

Por Don Francisco de Saavedra
Suarez de Mendoza

sobre la tenuta de los Elados y
mayorazgos del Condado de
Coruña

Eusebio

Comma & long

C-267
16

R. 15401

C-267
/ 16



Don Ysidoro de los Rios y Mendocsa, num. 37.
 Y CON
 Doña Maria Zapata y Mendocsa, Condesa de Varajá, num. 41.
 Y CON
 Don Antonio de Vargas Manrique, y Don Juan de Vargas Manrique Zapata y Mendocsa, su hijo. Manrique de la Torre, num. 41.
 Y 46.

S O B R E
 La tenencia de los Efesos, y del Condado de Ciruela,
 el Condado de Torina, y sus agregados.



5848

(†)

P O R

DON FRANCISCO DE SAAVEDRA
Suarez de Mendoça, Marquès de Ribas,
num. 63.

C O N

Don Francisco Casimiro Alfonso Pimentel, Conde de Benavente,
num. 66.

Y C O N

Don Francisco de Mendoça Ponce de Leon, Conde de la Ribera,
num. 62.

Y C O N

Don Agustín de Lancastre Sande y Padilla, Duque de Abrahantes,
Marquès de Valdefuentes, num. 61.

Y C O N

Don Diego Antonio Fernando Colon y Portugal Suarez de
Mendoça, Conde de Villardonpardo, Marquès de Villama-
yor, num. 60.

Y C O N

Don Pedro de Leyva y la Cerda, Marquès de Leyva, y de Ladra-
da, Conde de Baños, num. 58.

Y C O N

Don Luis Mossen Rubí de Bracamonte Davila, Marquès de Fuen-
te el Sol, num. 45.

Y C O N

Don Pedro Ioseph de los Rios y Mendoça, num. 57.

Y C O N

Doña Maria Zapata y Mendoça, Condesa de Varajas, num. 42.

Y C O N

Don Antonio de Vargas Manrique, y Don Iuan de Vargas Manri-
que Zapata y Mendoça, su hijo, Marquès de la Torre, num. 41.
y 56.

S O B R E

*La tenuta de los Estados, y Mayoralzgos del Condado de Corniña,
y Vizcondado de Torija, y sus agregados.*

La renta de los Esclavos, y Mayordomos del Conde de Coruña,
y Viscondado de Torija, y sus agregados.

2 O B R E

y 26.

Don Xpata y Mendoza, su hijo, Marqués de la Torre, num. 41.

Y C O N

Doña Maria Zapata y Mendoza, Condesa de Vargas, num. 42.

Y C O N

Don Pedro Joseph de los Rios y Mendoza, num. 27.

Y C O N

re el 20, num. 43.

Don Luis Moñen Rabí de Bracamonte Davila, Marqués de Fuen-

Y C O N

da, Conde de Baños, num. 28.

Don Pedro de Leyva y la Cerda, Marqués de Leyva, y de Ladra-

Y C O N

y or, num. 60.

Mendoza, Conde de Villardonado, Marqués de Villama-

Y C O N

Marqués de Valdeacabras, num. 61.

Don Agustin de Lancastre Grande y Padilla, Duque de Abrantes

Y C O N

num. 62.

Don Francisco de Mendoza Ponce de Leon, Conde de la Ribera,

Y C O N

num. 66.

Don Francisco Calisto Alonso Pimentel, Conde de Benavente,

C O N

num. 63.

Suarez de Mendoza, Marqués de Ribas,

DON FRANCISCO DE SAAVEDRA

P O R

1



Eseando expresar con brevedad, y claridad las razones que justifican el derecho que asiste al Marqués para que se le de la tenuta de estos Estados, y Mayorazgos, se presupone lo primero que los fundadores de ellos fueron Do'n Lorenzo Suarez de Mendoza, y Doña Isabel de Borbon, *num.* 2. por escritura su fecha veinte de Diziembre del año pasado de 1480. en que dieron el primer llamamiento à Don Bernardino Suarez de Mendoza su vnico hijo varon, *num.* 4. y à sus descendientes varones por linea masculina, por el orden, forma, y modo que se expresa en las clausulas que se han de referir despues por extenso.

2 Lo segundo, que la sucession de dichos Estados se continuò desde dicho Don Bernardino por varones agnados, sus descendientes, hasta Don Sebastian Suarez de Mendoza, octavo Conde de Coruña, *num.* 33. que murió sin sucession el año de 1646.

3 Lo tercero, que por muerte de dicho Don Sebastian se siguiò pleito de tenuta entre Don Antonio Zapata y Mendoza, Conde de Varajas, *num.* 28. nieto de Doña Maria de Mendoza, *num.* 11. que fue hija de Don Juan de Mendoza, *num.* 7. tercero hijo de dicho Don Bernardino, *num.* 4. con Doña Juana Maria de Mendoza, *num.* 50. madre del Conde de Villardonpardo Don Diego Antonio Fernando Colon, *num.* 60. que aora litiga, quarta nieta de dicho Don Bernardino, *num.* 4. por la persona de Don Alonso Suarez de Mendoza, *num.* 9. hijo segundo de dicho Don Bernardino, y con Don Francisco Domingo Suarez de Mendoza, *num.* 59. hermano mayor de el dicho Conde de Villardonpardo Don Diego Antonio; y con el Conde de Benavente y Luna Don Antonio Alfonso Pimentel, *num.* 65. viznieto de Doña Catalina Suarez de Quiñones, *num.* 40. la qual fue viznieta de Doña Maria Suarez de Mendoza, *num.* 10. hija mayor de dicho D. Bernardino; y el Consejo diò la tenuta à dicho Don Antonio Zapata, Conde de Varajas, *num.* 28. por el año pasado de 1659. y con este titulo posseyò por su vida dicho mayorazgo, y despues de ella Don Diego Phelipe Zapata y Mendoza su hijo, *num.* 43. que murió sin sucession en once de Diziembre del año pasado de 1684. y por su muerte se ha introducido el pleito entre los que aora litigan.

4 Lo quarto, que hallandose este pleito legitimamente conclui-

cluso entre los demás litigantes desde 27. de Octubre del año pasado de 1688. posteriormente salió la parte del Marqués de Ribas presentando la demanda de tenuta, su fecha veinte de Noviembre del mismo año, que está *num. 70. del mem.* y con ella los instrumentos de su legitimacion, filiacion, y descendencia, que están desde el *num. 313.* y aunque con el motivo de averse opuesto tan tarde, se pretendió por algunos de los otros litigantes, y especialmente por el Marqués Fuente el Sol, y Conde de Hernan Nuñez se avia de repeler dicha demanda, por executoria del Consejo de autos de vista, y revista de 28. de Março, y 20. de Junio del año pasado de 689. se declaró *no aver lugar repelerse la dicha demanda, y oposicion, y se mandò admitir, y que se diese traslado, y de los papeles con ella presentados à todos los interessados litigantes sin perjuicio de el Estado, vista, y determinacion del pleito, mem. num. 72.* con lo qual quedò desestimado el motivo de la repulsa, y calificado, y executoriado averse presentado en tiempo dicha demanda, y en este concepto, y consideracion no se ha buuelto à proponer esta excepcion por alguno de los litigantes, y se ha contestado llanamente dicha demanda, y se ha continuado en sustanciar esta oposicion hasta ponerse concluso el pleito segunda vez en 10. de Febrero de 1690. *mem. num. 73. hasta 79.*

5 Respecto de lo qual desde luego se darà principio à expresar las razones legales que justifican dicha demanda, poniendo primero las clausulas de la fundacion sobre que se ha de discurrir, como presupuesto necessario para la mayor claridad, siguiendo el consejo del Jurisconsulto, *in leg. item veniunt, ff. de petit. haredit. ibi: Optimum est ipsius Senatus Consulti interpretationem facere verbis eius relatis, leg. de his, ff. de transact. ibi: De his controuersijs, quæ ex testamento proficiuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quàm in spectis cognitisque verbis testamenti, leg. 25. tit. 11. part. 3. Padill. in leg. 3. §. si fideicommissum, ff. de haredib. instit. num. 133. ibi: In maioratibus clausula institutionis ante omnia sunt in spicienda; quia ab eis nullo modo discedere licet, D. Molin. lib. 3. cap. 13. num. 23. ibi: Contentio ex sola maioratus institutione ferè semper decidi solet, pulchrè Peregrin. cons. 65. num. 1. & seqq. volum. 2.* Y por que con mas facilidad se perciban, se dividiran las clases de llamamientos que se incluyen en dicha fundacion.

CLAVSVLAS DEL MAYORAZGO FVNDADO
 en virtud de facultad Real por Don Lorenzo Suarez de Mendo-
 ça, primer Conde de Coruña, Vizconde de Torija, y Doña
 Isabel de Borbon su muger, en veinte de Dizembre
 de 1480.

CLASE PRIMERA.

Llamamiento de Don Bernardino de Mendoza, y de sus hijos, y
descendientes varones por linea masculina, que està desde la
clausula segunda hasta la sexta inclusive, y son como se siguen:

CLAVSVLA SEGUNDA.

6 E que despues de nuestros dias, ò de mi el dicho Conde, que
 lo aya, y herede, y suceda en èl el dicho Don Bernardino de Men-
 doça, nuestro fijo mayor legitimo, si aquel fuere vivo à la saçon, è
 tiempo que Nos finiremos, è yo el dicho Conde finire; è si no fue-
 re vivo, è falleciere en nuestros dias, como dicho es, è dexare *fijo*
varon, queremos que en lugar del dicho Don Bernardino de Men-
 doça venga el dicho mayorazgo, è suceda en èl despues de la fin, è
 muerte de Nos ambos, è de mi el dicho Conde, como dicho es, *el*
fijo varon mayor legitimo natural è de legitimo matrimonio na-
 cido del dicho Don Bernardino de Mendoza, è en pos del su nieto
varon mayor, fijo del dicho su fijo *varon* mayor, è en pos del su
 viznieto, fijo del dicho nieto mayor del dicho Don Bernardino, è
 asì dende en adelante sus descendientes del, los mayores legiti-
 mos de legitimo matrimonio nacidos *por linea derecha masculina*.

CLAVSVLA TERCERA.

7 E si el fijo mayor *varon* del dicho Don Bernardino, que
 despues de sus dias del ha de aver, è heredar, segun dicho es, este di-
 cho mayorazgo, dexare fijo *varon* mayor legitimo, queremos, è
 mandamos, è es nuestra voluntad, que aquel despues de la vida del
 dicho Don Bernardino, aya el dicho mayorazgo antes que el fijo
 segundo del dicho Don Bernardino, è en pos del su fijo mayor, è su
 nieto, è su viznieto, *segun dicho es*.

CLAVSVLA QVARTA.

8 E si acaso fuere que el dicho fijo *varon* mayor del dicho Don Bernardino no huviere fijos *varones* legitimos, è de legitimo matrimonio nacidos, ò el nieto, ò el viznieto *varon* mayor legitimo del dicho Don Bernardino, descendientes del dicho fijo mayor, no ovieren fijos *varones* legitimos para que sucedan en el dicho mayorazgo, segun la forma, è orden de fuso escrita, queremos que en defecto, è desfallecimiento de los tales venga el dicho mayorazgo al fijo segundo *varon* legitimo del dicho Don Bernardino, è en pos del à su fijo *varon*, *varon* mayor legitimo, nieto del dicho Don Bernardino, è en pos del à su viznieto *por linea derecha masculina* del dicho fijo segundo, todavia los mayores legitimos, segun, è *por la forma, è manera que de suso està dicha, è declarada*, que lo han de aver los mayores legitimos descendientes del dicho primero fijo mayor del dicho Don Bernardino.

CLAVSVLA QVINTA.

9 E en defecto, è desfallecimiento del dicho fijo segundo del dicho Don Bernardino, è de su nieto, è viznieto, è descendientes *por la dicha linea masculina*, que venga el dicho mayorazgo, è lo aya el fijo tercero *varon* legitimo, è de legitimo matrimonio nacido del dicho Don Bernardino de Mendoça, è despues del su fijo *varon* mayor legitimo, è su nieto *varon* mayor, è su viznieto *varon* mayor, è assi de grado en grado dende en adelante sus descendientes *varones mayores* legitimos, è de legitimo matrimonio nacidos.

CLAVSVLA SEXTA.

10 E en defecto, è desfallecimiento del dicho fijo tercero *varon* del dicho Don Bernardino, è del nieto, è viznieto, è otros descendientes de aquel *por la dicha linea masculina*, lo aya el fijo quarto *varon* del dicho Don Bernardino, legitimo, è de legitimo matrimonio nacido, è el fijo, è nieto, è viznieto, è otros descendientes de aquel *por la dicha linea masculina*; è en defecto de los susodichos el fijo quinto, è sus descendientes *varones por la orden susodicha*, è assi dende en adelante *por esta orden, è forma susodicha* los otros fijos *varones* legitimos, è de legitimo matrimonio nacidos del dicho Don Bernardino, si los huviere.

CLASE SEGUNDA.

Llamamiento de las hijas de Don Bernardino con prelación de la mayor à la menor, y sus nietos, y viznietos, y otros sus descendientes varones por linea masculina, desde clausula septima, hasta la doze inclusive.

CLAUSULA SEPTIMA.

11 E en defecto, è desfallecimiento de todos los dichos fijos, è nietos, è viznietos, è otros descendientes del dicho Don Bernardino *por linea masculina*, segun de susodicho es, venga el dicho mayorazgo, è suceda en la fija mayor legitima, è de legitimo matrimonio nacida del dicho Don Bernardino, è despues de ella su hijo *varon* mayor legitimo, è su nieto, è viznieto, è otros sus descendientes *por linea masculina*, segun, è *por la forma que de suso està dicho*, è declarado que le han de auer *por linea masculina* los descendientes *varones* legitimos del dicho Don Bernardino.

CLAUSULA OCTAVA.

12 E en defecto, è desfallecimiento de todos los *varones* fijos del fijo mayor de la fija mayor del dicho Don Bernardino, venga al fijo segundo *varon* de la dicha fija mayor del dicho Don Bernardino, è assi à sus descendientes del tal fijo segundo, *varones* legitimos de legitimo matrimonio nacidos.

CLAUSULA NONA.

13 E en defecto de todos estos descendientes *varones* del dicho fijo segundo de la dicha fija mayor, que venga el dicho nuestro mayorazgo al fijo tercero *varon* de la dicha fija mayor del dicho Don Bernardino, è à sus descendientes *por linea masculina*, è por esta orden, è grado al fijo quarto, è quinto, si los oviere, la dicha fija mayor.

CLAUSULA DIEZ.

14 E en defecto de todos los descendientes *varones* legitimos, è de legitimo matrimonio nacidos de la dicha fija mayor del di-

dicho Don Bernardino, venga à la fija segunda del dicho Don Bernardino, si fuere viva; è en lugar de ella, si ella fuere fallecida, ò falleciere despues de aver auido el dicho mayorazgo, a su fijo *varon* mayor legitimo, è sus descendientes de èl, *por la orden que de suso dize que lo han de auer* los fijos, è nietos, è viznietos, è otros descendientes *por linea masculina* del fijo mayor de la dicha fija mayor del dicho Don Bernardino.

CLAVSVLA ONCE.

15 E en defecto de aquellos, al fijo segundo de la dicha fija segunda, è à sus descendientes *varones* mayores legitimos, è de legitimo matrimonio nacidos, è así à los fijos tercero, quarto, è quinto, è mas si los oviere *varones* mayores legitimos de la dicha fija segunda, *segun de suso es dispuesto*, que ha de ser en los descendientes *varones* de la fija primera, è así por esta via, è orden, è manera venga, è suceda en el dicho mayorazgo la fija tercera, è sus fijos, è nietos, è otros descendientes de ella *varones* mayores legitimos, è de legitimo matrimonio nacidos.

CLAVSVLA DOZE.

16 E en defecto de la dicha fija tercera, è de sus descendientes *varones* de ella, à la fija quarta, è quinta, y mas si las huviere, è sus descendientes de ellas *varones* legitimos de legitimo matrimonio nacidos, *segun, è por la forma, è manera que de suso es dicho, è declarado* en las fijas primera, è segunda, todavia los mayores en dias, antes que los menores, siendo en igual grado.

CLASE TERCERA.

Llamamiento de las nietas de los hijos de Don Bernardino, hijas de sus hijos, y de sus descendientes varones, con prelacion de los descendientes de la nieta del hijo mayor à la del segundo, y siguientes, desde la clausula trece, hasta la diez y seis inclusive.

CLAVSVLA TRECE.

