à las otras ſus hijas del primer grado: y la tercera, conſiderando acavados los llamamientos de las hijas del primer grado, llaman à los hijos varones de las dichas hijas, y deſpues à las hijas de ellas (*Mem. num.* 10. *y ſig.*)

4. De que ſe manifieſta,

ta, segun este diseretivo orden, que la Fundacion no fue regular; por lo que es preciso indagar su qualidad, para buscar el legitimo sucessor. *La ley 13. tit. 7. lib. 5. Recopil.* establece, y manda, que no se deben entender excluìdas las hembras de la succesion de los Mayorazgos, sino fuere en caso, que el Fundador las excluyere, y mandare, que no succedan, expressandolo clara, y literalmente, sin que para ello basten presumpciones, argumentos, ò congeturas, por precisas, claras, y evidentes, que sean; con cuyo motivo siempre han convenido los Autores, en que para inducir la agnacion, y excluir por esta razon à las hembras de la succesion de los Mayorazgos, es necessario, que el Fundador lo expresse clara, y literalmente, diciendo, que funda el Mayorazgo de rigorosa agnacion, ó que lo hace por causa de conservar la agnacion. Dom. Roxas Almans. *de Incompat. & Repug. Possidend. plur. Maiorat. disput. 1. quæst. 1. §. 2. num. 6.* Dom. Larr. *decis. 34. n. 34. & 44.*

5. No obstante, la agnacion no solo se persuade, quando expressamente los Fundadores dicen, que se succeda por agnacion, sino es, que se induce por indicios, y congeturas. Ros. *Consult. 69. numer. 30 & 54.* Mieres, *de Maiorat. part. 2. quæst. 6. num. 9.* Surd. *decis. 125. à num. 5.* Dom. Castillo, *tom. 3. Controv. cap. 29. num. 17.* Dom. Larr. *decis. 53. numer. 9.* Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 3. cap. 4. num. 39. & cap. 5. numer. 25.* Alv. Pegas *de Maiorat. tom. 1. cap. 25. numer. 19. & 280.*

6 Teniendo por expressa la agnacion, y no congeturada, quando se saca de las proprias palabras. Dom. Castillo, *tom. 2. Controv. cap. 4. num. 53. & tom. 4. cap. 17. numer. 6. & 7.* Ros. *dict. consult. 69. numer. 31.* Dom. Vela, *dissert. 49. num. 52.* Add. ad D. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 3. cap. 5. num. 4. in fin.* Dom. Lar. *de Vit. Homin. cap. 30. numer. 89.* Torr. *de Maiorat. tom. 1. cap. 25. num. 80.*

7. Porque no usandose, ni practicandose sino es en raro Mayorazgo de España, de la voz de agnacion. Add. ad Dom. Molin. *dict. cap. 5. num. 22.* vers. *His vero, & ex num. 25.* es preciso ocurrir à las congeturas. Ros. *dict. consul. 69. num. 54.* Torr. *dict. cap. 25. numer. 105.* Es comun doctrina

de

de los Autores, el que baſta para inducirla la contemplacion de agnacion congeturada. Dom. Molin. *dict. cap.* 5. *ex num.* 25. *cæterique citati. n.* 4.

8. Las voces de que uſan los Autores, por equipolentes para dàr expreſſa, y formal la contemplacion de agnacion, ſon el que ſuccedan *de varon en varon*, y otras à eſte modo. Rox. de Incomp. part. 1. cap. 6. num. 306. & 312. ibi: *De varon en varon*, & num. 319. ibi: *De maſculo in maſculum.* Peg. *de Maiorat. tom.* 2. *cp.* 14. *num.* 3. Dom. Lar. *dict. cap.* 30. *num.* 81. Dom. Caſtill. *tom.* 5. *Contr. cap.* 92. *n.* 3.

9 La primera congetura para inducir la agnaciõ, es la repeticiõ del llamamiẽto de varones: AlonſoGarcia Valfondo, y Thereſa Gonzalez, ſu muger (1) en el primer llamamiento haſta la Clauſula 6. ſolamente llamaron à los hijos, y deſcendientes varones, en lo que explicaron la enixa, y geminada voluntad, de que perpetuamente (haviendolò) fueſſe el ſucceſſor varon, y aſsi dieron el llamamiento à todos los varones agnados poſibles, deſcendientes de ſus hijos, y ſe halla, nos dos, ò tres veces repetida la qualidad, y voz de *varon*, ſino veinte y nueve veces; porque no hicieron mas llamamientos, y aſsi *non ſemèl, ſed tollendæ dubitationis gratia, bis, ideſt, de eodem idem dixiſſe; nè qua dubitatio ſuper eſſet. Leg.* 1. §. 7. *ff. de ædilict. edict.* por lo qual no puede dexar razon de dudar, que el varon, que contemplaron anterior à la hembra, fue el agnado, y al que tuvieron preſente dichos Fundadores. Dom. Vel. *dict. diſſert.* 49. *num.* 54. & 55. Barboſ. *vot.* 7. *num.* 25. & *vot.* 70. *numer.* 20. & *ſeq.* Dom. Larr. *deciſ.* 53. *num.* 9. Roſ. *conſult.* 69. *num.* 162. Alvar. Peg. *de Maiorat. part.* 2. *cap.* 12. *num.* 33. & *cap.* 15. *num.* 39. Torr. *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 37. *num.* 113. & *cap.* 41. §. 7. *num.* 75. Dom. Caſtill. *tom.* 4. *Contr. cap.* 2. *num.* 78.

10. La ſegunda congetura, y la mas poderoſa, que hace realidad, es el eſtar diſcretivamente nombradas las hembras con poſterioridad à todos los varones. Surd. *conſ.* 475. *ex num.* 14. Dom. Caſtill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 92. *num.* 9. Dom. Larr. *deciſ.* 57. *numer.* 26. Roſ. *dict. conſult.* 69. *n.* 153. Dom. Molin. *de Hiſp. Primog. dict. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 55. Torr. *de Maiotat. part.* 1. *cap.* 37. *num.* 85. Mier. *de Maiorat. tom.* 1. *part.*

2. *quæst.* 6. *numer.* 273.

11. Y es la razon; por que el llamamiento diſcretivo obra tal ſeparacion entre los llamados en la primera ſobſtitucion con la de la ſegunda, que no puede tener incluſion los unos en el llamamiento de los otros. *Leg. Cohæredi, §. Qui patrem, ff. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* ibi: *Propter ſpecialem inter patrem, & filium factam ſubſtitutionem. Leg. Cum in Teſtamento, §. Qui inter filios, ff. de hæredib. inſt. Leg. Æquiſsimum, §. Siquis, ff. de bonor. poſſeſ. ſecund. tabul. Leg. Immultis, ff. de ſtat. homin.* Mantic. *de Conject. Vltimar. Volunt, lib.* 8. *tit.* 8. *num.* 8. Y aſsi el hablar diſcretiva, y ſeparadamente manifieſta, no eſtàr las hembras incluìdas en el primer orden de llamamientos. Hyeronim. Gabr. *conſil.* 116. *volum.* 2. *num.* 24. ibi: *Quia teſtator extinctis deſcendentibus maſculis, vocavit filias proprias, & poſt ipſas filias, maſculos, unde plane ſit in conditione ſi ſine ſilijs maſculis deceſſerit, non contineri maſculos deſcendentes ex fœmina.* Torr. *de Maiorat. part.* 1. *cap.* 25. §. 24. *n.* 280.

12. La tercera congetura, es el precepto de armas nombre, y apellido (pues aunque ſe puede cumplir por hembras. Dom. Molin. *de Hiſpan. Primog. lib.* 2. *cap.* 14. *numer.* 8. & 9. & *lib.* 3. *cap.* 5. *numer.* 78 Dom. Lar. *de Vit. Homin. cap.* 13. *num.* 34. Torr. *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 25. *num.* 126. y por tanto no es inductivo de la agnacion) es quando ſe quiere inducir la agnacion ſolamente por eſte precepto. Dom. Molin. *dict. cap.* 14. *num.* 9. & *ibi Add.* verſ. *Limitatur* Roſ. *dict. conſult.* 69. *num.* 167. 169. & 170. Dom. Caſtill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 136. verſ. *Molina ſequitur.* Torr. *de Maiorat. part.* 1. *cap.* 25. *num.* 127. verſ. *Benè verum, & cap.* 38. *num.* 209. & *ſeqq.* Y aſsi mirando à uno, y otro reſpecto, lo ponen los Fundadores à los varones, y à las hembras, para quando llegàra ſu caſo, que es el mayor argumento de la agnacion. *E que la condicion, è carga, è pena, è voluntad ſobredichas, ſe entiendan ſiempre ſer repetidas para ſiempre en qualquier grados, è perſonas de qualeſquier varones, è hembras, que el dicho Mayorazgo huviere de haver* (*Mem. num.* 20.)

13. Otra congetura para inducir la agnacion, y que los Fundadores quiſieron, el que ſe prefirieran ſiempre los varones à las hembras, ſe manifieſta de la Clauſula ſeptima:

en

en ella dàn llamamiento, y prefieren al hijo mayor varon de la hembra, que huviere succedido, que quedare al tiempo del fallecimiento de ella, prefiriendolo à la hembra, su hermana, *aunque sea mayor en edad, ò primera en grado, que nuestra intencion, y voluntad es, que todavia haya el dicho Mayorazgo el varon mayor legitimo* (*Memor. numer.* 20.)

14. En las succesiones regulares, se atiende para governar la succesion, y buscar la persona, en quien legitimamente haya de recaer, à la linea, al grado, al sexo, y à la edad. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 4. *cap.* 4. *num.* 13. Dom. Rox. Almans. *disput.* 1. *quæst.* 1. §. 9. *numer.* 210. y entrando en una linea, no puede hacer transito à otra, hasta que se fenezcan los comprehendidos en ella. D. Roxas Almans. *disp.* 3. *quæst.* 1. *n.* 14. D. Molin. *dict. cap.* 4. *n.* 14. & *cap.* 6. *n.* 50. Dom. Castill. *tom.* 5. *cap.* 92. *numer.* 52. & *cap.* 93. §. 1. *num.* 22. & 23. Cardin. de Luca, *de Fideicomm. discurs.* 1. *num.* 3. cuya orden no quisieron se observàra, sino es, que por muerte de la hembra, ultima possedora, succediera el mayor varon hijo legitimo de ella, y no la hembra su hermana, aunque sea mayor en edad, ò primera en grado.

15 Aquel *mayor varon*, que havia de preferirse à la hija, aunque estuviera en primer grado, no puede ser otro, sino su Tio, porque entre hermanos no hay mayoria de grado, sino es preferencia de sexo, y edad; con que haviendo preferido al varon, aunque fuesse de inferior grado, se acredita, que el repetido llamamiento de varones, no se puso por dichos Fundadores, solo para inducir la prelacion dentro de la linea, y grado. Dom. Molin. *dict. cap.* 5. *num.* 71. & ibid. Addent. ver sic. Et hinc est. ibi: *Nàm consuetudo præferens masculos in primogenitura intelligitur de masculo eiusdem gradus.* Beron. *lib.* 2. *cons.* 120. *num.* 74. ibi: *Vndè vocatio masculonum hoc modo facta non intelligitur ad exclusionem fœminarum, sed ad prælationem masculorum in eadem linea, & grudu* Dom. Valenz. cons. 97. ex numer. 100. & numer. 108. ibi: *Quod ex pretio masculinitatis non operatur exclusionem fœminarum, sed prælationem in eodem gradu*; en cuyos terminos no siendo la prelacion, que le dieron al varon dentro del mismo grado, sino fuera dèl (*Mem. numer.* 20) ibi:

ibi : *O primera en grado* , se manifiesta la clara exclusion de las hembras en concurrencia de varones,y la rigorosa qualidad de dicha Fundacion.

16. Cuyas congeturas, aunque cada una de por sì no fuesse bastante, unidas prueban y dexan sin disputa la agnacion, y de ellas usaron , y usan los Autores à este fin,y en esta forma se han decidido muchos Mayorazgos por agnaticios,como refieren Dom. Larr. *decis.* 54. *n.* 17. Dom. Castill. *tom.* 2. *Controv. cap.* 4. *n.* 145. *& tom.* 5. *cap.* 133. *num.* 12. Alv. Peg. *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 12. *numer.* 33. 34. *&* 35. Cardin. de Luca, *de Fideicomm. discurs.* 24. *numer.* 11.

17 Y en caso de iguales llamamientos , que quando los primeros llamados son los varones de varones, y en su defecto, el que instituye , llama à la hija, y à los varones de ella, estos hayan de ser preferidos à la hija del ultimo varon agnado, lo trae Surd. *cons.* 316. *lib.* 3. que en un Fideicommisso, instituido por el Padre en su hijo varon , y sus descendientes varones, y à falta de ellos,sobstituida una hija , y los suyos, acaeciò , que en el discurso de la succesion en la linea del hijo primo genito primero llamado, faltaron los varones de varones , y quedò un varon de hembra, y haviendose movido question entre èl , y un varon descendiente de la hija sobstituìda, resuelve, que aunque el llamamiento era de descendientes varones,solo quedò comprehendido el varon de varon , y que faltando este , llegò el caso de la sobstitucion de la hija, y varones descendientes de ella : en cuya atencion siendo el Don Antonio Lorenzo de Vargas (45), varon descendiente de Doña Beatriz de Vargas (16) , llegò el caso de su sobstitucion , y se debe preferir à la dicha Doña Cathalina Marquesa de Monterrico (50), por ser hembra descendiente de la dicha Doña Beatriz (16).

18. Y es el caso expresso de la Clausula quinta, en la que despues de haver llamado à las hijas del primero grado, dixeron : *E Si fijos, ni fijas en el dicho primero grado, ni varones descendientes de los dichos nuestros hijos varones, no quedaren , è quedaren nietos legitimos , è de legitimo carnal matrimonio , descendientes de las dichas nuestras fijas, que el nuestro nieto varon hijo legitimo de legitimo, è carnal matrimonio de la nuestra fija mayor,ha-*

ya, y herede el dicho Mayorazgo, è bienes dèl ; y ſiendo el D. Antonio Lorenzo (45) quarto nieto varon de la Doña Beatriz (16), debe haver, y heredar dicho Mayorazgo, y no dicha Doña Cathalina (50), que es quinta nieta de dicha Doña Beatriz (16), y tiene poſterior llamamiento en la Clauſula ſexta, ibi: *Pero ſi de los dichos nueſtros fixos varones, no quedaren fixos, ni fixas varones, ni hembras, è quedaren nueſtras nietas, fixas de las dichas nueſtras fixas, que la nieta mayor de edad, bija de la nueſtra fixa mayor haya, y herede el dicho Mayorazgo* (*Mem. num*, 19.).

19. En virtud de cuya diſpoſicion tan clara, y expreſſa, no haviendo llegado el caſo del llamamiento de las nietas, hijas de la hija mayor de los Fundadores, no ſe debe preferir en la preſente vacante la dicha Marqueſa de Monterrico, al Don Antonio Lorenzo de Vargas, que ſe halla con el expreſſo, y claro llamamiento de la Clauſula quinta; por ſer regla general, que el primer grado, por ſolo primero es preferido al ſegundo, aſsi el ſegundo por ſegundo, ſegun el miſmo orden, y graduacion natural, y voluntad de los Fundadores, es preferido al tercero, *& ſine dubio, qui ſequentis gradus ſunt, non admituntur interim, Leg. Filios* 42. §. *Cum filius* 2. *ff. de bonor. libert. L. Unum* 67. §. *Rogo* 7. *de legat.* 2. *leg.* 3. *ff. de adquirend. hæredit. Leg. Cum in teſtament.* 37. *ff. de hæred. inſtit.*

20. Porque es Sentencia indubitada, que en la ſucceſſion de los Mayorazgos, ſe debe obſervar inviolablemente el orden dado por los Fundadores en los llamamientos, y ſobſtituciones, de ſuerte, que los primeros llamados, como primeros llamados, y mas predilectos, deben ſer antepueſtos à los demàs poſteriormente llamados. *Leg. Æquiſsimum* 2. §. *Defertur* 4. *ff. de bon. poſſeſsion. ſecund. tabul. Leg. cum pater* 77. §. *Ate peto* 32. *ff. de legat.* 2. Dom. Molin. *de Hiſpaniar. Primog. lib.* 1. *cap.* 2. *num. fin. & cap.* 4. *num.* 33. Dom. Caſtill. *tom.* 2. *Contr. cap.* 26. *& lib.* 4. *cp.* 51. *n.* 1. *& ſeqq.*

21. Bien lo dicen, y ponderan los Textos, y Autores referidos, pero todavia lo dixeron mejor los Fundadores; pues con tan repetidas, y expreſsivas Clauſulas previenen, y ordenan, que no puedan ſuccederlos llamados en el ſegundo grado, ſin que ſean fenecidos, y acabados los del primero; y pa

ra paſſar al llamamiento de las hembras ponen en condicion, tanto à los varones de varones, de los hijos, como à los varones deſcendientes de las hijas; (*Mem. num.* 16. *y ſig.*): y es la razon formal: porque no baſta para ſucceder, el tener llamamiento en la Fundacion, ſino es que ademàs de eſto debe tener la qualidad, porque fue llamado. Dom. Caſtill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 136. *numer.* 68. Dom. Latr. *deciſ.* 33. *numer.* 33. porque ſi falta la qualidad, que el Fundador deſeò en ſu Fundacion, falta para la perſona à quien no le aſsiſte la qualidad, la miſma fundacion. *Leg. Tutela*, 7. *ff. de capit. Diminut. L. Si uſufructus* 21. *ff. quib. mod. uſufruct. amitat.* Dom. Caſtill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 90. *numer.* 3. *& ſeqq. & tom.* 6. *cap.* 119. *n.* 5. aunque ſea de mejor linea, y ſuperior grado, como expreſſamente lo dixeron los Fundadores en la Clauſula 7. ibi: *Aunque ſea mayor en edad, ò primera en grado* (*Mem. num.* 20.) *Quia non eſt curandum de proximitate gradus, & lineæ, niſi inter illas perſonas, in quibus adeſt prerrogativa, ſeù qualitas. Cap. Vnic. de equi ſibi, vel hæred. ſuis.* Dom. Caſtill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 93. *num.* 18. Dom. Vela, *diſſert.* 49. *num.* 50. Roſa, *dict. conſult.* 69. *num.* 69. Aguil. ad Rox. *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num*, 322. *& cap.* 8. *num.* 23. Alvar. Peg. *de Maioràtib. tom.* 2. *cap.* 9. *numer.* 224.

22. Y aſsi haviendo ſido el orden, que obſervaron los Fundadores, el llamar à los hijos del primer grado, deſpues à los hijos varones de èſtos, y en ſu defecto à las hijas del primero grado, y por ſu muerte à los hijos varones de eſtas; y en ultimo lugar à las hijas de los dichos hijos, é hijas (*Mem. num.* 18.), ibi: *E ſi de los dichos nueſtros fixos, è fixas no quedaren fixos varones, como dicho es, è quedaren nueſtras nietas, fixas de los dichos nueſtros fixos, è nueſtras fijas, que la nieta mayor fija de el hijo mayor varon haya, y herede el dicho Mayorazgo, è bienes dèl, y aſsi ſe entienda de qualquier otra nieta fija de los nueſtros fijos varones, en manera, que la mayor fija del mayor nueſtro fijo varon, haya, y herede todavia primeramente el dicho Mayorazgo, que las nietas fijas de las fijas*; que es el caſo en que tuvo lugar el llamamiento de la Doña Beatriz de Vargas (16); y continùan el llamamiento de las hijas, y hembras (*Mem. numer.* 19.) ibi: *Pero ſi de los dichos nueſtros fijos va-*

varones, no quedaren fijos, ni fijas varones, ni fembras, è quedaren nueſtras nietas fijas de las dichas nueſtras fijas, que la nieta mayor de edad, hija de la nueſtra fija mayor, haya, y herede el dicho Mayorazgo: en el llamamiento de varones de las hijas, èſta, comprehendido el dicho Don Antonio Lorenzo (45), y haſta que eſte quede abſolutamente evacuado, no puede tener lugar el de las hijas, nietas de dichos Fundadores, que fue poſterior, por lo que queda fundado.

23. La razon es, porque el hijo ſe entiende del Padre, que queda nombrado, el nieto del hijo, que queda expreſſado, el deſcendiente de el nieto, que queda llamado, y ſiendo todos los llamados varones, ſon todos varones de varones llamados. *Leg. Si emancipatus 6. §. Filio. Leg. Si retentus, ff. de bonor. poſſeſ. cont. Tabul. Leg. 10. §. 6.* verſ. *Pater, ff. de gradib. & à fin.* ibi: *Nepos eiuſdem ex filio, pro nepos eiuſdem ex nepote, filio nato. Leg. 3. tit. 13. part. 6.* ibi: *O el nieto, que nacieſſe de otro ſu hijo*: y en toda la claſſe de llamamientos eſtà repetida la calidad de varon, como ſe vè haſta la Clauſula 8.

§. II.

24. AUn en el caſo, que no ſe eſtimaſſe dicha Fundacion de rigoroſa agnacion, y sì de maſculinidad, no ha de ſer tan ſimple, y deſnuda, que no ſe conozca el reſpecto, y razon, eſpecialmente apetecida por los Fundadores de conſervar ſu agnacion. Roxas, de Incompatib. part. 1. cap. 6. num. 309. ibi: *Linea artificioſæ ſive fictæ agnationis eſt, quandò inſtitutor Maioratus agnatos non habet, in quarum perſonis, & vocationibus poſsit veram, & propriam agnationem inſtitutore, vocando maſculos de maſculo in muſculum ex fœminis.* Dom. Lar. *de Vit. Homin. cap. 30. numer. 115.* Dom. Caſtill. *tom. 5. Controv. cap. 133. ex numer. 12.* Dom. Larr. *deciſ. 34. à num. 2. & 49.* Dom. Vela, *diſſert. 49. numer. 45.* Alv. Peg. *de Maiorat. tom. 2. cap. 14. num. 4. & cap. 17. numer. 94. & 95.* ibi: *Quia formatur in maſculo ex fœmina.*

25. uno de los principales argumentos, que hace la dicha Doña Cathalina de Vargas y Carvajal (50), es, que en la ſucceſsion de los Mayorazgos, primero ſe atiende à la linea, que al grado, y que ſiendo de anterior linea, como deſ-

cendiente, que es de DonDiego de VargasCarvajal, y Doña Beatriz Marroquin (20), y el Don Diego, hijo segundo de D. Diego Carvajal, y Doña Beatriz de Vargas (16): se infiere la preferencia de la dicha Doña Cathalina para la succesion, y que no puede hacerle competencia el Don Antonio Lorenzo, por descender de Don Garcia de Vargas Carvajal (23), el qual fue hermano menor del Don Diego (20), y consiguientemente los descendientes de èste, son de linea anterior, y predilecta, por lo que debe succeder en competencia de los descendientes del Don Garcia, por la prerrogativa de la linea, en que se hallan, sin deber tener respecto al grado, porque èste se ha de buscar dentro de la linea succesible (*Mem. num.* 103.).

26. En este alegato se supone la regla comun de los Mayorazgos regulares, que en ellos se debe primero atender à la linea, despues al grado, sexo, y edad. Dom. Castill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 92. *num.* 35. D. Olea, *de Céss. Iur. & Act. tit.* 3. *quæst.* 4. *num.* 15. Dom. Larr. *decis.* 34. *num.* 19. siempre que falta este orden, es el Mayorazgo ir regular. Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 22. la voluntad de los Fundadores, de la que depende lo regular, ò irregular de los Mayorazgos. *L.* 40. *Taur.* se hade reconocer de todo el cõcepto de la Fundacion, y de sus voces, *ex leg.* 24. *ff. de legibus*, Dom. Valenz. *cons.* 97. *num.* 36 *& cons.* 133. *num.* 32. Dom. Castill. *tom.* 4. *Contr. cap.* 50. *num.* 2. *& tom.* 6. *cap.* 182. *numer.* 2. *& seqq.* Dom. Larr. *allegat.* 75. *num.* 14. *& decis.* 54. *numer.* 8. atendiendo la mente, è intencion de los Fundadores. *Leg.* 17. *ff. de legib. Leg. Cum pater* 77. §. *Donationis, ff. de legat.* 2. *leg.* 2. *C. commun. de legat. cap. Quis autem* 22. *quæst.* 2. *cap.* 1. *quæst.* 1. Senec. *Epistol.* 88. *num.* 33. Cardin. de Luc. *de Fideicomm. discurs.* 58. *n.* 2.

27 Alonso Garcia Valfondo, y Theresa Gonzalez (1). desde la Clausula primera hasta la tercera, llamaron à los hijos varones, y descendientes varones de ellos; desde la Clausula tercera llaman à las hijas de el primer grado, y despues à los varones descendientes de las dichas hijas, lo qual sino lo hu vieran executado assi, la succession fuera por el orden regular de la preferencia de linea, grado, sexo, y edad, y no por la de qualidad. Dom. Rox. Almans. de Incompat. & Repugn. Possid.

sidend. Plur. Maiorat. disput. 1. quæst. 1. §. 5. numer. 117. ibi : *Quartus casus, quo Maioratus est masculinitatis, tunc dicitur quando maioriæ institutor, qui plures filios masculos habebat, aut consobrinos, vocavit primo loco filiũ suũ, aut consanguineũ primogenitum masculũ, & post eum iussit, quod si decederet sine filijs masculis, transiret successio ad filium secundumgenitum masculum ipsius Fundatoris, omitens fœminas talis filij, & quod si iste secundus genitus decederet sine filijs masculis, transiret maioratus ad tertiogenitum masculum, & ad descendentes suos masculos*, que fue lo mismo, que hicieron los Fundadores, llamando à los hijos del primero, y segundo grado, y à los hijos varones de estos, omitiendo las hembras hijas de dichos Fundadores, y no llamandolas, hasta que ya se huvieran extinguido los dichos hijos, y nietos varones.

28. Por cuya razon, à lo que primeramente se debe atender, es à la qualidad apetecida por dichos Fundadores, y siendo la que estos manifestaron, querian, la de la mayor edad, y varonía; de tal manera, que antepusieron los varones mayores en los llamamientos, que hicieron á las hembras, aunque fuessen primeras en grado.

29. Y para prueba de que no quisieron se observasse la regla regular, en la Clausula segunda, despues de haver llamado à su hijo mayor varon, aunque dexàra hijo, ò nieto, passaron à dàr llamamiento al otro hijo mayor varon del primer grado (*Mem. numer.* 11.), ibi : *Que el nuestro hijo mayor varon en edad, y en el dicho primer grado, haya el dicho Mayorazgo, è no el dicho nuestro nieto de dicho nuestro hijo mayor varon* : y si se debiera atender à dicha regla, el que rigorosamente havia de succeder, era el nieto del dicho hijo varon mayor. Dom. Rox. Almans. disput. 1. quæst. 6. num. 4. ibi : *Ille Maioratus, in cuius successione non atenditur, nec præfertur linea substanciæ, sed solum quæritur qualitas à conditore requisita in persona successoris, non est Maioratus regularis:::: vel quod sit agnatus, vel alia similia.*

30. En lo que tiene lugar la diferencia de la linea recta, ò efectiva, con la de qualidad; porque esta es, *quæ componitur ex illis personis, in quibus concurrant qualitates naterales, sive accidentales quales institutor Maioratus desiderat, veluti si velit,*

lit, quod ſucceſſores ſint agnati, vel ſimpliciter maſculi, vel fœminæ. Roxas, *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 301. y la recta, ò efectiva es, *quæ continet, & comprehendit in ſe tam maſculos, quam fœminas.* Dom. Rox. Almanſ. *diſput.* 1. *quæſt.* 1. §. 1. *num.* 13. Y aſsi la linea recta es incompatible con la de qualidad, y no ſe debe traer por argumento la preferencia de linea, reſpecto de los Mayorazgos, en que por los Fundadores ſe apetece en las perſonas llamadas alguna qualidad. Dom. Rox. Almanſ. dict. §. 1. num. 15. ibi: *Linea recta non compatitur cum linea agnationis, imò vocatio per lineam rectam, eſt abſolutè deſtructiva agnationis, & incompatibilitatis cum ea*; y para encontrar la perſona con la qualidad apetecida por los Fundadores, y que tenga efecto ſu voluntad, ſuelen translinear, haciendo varios, y diverſos llamamientos en las perſonas de ſu progenie, y parentela. Dom. Rox. Almanſ. dict. §. 1. num. 88. ibi: *Illa translineatio, & ſaltuaria linearum vocatio, quia ita præter greſus fuit adquærendos alios maſculos, quierant ſibi agnati; & hæc translineatio arguit evidenter teſtatorem voluiſſe, Maioratum ſuum poſsideri non à maſculis quibuſcumque, ſed à maſculis, qui fuiſſent illius qualitatis.*

31. Y haviendo llamado los Fundadores ſeparadamente à los varones, y ſepara damente à las hembras, formaron dos lineas, dando à entender, que mientras huvieſſe varones, no havian de ſuceder las hembras. Dom. Rox. Almanſ. dict. §. 1. numer. 113. ibi: *Quia cum Teſtator vocat ſeparatim maſculos, & ſeparatim fœminas facit in ſua familia duas lineas, unam maſculorum, alteram fœminarum :::: & ratio eſt, quia ſecunda linea numquam ſuccedit, niſi defficiat prima*; por lo que aunque ſe concedieſſe el privilegio de linea, eſto ſe debe entender en el caſo del llamamiento, pero no haviendo llegado el de la dicha Marqueſa, no es de atencion dicho argumento, porque ſe debe entender, *niſi teſtator finitis agnatis, aliquam aliam lineam, vel perſonam, ad quam iuſsit transire Maioratum, quia tunc ad nominatum ibit ſucceſsio, & non ad fœminas proximiores ipſius.* Dom. Rox. Almanſ. *dict.* §. 1. *n.* 101.

32. Tambien ſe ſupone en dicho alegato (*Mem. num.* 103.) que el Don Diego de Vargas Carvajal (20), de quien

deſ-

desciende la Doña Cathalina (50), es hijo segundo de Doña Beatriz de Vargas, y Don Diego de Carvajal (16), y que D. Garcia de Vargas Carvajal (23) tercero Abuelo de Don Antonio Lorenzo de Vargas (45), fue hermano menor, que el Don Diego (20).

33. La prueba que para ello hay, es la presumpcion que resulta con la Escrituta de 8. de Junio de 557. (*Memor. num.* 32.), y la de 8. de Junio de 562. (*Mem. num.* 39.), en las que en la declaracion de los hijos, nombran en primer lugar à Don Diego de Carvajal (20), y despues à los de la (21. y 22.), con la expresion de que tenian vista, y despues à Don Garcia (23), y à D. Diego (24).

34. Es argumento el orden de la Escriptura, exod. cap. 28. vers. 10. ibi: *Sex nomina in lapide uno, & sex reliqua in altero, iuxta ordinem nativitatis eorum. Leg. 2. tit.* 18. *part.* 3. Mieres, *de Maiorat. part.* 2. *init. num.* 314. Alv. Peg. *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 9. *numer.* 602. Casanat. *Cathalog. Glor. Mund. part.* 1. *conf.* 17. ibi: *Facit quia in concionando maiores preponi debent. Ex leg.* 34. *ff. de usufruct. leg.* 60. *leg.* 83. §. 1. *ff. de hæred. instit. leg.* 77. §. 32. *in fin. leg.* 2. *leg.* 57. §. *Fin. ff. ad Trebelian. leg.* 24. §. 17. *ff. de Fideicom. libert.* Dom. Valenz. *conf.* 1. *num.* 66. Dom. Vela, *differt.* 26. *num.* 11. Rox. *de Incompat. part.* 5. *cap.* 4. *numer.* 21. Dom. Lar. *de Vit. Hom. cap.* 13. *num.* 39.

35. Este argumento es falax, porque por lo regular depende la nominacion primera de los hijos, de alguna casualidad, ò de otras contingencias, Dom. Rox. Almans. dis. put. 1. quæst. 8. num. 14. ibi: *Nam primò vocatus censetur ab hominibus, & de iure creditur esse semper magis dilectus à Fundatore.* Et disput. 1. quæst. 9. numer. 9. ibi: *Quod institutor Maioratus vocat primò ad eius successionem, illum, vel illos, quos plus diligit, & loco posteriori vocat illos, quos minus amat.* Dom. Valenz. conf. 97. num. 145. leg. 6. ff. de solut. & obligat. ibi: *Nec enim ordo Scripturæ spectatur, sed potius ex iure sumitur, id quod agi videtur.* Pignat. tom. 1. consult. 25. num. 3. ibi: *At vere infirmius est hoc argumentum quam ut quispiam sustinere suæ prerrogativæ molem valeat. Quis enim non rideat, si audiat hanc maiorem propositionem? Quæcumque priori loco nomi-*

minatur, is gaudet prærrogativa præ alijs, & in alios ante quos nominatur, cum nominationis ordo sæpe sit fortuitus :::: Nec enim ordo Scripturæ spectatur, sed potius ex iure sumitur id quo agi videtur. Eodem facit ordo in cap. ad Galat. 2. vers. 9. ubi D. Iacobus, D. Petro præponitur, & quod D. Andreas, prior Christum secutus est ante D. Petrum fratrem, Ioann. 1. vers. 37. & seq.

35. Lo que se acredita, y manifiesta con lo que resulta del pleyto; pues siendo mayor Don Lorenzo de Vargas Carvajal (22), que Don Fabian (21), (*Mem. num.* 142. *y* 144.) en dichas Escrituras se nombra primero al Don Fabian, que al Don Sebastian; y assi se advierte desde luego, ser la causa, que el Don Diego, y la Doña Beatriz (16) tuvieron para semejante antelacion, la separacion, que hicieron de hijos con vista, à los que carecian de ella, y no por la razon de mayoria de edad, y por consiguiente no consta, y se queda en duda, quien fue el mayor de dichos hijos, y no se puede, ni debe buscar la proximidad, y legitimo sucessor por dicha regla, sino es por la qualidad apetecida por los Fundadores.

37 Mayormente, quãdo no quisieron se succediera por representacion; porque en la Clausula segunda, despues de haver llamado al hijo mayor varon del primer grado, ordenaron, q̃ si el dicho hijo mayor varon falleciera, y dexàra hijo varon, ò nietos legitimos, y quedaran otro, ù otros hijos varones en el primer grado, *que el nuestro fijo mayor varon en edad, y en el dicho primer grado, haya el dicho Mayorazgo, è no el dicho nuestro nieto del dicho nuestro fijo mayor varon*; y no dieron llamamiento à los nietos hasta fenecidos los hijos de el primer grado, y segundo (*M. num.* 11. *y sig.*), succediendo lo mismo con los hijos de las hijas del primer grado; con que si huvieran querido la representacion, no huvieran preferido los hijos à los sobrinos; porque el hijo representa al Padre, Abuelo, y demàs ascendientes, hasta el primero que constituyò la linea. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 3. cap. 7. num.* 1. Roxas, *de Incompat. parr. 1. cap. 7. num.* 285. Dom. Larr. *decis.* 51. *num.* 31. Torr. *de Maiorat. part.* 1. *cap.* 33. *num.* 164. Dom. Castill. *com. 6. Controv. cap.* 138. *num.* 15. cuya orden no quisieron se observàra.

En

38. En la Clausula 5. (*Mem. num.* 20.) manifestaron con mas claridad su voluntad, ibi: *Que el mayor varon hijo legitimo de ella, que quedare al tiempo de su finamiento de ella, haya el dicho Mayorazgo, y no la fembra su hermana, aunque sea mayor en edad, ò PRIMERA EN GRADO*: en que dàn preferencia al Tio, y lo pudieron hacer. *Leg.* 40. *Taur. leg.* 13. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop. Leg. Omnia, §. in Fideicommisso, ff. de legat.* 2. Ros. *Conf.* 69. *num.* 34. y se debe entender para con todas las personas, que huvieran de venir à la succesion (*Mem. numer.* 90.), ibi: *Que la condicion, è carga, è pena, è voluntad sobredichas, se entienda siempre ser repetidas para siempre en qualquiera grados, y personas*; poniendo esta Clausala por regla general, que se havia de observar. *Leg. Regulæ, ff. de iur. & fact. ignor.* Fussar. *de Substit q.* 403. *num.* 37. Mier. *de Maior. part.* 2. *quæst.* 12. *num.* 30. ibi: *Clausula generalis non ineluſa in certo Capitulo refertur ad omnia sivè in principio, sivè in medio, sivè in fine aposita sit*; y con mayor razon en los descendientes de los dichos sus hijos: pues si en estos, como mas predilectos, y primeramente llamados. Mantica, *de Coniect. Ultim. Volunt. lib.* 6. *tit.* 13. *num.* 11. Torr. *de Maior. part.* 2. *quæst.* 17. *numer.* 26. Dom. Solorz. *de Iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 8. *num.* 19. & *in politic. lib.* 3. *cap.* 24. vers. *Y otra* Ayll. add. ad Gomez, *lib.* 1. *Variar. cap.* 12. *num.* 20. no quisieron la representacion, con mas fundamento se debe entender con sus descendientes, que son menos predilectos. Cardin. de Luc. *de Fideicomm. disc.* 98. *num.* 18. & 19. Ros. *conf.* 69. *n.* 148. Dom. Castill. *tom.* 3. *Cont. cap.* 15. *num.* 24. Alv. Peg. *de Maior. tom.* 2. *cap.* 12. *num.* 103. Torr. *de Maior. tom.* 1. *cap.* 37. *n.* 89.

39. Alega mas la dicha Doña Cathalina de Carvajal (50): *Que el que esta sea la inteligencia de la mente de Alonso Garcia Valfondo, y su muger* (1), *se persuade de la Fundacion hecha por Don Diego de Carvajal, y Doña Beatriz de Vargas* (16), *en la que, y para la descendencia de Don Juan de Carvajal, y Vargas* (19), *previnieron, que el nieto, ò nieta, y descendiente, que quedara del hijo mayor de los posseedores, fuera preferido à los otros hijos, que dexàra por manera, que el nieto se prefiera al tio* (*Memor. num.* 108.).

40. Esta regularidad,

y orden de ſucceder, ſolo fuè para la linea, que formò el dicho Don Juan (19), y aſsi en la Clauſula 22. diſpuſieron, que ſi el Don Juan falleciera ſin deſcendientes legitimos, ſuccediera ſu hijo mayor varon, y deſpues dèl, los demàs deſcendientes legitimos de dichos Fundadores, *de la forma, è manera è como ſe declara, è contiene en las Eſcrituras de Mayorazgo, y Vinculo, que hicieron, y dexaron Alonſo Garcia de Valfondo* (1)::: *è ſe junte eſta dicha mejoria, è Mayorazgo, que aſsi facemos, y eſtablecemos, y ande junto, y unido con el Mayorazgo antiguo, ſin ſe dibidir, ni apartar, è lo juntamos, encorporamos, è unimos en qualquier caſo, è forma, è manera, è ſucceſsion, que ſucceda de los dichos nueſtros deſcendientes, è de otros qualquier, SACADA LA DESCENDENCIA DEL DICHO DON JUAN* (19) (*M. num.* 38.).

41. Con que haviendoſe fenecido dicha deſcendencia, ſe deberà oy conſiderar, como queda dicho, por de agnacion, ò de maſculinidad, y excluſa toda repreſentacion. Rox. de Incompat. part. 1. cap. 7. n. 27. ibi: *Bona unita aſſumunt naturam rei, cui uniuntur.* Alv. Pegas, de Maiorat. tom. 1. cap. 3, num. 57. ibi: *Atque ita in omnibus, & per omnia tam in conditionibus, quàm in vocationibus regulanda ſunt bona agregata, & unita per Clauſulas inſtitutionis Maioratus, cui agregantur*; lo que no conſiguieran poniendo condiciones contrarias, ò repugnantes. Roxas, *dict. cap. 7. num.* 28.

§. III.

42. NO neceſsitamos indagar argumentos, ni expreſsiones, quando los Fundadores dieron regla para la inteligencia de ſu voluntad: previenen en la Clauſula 7. el caſo de la preſente vacante; pues diſponen, que haviendo de venir el Mayorazgo por fallecimiento de los varones à las hembras, *queremos, y mandamos, que ſi la hembra, que huviere el dicho Mayorazgo, como dicho es, hoviere fijos, y fijas legitimos de legitimo carnal matrimonio, q̃ el mayor varon hijo legitimo de ella, que quedare al tiempo de ſu finamiento de ella, haya el dicho Mayoruzgo.* El mayor varon deſcendiente de Doña Beatriz de Vargas (16), es el dicho Don Antonio Lorenzo de Vargas (45), con que es el que debe haver el dicho Mayorazgo;

y,

y con mayor razon, si permitimos la representacion; porque esta se forma ascendiendo con la consideracion por las propias personas, que descendiò, ò pude descender la succesion hasta el Padre comun, y dèl se desciende à buscar à el legitimo succesor. Torr. *de Maiorat. tom. 3. decis. 38. num.* 10. Roxas, *de Incompat. part. 1. cap. 6. num. 286.* que debe ser el pariente mas cercano assi al ultimo possedor, como à el Fundador. Dom. Molin. *de Primog. lib. 3. cap. 9.* y en uno, y otro caso, entre los Litigantes, el pariente mas cercano lo es, el dicho Don Antonio Lorenzo de Vargas (45); con que aun por la propria regla apetecida por los demàs Litigantes, funda su derecho el dicho Don Antonio (45).

§. IV.

43. ALega assimismo dicha Condesa (Mem. num. 126.), que en quanto à el Mayorazgo que fundaron Diego de Carvajal, y Doña Beatriz de Vargas (16), era de tener presente, que aunque despues de fenecida la linea de Don Juan de Vargas su hijo primogenito (19), prefirieron para la succesion à el hijo mayor varon de los susodichos, que tuviera vista; segun lo qual en todo caso debia ser preferida dicha Condesa (50), à el Don Antonio Lorenzo para la succesion de dicho Mayorazgo, pues afirmando el D. Antonio descender de Garcia de Vargas Carvajal (23), èste era ciego de nacimiento.

44. En la Clausula 22. lo que disponen el Don Diego, y la Doña Beatriz (16), es que succeda en dicho Mayorazgo, despues del Don Juan de Vargas su hijo mayor, y sus descendientes, el hijo mayor varon que tuviera vista, *que à la sazon que lo tal acaeciere fuere vivo* (*Mem. num.* 38.): y siendo el mayor varon, que se halla vivo, y con vista al tiempo de la vacante, el dicho Don Antonio Lorenzo de Vargas (45), es el que debe succeder; porque en esta materia de tracto succesivo, cada uno de los comprehendidos en los llamamientos viene por su proprio, y especifico llamamiento radicado en su persona, con omnimoda independencia del llamamiento de otro, sin que para succeder necesite del derecho de transmision deducido de sus progenitores, Dom. Molin.

de Hiſpan. Primogen. lib. 1. cap. 17. Dom. Caſtill. *tom. 3. cont. cap.* 15. *num.* 44. *& tom.* 5. *cap.* 98. §. 8. *num.* 9. Dom. Valenz. *conſ.* 23. *num.* 10. *& conſ.* 60. *num.* 14. *& conſ.* 69. *num.* 50. Rox. *de Incompat. part.* 3. *cap.* 1. *num.* 93.

45. Y que huvieſſen llamado ſus hijos ciegos, ſe manifieſta de la miſma fundacion, por no haverlos excluìdo expreſſamente ; que para que aſsi ſe entendiera , neceſsitava una clara voluntad , por la inclinacion à los hijos , porque lo contrario no ſe preſume en los Padres. Leg. Cum furioſus 7. de curator. Furioſ. vel Prodig. ibi : *Quis enim talis afectus extraneus inveniatur, ut vincat paternum.* Surd. *de Aliment. tit.* 1. *quæſt.* 106. *numer.* 5. Eſpin. *de Teſtam. Gloſſ.* 20. *num.* 71. *&* 72. Dom. Arredon. Carmon. *Illueſtrat. à los Aut. Acordad. tom.* 2. *aut.* 30. *à num.* 28. y ſolo lo que executaron fue, dàr preferencia al hijo, que tuviera viſta , la que fue perſonal , y ſe perſuade de las proprias palabras de la Fundacion , de que havia de ſucceder el hijo mayor varon , que tuviera viſta à la ſazon , que lo tal acaeciera, lo que no ſe puede verificar, ſino de la perſona del tal Ciego; porque luego proſiguen llamando ſin diſtincion alguna à ſus deſcendientes legitimos , en que ſe comprehenden los de el Ciego , y como nombraban à los hijos en comun , ſin expreſſar los nombres, diò prelacion à los que tenian viſta , pero no los excluyò,y aſsi eſta prelacion fue perſonal entre los hijos por la eſpecial qualidad de la viſta. Aguil. ad Rox. de Incompat. part. 2. cap. 6. num. 4. ibi: *Quia tunc vitium non eſt in linea , nèc tamquam reale influit in deſcendentes, ſed perſonale, & accidentale, & ubi eſt vitium accidentale, non egreditur ad filios, & deſcendentes.* Torr. *deMaiorat. tom.* 1. *cap.* 28. *n.* 26.

46. Y aunque expreſſamente excluyeron al Ciego, fue al monſtruoſo (*Mem. num.* 35.), lo qual no puede ſer motivo, para que ſe entienda excluìdo qualquiera , que padeſca dicho defecto , ſino tan ſolamente de aquellos, de que habla el Roxas , de Incompatib. part. 2. cap. 6. numer. 8. ibi: *Hebetis, ac obtuſi ingenij, aut qui nihil intelligat ; quia ſecus erit, quando mutus, & ſurdus, vel Cæcus prædictus ſit, perſpicaci ingenio , & bono intelectu : cum poſſit auditus, & loquælæ , & viſus defectum, ingenio ſuplere.* Dom.

Mo-

Molin. *de Hiſpan. Primog. lib. 1. cap. 13. num. 63. 64. & 67* Dom. Caſtill. *tom. 5. Contr. cap. 164. uum. 3.* y aſsi queda deſvanecido el argumento, que ſe hace por razon de dicho defecto.

§. V.

EXCLUSION DE todos los Litigantes.

47. SAliò à el Pleyto Don Fermin Franciſco de Carvajal, Conde del Caſtillejo (54), por ſu proprio derecho, y como Padre, y legitimo Adminiſtrador de la perſona, y bienes de Don Mariano de Carvajal y Vargas (55), ſu hijo, y pretende, que ſi eſtos Mayorazgos ſe contemplan de ſimple, y nuda maſculinidad, ſe declare, que en eſte caſo la ſubſtitucion de todos ellos, y ſus agregados, toca, y pertenece à ſu hijo Don Mariano, y ſe condene en la hypoteſi propueſta à Doña Cathalina (50), à la reſtitucion de los bienes, de que ſe componen dichos Mayorazgos, con los frutos deſde el dia de la vacante; y ſi ſe eſtima, que dichos Mayorazgos ſon de qualidad agnaticia, ſe ha de declarar al dicho Don Fermin por legitimo ſucceſſor de dichos Mayorazgos, y ſus agregados, haciendo la miſma condenacion (*Memor. numer. 132.*).

48. Y alega, que ſi eſtos Mayorazgos ſe contemplan de ſucceſsion regular, es inqueſtionable la incluſion de la Condeſa, por eſtàr repreſentando la linea primogenita, que conſtituyò Don Diego de Vargas (20), hijo ſegundogenito de los de la (16), Fundadores del Eſtado, y Mayorazgo de el Puerto (*Memor. numer. 133.*).

49. De qualquier mòdo, que ſe eſtime dicho Mayorazgo, y ſus Agregados, ni el Don Fermin, ni el Don Mariano, ni dicha Condeſa, pueden preferirſe en la preſente vacante al Don Antonio Lorenzo de Vargas; porque lo cierto es, que no ſe ſabe de fixo, ſi el Don Diego de Vargas (20) fue mayor, que el Don Garcia (23); en cuyo caſo, y duda ſe debe regular la ſucceſsion, ſegun lo diſpueſto por la Ley 6. ff. de ſolut. & obligat. ibi: *Sed potius ex iure ſumitur, id quod agi videtur,*

50. Por derecho està dispuesto, que si entre los descendientes se litiga la succession de algun Mayorazgo, y quando uno assegure descender del hermano primogenito, ò de algun ascendiente mayor en edad, y ninguno lo pruebe, como ha sucedido en el presente pleyto, en este caso se debe recurrir, y diferir la succesion al pariente mas cercano del ultimo possedor; y si los Litigantes estàn en igual grado, se debe recurrir al sexo, para que aquel, que sea varon, se prefiera, y si todos son varones, el mayor en edad, se debe preferir.

51. El pariente mas cercano à la ultima possedora, que lo fue Doña Mariana de la Encarnacion (48), no hay duda lo es Don Antonio Lorenzo de Vargas(45): y aunque tambien es varon de varon descendiente de Doña Beatriz de Vargas (16) dicho Don Fermin, el dicho Don Antonio (45), es mayor en edad, que el susodicho, y dicha Condesa (50), porqne naciò en 14. de Octubre de 1680. *Piez.* 1. *fol.* 97. La Condesa naciò en quatro de Abril de 1688. *Piez.* 4. *fol.* 1. y el Don Fermin, aunque no consta quando naciò, porque en la Partida de bautismo dice el Parrocho tenia tres meses, y quatro dias, se bautizò en 20. de Diciembre de 1722. *Piez.* 9. *fol.* 8. con que ya se contemple regular, ò de agnacion rigorosa, ò de simple masculinidad el dicho Mayorazgo, y sus Agregados, no constando, como real, y verdaderamente no consta, qual de los dos hermanos fue mayor, si el Don Diego (20), ò el Don Garcia (23), y concurriendo en dicho Don Antonio Lorenzo de Vargas, ser el pariente mas cercano à el ultimo possedor, varon de varon descendiente de la Doña Beatriz (16), y el mayor en edad de todos los Litigantes, es en quien legitimamente se transfiriò la possefsion civil, y natural de dicho Mayorazgo, y sus Agregados; y se debe declarar por legitimo successor de ellos.

52. Este caso lo trae el Roxas *de Incompat. part.* 8. *cap.* 5, *num.* 62. ibi: *Quid si descendentes contendant de successione Maioratus, quod quilibet eorum asserat, descendere ex fratre primogenito, vel aliquo ascendente, ætate maiore, & nullus probet, quod intendit, cui eorum deferenda successio Maioratus?* *num.* 63. ibi: *Sed de facili re-*

sol-

ſolvitur hæc quæſtio, ex ſupoſitione quod nemo probet ſe à filio, vel fratre maiore deſcendere, quia cum propter incertitudinem nemo eorum qui contendunt poſsit ſuccedere per prærrogativam lineæ :::: recurrere debemus ad gradum proximiorem ultimi poſſeſſori: & ſi forte contendentes ſint impari gradu, tunc recurremus ad ſexum, ad hoc quod is, qui ſit maſculus preferatur. Atamèn ſi ambo maſculi ſint, recurremus ad ætatem, & ſi maior natu præferrendus erit, quia in ſucceſsione Maioratus, quatuor neceſſario conſideranda ſunt; in primis linea, ſecundo gradus, tertio ſexus, quarto denique ætas. En cuya expreſſa diſpoſicion de derecho eſpera el Don Antonio Lorenzo de Vargas (45), la determinacion à ſu favor. S.I.V. D.C.

Lic. Don Manuel de Ortega y Eſpinoſa.

POR

DON JOACHIN RIQUELME TOGORES, vezino, y Regidor Perpetuo de la Ciudad de Murcia, como Padre, y legitimo Administrador de Doña Luysa Riquelme Serrano y Robles su hija, y de Doña Manuela de Robles Serrano su muger, que fue en primeras nupcias.

CON

DON GINES SAURIN, VEZINO, Y REGIDOR perpetuo de dicha Ciudad, como Padre, y legitimo Administrador de D. Joachin Saurin su hijo, y de Doña Francisca de Robles su muger.

Impresso en Granada, Año de 1743. *En la Imprenta Real.*

POR

DON JOACHIN RIQUELME TOCORES,
verino, y Regidor Perpetuo de la Ciudad de Mur-
cia, como Padre, y legitimo Administrador de
Doña Lucia Riquelme Serrano y Robles su hija,
y de Doña Manuela de Robles Serrano su
muger, que fue en primeras
nupcias.

CON

DON GINES SAURIN, VECINO, Y REGIDOR
perpetuo de dicha Ciudad, como Padre, y legitimo Admi-
nistrador de D. Joachin Saurin su hijo, y de Doña
Francisca de Robles su muger.

***

N. 1. HALLANDOSE en la quieta, y pacifica posseſsion de los Mayorazgos fundados por Martin Serrano, y Doña Juana Muñoz su muger (1), y Don Franciſco Serrano (8) Doña Manuela Sãta Olalla, vezina de la Ciudad de Baza (13), saliò Don Juan Saurin, vezino, y Regidor Perpetuo de la Ciudad de Murcia (16), como Padre, y legitimo Administrador de D. Joachin Saurin su menor hijo, pretendiendo se declaraſſe à este por legitimo Succeſſor de dichos Mayorazgos, y se condenaſſe à la dicha Doña Manuela su Visabuela à la restitucion de los bienes de ellos con los frutos.

2. Noticioso Don Joachin Riquelme de esta demanda, y que era en perjuizio de Doña Luysa Riquelme su hija, y de Doña Manuela de Robles Molina su muger que fue (15), à cuyo nombre tenia puesta demanda de alimentos á dicha Doña Manuela Sãta Olalla, por ser la immediata Succeſſora, salio al pleyto, pretendiendo se denegaſſe al dicho D. Ginès, por cabeza de su hijo, la dicha pretenſion, declarando à dicha Doña Luysa por immediata Succeſſora, y en caso neceſſario ser en la que por muerte de Don Alvaro de Robles Serrano (14) se transfiriò la Succesion legal, y por consiguiente ser la legitima Succeſſora de dichos Mayorazgos, condenando à la Doña Manuela, à que le restituya sus bienes con sus frutos.

3. Y como la voluntad de los Fundadores, es la que ha de governar el orden de la succesion, *ex leg. 19. ff. de condit. & demonst.* Torre *de Maiorat. tom. 3. decis. 33. num. 6.* Pegas *de Maiorat. tom. 2. cap. 11. n. 1.* Aguil. ad Rox. *part. 1. cap. 6. n. 307. & cap. 8. num. 25.* Rosa *consult. 69. num. 29.* Dom. Vela *dissert. 49. n. 50.* pondrémos con separacion las dos fundaciones, con las Clausulas, que conduzcan al presente litigio, para q̃ reconocida su qualidad, el estado en que al presente se halla la succesiõ, en defecto de la dicha Doña Manuela, no puede ser otro el legitimo succeſſor, que la dicha Doña Luysa Riquelme, por no aver llegado el caso de la succesiõ del dicho D. Joachin.

§. I.

FUNDACION DE MARTIN SERRANO, E DOñA Juana Muñòz su muger, vezinos de la Ciudad de Hueſcar, por Escriptura de 18. de Octubre de 1542. para la qual obtuvieron Real Facultad, su fecha 8. de Noviembre de 1539.

REFIEREN LOS BIENES, QUE INCLUYEN EN dicha Fundacion, y proſiguen.

CLAUSULA PRIMERA.

4. LAs quales dichas Casas, é Viñas, è Tierras, é Huertas, é Molinos, è Aguas de suso declaradas, è deslindadas, con todas sus entradas, é salidas, vsos, è costumbres, derechos, è servidumbres, quantas han de aver, deben, è les pertenece de hecho, y de derecho damos en el dicho Vinculo, ê Mayorazgo, en lo que podemos por via de tercio, è quin-

quinto, conforme à las Leyes de eſtos Reynos, y en lo demás por virtud de la dicha Facultad, è Licencia, à vos Doña Juana Serrano nueſtra hija legitima, muger de Franciſco Girón, Regidor, è vezino de eſta dicha Ciudad de Hueſcar, cumpliendo con lo que prometimos al dicho Franciſco Giròn, al tiempo, que ſe concertó vueſtro Matrimonio, que por caſo oneroſo, è porque fueſſedes mas ricos, è mas honrados, hariamos eſte Mayorazgo, è Vinculo en vueſtro favor, è querèmos, è ordenamos, que por nueſtro fin, é fallecimiento de ambos, no antes, vos la dicha Doña Juana Serrano, ſuccedais en los dichos bienes, è los tengais, è gozeis el vſufructo de ellos todos los dias de vueſtra vida.

CLAUSULA II.

5. E deſpues de vos, ſucceda en los dichos bienes Martin Serrano Giròn (6) vueſtro hijo, é fijo del dicho Franciſco Giròn, è deſpues del dicho Martin Serrano, ſu hijo mayor varon legitimo, è no legitimado, ſi no fuere por ſubſiguiente matrimonio; è deſpues del dicho ſu hijo, ſu nieto, è viznieto, è aſsi ſucceſsivè de varon en varon mayor legitimo, è no legitimado como dicho es, ſin diferencia de tercera, quarta, ni quinta generacion, ſino perpetuamente para ſiempre jamàs.

CLAUSULA III.

6. Y en defecto del dicho Martin Serrano Girón, ſucceda en los dichos bienes, mejoria de tercio, è quinto, é Mayorazgo, el otro hijo mayor de vos la dicha Doña Juana, è ſus deſcendientes legitimos, como dicho es, en el dicho Martin Serrano Giron, y aſsi de vno en otro de vueſtros hijos, los quales, y los deſcendiẽtes de ellos, cada vno de ellos en ſu tiempo ſe llamen por apellido Serrano, è Giròn.

CLAUSULA IV.

7. E à falta de la deſcendencia vueſtra, é de vueſtros hijos legitimos, como dicho es, ſucceda, è vengan los dichos bienes, con las condiciones de eſta Eſcriptura, en Pedro Serrano (3) nueſtro hijo, y en ſus hijos varones, é de Locia de Godoy ſu muger, de mayor en mayor, y en ſus deſcendientes para ſiempre jamàs, ſiempre prefiriendo, y anteponiendo el mayor al menor.

CLAUSULA V.

8. Y à falta de ellos ſucceda Franciſco Serrano (4) nueſtro hijo, y en ſus hijos, y deſcendientes varones.

CLAUSULA VI.

9. Y à falta de ſu deſcendencia, venga el dicho Mayorazgo à Diego Serrano (5) nueſtro hijo, é à ſus deſcendientes varones, è aſsi de vno en otro perpetuamente para ſiempre jamàs, por manera, que ſuccedan en los dichos bienes varones, y no hembras.

CLAUSULA VII.

10. Item, que ſi vos los dichos Doña Juana Serrano, é Franciſco Giròn, no tuvieredes hijos varones, que ſuccedan en el dicho Mayorazgo, è tuvieredes hijas, la perſona, que ſuccediere en el dicho Mayorazgo, ſea obligado de dar, è pagar à las hijas de vos la dicha Doña Juana, vn quento de maravedis en dinero, contados de los frutos de dicho Mayorazgo, dentro de ſeis años luego ſiguientes, que poſſeyere el dicho Mayorazgo, que eſto es nueſtra vltima voluntad, el qual dicho

cio vn quento, les dèn dentro de los dichos 6. años, cada año la sexta parte.

CLAUSULA VIII.

11. Otrosi, con condicion, que todos los que succedieren en los dichos bienes, se llamen por apellido, y cognombre mas principal, los varones Juan, Martin, Diego, è otro nombre proprio, è por sobrenombre Serrano, è las hembras Maria, Juana, Cathalina Serrano, y firmen assi en las Escripturas, è Cartas, é se hagan llamar assi en su casa, é fuera de ella, y el que no lo cumpliere assi, pierda los dichos bienes, è succeda en ellos el siguiente en grado.

CLAUSULA IX.

12. Otrosi, con condicion, que todos los Posseedores de dicho Mayorazgo traigan nuestras Armas por mas principales, poniendolas á la mano derecha, do quier, que las pusieren, è no lo assi haziendo, por el mismo hecho pierdan el dicho Mayorazgo, y entre en èl el siguiente en grado, llamado por esta disposicion.

CLAUSULA X.

13. Item, querémos, que virtualmente en las palabras, é Clausulas susodichas, se contenga todo aquello, que este Mayorazgo avia de llevar para su perpetuìdad, guardado, è cumplido todo lo susodicho, lo qual ordenamos con las condiciones, maneras, vias, modos de suso declarados. E querèmos, que la persona, que tuviere los bienes del dicho Mayorazgo, los tenga, è goze, è aya el vsufructo de ellos, è despues de él el siguiente, è assi de vno en otro, guardando las condiciones susodichas, è cada vna de ellas, è no en otra manera, è si alguna regla, ò disposicion de hecho, ó de derecho ay, ò oviere, que repugne, é impli' que perturbacion en todo, ò en parte à este Mayorazgo su disposicion, y efecto: quede abrogado, é derogado para en este caso, por virtud de la dicha Facultad, assi de las Leyes de estos Reynos, para la dicha mejoria de tercio, y quinto, como por la dicha Provision, é Facultad para en los demàs: por manera, que los dichos bienes vengan segun la dicha disposicion á los por ella llamados, é cada vno en su tiempo sea verdadero Señor, è Posseedor de ellos para en aquellas cosas, que convengan à la conservacion, vnion, è perpetuídad, è aumento de ellos, è no para mas, &c.

14. Las demàs Clausulas se reducen à la prohibicion de enagenacion, exclusion de Religiosos, Clerigos, furiosos, y mentecaptos, y que de la renta de los 4. primeros años se diessen à sus hijos Francisco, y Diego Serrano cierta cantidad de mrs. para ayuda á sus casamientos.

15. Con mucho fundamento se puede persuadir, que este Mayorazgo es regular, porque no estando expressamente contemplada la agnació en el repetido llamamiento de varones, no induce, el q̃ se ayan de preferir los varones agnados, fuera de la linea, y grado, y assi parece lo manifestaron los Fundadores; pues pusieron el precepto, de que las hembras se llamassen Maria, Juana, Cathalina, y para gravarlas es preciso el supuesto de dexarlas llamadas, *ex L. 1. §. Sciendum 6. ff. de legat. 3.* Dom. Vela *differt. 40. n. 32.* Dom. Lara *de Cappellan. lib. 1. cap. 5. num. 52.* Cardin. de Luca *de Donat. disc. 43. num. 3.* versic. *Solidam, & de Testament. disc. 14. num. 15. & infrá num. 39.*

16. Y que el repetido llamamiento de varones solo induzga la prelacion dentro de la linea, y gra-

do, quando no ay clara voluntad contraria, lo fundan Dom. Molina *de Hiſpan. Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 71. & Addent. verſic. *Et hinc eſt*, ibi: *Nam conſuetudo præferens maſculos in primogenitura, intelligitur de maſculo eiuſdem gradus, vt præfacti Autores retenſent: neque ideo quia vocatur filius maſculus, vel nepos maſculus, vel pro nepos maſculus, dicuntur fœminæ excluſæ, eo quod Teſtator exprimat qualitatem, quæ debebat in eſſe in eis, ſi eſſent filij, nepotes, vel pro nepotes tunc tum maſculi ſunt futuri.* Ita Beron. *conſ.* 120. *num.* 74. *lib.* 2. *Vnde vocatio maſculorum hoc modo facta, non intelligitur ad excluſionem fœminarum, ſed ad prælationem maſculorum in eadem linea, & gradu.*

17. Dom. Valenç. *conſ.* 97. *ex num.* 100. ibi: *Ita verbum maſculus intelligitur appoſitum ad oſtendendum, quod exiſtente maſculo lineæ directè, ille ſuccederet, licet eſſet minor, & eo quod inſtitutores vocaverint filium ſuum, aut nepotem, aut deſcendentes maſculos, non ſequitur, fœminarum excluſio, & præcipuè in ſucceſſione perpetua, & habent tractum ſucceſſivum, vt ſunt Maioratus.* Y proſigue latamente fundando eſte meſmo concepto.

