

$\frac{4}{H-75}$ $\frac{4}{ll-61}$ 2

La multiplicidad de especies, y confusión, que
 confiere el Contraxio n.º 56. Causan la inconve-
 nia de la 1.ª zón para responder genuina ment
 ha hecho preciso sea num.º a num.º y hazerle pa
 aunque a n.º Corra y trasfere n.º, y para el fin
 que lo tiene se previene.

to 4

que el punto del Sotaxio, que es el de 3, se re-
 fierta en el punto 4º desde la izquierda al punto 5º como
 al fin end.

B-37
13-(2)

El que excluye el Concepto de Incompatibilidad,
 y prueba sea Compatible, y poder con curria como si
 con curria en un sólo Exercicio ambo, muelera y
 es el punto Primeros, y los numeros. 11. del Segundo, 9.º
 del tercero, y fin al Cuarto, y terceras de la 1.ª
 Reyes de armas que va al fin de esta argucia.

Lo que manifiestan la distinción de la
 Dominio de curria, en el Contraxio de 5.ª Carta
 y que ha cumplido, y no contra venido a la
 de apellid y armas poniendo de mayor a menor
 año de 11. que. Buxio de Padre, en un sólo
 de respuesta a los numeros, desde el 1.º hasta el 11.º
 de los que en ellos no se menciona.

Aunque todos los demas se son alogosia con
 son en manifestar. de 3.º en el Concepto de Incom-
 patibilidad (que no es) Este manifiesta al fin de la
 elipsis el Contraxio, que de una, y extension a su fin
 Primo genito significa engrado: que se podran ver de
 el num.º. Con año existante a ellos, en que corresponden
 mente a la misma respuesta. y el 1.º, por la misma
 de n.º. =



1

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page. The text is mostly illegible due to fading and bleed-through.

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page. The text is mostly illegible due to fading and bleed-through.

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page. The text is mostly illegible due to fading and bleed-through.

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page. The text is mostly illegible due to fading and bleed-through.

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page. The text is mostly illegible due to fading and bleed-through.

Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page. The text is mostly illegible due to fading and bleed-through.



JESVS, MARIA,

Y

JOSEPH.



ON EL MOTIVO DE
VN PAPEL, QUE LLEGO A
nuestras manos, de el Abogado, que
en primera instancia há defendido este
Pleyto, y lo continûa en la segunda;
porque no parezca, que dexando de
responder à el, se le dà assenso, de te-
ner algun fundamento lo que en el se

dize; siguiendo en esto al señor *Don Juan Baptista Valenzuela*,
conf. 171. n. 74. ibi: Quæ ratio præcipue me movet; vt rescriberem, ne quis silentium nostrum in consensum deduceret, et crederet approbata à nobis, quæ non videret refutata, vt alias dixit Iustus Lipsius in dedicatione libelli adversus dialogistam de vna religione;
teniendo por disculpa en lo dilatado, y repetido el senti-
miento de *Cornelio Tacito*, que con ser tan amigo de labre-
vedad en los discursos (como lo afirma *Plinio, & Iunior, in epist. 2. de el lib. 1. de las fuyas*) de quien refiere, que dezia:
Quod nihil sibi in causis agendis placebat, quam brevitatis; quam custodiendam confitebatur, si causa permittebat (sin embargo tenia
por especie de prevaricacion) *transire dicenda prævaricatio cursi; & breviter attingere. quæ sunt inculcanda, insigenda. repetendo;* mayormente quando el referido papel es tan dilata-
do, y con tanta confusion de especies, y suposiciones en el
Hecho, que tememos resulte de el, contra esta parte lo que
considerò el *Pareja, de univers. instr. edit. tit. 6. resolut. 3. n. fin.*
ibi: Quod multoties deservit potius ad involvendam iustitiam, &