17 E en defecto, è fallecimiento de todos los *varones* legitimos, è de legitimo matrimonio nacidos de los fijos, è de las fijas del di-

5
dicho Don Bernardino de Mendoza nuestro fijo, è de sus descendientes de ellos, è de cada vno de ellos, queremos, y es nuestra voluntad, que venga el dicho nuestro mayorazgo à las nietas, è à los *varones* descendientes de ellas primero à la nieta mayor del dicho Don Bernardino, fija de su fijo mayor, è à sus descendientes de ella *varones* mayores legitimos de legitimo matrimonio nacidos.

CLAVSVLA CATORCE.

18 E en defecto de aquellos à la nieta segunda, è à sus descendientes de ella *varones* mayores legitimos naturales.

CLAVSVLA QVINCE.

19 E en defecto de aquellos à la nieta tercera, è à sus descendientes *varones*, è assi en pos de aquellos à la nieta quarta, è quinta, è otras, si las oviere, fijas del dicho fijo mayor del dicho Don Bernardino.

CLAVSVLA DIEZ Y SEIS.

20 E en defecto, è desfallecimiento de las nietas del dicho Don Bernardino, fijas del dicho su fijo mayor, è de los descendientes *varones* de ellas, venga el dicho mayorazgo à las nietas fijas del fijo segundo, è à sus descendientes de ellas, primero à la nieta mayor, è à los que de ella vinieren, legitimos, è de legitimo matrimonio nacidos, è despues de ellos à la segunda nieta, fija del dicho fijo segundo, è à sus descendientes de ella *varones* legitimos, è despues de ellos à la tercera, è à sus descendientes *varones* legitimos, è assi por esta orden, è forma à todas las nietas fijas de los fijos *varones* del dicho Don Bernardino, è à sus descendientes de ellas *varones* legitimos, è de legitimo matrimonio nacidos.

CLASE QVARTA.

Llamamiento de las nietas de dicho Don Bernardino, hijas de las hijas del susodicho, y descendientes varones de ellas, con la misma prelacion de la nieta, hija de la hija mayor de dicho Don Bernardino, à la nieta hija de la hija segunda, claus. 17.

CLAVSVLA DIEZ Y SIETE.

21 E en defecto, è desfallecimiento de las nietas del dicho Don Bernardino, fijas de los fijos *varones* del dicho Don Bernardino, è de sus descendientes de ellas *varones*, queremos, è es nuestra voluntad que venga à las nietas, fijas de las hijas del dicho D. Bernardino, è à sus descendientes de ellas *varones* legítimos, è de legítimo matrimonio nacidos, primero à la mayor, è à sus descendientes, è despues à la segunda, è à sus descendientes, todavía *varones* legítimos naturales, è así à la tercera, è quarta, è quinta, è mas si las oviere, è à sus descendientes de ellos *varones* legítimos, como dicho es.

CLASE QUINTA.

Llamamiento de las trasvizi-nietas de dicho Don Bernardino, con prelación de las trasvizi-nietas de los hijos à las trasvizi-nietas de las hijas, y asimismo de las mayores à las de los menores, clausula 18.

CLAVSVLA DIEZ Y OCHO.

22 E en defecto, è desfallecimiento de todas las nietas del dicho Don Bernardino, fijas de sus fijos, è de sus hijas, è de sus descendientes de ellas *varones* legítimos, è de legítimo matrimonio nacidos, venga à las trasvizi-nietas, è à sus descendientes de ellas *varones* legítimos, è de legítimo matrimonio nacidos; primero à las trasvizi-nietas de los fijos, que à las de las hijas; è primero à las de los mayores, que à las de los menores, è à sus descendientes de ellas *varones* legítimos naturales, segun, è por la forma, è manera, è grados que de suso es dicho, è declarado en las nietas.

CLASE SEXTA.

Llamamiento de las otras hembras, y varones descendientes de ellas, que se siguen à las trasvizi-nietas de dicho Don Bernardino, en la misma clausula 18.

Continúa la clausula diez y ocho.

23 E por esta misma via, è orden en las otras fembras que su-

cedieren, è vinieren de nuestro linage despues de las trasviznietas del dicho Don Bernardino, todavia los mayores, è los descendientes de ellas.

CLASE SEPTIMA.

Llamamiento colectivo de todas las hembras en defecto de varones, en que haze coleccion de los llamamientos anteriores, claus. 19.

CLAVSULA DIEZ Y NVEVE.

24 E en defecto, è desfallecimiento de *todos los masculinos*; venga à las fembras, segun, è por la orden, è grados susodichos, è declarados, è todavia à los mayores, è à las descendientes de aquellos que segun los vinculos de este nuestro mayorazgo lo devian aver, *si varones oviesse.*

Discurso Legal.

25 **R**Econocese por el Marquès que para vencer en este juicio, necessita de justificar tres cosas: La primera, su llamamiento; la segunda, que ha llegado el caso del; y la tercera, que tiene las calidades que requiere la fundacion, lo qual es regular en los que pretenden la sucesiõ de mayorazgos, ex vulgata *leg. 1. Cod. quorum bonor.* docent Roland. *conf. 56. num. 3.* Menoch. *conf. 97. num. 103. § 105. lib. 1.* Honded. *conf. 60. num. 12.* Burg. de Paz *conf. 31. num. 21.* Aceved. *conf. 18. num. 17.* Casanat. *conf. 4. num. 9.* Castill. *lib. 6. controu. cap. 136. num. 68. § cap. 180. num. 16. vers. Hactenus,* D. Valençuel. *conf. 95. à num. 116.* D. Larrea *decis. 33. num. 33. ibi: Sed quilibet qui ad maioratus successiõnem admitti curaverit, tria probare tenetur, vocatum fuisse, habere qualitatem sub qua vocatus est, § sua substitutionis casum evenisse.*

26 La prueba de este assumpto resulta con evidencia de las clausulas que quedan estendidas, y referidas, en las quales se halla con expreso y literal llamamiento el Marquès, y por ellas se convence asimismo aver llegado su caso, con exclusion de los demàs Opositores, de que resulta ser incontrovertible su derecho; pues este se ha de regular precisamente por la voluntad de los fundadores, que es la ley superior à que todas las demàs se rinden, como lo notò Mier. de *maiorat. part. 4. quest. 1. num. 26.* y es elegante texto la Authent. de *fideicommiss. §. nos igitur, ibi: Non qui à lege, sed qui à testatore antepositur, preferendus est: leg. in plurium, 70. ff.*

de acquir. hered. ibi: Prius à scriptis incipiat: deinde transitus fiat ad eos, ad quos legitimè hereditas pertinet, text. & DD. in leg. omnia, 32. §. fin. de legat. 2. ibi: Hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt; leg. heredes mei, 57. §. fin. ff. ad Trebelian. ibi: Propter gradus fideicommissi præsriptos; el señor Luis de Molina lib. 2. de primogen. cap. 2. num. 8. hablando de la voluntad de los fundadores, dize: *Ea ratione lex dicitur, quia successores adstringit, sicut leges uniuersos subditos ligant*, videndi Ruinus cons. 119. num. 11. lib. 2. Cephal. cons. 251. num. 20. § 21. lib. 2. Menoch. cons. 200. num. 6. § seqq. Don Iuan del Castillo lib. 4. cap. 10. ex num. 6.

27 De que se sigue, que las comunes observaciones de linea, grado, sexo, y edad, que suelen ser de consideracion en otros mayorazgos, y que obran como llamamientos presumptos, y congeturados, vtilis para investigar: *Quid fundator faceret? si disponderet*, son inuitiles, è ineficaces en este caso, donde se pretende la sucesion por la voluntad, que es la q̃ la rige, y gobierna, *ex leg. in conditionibus, de condition. § demonstr. ibi: In conditionibus, primum locum voluntas defuncti obtinet, ea que regit conditiones*: nuestra ley 40. de Toro, ibi: *Saluo si otra cosa estuviere dispuesta, que en tal caso mandamos que se guarde la voluntad del que lo instituyó*: eleganter Mantic. de coniect. ultim. volunt. lib. 3. tit. 3. ex num. 1. Porro inter omnes constat, testatoris voluntatem in primis seruari oportere, ea enim tamquam Regina, primum locum tenet, § omnibus dominatur, D. Molin. lib. 2. cap. 4. num. 19. Voluntas namque præsertim in fideicommissio, dominatur, § attendenda est; idem lib. 3. cap. 6. num. 28. Bald. cons. 40. in fin. vol. 3. D. Covarr. pract. quest. 38. num. 3. vers. 2. conclus. Mier. part. 2. quest. 8. num. 1. D. Valençuel. cons. 113. num. 100. cum traditis per Tiraquel. in leg. si unquam, Cod. de reuocand. donat. num. 8. § 9. § de prim. quest. 40. num. 56.

28 Y quien estuviere asistido de la voluntad, tiene à su favor la qualidad que forma la primera linea, que la llaman los AA. linea de voluntad, Castill. cap. 93. §. 1. num. 18. Rosa consult. 69. num. 69. Cutell. ad leges Martini, notabil. 53. num. 25. Roxas de incompatibil. part. 1. cap. 6. num. 301. Pegas de maiorat. cap. 11. num. 1. ibi: *Tanta quanta in imaginationem mentemque testatoris venient species, tanta erunt maioratum forma, qua quotidie inveniuntur varia, diuersa, & contraria.*

Llamamiento expreso de el Marquès:

29 Hemos referido con distincion las clases de los llamamientos que se incluyen en la fundacion de este mayorazgo; y segun el orden con que se han puesto, està el llamamiento del Marquès en la clase quinta, *clausula* 18. porque es descendiente varon por linea masculina desde Doña Beatriz Ramirez de Mendoza, *num.* 25. que fue viznieta de dicho Don Bernardino Suarez, *num.* 4. por aver sido hija de Doña Ana de Mendoza, *num.* 15. quien lo fue de Don Alonso Suarez, *num.* 9. hijo segundo de dicho D. Bernardino, y ser dicho Marquès hijo de Don Ioseph de Saavedra, *num.* 54. nieto de Don Gaspar Iuan de Saavedra, *num.* 39. que fue hijo de dicha Doña Beatriz, viznieta de dicho Don Bernardino.

30 Y aunque en la dicha clase quinta, y *clausula* 18. las que tienen llamamiento despues de las nietas del dicho Don Bernardino, hijas de sus hijos, è de sus hijas, è de sus descendientes de ellas varones, son las trasviznietas de dicho Don Bernardino, que es grado posterior, hallandose omitidas las viznietas en lo dispositivo; despues las puso en condicion antes que à las trasviznietas en la *clausula* 22. ibi: *E faltando toda la succession de las fijas, è nietas, è viznietas, è trasviznietas, è otras personas por la linea femenina del dicho Don Bernardino, venga el dicho nuestro mayorazgo à las fijas, è nietas, è trasviznietas, è otras fembras descendientes del dicho nuestro fijo segundo, si lo nos ouieremos.*

31 Y en la *clausula* 23. ibi: *E si caso fuere que el dicho Don Bernardino nuestro fijo passare de esta presente vida antes que yo el dicho Conde de Cornuã, o despues de mi vida, è lo que Dios no quiera, no dexare fijos, ni fijas, ni nietos, ni nietas, ni viznietos, ni viznietas, ni trasviznietos, ni trasviznietas, ni otros algunos varones, ni fembras que desciendan del por linea masculina, è femenina, para que ayan, è sucedan en este nuestro mayorazgo. &c.* Y continua diziendo: *E asimismo si caso fuere que nos non ayamos juntamente otro fijo varon, como de susodicho es; o caso que lo ayamos, si del non ficassen asimismo fijos, nin fijas, nin nietos, nin nietas, ni viznietos, ni viznietas, nin trasviznietos, nin trasviznietas, varones, ni fembras, ni otros descendientes del por linea masculina, o femenina, &c.* Llama à sus dos hijas Doña Guiomar de Mendoza, Condesa de Oropesa, y Doña Isabel de Borbon.

32 De manera que por estas *clausulas* supliò, y explicò la omision de la palabra viznietas, que avia en las *clausulas* anteceden-

dentes, y especialmente la diez y ocho, y siendo proposicion cierta que vna parte de la disposicion se declara por otra, *ex leg. qui filiabus, in principio, ff. de leg. 1. leg. si servus plurium, §. fin. ff. eod.* y por esso se deve reconocer, y atender el contexto de todas las clausulas, *ex leg. Gallus, §. ille casus, ff. de liber. & posth. vbi Glos. verb. Inducere, leg. qui duos, ff. de coniungend. cum emancip. liber. leg. quidam, ff. de pecul. legat. leg. Maivia, ff. de testament. manumis. leg. si testamentum, C. de instit. & substit. Peregrin. de fideicommiss. art. 25. num. 30. & 31. Mantic. de coniect. lib. 6. tit. 13. num. 6. Casan. conf. 44. num. 7. & conf. 47. num. 44. Castill. lib. 4. cap. 50. num. 28. D. Larrea decis. 53. num. 10.* Y siendo asimismo opinion comunmente admitida, como mas verdadera, que todos los puestos en condicion, se entienden, y tienen por llamados, especialmente en materia de mayorazgos, y quando son descendientes del fundador, como copiosamente lo funda el señor Luis de Molina *lib. 1. cap. 6. ex num. 2. & ibi Add. Castill. lib. 4. controu. cap. 9. num. 73. & lib. 2. cap. 12. Amat. conf. 10. num. 30. Ramon conf. 100. num. 360. Decian. conf. 131. num. 172. Thesaur. decis. 96. num. 23. & 30. Alex. Sperel. decis. 151. num. 13. Fular. de substit. quest. 437. num. 3. & 4. & conf. 136. num. 8. Aquil. Pedroch. conf. ult. num. 7. lib. 1.* donde por esta opinion refiere mas de setenta Autores, es certissimo, ò ninguno el reparo que se puede hazer de no estar el nombre de viznietas expressado en la clausula diez y ocho, hallandose muy repetido en las clausulas posteriores, y puestas expressamente en condicion, primero, y antes que las trasviznietas, y las demás descendientes de grados inferiores; y así parece que no ay para que detenernos en este punto, como llano, y que se deve desde luego passar al segundo, y principal, que es el de aver llegado el caso del llamamiento del Marqués con la muerte de Don Diego Phelipe Zapata y Mendoza, *num. 43.* ultimo actual poseedor de dicho Estado, y Mayorazgo.

Que ha llegado el caso del llamamiento del Marqués.

33 Queda supuesto que el llamamiento de dicho Marqués se funda en ser viznieto de varon en varon, ò por linea masculina desde Doña Beatriz Ramirez de Mendoza, *num. 25.* viznietas de dicho Don Bernardino, primer llamado, *num. 4.* con que para verificar el assumpto, solo resta justificar, que los llamados anteriormente han faltado, y que ninguno de los que han salido à este plei-

to puede pretender llamamiento anterior, ni igual à el del Marqués.

34 A este fin conduce principalmente la distincion que se ha hecho de las clases de llamamientos que incluye la fundacion, y es preciso repetir en esta parte con reflexion, y consideracion, para que se venga en conocimiento cierto de la deficiencia, y falta de todos los llamados, y substituidos anteriormente.

Discurso sobre la primera clase de llamamientos.

35 En la primera clase de llamamientos, que es la que se incluye en las clausulas segunda, hasta la sexta, queda dicho, y consta por su inspeccion estar llamados tan solamente dicho Don Bernardino de Mendoça, num. 4. y sus hijos, y descendientes varones por linea masculina, cuyo llamamiento en esta forma se halla muchas vezes repetido en dichas clausulas, y esta es la primera clase de llamados, en que solamente se incluyen los varones agnados descendientes de dicho Don Bernardino, y se evidencia este concepto por las consideraciones siguientes:

36 La primera, porque el llamamiento que en dichas clausulas se dà à los descendientes de dicho Don Bernardino con la calidad de varones, no es *simpliciter*, & *ut cumque*, sino es que està repetida muchas vezes en ellas; y aunque sea disputable si en el llamamiento de varones se comprehenden tan solamente los agnados, ò si tambien tienen inclusion los varones de hembra, esta question se resuelve distinguiendo el caso de ser el llamamiento de varones vnico, llano, y sin muchas repeticiones à el de multiplicarse la repeticion de la calidad en los llamamientos.