18. Barboſ. *lib.* 3. *vot.* 126. *num.* 236. Dom. Lara *de Vita Homin. cap.* 30. *num.* 82. Torre *de Maioratib. tom.* 1. *cap.* 25. *num.* 85. 94. ibi: *Cum itaque tali caſu fœmina habeat regulam pro ſe, & intentionem fundatam in qualitate diſpoſitionis, transfert onus in adverſarium probandi plenè, & concludenter voluntatem Teſtatoris, non vero per ambiguas probationes, vt eſt maſculorum prælatio, & fœminarum excluſio, quæ cum poſſit eſſe propter maſculos eiuſdem gradus tantum, & propter maſculos etiam remotiores, in dubio ſtandum eſt regulæ donec contrarium per evidentiſſimas probationes iuſtificetur.* Et num. 133. ibi: *Ex hac maſculorum vocatione non cenſeri excluſas fœminas ob maſculos remotiores, niſi ex alijs conjecturis conſtet de earum excluſione.* Et facit Valenç. *conſ.* 97. *num.* 84. vbi: *Quod veniunt fœminæ etiam vbi multiplicantur verba maſculinitatem ſive varoniam importantia, & plenius num.* 106. 107. & 108. vbi: *Quod expreſsio maſculinitatis non operatur excluſionem fœminarum, ſed prælationem in eodem gradu.*

19. Cuya inteligencia, parece que fue la que governó dicha diſpoſicion; porque aviendo dicho los Fundadores, que hazian Mayorazgo, ſupuſieron comprehendidos todos los de la familia de vno, y otro ſexo, por el orden regular de la preferencia del ſexo, grado, y linea. D. Molin. *de Hiſpan. Primog. lib.* 1. *cap.* 4. *á num.* 15. y ſolo fueron expreſſando la predileccion, que baxo del orden regular, debian tener los varones, y que aviendolos dentro del grado no ſuccedieſſe la hembra; peto ſuponiendola llamada, no teniendo varon dentro del grado, que la prefirieſſe, debia ſucceder, y para eſte caſo previenen, el que ſe llamaſſen Maria, Juana, Cathalina Serrano, lo que en otro concepto fuera inutil.

20. Cuya verdad ſe haze mas cierta por ſer fundacion de Marido, y Muger, en la que no ſe preſume odio à ſu proprio ſexo. Dom. Molina *de Hiſpan. Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 74. & ibi Addent. Pegas *de Majorat. tom.* 2. *cap.* 12. *n.* 32. Torre *de Maioratib. tom.* 1. *cap.* 25. *n.* 279. Dom. Valenç. *conſ.* 97. *num.* 63. D. Creſpi *part.* 1. *Obſerv.* 22. *num.* 55. aſsimiſmo en los Mayorazgos, que las hembras tienen llamamiento, no ſe induce, ni preſume otra qualidad, que no ſea la regular, teniendo ſolo los varones la prelacion dentro de la linea, y grado. Dom. Molina *de Hiſp. Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 50. & ibi Addent. & Pard. Maldonad. Dom. Vela *diſſert.* 49. *n.* 87. Roſa *conſult.* 69. *num.* 22. Dom. Larr. *deciſ.* 54.

num.

*num.*5. Torre *de Maiorat. tom.*1. *cap.* 25. *num.*27. Alvar. Peg. *de Majorat. tom.*2. *cap.*12. *num.*32.

21. Perſuadido, el que eſte Mayorazgo ſea regular, no queda duda, el que Doña Manuela Santa Olalla, es legitima poſſeedora, y ſucceſſora, y ſe le debe abſolver de la demanda pueſta por Don Joachin Saurin, y la inmediata ſucceſſora lo es Doña Luyſa Riquelme, por la mejor linea, que conſtituyó Doña Manuela de Robles ſu madre, hermana mayor que fue de Doña Franciſca de Robles, madre del dicho Don Joachin.

§. II.

22. QUando aun ſin embargo de lo dicho ſe inſiſtieſſe por Don Joachin Saurin, que el Mayorazgo es de qualidad, y que tienen prelacion los varones cognados à las hembras de mejor linea, fundarèmos, que no ſe puede inducir eſta qualidad, y mas bien ſe perſuade la de rigoroſa agnacion, en el concepto que la explicaron los Fundadores.

23. Hallandoſe dichos Fundadores obligados à vincular á favor de ſu hija Doña Juana Serrano, muger de Don Franciſco Giròn (2) con la libertad, que el Derecho dà à los Padres, para mejorar à qualquiera de ſus hijos en el tercio, y remaniente del quinto, y con Real Facultad, que avian obtenido, en cuya virtud podian gravarles las legitimas.

24. Quiſieron cumpliendo con todos eſtos reſpectos llamar en primer lugar à la dicha Doña Juana Serrano (2) y deſpues ſuccedieſſe ſu hijo Martin Serrano Girón (6), en quien empezaſſe la ſucceſsion, para conſeguir el fin de la agnacion, que apetecieron. D. Vela *diſſert.*49. *n*45. verſ. *Nam ex maſculis*: *Y deſpues ſu hijo mayor varon, y deſpues del dicho ſu hijo, ſu nieto, é ſu viznieto, aſsi ſucceſsivè de varon en varon mayor legitimo, è no legitimado, como dicho es, ſin diferencia de tercera, quarta, ni quinta generacion, ſino perpetuamente para ſiempre jamàs.* Roxas *de Incompatibil. part.*1. *cap.*6. *num.*309. ibi: *Linea artificioſæ ſivè fictæ agnationis eſt, quando inſtitutor Maioratus agnatos non habet, in quarum perſonis, & vocationibus poſsit veram ex propriam agnationem inſtituere, & ideò eam fictam inſtituit vocando maſculos, de maſculo in maſculum, ex fœminis.* Et num. 310. *Hæc autem linea artificioſæ agnationis debet redigi ad ſimilitudinem verè, ac puré lineæ agnationis.* D. Lara *de Vit. homin. cap.* 30. *num.* 115. D. Caſtill. *lib.*5. *Controv. cap.* 133. *ex num.* 12. D. Larrea *deciſ. Granat. diſp.* 34. *à num.*2. *&* 49. Dom. Vela *diſſert.*49. *num.* 45. Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.*14. *num.*4. *cap.*17. *n.* 94. 95. ibi: *Quia formatur in maſculo ex fœmina.*

25. Y en defecto del dicho Martin Serrano, mandan, que ſuccedan en dicho Mayorazgo el otro hijo mayor de la dicha Doña Juana, y ſus deſcendientes legitimos, *como dicho es*, lo qual explica la propria qualidad, y orden de llamamientos, que dexaban diſpueſtos en el dicho Martin Serrano. *Argum. leg.* 27. *ff. de hæred. inſtituend.* Dom. Molin. & ibi Add. *lib.*3. *cap.*5. *num.*64. Dom. Caſtill. *tom.*6. *cap.*117. *num.*28. Barboſ. *dict.* 87. *num.* 1. & 4. Roſa *conſult.*69. *num.*179. Dom. Vela *diſſert.* 49. *num.* 12. 13. Torre *de Maiorat. tom.*1. *cap.*25. *num.* 259. *& cap.* 37. *num.*97. 98. *& part.*3. *deciſ.*42. *n.*5. Garcia *de Nobilit. diviſion. oper. n.*49. ibi: *Et primum ſi Teſtator in cæteris vocationibus vtatur verbo relativo, ſcilicèt: Dichos fijos, aut como dicho es, aut en la dicha manera, nam verbum illud dictus, a, um, vel præfatus, a, um, eſt relativum, & reſtringit ad antecedens, & eius qualitates, & inducit repetitionem omnimodam antecedentis.* Mieres *de Maiorat. tom.*1. *part.*2, *q.*5. *n.*63. Y ſiendo eſtos la ſucceſsion *de varon*

en varon, igualmente la apetecieron en el otro hijo de la dicha Doña Juana, y su linea.

26. Y assi previenen fuesse de vno en otro de sus hijos legitimos, y sus descendientes, con el gravamen de el Apellido *Serrano Girón*.

27. En segundo lugar llamaron á Pedro Serrano (3) su hijo, y sus hijos varones, y á falta de ellos à Francisco Serrano (4) otro hijo de los Fundadores, y à sus hijos, y descendtentes varones; por cuya falta llamaron à Diego Serrano (5), y à sus descendientes varones, y assi de vno en otro perpetuamente para siempre jamàs, *por manera, que succedan en dichos bienes varones, y no hembras*; cuya expresion estando puesta como regla, comprehende todos los llamamientos, y es la que dá la Ley para su inteligencia, *ex L. Regulę, ff. de Iur. & fact. ignor.* Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 62. Torre *de Maiorat. part.* 1. *cap.* 12. *n.* 6. *& part.* 2. *cap.* 32. *à num.* 20. Fussar. *de Subst it. quæst.* 403. *num.* 37. Dom. Vela *differt.* 49. *num.* 3. 69. D. Castill. *lib.* 2. *Controv. cap.* 4. *num.* 12. Mieres *de Maiorat. part.* 2. *quæst.* 72. *num.* 30. D. Lara *de Vit. homin. cap.* 30. *num.* 79. & 80. Alv. Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 17. *num.* 91. 103.

28. Previniendo el caso, que la dicha Doña Juana Serrano (2) podia morir sin dexar hijos varones sino hijas, no siendo la voluntad de los Fundadores el que succediessen, por no dexarlas llamadas: previenen, que el Successor en el Mayorazgo les dè, y pague à las tales hijas vn quento de maravedis distribuìdos en seis años.

29. Que los Succesores se llamassen por Apellido mas principal *Serrano*, los varones *Juan*, *Martin*, *Diego*, y las hembras *Maria*, *Juana*, *Cathalina*.

30. Y que en las palabras de dicha Fundacion se contuviesse todo lo que fuesse necessario para su perpetuìdad, y si alguna cosa huviesse, que á ello repugnasse, quedasse abrogado en conformidad de la Real Facultad.

31. No aviendo hecho el Mayorazgo regular, es preciso indagar la qualidad, que le dieron, y segun las expresiones, que llevamos notadas, quisieron, y apetecieron dichos Fundadores, el que se succediesse de varon en varon, lo q̃ se debe entender del varon agnado, miẽtras le huviesse, y no del cognado.

32. La agnacion, no solo se persuade, quando expressamente los Fundadores dizen, que se succeda por agnacion, sino es que se induce por indicios, y conjeturas, Rosa *consult.* 69. *num.* 29. 30. & 54. Mieres *de Maiorat. part.* 2. *quæst.* 6. *num.* 9. Surdo *decis.* 125. *à num.* 5. D. Castill. *tom.* 3. *Controv. cap.* 29. *num.* 17. & *seqq.* Casanate *cons.* 20. *á num.* 5. D. Larr. *decis.* 53. *num.* 9. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 39. & *cap.* 5. *num.* 25. Alvar. Pegas *de Maiorat. part.* 2. *cap.* 17. *num.* 63. & *seqq.* Dom. Vela *differt.* 49. *num.* 53. Dom. Lar. *de Vita Hom. cap.* 30. *n.* 88. Torre *de Maior. tom.* 1. *cap.* 25. *n.* 19. vers. *Imò*, & *num.* 280.

33. Teniendo por expressa la agnacion, y no conjeturada, quando se saca de las proprias palabras. Casanat. *dict. cons.* 20. *num.* 6. Dom. Castill. *tom.* 2. *Controv. cap.* 4. *n.* 53. & *tom.* 4. *cap.* 17. *num.* 6. & 7. Rosa *dict. consult.* 69. *num.* 31. vers. *Imò*. Dom. Vela *differt.* 49. *num.* 52. Add. ad Dom. Molin. *de Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *nnm.* 4. *in fin.* Dom. Lar. *de Vit. Hom. dict. cap.* 30. *num.* 89. Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 25. *n.* 80. Mieres *de Maiorat. in init.* 2. *part. n.* 29.

34. Porque no vsandose, ni practicandose, sino es en raro Mayorazgo de España, el vsar de la voz de agnacion. Add. ad Dom. Molin.

dict.

dict. cap. 5. *num.* 22. vers. *His verò, & ex num.* 25. es preciſſo ocurrir à las conjeturas. Roſa *dict. conſult.* 69. *num.* 54. Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 25. *num.* 105. es comun doctrina de los Autores, el que baſta para inducirla la contemplacion de agnacion conjeturada, Dom. Molin. *dict. cap.* 5. *præcipuè ex num.* 25. *cæterique citati num.* 32.

35. Las vozes, de que vſan los Autores por equipolentes para dar expreſſa, y formal la contemplacion de agnacion, ſon: *Succedan varones, y no hembras*, ù de *varon en varon*, y otras á eſte modo. Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 306. & 319. ibi: *De maſculo in maſculum.* N. 312. in fin. ibi: *De varon en varon.* Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 14. *n.* 3. D. Lara *de Vit. Homiu. cap.* 30. *n.* 81. Dom. Caſtill. *lib.* 5. *Controv. cap.* 92. *num.* 3. *prope fin.*

36. Sin que ſe neceſsite materialmente dezir, varon de varon. Dom. Vela *dict. diſſert.* 49. *num.* 88. quedando al prudente juizio de los Señores Juezes. Add. ad D. Molin. *dict. cap.* 5. *num.* 22. vers. *His verò, in fin. & num.* 4. Roſa *dict. conſult.* 69. *num.* 54. que fue en la forma, que ſe explicaron dichos Fundadores, *ſuper Clauſ.* 2. (como diximos en el num. 24.) ibi: *Y aſsi ſucceſsivè de varon en varon.* Con que no dexa duda, que ſe debe entender del varon agnado de la linea recta, y no de otro cognado.

37. La primera Conjetura para inducir la agnacion es, la repeticion de llamamiento de varones, y nueſtros Fundadores en el primer llamamiento de Martin Serrano (6) repitieron la voz *Varon* tres vezes, y quiſieron que ſuccedieſſe en eſta forma, *ſin diferencia de tercera, quarta, ni quinta generacion, ſino perpetuamente para ſiempre jamàs*, en lo que explicaron la enixa, y geminada voluntad, de que perpetuamente fueſſe de varon en varon, y aſsi dieron el llamamiento á todos los varones agnados poſsibles, deſcendientes de dicho Martin Serrano.

38. En el ſegundo llamamiento de Pedro Serrano (3) expreſſan tambien *los hijos varones*, en el de Franciſco Serrano, *los hijos, y deſcendientes varones*, y en el llamamiento de Diego Serrano (5), *y á ſus deſcendientes varones*; *por manera* (dizẽ) *que ſuccedan en dichos bienes varones*: por lo qual ſe halla, no dos, ò tres vezes repetida la qualidad, y voz de *Varon*, ſino nueve vezes, porque no hizieron mas llamamientos; y aſsi *non ſemel, ſed tollendæ dubitationis gratia, bis, id eſt, de eodem idem dixiſſe*; *ne qua dubitatio ſuper eſſet. L.* 1. §. 7. *ff. de Ædilit. Edict.* Por lo qual no puede dexar razon de dudar, que el varon, que contemplaron, anterior à la hembra, fue el agnado, y al que tuvieron preſente dichos Fundadores. Add. ad Dom. Molin. *dict. cap.* 5. *num.* 26. vers. *Nos.* Dom. Vela *dict. diſſert.* 49. *num.* 54. 55. Barboſ. *vot.* 7. *num.* 25. & *vot.* 70. *num.* 20. & *ſeqq.* D. Larrea *deciſ.* 53. *num.* 9. Roſa *conſult.* 69. *num.* 162. Pegas *de Maiorat. part.* 2. *cap.* 12. *num.* 33. *Cap.* 15. *num.* 39. Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 37. *num.* 113. *Cap.* 41. §. 7. *n.* 75. *Cap.* 25. *num.* 138. & *ſeqq. num.* 141. vers. *Si verò*, ibi: *Si verò vltra repetitionem maſculinitatis adſit Clauſula denotans perpetuitatem, & quod omni caſu, & omni tempore, tantum maſculi admittantur; tunc excluſio fœminarum eſt certiſsima, quia diſpoſitio cenſetur condita favore agnationis. Et part.* 3. *deciſ.* 17. *ex n.* 92. D. Caſtill. *tom.* 4. *cap.* 2. *num.* 78.

39. La ſegunda Conjetura, y la mas poderoſa, que haze realidad, es, el eſtar diſcretivamente nombradas las hembras con poſterioridad à todos los varones. Surd. *conſ.* 475. *ex num.* 14. Dom. Caſtill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 92. *num.* 9. D. Larrea *deciſ.*

53. *num.* 26. verſ. *Et quod plus.* Roſa *conſult.* 69. *num.* 153. Dom. Molin. *dict. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 55. Torre *de Maioratib. part.* 1. *cap.* 25. *num.* 180. *cap.* 37. *num.* 85. Mieres *de Maiorat. tom.* 1. *part.* 2. *queſt.* 6. *à num.* 273. porque el hablar diſcretiva, y ſeparadamente, manifieſta no eſtar las hembras incluìdas en el primero orden de llamamientos.

40. Con la grande conjetura, que induce el modo, como ſe nombran las hembras, previenen(*vt ſup. Clauſ.* 7. *n.* 10.) que porque podia morir dicha Doña Juana Serrano(2) ſin hijos varones, ſino hijas, por no dexarlas llamadas, mandan, que el ſucceſſor les dé, y pague vn quento de mrs. porque no ſolo no tenian, ni aun diſcretivo llamamiento, poſterior à los varones, que perſuade la agnacion; ſino es la expreſſa, y repetida excluſion de las hembras, mientras huvieſſe varones agnados, que *à maioritate rationis*, haze mas clara la contemplada agnacion, laté Dom. Vela *diſſert.* 49. *num.* 56. 61. 62. & 107.

41. La tercera Conjetura es, el precepto de Armas, Nombre, y Apellido (pues aunque ſe puede cumplir por hembras, Dom. Molin. *de Hiſpan. Primog. lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 8. & 9. & *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 78. Dom. Lara *de Vit. Homin. cap.* 13. *num.* 34. Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 25. *num.* 126. Pardo Maldon. ad D. Molin. *dict. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 78. y por tanto no es inductivo de la agnacion) es quando ſe quiere inducir la agnaciõ ſolamente por eſte precepto. Dom. Molina *dict. cap.* 14. *num.* 8. & 9. & ibi Addent. verſic. *Limitatur.* Roſa *dict. conſult.* 69. *num.* 167. 169. & 170. Caſanat. *conſ.* 8. *num.* 24. & 25. & *conſ.* 20. *num.* 29. Dom. Caſtill. *lib.* 5. *Controv. cap.* 136. verſ. *Molinam ſequitur.* Torre *de Maiorat. part.* 1. *cap.* 25. *num.* 127. verſ. *Bene verum*, & *cap.* 38. *num.* 209. & *ſeqq.* y aſsi mirando á vno, y otro reſpecto lo ponen los Fundadores à los varones, y à las hembras, para quando llegàra ſu caſo, que es el mayor argumento de la agnacion.

42. La quarta Conjetura ſe induce de aver prevenido, que ſuccedieſſen ſus *deſcendientes varones, y aſsi de vno en otro perpetuamente*, en lo qual eſtàn comprehẽdidos todos los deſcendientes varones agnados, y es lo proprio que dezir: *Varon de varon*, poniendolos en compendio, como ſi expreſſamente los fuera llamando; y diziendo, el nieto varon, luego el ſegundo nieto varon, y deſpues el tercero nieto varon, porque para explicar la voluntad, debemos atender la intencion, que manifeſtaron los Fundadores, *ex leg. Si ſervus* 50. §. *vltim. ff. de legat. L. Heredes* 21. §. 1. *ff. qui teſtam. facer. poſſ.* D. Caſtill. *tom.* 4. *Controv. cap.* 50. *n.* 1. & 7. *tom.* 2. *cap.* 4. *num.* 10. *tom.* 3. *cap.* 15. *ex num.* 30. Noguer. *alleg.* 9. *num.* 62. & 63. Cortiad. *deciſ.* 129. *num.* 107.

43. Cuyas conjeturas, aunque cada vna de por sì no fueſſe baſtante, vnidas prueban, y dexan ſin diſputa la agnacion, y de ellas vſaron, y vſan los Autores à eſte fin. D. Vela *diſſert.* 49. *num.* 61. Roſa *conſult.* 69. *num.* 169. Cardin. de Luc. *de Fideicomm. diſc.* 28. *num.* 8. verſic. *Iſtæ rationes.* Torre *de Maiorat. part.* 3. *deciſ.* 17. *n.* 94. & *part.* 1. *cap.* 41. §. 7. *num.* 79. ibi: *Quod plures adeſſent conjecturæ prædictis conſimiles in Rota Romana fuit firmatum diſpoſitionem abſque dubio Agnatitiam ::: & magis præciſſe, quod ordinatio perpetuæ primogenituræ: Filijs fœminarum in altera parte facta proviſio; onus aſſumendi cognomen, & inſignia Teſtatoris; perpetua Religioſorum excluſio, firmum propoſitum, ac enixam voluntatẽ demonſtrant conſervandi agnationem, ac per conſequens excludendi maſculos ex fœminis.* Caſanat. *conſ.* 20. *num.* 34. Dom. Caſtillo

tillo *tom.* 5. *Controv. cap.* 89. *num.* 54. *in fin.*

44. Y en esta forma se han decidido por agnaticios muchos Mayorazgos, como en el caso de Gabriel *conf.* 116. referido por el Señor Larrea *decis.* 54. *num.* 17. *& decis.* 53. *num.* 25. y lo fundan Simon de Prætis *de Interpret. ultim. volunt. lib.* 3. *interpret.* 3. *dub.* 1. *solut.* 11. *num.* 1. & 65. Dom. Castill. *lib.* 2. *Controv. cap.* 4. *num.* 145. *& lib.* 5. *cap.* 133. *num.* 12. vers. *Rursus.* Peg. *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 12. *num.* 33. 34. & 35. Cardin. de Luca *de Fideicomm. disc.* 24. *á num.* 11. Torre *de Maiorat. part.* 1. *cap.* 38. *num.* 410. y en el que escriviò el Señor Vela la citada *differt.* 49. dõde fundando dilatadamente la calidad agnaticia de aquel Mayorazgo (y es vna alegaciõ fundadissima de el derecho que defendemos) fue la decision à favor de la hembra de mejor linea, no obstante de oponersele vn varon cognado, por aver llegado el caso de faltar todos los agnados.

45. Y en esta Chancilleria se halla apreciada esta verdad, y por mas notables referimos los tres pleytos: El vno, que siguiò el Señor Marqués de Santistevan con el Señor Marquès de Aytona, sobre el Estado de Medellin, en el qual obtuvo el primero Sentencia de vista en 15. de Marzo de 1720. que se confirmò por la de Revista, sin embargo de q̃ el segundo era varon descendiente de los Fundadores, y de el primero llamado, y solo por la repeticion de varones, y averse interpuesto en su linea vna hembra, por lo qual era varon cognado descendiente de los Fundadores, le prefiriò el varon de varon de hembra, en quien los Fundadores formaron la agnacion artificiosa en defecto de varones de la primera linea. Otro, el de la Señora Condesa de Fuen-Salida, en competencia de el Conde de Arenales, sobre el Estado de Guadalcazar, que sin embargo de descender dicha Señora de el primer llamado, y de tener hijo varon, obtuvo el Conde de Arenales como descendiente varon de varon de Maria Alfonso, hija de el Fundador Lope Gutierrez, en quien en defecto de los hijos varones descendientes de sus hijos varones, subsitò la Agnacion artificiosa en la linea de dicha Maria Alfonso, segun la doctrina de Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 36.

46. Y el tercero, el que siguiò el Sr. Conde del Montijo con el Marqués de Cortes, sobre la succession del Estado de Moguer, y Villanueva del Fresno, regulada por la disposicion del Maestre de Santiago Don Juan Pacheco Marquês de Villena, y Doña Maria Portocarrero su muger, en el que obtuvo el Sr. Conde por varon agnado descendiente de los Fundadores, no obstante, que el Marqués era descendiente por linea recta de Don Pedro Porrocarrero, hijo de los Fundadores, y primero llamado, porque en Doña Maria Portocarrero su tercera Abuela, faltò la descendencia de *varon en varon*, que quisieron, y apetecieron los Fundadores; y por esta opinion dize Alv. Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 12. *n.* 34. que se juzga en los Tribunales de España, con mas de treze Autores, que cita para ello.

§. III.

47. LOs argumentos, que contra dichas Conjeturas se pueden hazer, son: El primero, que siendo Fundacion de Marido, y Muger, no se presume contemplada la Agnacion: Este argumento tanto es contra la Masculinidad, como contra la Agnacion, y assi lo pusimos en el num. 20. para persuadir ser regular la succesion; y prefiere esta

esta conjetura, quando huviesse alguna duda, y los Fundadores no huviessen contemplado la Agnacion en el primero orden de llamamientos, como lo hizieron en este caso. Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 73. & ibi Pard. Maldonad. *num.* 73. & 74. & Add. D. Castill. *lib.* 2. *Controv. cap.* 4. *num.* 143. & *seqq.* & *tom.* 4. *cap.* 36. *num.* 45. Avendañ. *in leg.* 40. *Taur. Gloss.* 9. *num.* 57. D. Cresp. *observ.* 22. *n.* 51.

48. Y antes dicho argumento haze no menos eficàz conjetura de la Agnacion, que las que dexamos referidas; porque teniendose por dos fundaciones, la hecha por marido, y muger. Dom. Molina *de Primog. lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 84. & ibi Add. Gutierr. *cons.* 2. *num.* 6. Dom. Larr. *decis.* 60. *num.* 11. Roxas *de Incompat. part.* 8. *cap.* 2. *num.* 6. & ibi Aguil. *num.* 8. Pegas *de Majorat. tom.* 2. *cap.* 10. *num.* 182. & *cap.* 20. *num.* 368.

49. Y apeteciendo la perpetua vnion de los bienes, y que cada Fundador tuviesse en su caso, y tiempo el debido reconocimiento á su memoria, como que el marido debia tener la preferencia, y primer lugar, llamaron á los varones, y varones de estos, con el precepto, de que se llamassen *Juan*, *Martin*, *Diego*, *vt sup. num.* 10. y el Apellido de *Serrano*, *Girón*, que era el del Fundador, y el principal del nieto primero llamado (6) para que se entendiesse era este el primero, y principal fin, y respecto, porque se hazia la Fundacion; y faltando este, llegó el que las hembras tambien succesoras, conservassen el nombre de sus Fundadores, con el precepto de llamarse *Juana* la que obtuviesse el Mayorazgo.

50. El segundo argumento es, el que en los Mayorazgos, que las hembras tienen llamamiento, no se induce la Agnacion, *ex sup. cit. n.* 20. Con que aviendo los Fundadores puesto el precepto, de que las hembras se llamassen *Maria*, *Juana*, *Cathalina*, las suponen llamadas; porque à ninguno se le puede poner gravamen, sin darle llamamiento. *Argum. leg. Cum filio familias* 11. *ff. de legat.* 1. *L. Ab eo* 9. *C. de Fideicom.* Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 37. *n.* 56. 60. 119. 130. Gomez *Variar. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 43. vers. *Sed certè*, & *sup. num.* 15.

51. Este argumento excluye à los varones cognados, como lo es Don Joachin Saurin, porque teniendo exclusion las hembras, *vt suprà num.* 9. ibi: *Por manera, que succedan en dichos bienes varones, y no hembras.* Torre *tom.* 1. *de Maiorat. cap.* 37. *n.* 2. y por estar assi excluìdas, mandan, que el successor les dè vn quento de maravedis, *vt suprà num.* 10. y no admitiendo argumentos, ni conjeturas la clara voluntad, *L. Ille, aut ille. §. Cum in verbis, ff. de legat.* 3. *L. Non aliter* 69. *eod. L. Licèt Imperator* 74. *ff. de legat.* 1. Dom. Solorzano *de Iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 29. Dom. Larr. *decis.* 33. *n.* 60. Faria ad Dom. Covarr. *lib.* 1. *Variar. cap.* 19. *num.* 53. Ortega etiam ad D. Covarr. *in lib* 4. *Decretal. part.* 2. *cap.* 3. §. 7. *num.* 1. *in fin.* Torre *de Maioratib. tom.* 3. *decis.* 63. *num.* 2. no se pueden dezir llamadas las hembras, *ex leg. Cum in Testam.* 37. *ff. de hæredib. instit.* & *ex leg. Si cum, in fin. C. de Testam. milit.* §. *Mater. institut. de exhær. liberor.* Pegas *tom.* 2. *cap.* 17. *num.* 101. y por consiguiente, ni sus descendientes, como funda dilatadamente Dom. Vela *differt.* 49. *num.* 59. & 60. Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 41. Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 8. *num.* 32.

52. Y no pudiendose entender contrariedad, ni correccion en las vozes de la disposicion, *ex leg. Non adea* 89. *ff. de condit.* & *demonst.* Roxas *de Incomp. part.* 4. *cap.* 5. *n.* 11. Rosa *dict. consult.* 69. *num.* 143. D.

Larr.

Larr. *decis.*60. *num.*6. Pignatel. *tom.* 6. *conf.*85. *num.*40.

53. Y que no ay en las disposiciones voz, ni palabra ociosa. Garcia *de Nobilitat. Gloss.*1. §.1. *num.* 24. Dom. Valenz. *conf.* 63. *n.*121. Dom. Solorz. *de Iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 25. & 26. se le debe dar la interpretacion, y conciliacion, distinguiendo tiempos, y casos, para que tenga lugar la clara exclusion de las hembras, y el que pueden succeder en el Mayorazgo. Rosa *dict. consult.*69. *num.*144. ibi: *Adeoit andam contrarietatem hoc suplere debet, & censebitur exceptus, vt hæc generalis dispositio illam specialem non comprehendat.* Et num.145. ibi: *Contrarietas, & repugnantia nunquam est admittenda vbi aliquo pacto dispositiones, quæ contrariæ videntur, concordari possunt.* Roxas *de Incompatib. part.*4. *cap.*5. *n.*5. D.Castill. *tom.*3. *Controv. cap.*10. *à num.*20.

54. Los Fundadores, aunque su fin sea el conservar la Agnacion, y al proprio tiempo atender la perpetuìdad del Mayorazgo, como previnieron los Fundadores, ibi: *Que en las palabras de su Fundacion se contuviesse todo lo que fuesse necessario para su perpetuìdad.*

55. Como puede acabarse la Agnacion entre los llamados, vnos la hazen limitada á ciertos grados, ò lineas. Dom. Larrea *decis.*53. *n.*26. Add. ad Dom. Molin. *lib.*3. *cap.*5. *num.*50. Rosa *consult.*69. *num.*49. Dom.Molin. *de Primog. lib.*3. *cap.*5. *n.*20. Torre *de Maiorat. tom.*1. *cap.*25. *num.*119. D. Valenz. *conf.*97. *n.*57. Otros substituyendo la Agnacion artificiosa en los descendientes varones de varones de las hijas, Roxas *de Incompat. part.*1. *cap.*6. *ex num.*309. Alv. Pegas *de Maiorat. tom.*2. *cap.*15. *num.*26. vers. *Et hæc est vera opinio.* Add. ad Dom. Molin. *dict. num.*50. Y otros absoluta, sin dar providencia para quando falten los varones Agnados: *Argum. ex leg. Quæ conditio* 39. *ff. de condit. & demonstr.* Add. ad Dom. Molin. *dict. cap.*5. *num.*56. Roxas *dict. cap.*6. *num.*307. Rosa *dict. consult.*69. *num.*14.

56. Quando los Fundadores fenecida la agnacion, llaman otras personas, ò lineas, se debe observar su voluntad, *ex leg. Cum ita* 32. §. *In fideicomm. ff. de legat.*2. ibi: *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo Testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sint: nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit.* Pero quando no hizieron otros llamamientos, queda el Mayorazgo regular, como fundarèmos desde el n. Y aunque estèn algunas personas excluìdas, atendiendo la perpetuídad del Mayorazgo, deben succeder en èl, Mieres *de Maiorat. part.*2. *quæst.*6. *num.*183. Torr. *de Maiorat. tom.*1. *cap.*37. *num.*78. & *cap.*25. *n.*176. Dom. Castill. *tom.*5. *cap.*92. *num.*12. Dom. Vela *dissert.*49. *num.*37. & 70. Barbos. *vot.*126. *num.*141. D. Molin. *lib.*3. *cap.*5. *num.*72. & ibi Addent. Rox. *part.*3. *cap.*4. *num.*7. y assi duerme por este tiempo, como se explicò Pegas *tom.*2. *de Maiorat. cap.*17. *n.*75.

57. Con que previendo los Fundadores, que podia llegar este caso, y ser preciso succedieslen las hembras, para conservar en el modo posible su memoria, les ponen el precepto de Nombre, y Apellido, y assi dististinguiendo estos dos tiempos, naturalmente se halla conciliada la clara voluntad, fin, è intencion de dichos Fundadores, y que la agnacion fue limitada, y restricta, todo el tiempo, que se pudo conservar entre los llamados, á lo qual no se opone el llamamiento de hembra tacito, ó expresso, para quando llegas-

se su caso, en defecto de los varones agnados. Add. ad D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 50. vers. *Aut agnatio.* D. Lar. *de Vit. Homin. cap.* 30. *num.* 85. Roxas *part.* 1. *cap.* 6. *num.* 307. *& seq.* Barbos. *vot.* 70. *num.* 25. Pegas *de Maior. tom.* 2. *cap.* 14. *num.* 56. Dom. Castill. *tom.* 5. *cap.* 92. *num.* 6. *&* 7. Torre *de Maiorat. part.* 1. *cap.* 25. *num.* 119. Ros. *Consult.* 69. *á num.* 48.

58. El tercero argumento es, que en el llamamiento de varones, no teniendo otra expresion, son no solo comprehendidos los varones agnados, sino tambien los varones de hembra, Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 48. & Add. dent. *à num.* 45. *vsque ad* 50. vers. *Primus casus distinctionis.* D. Valenç. *cons.* 97. *num.* 128. Roxas *de Incomp. part.* 1. *cap.* 6. *à num.* 118. *& signant. num.* 324. Dom. Castill. *tom.* 3. *Controv. cap.* 29. *n.* 19. *tom.* 6. *cap.* 129. *nam.* 6. *& cap.* 131. *per tot.* Torre *de Maiorat. part.* 1. *cap.* 25. §. 24. *n.* 266. Dom. Larr. *decis.* 34. *num.* 20. *&* 21. Alvar. Peg. *de Maiorat. part.* 2. *cap.* 12. *num.* 31. Dom. Vela *dissert.* 49. *num.* 5. *& ex num.* 55. *&* 85.

59. La respuesta la dàn los mismos Autores, pues vnanimemente se conforman, en que no es assi, quando està contemplada la agnacion, ò concurren las conjeturas expressadas, que la persuaden. Dom. Molin. *dict. cap.* 5. *num.* 48. ibi: *Sed vbi in Maioratu de conservanda agnatione non agitur.* Et Add. vbi supr. ibi: *Quod vbi agitur de conservanda agnatione masculorum vocatio tantum masculos ex masculis, non vero ex fœminis comprehendit.* Roxas *dict. cap.* 6. *num.* 318. ibi: *Quando non fuit clarè, ac explicitè habita ratio agnationis.* El señor Castill. *dict. cap.* 29. *num.* 19. absolutamente dize, que el llamamiento de descendientes varones, no es comprehensivo de los varones de hembra, sino es que se infiera por algunas conjeturas, que lo induzcan de la voluntad de los Fundadores; en el *tom.* 6. *cap.* 129. *ex num.* 6. y en el *cap.* 131. *num.* 15. fundó lo proprio, exceptuando quando tacita, ò expressamente no està contemplada la agnacion: lo mesmo sigue el Torre *dict. cap.* 25. *num.* 268. vers. *Tota*, ibi: *Tota igitur dificultas quæstionis consistit in investigando, an sit, vel non sit contemplata agnatio.* Idem D. Larr. *decis.* 34. *num.* 23. el Alv. Peg. *dict. cap.* 12. *ex num.* 31. aunque fundò la masculinidad desde el *num.* 68. suponiendo, que la voludtad era clara, à favor de la agnacion, la funda solo por la geminada nominacion *de varon*, como la pusieron otros Fundadores, aunque no aya expressa contemplacion de agnacion, y aun quando en defecto de los varones estàn llamadas las hembras *num.* 69. 70. 71. *&* 72. y à este argumento responde con toda solidéz el señor Vela *dict. dissert.* 49. *ex num.* 55. *& signanter num.* 78. vers. *Reliquum*, *& seqq. num.* 81. 88. 94. 95. *& etiam num.* 101. y à los demàs, que en la materia à favor del varon cognado se pueden hazer.

60. No nos detenemos á responder à el argumento, que se puede hazer con la ley 13. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* y regularmente se haze por los que se oponen a la agnacion, no discurrimos se harà por parte de Don Ginés Saurin, porque siendo su intento el fundar, que el Mayorazgo es de Masculinidad, y estando la Ley por la regular succesion, ibi: *Se prefieran à los varones mas remotos, assi á los varones de hembras, como á los varones de varones, si no fuere en caso, que el Fundador las excluyere.* Con que estando excluídas expressamente las hembras, nos hallamos fundando vno, y otro Litigante en su disposicion, que las hembras no tuvieron llamamiento, y por parte de dicho Don Ginès insistiendo, en que el Mayorazgo fue de simple Masculinidad,

dad, y que hallandose con la qualidad de varones descendientes de el segundo llamado, se le debe declarar por secceſſor.

61. Por Doña Luysa Riquelme se dize, que el Mayorazgo fue de Agnacion, y lo persuade con los fundamentos, y conjeturas expressadas. Y porque aunque huviesse alguna duda, se debe entender de rigorosa Agnacion, y no de simple masculinidad, porque como la voz *Varon* en la inteligencia juridica se entienda del Agnado. *Instit.* §. *Cæterum, de legitim. Agnator. succeſsion.* Peregr. *de Fideicomm. art.* 26. *num.* 15. Torre *de Maiorat. part.* 1. *cap.* 25. *num.* 138. & 139. ibi: *Vbi plenè, & multorum authoritate comprobat noſtram aſſertionem, quod ſimilis mentio Maſculorum includat Agnatos dumtaxat ::: Vbi verbum Maſculos ſimpliciter prolatum, refertur ad Agnatos.* Dom. Caſtill. *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 79. Roſa *conſult.* 69. *num.* 167. Dom. Vela *diſſert.* 49. *num.* 88. ibi: *Quia reſpondemus facile, quod ita demum huiuſmodi argumentatio concluderet, ſi Maſculorum æquè propriè in vſu juris Maſculis ex fœminis, ac Maſculis ex Maſculis adaptaretur :::: Cæterum Maſculorum vox in jure ad Maſculos Agnatos, ſivè per virilem ſexum, ſibi attinentes potiſsimum, ſivé magis proprié refertur, vt ſæpé diximus; & ideó ad eandem ſignificationem tenſeri debet inſtitutor diſpoſitionem ſuã referre voluiſſe.* Y se presume, que el Testador se conformò con la disposicion del Derecho, *ex leg.* 54 *Quæro.* §. *Inter.* 1. *ff. locat. Argum. leg. Si duo* 38. *in fin. ff. de adquir. hæred.* D. Castill. *lib.* 2. *cap.* 26. *num.* 43. Dom. Vel. *diſſert.* 29. *num.* 29. & *diſſert.* 89. *num.* 87. *in fin.*

62. En los Mayorazgos el llamamiento en segundo lugar es baxo de la condicion, de que falte el primero llamado, y este se dize puesto en condicion. Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 63. Dom. Larrea *deciſ.* 38. *num.* 3. Dom. Molin. *de Hiſpan. Primog. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 15. Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 25. *num.* 208. Es sin duda, que dichos Fundadores pusieron en condicion los hijos varones de la linea de Martin su nieto (6), para que entrasse la de D. Pedro Serrano (3), y los varones de este, para que succediesse la quarta linea, &c. Con que luego, que el Posseedor murió sin hijo varon, aunque tuviesse hija, y de ella nieto varon, no puede estar puesto en condicion, ni de êl puede entenderse hallarse llamado, por embarazar el transito de la succesion à la linea segunda, en donde se hallasse continuada por la varonìa la qualidad Agnaticia. Dom. Vela *diſſert.* 49. *num.* 55.

(***)

§. IV.

FUNDACION DE DON FRANCISCO SERRANO, y Doña Vrsola Carvajal (8) su muger, vezinos de la Ciudad de Huescar, por el Testamento otorgado en 21. de Mayo de 1599. del tercio, y remanente del quinto de sus bienes.

CLAUSULA PRIMERA.

63. QUerèmos, y ordenamos, que por fin, y muerte de nos los susodichos, y no antes, por el que el vsufructo de todos los bienes lo hemos de gozar todos los dias de la vida de cada vno de nos, vos el dicho Don Pedro Serrano Carvajal (9) aveis de succeder, y succedais en los dichos bienes, y los tengais, y gozeis el vsufructo de ellos todos los dias de vuestra vida, y despues de vos suceda en los dichos bienes vuestro hijo varó mayor legitimo, y no legitimado, si no fuere por vuestro subsiguiéte matrimonio; y despues de el dicho vuestro hijo, vuestro nieto, y viznieto, y assi succesivè de varó en varó, varon legitimo, y no legitimado, como dicho es, sin diferencia de tercera, quarta, ni quinta generació, sino perpetuaméte para siempre jamàs; y en defecto del dicho vuestro hijo mayor, suceda en los bienes, y mejora del dicho tercio, y quinto el otro hijo mayor de vos el dicho Don Pedro Serrano Carvajal, y sus descendientes legitimos, como dicho es, y ansi de vno en otro de vuestros hijos.

CLAUSULA II.

64. Item dezimos, y declaramos, que nuestro intento, y voluntad es, que en los dichos bienes, siendo posible, succeda varon por linea recta de nuestra descendencia, y por esto, y otras causas tenemos assentado casar á Doña Lucìa Serrano Carvajal nuestra hija legitima con Don Miguel Serrano Viedma, y à Doña Cathalina Sertano Carvajal nuestra hija legitima con Don Diego Serrano Viedma, su hermano, que ambos son sobrinos de mi el dicho Francisco Serrano, por linea recta de varon de mi descendencia, y ansi à falta de la descendencia por linea recta de varon del dicho Don Pedro Serrano Carvajal nuestro hijo, es nuestra voluntad, que succeda en los dichos bienes el hijo varon mayor, que tuvieren la dicha Doña Lucía Serrano nuestra hija, y el dicho Don Miguel Serrano, y sus hijos varones legitimos, y no legitimados, y à falta del primero, el segundo en grado, como se contiene en el capitulo antecedente.

CLAUSULA III.

65. Y à falta de los dichos Doña Lucìa Serrano, y Don Miguel Serrano, succeda el hijo varon mayor de la dicha Doña Cathalina Serrano nuestra hija, y del dicho Don Diego Serrano, por la misma orden, y succesion referida, sin que pueda succeder hijo varon de las dichas nuestras hijas de segundo Matrimonio, sino fuesse casandose con otro algun deudo, que fuesse por linea recta de varon de la descendencia de mi el dicho Francisco Serrano.

CLAU-

CLAUSULA IV.

66. Y à falta de la dicha descendencia de los vnos, y los otros es nueſtra voluntad, que ſucceda en los dichos bienes, y mejora de tercio, y quinto el hijo ſegundo de Doña Geronyma Serrano Carvajal, muger de Don Gabriel Carraſco Giròn nueſtra hija, y ſus hijos varones.

CLAUSULA V.

67. Y à falta ſuya el tercero, ò quarto de mayor en mayor como eſtà dicho, y à falta del ſegundo, y demàs hijos ſucceda el primer hijo, con declaracion, que ſe llame Serrano, juntamente con el nombre de Carraſco, y Giròn, conforme à ſu Vinculo, y Mayorazgo.

CLAUSULA VI.

68. Y à falta de toda la aſcendencia referida, ſucceda el que fuere ſucceſſor, y poſſeedor, y ſucceſſor en el Mayorazgo principal, que yo el dicho Franciſco Serrano poſſeo con las demàs condiciones dichas, y que ſe dixeren en eſte dicho Teſtamento, y Eſcriptura, y que ſea obligado à guardar las condiciones de el Mayorazgo, y aì adelante no pueda ſuceder ſino varones en vnos, y otros bienes, conforme à las Clauſulas del dicho Mayorazgo.

CLAUSULA VII.

69. Item querémos, y es nueſtra voluntad, que ſi el dicho D. Pedro Serrano Carvajal nueſtro hijo, no tuviere hijo, ó hijos varones, que ſucceda en dichos bienes, y tuviere hija, ò hijas, que el que ſuccediere en los dichos bienes, como eſtà dicho, ſea obligado à caſarſe con la hija mayor del dicho Don Pedro Serrano Carvajal, para mayor vnion de la dicha deſcendencia, y à falta de la primera hija con la ſegunda, en la forma dicha; y ſi no ſe caſare, querèmos, y es nueſtra voluntad, que el que ſuccediere en los dichos bienes, los haga taſſar, y taſſe judicialmente el valor de ellos, y la mitad de ſu valor, le dè á las hijas del dicho Don Pedro Serrano nueſtro hijo, para ayuda al eſtado, que tomaren, y eſto lo pague dentro de 4. años, cada año lo que montare, con condicion, y declaracion, que aunque haga eſta paga, todos los dichos bienes de mejora de tercio, y quinto, y legitima, han de quedar vinculados en la forma, y de la manera, que eſtá dicho, y declarado.

CLAUSULA VIII.

70. Y ſi no lo hiziere, ſucceda los dichos bienes en el ſiguiente en grado con la miſma carga, y obligacion; y ſe han de entender, que aunque eſtos bienes no alcançen à cumplimiento de tercio, y quinto, y legitima, ſean, y ſirva cumplidamente como ſi los valieſſen, y montaſſe; y no pueda llevar, ni lleve mas por eſta manda de tercio, y quinto, y legitima.

CLAUSULA IX.

71. Item es nueſtra voluntad, y querémos, que reſpecto de que Don Martin Serrano Carvajal nueſtro hijo mayor legitimo, y Doña Ana Carvajal ſu muger, tiene ya edad, y aunque han tenido hijos ſe los llevò N. Señor, y ha mas de 7. años, que no pàre, y no ſe tiene ya eſperanza, que tenga ſucceſsion para el dicho Mayorazgo, y por ſi acaſo enviudare, y ſe tornare á caſar, y tuviere hijos varones, que ſuccedan en el dicho Mayorazgo, y el dicho Don Pedro Serrano nueſtro hijo no tuviere hijos varones legitimos, que

ſucceda en la dicha mejora de tercio, y quinto, y ſi tuviere hija, è hijas, ſea obligado el hijo de el dicho Don Martin Serrano à caſarſe con la hija mayor legitima, é no legitimada del dicho Don Pedro Serrano nueſtro hijo, para mayor vnion de la dicha deſcendencia, y Mayoraz. go, y ſi no ſe caſare, ſea obligado à pagar à las hijas del dicho D. Pedro Serrano las tres partes de el valor de dichos bienes, haziendoſe primero taſſacion juridica del valor de ellos, y lo que montaren las dichas tres partes, ſe lo pague dentro de quatro años, cada año la quarta parte, quedando todavia la dicha mejoria de tercio, y quinto en ſu fuerça, y vigor, atento que el Succeſſor en el dicho Mayorazgo terná mucha poſſibilidad para cumplir con las hijas del dicho Don Pedro Serrano; pues lo avràn meneſter para ſu ſuſtento, y ſe parta por iguales partes entre las hija del dicho D. Pedro Serrano.

CLAUSULA X.

72. Y ſuccediendo hijo de el dicho Don Martin Serrano en los dichos bienes de la dicha mejora, ha de guardar las Clauſulas, y condiciones de dicho Mayorazgo, anſi en la ſucceſsion de varon, como en lo demàs tocante à la conſervacion de el dicho Mayorazgo.

CLAUSULA XI.

73. Y no teniendo el dicho D. Martin Serrano nueſtro hijo varon legitimo, como ſe entiende por lo aqui referido, que ſucceda en el dicho Mayorazgo: querèmos, y es nueſtra voluntad, que ſe guarde en todo, y por todo la deſcendencia de el dicho Don Pedro Serrano, y la de las dichas nueſtras hijas en la forma, y de la manera, que ſe contiene en los Capitulos antecedentes, ſin diferencia, ni contradiccion alguna, los quales dichos Capitulos avemos aqui por referidos para ſu validacion.

CLAUSULA XII.

74. Otroſi con condicion, que todos los que ſuccedieren en los dichos bienes ſe llamen por Apellido, y ſobrenombre mas principal Serrano, los varones, Juan, Martin, Franciſco, ò otro nombre proprio, y por ſobrenombre Serrano, y las hembras Maria, Juana, Cathalina, ò otro nombre proprio, y Serrano, y firmen anſi las Eſcripturas, y Cartas, y ſe hagan llamar anſi en ſu caſa, y fuera de ella, y el que no lo cumpliere anſi pierda los dichos bienes, y ſucceda en ellos el ſiguiéte en grado.

CLAUSULA XIII.

75. Item querèmos, que virtualmente en las palabras, è Clauſulas de ſuſo dichas, ſe contenga todo aquello, que eſta mejora de tercio, y quinto, avia de llevar para ſu perpetuìdad, y guardando, y cumpliendo todo lo ſuſodicho, lo qual ordenamos con las condiciones, è via, é modos de ſuſo declarados.

76. Mandaron, que el hijo primer llamado agregaſſe ſu legitima, y las demás Clauſulas de perpetuìdad, y excluſion de Religioſos, Clerigos, mentecaptos, &c.

77. Iguales fundamentos, que favorecen la hembra en eſte Mayorazgo, ſe hallan en el primero, como dexamos tocados deſde el n. 15. Pero la repetida nominacion de varones, el precepto de Armas, y Apellido, la translineacion de lineas, poniendo ſiempre en condicion los varones, que fueſſe de varon en varon, y demás, que dexamos tocadas, y prueban la contemplacion de la Agnacion, concurren en eſte Mayorazgo, y con mas poderoſo fundamento; porque deſde luego formaron

ron los Fundadores vna rigorosa Agnacion en su hijo Don Pedro Serrano (3), y despues su hijo, su nieto, viznieto, y assi successivè de varon en varon legitimo, y no legitimado, lo que prueba la continuacion de vn varon en otro varon, sin interposicion de hembra alguna, sin que se pueda diferir la succession à otra persona, que no sea de vn varon à otro su immediato varon.

78. Dando por motivo para llamar à las hijas, el tenerlas casadas con tres sobrinos del Fundador varones Agnados de su familia, en tanto grado, que si alguna de ellas casasse de segundo matrimonio, no pudiesse succeder su hijo varon, si no fuesse casando con otro algun deudo, que lo fuesse por linea recta de varon de la descendencia del dicho Fundador.

79. De que se manifiesta, que excluyò expressamente à los varones cognados *sup. num.* 65. ibi: *Sin que pueda succeder hijo varon de las dichas nuestras hijas, de segundo matrimonio, si no fuesse casandose con otro algun deudo, que fuere por linea recta de varon de la descendencia de mi el dicho Francisco Serrano.* Y el excluìdo es cierto, que no puede pretender la succession. Dom. Valenz. *cons.* 83. *num.* 15. Alv. Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 8. *num.* 28. 29. 30. & 31. Torre *de Maiorat. part.* 3. *decis.* 12. *num.* 2. & *part.* 2. *quæst.* 53. *num.* 18. & *part.* 3. *post decis.* 62. *consult. vnic. num.* 24. *in fin.* Y aunque se diga, que esto puede ser en los hijos de las tres hijas, pero no en las demàs lineas, y en la de Don Pedro Serrano primer llamado, de quien es descendiente el dicho Don Ginès Saurin, no puede favorecerle esta razon.

80. Porque la voluntad de los Fundadores no tiene mas sencilla, y verdadera interpretacion, que la que se colige, y saca de las demàs Clausulas. *Leg. Qui filiabus* 17. *ff. de legat.* 1. *L. Quamvis* 15. *C. de Fideicom.* Dom. Valenz. *cons.* 97. *num.* 36. & *cons.* 133. *num.* 32. Torre *de Maiorat. part.* 3. *decis.* 1. *num.* 23. *decis.* 33. *num.* 18. & *post. decis.* 62. *Consult. vnic. ex num.* 19. Mantica *de Coniect. lib.* 6. *tit.* 13. *per tot.* Dom. Larrea, *alleg.* 75. *num.* 14. & *decis.* 54. *num.* 8. Dom. Castill. *Controv. tom.* 6. *cap.* 182. *num.* 51. & *seqq.* & *num.* 56. ibi: *Melior, & securior est interpretatio, quę fit ab ipso Testatore, vel disponente ::: quando Testator se ipsum Glossat, & mentem suam declarat, nunquam itur ad interpretotionem, & Glossam legis ::: Nulla enim melior interpretatio, & glossatio, quam sit glossa disponentis ::: interpretatio clarior, & certior habetur ab eo, qui dispositionem condidit.* Barth. Gatti Cons. 8. n. 22. et infra n. 90

81. Y no aviendo amor, que que venza al Paterno, *L. Nam & si parentibus* 15. *ff. de inoffic. Testam.* §. *Sed veteres fin. Institut. de noxal. ait.* Philip. Pascal. *de Virib. Patriæ potest. part.* 3. *cap.* 1. *in princip.* Gom. *lib.* 1. *Variar. cap.* 4. *num.* 3. *prop. fin.* es precisso, que los Fundadores tuviessen la natural inclinacion, y mayor predileccion à las hijas, que conocieron, y colocaron en iguales casamientos. Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 53. & ibi Addent. *cum alijs quos refert.* Y por consiguiente este afecto, è inclinacion le tendrian á sus hijos. Dom. Crespi *observ.* 22. *num.* 147. D. Larrea *decis.* 34. *num.* 27. Dom. Molina *de Hisp. Primog. lib.* 5. *cap.* 9. *num.* 53. Aguila ad Roxas *part.* 5. *cap.* 4. *num.* 28. *vbi alij etiam per hunc citati.* Barth. Gatti Cons. 7. n. 71. 2

Robles de Representat. lib. 2 Cap. 19 n. 2 & fin. in princip. C. de curat. furiosi.

Barth. Gatti Cons. 8. n. 45.

82. Es constante de la Clausula, que sin embargo los excluyen, no siendo varones Agnados; con que lo mismo se ha de dezir de los demás varones, à quienes no pueden tener igual predileccion, que no sean Agnados, como no lo es el dicho Don Joachin. D. Castill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 15. *num.* 54. Torre *de Ma-*

Sara Dec. Cons. 8. n. 23 et cons. 7. n. 6

Maiorat. tom. 1. cap. 37. num. 89. 112. 140. Cardin. de Luca *de Fideicomm. disc. 98. num. 18.* ibi: *Vndé propterea resultaret absurdum, quod dictus vlterior substitutus minus dilectus excluderet filios ad eius exclusionem in conditione positos, & absque dubio prædilectos, & quæ absurdi ratio etiam ad effectum vocationis pro efficaci coniectura attendi solet.*

83. Lo referido, que se podia quedar en los terminos de conjetura, aunque tan legal, é indubitable la manifestaron los Fundadores en Don Pedro Serrano, y su linea; porque en el caso, de que podiã morir los hijos varones dexando hijas, manda, que el hijo del Don Martin Serrano (otro su hijo) case con la hija mayor del Don Pedro, y si no se casare, le dè las tres partes del valor de dichos bienes.

84. De todo el contexto de la disposicion, Clausulas, y vozes antecedentes, y subsequentes, se infiere la naturaleza de la disposicion. Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 37. n. 114.* ibi: *Vndè non ex vno versu Testamenti ius dici oportet, sed ex antecedentibus, ac consequentibus, ac continentia, & scriptura testamenti in omnibus eius partibus considerata, ac propensa.* Por lo qual de dichas Clausulas se inducen quatro poderosissimos Argumẽtos, que prueban la Agnacion. El primero: de que el precepto de casar con varon Agnado, prueba la Agnacion, Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib. 2. cap. 13. num. 26. & in Annotat. num. 13. & ibi Add.* Paschal. *de Virib. Patriæ Potest. part. 4. cap. 9. num. 70. 76.* Pegas *de Maiorat. tom. 2. cap. 14. num. 81.* vers. *Secundum, in fin.* D. Salced. *de Leg. Polytic. lib. 2. cap. 14. num. 71.* ibi: *Ex hoc enim cognosce, ò Censor, prærogativam Agnationis, ipso Deo dictante, pro conservatione illius, ac memoria familiarum attenditur. Quid aliud denotat illa qualitas, ac conditio nubendi inter homines de Tribu, quam meram attentionem observationis Agnationis? Quia attento legum principio dam ad Maioratum vocantur fœmina cum qualitate nubendi inter Agnatos, & si aliàs fœminarum admissio absolutè excludat Agnationis prærogativam, ex illa qualitate inducitur Agnatio. Et num. 72. cum alijs quos refert.*

85. El segundo: de que suponen, que no teniendo hijos varones el Don Pedro Serrano, avia de succeder el hijo del D. Martin Serrano, y esto se entiende de los hijos varones immediatos al Don Pedro, sin que passasse á otro grado, ni se pueda entender de descendiente varon del dicho Don Pedro; porque aunque en las succesiones perpetuas, en la voz *Hijos* se comprehenden todos los descendientes. Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib. 1. cap. 6. num. 28. & 29. & ibi latè Addent.* no tiene lugar, quando vsaron los Fundadores de los pronombres *mio suyo, &c. L. 77. §. Hæreditatem, ff. de legat. 2.* Fussar. *de Subst. quæst. 321. num. 27.* Add. ad Dom. Molin. *de Primog. lib. 1. cap. 6. num. 28. & 29.* vers. *Sed superior.* Torre *de Maiorat. part. 2. quæst. 19. à num. 46.* Cardin. de Luca *de Fideicomm. disc. 71. num. 6.* Dom. Castill. *tom. 5. Controv. cap. 92. num. 30.* ibi: *Atque extra omnem dubitationem procedunt, quando non modo filius, aut filia maior, sivè primogenitus, aut primogenita, cum prædicta qualitate maioris ætatis, aut primogenituræ vocati fuerint, sed etiam adjectum fuerit prædictum pronomen meus, mea, tuus, tua, aut suus, sua, atque ita dictio mi hijo, ò suyo, latine meus, tuus, aut suus expressa fuerit; nam quo ius substitutio, aut vocatio sit sub verbis prædictis, & similibus, eiusmodi verba restringunt nomen filiorum ad solos filios primi gradus, & excludũ interpretationem vocationis nepotum.*

86. Por lo qual hablando de los hijos del dicho Don Pedro con esta

esta voz restrictiva, y especial, no se puede, ni debe entender de otros hijos, é hijas, que los de el primer grado, *ex leg. 6. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur.* ibi: *Filium enim definimus, qui ex viro, & vxore eius nascitur*; y assi en los hijos varones de el dicho Don Pedro, que estàn puestos en condicion, ibi: *Y el dicho Don Pedro Serrano nuestro hijo no tuviere hijos varones legitimos, que succedan en dicha mejora*, se debe entender de los varones de los hijos varones, ò hijos, é nietos de varones de estos, que son los que le representan con la misma qualidad, sin que pueda entenderse, ni comprehenderse los varones de hembras, cuya linea no figuraron los Fundadores, sino la de solo varones Agnados. Roxas *de Incompatib. part. 5. cap. 4. num. 26.* ibi: *Et filius cuiuscumque vocati repræsentet eius Patrem primum nominatum, & in persona nominati includuntur omnes filij, & descendentes per lineam quam vnusquisque constituit.*

87. Y el tercero: porque mandando, que à las hijas del dicho Don Pedro, que no se casaren con el varon Agnado, se le dè el valor de las tres partes de los bienes, no estàn, ni pueden estar comprehendidos en el principal, y general llamamiento á la succesion, *ex leg. Alimenta. §. Basilicæ, ff. de alim.* Pegas *de Maiorat. tom. 2. cap. 17. num. 103.* Con que à contrario sensu se infiere, que no están llamadas; porque estandolo, eran dueñas del todo, y lo que es proprio, no necesitaba otro de darlo en todo, ni en parte: *Argum. leg. Suæ rei 16. ff. de contrah. emption. L. Cætera 41. §. 2. ff. de legat. 1. §. Sed si rem 10. Instit. de legat. §. Sic ita 14. Instit. de actionib.* ibi: *Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: Scilicét, quia dari qui quam id intelligitur, vt eius fiat; nec res quæ iam actoris est, quod ita datur, magis eius fieri potest.*

88. Y el argumento à contrario sensu es poderosissimo en la disposicion de Derecho. *L. Ex eo 18. ff. de Testib. L. 1. §. Huius rei, ff. de Offic. eius cui mandat. est jurisdict.* Cortiada *decis. 28. num. 12.* Surdo *de Aliment. tit. 1. quæst. 42. num. 40.* D. Castill. *lib. 5. Controv. cap. 88. num. 5.* ibi: *Quod argumentum à contrario sensu est in iure fortissimum, frequens, vtilissimum, & validum.*

89. Todos los argumentos, que se hazen por la masculinidad, y referimos desde el num. 47. se pueden oponer en este lugar, y quedando ya satisfechos, omitimos el repetirlos, solo notamos, el que se haze con las palabras de la Clausula 2. *sup. num. 64.* ibi: *Que en los dichos bienes, siendo posible, succeda varon por linea recta de nuestra descendencia.* Y en la Clausula 6. *sup. num. 68. Y de aì adelante no pueda succeder sino varones.*

90. Como vnas Clausulas, y partes de la disposicion se explican, y entienden por otras, y por ellas el principal fin, è intencion de los Fundadores. Alv. Pegas *de Maiorat. tom. 2. cap. 14. num. 94.* D. Castillo *lib. 4. Controv. cap. 50. num. 2.* ibi: *Debent ego Testamentorum, & dispositionum omnia verba, & Clausulæ omnes diligenter, & acuratè inspici, & ponderari; nam ex vni Clarius, quam ex alijs colligitur Testatoris mens, & voluntas. Et ex dict. supr. num. 80.* Reconociendose por el repetido llamamiento de varones, que su animo fue el hablar de los varones Agnados, en esta forma se deben entender los llamados, y puestos en condiciõ. Rosa *consult. 69. n. 208. & 209. vt ex dict. sup. n. 62.* y no el varon cognado, que no tuvieron presente, ni lo quisieron llamar.

