



Orate pro nobis
Sancte Antoni.



Ut digni efficiamur
pro missionibus Christi

P O R

DON LOPE DE HOZES AGVAYO MVñIZ
de Godoy, Conde de Hornachuelos, vezino de la
Ciudad de Cordova. (35)

EN EL PLEYTO

CON D. DIEGO JOSEPH AGUAYO Y SOUSA MVñIZ
de Godoy, vezino de dicha Ciudad. (32)

S O B R E

LA SUCCESSION EN PROPIEDAD DE LOS MAYO-
razgos, que en virtud de Real Facultad fundaron Gomez de
Aguayo, y Doña Juana de Carcamo su muger, (1) y Don
Pedro Muñiz de Godoy, (16) Veintiquatros que
fueron de dicha Ciudad.

SE SUPLICA A V.S.

QUE PARA LA DETERMINACION DE DICHO PLEYTO,
que tiene visto en la primera instancia, se sirva tener presentes los funda-
mentos de la justicia, que cree el Conde le assiste, para declararla legiti-
mo sucesor de ambos Mayorazgos, en exclusion del dicho Don Diego
Joseph, reducidos à el breve Compendio de este Informe.



Yo, Don Juan de Dios, vecino de esta Ciudad, por el presente declaro y certifico que el dicho niño es hijo legítimo de los dichos Don Juan de Dios y Doña Juana de Carrión, y que el dicho niño es hijo legítimo de los dichos Don Juan de Dios y Doña Juana de Carrión, y que el dicho niño es hijo legítimo de los dichos Don Juan de Dios y Doña Juana de Carrión.

P O R

DON LOPE DE FOXES AGUAYO MAÍZ
de Golón, Conde de Rioanchuelo, vecino de la
Ciudad de Caxabamba. (12)

EN EL PLEYTO

CON DON DIEGO JOSEPH AGUAYO Y SOUSA MAÍZ
de Golón, vecino de dicha Ciudad. (13)

S O B R E

LA SUCCESION EN PROPIEDAD DE LOS MAYOS
Lopez, que en virtud de Real Facultad mandaron Gomez de
Aguayo, y Doña Juana de Carrión su mujer, (1) y Don
Pedro Maria de Golón, (16) Verificaron que
fueron de dicha Ciudad.

SE SUPLICA A V.S.

QUE PARA LA DETERMINACION DE DICHO PLEYTO
que tiene visto en la primera instancia, para que se proceda a la
orden de la justicia, que con el Conde de Rioanchuelo, para declarar la legalidad
de la sucesion de dicho Mayazgo, se celebre un juicio, por el cual
se declare la legalidad de la sucesion de dicho Mayazgo, y se declare la legalidad
de la sucesion de dicho Mayazgo.

N.1.



AS pretensiones de las Partes se reducen: La de D. Lope de Hozes actual Conde de Hornachuelos, à que se le declare legitimo successor de dichos Mayorazgos, y se condene à el dicho D. Diego Joseph à la restitution de sus bienes, con los frutos, y rentas, que han rentado, y podido desde la contestacion de la demanda.

2. La de el dicho D. Diego Joseph, à que se le absuelva, y de por libre de la dicha demandá, imponiendo perpetuo silencio à esta Parte.

3. Y no dudándose de la filiación de Don Lope, por tenerla justificada, y ser como la manifiesta el Arbol, que acompaña las Cláusulas; ni que es legitimo descendiente de dichos Fundadores, y de los primeros llamados, en quienes se instituyeron dichos Mayorazgos; ni que el dicho D. Diego Joseph afirma, ser hijo de D. Diego Nicolàs de Aguayo y Sousa, (29) vltimo Possedor, con la qualidad de legitimado por subsiguiente matrimo-

nio; queda tenida toda la duda de este pleyto, y dificultad, que se disputa en esta causa, à los puros terminos de Derecho, y si por sus reglas, y la ley de la voluntad de los Fundadores, de el mismo modo, que es evidente la inclusion de esta Parte, lo sea la exclusion del dicho D. Diego Joseph de Aguayo.

4. Y debiendose entregar con este Informe impressas las Cláusulas de ambas Fundaciones, resta solo la manifestacion de los fundamentos de justicia; y siendo dos los Mayorazgos, que se litigan, para sumas propria intelighencia, se dividirá en dos separados Discursos: Probado en el primero, la inclusion de esta Parte en el Mayorazgo de Gomez de Aguayo, y su muger. En el segundo, la que tiene en el de Pedro Muñiz de Godoy; y la exclusion en ambos de D. Diego Joseph. Y à continuacion de ambos, se satisfarán algunos reparos, que en su defensa podrá hazer el dicho Don Diego: valiendonos solo de las Cláusulas en los casos, que para la contraccion de los Discursos fuere indispensable.

DISCURSO I.

EN QVÈ SE MANIFIESTA LA CLARA inclusion de esta Parte en el Mayorazgo fundado por Gomez de Aguayo, y su muger, y la exclusion del dicho Don Diego Joseph por el defecto de la calidad apetecida por dichas Fundadores.

5. **S**E compiten en la succession de este Mayorazgo fundado por Gomez de Aguayo, y su muger en el presente Juizio de Propiedad, D. Lope de Hozes Conde de Hornachuelos, (à quien defendemos) y D. Diego Joseph de Aguayo. La pretende el

primero, como noveño Nieto legitimo de legitimo matrimonio descendiente de dichos Fundadores, y de Diego de Aguayo primero llamado, y en quien se fundò, y como pariente mas cercano de D. Diego de Aguayo y Sousa, (29) vltimo Possedor, por cuya muerte se cau-

sò la vacante , y como de su linea contentiva , è immediata , la que formò D. Geronymo de Aguayo, Abuelo de dicho vltimo Possedor, y quarto de esta Parte, legitimo successor, y Possedor que fue de este Mayorazgo , y con serlo formò linea efectiva derecha , y en ella incluyó à sus descendientes, con prelación à otros de diversa. D. Castell. lib. 5. Controv. tom. 6. cap. 138. n. 14. Roxas de Incompat. 1. part. cap. 6. num. 148. & 150.

6. Y siendo expreso su llamamiento como descendiente de dicho primero llamado , es evidente su inclusion , *ex leg. Cum ita 32. §. In Fideicomisso, ff. de legat. 2. cap. 1. de Natur. & suces. feud. Ex leg. 2. tit. 15. part. 2.* D. Molin. lib. 3. cap. 4. num. 14. & cap. 9. num. 11. Rox. de Incomp. 1. part. cap. 6. num. 119. D. Castell. lib. 5. cap. 92. num. 48. & 49. & cap. 93. num. 9.

7. Y con singular razon , y especial derecho en el caso de este pleyto, porque sin controversia tiene la qualidad con que los Fundadores llamaron, è incluyeron à los que quisieron successores de su Mayorazgo, requisito tan esencial, que sin verificarlo , ninguno puede aspirar à su succession, *ex leg. 1. C. quor. bonor. D. Larr. decis. 33. num. 33. Mieres de Maiorat. 2. part. quest. 6. num. 68. Valasc. consult. 151. n. 21. D. Castell. 5. Controv. cap. 136. n. 68. & cap. 180. num. 18. & cap. 122. n. 1. cum alijs Pegas de Maiorat. tom. 2. cap. 9. ex num. 1.*

8. Don Diego Joseph afirma su inclusion con prelación à esta Parte por las mismas Reglas; pero con la singularidad de dezir, es hijo de Don Diego vltimo Possedor de dicho Mayorazgo , por lo qual ocupa la linea de substancia efectiva , y actual de dicho Mayorazgo ; la qual como primera , y mas poderosa en la succession , le

afiança la de dicho Mayorazgo, en exclusion de el dicho D. Lope, por los conocidos lugares de Roxas de *Incompat. 1. part. cap. 6. ex n. 147. Dom. Castell. cap. 93. num. 6. & 7. D. Paz de Tenut. cap. 35. num. 11. cum plurim. Aquil. ad Rox. in dict. num. 147.*

9. Que esta qualidad prelativa de linea le haze inalterable el derecho à dicho Mayorazgo , por concurrir en el susodicho , la que apetecierõ dichos Fundadores, pues es hijo legitimo de el dicho Don Diego vltimo Possedor, *legitimado por el subsiguiente matrimonio , que contraxo con su Madre, y assi es legitimo successor de dicho Mayorazgo, ex dispositione Text. in cap. Tanta est vis, qui fil. sint legit. Cap. Cum in cunctis 7. cap. Innotuit 20. de elect. §. Sit igitur licentia, in Auth. quibus mod. natur. effieiant. legitim. L. Cum quis 10. L. Nuper 11. C. de natural. liber. L. 2. tit. 6. lib. 3. For. L. 1. tit. 13. L. 2. tit. 15. part. 4. cum Dom. Covarrub. Molina, Solorç. & plurim. Roxas de Incomp. 1. part. cap. 6. §. 5. num. 66. ubi Aquil. qui alios refert.*

10. De estos individuales medios , en que cada Parte funda su pretension à dicho Mayorazgo, resulta , que la question potissima para la determinacion de este pleyto, no es de duda de *derecho* , sino de *hecho* , y de *voluntad* de los Fundadores : no de *derecho* ; porque este, y sus Reglas nada influyen en la succession de los Mayorazgos, sino es *obedeciendo*, y practicando la voluntad *expresa* del Fundador, ò *interpretando la dudosa* ; y assi, aviendo voluntad *clara* , y *expresa* , no tiene lugar la interpretacion, ni la disposicion de derecho, porque está fe hizo solo para quando la voluntad de los Fundadores fuera *dudosa*, porque no siendolo, todas las leyes ceden à ella. *L. Haredes mei 57. §. ult.*

ult. ff. ad Trebell. L. Cum ita 32. §. In Fideicommissio, ff. de legat. 2. L. Ex facto 35. §. 3. ff. de hered. instit. L. In conditionibus 19. ff. de condit. & demonstr. L. Cum questio 23. C. de legat. L. 40. Taur. seu 5. tit. 7. lib. 5. Recop. D. Molin. de Priuog. lib. 3. cap. 9. num. 12. & 17. Dom. Castell. lib. 5. Controv. cap. 92. n. 33. Rosa, consult. 69. num. 28.

11. Y assi es sin duda cierto, que dicha questio es puramente de hecho: *Vtrum* por la voluntad de Gomez de Aguayo, y su muger, Fundadores de este Mayorazgo, los legitimados por subsiguiente matrimonio tengan llamamiento a su successio en exclusion del substituto legitimo de legitimo matrimonio nacido, ò clara exclusion en su competencia? Assi lo afirman quantos han escrito esta materia, especialmente D. Castell. Controv. lib. 4. cap. 31. num. 67. & per tot. Card. de Luca de Fideicom. passim, precipue disc. 224. num. 4. ibi: *Attamen, quia re vera non est questio iuris, que ab aliqua legum interpretatione, vel conciliatione proveniat, sed est nuda questio voluntatis, ideoque facti potius, quam iuris.* D. Cresp. Valdaur. observ. 23. q. 15. ex n. 138. precipue 144. Guzman Verit. Iur. verit. 5. num. 77. Cæf. Caren. resolut. 212. num. 2.

12. Y es la razon: porque como la inclusion, ò exclusion del legitimado por subsiguiente matrimonio es licita, honesta, y valida, y se debe cumplir, y observar en especifica forma. Mier. de Maior. 2. p. q. 1. ex n. 24. & 36. Rox. de Incomp. 1. p. cap. 4. n. 18. Torre de Maior. p. 1. cap. 29. §. 9. n. 95. se sigue precisamente, q̄ su inclusiõ, ò exclusion es questio de pura voluntad, y no duda de derecho, pues depende puramente de la voluntad de los Fundadores.

13. Y de no observarse, y tenerse presente esta distincion, y essencial diferencia entre la ley de

la voluntad, vnica de el caso, y las ^{3.} generales Reglas de Derecho, proprias para en los que se establecieron, resulta, averse hecho dicha questio quasi insuperable a la inteligencia, por las cottarias, y diversas sentencias en que se han dividido los DD. assi del Reyno, como Estrangeros. Leg. 1. §. *Notram autem*, C. de vet. iur. enucleand. Roder. Suar. alleg. 25. num. 6. D. Solorç. de Iure Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 30. num. 14. escribiendo en distintos casos con vnas mismas Reglas, error, ò estulticia, que en terminos de esta misma controversia advirtio el Cardinal de Luca por todos los discursos, que tratò de ella, *specialiter de Fideicom. disc. 222. num. 2 ibi:*

14. *Ante quam deveniretur ad conclusionem, seu applicationem, premittebam solitam cautionem, vel solitum, ac frequens inter calare, semper tamen utile, & opportunum, quod scilicet huiusmodi ultimarum voluntatum questionibus, nedum error, sed stultitiæ species est, conclusionibus generalibus, vel cum autoritatibus, que alios percutiant, in litera procedere; quoniam, cum agatur de interpretatione individua, & precipua voluntatis unius disponentis, prorsus vanum est procedere cum ijs, que dicta, vel decissa fuerint, super interpretatione aliarum diversarum voluntatum, sed procedendum est cum particularibus, ac precisis circumstantijs illius dispositionis individualis, cum decisio pendeat a voluntate illius particularis Testatoris, que totum facit, ac principaliter attendi debet, & que omnibus regulis, & conclusionibus preponderat, quando potestatis obstaculum non urgeat.*

15. Hoc supposito! veamos qual fue la voluntad de los Fundadores de este Mayorazgo; y si de ella resulta *expressamente clara* la exclusion de D. Diego Joseph de Aguayo, etiam que sea legitimado por sub-

siguiente matrimonio, (como afirma) porque si afsi consta, queda sin disputa determinada la duda, y evidente la inclusion de esta Parte, y el defecto de derecho del dicho Don Diego para obtener en su competencia.

16. Y siendo dicha voluntad la q̄ manifestó en las Clausulas de la Fundacion; pues nadie se presume, que quiere sino es lo q̄ dize. *L. Labeo 7. §. Servius 2. ff. de supel. legat. L. fin. tit. 12. part. 7.* ibi: *E por las palabras, que ome dize, dà testimonio de lo que tiene en la voluntad.* Vbi D. Gregor. Lop. *Gloss. 4. Alvarado de Coniect. ment. defunct. lib. 1. cap. 2. num. 10. vers. Contra. Dom. Castill. 4. Controv. cap. 6. num. 2. 36. & 37. Roxas de Incompat. part. 8. cap. 2. ex num. 21. Pegas de Maiorat. tom. 2. cap. 10. num. 424. circa fin.* se haze preciso reconocer lo que dixo en las Clausulas, para ver lo que quiso se observasse en la sucesion.