37 Y en este segundo caso afirman gravissimos DD. que el repetido llamamiento de varones prueba firmemente el concepto de agnacion. Peregrin. de fideicommiss. art. 19. num. 16. & art. 26. num. 15. donde despues de vna larga disputa resuelve, *hoc esse verissimum*. Ioseph de Rusticis in leg. cum avus, lib. 4. cap. 20. num. 27. de condition. & demonstrat. afirma, que quando ay continuado, y repetido llamamiento de varones, es opinion comunmente recibida, & *aqua non est recedendum in iudicando*, & consulendo, que el fundador quiso conservar agnacion, y que no se admiten los varones descendientes de las hembras. Castill. lib. 2. controuers. cap. 4. num. 78. & seqq. & tom. 5. cap. 92. num. 2. ibi: *Masculinitatis qualitas reiterata in pluribus substitutionibus repetita, ostendit*

dit euidenter, atque indubitanter agnationi fuisse prospectum: *§* tom. 6. cap. 129. maximè ex num. 49. Molin. de ritu nupt. lib. 3. quest. 24. num. 200. Ramon cons. 15. num. 14. Fusar. de substitut. quest. 499. num. 15. *§* 17. *§* quest. 346. num. 13. *§* 19. Barbof. lib. 1. vot. 7. num. 13. *§* lib. 2. vot. 70. num. 22. el qual desde el num. 18. funda latissimamente, que en el repetido, y continuado llamamiento de varones se prueba el concepto de agnacion, y que el fundador no quiso que sucedieffen los varones de hembra, Nogue-rol alleg. 23. num. 156. el señor Don Iuan Baptista Larrea en la decis. 53. num. 9. y en la decis. 54. num. 6.

38 Y dicen averse decidido así en el Senado de Piamonte, Thesaur. decis. 96. num. 17. *§* 18. en Sicilia Mario Giurba decis. 32. num. 14. en la Rota Romana Gregor. XV. decis. 154. num. 9. *§* 464. num. 17. *§* 18. quòd tenuit eadem Rota decis. 135. num. 7. *§* seqq. tom. 5. recentior. Ruber; *§* in decis. quæ est, post cons. 17. Redenafch. à num. 128. Lo mismo se decidió en la Real Audiencia de Aragon contra Don Pedro Selsè, varon de hembra, en aquella causa en que escribió dilatadamente Selsè in decis. 254. tom. 3. como se manifiesta por la sentencia motivada que està à el fin de ella: y en la Audiencia de Cataluña in decis. 103. apud Peguerem: y en los Tribunales de Castilla en la causa sobre el Duca- do de Alburquerque, en que escribió Cephel. lib. 2. cons. 251. præ- cipuè à num. 59. y en el Senado Neapolitano Capicio Latro de- cis. 127. num. 30. tom. 2. y el caso que refiere Francisco Maria Pra- to tom. 1. discept. forens. cap. 4. num. 22. Ciriac. controu. 638. num. 38. Geronimo de Philip. disert. 37. num. 124. Iuan Baptista An- dreolo controuers. 218. num. 10. *§* 251. num. 18. Vrceolo conclus. 60. Melio obseru. 50. Pegas de maioratib. cap. 15. num. 65. que trae vna columna de Autores en comprobacion de esta conclu- sion, que es tal el numero, que parece queda sin controversia la materia.

39 No solo ay repetidos llamamientos de varones en los pri- meros llamados, en quien se quiso conservar la agnacion, sino es que ay repeticion de masculinidad sobre la palabra *varones*, y esta obra mas eficazmente; y así en la decis. 65. de Muta se notò para este fin en el num. 2. en que se dixo: *Testator voluit semper mares succedere, dum dixit per quatuor Vices in circa filijs mares, nepotes mares, pronepotes mares.* Y en la Rota Romana en la decis. 95. part. 11. recentior. Ruber num. 11. que es la 17. despues del tratado de Censal a Peregrino, se dixo, ibi: *Quartò ex multiplici, ac repeti-*

ta *sapè sapius, ac semper in toto institutionis, ac substitutionum prædictarum contextu, tam in partibus dispositiuis, quàm in conditionabilibus qualitate masculinitatis, quæ tam à curato studio in singulis casibus expressa, non simplicem, vel primariam sexus prædilectionem, sed magis causatiuam conseruationis agnationis principaliter contemplata præfert, &c.* y se refieren muchas autoridades.

40 Lo mismo dize Agustín Barbosa *lib. 1. vot. 7. num. 13. ibi: Primò, quia constat in dicta institutione fuisse sapius repetitam masculinitatem, unde succedit doctrina, quòd repetitio masculinitatis in eadem oratione excludit masculos ex fœminis, &c.*

41 Y Don Iuan del Castillo *lib. 2. cap. 4. num. 83. ibi: Idque indubitabile quidem erit, si masculinitatis qualitas reiterata fuerit, aut in pluribus substitutionibus repetita, &c.* y lo mismo en el *cap. 92. num. 2.* con que siendo tanta la repetición de varones que ay en aquellos primeros llamados, parece sin duda que no puede suceder la hembra, ni el varon de ella.

42 La segunda consideracion resulta de que el llamamiento puesto en dichas cláusulas, es con la calidad de descendientes *por linea masculina*, en que segun el vniversal dictamen solamente se comprehenden los varones agnados de varon en varon, ita Paul de Castr. *in leg. maritus, Cod. de Procurator. Fufar. de substitut. quest. 343. num. 12. & quest. 404. num. 24.* Gregor. Lopez *leg. 2. tit. 6. part. 4. glos. 1. column. 2. in fin. D. Molin. lib. 1. cap. 6. num. 38. & lib. 3. cap. 5. num. 69. Add. ad eum, dict. lib. 1. cap. 6. num. 38.* Avendañ. *in leg. 40. Taur. glos. 9. num. 63. Mier. de maiorat. 2. part. quest. 6. num. 228. D. Valençuel. conf. 40. num. 25. & conf. 97. num. 167. Castill. lib. 2. cap. 2. per tot. Noguera. alleg. 23. num. 155. Iuan Baptista Andreolo controu. 251. que trae en comprobacion de esta proposicion quarenta y vn Autores, & controu. 344. num. 22. Pegas de maiorat. cap. 10. num. 556. & cap. 13. num. 4. Cesar Caren. resol. 10. num. 17. D. Ioseph Rosa consult. 69. num. 152. Francisco Maria Prato tom. 1. discept. 4. num. 21. el Padre Fragofo de regim. Reipub part. 3. lib. 6. disput. 9. §. 9. num. 13. Bonden. colluct. 39. num. 62. Tondut. tom. 2. resol. 183. Altograd. conf. 80. part. 2. num. 79. Cardinal. de Luc. de iur. Patron. discurs. 30. num. 8. & de fideicommiss. disc. 28. num. 10. & de feud. disc. 45. num. 7. D. Larr. decis. 51. num. 22. vbi: Quòd vocatio de descendentibus per lineam masculinam, facit ut maioratus ad agnatos, non verò ad cognatos pertineat.*

43 Es de este mismo sentir la Rota Romana, teniendo por

constante esta opinion, como lo afirma Ioseph Vrceolo *conf. 60. num. 3.* y se funda, y comprueba por Paul. Rub. en las anotaciones à la *decis. 199. part. 8. recent. vol. 9. num. 175.* & apud Celsum. *decis. 341. per tot.* y la Santidad de Alexandro VIII. siendo Cardenal Otobono en la *decis. 177. num. 26.* Paul. Duran. *decis. 300.* & coram Burat. *decis. 272. num. 3.* en que se refieren otras muchas, que por no dilatar se omiten.

44 *Accedit*, y es la tercera consideracion, el que el llamamiento no està solamente concebido en varones con repeticion de esta calidad en todos los grados, y substitutiones, ni solamente estàn llamados los descendientes por *linea masculina*, sino es que estàn vnidas todas estas calidades, y el llamamiento formado en hijos, nietos, viznietos, y demàs descendientes varones por *linea masculina*; en cuya especie no es dable mayor expresion del concepto de agnacion, y es el modo de explicar la verdadera, y absoluta, como lo dize Roxas *de incompatibil. part. 1. cap. 6. §. 21. num. 306.* ibi: *Linea vera, & absoluta agnationis est, quando institutor expresse, ac verbis claris agnatos inuitat ad successionem, veluti; succedan en este mayorazgo varon de varon, vel ita sic; succedan varones, y no succedan hembras, ni los varones de ellas, vel sic; succedan siempre varones descendientes por linea masculina, &c.* Vela *disert. 49. num. 45.* dize, que agnacion verdadera es, quando *masculi per lineam masculinam vocantur*, D. Iuan del Castillo *cap. 133 num. 13.* ibi: *Nisi disponens ipsi, aut institutor maioratus expresse cauerit, ac dixerit se velle vocatorum ipsorum agnationem conseruare, aut masculos ex masculis, siue ex linea masculina expresse vocauerit, aut etiam masculos ex foeminis expresse excluderet, tunc namque fideicommissum, aut maioratus agnationis iudicari debebit in descendantibus vocatorum, idque ob expressam voluntatem disponentis, &c.* de cuya autoridad se manifiesta, que si el llamamiento es de varones ex *linea masculina*, no tiene controversia que sea de agnacion, Suelves *conf. 5. num. 42.* ibi: *Verba descendientes varones de varones, o por linea masculina, agnationem inducunt.*

45 Lo mismo fundan, y dizen Pegas *de maiorat. cap. 9. num. 249.* & *cap. 13. num. 1.* & *5. cap. 15. num. 64.* & *cap. 16. num. 13.* & *de lege mentali. cap. 96. num. 8.* D. Ioseph Rola *consult. 69. num. 55.* D. Iuan del Castillo *cap. 130. num. 4. vers. Ex sententia*, Antonio Fabro *de errorib. pragmatic. decad. 28. error. 10. num. 11.* Noguera. *alleg. 23. num. 155.* Fular. *de substit. quest. 385. num. 28.*

Menoch. *conf.* 802. *num.* 82. Agust. Barbof. *appellatio* 135. *num.* 18. Gregor. Lopez *in leg.* 2. *tit.* 6. *part.* 4. *glos.* 1. *column.* 2. Rota Romana *decis.* 63. impresa post colluctationes Bondeni *num.* 11. *¶* 433. coram Celio Bichio, D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 69.

46 Y no puede turbarse este firme concepto de rigurosa agnacion que se considera en esta primera clase de llamamientos, porque en algunas de las clausulas correspondientes à ella estèn concebidos en descendientes varones *por linea derecha masculina*, queriendo que por aver dicho *por linea derecha* quedò reducido à regular.

47 Esta oposicion nada tiene de sustancia, sino es de pura sutileza, y para su exclusion se acuerda que la *ley 2. tit. 6. part. 4.* considera dos lineas: vna, la que forma el ascendiente comun para sì, y sus descendientes, que se subdivide ascendiendo à padre, y abuelo, y de àl arriba, y descendiendo de hijos à nietos, y demás descendientes: la otra, es transversal que entre sì constituyen los descendientes, y la ley tiene por *linea derecha*; y así la llama à la que sube de padre à abuelo, y la que desciende de padre à hijo, y por transversal la que constituyen entre sì los hermanos.

48 Y en esta linea que forma el ascendiente comun, que es recta en todos sus descendientes, hazen los DD. otra diferencia, considerandola como linea de sustancia, ò como linea de calidad; y si el testador atendió à la linea de sustancia, se comprehenden todos los descendientes varones, ò hembras, guardando entre ellos las prerrogativas de grado, y sexo; pero si el fundador contemplò la qualidad de la linea, solo estaràn comprehendidos en ella aquellos descendientes à quienes asistiere la calidad del llamamiento, y en ellos se verificara estar en la linea derecha de calidad, que fue la que quiso.

49 De esta diferencia nace, que de la misma suerte que quando se atiende la linea de sustancia se ha de deribar la sucession de primogenito en primogenito desde el primer llamado, admitiendo varones, y hembras sin hazer transito à otra linea hasta que se ayan acabado sus descendientes; y faltando estos, se ha de continuar en los primogenitos de cada sucessor, guardando las prerrogativas de linea, y grado, considerandose en ellos la descendencia por linea derecha por la que formò, ò constituyó el fundador para sì, y sus descendientes.

50 Así en la linea de calidad que forma, no para todos sus descendientes, sino es para aquellos en quien se hallare la del llamamiento.

01
mamiento, se deriba la sucefsion, continuandose por voluntad del fundador en ellos la linea derecha de sucefsor en sucefsor varon primogenito, prefiriendose a las hembras, aunque estas se hallen en la linea derecha de fustancia, por no tener la linea derecha de la calidad, que fue la que amaron los fundadores, en que se hallan los varones agnados, y que fon los que folamente se confideran llamados, como fi no huviera hembras que procedieran del ascendiente comun, ni varones de ellas, porque fiendo estas, y fus varones incapaces, ò teniendo exclusion por los agnados, se confideran, y reputan eftos como fi fueran folos.

51 Este difcurfo fe comprueba copiofamente con muchas autoridades, y es elegante la de Mario Cutelo *ad leges Martini*, *notabil. 53. num. 25. ibi: Marium nempè ex maribus, cuius appellatione omnes ex quibuscumque institutoris, vel grauati descendentibus mares diuerfarum licet linearum ex primo stipite fumentes exordium apprehendit, ac in vnā lineam compaginat, eodem pœna modo, ac si ordine fuccefsiuo (gradus remotione comparatiuè ad fœminas minimè attenta) vocati forent; nam cum cognati hanc lineam non conftituant, nec continuent, ne defectu proximiorum cefset, mares remotiffimo etiam gradu ab ultimo poffeffore diftantes ultimo deceffori coniungit.* Profigue en el num. 29. al intento, y dize: *Si fortè diximus mafculina preponatur, vel ut de gradu in gradum mafculorum feudum, vel maioratus vadat precipiatur, atque hac directa linea marium dicetur, quæ sine cognati admiffione à maribus marium non declinat, licet ex alijs, quam ultimi morientis lineis fint, quidquid fit in linea fubftantia in qua (ex recta linea defcendentibus vocatis) mares ex remotioribus lineis excluduntur, quafi rectitudini aduerfetur, quòd ex lateribus fint.*

52 Optimè Cardinalis de Luca de *fideicommiſ. difcurſ. 117. num. 2. § 5. ibi: Tunc vnica dicitur linea, omnesque licet inter plures ramos, seu colonnelos diuifa de vna, & eadem eſſe dicuntur, vni & idem corpus, seu genus conſtituentes.* Y lo miſmo dize Menoch. en el *conf. 1250.* desde el num. 23. que refiere, y figue D. Iuan del Caſtillo en el *cap. 92. num. 24.* diziendo, que *quitibet eſt in linea recta habito reſpectu ad patrem, à quo habuerunt originem, & ſunt vnus linea recta.* Lo propio afirma Roſa *confult. 69. num. 62.* Mario Mata *decif. 65. num. 12.* que es terminante, y las *decif. 272.* de Burat. y 300. de Paul. Duran. en que los llamamientos fueron de varones defcendientes por linea derecha mafculina, y ſe eſtimaron por de riguroſa agnacion, y eſtar en ellos excluïdas las hembras, y

varones cognados de mejor grado, y mas cercano à el vltimo poseedor. Y en el *cons. 251.* de Cephalo, que es sobre la sucession del Estado de Alburquerque en Castilla, se funda ser de agnacion, y tener el varon traníverfal llamamiento en exclusion de la hembra hija del vltimo poseedor; sin embargo de estar formados los llamamientos, como refiere *num. 23.* en descendiente varon legitimo, y de legitimo matrimonio nacido *por linea derecha.* Son asimismo copiosos lugares los de *Pegas de maiorat. cap. 9. num. 247. § 249. § cap. 15. num. 36. § 39.*

53 Tampoco es estimable para la exclusion del concepto de agnacion rigurosa en esta primera clase de llamamientos el que inmediatamente a ella en la segunda, que comienza, *claus. 7.* tengan llamamiento hembras, hijas de dicho D. Bernardino, *num. 4.* porque aunque el señor Luis de Molin. *lib. 3. cap. 5. num. 50. vers. Septima conclusio,* fue de sentir que el llamamiento de hembras es exclusivo de agnacion.