91. Proveyendo para el caso, de que no tuviesse hijo varon Pedro Serrano su hijo, el que passasse á los hijos varones de las hijas, en el precisso caso de proceder por medio del casamiento con el varon Agna-

do (*Clauſ. 2. ſup. num. 64.*) que es vna indubitada expreſsion, de que apetecieron, y llamaron al varon Agnado, y de él hablaron, y no de otro; *y por eſto* (que importa la cauſa final, Torre *de Maiorat. part. 1. cap. 39. §. 2. num. 42.*) dizen, que tienen aſſentado el caſamiento de las hijas cõ los dos ſobrinos, que lo eran por linea recta de varon, y aſsi quando llamaron à los hijos varones de Doña Luyſa Serrano, y de Doña Cathalina Serrano ſus hijas, no dizen ſolo hijos de eſta, ſino tambien del Miguel Serrano, y Diego Serrano ſus Maridos; para q̃ ſe entendieſſe, q̃ no avia de ſer de otro Matrimonio, ſino del referido. Text. *in leg Matrimonij 21. ff. qui, & à quib.* Cardin. de Luca *de Fideicomm. diſc. 116. num. 3.* Cald. Pereyr. *Variar. de Nominat. Emphyt. quæſt. 15. num. 18.* Dom. Larrea, *deciſ. 33. num. 24.* ibi: *Quando alicuius Matrimonij prætextu donatio fit, non poſſe appellatione filiorum comprehendi, qui ex alio Matrimonio, ſicut ne comprehenditur alia vxor.* Por quanto por medio de ellos conſervaban la Agnacion, que apetecieron.

92. Y lo explicaron mas en la Clauſula 3. *ſup. num. 65.* previniendo la expreſſa excluſion de otro hijo varon, que no fueſſe de dichos Matrimonios, ſi no es que concurria en èl la meſma qualidad de varon Agnado, ibi: *Sin que pueda ſuceder hijo varon de las dichas nueſtras hijas de ſegundo Matrimonio, ſi no fueſſe caſandoſe con otro algun deudo, que fueſſe por linea recta de varon de la deſcendencia de mi el dicho Franciſco Serrano.* Con que no hablaron, ni entendieron de otro hijo varon, que el Agnado, y nunca del varon Cognado, antes lo excluyeron, ibi: *Sin que pueda ſuceder hijo varon de las dichas nueſtras hijas.* Alv. Pegas *de Maiorat. tom. 2. cap. 14. num. 102.* ibi: *Ex inſtitutionis mente; eo quod inſtitutor ſemper Agnatos ad ſucceſsionem deſideravit in tantum, quod etiam vbi filiam, vbi naturalem, vbi baſtardum vocavit ſemper eo modo quo potuit Agnationi conſulait; filiam Matrimonio cum proximiori Agnato locando; naturalem, & baſtardum ſic admittendo, vt iteram in poſteram Agnatio ſuſcitaretur.* Luego en la voz *Varon*, no llamaron al Cognado, ni quiſieron ſimple maſculinidad, ni el varon cognado quieren que ſucceda, porque llamado, y excluìdo, importan contradiccion, y repugnancia en la diſpoſicion de Derecho, la que no ſe admite. Roxas *de Incompat. part. 4. cap. 6. num. 24. & 47.* por lo que del llamamiento de los varones Agnados, quedaron los hijos varones de las dichas hijas, que no fueſſen agnados de los Fundadores, abſolutamente excluídos. Roxas *de Incompatib. part. 5. cap. 1. num. 27.*

93. Y porque ſi à los hijos de las hijas del primer grado, y à las que conociò, y ſe deben tener por mas predilectas, los excluyò, no obſtante de ſer varones, por no ſer Agnados, es claramente contra el concepto de los Fundadores, que à los hijos varones Cognados de las otras deſcendientes les avian de dar llamamiento prelativo, que negaron, al nieto immediato de ſus hijas, no ſiendo Agnado, como arguye con igual razõ el Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 37. n. 222.* ibi: *Tum quia in caſu noſtro abſurdum ſequeretur, intolerabile, dum filiæ ipſius Teſtatoris ab eo cognitæ, & dilectæ, & vltra dotem particulari legato, & titulo inſtitutionis honoratæ:: eſſent autem incluſæ pronepotes, ſeú aliæ vlterioris gradus fœminæ omnino incognitæ, quod certè dicendum non eſt, niſi eodem tempore dicere velimus huiuſmodi diſpoſitionem omnino abſonam, & abſurdam, quod ſupponendum non eſt iuxta vulgata.* Alv. Pegas *de Maiorat. tom. 2. cap. 17. num. 82. & 83.*

§. V.

94. QUedando fundado, el que dichos Mayorazgos fueron en su primera classe de llamamiẽtos de rigorosa Agnaciõ, no puede D. Joachin Sautin fundar derecho à la succesion por esta qualidad; porque siendo hijo de Doña Fráciſca de Robles, y 2. nieto de Doña Manuela Santa Olalla, y tercero nieto de Doña Ana Maria Serrano, nieta que fue de dicho Don Pedro primer llamado, es varon cognado descendiẽte quien no tiene llamamiẽto: *Et nullo modo ius suum fundat, & consequenter pro se non habeat verba, nec dispositionem ipsi agenti, & successionem horum Maioratuum prætendenti obstat æquidem peremptoria exceptio, & objici debet malé agis, & sine iure, quia tali casu de te non loquitur substitutio, vel scriptura.* Vt inquit D. Castillo, *tom. 3. Controv. cap. 15. num. 29.* & Escobar *de Ratiocin. cap. 28. num. 27.* Gom. Bay. *in Prax. Ecclesiast. part. 3. lib. 2. quæst. 6. num. 2.* Dom. Valenz. *cons. 97. num. 22.*

95. No teniendo dicho Don Joachin llamamiento como varon Agnado, que fue la qualidad, que apetecieron los Fundadores, solo le queda el recurso, de que faltando los varones Agnados, deben preferirse los varones cognados à las hẽbras de mejor linea, y grado, cuya opinion siguen los Addent. al Señor Molina, y otros, que cita Roxas *de Incompatib. part. 3. cap. 4. num. 17.* Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 25. num. 288.* Pegas *de Maiorat. tom. 2. cap. 17. ex n. 90. & signanter num. 97.*

96. La contraria, y cierta, de que fenecidos los varones Agnados, queda el Mayorazgo Regular, lo fundaron latissimamente el Sr. Vela *dict. disp. 49. num. 103. & seqq.* D. Castillo, y otros, que cita el Roxas *dict. cap. 4. num. 19.* & Aguila *num. 23.* cuya opinion es la mas conforme à la razon, al Derecho, y à la perpetuidad de los Mayorazgos.

97. La razon persuade el que se siga lo menos odioso. *Text. in cap. Tua 25. in fin. & eius Gloss. de decim. ex cap. Odia de Reg. Iur. in 6. L. Cum quidam 19. ff. de liber. & posth.* Baez. Barbos. *Axiomat. Iur. liber. 0. n. 12.* y siendolo la admision de las hembras, y no su exclusion, Alvar. Pegas *de Maiorat. tom. 2. cap. 17. n. 2. & 3.* Torre *de Maiorat. tom. 3. decis. 25. num. 26.* Dom. Valenç. *cons. 97. num. 111. & 112.* Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 3. cap. 4. n. 18.* persuade la natural inclinacion, que siempre que se pueda, el Mayorazgo se tenga por regular, y no de qualidad; por esto no se debe extender la disposicion de caso à caso, y este es el comun sentir de los Autores mas graves, como dixo el señor Molina *de Hisan. Primog. lib. 3. cap. 5. num. 17.* ibi: *Qui omnes in id tendunt, vt etiam ex ratione expressa, dispositio fœminarum exclusiva de casu ad casum extendenda non fit, quando ratio ad certas personas expressas, atqae expecificatas referri vedentur.* Alvar. Peg. *de Maiorat. tom. 2. cap. 17. n. 86.*

98. Por esto quando la exclusion de la hembra no es clara, se entiende incluìda. Dom. Castill. *lib. 5. Controv. cap. 180. num. 16.* Mieres *de Maiorat. tom. 1. part. 2. quæst. 6. num. 97.* Dom. Molin. *de Hispan. Primog. lib. 3. cap. 4. num. 32. vers. Ex eisdem*, & ibi Addent. & Pard. Maldon. porque si los Fundadores quisieran, el que se continuasse otra qualidad, lo huvieran dicho, quando les era facil expressarlo, y de no hazerlo, quedò en los terminos de el Derecho Comun. Dom. Vela, *dict. dissert. 49. num. 104.* Mieres *de Maiorat. part. 1. quæst. 30. num. 85.* D. Lara *de Capellan. lib. 1. cap. 5. num. 14.* Dom. Castill. *tom. 3. Controv. cap. 17. num. 133.* Aguila ad Roxas *de Incompat. part. 1. cap. 8. num. 6. & 7.* Dom.

Mo-

Molina *de Hispan. Primog. lib. 3. cap. 5. num.* 56. ibi: *Imò ex eius expressione facta in una* parte, *censendum est Maioratus instituto rem verbum*, Masculis, *in alia parte consulto omisisse, cum si id voluisset expressisset.* Alv. Peg. *de Maiorat. tom. 2. cap. 10. num. 39.*

99. La qualidad Agnaticia en los Mayorazgos, es violenta, y opuesta à la regularidad, con que siempre que falta la disposicion clara, que le termina, es precisso buelva à su propria naturaleza. Aguil. ad Roxas *part. 1. cap. 8. num. 8.*

100. Assimismo la exclusion nunca es perpetua en los Mayorazgos, sino es en tanto que dura, y permanece la causa de la exclusion, estando por entonces suspenso su derecho. Dom. Molin. *de Hisp. Primog. lib. 1. cap. 6. num. 22. lib. 3. cap. 5. num. 72.* Et latè Addent. *cum alijs, dict. capit ib. & numer.* La causa, y fin de la exclusion de las hembras, fue la Agnacion, luego que faltò esta qualidad, y no puede satisfacerse el deseo de los Fundadores, no aviendo dado otra providencia, es precisso entre la hembra en el llamamiento, y lugar, que el Derecho le consiere. Aguil. *dict. cap. 8. num. 9.*

101. El Derecho lo acredita primeramente *ex cap. 27. Numer. vers.* 3. donde aviendo faltado los hijos varones de Salphaad, que eran los llamados à la succesion, y aviendo varones cognados, se difirió la succesion à las hijas de mejor linea, con preferencia à los demás varones de la familia, ibi: *Hic non habuit mares filios cur tollitur nomen illius de familia sua, quia non habet filium? Date nobis possessionem inter cognatos Patris nostri.* Roxas *de Incompat. part. 3. cap. 5. num. 4.* Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 25. num. 5.*

102. Se prueba tambien por el Derecho Comun, por la Ley de las doze Tablas, se admitian las hembras cõ igualdad à los varones Agnados. §. *Cæterũ 3. de legit. Agnat. succes.* ibi: *Et hæc quidem lex 12. Tabullarum nullomodo introduxit, sed simplicitatem legibus amicam amplexa simili modo omnes ad Agnatos, sivè Masculos, sivè fœminas, cuiusque gradus ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat. L. Lege 12. Tabullarum 14. C. de legit. hæredib.* En el rigor de la Ley del tiẽpo, q̃ llamamos de la media Jurisprudencia, las excluìa de la succesion, cuya diferencia quitò el Derecho del Codigo entre Agnados, y Cognados varones, y hembras. *Leg. Super citat. & L. Maximum 4. C. de liber. præterit. Authent. de hæredit. abint. venient. coll. 9. Auth. de Trient. & semiss. cap. 5. §. Si autem, coll. 3.* D. Larrea *Decis. Granat. decis. 34. n. 37.* Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib. 3. cap. 4. á num. 2.* Torre *de Maioratib. part. 1. cap. 25. á num. 9.* En cuya atencion, faltando la providencia, que dieron los Testadores à favor de los varones Agnados, debe quedar en el orden del Derecho Comun, y admitirse los de la familia, segun la prerrogativa de su linea, y grado, *ex L. Omnia. §. In Fideicommisso, de legat. 2.* en cuya especie se propone, el que en el Fideicommisso deben primero succeder los nõbrados, y despues los de la familia, q̃ fuerẽ de anterior grado, sino es que especialmente el Testador manifestó su voluntad en otra forma, ibi: *Nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.*

103. Con que aviendo dichos Fundadores llamado primeramente á los varones agnados, que se han extinguido, y no dado especial providencia, para los que huviessen de succeder, es solo la prioridad de grado, la que se debe atender, ibi: *Aut post omnes extinctos::: ex his primo gradu procreati sint: nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.* Notandose el adverbio *specialiter*, que no basta conjeturas,

ni

ni imaginadas inducciones, sino que debe ser literal, y expressa la voluntad.

104. Cuya verdad la autoriza nuestra Ley 40. *de Toro, hodie L. 5. tit. 7. lib. 5. Recop.* que dando orden à que se observe la representacion, que es el orden regular de la succesion, para que se altere, debe ser expressa la voluntad del Testador, ibi: *Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente instituyò, y fundò el Mayorazgo, que en tal caso mandamos, que se guarde la voluntad del que lo instituye.*

105. Y lo decidiò la ley 13. *dict. tit. 7. lib. 5.* por la que se dispone, *que las hembras de mejor linea, y grado, no se entiendan excluidas ::: y se prefieran à los varones mas remotos:: si no fuere en caso, que el Fundador las excluyere, y mandare, que no succedan, expressando lo clara, y literalmente, sin que para ello basten presumpciones, argumentos, ó conjeturas, por precissas, claras, y evidentes que sean.*

106. Dexamos fundado, que sin embargo de esta ley, aquellas cõjeturas, que son solidas, y tienen fundamento en la misma disposicion, nunca estàn excluìdas, y se admiten; lo que no sucede à las frivolas.

107. Estas son las que no tienen apoyo alguno en las vozes de la disposicion, y se inducen del proprio concepto de cada vno, segun le inclina su dictamen, ó passion, Dom. Castill. *tom. 5. Controv. cap. 55. n. 69.* Cardin. de Luc. *de Regularib. disc. 11. n. 13.* Escob. *de Purit. part. 2. quæst. 4. artic. 4. §. 1. num. 40.* Con que no aviendo los Fundadores manifestado, que apetecian el que continuasse la preferencia de los varones de hembra à las hembras de mejor linea, y grado, formando vna qualidad de masculinidad, de que no hablarõ, se debe presumir, que se quisieron conformar con la disposicion de Derecho. Espino *de Testam. part. 1. Rubric. num. 49.* Roxas *de Incompatib. part. 7. cap. 6. num. 12.* Dom. Castill. *tom. 4. cap. 35. num. 13. & seqq. & de Aliment. cap. 5. num. 25. & ex dict. supr. num. 61. in fin.* y por esto faltando las personas, ó lineas llamadas, es la Ley la que difiere la succesion, sin preferencia de qualidades, sino es por el orden de la linea, y grado. Dom. Molin. *de Hispan. Primogen. lib. 1. cap. 4. num. 37. 38. 39. & seq.* Dom. Castill. *lib. 2. Controv. cap. 22. n. 58. & cap. 166. à n. 26.*

108. Que esto sea mas conforme para la perpetuìdad del Mayorazgo, lo fundan Torre *de Maioratib. tom. 1. cap. 25. num. 136.* Dom. Castillo *lib. 5. Controv. cap. 143. §. Vnic. num. 4.* ibi: *Fœminas in defectum Masculorum Agnatorum succedere, & admitti debere ac si exclusæ non fuissent, non enim aliàs perpetuo durare posset Maioratus metipse, aut successionis causa perpetua effici.* Et num. 16. *Atque ita in defectum Masculorum Agnatorum, fœminæ admittuntur; exclusioque earum temporalis potius, & suspensiva, quam perpetua iudicatur, ne aliàs Maioratus finiatur si ex Agnatis ad fœminas deveniendum non esset.* No obstante, que el Señor Castillo en el *tom. 6. cap. 143. §. Vnic. ex num. 13. 16. & seqq.* D. Vela *dict. disser. 49. ex num. 103.* y Roxas *dict. cap. 4. ex num. 19.* responden, y satisfacen abundantissimamente á los fundamentos de los que se inclinan, à que fenecidos los varones Agnados, debẽ succeder los varones Cognados, y no los hembras. Los que principalmente se citan por esta opinion, son los Addentes al Señor Molina *dict. lib. 3. cap. 8. à num. 7. usque ad 11.* à la que especificamente responde el Señor Vela en el *num. 105.* los Add. citan nueve Autores, de los quales he visto *al Señor Gregorio Lopez, Gomez, Garcia, y Peregrino*, los quales tratan la question en muy diversos terminos; porque el *Garcia*, y *Pere-*

grino hablan en feudos, en los quales no ſuccede el varon de hembra. Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 25. num.* 267. ibi: *Non obſtant argumenta, in contrarium, quia procedunt in materia differenti, vt in emphyteuſi, vel feudo, à quo excluduntur cognati, non verò in primogenitura, & fideicommiſſo à qaibus regulariter fœminę nö excluduntur.* Cum Cardin. de Luc. y Dom. Caſtillo. Y en el *num.* 32. y 33. tocando el Garcia en los Mayorazgos de Eſpaña dize, que el varon de hembra ſe prefiera, quando no ſe contempló la Agnacion, ibi: *Vbi non eſt expreſſa cauſa aliuncta de conſervanda familia, aut Agnatione*: Con que hablando de vn Mayorazgo de ſimple Maſculinidad, nos hallamos fuera de nueſtra queſtion.

109. Antonio Gomez en el *num.* 60. donde lo citan los *Addentes*, pregunta, ſi el Padre, ò la Madre podràn preferir la hija al hijo varon en la mejora, ò Mayorazgo? A lo que reſponde, que lo puede hazer de derecho, ſino es que ſegun la qualidad del Mayorazgo convenga, que ſea varon, y no hembra, porque lo debe preferir ſegun recta conciencia.

110. De que ſe manifieſta, quan diſtante eſtà de la queſtion, de que en el Mayorazgo de Agnacion, extinguidos los varones agnados, aya de quedar el Mayorazgo regular, ò de ſimple maſculinidad.

111. Al *Peregrino Alciato*, y otros muchos, reſponde el *Sr. Caſtillo dict. cap.* 143. §. *vnic.* aſſegurando, que ſi ſe leen los Autores, que ſe alegan por el varon cognado contra la hembra en los terminos propueſtos, ninguno ay que la excluya, *n.* 19. verſic. *Veré*, ibi: *Verè tamẽ nullus prædictorum (ſi originaliter ipſi per legantur) contra fœminam vltimi Poſſeſſoris filiam, aut ſororem in terminis à me propoſitis ſuprà, quæſtionem decidit, nec excludit eam per cognomem maſculum remotiorem.* Y la queſtion propueſta es la de nueſtro pleyto, en el n. 9. ibi: *Fuit tamen loco maiorem explanationẽ reliqui vtrũ inquã fœminæ, non modo Agnatæ, ſed etiã Cognatę ad ſucceſſionẽ Maioratus admittantur, & Cognatos maſculos excludant, ſi eos linea, aut gradu præcedant, cum Maioratus Agnationis inſtitutus fuerit, & maſculi Agnati vocati, fœminæque excluſi ſint, ſi maſculus nullus Agnatus ſuperſit.*

112. Reconocida ya la autoridad, en que le fundaron los *Addentes* para afirmar la propoſicion, de que en defecto de los varones Agnados ſe han de preferir los varones Cognados à las hembras, y aunque Alvar Pegas, y Torre los citan, para que extinguidos los Agnados, ſuccedan los varones Cognados, no es la opinion, y ſentir, que ſiguieron, ni le apartaron del verdadero, y comun ſentir de los que afirman, que acabados los Agnados, el Mayorazgo queda regular.

113. Aviendo el Pegas *dict. cap.* 17. puesto la Allegacion à favor de las hembras, en el *num.* 89. dize, que ſin embargo ſe juzgò lo contrario en el pleyto, cuya deciſion refiere; y atendida ſu reſolucion, conviene con la doctrina, q̃ defendemos.

114. En el *num.* 90. lo dize expreſſamente, diſtinguiendo entre el Mayorazgo, que en la primera claſſe de llamamientos es de Agnacion, y en la ſegunda es de Maſculinidad, llamandoſe á los varones de hembra, y entonces dize, que el varon ſe debe preferir á la hembra de mejor linea, y grado, y que ſi el Mayorazgo ſolo es de Agnacion, y eſte ſe acaba, queda regular, ibi: *Quia cum ſint vocati* (los varones de hembra) *& fœminę excluſæ non poſſunt præferentiam obtinere fœminę, licèt propinquiores, quia datur proviſio expreſſa* (noteſe lo que ſigue) *& vocatio ad favorem Maſculorum Cognatorum, & hoc in caſu datur proviſio, & non amiſſio, qui-*

quibus terminis non poteſt reduci Maioratus irregularis ad regularitatem. Lo que nadie ha dudado; porque avié do llamamiento expreſſo de los varones cognados, es preciſſo ſe prefieran à las hembras excluſas.

115 La dificultad eſtà quando no llamò á los varones Cognados, y entonces dize expreſſamente, *dict. n.* 90. que el Mayorazgo queda regular, ibi: *Hæc reſoluſio* (eſto es la ſucceſsion de las hembras) *ſolum locum habet quando finiti ſunt Maſculi Agnati in Maioratu Agnationis* (que es nueſtro caſo, y proſigue poniendo tambien el Mayorazgo de ſimple Maſculinidad) *vel Maſculi ex fœminis, in Maioratu ſimplicis Maſculinitatis, quia ſunt Maſculi de familia, & illis exiſtentibus non poteſt fœmina excluſa ſuccedere, ſed tantum modo deficientibus omnibus de familia Maſculis ab inſtitutore vocatis*; quia ſi deficiát, *& caſus ſit omiſſus, ſucceſsiu in hoc caſu ad diſpoſitionem Maioratus regularis, in quo fœmina ſuccedit, redacta cenſetur: non verò quando ab inſtitutore aliud definitum fuerit, & Maſculi ex fœminis vocati exiſtunt, litèt ſint remotiores.*

116. Con què claramente explicó, que llamados los varones Agnados, para que tengan lugar los Cognados con preferencia de la hébra de mejor linea, y grado, neceſſitan del expreſſo llamamiento, ibi: *Non verò quando ab inſtitutore aliud definitum fuerit, & Maſculi ex fœminis vocati exiſtunt*; y no eſtando por nueſtros Fundadores, es preciſſo, que el Mayorazgo aya quedado en los terminos de Regular, remitiendoſe en dicho numero à las doctrinas del *Señor Vela*, y *Roxas*, poniendo ſus palabras, y que prueban nueſtra concluſion, y en eſta forma ſe debe entender en los *num.* 94. *y ſiguientes*, que habla en el caſo del llamamiento expreſſo del varon cognado en la forma, que lo dexó explicado en el *num.* 90. y ſegun la inteligencia de los Autores, à que ſe remite. Cardin. de Luca *de Fideicomm. diſc.* 96. *n.* 11. *de Iur. Patron. diſc.* 19. *num.* 7. *& de Vſur. diſc.* 29. *num.* 13. Dom. Vela, *diſſert.* 13. *num.* 4. Dom. Valenz. *conſ.* 187. *num.* 106. que ſon el *Señor Vela*, y *Roxas*, y por lo que bien atendida la doctrina de eſte Autor, prueba à favor de las hembras, y no por los varones Cognados. Pues aunque en el *num.* 89. citado, puſo la propoſicion con los *Addent. al Sr. Molina*, y el *Roxas*, en el *num.* 17. no fue reſolutivamente, porque deſde el numero ſiguiente la explica, como queda dicho, y la cita del *Roxas*, no es dónde pone ſu reſolucion, ſino es la opinion contraria; y deſde el *num.* 19. eſtablece ſu Sentencia, que es à favor de las hembras de mejor linea, y grado: y no es de creer, que vn Autor de tan copioſa doctrina, como es *Alvaro Pegas*, avia de poner por prueba de ſu Sentencia vn Autor, citandolo en el numero, que pone la opinion, que no ſigue.

117. El Torre *dict. tom.* 1. *cap.* 25. *num.* 288. afirma, que tiene por mas verdadera la opinion, de que faltando los varones Agnados, ſe han de preferir los varones Cognados à las hembras; y aun reconociendo la fuerza de la autoridad, y razon, en que ſe funda el ſentir de *Roxas*, dize, que ſe debe entender, quando ſe trata de Mayorazgo Agnaticio, en que no ſe haze mencion de varones ſolamente, *ſed intelligendus quando agitur de primogenitura Agnatitia, in qua non fuit facta menſio maſculorum tantum.*

118. En cuya expreſsion ſe reconoce, que hablò del Mayorazgo de ſimple Maſculinidad, en el qual ſolo tiene el Fundador reſpecto a el ſexo maſculino, y no à la qualidad Agnaticia, y como eſta no es regular expreſſarſe, y ſe induce por otros medios, como dexamos probado en

el

el *n.*35.*y sig.* y por tanto, que dichos Fundadores llamaron á los varones, contemplando la Agnacion, y no solo por la qualidad del sexo, es claro, que la doctrina del *Torre*, està fuera de nuestro caso, y antes sì la inteligencia verdadera, que dà al *Roxas*, prueba el derecho de la hembra de mejor linea, y grado, en competencia del varon Cognado.

119. Lo qual se comprueba mas, de que los Autores, que cita á favor de su Sentencia, son Bursato, à quien no he visto, los *Addentes al Sr. Molina* en el lugar citado en él à *num.* 7. *vsque ad* 11. *Antonio Gomez*, cuyo sentir referimos en el num. 109 Dom. Lara *de Vit. Homin. cap.* 30. *num.*76. quien solo dize, que el varon se prefiera à la hembra, lo qual es principio elemental en las successiones de Mayorazgos dentro de la linea, y grado, y fuera de ella no habla el *Sr. Lara*, ni toca el caso de este pleyto.

120. Tambien cita al Rosa en la *consult.* 69. *num.* 12. & 14. y aunque no entendemos, que pruebe la conclusion del *Torre* en el *num.* 16. versic. *Deficit*, & *num.* 17. trae nuestro caso, y con *Alvarado*, *Mieres*, *Peregrino*, *y el Sr. Castillo*, resuelve, que extinguidos los Agnados, se prefiere la hembra de mejor linea, y grado al varon Cognado, afirmando ser la opinion de todos, ibi: *Et hac ratione cessante, ac deficientibus masculis Agnatis, videtur esse apud omnes receptum, fœminam proximiorem nullo modo excludi posse à masculo remotiore, qui non sit Agnatus, sed Cognatus.*

121. El Mieres tampoco se haze cargo del presente caso, sino es que el varon se ha de preferir á la hembra en los terminos, y caso propuesto en el *num.* 275. muy separado, y diverso del presente, como se evidencia de la respuesta, y doctrina del mesmo *num.*276. al que se refiere el *Torre*.

122. Por lo que no debiendo entender, que vn Autor tan grave como el Torre traxo doctrinas impertinentes, ó contrarias à su resolucion debemos dezir segun lo expressado en el *num.* 116 que habló en la forma, que explicó la doctrina de *Roxas*, esto es, quando los varones *simplicitèr* estàn llamados sin contemplacion de agnacion, que es fuera de vn Mayorazgo agnaticio, y aver faltado los varones Agnados, y esta verdad la dexò antes afirmada en el num. 163. ibi: *Quod consideratur agnatio, vsque quod fuerint masculi, qui possunt illam conservare, ijs veró deficientibus, fœminæ vocabuntur, ad conservandam Maiorasus perpetuitatem.* Et num. 284. dió la razon, porque en el llamamiento del varon Agnado, no tiene llamamiento el Cognado, ibi: *Vel fuit in eo contemplata agnatio, tunc masculos ex fœmina, nequaquam venit ad successionem, etiam si deficiat masculus ex masculo, quia non habet vocationem Testatoris, neque ex natura dispositionis censetur vocata.* Y en el *cap.*37. *num.*100. trata de vn Fideicomisso dexado à los varones, y no á las hembras, y dize, que se entiende de varones Agnados, y que acabados estos, quedan los bienes libres (se entiende segun los Fideicommissos de Italia, porque no dando otra providencia, ni dexando substituto, se acaba en el vltimo llamado, *idem dict. cap.*25. *num.* 162. lo que no succede en los Mayorazgos de España por su perpetuìdad, *idem num.*170.) succediendo el heredero del vltimo Posseedor.

123. De cuya doctrina se infiere, que el sentir de este Autor no fue, el que por la semejanza de la qualidad, huviesse presumpta voluntad del Fundador, de que acabada la Agnacion, succediessen los varones cognados con preferencia de las hembras; pues admite, que faltando la providencia de el Fundador,

obra

obra la Ley, ſuccediendo el heredero del vltimo Poſſeedor, ſin otro reſpecto; con que con mayor razon admitirà, que obre la Ley, quedando el Mayorazgo regular en defecto de los varones Agnados cuya qualidad contemplò. De que ſe infiere, que todos los Autores reconocen la fuerza del derecho de la hembra, y q̃ en falta de los varones Agnados, es la Succeſſora, en cuya atencion es legitima Poſſeedora Doña Manuela Sta. Olalla (13), y por ſu muerte no dudandoſe, que la dicha Doña Lucìa es de mejor linea, como hija de Doña Manuela de Robles, ſe debe declarar por immediata Succeſſora, abſolviendo à la dicha Doña Manuela Santa Olalla de la demanda puеſta por el D. Joaquin Saurin, ex D. Molin. *de Hiſpan. Primog. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 28. Aguila ad Roxas *de Incomp. part.* 5. *cap.* 3. *num.* 11. *& ſeqq.*

§. VI.

124. DExamos fundado, que ya ſe conſidere la ſucceſsiõ Regular, ya de Agnacion, debe ſer la Succeſſora Doña Manuela Sta. Olalla (13), y en los terminos de ſimple maſculinidad demonſtrarémos, el que repugna à las Reglas de ſucceſſion de Mayorazgos, y à la voluntad de los Fundadores, el que tenga derecho alguno dicho Don Joachin Saurin.

125. Es conſtante, que la ſucceſsion de los dos Mayorazgos, aſsi de el fundado por Don Martin Serrano, y Doña Juana Muñòz, como el fundado por Don Franciſco Serrano, y Doña Urſula de Carvajal (8), vnidos en vn Poſſeedor, recayeron en D. Franciſco Serrano (11) varon de varon deſcendiente de dichos Fundadores, y de Don Pedro Serrano (3) ſegundo varon llamado en el primer Mayorazgo, y nieto de D. Pedro Serrano (9) en quien ſe fundò el ſegundo.

126. En cuyo ſupueſto, buſcando el varon Cognado, por no exiſtir otro quando muriò dicho D. Franciſco (11), ſino Don Alvaro de Robles (14), debiò transferirſe en eſte la poſſeſsion, y fue el Poſſeedor legal; y aviendo muerto en el año de 1724. quando no avìa varon alguno en la familia, la ſucceſsion paſsó en Doña Manuela de Robles (15) ſu hija, y no à Doña Manuela Santa Olalla ſu Madre (13), porque la ſucceſsion ſe deriva, y deſciende en los deſcendientes, que ſon los que forman la linea; y aviendo de eſtos, el Padre, ni otro aſcendiente forma linea ſucceſsible. Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *n.* 25. *& ſeq. & ex n.* 184.

127. Eſtando ya conſtituìda legal Poſſeedora Doña Manuela de Robles (15) tuvo á ſu hija Doña Luiſa Riquelme (17), la que adquiriò el derecho de primogenita, y por conſiguiente por muerte de ſu Madre, es en la que ſe transfiriò la poſſeſsion civil, y natural de dichos Mayorazgos.

128. Deſpues apareciò nacido Don Joachin Saurin (18), y pretende ſer preferido por la qualidad de varon, y quitar la ſucceſsion en que ſe halla dicha Doña Luyſa: eſte punto lo tocò el Torre *de Maioratib. tom.* 1. *cap.* 25. *ex num.* 132. y por la parte negativa, de que aviendo entrado la ſucceſsion en la hembra, aũq̃ deſpues aya varon, debe ſuceder la hembra immediata, y no el varon remoto, cita al Sr. Caſtillo, el Sr. Valenz. y otros, aunq̃ en el *n.* 135. verſic. *Nihilominus*, dize, que el varon debe preferirſe à la hembra, aunque ſea remoto; pero como la autoridad de Torre no puede vencer la de nueſtros Regnicolas, y que ſe deben entender mas informados de las Reglas de los Mayorazgos de Eſpaña, es preciſſo venza la autoridad de aquellos á la de eſte. Cardin. de Luca *de Fideicomm. diſc.* 13. *num.* 40. ibi: *Ideò-*

que ſpecies temeritatis eſſet illa Doctoris Itali, qui nunquam in Hiſpania fuit, neque illa Tribunalia practicavit, deſuper maturum iudicium interponere, dictaſque leges interpretari.

129. Y como todos los Autores deben ceder á la voluntad, D. Caſtill. *lib.3. Controv. cap.29. n.17.* y atendidas las circunſtancias, y mas verosimil voluntad de los Fundadores. Cardin. de Luca *de Fideicommiſ. diſc.25. num.6. & diſc.51. num.11.* ibi: *Vndè propterea pro meo ſenſu exiſtente iſta quæſtione, potius facti, & voluntatis, quam juris, in caſu occurrentia, erroneum videtur procedere cum regulis, & doctrinis generalibus.* Et n. 12. in fin. *Ideóque totus punctus, eſt in indagando illius Teſtatoris particularem voluntatem ex illius facti particularibus circunſtantijs.* Clara, y manifieſtamente repugna á la voluntad de dichos Fundadores, el que traſlinee el Mayorazgo, y pueda, ni deba ſer preferido el varon remoto, y de otra linea à la hembra de linea derecha, è hija de la vltima Poſſeedora. Cardin. de Luca *de Fideic. diſc.15. num.7. & diſc.44. num.13.*

130. Martin Serrano, y ſu Muger preciſſados por contrato á vincular à favor de los hijos del Matrimonio, que contraxo Doña Juana Serrano ſu hija, con Franciſco Giròn (*Clauſ.1. num.4.*) lo executaron llamando à la hija en el vſufructo, y deſpues ſu hijo varon mayor, en quien formaron la Agnacion artificioſa, que debe ſeguir las proprias reglas que la rigoroſa, *ex dict. ſuprá num.24.* en el llamamiento de Pedro Serrano ſu hijo (*Clauſ. 4. ſup. n.7.*) mandan, que ſuccedan *ſus deſcendientes para ſiempre jamàs.* Cuya expreſsiò es comprehenſiva de varones, y hembras, y por tanto aquellos ſolo ſe prefieren dentro del grado. Alv. Pegas *de Maiorat. tom.2. cap.14. num.117. & 143.* Torre *de Maiorat. part. 1. cap.37. num.68. & part.3. deciſ. 33. num.* 8. y nunca puede el varon remoto vencer à la hija de el vltimo Poſſeedor.

131. Aſsimeſmo previenen (*Clauſ.3. num.6.*) que ſe ſucceda llamando á el Martin Serrano Girón (6) *de vno en otro de vueſtros hijos.* Y en el llamamiento de Pedro Serrano (*Clauſ. 4. num. 7.*) que *fueſſe en ſus hijos varones, é de Locia de Godoy ſu muger de mayor en mayor*; cuyas expreſsiones prueban, el que ſu voluntad fueſſe vna ſucceſsion lineal de Padre à hijo, y no que translineaſſe, y ſe alteraſſe todo el orden de la ſucceſsion, faltando el que el hijo ſuccedieſſe à el Padre, por paſſar à otra linea inferior, y reſpecto de la Doña Manuela de Robles (15) vltima Poſſeedora legal, linea poſtergada, y tranſverſal, como lo es la de D. Joachin Saurin (18). Torre *de Maiorat. part. 2. quæſt. 43. num. 62. & ſeqq.* ibi: *Quę verba di maggior nato, in maggior nato :::: & ſimilia, nihil aliud ſonant, quam quod cenſeatur inductum Fideicommiſſum deſcenſivum de Patre in filium.*

132. Y el D. Franciſco Serrano, nieto de los antecedentes Fundadores, y que ſe preſume informado, y noticioſo de ſu voluntad. Aguila ad Roxas *de Incompat. part. 2. cap. 5. num.89. cum alijs*, y que quiſo, que deſpues de los eſpeciales llamamientos, que hizo, ſe agregaſſe ſu Mayorazgo al de dichos ſus Abuelos, guardandoſe las condiciones de èl, y conforme à ſus Clauſulas (*Clauſ. 6. num. 68.*) lo que explica vna total veroſimilitud en ſu naturaleza, y orden de ſucceſsion. Torre *de Maioratib. part. 2. quæſt. 21. num. 6.* ibi: *Nam verba relativa ad alienum Teſtamentum, cenſetur diſponere eo modo, & forma præciſſa, prout ibi continetur perinde, ac ſi illud eſſet in certum in ſecundo.* Mãda en la Clauſ. 2. n. 64. ibi: *Succeda varon por linea recta de nueſtra deſcendencia* (y deſpues) *por linea recta*

de

de varon. Y en la Clauſ. 3. num. 65. ibi: *Si no fueſſe caſandoſe con otro algun deudo, que fueſſe por linea recta de varon de la deſcendencia de mi el dicho Franciſco Serrano.*

133. La linea recta dize preciſſa incompatibilidad con la tranſlineacion. Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 25. 28. 29. D. Molina *de Hiſpan. Primog. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 13. & 14. D. Caſtill. *lib.* 5. *Controv. cap.* 93. *num.* 8. verſ. *Sexta.* Por tanto quando ſe llaman los varones por linea recta, ſe entiende varon de varon, y es poderoſiſsima conjetura, que perſuade, el que no ha de tranſlinear para buſcar la qualidad, ni puede ſucceder el varon de hembra, porque entonces no es linea recta de varones. Fuſſar. *de Subſtit. quæſt.* 346. *num.* 7. Barboſ. *de Appellat. verbor. appell.* 135. *num.* 14. Cuyas autoridades dixo el Cardenal de Luca *de Fidei comm. diſc.* 27. *num.* 7. que eran de gran fuerza, ibi: *Quamvis autem dictæ authoritates, iuxta currẽtem vſum magnum vim facere viderentur.* Y aunque parece funda lo contrario, lo limita, y coarta en el *num.* 10. á la doctrina, que llevamos referida, ibi: *Tunc quia ibi concurrebat adjectum maſculinum, quod operaturque reſtrictionem ad ſolos maſculos per maſculum.*

134. Y fundado en eſta razon el Alvar Pegas *dict. cap.* 14. *n.* 143. prueba, que el llamamiento de deſcendientes, por linea derecha es excluſivo de toda qualidad, para buſcarla fuera de la linea, y que de ninguna forma puede, ni debe traslinear el Mayorazgo, ni el varon tiene accion para preferirſe á la hembras, hija del vltimo Poſſeedor.

135. Mayormente conſiderando, que aquella razon, que los Fundadores tienen para ſuſcitar, y formar la Agnacion artificioſa en los hijos varones de las hijas, ò de otra hembra à quien tuvieron eſpecial predileccion, falta, y no ſe acomoda bien, ſegun la mente de los Fundadores, con otro varon de hembras mediatas, y en quien no puede hallarſe la razon de afectos, y amor que tuvieron à los de hembras immediatas. Cardin. de Luc. *de Fideicom. diſc.* 28. *num.* 8. ibi: *Et altera magis proxima, quod maſculi immediatè procreati á fœmina agnata, ita dicuntur ſemi agnati, & quaſi promedietate participare de agnatione, quod dici non poteſt de maſculis mediatis per duplex medium fœmininum quoniam ita à propria familia effecti ſunt omnino extranei, iuxta exemplum naturale arborum quarum una ſuper alia inſeratur, quoniam fructus qui producitur ab arbore inſerta, participare dicitur de altera arbore, ſuper qua inſertio facta eſt, ſed ſi ſuper arbor inſerta fiat alterius diverſæ arboris nova inſertio, tunc illa primà arbor ſuper qua primá inſertio facta eſt, tanquam avia, & non mater novi fructus, in nulla conſideratione habetur, ſed omnino pro extranea, & aliena reputatur vt ad ſenſum.*

§. VII.

136. EN la variedad con que avemos tocado la qualidad de eſtos Mayorazgos, ya como regulares, deſpues de ſucceſsion agnaticia, y vltimamente (aun en el ſupueſto que no concedemos) de ſimple maſculinidad, parece que embuelve parte de contradiccion la defenſa, que hazemos por Doña Luyſa Riquelme; pero como eſta materia de voluntades, y conjeturas, que lo perſuaden, eſtàn diferidas à el arbitrio de los Señores Juezes, Cardin. de Luc. *de Fideicomm. diſc.* 91. *n.* 20. *diſc.* 93. *num.* 4. & 5. *diſc.* 124. *n.* 9. en qualquier concepto que ſe juzgue, es claro el derecho de dicha Doña Luyſa.

137. Siendo regular, no ſe le puede negar ſer de mejor linea, y grado, y por tanto la legitima ſuc-

ceſſo.

ceſſora. Si de agnacion artificioſa en la linea de Doña Juana (2), y de rigoroſa en Don Pedro Serrano (3), el que fundaron Don Martin Serrano, y ſu muger (1), y deſde luego de rigoroſa agnacion el de Don Franciſco Serrano, y ſu muger (8), en cabeza de Don Pedro Serrano ſu hijo varon, aviendo faltado los varones agnados, y que los Fundadores no pudieron tener inclinacion al varon cognado mediato, como lo es dicho Don Joachin, y fundamos en el num. 135. es preciſſo llegue el caſo de quedar el Mayorazgo regular, ſin que el varon remoto pueda preferir à la hembra de mejor linea, *ex dict. ſup. num.* 96.

138. Y vltimamente, ſiendo aun de maſculinidad, tiene graviſſima duda, el que no aviendo varon exiſtente, al tiempo que muriò Don Alvaro de Robles (14), que en eſte caſo ſe debia conſiderar el legal Poſſeedor, por lo que conſtituyò la linea recta, y de ſubſtancia Doña Manuela de Robles ſu hija; y repreſentando ſu derecho la hija q̃ lo es Doña Luyſa Riquelme, *ex leg.* 14. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* Dom. Molina *de Hiſpan. Primog. lib.* 3. *cap.* 6. *ex n.* 29. no puede translinear, ſino es evidentiſsima la voluntad en contrario; y concurriẽdo tantas dudas, y ſuperiores fundamentos por la hembra de mejor linea: es preciſſo, que la ſucceſsion ſe declare á ſu favor, por aſsiſtirle la ley. Dom. Vela *differt.* 49. *num.* 53. Dom. Valenç. *conſ.* 97. *num.* 74. Alv. Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 14. *n.* 144. ibi: *Quia fœminæ pro ſe habent præſumptionem, & regulas iuris, itaque ſolum excluduntur per maſculum remotiorem, quando pro eo caſus certus, & induvitatus reperitur.* Y es regla, que dàn todos los Autores, ſin que aya alguno, que diga lo contrario, y lo explicò bien el Carden. de Luca *de Fideicomm. diſc.* 25. *num.* 20. ibi: *Et ſecundo quod negari non poteſt, ex præmiſsis, ac alijs hinc inde fluctuantibus hanc voluntatem reddi dubiam, vt propterea dici non valeat, probatam eſſe noſtrę regulę limitationem, ad cuius effectum deſiderari voluntatem claram admititur in eadem ſecunda deciſsione, ac etiam ſuprà advertitur, quod ſcilicèt ſola dubietas, vel contraria poſsibilitas ſufficit iam habenti intentionem fundatam in regula.*

139. Por lo que no ay preſumpciones, y conjeturas, por claras, y evidentes que ſean, por las que ſe excluya la hembra de mejor linea, como lo es dicha Doña Luyſa, *ex dict. leg.* 13. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop. vt ſupr. num.* 105. y por lo que eſpera la determinacion à ſu favor. S. I. O. V. D. C.

Lic. D. Lorenzo de Mendoza Jordan.

Lic. D. Chriſtoval de Eſpinoſa Ocampo.

POR

DON FRANCISCO RIQUELME Y GALTERO,
vezino de la Ciudad de Murcia.
(Caſ.39.)

EN EL PLEYTO

CON D. BERNARDO SALAFRANCA Y RIQUELME,
vezino de dicha Ciudad. (Caſ.41)

SOBRE

QUE SE DECLARE NO OBSTAR A DON FRANCISCO Riquelme la coſa juzgada de las ſentencias de viſta, y reviſta pronunciadas en eſta Corte en los años de 693. y 696. en pleyto, que con Don Chriſtoval Riquelme ſu Padre (Caſ.29.) ſiguió Doña Antonia Muñòz de Robles y Riquelme ſu Tia,(Caſ.25.) ſobre los Mayorazgos de los Riquelmes, y otros.

Impreſſo en Granada *en la Imprenta Real.*

Noté raro en el § 9. de la D.ª Ant.ª d alt. sprovat le tocase la clau. § que aqui

lla se la concedio y asi enesto no hubo q. farard. alleg. 12. n. 63. ubi reddit rationem

in 1.ª § uid. exprimiz in secunda

sobre la afirmacion de los apreciadores hez id. n. 3 et seq.

L. 2. C. de lent. ex breviculo recitanda cuius tamen uirtus eminentissima per tenni Gregorio

Dian. manifesti fuit formandaq. L. 2 § ult. q. provocat. non est necess. farard. alleg. 12. n. 21

Porq. ueritas sit inque rendita tenet. farard. all. 12. n. 99

tem. declarar nil obar Garc. de nob. glos. 6. n. 48

decisio in hac senam d.ª rex judicata. Ayor. de part. p. 1. cap. 7. n. 2

E. q. princeps committit magistratui cognitionem. farar. alleg. 11. n. 93.

= L. servo inuito. 65 §. cum Pretor. 2 ff. ad S. C. trebell. per rex iudicata auctoritatem

L. si fundus 16. §. si pluris ff. de pignor. ed humanius est non amplius cui, quam d

reuera debebat dando, si proreca libera. farad. d. alleg. n. 99 et seq. + Garc. de nobil.

g. 11. et n. 71

de la dif. entre el modo y condicion. Castill. t. 6. cap. 180. et n. 20

el precepto de armas y apellido es modo.

Quando eis de termini dari sit seu figurantur. Castill. t. 6. cap. 179 n. 1.

de armas y apellido d. in uim modi uel conditionis, ed. indubio inuismodi non conditio-

-tit. 3 in adde nis. Castill. cap. 180 et n. 23. et n. 29

Propter electionem uidetur renuntiare prius q. habebat ad maioratum alium. Castill. cap. 178. n. 15

necess. item erg. cap. 16. necess. et quamuis.

– expresso nace locus comentario q. Castill. t. 5. cap. 103. n. 1

no siendo en plazo no vale el juicio. L. 12. tit. 21. p. 3.

L. 16. tit. 22. p. 3. in tit. de oficio judic

L. 11. § Pretor. ff. de jud. et sur. L. 1. ff. de feriis. nec enim per tales feriis in ...

L. 2. C. q. prov. non est necess.

N. 1. PRETENDE Don Franciſco, q̃ V.S. ſe ſirva declarar, no le obſta la coſa juzgada, que parece reſultarà de las dichas ſentencias, para que en continuacion de eſta declaracion, vſe Don Franciſco de ſu derecho. Y ſiendo los fundamentos de eſta pretenſion la nulidad, que dize Don Franciſco contuvo el Juizio en que ſe pronunciaron dichas ſentencias, indenfenſion de Don Chriſtoval en èl, y vltimamente parecer dichas ſentencias menos regulares á la juſticia, que à Don Chriſtoval aſsiſtia, ſerà preciſſo alguna prolixa relacion, y puntual del hecho, que ha de acreditar los tres referidos motivos.

2. Para lo qual ſupongo, que hallandoſe Don Chriſtoval Muñoz de Robles Riquelme, (23) Abuelo de Don Franciſco à quien defendemos, Poſſeedor de los Mayorazgos, que fundaron Juan de Robles, y Pedro Muñoz, (2) y (9) en los que ſuccediò por muerte de Don Juan Pedro Muñoz ſu Padre, (18) que falleciò en el año paſſado de 659. por aver muerto ſin ſucceſsion Doña Juana Riquelme, (28) Poſſeedora que era de los Mayorazgos de Riquelmes, fundados por las Caſas 1. 10. y 12. y el de Gomez de Peñaranda, (6) por el referido D. Chriſtoval (23. ſe pretendiò la poſſeſsion de dichos Mayorazgos, por dezir le tocaba como à hijo mayor de Doña Maria Riquelme: (19) conſta de el Memorial en los numer. 9. y 10.

3. Supongo tambien, que aviendoſe contradicho eſta poſſeſsion por Don Diego Riquelme Buſtamante (22) en 31. de Mayo de dicho año de 70. el Curador de los Menores de Don Ignacio de Salafranca, Marido que fue de la Doña Antonia de Robles, ſaliò aſsimiſmo contradiziendo dicha poſſeſsion, por el derecho, que competia à Don Bernardo Salafranca Riquelme, (33) hijo mayor de la dicha Doña Antonia, fundandolo, en que el Mayorazgo de Don Luis Riquelme era incompatible con otros; y lo meſmo el Mayorazgo fundado por D. Gomez de Peñaranda. Tambien ſaliò deſpues Don Gonçalo Saavedra Faxardo, como marido de la dicha Doña Antonia, pretendiendo la ſucceſsion por sì; y eſta pretenſion la deduxo en eſta forma: *Que ſin embargo de lo alegado por los referidos D. Diego Riquelme*, (22) *y Don Chriſtoval* (23) *ſobre la poſſeſsion de los Mayorazgos, que fundaron Chriſtoval, y Doña Onofra Riquelme, y agregacion, que hizo Don Luis Riquelme, y del que fundò Don Gomez de Peñaranda, ſe le avia de dar la poſſeſsion de vno de ellos, declarando ſer incompatible el poder gozar el dicho Don Chriſtoval de àmbos à dos, y aſsignandole vn breve termino para que eligieſſe vno de ellos.* Conſta del Memorial §. 15. y eſtos Autos ſe continuarõ haſta Auto de prueba, y de ſequeſtro, que ſe proveyò en 9. de Agoſto del año de 670. cuyos Autos no ſe proſiguieron; y aunque en el año de 72. puſo demanda en eſta Corte la Doña Antonia, ya viuda del Don Gonçalo de Saavedra, al Don Chriſtoval ſu hermano, la que ſe admitió por caſo de ella, y ſe deſpachó emplazamiento, por aver muerto en eſte medio tiempo el D. Chriſtoval ſu hermano, ſaliò en eſta Corte la Doña Antonia, diziendo, que todos los Mayorazgos avian recaìdo en D. Chriſtoval Muñoz de Robles (29) ſu hijo mayor, de quien era Curador Juan Tercero de Rozas, y pidiò, que para continuar, y ſubſtanciar el pleyto ſe le notificaſſe la referida demanda, que ſiendo neceſſario ſe la ponia en forma à dicho Menor. (29)

4. Y por Auto de 16. de Diziembre de dicho año de 672. ſe man-

mandò no aver lugar la dicha pretenſion, y que ſe notificaſſe la demanda al Menor en perſona, y à ſu Tutor, y Curador: y con efecto ſe hizo ſaber al Menor en perſona, y à dicho Juan Tercero de Rozas, y á Doña Franciſca de Almela, Madre, Tutora, y Curadora de el referido Don Chriſtoval: Conſta del Memorial num. 23. y 24. Y aunque ſe afirmò en eſta Corte la Doña Antonia, formado por el Curador del Menor el articulo de no reſponder, y que la Sala ſe exoneraſſe del conocimiento, y lo remitieſſe à la Juſticia de Murcia por ſer ſu Parte menor, y que ante ella ſe le debia demãdar: Viſto el articulo, por Auto de 28. de Septiembre del año de 75. ſe remitió el conocimiento à la Juſticia de Murcia. Con lo qual por Enero de 76. puſo la Doña Antonia la demanda al referido Don Chriſtoval ſu ſobrino, (29) la que ſe conteſtó por ſu Curador en 12. de Agoſto de dicho año, y ſe quedaron los Autos en eſte eſtado haſta el año de 690. en cuyo intermedio muriò Don Diego Riquelme; (22) Poſſeedor que era del Mayorazgo, que fundó Juan de Buſtamante, (5) y parece recayò dicho Mayorazgo en el D. Chriſtoval, con los demás que quedan referidos.

5. Supongo tambien, que en Febrero de dicho año de 90. acudió la Doña Antonia à eſta Corte, y con preſentacion de vn teſtimonio, en que conſtaban las demandas pueſtas à ſu hermano, y ſobrino, y relacionando la remiſsion, que ſe avia hecho à la Juſticia para ſu conocimiẽto, y ſuponiendo que avia procedido con notoria omiſsion, pretendiò ſe retuvieſſe el conocimiento en eſta Corte, y que ſe traxeſſen los Autos originales.

6. Y aunq̃ à eſte pedimento ſe mandò deſpachar, Proviſion para que la Juſticia oyeſſe à la Doña Antonia, ſin dar lugar à quexas, avien-

do ſuplicado ſin cauſar inſtancia, motivando, *que ſu ſobrino no era ya menor, pues por sì regia, y adminiſtraba ſu caudal, y ſe hallaba ya caſado, y con hijos.* Con eſta relacion por Auto de 18. de Febrero del año de 690. ſe mandò retener el conocimiento en eſta Corte, donde las Partes pidieſſen lo que les convinieſſe, y que ſe deſpachaſſe Proviſion de emplazamiento, y para que ſe traxeſſen los Autos originales; y conſta, que en 22. de Febrero de dicho año ſe deſpachò Real Proviſion de emplazamiento contra el Don Chriſtoval, ſin iueluir la ordinaria de Menores, y ſe le hizo ſaber el emplazamiento en 16. de Março de dicho año, como conſta del Memorial num. 35. y 36. Con que aviendo nacido D. Chriſtoval en 5. de Enero del año de 66. quando ſe emplazò tenia 24. años, 2. meſes, y 11. dias, y eſta es la quenta que ſe debe hazer, y no la que haze el Relator, como deſpues ſe dirà en ſu lugar.

7. Traìdos los Autos ſe afirmó, afirmandoſe en la demanda la dicha Doña Antonia, *ſin preſentar el emplazamiento original con la diligencia de la notificacion*: circunſtancia tan preciſſa, y que nadie debe ignorar; pues para poderſe afirmar en la demanda, y poderſe continuar el juizio, es preciſſo conſte eſtar emplazado el demandado, y mal ſe podria dezir conſtaba en eſte emplazamiento, ſi no conſtaba de la Proviſion. Conſta aſsi del Rollo 1. fol. 39. y de el §. 37 de el Memorial impreſſo.

8. Por vn otroſi de la miſma afirmativa dixo: *Que no ſolo le aſsiſta el derecho, que tenia repreſentado, por la incompatibilidad de los Mayorazgos contenidos en ſu demanda* (que eran los de los Riquelmes) *ſino es que por hallarſe preocupada la linea del dicho ſu hermano* (23) *con los Mayorazgos de los Riquelmes Commontes, él, y*

ſus

sus descendientes, desde que entraron en dichos Mayorazgos, se privaron con su adquisicion de el derecho del de los Bustamantes, porque la dicha incompatibilidad de el de los Riquelmes Commontes con el de los Bustamantes, era lineal real, como expressamente lo manifestaba la Fundacion, por cuya causa al tiempo que vacò, no pudo entrar en la linea del Don Christoval su hermano, que se hallaba preocupada con los dichos Mayorazgos, y porque el de Bustamante avia ido siempre por la linea de segundagenitura; con que desde la vacante de los Mayorazgos de los Bustamantes se difirieron estos en la dicha Doña Antonia: Y concluyò pidiendo, se declarasse tocarle dicho Mayorazgo, condenando á su sobrino à que se lo restituyesse con frutos. Estas son puntuales palabras del otrosi, que constan de el Memorial à la letra num. 38. y no avrà quien pueda dudar, que importó vna formal demanda sobre dicho Mayorazgo de Bustamante, y encontrarà V.S. substanciado el juizio sobre ella con el traslado, que se dió, junto con el de la afirmativa, y con rebeldía, que se acusò del Auto de traslado, sin averse notificado à Don Christoval, ni aun á Manuel de Soto Lizaga, q̃ se dezia su Procurador, se recibió el pleyto à prueba en 2. de Septiembre del año de 90. y por vltimo acusadas rebeldías, se hizo publicacion de Probanças en 24. de Octubre de dicho año de 90. sin aver notificado el traslado al D. Christoval, aunque se tuviesse por mayor, ni se huviesse avido por caso de Corte esta nueva demanda, que como Mayorazgo distinto, y separado de los sobre que avian sido los Autos en Murcia, no pudo hablar, ni entender sobre este de Bustamante la retencion.

9. Mostròse Parte el dia 24. del mes de Octubre Agustin Ceròn de Santistevan, en nombre de dicho Don Christoval, y dixo por Pedimento, avia venido á la prosecuciõ de el pleyto, y averlo tomado Manuel de Soto, quien no avia hecho defensa por su parte; y que estandose haziendo Memorial de èl, se le apremiaba à Manuel de Soto á la buelta, que se le concediessen 15. dias de termino para su despacho; el decreto fue, *de la vista resultará.* (consta del Memor. §.47.) Con este decreto le fue precisso à Agustin Ceròn, como Curador del Don Christoval, acudir á la Sala sin aguardar à la entrega de los Autos, el dia 31. de dicho mes, diziendo: Que se avia emplazado à su Parte à pedimento de la Doña Antonia, quando se retuvo el conocimiento en esta Corte, *y entrò diziendo se avia de mandar, que los Autos del pleyto se pusiessen en el estado, que estavan al tiempo, que se presentò la afirmativa por parte de la Doña Antonia, dando por nulos los que despues se avian hecho, y que se substanciassen legitimamente con su Parte:* Alegando, que siendo Menor, y teniendo su Curador nombrado por la Justicia de Murcia, con el qual se siguiò el pleyto ante ella, á èl se le debiò notificar dicho emplazamiento, y que constandole à la Doña Antonia ser tal Menor, debió pedir se le despachasse la Ordinaria de Menores, para que su Curador substituyesse la Curadurìa en Procurador de esta Corte con el qual se substanciasse el Juizio, y que en esta consideracion no se pudo dar dicha afirmativa, ni acusar rebeldía; pues no aviendose hecho la notificacion del emplazamiento á persona legitima, no pudo correr termino à su Parte, ni tampoco estuvo en estado de recebirse á prueba por las razones referidas, y que de lo contrario se diera lugar, ademàs de la nulidad, à que quedasse su Parte indefenso siendo Menor, *sobre que formò articulo*, y pidiò Real

Proviſion para ſacar el mote de ſu Baptiſmo, el que con efecto ſe preſentò, y conſta fue en Caravaca en 5. de Enero del año paſſado de 666. que aunque el Relator haze aqui ſu quenta, diziendo, que al tiempo de ſu preſentacion de eſte Pedimento, tenia ya Don Chriſtoval 24. años, 9. meſes, y 25. dias; y que quando ſe proveyò Auto, en que ſe reſervò eſte articulo para difinitiva, que fue en 23. de Abril del año de 691. 25. años, 3. meſes, y 18. dias: eſta no es la quenta, que ſe dede hazer; pues proſiguiendoſe el pleyto, ſiempre avia de llegar à ſer mayor ſin atender ſi lo era, ò no, quando ſe le emplazò: y ya queda dicho *ſuprà n.6.* como quando ſe le emplazò à Don Chriſtoval, tenia ſolos 24. años, 2. meſes, y 11. dias; y queda tambien dicho, como Doña Antonia para pretender ſe retuvieſſen los Autos en eſta Corte, dixo ſinieſtramente en la Sala, que ſu ſobrino no era ya Menor: Conſta aſsi de el Memorial del Relator §. 35. y del Rollo antiguo ſol. 36.

10. A la pretenſion de dicha nulidad, y formacion ſobre ella de articulo, ſe concluyò por la Doña Antonia: y viſtos los Autos, por vno proveído en 23. de Abril de el año de 691. ſe reſervó dicho articulo para difinitiva. Eſto parece, Señor, como deſpues ſe fundarà, fue añadir nulidad á nulidad; porque formando articulo ſobre excepcion de nulidad, debe aver poſsitiva reſolucion, que la declare, ó excluya. Conteſtó por vltimo D. Chriſtoval, alegando ſobre la excluſion de incõpatibilidad, y que quando huvieſſe algun Mayorazgo incompatible de los referidos, y en que no pudieſſe aver ſuccedido el Don Chriſtoval Riquelme ſu Padre, eſtando como ya eſtava nacido el Don Chriſtoval (29) al tiempo que muriò Doña Juana Riquelme, (28) por ſer el ſiguiente en grado, era quien avia adquirido el derecho à dicha ſucceſsion, y que en la miſma forma, ſi no pudieſſe concurrir en él alguno de los dichos Mayorazgos, ſe hallaba con tres hijos, en quienes preciſſamente ſe avria paſſado en el caſo referido la poſſeſsion civil, y natural de qualquier Mayorazgo, que fueſſe incompatible; y que aſsimiſmo ſe hallaba con dos hermanos, que eran Don Juan, y Doña Franciſca Riquelme, (31) y (32) que en todo acontecimiento tendrian mejor derecho, que la Doña Antonia, y pidiò ſe emplazaſſen à los referidos Don Juan, y Doña Franciſca, haziendoles ſaber el eſtado del pleyto, para que les paraſſe el perjuizio, que huvieſſe lugar. Se mandò deſpachar el emplazamiento, y ſalieron al pleyto por medio de ſu Curador, por ſer Menores, Don Chriſtoval, Don Antonio, y Doña Franciſca, (36) (37) y (38) hijos del Don Chriſtoval, (29) como Terceros excluyentes, pretendiendo ſe declaraſſe tocarles, y pertenecerles qualquiera Mayorazgo de los que poſſeía ſu Padre, que fueſſe incompatible, y no pudieſſe concurrir en él, denegando à la Doña Antonia ſu pretenſion; porque aviendo recaìdo los dichos Mayorazgos en ſu Padre, ſi alguno, ò algunos no podian concurrir en èl, tocaban à los referidos, por hallarſe los ſiguientes en grado, y no á la Doña Antonia, porque era tranſverſal, *y ſe ofrecieron à probar*: y aviendo concluìdo la Doña Antonia, y contradicho la prueba, por Auto de 16. de Mayo de dicho año; *ſe reſervò dicha prueba para difinitiva.*

11. Deſpues faliò al pleyto, como Tercero excluyente, el Curador ad litem de D. Juan Riquelme, (31) proteſtando llamarſe Pedro Muñoz Gomez de Peñaranda, y pretendiendo ſe le declaraſſe por legitimo ſucceſſor de los Mayorazgos de Muñoz,

ñoz, y Peñaranda, y averſele tranſferido la poſſeſsion civil, y natural de ellos, deſde la muerte de Doña Jnana Riquelme, (28) y que ſe condenaſſe à Don Chriſtoval ſu hermano, (29) á la reſtitucion de dichos Mayorazgos de Muñoz, y Peñaranda, *con ſus frutos, y rentas deſde el dia de las vacantes*, y alegò de ſu juſticia, y ſe ofreciò à probar. Conſta Memor. §.60.