offuscandum litium factum; quam ut veritas clarius elucescat; siendo nuestro ánimo con sinceridad manifestar la verdad; en conformidad de lo dispuesto por la l. 25. tit. 16. lib. 2. recop. ibi: *Y en el Hecho no digan, ni aleguen cosa no verdadera;* y mas en Tribunal tan supremo, donde se procede la verdad sabida, *ex l. 10. tit. 17. lib. 4. recop. ibi: Verdad sabida,* la qual parece se hizo para los Señores Superiores; pues está en el titulo de las apelaciones, à que debemos corresponder como Sacerdotes; que reverenciámos la Justicia, y Verdad con la noticia de lo bueno, y justo, que professamos, *ex l. 1. ff. de iust. & iure;* y para que mas bien conste nuestra sinceridad, y buena fee, nos allanamos à entregar esta nuestra apologia à la otra parte, y à sus Abogados: aviendo de hazer lo mismo, si bolvieren à escribir; en conformidad de lo mandado, à suplicacion de el Reyno, en las Cortes de el año de 1632. y de 1638. lo que antes estava establecido; y que, pidiendolo, se pudiesen las alegaciones al fin de el proceso, *in l. 4. tit. 16. lib. 2. recop. Pero tenemos por bien que ambas las partes no puedan dar mas que sendos escriptos de alegaciones en derecho; y si fuere pedido, sean puestos en fin de dicho pleyto: de qua meminit Pareja, ubi supra: Con que cessa el claro peligro de la ocultacion de la verdad, sin la conferencia, que la descubre, de cuya observancia testatus ipse Pareja;* y que assi se executorio en el Consejo año de 1649. *ibidem, n. 47.* con que nosotros, æquo animo, & libentissime, nos conformamos, para quitar à la otra parte el trabajo de que con afán, y gastos grandes procuren averla, yà de la Imprenra, yà de otras partes, cuyos inconvenientes, que refiere, vino à evitar la suplica de las Cortes, como considerò el mismo Pareja, *ibidem, n. 140.* y lograr nosotros el correspondiente efecto, sirviendonos de consuelo, q̄ informamos à señores Juezes tan grandes, que en su plenitud de ciencia lo ticnen previsto todo: *Osswald. ad Donellum lib. 22. comm. cap. 8. litt. I. ibi: Quando in Consistorio Principis lis agitatur nulla iuris questio tam ardua, quæ altioris indaginis censeatur ob Senatorum spectatam Iurisperitiam.*



P O R

DOÑA MARIA SEBASTIANA
MARTINEZ OJA DE CASTRO
Baena y Vega Zaldua y Hincel-
trofa:

EN EL PLEYTO,
que le ha movido

DOÑA ANTONIA,
su hermana segunda, vezinas de la
Ciudad de Ezija:

S O B R E

La posesión, y sucesión en el vínculo,
que fundó Juan Martinez Oja de Castro,
por la incompatibilidad, q supone aque-
lla parte tiene có el fundado por D. Pablo
de Baena, y Doña Isabel de Vega,
que posee la dicha Doña
María.



POLOGIA, en satisfacion, y respuesta de esta alegacion, por ella misma, con sus mismas doctrinas, autoridades, y lugares, y circunstancias del Hecho, verdaderas, bien digeridas, y explicadas, y con buena fee, verdad, y sin error, asi en las citas, como en la inteligencia:

Quasi preoccupando tam numero multitudinis, quam magnitudine virtutis fortiores contra me exurgunt imparatum, & quantum ex me met ipso) longe inferiorem excitantes, mihi afflictionis diem, magnamque mihi angustiam inferentes verum Dominus Deus adversus illorum insultus protectorem se, ac defensorem exhibuit mihi. Titelman. in dict. Psalm. 17. vers. Prævenere 21. Et cum iuxta bonum istud rectitudinis propositum ambulavero, certus sum quod bona reddet mihi iustissimus, & misericordissimus Dominus, iuxta eam, quam in me agnovit, iustitiam, atque innocentiam, & secundum

mu:2



P O R

DOÑA ANTONIA
Martinez Oja de Castro
Baena Vega
y Zaldua:

EN EL PLEYTO

CON DOÑA MARIA
de Zaldua, su hermana,
vezinas de Ezija:

S O B R E

La posesión, y sucesión en el vínculo, que fundó Juan Martinez Oja de Castro, por la incompatibilidad, que tiene con el fundado por Don Pablo de Baena, y Doña Isabel de Vega, que posee la dicha Doña María.

i.