54 Lo cierto es, que no tiene repugnancia el que en vna parte de la disposicion, y respecto à ciertas personas esté contemplada agnacion, y en otra diversa estén llamadas hembras, y en tal caso el llamamiento de ellas no turba dicho concepto, aunque lo limita à las personas contempladas, y assi lo puso por regla el señor Luis de Molin. *dict. cap. 5. num. 18. ibi: Sed ut in hac re tam ambigua, § difficili vera resolutio deinceps habeatur, duo casus distinctionis pœnitus diuersi, atque separati considerandi sunt. Primus, quando maioratus institutor, simpliciter, § absolutè maioratum causa conseruanda agnationis instituit, in quo casu dicendum erit ex identitate rationis dispositionem de casu ad casum trabendam esse. Secundus casus est quando hanc rationem conseruanda agnationis maioratus institutor certis personis, seu gradibus adiecit, veluti quando dixit volens agnationem in personam Titij, § descenditum suorum conseruare, vel simile: in quo casu dicendum erit conseruationem agnationis ad personas nominatas restringendam, nec ad alias personas ex rationis identitate extendendam esse, &c. & ibi Add. vers. Primus casus.* Y el mismo señor Luis de Molina lo repitiò en el *num. 50. vers. Ex quibus, ibi: Secundò. quòd censeatur considerata ratio agnationis quoad solas personas vocatas, non autem, ut ex earum vocatione, possimus eam dispositionem, ex ratione considerationis agnationis extendere ad alios non vocatos.*

55 Cuya proposicion se considera por cierta, y como tal es comunmente seguida, Ancharran. *cons. 359.* Paul. de Castr. *cons.*

421. num. 2. lib. 1. Peregrin de fideicommiss. art. 25. num. 26. § 45. Mier. 2. part. quest. 6. num. 373. Casan. cons. 38. num. 69. § 85. Fufar. de substit. quest. 458. num. 15. ibi: *Quòd si agnationis ratio sit adiecta certis personis, vel gradibus, tunc fiet restrictio ad personas nominatas: § quest. 479. num. 108.* Molino de ritu nupt. lib. 3. quest. 24. num. 147. § 148. Castill. cap. 92. à num. 4. Dom. Larrea decis. 53. num. 26. Vela disert. 49. num. 69. Barbof. vot. 126. num. 17. Palma alleg. 167. num. 43. Iuan de Xarte decis. 35. num. 22. Roxas de incompatib. part. 1. cap. 6. num. 307. y 308.

56 La razon es la que se deduce de la ley *quæ conditio*, ff. de condition. § demonstr. ibi: *At quæ conditio ad certas personas accommodata fuerit, eam referre debemus ad eum dumtaxat gradum, quo hæ persona instituta fuerunt.*

57 Y procede especialmente quando se reconoce que la admission, y llamamiento de las hembras no es por afecto à el sexo, si por buscar varones de ellas en quien renovar la agnacion perdida, fuscitando en ellos la nueva, y artificial agnacion que se forma de los varones cognados. Sientenlo asì Don Francisco Geronimo de Leon tom. 2. decis. 167. Mier. part. 2. quest. 6. num. 262. Casan. cons. 20. num. 28. § 29. Ioseph Ramon cons. 150. num. 19. y los que traen Add. ad Dom. Molin. lib. 2. cap. 14. num. 8. § 9. vers. *Limitatur*; y esto es lo que sucede en la fundacion del mayorazgo sobre que se discurre, pues el llamamiento que se dà à las hembras, hijas de Don Bernardino, desde la clausula septima, es despues de perdida la agnacion en los varones descendientes *por linea masculina* de dicho Don Bernardino, y solo sirve para fuscitar la nueva, y artificial agnacion que quilo formar en los varones cognados descendientes de dichas hijas.

58 Esta tan lexos este llamamiento de las hijas de Don Bernardino, y varones descendientes de ellas de turbar la agnacion que se contempla en los llamamientos de las clausulas anteriores, que antes bien por tenerlo dichas hijas, y sus varones en parte separada, y discretiva, se afiança mas el no estarcõprehendidos en los llamamientos de las clausulas primeras, y queda mas libre la agnacion por virtud de la discrecion, y separacion, de que se tratarà despues, y aora solo se trae por puntual la autoridad de D. Ioseph de Rosa consult. 69. num. 49. que en prueba de esta proposicion trae vna columna de Autores, diziendo, que *est maior coniectura agnationis, si institutor, fœminas post masculos agnatos vocat*, Pegas de maiorat. cap. 14. num. 6. § cap. 15. num. 42. § cap. 17. num. 67.

donde tambien con muchas autoridades, dize: *Et quando fœmine vocantur post masculos, manent exclusæ, dum masculi etiam remotiores, existerent etiam aliarum linearum inferiorum, & tunc censetur institutorem respexisse ad agnationem conservandam, & saltem intra ipsos gradus vocatos est contemplata, in quibus masculi ex masculis vocantur.*

59 Siendo, pues, cierto que los llamamientos de dicho Don Bernardino, y sus hijos, y descendientes varones por linea derecha masculina, que estan desde la clausula segunda, hasta la sexta *inclusivè*, son de agnacion verdadera, y rigurosa, y que ninguno de los que compiten la sucession tiene esta calidad, porque el vltimo varon agnado fue Don Sebastian Suarez de Mendoza, *num. 33.* que murió sin sucession el año de 1646. y que por su muerte en el pleito que en aquella vacante se litigò, se diò la tenuta à Don Antonio Zapata, Conde de Varajas, *num. 28.* varon cognado, como nieto de Doña Maria de Mendoza, *num. 11.* que fue nieta de dicho Don Bernardino, hija de Don Iuan de Mendoza, *num. 7.* tercero hijo de dicho Don Bernardino, resulta con claridad, y evidencia que ninguno de los Opositores en esta vacante puede excluir al Marquès de Ribas, por no aver alguno que sea varon agnado incluido en dichos llamamientos.

Discurso sobre la segunda clase de llamamientos.

60 Tampoco pueden excluirlo con los llamamientos de las clausulas, desde la septima, hasta la doze *inclusivè*, porque en ellos tan solamente estan incluidas las hijas de dicho Don Bernardino, con prelacion de la mayor à la menor, y sus nietos, y viznietos, y otros *sus descendientes varones por linea masculina*, que es la clase segunda de los que se leen formados en dicha fundacion.

61 Y por su inspeccion se vè, y reconoce claramente aver sido el concepto de los fundadores suscitar nueva, y artificial agnacion, dando principio à ella (despues de acabada la verdadera, y rigurosa) en las hijas de dicho Don Bernardino, passando desde ellas à el llamamiento de sus *hijos, y descendientes varones por linea masculina*, deseando por este medio reparar el defecto de verdadera agnacion, que consideraron perdida: remedio muy vsado en nuestros mayorazgos, à que diò principio el Derecho Divino, ò Hebreo, *Num. cap. 27. vers. 6. & 7.* y lo notan D. Molin. *lib. 3. cap. 4. num. 1.* ybi Add. alter Molin. *de instit. & iur. tract. 2. disp.*

62. num. 1. Tiraquel. de primog. quest. 10. num. 17. Petr. Gregor. lib. 45. syntagm. cap. 13. Ouald. ad Donel. lib. 9. commentar. cap. 2. litt. B. Varon. in apparatu ad annal. sacr. cap. 15. cum seqq. Marquez en el Governador Christiano lib. 1. cap. 32. §. 1.

62 La naturaleza de esta agnacion explican los Doctores, diziendo, empieza en varon cognado, a quien los fundadores eligen para cabeza de ella, y tal vez en hembra, continuando despues en sus varones, y no se diferencia en cosa alguna de la agnacion verdadera, y rigurosa, porque es exclusiva de hembras, y varones cognados; y el que huviere de suceder por estos llamamientos, ha de ser varon agnado del primer llamado con quien se dispuso: comprehendiolo Vela disert. 49. num. 45. donde despues de aver explicado qual sea rigurosa agnacion, propone la artificial, y dize: *Sive etiam minus proprie cum soli masculi sibi attinentes, cum interpositione tamen femina ad maiusculum inuitantur, nam habito respectu, ad primum masculum post feminam succedentem, inde noua, & quidem vera, licet non ita propria ob feminam, que precessit agnatio incipit, quod in his presertim exemplis contingit.*

63 *Primum est, cum ab instituyente, primo vocatur femina familie, aut cognatus masculus ex femina, ac deinceps vocantur masculi agnati, ex illo cognato descendentes.* Y aviendolo comprobado, prosigue como si tuviere presente nuestra fundacion: *Alterum exemplum est, cum vocatis primo agnatis, eorum linea deficiente vocatur femina, ita in defectum agnatorum vocatur femina, ut deinceps ad maiusculum inuitentur masculi agnati, sive a filio masculo illius femina per virilem sexum progeneri.* Y en la misma conformidad describen la agnacion artificial, Albert. Brun. de statut. exclud. femin. art. 6. memb. 2. quest. 3. D. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 50. ver. Ex quibus, pro ut eum recte intelligunt Add. omnino videndi, & Surdus cum alijs ab ipsis relatis, D. Castill. lib. 5. cap. 92. num. 16. vers. Si tamen a principio, & lib. 6. cap. 133. num. 19. & 20. Lara de vit. homin. cap. 30. num. 69. vers. Aut vocauit masculum primogenitum, Mier. part. 1. quest. 51. n. 138. & quos refert D. Larr. decis. 34. num. 2. & num. 49. decis. 53. ex n. 25. & decis. 54. Roxas de incompatib. part. 1. cap. 6. num. 309. donde cita las autoridades de Don Iuan del Castillo, Vicencio Fusario, y otras muchas.

64 No se distingue esta agnacion artificial de la verdadera mas que en la calidad de varon, de donde toma origen; porque la

verdadera tiene principio en agnado, y la ficta en cognado, y se llama artificial, *quasi per fictionem*, argument. text. in novel. 84. cap. 4. ibi: *Facimus quadam machinatione cognatum: leg. penult. in fin. Cod. de legitim. heredib.* y el §. *in hoc autem*, 3. instit. de legitim. agnat. succes. ibi: *Vt transferatur vnus, tantummodò gradus, à iure cognationis in legitimam successionem*, que pone el exemplo en hijas de hermanas, y prosigue: *Soli, & non deinceps personæ*; y continúa: *Tamquam si omnes ex masculis descendentes, legitimo iure veniant*; donde Pichardo dize: *Ex capite cognatorum ad agnatorum caput transferuntur, & perinde habentur, ac si omnes essent agnati*. Así lo explican los DD. proximamente referidos, y mas de quarenta que refiere el señor Don Iuan Baptista Larrea decis. 34. num. 2. & 49. & decis. 53. ex num. 25. & decis. 54. ferè per tot. y principalmente num. 6. ibi: *Ita saltem si non veram in descendentibus filiarum, tamen artificiosam videtur fundatorem agnationem conseruare, vt etsi masculi cognati à filia substituta admitterentur, tamen inter eos agnationis ratio, & modus conseruari deberet, vt solum masculi ex illis admittantur*; y Roxas de incompatibil. dict. cap. 6. num. 310. assimila las dos agnaciones, diziendo: *Hæc autem linea artificiosa agnationis, debet redigi ad similitudinem vera, ac pura linea agnationis*.

65 Estas reglas se ven executadas en las clausulas de nuestra fundacion, porque los agnados estan llamados en primer lugar hasta la clausula sexta, y desde la septima todas las hijas de dicho Don Bernardino por orden de primogenitura, y luego con el mismo orden los varones descendientes de ellas por linea masculina, observando en estos llamamientos el mismo metodo, forma, y modo de que usò en el llamamiento de los verdaderos agnados, con que los hizo en todo semejantes; y para que no quedasse razon de dudar en la substitucion que hizo de la hija mayor de dicho Don Bernardino, dixo: *Venga el dicho mayorazgo, è suceda en la fija mayor legitima, è de legitimo matrimonio nacida del dicho Don Bernardino, è despues de ella su hijo varon mayor legitimo, è su nieto, è viznieto, è otros sus descendientes por linea masculina*. Y añade: *Segun, è por la forma que de suso està dicho, è declarado, que le han de auer por linea masculina los descendientes varones legitimos del dicho Don Bernardino*.

66 De que resultan dos precisas consideraciones: La primera es, que por lo literal de esta clausula solamente estan llamados los descendientes varones de la hija por linea masculina, cuyo llama-

miento se limita à los varones improprie agnados de dicha hija; esto es, sin interposicion de hembra, así como el llamamiento de varones de Don Bernardino por *linea masculina*, solamente comprehende los puros agnados, *ut suprà manet probatum*: La segunda, que esto no admite duda alguna por la voluntad expresada en la fundacion con la relacion hecha a el llamamiento de los descendientes varones por *linea masculina* de dicho Don Bernardino; porque la clausula relativa puesta en estos llamamientos, obra que se entienda repetida la agnacion por lo menos artificial, Auth. de *hared. & falc. §. si quis autem, vers. Si verò*, ibi: *Secundum prius à nobis traditum ordinem*; & Auth. de *restitut. fideicommiss. §. hac autem*, ibi: *Secundum prius inuentam: leg. talis scriptura*, §. 1. de *legat. 1. leg. si ita scripsero, leg. Asse toto*, ff. de *hared. instit. leg. ait Prator*, §. *si iudex*, ff. de *re indicat. leg. hares meus*, §. *uxori*, ff. de *legat. 3. leg. si testamentum*, Cod. de *instit. & substit. Bartol. in leg. qui liberis*, 8. §. *hac verba*, ff. de *vulgar. num. 7. Peregrin. de fideicommiss. art. 16. num. 23. D. Valençuel. conf. 97. num. 190. & conf. 69. num. 15. Casan. conf. 4. num. 145. vbi: Quod verba illa*, segun la forma, y orden susodicha: *Declarant mentem testatoris, ut velit formam, & modum suprascriptum protinus observari*, Castill. tom. 6. cap. 161. num. 37. D. Molin lib. 3. cap. 5. num. 28. vbi Add. num. 64. vsque ad 66. y el señor Don Iuan Baptista Larrea decis. 34. num. 43. hablando en propios terminos, dize: Que si los primeros llamamientos fueron de agnados, y en su defecto llaman cognados con la clausula *ut suprà dictum*, se han de entender llamamientos de agnacion artificiosa.

67 En esta segunda clase tampoco ay alguno de los Opositores, que con razon, ni fundamento, aun si quiera aparente, pueda pretender incluirse; pues aunque el Conde de Benavente D. Francisco Casimiro Alfonso Pimentel, num. 66. pide la tenuta como descendiente que dize ser de Doña Maria Suarez de Mendoza, num. 10. hija de Don Bernardino, num. 4. tiene el conocido defecto de no ser varon descendiente de dicha Doña Maria por *linea masculina*, por mediar vna hembra, que es Doña Catalina de Quiñones, num. 40. Condesa de Luna, tercera abuela de dicho Conde; con que le falta la precisa calidad del llamamiento de la clausula septima, en que esta incluida dicha Doña Maria, como hija de dicho Don Bernardino, y los hijos, nietos, viznietos, è otros descendientes por *linea masculina*, ibi: *E despues de ella su hijo varon mayor legitimo, è su nieto, è viznieto, è otros sus descendientes*
por

por linea masculina, segun, è por la forma, è manera que de suso està dicho, è declarado, que le han de auer por linea masculina los descendientes varones legitimos del dicho Don Bernardino.

68 De que se prueba, que en el caso sucedido no tiene inclusion dicho Conde de Benavente por el llamamiento de la clausula septima, en que le tiene su sexta abuela Doña Maria de Mendoça, num. 10. por aver cessado la linea masculina de ella en Don Luis de Quiñones, Conde de Luna, num. 26. que no dexò hijo varon, sino por su hija à dicha Doña Catalina, num. 40. de quien descien- de dicho Conde, y ser dicha Doña Catalina viznieta de dicha Do- ña Maria, num. 10. que tiene su inclusion en la parte posterior de la clausula 18. y en la 19. y su linea es precedida de la del Marquès de Ribas, num. 63. que es viznieta por linea masculina de Doña Bea- triz Ramirez de Mendoça, num. 25. viznieta de dicho Don Ber- nardino, num. 4. por Don Alonso Suarez de Mendoça, num. 9. hi- jo de dicho Don Bernardino, abuelo de dicha Doña Beatriz, cuyo llamamièto es anterior, y està en la primera parte de la clausula 18. *vt suprà dictum est.*

69 Y se cierra este discurso con lo que latamente fundò D. Larrea decis. 54. à num. 6. que conduce, no solo para la inteligen- cia de la dicha clausula septima, en que están llamados los hijos varones de la hija mayor de Don Bernardino, y los descendientes varones de ellos por linea masculina, sino es tambien para el lla- mamiento de nietas, hijas de hijos de dicho Don Bernardino, y los hijos de estas, y sus descendientes varones, en que solo pueden cõ- prehenderse varones de varones, *vt patet, ibi: Vndè cum post fi- liorum substitutionem filias admitteret, & in eis similiter dispo- neret, succedere debere earum filios masculos, & eorum descendentes de masculis, vt in substitutionibus antecedentibus necessario inter- pretandum, quia substitutio descendendum masculorum eodem sen- su accipienda, vt in institutione de filiis, & descenditibus masculo- rum, arg. leg. sempronius, vbi Barthol. ff. de legat. 2. continua en el num. 7. diciendo: Quasi testator cum artificiosam voluerit agna- tionem conseruare cognatos, velit vicem agnatorum subire, & pro eis haberi, vt aliàs in iure, §. hoc etiam instit. de legit. agnat. succes. ibi: Vt transferatur vnus tantummodò gradus à iure cognationis in legitimam successionem; leg. lege duodecim tabularum, 14. §. in his, Cod. de legit. heredit. & non minus quam in masculis, potest etiam in fœminis linea masculina conseruari, cap. quod dilecto, vbi glos. & cap. fin. de consanguinit. & affinit. cap. 1. de schimat. in 6. cap.*

cap. *ubicumque, de pœnis, eod. lib. §c.* Y en los numeros siguientes profigue fundando lo mismo.