12 Y la Doña Franciſca Muñoz de Robles (32) hermana tambien del D. Chriſtoval, ſalió al pleyto, pretendiendo ſe le declaraſſe por legitima ſucceſſora de los tres Mayorazgos de *Muñoz*, *Peñaranda*, y *Buſtamante*; ò quando lugar no huvieſſe, y en caſo de conſiderarſe incompatibles, ſe le concedieſſe la eleccion de los que no lo fueſſen, declarando averſele transferido la poſſeſsion civil, y natural deſde la muerte de la Doña Juana Riquelme, (28) condenando al Don Chriſtoval à la reſtitucion de dichos Mayorazgos, ò de el que de ellos dimitieſſe, *con ſus frutos, y rentas*; alegò la incompatibilidad, que avia con los dichos Mayorazgos de Riquelmes, y que por el miſmo hecho de aver entrado en ſu Padre (23) la poſſeſsion de dichos Mayorazgos de Riquelmes, era viſto averlos elegido, y aceptarlos, y que por el conſiguiente deſde entonces vacaron los de Muñoz, y Peñaranda, y ſe transfirió en la Doña Franciſca la poſſeſsion; alegó en excluſion de Don Juan ſu hermano, y aſsimeſmo de los hijos del D. Chriſtoval, y que el año de 670. quando muriò la Doña Juaña Riquelme, (28) ya era nacida la Doña Franciſca; mediante lo qual ſe le avia diferido la ſucceſsion, por hallarſe la ſiguiente en grado, y tambien ſe *ofreciò à probar*.

13. Por la Doña Antonia ſe alegò de ſu juſticia en excluſion de los demás Opoſitores; y por vn otroſi de ſu Pedimento dixo: Que en atencion à que los hijos, y hermanos del D. Chriſtoval, que avian ſalido como Terceros excluyentes, avian ſido llamados, y citados de pedimento de el Reo demandado, (29) à fin de dilatar la viſta, y con el meſmo ſe avian ofrecido à probar, conſiſtiendo la determinacion ſolo en las Clauſulas de las Fundaciones, por lo que ſe avia reſervado la prueba en otros Autos, y pidiò ſe paſſaſſe à la viſta, y determinacion del pleyto: los Terceros hijos, y hermanos del D. Chriſtoval, (29) inſiſtieron en que el pleyto ſe avia de recebir à prueba; porque aviendo ſalido por ſus proprios derechos, y como Terceros excluyentes, fuera nula qualquiera determinacion ſin el cabal conocimiento de cauſa, y formalidad del juizio, que por Derecho ſe requeria, y mas aviendoſe de probar eſtar ſus Partes nacidas al tiempo de las vacantes. Y ha de notar tambien V.S. que todos los Litigantes pretendieron la reſtitucion *con ſus frutos, y rentas*, que para nada es mas preciſſa la prueba, que para la juſtificacion, y liquidacion de dichos frutos, y rentas; y por vltimo, por Auto de 28. de Noviembre de dicho año de 91. ſe mandò reſervar la prueba, para quando el pleyto ſe vieſſe en difinitiva; y porque quede dicho aqui, aunque en la inſtancia de reviſta, y ſuplicacion de la ſentencia de viſta, ſe ofrecieron à probar el Don Chriſtoval (29) Don Juan, y Doña Franciſca ſus hermanos, y el Curador de los Menores hijos del Don Chriſtoval, *ſe reſervò la prueba para difinitiva*: con la circunſtancia, que la prueba que ofreció la Doña Franciſca en ſu ſuplicacion, que conſta del Memorial §. 103. ſin averſe denegado, ni reſervado para difinitiva, ſe paſsò á la viſta del pleyto en reviſta en primero de Abril del año paſſado de 694.

co-

como consta del pleyto, y de el Memorial en los §§. 109. y 110. con que es innegable de todo lo dicho, que vn pleyto de esta gravedad, y entidad, y con Litigantes Terceros excluyentes, que salieron por su propio derecho, se substanció, y determinò en vna, y otra instancia sin recebirse à prueba alguna con todos los dichos Terceros; y por lo que mira al D. Christoval, aunque despues de la retèsion se recibiò à prueba, fue en su rebeldia, y antes que saliera en esta Corte formando el articulo de la nulidad, por no averse le emplazado como Menor, como queda sentado suprà, de forma, que quando saliò al pleyto, ya estava hecha publicacion de probanças.

24. Consta tambien en el pleyto, que estando los Autos en estado de verse en vista por el Don Christoval, (29) se obtuvo Real Cedula de su Magestad de Informe; por aver pretendido, que el pleyto se viesse con los señores Ministros de dos Salas, y asistencia de el Señor Presidente, con que se requirió en 5. de Octubre del añode 91. y à instancia de la Doña Antonia se concedieron al Don Christoval algunos terminos, para que traxesse resultas del informe, y por vltimo sin averlas traìdo, y constando de algunas Fees de Bautismos de los Litigantes, se passò à vèr el pleyto, y se declarò ser compatibles, y poder concurrir juntos los dos Mayorazgos, que fundaron Juan de Robles, (2) y Pedro Muñoz, (9) que posseìa el D. Christoval Riquelme, (29) y posseyó D. Christoval su Padre: (23) asimesmo se declararon por compatibles entre sí, y que podian concurrir juntos los tres Mayorazgos, que fundaron Christoval Riquelme, y Doña Onofra Riquelme su muger, (1) D. Luis Riquelme su nieto, (10) y D. Diego Riquelme Commontes, y Doña Beatriz da Bustamante su muger, (12) y se declararon por incompatibles los dos Mayorazgos, que fundaron D. Gomez de Peñaranda, (6) y Juan de Bustamante, (5) y que no podian concurrir el vno con el otro, ni ninguno de estos dos con los referidos de Robles, y Muñoz, ni estos con los de los Riquelmes, Bustamante, y Peñaranda, y se mandò, que la dicha Doña Antonia (25) dentro de ocho dias de como se le hiziesse saber dicha sentencia, eligiesse los tres Mayorazgos referidos de Riquelme, ó el de Peñaranda, *ò el de Bustamante*. Aqui se ha de servir V. S. de hazer reflexion, de que este es el Mayorazgo, que pretendiò la Doña Antouia se declarasse tocarle, y pertenecerle en el otrosi, que puso en la afirmativa, despues de la retencion en esta Corte, y de que se mandó dar traslado, q̃ no se hizo saber al Don Christoval; y por vltimo en su rebeldìa se recibiò à prueba, y quando salió al pleyto, ya estava hecha publicacion, y reconocerà V. S. de esta puntual verdad, determinacion sobre la succesion de vn Mayorazgo, sin emplazar al demandado en persona, sin preceder se huviesse por caso de Corte, porque este Mayorazgo no lo comprehendiò la retencion, y por vltimo determinado el pleyto con tan evidente nulidad, como la que influye en el juizio el defecto de citacion, como se dirà despues.

15. Continúa la sentencia declarando à la Doña Antonia por legitima succesora de los Mayorazgos de Riquelmes, ò del que eligiesse de los otros, *y tocarle, y pertenecerle con los frutos, y rentas*, que avian rentado, y podido rètar desde la muerte de Doña Juana Riquelme, (28) vltima Posseedora de los tres Mayorazgos de Riquelmes, y de el de Peñaranda, y desde la muerte de D. Diego Riquelme, (22) eligiendo el de *Bustamante*, que vacó por fin, y muerte

de

de el ſuſodicho, y ſe mandó conferir la adminiſtracion à la Doña Antonia de eſte Mayorazgo, ó de los que eligieſſe, dando fianças legas, llanas, y abonadas á ſatisfaccion, y por quenta, y rieſgo de la Juſticia de Murcia, con aprobacion de la Sala, y ſe hizieron otras reſervas à favor de Doña Beatriz de Robles, hermana de la Doña Antonia, (27) y à Don Bernardo Salafranca, (33) hijo de la Doña Antonia, y á los hermanos, hijos, y hijas del Don Chriſtoval, (29) para que ſobre los Mayorazgos, que quedaſſen deſpues de la eleccion, pidieſſen lo que les convinieſſe; y en quanto por la ſentencia ſe mandaba conferir la adminiſtracion á la Doña Antonia del Mayorazgo, ó Mayorazgos, que eligieſſe, ſe deſpachaſſe ſin embargo de ſuplicacion.

16. En la inſtancia de reviſta, y en el dia 23. de Noviembre de dicho año de 93. ſe preſentó por Don Chriſtoval Real Cedula, en que ſu Mageſtad fue ſervido de mandar, q̃ en la inſtancia de reviſta ſe vieſſe, y determinaſſe dicho pleyto en lo principal con los Señores Juezes de vna Sala entera, y aſsiſtencia del Sr. Preſidente; y ſe expreſſa en ella, que aſsi eſtava mãdado antecedentemẽte por otra Real Cedula: *Y nota el Relator en el §. 108. como la Doña Antonia avia pedído ſe multaſſe al Procurador del Don Chriſtoval, porque eſta Real Cedula la avia ocultado en la inſtancia de viſta.*

17. Aviendoſe viſto el pleyto en reviſta en primero de Abril de 94. por los cinco Señores Miniſtros, que previno la Real Cedula; deſpues en 3. de Octubre de 96. ſe pronunció ſentencia de reviſta, por la que ſe confirmò en todo la ſentencia de viſta, y ſe deſpachò Executoria à la Doña Antonia en Diziembre del miſmo año, y el D. Chriſtoval Riquelme no interpuſo la ſegunda ſuplicacion con la pena, y fiança de las mil y quinientas, ni tampoco introduxo recurſo alguno. Eſte es el hecho puntual, que reſulta del pleyto antiguo; y lo que dá motivo al preſente, es lo ſiguiente.

18. En 26. de Septiembre del año paſſado de 724. Don Franciſco Muñòz de Robles, y Riquelme, á quien defiendo, (39) hijo del Don Chriſtoval, que litigò en el antecedente juizio, ocurriò à eſta Corte, y relacionando todos los dichos Autos antiguos, y haziendo expreſsion de las nulidades, que avian contenido, omiſsiones, y falta de defenſas, (las que aora no ſe repiten, porq̃ ſe avràn de expreſſar en el Punto, que les toque en eſte Informe) pretendiò ſe declaraſſe no obſtarle la coſa juzgada, que reſultò de las referidas ſentencias de viſta, y reviſta, y deberſele oir todas las excepciones, y defenſas, que pudo, y debiò oponer el dicho Don Chriſtoval ſu Padre; porque dichas nulidadades, y omiſsiones, ni dicha coſa juzgada, podian, ni pudieron perjndicarle, por ſer el dicho Don Franciſco al tiempo de las ſentencias de quatro años, y no avian llegado à ſu noticia haſta entonces; y para que aſsi ſe mandaſſe pidió reſtitucion *adverſus omiſſas defenſiones*, y jurò, y preſentò ſu Fè de Baptiſmo, y otros inſtrumentos de la legitimacion de ſu perſona: y el decreto de la Sala fue, no aver lugar lo pedido por el Don Franciſco.

19. Y con eſte motivo, y teſtimonio, que ſe le mandò dar de dicha denegacion, acudiò el Don Franciſco à ſu Mageſtad en 24. de Abril del año de 25. y hizo mencion de lo que avia expreſſado en el pedimento dado en eſta Corte, y concluyó fueſſe ſervido ſu Mageſtad de mandar, que en el Real Conſejo, y en Sala de èl, ſe le oyeſſe en juſticia, admitieſſe, y radicaſſe la inſtancia, que no ſe le avia admitido en eſta Chancilleria, en la que no ſeria facil

el logro de su principal intento, por los particulares respetos à lo resuelto antecedentemente en ella, y que en caso de no mandarsele oir en dicho Consejo, se hiziesse en esta Chancilleria, oyendole sus defensas, que conforme à Derecho deduxesse, y propusiesse, y que fuesse con assistencia de todos los Señores Ministros, que lo componian, en atencion à ser materia de tanta gravedad. Mandòse informassen sobre lo referido los Señores de esta Chancilleria; y aunque el Relator dize se hizo el informe, y que en su vista se expidiò Real Cedula en 14. de Enero del año passado de 27. *por la que se mandò oir à Don Francisco Riquelme, y à las demàs partes interessadas en la dependencia, por los terminos, y medios prevenidos por Derecho, determinando lo que correspondiera á justicia, y que se viesse, y determinasse en difinitiva con los Señores Juezes de dos Salas, y assistencia del Señor Presidente*, como refieren los §§. 125. y 126. no hizo mas extension, ni relacion de la que Don Francisco hizo á su Magestad en su impetra.

20. Mas creyendo D. Francisco Riquelme, y sus Abogados comprehenden en sì la relacion, que hizo la Parte, y decreto de su Magestad, y las vozes de que se componen, especialidades de grande aprecio, para el concepto de la pretension presente, resuelve se pongan à la letra, y suplica à V.S. se servirá de reflexionarla, y el que aviendo precedido al Real Decreto, y expedicion de la Real Cedula, el Informe, que se mandò hazer à esta Chancilleria, apelando este sobre el todo de la narrativa, que hizo Don Francisco à su Magestad de los defectos, que ponderò avia tenido lo actuado, su indefension, y finalmente la determinacion, que le avia privado de la eleccion en Mayorazgos incompatibles, no disputàdole el derecho de primogenito; lo mesmo importó el Informe hecho por esta Chancilleria, que assegurar la autoridad de tan supremo Tribunal, ser cierta la narrativa, que hizo D. Francisco; y assimismo aviendo sido servido el Consejo de expedir su Decreto, para que se le oyesse à Don Francisco, vn virtual, y tacito concepto de ser bastantes dichas causales para oir à Don Francisco, y abrir el juizio; pues à no tenerse por bastante, no se huviera expedido el Real Decreto, obstandole à Don Francisco expressa, y literal decision de ley del Reyno, y toda la disposicion de Derecho, si no estuviesse comprehèdido en especialissimas limitaciones de él, como despues se advertirán.

21. Dixo assi la Real Cedula: *Presidente, y Oydores de la mi Audiencia, y Chancilleria, que reside en la Ciudad de Granada. Sabed, que por parte de Don Francisco Riquelme, vezino de la Ciudad de Murcia, representò, que en el año de 1670. por muerte de Doña Juana Riquelme avian vacado los Mayorazgos fundados por Don Christoval, y Doña Onofra Riquelme, y otros deudos, y parientes de este interessado por los Apellidos de Peñaranda, y Robles, con cuyo motivo se avia pedido la possession de ellos ante la Justicia Ordinaria de Murcia, por Don Christoval Riquelme, Abuelo de esta Parte, como progenitor successor en ellos, que sobre este assumpto se avia hecho contradiccion por Don Diego, y Doña Antonia Riquelme, sin embargo de la qual se avia encargado la administracion al referido Don Christoval, y que à este tiempo se avia ocurrido por la enunciada Doña Antonia á essa mi Chancilleria poniendo demanda por caso de Corte, aviendo en vno, y otro caso pedido la referida la possessiõ solamente de los Mayorazgos de Bustamante, y Robles, sin aver intentado la de Riquelme, y menos la eleccion de alguno; y que aunque esta por entonces no avia tenido efecto,*

mediãte la menor edad de otro D. Christoval Riquelme hijo del expreſſado, y Padre de eſte intereſſado, ſe remitiò el conocimiento á la Juſticia Ordinaria de Murcia, no obſtante el averſe poſteriormente introducido cierto recurſo á eſſa Chancilleria, que todo lo expueſto avia dado motivo à que ſe mandaſſe retener en ella dicho pleyto, el qual aviendoſe continuado por ſentencias de viſta, y reviſta de eſſa mi Chancilleria ſe avia determinado, dando la eleccion en los expreſſados Mayorazgos de Riquelmes, y en otros dos de los Apellidos de Buſtamante, y Robles, que avian vacado en aquel tiempo, à la expreſſada Doña Antonia Riquelme, quien con efecto avia elegido los de los Riquelmes, como mas pingues; que en eſtas circunſtancias, eſta que queria llamarſe Executoria, avia contenido vna notoria injuſticia, por deſpojarſe por ella à la linea primogenita, cuya repreſentacion tenia D. Chriſtoval, y oy eſte intereſſado el derecho de elegir, que por las indubitadas diſpoſiciones legales le competia, y que aſsi lo avia conocido la meſma Doña Antonia, pues no lo avia intentado, y ſolo avia ſido ſu pretenſion limitada à la ſucceſsion de los Mayorazgos de Buſtamante, y Robles, para el caſo de que ſe declaraſſen incompatibles con los de Riquelme, y ſus agregados, y preſupueſta la eleccion de D. Chriſtoval, la hazia de ellos como à quien le competia por primogenito; ademàs, de que aunque ſe contemplaſſe aver incompatibilidad entre los Mayorazgos de los Riquelmes, y los demàs, era lo cierto, que eſta incompatibidad no eſtava expreſſa en las Fundaciones; y ſolo la producian indirectamente los preceptos de Armas, y Apellido; pero que ſiendo las Fundaciones de Mayorazgos regulares, era ſin duda, que al primogenito que ſe hallaba al tiempo de la vacante, ſe le adquiria la ſucceſsion, y ſolo en la retencion avia la incompatibilidad, que para evitarla ſe concedia el derecho de la eleccion; pero que privarle deſta, era abſolutamente improporcionado à las mas ſolidas razones, y à las opiniones, ſin contradiccion recebidas; que reconociendo el ſuplicante, que eſte manifieſto agravio, no avia podido, ni podia perjudicar á los futuros ſucceſſores, y entre ellos à él; porque aunque era nacido al tiempo del litigio, ni por ſu edad, ni circunſtancias era capàz de hazer las defenſas convenientes, y vſar de los medios, y recurſos legales, que al preſente tenia por indiſpenſables hazerme preſentes, por tener fundado ſu irrefragable derecho en los claros llamamientos en que ſe hallaban incluſos, que avia ocurrido à eſſa mi Chancilleria proponiendo eſtos motivos, y otros, que calificaban los vicios, que avian padecido las ſentencias de viſta, y reviſta, haziendo en vn pedimento manifieſto muy por menor el error, que en ella ſe avia padecido, á fin de que ſe abrieſſe el juizio, y declaraſſe no le debian perjudicar aquellas determinaciones, à que immediatamente ſe avia dicho por eſſa Chancilleria, no ha lugar. Que ſiendo eſta vna determinacion, que abſolutamente cerraba las puertas del recurſo à eſte intereſſado para poder aſpirar à que ſe deshizieſſe tan manifieſto agravio, como el que padecia, y toda ſu linea, en quien no parecia juſto, que por vna determinacion menos conforme, y no defendido derecho de las partes intereſſadas, ſe advirtieſſe vn deſpojo perpetuo, y vn daño irreparable de aquel derecho, que los Fundadores le comunicaban, y contra cuya mente, ſiendo la primogenita en quien ſiempre avian querido los Fundadores, y la ley, el mayor luſtre, conſtituìda de inferior condicion, que la ſegunda. Que atendidas tan graves circunſtancias, y à que ſiempre que las determinaciones eran notoriamente injuſtas, como en eſte caſo, era propio de mi Real juſtificaciõ dar la providencia mas neceſſaria, para que aſsi abiertas las puertas de la juſticia, ſe oyeſſe en ella à el que ſentia el daño, que padecia el que ſuplicaba, y ſu linea; pues en mi Real ſuprema autoridad ſolo ſe atendia, à que ſe conſervaſſen intactas,

è ileſas las inviolables diſpoſiciones del derecho, que principalmente ſe dirigian à dar á cada vno lo que era ſuyo, ſin atender à particulares determinaciones, que ſeparandoſe de ſus tramites, no podian contemplarſe con aquellos efectos, que en otros caſos imponian ſilencio à la contencion. Ponderaba la juſta ignorancia, que haſta aora avia tenido de ſus derechos, por ſu corta edad, y demàs circunſtancias enunciadas, y el perpetuo gravamen q̃ ſentiria, y ſu linea, no oyendoſele aora ex integro, ò como mas huvieſſe lugar. Por lo que concluyò pidiendo fueſſe ſervido mandar, que en el mi Conſejo, y en la Sala de él, que mas fueſſe de mi Real agrado, ſe le oyeſſe en juſticia, admitieſſe, y radicaſſe la inſtancia, que no ſe le avia admitido en eſſa mi Chancilleria, en la que no ſeria facil el logro de ſu principal intento, por los particulares reſpetos á lo reſuelto antecedentemente en ella; y que quando caſo no eſperado, no me dignaſſe mandar ſe le oyeſſe al dicho D. Franciſco Riquelme ſu juſta inſtancia en el mi Conſejo, fueſſe ſervido mandar lo hizieſſe en eſſa Chancilleria oyendole ſus defenſas, que conforme à dereho deduxeſſe, y propuſieſſe, y que fueſſe con aſsiſtencia de todos los Miniſtros, que la componen, en atencion à ſer materia de tanta gravedad. Y viſto por los del mi Conſejo, con lo que ſe informò por eſſa mi Chancilleria, y conſultado con mi Real Perſona, ſe acordò dar eſta mi Cedula: Por la qual os mando, que ſiendoos preſentada, oygais al dicho D. Franciſco Riquelme, y à las demàs Partes intereſſadas en la dependencia, de que ſe haze mencion, por los terminos, y medios prevenidos por Derecho, y determineis lo que correſpondiere en juſticia ſobre ſus pretenſiones, y que ſe vea, y determine en difinitiva con los Juezes de dos Salas de eſſa Chancilleria, y aſsiſtencia del Preſidente de ella, ſin embargo de qualeſquier Leyes, Pragmaticas, y Ordenanças de eſſa mi Chancilleria, que lo prohiban, con las quales para en quanto à eſto toca, y por eſta vez diſpenſo, dexandolas en ſu fuerça, y vigor para en lo demàs adelante, que aſsi es mi voluntad, y conviene à mi Real ſervicio. Dada en el Pardo à 14. de Enero de 1727.

22 El que no eſtuvieſſe integra la relacion deſta Real Cedula en el Memorial del Relator, fue vno de los reparos, que ſe puſieron por la parte de D. Franciſco, quando ſe le mandò entregar por la Sala, y ni eſte, ni otros que ſe referiràn, ſe anotaron en el Memorial.

23. Aviendoſe obedecido eſta Real Cedula, puſo ſu formal demanda Don Franciſco en eſta Corte à Don Bernardo de Salafranca, y que ſe hizieſſe ſaber à Don Lino ſu hermano, para los efectos que huvieſſe lugar en Derecho: y aviendoſeles hecho ſaber, deſpues de varios articulos ſobre no deber reſponder, q̃ el vno dellos fue por dezir, le obſtaba al Don Franciſco la coſa juzgada, que produxeron dichas ſentencias, y que la Real Cedula no mandaba abrir el juizio, reſpecto de ſer ſolamente para que ſe le oyeſſe por los terminos, y medios prevenidos por Derecho; fin embargo de los quales ſe le mandò reſpondieſſe, aviendo conteſtado el Don Bernardo, y recebidoſe el pleyto à proeba, y hecho publicacion de probanças, eſtando el pleyto concluſo, y en poder del Relator para ſu viſta, por el Don Bernardo ſe acudió à ſu Mageſtad, y mencionando los Autos del pleyto antiguo, y que con el pretexto de la Real Cedula, que el Don Franciſco Riquelme avia obtenido, no ſolo avia pueſto ſu demanda proponiendo los defectos, y nulidades, que avia expreſſado, intentando, que por eſte motivo no avia de ſubſiſtir la Executoria, ſino que tambien pretendia tocarle los Mayorazgos de los Riquelmes, de que avia hecho eleccion: y concluyó, que ſu Mageſtad fueſſe ſervido recoger la Real Cedula, para que no ſe vſaſſe de ella.

Y

24. Y por su Mageſtad se dió Decreto, que dixo asi: *Visto por mi con lo que me consultò mi Consejo, con reflexion de sus antecedentes, he venido en declarar, como por esta mi Real Cedula declaro, no aver lugar á que se recoja, y no se vse de la expedida á instancia de Don Francisco Riquelme Muñòz de Robles, para que se le oiga en justicia, como se ha pretendido por el referido D. Bernardo: y assimesmo declaro, que en virtud de ella no ha podido, ni debe essa Chancilleria oir al referido Don Francisco instancia, ni pretension alguna, que respecte, y mire à lo principal, ni à la eleccion de los Mayorazgos, hasta que conforme las disposiciones legales se aya evaquado, y decidido, la de si obsta, ò no la excepeion de cosa juzgada, y si por los fundamentos propuestos por el referido Don Francisco, debe, ò no abrirse el juizio, y oirsele sobre lo principal, que es el sentido, y verdadera inteligencia de lo que resolvi, y contuvo la mencionada Real Cedula: En cuya conformidad os mando, que siendoos presentada esta, veais la expressada mi resolucio, y declaraciones referidas, y las practiqueis, y observeis, dando para su execucion las ordenes, y providencias, que se requieren, que assi es mi voluntad.*

auto.

Ver. in l. 1. tit. 18. lib. 2. n. 30.

25. Mediante este vltimo Real Despacho, bolviò Don Francisco à poner nueva demanda, en la que expressameute concluyò se declarasse, no obstarle la cosa juzgada, que resultaba de dichas sentencias, para despues pedir lo que le conviniesse. Esta demanda la contestò el Don Bernardo, pretendiendo se le absolviesse, y diesse por libre de ella, y se ha substanciado, y està legitimamente concluso el juizio.

26. Supuesto todo lo que vá referido, que es el puntual, y verdadero hecho de los Autos, para manifestar lo justificado de la pretèsion del Don Francisco, se dividirà este Informe en quatro Puntos.

27. El primero serà fundar, que los Autos, y demanda, que se siguió en esta Corte contra D. Christoval Riquelme, (29) Padre de Don Francisco, por Doña Antonia Muñóz de Robles su Tia (25) contuvieron diferentes nulidades substanciales, que se expressaràn.

28. El segundo será fundar, que el dicho Don Christoval en dicho juizio estuvo indefenso, y no practicò todas las diligencias, y defensas, que como buen Posseedor de Mayorazgos debió.

29. El tercero serà fundar, que la determinacion de las sentencias de vista, y revista pronnciadas en dicho pleyto en los años de 693. y 696. contuvieron agravio, y fueron menos regulares à las disposiciones de Derecho, en aver concedido la eleccion á Doña Antonia Riquelme, privando de ella á la linea del primogenito.

30. En en el quarto, y vltimo por conclusion de lo antecedente se fundarà, que por los motivos comprehendidos en los Puntos antecedentes, y qualquiera de ellos, se debe declarar no obsta á D. Francisco Riquelme la cosa juzgada, que resultaria de dichas sentencias.

PUNTO I.

EN QUE SE FUNDA, QUE LOS AUTOS que siguiò en esta Corte Doña Antonia Rìquelme, contra Don Christoval Riquelme su sobrino, contuvieron nulidad, y defectos insanables.

31. ES la primera nulidad, que pondera D. Francisco, el q̃ siendo cierto, que siempre q̃ se demãda à alguno, es precisso citarle, y emplazarle, *talitèr*, que sin la citacion será nulo todo lo que se actuare, vt asserunt Bobadilla *lib.2. Polyt. cap.5. num.36. & lib.3. cap.14. num. 22.* Gomez *in leg.76. Tauri num. 8. versic. Pro cuius.* Garcia *de Nobilit. Gloss. 11. §.1.* Cevall. *commun. contra commun. quæst. 175.* Dom. Salgado *de Regia 3.part. cap. 9. à num.27. & 206.* Dom. Valenç. *cons. 6.* Dom. Larrea, *allegat. 107.* Dom. Covarr. *Pract. cap.23. num.6.* Riccius *5.part. Collect. 1753.* Aviendose retenido los Autos en esta Corte por el año passado de 690. debiendose despachar emplazamiento con la ordinaria de Menores, por serlo entonces el Don Christoval su Padre, para que hecho saber el emplazamiento à su Curador, este substituyesse la Curadurìa en Procurador de esta Corte, como es estilo inconcuso del Tribunal: no se observò esta formalidad, y solo se despachó el emplazamiento ordinario con tan notorio defecto; por lo qual siendo cierto, que la citacion *extra formam facta*, es nula, *& non afficit citatum*, siendo lo mesmo *quem non esse citatum* (para el concepto de nulidad) que *minus legitimè esse citatum*; vt cum Text. *in leg.1. §. Item cum ex edicto, ff. quæ sententiæ sine appellatione rescinduntur, lege de vnoquoque, ff. de re iudicata*, la Clement. *Pastoralis, §. Cæterum, de re iudic.* Probant Dom. Gregor. Lopez *in leg. 12. tit. de los Emplazamientos, partit.3. Gloss.1.* Giurb. *cons.18. n.10.* Azev. *cõs.23. n.10.* y en el 18. afirma, q̃ este defecto *non potuit postmodũ confirmari*; lo mesmo afirma en la *ley 3. tit. de los Emplazamientos, lib.4. Recopilat.* se insiere no se le debe tener por emplazado; porque el emplazamiento, que se hizo à Don Christoval, no fue legitimo, y el que por Derecho se requiriò para emplazarle: Y dicta, Señor, esto vna razon natural, que lo es, el que no huviera diferiencia en el mayor, y menor para el emplazamiento, que no se puede conceder, y mas que no obraria efecto el emplazamiento con ordinaria de Menores, que provida la disposicion de Derecho advirtiò para estos, y practica el Tribunal: *Quod absurdum esset in iure.*

32. El mesmo Azevedo en la 15. *eodem libro, & titulo*, aviendo afirmado, que *citatio nulla non reddit quem contumacem*, que es lo que tambien dize Don Francisco, de que por aver sido nulo el emplazamiento, q̃ se le hizo como mayor, *ex decisione legis 2. tit. de los Emplazados 7.part. 3.* ibi: *Otrosi dezimos, que no deben ser emplazados los que non son de edad, ò que son fuera de su sentido, &c.* Ni se pudo afirmar Doña Antonia, ni acusarle rebeldia para recibir el pleyto à prueba, como de hecho se recibiò: dize despues en el num.5. ibi: *Citatio facta contra consuetudinem, & stilum, Curiæ, non constituit in contummatiam secundum Boerium decis.235. in fine, & Didacum Perez lib.3. Ordinam.*

nam. colun. 821. *quæst.* 11. *& Rebuſum* 3. *tom. titulo de contummatia, artic.* 7. *Gloſſ. vnica, num.* 4. *nam ſtilus Curiæ, & Cancellariç ius facit, & ideò ſtilo Curiæ prætermiſſo nihil valere debet citatio, & quod ius faciat ſimilis Curiæ ſtilus aſſerit etiam Burgos de Paz in Proemio legum Tauri num.* 227. *vſque ad* 234. y que *citatio nulla pro citatione non habeatur*, probat Carlev. *de Iudic. tit.* 1. *diſput.* 2. *num.* 879.

33. No ſe puede dudar ſer el eſtilo del Tribunal, que quando ſe emplaza á Menor, es con la ordinaria de Menores, á diſtincion del emplazamiento ordinario con Mayor; y que ſea eſto con razon formal del Derecho, ſe convençe de aſsiſtir al Menor otros privilegios, que à el que no lo es, y ſi no fuera eſta la razon, no huviera la diferencia en la vna; y otra eſpecie de emplazamiento, y ay otro potiſsimo fundamento, que lo es, el que comprehendiendo el emplazamiento la ordinaria de Menores, por no poder eſtos parecer en juizio por ſus perſonas, ſe haze ſaber al Curador que tienen, para que ſubſtituyendo eſte la Curadurìa en Procurador de la Corte, eſte le defienda como Curador, mediante la ſubſtitucion, que ha hecho el nombrado por la Juſticia, lo que no ſe practica en el que es Mayor.

34. Pues nunc ſic: Podrà negarſe, Señor, de contrario, que la contraria ſupuſo à el Tribunal, que D. Chriſtoval no era ya Menor? No ſeñor, porque aſsi lo refiriò quando pretendiò Doña Antonia la retencion: Conſta del Memor. §. 35. Podrà negar, que quando ſe le emplazó en fuerça de la retencion, que fue en 16. de Março del año de 90. era menor de 25. años Don Chriſtoval? No ſeñor, que conſta de ſu Fé de Baptiſmo tenia entonces poco mas de 24. años, *vt diximus ſuprà*. Pues ſi aſsi es, que el Derecho, y eſtilo de el Tribunal tiene advertida diſtinta formalidad para emplazar á el Menor, de quando ſe emplaza á el Mayor; ſi con Don Chriſtoval no ſe practicò eſte eſtilo, ſe faltò à la formalidad, cuya inverſion anulò el acto, *diximus ſuprá num.* 32. *cum multis*, ibi: *Nam ſtilus Curiæ, & Cancellariæ ius facit, & ideò ſtilo Curiæ prætermiſſo nihil valere debet citatio.* Et idem eſt non citari, ac minus legitimè citari. Probant Vantius *de Nullitate citationis num.* 11. Menoch. *conſil.* 366. *num.* 21 *& conſil.* 746. *n.* 27. Merlin. *deciſ.* 56. Caval. *conſil.* 69. *à num.* 1. *volum.* 1. Con que es evidente, que no ſe debe entender emplazado á Don Chriſtoval.

35. Quiereſe reſponder à eſto, que D. Chriſtoval ſaliò deſpues, y conteſtò el juizio, y que quando ſe determinò el articulo, que puſo de nulidad por dicho defecto, ya tenia mas de 25. años. Cierto, Señor, que ſatisface el reparo! Pregunto: Todo lo actuado deſde la demanda, que ſe puſo como á Mayor, en que ſe ſubſtanciò en rebeldìa, y y ya eſtava hecha publicacion de probanças, no ſe hizo baxo de el defecto de el legitimo emplazamiento, patet? Pregunto mas: Quando ſalió Don Chriſtoval formando el articulo por eſte defecto, no eſtava ya hecha publicacion de probanças en rebeldía? No ay duda: Pues còmo ha de convalidarſe todo lo referido con tan notorio defecto, con el hecho de averſe moſtrado Parte, ſi quando lo hizo fue para impugnar lo obrado, que tanto diſta lo aprobaſſe, quanto lo entrò reclamando? Demàs, que *nullum ab initio ex tempore non convaleſcit*, ex Text. *in leg. Quod initio de Reg. Iur.* ibi: *Quod initio vitioſum eſt non poteſt tractu temporis convaleſcere. Ley* 178. *ff. eodem*, ibi: *Cum principalis cauſa non conſiſtat, plerumque nec ea quidem quæ ſequuntur locum habent. Ley* 201. *ff. eodem*, ibi: *Omnia quæ ex teſtamento*

pro-

proficiſcuntur ita ſtatum eventus capiunt, niſi initium quoque ſine vitio cæperint. Cap. Quod ſicut de electione. Cap. Non firmatur 18. *de regul. iuris* 6. *Gloſſ.* 8. *per totam leg.* 2. *tit.* 3. *part.* 6. Probant Cardin. Tuſchus *tom.* 5. *litera N. concluſ.* 142. *cum ſequentib.* Oldradus *conſ.* 306. *in princip.* Petrus Barboſa *in leg.* 1. *ff. ſoluto matrim. part.* 4. *num.* 96. Barboſa Epiſcop. *Axiomata Iuris, axiom.* 164. *n.* 9. Zabarela *conſ.* 104. *num.* 3. donde afirma, *quod collatio facta non exiſtenti in ætate, non validatur, licèt ex tempore efficiatur habilis ætate*, que ſe parifica muy bien con nueſtro caſo; pues en la forma, que à el que ſe le hizo la colacion no teniendo la edad prevenida por Derecho, no ſe le convalida, porque luego la tuvieſſe, ſic ſimiliter à el Menor que ſe le emplazò como Mayor, aunque deſpues lo fueſſe, no ſe le convalidó el defecto del principio.

36. Fuera de eſta diſputa nos deberàn poner las deciſsiones de nueſtras Leyes Reales ſiguientes. *L.* 11. *tit.* 2. *part.* 3. ibi: *Menor ſeyendo alguno de edad de veinte y cinco años, non pueden facer contra èl demanda ninguna en juizio, à menos que ſea delante aquel que lo ha de guardar à èl, è à ſus bienes.* El ſeñor Gregorio Lopez *in iſta lege Gloſſ.* 1. *cum Text. in leg.* 1. *&* 2. *C. qui legitimam perſonam.*

37. La *ley* 3. *tit.* 5. que es de los Perſoneros, *eadem partit.* 3. ibi: *Menor de veinte, y cinco años puede dar Perſonero por sì en juizio, con otorgamiento de ſu Guardador; é ſi por aventura él miſmo lo dieſſe por ſi, non gelo otorgando ſu Guardador, ſi tal Perſonero hizieſſe alguna coſa en juizio, qne ſea à prò del huerfano, vale; mas ſi dieſſen juizio contra èl, ò ficieſſen alguna coſa, que fueſſe à ſu daño por razon de aquella perſoneria, non valdria.*

38. La *ley* 12. *tit.* 22. *partit.* 3. cuyo epigrafe es, quales juizios no ſon valederos *in medio legis*, donde aviendo expreſſado diverſos caſos, en que el juizio, y ſentencias ſon nulas, dize aſsi, ibi: *Eſſo meſmo dezimos, que ſi el tal juizio fueſſe dado contra menor de veinte, y cinco años, ò contra loco, ò deſmemoriado, no eſtando ſu Guardador delante, que lo defendieſſe, cà tal juizio non le debe valer.* De eſtas deciſsiones bien claro reſulta, que el Menor ſe entiende el que no tiene cumplidos los 25. años, y que es nulo lo que ſe obra contra èl, y ſe actúa, no ſiendo con aſsiſtencia de ſu Curador; con que ſi lo que Don Chriſtoval repreſentò, es lo meſmo que las diſpoſiciones legales previenen, fue legitimo ſu articulo, y no aviendoſe corregido deſpachando el emplazamiento como ſe debió, y como de Menor, ſe quedó pendiente la nulidad, que los Autos contenian.

39. Dizeſe, que el Menor, q̃ por ſu menor edad puede invalidar el acto, que ſe hizo en ſu menor edad *abſque ſolemnitate*, es viſto le confirma *ſi maior factus non reclamaverit*, (no ſe podrà dezir de Don Chriſtoval no reclamò) probando eſta concluſion con las *Leyes* 1. 2. *y* 3. *C. ſi maior factus*, y cierto, que ſi atendemos con reflexion dichas *Leyes* 1. *y* 2. las que proponen eſpecies de enagenaciones de bienes de Menor ſin licencia de la Juſticia, no ſolo no parece quedaron aprobadas por el hecho de llegado à ſer mayor, ſi que ſegun las palabras de dichas leyes, les quedò ileſſo el derecho para reclamar *dicta* 1. *lex*, ibi: *Si minore prætio diſtractum eſt prædium, & inconſulto errore lapſum Patrem tuum, perperam benditioni conſenſum dediſſe conſtiterit, non abs re erit, ſuperfluum prætij incompenſationem deduci.* De donde ſe manifieſta, que el conſentimiento erroneo, no le embarazó á el hijo de aquel Padre, que quando

do fue Menor, sin licencia de la Justicia su Curador le avia vendido el Predio, para que pretendiesse se le suplisse lo que faltaba de su verdadero valor, y precissamente estaria ya passado el quadrienio, pues la enagenacion fue del tiempo de el Padre, cuyo hijo reclamó.

40. La ley 2. es casi la mesma especie; porque es enagenacion de bienes de Menor hecha por el Tutor, sin licencia de la Justicia, y decide el Jurisconsulto, que *si non est speciali confirmatione, vel statuti temporis excursu, id quod perperam est actum fuisset stabilitum Præses Provinciæ ius minoris detrahet.*

41. La ley 3. que es la mas clara prueba de la objeccion contraria (porque expressamente està prevenido en ella, que *si per quinque continuos annos post impletam minorem ætatem*, no se huviere reclamado la enagenacion, no se podria executar despues) sin embargo de su decision, es de notar, no se puede adaptar al caso de nuestra nulidad; porque las especies de dichos Textos hablaron solo en enagenacion de bienes por defecto de solemnidad, que es muy distinto de otro qualquier caso, en que la disposicion de Derecho previno peculiar resolucion, como la ay para la forma de libelar, y substanciar los juizios; porque esta es de essencia, y substancia de ellos, y la licencia de la Justicia, es solo solemnidad, que aunque puede invalidar el contrato celebrado por el Menor sin la licencia, attamen son muchos los casos, en que no harà falta dicha licencia, y subsistirà el contrato, como son todos en los que resulta su vtilidad, optimé Gloss. *in leg. Cum hi. §. Eam transactionem, ff. de transact.* ibi: *Quod si Ecclesia, vel minor alienent in causam sibi non concessam tenet alienatio si illud vtiliter gestum est.* La *ley 2. C. de aceptilationibus cum suâ Gloss. Vbi admittitur obligatio impuberis sine tutore, quando ex ea sequitur vtilis liberatio. Text. etiam vbi est alia Glossa notanda in §. Instituta de authoritate Tutorum*, ibi: *Namque placuit meliorem conditionem licere eis facere sine authoritate tutoris.*

42. Elegans Text. *in leg. Non eo minus, C. de Procuratorib.* cui consonant *Text. in leg. 3. tit. 5. partit. 3. Leg. 11. tit. 2. eadem partit. Leg. 12. in fin. tit. 22. partit. 3. Vbi probatur quod licèt sententia lata cõtra minorem in iudicio, comparentem sine Curatore sit nulla si tamen feratur in sua favorem benè substinetur*, & assignatur ratio in dicto Textu, ibi: *Quoniam minoribus ætas in damnis subvenire, non in rebus prosperè gestis ob esse consuevit.* No se podrá dezir tuvo beneficio alguno Don Christoval Riquelme Menor, en providencia alguna de dichos Autos; con que ni aun esta limitacion tuvo el defecto de aquella solemnidad, para que por dicha razon se le pudiesse suplir.

43. Es otra de las nulidades propuestas, el que aviendose retenido los Autos en esta Corte, y afirmadose Doña Antonia por vn otrosi de dicha afirmativa, con el motivo de aver vacado el Mayorazgo de Bustamante, ponderando era incompatible con los Mayorazgos de Muñoz, y demàs, pretendiò se le declarasse tocarle, y pertenecerle; y siendo esta formal demanda sobre este Mayorazgo, sin averse avido por caso de Corte, ni podidose comprehender en la retencion (porque sobre èl no avia sido el juizio en Murcia, y solo sobre los Mayorazgos de Riquelmes) aviendose dado traslado, ni aun este traslado se hizo saber personalmẽte à D. Christoval, y solo se substãciò en rebeldía hasta hazer publicaciõ de probãças, como diximos *suprà n.* y consta del Rollo antiguo à *fol. 39. vsque ad 49.*

en que se hizo la publicacion. Y por vltimo huvo sentencia sobre dicho Mayorazgo de Bustamante, como de ella consta fol. 35. de dicho Rollo, sin aver formal emplazamiento, *ni con Curador, ni sin él*, es prueba de esta verdad el contexto de los Autos en los folios citados, à que no se puede dezir palabra, ni prerexto en contra, y si no ha dudado nadie, es nulo el juizio, sentencias, y Executorias, expedidas sin citacion de la persona contra quien se ha seguido, substanciado, y determinado; vt affirmat *lex 12. tit. 22. partit. 3.* ibi: *O si fuesse dado juizio contra otro, non seyendo emplazado primeramente, que lo viniesse à oir, &c.* Et ibi Dom. Gregorio Lopez *Text. in Clementina Pastoral. §. Cæterum, de re iudicata*, probant cum multis Dom. Valenç· Velazq. *consil. 6.* Dom. Larrea *allegat. 107.* Dom. Covarr. *Practic. cap. 23. num. 6.* Vegas *de causa possessionis, cap. 1. á num. 16.* Cevallos *commun. contra commun. quæst. 175.* Gomez *in leg. 76. Tauri. num. 8.* vers. *Pro cuius.* Tiraquell. *in titulo, C. res inter alios acta*, se infiere por consequencia precissa fue nula dicha determinacion, y declaracion sobre dichos Mayorazgos; porque siendo la citacion *de iure naturali, nec Princeps potest eam tollere DD. vbi sup.* & dictus Cevallos, *dict. quæst. 175. n. 6.*

44. Salió à el pleyto Don Christoval, como diximos despues de hecha la publicacion de probanças, *y entrò formando el articulo sobre que se avian de poner los Autos en el estado, que tenian à el tiempo de la afirmativa, dando por nulos los Autos, que despues se avian hecho, consta de el Rollo antiguo fol. 53.* y formó sobre ello articulo, y para su justificacion presentò la Fè de Baptismo, por la que constó assi dicha su menor edad entonces, y mucho mas à el tiempo que se le emplazò, y como mayor. Y por Auto de 23. de Abril de 91. *se reservò para difinitiva.*

45. Dize Don Francisco en esta resolucion, se añadiò otra nulidad à el juizio, porque la excepcion de nulidad, es de tal naturaleza, y qualidad, que requiere previo examen, y determinacion, sin poderse reservar para adelante, vt decrevit Rota testè Puteo, *decis. 150. lib. 1. & decis. 72. num. 2. lib. 3.* Caputaquens. *decis. 60. num. 1.* Gonçal. *ad Regul. 8. Chancellariæ in annotat. contra nullitat. Gloss. 9. num. 171.* Dom. Salgad. *de Reg. Protect. 2 part. cap. 18. num. 40.* ibi: *Quod, & nostræ conclusioni pertinet, quod cum exceptio nullitatis ab aliquo opposita eius sit naturæ, & qualitatis, vt requirat statim examinationem, & determinationem adeo vt non possit in discursum processus reservari, imò foret nullitati, nullitatem addere si stante hac oppositione nullitatis non pronunciaretur, ante omnia super illis, &c.*

46. Y dà la razon dicho señor en el *num. 41.* que es el que el juizio sobre nulidad es perjudicial, y mas perjudicial, que el possessorio, y que assi *ab eius articuli nullitatis reservatione appellationis interpositæ delatio, si negetur vis fiet, &c.* Opuso, y hizo notorio à el Tribunal Don Christoval Riquelme, la excepcion de nulidad, que resultaba de no averle emplazado como Menor, y que assi contenia lo actuado hasta alli aquel defecto de nulidad, que hemos fundado *suprá num.* era substancial, no se declarò serlo, ni no serlo, y si se reservò para difinitiva, y en esto no aviendo previa, y possitiva determinacion, *ex authoritatibus proximè relatis*, consiste otra nulidad; con que se quedó el juizio con ella, y la que le antecedia.

47. Fue otra nulidad, el que siendo la prueba de *substantia iudicij in quatumq̃ lite*, y cõ mayor razõ en el que lo es de entidad, y gravedad,

co-

como no se puede negar lo era el que se litigaba, solo con la prueba en rebeldía en la instancia de vista, en el pleyto con dicho Don Christoval (que esta solo fue por lo tocante à los Mayorazgos de Riquelme,) porque en el de Bustamante no se avia emplazado todavia á el Don Christoval; y aviendo tenido juizio tantos Terceros excluyentes, que se ofrecieron á probar, siempre se reservò la prueba para difinitiva, y se determinó el pleyto en vna, y otra instancia con dichos Terceros, sin averse recebido á prueba con dichos Terceros sobre Mayorazgo alguno, y con el Don Christoval sobre el de Bustamante; cuyo defecto causò evidente nulidad en el processo, por ser la prueba de *substantia iuditij*, y q̃ aun de oficio se debió recebir à ella: es expressa la decision de nuestra Ley Real, la 1. del *tit.* 6. *lib.* 4. *Recop.* ibi: *Mandamos, que concluso el pleyto, los del nuestro Consejo, y Oydores de las nuestras Audiencias dèn sentencia, en que reciban las Partes à prueba sobre todo lo por ellos dicho, y alegado.* La ley 2. del *tit.* 15. de la *partida* 3. ibi: *Deben los juzgadores dar plazo à las Partes para probar, quando las razones, que dixeren por si, les fueren negadas, estando ellas à mas delante, è seyendo el juzgador en aquel logar, do èl vsaba de oir, é librar los pleytos. E non tan solamente los deben dar al demandador, è á el acusador, mas aun à el demandado, è à el acusado, si menester les fuere, si quieren probar alguna razon, que cumpla à su pleyto, &c.*

48. La *ley* 2. *y* 3. *tit.* 16. *partid.* 3. & ibi Dom. Gregor. Lopez, *leg.* 1. *tit.* 4. *lib.* 3. *Ordinam.* versic. *E fechas estas responsiones.* Et probant dictam conclusionem Paz *in Praxi* 1. *part. tom.* 1. *tempore* 8. *à num.* 1. Avendaño *de Exequendis mandatis in tractatu responsorum, responso* 1. ibi: *Item de eadem substantia iudiciorum est, quod partes admittantur ad probandum allegata, & quod testes recipiantur.* Y cita las leyes de Partida arriba dichas, y la Glossa en la ley *Prolatam, C. de sententijs, & interlocutionibus*, y en el versic. *Quæ*, del mesmo num. 7. dize assi: *Quæ suprà dicta sunt, & tanquam de substantia iudiciorum enumerata, si omitantur, causatur nullitas in processu, vt ex legib. suprà citatis colligitur, &c.*

49. Son principios, que nos enseñan para esto, el que en los juizios *sunt quædam quæ sunt de substantia quædam de ordine iudiciorum, de substantia est oblatio libeli est etiam litis contestatio, est etiam quod detur terminus ad respondendum, est etiam admissio ad probandum, & quod sententia detur in scriptis.* Como con muchos Textos lo prueban el mesmo Avendaño *in loco proximè citato á num.* 1. y á esto se llega tambien la citacion, ò emplazamiento, la que además es de derecho natural, como arriba diximos.

50. *Alia sunt de ordine iudiciorum*, como *est publicatio attestationum conclusio in causa*, y algunos quisieron, que la citacion para sentencia, aunque esto se debe entender en el Tribunal Superior, porque en el Ordinario *citatio ad sententiã est de substantia, & de essentia iudicij, talitèrque nullitas proveniens ex defectu talis citationis ad sententiam, dicitur insanabilis*; vt asserunt Cesar de Crasis, *decis.* 11. *num.* 9. *de sententia, & re iudicata.* Gometius *in Compendio signaturæ à num.* 68. Vantius *de Nullitate ex defectu iurisdictionis n.* 6. *& in cap. finali, num.* 125. Ferreto *cons.* 209. *num.* 9. *lib.* 1. Gonçal. *ad Regul.* 8. *Cancell. in anotationib. contra nullitatem, & attentata num.* 151.

51. Los efectos de lo vno, y otro son, el que el defecto de los primeros particulares, esto es, los que son de substancia, anulan el juizio, à distincion de los que son de *ordine iudiciorum*, porque estos su

no

no obſervancia de formalidad, no cauſa nulidad, aunque hazen el proceſſo menos regular, y mal ſubſtanciado: cæterum tenet ſententia, vt ex multis paragraphis notat idem Avendaño *in dicto reſponſo* 1. *dicto num.*7. verſic. *Quædam verò*. No falta en el pleyto antiguo menos, que el emplazamiento, y citacion como à Menor, en lo tocante à los Mayorazgos de Riquelme, y en el Mayorazgo de Buſtamante, que ſe demandó en eſta Corte, la citacion, y emplazamiento, ni como Mayor, ni como Menor; y aſsimiſmo falta la prueba, que de todos eſtos particulares queda fundado, ſon *de ſubſtantia iudicij*, y cuyo defecto anula el proceſſo, *ex ſuprà dictis*.

52. Y aunque ſe ha querido dezir, que el motivo de reſervarſe la prueba, era, porque ſiendo pleyto de Clauſulas, era ocioſa dicha prueba; ſe reſponde *triplici ratione*: La primera, con que ſiendo la prueba de *ſubſtantia iudicij*, y de formalidad de él, como queda anotado *ſuprà à num.* 47. no es del caſo, que el pleyto conſiſta en Clauſula, para que ſe eſcuſe de tener preciſſamente la ſentencia de prueba; porque eſta viene conſiguiente à la conteſtacion, como lo advierte la miſma Ley del Reyno citada, y porque el juizio conſiſte en *demanda, conteſtacion, prueba, y ſentencia*, ſin todo lo qual no eſtá integro el juizio: Y la ſegunda, porque como ſe puede dezir baſtaban las Clauſulas de las Fundaciones, para determinar el pleyto, quando para reſolver con juſtificacion dentro de los terminos de caſo de incompatibilidad, como para eſto dé reglas, y ſe atienda el tiempo en que ſe cauſa, era preciſſo prueba de teſtigos, ò de inſtrumentos para ajuſtar el referido tiempo; y aunque eſte genero de prueba pudiera darſe con la certificacion de las muertes de los Poſſeedores, nunca ſe pudo preciſſar á el demandado à que renunciaſſe el beneficio de el tiempo de la prueba, para que cediera en mayor brevedad, y beneficio de el demandante: Y lo tercero, y mas principal, porque aſsi las demandas de Doña Antonia Muñoz de Robles, como las ſentencias de viſta, y reviſta, que ſobre ellas cayeron, pidieron, y reſolvieron ſobre frutos de los Mayorazgos que ſe litigaban, condenando à Don Chriſtoval à la reſtitucion de ellos, deſde las vacantes; con que ſiempre fue preciſſa la prueba, no ſolo para el tiempo de dichas vacantes, ſino es tambien para juſtificar lo que avian importado dichos frutos en los muchos años, que comprehendieron las ſentencias, aviendo ſido en vnos mas, y en otros menos, y que no pudo aver regla en las Clauſulas para computarlos, ni ſaber los que eran.

53. Otros defectos ſe opuſieron en la narrativa, que ſe hizo en eſta Corte, quando pretendiò Don Franciſco ſe le oyeſſe, que vno de ellos fue, que quando ſe afirmò Doña Autonia en eſta Corte, en continuacion del Auto de retencion, que fue en peticion de 18. de Agoſto del año de 690. no preſentò el emplazamiento con la diligencia de la notificacion à Don Chriſtoval Riquelme ſu ſobrino, lo que era preciſiſsimo; pues ſiendo cierto, que en el emplazamiento ſe deſpacha por retencion, ſe prefine tiempo, para que comparezca el demandado, y que haſta que paſſa dicho termino deſpues del dia en que ſe le haze ſaber el emplazamientu, no ſe puede afirmar el demandante, ni acuſarle rebeldìa; ſe ſaca por preciſſo conſiguiente, que para poderſe afirmar Doña Antonia, avia de hazer vèr, con preſentacion de dicho emplazamiento, que D. Chriſ-

toval

toval su sobrino estava emplazado, y passado tambien el termino, que se le avia assignado para comparecer en esta Corte; lo que no hizo, ni consta de tal presentacion de emplazamiento en todo el Rollo Antiguo, que se siguiò en esta Corte.

54. Y aunque el Relator en el §. 141. del Memorial, dize, que Don Bernardo ha respondido, no se necesitaba constasse el emplazamiento en el pleyto; porque Don Christoval en Peticion de 31. de Octubre de dicho año de 90. confessò se le avia emplazado; y refiere tambien dicho Relator en el §. 142. que en la Pieza 5. al fol. 477. à continuacion de los Autos, que avia seguido en Murcia la Doña Antonia, se hallaba copia de dicho emplazamiento, con la citacion al D. Christoval: Se replica, y bien, con que la copia de dicho emplazamiento puesta en los Autos, que se seguian en Murcia, no es el emplazamiento original, que se debiò presentar para poder dar la afirmativa, segun es estilo practico de este Tribunal, y aun en los pleytos, que se traen por via de apelacion, para poderse dezir por la parte de su justicia, sobre confirmacion, ò revocacion de las sentencias de los Ordinarios, para que se vea, que està passado el termino de el emplazamiento, se presenta indispensablemente el referido emplamiento, y no avrà Oficial de el Patio, que no testifique deste estilo; cuya pretermission dà tambien nulidad, como fundamos *suprà num.* 32. *ex Boerio, Didaco Perez, Rebufo, Burgos de Paz, Azevedo, & Carlevalio.*

10 55. Otro de los defectos, que opuso Don Francisco, fue dezir, que aviendo salido à el pleyto como Terceros excluyentes Don Christoval, Don Antonio, y Doña Francisca Riquelme, (36) (37) y (38) hijos del dicho Don Christoval, (29) y los hermanos de el Don Christoval, Don Juan, y Doña Francisca, (31) y (32) y ofrecidose à probar, contra dicha la prueba por Doña Antonia, se reservò la prueba para difinitiva, sin que en las instancias de vista, y revista se huviesse recebido à dicha prueba: este defecto, y nulidad queda probado desde el num. 47. hasta el num. 49. y inclusivè, con que no se repite sobre èl.

56. Otro de los defectos, que opuso dicho Don Francisco, fue dezir, que aviendo suplicado de la sentencia de vista Doña Francisca Riquelme, hermana del Don Christoval, (32) y ofrecidose à probar, aviendo contradicho la prueba la Doña Antonia de Robles, se mandò poner el pleyto en el Relator, y sin aver avido formal denegacion de la dicha prueba, ni reserva de ella para difinitiva, se passó à la vista del pleyto, (*el no advertir el Relator en la expression de los defectos, en el defecto* 8. *en los numeros* 178. *hasta el* 180. *como Doña Francisca Riquelme avia suplicado de la sentencia de vista, y se avia ofrecido à probar*, que en esto no dixo vna palabra, siendo assi, que esto era la prueba del defecto, *fue otro de los reparos, que hizieron los Abogados del Don Christoval contenia su Memorial, y advirtieron se anotasse, mas no lo executò*) y ser realidad lo que en esto se propone por Don Francisco, de aver suplicado la Doña Francisca, y ofrecidose á probar, y sin denegarse, ni reservarse dicha prueba, averse puesto el pleyto en la Sala: consta del Rollo antiguo desde el fol. 163. hasta fol. 180. en que està el decreto en que se mandò poner el pleyto en poder del Relator: y que esta sea realmẽte defecto, y influya nulidad, parece regular; porque aunque no sea de las razones, y motivos, que

influyen á la ſubſtancia del juizio, *attamen ordo naturalis illius, non tollitur, nec poteſt tolli*; vt eleganter notat Baldus *in Rubrica de Officio Iudicis num.* 15. y conduce à eſte fin la doctrina del ſeñor Salgado *de Regia 4. part. cap. 3. per totum*, donde en muchas concluſiones de èl funda, que la prepoſteracion, y irregularidad en la forma del juizio, dà juſta cauſa para apelar, y que la no delacion de eſta apelacion ſe declara, que haze fuerça: Siendo la razon, el que la prepoſteracion, ó no obſervancia del orden judicial, contiene injuſticia. Eſtos ſon Señor, en punto de nulidad los defectos, que ha ponderado aqui, y à ſu Mageſtad, y en el Real Conſejo Don Franciſco, y relacionados, ſe paſſa á el ſegundo Punto.

PUNTO II.

EN QVE SE FUNDA, QVE EN AQVEL juizio omitiò Don Chriſtoval muchas defenſas, que debiò hazer como buen Poſſeedor de Mayorazgo.

57. DIze Don Franciſco, debiò oponer el reparo de no aver conſtado el emplazamiento original, que debió aver preſentado Doña Antonia Muñòz de Robles, para poderſe afirmar, deſpues de la retencion en eſta Corte, y que omitió vna excepcion como eſta, la que ſe pudo oponer como dilatoria para impedir el ingreſſo del juizio, por mirar eſta excepcion à la legitimacion de la perſona del Actor, y Reo, *vt probat ſpeculator lib. 2. tit. de exceptionib.* Felin. *in cap. Exemptionem 12. à num. 7. de exceptionib.* Cardin. Thuſcus *litera E. concluſ.* 389. Paz *in Praxi 1. tom. 1. part. 5. tempore à num.* 9. Eſcacia *de Indic. lib. 4. cap.* 101. *à num.* 6. Villadiego *in Polytic. cap. 1. num.* 8. Carleval *de Iudiciis tit. 2. diſput.* 5. Porque aunque es aſsi, que la excepcion dilatoria, que no fuere anomala, ò mixta *ſolum oponitur ad differendum iudicium, & non directo impugnant actionem agentis; ſed tantum procurat actorem morari, & detinere in aliud tempus*; vt ait dictus Carleval, *dicto tit. 2. diſp. 5. num. 1.* es beneficio, que ſe concede al Reo, aun quando no tenga la circunſtancia de anomala.

58. Dize mas Don Franciſco, que aviendo Don Chriſtoval formado el articulo de deberſe poner los Autos en el eſtado, que tenian à el tiempo del emplazamiento, declarandolos por nulos, por no averſele emplazado como Menor, *vt ſuprà diximus*, que aviendoſe reſervado eſte articulo para difinitiva, que importó virtual excluſion de la dilatoria, debiò oponerla deſpues de conteſtado el juizio, como peremptoria, reſpecto de que la nulidad, que reſultaba, por no averle emplado à ſu Curador hazia la excepcion mixta, eſto es, participante, aſsi de la naturaleza de dilatoria, como de la de peremptoria, vt probant Bartolus *in lege vltima, ff. pro ſuo, & in leg. Cum quarebatur* 13. *num.* 3. *ff. iudicatum ſolvi.* Baldus *in leg. Poſtquam liti* 4. *à num.* 7. *C. de pactis.* Paulus *in leg. Ait Prætor 7. num.* 8. *ff. de iure iurando.* Marianus Socinus *in cap. Olim inter à num.* 16. *de litis conteſ-*

teſtatione. Villadiego *in Polytica, cap.* 1. *num.* 10. Carleval *de Iudicijs, tit.* 2. *diſputat.* 5. *num.* 4. y aſsi, que aviendo omitido aver hecho eſta repreſentacion, no hizo la legitima defenſa que debiò.