17. Aviendo fundado su Mayorazgo en cabeza de Diego de Aguayo su hijo primogenito, en la Claus. 1. y en lo dispositivo de los llamamientos, por muerte de el dicho Diego de Aguayo llamó, y le substituyó à su hijo mayor varon, que fuera, ibi: *Que sea legitimo de legitimo matrimonio nacido, è non legitimado.* En la Claus. 2. despues de los dias del dicho su nieto, se substituye à el nieto de el dicho Diego de Aguayo, ò su viznieto, y los demás con la misma calidad, ibi: *El varon mayor legitimo nacido de legitimo matrimonio.* En la Claus. 3. repite lo mismo: y en la 4. poniendo en condicion los hijos, y descendientes de el dicho Diego de Aguayo su hijo mayor, para hazer transito, y llamar à Alon de Aguayo su hijo segundo, repite, ibi: *Ni otros descendientes por linea masculina legitimos, nacidos de legitimo matrimonio, è non legitimados.*

18. Y en esta misma Clausula para substituir, y llamar à el dicho Alfonso de Aguayo su hijo, expressan, ibi: *Otrosi nuestro fijo legitimo nacido de legitimo matrimonio.* Y en dicha forma continuan dando llamamientos por su orden à todos sus hijos, hijas, y nietos, repitiendo en lo dispositivo de cada substitucion la expresion de dicha calidad, y en lo condicional para dar transito à otras lineas.

19. De cuyas palabras, literal, y claramente resulta, que la voluntad de los Fundadores fue, que los sucesores de su Mayorazgo fuesen hijos *legitimos de legitimo matrimonio nacidos, y no legitimados.* Es afsi, que Don Diego Joseph de Aguayo *no nació de legitimo matrimonio*, como el mismo confiesa, y afirma: Luego por expresa, clara, y literal voluntad de los Fundadores està excluido de la sucesion de este Mayorazgo, como que le falta la qualidad con que se concibieron los llamamientos.

20. Este consiguiente es tan evidente, que no dexa motivo para dudar en la exclusion del dicho Don Diego; pues son tan claras las palabras con que expressan su voluntad, que quitan toda controversia. *L. Ille, aut ille 25. ff. de legat. 3.* y con especial razon en las circunstancias en que se disputa esta sucesion; porque no se duda, que D. Lope de Hozes Conde de Hornachuelos, es legitimo descendiente de dichos Fundadores, y de su Primogenito, en quienes fundaron dicho Mayorazgo, y como tal tiene à su favor el lleno de la predilección para la sucesion; en competencia de el dicho Don Diego Joseph, el qual pudiera ponerla en duda, quando compitiera con otro pariente remoto, que intentara sacar de la linea predilecta la sucesion de este Mayorazgo; pero no con el dicho

Don Lope, que tiene à su favor la clara asistencia de la voluntad. Card. de Luca de *Fideicom. disc. 22. num. 13. ibi: Sed unitim considerando totam eius massam ex qua patere videbatur de voluntate disponendi semper ad favorem verè legitimorum, & naturalium, non autem istorum, qui fictè dicuntur tales, potissimè, quia nullum urgebat dicta assistentis voluntatis adminiculum, vel argumentum: ac etiam, quod non agebatur de inclusione huiusmodi legitimorum ad effectum impediendi transitum bonorum in genus diversum, omnino extraneum, seu longè magis remotum, ac minus dilectum, sed ad aliud genus verè legitimum, & coequalis conjunctionis sanguinis, ac dilectionis.*

21. Y lo persuade la constancia, con que en todos los llamamientos, grados, y substitutiones repitieron llamando solo, y substituyendo à los descendientes de sus hijos, con la expresa calidad, de que fuessen *legitimos de legitimo matrimonio nacidos, y no legitimados*, dexando tan sin duda la apetencia de esta circunstancia, que à sus propios hijos manifestaron la tenian para llamarlos, como se demuestra en la Claus. 4. y en el llamamiento, que en ella dieron à Alfonso de Aguayo su hijo segundo, ibi: *A Alfonso de Aguayo su hermano del dicho Diego de Aguayo, otro si nuestro hijo legitimo, nacido de legitimo matrimonio.*

22. Y no aviendo en lo humano otro medio, con que los Fundadores expresen su voluntad, y lo que quisieron, sino es las voces, y palabras con que lo explicaron, es cierto, que à el que no le convienen las de la Fundacion, tiene resistencia para la sucesion, *ex l. 4. §. Toties, ff. de dam. infect. l. Hos accusare, §. Omnibus, ff. de accus. & in specie presentis casus. D. Castill. tom. 4. Controv. cap. 31. num. 32. & 33. Peregr. de Fideicom. artis. 24. n. 37.*

38. Torre de Mayor. 1. p. cap. 29. §. 9. num. 99. & 100.

23. Es assi, que los Fundadores de este Mayorazgo dixeron, y quisieron, que sus sucesores fueran *legitimos de legitimo matrimonio nacidos, y no legitimados*; cuyas circunstancias concurren en especie en D. Lope de Hozes, y faltà à el dicho D. Diego Joseph, porque *ni es nacido de legitimo matrimonio, y es legitimado*: Luego Don Lope de Hozes funda de derecho la asistencia de la clara voluntad de el Fundador en exclusion del dicho Don Diego Joseph, à quien *expressamente resiste, y no legitimado.*

24. De cuya regla resulta estar en precisa obligacion el dicho D. Diego de probar *no està excluido*, como fundamento de su intencion para la sucesion, sin que le exonere la presuncion, que en caso no tan claro pudiera deducir por la calidad de su *legitimacion* para suceder, es terminante el Carden. de Luca *ubi prox. num. 14. verific. Ubi verò, illic: Quoniam regula resistit legitimatis: & assistit alijs vocatis, ad eo ut legitimati deducant assistentiam voluntatis tanquam limitacionem regula, ac fundamentum eorum intencionis, & per consequens ipsis incumbit onus probationis.* Lo que no podrá executar por lo literal, y claro de la voluntad, que le resiste.

25. Bien ha conocido Don Diego Joseph la referida obligacion, y assi ha procurado en este pleyto manifestar, que no està excluido, sino es comprehendido, y admitido, por la virtud, y naturaleza de su legitimacion por subiguiente matrimonio, en la classe de legitimo de legitimo matrimonio nacido, lo que ha intentado probar por tres medios: El primero por *derecho*, afirmando es caso de ley su inclusion: El segundo por *autoridad*, suponiendo, que los mas clasicos Autores de

el Reyno la entienden à su favor: Y el tercero por la *razon*, que de los dos primeros se deduce. Pero como quiera, que sea cierto, que por todos, ni por alguno pueda enerbar

lo claro de la voluntad de estos Fundadores para manifestarlo, siguiendo el mismo orden, se hará ver no satisface la dicha obligacion, y assi, que no puede obtener.

QUE POR DERECHO NO PUEDE PROBAR SU inclusion Don Diego Joseph, y que es caso de Ley su exclusion.

26. **A** Firma Don Diego Joseph, su comprehension en el llamamiento concebido con la calidad de hijos *legitimos de legitimo matrimonio nacidos*: es conclusion, que se prueba por Derecho Canonico, Civil, y Real; para lo primero se vale de la decisïon del Text. *in cap. Tanta est vis, qui fil. sint legit. ex Text. in cap. 1. eod. cap. Cum in cunctis 7. cap. Innotuit 20. de elect. & elect. potest.* Para lo segundo, *ex Text. in leg. Divi Constantini 5. L. Nuper 11. C. de natural. liber. & ex quib. caus. iust. efficiant. ex Text. in Auth. quib. mod. natur. efficiant. legitim.* Para lo tercero alega en su favor la decisïon del Text. *in leg. 1. tit. 13. part. 4. vers. Otrosi, & Text. in leg. 12. Taur. qua est 10. tit. 8. lib. 5. Recopil.*

27. Por las decisïones de estos Textos, y Leyes, no solo no se prueba dicha conclusïon, sino es que con evidencia resulta lo contrario; pues no pudiendose dudar, que los Fundadores apetecieron en los sucesores de su Mayorazgo la qualidad de la legitimidad en el nacimiento, y que este fuera *in constancia*, y durante; no aviendo alguno de dichos Textos contraïdo la legitimidad, que consigue el hijo natural por el subsiguiente matrimonio de sus Padres à el tiempo individual de el nacimiento, antes si à el posterior de la contraccïon de dicho matrimonio; se sigue bien, que los hijos assi legitimados sean legitimados

para todos los efectos, en que por derecho se requiere la legitimidad; pero no se puede inferir de ellos cõsiguiente, que derogue la voluntad de los Fundadores, que en el *acto de nacer* la apetecieron, y no de otra forma, ni en otro tiempo adquirida llamaron à los sucesores; porque antes si los excluyeron.

28. Veamos para prueba de este concepto, la decisïon de dichos Textos: Es el primero el *cap. Tanta est vis 6. ibi: Tanta est vis matrimonij, ut qui antea sunt geniti, POST contractum matrimonium legitimi HABEANTVR.* Por la decisïon de este Texto, y entendida su letra, y concebida la mente, ya se reconoce, quanto dista del fundamento, que quiere persuadir con el, dicho Don Diego; pues por la letra se conoce, que la legitimidad, que adquiere el legitimado por subsiguiente matrimonio, es despues de contraïdo este, *post contractum*, y esta legitimidad explicada con el verbo *habeantur*, que denota impropiedad, y ficcion, *ex leg. Si tibi, §. Cum servus, ff. de legat. 1. Bobad. lib. 2. Polyt. cap. 14. num. 39. Giurb. consil. 100. num. 11. Narbona in leg. 20. tit. 1. lib. 4. Recop. Gloss. 12. n. 12. & in terminis Faxard. de Legitim. memb. 1. num. 13. D. Gonç. in cap. 1. qui fil. sint legit. num. 10. in med. y la preposicion *post*, que importa orden *per prius, & posterius*, y declara el termino, y lo que comprehende. Barbof. *in tract. Var. diction. 127. num.**

num. 4. & 10. Faxard. ubi proxime
num. 14.

29 Y no teniendo otro enigma su mente, que hazer legitimo por virtud de el legitimo matrimonio subsequente à los hijos naturales, avidos antes entre ambos conyuges: diziendo el Texto expressamente, desde el tiempo que debia començar la legitimidad, como es *post contractum matrimonium*, por ser este la causa eficiente, resulta eficazmente, que tanto dista, que por dicho Texto pruebe D. Diego tuvo en su nacimiento la legitimidad apetecida por los Fundadores, y que pueda incluirse en su llamamiento, quanto que lo contrario decide el Texto.

30. Es el segundo el *cap. 1. qui fil. sint legit.* y su especie es, pretender vn Tio exheredar de los bienes de su Padre à vna sobrina, à quien su hermano avia tenido en vna muger, con quien despues contraxo legitimo matrimonio; y la causa para dicha exheredacion era, porque avia nacido antes del matrimonio de sus Padres; quexose la sobrina à Alexandro III. el qual resolvió, ibi: *Ideo que mandamus, quatenus, si est ita, eam legitimam iudicetis.* En cuya declaracion se haze alto mysterio por la parte de Don Diego; y no resultando de ella singularidad alguna digna de advertencia para el caso de este pleyto, pues nada adelanta à la decision de el *cap. Tanta est vis*: es cierto, que con la especie de este Texto no prueba su conclusion, ni puede; porque si funda el concepto en no prefinir termino, dia, ni principio à la legitimacion, contentandose con solo mandar declarar legitima à la dicha sobrina, esto fue porque para la decision de aquel caso, no era necesario el tiempo, y assi lo resolvió *legitimam iudicetis*; pero para en los casos en que fuere preciso se esta-

blece regla in dict. *cap. Tanta est vis, post contractum matrimonium.*

31. Son los terceros los *cap. Cum in cunctis 7. & Innotuit 20. de elect.* las especies de estos dos Textos estan reducidas: La del primero, que no puede ascender à la Dignidad Episcopal, sino el nacido de legitimo matrimonio, ibi: *Presenti decreto statuimus, ut nullus in Episcopum eligatur, nisi qui iam tricesimum annum etatis exegerit, & de legitimo matrimonio sit natus, qui etiam vita, & scientia commendabilis demonstratur.*

32. La del segundo: à que hallandose vacante la Santa Iglesia de Vigo, eligió Obispo su Cabildo à el Arcediano de Eborá, y impetrando su confirmacion à la Santa Sede, escrupulizando el Arcediano en conciencia sobre su eleccion, por no ser nacido de legitimo matrimonio, hizo representacion, pretendiendo dispensacion de este efecto, y por no averla pedido el Cabildo, el Señor Innocencio III. la declaró nula, è irrita, ibi: *Sed per postulationem premissam, electionem ipsam predicti Canonis autoritate, castam denunciamus, irritam, & innanem.* Y no passa de aqui el Texto.

33. Y se pregunta, à que fin traen estas especies à el caso de este pleyto? Porque la del primero nada dize mas, sino es que para ascender à la Dignidad Episcopal, entre otras qualidades, que debe tener el elegido, debe ser nacido de legitimo matrimonio, y esta es muy agena de este pleyto.

34. La de el segundo, por mayoria de razon es mas estraña; pues el Arcediano de Eborá elegido por Obispo de Vigo, ni era legitimo, ni legitimado por subseguiente matrimonio, ni por rescripto, y sin embargo de apetecer dispensacion de el Canon *Cum in cunctis*, sin concederla, se declaró

nula, y irrita su elección, y lo que de estos dos Textos legitimamente se infiere, es la exclusion de el dicho Don Diego Joseph; porque teniendo derecho por la elección à dicho Obispado el dicho Arcediano, ex eo que no era *de legitimo matrimonio nacido*, y que esta qualidad no existia en el susodicho, se le denegó la sucesion, y derecho en dicha Dignidad, como à excluido de ella: Luego à *paritate rationis* debe serlo de la sucesion de este Mayorazgo el dicho Don Diego, por no tener la misma qualidad, q̄ apētecieron los Fundadores; y así nada prueban por Derecho Canonico.

35. Lo mismo le sucede por el Derecho Civil; pues las leyes *Divi Constantini* 5. y la *Nuper* 11. nada conducen à la especie de este pleyto; porque la primera solo declara, que *despues* de contraido el matrimonio, los hijos antea genitos, se *hazen suyos*, y recaen en la potestad de sus Padres, ibi: *Mox postquam nuptia cum matribus eorum fuerint celebrata suos patri, & in potestate fieri*, y los haze herederos *tam ex testamento, quam abintestato*: Y la segunda solo es declaracion de las dudas, que se suscitaron sobre la inteligencia de la ley *Cum quis* 10. antecedente, por la qual se declaró, que así los hijos nacidos antes de el matrimonio de sus Padres, como los nacidos despues, y constante el matrimonio eran sucesibles, y herederos de sus Padres, queriendo que lo referido se entendiera viviendo actualmente los hijos à el tiempo que se otorgaran los nupciales instrumentos, y por dicha ley *Nuper* se declaró ser vana, y sin fundamento esta inteligencia, porque ya nacieran antes, ya despues de hechos dichos instrumentos, eran sucesibles à sus Padres.