70 Pero la mayor comprobacion, y con que totalmente se excluye el derecho del Conde de Benavente, es con la executoria, en que por la vacante de Don Sebastian Suarez de Mendoça, *num. 33.* vltimo varon agnado, se diò la tenuta à Don Antonio Zapata, Conde de Varajas, *num. 28.* excluyendo à Don Antonio Alfonso Pimentel, Conde de Benavente, *num. 65.* padre del que oy litiga; pues siendo assi que dicho Don Antonio Zapata, Conde de Varajas, no pudo pretender, sino es como nieto por linea masculina de Doña Maria de Mendoça, *num. 11.* hija de Don Iuan de Mendoça, *num. 7.* hijo tercero de dicho Don Bernardino, cuyo llamamiento esta en la clausula 13. posterior à el de las hijas, y descendientes varones de ellas por linea masculina de dicho Don Bernardino, que esta en la clausula septima, era imposible que huviesse vencido dicho Don Antonio Zapata, Conde de Varajas, sino es por la razon, y consideracion de no estar incluido dicho Conde de Benavente Don Antonio Alfonso Pimentel en el llamamiento de los descendientes varones por linea masculina de Doña Maria, *num. 10.* hija de dicho Don Bernardino, por mediar entre ella, y dicho Conde de Benavente Doña Catalina de Quiñones, *num. 40.* en quien se interrumpiò, y rompiò la linea masculina.

71 Con que aviendo aora la propia razon para con el Conde actual de Benavente Don Francisco Casimiro, *num. 66.* es preciso le obste aquella executoria, y determinacion por la regla vulgar, de que la dada en el juizio possessorio de tenuta, perjudica en otro semejante, *ex leg. à Dino Pio, §. si super rebus, ff. de re indicat. leg. penult. ff. de his qui sunt sui, vel alien. iur. leg. si quis à liberis, §. si vel parens, ff. de liber. agnoscend. leg. de eo, §. sapius, ff. ad exhibend. Rodrig. de annuis reddit. lib. 1. quæst. 15. num. 28. Aceved. in leg. 1. tit. 21. lib. 4. num. 198. D. Valençuel. cons. 121. à num. 105. §. cons. 68. num. 62. Giurb. cons. 100. num. 19. y en terminos de juizio de tenuta Paz de tenut. cap. 43. à num. 1. §. 4. Noguer. alleg. 25. num. 151. cum seqq. Add. ad Molin. lib. 3. cap. 13. num. 22. Valer. de transact. tit. 2. quæst. 5. ex num. 18. cum seqq.*

72 Y por ser assimismo proposicion textual, y admitida por la vniversal escuela de los DD. que la sentencia dada sobre la succession de mayorazgo, ò fideicomisso en pleito litigado con el que tiene la primera causa, y voz, perjudica à sus descendientes, y à todos los demás de su familia, aunque no ayã sido citados, *ex leg. 1.*

§. quamuis, vers. Denuntiari, ff. de ventr. inspic. leg. ex contract. ff. de re iudicat. leg. si Patroni, §. fin. ff. ad Senat. Consul. Trebel. leg. si suspecta, ff. de inofficios. testam. leg. in diem, ff. de aqua plu. arcend. Tiraquel. de primogen. quest. 35. num. 17. Peregrin. de fideicom. art. 53. num. 51. Roder. Suar. alleg. 27. num. 3. Anton. Gom. in leg. 40. Taur. num. 73. D. Covarr. pract. cap. 13. num. 6. in fin. Gregor. Lopez in leg. 20. tit. 22. part. 3. glos. 4. col. 2. vers. Non tamen ista res, Menchac. de succes. creat. lib. 1. §. 6. num. 28. D. Molin. de primogen. part. 4. cap. 8. num. 3. y alli sus Adicionadores, Mier. de maiorat. part. 4. quest. 14. Castill. tom. 5. controu. cap. 157. Fusar. de substit. quest. 622. D. Salgad. de Reg. protect. 4. part. cap. 8. num. 311. y 312.

73 La razon fundamental proviene de que la executoria que determina la forma de suceder, y calidad del mayorazgo es real, y se entiende dada, no à la persona con quien se litigò, sino es al mismo mayorazgo, y queda impressa en las clausulas de la fundacion la inteligencia, que mediante las sentencias se les diò, *arg. leg. qui in aliena, 33. §. fin. ff. de negot. gest. ibi: Vno defendente causam communis aquæ, sententia prædio datur; leg. 4. §. si dicantur, ff. finium regund. ibi: Quoniam magis fundo, quam personis adiudicari fines intelliguntur; leg. duobus, 18. §. 1. ff. de iur. iurand. Marin. Frec. de sub feud. lib. 2. post quest. 59. in additionibus ad quest. 17. num. 27. pag. 281. donde se explica con esta elegante frase: Feudum agit, conuenitur, loquitur, & patitur, feudo fertur sententia, & contra feudum. Y el mismo Frec. lib. 1. vers. Alia enim fuit questio, num. 22. pag. 25. dize: Quòd feudum est homo mutus, eius vigore loquitur, agit, & excipit, & sententia fertur feudo, & contra feudum, à quien sigue Paz de tenut. cap. 43. num. 8. y despues del señor Luis de Molin. Gregor. Lop. señor Presidente Covarr. y Mier. citados en el numero antecedente, Cevall. lib. 2. commun. contra comun. quest. 636. Scip. Rovit. conf. 81. num. 9. & conf. 82. num. 3. vsque ad 8. Giurb. decis. 50. num. 5. D. Geronimo de Leon decis. 1. num. 4. tom. 3. D. Antonio Capicio decis. 1. num. 8. Camil. de Medic. conf. 129. num. 26. Marin. resol. 129. num. 30.*

74 De que nace, que aunque el litigio aya sido sobre la succession en vacante particular del mayorazgo; sin embargo la determinacion comprehende todos los casos semejantes que despues suceden; y assi, quando vna vez vence el varon agnado à la hembra de mejor linea, ò por el contrario, la hembra à el varon agnado, ò el varon agnado à el cognado, vencen siempre los varones de la

misma especie que el que venció, ò las hembras; y segun obtuvieron en la sentencia, aprovecha, y daña respectiva y vniversalmente a todos, porque como queda dicho, el litigio es sobre la inteligencia del mayorazgo, y así la determinacion va implicita con él.

75 Y no importa para que dexé de perjudicarles, ò serles de provecho que cada vno de los Opositores pretenda suceder por su derecho propio, sin dependencia de el que tuvo el precedente vencido, ò vencedor, pues vno, y otro se deriva igualmente del derecho, y causa de la disposicion del mayorazgo, y con la sentencia quedó declarado el curso que la successión debe tener perpetuamente, que es lo q̄ dixo el *cap. 1. de eo qui sibi. vel hered. suis mascul. vel femin. inuestitur. accep.* ibi: *Cumque inter sapientes sapè super hac questione sit disputatum, tandem pro masculino pronunciatum est*, pulchrè Rolental *de feud. cap. 9. conclus. 27. num. 16.* Hector Emilius *de iur. feudor. cap. 26. num. 4.* ibi: *Et sicut in primo agnato representatur totum ius agnationis, ita in primo cognato masculino tota masculinitas cognatitia agit, vel patitur, vincit, vel vincitur, & semel iudicatum, ad omnes protenditur.*

76 Iacobus de Nigr. *de gradibus success. cap. 7. num. 4.* ibi: *Pro lata sententia ex motiuo, seu respectu agnationis, non vincit agnatus, sed ipsa met agnatio, tamquam quid reale, cognatis omnibus praeiudicat*, Fabius de Anna *cons. 59. num. 29. lib. 1.* Anton. Fabr. *in suo Codice, lib. 7. tit. 19. diffinit. 4. & 5.* Lanar. *cons. 69. à num. 20.* D. Geronimo de Leon *tom. 3. decis. 1. num. 6.*

77 Garzonio *de femina ad feudum admit. vers. 52. tom. 10. tractatum, part. 1. pag. 171.* atengo, resuelve, que quando vna vez se ha juzgado por la hembra para ser admitida a el feudo, quedan todas habilitadas, *quia super iure successionis iudicatum est*, optimè Antonius Monachus *de recta feudor. interpret. cap. 45. num. 1. 2. 3. & 4.* y apoyan lo mismo Decio *cons. 78. tom. 1. num. 4. 5. & 6.* Surd. *cons. 712. lib. 3. num. 10. 12. & 13.* y Serna *in cap. unico, §. praterea Ducatus, num. 37. de prohib. feud. alienat.* Rovit. *cons. 1. num. 33.*

78 Excluido, pues, el Conde de Benavente del llamamiento que pretende tener, como descendiente de Doña Maria, *num. 10.* hija de Don Bernardino, *num. 4.* porque aunque es varon, no tiene la calidad de ser de linea masculina de dicha Doña Maria, como lo piden los llamamientos de la clase segunda, *clausula 7. hasta la 12. inclusiuè*, por averse interrumpido, ò por mejor dezir, cessado dicha linea en Doña Catalina de Quiñones, *num. 40.* tercera abuela del

Conde, en quien se finalizò dicha linea masculina; y se diò principio à otra, *ex leg. pronuntiatio, 195. in fin. ff. de verb. signif. Roxas de incompatibil. part. 1. cap. 6. num. 338.* se passa à discurrir sobre la clase tercera, que comiença en la clausula 13. hasta la 16.

Discurso sobre la tercera clase de llamamientos.

79 En esta tienen llamamiento las nietas de los hijos de Don Bernardino, hijas de sus hijos, y *sus descendientes varones*, con prelación de los descendientes varones de la nieta del hijo mayor à la del segundo, y siguientes.

80 Aunque en las clausulas que corresponden à esta tercera clase de llamamientos, no està repetida la calidad de *linea masculina*, se entiende, y debe entender precisa y necessariamente, porque los descendientes varones hijos de las nietas de dicho D. Bernardino, hijas de sus hijos, està por dichas clausulas substituidos à los descendientes varones *por linea masculina* de dicho Don Bernardino, y à los descendientes varones *por la misma linea* de las hijas del propio Don Bernardino; con que requiriendose la calidad de linea masculina en los llamamientos de las clases primera, y segunda, y estando en ellos contemplada agnacion rigurosa, y artificial respectivamente, como està dicho, y fundado, es preciso se entienda que los varones substituidos en esta tercera clase sean de la misma calidad, y especie; *id est*, descendientes *por linea masculina* de las nietas, hijas de los hijos de dicho Don Bernardino, continuando la agnacion artificial que suscitò en las hijas de Don Bernardino, y en sus descendientes varones por linea masculina.

81 Lo qual se prueba, porque los primeros llamamientos hacen, y constituyen regla para los siguientes, *ex leg. in ratione, §. si filio, ff. ad leg. falcid. cum concordantibus*, D. Iuan del Castillo *lib. 2. cap. 4. num. 14.* Rota Romana *decis. 100. per tot.* despues del tratado del labyrintho del señor Salgad. *signanter num. 17.* donde dà la razon, ibi: *Ne plus remotioribus, quam proximioribus tribuisse videatur*, Pegas de maiorat. *cap. 20. num. 512.* ibi: *Nam ordo primis vocatis intelligitur posita, & repetita in omnibus vocationibus sequentibus, ut data primis institutis, debet in posteris observari.* Y prosigue en el *num. 517.* ibi: *Et in qualitate masculinitatis*, comprobat D. Molin. de primog. *lib. 3. cap. 5. num. 51.* & seqq. Mier. de maiorat. *2. part. quest. 7. num. 97.* Menoch. *cons. 117. num. 69.* Fufar. *quest. 406. num. 26.* Castill. *cap. 178. num. 2.* & *cap. 181. num.*

2. 9. & 10. D. Larr. decis. § 1. num. 10. y en la decis. § 4. num. 6. que queda referida *supr. num.* muy a el intento, dize: *Vndè cum post filiorum substitutionem filias admitteret, & in eis similiter dispo- neret, succedere debere earum filios masculos, & eorum descendentes; de masculis, ut in substitutionibus antecedentibus necessario inter- pretandum, quia substitutio descendentium masculorum, eodem sen- su accipienda, ut in institutione de filiis, & descendentibus masculo- rum, argum leg. sempronius, ubi Bart. ff. de legat. 2.*

82 Con que aviendo requerido en los varones instituidos, y primero llamados el que sean descendientes *por linea masculina*, necesariamente se debe considerar requerida esta misma calida d en los varones substituidos, descendientes de las nietas, hijas de hi- jos de Don Bernardino, porque de otra manera se figurara el absur- do de que en los mas dilectos, que son los primeros llamados, tu- viesse mayor irregularidad el mayorazgo que en los menos dilec- tos, que son los substituidos posteriormente llamados.

83 Este discurso que en la razon legal tiene la seguridad que resulta de ella, se afianza, y asegura con la clara voluntad que pro- viene de la substitucion que haze en la clase quarta, *clausula 17.* dando llamamiento à las nietas de Don Bernardino, hijas de sus hi- jas, y à los descendientes varones de dichas nietas, substituyendolos en de cto de varones descendientes de las nietas, hijas de hijos, y con la substitucion de la clase quinta, *clausula 18.* en que se dà pos- terior llamamientos à las trasvizi nietas, primero à las de los hijos que à las de las hijas, y à los varones de vnas, y otras con el mismo orden, y respecto.

84 De suerte que en dichas clausulas ay llamamientos espe- ciales, y discretivos con este orden, primero de varones descen- dientes de nietas, hijas de hijos de Don Bernardino, despues de va- rones descendientes de nietas, hijas de hijas, y posteriormente de varones descendientes de viznietas, y trasvizi nietas, con el mismo orden prelativo de las descendientes de hijos à las descendientes de hijas.

85 De que resulta, que en cada vna de estas clases solo pueden tener llamamiento los varones descendientes *por linea masculina*, sin interposicion de hembra de cada vna de las nietas, viznietas, ò trasvizi nietas llamadas, que forman la cabeça de la linea para sus descendientes varones, porque de otra manera se figurara que el va- ron descendiente de viznieta, hija de la nieta, pretendiera incluirse en el llamamiento de varon descendiente de nieta, lo qual repug-
na

na conocidamente à los efectos legales que causa la discrecion, y separacion de los llamamientos, segun la qual el varon descendiente de vn grado no puede tener llamamiento en el de otro, quando cada grado està distinguido, y los descendientes de ellos llamados con separacion.

86 Este discurso se prueba evidentemente, porque aunque regularmente en el apelativo de hijos, ò hijas se comprehenden todos los descendientes, *licet non propriè iusta tamen interpretatione, ex leg. liberorum, §. sed papyrius, leg. iusta interpretatione, leg. filij, ff. de verb. signif. D. Molin. lib. 1. cap. 6. num. 28. vbi Add. Mier. de maiorat. part. 1. quest. 15. num. 8. Suid. decis. 73. num. 17. Castillo tom. 5. cap. 66. num. 43. § 59. § cap. 132. num. 9. § cap. 133. num. 14. D. Larr. qui alios refert decis. 54. num. 3.*

87 Esto cessa, y se limita, quando separadamente el testador hablò, y dispuso de hijos, nietos, viznietos, y demas grados, que entonces los que fueren nietos, ò nietas no se comprehenden en el llamamiento de hijos, ò hijas, ni los viznietos, ò viznietas en el de nietos, ò nietas, ni en aquel los trasvznietos, ò trasvznietas, porque cada vno tiene su propio y natural significado, segun el grado de descendencia, y solo se comprehenderà en el llamamiento que le tocara, segun el nombre que corresponde à su grado, por aver en cada vno de ellos especial provision, *dict. leg. liberorum, §. totiens, ff. de verb. signif. ibi: Totiens enim leges necessarium ducunt, singulorum nominibus uti, veluti filij, nepotes, pronepotes, cæterorumque qui ex his descendunt, quoties non omnibus qui post eos sunt præstitum voluerunt, sed solis his succurrent, quos nominatim enumerant.* Y aun el mismo §. *sed § papyrius*, citado para que se comprehendan, lo limita, ibi: *Nisi voluntas testatoris aliter habeat.*

88 Pruebase de la ley *Dimi, Cod. de questionib.* que dixo: *Liberi Decurionum non possunt subijci bestiis usque ad pronepotes;* y assi lo explicò el texto, para que los descendientes de grado inferior à los viznietos, estuviessen excluidos de esse privilegio.