13 59. Tambien dize D. Franciſco ſe manifieſta la indefenſion, y negligencia de ſu Padre, de que aviendo obtenido Real Cedula de Informe, en la ſolicitud de que el pleyto ſe vieſſe con los Señores Miniſtros de dos Salas, y aſsiſtencia del Señor Preſidente, aunque ſe le concedieron varios terminos, no traxo reſultas, y ſe viò el pleyto con los Señores Miniſtros de vna Sala, los + que la caſualidad hallò en ella: la prueba de eſta negligencia, y omiſſion, conſta de los meſmos Autos, y de la relacion del hecho; con q̃ no lo repetimos, y ſolo esforçamos eſte cõcepto, con que aviendoſe traìdo la Real Cedula para la reviſta, ſe dixo en el Real Decreto, ſe avia ya concedido á inſtancia de Don Chriſtoval mucho antes de la viſta, y el no aver vſado de ella, no puede aver mayor prueba de ſu negligencia.

14 60. Es otro de los medios, por donde ſe prueba la indefenſion, y negligencia del Don Chriſtoval, el que ſiendo vn pleyto de tanta gravedad, é intereſſe, aviendo tenido ſentencias de viſta, y reviſta en contra, no interpuſo la ſegunda ſuplicacion: medio prevenido por Derecho, y tan practico, y comun en negocios de mucho menos entidad; cuya omiſsion de diligencia, lo conſtituyò en caſo claro de negligencia. + Optimè Dom. Molin. *de Primogen. lib.* 4. *cap.* 8. *num.* 10. Add. ad Dom. Molin. *dict. lib.* 4. *cap.* 8. *& num.* 10. Peregrin. *de Fideicomm. artic.* 53. *num.* 36. Caldas Pereyr. *quæſt.* 23. *num.* 84. Mieres *de Maiorat. quæſt.* 14. *part.* 4. *num.* 136. Pater Molin. *diſp.* 647. *num.* 5. Menochio *conſil.* 5001. *num.* 8. Maſtrill. *deciſ.* 17. *à num.* 17. Burg. de Paz *conſil.* 1. *num.* 103. Dom. Perez de Lara *de vita homin. cap.* 20. *ex num.* 55. *Qui omnes aſſerunt, quod mediante tali negligentia, aut dolo, vel fraude non nocent ſucceſſoribus in Maioratu acta per poſſeſſorem.*

61. Y que eſta negligencia, y menos cumplida defenſa preſerve al Mayorazgo, y ſus ſucceſſores *à re iudicata*, eſto es, que no les perjudique, lo afirma aſsi el ſeñor Salg. *Labyr. Credit.* 3. *part. cap.* 1. *à num.* 116. haziendoſe cargo de la doctrina del ſeñor Molina, ya citada deſde el *num.* 7. y ſus Addentes, y la del ſeñor Perez de Lara, Mieres, citando tambien à Fuſſario *de Subſtitutionib. qaæſt.* 622. Gratiano, *tom.* 5. *cap.* 369. *num.* 16 Eſcacia *de Iudicijs, Gloſſ.* 14. *quæſt.* 12. *num.* 12.

62. El ſeñor Don Juan del Caſtillo *Controverſ. tom.* 6. *cap.* 157. *num.* 24. tratando vtrum inſtantia cepta cum Maioratus poſſeſſore in ſequentes ſucceſſores per tranſeat, ita vt denuo lis non debeat cum eiſdem inchoari, ſed ſequens ſucceſſor in eo ſtatu iudicium ſubire debeant, in quo ab ipſo Maioratus poſſeſſore fuit relictum: aviendo afirmado, que tranſit inſtantia in ſequentes ſucceſſores, aunque el juizio no ſe hallaſſe conteſtado, afirma tambien dicho ſeñor en el *num.* 25. el que tranſit inſtantia ſi bona fide, & adhibita omni diligentia lis à poſſeſſore ſit proſecuta; pero que aviendo intervenido negligencia, fraude, ò coluſion, que nullatenus tranſit inſtantia; y proſigue, que ni aun perjudica la ſentencia à los ſucceſſores, ibi: *Sic ſanè ſententia lata contra Maioratus poſſeſſorem, non præiudicat ſequentibus ſucceſſoribus ſi detegatur coluſio dolus, vel negligentiæ, aut culpa in lite defendenda, aut proſequenda, &c.*

63. Y que ſea negligencia

el

el no aver interpuesto la segunda suplicacion, lo afirma assi el señor Molina *dicto lib.* 4. *cap.* 8. *num.* 10. ibi: *Id ipsum etiam pari ratione dicendum erit, quando Maioratus possessor qui litem etiam diligentissimè, ac bona fide prosecutus fuit á sententia contra ipsum lata, non appellavit, seú supplicationem ab illa non interposuit, eo casu quo non appellationi, sed supplicationi locus erat, vel appellationem, seú supplicationem iam interpositam desseruit, &c.* (Que aunque en estas palabras no expressò la segunda suplicacion, que es en cuya no interposicion se funda la negligencia, y menos defension.) Dicho señor Molina expressandose mas de algunas conclusiones, que avia referido en sus obras, en sus Anotaciones al *num.* 18. manifestó, como su conclusion, en punto de suplicacion, debía entenderse con extension à la segunda suplicacion, por militar la mesma razon, que en aver omitido el Posseedor la primera; porque lo resuelve assi: *Ego tamen non video rationem differentiæ inter hunc casum, & eos qui in hoc capite deciduntur, cum Maioratus, Possessor teneatur in rebus eiusdem Maioratus, id facere quod in proprijs rebus diligens Pater familias fecisset. Quod si negotium eius qualitatis, & valoris esset, vt secunda supplicatio iustè interponi posset clarum est, quod quis eam in rebus liberis interponere, ac per consequens, id ipsum in rebus Maioratus facere debuisset, &c.*

64. El señor Don Francisco Salgado *Labyr. creditor.* 1. *part. cap. fin.* desde el *num.* 90. aviendo antes hablado de la omision, ò renuncia del remedio de la segunda suplicacion, parece que en el caso de que iba hablando, fundó, que la omision, ó renuncia de ella no causaba perjuizio, ni detrimento á el condenado en las sentencias de vista, y revista, por lo que afirmò no le competia à este remedio de la restitucion: de donde se querrà arguir, que no es medio precisso el intentarlo, para excluirse del concepto, de que *minus diligenter se gesit Possessor Maioratus in defensione sui iuris, & pertinentis successori*; y en mi dictamen dicho señor Don Francisco en nada se opone à la doctrina proximè citada del señor Molina en dichas Anotaciones: Siendo la razon; porque el caso en que el señor Molina previno la precisiò de intentar el remedio de la segunda suplicacion à el Posseedor del Mayorazgo, es, en el que defienda probable derecho, no en el que no le tuviesse para defender el Mayorazgo, y dicho señor Don Francisco lo que dize, y afirma en el *num.* 92. del lugar proximè citado, es, que el successor no podrà reclamar, el que el antecedente Posseedor no huviesse interpuesto la segunda suplicacion, si conociendo la buena fee, esto es, la justa causa para no suplicar, ni ninguna justicia, que le assistia, *aquievit se rei iudicatæ* de las sentencias de vista, y revista del Tribunal: con que *ad argumento ex contrario sensu*, siempre que tuviesse buen derecho para la succesion el Posseedor del Mayorazgo, viene à afirmar el señor Salgado, se deberà reclamar por el successor, el que no huviesse interpuesto la segunda suplicacion; y se infiere assi ex verbis ipsius Doctoris, ibi: *Ac pariformiter Possessor Maioratus, qui agnoscendo bonam fidem aquievit rei iudicatæ, contra se obtentæ in Consilio Regio, aut regali Cancellaria omisit, secundam supplicationem, vel iam interpositæ intra tres menses pœnitendo ab ea discessit iusta leg.* 4. *tit.* 20. *lib.* 4. *Recopilat. Successor non potest reclamare, nec ob id solum, allegare minus plenam defensionem, nec solusionem, prout notabiliter, probat Ludovicus Molina, &c.*

65. El señor Don Juan del Cas-

Castillo *in dicto tomo 6. cap. 157.* en el *num.* 38. haziendose cargo de la doctrina del señor Molina en dichas Anotaciones, la assegura, y sigue por verdadera, y añade en esta forma: *Addiderim ego Ludovici Molinæ annotationem, & resolutionem, non modo, veram mihi videri, sed etiam velut dubitatione aliqua probabili carentem, nam cum Possessor Maioratus minus plenè causam defenderit, ex quo non supplicavit, aut iam interposita secunda supplicatione ab illa destitit, omnimo eidem sucurrendum erit, nec vno, aut altero remedio, debevit destitutus manere, sic enim frustarentur omnia iura, cum proposito loquentia, quæ expendimus suprà, inanis etiam redderentur communes Doctorum tradditiones quæ Successores sucurrunt, quando antecessor in aliquo defecit, vel aliquid omisit, etiam si bona fide litem prosecutus fuit vt suprà diximus, &c.*

66. No pueden ser mas claras las antecedenres doctrinas de tan graves Maestros, y mas terminantes, pues lo son en casos de Possedor de Mayorazgo, que aviendo obtenido Executoria en contra de el Real Consejo, ò Chancilleria, se le imputa en negligencia, ó menos legitima defensa, la no interposicion de segunda suplicacion, baxo del conceptò de fomentar buen derecho, que ya se vé, que en el caso de injusto Possedor, no seria razonable vsar de tal remedio. Don Christoval Riquelme se hallaba demandado, possyendo los Mayorazgos de los Riquelmes, y otros, que se dixo eran incompatibles: hallabase tambien constituido en la linea de Primogenito, por la representacion de Don Christoval Muñòz de Robles Riquelme su Padre, (23) hermano de Doña Antonia Muñòz de Robles demandante, que por su sexo debió entenderse segundogenita; y como por las mas comunes, y practicadas reglas (como se dirà en el tercero Punto) toque la eleccion á el primogenito en caso de incompatibilidad, y de esta se le huviesse privado por las sentencias de vista, y revista, còmo se podrà dudar le assistia justa causa para interponer dicha segunda suplicacion; ni còmo se podrá negar la menos legitima defensa, con negligencia, y abandono de tan buen derecho en Mayorazgos de tanta consideracion, dexando con menos decencias, y facultades el explendor de su casa, y commodidad de sus hijos: Con que parece satisfecho este segundo Punto.

PUNTO III.

EN QVE SE FVNDA, QVE LA DETERMInacion de dichas sentencias de vista, y revista pronunciadas en dicho pleyto en los años de 693. y 96. contuvieron agravio en aver privado de la eleccion à Don Christoval Riquelme, (29) confiriendola à Doña Antonia Muñoz de Robles Roquelme. (25)

67. LAas prerrogativas de los hijos mayores, respecto de los menores, ò de los primogenitos, ó que representan el derecho de tales en concurso de los segundogenitos, ó de los que estàn constituídos

en linea segundogenita, son muchas, como refiere el señor Rey Don Alonso en la *ley* 2. *tit.* 15. *partid.* 2. siendo entre ellas el que el hijo mayor ha de succeder en el Reyno, ibi: *Tovieron por derecho, que el Señorìo del Reyno non lo viesse sino es el hijo mayor, despues de la muerte de su Padre, è esto vsaron siempre en todas las tierras del mundo, do quier que el Señorio ovieron por linage, è mayormente en España, &c.* Y esta mesma prerrogativa tiene el hijo varon, aunque aya hembra mayor, *vt probat prædicta lex*, ibi: *E por ende establecieron, que si fijo varon non oviesse, la fija mayor heredasse el Reyno.* Dom. Gregor. Lop. *Glossa* 15. ibi: *Fijo varon, nam si hic esset licèt, nativitate posterior excludet filiam primogenitam, &c.* Dom. Molina *de Primogen. lib.* 3. *cap.* 1. *per totum*, & *cap.* 4. *num.* 4. *vbi alios citat*, & *ibi Addentes alios congerunt*, lo qual corre eodem modo en la succesion de los Mayorazgos de España, vt asserit Dom. Molina *vbi proximè*, de forma, que siempre el hijo mayor, y su linea prefiere à los demàs, y à las suyas, y el varon, y su linea á las hembras, aunque sea menor en edad, vt cum Dom. Covarrub. & alijs, probat. Dom. Molina, *lib.* 3. *cap.* 6. *à num.* 20. *cum sequent. vbi Addentes.*

68. De aqui resulta el que el hijo mayor, ò el que tiene el derecho de primogenito, siempre tiene regla por sì, & *habet fundatam suam intentionem in successione Maioratus*, de forma, que qualquiera que intente sacarle de esta regla, ha de justificar su exclusion, y de su linea con toda evidencia, y su inclusion en su lugar, probant Surdus, *cons.* 180. *num.* 9. *y* 10. Dom. Valenç. Velazq. *cons.* 97. *à num.* 216. & *ex alijs.* Dom. Castill. *tomo* 6. *cap.* 180. *à num.* 16. & *cap.* 178. *num.* 2. verfic. *Verum.* Roxas *de Imcompatib.* 7. *part. cap.* 6. *num.* 14. Dom. Ferdinand. del Aguila in Addictionib. ad dictum Roxas *vbi proximè num.* 53. y en terminos de incompatibilidad de Mayorazgos Cardinalis Luca *de Fideicomm. discurs.* 13. *num.* 10. *in medio*, ibi: *Quoniam cùm de iure, & infrá regulariter non adsit incompatibilitas obtinendi plures Maioratus in quibus primogenitus, eo ipso habere dicitur pro se regulam, ac intentionem fundatam, ius autem secundogeniti consistat in limitatione fundata in certa qualitate, hinc pro inde, talis limitatio, quæ in dubio non præsumitur, firmiter probanda, seù firmanda est, vt ex inde resultet effectus præiudicialis habenti pro se regulam.*

69. Y por esta razon, y privilegio de mayor, ò primogenito, en caso que alguno, ò algunos de los Mayorazgos tengan incompatibilidad entre sí, el derecho de eleccion toca al primogenito, retiniendo los que elige, y pueden concurrir en su persona, passando los demàs al siguiente, ò siguientes en grado, *vt probatur ex iure communi, ex leg.* 1. & 2. *& per totum, ff. de optione legata, & ex nostro Iure Regio, ex lege* 7. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopilat.* ibi: *El hijo mayor, que en las dichas casas assi juntas por casamiento podia succeder, succeda tan solamente en vno de los tales Mayorazgos, en el mejor, y mas principal, que èl quisiere escoger.* Idem probanr Dom. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 34. Dom. Solorç. *de Indiar. Gubernat. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 16. Dom. Perez de Lara *de Anniversar. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 13. Dom. Castillo *tom.* 6. *Controvers. cap.* 179. *num.* 1. Dom. Paz *de Tenuta, cap.* 34. *num.* 43. Dom. Larrea, *decis.* 51. *num.* 9. vbi alios cumulat Cardin. Luca *de Fideicomm. discurs.* 13. *à num.* 35.

70. Reconociendo esta realidad, recurriò Doña Antonia Muñoz Riquelme en el pleyto antiguo à querer fundar, que la incompatibili-

bilidad, que avia entre vnos, y otros Mayorazgos, era real, lineal, y tal, que *nec per momentum* pudieron recaer dichos Mayorazgos de Riquelme en Don Christoval, ni aun para que vsasse del derecho de eleccion, suponiendo á Don Christoval como excluìdo, y no llamado à dichos Mayorazgos: y se deben sentar à V. S. aunque el Relator no lo dize en el Memorial, *que la incompatibilidad en todos los Mayarazgos, que entonces possèia el Dan Christoval, resultaba del gravamen de apellido, y Armas, que en todos se prevenia en primero, y preeminente lugar.* Y para desvanecer el referido fundamento, que assi motivò la referida Doña Antonia, serà precisso manifestar la distincion, que ay entre incompatibilidad real, ò lineal, con la que lo es personal, ó respectiva: La incompatibililidad real es aquella *in qua conditio, vel prohibitio apponitur in rem absque mentione personarum. Leg. Servus si hæredi 34. ff. de statu liberis. Leg. Peto. §. Fratre, ff. de legatis 2.* Michael Crasso *in §. Fideicommissum, quæst. 5. à num.* 10. Menoch. *cons.* 85. *num.* 13. Fussario *de Substitutionib. quæst.* 663. *à num.* 1. Roxas *de Incompatib. 4. part. cap. 2. num.* 13. y pone por exemplo, quando el Fundador del Mayorazgo puso el gravamen en esta forma: *Maioratus à me institutus cum alio simul non iungatur, aut vniatur. Et 7. part. cap. 4. num.* 48. ponit hoc exemplum: *Non succedat in hoc meo Maioratu, ille qui alium quemlibet Maioratum possideat, aut llle, qui in alio successerit, sed ille qui aliud non habeat.* Lo mesmo en substancia dize el señor Don Juan del Castillo, *tomo 6. cap.* 179. *num.* 1. versic. *Pone, & cap.* 181. *num.* 9. Dom. Solorç. *de Iure Ind. lib. 2. cap.* 19. *num.* 34. Aguila in Addition. à Roxas *dict. 7. part. cap. 4. num.* 63. aliud ponit exemplum veluti, *vt successor alium Maioratum habere non possit, vel ne in alio Maioratu succedat.*

71. La incompatibilidad personal *est illa quæ respicit personam*, vt notat Michael Crassus *vbi proximè in dicto §. Fideicommissum, quæst.* 5. Menoch. *consil.* 85. *num.* 13. *Leg. Pater quindecim. ff. de legt.* 3. Petra *de Fideic. quæst. 2. á num.* 36. Surd. *decis.* 125. *num.* 2. Laté Fussarius *de Substit. quæst.* 673. *á num.* 17.

72. La incompatibilidad respectiva, es la que se origina del gravamen de Apellido, y Armas, solas, ò en mejor lugar; y estas dos incompatibilidades, scilicèt, *personalis, & respectiva*, no impiden la adquificion del Mayorazgo incompatible, antes post eius adquisitionem, el successor tiene eleccion de vno, ò otro, vt vnum, & aliud probat Dom. Ferdinandus del Aguila in Additionib. ad Roxas 7. *part. cap.* 4. *num.* 30. ibi: *At ipsum dicendum est in alio casu, scilicèt incompatibilitatis, ex dispositione hominis, quando conditio non aponitur exclusivè, vt in specie Authoris infrá num.* 48. *sed incompatibilitas est respectiva, vt in Maioratu, & conditione ferendi Nomen, & Arma, vel sub alijs similibus conditionibus, ex quibus per se non oritur incompatibilitas, sed causatur ex persona successoris, quatenus in eo non potest subsistere successio, in qua specie adquisitio Maioratus impedire non potest alterius delationem, licèt incompatibilis cum primo respectivè, quatenus vnum, cum alio apud eundem existere nequit, ideòque tunc datur incompatibilitas, quæ obstat retentioni, non verò adquisitioni, & consequenter successor eligendi facultatem habet inter eos Maioratus, quia ad vnum, & alterum ius successionis, & adquisitionis habet, &c.* Y prosigue citando al señor Molina, señor Solorçano, & alios, Cardinalis Luca *de Fideicom. disc.* 13. *à num.* 17. *vsque ad* 19.

73. De estas conclusione

ins

indubitadas preciſſamente diria, ò deberia aver dicho Don Chriſtoval Riquelme, que los gravamenes, y preceptos de Apellidos, y Armas, todos en primero, ó preeminente lugar, que cauſan la incompatibilidad para la retencion de todos los Mayorazgos, no la dán para que el ſucceſſor adquiera otros qualeſquiera, que ſe le dificran, vt ex alijs probat Dom. Solorç. *de Indiar. Guvernat. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 16. *& num.* 22. & 42. Mieres *de Maiorat.* 1. *part. quæſt.* 17. *num.* 9. *&* 2. *part. quæſt.* 4. *illat.* 3. *num.* 15. Dom. Fernando del Aguila ad Roxas 7. *part. cap.* 4. *num.* 30. *cum ſequent.* Dom. Larrea, *deciſ.* 52. *á num.* 15. *& num.* 25. Dom. Caſtillo, *tomo* 6. *Controverſiar. cap.* 178. *num.* 2. verſic. *Extinguendum itaque*, & verſic. *At verò.* Cardin. Luc. *vbi proximè.*

75. Porque la incompatibilidad *non cauſatur ex adquiſitione, ſed ex retentione*, y para que ſe cauſe es neceſſario *quod ſucceſſor ſit in pacifica poſſeſſione Maioratuum incompatibilium*, Argum. Text. *in cap. Commiſſa, de electione in* 6. *cap. Licèt Epiſcopus* 28. *de Præbendis in* 6. Probant Auguſt. Barboſa *in cap. de Multa, de Præbendis num.* 8. Antonius Faber. *in Codice, lib.* 1. *tit.* 2. *definicion* 31. *num.* 1. Flamminius *de Reſignat. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 20. Aguila ad Roxas *vbi ſuprà num.* 32. *y* 33. *& num.* 46. verſic. *Ita*, ibi: *Ita in Maioratibus quo ad retentionem incompatibilibus, non poteſt induci prioris amiſsio, vel vacatio, aut renuntiatio ex adquiſitione ſecundi, ſed dabitur optio ſucceſſori, vt eligat quem vellet.* Idem probat Cardin. Luca *dict. diſcurſ.* 13. *num.* 35. *y* 36. Noviſsimè Torre *de Maioratib. Italiæ* 2. *part. quæſt.* 58. *num.* 6. quien cita à el ſeñor Solorçano, ſeñor Larrea, ſeñor Molina, ſus Add. y à el Cardenal de Luca en los lugares que dirèmos deſpues.

75. Y aſsi, aunque el ſucceſſor en el Mayorazgo ſe halle tempore delationis poſſeyendo otro, que ſea incompatible con él, no paſſa ipſo iure à el ſiguiente en grado, antes ſi recae en el Poſſeedor del Mayorazgo incompatible *ad hoc vt eligere poſsit vnum, & dimittere alium, ad Text. in leg.* 22. §. *Si hæres, ff. ad Trebel. Leg. Si Patroni.* §. *Qui fideicom. eod. tit. cap. Is cui* 19. *de Præbendis in* 6. *cap. Ad hæc, cap. Referente, cap. Præterea de Præbendis.* Roxas *de Incompatib.* 7. *part. cap.* 4. *à num.* 42. Dom Solorç. *vbi ſuprà dicto num.* 16. *& in Polytica Indiana, lib.* 3. *cap.* 20. *per tot.* Adddent. ad Dom. Molin. *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 30. verſic. *Cæterum negativa.* Cardin. Luca *vbi proximè.* Quanto ſe dixo por Doña Antonia Muñòz de Robles contra ſu ſobrino, y antes à ſu hermano otro Don Chriſtoval, era, que los Fundadores de los Mayorazgos de Riquelme, avian pueſto por precepto á los ſucceſſores, el que ſe llamaſſen del Nombre, y Apellido *de Riquelme*, privandoles de la ſucceſsion ſi contravinieſſen, y que traxeſſen ſus Armas por principales, y en mejor lugar: Que el Mayorazgo *de Buſtamante*, tenia el precepto de llamarſe *Juan de Buſtamante*, ſin tener otro nombre antepueſto, ni poſpueſto, y que traxeſſe ſus Armas: El Mayorazgo *de Peñaranda*, tuvo ſolo el precepto de vſar de eſte Apellido: El Mayorazgo, que fundò *Pedro Muñòz*, tuvo tambien la condicion, y precepto de llamarſe, y nombrarſe *Pedro Muñòz, è no otro Apellido, y que huvieſſe de traer principalmente las Armas de los Muñozes*; de cuyos preceptos reſultaba el dezir, que no pudiendoſe cumplir por Don Chriſtoval vnos, y otros; porque ſi ſe llamaba ſolo *Riquelme*, y traìa ſus Armas en preeminente lugar, mal podria practicar lo meſmo en el Mayorazgo de *Buſtamante*, y el de *Muñòz*,

ñòz, que parece era el meſmo gravamen; pero como eſto diga ſolo incompatibilidad para la retencion, ſalvo el derecho de la eleccion al primogenito, que à eſte lo conceden todos derechos, *ex iuribus, & authoritatibus relatis ſuprà à num.* 68. en eſto conſiſte el agravio, y irregularidad de dichas ſentencias, lo que colectivé, y no como cauſa menos principal mencionò à ſu Mageſtad Don Franciſco Riquelme en el Memorial, que le diò para eſta Audiencia, y fue ſervido de apreciar, viſto que fue el informe, que en eſta razon ſe mandò hazer á eſta Chancilleria; porque ſi las nulidades vician los proceſſos, y ſuſpenden los efectos de las Executorias, ſiendo ſubſtanciales, no tienen menos fuerça los efectos de la notoria injuſticia, como con muchos textos, y autoridades fundò el ſeñor Salgado *de Regia Protect.* 3. *part. cap.* 9. *num.* 6. ibi: *Et quod idem quod nullitas operetur, evidens iniquitas, & iniuſtitia notoria, vt ſcilicèt ſententia executionem impediat, &c.*

76 Es verdad, que tambien dixo Doña Antonia en aquel pleyto, que por la aceptacion, que avia hecho Don Chriſtoval el mayor (23) de el Mayorazgo de Pedro Muñóz, fue viſto renunciar el derecho à todos los demàs, que deſpues ſe le pudieſſen diferir, como fueron los de los Riquelmes, porque nec per momentum pudieron recaer en el ſuſodicho, nec potuit eligere: Eſta temeraria pretenſion la querria esforçar con la doctrina del ſeñor Valençuela Velazquez en el *conſ.* 83. deſde el *num.* 32. donde pretendiò probar en terminos de Encomiendas de Indias, que por la aceptacion, que el hijo mayor hizo de vna Encomienda, cuya ſucceſsion ſe le difiriò, fue viſto renunciar el derecho, que in ſpe tenia à otra, la que tambien ſe le difirió deſpues, y que no pudo elegir la ſegunda, quando llegò el caſo de diferirſele, ſino es que paſsò á la immediata ſucceſſora, y confirmaria ſu concluſion con la doctrina de el ſeñor Don Juan del Caſtillo en el *tomo* 6. *cap.* 178. *num.* 16. y en el *cap.* 179. deſde el *num.* 6. que parece ſiguió à dicho ſeñor Valençuela Velazquez, y de la Clementina *Gratiæ de Reſcriptis.* Mas tambien es cierto, que deſpues de que eſtos ſeñores DD. preciſſamente querrian fundar ſu opinion, baxo del concepto de incompatibilidad real lineal, que es muy diſtinto de la incompatibilidad reſpectiva, por lo que ya dexamos arriba anotado. Fueron de contrario dictamen los DD. que deſpues ſe referirán, ſiendo vno de ellos el ſeñor Don Juan Baptiſta de Larrea *deciſ.* 52. deſde el *num.* 7. *cum ſequentib.* y reſponde à el ſeñor Valençuela, y à dicho ſeñor Caſtillo en el *num.* 26. aviendo dicho antes en el 20. ſe figuiera graviſsimo abſurdo en conſiderar, que la aceptacion vnius Maioratus, cauſaba renuncia del derecho, que pudiera tener á otro, ibi:

77. *Si ergò quando Maioratus incompatibilis cum alio, ſucceſsio defertur, vel poſsidet illum primogenitus, qui in altero ſuccedere ſperat, conſiderari oporteret ius primogenituræ, vt duo Maioratus cenſeantur, vt electio fieret, vt ſi ad electionem cogeretur, & ille iuxta quod naturale eſt, ſuæ familiæ ſucceſsionem eligat, & ius quod in ſpe eſt, Patri ſuccedendi ex regula ne aliena ſucceſsio propriæ anteponatur, leg. Iulianus* 26. *in fine principio, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, aut quia longè ditior fuerit Maioratus Patris, ſi ad electionem debet conſiderari primogenitura, & Patris elegerit primogenium, & omittat quod poſsidet, & ante Patrem primogenitus deceſſerit, ille qui duos Maioratus habere poterat, & ideò electio data, vt meliorem eligat, neutrum haberet, quia quem poſsidebat,*

coactus fuit omittere ex electione, & alius in quo sperabat succedere, non delatus, quia mortuus ante Patrem fuit, quo nihil absurdius, & à mente legis magis alienum, quam vtroque Maioratu carere, eum, cui quia ad duos Maioratus ius habebat eligere est permissum. Hucusque Dom. Larrea, *& num.* 21. aliud absurdum considerat, id est, que se hiziera juizio hæreditatis viventis, id est, del Mayorazgo que estava posseyendo el Padre ad concursum, *contra Text. in lege Pactum, quod dotali, C. de pactis, & lege finali eodem titulo.*

78, Lo mismo afirma el señor Solorçano *de Indiar. Gubern. lib. 2. cap.* 18. *per totum*, donde controvirtiendo la mesma questiõn desde el *num.* 9. lleva, y sigue lo contrario de la opinion del señor Valençuela, y responde á sus fundamentos en los mesmos terminos de Encomiendas de Indias, en qne escriviò dicho señor Valençuela, ibi: *Sed his non obstantibus ego licèt cum doctissimo hoc viro iam ab in eunte ætate artissimis amicitiæ, & studiorum vinculis cum iunctus fuerim, & magni semper fecerim, & faciam, eximiam eius virtutem, & eruditionem, qua sola ad sublimes bonorum gradus, quibus hodiè meritissimè potitur ascendit, contrariam opinionem veriorem esse existimo, nimirum ius optandi, & eligendi, nostris Indiarum legibus, & schedulis hoc in casu interdictum non esse, nam quamvis commendarum pluralitas prohibita sit, non potest dici plures habere, qui paratus est legi obedire, & vna tantum contentus esse, quo facto cessat omnis incompatibilitas, & ratio in qua ea fundatur, né scilicèt vnus præmia, & commoda, cum aliorum damno, & præiuditio possideat, vt dixi dicto cap. 5. num.* 82. *quemadmodum in beneficijs, etiam contingit in quibus habenti, plura datur electio, quod ex eis retinere, & quod renuntiare maluerit, vt in cap. Referente, & cap. Præterea, de Præbendis, & cap. final. in fine, de Clericis non residentibus, cum alijs latè traditis á Navarro cons.* 25. *de Præbendis, num.* 2. Nicolaus Garcia *de Beneficijs cap.* 5. *num.* 57. *cum multis sequentib.* Hucusque Dom. Solorç. *& num.* 16. *ex iure communi* prueba, que *in quacumque dispositione, tàm hominis, quam legis ex qua quis duo simul habere non potest ei optio, vel electio permittitur.* Y desde el *num.* 22. habla en terminos de dos Mayorazgos incompatibles, y lleva lo mismo, con otros fundamentos *suo more.*

79. Y finalmente al *num.* 50. dize, como sin embargo de todo lo ponderado, y alegado por el señor Valenç. Velazq. *dicto cons.* 83. en el negocio en que escriviò, se determinó lo contrario en el Consejo, ibi: *Caterum vbi nuda quæstio optionis concedendæ, vel denegandæ in casu de quo agimus controvertitur, nunquam eam denegari vidi, neque audivi, & ita pronunciatum fuit in ipsa causa adelantati, sivè Præsidis novæ Galitiæ, quem ipse Dom. Valenz. dict. cons. ad eo enixè defendit non obstantibus eius considerationibus, & allegationibus, quæ contrariam praxim inducere non debent, cum nullam pro se hac in parte legem habeant, quæ dictam optionem, alioqui (vt vidimus) iure communi, & Regio in similibus causis permissam impediat, vnde locum habet illud vulgatum, quod lege non cavetur, in praxi non habetur, &c.* Lo mismo dize *in Polytica Indiana, lib.* 3. *cap.* 20. *per totum.*

80. Con lo qual quedò desvanecida la opinion, que quiso introducir Dom. Valenç. Velazq. *dict. cons.* 83. y su doctrina, y la del señor Don Juan del Castillo, que le siguiò en ella, *in dict. cap.* 178. *num.* 16. & 179. *á num.* 6. con la decision de tan gran Senado.

81. Esta mesma questiõn tocaron los Addentes ad Dom. Molida, *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 30. vers. *Vlterius,*

terius, que por ser muy del intento, y que resuelven tambien contra el señor Valençuela Velazquez, y el señor Don Juan del Castillo, se pondrà à la letra, ibi: *Vlterius circa materiam, & decisionem dictæ legis Regiæ 7. tit. 7. lib. 5. Recopil. Alia ocurrit quæstio apud Pragmaticos in hac hisce Maioratuum controversijs, non semel agitata, scilicèt vtrum primogenitus ad quem duorum Maioratuum spectabat successio si prius vnum obtinuit, sivè ex parte Patris, sivè ex parte matris ab altero vacaturo, illico excluſus censeatur.* Y aviendo referido la opiniou afirmativa con el referido texto de la Clementina *Gratiæ de Rescriptis*, y doctrina del señor Valenç. Velazq. *in dicto consil.* 83. y el señor Don Juan del Castillo *dict. cap.* 178. despues dizen assi: *Cæterum negativa oppinio longè probabilior est, ac in praxi tenendum primogenitum, qui in vno Maioratu cum altero incompatibili prius successit, ab altero non dum delato, minimè excluſum censeri, imo tempore ipsius delationis ac cedente vnum eligere, ac retinere posse, sivè ex parte Patris, sivè ex parte matris successio contingat.* Y prosiguen citando muchos textos, y autoridades.

82. Esta mesma question suscitó Roxas *de Incompatib. 7. part. cap. 4. per totum*, donde latamente escriviò con dicha Clementina *Gratiæ*, y desde el *num.* 39. verſic. *Explicata hactenus*; y en los num. 40. y 41. dize, que dicha Clementina, y su decision *videtur habere locum etiam in Maioratibus incompatibilibus*, citando à los dichos señores Valençuela, y Castillo *in locis citatis*; y en el *num.* 42. *cum seqq.* llevó, y sigue lo contrario con dichos Add. ad Dom. Molina, señor Larrea, y señor Solorçano; y en el *num.* 46. resuelve assi: *Quorum sententiam* (hablando de los dichos señores Larrea, Solorçano, y Add.) *tam quam verio-rem, & magis iuri consonam ego libenter ampletor contra D. Valenç. Velazq. & D. Ioannem à Castilla salva pace tantorum virorum, & sequendo tradita per Add. ad D. Molin. & D. Ioannem Solorzano, teneo quòd decisio Clementinæ Gratiæ non habet locum in Maioratibus, Vinculis, ac Patronatibus incompatibilibus, in quibus si successor adeptus sit possessionem, vnius tempore, quo non dum erat delata successio alterius non videtur renuntiasse huic Maioratui non dum delato, ideò si postea deferatur poterit optare, & primum dimittere, & alium eligere, & debet dari ei monito, atque requisito tempus ad eligendum quem maluerit.* Dando la razon de disparidad, que ay entre Beneficios Curados, y Mayorazgos. Lo mismo afirma en el *num.* 47. y en el *num.* 49. verſic. *Iam ergò*, dize assi: *Et sic successor in Maioratibus incompatibilibus per assecutionem vnius non vacat alter ipso iure nec ei renuntiasse videtur, sed necesse est quod eligat, & quod detur ei tempus ad optandum, atque eligendum quem maluerit.*

83. Don Fernando del Aguila in Add. ad Roxas *dict. 7. part. cap. 4. num.* 39. verſic. *Explicata*, que es su *num.* 28. marginal, tratò la mesma question, y sigue à Roxas; y aviendo en el *num.* 35. referido la opinion del señor Valenç. *dict. consil.* 83. *num.* 63. dize assi: *Quæ si vera esset sententia omnino electionis facultati viam præcludere, ideòque dicendum in his Maioratibus quo ad retentionem incompatibilibus non in duci renunciationem ex adquisitione secundi.* Despues en el *num.* 47. propone la especie, de quando el Fundador del Mayorazgo puso el gravamen de Armas, y Apellido solas, sin mixtura de otras, *vel ne vllus successor, qui alium Maioratum habeat ad illius successionem admittatur.* Opone otras semejantes condiciones, *quæ adquisitionem vtriusque Maioratus impediunt, an ad aliorum successionem pos-*

sit

ſit admitti ſucceſſor actualis ſimilis Maioratus ſaltim vt eligere poſsit inter eos ; y aunque entró fundando la doctrina de el ſeñor Valençuela Velazquez haſta el *num.* 55. poſtmodum en el *num.* 56. lleva, y funda, *quod ſucceſſor non ideò excluſus maneat à Maioratu, quia incompatibilem adquiſierit, ſed ei datur facultas eligendi.*

84. Y en el *num.* 57. nota el miſmo inconveniente, que reconociò el ſeñor Larrea, y diximos *ſuprà num.* & ita ait : *Secundo facit inconveniens, quod ob ſpem alterius Maioratus, quem ſperabat ſucceſſor alium incompatibilem, delatum nollet adquirere, evenire poſſet, vtroque careret, vt conſiderat Dom. Larrea dicta deciſ.* 52. *num.* 20. *vndè linea primogenita evaquata maneret, cum ſemper prædilecta ſit, quod nihil abſurdius, & á mente Fundatoris alienum, excogitari poteſt, quam vtroque Maioratu carere eum qui ad eos vocatus eſſet, ſi nullum haberet impedimentum, &c.* Y proſigue en el *num.* 62. afirmando, que *ex aceptatione vnius Maioratus, non inducitur renunciatio aliorum, in quibus poſsit ſuccedi, quia ad incogitata, renunciatio non extenditur*, y cita al ſeñor Gregorio Lopez, Cyriaco, & Dom. Oleam; y en los *num.* 63. y 64. en los caſos de aver gravamen, *vt ſucceſſor alium Maioratum habere non poſsit, vel ne in alio ſuccedat*, afirma, que aunque eſta condicion obliga al ſucceſſor, eſto ſe entiende *quatenus in poſſeſsione Maioratus permaneat, Maioratu ergò dimiſſo, alterum adquirere non impeditur.*

85. El Cardenal de Luca *de Fideicom. diſcurſ.* 13. *à num.* 34. *vſque ad* 36. tratò la miſma queſtion, y reſolviò à favor del primogenito, Poſſeedor del Marqueſado de *Aſtorga*, incompatible con el de *Velada*, en que ſuccediò deſpues; porque *incompatibilitas non oritur ex eo, quod quis ſit vocatus ad plures Maioratus, ſed ex retentione vtriuſque.* Torre *de Maioratib. 2. part. quæſt.* 58. *num.* 5. *cum multis quos citat.* De todo lo qual, y doctrinas proximè relatas, y deciſsion del Real Conſejo, que refiriò el ſeñor Solorçano en el meſmo caſo, y negocio ſobre que eſcriviò el ſeñor Valençuela Velazquez *in dict. conſil.* 83. reſulta notoriamente la poſsitiva certeza de el agravio, que ſe hizo con aquellas determinaciones á Don Chriſtoval Riquelme; (29) y ſu linea, y poderlo reclamar oy Don Franciſco por las razones, que tiene ponderadas en los puntos antecedentes, y no con menos fundamentos por la improporcion, y menos regular determinacion de dichas ſentencias, privando al primogenito de el derecho de eleccion, la que por los mas ſolidos fundamentos de derecho le compete, aviendo reſultado de dichas determinaciones de peor calidad la linea del primogenito, que la del ſegundo, pues eſta percibiò crecidiſſimas rentas, y Don Chriſtoval quedò con las que no llegaban à 300. ducados en cada vn año; ſiendo bien de notar ſe ponderó por Doña Antonia para excluir eſta juſta conſideracion, el que Don Chriſtoval avia ſuccedido, ó debia ſucceder en vnos Vinculos de Doña Franciſca de Almela ſu madre, (23) como ſi el derecho, que tenia à los Mayorazgos de ſu Padre, pudiera Doña Antonia ſatisfacerſelo con intereſſe, que tambien le tocaba à Don Chriſtoval, como hijo mayor de ſu madre, por lo que parece juſtiſsima la pretenſion de Don Franciſco. Y que à todo eſto no pueda obſtar el q̃ ya ſe determinò, y executoriò aſsi en eſta Corte, y que huvo conocimiento de cauſa ſobre la ſucceſsion de dichos Vinculos, y que aviendoſe determinado difinitivamente, reſultó coſa juzgada, por lo que *non eſt amplius de quo quis poſsit ſe conquærere, cum res iudicata de albo faciat nigrum, & de*

fal-

falso verum. Lege Si non sortem. §. Hæredi, ff. de condit. indebiti. Leg. Cum putarem, ff. familiæ erciscundæ. Leg. Ingenuum, ff. de statu hominis. Leg. Res iudic. ff. de regul. iuris. Leg. 1. C. quando vocare non est necesse. Mascard. *de Probationib. conclus.* 1296. *à num.* 14. Surdo *decis.* 170. *num.* 15. *& consil.* 91. *num.* 2. Dom. Salgado *Labyr. creditor.* 3. *part. cap.* 1. *n.* 27.

86. Y que esto deberà correr con mayor razon, siendo la cosa juzgada de este Tribunal Superior, y de cuyas sentencias non potest suplicari, siendo del todo irretractables, aun por qualquiera nulidad, que se manifestasse de los Autos, y que proviniesse de incompetencia de Juez, *vt cum Text. in leg.* 4. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recopil.* probant Dom. Paz *de Tenut. cap.* 14. *num.* 6. Girond. *de Privileg. num.* 1432. Dom. Salgado *de Regia.* 4. *part. cap.* 3. *num.* 122. Torreblanca *de Maxia lib.* 3. *cap.* 30. *num.* 9. *& de Iure Spirituali. lib.* 15. *cap.* 12. *num.* 34. Et idem Dom. Salgado *Labyr.* 3. *part. cap.* 1. *num.* 168. donde refiere la mesma ley del Reyno. Porque se responde, que no obstante su decision, son muchos los casos, en que no obstante la autoridad de la cosa juzgada, se oye, y debe oir, como hizo mencion de ellos dicho Señor Salgado *vbi proximè dict. num.* 168. respondiendo, y interpretando dicha *ley* 4. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recopil.* siendo vno de dichos casos el defecto de la citacion, que ya dexamos dicho, y todos los demàs, que fueren de substantia iudicij, y siempre que se oponga el defecto por injusticia notoria, es caso exceptuado en toda disposicion de derecho, vt cum pluribus, iuribus, & authoritatib. asseruit Dom. Salgado *de Regia Protect.* 3. *part. cap.* 9. *à n.* 6.

87. Y al presente ay menos en que cansar la atencion de V. S. porque para esta Audiencia, no obstante dichas sentencias, y Executoria, ay positiva orden de su Magestad, para que se le oyga à D. Francisco; la que obedecida, y cumplida en el Real Acuerdo, se està practicando assi: con que no pudiendose dudar de su suprema autoridad, y ser de su Regalìa, *leges scondere, interpretari, & derogari*, vt probant Gutierr. *lib.* 3. *Practic. quæst.* 17. *à num.* 233. Dom. Castillo *de Tertijs, cap.* 41. *à num.* 69. Dom. Solorç. *lib.* 5. *Polyt. cap.* 16. Antun. *lib.* 1. *de Donationib. part.* 2. *cap.* 10. *&* 11. sin que se pueda disputar de esta autoridad, y potestad, vt asserit Hermosill. *in leg.* 53. *tit.* 5. *partit.* 5. *Gloss.* 1. *num.* 33. tampoco podrá controvertirse se le oye, y debe oir à Don Francisco, no obstante dicha determinacion.

88. Y es muy de la atencion de V.S. el segundo Real Dispacho, y Cedula, que obtuvo Don Bernardo, pues en esta se ratifica mas lo justo de la quexa, y representacion, que Don Francisco hizo á su Magestad en las vozes *vista por mi con lo que me consultò el mi Consejo con reflexion de sus antecedentes, he venido en declarar, como por esta mi Real Cedula declaro, no aver lugar á que recoja, y no se vse de la expedida à instancia de Don Francisco Riquelme, para que se le oiga en justicia, como se ha pretendido por el referido Don Bernardo.* Pues esto es lo mismo que dezir, que los motivos que dicho Don Francisco avia representado, para que se le oyera, eran ciertos, y quitaban la fuerça à la decision de la Ley Real, que impide toda Audiencia, y aun de la causa de nulidad contra lo ya determinado, y para esto su Magestad derogó, y dispensó en la decision de dicha ley. Y que la Audiencia debe ser sobre todos los puntos, que comprehendiò la representacion, que primeramente se hizo à su Magestad, de nulidad, indefension, y injusticia, està

manifiesto del vltimo Real Despacho; pues lo que limitò del primero fue lo principal, y la eleccion de Mayorazgos, quedando en todo lo demàs firme el primer Real Decreto, *quod patet ex verbis*, ibi: *Y assimesmo declaro, que en virtud de ella no ha podido, ni debe essa Chancilleria oir al referido Don Francisco instancia, ni pretension alguna, que respecte, y mire à lo principal, ni à la eleccion de Mayorazgos, hasta que conforme à las disposiciones legales, se aya evaquado, y decidido la de si obsta, ò no la excepciõ de cosa juzgada, y si por los fundamentos propuestos por el referido Don Francisco debe, ò no abrirse el juizio, y oirsele sobre lo principal, que es el sentido, y verdadera inteligencia de lo que resolvì, y contuvo la mencionada Real Cedula.* Con que no puede quedar duda en lo fundado hasta aqui.

PUNTO IV.

EN QVE SE FVNDA POR CONCLVSION DE lo antecedente, que por las razones contenidas en los antecedentes Puntos, y qualquiera de ellos, se debe declarar no obsta à Don Francisco Riquelme la cosa juzgada de dichas sentencias.

89. DEsde el num. 31. de este Informe hemos expressado las nulidades subsstanciales de falta de citacion, ó emplazamiento, en la forma, que de derecho se requiere en demanda á Menor, y de el que se le debió hazer en su persona á D. Christoval en quanto à el Mayorazgo de Bustamante, que se demandò en esta Corte despues de retenido el pleyto sobre Mayorazgos de los Riquelmes, y que no se executò, ni como à Mayor, ni como à Menor, la falta de prueba en dicho juizio, aunque salieron Terceros excluyentes por su proprio derecho, con otros defectos, que se refieren hasta el num. 56. inclusivè, fundando ser defectos de subsstancia del juizio el emplazamiento, ò citacion, Auto de prueba, y resolucion precissa sobre articulo de nulidad, taliter, que ellos, ó qualquier de ellos hizieron nulo lo actuado por su defecto en los primeros, y reserva para difinitiva en el vltimo *ex iuribus, & authoritatibus relatis in dictis numeris*; y no pudiendo producir efecto *quod nullum est, ex leg. 4. §. Condemnatum de sententia, & re iudicata. L. Non putavit, §. Non quę vis, ff. de bonor. possess. contra Tabullas. L. 2. ff. de authoritate Tutorum. L. Non dubium, C. de de legib. cap. Illud de Iure Patronat.* & probant Surdus *decis.* 40. *num.* 8. Flaminius *de Resignat. Benefic. lib. 7. quæst. 1. num. 26.* Aloysius Riccius *Collect. 3. part. Collect. 623.* Barbosa *Axiomat. Iuris, axiom. 164. num. 1.* Es preciso inferir, que ni huvo Executoria, ni que esta obsta à Don Francisco, pues obrarà efecto contra el principio, y conclusion perdida. *Rursus nulla, & non facta parificantur. Cap. Proveniens, de filijs Presbyter. DD. in cap. In præsentia, de probat.* Flaminius Paris. *de Confident. quæst. 46. num. 30.* Barbosa *axiom. 164. num. 2.* porque es lo mesmo non esse, que nullum esse, *ex leg. Duo sunt Titij, de testamentar. tutela. L. Non putavit, §. Non quævis, ff. de bonor. possess. contra Tabullas*: Con que si fue nulo aquel juizio *idem ac non factum*,

con

con que como le ha de obstar, ni perjudicar à Don Francisco.

90. Dixose por alguno de los Abogados de Don Bernardo, que en los Tribunales Superiores no se repara en nulidades: y cierto, que quando se escriviò en este punto por tanto Doctor, no distinguiò de la nulidad, que se deduce en el Tribunal Superior, de la que se alega en el Inferior, y que las doctrinas, y leyes, que en este punto citamos, no distinguen, *vt ex illis apparet*, y lo mas que el Tribunal Superior dispensa, es alguna formalidad del juizio, *inspecta veritate, & iustitia partium, vt principali re non verò*, dispẽsará la substancial forma de lo que constituye juizio, porque no ay essa facultad en el Derecho: y antes se advierte por algunos DD. que los Señores Juezes no desprecien estos reparos. Optimè Gonçal. *ad Regul.* 8. *Cancel. in annot. contra nullit. num.* 170. ibi: *Solent non nulli Iudices non curare de dictis nullitatibus, sed solum attendere ad bonum ius in negotio principali, eo prætextu quod sit iudicandum attenta veritate, sed & male faciunt, quia vt superius dixi in ampliat.* 14. *num.* 152. *quamvis sit procedendum, & pronuntiandum sola veritate inspecta, non tamen possunt omitti dictæ citationes, nec combolari ad bonum ius spretis nullitatibus, imò esset alia nova nullitas, si stante oppositione de nallitatibus non pronunciaretur ante omnia super illis.* Y cita otras autoridades; y si caso negado huviera facultad para dispensar forma substancial del juizio, quando se avia atendido solo la verdad, y justicia del negocio principal. Aqui, Señor, se quexa Don Francisco, porque teniendo el juizio los primeros defectos, se le avia añadido con la determinacion, la que cree menos regular resolucion: Con que ni à el juizio le faltó la nulidad, ni Doña Antonia Muñoz de Robles tuvo los motivos, que pudieran dispensarla, sino lo fuera substancial.

91. Desde el num. 57. de este Informe referimos los motivos, que acreditaban indefenso en aquel pleyto à D. Christoval, Padre de D. Francisco, y ponderamos mas la omision, que él tuvo en defender el derecho de el Mayorazgo, y sus succesores, no interponiendo la segunda suplicacion, que debiò, luego que tuvo las sentencias de vista, y revista en contra; y desde el el num. 60. quedò concluyentemente fundado hasta el 64. inclusivè, con doctrinas de la mayor nota; y respecto, que por dicha omision de defensas, no puede obstar á Don Francisco, y su linea aquella determinacion, con que se aquietò Don Christoval: con que no es justo repetirlo aqui, y cansar à V.S.

92. En el tercer Punto, y desde el num. 66. hasta el num. 84. probamos, que à el primogenito toca precissamente, conforme á Derecho, y Ley Real, la eleccion en caso de Mayorazgos incompatibles: de donde inferimos, que la determinacion, por lo que se privò à Don Christoval de este derecho, y se confiriò à la linea segundogenita, y que representaba Doña Antonia Muñoz Riquelme,(25) Abuela de Don Bernardo Salafranca, contuvo agravio, y irregular determinacion; y siendo cierto, que la injusticia de la sentencia se parifica con la nulidad, por las mesmas razones con que fundamos, que sentencia nula *non meretur executionem, ex dict. leg.* 4. §. *Condemnatum de sent. & re iudicata, & ex iuribus relatis suprà num.* 74. Dize Don Francisco, que no le puede obstar aquella determinacion, porque no ay cosa juzgada con notoria injusticia, *& respectu notoria iniquitatis, nunquam intelligitur appellatio prohibita*, vt asserunt Menoch. *de adipiscenda possessione, rem.* 4. *quæst.* 100.

num.

num. 805. Aym. Cravet. *consil.* 3. *num.* 18. versic. *Facit* 11. Maresc. *Variar. lib.* 1. *cap.* 86. *num.* 29. Hieronym. Gabriel. *consil.* 28. *num.* 7. *lib.* 2. Dom. Salgad. *de Regia* 3. *part. cap.* 9. *num.* 7. y lo mismo, q̃ se dize para que *appellatio non sit prohibita in casu notoriæ injustitiæ*, hablando el Juzgado inferior, respecto del Superior, se entiende no prohibida la Audiencia; y es evidente, que esto movió à su Magestad, y su Real Consejo de Castilla para expedir la Real Cedula, de que hizimos mencion *suprà n.* 21.

93. De todo lo qual, y fundado en el primer Punto tocante á nulidad; y en el segundo por lo respectivo à indefension del derecho del Mayorazgo, y succesores de la linea de Don Christoval; y vltimamente en el tercero por la irregularidad de las sentencias, y por qualquiera de los motivos, que en cada Punto se han expressado, resulta no poder obstar à Don Francisco la que se dixo cosa juzgada por razon de dichas sentencias; y que su Magestad vsò de la regalía de su suprema autoridad *ad tollendas violentias*, y agravios, que contuvieron las sentencias, como elegantemente lo dize Tusco *in tract. de Visitatione, cap.* 31. *num.* 5. ibi: *Rex est Iudex Conservator suorum Vassallorum, vt nemini iniuria fiat, & ne alijs iniuria inferatur.* Y assi fue muy proprio de su Magestad, y de su suprema autoridad, mandar se oyesse à Don Francisco, sobre si le obstaban, ó no dichas sentencias. Y por todo lo fundado en este Papel, espera Don Francisco, que V.S. se sirva de declarar, no obstarle, y assi lo espera. Salva in omnibus T. I. D. C.

Lic. Don Sebastian Joseph de Ballesteros.

POR

D. ANTONIO LOPE BARRADAS Y PORTOcarrero, Marquès de Cortes de Graena, *num.* 57. *del Arbol.*

CON

DON CHRISTOVAL PORTOCARRERO, Conde del Montijo, *num.* 62. Conde de Villa Alonso, *num.* 59. Y con el Marquès de la Torre de las Sirgadas, *num.* 63.

Y CON

D. JVAN MANVEL FERNANDEZ PACHECO, Marquès de Villena.

A QVE TAMBIEN HA SALIDO EL SEñOR Fiscal por el derecho que el Conde de Palma, *n.* 61. tenia deducido en su demanda.

SOBRE

La Tenuta, y Possession del Estado, y Mayorazgos de Villa-Nueva del Fresno, Barca-Rota, Moguer, y otros, que vacaron por fin, y muerte de Don Pedro Fernandez Portocarrero, num. 56.

1 AVnque en las fundaciones, que estàn en los Autos, de estos Estados, y Mayorazgos, se quiera contemplar alguna diversidad, por vnas, y otras se demuestra con la mayor seguridad, que el derecho del Marquès de Cortes de Graena no puede ser competido por alguno de los demàs litigantes; y para darlo à entender pareciò preciso hazer separacion de la defensa en dos medios; pues por qualquiera de ellos es bien facil la comprobacion de su derecho.

2 En el primero se ha propuesto, que si se atienden las primitivas fundaciones, executadas por los verdaderos dueños de estos bienes, siendo, como son, regulares, se descubre de ellas vn derecho notorio, para que no se pueda negar al Marquès la tenuta de estos Estados; porque estando calificada su filiacion sin controversia (como està en el Arbol) se halla assistido de quantas reglas observan los Autores en la succesion de los Mayorazgos; y tiene vna conocida resistencia, de que todos los demàs litigantes, que han deducido sus demandas con el fundamento de las primeras fundaciones, le puedan hazer oposicion, siendo mayor la que se encuentra en la demanda puesta por el Marqnès de Villena, sin considerar, que su exclusion la autorizan tan elevados instrumentos, observados vniformemente por tan dilatado curso de tiempo, que parece ofensa de la razon el que se aya estimado por defensable su derecho.

3 Sobre este medio se ha discurrido en el primer papel con puntual conocimiento del atributo, y essencia de las primeras fundaciones, y con cuerda reflexion de la deseestimacion, que merecen las demàs demandas, sin que en quanto à esto tenga que reparar nuestro cuydado; y assi passarèmos al segundo medio, de que nos hemos hecho cargo, y es respectivo à la exclusion de los que fundan su derecho en las disposiciones, que suenan

otor-

ōtorgadas por el Maestre de Santiago Don Juan Pacheco, *num.* 8. y Doña Maria Portocarrero, *num.* 9. su muger, y especialmente del Conde del Montijo, *num.* 62. pues como mejor varon agnado de las lineas, que estàn en el Arbol, todos los demàs, mas han salido à coadiuvar el derecho de el Conde, que no à pretender esta succesion.

4 Y como todo el esfuerço, que se ha puesto por el Conde para succeder en estos Mayorazgos, consiste solo en dezir, que los llamamientos que dieron en su disposicion el Maestre de Santiago, y Doña Maria Portocarrero, su muger, sean de agnacion, y que siendo varon agnado debe succeder en este Mayorazgo; lo que se ha de probar en este informe, es, que quando, sin ofensa de la verdad, se huviesse de governar la succesion de estos Estados por estas fundaciones, y que no se estimasse como regular (como se ha probado en el primer papel) à lo mas que se puede estender su irregularidad es, à vna nuda, y simple masculinidad; y que siendo, como es, qualidad, que se halla en el Marquès, le haze tambien indisputable successor de estos Mayorazgos.

5 Discurriendo, pues, en la verdadera calidad de la fundacion del Maestre de Santiago, y su muger, antes que se descienda à los fundamentos, que persuaden el derecho del Marquès, es necessario para su mas perfecto conocimiento, suponer las reglas, que son mas proprias de la disputa, que con su pretension quiere suscitar el Conde del Montijo. La primera es, advertir, y notar la diferencia que ay entre los Mayorazgos de agnacion, y los de nuda masculinidad; porque aunque ambas calidades se aparten del concepto de la regularidad, en los de agnacion tienen por su principal objeto los fundadores la conservacion de su varonìa en la succesion continuada de varones, haziendo invtiles à las hembras, y à los varones de ellas, de semejantes succesiones; pero en los de nuda

mas-

masculinidad vnicamente se contempla el sexo, y la calidad de varon, sin la atencion à que proceda, ò no, de hembra, vt cum pluribus notat Roxas *de incompatibil. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 318. Joseph de Rosa *consult.* 69. *à num.* 19. D. Joseph Vela *disertat.* 49. *num.* 45. que toca la diferencia, aunque con alguna equivocacion en ambas calidades.

6 La segunda regla con que se halla el Marquès, como descendiente varon cognado de la primera linea de Don Juan Pacheco, y Doña Maria Portocarrero, es, de todas las que se discurren principales en la succesion de los Mayorazgos, y de su primera observancia, como es la linea, y el grado; pues en los Mayorazgos, que tienen calidad irregular, el orden de la succesion debe ser debaxo de la misma regla, que en los regulares, prefiriendose en ellos los que tienen la calidad contemplada, y se hallan en mejor linea, vt ex Castillo, Suelves, & alijs probat Roxas *de incompatib. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 324.

7 Descendiendo de lo general de estas reglas à lo particular de esta fundacion, y formando el concepto de su succesion por el contexto de las clausulas, *iuxt. leg. De his, ff. de transact.* ibi: *Inspectis cognitisque verbis testamenti*; *leg. Item veniunt, ff. de petit. hæred. leg. Mævia, ff. de manumis. testam.* D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 23. en ellas mismas se reconoce, que està tan lexos, que de sus llamamientos se pueda inducir concepto de agnacion, que nos persuadimos, que para su exclusion era solo suficiente el sentido literal de lo que demuestra su exterioridad; pero yà que se nos dà lugar à que se dispute lo que no tiene controversia, para que sea mas claro el convencimiento del intento del Conde del Montijo, se harà separacion de este segundo medio en dos discursos.

8 En el primero se discurrirà en los fundamentos, que destruyen el concepto de agnacion en los primeros

llamāmientos de vārones de eſtā diſpoſicion; y que à lo mas à que ſe puede eſtender la irregularidad, es à la calidad de vna nuda, y ſimple maſculinidad, ſubdividiendo eſte Diſcurſo en tres Parrafos.

9 En el ſegundo ſe probarà, que la calidad que tienen los llamamientos de eſta fundacion los ha declarado el Conſejo ſer de nuda, y ſimple maſculinidad; y que aſsi falta la razon de dudar en eſta ſucceſsion, para que ſe dexe de eſtimar al Marquès de Cortes de Graena por ſucceſſor de eſtos Eſtados.

Diſcurſo Primero.

§. I.

10 LOs llamamientos principales en que funda el Conde del Montijo ſu pretenſion, conſiſten en los que dàn Don Juan Pacheco, y Doña Maria Portocarrero, ſu muger, à Don Pedro Portocarrero, ſu hijo ſegundo, *num.* 13. que ſe expreſſan en la claulula 2. calificando ſu concepto con la clauſula 3. y 4. en que deſpues de los deſcendientes varones de Don Pedro, llaman à Don Diego Lopez Pacheco, *num.* 12. ſu hijo primogenito, y ſus deſcendientes varones; y en ſu defecto, al primer hijo varon, que tuvieſſen (que ſe verificò en Don Alonſo Tellez Giròn, *num.* 18. à quien llamaron) en que obſervan la miſma calidad, que en los antecedentes. Y, deſpues en la clauſula 5. dàn llamamiēto à ſus proprias hijas; y en la 6. à ſus nietas, hijas de ſus hijos; cuyas clauſulas no repetimos en eſte papel, por eſtàr impreſſas, y pueſtas en el Memorial ajuſtado, *à num.* 81.

11 Sin que en todos eſtos llamamientos aya para ſu irregularidad otra eſpecialidad para inducir concepto de agnacion, que el querer ſacarla de el repetido llamamiento de varones; pero no eſtando circunſtanciado con

la

la calidad reduplicativa de varones de varones, ò varones descendientes por linea masculina, ò no aviendo vna exclusion absoluta de las hembras, *ex vi verborum*, en el llamamiento de varones se comprehenden, assi los agnados, como los cognados, los que proceden de la linea masculina, como los de la femenina; *ex leg. Sed si hac, §. Liberos, ff. de in ius vocand. leg. 2. §. Quod ait Prætor, ff. qui satisd. cogant. leg. Cognoscere, §. Liberorum, ff. de verbor. signific.* siendo lo mas que se puede deducir de este primer llamamiento de varones, que los fundadores amaron, la masculinidad, pero no la agnacion, por ser el sexo de varon mas idoneo, para servir al Principe, y à la Patria, y conservar la memoria de sus mayores; *iuxta leg. 1. ff. de Senatorib. leg. fin. ff. de fide instrum. leg. Titia cum testamento*, 34. *§. Lutius Titius*, 6. vbi Bald. *num. 2. ff. de legat. 2.* Francis. Sous. *in leg. Fœminæ, ff. de reg. iur. num.* 47. Vela *disert.* 49. *à num.* 7. Roxas *de incompatibil. part. 1. cap. 6. num.* 319.

12 Y aunque entre los Autores antiguos se mirò con gran discordia la resolucion de esta question, siendo contrarios en esta controversia, Ricardo de Malumbre, y Ancarrano en el *cons.* 339. que defendieron la opinion negativa, à Raphael Fulgocio *cons.* 85. *aliàs* 86. (que es el celebrado contra los dos) su dictamen, y sentencia, que fue, que en el llamamiento de varones, aunque sea repetido, se comprehenden, assi los agnados, como los cognados, se ha llevado el aplauso para seguirse en todos los Tribunales de Europa, y su opinion se observa como regla por los Autores de nuestro primer respeto; pues esta sentencia enseña el señor Luis de Molina *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 48. & ibi Add. que testifican de la practica del Consejo, con los exemplares que refieren *dict. num.* 48. vers. *Tunc verò ratio conservandæ agnationis cessat*; y cita à Mantica, Peregrino, Simon de Pretis, Raudense, Gamma, Mieres, Velazquez de Avendaño, Mario Cutel. *ad*

le-

leges Martini, notab. 53. D. Gregorio Lopez *in leg.* 3. *tit.* 13. *part.* 6. *glos.* 2. *quæst.* 19. vers. *Sed quid ex dispositione*, Anton. Fabr. *de errorib. prag. decad.* 28. *err.* 8. Lara *de vita homin. cap.* 30. *num.* 72. D. Larrea *decis.* 34. *per totam*, Suelves *cent.* 3. *cons.* 5. *per tot.* Roxas *de incompatib. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 318.