36. Los §§. de la *Authent.*

Quib. mod. nat. esic. legit. concuerdan con la *L. Divi Constantini*, como se vé en el §. *Liceat igitur*, ibi: *Et suos DE CÆTERO, & sub potestate habere. Et in §. Sit igitur licentia*, ibi: *Ex hoc facto exinde frui tali solatio. Et in §. Quoniam varie*, ibi: *Nibil dissimiles legitimis. Et in Authent. Quib. mod. natur. efficiant. sui*, §. *Reliqui*, vbi: *Quod eos efficientes legitimis, damus eis habere etiam successiones illas, quas habent hi, qui ab initio sunt legitimi.*

37. Si en este pleyto se disputara, que la legitimacion por subsiguiente matrimonio no es la mas ampla, la mas favorable à los hijos, y que estos por ella no conseguian todas las prerrogativas de *fuidad*, que no estavan sujetos à la patria potestad, que no eran herederos de sus Padres, que no revocaban las donaciones hechas antes de su natiuidad, que no succedian en los feudos, que no podian ascender à los Sagrados Ordenes, y finalmente, que no gozaban de todos aquellos privilegios, que por Derecho estan concedidos à los hijos legitimis, y que se juzgan en todo como si lo fueren, eran admirables decisiones las de dichos Textos para prueba de la intencion de dicho D. Diego, vt tenent omnes de hac materia loquentes Faxard. *de Legitim. num. 217. Dom. Castell. dict. cap. 31. ex num. 17. & 95. Dom. Covarr. de Sponsal. 2. part. cap. 8. §. 2. num. 24. & 30. Roxas 1. part. cap. 4. ex n. 21.* Pero como en este caso nada de lo referido se le ponga en duda, se sigue precisamente, que dichos Textos no conducen à esta controversia.

38. Antes si de ellos resulta fundada la intencion de Don Lope de Hozes; pues las dichas leyes, y Authenticas claramente afirman, q̄ el hazerse *suyos*, de la potestad del Padre, y herederos los legitimados,

es despues de contraido el matrimonio, y no antes, como lo convencen las dicciones de *cetero*, *exinde*, *mox postquam*, con que en lo decisivo refuelven dichos Textos; y no dexa motivo de duda el §. *Reliqui*, *Auth. quib. mod. natur. efficiant. sui*, ibi: *Damus eis habere etiam successiones illas, quas habent hi QVI ABINITIO sunt legitimi*. De que se sigue por precisa inteligencia de la mente de este Texto; que los asi legitimados *abinitio*; *non sunt legitimi*, porque se les dà derecho equiparado à los *abinitio* legitimos, y esto porque no lo tenian; *quia non erant legitimi abinitio*.

39. Es asi, que en la especie de este pleyto no se trata de succession, que difiera la ley, ni el Derecho, sino es la de la voluntad de los Fundadores, à la qual estàn subordinadas todas las del Derecho; por esta no tienen puerta para entrar à la succession, sino es los que verdadera, y naturalmente *nacen* de legitimo matrimonio legitimos: Luego no diziendo ninguno de dichos Textos; que los legitimados por subsiguiente *nacen legitimos*, por que el principio de la legitimidad à iure comienza desde la contraccion del matrimonio subsiguiente, porque *abinitio no nacen legitimos*, como afirma dicha Authentica; se convence, que el dicho Don Diego con dichos Textos no prueba su intencion, antes si por ellos resulta excluido de la succession deste Mayorazgo por no ser *abinitio legitimus*.

40. Sucede lo mismo, y con igual claridad por las Leyes de el Reyno; pues deduciendo en su favor la ley 1. tit. 13. part. 4. y la ley 12. *Taur.* haziendo contraposicion con la ley 4. tit. 15. *ead. part.* de la decision de estos Textos afirma es caso de ley su inclusion, pues la dicha ley 1. dize, ibi: *Otrofi son legitimos losijos, que ome ha en la muger,*

que tiene por barragana, si despues de esso se casasse con ella. En que advierte la parte de Don Diego dos cosas: La primera, que este Texto està baxo del titulo de los *ijos legitimos*, y que se explica la Ley con la palabra *son*, que es de verbo substantivo, veritatis expresivo. Mieres de *Maiorat.* 2. part. *quest.* 1. *num.* 7. *cum alijs*: Faxard. de *Legit.* n. 15. *in med.* y asi afirma; que por este Texto està verdadera; y realmente declarado por *hijo legitimo*.

41. La segunda, que por estar baxo de dicho titulo, y explicarse la ley con dicho verbo, su legitimidad es *ab origine*; pues quando la ley quiso, que la legitimidad comenzasse desde el acto que la induce, lo expreso como se ve en la ley 4. tit. 15. donde dando la forma de la legitimad por rescripto, ibi: *E si caben su ruego, è los legitiman, son dende adelante legitimos*. Y estando este Texto baxo el titulo de los *ijos, que no son legitimos*, infiere esta ilacion. Quando la Ley quiere, que la legitimacion sea productiva de sus efectos, desde el acto que la causa; lo expresa, y dize, como se ve en dicha ley 4. *son dende adelante legitimos*; Pero quando la quiere productiva de mas excelentes efectos, como son; el que el que la obtiene quede tan libre de macula; que la deba gozar *ab origine*, no le expresa tiempo, sino es lo explica con dicho verbo substantivo; y con tanto cuydado observado todo; que puso ambas leyes baxo diversos, y contrarios titulos: Es asi, que el dicho Don Diego Joseph es legitimado por subsiguiente matrimonio: Luego por dicha Ley 1. està declarado por legitimo, nacido de legitimo matrimonio; lo que esfuerça con aver concebido à los asi legitimados en el orden de los legitimos.

42. En este medio, y con estos

estos Textos corre igual fortuna el Don Diego, que en los antecedentes; pues para hazer su discurso trunca el Texto, el qual integramente leído, no solo no prueba la intencion de el referido, sino es que la excluye, y haze evidente el defecto de la qualidad, que le obsta en este pleyto: dize la Ley 1. que son legitimos los hijos, que hombre ha en la muger que tiene por barragana, si despues de esso se casasse con ella; si no continuasse, si no dixera mas, tenia motivo para dudar en su exclusion el dicho D. Diego; pero profigue, ibi: *Cà maguer estos hijos à tales NON SON LEGITIMOS QUANDO NACEN, tan gran fuerça ha el matrimonio, que LVEGO, que el Padre, è la madre son casados SE FACEN POR ENDE los fijos legitimos.*

43. Si la disputa de este pleyto (repetimos) fuera sobre si D. Diego fuera legitimo, ò no, en el estado presente, nos hiziera duda la ley, y el discurso; pero no fiendolo, porque de nada conduce à esta causa, en la qual solo es de el caso, que el successor ha de *nacer legitimo*, diga lo que quisiere Don Diego, porque esta ley lo excluye, declarando, que los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio quando nacen, *no son legitimos: Cà maguer estos fijos à tales no son legitimos quando nacen*; afirmando el susodicho es legitimado por subsiguiente, confiesa por precisa ilacion, le falta la qualidad para suceder, porque està declarado por esta ley, que no nació legitimo.

44. Sin que sea de reparo el verbo substantivo con que en la primera parte se explicó la ley: *Otrofi son legitimos*, porque con la misma palabra se explicó la ley 4. ibi: *Son casados*, y sin embargo no se retrotrae el rescripto à el origen de la natiuidad de los hijos; y en substancia nada más dize dicha ley 1.

que previno el cap. *Tanta est vis*, y solo adelantò la declaracion, de que los hijos legitimados por subsiguiente *no son legitimos quando nacen*, que es el punto esencial de este pleyto, vt tenet Dom. Castill. *dict. cap. 31. n. 73. & 74. in terminis.*

45. Y es tan configuiente à lo referido la ley 12. *Taur.* que de ella misma se deduce la grande diferencia con que explica à los *legitimos de legitimo matrimonio nacidos*, y à los *legitimados por subsiguiente*; pues tratando de los legitimados por rescripto, dize ibi: *Si alguno fuere legitimado por Rescripto, ò Privilegio nuestro, ò de los Reyes, que de nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus Padres, ò Madres, ò de sus Abuelos, y despues su Padre, ò Madre, ò Abuelo ovieren algun hijo, ò nieto descendiente legitimo, O DE LEGITIMO MATRIMONIO NACIDO, O LEGITIMADO POR SVBSIGVIENTE MATRIMONIO, el tal hijo legitimado no pueda suceder con los tales hijos, ò descendientes legitimos.*

46. Cuya diferencia resulta de la diction *O*, que corresponde à la diction *aut*, que es diversificativa, ò adversativa de dos extremos separados, y distintos, como observò en terminos de el caso de este pleyto Faxard. *de Legitim. membr. 4. num. 295.* Guzm. *Verit. Iur. verit. 5. num. 78.* & Dom. Castill. *5. Controv. cap. 82. num. 46. versic. Et ille tertius casus, circa fin.* donde afirma, que aunque este Texto no se hizo para decidir question sobre succession entre legitimo, y legitimado por subsiguiente, *adhuc tamen* de el resulta grande diferencia, con que los Legisladores conciben à los legitimados respecto de los legitimos, manifestada en la dicha diction, y assi no se comprehenden en el llamamiento de *legitimo de legitimo matrimonio nacido*, ibi: At-

47. *Atque ita, quamvis lex ipsa Tauri nullo modo venerit decidere dubium propositum, an scilicet comprehendatur filius legitimus per subsequens matrimonium, quando concurreret cum filio nato ex verò matrimonio, vel quando agatur de successione eius, qui filios legitimos, ac ex legitimo matrimonio natos ad successionem vocavit; negari tamen illo pacto potest, quin differentiam dictorum filiorum consideraverit, diversasque species agnoverit: alio qui nanque si non sentiret diversitatem specierum, non esset necesse sic specificè eas exprimere, sed sufficeret vno verbo disponere, quod filius legitimus preferendus esset legitimo nato per Rescriptum Principis: cum itaque dixisset, ò de legitimo matrimonio nacido, in quo verus, & legitimus filius per matrimonium continetur, & ostenderet ab hoc legitimo filio differre eum, qui ante contractum matrimonium nascitur.*

48. *Ultimo loco possuit, ò legitimado por subiguiente matrimonio, iuxta quod sub illo verbo, ò nieto de legitimo matrimonio nacido non includit, nec significat filium le-*

gitimatum per subsequens matrimonium, quoniam illa alternativa, ò non subijcitur inter extrema eiusdem significationis, sed inter diversa, & formaliter separata. L. Generali, C. de Sacrosanct. Eccles.:: Sic sanè ex huius Regni scriptoribus contra filios legitimos per subsequens matrimoniù clarè videntur tenuisse Ant. Gom. in leg. 9. Taur. num. 64. Cifuent. in leg. 4. Taur. colum. 1. Mier. de Maiorat. 2. p. quæst. 1. num. 8. Dueñas reg. 350. num. 14.

49 De que resulta, que siendo nuestro caso de llamamiento de nacido de legitimo matrimonio, y no legitimado, cuya qualidad le falta à el dicho Don Diego, aunque sea legitimo, le obsta, y excluye la dicha ley, pues manifesta la grande diferencia, que huvo en el nacimiento, que apetecio en el successor, de la que intervino en el dicho Don Diego. Y de todo lo hasta aqui dicho en esta especie se infiere, que su inclusion no se induce por ningun Derecho, antes si su exclusion es manifesta por el Canonico, Civil, y Real.

QUE POR AUTORIDAD NO PRUEBA SU intencion, y exclusion dicho D. Diego.

50. **E**N la especie de este medio haze grave fundamento la parte de dicho D. Diego, suponiendo, que por su inclusion estan los mas clasicos Autores de el Reyno, para lo qual cita Dom. Covarr. de Matrim. 2. part. cap. 8. §. 2. num. 28. D. Gregor. Lop. in leg. 2. tit. 15. part. 2. Gloss. 10. Dom. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 1. num. 6. & ibi Add. D. Menchac. de Success. creat. lib. 1. §. 2. num. 89. D. Cresp. observ. 23. quæst. 15. Dom. Solorç. de Iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 17. num. 50. Mieres de Maiorat. part. 2. quæst. 1. num. 7. P. Molin. de iust. &

Iur. tom. 1. disp. 172. Agust. Barbof. vot. 73. artic. 1. Noguera. allegat. 23. & 24.

51. Y procura persuadir, que Dom. Castillo, sin embargo de aver escrito con tanta extension en el punto de este pleyto in lib. 4. Controv. cap. 31. per tot. se corrigio en las obras posteriores, como fue en el tom. 5. cap. 75. & in cap. 105. num. 35. y que Faxardo, que escrivio tratado de esta materia, en las obras posteriores dixo, que podia ser, que en la edad provecta mudasse de opinion, variando en la que con tanta premeditacion dexò fundada

por el substituto legitimo en exclusion del legitimado en los propios terminos de este pleyto, y quando el llamamiento es de hijos *legitimos de legitimo matrimonio nacidos*.

52. Y asì no solo la afirma comun, sino es reverente por la grande autoridad de dichos DD. y decisiones; que afirma ha avido, canonizandola los supremos Tribunales de el Reyno; pero siendo todo lo referido abultar sombras, que à la primera inspeccion, y sin reflexion à el caso, modo, y medio, con que escrivieron dichos Autores, pongan en duda lo claro de la justicia de esta Parte: se satisface, y excluye por los fundamentos siguientes.

53. Por ser cierto, y deducirse de el medio antecedente, que no ay Texto Canonico, Civil, ni Real, que declare, que el legitimado por subsiguiente matrimonio, *nace legitimo, & in constantia matrimonij*; con que no es posible, que ningùno de los referidos Autores prueben su conclusion legalmente, y con Texto, que autorize su dictamen: Es asì, que el Doctor que no funda con ley su opinion, no es acreedor de que se le crea. Garcia de Nobilit. *Gloss. 35. ex num. 20.* Luego aunque resolvieran los citados por parte de dicho D. Diego à favor de su inclusion, no se debe diferir à ellos, porque no tienen facultad de hazer leyes, y sin ellas no pueden resolver casos, que sean contrarios à la mente del Derecho.