89 Esta diferencia de grados la diò tambien la ley *quòd si nepotes, ff. de testam. tutel. vbi: Quòd aliter filij, aliter nepotes appellantur, leg. cum quidam, ff. de liber. § posth. vbi notavit Glos. §. fin. instit. qui testam. tutor. dar. pos.*

90 Y es conclusion de los DD. *in leg. si quis ita in principio, ff. de testam. tutel.* que en aviendo assignacion de grados, *veluti filius, nepos, pronepos, &c.* vnos no se comprehenden en otros, *Bart. in leg. Gallus, §. instituens, ff. de liber. § posth. § in leg. serui nomine,*

ne, num. 3. ff. de usucap. Et in dict. leg. liberorum, num. 5. ff. de verb. signif. lal. in dict. §. instituens, num. 23. Socin. ibi num. 5. Paris. conf. 29. num. 12. volum. 3. Menoch. conf. 243. num. 20. Et de praesumpt. lib. 4. praesumpt. 94. num. 4. Mantica. de coniect. lib. 8. tit. 8. num. 4. Peregrin. conf. 52. num. 2. lib. 1. Et de fideicom. art. 28. num. 33. Fular. de substit. quest. 321. num. 65. Et quest. 441. post num. fin. Cutel. decis. fin. num. 65. Casan. conf. 19. num. 1. Et conf. 34. num. 10. Ramon conf. 65. num. 12. Add. ad D. Molin. lib. 1. cap. 6. num. 29. vers. Secundo fallit, ibi: Secundo fallit, quando testator discretive loquitur, tunc enim filiorum appellatione, nepotes non continentur. Prueban esta resolucion D. Larr. decis. 54 num. 19. vers. Quemadmodum, Barbol. vot. decisio, 70. sub num. 6. Et de appellat. verb. appellat. 83. in fin.

91 La razon es, porque los llamamientos discretivos obran tal separacion entre si, que los especificados en cada vno de ellos no se pueden comprehender en los demas, ni vnos en otros, ni todos en el llamamiento general por la regla de la ley coheredi, §. qui patrem ff. de vulgar. ibi: Propter specialem inter patrem, Et filium substitutionem, leg. ex facto, §. item queritur, ff. eod. ibi: Et magis est in utroque tempus suum separatim servare, leg. acquisitum, §. si prius, ff. de bonor. posses. secundum tabul. ibi: Nec sibi iungitur, cum in suam quisque causam substitutus est.

92 Putolo por regla Barr. in leg. liberorum, num. 4. ff. de verb. signif. ibi: Primo casu, quando loquitur distincte, seu discretive, volens discernere eos quos nominat ab inferioribus, tunc sequentes non intelliguntur; dixolo tambien Baldo conf. 186. num. 1. volum. 1. ibi: Secundo regula est, quod quoties discretive disponitur de pluribus, vnum non continetur sub altero, licet discretionis ratione non apposta crederetur includi. Siguen esta doctrina Socin. conf. 63. num. 15. lib. 3. D. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 55. vbi Add. Peregrin. de fideicom. art. 25. num. 45. Thesaur. decis. 188. num. 16. Mier. 2. part. quest. 6 num. 65. Et 264. Fular. de substit. quest. 321. num. 58. Et 93. Ciriac. controu. 521. num. 52. Et controu. 525. num. 61. Barbol. vot. 7. num. 4. D. Larr. decis. 53. num. 26.

93 Dando todos la razon de esta regla, y proposicion con Menoch. conf. 328. num. 9. ibi: Quod cum non possit una persona esse agens, Et paciens non potest considerari tamquam agens ad exclusionem sui ipsius, Et tamquam paciens, ut excludatur a se ipso. La misma razon diò Ioseph Selsè decis. 412. num. 45. ibi: Scilicet absurdi vitandi causa, ne alias sibi metipsis videantur substitui:

¶ *superfluitatis vitanda, nam si in prima substitutione ex mente disponentis reperirentur inclusi ulteriores, frustra in separata substitutione alter ulterior vocaretur.*

94 Es en terminos de este caso la *decis. 54.* del señor D. Iuan Baptista Larrea, donde la disputa del pleito fue como la propone en el epigrafe, ibi: *Masculis filijs ab institutore maioratus vocatis, ita ut de masculo in masculum successio procederet, & in eorum defectum filia ipsius testatoris, & illarum filij masculi substituti: & si ex filiabus non sint filij masculi redderet successio ad filias filiorum qui primo vocati.* Y siendo la controversia entre vn varon de hembra, que se hallava en la linea de sucession, y otro transversal descendiente del fundador, se determinò por este, governandose por la disposicion literal, y orden de prelacion, & *precipue num. 17.* por el llamamiento discretivo para excluir la regla, y fundamento de la linea de sucession, como se puede ver por toda la decision.

95 Adelantase el discurso, reconociendo que por la serie, y contexto de la fundacion de este mayorazgo, no se guarda en ella la forma regular, y ordinaria de suceder en los mayorazgos; porque la linea, y proximidad, respecto del vltimo poseedor, solo se atiende dentro del genero de personas que en cada llamamiento se comprehenden; esto es, en el llamamiento de varones agnados mientras los huviesse descendientes de los hijos de Don Bernardino, entre los quales claro es que el mayor tiene prelacion à el menor, como la linea del vltimo poseedor à otra qualquiera, aunque sea de la misma calidad.

96 Pero en acabandose el llamamiento de agnados no quiso se continuasse la linea del vltimo poseedor, y passò à llamar à las hijas de Don Bernardino, y los hijos varones de estas, y sus descendientes varones *por linea masculina*; y en faltando esta calidad de personas, passò à llamar otro grado de hembras inferior à el de hijas, que fue el de nietas, primero las hijas de los hijos, y luego las hijas de las hijas, y los varones de vnas, y otras respectivamente, y despues hizo transito à las viznietas, trasviznietas, y las demàs de grados inferiores, y varones de ellas con el mismo orden, y separacion de grados; por manera, que en faltando el varon de la linea de sucession, no quiso que sucediesse la hembra mas cercana de el vltimo poseedor, sino es la mas cercana en grado de dicho D. Bernardino, y los varones de ella, haziendo en cada vna llamamiento lineal para sus hijos varones por linea masculina.

97 Y así quiso fundar vn mayorazgo gradual, y que fuesen sucediendo las hembras, no por derecho de representacion, y de linea, sino por llamamiento propio, formando en cada vna segun su grado linea separada para sus descendientes varones en la forma dicha, quitando a las hembras el que puedan suceder por derecho de representacion, mediante la voluntad contraria del fundador, explicada en el modo de llamamientos, que son opuestos a la representacion, *ex leg. 40. Taur. ibi: Saluo si otra cosa estuviere dispuesta por el fundador*: & dixit D. Molin. *lib. 3. cap. 8. num. 2. § 3. Paz de tenut. cap. 85. num. 65. D. Valençuel. conf. 23. num. 118. § conf. 113. num. 107. Castill. tom. 3. cap. 19. num. 29. Giurb. de succes. feud. §. 2. glos. 7. num. 59. Capic. Galeot. lib. 1. controu. 48. à num. 61. Peguer. decis. 116 num. 37.*

98 Porque voluntad clara se entiende la que resulta de la disposicion, y palabras de ella, *leg. Gallus, §. quidam rectè, ff. de liber. & posth. ibi: Vt eo casu valeat, quòd ex verbis concipi possit*; y en terminos lo dixo Avend. *in leg. 40. Taur. glos. 19. num. 5. Castillo tom. 5. cap. 93. §. 3. num. 9. Casan. conf. 34. num. 28. Fontanel. decis. 294. num. 19.*

99 Y siempre que el fundador atiende à el grado, excluye la representacion, vt dixit Bartol. *in Auth. defuncto, Cod. ad Tertulian. Gratian. discept. 629. num. 21. § discept. 836. num. 19. § 20. Casan. conf. 34. num. 15. Paschal. de virib. patr. potest. part. 4. cap. 9. num. 26. Francisc. Censal in addit. ad Peregr. de fideicom. art. 21. vers. Atque hinc obseruo, Anton. de Amat. resol. 10. num. 42. Dom. Covarr. pract. cap. 38 num. 4.*

100 Y aun solo con la clausula, *salua gradus prerrogativa*, sintierò muchos de estos DD. que se excluía la representacion, & sic D. Covarr. *pract. dict. cap. 38. n. 4. vers. 4.* y aunque el señor Luis de Molina *lib. 3. cap. 8. n. 16. § 17.* se inclina à que esta clausula solo obra prelación entre los q̄ son de vna linea, Castill. *lib. 3. cap. 19 num. 319. Robles de represent. lib. 3. cap. 6. à num. 4. § 5.* es llano que todos sienten el no tener lugar la disputa quando consta de la forma, y serie de llamamientos hechos discretivamente con separacion de personas, y lineas, afirmando que entonces no se atiende à la representacion, sino à los grados de sucessiõ, que forma, y señala el fundador, vt præter suprà relatos comprobant Thesaur. *lib. 1. quæst. 61. num. 10. idem Robles lib. 1. cap. 13. à num. 13 § 16.*

101 *Quòd maximè procedit*, quando la sucession ha de pasar,

far, y traslinear de vn genero de personas à otras que sean de diferente calidad, como de linea masculina à linea femenina; *tunc* se busca la linea femenina constituida por el fundador, como en terminos lo dixerón Laderch. de Immo *conf.* 135. *num.* 2. Hyeronim. Gratus *conf.* 120. *num.* 28. *volum.* 2. Decian. *resp.* 21. *num.* 6. § 7. Mart. de *succes. legat. part.* 1. *quest.* 22. *art.* 3. *in fin.* Gratian. *discept.* 456. *num.* 39. Alexand. Raud. 1. *variar. cap.* 40. à *num.* 17. ad 24. Rot. apud Farinac. *part.* 2. *recent. decis.* 427. *num.* 5. ibi: *Præterea placuit Dominis responsio, ex qua omnis difficultas visa fuit cessare, quòd ubi constat testatorem voluisse fideicommissum ad nouam, & diuersam lineam deuenire, non attenditur proximitas ultimi grauati.*

102 Sic etiam Fusar. *quest.* 484. *num.* 21. ibi: *Declaratur secundo, quòd si fiat transitus post mortem grauati ad diuersam conditionem personarum, ut à masculis ad fœminas, vel à descendentes ad transversales, vel de una linea ad aliam, attendatur proximitas testatoris; y lo mismo dixo Anton. de Amat. § num. 3. § 13.*

103 Fundòlo tambien Casan. *conf.* 23. *num.* 6. ibi: *Quando primo vocantur descendentes masculi, & in defectum masculorum substituuntur fœmina illa indefinita substitutio fœminarum, ita intelligatur, ut sicut inter masculos primo vocabuntur proximiores disponenti, ita inter fœminas primo vocentur fœmina proximiores disponenti (§ sic Doña Maria de Aragon) exclusis fœminis remotioribus, etiam si descendant ab ultimis possessoribus: ita in his precisis terminis cunctim traddiderunt Bald. *conf.* 185. *lib.* 3. Decian. omninò vidend. *conf.* 21. *lib.* 3. Angel. Mateaz. in tract. de vi, & ratione iuris *uniuersi, lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 8. quos, & Porc. Cephal. Riminald. Iun. Menoch. & Pancirol. sequitur Peregrin. de *fideicom. art.* 20. *num.* 5. fol. 180. optimè comprobant ex text. vulgar. in leg. cum ita, §. in *fideicommissio, ff. de legat.* 2. & in leg. is qui cum plures, ff. de *legat.* 3. & in *cap.* 1. de *natura succes. feudor.* & ultra prædictos in eisdem nostris terminis post Paul. *conf.* 198. *lib.* 2. Paris. & alios, pulcherrimè, & latissimè probat omninò videndus Gabriel *conf.* 96. *num.* 18. & per tot. *lib.* 1. y lo mismo dize *conf.* 58. *num.* 13. & *conf.* 59. *num.* 16.*

104 Y disputando este punto Castill. *tom.* 5. *cap.* 91. à *num.* 73. dize en el *num.* 75. que en reconociendose por la serie, y forma de las clausulas, que el fundador quiso traslinear à diferente grado de personas; *tunc*, se ha de observar la letra del llamamiento, bus-

cando la proximidad respecto de él, y no de el vltimo poseedor, aunque en lo regular; y no aviendo esta disposicion, se observe lo contrario. Y lo mismo dize *cap. 92. desde el num. 17.* siguiendo en esto à *Casan. dict. cons. 23. num. 6.* y lo explica *num. 32. § 33.* donde dize: *Nec attendendam esse prerrogatiuam linea, § gradus, nec etiam ultimi possessoris proximitatem, quoniam voluntas testatoris praeualet praedominatur, § primum locum obtinet, § facit linea gradus etiam, § proximitatis qualitate non considerata; alterius linea, § gradus, § etiam remotioris personam admitti, § regulas omnes ordinarias successionis primogenitorum cessare: nec ideo contrahenitur prerrogatiua, § iuri linea, sed potius ipsa seruatur, dando principiū linea fœmenina in persona filia sua, vel alterius in qua lineam ipsam incipere disponens, seu maioratus institutor voluit; ex cuius voluntate regula ipsa ordinaria, § praedicta considerationes cessare debent.*

Discurso sobre la clase quarta de llamamientos.

105 En esta tienen llamamiento las nietas de Don Bernardino, hijas de las hijas del susodicho, y descendientes varones de ellas, con la misma prelación de los descendientes varones de la nieta, hija de la hija mayor, à los descendientes varones de la nieta, hija de la hija segunda, &c.

106 A esta clase de llamamientos, que està en la clausula 17: corresponde todo lo que queda discurrido cerca de los llamamientos de la clase tercera, que es el de las nietas, hijas de hijos de Don Bernardino, y sus descendientes varones, y se pone con esta distincion, para que se vea, y demuestre la clara voluntad del fundador en la especial separacion que hizo de los grados, prefiriendo en vnos mismos à el sexo, pues diò la antelacion, y primacia à las nietas, hijas de hijos *respectu* à las nietas, hijas de hijas, y con el mismo orden à los descendientes varones de ellas, en que solo (como queda dicho) pueden tener inclusion los varones que inmediatamente desciendan de dichas nietas sin interposicion de otra hembra, porque aviendola, los varones que descendieren de ella inmediatamente, no se deveràn considerar segun el concepto del fundador descendientes de nieta, sino es de viznieta, ò trasviznieta, segun el grado que tuviere la hembra de quien inmediatamente procedieren, y no podrán los dichos varones incluirse en los llamamientos de dichas clases tercera, y quarta, en que solamente están

comprehendidas las nietas de ambas especies; esto es, hijas de hijos, y hijas de hijas de Don Bernardino, y sus descendientes varones respectivamente, y su llamamiento estará en las clases, y clausulas posteriores correspondientes à el grado de viznietas, trasviznietas, ò otro inferior de quien inmediatamente provinieren los varones sus descendientes.

107 Todo este discurso, que comprehende igualmente à las dos especies de nietas incluídas en dichas clases tercera, y quarta, se halla estimado en la sentencia de tenuta del Consejo del año de 1659. quando se diò à Don Antonio Zapata y Mendoza, Conde de Vatajas, *num.* 28.

108 Pues siendo así que la vacante de entóces fue por muerte de Don Sebastian Suarez de Mendoza, *num.* 33. varon agnado descendiente de Don Bernardino, *num.* 4. y de su hijo segundo Don Alonso Suarez, *num.* 9. y que compitieron entonces à la sucession Doña Juana Maria de Mendoza, *num.* 50. y Don Francisco Domingo Suarez de Mendoza su hijo, *num.* 59. descendientes ambos de dicho Don Alonso Suarez de Mendoza, *num.* 9. y que eran los mas proximos à el vltimo poseedor; sin embargo fueron excluidos, y dada la tenuta à dicho Don Antonio Zapata, que era descendiente de Don Iuan de Mendoza, *num.* 7. hijo tercero de dicho Don Bernardino.

109 Lo qual provino de que el llamamiento de dicho Don Antonio se considerò, y contemplò en la clase tercera, por ser descendiente varon sin interposicion de hembra de Doña Maria de Mendoza, *num.* 11. nieta de dicho Don Bernardino, como hija de su hijo tercero Don Iuan de Mendoza, *num.* 7. y à la dicha Doña Juana Maria de Mendoza se le considerò por quarta nieta de dicho Don Bernardino, grado inferior à el de trasviznieta, y consiguientemente que su llamamiento, y el de dicho Don Francisco Domingo Suarez, *num.* 59. estava en la clase sexta, *clausula* 18. en la vltima parte de ella, donde se dà à las otras hembras de grado posterior à las trasviznietas. Y tambien se considerò, que en el orden gradual de estos llamamientos no era compatible con la voluntad del fundador que dicha Doña Juana Maria, *num.* 50. se pudiesse incluir en el llamamiento de nieta hija de Don Alonso, *num.* 9. hijo segundo de dicho Don Bernardino, respecto de no ser con propiedad nieta de primer grado, sino es quarta nieta inferior à el de trasviznieta.