RÆVE-
nerunt me
in die affli-
ctionis meæ,
& factus est
Dominus

protector meus... & retribuet
mihi Dominus secundum ius-
titiam meam in conspectu
oculorum eius. Psalm. 17.
vers. 19. & 25.

Hallandome empeña-
do por la obligacion de
mi empleo en la defensa
de

munditiam conversationis, operumque bonorum, quae operatus fuero in sanctitate, & iustitia coram ipso quasi ad gloriam & laudem eius, tamquam ipso inspectore & iudice, certus sum quod bona retribuet mihi, & in praesenti auxilium oportunum non denegans. Ibidem, vers. & retribuet 27. conueniendo à esta parte la primera de el verso 29. siguiente, y à Doña Antonia la segunda del mismo Psalmo.

Ad n. 1. Sin empeño, porq̄ no puedo asegurar la victoria, ex leg. 8. tit. 16. lib. 2. recop. *Quia victoria non est in advocato, sed in iudice.* L. 1. ff. ad Senat. Consult. turp. & abolit. cap. norandum 2. quæst. 3. *Neque semper laborem sequitur effectus.* Cap. *Nisi cum pridem.* §. quippe de renuntiatione. *Aræved. in l. 8. tit. 16. lib. 2. recop. n. 16.* manifestaré los motivos de Justicia, que asisten à Doña Maria, de la letra de las clausulas, conforme la qual; y no por sentido, ni alusion; *& in terminis maioratum non esse de regulis, & coniecturis curandum. Vbi fundator voluntatem suam declaraverit, cum multis.* D. Larrea dict. decif. 33. n. 25. y dà la razon D. Vela dict. disert. 47. n. 43. *Quia in ultimis hominum dispositionibus eorum voluntas undecumque collecta, & maxime ex ipsis, quibus utuntur, verbis, non à iure deviantibus, principem locum obtinet.* Y el que intentare lo contrario lo ha de probar ex dict. leg. 28. §. Titius 3. in fine: *Nisi aliud sensisse testatorem ab hereditibus eius approbetur.*

Ad n. 2. Non aliter à significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem. *text. in dict. leg. quæ est, Non aliter 69. ff. de legat. 3. & in §. 1. Cum plerumque abusive loquantur, nec proprijs nominibus, ac vocabulis semper utantur; voluntas ergo facit, quod in testamento scriptum valeat.* leg. si mihi & tibi 12. §. in legatis in fine; *Si non fuit evidens diversa voluntas, leg. licet Imperator 74. alias 77. Cum & significatio verborum non repugnet huic*

de Doña Antonia Martinez Oja de Castro, en el pleyto, que sigue con Doña Maria Sebastiana de Zaldua, su hermana, sobre la possession, y succession de el vinculo, que fundò Juan Martinez Oja de Castro, por la incompatibilidad, que tiene con el fundado por Don Pablo de Baena, y Doña Isabel de Vega, que posee la dicha Doña Maria, me es forçoso reducir à este informe los motivos de Justicia, que para dicha pretension asisten à Doña Antonia; y aviendo estos de resultar de las clausulas, que los justifican, las pondré à la letra para digerirlas cõforme à su verdadero sentido, como lo previene la l. 28. §. Titius 3. ff. de liberat. legat. Y el señor Molina de primogenijs lib. 1. cap. 4. n. 19. & 20. D. Larrea decif. 33. n. 31. D. Vela disert. 45. n. 5. & disert. 47. n. 43.