54. De donde resulta otro principio igualmente cierto, que *tanto vale la autoridad de los DD. quanto convença su razon*, porque de lo contrario *locuntur ex capite, vt desumitur ex cap. Ego d. 9. cum Mascard. Præt. Thusc. & alijs Carlev. de Iudic. tit. 1. disp. 2. num. 61.* y asì de la razon de la conclusion, que fundan, se deducirà si es su opinion co-

mun, y probable, pero no del numero de Autores. P. Sanch. *de Matrim. lib. 3. disp. 44. num. 2.* Carlev. *dict. tit. 1. disp. 3. num. 2. cum alijs.* Escob. *de Purit. 2. part. quest. 4. art. 4. num. 17.* Dom. Vela, *dissert. 49. num. 49.*

55. Y asì es evidente, y cierto, que para hazer opinion en qualquiera materia es preciso, que el que la trata la dispute, controvier- ta, cale sus principios, y examine los fondos de la razon en que estri- va para proferir dictamen; porque de lo contrario, y tratandola *perfunctorie*, ò de passo, su resolucion nada prueba, ni se debe seguir, ni constituye comun opiniõ solo cõ el numero. Carlev. *vbi prox. dict. num. 20. & in terminis en el caso de este pleyto Dom. Castell. dict. lib. 4. & cap. 31. num. 98. ibi: Imò quod magis est, authores quam plures, qui in quaestione hætenus agitata pro legitimo, & contra Baldum responderunt absque vlla disputatione, id fecerunt, & rem perfunctorie tractarunt, qui forsam, si articulum hunc ad exactam disputationem, & strictam iuris rationem reduxissent, aliter statuissent: Doctori autem perfunctorie, & absque examine aliquid dicenti non est simpliciter credendum ad causarum decisio- nem, nec ad communem opinionem constituendam.* Torre *de Maiorat. 1. part. cap. 29. num. 97. in med. cum Menoch. Sanch. & alijs. Card. de Luca de Emphyt. disc. 3. num. 8.*

56. Este commicial accidente ha padecido siempre la question de este pleyto, no solo en Castilla, y entre los DD. de ella, sino es tambien entre los Estrangeros; de fuer- te, que no solo en este tiempo, sino es quando escriviò D. Castillo; se numeraban à centenares los de vna, y otra opinion, y tanto, que el Cardenal de Luca, creyendo no era de el caso quanto dezian, y increpan- do el abuso de semejantes allega-

ciones in discurs. 224. de Fideicom. num. 3. dize, ibi: *In hoc autem dicebam, quod partes filij ita legitimated late sustinet Giovagnon. conf. 49. n. 45. & sequent. lib. 1. ubi cum consueto Iuristarum improbo labore longam retexit litaniam, atque 72. DD. cumulatim alijs Perursin. de Feud. part. 1. quest. 4. artic. 2. Nogueroi allegat. 33.* afirmando, que es solo questio de voluntad, y que por serlo; no son del caso opiniones escritas en otros terminos.

57. Y por otra razon las excluye Dom. Castell. dict. cap. 31. n. 94. versic. *Non obstat nonū, in med. ibi: Quamvis ergo tot, tantique Authores opinionem eam pro legitimatedo substitineat, & defendant, quod sæpe numero contingit DD. imitari aves, que quando una volat, omnes alie secuntur, nec rationem, aut fundamentum opinionis quam sequuntur inquirant, ut in terminis questiois nostra scriptum reliquit Rolandus: Lo mismo afirmo Carena resolut. 212. num. 1. versic. Et licet primi.*

58. Y es tan cierto lo referido en este caso, que si con esta reflexion se advierten los Autores citados por parte del dicho D. Diego, y en cuya opinion; y autoridad haze el fundamento de su Justicia, se ve en ellos lo que afirma dicho Dom. Castell. y por el contrario, si se reconocen los que estan por el substituto legitimo, se encontrara lo mismo que refiere vbi prox. ibi: *Contrariam quam plurimi quoque alij, & gravissimi iuris utriusque interpretes amplectuntur, qui longe plures sunt numero, ut supra notavi, & ipsi equidem, præhabita diligenti, & stricta iuris disputatione (quod contraria sectatores non ita exacte fecerunt) in puncto, & ratione iuris verius arbitrati fuere, legitimatedos per subsequens matrimonium non excludere substitutum sub conditione, si hæres, aut gravatus decesserit sine filijs ex legitimo matri-*

monio natis, & inde nec admitti ad successionem Maioratus ad quem ex legitimo matrimonio nati vocentur.

59. Lo practico de esta asercion se haze evidente reconociendo dichos Autores; pues D. Molin. in dict. lib. 3. cap. 1. num. 10. no disputò, ni controvirtió esta questio, sino es por consiguiente de la antecedente, puso su conclusion por regla, probandola, como sin controversia; de el cap. *Tanta est vis*, y con los cap. *Cum in cunctis*, & *Innotuit de elect.* Lo mismo executò D. Covarrub. in 4. de sponsal. 2. part. cap. 8. §. 2. num. 30. pero tan sin reflexion à fundamentos contrarios; que aviendo reconocido sus doctrinas en dichos lugares Dom. Castell. dict. cap. 31. num. 17. circa fin. dize ibi: *Verè tamen eruditissimus iste vir (sicut, & Didacus Covarrub.) articulum propositum non disputat, & rem perfunctorie tractat, & forsam, si veritatem latius inquireret, & retentionum fundamenta perlegeret aliter statueret, nec adduceretur, ex Text. (prout etiam ipse Covarrub. adducitur) in dict. cap. Innotuit de elect. cum Text. ille in hominis dispositione non urgeat.*

60. Y no solo advirtió lo referido Dom. Castillo, sino es los Add. ad Dom. Molin. dict. num. 10. versic. *Re verà 3.* ibi: *Re verà, nisi tanti viri autoritas, atque iudicium me impeleret huic ultima opinioni* (habla de la que excluye à el legitimatedo; y admite à el legitimo) *libenter accederem*: Afirmando; que dichos Textos no hablan del caso de esta disputa, y continuan expresando fundamentos por el substituto legitimo de legitimo matrimonio nacido.

61. Lo mismo sucede à D. Solorzano en el lugar citado; pues tratando en el; de si en las Encomiendas de Indias podian succeder los ilegítimos; y afirmando, que los legi-

legitimados por subiguiente matrimonio succeden en ellas, dà la razon num.42. *Adhuc tamen ubi sumus in dispositione legis, qualis est hac de qua agimus, quae vulgo lex successiois vocatur, vel in alia qualibet statuaria.* Con que se ve claro, que habla en disposicion de Ley, ò Estatuto, en la qual no ay duda: y aunque in num.49. haze extension à los Fideicommissos, y Mayorazgos, y asì à la disposicion de hombre, y resuelve por el legitimado, fue sin mas fundamento, que la presumpcion de que el Testador quiso conformarse con la disposiciou de la Ley, y esto porque lo dixeron D.Molin. & Dom. Covarr. tratando tan de passo la question, como se reconoce de èl mismo.

62. Lo proprio sucede à la doctrina de el P. Luis de Molina, *tract.2. disp.172.* pues no la disputa ad partes, y solo por consiguiente afirma, que aunque el llamamiento sea *de hijos legitimos nacidos de matrimonio*, succeden los legitimados por subiguiente, y habla en terminos de la question, que disputò Roxas *1. part. cap.4. ex num.5. Scilicet,* quando se compite el hijo legitimado mayor con su hermano legitimo nacido de el matrimonio, que despues contraxeron sus Padres, en que ha avido igual disputa.

63. Y Nognerol en la *allegat. 23. y 24.* bien especuladas se reconoce lo que cõglomerò de doctrinas improprias para el caso, llevado de la afeccion de la Parte à cuyo favor escrivia, por lo qual su opinion se haze sospechosa; pues si huviera de resolver como Juez, aca so mudaria de dictamen. Giurba, *observ.95. Farin. de Testib. quest.60. ex leg. fin. ff. de testib. cap. fin. §. Patroni 4. quest.3. & in terminis Cardin. de Luca de Dote disc.17. n.5.*

64. De que resulta, que el dicho Don Diego no tiene à su fa-

vor tan respetosa autoridad como insinua, pues todos sus DD. ciega-mente figuen à D.Molin. y Covarr. los quales (aunque doctissimos) en este caso no procedieron con la especulacion, que requeria: y Dom. Crespi *in loc. sup. relat.* refuelven à favor de el legitimado, quando ay *duda de la voluntad* de el Fundador; pero no aviendola, esta se debe seguir, *ut asserit in dict. leg. 2. tit.15. part.2. Gloss.10. quest.12. in fin. ibi: Perpendens illud procedere quando essemus in dubio an Testator, vel disponens hunc talem per subsequens matrimonium legitimatum VO-LUIT excludere, vel includere: quia cum non simus certi de eius intentione, regulamus verba iuxta dispositionem iuris: si tamen ex eius verbis MANIFESTE deprehenderetur, nolle talem legitimatum includi sub eius vocatione, tunc standum esse voluntati Testatoris, seu talis disponentis.* Y asì tanto dista, que estos dos DD. estèn por la pretension de Don Diego, quanto que es evidente favorecen à la de Don Lope, por no admitir duda la voluntad de los Fundadores.

65. A que se llega, que todos los DD. citados por la otra Parte, ò hablan en terminos de llamamiento *de hijos legitimos de legitimo matrimonio* solamente, ò de *legitimo matrimonio nacidos*; pero no en el concreto de el caso de este pleyto, que no contentandose los Fundadores con semejante expresion, manifestaron la exclusion de los legitimados por subiguiente, diciendo, que los successores de su Mayorazgo avian de ser no solo *legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos*, sino es, **Y NO LEGITIMADOS**, cuya negacion positiva no se puede verificar en otros, *ut postea videbimus.*

66. Y por el contrario los DD. que resolvieron la question de este pleyto à favor de el substituto legi-

legítimo de legítimo matrimonio nacido, como lo es Don Lope, lo hizieron disputando, controvirtiendo, y contrapescando los fundamentos de vna, y otra opinion, no solo por la autoridad extrínseca, sino es por la intrínseca, y impelidos de la fuerza de la verdad profirieron su dictamen, vt sunt Dom. Castillo, *dict. lib. 4. & cap. 31. per tot. & tom. 5. cap. 75. & 105. num. 35.* constante siempre contra el legitimado, sino es que por la voluntad del Fundador resulte le contempló, ó quiso: y aunque à este Doctor se le imputa el defecto de vario en su opinion, se vindica el mismo de esta impostura *dict. tom. 5. cap. 82. n. 46. versic. Et ille tertius casus, in med.* donde aviendo buuelto à fuscitar la especie de esta disputa, dize, ibi: *Cum alijs infinitis, quos ipsi referunt, & quos ego ipse alio capite huius tractatus suprà lib. 4. recensui, quo loci, in puncto, & rigore iuris, & iuxta proprium, & verum verborum sensum, banc opinionem veriore esse, & pravalere debere, SEMPER existimavi, & NUNC existimo.*

67. Don Diego Antonio Yañez Faxardo escribió exprofesso Tratado de *Legitimatione per subsequens matrimonium*, y entre las questions potísimas, que trató, fue la de este pleyto, haziendose cargo de los fundamentos de la contraria, y respondiendolos concluye à favor de Don Lope, *vt videre est num. 296. & 297.* trayendo à favor de su opinion vna hoja de Autores *ex num. 266.* y la confessaron cierta, y justa Add. ad Dom. Molin. *ubi suprà*, vers. *Re vera*, y lo que mas es executó lo mismo D. Gonç. Tellez *in cap. 1. Qui filij sint legit. num. 10.* donde vigorosamente la funda, y solo tituvea por la pura autoridad extrínseca. Y en los terminos concretos de este caso, cum distincione Luca *de quo infrà*, Torre de Ma-

9.
torat. 1. part. cap. 29. §. 9. ex n. 95. que la disputó, y resolvió mas que prolixamente.

68 De que resulta, que conforme à las Reglas precisas para la inteligencia de la autoridad, que se debe dar à los DD. y quando hazen opinion, y se debe seguir su dictamen, ninguno de los deducidos à su favor por el dicho D. Diego tiene las qualidades, que se necesita, ni para formar comun opinion, ni para seguirles; y todos existen en los quo favorecen à esta Parte.

69. Y aunque procura autorizar la opinion, que le favorece el dicho Don Diego, y los Autores que escribieron por su inclusion, con las Decisiones de diversos Tribunales, las que son de tanta veneracion, vt tradit Bobad. *lib. 2. Polyt. cap. 6. ex num. 18.* estas se hallan muy valanceadas con las que refieren los Add. ad Dom. Molin. *lib. 3. cap. 1. num. 6. versic. Secunda opinio, & num. 10. versic. Secunda verò*, así de la Real Chancilleria, como del Supremo Consejo de Castilla, y de la Sala de Tenutas, en los pleytos que refieren, y en la Audiencia de Sevilla se determinó à favor de el legítimo matrimonio, en exclusion del legitimado por subsiguiente, en el caso en que escribió D. Castillo, *dict. cap. 31. vt videre est n. 19.*

70. Y en todos los Tribunales de Italia es la mas comun opinion por el legítimo, que nació con esta qualidad, Dom. Castill. *ubi proxim. num. 97.* y refieren todos los DD. que cita *in dict. cap. 31. ex num. 95.* y así tanto dista, que por este medio aya probado el dicho Don Diego por *Autoridad* su inclusion, quando que lo contrario es evidente; porque la segura, y fundada autoridad está à favor de D. Lope.

*QUE POR LA RAZON, QUE DE LOS DOS
medios antecedentes se deduce, no prueba Don Diego su
inclusión, porque su exclusión es manifesta.*

71. **E**N la prueba de este tercero Medio consiste (sin duda) toda la dificultad de este pleito; pues queriendo en el D. Diego de Aguayo probar la razón de su inclusión deducida de los dos Medios antecedentes, es preciso, que para manifestarla lo deduzca de los fundamentos, en que estriva la razón de la Ley, y de la autoridad, que dize le favorecen, y lo haga con tal viveza, que no quede duda prevalecen à lo que Don Lope de Hozes deduce en su defensa, por el mismo medio.