110 Por lo qual fue preciso despreciar las reglas ordinarias de

de los mayorazgos de linea, y proximidad del ultimo possedor, en que aventajavan dicha Doña Iuana, y su hijo Don Francisco Domingo, y passar translineando la sucession a dicho Don Antonio Zapata, *num.* 28. por hallarse en la linea gradual de la voluntad de los fundadores, por ser varon sin interposicion de hembra desde dicha Doña Maria de Mendoza, *num.* 11. nieta de dicho Don Bernardino, hija de su hijo tercero Don Iuan, *num.* 7. cuyo llamamiento era mucho anterior, por corresponder a la clase tercera, que esta en las *clausulas* 13. *hasta la* 16. *inclusiue.*

Y siendo tan clara esta executoria, y la razon de ella, no parece queda razon de dudar en que en los llamamientos de dichas clases tercera, y quarta, solo pueden estar comprehendidas las nietas de primer grado, hijas de hijos, è hijas de hijas de dicho Don Bernardino, *num.* 4. y sus descendientes varones respectivamente sin interposicion de otra hembra, pues las otras hembras de inferior grado tienen su llamamiento discretivo, y separado en las otras clausulas posteriores; cõ que no podrán estar comprehendidas en el de nietas, *maximè*, aviendose explicado los fundadores con el cuidado de llamarlas hijas de hijos, è hijas de hijas; *tunc enim*, la palabra nieta no es comprehensiva de otra hembra que sea de grado inferior, porque la persona hijos se refiere a los del primer grado de D. Bernardino. Y lo vno, y lo otro procede, porque la relacion se haze a persona cierta y determinada, y entonces las personas solo del grado destinado se comprehenden, y no otras algunas, quod probatur ex leg. *filius à patre*, § *si quis excepta*, ff. de liber. & posth. leg. *cum pater*, § *hereditatem*, ff. de legat. 2. Bar. in dict. leg. *liberorum*, *num.* 18. Socin. lun. in dict. leg. *Gallus*, § *instituens*, *num.* 5. Surd. conf. 403. *num.* 10. Fular. *quest.* 321. *num.* 39. & *quest.* 404. *num.* 21. & *quest.* 442. in fin. & conf. 36. *num.* 6. Berraçol. decis. 4. *num.* 24. Rub. decis. Rota, 279. *num.* 8. Leon decis. Valent. 24. *num.* 19. tom. 1. Add. ad Molin. lib. 1. cap. 6. *num.* 29. vers. Sed superior, Barbof. vot. decis. 70. *num.* 3. D. Larr. decis. 54. *num.* 24. ibi: Et quoties substitutio filiorum refertur ad certam personam restringitur, & non comprehenditur nepos, &c. Vela disert. 49. *num.* 115. Mar. Cutel. decis. 60. *num.* 44 tom. 2.

Y se prueba por la delineacion de arbol, y genealogia que puso la ley 2. tit. 6. part. 4. la qual dixo, que en tres maneras se considerava la linea, vna de ascendientes, otra de descendientes, y otra de transversales; y explicando la de descendientes, dize, ibi: *Assi como fijo, ò nieta, ò viznieta, ò tra fijo, ò nieta, è dende à yuso; y*

explicando esto mismo el *tit. instit. de gradib. cognat.* puso en el primer grado de descendientes el §. 1. *filius, filia*; y el §. 2. *nepos, neptis*; y el 3. *pronepos, proneptis*; y el 4. *abnepos, abneptis*; y el 5. *atnepos, atneptis*; y el 6. *trinepos, trineptis*. Y lo avia dicho el Consulto Gayo *in leg. 1. ff. de gradib.* comenzando desde el §. 3. hasta el fin de la ley, y prosiguiendo la ley 3. *sexto gradu*, teniendo esta explicacion por necesaria, por la razon que diò la ley *Iurisconsultus, 10. ff. eod. tit.* ibi: *Iurisconsultus cognatorum gradus, & affinium nosse debet.* Y aunque la ley *non facile*, *ff. eod. tit.* diò la razon de no passar la delineacion de grados del septimo, ibi: *Tamen ultra eum ferè gradum rerum natura agnatorum vitam consistere non patitur*: sin embargo el §. *hactenus instit. eod. tit.* diò la regla para conocer los grados inferiores à los seis que avia puesto en los §§. antecedentes, ibi: *Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus*; y dize, que esto es mas facil, y el entender, *quoto quisque gradu sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare.*

113 De todo lo qual resulta, que ninguno de quantos se han opuesto en esta vacante se halla incluído en dichas clases tercera, y quarta, no verificandose (como no se verifica) en alguno de ellos el ser nieta de Don Bernardino, *num. 4.* hija de hijo, ni hija de hija del susodicho; y tampoco el ser varon descendiente de dichas nietas sin interposicion de hembra, como se vè por la delineacion del arbol que se ha formado.

114 Pues Doña Maria Zapata y Mendoza, Condesa de Varajas, *num. 42.* hermana de Don Diego Phelipe Zapata, *num. 43.* ultimo poseedor, es quarta nieta de dicho Don Bernardino, grado inferior à el de trasvizieta, y en el propio estuvo Doña Catalina Zapata y Mendoza, *num. 44.* hermana de los dichos Doña Maria, y Don Diego Zapata, de la qual es hijo Don Pedro Ioseph de los Rios y Mendoza, *num. 57.*

115 En el propio grado se halla Don Pedro de Leyva y de la Cerda, Marqués de Leyva, Conde de Baños, *num. 58.* por la persona de Doña Maria Isabel de Leyva y Mendoza su madre, *num. 46.* y 48. porque esta fue tambien quarta nieta de dicho D. Bernardino, *ex uno latere*, por D. Iuan de Mendoza, hijo tercero, *num. 7.* hijo de dicho D. Bernardino, & *ex alio*, por D. Alonso Suarez, *num. 9.* hijo segundo de dicho D. Bernardino; y aunque tambien es descendiente varon de Doña Catalina de Gamboa y Leyva, *num. 31.* su abuela, esta fue trasvizieta; *id est*, tercera nieta de dicho Don Bernardino.

116 Lo mismo sucede à Don Antonio de Vargas Manrique, y Don Iuan de Vargas su hijo, Marqueses de la Torre, *num.* 41. y 56. que son descendientes de Doña Maria Zapata de Mendoça, *num.* 27. que fue trasvizieta de dicho Don Bernardino.

117 Don Diego Antonio Fernando Colon y Portugal, Conde de Villardonpardo, Marquès de Villamayor, *num.* 60. es hijo de dicha Doña Iuana Maria de Mendoça, *num.* 50. quarta nieta de dicho Don Bernardino, y hermano de Don Francisco Domingo Suarez de Mendoça, *num.* 59. y los dichos Doña Iuana, y Don Francisco son los que litigaron la tenuta, pretendiendola dicha Doña Iuana por el llamamiento de las nietas de dicho Don Bernardino, y dicho Don Francisco su hijo, por el llamamiento de varon de nieta, y quedaron vencidos por dicho Don Antonio Zapata, *num.* 28. en consideracion de no ser dicha Doña Iuana primera nieta, sino es de grado inferior à la trasvizieta, y no poderse entender comprehendida en el llamamiento de nieta, teniendolo como quarta nieta en clausula mucho posterior, y vencio dicho Don Antonio Zapata, sin embargo de ser de inferior linea, que es la de Don Iuan de Mendoça, *num.* 7. hijo tercero de Don Bernardino, por hallarse varon descendiente de su abuela Doña Maria de Mendoça, *num.* 11. nieta primera de dicho Don Bernardino.

118 En el mismo grado se hallan Don Agustín de Lancastre Sande y Padilla, Duque de Abrahantes, Marquès de Valdefuentes, *num.* 61. como hijo de Doña Ana de Sande y Padilla, *num.* 51. que fue tambien quarta nieta de dicho Don Bernardino, y Don Francisco de Medina y Mendoça, Conde de la Ribera, *num.* 62. hijo de Doña Ana de Araoz y Mendoça, *num.* 53. que assimismo fue quarta nieta de dicho Don Bernardino.

119 A todos los referidos anteceden Don Luis Mosèn Rubí de Bracamonte, *num.* 45. Marquès de Fuente el Sol, y Don Francisco de Saavedra, Marquès de Ribas, *num.* 63. por quien se escribe este papel, porque ambos son varones descendientes de viznietas, llamadas en el derecho *Proneptes*, sin interposicion de otras hembras, grado anterior à el de trasvizieta, explicada por los Iuriscultos con la voz, ò apelativo *abneptis*, en el qual solo se halla que tengan inclusion los Marqueses de la Torre, *num.* 41. y 56. por varones descendientes de Doña Maria Zapata de Mendoça, *num.* 27. tercera nieta; *id est abneptis* de dicho Don Bernardino, y Don Pedro de Leyva, y de la Cerda, Conde de Baños, *num.* 58. por Doña Catalina de Gamboa y Leyva, *num.* 31. assimismo ter-

cera nieta; porque todos los demás son varones descendientes inmediatos de quartas nietas, *id est atneptes*.

120 Pero aunque los dichos Marqueses de Fuente el Sol, y de Ribas anteceden a todos los demás por el grado anterior de las hembras, de quien inmediatamente descienden sin interposicion de otras, pues dicho Marqués de Fuente el Sol es nieto de Doña Juana Zapata y Mendoza, *num. 19. viznieta, id est proneptis* de dicho Don Bernardino, y el Marqués de Rivas de Doña Beatriz Ramirez de Mendoza, *num. 25. viznieta* tambien de dicho Don Bernardino; todavia no están, ni pueden estar comprehendidos en dichas clases tercera, y quarta, correspondientes a los llamamientos de varones de nietas de Don Bernardino, hijas de hijos, è hijas de hijas del susodicho, por el llamamiento discretivo gradual que está dado a las dichas nietas, y varones descendientes de ellas, y posteriormente a las viznietas, trasviznietas, &c.

121 Y confesamos con ingenuidad, que si oy compitiera algun varon, que inmediatamente, sin interposicion de otra hembra, fuese descendiente de nieta, hija de hijo, ò hija de hija de dicho Don Bernardino, precederia este a todos los que compiten en esta vacante, y no pudiera aver aliento para hazerle oposicion, estando tan manifesta la voluntad por la fundacion, acreditada ya, y autorizada con la executoria de tenuta, que queda referida.

Discurso sobre la quinta clase de llamamientos.

122 En esta clase tienen literal llamamiento las trasviznietas de Don Bernardino, con esta prelacion, primero las trasviznietas de los hijos, despues las trasviznietas de las hijas, y en igualdad de sexo se dà prelacion a las trasviznietas de hijas, ò hijos mayores, respecto a las de hijos, ò hijas menores, segun, è por la forma, è manera, è grados que de suyo es dicho, è declarado en las nietas: así se ve expressado en la clausula 18.

123 Dexamos dicho, y fundado en los *numeros 29. 30. 31. y 32.* de este papel, que en esta clase quinta, y clausula 18. está el llamamiento del Marqués de Rivas; porque aunque en ella se halla omitido el llamamiento de viznieta de quien desciende dicho Marqués, se supliò, y enmendò despues aviendolas puesto en condicion en las clausulas 22. y 23. y otras, con prelacion a las trasviznietas; con lo qual por lo que en dichos numeros se fundò queda excluido el leve escrúpulo, ò reparo que se pudiera hazer en dicha

cha omision, que si se apreciara fuera motivar vn absurdo tan grande, como entender que los fundadores sin causa, motivo, ni razon alguna aviã querido excluir à las viznietas mas dilectas como mas proximas, por las tralviznietas, que son mas remotas, y de inferior grado, lo qual no es admisible, aunque en el caso contrario de arguirse exclusion de los remotos por la exclusion de los mas proximos convienen todos los DD. Mag. *decis.* 19. *num.* 2. Menoch. *conf.* 95. *num.* 29. Fusar. *quest.* 468. à *num.* 9. Casanat *conf.* 45. *num.* 117. & 118. & *conf.* 38. *num.* 108. Castill. *tom.* 2. *cap.* 4. *num.* 78. D. Larr. *decis.* 53. *num.* 9. con otros muchos.

124 Supuesto, pues, este llamamiento, solo resta la exclusion del Marquès de Fuente el Sol, *num.* 45. pues como ya dexamos advertido *suprà*, es tambien dicho Marquès varon descendiente sin interposicion de otra hembra de Doña Juana Zapata, *num.* 19. viznieta de dicho Don Bernardino, assi como lo es el Marquès de Rivas de Doña Beatriz Ramirez de Mendoça, *num.* 25. viznieta alsimismo del propio Don Bernardino.

125 Pero la razon de la prelacion del Marquès de Rivas es conocida por la que se da à las viznietas de los hijos mayores, respectivamente à las viznietas de los hijos menores; y esta calidad de mayoria la tiene dicha Doña Beatriz, de quien desciende el Marquès de Rivas, por ser viznieta de dicho D. Bernardino, derivada de D. Alonso Suarez de Mendoça, *num.* 9. hijo segundo de dicho D. Bernardino, y Doña Juana Zapata, *num.* 19. de quien desciende el Marquès de Fuente el Sol, es viznieta derivada de Don Juan de Mendoça, *num.* 7. hijo tercero de dicho D. Bernardino: de suerte, q̃ si compitiesen dicha Doña Juana, y dicha Doña Beatriz, era indifputable la prelacion de esta, y consiguientemente la del Marquès de Rivas su descendiente, porque el mismo llamamiento prelativo que tienen entre si las hembras de vn grado, le tienen los varones que descienden de ellas.

126 Sin que sea apreciable la consideracion de hallarse el Marquès de Fuente el Sol con la ventaja de linea de succion, respecto de estar en la misma contentiva que Don Diego Phelipe Zapata, *num.* 43. ultimo poseedor; porque esta calidad en el caso de esta fundacion, no es de estimacion alguna, por aver los fundadores desatendido esta linea, anteponiendo siempre el grado, y en el la mayoria, como parece de todas las clausulas, y lo que especialmente queda fundado en el discurso sobre la clase tercera *ex num.* y assi por lo literal de dicha clausula 18. en que tienen su

llamamiento las viznietas de hijo mayor de Don Bernardino, con prelación à las viznietas de hijo menor, es manifesta la antelación del Marqués de Rivas, porque la calidad de linea solamente la amò, y quiso en la descendencia de la hembra, en quien por razón de su grado entrò la sucession, para que se continuasse en ella en todos sus varones, sin dar transito à otra mientras los huviesse en ella; pero en faltando estos, y aviendo en dicha linea otra hembra, se corta luego la sucession, acudiendo à buscar otra hembra que forme linea gradual para sus descendientes varones, segun la voluntad de los fundadores.

127 De que se sigue, que aunque estos mayorazgos entraron en Don Antonio Zapata, *num.* 28. de quien derivaron en D. Diego Phelipe Zapata y Mendoça, *num.* 43. vltimo possedor, como descendientes varones sin interposicion de otra hembra de dicha Doña Maria Zapata, *num.* 11. nieta de dicho Don Bernardino, esta solo constituyò, y formò cabeça de linea para sus descendientes varones, en que no se incluyò, ni pudo incluir dicha Doña Juana Zapata, *num.* 19. hija de dicha Doña Maria; y dicha Doña Juana se ha de considerar separada de aquella linea para formarla ella por si en el grado de viznieta para sus hijos, y descendientes varones.

128 Y en este concepto, por lo literal de dicha *clausula* 18. debe ser antepuesta la linea que formò la dicha Doña Beatriz Ramirez de Mendoça, *num.* 25. por el mismo grado de viznieta para todos sus descendientes varones, por serlo de dicho Don Bernardino, mediante la persona de Don Alonso, *num.* 9. hijo segundo de Don Bernardino, à la que formò dicha Doña Juana, *num.* 19. para sus descendientes varones, por ser viznieta de el mismo Don Bernardino por la persona de Don Iuan, *num.* 7. hijo tercero.

129 Supuesta, pues, la exclusion de dicho Marqués de Fuente el Sol, que es el varon solo que se halla con la calidad igual de ser descendiente de hembra en el grado de viznieta de dicho Don Bernardino, solo resta para el complemento de la prueba del mejor derecho del Marqués de Ribas, manifestar el concurso de la calidad que quisieron los fundadores, de que fuesen los sucesores de sus mayorazgos hijos legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos.