2. Porque esta es la primera obligacion en el defensor, de tal suerte, q̄ aunque repugne de las voces la corteza, solo se ha de poner el blanco en registrar la substancia del concepto, que es en el que con-

sententia, & voluntas testatoris congruat, ut in leg. ab omnibus 104 ff. de legat. 1. cum alijs, que referuntur à D. Vela dict. disert. 47. n. 4. & ita accipi debent. D. Molina, Castillo, & ceteri, quos citat in hoc numero, & in antecedenti.

Ad n. 3. y 4. Y así no usaremos de futilzas, por no incurrir en el exceso de la cavilacion, con que le futilizan las clausulas por el contrario: *Ea est natura cavillationis, quam Greci: appellant, ut ab evideret veris per brevissimas mutationes, disputatio ad ea, que evidenter falsa sunt perducatur.* Verba sunt iuriconsulti Iuliani in leg. ea 45. ff. de regul. iuris. Y para evidenciarlo, referéremos las que omittió en la fundacion de Oja de Castro.

Ad n. 5. Despues de sus dias llama à Dona Maria de Ribadeneyra su hija vnica, y legitima, y de Marina de Pórticueto su legitima muger, y profigue in hæc verba: *Despues de ellos succedan en los dichos bienes sus hijos mis nietos en esta forma: que atento que Jacinto su hijo mayor, y Juan su hijo segundo son mudos, suceda en este mayor aigo Pedro su hijo tercero, que él, y los demás sucesores se han de llamar del apellido, y renombre de Martinez Oja de Castro, y traer las armas de este mi apellido, como adelante se dirá. El qual dicho Pedro, Martinez Oja de Castro, en el lugar, que le tengo llamado suceda en estos bienes vinculados, llevando, y gozando los frutos, rentas, y exercicios de ellos; y despues de los dias de su vida, vengán, succedan, y passen los dichos bienes en su hijo mayor legitimo, avido de legitimo matrimonio; y despues de el su nieto varón legitimo por la via masculina, y linea recta de varón; y en falta de varón, hembra; y todos ellos de legitimo matrimonio avidos, y procreados, y no legitimados por merced de Principe, ni por subseguente matrimonio, successivè vno de otro, hasta se acabar la descendencia legitima de dicho Pedro, Martinez Oja de Castro, mi nieto, in infinitum*

§
consiste la justicia, no en el vano ruido de los ecos: *l. non aliter 67. §. 1. ff. de legat. 3. Card. de Luca de fideicommiss. disc. 58. n. 2. Vt immorandum non sit in cortice, & figura verborum, sed spectari debeat substantia voluntatis, etiam si sonus verborum repugnet Muscard. conclus. 2. n. 259. de interpretatione stat. ibi: Non secundum corticem verborum, sed secundum rationem eius. D. Castillo tom. 6 lib. 5. cap. 181.*

3. Pues à mi cortedad mientras mas pienso, y considero las clausulas de las Fundaciones, con mas firmeza me aianzo en la justicia de la parte, que desiendo, como le sucedió al Jurisconsulto Baldo (guardada la proporcion de su agudeza con la insuficiencia mia) que dixo en el conf. 140. lib. 1. vers. 1. *Et quanto magis lego, & considero verba testamenti, magis mihi persuadent istam esse enixam voluntatem testatoris.*