71. Los fundamentos, que motivan la opinion, que admite à los legitimados por subsiguiente matrimonio, en exclusión del substituto legitimo nacido de legitimo matrimonio en los concretos terminos de el llamamiento *de legitimo matrimonio*, están reducidos à breve compendio; pues son solo, que el legitimado por subsiguiente matrimonio, es *propria*, y *verdaderamente legitimo*, y como tal se comprehende en la disposición en que están llamados *hijos legitimos*, y *de legitimo matrimonio nacidos*, *ex leg.* *Cum quis*, L. *Nuper*, C. *de nat. liber.* Dom. Castill. *diēt. cap. 31. num. 4.* Torre *de Maiorat. 1. part. cap. 29. §. 9. n. 104.* Dom. Molin. Covarr. Solorç. & *omnes supra relati.*

72. Y por lo referido se admiten à los honores, dignidades, oficios, y demás cosas à que se admiten los hijos *legitimos*, y *naturales*, *vt tenet omnes relati* à D. Castill. *diēt. cap. 31. num. 2.* & 7. D. Solorç. *de Iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 17. ex num. 45.* Torre *ubi proxim. diēt. num. 104.* porque se igualan con ellos, como si à *el principio*, & *tem-*

pore conceptionis essent legitimi, & *naturales*, Roxas *cum plurim. de Incompat. 1. pare. cap. 4. ex num. 36.*

73. Que esto lo puede hacer la Ley; porque si el Principe puede legitimar por su Rescripto à los naturales de tal modo, que tengan todas las sucesiones, como si fuesen legitimados *nacidos de legitimo matrimonio*, y el Papa dispensar en su raíz para los mismos efectos, con exceso de razón podrá inducir lo mismo por vna Ley general, que dispóngase sean tenidos los legitimados por matrimonio, como si fuesen *legitimos*, *omnes relat.* à D. Castill. *diēt. cap. 31. n. 9.* Peregrin. *de Fideicom. artic. 24. ex n. 18. & 21.*

74. Que la razón de estos principios debe obrar en la interpretación de las últimas voluntades, que la reciben por Derecho escrito, con el qual en duda se juzga conformarse con su providencia los Testadores, y viniendo de este el favor, que tienen los así legitimados, porque así convino à la causa pública, y bien de el matrimonio, no es creíble se quisieran separar facilmente de su disposición: *Relat.* à D. Castill. *ubi supra n. 10.* Rox. *cum plurim. ex leg. Hæredes mei. §. Cum ita, ff. ad Trebell. n. 23.*

75. Y por la misma causa, y sin embargo de no succeder el legitimado por Rescripto en los Feudos Seculares, y Eclesiasticos, succedê los legitimados *per subsequens*, sino es que en la investidura *se excluyan expressamente*; y militando las mismas reglas en los Feudos, que en los Mayorazgos, deberàn succeder mientras no tengan *exclusión expressa*: argumento que haze D. Castill. *ubi prox. ex nam. 11.* Marta

de *Succes. legal. part. 1. quæst. 18. art. 4. per tot. D. Cresp. observ. 23. quæst. 15. num. 144.*

76. Que de no ser afsi resultaria no aver diferencia entre los legitimados por Rescripto, ò por matrimonio, lo que fuera absurdo opuesto à toda disposicion legal. Dom. Castill. *vbi prox. num. 15. cum ibi relat.*

77. Y la razon de la referida conclusion, que dan vnos, es; porque tiene esta legitimacion efecto retrotractivo à el dia del nacimiento, quos videre est apud D. Castill. *vbi prox. num. 16.* y la de otros es, porque el Derecho presume, que el hijo afsi legitimado fue avido *sub spe futuri matrimonij*, dexando pendiente la legitimidad *in radice* à el hecho de que se subfiga el matrimonio, esto es, que no fue absoluta su legitimidad, sino es respectiva, y *sub conditione, si matrimonium sequatur.* Noguier. *allegat. 24. à num. 11. usque ad 19.* Roxas *vbi prox. n. 24.* Faxard. *de Legitim. n. 8. usque ad 16.*

78. Y vlttimamente, porque cede en beneficio, y à favor de el matrimonio, por el qual se evitan los pecados, y escandalos, que resultarian del concubinato, y su continuacion. Fuffar. *de Substit. quæst. 409. ex num. 3.* Noguier. *allegat. 23. & 24.* y à estos vnicos fundamentos està reducida toda la razon, que deduce el dicho Don Diego de los primeros Medios; pero teniendo el mismo defecto, que queda ponderado suprà, de no distinguir *casos*, y tiempos para su inteligencia, haziendolo, se excluyen con evidencia.

79. Y afsi, que el legitimado por subfiguiente sea verdadera, y propriamente legitimo, se distingue. O se trata de la legitimacion de el hijo despues del matrimonio de sus Padres, *post contractum matrimonium*: ò se trata de los efectos de dicha lé-

gitimad desde el tiempo del nacimiento hasta la contraccion de el matrimonio? En el primero tiempo es evidente, que despues de el matrimonio de sus Padres es verdadera, y propriamente legitimo; pero en el segundo tiempo, y desde la natiuidad à la contraccion del matrimonio es *fiçte legitimus, iuris arte*, vt tenent Dom. Covarr. *dict. cap. 8. §. 2. num. 30.* donde dando inteligencia à las palabras *legitimi habeantur del cap. Tanta est vis*, dize, ibi: *Quibus, vt satisfaciam verba dictæ decretalis sic existimo intelligenda fore, vt si consideremus tempus à natiuitate ad matrimonium, filius eo tempore fiçte fuerit legitimus: at si tempus matrimonij contracti attendatur, ex eo verè censendus est legitimus non fiçte.*

80. Y califica lo referido con el exemplo, de que si por ley municipal se manda, que los Estudiantes se tengan por Ciudadanos, se deben tener como tales para los efectos civiles; pero para los naturales por ficciõ, *ibid. num. 31. Stante etiam lege municipali, qua Scholastici cives habèdi sunt: quoad civilitatem lex illa verum inducit, sed quoad natiuitatem fingit aperte.* Y siendo este Doctor con el señor Molina, los primitivos de la opinion contraria, y por cuya autoridad contraria su proprio dictamen le figuen tantos, no pudo menos, impelido de la verdad, dexar de confessar, que el legitimado *per subsequens*, desde su nacimiento à la contraccion del matrimonio *non est verè*, & *proprie legitimus, sed iuris fiçtione*: y afsi lo afirman Dom. Castill. *dict. cap. 31. num. 23. & 56.* D. Gonçal. *in cap. 1. Qui filij sint legit. n. 10. versic. Nec obstavit.* Cardin. Mantic. *de Coniect. lib. 11. tit. 12. num. 21.* Peregrin. *de Fideicom. art. 24. n. 41. & 42.* Fachin. *& omnes pro legitimo.*

81. De cuya essencial distincion resulta otra igualmente propria,

pria, como lo es, que el legitimado por subiguiente se juzga legitimo para todos los casos, y cosas, que dependé, y se diferé por la Ley; pero uo transciéde, ni se entiende así en la *disposicion de hombre*, y lo que depende de ella: y la razon convençe, porque la Ley puede moderar, y dar regla à su misma disposicion, pero no à la de la voluntad, à quien obedece; Dom. Castillo, *ubi prox. num. 67. vsque ad 73. cum plurim. Torre de Maiorat. 1. part. cap. 29. §. 9. num. 120. versic. Et pater, ibi: Si quidem locum habet talis conclusio in dispositione legis, sivè in ijs, que à lege dependet, & deferuntur; non verò in hominis dispositione, sivè in ijs, que deferuntur iudicio Testatoris, quoniam tunc voluntas est ad unguem servanda, & num. 121. & 122. Add. ad Dom. Molin. dict. lib. 3. & cap. 1. num. 10. versic. Re vera, D. Gonçal. in dict. cap. 1. & n. 10. versic. Et pater.*

82. De esta distinguida inteligencia tan propia à la razon del derecho, y de la autoridad, que en su favor deduce el dicho Don Diego, resulta la sin ponderacion ventajosa eficacia, con que debe prevalecer la opinion, que esta Parte afirma cierta en su defensa, deducida de la razon de sus fundamentos, como son.

83. Que en los precisos terminos de la Clausula de esta fundacion se halla *manifestada la voluntad* en favor de el substituto legitimo, y contra el legitimado; pues aunque se haga legitimo por el matrimonio, *no nació tal*, y carece de la condicion *natural*, y *verdadera* con que llamó à la sucesion, y à que sugetò los llamamientos, en que *no se puede incluir el legitimado*, por faltarle notoriamente la qualidad apetecida. *L. Non ignorat, C. qui accus. non poss.* Dom. Castell. *dict. cap. 31. n. 20. & 94. Faxard. de Legit. n. 275. Torre de Maior. 1. p. dict. cap. 29. & §. 9. n. 10. & est communis.*

84. Que este defecto no puede suplirse por equipolencia, ò *ficion de derecho*; porque las condiciones puestas por el Fundador, se han de cumplir en especifica forma, y entenderse sus palabras en el *natural riguroso significado*, y con la propiedad, que suenan. Dom. Castell. *ibidem num. 24. 27. & 34. ex leg. Qui heredi in princip. L. Mevius, ff. de condit. & demonstr. Faxard. num. 285. & 293. Dom. Paz de Tenut. cap. 34. n. 3. & 17.*

85. Que pidiendo las palabras de la Clausula de esta Fundacion la qualidad de *nacimiento legitimo* à el que apetece successor, nunca la puede tener el que nació *ilegitimo*, y de concubina, ni el derecho puede fingir, ò disponer, que *no aya sido lo que fue*, y que el que nació *ilegitimo*, vuelva à nacer *legitimo*, para poderse incluir en el llamamiento destinado precissa, y solamente à los que *actu nacen legitimos*: *Argum. Text. in leg. Bello, §. Facta, ff. de cap. & postlim. revers. L. 1. §. Si vir. ff. de acquir. possess. L. Interdum 2. de natal. restituend. ibi: Vtique natalibus restituitur in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur, cum servus natus esset: hic enim quantum ad totum ius pertinet, perinde habetur ac si ingenuus natus esset.* Dom. Castell. *dict. cap. 31. à num. 57. D. Gonçal. in dict. cap. 1. Qui filij sint legitim. num. 10. Fachin. Controv. Iur. lib. 4. cap. 54. in princip. Faxard. de Legit. n. 301. precipuè 306. con que no la puede tener el legitimado por mas, que el Derecho le favorezca, quia ad præteritum non datur potentia.*

86. Que siendo la voluntad del Fundador la que manifestó en sus palabras, no se pueden, ni deben impropriar con ficciones, y sutilezas para extender la substitucion de vna persona à otra, y de vn caso à otro; porque sería iniquidad contra

tra el precepto del Fundador, y derecho de el substituto legitimo, lo que tiene notoria resistencia, *ex leg. Non aliter, ff. de legat. 3. L. Si quis ita, §. penult. ff. de testam. tutel. L. 3. §. Hac verba, ff. de negot. gest. Faxard. vbi prox. num. 285. Sed nec admittitur in casu quo persona ficta equiparatur persona vera. Dom. Castill. dict. cap. 31. num. 34. & sequent.*

87. Que si la disposicion de el hombre haze cessar la de la Ley, como es notorio, vt cum plurim. D. Castill. *de Vusufruct. cap. 19. num. 15. Dom. Vela, differt. 11. num. 111. Jul. Capon, discept. 12. & ex L. 40. Taur. faltaria este principio, si se admitiera à el legitimado contra el substituto legitimo, concediendole à vn tiempo muchas especialidades repugnantes, ò impossibles, como fueran la de fingir, que nació legitimo contra el hecho natural, y verdadero, y que esta ficcion obrasse mas, que la verdad, y que las palabras de el Testador se huvieran de entender siempre in sensu civili, y nunca en el natural, y verdadero, con que las pronunciaron, lo que ni aun se puede pensar sin contravenir à toda la disposicion de Derecho. Barbos. *de Iudic. in leg. 29. n. 38. Dom. Castill. dict. cap. 31. num. 46. & sequent. Faxard. vbi prox. n. 283. & 286. ex leg. Filio 23. ff. de liber. & posthum.**

88. Que si el llamamiento concebido en los terminos, que sucedan hijos legitimos, y naturales, excluye à los legitimados por Rescripto, ò per oblationem Curiae, precisamente se excluyen los legitimados per subsequens en fuerça de la adiccion, y geminacion de legitimo matrimonio nacidos; porque estas palabras han de obrar, y producir efecto. *L. 3. in princip. ff. de iur. iur. D. Vela, differt. 47. num. 10. 11. & 13. D. Salgad. de Protect. part. 2. cap. 2. §. 1. num. 5. Pareja de Edit. tit. 2.*

*resol. 6. num. 324. Faxard. vbi supra num. 286. Dom. Castill. lib. 5. cap. 38. ex num. 1. que no le tendrian si no excluyen à el legitimado por matrimonio, pues no ay otro termino habil en que se puedan verificar: y esto es lo que se llama en el Derecho disposicion expressa. Argum. Tex. in leg. Certum, ff. si cert. petat. L. Nominatim, ff. de condit. & demonstrat. Auth. de hered. & falcid. §. Si verò expressim. Dom. Castill. *de Vusufruct. cap. 1. à num. 46. & cap. 39. ex n. 26. & 29. Tiraq. post tract. de Legib. connub. verb. Expressus, Gloss. 7. n. 81. Dom. Molin. lib. 1. cap. 17. num. 27. vbi Add.**

89. Que aunque algunos han querido tenga efecto retrotractivo la legitimacion por subsiguiente à el dia de el nacimiento; (lo que niegan otros) esto solo se entiende en quanto à las sucesiones, y cosas, que se gobiernan por la Ley, en que ninguno tiene adquirido, ni radicado invariable derecho; pero no en quanto à la sucesion de Mayorazgo, que recibe todo su ser de la voluntad del Fundador; y que por ella adquieren desde entonces invariable derecho los llamados respectiue, y no puede introducirse la Ley à perjudicarlos, porque no tiene dominio en esta sucesion particular: ni el vltimo Posseedor puede alterarla con ningun hecho. Montea-
legre de Exercit. pract. action. lib. 2. cap. 1. §. 3. num. 9. & 10. Faxard. vbi supra num. 238. Dom. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 8. num. 21. Dom. Castill. lib. 3. cap. 10. Antun. de Donat. lib. 1. pralud. 2. num. 6.

90. Que en calificacion de lo referido milita la vniforme sentencia de todos los Doctores, que llevan, que el legitimado per subsequens, aunque sea mayor, no se admite en perjuizio de los hijos avidos en el intermedio matrimonio, antes que succediese la legitimacion,

cion , y no por otro motivo , que por aver nacido legitimos antes que el mayor fuesse legitimado ; y no darse *retrotraccion* en perjuizio del derecho adquirido por la qualidad de legitimo. Dom. Molin. *de Primog. lib. 3. cap. 1. num. 3. vbi Add. Matienç. in leg. 10. tit. 8. lib. 5. Recopil. Gloss. 3. num. 9.* Faxard. *de Legitim. num. 235.* Dom. Gonçal. *in dict. cap. 1. Qui filij sint legit. num. 9. ex leg. Postliminium, ff. de capt. & postlim. revers. cum plurimis ibi videndis.* Luego si esta misma identica razon hallamos en el *substituto legitimo*, como succede en este caso, se avrà de admitir forçosamente por la misma Regla.