13 Siendo de este mismo dictamen Don Juan del Castillo, porque aunque en el *lib.* 2. *controu. cap.* 4. & *lib.* 5. *cap.* 92. *à num.* 2. & *lib.* 3. *cap.* 29. se mostrò vario, y quedò indeciso en esta opinion, premeditandola mejor, se declara despues, y conociendo su error, se corrige en el *lib.* 5. *controu. tom.* 6. *cap.* 129. *præsert. num.* 5. 6. 45. 46. & *seqq.* & *in cap.* 130. *num.* 5. & *cap.* 131. & 133. §. *vnic.* defiende vigorosamente la comprehension de los agnados, y cognados en el llamamiento de varones, & *dict. cap.* 129. *à num.* 51. *vsq. ad* 54. passa à dezir, que los Autores que defendieron la opinion negativa se llevaron de las costumbres municipales de Italia, y otras Provincias, en que las mugeres, y su progenie, las miran con tanto ceño, que no las estiman ser de la familia, y ay frequentes estatutos, que las excluyen, assi lo explica Paulo de Castro en el *cons.* 409. *num.* 52. y lo advierte por regla el Carden. de Luca *de fideicommis. in summar. num.* 237.

14 No sucediendo este reparo en los Mayorazgos de España, en que mas atentas las leyes con las mugeres, las hazen succesibles, conservan las familias, y gozan de todas las prerrogativas de primogenitura, D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 4. *ex num.* 5. Castillo *lib.* 6. *controu. cap.* 138. *num.* 18. D. Crespi *observat.* 22. *num.* 58. y esta consideracion moviò à Menochio, que fue vn accerrimo defensor de la sentencia contraria en muchas partes de sus consejos; y especialmente en el *lib.* 2. *cons.* 172. à defender la opinion, que se và fundando, por mas segura, y conforme à los fueros, y leyes de Castilla, *in leg.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. con

que

que es visto conformarse siempre los fundadores, *ex leg. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. ad Trebel.* fundandolo con admiracion en los *numer. 26. y 27. & seqq.*

15 De forma, que esta disputa yà no es questionable en España; porque en sus Tribunales ha merecido siempre el predicamento de ley, aun con los mismos Autores Italianos, Joseph de Rosa *consult. 69. num. 4.* Carden. de Luca *de fideicommiss. disc. 11. à num. 5. & discurs. 25. à num. 3.* y en el *disc. 26. num. 2.* dize estas palabras: *Hodiè recepta est pro regula, vt sub nomine filiorum, & descendentium masculorum spectato solo sexu, & non curato medio veniant omnes masculi, tàm agnati, quàm cognati.* Torre *de Maioratib. Ital. part. 1. cap 25. §. 12. ex num. 135. & §. 24. à num. 263. cum seqq. & cap. 38. §. 13. num. 402.* ibi: *At contraria sententia est in iure verior, quod per simplicis masculinitatis mentionem, etiam repetitam, non dicatur agnatio contemplata, nisi alia interveniant inditia, & coniecturæ idem suadentes.* Et postea: *Et quod expressio masculinitatis in maioratibus ex se importat sexus prædilectionem, non vero agnationis contemplationem.* Et inferiùs: *Et quod hæc eadem sententia exclusiva contemplationis agnationis, per simplicem licet repetitam masculinitatis mentionem placuisse Dominis de Rotta.*

16 Esto tiene mayor recomendacion para seguirse con seguridad en las clausulas de esta fundacion, en que, no solo en el primer llamamiento de Don Pedro, *num. 13.* estàn llamados todos sus descendientes varones, como se refiere en las palabras finales de la clausula 2. ibi: *E ansi ande, è se herede, è vaya por todos los descendientes varones*: que son palabras colectivas, y vniversales, que comprehenden à los varones agnados, y cognados, *vt ex leg. Iulianus, leg. Testatorem, ff. de legat. 3. cum vulgat.* Joseph Ramon *cons. 100. num. 218.* ibi: *Quamvis apta dispositio sit comprehendere propter dictionem* omnes, *quæ*

nullum videtur excludere; D. Valenç. *conſ.* 135. *num.* 101. Joſeph de Roſa *conſult.* 69. *num.* 84. pulchrè Peregrino *de fideicommiſ. art.* 26. *num.* 10. ibi: *Limita non nullis modis; primò, quando conceſsio reperiretur facta proſe, & deſcendentibus maſculis quibuſcumque; tunc enim ob illam vniverſalem, includerentur etiam maſculi ex fœminis procedentes, ſic in feudalibus, quod fortiùs eſt conſulerunt*; apud Bruno, Jaſon, Socino, Surdo, & alijs. Et infrà: *Nàm vniverſalis locutio facit, vt contineantur etiam, quæ non veniunt ſub indefinita*; *leg. Iulianus, ff. de legat.* 3. Cephal. *conſ.* 126. *num.* 2. Natta *conſ.* 63. *n.* 13. en cuyos terminos ceſſa abſolutamente la duda.

17 Sino que en la clauſula 3. en que dàn los fundadores ſegundo llamamiento à ſu hijo Don Diego, *n.* 16. deſpues de Don Pedro, repiten las miſmas palabras, ibi: *E falleciendo vos el dicho Don Pedro, nueſtro fijo legitimo, E TODOS LOS DESCENDIENTES LEGITIMOS, E VARONES.* Y en la clauſula 4. en que dàn llamamiento al primer hijo varon, que tuvieſſen deſpues de Don Diego, dizen: *E falleciendo el dicho Don Diego Lopez, nueſtro fijo legitimo, E TODOS LOS DESCENDIENTES DE EL, LEGITIMOS VARONES.* Y lo que obra la repeticion de eſta vniverſalidad, lo dize el *text. in leg.* 1. *§. Sciendum, verſ. Ego putò, ff. de ædilit. edict.* ibi: *Tollendæ dubitationis gratia bis idem dixiſſe*; *leg. Balliſta, ff. ad Trebel.* cum alijs à Caſtillo *adductis, lib.* 4. *controu. cap.* 52. D. Valençuel. *conſ.* 53. *num.* 7. que es quitar la duda de que ſe entienda comprehendido en eſte primer llamamiento el Marquès de Cortes de Graena, como deſcendiente varon cognado de la primera, y mejor linea de Don Pedro Portocarrero, *num.* 13. à quien ſe diò el primer llamamiento.

18 Siendo conſiguiente, que ſi en las lineas de Don Pedro, *num.* 13. lo mas que ay, es vn llamamiento generico, y vniverſal de varones, ſin la calidad reduplicativa

de

de varones de varones; ni aviendo la circunstancia especial para inducir la agnacion, que se saca de las palabras, *por la linea masculina*, ni exclusion absoluta de las hembras, pues se haze repetida mencion de ellas, como se dirà despues, no se puede dezir, que en el llamamiento de varones està contemplada la agnacion, sino la nuda masculinidad; y assi en este primer grado este Mayorazgo es de nuda, y simple masculinidad; en cuya calidad, aunque las mugeres estèn excluìdas, pues no se pueden comprehender en el llamamiento de varones, *ex leg.* 1. *Cod. ad leg. Iul. de adulter.* D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 30. *&* 37. vbi Add. Castill. *lib.* 2. *controu. cap.* 4. *à num.* 68. D. Larrea *decis.* 34. *num.* 46. no sirve de embarazo à los varones cognados para succeder, *ex iam dictis.*

19 La opinion referida, que se ha puesto por primero, y principal fundamento del derecho del Marquès de Cortes de Graena, es mas firme, y segura en esta disposicion, hecha por Don Juan Pacheco, y Doña Maria Portocarrero, su muger, aunque se considere en los estrechos terminos en que hablan los Autores, sobre si el repetido llamamiento de varones induce agnacion, que es quando està contemplada expressamente; y aunque esta expresion se pueda suplir por congeturas, y argumentos evidentes (no obstante la *leg.* 13. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopilat.*) que se deducen de la misma fundacion, *ex leg. Licèt Imperator, ff. de legat.* 1. ibi: *Si non fuit evidens diversa voluntas, quæ ex multis colligitur.* Castillo *lib.* 4. *controu. cap.* 16. *num.* 100. Rosa *consult.* 69. *num.* 32. especialmente en los Mayorazgos fundados antes de el año de 1615. en que se estableciò, y promulgò la *ley* 13. aunque en los terminos de ella funda lo contrario Don Joseph de Vela *disert.* 49. *num.* 62. oponiendose à Don Juan del Castillo; pues dize, que la decision de aquella ley no fue limitada à las disposiciones posteriores, sino que comprehendiò vnas, y otras, en fuerça de decla-

ra-

racion, ponderando las palabras: *Fue acordado, que debiamos de mandar, y declarar, como declaramos, y mandamos.*

20 No se halla en esta disposicion la mas leve congetura para persuadir la agnacion, sino muchas evidencias para excluìrla; porque el segundo fundamento, que califica su exclusion en los primeros llamamientos de varon, procede de la calidad de los que se quieren llamar fundadores, que son el Maestre Don Juan Pacheco, y Doña Maria Portocarrero; y en este caso, aunque se considere la varonìa en los Mayorazgos hechos por marido, y muger, nunca se presume la agnacion, como mas odiosa, sino la nuda, y simple masculinidad; porque no se puede creer, que la muger aborreciesse su proprio sexo, *ex cap. 1. de natur. succes. feud.* ibi: *Nisi ex pacto, vel nisi fœmineum; leg. fin. Cod. de suis, & legitim. hæred.* & ibi Glossa, verb. *Nepotibus*, ibi: *Ex filio, vel filia cum de hæreditate fœminæ agitur*; Joseph de Rustic. *in leg. Cum avus, ff. de condit. & demonst. lib. 6. cap. 16. num. 14.* D. Molin. *lib. 3. cap. 5. num. 73. & 74.* Vela *disert. 49. num. 63.* D. Valenç. *cons. 97.* que habla en terminos de Mayorazgo, hecho por marido, y muger, y con la repeticion de llamamientos de varones, aun mayor de la que està puesta en esta disposicion, fundando latissimamente esta consideracion *à num. 63.*

21 Habla tambien en terminos de Mayorazgo hecho por marido, y muger, Suelves *cent. 3. cons. 5.* cuyo epigraphe es: *Appellatione descendentium masculorum in Maioratibus, & Fideicommissis, quando veniant masculi ex fœmina*; y resolviendo esta question en la forma, que la dexàmos propuesta en el *num. 54.* trae esta conclusion, quando en la disposicion interviene marido, y muger, Casanat. *cons. 38. num. 72.* Don Juan del Castillo *dict. lib. 2. controu. cap. 4.* pues aunque, como hemos dicho *supra num. 13.* quedò indeciso en la compre-

hen-

henſion de los agnados, y cognados en el llamamiento de varones, no la duda en la diſpoſicion hecha por marido, y muger, como ſe puede vèr en el *num.* 148. ibi: *Quod ſi in diſpoſitione facta per maſculum, & fœminam fit mentio de filijs, & deſcendentibus, veroſimile eſt eos intellexiſſe de deſcendentibus vtriuſque ſexus; quoniam ſicut maſculus ſexum maſculinum dilexit, ita fœmina ſexum fœmeninum pariter dilexiſſe præſumitur*; Juan Torr. *de Maioratib. Ital. part.* 1. *cap.* 25. §. 24. *num.* 279. ibi: *Et extenditur regula prædicta, etiam in diſpoſitione ordinata à marito, & vxore.*

22 Eſto es lo que reſuelven los Autores en terminos de Mayorazgos hechos por marido, y muger de los bienes de vno, y otro; conſtituyendo por limitacion preciſa de la queſtion la comprehenſion de los varones agnados, y cognados, ſiendo ſuperior ſu razon en eſte caſo, en que los bienes comprehendidos en eſta diſpoſicion eran todos, ò los mas, principales de Doña Maria Portocarrero, poſſeyendolos por titulo de Mayorazgo, derivado de ſus anteceſſores, y con vna facultad, que ſe concediò bien general para fundar Mayorazgo, ſe quieren, no ſolo alterar los llamamientos de la primera diſpoſicion, à que no mirò la facultad, como ſe deduce del tenor, y ſentido literal de ſus palabras; ſino que ſe intenta, que aviendo concurrido en eſta diſpoſicion marido, y muger, no ſe aya de comprehender en vn general llamamiento de deſcendientes varones à los varones de las hembras, que es bien ageno, y eſtraño de los fundamentos, que mueven à todos los Autores, aſsi Eſpañoles, como Eſtrangeros, à que en eſte genero de diſpoſiciones no ſe preſume, ni ſaca la agnacion del llamamiento de varones, ſino la nuda maſculinidad.

23 Proſiguiendo en las clauſulas nace el tercer fundamento para la excluſion de la agnacion del llamamiento eſpecial, que tienen las hembras en eſta diſpoſi-

cion; porque vno de los mãs eficazẽs argumentõs, que ay para deſtruir el concepto de agnacion, es el llamamiento de hembras en qualquiera parte de la diſpoſicion; cuya doctrina enſeña, como advertencia principal en eſta materia, D. Molina *de Hiſpan. primogen. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 50. vbi ex Bald. ita inquit: *Quoties in aliqua parte, ſeu clauſula primogenij vocantur fœminæ, etiam ſi plures in eo primogenio maſculi vocati fuerint, in ea non cenſetur habita agnationis ratio.* Add. ibid. Caſtillo *lib.* 2. *controu. cap.* 4. *num.* 178. *& lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 57. *& lib.* 5. *cap.* 93. *§.* 2. *num.* 9. *&* 10. *& cap.* 129. *num.* 45. *& cap.* 131. *num.* 18. Auguſt. Barboſ. *vot.* 126. *num.* 16. Vela *diſert* 49. *num.* 87. Fragoſ. *de Regim. Reipub. Chriſt. part.* 3. *lib.* 1. *diſput.* 20. *num.* 51. Suelves *cent.* 3. *conſ.* 5. *à num.* 48. Joſeph de Roſa *conſult.* 69. *num.* 22.

24 Siendo en eſte caſo mas concluyente la excluſion de la agnacion con el llamamiento de las hembras, pues para contemplarla era neceſſario, que antes que las miſmas hembras la tuvieſſen todos los varones, aunque fueſſen colaterales del fundador, prefiriendolos à los varones deſcendientes de las miſmas hijas, vt cum pluribus probat Peregrino *de fideicommiſ. artic.* 25. *num.* 27. Mantic. *de coniectur. lib.* 6. *tit.* 15. *num.* 7. D. Valenç. *conſ.* 97. *num.* 57. *&* 58. ibi: *Ad deducendam conſervationem agnationis neceſſarium eſt ante fœminas vocaſſe, non ſolum omnes deſcendentes maſculos, verùm conſanguineos colaterales, quia ſi ante eos vocat fœminam, licet diſpoſitio multoties faciat mentionem maſculorum, non cenſetur habita agnationis ratio.*

25 Conformandoſe con eſte dictamen Don Juan del Caſtillo *lib.* 5. *controu. cap.* 92. *num.* 16. *& cap.* 133. *num.* 18. *& in §. vnic. num.* 7. vbi in fine inquit: *Omnino defeciſſe animum conſervandæ agnationis videtur;* Lara *de vita homin. cap.* 30. *num.* 96. Suelves *dict. cent.* 3. *conſ.* 5. *num.* 52.

Sin

26 Sin que à esto se oponga la solucion, que en contrario se puede proponer, diziendo, que la agnacion se puede contemplar limitadamente à ciertas lineas, y grados, sin que se estienda à otros, *ex leg. Quæ conditio, ff. de condit. & demonst.* D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 37. vbi Add. *& in num.* 50. Lara *de vita homin. cap.* 30. *num.* 85. Vela *disert.* 49. *num.* 69. Roxas *de incompatib. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 307. Joseph de Rosa *consult.* 69. *num.* 24. y que en la disposicion de este Mayorazgo solo se contemplò la agnacion en los hijos varones de los fundadores; y que aviendo sido limitada à ellos, no se excluye por el llamamiento posterior de las hembras, hijas, y nietas del fundador, y de los varones cognados, descendienres de ellas.

27 Porque se responde, que aunque sea cierto, que la agnacion puede ser absoluta, ò limitada, conforme al arbitrio, y voluntad de los fundadores, es tan repugnante el llamamiento de hembras, ù de varones cognados, descendientes de ellas, que para inducir agnacion en las primeras substituciones, es necessaria vna voluntad clara, y expressa, vt docet D. Molina *dict. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 50. vers. *Ex quibus*; à donde, respondiendo à la doctrina de Ancharrano, y otros, que sintieron, que el llamamiento de hembras no excluìa el concepto de agnacion, ita ait: *Nam, vel ea omnia falsa sunt, vt ex superius adductis comprehenditur, vel erunt intelligenda vno vx duobus modis: Primò, quando ratio conservandæ agnationis à testatore expressa fuit, non autem quando illam volumus ex vocatione masculorum deducere; tunc namque illam deducere, non possumus, quando in aliqua parte cognatus vocatus fuit.* Mieres *de maiorat. part.* 2. *quæst.* 6. *n.* 259. ibi: *Si quis faciat maioratum, & vocet filios ex aliqua filia, quamvis prius masculos vocaverit, veniunt masculi ex fœminis in tali successione maioratus.*

28 Don Juan del Castillo *lib.* 5. *controu. cap.* 92. *num.*

num. 15. vers. *Addiderim*, ibi: *Addiderim ego præfatos AA. satis apperte præsentire, neque inter masculos, quibus agnationis ratio, & qualitas convenire posset, agnationis rationem dari, considerari vè posse, in hoc casu, nec præsumi posse habitam fuisse ex quo masculi ex fœminis sunt expresè vocati, vel mixti cum alijs masculis, atque ita loqui eosdem quando sic invenimus dispositum, & in dubio versamur; tunc namque ex vocatione masculorum ex fœminis, verosimiliter credendum est, nullo modo agnationis rationem consideratam fuisse, cum ipsa masculis ex fœminis, non conveniat.* Et infrà: *Sanè aliud dicendum esse quando expresè, sive etiam tacitè ex coniecturis, quæ concludenter id inducerent, inter eos saltim quibus convenire posset habitam fuisse agnationis rationem constare, vt inter eos quandiù durarent conservaretur, quod tamen in dubio præsumi non potest, nisi aliud expræsim appareat, ex quo masculorum ex fœminis vocatio omnem elidi coniecturam, & præsumptionem.*

29 De que se infiere, que no aviendo en nuestro caso expresion de voluntad, por donde se pueda formar concepto de agnacion en los primeros llamamientos de los hijos, y que esta se pretende inducir, y sacar, *ex repetita masculorum vocatione*, se aplican con la mayor propriedad los terminosen que habla el señor Luis de Molina *dict. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 50. Castillo, y Mieres *vbi proximè*, para dezir, que el llamamiento de hembras en esta disposicion destruye absolutamente el concepto de agnacion, que es el fundamento principal en que se funda el Conde del Montijo para succeder en estos Estados.

30 Assegura, y corrobora las consideraciones antecedentes el quarto fundamento, que se deriva de vna regla, que es constante en las succesiones de los Mayorazgos, en que aviendo duda, si sus llamamientos son de agnacion, ù de nuda, y simple masculinidad, se haze el concepto siempre de estimarse de esta segunda calidad,

dad, por ser menos exorbitante, mas templada, y conforme à la *ley* 2. *tit.* 15. *part.* 2. como lo advirtiò Don Juan del Castillo *lib.* 5. *controu. cap.* 129. *num.* 4. vers. *Hactenus, & num.* 6. vers. *Quamvis*, ibi: *Et quamvis vrgere videantur in contrarium ea, quæ Menochius, post alios Ioseph de Rustic. & alij contra masculos ipsos ex fœminis tradiderunt, verè tamen, nisi manifestis, & evidentibus coniecturis iura sua ostenderent, atque ex verbis, & tenore dispositionis eas desumpserint tot illas coniecturas, quæ pro masculis ex fœmina, ex sola masculorum vocatione simpliciter facta vrgent elidere non poterunt.*

31 D. Larrea *decis.* 34. *num.* 44. ibi: *Nec magis suadebit agnationem dixisse testatorem, velle semper succedere masculum, & non fœminam, nàm verbum MASCVLVS comprehendit similiter eum, qui ex fœmina, vt est in definitum; & ideò omnes masculorum species comprehendere debet, maximè in materia favorabili, vt censeatur potiùs maioratum regularem, quam agnatitium iudicari.* Et infrà: *Et ideò similiter accipienda substitutio in definita masculorum, ac si substitueretur simpliciter, quicumque masculus, nec qui ex fœmina excludendus, nisi expressè adiscerent solum vocare masculum agnatum.* Y lo mismo repite *num.* 65.

32 Mar. Cutel. *tom.* 2. *decis.* 26. que escriviò sobre el Estado de Denia. Y en el *num.* 2. ita ait: *Vndè in volentem probare per masculos vocatos intellige debere agnatos, & non cognatos promiscuæ transit onus illud dilucidius ex coniecturis evidentibus ostendere.* Y prosigue en los *numeros* siguientes, transcriviendo los lugares de Castillo, y del señor Larrea.

33 Roxas *de incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 324. ibi: *Sin autem, non fuit clarè, ac explicitè, seu evidentissimè contemplata agnatio, admitti debet masculus ex fœmina, quia successio ei defertur suo loco, & gradu, ac*

si maioratus regularis esset. Et vltrà: *Quod de iure nostro hoc indubitatum est, nàm prater exclusionem fœminarum, in omnibus alijs casibus ad successionem maioratum in Hispania debet observari. Leg.* 2 *tit.* 15. *part.* 2. *& eius regulæ*; citando para su comprobacion diferentes autoridades.

34 Deducese el quinto fundamento para excluìr la agnacion de la impropriedad que se siguiera, si se entendiera contemplada en esta disposicion, no solo por lo que hasta aqui se ha fundado para probar, que este es Mayorazgo de nuda, y simple masculinidad, assi por la calidad del llamamiento de varones, como por ser esta disposicion hecha por marido, y muger, en que tienen llamamiento las hembras; que es circunstancia, que se opone à la razon de querer conservarla; sino porque no se avrà visto en pleyto de esta calidad la repugnancia, y contradiccion, que tiene el querer sacar agnacion de las clausulas de esta disposicion.

35 Porque lo que regularmente sucede en los Mayorazgos de agnacion, es, el deseo de conservar la varonìa del fundador, con el Nombre, y Apellido de sus Armas, entendiendose esta observacion, aunque formal, y expressamente no se prevenga en las clausulas; pues por su naturaleza se deben tomar, y traer por los successores el Apellido, y Armas de la agnacion, que se manda guardar, como fruto, y principal consequencia, de que por este medio se atienda à su memoria, y se conserve el lustre de las Casas, y explendor de las Familias, Cujat. *lib.* 1. *obseru. cap.* 35. Casanat. *cons.* 47. *num.* 24. y el motivo fundamental de excluìr à las hembras, y varones de ellas, es, para que no se obscurezca con estraño Apellido, y agenas Armas; y de esto nace, que para entenderse, que los llamamientos de esta disposicion eran de agnacion, que precisamente avia de ser del Maestre Don Juan Pacheco, de quien pudieran sus descendientes varones con-

ser-

ſervarla, ſe halla diſpueſto lo contrario en eſta diſpoſicion.

36 Pues como ſe ha dicho intervino en ella marido, y muger, los bienes que ſeñalaron para la ſucceſsion de eſte Mayorazgo en la clauſula 1. como ſe ha referido, los poſſeìa por titulo de Mayorazgo Doña Maria Portocarrero, muger del gran Maeſtre; ſin que en todas las clauſulas de la diſpoſicion principal aya precepto, ni condicion de Apellido, y Armas de Pacheco; antes bien en el teſtamento de Doña Maria, en que haze mencion de ſu diſpoſicion expreſſamente, ſe previene en el §. 101. que Don Pedro, primer llamado, *y todos los que deſpues de èl ſuccedieren en el Mayorazgo de Moguer, è Villanueva, con todo lo que en èl ſe contiene, aſsimiſmo ſuccedan en el Titulo, è Nombre de mi Linage, donde yo me llamo.* Y como reſulta del Arbol, y de la noticia, que es notoria, ſe ha vſado ſiempre por los deſcendientes de Don Pedro, de quien deſciende el Conde del Montijo del Apellido de Portocarrero, y de ſus Armas, olvidando el Apellido de Pacheco, que es el que propriamente le conviene, como deſcendiente varon agnado de Don Juan Pacheco, de quien preciſamente ſe avia de conſervar la agnacion, ſi los llamamientos de varones fueſſen de eſta calidad.

37 Reconozcaſe, pues, ſi ſe avrà viſto haſta aora impropriedad, ni inverosimilitud, como la que ſe quiere dàr en eſte pleyto con los llamamientos de varones, queriendolos hazer de agnacion; porque el querer conſervarla con ageno Apellido, *nec vſquam viſſum, nec vſquam relatum; ex leg. 1. ff. de Senatorib.* pues lo que regularmente ſe pondera por congetura de agnacion en los Mayorazgos, es el precepto, y condicion de Apellido, y Armas; y aunque no ſea por sì baſtante para perſuadirla, la alienta; y coadiuva para esforçar mas ſu concepto, como lo reconocen Add. ad D. Molina *lib. 2. cap. 14. num. 9.* y la ponen por congetura de agnacion, Mie-

res *de maioratib. part. 2. quæst. 6. num.* 23. Robert. *rer. iudicat. cap.* 3. *circa medium*, Theodor. Heping. *de iur. insign. cap.* 8. §. 4. *memb.* 1. *num.* 335. D. Valençuela *cons.* 40. *num.* 30. Tondut. *quæst. civil.* 138. *part.* 2. *num.* 17.

38 Ni se puede de ninguna forma tolerar este concepto; pues no solo tiene resistencia en la razon, sino en la misma voluntad de Don Juan Pacheco, y Doña Maria Portocarrero, que ordenan en la clausala 13. lo siguiente: *Si alguna duda ay, ò puede aver en esta nuestra carta, queremos, è es nuestra intencion, è voluntad, que sea entendida, è juzgada, como mejor, è mas verosimilmente se puede, è debe entender à nuestro pro, è sanamiento de nuestros successores, è de los que de nos, è de ellos ovieren causa, è mas conforme à nuestra voluntad.*

39 Y en la aprobacion, que se haze por el señor Rey Don Enrique de la disposicion antecedente, §. 96. ordena, y manda esto mismo, ibi: *Que si alguna duda ay, è oviere en el dicho Mayorazgo, que sea entendida, è juzgada, como mejor, è mas verosimilmente se puede, è debe entender à pro, è sanamiento de vos los dichos Marquès, è Marquesa, è de vuestros successores, è de los que de vos, è de ellos ovieren causa, è mas conforme à vuestra voluntad, è disposicion.*

40 Sacandose del sentido literal de esta clausula, que la voluntad, è intencion de Don Juan Pacheco, y Doña Maria Portocarrero, fue solamente desear lo que es mas verosimil, y lo que se considera por menos odioso, y exorbitante; y como esto se verifique en la calidad de nuda masculinidad, *vt est dictum supr. num.* 30. de las palabras de esta clausula, se deduce vna expresion de su voluntad, de que en el simple llamamiento de varones, que està dado à los hijos *ad summum*, estàn comprehendidos los agnados, y cognados, como sentido mas natural, y conforme à la *ley* 2. *tit.* 15. *part.* 2. y en esta forma

se

se evitã el absurdo, è impropriedad, que se sigue de querer sacar agnacion de los llamamientos de esta disposicion, que ordena por precepto el Apellido de Portocarrero, que la destruye; siendo la razon, porque entre dos sentidos, que sean entre sì contrarios, ò equivocos, debe elegirse aquel en que aya mas vnion, y conformidad, y que sea menos vicioso, *ex leg. In ambigua*, 19. *ff. de legib.* ibi: *In ambigua voce legis ea potiùs accipienda est interpretatio, quæ vitio caret*; y explicando Anton. Fabr. este texto, dize: *Id est propter quam fiat ne quid malè, & absurdum constitutum videatur*; notandose esta conclusion *in leg. Quoties*, 13. *ff. de reb. dub.*

41 Confirmandose esto mismo, aunque faltàra esta clausula en esta disposicion, por otra regla, que es cierta en la sucesion de los Mayorazgos, que es, que à la voluntad siempre se le ha de dàr aquella interpretacion, que la haga mas conforme con el Derecho, *ex leg. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. ad Trebel.* vbi Bart. & DD. Menochio *de præsumpt. lib.* 1. *quæst.* 29. Simon de Pretis *lib.* 1. *dub.* 4. *solut.* 11. Vela *disert.* 49. *num.* 26. infiriendo nuestros AA. de esta regla, que en caso de duda ha de prevalecer la voluntad, q̃ se proporciona, y ajusta mas à la menor irregularidad de los Mayorazgos de España, D. Covarrub. *lib.* 2. *variar. cap.* 5. *num.* 4. & 5. D. Molina *lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 1. & 2. & *cap.* 4. *num.* 13. & 14. & *cap.* 13. *num.* 50. Peregrino *cons.* 39. *à num.* 10. *lib.* 1. D. Gregor. Lopez *in leg.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. verb. *Maioria*, D. Valenç. *cons.* 97. *num.* 170.

42 De suerte, que de todo esto resulta vna exclusion manifiesta del vnico fundamento, en que estriva toda la defensa del Conde del Montijo, que consiste en suponer, que los primeros llamamientos de los hijos del fundador, y de sus descendientes varones, fueron de rigorosa agnacion; y siendo, como es, contrario este concepto à las clausulas principales de esta fundacion, en que

 solo

solo se puede contemplar la nuda masculinidad en los primeros llamamientos de varon, concurriendo esta calidad en el Marquès de Cortes de Graena, es preciso que se continùe la succesion de este Mayorazgo en su linea, hasta que enteramente falten todos los descendientes varones de ella, de que fue cabeza Don Pedro Portocarrero, *num.* 13. y primer llamado, *ex cap.* 1. *de natur. succes. feud. Ad omnes, & ad eos, qui ex illa linea sunt ex qua iste fuit. Leg. Quandiù, ff. de adquir. hæredit. leg. Cum filius, ff. de bon. liber.* ibi: *Et sine dubio, qui in sequenti gradu sunt, non admittentur interim*; Castill. *lib.* 5. *controvers. cap.* 96. *n.* 4. D. Valenç. *cons.* 96. *n.* 9.

§. II.

En que se discurre sobre las clausulas 5. *y* 6.

43 HAsta aqui se ha discurrido en las clausulas principales de esta disposicion, excluyendo por ellas la agnacion, que es el principal argumento de que se vale el Conde de el Montijo para esta succesion, dexando fundado lo que obra el simple llamamiento de varones en el §. antecedente, *à num.* 11. y aora solo se dirà, por regla de los terminos en que entra la duda, sobre si el llamamiento de varones induce agnacion, que esto se entiende quando es continuado en toda la fundacion, y quando no ay llamamiento de hembras en alguna parte de la disposicion, D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 29. ibi: *Quando maioratus institutor masculos ad primogenij succesionem invitavit, nec fœminam in aliqua parte maioratus admisit.*

44 Discurriendo en esta forma los Autores, y debaxo de este supuesto, sin que alguno mueva la duda en el caso de que solo estèn llamados algunos varones, omitidos otros, y en el intermedio substituìdas las hembras,

como

como sucede en esta disposicion, en que se haze repetida mencion de ellas en los segundos, y terceros llamamientos.

45 Y tambien se dexa advertido en este lugar la repugnancia que tiene la agnacion, que se pretende persuadir; pues ni en las clausulas de esta disposicion, ni en el proemio de ella, que era el lagar proprio, como observa Melchor Febo en la *decis.* 39. *num.* 13. ibi: *Ad ignoscendum an sit agnationis, aut cognationem includat, semper attendi debet ad regulam, quam in principio testatoris præfixit*; no declaran los fundadores el animo de conservarla entre sus descendientes, pues solo dizen en el principio de la clausula primera: *Fazemos, è constituìmos, è ordenamos, è establecemos Mayorazgo perpetuo para siempre jamàs de lo que se sigue, è cada vno de nos en lo que le atañe, è incumbe.*

46 Ni en el resto de toda la disposicion ay palabra alguna de que se pueda inducir el concepto de conservarla, que es la consideracion mayor, que puede aver para excluìrla, como pondera Ambrosin. *decis. Perus.* 10. *vbi num.* 20. ita ait: *Et confirmantur ista, quia testator nullibi saltim vnico verbo expræsit aliquid de agnatione, vel de causa sua, prout fieri solet à testatoribus, qui intendunt agnationem suam prospicere; si enim testator voluisset agnationis conservandæ rationem habere, vtique hoc dixisset, & cum non dixerit præsumendum est, quod noluerit, quia quod expressum non est ad exclusionem trahi non debet.* Rott. Roman apud Farinac. *in novissim. decis. decis.* 491. *num.* 3. ibi: *Eoque magis id suadere Dominis videbatur, quia in solo testamento nullum verbum de agnatione habetur.*

47 Surdo *decis.* 84. *num.* 9. vbi ex Molin. *Quòd, & si in primogenio Hispanorum masculus excludat fœminam, tamen si factum est simpliciter, vel favore memoriæ conservandæ, vel familiæ, & Domus, & cippi, vel alterius*

rius nominis, dumtamen non fiat mentio agnationis fœmina succedit. Hodiern. *controu.* 11. *num.* 24. *Quotiescumque in testamento agnationis mentio facta, non sit indistintè, fœminæ in masculorum defectum succedunt*; Castillo *tom.* 6. *controu. cap.* 129. *num.* 44. ibi: *Nec debet suppleri, aut imaginari alia ratio à legibus Hispaniæ non cognita, qualis est conservationis agnationis causa, nec ab institutore ipso, aut disponente expressa, cui facilè esset exprimere.*

48 Es muy propria la consideracion de estas doctrinas para aplicarse à la controversia presente, en que funda el Marquès de Cortes de Graena su derecho en la exclusion de la agnacion, margenando el concepto de esta succesion al sentido verdadero, con que se debe examinar la voluntad del gran Maestre, y Doña Maria Portocarrero en el animo firme, y constante de su disposicion, pues la inteligencia de su intencion se deduce de lo mismo que hizieron hallandose con muchos bienes para dexar acomodados sus hijos, haziendo vn Mayorazgo de tan quantiosas rentas, y de tan estimable valor, como se registra en el que pusieron en cabeza de Don Diego Lopez Pacheco, *num.* 12. su hijo primogenito; cuya succesion se continùa en el Marquès de Villena, componiendo otro Mayorazgo para Don Pedro Portocarrero, su hijo segundo, *num.* 13. de los bienes que gozaba, como tales, Doña Maria Portocarrero, heredados de sus ascendientes, para que se perpetuasse sin confusion su memoria, con ageno Apellido, y otras Armas mas, que las de la Familia de Portocarrero, que fue el fin principal, que tuvieron para ordenar, que succediesse Don Pedro en este Mayorazgo, como se reconoce, assi del testamento hecho por Doña Maria, como de la aprobacion Real, que està en el §. 95. del Memorial, ibi: *Queriendo, y mandando, que el dicho Don Pedro Portocarrero, num.* 13. *hijo de los dichos Marqueses, tuviesse por Ma-*

yo-

yorazgo la ſu Villa de Moguer, y demàs bienes contenidos en èl.

49 Y ſiendo, como es, eſto tan cierto, tiene repugnancia en todo buen diſcurſo, que los fundadores quiſieſſen vna ſucceſsion de Mayorazgo de agnacion; y que para conſeguir eſte fin, no ſolo no expreſſaſſen cauſas en el proemio de la fundacion, que manifeſtaſſen eſte intento, ſino que antes bien las propuſieſſen contrarias en eſtas circunſtancias, y en las que quedan ponderadas en el primer §. y en lo que exteriormente ſe regiſtra en todo el progreſſo de las clauſulas, haziendo llamamientos en las hembras, *vt patet ex clauſulis.*

50 No ſe oyò à la viſta de eſte pleyto coſa alguna ſubſtancial, que nos pudieſſe dàr cuydado para embarazar el verdadero concepto de la calidad, que aſsiſte à los llamamientos de varones, que es de nuda, y ſimple maſculinidad, en que ſe funda el Marquès de Cortes de Graena, para que ſe le declare por ſucceſſor de eſtos Eſtados, en caſo de que ſe quiera eſtimar por fundamental diſpoſicion la que hizieron el Maeſtre Don Juan Pacheco, y Doña Maria Portocarrero, ſu muger; y ſolo ſe hizo ponderacion (aunque con baſtante ligereza) de la clauſula 6. en que ſe dà llamamiento à las hijas de los hijos para ſacar argumento, de que los primeros llamamientos avian ſido de varones agnados; y aunque no era neceſſaria la ſatisfaccion, hemos de diſcurrir en la duda, y en la que ſe puede ſacar de la clauſula 5. convenciendo con ellas la demonſtracion, de que los primeros llamamientos ſon de nuda, y ſimple maſculinidad.

51 Y para eſte efecto es neceſſario ſuponer, que lo que de las clauſulas quinta, y ſexta ſe colige, es averſe llamado en ellas por el Gran Maeſtre, y Doña Maria Portocarrero, ſu muger, deſpues de todos los deſcendientes varones de ſus hijos, à las proprias hijas, y à las hijas de ſus hijos, en la forma, que ſe deduce de ſu contexto, ſin

que de ellas se pueda sacar el concepto de irregularidad alguna; porque si se quiere dezir, que siendo el llamamiento primero de varones agnados, quisieron subscitar la agnacion artificiosa en sus hijas, y en los descendientes de ellas; esto se excluye, no solo atendiendo à la disposicion de Derecho, sino con lo que dexamos fundado, obra el simple llamamiento de varones, y mucho menos la agnacion artificiosa en estos llamamientos.

52 Lo primero, porque no aviendo amado los fundadores la agnacion verdadera en sus hijos varones, *ex iam dictis*, no es creible, que quisiessen subscitar la agnacion artificiosa en sus hijas, ni en los descendientes de ellas, vt in terminis probat Socin. Iun. *cons.* 2. *num.* 26. *lib.* 3. ibi: *Nàm si propriæ agnationis considerationem non habuit, multo minus videtur, quod habuerit considerationem ad agnationem alterius, puta generis sui.* Cephalo *cons.* 251. *num.* 58. *lib.* 2. Don Juan del Castillo *lib.* 5. *controu. cap.* 133. *num.* 12. & 15. D. Geronim. de Leon *decis.* 1. *num.* 42. *lib.* 3.

53 Procediendo esto con superior razon en este caso, en que la agnacion artificiosa, que se avia de subscitar, es del Nombre, y Apellido de Pacheco, à que de ninguna forma se puede afirmar se tuvo consideracion en esta disposicion, por los que intervinieron en ella, no solo por aver llamado à las hijas, y à los descendientes de ellas, sino porque està tan lexos de que se pudiesse atender à la conservacion de esta varonìa, que no tuvieron razon de semejante Familia, llamando à otros agnados, aunque fuessen mas remotos, ni poniendo à los substitutos la obligacion del precepto de Apellido, y Armas; de que se descubre vna manifiesta exclusion de la agnacion artificiosa: comprueba enteramente el discurso Juan Anton. Belon. *cons.* 73. *num.* 15. que lo dize *in hunc modum*: *Et nec hoc dicere possumus, quia si non habuit rationem propriæ Familiæ, quam poterat conservare vocando*

do

do agnatos remotiores, aut iniungendo substitutis proprij nominis, & insignium delationem; multo minus censeri debet habuesset rationem Familiæ alienæ. Et infrà *num.* 20. vers. *Ad secundum.*

54 Lo segundo, porque en estas clausulas 5. y 6. faltan las circunstancias principales, que son *simpliciter* necessarias para subscitar agnacion artificiosa en los descendientes varones de las hembras; siendo la primera, que expressamente se declare por los fundadores, por ser mas irregular esta calidad, que la agnacion natural, y verdadera; y assi la Authent. *quib. mod. natur. effici. legitim. §. Filium*, la dà el nombre de machinacion, D. Valenç. *cons.* 97. *num.* 109. dixo, que era vn ente metaphisico; y lo fundan latamente Vela *disert.* 49. *num.* 88. & 107. Castillo *lib.* 5. *controu. cap.* 129. & *cap.* 133. *num.* 12. & *num.* 14. ibi: *Non aliàs agnationem fictitiam, aut artificiosam induci posse ad effectum excludendi masculos ex fœminis, qui proximiori gradu, & linea existunt, quam si testator, institutorvè maioratus expressè, ac in individuo caverit.*

55 Resolviendo estos Autores, que hablan en terminos de averse puesto la condicion de Apellido, y Armas (que aqui no ay) que para admitirse esta agnacion artificiosa, ningunas congeturas bastan; porque absolutamente se cierra la puerta à ella; y que assi necesita la parte que se funda en ellas probarla con evidencia, Roxas *de incompatib. part.* 1. *cap.* 6. §. 21. *num.* 311. ibi: *Attamen advertendum est, quod nisi ex verbis claris, & expressis, & præcisè, ac literaliter ad id concludentibus, absque quibuscumque præsumptionibus, argumentis, & coniecturis etiam valdè vrgentibus, nulla datur linea agnationis, sive expressè, & absolutè, sive limitatè, vel artificiosè, vel fictitiè.* Y en el *num.* 312. queda firme, y constante en esta sentencia, ibi: *Ab hinc sum semper, & constanter in sententia, quod nisi expressis verbis dictum*

sit

ſit ſuccedant de maſculo in maſculum ex fœmina, non datur, nec admitti vnquam debet agnatio fictitia.

56 Y faltando eſte ſupueſto es conſtante, que la repeticion de varones ſe adapta à la maſculinidad, comprehendiendo ambas eſpecies de agnados, y cognados, vt tenent ſupra citati, & D. Valençuel. *conſ.* 97. *num.* 128. ibi: *Quia deficientè conſideratione agnationis, nihil vrget, quominus inter ſequentes gradus, & lineas ſub numero, & appellatione deſcendentium maſculorum, etiam maſculi ex fœminis comprehenduntur.* Et poſtea: *Quod duplex eſt qualitas maſculinitatis, alia ſimplex; id eſt, quæ per lineam virilem derivatur, alia mixta; id eſt, reſidens in maſculo, qui ex fœmineo ſtipite deſcendit, & nihil prohibet, quod facta in genere maſculinitatis mentione* (que es lo que puntualmente ſucede en los primeros llamamientos de los hijos) *contineantur hæ duæ maſculorum ſpecies.*

57 La ſegunda circunſtancia es, que para inducirſe concepto de agnacion artificioſa en los deſcendientes varones de las hembras, era meneſter, que el llamamiento del varon cognado, deſpues del primero en quien ſe radicàra la ſucceſsion, tuviera la calidad de varon en varon, ſin interpoſicion de hembra, Lara *de vita homin. dict. cap.* 30. *num.* 116. ibi: *Cùm, vt vera agnatio, & naturalis debeat conſervari requiratur expreſſa voluntas teſtatoris, vel quod alio modo evidenter appareat voluiſſe conſervare ſuam agnationem; multo magis ad inducendã agnationem in familia extraneorum, quaſi per alchimiam ortam, niſi expreſsè inſtitutor hoc diſpoſuerit, & dixerit ſe velle agnationem conſervare maſculi vocati, & maſculos ex maſculis vocaverit.* D. Larrea *deciſ.* 34. *num.* 49. & 50. Vela *diſert.* 49. *num.* 45. & 105. Roxas *de incompatib. part.* 1. *cap.* 6. *à num.* 313. & *num.* 315. que teſtifica de la practica del Reyno, ibi: *In contrarium fuiſſe iudicatum in hoc noſtro Regno, in*

quo

quo dubitandum non eſt quin admitti, non debeat Menochij, & aliorum ſequatium opinio, niſi in tali clauſula; acabados los varones de varones, ſuccedan los varones de hembras, *additum ſit*, de varon en varon.

58 Eſte es el concepto en que hablan los AA. para que ſe pueda ſubſcitar la agnacion artificioſa en los deſcendientes varones de las hembras, aſſentando por regla el concurſo de eſtas dos circunſtancias; las quales faltan, y no ſe pueden aplicar à los llamamientos, que ſe dàn en la clauſula 5. à las proprias hijas; y en la 6. à las hijas de ſus hijos; convenciendoſe eſte ſupueſto del exterior conocimiento de las clauſulas, pues en ellas no ay otra coſa, que llamar Don Juan Pacheco, y Doña Maria Portocarrero, à ſus hijas por el orden de ſu mayorìa, ibi: *Todavia que la fija mayor, è ſus deſcendientes de ellas, ayan eſte dicho Mayorazgo antes que otra alguna de las otras*; pues no quiſo dàr prelacion à la ſegunda antes que à la primera, ni à la tercera antes que à la ſegunda, *& ſic deinceps*; y como paſſa à llamar à los deſcendientes de las miſmas hijas? ſimplemente, ibi: *Que eſte dicho Mayorazgo ayan, è hereden nueſtras fijas, y ſus deſcendientes de ellas*, no ſolo ſin añadir la calidad que era neceſſaria para ſuſcitar la agnacion artificioſa.

59 Sino que à los deſcendientes que llama de las hijas, no les añade la calidad de varones, que verdaderamente induce vn llamamiento regular; D. Molin. *de Hiſpan. primog. lib. 3. cap. 4. num. 10.* Burg. de Paz *conſ. 29. num. 38.* D. Valenç. *conſ. 97. num. 138.* ſin preciſar el concepto à que ſe entiendan varones, porque eſto lo explica la miſma clauſula quinta, en que en defecto de varones de las hijas, llama à las hijas de las hijas, pues dize: *Pero eſto ſe entienda, que el dicho Mayorazgo venga antes à los fijos, è deſcendientes varones de las dichas fijas, que non à las fembras deſcendientes de ellas, è que la fembra non venga, ſalvo en desfallecimiento de varon.*

60 Procediendo esto mismo en la clausula sexta, en que despues de los descendientes varones de sus hijos, y del llamamiento que avian dado à sus hijas, y sus descendientes, llama à las hijas de sus hijos, aun sin acordarse de los varones descendientes de ellas, porque los suponia llamados en el primer llamamiento de varones; y assi dize: *Queremos, y es nuestra voluntad, que ayan, è hereden este dicho Mayorazgo las fembras legitimas, descendientes de los dichos nuestros fijos*, dando despues curso à la sucesion entre los descendientes de ellas en forma regular, prefiriendo el varon à la hembra, como avia llamado à los hijos de las hijas.

61 Con que de estas clausulas es imposible que se pueda sacar, ni inducir agnacion artificiosa, sin ofender las reglas mas conocidas en la disposicion de Derecho; porque como cabe, que de estas clausulas en que estàn llamados los descendientes varones, y hembras, se pueda sacar concepto de agnacion artificiosa? quando para formarle son tan precisas las circunstancias que dexamos discurridas, de ser necessaria vna expressa voluntad de los Fundadores, ò que el llamamiento del varon cognado, en quien se ha de radicar la sucesion, tuviera la calidad de varon en varon, sin interposicion de hembra, *vt dictum est suprà num.57.*

62 Sin que pueda obstar, para que se embarace esta consideracion, si se pretendiere satisfacer con las palabras relativas de la clausula quinta, ibi: *Segun, è por la forma, è manera, è con las reglas, è condiciones susodichas, è ordenadas en los dichos nuestros fijos varones, è sus descendientes de ellos.* Et postea: *E por la forma, è manera que de suso se contiene, è faze mencion en lo que toca, è se dispone de los fijos varones*, si se quiere inferir, que refiriendose estas palabras para la calidad del llamamiento de las hijas à lo que dexava dispuesto en los hijos, en la misma forma que quiso el Fundador que sucediessen en

este

este Mayorazgo los hijos varones agnados, se han de entender llamados en esta clausula los descendientes varones de las hijas, por medio de la ficcion que imita la agnacion, *ex leg. Asse toto, ff. de hæred. instit. cum vulgatis.*

63 Porque abstrayendo de que en esta objecion se haze supuesto de la dificultad de que los primeros llamamientos de varones son de nuda masculinidad, como dexamos probado en el primer Paragrafo, esta oposicion no se compadece, ni con lo que es necessario para suscitar la agnacion artificiosa, ni con el literal entendimiento de las clausulas, y es impropria su aplicacion à la controversia presente; porque querer referir este llamamiento de las hijas, y nietas del Fundador al primero, en que quiere suponer el Conde del Montijo, que solo estàn llamados los descendientes varones agnados, esto no puede ser.

64 La razon es, porque como esta clausula tiene contrario sentido de la antecedente, pues es de llamamientos regulares perfectamente dispuestos, se mantiene por sì sola, y no se suple para la repeticion, contra lo que en ella se halla ordenado, sino en aquello que no estuviesse perfectamente comprehendido; Tyber. Decian. D. Valenç. *cons.* 97. *num.* 180. D. Larrea *decis.* 33. *num.* 97. ibi: *Quia relatum in referente esse existimatur, nisi alio modo referatur, quam fit in relato; tunc enim ad eum adaptari debet, maximè quando qui refert potuit disponere, & voluit.*

65 Ni en los terminos de estas clausulas sus palabras pueden ser relativas à las antecedentes, en que estàn llamados los hijos, y descendientes varones, para que se entienda repetida su calidad; porque esto procede quando las clausulas relativas estàn puestas en vn mismo llamamiento, ò en vna misma oracion: v.g. quando en el primer llamamiento de varones huviera estas palabras relativas; pero quando passò el Testador à hazer diversa

classe de llamamientos, como aqui sucede, las palabras relativas pierden su general comprehension, y solo se refieren à las calidades substanciales, pero no à las accidentales, extraordinarias, y odiosas.

66 Son puntuales lugares de D. Juan del Castillo *lib.2.controvers.cap.4.num.*131. adonde trata quando se entiende repetida la agnacion, y pone por regla la conclusion que queda referida, Azeved. *cons.*15. *num.*46. exorna latamente esta conclusion, D.Larrea *decis.*34. *num.*19. que comprueba doctamente esta doctrina; D. Valenç.*cons.*97.*num.*174. *vsque ad* 80. que discurre en terminos de las palabras: *Por la via, è forma, è modos susodichos*; Casanat.*cons.*57.*num.*59.

67 De que resulta,que solo pudieran ser estas clausulas relativas repetitivas de la misma calidad, quando estuvieran puestas en el primer llamamiento de los hijos; pero estando, como estàn,en oracion separada, y en vn llamamiento diverso, constituyendo nuevas classes de llamamientos en las hijas, y en las nietas, esta disposicion es distinta, y separada de la primera; y en este caso aquella qualidad, como notable, extraordinaria, y odiosa, no se entiende repetida, porque necesitava de especial expresion, *ex dictis Iuribus.* A que se añaden D. Joseph de Vela, que discurre con mucha extension este punto, *dissert.*49. y responde à la regla de *relatum est in referente*, para lo que obran las palabras relativas, en el *num.* 107. ibi: *Quia hæc regula procedit, cum dictiones huiusmodi ad ipsam rei substantiam, sivè ad principalem dispositionem referuntur.* Et postea: *Nec in dubio censendus est repetisse qualitatem adversus dispositionem Iuris communis.*

68 Y en el *num.*108. prosigue: *Non autem superior regula locum habet cum dictiones repetitivæ in alia oratione,& clausula, ad diversam dispositionem tendente adiuventur, nec ad ipsam principalis dispositionis substan-*

tan-

tantiam referuntur, ſed ad aliquam eius extrinſecam qualitatem; puta ordinem ſuccedendi in illa præſcriptum. Y refiriendo muchos textos, para probar el ſignificado de la palabra *Ordinem*, dize: *Non verò repetunt maſculinitatem, ſimilemvè aliam qualitatem in principali diſpoſitione expreſſam, tùm quia nova hæc diſpoſitio longè ab illa diſtincta, & ſeparata eſt; tùm etiam, quia qualitas illa in priori expreſſa, vt notabilis in facto conſiſtens, & à regulis Iuris communis devians ſpeciali quoque in hac ſecunda egebat expreſsione; nam & generalitèr, qualitas in vna oratione, ac diſpoſitione poſita, non cenſetur repetita per relativas dictiones in alia diverſa adiectas, nec primæ diſpoſitionis ſubſtantiam attingentes.* Caſanat. *conſ.* 50. *num.* 41.

69 Y aunque no fuera tan clara la diſpoſicion de eſtas clauſulas 5. y 6. en el llamamiento que ſe dà à las hijas, y à las nietas, para que por ellas ſe excluya abſolutamente qualquiera irregularidad, quando pudieſſen obrar algun efecto las palabras relativas ſobre que vamos diſcurriendo, fuera para que los hijos de los Fundadores, y todos los deſcendientes varones, comprehendidos en el primer llamamiento à que ſe refieren las clauſulas, ſe entendieſſen llamados los deſcendientes varones cognados, deſcendientes de los miſmos hijos; porque faltàra la verdadera eſſencia de la relacion, ſi ſe quiſieſſe dezir, que el primer llamamiento de los hijos era de varones agnados; pues eſto es impoſsible en los varones de las hijas, que ſon cognados, y no agnados, como dize *el §. 1. Inſtit. de legit. agnat. tutel.* ibi: *At qui per fœminei ſexus perſonas cognationem iunguntur agnati non ſunt, ſed aliàs naturali iure cognati.* Y por eſta razon dixo la *ley Pronunciatio, §. fin. ff. de verbor. ſignific. Mulier autem familiæ ſuæ, & caput, & finis eſt.*

70 Y aſsi, en la miſma forma que en la ſuceſsion de las hembras, y ſus deſcendientes varones, no ſe puede

conservar la agnacion, tambien se ha de entender, que no quisieron los Fundadores en los hijos varones, y sus descendientes varones; porque si los llamamientos, orden, y forma de suceder dada entre los vnos, y los otros, no es capaz de diversidad, ni en la substancia, ni en las calidades, fuera vna conocida repugnancia, ser entre los vnos la sucesion agnaticia, y en los otros, que son los varones de las hembras, de nuda masculinidad, contra las palabras expressas de la disposicion, en que por las repetitivas se quiere el que se guarde vna formalissima semejança entre los descendientes varones de los hijos, y los descendientes varones de las hijas.

§. III.

En que se trata de la oposicion que se haze con la clausula sexta.

71 TOdo esto se debiò de reconocer por el Conde del Montijo, y los demàs litigantes, que fundan su pretension en que los primeros llamamientos de varones de esta disposicion son de agnacion, ponderando los llamamientos de varones de las clausulas 2. 3. y 4. sin averse hecho especial ponderacion en las clausulas del llamamiento de las hijas; y el mayor esfuerço que se quiso poner, fue en la clausula 6. en que se dà llamamiento à las hembras descendientes de los hijos del Fundador, y que en ella avia vna clara demonstracion de no estàr comprehendidas en los primeros llamamientos las hijas de los hijos, haziendo aplicacion de la regla para lo que obran los llamamientos separados, y discretivos, *iuxta leg. Cohæredi, §. Qui patrem, ff. de vulg. & pupil. substit.* ibi: *Propter specialem inter patrem, & filium substitutionem. Leg. Ex facto, §. Item quæro, ff. de vulgar.* ibi: *Et magis est in vtroque tempus suum separatim*

tim ſervari. Leg. Æquiſsimum, §. Si prius, ff. de bonor. poſſ. ſecund. tabull. ibi: *Cum ad ſuam quiſque cauſam ſubſtitutus ſit*, con los demàs textos vulgares, que todos los junta D. Larrea *deciſ. 54. n. 17.* Joſeph de Roſ. *conſult. 69. num. 175.* ibi: *Etenim recepta eſt propoſitio, quòd vbi diſpoſitio diſtinctos gradus continet, & diſtinctas, ac ſeparatas vocationes, tunc non poteſt ij, qui in ſequenti loco vocatus eſt, prætendere in antecedenti ſe eſſe vocatum.*

72 Porque de otra ſuerte, reſultaria el abſurdo de que vnas perſonas eſtuvieſſen ſubſtituìdas à sì miſmas, *contra text. in leg. Papinianus, §. Sed neque impuberi, ff. de inoffic. teſtam. leg. Nec enim, leg. Idem eſt, §. fin. ff. de hæredib. inſtit. l. 1. tit. 5. part. 6.* Paul. *lib. 3. ſentent. tit. 14.* verſ. *Hæredes.* Pichard. *ad tit. Inſtit. de vulg. & pupil. num. 1. & 13.* Menoch. *conſ. 686. num. 26.* D. Larrea *dict. deciſ. 54. num. 17 cum alijs, quos conſultò omittimus.*

73 Porque eſte argumento no es aplicable para eſte caſo, y ſolo ſe pudiera hazer à las hijas de los hijos, y à las hembras deſcendientes de ellos; pero no al Marquès de Cortes de Graena, que es deſcendiente varon cognado de los Fundadores, y de ſu primera linea. La razon es, porque en la ſucceſsion de los Mayorazgos no procede indiſtintamente la regla de que excluìda la madre, ò el padre, ſe entiende excluìdo el hijo, ò el nieto; porque en eſto ſe procede con la diſtincion de que ſi el hijo quiere entrar por el camino de la repreſentacion, *aut ex iure tranſmiſſo*, por el derecho de ſu padre, ù de ſu madre, ſi eſtos no le tienen, no puede ſuceder el hijo por eſte titulo, porq̃ le obſtan los defectos de ſu padre, ò madre: *Quia perſona, quæ non habuit ius ſuccedendi, nihil potuit in filium tranſmittere, & conſequenter, nec ab eo repræſentari.* D. Molin. *lib. 3. cap. 7. num. 1.* D. Greg. Lop. *in l. 3. tit. 13. part. 6. gloſſ. 2. verbo Mugeres, quæſt. 18.* verſ. *Lex etiam Tauri.* Surd. *conſ. 370. num. 20.* D. Juan del Caſtill. *lib. 3. controverſ. cap. 19. num. 64.*

Et

74 *Et tunc* pudiera admitirse, y tener lugar la razon de la ley *Si viua matre, Cod. de bonis matern. Quod filius non debet esse melioris conditionis quam mater.* Y lo que dixo Bald. *§. Et quia vidimus, num.* 12. vers. *Item glossa, qui feud. dare poss.* ibi: *Necesse est, vt gradus præcedens sit successibilis, quia destructo ordine destruitur ordinabile.* Y assi el hijo varon que quiere entrar por este derecho *ex iure transmisso*, siendo hijo de hembra excluìda, se halla impedido con los defectos de la madre, y comprehendido en su misma exclusion.

75 Lo qual no sucede en el segundo caso, quando el hijo viene à la sucesion por su persona, y derecho, en virtud de su proprio llamamiento; porque como entonces entra independiente de la persona, y derecho de su madre, excluyendola por la calidad de varon, no le obsta su exclusion, ni se halla comprehendido en ella, pues entra *per locum à remotione matris, ex leg. Eum qui, 3. ff. de interdict. & relegat.* que dà la razon: *Non enim hæc patrem, sed maiores eius dedisse*, D. Molin. *de primogen. lib. 1. cap. 13. num. 35. & lib. 3 cap. 5. num. 42.* & ibi Addent. Paschal. *de virib. patr. potest. part. 4. cap. 9. num. 33.* Castill. *lib. 3 controv. cap. 15. num. 70.* vbi plenè D. Larrea *decis. 34. num. 60. & 61.* Carl. Ant de Luca *de linea legal. part. 2. art. 60. num. 1.* Geronim. de Palm. *allegat. 221. num. 12.*

76 Procediendo esto, aunque los hijos no sean llamados *nomine proprio*, por ser bastante la substitucion lineal, ò colectiva de los descendientes varones, como si se repitiesse absolutamente en cada vno de ellos; Socin. Iunior. *cons. 2. num. 22. volum. 3.* Gutier. *lib. 3. pract. quæst. 67. num. 20.* D. Molin. *dict. lib. 3. cap. 6. num. 43.* D. Larrea *decis. 34. num. 59.*

77 En tanto grado, que aunque algunos Autores quisieron hazer distincion de estàr muerta, ò viva la madre, para la admisiòn, ò exclusion del hijo; esto no tiene lu-

lugar en el caso que viene por su derecho proprio, independiente de la madre, pues la incapacidad, ò inhabilidad de la madre, que està viva, no puede obstar al hijo para ser admitido; Marin. *allegat.* 128. *num* 19. Peregrin. *de fideicommiss. art.* 27. *num.* 8. ibi: *Nec obstaret quod mater sit in medio, quia matris existentia, non impedit filium ex ea ratione masculinitatis vti sua prærrogativa.* Y dà la razon en el *num.* 9. ibi: *Immo sæpè conceditur, vt licèt mater sit inhabilis, masculus tamen ex ea procedens habilis sit, veluti in concessionibus pro se, & masculis quibuscumque ab ea provenientibus, nam etiam masculus ex fœmina, licèt inhabili, in ea concessione, non continetur, quia non ex persona matris, sed ex propria venit.*

78 Sigue esta doctrina de Peregrino, Cardin. de Luc. *de fideicommiss. disc.* 11. *num.* 10. D. Larrea *dict. decis.* 34. *num.* 67. que habla en los mismos terminos, ibi: *Id quidem non procedit, quando substitutus ex proprio iure, & persona vocatur, non vt filius fœminæ, vt in hoc casu, quia tunc temporis exclusio ei locum facit, vt suprà diximus, & prædictam traditionem tunc limitat Menoch. cons.* 802. *num.* 51. *& ita intelligit Greg. Lop. l.* 6. *tit.* 13. *part.* 6. *dum tradit nepotem ex filia, non admitti velut filium fœminæ.* D. Valenç. *cons.* 97. *à num.* 113. ibi: *Nec obstat lex si viua matre, Cod. de bonis matern. Qua probari videtur exclusa matre, filium excludi: quia solum procedit, quando in vtroque est eadem causa exclusionis, sed in nostro casu militat ratio diversa, quia si D. Agnes veniebat, excludenda erat quia fœmina, quòd cessat in eius filijs masculis*; y prosigue en los numeros siguientes, Castill. *lib.* 5. *controvers. cap.* 129 *à num.* 27. *& num.* 29. Y si la generalidad de la regla de la ley *Si viua matre*, fuera cierta en los Mayorazgos, era necessario que se borrassen de los libros los que son de nuda masculinidad.