4. Pues no solo vna, sino muchas vezes me he parado à considerar las clausulas cotejando vnas con otras, para sacar à luz el mas seguro concepto de los fundadores, es forçan-

per-

B

do

parpetuamente, con que aya de ser, y sea vno solo el poseedor, y gozador, de su mayorazgo, bienes, y frutos del, que ha de ser perpetuo, y no se pueda partir, ni dividir en propiedad, ni en posesion, ni para gozar los frutos, ni en otra manera, salvo que siempre, como es dicho, sea solo vno el poseedor, y conque en la dicha sucesion prefiera siempre el varon mayor al menor, y la hembra mayor a la menor, y el varon a la hembra, aunque sean menores en dias los varones, que las hembras, y con que la linea del poseedor prefiera a todas las otras. Y para considerar la dicha mayoria, los hijos, y descendientes representen las personas de sus padres, conforme a la ley de Toro, que en este caso dispone, y declarandolas la sucesion de las dichas hembras, se entienda, que si el poseedor tuviere hija, y no hijo varon, que aquella suceda, y se prefiera a los otros sucesores; y lo mismo si el hijo mayor faltare en vida del poseedor, y dexare hijo varon, aquel prefiera a la hija del poseedor, y si dexare hija, y no hijo varon, que aquella prefiera a los otros varones representando la persona de su Padre. Estas clausulas se entiendan ser repetidas en todos los llamamientos de adelante, como si en cada vno dellos fueran puestas de letra a letra.

Con tal declaracion, que si qualquiera de los dichos mis nietos, q aora son mudos, hablare, sea preferido en la sucesion deste dicho mi mayorazgo, y prefiera al dicho Pedro Martinez Oja de Castro, y a los demas, y entre en primero lugar el tal mudo, que hablare: y de los dichos dos mudos, si ambos hablaren, prefiera el mayor al menor, y vaya el dicho mi mayorazgo en este caso por los descendientes legitimos de el dicho mi nieto varon mayor, que hablare, de vno en otro por la misma orden, y regla, que antes de esto se contiene: esto con que no aya muerto a la sazón la dicha Doña Maria de Ribadenebra mi hija, porque aviendo faltado ella, y entrado por su muerte el dicho Pedro Martinez Oja de

do lo rudo de mi ingenio a buscarlo con la sutileza, que le permita su corteidad, siguiendo el consejo de Simon de Petris lib. 2. dub. 2. solut. 1. n. 130. ibi: Cum semper, & multam testamenti verba non solum legere, sed lectitar, & lectitando pensare, &c. Thusc. tit. 5. conclus. 856. n. 16. ibi: Quia laudabilis est subtilitas pro inveniendâ rationabili legis ratione; y el Cardenal de Luca se quexa de que le llamen sutilezas a sus discursos en el 2. de testam. n. 7. Mantie. de coniect. lib. 3. tit. 3. n. 1. ibi: Nos non oportet in frigida, & ieiuna verborum calumnia delitescere... & negligere voluntatem testatoris.

5. Y para esto serà necesario hazer resumen a la letra de todas las clausulas, que conducen al asumpto, para que no se arguya menos realidad en la forma, que en la sustancia se pretende, como lo acofeja el Jurisconsulto en la l. Maxia ff. de manumiss. test. ibi: Contextum verborum totius scripturæ. D. Castillo, lib. 5. cap. 181. n. 2. Torr. de maiorat. part. 2. respõs. 2. Boscol. n. 144. en cuyo supuesto las clausulas de vno, y otro mayorazgo, que

de Castro en la posesion de este dicho mayorazgo, no ha de ser desposeido el, ni sus descendientes de la dicha posesion, y llamamiento, aunque el tal mi nieto mayor mudo hable, y le aya dado N. Señor habla, q̄ se le dar à los demás hombres, que no tienen el dicho defecto de mudos. Et infra.

Y saltando nieto mio hijo de la dicha Doña Maria mi hija, que no sea mudo, venga este dicho mayorazgo al dicho Jacinto mudo, y à sus hijos, y descendientes legitimos, y à falta de ellos, venga al dicho Juan mi nieto, y à sus hijos, y descendientes legitimos, y à falta de descendiente varon de la dicha mi hija, suceda en este dicho mayorazgo Doña Marina su hija mayor, y sus hijos, y descendientes legitimos, y à falta de ellos sucedan los descendientes de otra qualquiera hija, que tuviere, guardando siempre la prerrogativa del grado, y las clausulas, y reglas del primero llamamiento hecho en el dicho Pedro Martinez Oja de Castro, mi nieto, hasta que se acabe toda la sucesion, y descendencia legitima de la dicha Doña Maria de Ribadeneira mi hija.