91. Y finalmente , que no ay motivo para no observar la voluntad del Fundador , y practicarla en especifica forma, quando la condicion, de que los successores sean *legitimos, y nacidos de legitimo matrimonio*, es licita, justa, y admitida de derecho, como preservativa de to-

do daño, por ser mejor que los hijos sean avidos de legitimo matrimonio , *que de una concubina* de inferior esfera, con pecado, y ofensa de Dios, aunque despues se legitimen por el casamiento, porque estos por lo regular son odiosos , y aborrecidos de quien solo quiso, *que naciesen legitimos de honesta, y noble madre.* Merenda *lib. 4. Controv. cap. 17. num. 7.* cum alijs Faxard. *vbi prox. num. 288.*

92. De que se sigue , que por ninguno de los medios referidos prueba D. Diego su intencion, como se ha manifestado , tratando la question de este pleyto en los puros terminos de *hijos legitimos de legitimo matrimonio nacidos* , pues la razon de la exclusion de los legitimados por subiguiente en admision del legitimo substituto, es mas poderosa, y evidente; y en el concreto de la Clausula de esta Fundacion , sin motivo de disputa.

CONFIRMASE EX VOLUNTATE FVNDATORIS

la inclusion de esta Parte, y la clara, literal, y expressa exclusion del dicho D. Diego.

93. **D**Examos fundado en el ingreso de este Discurso ; que por la voluntad de estos Fundadores està expressamente incluido en la succession de este Mayorazgo D. Lope de Hozes Conde de Hornachuelos, por tener la calidad apctecida: y asimismo se manifestó estar excluido Don Diego Joseph de Aguayo por su defecto, aunque de mejor linea, por competirle dicho Don Lope igualmente descendiente de los Fundadores, y primero llamado , y averse hecho la Fundacion en virtud de Real Facultad.

94. Pero no defengano, insiste en su prelation , afirmando,

que es de tanto privilegio en el Derecho, que no se entiende excluido por ninguna conjetura de la voluntad , sino es que *expressa, y literalmente* digan los Fundadores, *no succedan los legitimados por subiguiente matrimonio* ; porque en la general exclusion de *legitimados* no se comprehenden los que lo son *per subsequens*, sino es los *legitimados por Restricpto*, autorizando lo referido con los lugares de Noyer. *allegat. 23. ex num. 52. & allegat. 24. ex n. 65. & 91. Roxas de Incompat. 1. part. cap. 72. vbi Aquila num. 27. & 28. cum alijs, quos hi referunt.*

95. Y siendo esta instancia, y fundamento demasiadamente gene-

neral; è indigesto, queriendole entender, como lo expone la parte de del dicho Don Diego, scilicèt, que ha de ser *materialmente expressa la exclusion del legitimado*; se excluye por dos medios. El primero: porque reconocidos dichos Autores, solo afirman, que la exclusion de el legitimado *per subsequens*, debe ser *expressa*, y *literal de la mente de los Fundadores*, y todos los que citan hablan con los mismos terminos; pero con vna distincion, que tratan de sucesiones de feudos, ò otras, que la Ley; ò el Estatuto dispriere; en los quales conforme à la distincion fundada *suprà*, succeden los legitimados *per subsequens*, como efecto productivo de su legitimacion por Derecho.

96. El segundo: porque debiendose deducir de la mente, y voluntad del Fundador, se quiere poner en duda, como lo hazen dichos Autores, que en el llamamiento de *hijos legitimos de legitimo matrimonio nacidos*, se incluyen los legitimados, y aunque el Testador añada, y no legitimados, quieren dezir todavia no se excluyen los que lo son por por subsiguiente, no podrá negar la parte de el dicho Don Diego, que es caso de duda de voluntad, con que llegó el de interpretar la Ley, por lo fundado *suprà num.* Es assi, que el llamamiento de *hijos legitimos nacidos de legitimo matrimonio, y no legitimados ex mente Fundatoris*, es clara, y formal exclusion de los legitimados *per subsequens*: Luego la exclusion de dicho Don Diego en este caso es *formalmente expressa*, y por el consiguiente no puede succeder en este Mayorazgo, aunque sea legitimado *per subsequens*.

97 La menor se prueba con evidencia de ser cierto, que las calidades apetecidas por los Fundadores para la sucesion de los Ma-

yorazgos, son en dos modos, ò *material*, ò *formalmente* expressas: Lo primero se verifica, veluti quando el Fundador dize llama à *sus agnados*, ò dispone, que los bienes se conserven *en su agnacion*, y aunque en España; ò no se practica, ò rara vez se enqentra en sus Mayorazgos semejante expresion; vt asserunt Add. ad Dom. Molin. *lib. 3. cap. 5. num. 18. vers. His verò; cum plurim.* Rosa *consult. 69. num. 54.* no por esso se puede dezir, que no ay Mayorazgos de agnacion en España; porque son infinitos, como manifesta la experiencia.

98. Lo segundo resulta de contemplarse esta; y las demás calidades de las mismas palabras de la disposicion, y se dize *formalmente expressa*; porque quando se deduce de lo que está expresso en la disposicion; no se dize *conjeturada*, sino es *formalmente expressa*. Casan. *cons. 20. num. 6. & cons. 60. Dom. Castell. lib. 2. Controv. cap. 4. n. 53. & lib. 4. cap. 17. num. 6. & 7. Fontanel. decis. 31. num. 11. & 12. Rosa dict. consult. 69. num. 31. vers. Imò,* y los Textos, que refiere D. Vela, *dissert. 49. num. 52.*

99. De que resulta la comun inteligencia, con que está recibida en España la Pragmatica de el año de 615. *L. 13. tit. 7. lib. 5. Recop.* en que para escusar las dudas, que suscitaban los varones remotos à las hembras de mejor linea, se declaró no entenderse estar excluidas estas, ibi: *Sino es que el Fundador las excluyere, y mandare, que no succedan, expressandolo clara, y literalmente, sin que para ello basten presumpciones, argumentos, y conjeturas, por precisas, claras, y evidentes que sean.* Y fin embargo de tan claras expresiones, se practica solo en los Tribunales de Castilla, quando las conjeturas dexan el animo dudoso; pero no quando son expref-

presion legitimamente inferida de las palabras de la disposicion, porque lo que de estas afsi se deduce se tiene por expreso, literal, y claro. Dom. Molin. *de Primog. lib. 1. cap. 17. num. 27. & lib. 3. cap. 4. n. 38. & cap. 8. num. 5. Gutierr. lib. 5. Pract. quest. 67. num. 38. & 39. D. Paz de Tenut. cap. 29. ex num. 19.*

100. Y es la razon : porque lo que en las palabras *tacitè in est*, obra lo mismo, que si literal, y claramente se dixera. *L. Conditiones, qua extrinsecus 99. vbi Gloss. vlt. ff. de condit. & demonstr. L. 3. ff. de legat. 3. Barbosa axiom. 89. num. 5. y afsi, sin oponerse à la dicha Ley, hazen claro, y expreso el concepto de agnacion. Dom. Castell. lib. 3. cap. 19. num. 291. & lib. 4. cap. 56. à num. 100.* Luego si la exclusion de las hembras de mejor linea, que tienen à su favor la natural asistencia de Derecho, y lo claro, y literal de dicha Ley, se excluyen de la succession de los Mayorazgos, quando de las palabras, y mente de el Fundador resulta el claro concepto de agnacion, sin que se necesite lo *material* de la letra, ni que diga el Fundador *excluye las hembras.*

101. Con quanto exceso de razon estaran excluidos expresamente los legitimados *per subsequens, ex voluntate Fundatoris*, quando llama legitimados de legitimo matrimonio nacidos, y no legitimados, como en este caso? Pues no tiene ley, fundamento, autoridad, ò razon, que con prueba evidente convença, que ha de ser material su exclusion, ò de lo contrario se entiendan comprendidos.

102. Que este clara, y formalmente excluido el dicho D. Diego Joseph de la succession de este Mayorazgo por la voluntad de los Fundadores, es evidente; pues apetecieron, y llamaron à sus successores con tres expresas qualida-

des, como son, que fueran *legitimos, de legitimo matrimonio nacidos*, è no legitimados, las quales se deben observar naturalmente, y como fueran, *ex leg. fm. C. de ijs, qui veniam etat. impetr. cap. Statutum de Rescript. in. 6.* por ser licitas, honestas, y permitidas à los Fundadores. *L. Qui habebat, ff. de tutel. L. Fidicommissum, ff. de condit. & demonstr. Roxas de Incompat. part. 8. cap. 5. num. 31. & cap. 2. num. 22. Dom. Vela, dissert. 49. num. 106. Cyriaco controu. 207. Dom. Castell. lib. 4. Controu. cap. 6. per tot. & tom. 6. cap. 131. ex num. 6. & 7.*

103. La calidad, que sea *legitimo*, denota, que la legitimidad sea *propria*, y verdadera no por ficcion, ni otro medio: La que sea *de legitimo matrimonio nacido*, explica, que ha de nacer, y salir con ella de el vientre de su Madre, juntando, y contrayendo este Fundador la calidad de *legitimidad con el nacimiento*, lo que no puede suceder sin que preceda el matrimonio. *L. In delictis, §. Si damnum, ff. de noxal. act. L. Titius, ff. de Milit. Testam. Torredict. 1. part. cap. 29. §. 9. num. 101. Dom. Castell. dict. cap. 31. à num. 34. 53. & 74. & fere per tot.* Y la tercera, que *no sea legitimado*, excluye à el que despues de su nacimiento se haze legitimo, aunque sea por matrimonio, porque esto no le facia de la esfera de *legitimado* à quien excluyó el Fundador.

104. Es afsi, que aunque D. Diego Joseph tenga la calidad de *legitimo*, esta la adquirió despues de nacido, y en el tiempo que contraxeron matrimonio sus Padres; porque hasta entonces se la considera el Derecho *per fictionem*, *ut manet probatum*: Luego no es natural, y propriamente legitimo, y de aquella legitimidad, que apetecieron los Fundadores expresamente, como es la que define la ley *Filium*

Item cum, ff. de his, qui sunt sui, vel alien. iur. Dom. Castell. dict. cap. 31. num. 24. versic. Pro quibus. Marinis Resolut. cap. 126. num. 2. & 3. Torre de Maiorat. dict. cap. 29. ex n. IIII. Y es la razon: porque aunque el legitimado por matrimonio se haga legitimo non tamen efficitur de matrimonio natus, calidad, que expressamente apetecieron los Fundadores: Luego le falta à el dicho Don Diego.

105. Es la segunda, que sea de legitimo matrimonio nacido, la que precissamente requiere, que *nazca constante el matrimonio*, y si el nacimiento es en otra forma, no basta para satisfacer à la voluntad: Es terminante Card. de Luca de *Fidei-comm. discurs. 222. num. 3. ibi: Adeo ut, ubi etiam agatur de legitimatis per subsequens matrimonium, in quibus nulla cadit dubitatio, quin veniant sub nomine legitimorum, & naturalium, ex his, qua in magis stricta, & rigorosa successione feudali habentur sub tit. de Feud. disc. 15. adhuc tamen ubi disponens intelligere voluerit de verè procreatis in constantia matrimonij, ista species legitimatationis absque dubio, & incomparabiliter melior, neque sufficiat; quinimò, ubi constet de voluntate, ut in eadem constantia geniti essent, neque sufficeret illos in eadem constantia natos esse.*

106. Es assi, que Don Diego Joseph no nació constante el matrimonio de sus Padres: Luego aunque sea legitimo, aunque se finja, que nació con esta calidad, no tiene la que apetecieron los Fundadores, como ni la tuviera el que, apeteciendo la legitimidad en la concepcion, la adquiriera en el nacimiento, como afirma Luca.

107. Es la tercera, que no sea legitimado: Esta calidad es claro le falta del mismo modo; pues Don Diego Joseph se afirma legitimado, y dize, que con legitimación tal,

que no se comprende en esta literal exclusion, ex dictis à Noguera Roxas, & Aquil. *suprà.*

108. Que en esta expresion, è non legitimados, estèn clara, y expressamente excluidos los legitimados *per subsequens*, es tan evidente, como que no queda motivo para dudarle en el caso de este pleyto, por muchos medios.

109. El primero: por ser cierto, que es ociosa, è inutil la exclusion de el que no funda de derecho à la succession, y aquel que sin la exclusion no tenia derecho à succeder: Es assi, que el legitimado por Rescripto, ò en otra forma, no tiene derecho à succeder en los Mayorazgos, ni en la herencia libre, porque tienen exclusion legal, y nunca pueden perjudicar à los que tienen derecho à la succession, aunque gozen de todos los honores, y preeminencias de sus Padres, *ex leg. 12. Taur. que est 10. tit. 8. lib. 5. Recop. Dom. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 3. per tot. præcipue num. 10. vbi Add. Mieres de Maiorat. 2. part. quest. 1. Dom. Castell. dict. cap. 31. num. 89.* Luego en la expresion de *non legitimados* no excluyeron los Fundadores à los legitimados por Rescripto, ò otro modo, sino à los que podian tener derecho à succeder; estos no pueden ser otros, que los legitimados *per subsequens*: Luego Don Diego Joseph està expressamente excluido *ex voluntate Fundatoris*, como comprendido, y expressado en la palabra, è non legitimado.

110. El segundo: porque es question controvertida entre los Doctores, si el llamamiento de *legitimos de legitimo matrimonio nacidos*, sea exclusion expressa de los legitimados por subsiguiente matrimonio: con este *utrum*, entrò escribiendo esta materia Torre *dict. cap. 29. §. 9. num. 96. An satis dicatur*

constare de voluntate disponentis pro exclusione legitimatorum per subsequens matrimonium, quando fuerunt vocati legitimi, & naturales, & de legitimo matrimonio nati, & procreati? En la qual se han dividido en tan diversas opiniones, como quedan referidas, lo dize à el num. 97. ibi: *Quod sint exclusi fundant plures,* y es la opinion fundada à favor de esta Parte, Dom. Castell. *dict. cap. 31. num. 89.* disputa la misma question *ex voluntate*, y afirmando, que el llamamiento concebido con semejantes palabras, no se hizo à fin de excluir à los naturales, ni à los espurios, ni à los arrogados, ni à los adoptados, porque estos tienen exclusion à iure de los Mayorazgos de España; ni tampoco se ponen por los Fundadores en exclusion de los legitimados por Rescripto, porque no se admiten, y están expressamente excluidos *ex dict. leg. Taur.* y porque jamás se ocurren à la mente de los Fundadores; y es verosimil, infiere, que por dichas voces, y mente del Testador, solo se excluyen los legitimados *per subsequens.* *Dict. num. 89. in med. ibi:*

111. *Neque in mentem institutoris primogenij nunquam veniunt legitimati per Rescriptum, nec eorundem meminisse institutorem ipsum verosimile est; sed tantum legitimorum: verba de quibus agitur posita fuisse per Testatores ad exclusionem legitimatorum per subsequens matrimonium, & non per Rescriptum Principis. A sufficienti ergo partium enumeratione consequitur, verba predicta exclusionem operari filiorum per subsequens matrimonium legitimatorum, qui aliàs erant capaces successions Maioratus, nisi ea verba fuissent adiecta.*

112. Luego si solo por llamar à los nacidos de legitimo matrimonio es opinion tan constante, que se excluyeron los legitimados *per subsequens*, porque no ay capacidad en

que se verifique dicha exclusion, sino es en ellos, porque los de otro modo legitimados no tienen derecho à la succession, ni es verosimil los tuviera presentes el Fundador; con quanta mas razon se debe entender, que los Fundadores en la expresion, è *non legitimados*; que añadieron, excluyeron à los legitimados *per subsequens*, como es el dicho Don Diego.