Que el Marquès de Ribas Don Francisco de Saavedra, num. 63
tiene la calidad de hijo legitimo de legitimo matri-
monio nacido.

130 **A**unque à vista de los instrumentos que presentò el Marquès con su demanda de tenuta en prueba de su legitimacion, y descendencia, segun, y como està explicada en el arbol, q̄ se hallan en el *mem. n. 313. basta el 329.* no era necessario tocar este punto, pues son tan claros q̄ no dexan materia capaz de duda, en tanto grado, que aviendose dado traslado, y respondido à dicha demanda el Conde de la Ribera, *mem. num. 73.* la parte de el Conde de Hernan-Nuñez, *mem. n. 74.* y la del Marquès de Fuente el Sol, *mem. n. 75.* el primero no opuso cosa alguna contra la filiacion, descendencia, y legitimidad del Marquès de Ribas: el segundo alegò poniendo entre parentesis: *Aun quando fuesse cierta la filiacion que proponia.* Y en el fin otra, que dize: *Y por que con esto concurre el que dicho Marquès tiene resistencia en su pretension por lo literal de las clausulas, y demàs que resulta de los autos.* Y el Marquès de Fuente el Sol dize: *Porque dicho Marquès no justificaua su filiacion, ni la necessaria para obtener en esta causa, ni tenian certeza los medios con que pretendia probarla, y assi lo negaua en todo.* Y los demàs litigantes no han dicho cosa alguna, porque vnos han concluido à el traslado de dicha demanda llanamente, y otros se han dexado acusar la rebeldia, *mem. num. 76.*

131 Sin embargo, porque nada quede sin satisfaccion, se tocarà ligeramente lo conducente à la filiacion del Marquès, y calidad de ella en su primer grado; esto es, en quanto à ser hijo legitimo, y de legitimo matrimonio nacido de Don Ioseph de Saavedra, y Doña Andrea de Agramont su muger, que es à lo que puede mirar lo alegado por el Conde Hernan Nuñez, y Marquès de Fuente el Sol, pues todos los demàs grados estàn probados superabundantemente con instrumentos compulsados de sus protocolos, corregidos, y comprobados con ellos con auto del Consejo, y citacion de las partes por el Escriuano de Camara ante quien passa el pleito, *mem. num. 329.*

132 Y por lo que mira à este grado, aunque qualquiera reparo que se aya hecho, ò hiziere, sera insubstancialissimo por la notoriedad de dicha filiacion, y de estar gozando, y posseyendo el Marquesado de Ribas, en cuya posseesion, y goze entrò como hijo del Marquès Don Ioseph de Saavedra su padre por la muerte de su
her-

hermano mayor Don Antonio, estando presentados, *mem. num.* 327. la fee, y partida de desposorios de dicho Marquès D. Ioseph, y Doña Andrea de Agramont; y tambien el testamento otorgado por dicho Marquès en quatro de Mayo de 1662. *mem. num.* 328. en que declara por sus hijos legitimos en dicha Doña Andrea à *Don Antonio, Don Francisco, Don Diego, Doña Teresa, y Doña Micaela*: no obstante para mayor comprobacion de esta verdad se han presentado nuevamente la fee de baptismo de dicho Marquès D. Francisco de diez y siete de Março del año de 1657. en que consta fue bautizado en la Parrochia de San Luis de esta Corte por hijo de dichos Marquès Don Ioseph, y Doña Andrea de Agramont, solteros; y tambien el testamento de dicha Doña Andrea, Marquesa de Ribas, su fecha catorce de Febrero del año de 1668. ante Francisco Sanchez Beato de Cendejas, Escrivano Real, en que entre los demás instituye como su hijo legitimo, y de dicho Marquès Don Ioseph su primer marido, por heredero à dicho Don Francisco de Saavedra, Marquès actual; con que queda sin especie de duda dicha filiacion.

133 Tampoco la tiene la calidad de ella; pues consta que aunque fue hijo natural, despues se legitimò por el subiguiente matrimonio, que contraxeron sus padres en treinta de Abril de el año de 662. *mem. num.* 327. con cuya legitimacion satisface plenamente à la voluntad de los fundadores, que quisieron que los que huviessen de suceder fuesen legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, cuya qualidad se verifica en el legitimado *per subsequens matrimonium*: proposicion que no admite disputa por las claras disposiciones del *cap. tanta est vis matrimonij, qui filij sint legit.* con quien concuerdan la *ley 1. tit. 13. leg. 2. tit. 15. part. 4. leg. 12. Taur.* que està recopilada en la *10. tit. 8. lib. 5.* y el derecho comun en nada diferencia à los legitimados en este modo de los demás hijos avidos constante el matrimonio, *ex leg. cum quis, Cod. de natural. liber. leg. si totas, Cod. de inofficios. donat. Authent. de incestis nuptijs, §. dubitandum, Authent. de triente, §. semisse, §. fin. Authent. quib. mod. natural. efficiant. sui, §. reliquum, §. fin. inst. de nuptijs.*

134 De cuyos textos deducen los AA. que esta legitimacion es propia, verdadera, y no fingida, y los Canonistas *ad dict. cap. tanta*, præcipuè Abbas *num. 4.* y los demás antiguos Glossadores dicen: *Quòd novus filius propter novam ipsius qualitatem creari videtur, quando legitimatur per matrimonium*; y Gregor. Lopez.

en la dicha ley 1. tit. 13. part. 4. ponderando la palabra *son legitimos*, dize, que por ella se excluye toda ficcion, y que constituye à el legitimado por el subiguiente matrimonio en el mismo estado que à los demas hijos, vlando la ley de las mismas palabras quando habla de el, que de los demas nacidos constante el matrimonio, D. Covarr. de *sponsal. part. 2. cap. 8. §. 2.* Matienç. in leg. 10. tit. 8. lib. 5. glos. 4. num. 2. y es docto lugar el de Iuan Garcia de nobilit. glos. 21. num. 62. donde dize: *Quòd legitimati ex subsecuto matrimonio ex rigore stricta significationis, sunt verè legitimi*, y que en España no puede aver dificultad sobre esto, fundandose en la ley de la Partida, ibi: *Lex autem nostra, 1. tit. 13. part. 4. vsa est verbo substantiuo, ut omnem tollat difficultatem verbum enim est, est verbum veritatis, & substantia*, glos. in leg. *mercis appellatione*, ff de verb. signif. itaque in Hispania nulla dubitatio est, quia iure nostro, ex dict. leg. 1. filij legitimati ex subsequenti sunt verè legitimi, optimè Hernia in cap. 1. §. naturales, num. 8. si de feudo defuncti, dicens: *Quòd si matrimonium sequatur perindè est, quasi nunquam macula contracta fuisset, nam videtur tacitè in esse, quòd filij nati sunt, ut sint legitimi si mater dispensaretur, sicut tacitè inest tempus, & conditio etiam si non verbis exprimitur*, latissimamente Castill. tom. 4. cap. 13. num. 17. & tom. 5. cap. 105. num. 35. innumeros refert Fular. de substit. quest. 409. num. 2. & 25. y son copiosissimas las alegaciones 23. y 24. de Noguera. Barbosa. lib. 2. vot. 73. art. 1. n. 1. & seqq. & novissimè Andreolo controu. 302. donde junta infinito numero de DD.

135 Todos estos Doctores, y otros infinitos que citan, reconocen, *quòd inspecta iuris dispositione*, el legitimado por el subiguiente matrimonio, es verdadera, y propriamente legitimo, y de legitimo matrimonio nacido.

136 Y de aqui nace la comun resolucion, que este hijo legitimado por subiguiente matrimonio, no solo sucede en el mayorazgo que llama hijos legitimos para su succession, sino es tambien en el que llama legitimo, y de legitimo matrimonio nacidos, y procreados, vt docet Gregor. Lop. in leg. 2. tit. 15. part. 2. in glos. verb. *Sino el hijo mayor*, column. 2. D. Covarr. dict. cap. 8. §. 2. num. 30. Mier. de maiorat. 2. part. quest. 1. num. 7. in 2. edit. el señor Luis de Molin. de primogen. lib. 3. cap. 1. num. 10. vbi: *Quòd hac opinio indistinctè vera, & communis est, sicque secundum illam, non semel pronunciatum vidit*, Castill. tom. 5. controu. cap. 75. column. 3. fol. 121. at ergo, verè. Tertius, & ultimus casus, donde des-

pues de aver referido algunos Autores, que fueron de la opinion contraria en el caso que citan llamados legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, y procreados, dize, que el Consejo en los pleitos que se han ofrecido de esta calidad, ha determinado à favor de los legitimados por el subiguiente matrimonio, ibi: *Cæterum etiam in his terminis indistinctèque, & generaliter contrariam sententiam, non nullis in casibus, qui de facto occurrerunt sequutus fuit Supremus Hispania Senatus, & ad fauorem eorum, qui per subsequens matrimonium legitimati fuere, lites, & controuersias definiuit, ut hi admittantur, etiamsi ad fideicommissum, aut maioratum filij legitimi, & naturales, atque ex legitimo matrimonio nati, seu procreati, vocati sint, &c.*

137 Refiere infinitos Doctores Noguera. *alleg. 23.* desde el *num. 13.* y entre otros à Garcia de *benefic. part. 7. cap. 2. num. 43.* donde dize, que esta opinion siempre se ha practicado en España, y à Roque de Vargas *in cap. tanta, num. 80.* donde defiende esto mismo, y dize, que bastará la autoridad de Gregorio Lopez, los señores Covarrubias, y Molina, para no poder apartarse de esta opinion. Y en el *num. 27.* refiere infinitos exemplares del Consejo, assi antiguos, como modernos, en que sin embargo de aver en las fundaciones repetidos llamamientos de hijos legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, y procreados, y muchas congeturas contra los legitimados por subiguiente matrimonio, se les diò la tenuta. Y entre otros refiere el exemplar del pleito sobre el Condado de la Puebla del Maestre; y bolviendole à repetir en la *alleg. 24. num. 63.* dize, diò el Consejo la tenuta de este Estado à Don Alonso de Cardenas legitimado por el subiguiente matrimonio, no obstante que en treinta y dos partes de la fundacion estava puesta la calidad de hijos legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, y que se hazian muchas oposiciones contra la legitimidad de Don Alonso. Y en el caso de estas alegaciones se diò la tenuta à Don Fernando de Hozes y Godoy, por quien èl escribiò, como lo afirma en el fin de la alegacion 24. siendo este legitimado por el subiguiente matrimonio; sin embargo de que la fundacion de el mayorazgo sobre que era el pleito, llamava legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, con exclusion de los legitimados, y que se oponian muchas excepciones contra la legitimidad de D. Fernando, y valor del matrimonio contraído por sus padres.

138 Es lugar copiosissimo, porque junta todos los Autores

Españoles, y infinitos Estrangeros, así antiguos, como modernos, el de Barbof. *lib. 2. vot. 73.* donde respondió à favor del legitimado por el subiguiente matrimonio, llamando la fundacion de el mayorazgo sobre que era el pleito, à hijos legitimos, nacidos, y procreados de legitimo matrimonio; y entre otros Doctores que cita, y decisiones, es à Bornino Cavalcano *decis. 32. num. 4. part. 3.* el qual concluye: *Hanc esse magis communem, veram, equam, favorabilem, & observatam opinionem, sequendam, & tenendam à veris, & timoratis iudicibus.* Cita tambien à Octavio Bamacario *cap. 1. §. naturales, tit. si de feudo defuncti controuersia fuerit, quest. 2. per tot.* que defiende esta opinion; y à el *num. 3.* dize, que así se ha juzgado en España, y fuera de ella, y refiere las decisiones de muchos Tribunales.

139 Y en los mismos terminos de estar llamados hijos legitimos naturales de legitimo matrimonio nacidos, y procreados, que sucedan los legitimados por subiguiente matrimonio, lo fundan doctísimamente Lelio Altogrado *conf. 93. per tot. volum. 2.* y Andreolo *controu. 302. à num. 5.* el qual refiere ciento y quarenta Doctores, y entre ellos muchas decisiones de diferentes Tribunales de Europa. Y concluye, diciendo: *Ex quibus apparet istam opinionem esse magis communiter receptam.*

140 Siendo (como es) esta la comun, y recibida opinion en los Tribunales, y especialísimamente en el Consejo, el Marqués que se halla legitimo por el subiguiente matrimonio, tiene por sí la regla, de la qual no pueden apartarse los señores luezes, mientras no se mostrare disposicion contraria, que solo se dirá la ay, quando el fundador con palabras expresas dixere, y ordenare que no suceda el legitimado por subiguiente matrimonio, como lo enseña Ileria *in cap. 1. §. naturales, num. 9. si de feudo defuncti*, quem sequitur Afflictis *in eod. tex. notab. 5. ibi: Ego vero sum cum opinione Domini Andreae, videlicet, quòd legitimatus per subsequens succedat in feudis, data etiam inuestitura prædicta, nisi contrarium appareat ex forma inuestiturae, puta, quia diceret volumus, quòd legitimatus per subsequens matrimonium non succedat.*

141 Bamacario *in dict. §. naturales, quest. 2. num. 18. ibi: Per alias clausulas quantumuis generales, non excluditur legitimatus per subsequens, nisi de expressa mente constaret.* Additio ad Alexandrum *conf. 5. litt. B. ibi: Neque est præsumendum, quòd testator per clausulas quascunque generales; nisi, & hunc casum*

expresserit voluerit derogare iuri communi, Mieres *de maiorat.* 2. part. *quest.* 1. *num.* 39. § 40. vbi: *Quòd ad hoc ut filij legitima-
ti per subsequens matrimonium excludantur à maioratu, verba,
§ exclusio debent esse clara, § manifesta*, Rocus de Vargas *in re-
petitione cap. tanta, num.* 82. *qui filij sint legitimi*, Marescot. *var.*
lib. 3. *cap.* 18. *num.* 51. Petra *de fideicommis. quest.* 11. *num.* 239.
vers. Vigesima tertia conclusio, Menoch. *cons.* 227. *num.* 18. *lib.* 3.
Rosental *de feud. cap. 7. conclus.* 19. *num.* 32. *pag.* 212. Noguierol
alleg. 23. *num.* 52.

142 Y son copiosos y doctos lugares, donde se juntan otros muchos, y se refiere la practica vniforme de los Tribunales, especialmente en Castilla, los de Roxas *de incompatib. part.* 1. *cap.* 4. à *num.* 18. § 51. y su Adicionador *num.* 26. y 27. D. Solorçan. *de Indiar. Gubern. lib.* 2. *cap.* 17. *num.* 49. *vers. Certius tamen, § re-
ceptius est*; y en los numeros siguientes: *Vbi plenissimè*; y el mismo *in Politic. lib.* 3. *cap.* 19. *fol.* 1379. *column.* 2. § *sequentibus*, Dom. Larrea *decis.* 8. *num.* 6. § 7. Barbof. *vol.* 73. *per tot.* en el qual desde el *num.* 34. se discurre en el punto del matrimonio contraído *in articulo mortis*, y funda dilatadissimamente, tanto que puede servir de copiosa alegacion el que de dicho matrimonio resulta legitimacion de igual virtud, y eficacia, que la que produce el matrimonio contraído en sana salud, impugnando à los que tuvieron la opinion de que el matrimonio contraído *in infirmitate, vel in articulo mortis*, no producía legitimacion eficaz à excluir los substitutos, por presumirse en su fraude, cuya opinion re prueba con valientes fundamentos, razones concluyentes, y sentir de la comun escuela de los Autores de mejor nota, y estimacion; cuya circunstancia aun no puede ser aplicable à este caso, así por que el matrimonio contraído por el Marquès Don Joseph, padre del Marquès, que litiga, no consta huviesse sido contraído *in articulo mortis*, sino es quatro dias antes de su testamento, como por que en este caso no es dable se imagine que lo huviesse contraído en fraude de los substituidos à estos Estados, y Mayora-
razgos, quando lo que mas probablemente puede discurrirse, es, que en el año de sesenta y dos, en que otorgò el testamento, ni aun tendria noticia de su llamamiento, ni de la fundacion, ni de los substituidos, como ni se tuvo hasta que por el Marquès presente se puso la demanda.

143 *Ex quibus omnibus* resulta quedar satisfecho enteramente.

mente el assumpto de esta defensa, reducida à que el Marquès tiene llamamiento, que ha llegado su caso, y que en èl concurre la calidad de ser hijo legitimo, y de legitimo matrimonio nacido, y consiguientemente que se le debe dar la tenuta que tiene pedida: *Sic speramus fore indicandum. Salva in omnibus, &c.*

Lic. Don Joseph de Gurpegui.

Manuscript of the
history of the
city of New York
from its first
settlement to the
present time
by John Smith

Vol. I
New York

to do
m.m.