Y saltando toda la descendencia, y sucesion legitima de la dicha Doña Maria mi hija, y de los dichos mis nietos, si à la sazón buviere otro qualquiera descendiente mio, ó suyo, que sea hijo natural, ó descendencia de hijo natural, este tal en tal caso pueda suceder, y suceda en este dicho mayorazgo, y si buviere muchos desta calidad, se prefiera el mas cercano al ultimo poseedor. Y saltando toda mi descendencia legitima, y natural, este dicho mayorazgo, y bienes del venga à mi pariente mas propinquo descendiente de mis padres, abuelos, hermanos, tíos, ó primos, y à los descendientes del tal legitimo varon de grado en grado, segun dicho es, perpetuamente.

Y quiero, y es mi voluntad, que los dichos bienes no se puedan partir, ni dividir por testamento, sucesion, contrato, ni transaccion, ni en otra qualquier manera:
sal.

que pueden conducir, son las que à la letra se subscriuen.

CLAVSULA S DEL mayorazgo de Oja de Castro de 3. 5. con Real facultad.

Y Empezando por el de Oja de Castro, que es fundado de ascendiente, dize en el ingreso, y prelude de la fundacion, que la haze para q̄ se mantenga su casa, y linage, ibi: Conservacion y aumento de mi casa, hijos, y descendientes, y linage.

Y la Real facultad se le concede para este fin, ibi: Y para que de vuestra persona quede memoria. Y profi-gue la fundacion señalando bienes, y despues llama en primer lugar à Doña Maria de Ribadeneira su hija, y al hijo tercero de esta, su nieto, y excluye al primogenito, y segundo con exclusion real, lineal clara por ser mudos; pues dize, que ni por ellos, ni por sus descendientes se le quite el mayorazgo al tercero, ni los suyos, aunq̄ recobren el habla, vna vez que este entrasse en la posesion de el; y acaba la clau.

salvo que en ellos fuese de uno solo en la forma, que dicho es, y de allí para adelante de grado en grado para siempre y a más.

Prohibe toda especie de enagenacion, y concluye la clausula con estas palabras: *Antes por el mismo fecho, sin otra sentencia, ni declaracion alguna pierda, y aya perdido los dichos bienes, y este mayorazgo passe, y venga al siguiente en grado con las mismas condiciones.*

Y en el caso de cometer el crimen lesa Maiestatis Divinae, vel humanae, pecado nefando contra naturam, perduellion, o otro semejante, dize así: *Y los bienes de él se ayan tornado, y tornen a la persona en quien deben venir, y suceder segun esta mi disposicion, como si el tal delinquente poseedor fuese pasado desta presente vida a ntes de aver delinquido, y imaginado cometer qualquiera de dichos delitos.*

Continúa con la condicion de armas, y apellido, q refiere el contrario *sub hoc numero*, y despues haze exclusion de loes, fúrriolos, y otros de esta calidad, y Clerigos, y Religiosos, que no quiere sucedan en este vínculo, y concluye así: *Y si adelante, lo que Dios no quiera, ni permita, el que viniere a suceder en este mayorazgo fuere mudo, sin embargo de ello fuese, y aya los dichos bienes, porque la diferencia, que he fecho en el llamamiento de mis nietos mudos, no quiero que passe, ni se entienda a otro qualquier successor, sino dexar esto a lo que fuere la voluntad de Dios nuestro Señor.*