113. El tercero: porque es cierto, que las palabras de las Clausulas de los Fundadores deben obrar su debido efecto, porque no han de estar ociosas, inútiles, ò superfluas. *L. Si quando, ff. de legat. 1. L. Generali. §. 1. ff. de usufruct. legat. Mieres de Maiorat. 1. part. quest. 60. num. 5. Escaño de Testam. cap. 4. num. 10. Valasco consult. 27.* Es assi, que las de dicha Clausula, y llamamientos fueran ociosas, è inútiles, si no obraran exclusion de los legitimados *per subsequens*: Luego para evitar este inconveniente es preciso entender obran dicha exclusion como proprio, y connatural efecto; ò de lo contrario quedara sin efecto la voluntad de el Fundador, contra Derecho, vt ex proximè dictis, & D. Vela, *dissert. 47. num. 10. 11. & 13. Mantica de Coniect. lib. 3. tit. 6. per totum.*

114. De que resulta, que por expressa, literal, y clara voluntad de el Fundador està excluido de la succession de este Mayorazgo el dicho Don Diego, sin que se necesite ocurrir à Clausulas equipolentes, que materialmente inducen lo mismo, de quib. Peregrin. *de Fideicom. artic. 44. num. 46. Mantica de Coniect. lib. 11. tit. 17. num. 30. Barbosa vot. 73. art. 1. num. 27. y 28. ni à los que refiere Aquil. ad Roxas, 1. part. cap. 6. num. 53.* porque à vista de exclusion tan clara *ex voluntate*, es ocioso.

115. Y para formar mas seguro

guro concepto de la exclusion de Don Diego, baste à nuestra corte-
dad saber, que los legitimados por
matrimonio fuelen ser más aborre-
cidos, que los legitimados por Res-
cripto. Card. de Luca de *Fideicom.*
dise. 224. *num.* 5. ibi: *Quoniam ut*
pluries expertus sum in aliquibus, sive
apud aliquas personas, magis exosi, ac
abhorriti sunt huiusmodi legitimati
per subsequens matrimonium suscepti
ex meretricibus, aut alias vilibus, &
indignis mulieribus; quam legitimati
per Rescriptum.

116. Conduciendo mucho
à la pretension de esta Parte, ser los
Fundadores de este Mayorazgo de
la primera, y más esclarecida No-
bleza de la Ciudad de Cordova, y
sus Familias nobles, è ilustres, que
para conservarla pura, è indemne
fundaron este Mayorazgo, apeteciendo
las mismas calidades en sus
successores. Escob. de *Purit. part.* 1.
quest. 4. *n.* 584. Roxas de *Incompat.*
1. part. cap. 12. *n.* 21.

117. Y por este motivo, ò
el de evitar concubinatos, se justi-
fica la condicion, ò precepto de el

Fundador, y por qualesquiera de
ellos son aborrecidos los legitima-
dos por matrimonio; porque por
ellos puede obscurecerse su memo-
ria en sus successores. Faxardo de
Legit. num. 288. & 289. Cardin. de
Luca *ubi prox.* ibi: *Ne alias viri no-*
biles sensualitatibus dediti, atque de-
presos spiritus honoris habentes red-
dantur faciles ad huiusmodi indigna
matrimonia, per quae familiae deturpa-
ri videntur, atque posteri inhabilitari
ad habitus militares, aliaque munera
laterum nobilitatem exigentia; cum
similibus considerationibus pro singu-
lorum casuum qualitate, & circum-
stantijs principaliter reflectendum.

118. De todo lo hasta aqui
dicho parece inquestionable la ex-
clusion del dicho D. Diego Joseph
de la succession de este Mayoraz-
go, y notoria la inclusion de esta
Parte en este Juizio de Propiedad;
porque como descendiente del pri-
mero llamado, tiene en acto el con-
curso de las calidades apetecidas
por los Fundadores, las quales to-
das faltan à el dicho Don Diego
Joseph.

SATISFACERE A LAS OBJECCIONES DEL MARQUES.

119. **A**unque en la expresion
* de los fundamentos con
q̄ el Conde de Hornachuelos afir-
ça su justa pretension à los dos Ma-
yorazgos que se litigan, van ex-
cluidas las objeciones, y argumen-
tos, que de contrario se hazen; sin
embargo, para facilitar à los Seño-
res Juezes el trabajo, y convencer
à vista de lo mas vivo de la rēplica,
lo nada que impugna las razones
propuestas; se expondràn, y resol-
veràn en esta vltima Parte, con la
mayor eficacia, y brevedad possi-
ble.

120. Fue assumpto principal
en el Mayorazgo de Gomez de
Aguayo probar, que los AA. que
resuelven por el legitimado por
subsiguiente matrimonio, no hablan
en el caso preciso de este pleyto,
ni para el se deben alegar: porque
aunque su opinion sea probable, ò
la mas comun, *in abstracto*, y quan-
do el Fundador solo llamó à los *le-*
gitimos, de legitimo matrimonio naci-
dos, no lo es quando añadió la
Cláusula exclusiva, y *no legitima-*
dos, que es el caso del pleyto, y el
que *in concreto* ninguno parece dis-
putò. Con-

121. Contra esto se nos replica ; que etiam que el Fundador pusiessse la exclusion de *legitimados*, se ha de entender de los que lo son *per Rescriptum*, mas no *per subsequens matrimonium*, vt docet Menochio *cons. 799. num. 17. & 18. & cum eo*, Noguier. *alleg. 23. num. 52. & 53. & ipsis relatis*, Aguila ad Roxas, *part. 1. cap. 2. num. 28*. Porque para que los legitimados *per subsequens*, se entiendan excluidos, ha de ser expressa, clara, y literal, la exclusion, y aliàs, no los comprehende, vt sentit Roxas *dict. part. 1. cap. 4. num. fin.* Y no es clara, y literal la exclusion, que puede verificarse en los legitimados por Rescripto.

122. Estas doctrinas en que se funda la r plica, aunque de AA. aliàs muy doctos, s n de las que *suprà num.* queda dicho, no deben apreciarse, porque no disputaron, si solo tocaron *obiter* el punto, y por el tanto hablaron *sine lege, nec ratione*, con que estavan respondi-dos : Y para que se manifieste asì, Menochio en el lugar que se le cita *num. 19.* responde secamente à la r plica del *num. 18.* que el Testador de que trata, entendió la exclusion, de el legitimado por Rescripto, mas no por el matrimonio: lo qual no funda, si solo añade, que el matrimonio subsequuto, quita toda mancha, y arguye, que ya existia al tiempo de la generacion del legitimado.

123. Ya se v , que aunque esta razon fuese cierta, (q  no lo es) y lo fuese de su respuesta, nada probaria ; porque qué tiene que v r, que el matrimonio lave,   no la mancha que hubo en el nacimiento, ni que se presume,   finja *retro*, al tiempo de la generacion, con la opinion, y voluntad del Testador, que sin embargo pudo ser otra, y no ay por donde aparezca, ni aun presuntivamente fuese la que fin-

ge Menochio ? Demás, que el citadido consejo, es en suma vn memorial precat rio dado al Señor Emperador Carlos V. para que concediessse al Conde Camilli , el Feudo de *Corrigio* ; en que precisamente pidiendo vna gracia, avia de acumular hasta los motivos que fuesen opuestos à su opinion, y à otras acaso mas comunes, y seguras ; como suelen hazer los que escriven *in seruiendo cause*, y por esta razon, como de apasionados, no se aprecia su opinion. Card. de Luca *de Dote, disc. 166. num. 37. de Donat. disc. 19. num. 10. de Credito, disc. 154. n. 3. & alibi s p .* Y mucho menos quando no consta la determinacion. Idem *de Feudis disc. 127. num. 31. de Testam. disc. 90. sub num. 12. de Usuris disc. 22. n. 3. & alijs in locis.*

124. Aguila, simplemente cita sin mas razon, à Menochio, y Noguierol. Este vltimo, solo cita al primero ; pues aunque al *num. 52.* refiere otros AA. de su cita, y lugares, se v  que hablan en caso diverso, esto es, quando solo ay palabras generales para inducir la exclusion, como *succedat ex legitimo matrimonio natus*, &c. y por esso al *num. 53.* en que se acerca à la especie terminante, entra diziendo, *ibi: Et in individuo quod quando excluditur express  legitimatus*, &c. y solo cita à Menochio, y à Gratiano, que habla en exclusion estatuarial, de que aora no se trata : Luego todos tres AA. que dizen la proposicion con que se replica, hablan sin razon, sin texto, y sin autoridad, pues la de Menochio, que es la primera, no es apreciable por los motivos dichos ; y porque aun siendo puntual, ni es razonable, ni fundada, iuxta tradita à Card. de Luca *de Emphyteusi disc. 3. num. 8. & de Usuris, disc. 22. num. 2. & 3.*

125. Y para que con evidencia se vea, que la exclusion de

de legitimados, en nuestro caso, solo se termina à los que lo son *per subsequens*, y que es voluntariedad quanto en contrario diga qualquier Autor que se alegue, se debe tener presente, que baxo de esta voz analogica **LEGITIMADOS**, se pueden *ex vi vocabuli* comprehender los que lo son por *Rescripto*, ò por *Matrimonio* solamente: porque la legitimacion *per oblationem Curia*, *in defuetudinem abijt.* Torre de *Maioratibus*, *part. 1. cap. 29. §. 2. num. 20.* Roxas de *Incompat. part. 1. cap. 6. num. 91.* Luego si hizieremos ver, vltra de lo dicho *supr. à num. 88. ad 91.* que el Fundador no quiso, ni pudo querer excluir con la Clausula, **Y NO LEGITIMADOS**, à los que lo son *per Rescriptum*, faldà por consecuencia legitima, *à sufficienti partium enumeratione*, que es segura en el Derecho *ad §. 1. Instit. de obligat. qua ex quasi contra nascunt.* que à solos los legitimados *per subsequens*, excluyò con ella.

126. Esta consecuencia se prueba: porque no es controvertible que dicha Clausula, se puso para excluir del llamamiento à vnos hijos, que sin ella pudieran (à lo menos en opinion probable) quererse entender incluidos en el llamamiento de *legitimos de legitimo matrimonio nacidos*. Pues siendo Clausula exclusiva, y exceptiva, precisamente suponía incluidos à los exceptuados, en la disposicion de que los excluía; *quia exceptio, est de regula in qua antea continebatur exceptus.* L. *Ex eo 18. ff. de testibus.* D. Vela, *dissert. 2. n. 40. & dissert. 19. num. 8.* Barbof. *Axiom. Iur. axioma 85. num. 6.* y los legitimados por *Rescripto*, nunca, ni en opinion alguna pudieron entenderse, ni presumirse comprehendidos en la Clausula, y llamamiento de *legitimos de legitimo matrimonio nacidos*, antes si por toda ella se entienden formal,

y expressamente excluidos. Aguila ad Roxas, *part. 1. cap. 6. num. 53.* ibi: *Dummodo non sint exclusi legitimatedi* (habla de los que son por *Rescripto*) *expresse, quod accidit, quando vocantur ex legitimo matrimonio nati, non verò si vocentur tantum legitimi.* Roxas de *Incompat. part. 1. cap. 4. num. 71. in fin. & cap. 6. num. 69.* Luego con dicha Clausula exceptiva, y no legitimados, no intentò el Fundador excluir à los que lo fuesen por *Rescripto*: Luego solo à los legitimados *per subsequens*.

127. Esfuérçase mas el argumento: porque es efecto propissimo de la excepcion exclusiva, limitar la regla, ò disposicion à menos casos, cosas, tiempos, ò personas, de los que anteriormente comprehendia, *ut probatur ex leg. Caius 88. ff. de legat. 2. & leg. Generali 32. §. Vxori, ff. de usufruct. legato, & in dictionibus exceptivis, docet Barbof. de dict. usu freq. dict. 402. num. 5. & 8.* Es assi, que si la Clausula exceptiva, y no legitimados, se dirigiera à excluir los que lo son por *Rescripto*, no limitaria el llamamiento de legitimados de legitimo matrimonio nacidos, à menos personas, que las que por si, è independiente de la excepcion incluía, pues entre estas no eran los legitimados por *Rescripto*, en la opinion aun de los mismos AA. contrarios citados *suprà num. 121.* Luego para que obre su efecto de limitar, y restringir la disposicion, y regla, es preciso que excluya de ella à los legitimados *per subsequens*, que la opinion opuesta dize incluirse en el llamamiento limitado.

128. Confirrase: porque es inutil, superflua, y derisoria, la excepcion, y exclusion, de lo no comprehendido en la disposicion. L. *Si legatus 24. ff. de pecul. legato, ibi: St legatus fuerit servus, peculium excipere non est necesse: quia non se-*

quitur nisi legatur. Luego para no acusar de inutil, y superflua la Clausula exceptiva, y no legitimados, hemos de confessar se dirigió à excluir los legitimados por subsiguiente matrimonio, que son los que vnica- mente podia comprehender el llamamiento de legitimos de legitimo matrimonio nacidos.

129. Arguyo aora con los AA. contrarios, contra su misma doctrina. Enseña Roxas de *Incompat. part. 1. cap. 4. num. fin.* y con el su Adicionador Aguila. *ibidem n. 28.* que el legitimado *per subsequens* no succedera, siempre que tenga expressa exclusion: Es assi, que la Clausula, y no legitimados junta à la que le antecede, es expressa exclusion de los legitimados por subsiguiente matrimonio; pues tal se estima en el Derecho aquella Clausula, que legal, y congruamente no puede tener otro efecto, ni sentido, ex Dom. Castell. *Controv. lib. 1. cap. 39. num. 29. & 30. ex leg. 2. ff. de liber. & posth. ibi: Expressum enim in individuo dicitur aliquid, quando dispositio in alio verificari non potest.* Cita à Tiraquelo, Zefalo, Mantica, y otros, y prosigue *num. 30. ibi: Expressumque dicitur etiam illud, ad quod tantum fieri potest relatio.* Rosa, *consult. 48. num. 29.* Luego si como và probado en los numeros antecédentes, la Clausula, y no legitimados, como està puesta, no puede tener efecto, mas que en los legitimados *per subsequens*, ni hazer relacion à otros, es visto que à estos, los excluyó *expressamente*.