79 Comprobandose esto con muchos exemplares, en que la exclusion de los padres, no ofende à los hi-

jos para la ſucceſsion de los Mayorazgos, como ſucede en el ciego, ò mudo; porque aunque eſtè excluìdo de la ſucceſsion por condicion, no comprehende ſu incapacidad à ſus hijos legitimos, pues ſe admiten como deſcendientes de la linea, y por ſu llamamiento proprio, y no como hijo del ciego, ù del mudo, vt poſt Bald. Socin. & *alios*, D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 35. El que comete delito de leſſa Mageſtad Divina, ò humana, aunque ſe haga incapaz de la ſucceſsion, teniendo hijos, ò hermanos, no les obſta ſu incapacidad, porque no obſtante ella, ſuceden por ſu proprio llamamiento; D. Molin. *lib.* 4. *cap.* 11. *num.* 51. *& ſeqq.* Mier. *de Maiorat.* 4. *part. queſt* 4. *illat.* 8. *num.* 22. El que pierde el Mayorazgo por alguna contravencion, no perjudica à ſus hijos, pues eſtos vienen por ſu derecho proprio, Tell. Fernand. *in l.* 17. *Taur. num.* 10. Mier. *vbi proximè*, D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 44. Caſtill. *lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 56.

80 De ſuerte, que pretendiendo el Marquès de Cortes de Graena eſta ſucceſsion, no por la repreſentacion, y derecho de ſus aſcendientes, ſino por el proprio que le aſsiſte, como deſcendiente varon cognado de la primera linea llamada, la excluſion de ſus aſcendientes no le obſta para que ſe admita à la ſucceſsion, *vt ex l.* 2. *§. In filijs, ff. de Decurionib.* lo advierte D. Larrea *deciſ.* 34. *num.* 62. ibi: *Igitur cum in maſculo ex fœmina ſucceſſio maioratus non à matre, ſed à maioribus, & inſtitutore primogenij proveniat, nihil oberit matrem, & fœminam excludi, quin eius filius maſculus admittatur.*

81 Eſpecialmente en eſte caſo, en que los Fundadores en el primer llamamiento de varones de Don Pedro, *num.* 13. no contemplaron la agnacion, ſino la nuda maſculinidad, en que no procede el vulgar axioma de la ley *Si viua matre*, Ant. Fabr. *de error. pragmat. decad.* 28. *error.* 5. Gratian. *diſcept.* 999. *num.* 2. Alvarad. *de conject. ment. defunct. lib.* 2. *cap.* 3. §. 4. *num.* 8 & 9. ibi: *Aliàs ſi ra-*

tio conſervandæ agnationis deficit, maſculus ex fœmina rectè ſuccedit, non obſtante inhabilitate matris.

82 Y aſsi en eſtos terminos importa poco que en los primeros llamamientos, en que eſtàn ſubſtituìdos los hijos, y deſcendientes varones, aya excluſion abſoluta de las hembras, y que eſtas tengan poſterior, y diſcretivo llamamiento; porque todas eſtas circunſtancias ſe compadecen, y ſon conaturales en los Mayorazgos de nuda maſculinidad, ſin que de ella ſe pueda deducir concepto de agnacion para excluir à los varones cognados, como lo nota D. Juan del Caſtill. *lib.5. controverſ. cap.133. num.14.* donde previniendo eſta replica, ita ait: *Aliàs autem fœminarũ excluſio nihil inducet, cum etiam in maioratibus nudæ ſimplicis maſculinitatis excludantur, ſicut ab his, qui ſunt agnationis, nec id maſculis ex fœminis poſsit nocere, & ſtare ſimul poſsit fœminas excluſas eſſe, & maſculos ex fœminis admitti.* Lara *de vita homin. cap.30. num.116.* ibi: *Nec etiam ſi fœminas excluſerint, tùm etiam in maioratibus ſimplicis, ac nudæ maſculinitatis excludantur.* Joſeph de Roſ. *conſult.69. n.52.*

83 Pero no ſe haze coſa alguna con eſta ſatisfaccion, por averſe querido ſacar de la clauſula ſexta llamamiento diſcretivo para las hijas de los hijos de Don Juan Pacheco, y Doña Maria Portocarrero, ſino que ſe quiſo eſtender à los deſcendientes varones cognados de las hijas, para que no eſtuvieſſen comprehendidos en el primer llamamiento, queriendo acreditar por eſte medio, que era de varones agnados, pero no de cognados, para excluir al Marquès de Cortes de Graena, que como varon cognado de los Fundadores, y de ſu primera linea, pretende la ſucceſsion de eſte Mayorazgo por eſta diſpoſicion, como de nuda, y ſimple maſculinidad.

84 Y ſi no eſtàmos engañados en la verdadera eſſencia, y naturaleza de los llamamientos ſeparados, y diſcretivos, pudieramos afirmar abſolutamente, que en eſ-

te argumento se procede con error en su aplicacion: y como la principal satisfaccion sale de la clausula, es preciso parar la consideracion en ella, transcribiendo lo que dize, para el convencimiento de la oposicion.

85 *E donde Nos los dichos Marqueses Don Juan Pacheco, è Doña Maria su muger, falleciéremos sin fijos, ò fijas, legitimos, ò legitimas, è falleciendo todos los fijos varones legitimos descendientes de ellos, ò de ellas, ò de algunos de ellos, ò de ellas; Queremos, y es nuestra voluntad, que ayan, è hereden este dicho Mayorazgo las fembras legitimas descendientes de los dichos nuestros fijos, todavia que se guarde esta regla, è orden, que la fija mayor legitima del dicho nuestro fijo Don Pedro ayan este dicho Mayorazgo antes que otra fembra alguna de las otras; è que en los descendientes de ella, ò de ellos, siempre preceda el varon à la fembra, è el varon mayor al menor, è segun, è por la forma, è manera, è con las reglas, è condiciones susodichas, è ordenadas de los dichos nuestros fijos varones, è sus descendientes, è en las dichas, y en sus descendientes, è todavia que este dicho Mayorazgo descienda de padre, è de madre, à fijo, ò fija, segun la orden susodicha.*

86 Esta es la clausula, y para descender al argumento que con ella se forma, es necessario advertir, que los llamamientos discretivos pueden servir, ò para excluir las hembras en Mayorazgos de agnacion, ò de nuda masculinidad; y en qualquiera de los dos casos, se excluye la regularidad del Mayorazgo por el llamamiento discretivo, y separado de las hembras; ò en Mayorazgos de agnacion, para excluir à los varones cognados en los primeros llamamientos de varones, por averse le dado en grado, y lugar posterior, que es en los terminos en que pudiera entrar la duda que se pretende mover, y suscitar, de tener en esta clausula llamamiento discretivo los descendientes varones cognados de las hembras de

los

los hijos del Fundador, para querer perſuadir, que el primer llamamiento de los hijos es de rigoroſa agnacion, pero no de nuda maſculinidad.

87 Tiene tan concluyentes ſatisfacciones eſta oposicion, que qualquiera de ellas era ſuficiente para no poderſe hazer: La primera nace de los fundamentos que ſe dexan propueſtos en el primer diſcurſo para excluir la agnacion en los primeros llamamientos de los hijos, en que ſe demueſtra, que eſte Mayorazgo es de nuda, y ſimple maſculinidad; y ſiendolo (como de verdad lo es) admitiendoſe en los Mayorazgos de eſta calidad varones agnados, y cognados, no es compatible que de eſta clauſula ſe pueda ſacar llamamiento diſcretivo para los varones cognados deſcendientes de los hijos, pues le tienen, y eſtàn comprehendidos en la primera claſſe de llamamientos; y ſolo puede ſervir para las hijas, ò hembras de los hijos, *vt dictum eſt ſup. num. 73.*

88 La ſegunda ſe califica con la demonſtracion clara que hazen Don Juan Pacheco, y Doña Maria Portocarrero en el ſupueſto firme con que ſe explican en la clauſula 6. para llegar à dàr llamamiento à las hembras, ò hijas de los hijos, pues dizen: *E donde Nos los dichos Marquès Don Juan Pacheco, è Doña Maria ſu muger, fallecieremos ſin fijos, ò fijas, legitimos, ò legitimas, è falleciendo TODOS LOS FIJOS VARONES LEGITIMOS, DESCENDIENTES DE ELLOS, O DE ELLAS, ò de algunos de ellos, ò de ellas.* De cuyas palabras ſe infiere poner en condicion para que ſucedan las hembras, que falten todos los deſcendientes varones de los hijos que ſuponian llamados en el primer llamamiento, y los deſcendientes de las hijas del primer grado, que avia llamado en la clauſula 5. porque eſtando vnos, y otros pueſtos en condicion, ſe entienden comprehendidos en la miſma diſpoſicion, como ſi expreſſa, y eſpecificamente eſtuvieſſen llamados en ella,

especial mente en los Mayorazgos de España, D. Molin. *de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 6. *à num.* 1. & ibi Addent. *qui plurimos referunt.* D. Juan del Castill. *lib.* 5. *controv. cap.* 65. *per tot.* D. Crespi *observ.* 19. *per tot.*

89 La tercera se deriva por consequencia del supuesto de las palabras antecedentes, porque en defecto de todos los descendientes varones, dizen: *Queremos, y es nuestra voluntad, que ayan, è hereden este dicho Mayorazgo las fembras legitimas de los dichos nuestros fijos*, sin hazer mencion de los descendientes varones de ellas; porque como estos los suponian llamados en los primeros llamamientos, como descendientes varones de los hijos, procedieron advertidamente en no llamar mas que à las hembras, porque no tuvieran necesidad de llamar à los varones de ellas, explicando esto mismo con las palabras primeras de la clausula.

90 Y para que se entienda la adverrencia con que en esto procedieron los Fundadores de no llamar en esta clausula mas que à las hembras, sin llamar à sus descendientes varones, porque los suponian llamados en el primer llamamiento, hagase reflexion, y reparo en la clausula 5. en que llegando los Fundadores à dàr llamamiento à las hijas propias, llaman à los descendientes de ellas, ibi: *Ayan, è hereden nuestras fijas legitimas, è sus descendientes de ellas, que se entienden varones*; porque como estos no podian estàr comprehendidos en el primer llamamiento de varones de los hijos, fue necessario expressarlo con esta claridad; lo qual se escusava en los descendientes varones de las hembras, porque estos yà los suponian llamados en el primer llamamiento, y assi dizen: *Ayan, è hereden este dicho Mayorazgo las fembras legitimas descendientes de los dichos nuestros fijos*, sin añadir la palabra: *E sus descendientes de ellas.*

91 La quarta satisfaccion desciende de las mismas palabras en que se và discurriendo, destruyendose por

ellas

ellas el llamamiento discretivō que de esta clausula se quiere sacar para los varones cognados descendientes de los hijos del Fundador, pues de ella no se puede deducir.

92 Y para este convencimiento es preciso repetir, que si la calidad de este Mayorazgo es de nuda, y simple masculinidad, no puede aver llamamiento discretivo para los descendientes varones cognados de los hijos, y solo se pudiera dàr, quando el primer llamamiento fuesse de agnacion, y que en las hijas propias de los Fundadores suscitassen la agnacion artificiosa, y que en defecto de los varones artificiosos de las hijas, se bolviesse à suscitar en los hijos varones de las nietas; pues aunque propriamente no son agnados, vsa de esta ficcion el Derecho, *vt dictum est suprà num.* 53. para conservar la agnacion.

93 Yà se ha dicho la resistencia que tiene, de que en las clausulas 5. y 6. estè suscitada la agnacion artificiosa, *suprà num.* 54. y aora se dize, que de esta clausula no se puede inducir llamamiento discretivo para los descendientes varones cognados de los hijos; pues para que le tuviessen, era preciso que se llamassen à las hijas de los hijos, y à los descendientes varones de ellas, que es en los terminos en que se deben entender los textos, y autoridades, que se dexan referidos *suprà num.* 51.

94 Hablando los Autores debaxo de este presupuesto, Bald. *cons.* 186. *volum.* 1. Tyber. Decian. *respons.* 127. *volum.* 3. *num.* 25. Hieronym. Gabriel. *cons.* 116. *volum.* 2. *num.* 24. ibi: *Quia testator extinctis descendentibus masculis vocauit filias proprias, & post ipsas filias MASCVLOS, vnde planè fit in conditione si sine filijs masculis decesserit, non contineri masculos descendentes ex fœmina.* D. Hieronym. de Leon *decis.* 1. *num.* 109. Joseph. de Ros. *consult.* 69. *num.* 199. Torr. *de maiorat. Ital. part.* 1. *cap.* 25. §. 24. *num.* 280. ibi: *Hoc autem est apud*

omnes

omnes inconfesso, quòd masculorum descendentium appellatione non veniunt masculi ex fœminis, quando discretivè de eisdem masculis ex fœminis fuit facta mentio.

95 D.Larrea *decis.*54.*num.*17. ibi: *Non potest admitti Ioannes nepos ex filia, vel alij descendentium appellatione, nam etsi vniuersali masculorum substitutione admittendus esset masculus ex fœmina, id non procedit QUANDO TESTATOR SEPARATIM FÆMINAS, ET EIVS MASCVLOS VOCAVIT.* Et infrà: *Vnde cum speciali substitutione de filijs masculis disponeret in sequentibus substitutionibus, non potuerunt comprehendi in posterioribus.*

96 Entendiendose esto, quando no ay duda en que los primeros llamamientos de varones eran de rigorosa agnacion, que es en los terminos en que hablan estas autoridades, como se puede vèr en el señor Larrea *dict. decis.*54. adonde el caso que propone, es vno en que el Fundador llamò à sus hijos varones de varon en varon, y despues à sus hijos, y descendientes varones, y vltimamente à las hijas de sus hijos, y à sus descendientes varones, para que comprehendiesse à vnos, y otros el discretivo llamamiento; esto es, para dàr à entender, que los varones cognados no estavan comprehendidos en el primero, pues estavan llamados en el segundo, y tercero lugar.

97 Luego es consiguiente, que no estando clara, y expressa la agnacion en esta disposicion en el primer llamamiento de varones, ni estando (como no estàn) llamados en lo dispositivo de esta clausula mas que las mismas hembras de los hijos, y no los descendientes varones de ellas, no se puede dezir, que en esta clausula ay discretivo llamamiento para los descendientes varones cognados; porque aunque esto pueda ser para las hembras que estàn llamadas, excluyendolas de los primeros llamamientos, no se debe estender à los descendientes varo-

nes

nes cognados de ellas, pues no lo dize la clausula; y para que comprehendiesse à vnos, y à otros el discretivo llamamiento en la forma que se quiere figurar por el Conde del Montijo, era preciso que siendo el primer llamamiento de varones de rigorosa agnacion, y que en las hijas se suscitasse la agnacion artificiosa, abraçasse la substitucion de esta clausula à las hijas de los hijos, y à los descendientes varones de ellas, llamando à vnos, y à otros inmediatamente, *ex dictis iuribus*; y no aviendolos llamado, estàn incluìdos los varones cognados en los primeros llamamientos, pues en otra forma, no le tuvieran en toda la disposicion.

98 La quinta satisfaccion se comprueba de las palabras siguientes de la clausula, ibi: *Todavia que se guarde esta regla, è orden, que la fija mayor legitima del dicho nuestro fijo Don Pedro, è sus descendientes, ayan este dicho Mayorazgo antes que otra fembra alguna de las otras*, que no miran à lo dispositivo de los llamamientos, sino à la forma que se ha de guardar en el llamamiento de las hembras de los hijos del Fundador, para que se guarde en èl la regla, y orden de la mayoria; y que quando llegasse el caso de suceder las hijas, se prefiriesse el varon à la hembra, dando providencia de los que avian de suceder en este Mayorazgo despues que entrassen las hembras en la succesion, porque para los varones cognados que estaban nacidos, yà estaba dada en los primeros llamamientos, y no avia necessidad de llamarlos.

99 Y assi, los varones que estàn llamados en esta clausula, son aquellos que nacen despues de aver entrado las hijas en la succesion del Mayorazgo, y los descendientes varones que estaban nacidos antes que las hembras lleguen à suceder, estaban comprehendidos en la primera classe de llamamientos de varones, para que

se admitiessen à la succesion, como descendientes varones de los hijos de los Fundadores.

100 Son lugares formales de esta consideracion, que hablan en los terminos de ella, Juan Ant. Belon *cons.* 72. *num.* 50. 51. *y* 52. adonde se haze cargo de los llamamientos discretivos, y habla en vn caso muy parecido à este, ibi: *Denique non obstat, quòd testator fecerit particularem dispositionem ad quam vocauit fœminas, & masculos, ac fœminas ab eis descendentes, & hoc modo videatur declarasse se de his in præsentibus dispositionibus non censuisse; quia pro resolutione huius difficultatis in qua fortasis aduersarij tutissimum suæ intentionis præsidium collocabunt, animadvertendum est, masculorum ex fœminis descendentium duo esse genera, quidam enim sunt, qui tempore cedentis dicti fideicommissi sunt in rerum natura, & illi censentur vocati ad primogenituram; quidam verò sunt, qui tunc temporis nondum sunt nati, sed posteà nascuntur. Et illi non censentur vocati ad primogenituram, sed ad fideicommissum ordinatum in quarto gradu substitutionis: Nam, si, v.g. tempore, quòd decessit D. Albertus, nullus fuisset superstes masculus ab eo descendens, sed tantum filia sine dubio primogenituræ debuisset pertinere à D. Hieronymum. Et licèt posteà filia D. Alberti suscepisset masculos, non tamen is potuisset ad primogenituram aspirare, à qua semel fuisset exclusus, sed debuisse expectare defectum omnium descendentium masculorum D. Margaritæ, quo casu fuisset simul cum fœminis, & alijs fœminarum descendentibus admittendus ex quarto substitutionis gradu, qui de huiusmodi genere masculorum est intelligendus.*

101 *Quinimò (quod diligentur animadvertendum puto) potuisset hoc contingere etiam in persona ipsius D. Alberti, qui erat filius masculus D. Annæ, & consequenter comprehensus absque dubio sub vocatione masculorum*

des-

descendentium: Nam, si tempore, quo D. Bernardinus sine liberis decessit, D. Anna nondum suscepisset filium masculum, quem tamen suscepisset D. Margarita, non est dubitandum, quin primogenitura debuisset pertinere ad filium ipsius D. Margaritæ; & licèt D. Anna posteà suscepisset D. Albertum, non tamen is debuisset ad hæreditatem admitti, & excludere masculum D. Margaritæ semel admissum; vt in specie post Alberic. cons. 106. num. 6. declarat Molin. de primog. Hispan. lib. 3. cap. 10. num. 3. vers. His igitur; & num. 38. Sed debuisset spectare defectum descendentium masculorum ipsius D. Margaritæ, quo casu simul cum alijs fuisset admittendus ex quarto substitutionis gradu.

102 *Ad quartum denique respondeo, negando hoc esse absurdum, quia quoties sub conditione plures collectivè, seu collectivo nomine vocantur, illi tantum censentur vocati, qui tempore advenientis conditionis sunt in rerum natura, non etiam, qui posteà nascuntur; vt post Lambert. de Romp. quem refert, & sequitur Ioannis Andræa in additione ad specul. rub. de testament. vers. Item Lambert. scripserunt Alexand. cons. 13. n. 4. vers. Quando vltimum, & ibi Ioann. Bapt. de Sancto Severin. in consil. seq. num. 7. & 8. volum. 4. Socin. Senior cons. 113. n. 5. volum. 1. & cons. 104. num. 5. vers. Tertium probatur, volum. 3. Jass. cons. 206. num. 1. volum. 2. Cravet. cons. 212. num. 6. Gabriel cons. 130. num. 9. volum. 1. Peregrin. de fideicommiss. art. 22. num. 72. & 74. vers. Item autem, vbi testatur, hanc Lambertini traditionem esse communitèr receptam; Menoch. cons. 413. num. 19. & sequentib. & de præsumption. lib. 4. præsumpt. 93. num. 7. Surd. cons. 127. num. 41. Itaque si etiam D. Albertus tunc temporis non fuisset natus, non debuisset admitti, etiam si posteà veniisset in rerum naturam. Neque hoc censeri debuisset absurdum, cum sit regulare in omnibus dispositionibus*

testa-

testamentarijs, ex quibus plures collectivè vocantur, vt dictum est, & ita iuris esse concludo.

103 Comprueba esto mismo vn lugar muy digno de atencion, por ser puntualissimo, y en terminos de la duda, y de la satisfaccion, Mantic. *de coniect. lib. 8. tit. 18. num. 19. vers. Quintò*, ibi: *Tunc vocantur quidem fœminæ descendentes item masculi, qui essent primogeniti posteà quam ad ipsam D. Elisabetam, & eius descendentes masculos, esset devolutum fideicommissum, & in hoc quidem animadvertitur prudens consilium testatoris, qui in omnibus casibus, qui quandocumque possint incidere diligenter prospexit, & suos omnes descendentes, TAM MASCVLOS, QVAM FÆMINAS DIVERSIS TAMEN GRADIBVS CONSTITVTIS, IN INFINITVM SVBSTITVIT.*

104 Et infrà *num. 22.* vers. *Verùm hæc argumentatio ex his, quæ superius diximus in quinto fundamento: Nam posterior substitutio intelligitur DE HIS MASCVLIS, QVI POSTEA IN LVCEM ÆDVNTVR, NON DE HIS, QVI NVNC SVNT IN RERVM NATVRA QVONIAM HI NVNC, CVM VENIRET CASVS SVSBTITVTIONIS SVNT ADMITTENDI: nam si hoc tempore non admittantur, in perpetuum erant excluſi, quia tempore quo factus fuerit locus posteriori substitutioni, credibile est ab hac luce fore substractos; igitur non potest hoc dici, hanc vel illam substitutionem esse invtilem, & supervacuam, quoniam vtraque est maximè vtilis descendentibus masculis ex fœminis.*

105 Sess. *decis. 412. tom. 4. à num. 45.* que sigue à Mantic. en el lugar antecedente, y haziendose cargo del argumento que se forma de los llamamientos discretivos, ibi: *Secundo radicitus tollitur hæc obiectio, quia argumentum contrarium procedit vno de duobus modis,*

vel

vel ratione absurdi vitandi veluti ne in vno casu tempore substitutionis resultet, quòd sibi ipsis censeantur substituti masculi ex fœminis, si appellatione masculorum veniant, veluti si quis institutis filij eis, sine filijs masculis descendentibus, substituat filias, & eorum masculos, in hoc casu fatendum est verba conditionalia masculorum, non continere masculos ex fœminis, nam si continerent, cum posteà reperiantur substituti viderentur sibi ipsi substituti active, & passivè, quòd nullatenus admittendum est, vel procedit ratione superfluitatis vitandæ, vt si primum censeantur vocati appellatione masculorum, superfluum sit iterum vocare in eodem casu, & tempore.

106 En cuyas palabras estàn prevenidas las razones principales del argumento que se haze con el llamamiento discretivo, à que responde Sessè en el *num.* 46. *in hunc modum: Nos autem versamur in terminis longè diversis, vbi nec repugnantia datur, quamvis verba intelligantur iuxta votum partis adversæ violando chartam. Nam in prima vocatione masculorum ex fœminis, vocantur illi masculi, qui reperiantur tempore deficientiæ successionis Ludovici, & Mariæ, vel etiam alij masculi vocati per fideicommissum (sine præiuditio veritatis vt infrà) in vim verborum:* Y despues de ellos, &c. *Qui omnes masculi etiam descendentes ex fœminis prius decessuri sunt, quam fœminæ admittantur. Denique fœminis locus fiet quando omnes dicti masculi defecisse; MASCVLIS AVTEM NATIS POST ADMISSIONEM FILIARVM NONDVM ERAT PROVISVM ANTE HANC CLAVSVLAM, NISI TESTATOR IN EA EOS VOCASSET, ex quo tempore admissionis fœminarum omnis deficientia masculorum necessaria est, prudens igitur fuit consilium disponentis in hunc casum antea non provisum providere, & etiam inibi sequentem de filiabus Ludovici, ne alias bona libera pœnes fœminam remane-*

rent, iuxt. leg. Cum pater, §. Libertis, in fin. de legat. 2. Y cita à Mantica para la comprobacion de su doctrina, poniendo sus palabras.

107 De suerte, que de estas autoridades se assegura la impropriedad de poderse aplicar por el Conde del Montijo la fuerça, y eficacia de los llamamientos discretivos, pues no los ay en la clausula 6. en la forma que previenen los Autores, que dexamos puestos *suprà num.* 94. y en estos terminos no pueden estàr incluìdos los descendientes varones cognados de los hijos de los Fundadores en este llamamiento, por averse le dado en el vniversal, y colectivo de sus mismos hijos. Ni se puede adaptar à este caso el absurdo, y superfluìdad, que se sigue de comprehenderse los varones cognados en el primer llamamiento, aunque se le aya dado posterior en esta clausula; pues en ella solo se comprehenden los varones que nacieren despues de aver sucedido las hijas, prefiriendolos à las hembras, y en los primeros estàn llamados los que estaban nacidos; y assi procede lo que dixo Mantica *dict. num.* 22. *vers.* Verum: *Hi nunc cum venerit casus substitutionis, sunt admittendi.*

108 Y fuera evidente error no regular estos llamamientos con separada providencia, pues en el verdadero sentido de esta clausula no se puede formar duda en contrario, como dize idem Sessè *dict. decis.* 412. *num.* 48. *in fin. Et videatur omninò pro decisione vsque ad num.* 23. *inclusivè, vbi dubium hoc penitus diluitur, itaut dubitationi locus non remaneat, & si casus de quo agit attentè inspiciatur, vt proponitur num.* 11. *reperietur in nostris terminis, & in nostris substitutionibus scripsisse.*

109 Con que por todos estos medios parece queda llano ser el Marquès de Cortes de Graena el verdadero sucessor de este Mayorazgo, ò considerando lo que se ha dicho en el primer papel, en caso de que se regùle esta succesion por los llamamientos de las primeras disposi-

ciones; y que quando se atienda à la que hizieron Don Juan Pacheco, y Doña Maria Portocarrero su muger, sobre que se ha discurrido en este informe, tiene en ella claro, y literal llamamiento, como descendiente varon cognado de la primera linea: y con las respuestas que se han dado à las oposiciones que se pueden hazer por el Conde del Montijo, y los demàs que pretenden esta tenuta, como descendientes varones agnados del Gran Maestre, y Doña Maria Portocarrero, quedan bastantemente excluìdas, y convencidas; y quando solo se huviesse conseguido dexarlas dudosas, bastava para que se aya de determinar à su favor esta tenuta; pues en el caso claro, y en el dudoso, ha de vencer el que tiene por sì la linea, y las demàs reglas de los Mayorazgos: vt docent D.Molin. *lib.*3. *cap.*4. *num.*42. Mier. *de maiorat.* 2. *part. quæst.*6 *num.*97. Castill. *tom.*6. *cap.*30. *ex num.*2. *& cap.* 139 *à num.*1. *& cap.*180. *à num.*16. D.Valenç. *cons.*97. *num.*71. Vel. *differt.*49. *num.*53.

Discurso Segundo.

110 EN el Discurso antecedente se ha hecho comprobacion de la verdadera calidad que assiste à la disposicion del Gran Maestre, y Doña Maria Portocarrero, quando se le quiera dàr eficacia para que por ella se govierne la sucesion, que es de nuda, y simple masculinidad, en que el Marquès de Cortes assegura su derecho; y en este ha parecido preciso acordar (como principal fundamento de nuestro respeto) la decision del pleyto del Estado, y Condado de Medellin, que pocos dias ha se litigò, siendo partes en èl Doña Luisa Portocarrero, Marquesa que fue de Aytona; Don Guillen Ramon de Moncada, Marquès de Aytona, su hijo; y Don Francisco de Benavides, Conde de Santistevan.

Las

111 Las clausulas de este Mayorazgo son las mismasque las de la disposicion del Gran Maestre, y Doña Maria Portocarrero su muger, sin diferencia en las vozes, y sin diversidad en las palabras, y en la calidad de los llamamientos; y para que no se dude de esta verdad, teniendose presentes las de esta disposicion que se disputa, cotegense con las del Estado de Medellin (que fundaron Don Rodrigo Portocarrero, y Doña Beatriz Pacheco su muger) que son las siguientes.

112 *Fazemos, è constituìmos, è ordenamos, è establecemos Mayorazgo perpetuo, para siempre jamàs, de lo que se sigue, è à cada vno de Nos en lo que le atañe, è incumbe, conviene à saber*; y expressan los bienes de que fundan el Mayorazgo de Medellin, como lo hazen Don Juan Pacheco, y Doña Maria Portocarrero en la primera clausula de su disposicion. Passan luego los Condes de Medellin à dàr llamamientos en la segunda, tercera, y quarta clausula (que corresponden à la segunda deste pleyto) en esta forma: *A vos, è en vos Don Juan Portocarrero, nuestro fijo mayor legitimo, para que lo ayades, è tengades todo lo susodicho, è cada cosa, è parte de ello, para en toda vuestra vida, por Mayorazgo; è despues de vos, que lo aya, è tenga el vuestro fijo mayor varon legitimo, è de legitimo matrimonio nacido, que vos dexaredes al tiempo de vuestro finamiento. E despues de la vida del tal fijo vuestro varon mayor legitimo, que lo aya, è tenga el su fijo mayor legitimo, è de legitimo matrimonio nacido, que fuere, è fincare del dicho vuestro fijo mayor.*

113 *E despues de la vida de èl, que ayan, y hereden lo sobredicho en nombre de Mayorazgo, è por su vida, los descendientes del tal fijo legitimo varon, todavia que lo aya, tenga, è herede el fijo varon mayor legitimo, antes que el menor.*

114 Prosigue esta clausula (que es la quinta) limitando la disposicion por lo que mira à la Villa de Villa-

rejo

rejo de Fuentes, queriendo Doña Beatriz Pacheco poſſeerla por todos los dias de ſu vida, y deſpues dize: *E queremos, è es nueſtra intencion, è voluntad, que ande, è deſcienda eſte dicho Mayorazgo de padre à fijo, è aſsi ande, è ſe herede, è vaya por todos los deſcendientes varones.*

115 Y en la clauſula ſiguiente dize: *E falleciendo vos el dicho Don Juan, nueſtro fijo legitimo, è vueſtros fijos, è todos los deſcendientes legitimos varones; ò non eſtando, ò ſeyendo avidos, como ſi non eſtuvieſſen, queremos, è es nueſtra voluntad, que aya, è herede eſte dicho Mayorazgo por ſu vida, ſegun es dicho, el primer fijo varon que hovieremos deſpues de vos el dicho Don Juan nueſtro fijo, è los que de el tal fijo fueren deſcendientes varones, con las ſubſtituciones, è vinculos, è condiciones, que de ſuſo es ordenado; è eſta miſma orden, è regla ſe guarde en todos los otros fijos varones legitimos, en tal manera, que ſiempre el fijo varon mayor legitimo que remaneciere, è ſus deſcendientes legitimos varones, ayan, è hereden por mayorazgo todo lo ſuſodicho, antes que otro alguno de los otros fijos, è ſus deſcendientes, è ſegun, è por la forma, è manera, è con las reglas, è condiciones ſuſodichas, è ordenadas en los deſcendientes del dicho Don Juan nueſtro fijo mayor.*

116 Deſpues de los deſcendientes varones, paſſan en la clauſula 8. (que correſponde à la 5. de la diſpoſicion de que ſe trata) los Fundadores del Eſtado de Medellin à dàr ſegundo llamamiento à las proprias hijas, y dizen aſsi: *O non eſtando, ò eſtando, è falleciendo los fijos varones legitimos, ò ſeyendo avidos como ſi non eſtuvieſſen, que eſte dicho Mayorazgo ayan, y hereden nueſtras fijas legitimas, è ſus deſcendientes de ellas, todavia que la fija mayor, è ſus deſcendientes de ella, ayan eſte dicho Mayorazgo antes que otra alguna de las otras, ſegun, è por la forma, è manera, è con las reglas, è condi-*

COMISION PROVINCIAL GRANADA

ciones ſuſodichas, y ordenadas en los dichos nueſtros fijos varones, è ſus deſcendientes; pero eſto ſe entienda, que el dicho Mayorazgo venga antes à los fijos, y deſcendientes varones de las dichas fijas, que non à las fembras deſcendientes de ellas; y que ſiempre el varon preceda à la fembra, è que la fembra no venga, ſalvo en desfallecimiento de varon, è ſegun, è por la forma, è manera que ſuſo ſe contiene, è faze mencion en lo que toca, y ſe diſpone de los fijos varones.

117 Y deſpues llaman à las hijas de los hijos, en eſta forma (que es la clauſula 6) *E donde Nos los dichos Don Rodrigo Portocarrero, y Doña Beatriz Pacheco, fallecieremos ſin fijos, ò fijas, legitimos, ò legitimas, è fallecieren todos los fijos varones legitimos de ellos, ò de ellas, ò de alguno de ellos, ò de ellas, queremos, è es nueſtra voluntad, que ayan, è hereden eſte dicho Mayorazgo las fembras legitimas deſcendientes de los dichos nueſtros fijos; todavia que ſe guarde eſta regla, è orden, que la fija mayor legitima de nueſtro fijo mayor, è ſus deſcendientes, ayan eſte dicho Mayorazgo antes que otra fembra alguna de las otras, è que los deſcendientes de ella, ò de ellos, ſiempre preceda el varon à la fembra, è el varon mayor al menor, è ſegun, è por la forma, è manera, è con las reglas, è condiciones ſuſodichas, è ordenadas en los dichos nueſtros fijos varones, è en las dichas nueſtras fijas, è en ſus deſcendientes, è todavia que eſte dicho Mayorazgo deſcienda de padre, è madre, à fijo, ò fija, ſegun la orden ſuſodicha.*

118 Eſtas ſon las clauſulas principales de la fundacion del Eſtado de Medellin, ſacadas à la letra de la diſpoſicion que ſe controvierte de Don Juan Pacheco, y Doña Maria Portocarrero, que ſe otorgò cinco años antes, pues fue en 4. de Junio de 1457. y la del Eſtado de Medellin en 20. de Mayo de 1462.

119 En virtud de la fundacion del Eſtado de Me-

de-

dellin, ſucediò Don Juan Portocarrero, hijo de los Fundadores, continuandoſe la ſucceſsion haſta Don Pedro Portocarrero, Conde que fue de Medellin, y Duque de Camiña, vltimo deſcendiente varon agnado del dicho Don Juan, por cuya muerte ſe ſuſcitò pleyto de tenuta entre Doña Luiſa Portocarrero, Marqueſa que fue de Aytona, hermana del vltimo poſſeedor; y Don Franciſco de Benavides Portocarrero, Conde de Santiſtevan, deſcendiente varon artificioſo de Dona Juana Pacheco, hija de Don Pedro Portocarrero, y Doña Beatriz Pacheco, Fundadores del Eſtado de Medellin; y Don Guillen Ramon de Moncada, Marquès de Aytona, hijo de la dicha Marqueſa Doña Luiſa; y deſcendiente varon cognado de Don Juan Portocarrero, primer llamado.

120 Doña Luiſa Portocarrero, hermana del vltimo poſſeedor, propuſo ſu derecho, fundando ſu demanda en que la ſucceſsion del Mayorazgo de dicho Eſtado de Medellin era regular, conforme à ſus llamamientos, y que aſsi debia ſuceder en èl, como hermana del vltimo poſſeedor.

121 El Conde de Santiſtevan fundò ſu pretenſion en que los primeros llamamientos de varones eran de rigoroſa agnacion, (que es lo miſmo que dize el Conde del Montijo, varon agnado del Gran Maeſtre) y que aviendo faltado los varones agnados por muerte de Don Pedro Portocarrero, vltimo poſſeedor, eſtavan ſubſtituìdas ſus hijas proprias, y ſus deſcendientes varones; y que aſsi, como deſcendiente varon artificioſo de Doña Juana Pacheco, hija de los Fundadores, avia llegado el caſo de ſuceder en eſte Mayorazgo, aviendoſe hecho los mayores esfuerços en ſu defenſa, para probar, que el primer llamamiento de los hijos, y deſcendientes varones, era de agnacion; y ponderandoſe quanto ſe pudo diſcurrir con las clauſulas los llamamientos de las pro-

prias

prias hijas, y de las hijas de los hijos, que ſon las miſmas de nueſtra diſpoſicion.

122 El Marquès de Aytona puſo ſu demanda, excluyendo à vno, y à otro, fundandola en dezir, que el concepto de los primeros llamamientos del Eſtado de Medellin no era de rigoroſa agnacion, ſino de nuda, y ſimple maſculinidad, (que es lo miſmo que propone el Marquès de Cortes de Graena para la ſuceſsion de eſtos Eſtados) y que ſiendo deſcendiente varon cognado de los Fundadores, y de ſu primera linea, era preciſo ſuceſſor del Eſtado de Medellin.

123 Lo que determinò el Conſejo en 2. de Junio del año de 1710. aviendo ſido Juezes en eſte pleyto los Señores que eſtàn al margen, con viſta de eſtas pretenſiones, y conſiderados los fundamentos propueſtos por vnas, y por otras partes, fue dàr la tenuta del Eſtado de Medellin al Marquès de Aytona, que actualmente le eſtà poſſeyendo, como deſcendiente varon cognado de los Fundadores, aviendoſe eſtimado preciſamente, que el Eſtado de Medellin, y ſu fundacion en los primeros llamamientos de varones, era de nuda, y ſimple maſculinidad.

Señores.
Conde de la Eſtrella.
D. Juan Antonio de Torres.
Conde de Villa-Oquina.
D. Lorenço de Morales.
Don Chriſtoval de Hineſtroſa.
D. Marcos Sanchez Salvador.
D. Candido de Molina.
Don Gregorio de Mercado.

124 No ſe trae eſta determinacion como exemplar del Conſejo, pues aunque ſiempre los debe venerar nueſtro reſpeto, por lo que dixo el Texto en la ley *Nam Imperator, ff. de legib.* ibi: *Aut rerum perpetuò ſimiliter iudicatarum, circa quod plura congeſsit.* D. Juan del Caſtill. *tom. 5. controverſ. cap. 89. num. 97. & 98. & tom. 7. cap. 30. num. 4. & 5.* ſuelen las circunſtancias variar el ſentido, que hazen diverſo el concepto en la voluntad de los Fundadores, *ex leg. Inter ſtipulantem, 83. §. Sacram, ff. de verb. oblig.* ibi: *Sed hæc deſimilia ſunt, leg. Papinianus, ff. de minor. auth. cui relictũ, C. de indict. viduit. tollend.* D. Amaya *in l. vnic. Cod. ſi liberal. imperial.* Fontanel. *deciſ. 527. num. 2.* adonde dize, que la mejor reſpueſta

puesta que se puede dàr à los exemplares, ēs el mostrar, que son diversos, y de diferentes circunstancias.

125 Sino en fuerça de cosa juzgada, y formal Executoria; en cuyo juizio quedò vencida la principal accion con que pretende el Conde del Montijo succeder en este Mayorazgo, en virtud de los llamamientos de vna fundacion, que son los mismos, que los del Estado de Medellin, en que se declararon ser los primeros llamamientos de varones de nuda, y simple masculinidad, obteniendo por este medio el Marquès de Aytona, como varon cognado, descendiente de la primera linea (como lo es el Marquès de Cortes de Graena) y assi justamente se aplica à todos los demàs litigantes, que pretenden succeder como agnados, lo que dize la *l. Duobus*, 19. *ff. de exception. rei iudic.* ibi: *Sine dubio obstabit, eandem enim quæstionem revocat in iudicium. Leg. De eadem re*, 5. *ff. eod.*

126 Causando perjuizio esta determinacion à los que pretendienren tener derecho respectivo à el que se deduxo sobre la misma fundacion, por lo que dixo el *text. Qui in aliena, §. fin. de negot. gest.* ibi: *Vno defendente causam communis aquæ, sententia prædio datur; leg. Duobus, §. Quod rebus, ff. de iure iurand.* ibi: *Nàm, quia in loco successionis succidit, hic quoque eodē loco habendus est, si modo ideò interpositum est ius iurandum, vt de ipso contractu, & re, non de persona iurantis ageretur.* Giurba *decis.* 1. *num.* 15. Camill. *de Medic. cons.* 129. *num.* 26. Robit. *cons.* 82. *num.* 3. Y por esta razon la sentencia que se pronuncia sobre la calidad del beneficio de tal suerte le afecta, en quanto à todos los que pretendieren despues, que no se puede bolver à disputar de aquella con que la sentencia le calificò; Noguerol *alleg.* 28. *num.* 59. Bardell. *cons.* 2. *à num.* 78. *vsq. ad* 81.

127 Y no ay duda, que la cosa juzgada contra el instrumento perjudica, y aprovecha à todos los que se

quieren valer de èl, aunque no litigaſſen en el juizio ſobre que recayò, ſacandoſe eſta concluſion de Derecho del *cap. Suborta, de re iudicata*, ibi: *Nimirum præfati Innocentij privilegium Alexandro fuit in iudicio præſentatum, & ipſe tulit ſententiam contra illum intelligitur reprobaſſe.* D. Valenç. *conſ.* 92. *ex num.* 38. Eſcob. *de puritat. part.* 1. *quæſt.* 13. §. 3. *ex num.* 26. Noguer *alleg.* 27. *ex num.* 11. Pareja *de inſtrumentorum edict tit.* 1. *reſolut.* 2. *ex num.* 108. D. Salgado *in labyr. part.* 3. *cap.* 1. §. *vnic. num.* 11. Valer. *de tranſact. tit.* 5. *quæſt.* 3. *num.* 57.

128 Con que parece que eſta ſentencia del Conſejo califica ſin controverſia el camino verdadero, y ſenda ſegura para el acierto de la deciſion de eſte pleyto, en que la duda ſe halla formalmente determinada por el Conſejo, conviniendola con la mayor propriedad las palabras de la *ley Filius emancipatus*, 14. *ff. ad leg. Cornel. de fal. ſic inveni Senatum cenſuiſſe.* Y ſiendo el miſmo Conſejo el Senado donde eſtà pendiente la miſma duda, que recae ſobre las clauſulas de la miſma fundacion, y diſpoſicion, parece que eſtrecha tanto la determinacion, que ſe eſtimarà por novedad el apartarſe de ella, por lo que dixo el *text.* en la *ley Divi fratres*, 27. *ff. de pœnis*, ibi: *Non ſolere Præſides Provintiarum ea, quæ pronunciaverunt ipſos reſcindere. Betinæ quoque Italicenſi reſcripſerunt, ſuam mutare ſententiam, neminem poſſe: idque inſolitum eſſe fieri.*

129 Eſpecialmente quando, como hemos dicho, no ay circunſtancias, que puedan variar el concepto, ni en la ſubſtancia, ni en las palabras de vna à otra diſpoſicion, pues es vna miſma, y las que ay mueven con mayor eficacia la inclinacion, y concepto de que eſta diſpoſicion es de nuda, y ſimple maſculinidad; porque en el Eſtado de Medellin no ſe tratò de la fuerça, y eficacia de la facultad que tuvieron Don Rodrigo Portocarre-

ro, y Doña Beatriz Pacheco para fundar su Mayorazgo, y en la que obtuvieron Don Juan Pacheco, y Doña Maria Portocarrero ay el reparo, que queda prenotado en el primer papel, para que no se pueda estender à alterar, ni revocar llamamientos, que estaban dados por los primeros fundadores.

130 En el Estado de Medellin los bienes de que se fundò eran proprios bienes, adquiridos por Don Rodrigo Portocarrero, y Doña Beatriz Pacheco, en que no avia dificultad para que en virtud de la facultad quedassen sujetos à los vinculos de su disposicion; Los principales bienes comprehendidos en esta disposicion eran todos de Mayorazgo, y como tales los posseìa Doña Maria Portocarrero, muger del Gran Maestre, en virtud de las fundaciones, que estàn en los Autos: En el Estado de Medellin se puso el rigoroso precepto de Apellido, y Armas de Portocarrero, para que con precisiòn le traxessen los posseedores: En el Estado de Moguer, Barcarrota, y los demàs que se disputan, no se hizo mencion de este precepto, y condicion; antes bien fue tan contrario, que absolutamente quisieron los fundadores se olvidasse el Apellido de Pacheco, y sus Armas, que es el que se avia de guardar en la agnacion: motivos todos, que adelantan el concepto para la nuda masculinidad.

Ex quibus omnibus, parece claro, que por los fundamentos, y medios propuestos, y referidos en el discurso de este papel, se ha de determinar la tenuta de estos Estados, Mayorazgos, y sus agregados, à favor del Marquès de Cortes de Graena: *Salva in omnibus.* T. S. D. C.

Lic. Don Francisco de Melgar.

POR

EL MARQUES DE MONDEXAR, Y DE Palacios, Conde de Tendilla, Reſidente en la Villa, y Corte de Madrid.

CON

EL MARQUES DE FUENTE EL SOL (86), EL MARQUES de Navamorquende (79), el Conde de Siruela, como marido de Doña Ana Maria Franciſca de Eſpinola (88), D. Sancho Fernandez de Miranda, como marido de Doña Ana Cathalina Villacis Manrique de Lara (91).

EN EL PLEYTO,

SOBRE LA SUCCESSION DEL ESTADO DE CAñETE, Mayorazgo que fundaron Diego Hurtado de Mendoza, y Doña Thereſa de Guzmàn (1), y los à eſte Agregados por Don Diego Hurtado de Mendoza, primer Marquès de Cañete (10), Doña Maria Manrique (33), Doña Iſabèl de Mendoza (22), y Doña Inès Manrique (29), D. Garcia, y D. Juan Andrès Hurtado de Mendoza (25) y (38).

EN VIRTUD DE LA ORDEN DEL REAL, Y Supremo Consejo, y Auto Acordado, Impresso en Granada en la Imprenta Real, con la nota del Sr. Juez de estàr corriente, y Certificacion del Secretario de Acuerdo, en 10. de Abril de 1750.

N. 1. HA PRETENDIDO, SEñOR, EL MARqués de Palacios (68), y oy el Marqués de Mondejar su nieto, se declare tocarle, y pertenecerle el Mayorazgo, que fundaron Diego Hurtado de Mendoza, y Doña Isabèl de Guzmán (1), y los à este agregados con sus frutos, y rentas desde su vacante. Y hallandose, como se halla, hecho Memorial ajustado del pleyto, se omite la repeticion de las Clausulas en este Informe: y para mayor claridad de la Justicia, que assiste à dicho Marquès, tomando el consejo de Quintiliano *lib.* 4. *de Inst. Orat. cap.* 5. *Et vtilis, & tenenda partitio est, vt quæque de re dicturi simus, ordine appareat*; le dividirèmos en tres Partes.

2. En la primera se manifestarà, que dicho Marqués tiene llamamiento especifico, y que como tal llamado debe succeder en dicho Mayorazgo. En la segunda, que quando el llamamiento no fuesse expresso, y contuviesse alguna duda, dicho Mayorazgo es de Agnacion rigorosa, y en su defecto de Artificiosa; por lo que debe succeder dicho Marquès no solo en la Fundacion principal, sino es tambien en sus Agregados. Y en la tercera se demonstrarà, hallarse plenamente probado, que dicho Marquès de Palacios (68) es indubitado descendiente de Juan Hurtado de Mendoza (3), y que los demàs Colitigantes no tienen indubitadamente justificadas sus filiaciones.

PARTE I.

QUE EL MARQUES DE PALACIOS TIENE LLAmamiento especifico, y como tal debe succeder en dicho Mayorazgo.

3. EL que pretende la succesion de qualquiera Mayorazgo, debe probar, para obtener, videlicèt, que es llamado: que tiene las calidades contenidas en el llamamiento: y que ha llegado el caso de su substitucion. Alvarez Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *quæst.* 10. *num.* 1. Dom. Castillo *tom.* 6. *cap.* 180. *num.* 16. Dom. Valenz. Velazq. *consil.* 96. *num.* 216. D. Larrea, *decis.* 33. *num.* 33. D. Solorzano *de Indiar. Gubern. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 19. *num.* 3. *per Text. in leg.* 1. *C. quor. bon.* ibi: *Non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, & ad hæreditatem, vel bonorum possessionem admissum probaveris.*

4. Atendida sencillamente la voluntad de los Fundadores *ex leg.* 19. *de condit. & demonst. cum vulgar.* se manifiesta, que el Marqués

quès de Palacios (68) es el legitimo Succeſſor de dicho Mayorazgo en la preſente vacante, por concurrir en el ſuſodicho las tres qualidades, y no en los demàs Litigantes; por no aver llegado el caſo de ſus llamamientos. Eſcobar *de Ratiocin. cap.* 28. *num.* 27. D. Caſtillo *tom.* 3. *Controv. cap.* 15. *num.* 29. ibi: *Nullomodo jus ſuum fundat, & conſequenter cum pro ſe non habeat verba, nec diſpoſitionem, ipſi agenti, & ſucceſſionem horum Maioratuum prætendenti obſtat peremptoria exceptio, & objici debet, male agis, & ſine jure, quia tali caſu de te non loquitur ſubſtitutio, vel ſcriptura. Et cap.* 14. *num.* 24. Gomez Bayo *Prax. Eccleſiaſt. part.* 3. *lib.* 2. *quæſt.* 2. *num.* 2. D. Valenz. *conſil.* 97. *num.* 22.

5. En primer lugar llamaron los Fundadores à la ſucceſſion à Juan Hurtado de Mendoza ſu hijo (3), y à ſus deſcendientes, (*Mem. num.* 5.) ibi: *Para sì ſolo, è los que de èl deſcendieren.* En cuyo llamamiento quedaron incluìdos todos los hijos, y deſcendientes de dicho Juan Hurtado (3), como ſi con ſu proprio nombre los huviera llamado. D. Molina *de Primog. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 17. D. Caſtill. *tom.* 3. *cap.* 15. *num.* 57. D. Paz *de Tenuta, cap.* 57. *num.* 255. Torre *de Maiorat. tom.* 2. *quæſt.* 7. *num.* 36. *& quæſt.* 59. *num.* 9. D. Salgado *Labyrint. Credit. part.* 3. *cap.* 15. *num.* 37. Alvarez Pegas *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 3. *num.* 83. verſic. *Verba.*

6. Los hijos de Juan Hurtado (3) fueron Honorato Hurtado de Mendoza (6), y Luis Hurtado de Mendoza (7), y cada vno formò ſu linea diſtinta, y ſeparada. Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 167. *& part.* 4. *cap.* 1. *num.* 47. D. Caſtillo *tom.* 3. *Controv. cap.* 15. *num.* 52. *& tom.* 5. *cap.* 92. *num.* 52. Aguila ad Roxas *part.* 7. *cap.* 6. *num.* 5. de tal forma repugnante, è incompatibles, que en la linea del Honorato Hurtado (6) no ſe puede comprehender alguno de la linea del ſegundogenito, que fue el dicho Luis Hurtado (7). Roxas *de Incompat. part.* 8. *cap.* 7. *num.* 4. *&* 5. Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 33. *num.* 4. Alvarez Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 8. *num.* 13.

7. No admite controverſia, que los Fundadores pudieron poner las condiciones, y gravamenes, que les pareciеſſe, y el llamamiento, que avian dado à todos los deſcendientes de Honorato Hurtado (6) explicarlo, y limitarlo con el orden, y modo, que les pareciеſſe. *L.* 40. *Tauri*, ibi: *Salvo ſi otra coſa eſtuvieſſe diſpueſta por el que primeramente inſtituyò, y ordenò el Mayorazgo: que en tal caſo mandamos, que ſe guarde la voluntad del que lo inſtituyò. L.* 13. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopil.* Alvarez Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 9. *num.* 107. Roſa, *conſult.* 69. *num.* 24.

8. Aſsi lo hizieron dichos Diego Hurtado, y Doña Thereſa de Guzmàn (1); pues proſiguiendo dicha Clauſula (*Mem. num.* 5.) ibi:

ibi: *para sì solo, è los que de èl descendieren, è segun con las condiciones, è modos, è forma, que adelante se contiene: è que los otros nuestros hijos, è hijas, ò nietos no ayan en el dicho Mayorazgo parte alguna, mientras èl viviere, ni despues, salvo en la manera que se sigue.*

9. Cuyas condiciones, forma, y modo fue el que despues de dicho Juan Hurtado (3) huviesse dicho Mayorazgo el hijo mayor varon, que de èl descendiere, è despues los nietos, è otros descendientes de èl, que fueren varones (*Mem. num. 6.*) cuyas vozes hablan claramente de Honorato Hurtado (6), por referirse al hijo mayor de el Juan Hurtado (3): que no puede ser el Luis (7), como dexamos fundado en el n. 6. pues expressandolo cõ la palabra taxativa de *hijo mayor varon*, que de èl descendiere, no se puede aplicar à otro. *L. 77. §. Hæreditatem, ff. de legat. 2.* Fussario *de Substit. quæst. 321. num. 27.* Add. ad D. Molina *de Primog. lib. 1. cap. 6. num. 28. & 29.* vers. *Sed superior.* D. Castillo *tom. 5. Controv. cap. 92. num. 30.* Torre *de Maiorat. part. 2. quæst. 19. num. 46. & seqq.*

10. Baxo de cuyo literal concepto es constante, que à los descendientes varones de varones del dicho Honorato (6) hijo mayor varon del Juan Hurtado (3), son à los que diò llamamiento, y no á otros, que no tuviessen esta qualidad, *ex leg. Quæ conditio 39. ff. de condit. & demonst.* ibi: *Quæ conditio ad certas personas accommodata fuerit, eam referre debemus ad eum dumtaxat gradum, quo hæ personæ institutæ fuerunt.* D. Molina *lib. 1. cap. 5. num. 37.* & ibi Add. D. Valenzuela *consil. 97. num. 25.* Roxas *de Incompat. part. 1. cap. 6. num. 307.* Torre *de Maiorat. part. 1. cap. 39. §. 3. num. 64. & 65.* Rosa *Consultat. 69. num. 155.* ibi: *Recepta est propositio, quod vbi dispositio disjunctos gradus continet, & distinctas, ac separatas vocationes, tunc non potest is, qui in sequenti gradu vocatus est, prætendere in antecedenti se esse vocatum, licèt antecedens dispositio generalis esset, & apta illum comprehendere.*

11. Aunque es controvertible si en el llamamiento de varones se comprehenden los varones Agnados, y Cognados. Dom. Castillo *tom. 6. Controv. cap. 131. num. 16. cum alijs ab eo relatis*, la mas corriente opinion es, se entienden solo los varones Agnados, *ex §. Cæterum, Instit. de legit. agnat. succes.* Peregrino *de Fideicomm. art. 26. num. 15.* Torre *de Maiorat. part. 1. cap. 25. num. 138. & seqq.* D. Vela, *differt. 49. num. 88.* ibi: *MASCULORUM vox in jure ad masculos agnatos, sivè per virilem sexum sibi attinentes potissimum, sivè magis propriè referatur.* Lo que assi claramente entendieron dichos Fundadores, pues expressaron, ibi: *Que los hijos varones de las hijas no hereden el dicho Mayorazgo, salvo en fallecimiento de varones descendientes de ellos, (Mem. num. 7.)*: con lo que cessò qualquiera duda, que se pudiera suscitar.

Dom.

Dom. Castillo *tom. 6. Controv. cap. 182. num. 56.* ibi: *Nulla enim melior interpretatio, & glossatio, quam sit glossa, & interpretatio Testatoris, à quo clarior habetur interpretatio.*

12. En este cierto supuesto, para dar llamamiento dichos Fundadores à Iñigo Hurtado, y su linea, otro su hijo (5), pone en condicion à los descendientes de dicho Juan Hurtado (3), ibi: *E cessantes los dichos descendientes.* (*Mem. num. 6.*) que no pueden ser otros, que aquellos de quienes antes avia hablado. Argum. *L. 27. ff. de hæredib. instit.* D. Molina *de Hispan. Primog. lib. 3. cap. 5. num. 64.* & ibi Add. D. Castillo *tom. 6. Controv. cap. 117. num. 28.* Barbosa *dict. Usufrequent. dict. 87. num. 1. & 4.* Rosa *Consultat. 69. num. 179.* D. Vela, *differt. 49. num. 12.* Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 25. num. 259. & cap. 37. num. 97. & seqq.* Garcia *de Nobilit. in divis. operib. num. 49.*

13. El llamamiento discretivo de los hijos varones de varones de el hijo mayor de Juan Hurtado (3), que lo fue Honorato Hurtado (6), separò, y distinguió la linea de este de el llamamiento generico hecho à todos los descendientes del Juan Hurtado (3): por ser esta fuerza del discretivo, y especifico llamamiento. *L. Cum in Testamento 37. §. fin. ff. de hæred. instit. L. Cum ex filio, §. Filio. L. Cohæredem 41. §. Qui Patrem, ff. de vulgar. & pupillar. substit. L. Hæres 100. §. Duæ statuę, ff. de legat. 3. L. 18. §. Cui fundum, ff. de instruct. vel instrum. legat. L. Alimenta 16. §. Basilicæ, ff. de aliment. & cib. legat. L. Æquissimè 2. §. 3. ff. de bonor. poss. secund. Tabul.* D. Castillo *tom. 3. Controv. cap. 15. num. 23. & seqq.* Roxas *de Incompat. part. 5. cap. 4. num. 21.* Por lo que exceptuado del llamamiento generico el del Honorato Hurtado (6), y sus descendientes, con la calidad de que succediessen solo los varones de varones, y no otros, porque no à otros de esta linea diò llamamiento, *ex L. Cum ita legatur, §. In Fideicommisso, ff. de legat. 2.* ibi: *Nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit*:: Quedaron los demàs descendientes del Juan Hurtado (3), que no eran descendientes del hijo mayor, en virtud del especifico llamamiento, que anteriormente tenian, ibi: *Y los que de èl descendieren*, con su llamamiento, y prelacion á la succesion, fenecidos los varones de varones del hijo mayor de dicho Juan Hurtado (3).

14. Porque la excepcion firma la Regla en contrario. *L. Nam quod liquide 4. §. fin. ff. de pænu legat.* Torre *de Maiorat. tom. 2. quæst. 1. num. 22.* Thomàs Sanchez *supr. præcept. Decal. lib. 4. cap. 40. num. 19.* Con que aviendo de el llamamiento generico de los hijos, y descendientes del Juan Hurtado (3) preferido à Honorato Hurtado (6), y à sus descendientes, que fuessen varones de varones, y no dado llamamiento à otros, quedò limitado en esta linea el llamamiento

por

por el especifico de varones de varones á estos, y no à otros. D. Castillo *tom.5. Controv. cap.95. num.30.* y es clara conjetura de la voluntad, de que de esta linea no quiso succediessen otros, sino es los que tuviessen esta qualidad. *Ex leg. 9. C. de Testam. Milit.* ibi: *Certi juris est, Militem, qui scit se filium habere, alios que scripsit hæredes, tacitè eum exhæredare intelligi. L.10. C. eod.* Antonio Gomez *tom.1. Variar. cap.5. num.36.* vers. *Primo,* & vers. *Secundo facit,* & vers. *Sed certè in puncto.* Cardin. de Luca *de Succession. discurs.1. num.10.* & *de Fideicomm. discurs.24. num.16.* & *discurs.256. num.4.*

15. Lo mandado baxo de vna condicion, ò qualidad se entiende privado por la contraria qualidad, *ex leg. Si legatum purè, ff. de adimend. legat.* Alvarez Pegas *de Maiorat. tom.1. cap.5. num.473.* El hijo mayor del Juan Hurtado (3) està llamado con la condicion, de que succedan sus hijos varones de varones: con que en los que no concurre esta qualidad, estàn excluìdos, porque no les convienen las vozes de la disposicion, *ex dict. suprà num.4.* Aguila ad Roxas *part.4. cap.6. num.2.* & *seqq.* Alvarez Pegas *de Maiorat. tom.2. cap.9. num.28.* porque omitidos los demàs descendientes del hijo mayor de el Juan Hurtado (3), no pueden preferirse à los que tienen especifico llamamiento, como son todos los descendientes de Juan Hurtado (3), ibi: *Y los que de èl descendieren*; sin distincion de personas, ni de otra apetecida qualidad, como lo quisieron en los descendientes del hijo mayor, que lo fue Honorato Hurtado (6). Aguila ad Roxas *dict. cap. 6. num.6.* Alvarez Pegas *tom.2. cap.8. num.15.* y por tanto quedò el llamamiento prelativo, y anterior, despues de los varones de varones de Honorato (6), à los demàs hijos del Juan (3), que lo fue Luis Hurtado (7), de quien dicho Marquès de Palacios (68) es indubitado descendiente, y oy el Marquès de Mondejar su nieto.

16. Hazese mas patente lo referido à vista de que como diximos en el num. 13. los Fundadores fenecido el llamamiento de los varones de varones de Honorato Hurtado (6) hijo mayor del Juan Hurtado (3), quisieron succediessen los descendientes del otro hijo del Juan Hurtado, que lo fue dicho Luis Hurtado (7), à los que substituyeron à Iñigo Hurtado (5), y despues de los descendientes de este à los transversales: de tal forma, que para dar lugar à la linea de Iñigo, se explican con estas vozes, ibi: *Y cessantes los dichos descendientes* (*Memor. num.6*). Estos descendientes puestos en condicion, son solamente los llamados. Torre *de Maiorat. tom.1. cap.27. num.42. 43.* & *115.* & *cap.37. num.110.* vers. *Tertio,* & *num.111. vsque ad 118.* vers. *Primo.* D. Crespi de Valdaura *observ.19. num.6.* & *15.* Cardin. de Luca *de Fideicomm. discurs.40. num.8.* & *discurs.47. num.2. discurs.*

66. *num.* 6. *discurs.* 73. *num.* 3. Alvarez Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 10. *num.* 823. y los assi llamados no son otros, que los hijos varones de varones del Honorato (6) comprehendidos en la Clausula (*Mem. n.* 6.) y los demàs descendientes del Juan (3), que estaban genericamente llamados. (*Mem. num.* 5.)

17. Corroborase mas lo referido; pues el orden de los llamamientos haze, è importa verdadera condicion. Dom. Larrea *decis.* 38. *num.* 3. D. Molina *de Primog. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 15. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *num.* 42. vers. *Sed illa conditio.* Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 36. ibi: *Nam ordo ad succedendum facit conditionem:* Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 25. *num.* 208.

18. Cada vno de los llamados en qualquiera Fundacion, debe observar su orden, y tiempo, *ex leg. Ex facto* 43. §. 1. *ff. de vulg. & pupil. substit.* ibi: *In vtroque eorum tempus suum separatim servari.* D. Castillo *tom.* 3. *Controv. cap.* 15. *num.* 23. & 24.