130. Mas: segun la doctrina de Aguila, y otros à quien cita, y sigue in *Add. ad Roxas part. 1. cap. 2. num. 58. specialiter exclusi presumuntur, de quibus si interrogatus fuisset Testator, eos excluderet.* Y no admite duda, que si à Gomez de Aguayo Fundador se preguntasse, si queria excluir à el Marqués su descen-

diente legitimado por el Conde su descendiente de legitimo matrimonio nacido, responderia que si: Imo ya lo ha respondido sin preguntarselo, con la misma expresion de su Clausula. Pruebasse assi de la misma serie de llamamientos: hizo el primero à Diego de Aguayo, y à sus hijos, nietos, y descendientes varones legitimos de legitimo matrimonio nacidos, y no legitimados; y en su defecto llamó à sus hijas, y à las de dicho su hijo, baxo de las mismas qualidades; y este llamamiento de las propias hijas, y nietas, es tan poderosa expresion de la voluntad de excluir los legitimados, que aun faltando la Clausula exceptiva, y no legitimados, no se entenderian jamàs los que lo fueffen, incluso en el llamamiento de nacidos de legitimo matrimonio.

131. Fundase esta assercion en vna elegante doctrina del señor Molina propugnador de la contraria opinion, que puede ser limitacion suya, de *Primog. lib. 3. cap. 3. num. 34. ibi: Quinta conclusio, quod si institutor Maioratus ad eius successionem vocaverit filios, & filias, & eorum filios legitimos, (prout communiter in omnibus Hispanorum Maioratus fieri solet) nunquam in huiusmodi dispositionibus, naturalis legitimatus comprehendatur: ne Maioratus institutor, dicatur sensisse de filiis naturalibus filiarum suarum. Quod nimis absurdum, atque adversus eius mentem futurum esset.* Casi con las mismas voces, aunque mas conciso, es tambien de este sentir, Menoch. *in cons. 318. num. 19.* y los *Add. in prædict. num. 34.* confirman la misma opinion, con la de el señor Carrillo, Mieres, Garcia de Nobilitate, à quienes citan con otros. *Tondu- to Resolut. Civil. part. 2. cap. 124. n. 6. 7. & 8.*

132. Dos razones dan estos Autores para su resolucion: La primera

mera, para que en el llamamiento de los hijos legitimos de las hijas, y nietas, no se comprehendan los legitimados: porq̄ como estos avian de ser antes naturales, y concebidos con indecorosa torpeza, no es verosímil, que el Fundador sintiessa de ellos, ni que imaginasse tener hijas, ni nietas tan olvidadas de sus obligaciones, que avian de tener hijos fuera de matrimonio; como exclamò el Emperador Justiniano, *in leg. Si qua illustris §. C. ad officium*, ibi: *Cum in mulieribus ingenuis, & illustribus (quibus castitatis observatio, precipuum debitum est) nominari spurios, satis iniuriosum, satisque acerbum, & nostris temporibus indignum esse iudicemus. Et hanc legem, ipsi pudicitiae quam semper colendam censemus, merito dedicamus.*

133. La segunda, para que por el mismo hecho de no aver querido comprender à los legitimados, en el llamamiento de hijos legitimos de sus hijas, y nietas, se deba entender la misma no comprehension, ò exclusion, en el llamamiento de los hijos legitimos de los hijos; es: porque de lo dispuesto en vna de las substituciones, y llamamientos, se infiere lo que quiso el Fundador disponer en otra, y que vna misma forma de disposiciõ, no se ha de entender de vn modo en las hijas, y de otro diverso, y aun contrario en los hijos; y como en los hijos legitimos de las hijas, nietas, &c. à quien llamò, no se podian incluir los legitimados, ni aun pensarse en ellos, lo mismo debe entenderse, y practicarse en los hijos legitimos de los hijos, aunque en estos milita diversa razon. D. Molina, *ubi proxime*, ibi: *In omnibus substitutionibus tan filijs masculis, quam fœminis factis, idem dicendum sit, quamvis in substitutiene facta filijs masculis, diversa ratio militet, quod ex presumpta mente Testantis,*

verum mihi videtur. Luego si segun estas doctrinas, el llamamiento de los hijos legitimos de las hijas, y nietas, es exclusivo de los legitimados, aun siendo hijos de los hijos, ya tiene respòdido Gomez de Agua yo à la duda, expressando, q̄ nunca quiso que à competencia de sus descendientes nacidos dentro de legitimo matrimonio, succediessen los legitimados por el.

134. Ya sè que à todo lo dicho se replicarà, que los legitimados de que habla la doctrina del señor Molina, y Menochio, lo son por Rescripto, pues de estos tratan en los lugares citados; y asì no se puede adaptar à los legitimados por Matrimonio subsequente, que son de muy superior classe. No dudas, que hablan de los legitimados por Rescripto; pero si su razõ es la misma en vnos que en otros, en vnos, y otros avrà de ser igual la resoluciõ, *ex leg. Illud quaesitum 32. ff. ad leg. Aquiliam. L. Illum 19. C. de Sacros. Eccles. L. 2. §. Si mater. ff. ad Tertul. ibi: Verba Rescripti deficiunt, sed dicendum est, eandem esse rationem.*

135. Las razones que los Autores en que nos fundamos, dan para su conclusiõ, son, como queda dicho à los numeros 132. & 133: porque lo dispuesto en el llamamiento de los hijos legitimos de las hijas, y nietas, interpreta, y declara lo que sintiò, y quiso el Fundador en quanto à los hijos legitimos de legitimo matrimonio nacidos de sus hijos: y que no pudiendo en aquellas querer llamar, ni comprender hijos legitimados, porque los suponìa torpe, è inhonestamente avidos, y à ellas tan gravemente delinquentes contra sus obligaciones, y pudicicia connatural a su calidad, y estado, tampoco los quiso comprender en el llamamiento de hijos legitimos de legitimo ma-

matrimonio de sus hijos : estas militan tambien en los hijos legitimados *per subsequens* ; porque del mismo modo avria concebido la madre en torpeza, y pecado, y con abandono de sus obligaciones, al hijo natural à quien luego legitimasse el matrimonio con su Padre, que al que legitimasse el Rescripto de el Principe ; pues entre Christianos, no ay otro concebir hijos justo, y sin deshonor de la madre, que el que es *la figura matrimonij, ex leg. 1. tit. 15. part. 4.* Luego si por no ser verosimil, que el Fundador pensasse tener hijas tan torpes, è inhonestas, se excluye del llamamiento à los legitimados por Rescripto, por la misma se avrán de excluir los legitimados *per subsequens*, pues vnos, y otros, nacieron, y fueron concebidos con igual pecado, y ignominia de las madres.

136. Y si todavia se replicare, que no incurrirán semejante nota, y deshonor las madres de los legitimados *per subsequens*, aunque nobles, porque aviendolos avido *ab initio affectu maritali*, comprobado con el hecho de aver despues contraido matrimonio, labò con el toda la mancha, y nota que pudo incurrir, como dà à entender Roxas, *dict. part. 1. cap. 4. num. 65. & cap. 6. num. 67.* se responde, que este animo, si le tuvo, le salvarà el afecto, mas no el efecto, que es lo que siempre se presume detestò el Fundador. Esto es, se presumirà no aver tenido afecto puramente fornicario ; mas no que huviesse dexado de ser concubina, como la llama cò verdad el mismo Rox. *dict. n. 65.* y este hecho es el q̄ le causa la nota, y deshonor, que nunca pudo pensar el Fundador illustre, en sus hijas, y nietas ; y por el tanto, tampoco pudo intentar llamar à hijos avidos con ignominia de sus mismas descendientes ; y se puede parificar con

el pecado, que aunque la penitencia le borre, y labe, no quita el reato, y moral ignominia de averle cometido.

137. Hase dicho tambien por el Marquès, que no estaria superflua, y ociosa la Clausula, y legitimados, aunque no comprehendiesse à los que lo son *per subsequens* ; porque aunque regularmente los legitimados por Rescripto, quedan excluidos por el llamamiento de *nacidos de legitimo matrimonio*, con todo esto, es controvertible, si quando la legitimacion *fit ex certa scientia, & amplissimis verbis*, para succeder en determinado Mayorazgo, podrá succeder el tal legitimado *exclusis substitutis*. Y para excluir esta duda, y manifestar la voluntad enixa, de que ni aun en este caso succediesse el legitimado, se pudo poner la Clausula.

138. Rara providencia en vn Fundador illiterato, y ignorante de questiones, y resoluciones de Derecho tan arduas, y raro contingibles ! Pues si las leyes hechas por tan sabios, y providos Legisladores, nunca trataron de proveer à los casos, que rara vez suceden, *leg. Exhibis 4. & leg. Nam ad ea 5. ff. de legibus*. Còmo avia de dar providencia vn Fundador, que aun la posibilidad ignoraba ? El caso vnico à que se quiere reducir el efecto de la Clausula, ò es absolutamente imposible, ò tan raro contingente, que no se ha visto en España ; como se persuade de la doctrina de Roxas cò los mas clasicos Autores, à quienes cita, y sigue *de Incomp. part. 1. cap. 6. num. 69. 73. & 78.* que afirma, que los así legitimados con la ampliedad que quiere la parte del Marquès, no succederàn à competencia del substituto legitimo, sin citar à este, y los demàs, y darle vn buen equivalente, interviniendo para ello publica, y justa causa. Quando

do succederà esto en el Mayorazgo de que se trata? Ya se ve que nunca, por el difícil, ò imposible concurso de tanta circunstancia; y porque aun concedida esta legitimación, como sería contra la expresa voluntad del Fundador explicada en el llamamiento *de legitimis de legitimo matrimonio natos*, sería

inútil, y sin efecto, Tòndut. *Resol. Civil. part. 2. cap. 124. num. 1. cui non dissentit* Aguila ad Roxas *part. 1. cap. 6. num. 57*. Luego no pudo ponerse dicha Clausula, para el fin que imagina el Marqués: Luego, ò es superflua; ò tratò con ella de excluir los legítimados *per subsequens.*

ULTIMA REPLICA

139. **C**OMO argumento irrefragable, se ha propuesto por parte del Marqués otra Réplica en esta Corte, diziendo: que la capacidad, y concurso de qualidades para succeder, ha de ser *tempore delatae successioneis*, sin necesitarse en otro alguno: Roxas *de Incompat. part. 1. cap. 4. à num. 25. ad 31. cum pluribus quos laudat*: Es así, que al tiempo de diferirse la sucesion al Marqués, se hallaba ya *legitimo* muchos años antes, mediante el matrimonio; que sus Padres avian contraído, y en la linea recta de primogenitura, y efectiva sucesion, como hijo legitimo, y primogenito del último Posseedor: Luego nada tuvo que le obstasse, para que como à successor legitimo se le difiriese, según la voluntad del Fundador, la sucesion:

140. Si Gomez de Aguayo no huviera apetecido en los sucesores mas qualidad, que la de hijos *legitimos*, y *naturales*, no dudamos que tendría grande, y aun indisoluble fuerça, la Réplica: pero quiso la desgracia del Marqués, que desseasse otras dos, vna positiva, *id est*, que fuesen *de legitimo matrimonio natos*, y otra negativa, scilicet, que no fuesen legítimados. Y por Derecho es cierto, que quando la disposicion, ò llamamiento se haze baxo de muchas condiciones, y qualidades, no basta que vna, ò dos

se verifiquen, si todas simultaneamente no concurren, *ad Text. in leg. Si heredi 5. ff. de condit. instit. ibi: Si heredi plures conditiones coniunctim datae sint, omnibus parendum est; quia unius loco habentur. Cap. fin. de verb. signif. in 6. Gonçal. in Regulam Cancell. Gloss. 13. num. 100. Gutierrez. conf. 24. à num. 1. & 4. cum seqq. Card. de Luca de Fideicommiss. disc. 88. n. 4. & disc. 120. n. 2. & 3*. Luego aunque al tiempo de diferirse la sucesion, fuesse ya el Marqués *hijo legitimo*, como no era *in rei veritate*, de legitimo matrimonio nacido; porque no lo avia al tiempo del nacer; ni concebirse, faltò la otra qualidad esencial requisita, sin la qual no avia habilidad para succeder.

141. Tampoco concurría en su persona, la otra qualidad negativa; de no ser *legitimado*, porque lo es, y así lo confiesa: y es tal la naturaleza de la qualidad, ò condicion negativa, que absolutamente impide la delacion de sucesion, ò adquisicion de lo dado *sub tali conditione*, (mayormente no siendo potestativa, en que tenga lugar la caucion Mutuaria) mientras no se reduzca à imposible la condicion afirmativa contraria: *L. Quid quid adstringenda 99. S. Vnico, ff. de verb. obligat. ibi: Sic tamen exaudiuntur, si in mutabiliter verum fuit, te Capitolium non ascendisse. D. Molin.*

de Primog: lib. 3. cap. 10. à num. 16.
cui consonat *D. Castell. lib. 5. cap. 91.*
num. 14. & 15. nec dissentit Roxas
de Incompat. part. 3. cap. 3. num. 29.
& 30. Luego no pudiendo redu-
cirse à imposible en el Marquès la
qualidad positiva, y aborrecida de
el Fundador, de ser *legitimado*, pues
ya lo era, y avia sido, se hallaba
por el mismo hecho incapaz de la
sucesion, por no poder tener la
condicion, ò qualidad negativa de
no legitimado, baxo de que se llamó
à los successores.

142. Lo arduo del assump-
to, y grande interès del pleyto, con
tanto empeño defendido por el

Marquès, han dado motivo à dila-
tar, acafo mas allà de lo justo, este
Informe: y aunque parezcan repe-
tidos en la satisfaccion à las Réplicas,
algunos de los argumentos ya
hechos, son en realidad corroboracion
fuya, no añadida en su propio
lugar, por no deformar la armonia
de lo que ya estava escrito: pero
todo el conjunto de argumentos,
y respuestas, persuade al Conde,
ha satisfecho à la obligacion de
manifestar su justicia, y que siem-
pre la hallará protegida en la jus-
tificacion, y alta comprehension de
V.S. à cuya censura fugeta todo lo
discurrido. Salva in omnibus, &c.

Lic. D. Joseph Manuel
de Roxas.

Lic. D. Ezevan Mauricio
de Arilla.

Lic. D. Juan Eufrasio
de Soto Davila.