19. Primeramente estàn llamados todos los descendientes de Juan Hurtado (3), ibi: *E los que de èl descendieren*: à excepcion de los descendientes de Honorato Hurtado (6) su hijo mayor; porque solo se hallan en este grado incluìdos los varones de varones, ibi: *E cessantes los dichos descendientes*, con preferencia con la qualidad de varones: y en defecto de vnos, y otros, es preciso venga à la succesion la linea de Iñigo Hurtado, y despues de esta los transversales; cuyo orden expressamente dexaron dispuesto los Fundadores. D. Castillo *tom.* 5. *Controv. cap.* 82. *num.* 1. ibi: *Illud præoculis semper habendum, quod scilicèt verba conveniant personis, & rebus, de quibus est sermo, vt dispositio testamentaria, de qua agitur, convenire possit, & conveniat.* Robles *de Repræsent. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 11. Y siendo esta la clara, y expressa voluntad de los Fundadores, contra ella no se deben discurrir interpretaciones, ni otras conjeturas. *L. Ille, aut ille,* §. *Cum in verbis, ff. de legat.* 3. ibi: *Cum in verbis nulla est ambiguitas, non debet admitti voluntatis quæstio.* D. Larrea *decis.* 33. *num.* 60. Faria Add. ad D. Covarrub. *lib.* 1. *Variar. cap.* 19. *num.* 52. D. Castillo *tom.* 4. *Controv. cap.* 6. *num.* 48. & *tom.* 6. *cap.* 178. *num.* 18. D. Salgado *de Reg. Protect. part.* 4. *cap.* 3. *num.* 50.

20. Para no dexar duda los Fundadores vsaron de diversas vozes en el llamamiento de los descendientes del Juan Hurtado (3), y quando los ponen en condicion, lo que arguye, y manifiesta diverso concepto, è inteligencia. *L.* 7. §. 1. *de supellect. legat.* ibi: *Appellationem eius mutatam esse.* D. Valenz. *consil.* 97. *num.* 172. Torre *de Maiorat. tom.* 1. *cap.* 39. §. 3. *num.* 88. & *tom.* 2. *cap.* 1. *num.* 21.

21. En el primer llamamiento dizen, ibi: *E los que de èl*

des-

descendieren (*Mem. num.* 5.) hablando del Juan Hurtado (3); porque à todos sin diferencia dieron igual llamamiento prelativo, y anterior en la condicion, *è cessantes los dichos descendientes* (*Mem. num.* 6), porque como en el general llamamiento *de los que de èl descendieren*, lo avian limitado en la linea del hijo mayor del Honorato Hurtado (6) para que solo en este primer orden de succesion tuviessen lugar los varones de varones, y no otros, por esso dixeron *LOS DICHOS*, refiriendose á los nominados, y no à otros, *ex dictis suprà num.* Y es clara conjetura, de que el no aver llamado en los descendientes de Honorato Hurtado (6) à otros, que à los varones de varones, estos, y no otros de la linea, que formò, quisieron que succediessen. Torre *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 55. *num.* 66. ibi: *Si igitur voluisset substituere ipsius Francisci filios, facere potuisset, sicut instituit dictas fœminas in casu prædicto: proindeque dum id non dixit, velle non præsumitur; nam ex dicto, & non dicto, certaque conjectura voluntatis sumi potest.*

22. En esta verdadera, y literal inteligencia de la voluntad de los Fundadores, no ay duda, que si no huviera salido à este pleyto el Marquès de Palacios (68) indubitado descendiente de Juan Hurtado (3), y de la linea, que causò Luis Hurtado (7), y huviera salido algun descendiente de Iñigo Hurtado (5), obtendria en competencia de el Marquès de Navamorquende (79), de el Marquès de Fuente el Sol (86), de la Condesa de Situela (88), del Conde de Mora (83), y de Doña Cathalina de Villacis (91), aunque huviessen justificado plenamente su descendencia: porque ninguno es varon de varon de dicho Honorato Hurtado (6), que son llamados: *E cessantes los dichos descendientes*, està substituìda la linea de dicho Iñigo; y solo estos, que son los que estàn puestos en condicion, podian diferir, que passasse la succesion à la linea del Iñigo (5), y no los demàs, que no tengan la precissa qualidad, con que están llamados. Dom. Castillo *tom.* 5. *Controv. cap.* 91. *num.* 1.

23. Pero aviendo litigado dicho Marqués de Palacios (68), y litigando oy el Marquès de Mondejar su nieto descendiente de dicho Juan Hurtado (3), es precisso se prefiera à los descendientes de Iñigo Hurtado (5): porque los Fundadores dieron llamamiento primero à los descendientes del Juan Hurtado (3) sin qualidad, ni limitacion, ibi: *E los que de èl descendieren* (*Mem. num.* 5.), y siempre es precisso succedan los que primeramente estàn llamados. *Ex dict. leg. Cum ita legatur, §. In Fideicommisso, ff. de legat.* 2. ibi: *Qui nominati sunt. Et L. Quandiu* 69. *ff. de acquir. hæredit. L. Filius* 12. *§.* 2. *ff. de bon. libert.* ibi: *Qui sequentis gradus sunt, non admituntur interim.* Roxas *de Incompat. part.* 5. *cap.* 4. *num.* 21. Aguila ad Roxas *part.* 1. *cap.* 6. *num.* 314.

Dom.

Dom. Valenz. *consil. 63. num. 10.* Alvarez Pegàs *de Maiorat. tom. 1. cap. 7. ex num. 2.* D. Castillo *tom. 3. Controv. cap. 19. num. 95.* D. Lara *de Vita homin. cap. 30. num. 100.*

24. A todo lo dicho es preciſſo diga: que atendida la voluntad de los Fundadores en eſta forma, ſolo deben ſucceder los hijos varones de varones del hijo mayor de Juan Hurtado (3), que lo fue Honorato Hurtado (6), y extinguidos eſtos varones, en ſegundo lugar deben ſucceder los demàs deſcendientes de dicho Juan Hurtado, que no fueſſen de la linea del hijo mayor: y fenecidos eſtos, en tercer lugar los deſcendientes de Iñigo Hurtado (5): y en quarto lugar los tranſverſales; quedando excluìdos los demàs deſcendientes hembras, y varones de ellas de dicho Honorato Hurtado. Lo que parece abſurdo; pues en eſte caſo ſuccedieran los tranſverſales con excluſion de los deſcendientes de los Fundadores; lo que repugna à la mente, y piadoſa intencion de todos los Fundadores, *ex leg. Cum Avus, ff. de condit. & demonſt. L. Cum acutiſsimi, C. de Fideicommiſ.* Gomez *tom. 1. Variar. cap. 5. num. 32.* Eſcaño *de Teſtament. cap. 21. num. 32.* ibi: *Naturalis enim ratio, & omnia jura clamant pro filiis.* Torre *de Maiorat. tom. 1. cap. 41. §. 6. num. 102. & tom. 2. quæſt. 16. num. 13. & 17.*

25. En el caſo preſente ſe reſponde: que quien oy litiga, es vn indubitado deſcendiente de los Fundadores, como lo es el Marquès de Palacios (68), y ſu nieto el Marquès de Mondejar, el que tiene à ſu favor las miſmas razones de equidad, y natural inclinacion, que pueden ponderar todos los demàs deſcendientes, y la literal, poderoſa, è inalterable regla de la voluntad de los Fundadores, por lo que no ſe neceſsita ocurrir à conjeturas, ni preſumpciones, sì ſolo à lo que ſencillamente explican las vozes en ſu natural ſentido. Mieres *de Maiorat. part. 2. in init. num. 31.* D. Castillo *tom. 4. Controv. cap. 31. num. 27. & tom. 6. cap. 131. num. 6.* D. Valenz. Velazq. *conſil. 135. num. 134.* Roxas *de Incompat. part. 8. cap. 5. num. 26. & 31.*

26. Lo que claramente dixeron los Fundadores fue, que ſuccedieſſe en primer lugar Juan Hurtado ſu hijo (3), *è los que de èl ſuccedieren*: deſpues ordenò ſuccedieſſe ſu hijo mayor varon: deſpues ſus nietos, è otros deſcendientes de èl, que fueſſen varones; é ceſſantes los dichos deſcendientes, llamaron la linea de Iñigo, è deſpues los tranſverſales: cuya orden ſe debe obſervar entre tanto, que no aya clara reſiſtencia de Derecho. Roſa *Conſult. 69. num. 171.* ibi: *Quia illud onus fuerat diſtinctè injunctum prius filiis maſculis filiarum Teſtatoris, & poſtea filiabus filiorum, & conſequenter earum deſcendentibus, ideoque hic ordo immutari non poterat:: & eo ordine, quo præſcripſerat.*

27. Si eſtuvieramos en el caſo, de que no huviera deſcen-

dien-

dientes de el Juan Hurtado (3), ni de el Iñigo Hurtado (5), y que pretendiesse vn transversal, concurriendo al mismo tiempo descendiente varon de hembra, ò hembra de dicho Honorato (6), sin duda era preciso obtuviera dicho descendiente; pues como caso omitido, era preciso se regulasse por la disposición de Derecho, y Reglas de la dicha Ley *Acutissimi*. D. Vela *dissert.* 49. *num.* 104. Mieres *de Maiorat. part.* 1. *quæst.* 30. *num.* 85. Lara *de Capellan.*

28. El mayor argumento, que se puede hazer, es con la Clausula tercera de la dicha Fundacion (*Mem. num.* 7.) por la que hechos ya los llamamientos, se dize, ibi: *Que los hijos varones de las hijas no hereden el dicho Mayorazgo, salvo en fallecimiento de varones descendientes de ellos, è que hembras, hijas, ni nietas no puedan venir al dicho Mayorazgo, salvo en fallecimiento de varones descendientes de varones, è en fallecimiento de varones descemdientes de hembras.*

29. Cuya disposicion, se dirà, comprehende todos los llamamientos de las lineas antecedentes. Mieres *de Maiorat. part.* 2. *quæst.* 12. *num.* 30. ibi: *Porro est notandum, quod Clausula generalis non inclusæ in certo capitulo refertur ad omnia sivè in principio, sivè in medio, sivè in fine posita.* Fullar. *de Substit. quæst.* 403. *num.* 37. Torre *de Maiorat. tom.* 2. *quæst.* 43. *num.* 34. por lo que hallandose la succesion en la linea de Honorato Hurtado (6), aviendo faltado los varones de varones, debe succeder el varon descendiente de hembra de dicha linea, y no hazer transito à otra. D. Molina *de Primog. lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 32. & ibi Add. Alvarez Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 9. *num.* 236. 244. 365. & 674. versic. *Sententiam Senatus.*

30. No ay duda, que este argumento causarà grave dificultad, à no ser tan clara, y expressa la disposicion en el caso de este pleyto; cuyas Clausulas se deben reconocer con la mayor inteligencia, y cuydado para su observancia. D. Castillo *tom.* 4. *Controv. cap.* 5. *num.* 2. ibi: *Debent ergo testamentorum, & dispositionum omnia verba, & Clausulæ diligenter, & acuratè inspici*: Porque las expresiones generales tienen lugar en su caso, y tiempo *singula singulis referendo.* Balmaseda *de Collectis quæst.* 47. *num.* 45. D. Salgado *de Reg. Protect. part.* 1. *cap.* 2. §. 1. *num.* 39. & 40. & *de Retent. part.* 1. *cap.* 2. *num.* 86. Surdo *consil.* 389. *num.* 9. ibi: *Generalis dispositio restringitur ad rationem secundum suam causam.* D. Castillo *tom.* 6. *Controv. cap.* 120. *num.* 32. ibi: *Pluralis sermo, satis est, aliquo modo, ac certo respectu possit verificari.*

31. En el orden, que los Fundadores à la succesion de la linea del Juan (3), Iñigo (5), y vltimamente à los transversales, no aviendo explicado la inclinacion, que tenian à los varones Agnados, y en su defecto á los varones de hembras, lo hizieron en dicha vltima

Clausula; pero sin oponerse à lo antetiormente dispuesto, y ordenado, ni se puede presumir correccion de lo que tan immediatamente tenian establecido, *ex leg.* 32. §. 2. *ff. de donat. inter virum, & vxorem. L.* 89. *ff. de condit. & demonstrat.* Pareja *de Instrum. Edit. tit.* 2. *resol.* 6. *num.* 304. D. Larrea *decis.* 60. *num.* 6. Pignatelli *tom.* 6. *consult.* 85. *num.* 40. Cardin. de Luca *tom.* 1. *sup. mater. de Credit. discurs.* 1. *num.* 4. Roxas *de Incompat. part.* 1. *cap.* 10. *num.* 34. *& part.* 4. *cap.* 5. *num.* 12. Rosa *Consult.* 69. *num.* 143.

32. Por lo que se debe entender, que entre todos los descendientes del Juan Hurtado (3) deben succeder lo primero los varones de varones de Honorato Hurtado (6), y à falta de estos los demàs varones de varones de los demàs hijos de dicho Juan Hurtado (3) primero llamado, ibi: *E los que de èl descendieren*; y fallecidos todos los descendientes varones de varones de la linea, que formò el otro hijo del Juan Hurtado (3), que lo fue Luis Hurtado (7), deben succeder los varones descendientes de hembras, que es la Agnacion artificiosa, que los Fundadores establecieron, como despues se dirà; porque como queda fundado, para que tuviesse lugar la linea de Iñigo (5), era preciso faltassen los varones de varones de Honorato Hurtado (6), y todos los demàs descendientes de los otros hijos de Juan Hurtado (3).

33. Baxo de cuyo concepto los Fundadores quisieron, que fenecidos los varones de varones de Honorato Hurtado (6), passasse la succesion à otra linea, que lo fue la del Luis Hurtado (7), y no aviendo en la linea substituìda limitacion, ni regla, se debe considerar, que los varones de hembras, y en su defecto las hembras de la linea, que formò Honorato Hurtado (6), quedaron postergados, y sin llamamiento, sin poderse reintegrar entre tanto, que huviesse varones de varones, varones de hembras, ò otro descendiente de las dos lineas de Luis Hurtado (7), y de Iñigo Hurtado (5): por lo que no pueden fundar derecho à la succesion Colitigante alguno de los de este pleyto; pues los que mas pretenden esforzar el que dizen tienen, se confiessan varones simples cognados descendientes de dicho Honorato Hurtado (6), y no varones de varones, que es la qualidad con que estàn llamados: y en esta forma tiene lugar lo explicado por los Fundadores en la dicha Clausula tercera (*Mem. num.* 7.) y queda su inteligencia concordada, acorde, y consiguiente en vn todo, que es lo que se debe atender, para regular el verdadero succesor. Dict. D. Castillo *tom.* 6. *Controv. cap.* 120. *num.* 32. Roxas *de Incampat. part.* 1. *cap.* 10. *num.* 29. ibi: *Nihilominus resolvenda est, si possibile fuerit secundum mentem Institutoris, seù Testatoris, & verba interpretanda sunt, ve non contineant repugnantiam.*

En

34. En vna disposicion tan setia como de Fundacion de vn Mayorazgo, es preciso, que los Fundadores la confirieſſen, tratasſen, y consultasſen, *ex leg. Divi fratres, ff. de Iure Patron. L.9. §.2. ff. de Iur. & fact. ignor.* D. Crespi *observ. 22. num.22.* Casanate *consil. 15. num.59.* Mantica *de Conject. lib. 3. tit. 5. num. 7.* por lo que no se presume voz, ni palabra ociosa, sino es con el correspondiente acuerdo, para que opere. D. Valenz. *consil. 113. num. 84.* Alvar. Pegas *de Maiorat. tom.2. cap.9. num.291.* D. Castillo *tom.4. Controv.cap.38.n.1.*

35. Por lo que si huvieran querido, que los varones de hembras, ò las hembras descendientes de dicho Honorato Hurtado (6) succedieſſen antes, que los varones de hembras descendientes de los otros hijos de dicho Juan Hurtado (3), lo huvieran dicho: y el no averlo expressado se prueba, que con todo acuerdo lo omitieron; porque no quisieron, que de los descendientes de Honorato Hurtado (6) tuvieſſen preferencia á los demás descendientes de dicho Juan Hurtado (3) otros, que los varones de varones. *L. Gallus, §. Quidam rectè, ff. de liber. & posthum. L. Si aliis 19. ff. de vsu, & vsufruct. legat.* D. Valenz. *consil.91. num.17. & seqq. & consil.93. num.25.* D. Castillo *de Tertiis, cap.20. num.6. & tom.4. Controv. cap.14. num.3.* ibi: *Frequentiſsimum Doctorum assumptum, sivè pronuntiatum eiusmodi est: Testator, quod non loquitur, vel quod non dixit, velle non præsumitur, cum facile illi fuit exprimere, aut disponere, & non expresit, neque dispossuit, quia eo ipso consulto omisisse videtur.* Surdo *consil.127. num.60.* D. Vela *disert.49. num.6.* Mostazo *de Causis Piis, lib.2. cap.7. num.25.* ibi: *In Testamentis non censetur volitum, quod non appareat dispositum, nec prudenter potest imaginari de voluntate Testatoris, quod non possit ex verbis concipi.*

36. No obstante de que, con lo que queda dicho, se ha fundado legitimamente, que dicho Mayorazgo fue de qualidad, y limitado à los descendientes varones de varones del hijo mayor de Juan Hurtado (3), y que à falta de estos fueron llamados los demàs descendientes de dicho Juan; pero como es la instancia mayor, que por los Colitigantes se haze, querer persuadir vnos, que dicho Mayorazgo es de simple masculinidad, y los mas, que es Regular: fundandose, en que en la indefinida, y general preferencia de masculos se deben entender los Agnados, ó Cognados dentro de vna misma linea, y grado; pero no de forma, que la hembra de mejor linea, que tiene à su favor esta prerrogativa autorizada cõ la Ley, que es la *L. 8. tit.7. lib.5. Recopil. L.2. tit. 15. part. 2. cap. 1. de Natur. succes. feud.* quede excluìda por el varon de inferior linea: por ser principio cierto, que aunque en qualquiera disposicion se manden preferir los varones

nes á las hembras, y que solo en defecto de ellos succedan estas, no por esso deben posponerse las hembras de la linea primogenita à los varones de inferior linea, à menos que claramente estè establecido lo contrario. D. Castillo *tom.2. Controv. cap.4. num.160.* D. Molina *de Primog. lib.3. cap.4. per tot.* Gomez *in leg.40. Tauri num.8.* Mieres *de Maiorat. part.2. quæst.6. à num.2. & seqq.* Rosa *Consult.69. num.4. cum seqq.* Gutierrez *consil.13. num.11. & 12. cum seqq.* Roxas *de Incompat. part.3. cap.4. num.12.*

37. Lo que con especialidad (dizen) se debe entender en el caso de este pleyto, por la observancia continuada por mas tiempo de vn siglo, en que à vista, ciencia, y paciencia de tantos varones interessados en la succesion, que vnos eran Agnados artificiosos, como Don Juan Ruiz de Alarcòn (47), y otros simples cognados, estuvieron en possession de dicho Mayorazgo las hijas de Don Juan Andrès Hurtado de Mendoza (38) vltimo Agnado descendiente de Juan Hurtado (3), y todos los descendientes de ellas hasta el Duque de Naxera (85): calificandose por esta observancia el orden regular de succeder. *L.37. ff. de legib.* D. Castillo *tom.5. Controv. cap.93. §.7. ferè per tot.* D. Molina *de Primog. lib.2. cap.6. num.57. & 58.* D. Valenz. *consil.97. num.204.* D. Franciscus de Leon *decis.29. num.8. & 10. & decis.41. num.16.* D. Solorzano *de Gubern. Indiar. cap.21. num.24.* Gutierrez *consil.2. num.10.*

38. La misma Ley, en que se funda la objeccion, y estableciò la representacion, cuyo fundamento es la linea, y prerrogativa, que esta dà à los que se hallan en ella, dispuso la limitacion, y la respuesta al argumento propuesto, que es la Ley 40. Tauri, ibi: *Salvo si otra cõsa estuviere dispuesta, &c.* La que conformandose con la Ley de las 12. Tablas, concediò à los Testadores libre facultad de disponer. *L.120. ff. de verb. significat.* Siendo este el fundamento de los Mayorazgos irregulares, ò qualificados, en los que es notoriamente sabida la distincion, que ay entre la linea de substancia, y la de qualidad: no siendo menos cierto principio, que de nada sirve la primera, si falta à los comprehendidos en ella la segunda. Roxas *de Incompat. part.1. cap.6. à §.20. vsque ad 24.* Torre *de Maiorat. part.1. cap.5. per tot.* Rosa *Consult.69. ex num.19.*

39. En ningun caso mas, que en el presente, se hallarà la contraria voluntad (*Mem. num.7.*) ibi: *E ordenamos, que los hijos varones de las hijas no hereden el dicho Mayorazgo, salvo en fallecimiento de varones descendientes de ellos: è que hembras hijas, ni nietas no puedan venir à dicho Mayorazgo, salvo en fallecimiento de varones descendientes de varones, è en fallecimiento de varones descendientes de hembras, aunque las tales*

les hembras sean mas cercanas, è propinquas en grado de consanguinidad à la persona, por cuyo finamiento vacasse. Y aunque dicha Clausula se pueda entender general, y comprehensiva de todas las lineas anteriormente llamadas (como de contrario se pretende) quien podrà dezir, que la exclusion de hembras, ò simples cognados, es dentro de la misma linea? Quando los llamados son solo los Agnados rigorosos, y en su defecto los varones de varones de hembras, que son los artificiosos, y solo las hembras tienen llamamiento para en caso de que falten vnos, y otros varones, con la expresion, de que no puedan succeder, aunque sean mas cercanas en grado de consanguinidad à la persona, por cuyo fallecimiento vacasse el Mayorazgo. Ni quien podrà assimismo dezir à vista de tan clara, y expressa voluntad de los Fundadores, que dicho Mayorazgo es Regular, ni de simple masculinidad?

40. No se hallaban tan estrechamente excluìdas las hembras en el caso, sobre que escrivió Don Joseph de Rosa en la *Consult. 69. num. 180.* pues solo se mandaban preferir los varones à las hembras, y que estas no succediessen, sino en defecto de varones: y sin embargo defiende con los mas solidos, y nervioso fundamentos, que los varones de inferior linea deben ser preferidos à las hembras de la primogenita, ibi: *Erit observandum est hac structura verborum, fortius, & clarius induci exclusionem fœminarum propter masculos remotiores, quam ex illa, MASCULOS SEMPER, ET IN QUOCUMQUE CASU FÆMINIS PRÆFERENDO; quia hic non solum masculi vocantur*, ibi: *QUIA SUCCESSIO EST MASCULORUM; sed etiam fœminæ excludantur per exclusionem negativam*, ibi: *ET NON FÆMINARUM, NISI IN DEFECTUM MASCULORUM; dispositio autem negativa magis operatur, & efficatior est ad excludendum, quam positiva ad includendum. L. Filius familias, §. 1. C. de donat.*

41. No ay duda, que desde la vltima vacante legal, que se causò por muerte de Don Juan Andrès (38) por Abril del año de 639. vltimo varon Agnado rigoroso, entrò dicho Mayorazgo en Doña Juana su hija, y despues en las demàs sus hijas, en quienes se mantuvo hasta el Duque de Naxera (85), como descendiente de Doña Nicolasa Hurtado de Mendoza (54) otra de las hijas de dicho D. Juan Andrès (38): y fundado como quedaba la expressa exclusion de las hijas, y el llamamiento especifico en los descendientes de dicho Juan Hurtado, à falta de los descendientes varones de varones de Honorato Hurtado (6), hijo mayor de dicho Juan Hurtado (3): siendo indubitado descendiente de dicho Juan Hurtado (3) Don Juan Ruiz de Alarcòn (47), à este se le transfiriò por muerte de dicho D. Juan

Andrés la posseſsion civil, y natural, *ex leg.* 45. *Tauri*, ò como tal descendiente llamado, *vt constat ex supradictis*, ò como Agnado artificioso, *prout posteà probabimus*: y por su fallecimiento à Don Pedro Ruiz de Alarcòn (59); y por el de este al Marquès de Palacios (68), y oy al Marquès de Mondejar su nieto; porque el Mayorazgo por vn acto veloz de la Ley busca al succesſor, y se difiere à aquel, q̃ segun su institucion debe succeder, sin poder estar insuspenso vn solo instante, *dict. L.* 45. *Tauri.* Gomez *in Comment. ad hanc L. num.* 1. D. Castill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 65. *num.* 54. D. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 3. *cap.* 12. *num.* 20. y como que la dicha posseſsion es dada por la Ley, no necesita de aprehension para adquirirse. Dict. D. Molina *in loco proximè citato num.* 24. P. Molina *de Iustit. & Iure, disput.* 636. *num.* 4. Scacia *respons.* 31. *num.* 12. Matienzo *in leg.* 8. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopil. Gloss.* 1. *num. fin.* y por ello se transfiere al ausente, è ignorante, aunque otro la ocupe, y continùe por largo tiempo. Paz *de Tenut. cap.* 35. *per tot.* D. Molina *de Primog. citat. loc.* porque nunca serà posseſsion, sino es mera detentacion la de aquel, que ocupa el Mayorazgo, sin averſele diferido la posseſsion segun la institucion. *L.* 45. *Tauri*, & ibi omnes Tautistæ, *quia aliud est possidere, aliud in possessione esse. L. Si quis ante, ff. de acquir. possess. L.* 3. *in fine, ff. eodem. L. Officium, ff. de rei vendicat.* Paz *de Tenut. cap.* 3. *num.* 12. *&* 13. *L.* 10. *tit.* 30. *part.* 3. ibi: *Mas si èl fuesse apoderado de ella por mengua de respuesta, è porque èl la entràra por fuerza, ò la robara, como quiera que èl sea Tenedor, no ha por ende la verdadera posseſsion, cà viviendo el dueño, debela cobrar.*

42. Inde est, que la obſervancia interpretativa, que se alega, para querer que se estime dicho Mayorazgo como Regular, y el que se diga, que la linea del Don Juan Andrès prescribiò el derecho de succeder por la longisima posseſsion de mas tiempo de cien años, no es del menor aprecio: no la interpretacion por la obſervancia, pues esta tiene lugar, quando ay duda en la disposicion, y no en otro caso. D. Castillo *tom.* 5. *Controv. cap.* 93. §. 7. *per tot.* Mieres *de Maiorat. part.* 4. *quæst.* 20. *num.* 324. *& seqq.* D. Lara *de Anniverſ. lib* 1. *cap.* 5. *num.* 46. D. Valenz. Velazquez, *consil.* 97. *num.* 204. Farinacio *tom.* 1. *part.* 1. *decis.* 136. *num.* 9. Pero en el caso presente, en que expressamente excluyeron todas las hembras, aunque fuessen mas propinquas, para que estas no succedieſsen, sino es à falta de varones de varones, y de varones de varones de hembras, siendo tan clara la voluntad, no es admisſible la interpretacion. *L. Ille, aut ille, §. Cum in verbis, ff. de legat.* 3. *L. Non aliter in princip. ff. eod. L. Si ita stipulatus, §. Chrisogonus, ff. de verb. obligat.* Dom. Castillo *lib.* 1. *Controv. cap.* 39. *n.* 25. Mantica *de Conject. lib.* 3. *tit.* 4. *n.* 1. Latisſimè Tiraquel. *ad L. Si vnquam, C. de revoc. donat. verb. Libertis, num.* 5.

No

43. No la prescripcion: pues aunque no falta quien diga, que el modo de succeder en el Mayorazgo, lo puede prescribir vna linea contra otra por tiempo de 40. años con titulo. Pereira *decis.* 21. *num.* 8. Cabedo *decis.* 121. *nnm.* 2. *& seqq.* por cuya razon se afirma de contrario, que aunque dicho Mayorazgo en su principio fuesse Agnaticio, y por ello solo capaces de succeder los varones Agnados naturales, y en su defecto los artificiosos, debiera ya oy estimarse regular, si no por la observancia interpretativa, à lo menos por la prescriptiva, y costumbre de succeder à vista, y paciencia de toda la familia.

44. No obstante lo referido, se responde: Que esta Sentencia la siguen Cabedo, y Pereira; pero està improbada por la comun de los mas clasicos DD. ita D. Castillo *tom.* 5. *Controv. cap.* 93. §. 9. *per tot.* Avendaño *in leg.* 41. *Tauri, Gloss.* 1. *à num.* 3. *vsque ad* 15. D. Perez de Lara *de Anniversar. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 45. *cum seqq.* Mieres *de Maiorat. part.* 4. *quæst.* 21. *n.* 28. *&* 29. quienes con los mas eficaces, y vigorosos argumentos defienden constantemente, que de ningun modo puede vna linea contra otra prescribir el derecho, y orden de succeder, ni por la quadragenaria con titulo, ni por la centenaria: porque como en el verdadero Successor de el Mayorazgo se transfiere la possession civil, y natyral, *ex leg.* 45. *Tauri*, no pudiendo estar dicha possession en dos *in solidum simul, atque eodem tempore, L.* 3. §. *Ex contrario, ff. de acquir. possess.* ibi: *Ex contrario plures eamdem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, cum aliquid ego teneam, tu quoque id tenere videaris. L. Duo in solidum, ff. de præcar.* Gomez *in leg.* 45. *Tauri, num.* 99. y siendo essencial prerrequisito para prescribir el poseer. *L. Sine possessione, ff. de vsucap.* Pichard. *ad Rubric. Instit. de vsucap.* Mieres *de Maiorat. part.* 4. *quæst.* 20. *num.* 295. *cum seqq.* Dom. Castillo *de Tertiis, cap.* 26. *à num.* 57. *cum seqq.* se saca por infalible consequencia, que otra linea no puede prescribir contra la anteriormente substituìda el derecho de succeder en ella radicado, ni el orden, que por los Fundadores està constituìdo tanto por la quadragenaria con titulo, como por la centenaria. D. Castillo *tom.* 5. *Controv. cap.* 93. §. 8. *à num.* 10. *vsque ad* 15. *&* §. 9. *per tot.* Valeron *de Transact. tit.* 4. *quæst.* 2. *num.* 76. Dom. Vela, *dissert.* 48. *num.* 14. Addent. ad D. Molina *de Primog. lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 22.

45. Y aunque la comun de los Autores es, que por la immemorial prescribe vna linea contra otra, Mieres *de Maiorat. part.* 4. *quæst.* 21. *num.* 43. D. Lara *de Anniversar. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 37. Fontan. *de Pact. Nupt. tom.* 2. *Claus.* 6. *Gloss.* 3. D. Castillo *tom.* 5. *Controv. cap.* 93. §. 9. *num.* 6. no tanto como prescripcion, quanto como medio,

que

que justifica el Titulo presumpto, ò Facultad Real, y justa causa para alterar la Fundacion. D. Molina *de Primog. lib.* 4. *cap.* 10. *n.* 10. *& lib.* 2. *num.* 13. Add. ad dict. D. Molina *lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 22. D. Greg. Lopez *cap.* 6. *in leg.* 10. *tit.* 26. *part.* 4. *Gloss.* 3. Pero constando, como consta, en el caso de este pleyto la introduccion desde Doña Juana Hurtado de Mendoza (51) por muerte de Don Juan Andrès Hurtado de Mendoza (38), no se puede dezir prescripcion immemorial, por requerirse precissamente para esta la ignorancia absoluta del titulo, *à quo initium habuit.* D. Castillo *tom.* 5. *Controv. cap.* 93. §. 8. *num.* 48. D. Molina *de Primog. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 61. *&* 62. *cum seqq.* Matienzo *in leg.* 8. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop. Gloss.* 5. *num. fin.* Avendaño *in leg.* 41. *Tauri, Gloss.* 1. *num.* 11. *&* 13. *&* 14. ibi: *Quæ in eo principaliter consistit, quod nemo recordetur de initio præscriptionis.* Mieres *de Maiorat. part.* 4. *quæst.* 20. *num.* 229. *&* 230. ibi: *Præscriptio immemorialis dicitur illa, de cuius principio non apparet.*

46. Agregandose à lo dicho, el que ni aun por la immemorial se puede prescribir el orden, modo, y derecho de succeder, quando esta se deduce de raiz infecta, y titulo vicioso. D. Castillo *de Tertiis, cap.* 26. *num.* 31. *& seqq.* D. Molina *de Primog. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 64. D. Salgado *de Reg. Protect. part.* 3. *cap.* 10. *num.* 285. ibi: *Immemorialis præscriptio non sufragatur, quando constaret de invalido, & injusto principio, atque infecto titulo, quia tunc nihil operatur, quantumvis legitimè probata fuerit immemorialis.* Y siendo el que tuvieron las hijas de Don Juan Andrès tan injusto, por estar manifiesto el verdadero, no se puede dudar, que aun quando huvieran probado la immemorial (que se niega, como en el numero antecedente dexamos fundado) les era imposible à las lineas, que estas formaron, prescribir la forma, y derecho de succeder. D. Castillo *de Tertiis, dict. cap.* 26. *num.* 32. ibi: *Aliud exemplum manifestæ, aut veræ malæ fidei esse, quando ostenditur instrumentum Maioratus, in quo ad illius successionem certæ personæ sint vocatæ, & nihilominus aliæ diversæ prætendant successionem Maioratus præscripsisse adversus jure in prædicto instrumento vocatos: nam cum ex instrumento Maioratus constet, hos mala fide possidere, nullo tempore præscribent; vt per AA. ibi relat. num.* 391. *quia cum constet de titulo vero contrario, videtur etiam constare de vitioso initio præscriptionis.*

47. Convenciendose de todo lo referido, que ni la Doña Juana Hurtado de Mendoza (51), ni Doña Theresa Hurtado de Mẽdoza (52), ni los descendientes de Doña Nicolasa (54) posseyeron dicho Mayorazgo, por hallarse excluìdas de la succesion expressamente: por lo que por el fallecimiento de Don Juan Antonio (38) se transfiriò la possession civil, y natural (*vt suprà dictum est*) à Don

Juan

Juan Ruiz de Alarcón (47); como expreſſamente llamado à falta de los deſcendientes varones de varones del hijo mayor de Juan Hurtado (3); y de eſte ſe diſtriò la poſſeſsion à Don Pedro Ruiz de Alarcòn (59); y de eſte al Marqués de Palacios (68); y por ſu fallecimiento al Marquès de Mondejar ſu nieto: ſin aver podido en tiempo alguno eſtar en las lineas de la Doña Juana (51), ni de la Doña Nicolaſa (54): por cuya tazon ſe debe oy declarar pertenecerle dicho Mayorazgo, y ſus Agregados à dicho Marquès de Mondejar.

PARTE II.

QUE QUANDO DICHO LLAMAMIENTO NO fueſſe expreſſo, y contuvieſſe alguna duda, dicho Mayorazgo es de Agnacion rigoroſa, y en ſu defecto de Artificioſa: por lo que debe ſucceder dicho Marquès no ſolo en la Fundacion principal, ſino es tambien en ſus Agregados.

48. QUando dicho llamamiento hecho en el hijo mayor de Juan Hurtado (3) no huvieſſe ſido, como lo fue, limitado à los deſcendientes varones de varones de dicho hijo mayor: y que ſe quiera dezir, que con la Clauſula tercera (*Mem. num.* 7.) ſe hizo explicacion general del modo, y forma, con que avian de ſuceder todos los deſcendientes de dicho Juan Hurtado (3); porque dicha Clauſula como general ſe debe conſiderar referente, y comprehenſiva de todos los llamados. *Ex leg.* 1. *C. de liber. præterit. vel exhæred.* Gutierrez *conſil.* 18. *num.* 54. D. Molina *de Primog. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 19. verſ. *Sed.* D. Caſtillo *tom.* 4. *Controv. cap.* 50. *num.* 53. Gonzal. *in Regul.* 8. *Cancell. Gloſſa* 32. *num.* 28.

49. A lo menos hemos de dezir, que dicho Mayorazgo fue de rigoroſa Agnacion entre todos los deſcendientes de dicho Juan Hurtado (3), y en los demàs llamados; pues aviendo llamado deſpues de dicho Juan Hurtado (3) (*Mem. num.* 6.) ibi: *Al hijo mayor varon, que de èl deſcendiere, è deſpues los nietos, è otros deſcendientes de èl, que fueſſen varones: è ceſſantes los dichos deſcendientes, que lo aya Iñigo nueſtro hijo*: y evitando con la Clauſula tercera la controverſia, que ſe podia ſuſcitar, de ſi baxo del llamamiento, que llevaba hecho de varones, ſe podian entender los varones cognados; pues ordenò, que varones de hembras no pudieſſen ſucceder, ſino es à falta de varones de varones: es preciſſo dezir, fue vna diſpoſicion clara de Agnacion rigo-

rigorosa, como que solo fueron llamados en primer lugar los varones de varones. Roxas *de Incompat. part. 1. cap. 6. §. 21. num. 306.* ibi: *Linea vera, & absoluta agnationis est, quando institutor expresse, ac verbis claris agnatos invitat ad successionem; veluti, SUCCEDA EN ESTE MAYORAZGO VARON DE VARON.* D. Molina *de Primog. lib. 3. cap. 5. num. 3.* D. Castillo *tom. 5. Controv. cap. 92. à num. 4. vsque ad 13. & cap. 133. à num. 14. vsque ad 18.* D. Perez de Lara *de Vita homin. cap. 30. num. 94. & 114.* Molinus *de Ritu Nupt. lib. 3. quæst. 24. num. 76. & 109.* Barbosa *appellat. 3. verb. Agnati, num. 1.*

50. No solamente se hallan llamados en nuestro caso los varones de varones, sino es que absolutamente se hallan excluìdos de la succesion los varones de hembras, y las hembras, aunque sean mas propinquas, interin que aya varones de varones de las lineas llamadas; lo que convence la rigorosa Agnacion, que los Fundadores apetecieron. D. Castillo *tom. 5. Controv. cap. 92. num. 14.* D. Molina *de Primog. lib. 1. cap. 5. num. 37.* D. Lara *de Vita homin. dict. cap. 30. n. 96.* ibi: *Aut vocavit masculum primogenitum, vel alium, vel eius filios masculos, & omissis neptibus ex eo, vocavit alios filios, vel descendentes masculos, & in eorum defectum vocavit filias, & alias fœminas descendentes; & tunc erit Maioratus agnationis, quandiu fuerint, & extiterit masculi descendentes.*

51. Y aunque muchos Autores dizen, que si en alguna parte de la disposicion son llamadas hembras, no se puede considerar el Mayorazgo de Agnacion, por cessar la razon de conservarla del mismo hecho de incluir estas. D. Molina *de Primog. lib. 3. cap. 5. num. 50.* Sesse, *decis. 254. num. 1.* lo referido se entiende, *nisi vocata fuerit fœmina post extinctos omnes masculos Agnatos, quia tunc non cessat ratio conservandæ agnationis, cum sit vocata fœmina ex necessitate*, à mas no poder. Ita D. Perez de Lara *de Vita homin. cap. 30. num. 114.* Dom. Molina *loc. suprà cit.* D. Castill. *tom. 5. Controv. cap. 92. num. 9.* Peregrino *de Fideicomm. artic. 25. num. 20. & 27.* Sesse *in prædict. decis. num. 123.* Surdo *consil. 316. num. 13.*

52. Tanto quisieron los Fundadores conservar la Agnacion entre sus descendientes, que para en caso de faltar la Rigorosa, establecieron la Artificiosa, ó ficta, substituyendo à los Agnados naturales los varones de varones de hembra, que es el caso en que se considera la Agnacion Artificiosa. D. Castillo *tom. 6. Controv. cap. 133. num. 12.* Fusario *quæst. 499. num. fin.* Roxas *de Incompat. part. 1. cap. 6. §. 21. num. 309.* D. Vela *dissert. 49. num. 45.* Dom. Larrea, *decis. 34. num. 49.* D. Perez de Lara *de Vita homin. cap. 30. num. 105.*

53. En el modo de concebir la Clausula inductiva de la Ag-

Agnacion Artificiosa ha avido grande variedad entre los Autores. Pues vnos la consideran en el caso, que por el Fundador se diga: *Acabados los varones de varones, succedan los varones de hembras.* Ita Menochio *lib.2.consil.172.n.20.cum seqq.* Peregrino *de Fideicom.art.26.num.19.& seqq.* Cephalus *vol.4. consil.581. num.11. Qui asserunt ita decisum, judicatumque fuisse super eadem in terminis dispositione in Senatu Venetiano: pro quo facit doctrina tradita à D. Joanne Baptista Larrea decis.54. num.11. cum seqq.*

54. Y otros la contemplan solo, quando en defecto de varones de varones se llaman expressamente los varones de hembras de varon en varon. Roxas *de Incompat. part.1.cap.6. §.21. à num.312. vsque ad 316.* Sesse *decis.254. num.235.* D. Vela *differt.49. num.45. cum seqq.* Cardin. Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib.8. tit.18. n.11.* Marta *de Succes. Legal. part.1. quæst.1. artic.5. num.11.*

55. La razon, porque dicho Roxas, y otros Doctores en nuestro Reyno afirman, que la Agnacion natural, y Artificiosa se debe entender solo inducida, quando se halla con palabras tan expressas, y claras explicada, que no sea admissible duda alguna, es por la disposicion de las *Leyes 13. y 14. tit.7. lib.5. Recopil.* por las que se manda, que en los Mayorazgos, Vinculos, &c. de España se succeda por representacion, y en forma regular, sino es en el caso, que clara, y literalmente otra cosa disponga el Instituìdor: sin que para ello basten presumpciones, argumentos, ò conjecturas, por precissas, claras, y evidentes que sean. Roxas *prædict. loc. num. 311.* D. Vela *differt. 49. num. 45.* Alvarez Pegas *de Inclusion. & Exclusion. cap.14. num.13.* Pero no militando en el caso de este pleyto la disposicion de dichas *Leyes 13. y 14. tit.7. lib.5. Recopil.* no nos puede obstar en modo alguno la doctrina de el Roxas, y demàs Autores, que la siguen.

56. Que el caso de la presente Fundacion no sea de los comprehendidos en las precitadas Leyes, y por consiguiente, que à no estar tan clara la Agnacion Artificiosa, fueran admissibles las presumpciones, argumentos, y conjeturas, *est certi, atque explorati juris:* Lo primero: porque no terminandose lo dispuesto en dichas Reales Pragmaticas à los Mayorazgos, que antes de su promulgacion estaban fundados, y sì solo à los que posteriormente se erigiessen, como latamente defiende el Señor Castillo *tom.4. Controv. cap.56. à num.87. vsque ad 100. cum plurimis ab eo citat.* y aviendose fundado el del presente litigio siglo, y medio antes, que dichas Leyes se estableciessen: es evidente, que aunque la Clausula de donde inferimos la Agnacion Artificiosa, no la contuviera tan expressa, nos era licito ab argu-

gumento deducirla, sin que se nos pudiera objetar trangresion de dichas Leyes.

57. Y lo segundo: porque dichas Leyes solo dispusieron, que los Mayorazgos, que en adelante se fundaran, se estimassen Regulares, sin poderse entender excluìdas de la succesion del Mayorazgo las hembras de mejor linea por los varones mas remotos, salvo en el caso, que el Fundador expressamente las excluyere; pero no mandaron, el que hallandose expressamente excluìdas, no se admitieran conjeturas, para discernir, si era el Mayorazgo de simple masculinidad, ò de Agnacion natural, y Artificiosa. D. Vela, *dissert.* 49. *num.* 62. Rosa, *Consult.* 69. *num.* 34. Y estando tan claramente excluìdas de la succesion de este Mayorazgo las hembras de mejor linea en concurso de varones, aunque estos se hallen en linea, y grado mas remotos, ibi: *E que hembras hijas, ni nietas no puedan venir al dicho Mayorazgo, salvo en fallecimiento de varones descendientes de varones, è en fallecimiento de varones descendientes de hembras, aunque las tales hembras sean mas cercanas, è propinquas en grado de consanguinidad à la persona por cuyo finamiento vacasse el Mayorazgo.* (*Mem. num.* 7.) Es clara, y legitima consequencia, que las supracitadas Leyes no excluyen en nuestro caso los argumentos, y conjeturas, de que nos pudieramos valer, para probar la Agnacion Artificiosa: y asimismo, que este Mayorazgo no se debe tener por Regular; pues á serlo, no se hallaran excluìdas las hembras de mejor linea por los varones mas distantes, contra la naturaleza del Mayorazgo Regular. *L.* 2. *tit.* 15. *part.* 2. Dom. Molina *de Primog. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 4. *&* 5. *&* 6. Roxas *de Incompat, part.* 1. *cap.* 6. §. 23. *num.* 340. *&* 341. D. Castillo *tom.* 5. *Controv. cap.* 93. *num.* 8. *& seqq.* D. Vela, *dissert.* 49. *num.* 50. Con lo que desde luego cessa el fundamento con que dicho Roxas *in dict. loc. num.* 311. afirmò deberse solo contemplar la Agnacion Artificiosa con las palabras que expressò: debiendo correr solo, quando la duda fuesse sobre si el Mayorazgo era Regular, ò de Agnacion; pero quando esta consiste en si el Mayorazgo es de simple Masculinidad, ò de Agnacion natural, ò ficta, como el presente, no se puede adaptar la disposicion de dichas *Leyes* 13. *y* 14. para que con ellas se excluya el concepto de Agnacion.

58. No se puede negar, que nuestros Fundadores establecieron la Agnacion Artificiosa con las mismas vozes, que los Autores citados num. 53. dixeron se requerian, para que se estimasse por expressa, ibi: *E querèmos, è ordenamos, que los hijos varones de las hijas no hereden el dicho Mayorazgo, salvo en fallecimiento de varones descendientes de ellos; è que hembras hijas, ni nietas no puedan venir al dicho Mayorazgo,*

salvo

salvo en fallecimiento de varones descendientes de varones, è en fallecimiento de varones descendientes de hembras, aunque las tales hembras sean mas cercanas, è propinquas en grado de consanguinidad à la persona por cuyo finamiento vacasse el Mayorazgo. (*Mem. num.* 7.) Con cuya Clausula se manifiesta clara, y literalmente, sin argumentos, ni conjeturas, que la voluntad de los Fundadores fue apetecer la Agnacion rigorosa, y faltando esta, la que mas le symbolizaba, que era la Artificiosa en los varones de hembra, que procediessen *ex vnica tantũ fœmina agnata*, que son los que se llaman Artificiosos. Auth. *quib. modis natur. efficiantur sui.* §. *Filium*, ibi: *Faciamus eum ex quadam machinatione cognatum.* D. Perez de Lara *de Vita homin. cap.* 30. *num.* 115. D. Castillo, *tom.*6. *Controv. cap.*133. *num.*14. Rosa *Consult.*69. *num.*220. ibi: *Quo casu semper vult institutor masculos præferre, vt si minus possit naturalem agnationem conservare, conservet fictam vnica fictione, admitendo scilicèt descendentes masculos ex vna tantum fœmina, exclusis masculis ex duplici fœmina intermedia descendentibus, alioqui non quantum posset, agnationem conservaret, & ars non imitaretur naturam.*

59. Es cierto, que los Fundadores no expressaron *Agnacion Rigorosa, ni Artificiosa*, ni vsaron de otras vozes, con que algunos Autores quisieron, que esta se explicasse: lo que no hizieron por no ser Latinos, Letrados, ó personas, que pudiessen, ò debiessen tener comprehension de la voz *Agnacion*, como no vsada en España; pero siempre que la explicassen por otras equivalentes, y que denoten (como aqui sucede) que su voluntad fue apetecer la Agnacion Artificiosa, ó semiagnacion, necessariamente se ha de confessar, aunque su estilo no sea conforme à las formulas, con que algunos Autores la proponen. Add. ad D. Molin. *de Primog. lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 18. vers. *His vero*, ibi: *His vero superaddendum censemus, quod adducta in præsenti ad Hispanorum Primogenia non facile possunt adaptari, quorum substitutiones vulgari sermone concipiuntur, neque reperitur quisquam, qui Maioratum hoc modo instituat: volo in personam Titii Agnationem meam conservari. Hoc verbum AGNATIO exterum est; apud Italos, non vero apud Hispanos, vsitatum. Sed more vernaculo, & proprio huius Regni vocantur proximiores de domo, de genere, de familia*::: Et posteá, ibi: *Ideoque vt in Hispania cognoscatur vtrum Maioratus institutor prospexerit agnationi genericè, vel restrictè, ordo substitutionis, & eius qualitas inspicienda est, in qua tota vis, aut pondus pendet.*

60. Y assi poco importa, que la Agnacion la explicassen los Fundadores con las palabras, que vnos Autores la conciben, sin expressar las que otros quieren, para que dicho Mayorazgo sea claramente de Agnacion Artificiosa; por averse de estar necessariamen-

te à la voluntad, siempre que de esta conste, ò ya por palabras claras, ò ya por las que convincentemente la denoten: *Quia mens disponentis magis attenditur, quam figura, aut sonus verborum. L. Ex facto. §. Rerum, ff. de hęredib. instit. L. Quoniam indignum, C. de testam. L. 3. C. de liber. præter. L. 28. tit. 19. part. 6.* ibi: *O otras semejantes de las porque pueda ser entendida la intencion, ò voluntad de èl, valdrà la manda, que assi fuesse fecha.* D. Gregor. Lopez *in dict. L. Gloss. 6.* D. Castillo *tom. 4. Controv. cap. 7. per tot. & tom. 6. cap. 153. num. 16.*

61. Que no solo la apetecieron, sino es que en la forma, que su inteligencia les permitiò, la declararon, es manifiesto, atendida la Clausula segunda de la dicha Fundacion (*Mem. num. 6.*) por la que ordenaron huviesse dicho Mayorazgo despues de dicho Juan Hurtado (3), ibi: *El hijo mayor varon, que de èl descendiere, è despues los nietos, è otros descendientes de èl, que fuessen varones; conviene à saber, el que fuere mayor en dias, y mas propinquo en grado: è cessantes los dichos descendientes, que lo aya Iñigo nuestro hijo, è los que de èl descendieren.* Despues llama los transversales, de los que fueren varones el mas anciano, &c.

62. Con esta Clausula por sì sola (por la variedad de opiones, que ay entre los Autores, sobre si baxo de la palabra *Varones* se comprehenden los varones de hembras simples cognados (*vt suprà dixim. num. 11.*) se pudiera dezir ser dicho Mayorazgo de simple masculinidad. Ex traditis à Dom. Vela, *differt. 49. num. 45. & seqq.* D. Molina *de Primog. lib. 3. cap. 5. num. 48.* Dom. Valenz. Velazquez *consil. 97. num. 118.* D. Perez de Lara *de Vita homin. cap. 30. num. 120.* Rosa, *Consult. 69. num. 179. cum seqq.*

63. Pero como el animo de los Fundadores no se terminaba à la simple masculinidad, y sì à conservar la Agnacion Rigorosa, y en su defecto la Artificiosa, por ello immediatamente en la siguiente Clausula (*Mem. num. 7.*) evitando la propuesta duda, formaron tres classes de llamamientos, como despues se dirà; y declararon su voluntad, queriendo que huviessen con precision de succeder con total preferencia los varones de varones: à falta de estos los varones de varones de hembras; y en defecto de vnos, y otros con absoluta exclusion en otro caso las hembras: lo que claramente convence la Agnacion natural, y Artificiosa, que quisieron.

64. Y mirada con atencion debida la dicha Clausula (*Memor. num. 7.*) claramente se manifiesta, que los varones, que apetecieron en la segunda classe de llamamiento los dichos Fundadores, fueron los varones de varones de hembras; porque estos llamamientos los hizieron con la forma, y orden, que el de los hijos varones, y sus

des-

descendientes varones, en quienes establecieron la Agnacion natural, y rigorosa; y este mismo orden se ha de entender puesto en los varones de las hembras, à los que dieron llamamiento posterior, queriendo en ellos suscitar la Agnacion en la forma posible; porque el orden dado entre los comprehendidos en el primer genero de llamamientos, se entiende repetido en los del siguiente. *L. 3. in princip. ff. de fund. instruct. vel instrum. legat.* Gutierrez *consil. 13. num. 10.* Dom. Castillo *tom. 6. Controv. cap. 133. §. Unic. num. 9.* Surdo *consil. 416. n. 21. & 22.* Cutt. Senior *consil. 5. n. 11. cum seqq. & consil. 75. n. 13.*

65. Tambien se prueba, porque los substitutos en la calidad de sus llamamientos toman forma, è inteligencia de las instituciones. *Ex L. Qui fundum, §. Qui filias. L. In ratione, §. Si filio, ff. ad Leg. Falcid.* Menochius *consil. 85. num. 24. & de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 69. num. 21.* Dom. Castillo *tom. 2. Controv. cap. 4. à num. 10. vsque ad 12.* ibi: *Voluntas Testatoris in substitutionibus talis esse præsumitur, qualis fuit in institutionibus: vnde sequens substitutio debet regulari, & intelligi secundum qualitatem prioris.*

66. Con estos fundamentos, y otros, que omitimos por la precissa brevedad, escrivieron muchos Autores à favor de la Agnacion Artificiosa, en casos semejantes à el de el presente pleyto, como fueron Cephalo *consil. 581. num. 13. & 15.* Hieronymus Gabriel. *consil. 116. colum. 2. num. 16.* Menochius *consil. 117. num. 19.* ibi: *Quo circa dicere solemus, quod vna substitutio recipit ab altera interpretationem, ex quo præsumptio est Testatorem voluisse æqualem esse, & vniformem dispositionem in omnibus, exceptis iis, in quibus expressam habuit differentiam.* Este fue el fundamento, que en el mismo caso que el presente, notò el Señor Larrea *decis. 54. num. 6.* donde para probar, que en el llamamiento de varones de las hijas se comprehendian solo varones de varones, dixo, ibi: *Quo fit, vt cum ex vna substitutione in Maioratibus aliæ sint interpretandæ. L. Cohæredi 41. vers. Ex his, ff. de vulgar. &c. Unde cum post filiorum substitutionem filias admiteret, & in eis similiter disponeret succedere debere earum filios masculos, & eorum descendentes de masculis, vt in substitutionibus præcedentibus necessario interpretandum, quia substitutio descendentium masculorum eodem sensu accipienda, vt in institutione de filiis, & descendentibus masculorum ::: & ita saltim si non veram in descendentibus filiarum, tamen artificiosam videntur voluisse Fundatorem agnationem conservare, vt etsi masculi cognati ex filia substituta admiterentur, tamen inter eos agnationis ratio, & modus successionis conservari deberet, & solum masculi ex illis admitantur, nec initium, & forma successionis Maioratus, quæ etiam ex filiabus masculos vocavit, omnino subvertatur.*

67. Y es preciſſo dar eſta inteligencia, y ſignificado á la palabra *Varones* en el llamamiento de los deſcendientes varones de las hijas, para que ſignifique varones de varones, como en los deſcendientes varones de los hijos; porque no ſe ſiga el abſurdo, de que pueſta en vn contexto de diſpoſicion, ſignifique diferente genero de perſonas en vna parte, que en otra, ſin eſpecial expreſsion de los Fundadores, cuya conſideracion *maximi momenti eſt apud DD.* vt aſſerit Bartolus *in leg. Centurio, ff. de vulgar. num.* 27. Fulgoſ. *conſil.* 122. *num.* 3. Peregrino *de Fideicomm. artic.* 16. *num.* 108. Corneus *conſil.* 202. *num.* 7. *in fin.*

68. Pro hac ipſa noſtra ſententia ſtat etiam Hieronymus Gratian. *lib.* 2. *conſil.* 120. *num.* 26. ibi: *Non in terminis id eſſe debere fortius demonſtratur, quoniam in principali diſpoſitione, & inſtitutione, & ſubſtitutione inſtituit filios maſculos, & eius liberos maſculos, & penitus excluſit filias fœminas, & earum liberos indiſtinctè: ergo dum poſtea vocat filios maſculos ex filiabus, debemus interpretari, quod intelligat de liberis ex maſculis filiarum, & non ex fœminis earum, non ſolum quia excluſit illas fœminas, & nepotes, ſed etiam quatenus poſsibile eſt, debet intelligi de liberis ex maſculis, prout in præcedenti intellexit: ergò ita dicendum eſt de verbo MASCULOS, vt comprehendat maſculos ex maſculis, vt declaretur à præcedenti diſpoſitione, in qua ita intelligit, & quę eſt principalis, & vt minus recedat à principali diſpoſitione ſua, quam ſit poſsibile, quę colligitur ex prima denominatione.*

69. Lo miſmo afirma Geronymo de Leon *in Reſponſ. pro Joanne de Tallada, quod eſt immediatè poſt deciſ.* 173. *tom.* 2. *num.* 57. ibi: *Præterea cum in noſtra diſpoſitione Teſtator vocaverit veros agnatos, ſcilicèt nepotes ſuos maſculos ex filio, & ex eis deſcendentes, & tertio loco veros agnatos collaterales, ſemper fœminas excludendo, licèt aliquantulum vagatus fuerit extra agnationem, vocando filios maſculos neptum ſuarum, non poteſt negari, quin habuerit principaliter animum conſervandæ agnationis, vt ex principali diſpoſitione, & principio colligitur.* Mieres *de Maiorat. part.* 2. *quæſt.* 6. *num.* 70. ibi: *Quod ſi Teſtator vocet ad Maioratum filios maſculos, & illorum deſcendentes, quamvis in iſto verbo DESCENDENTES nihil exponat de maſculis, tamen hoc ſubintelligi, & ſuppleri debet, & repetitum cenſetur. Et ex hoc inquit eleganter Bartol. Socin. in conſil.* 49. *num.* 2. *lib.* 1. *quod in ſubſtitutione fœminarum, & deſcendentium ex eis eſt ſervandus idem ordo, quem Teſtator ſervare voluit in ſubſtitutione deſcendentium per lineam maſculinam: quod dictum ad plura refert ſcire.*

70. Por ſer ſin controverſia entre todos los Doctores, q̃ la ſubſtitucion toma regla de la inſtitucion, y q̃ debe guardar el orden de ella, quando lo contrario no conſta de la voluntad del Teſtador, avien-

doſe

dose visto con la mayor reflexion los mas de los Autores, q̃ ttatan de Agnacion Artificiosa, convienen, en que quando la institucion es de Agnacion Rigorosa (como no se puede dudar lo fue en el caso de este pleyto) siendo substituìdos los varones de las hembras, se debe entender ser estos varones de varones de ellas, que son los que llamamos Artificiosos. Con cuya fundada doctrina se conformaron aun los Autores mas opuestos à la Agnacion Artificiosa, como fueron el Señor Castillo *tom. 6. Controv. cap. 133. §. Unic. num. 9. & 10.* y el Bellono *consil. 72. num. 45.* no obstante de aver este escrito por la simple Masculinidad, aunque no fue en caso, que la institucion huviera tenido principio en Agnados rigorosos, como èl mismo lo dize en el lugar citado.

71. Ibi: *Vel denique loquuntur de casibus, in quibus primordialiter fuerant vocati masculi ex masculis, cum alioquin in casu nostro primordialiter fuerunt vocati masculi ex fœminis; & ideò facilius idem sit servandum in vocationibus sequentibus, cum à primordio tituli posterior formetur eventus.* Y en el consil. 73. num. 6. ibi: *Aut verò Testator primordialiter non vocavit fœminam, sed masculum, & tunc si post vel dispositivè, vel conditionaliter faciat mentionem de descendentibus masculis, verius est (inquiunt) non contineri nisi masculos ex masculis, quia huiusmodi Testator censetur respexisse ad conservationem agnationis ipsorum masculorum primo loco vocatorum.*

72. Assi lo afirma como indubitable Alvarez Pegas *de Maiorat. tom. 2. cap. 17. num. 94.* ibi: *Quando Maioratus est agnationis rigorosæ, deficientibus masculis, si vocati sunt masculi ex filia, aut fœmina, & cæterę excluſæ, per masculos ex fœmina vocatos conservatur agnatio artificiosa, & post primum succedunt masculi illius descendentes, sicuti succedere debebant masculi ex masculis, & tunc cognati transformantur in agnatos veros.*

73. Es tan cierta la inteligencia, que hemos dado al segundo llamamiento de la presente Fundacion hecho à los varones de las hembras, que por los fundamentos expressados aun en caso menos vrgente, se declarò por el Senado de esta Real Chancilleria à favor de la Agnacion Artificiosa, como lo escriviò el Señor Larrea en la *decis. 54. num. 13.* El caso fue, aver llamado el Fundador à sus hijos, y descendientes varones de varones; y en defecto de estos à las hijas del mismo Testador, y à los hijos, y descendientes varones de ellas; y en tercer lugar llamò à sus nietas, hijas de los hijos, y à los descendientes varones de ellas. Y aviendose los varones Agnados extinguido, y por ello passado la succesion à vna hija del Testador, por cuya muerte vacó el Mayorazgo, se moviò pleyto sobre la succesion

entre vn nieto de esta, hijo de vna hija, y otro varon, que fue hijo de hija del vltimo varon Agnado rigoroso. En cuyo caso determinò este Regio Senado en favor del hijo de la hembra agnada, que antes avia sido excluìda por la hija del Testador. Y la razon fue, porque los varones descendientes de las hijas, que tenian llamamiento, debian ser varones de varones, conservando en sì la qualidad de Agnacion en lo posible, al modo del primer llamamiento de los varones Agnados naturales; y porque el nieto de la hija era varon de otra hembra, y no varon de varon de ella, perdiò, y passò la succesion al varon de hembra Agnado Artificioso, como assi lo testifica el referido Señor Larrea en el lugar citado.

74. Tambien corrobora nuestro intento la determinacion de la Rota apud Tanagli *decis.* 17. *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 12. que insertò à la letra Francisco Censalio in Addit. ad Peregrin. *decis.* 17. *in Edit. Venetiana anni* 1652. en cuyo caso fueron llamados primeramente los hijos varones, y sus descendientes varones del Fundador, y despues llamó à sus proprias hijas, y descendientes varones de ellas; y á falta de ellos llamò à Lucrecia su hermana, y à sus hijos varones. Fue la competencia entre el Conde Mauricio, nieto de la hija mayor del Testador, la Condesa Valeria, y Nicolàs, nieto de dicha Lucrecia hermana del Testador, hijo de hijo varon de esta; y porque el primer llamamiento de hijos, y descendientes varones, era de Agnacion, y el segundo de hijas, y sus descendientes varones, era de varones de varones, para formar entre sì Agnacion Artificial, y no aver varon de varon de hija, sino varon por interposicion de otra hembra, se determinò en favor de el varon de varon de la hermana, que tenia el tercer llamamiento.

75. No podèmos omitir el caso, en que escrivieron graves Jurisconsultos, que se terminò en el Consejo de Aragòn, de que hazen mencion Mar. Cutel. *decis.* 40. *num.* 2. Franciscus Censal. in Addit. ad Peregrin. *artic.* 20. *fol.* 45. Fue este sobre la succesion de las Varonìas de Iteri, y Uti, en cuyo caso llamó el Fundador à sus hijos varones, y descendientes varones de ellos, en que sin disputa contempló Agnacion, assi por la qualidad del llamamiento, como porque à las hijas de estos hijos diò llamamiento discretivo. A falta de estos varones, y en segundo lugar llamó à los hijos varones de vna hija suya. Sucediò aver competencia entre la hembra de la linea de los varones, y varon de esta hija, el qual venciò. Y despues se moviò el pleyto, cuya decision conduce à nuestro caso. Porque aviendo muerto el varon descendiente de la hija del Testador, en cuya linea entrò el Mayorazgo, y dexado este vna hermana, se suscitò litigio en-