Registrando estas clausulas, y la sana, clara, y literal disposicion de ellas, combinadas con la violenta relacion, y cavilosa inteligencia, que se les dà de contrario (que se manifestará infra ad num. 10. 11. 12.) se excede su oficio contra la disposicion de la ley 2. tit. 16. lib. 2. recop. *Ex qua. D. Olea tit. 6. decis. 118. & act. in miscellania n. 13. ita se habet: Advocati in initio suscepti muneris, & quotannis una vice iurent, se bene, & fideliter usuros officio suo, & quod causas iniustas non*

clausula: *que él, y los demás sucesores se han de llamar del apellido, y nombre de Martinez Oja de Castro, y traer las armas de este mi apellido, como adelante se dirá.*

Y prosigue hablando sobre la perpetuidad del mayorazgo, y su succession, y dize así: *Y con que la linea del poseedor prefiera a todas las otras. Y para confiar la dicha mayoría, los hijos, y descendientes representen las personas de sus Padres conforme a la ley de Toro, que en este caso dispone. Et infra: Representando la persona de su Padre, y estas clausulas se entienda ser repetidas en todos los llamamientos de adelante, como si en cada uno de ellos fueran puestas de letra a letra.*

Y prosigue, y en otra clausula dize, q sucedan guardando siempre la prerrogativa del grado, y las clausulas, y reglas del primero llamamiento, y llega a llamar los hijos naturales, y dize, *se prefiera el mas cercano al ultimo poseedor, y a falta de los naturales llama a los transverales legitimos, y concluye, y a los descendientes de el tal legitimo de grado en*

gra-

defendens; de cuya contravencion no se excusa el que fielmente no refiere el Hecho, y faltando à la buena feè, y realidad, supone lo contrario de lo que consta de las mismas clausulas, como de las antecedentes consta; y mas claro en la siguiente, donde se suponen aquellas palabras *al segundo en grado*, quando lo literal en ella; y en todas las de la fundacion se expresa por estas: *Al siguiente en grado*, como consta del testimonio dado en Cordova en 28. de Junio de 1721. años, por Diego de Caceres y Verlanga, Escrivano publico de dicha Ciudad, sucessor en el Oficio de Rodrigo de Molina, sacado del Protocolo de dicha fundacion.

CLAVSVLAS del mayorazgo de Baena y Vega.

C*Ompulsavit, quod sibi fuit bene visum, relinquens alia, quæ ei nocere poterant*, dezimos con el señor Valenzuela, *conf. 171. n. 69.*

Y para hazer verdadero juicio por el hecho de la verdad, no se ha de facar de particulas, y trozos de las clausulas, sed ex toto contextu. L. *Mævius ff. de manumif. testamenti.* ibi: *Contextum scripture totius testamenti.* Mantic. lib. 7. tit. 13. n. 1. Surd. decif. 202. n. 16. Cafanat. *conf. 47. n. 35.* Y así por lo que se manifestará en el discurso desta apologia hemos puesto à la letra las clausulas conducentes de el mayorazgo de Oja de Castro, y continuamos con las de Baena y Vega, que omitió el contrario,

9
grado; segun dicho es, perpetuamente. Continúa su disposicion prohibiendo la division de los bienes, y manda, que en ellos suceda vno solo en la forma que dicho es, y de allí para adelante de grado en grado para siempre jamás.

CLAVSVLA PRINCIPAL.

Item es condicion à la dicha Doña Maria de Ribadeneira mi hija, y sus hijos, y descendientes; y successores en este dicho mayorazgo, à quien suere deferida la succession de el, sean solamente usufructuarios de los bienes, y antes que tomen la possession de ellos seã obligados à tomar, y traygan siempre las armas derechas de mi el dicho Juã Martinez Oja de Castro à la mano derecha, y se ayan de llamar, y llamen de mi apellido, y renombre de Martinez Oja de Castro, sin llamarse de otro apellido primero, porque este mio han de preferir, y anteponer à otro; y si lo contrario bizieren, por el mismo hecho ayan perdido, y pierdan estos bienes de este vinculo, y mayorazgo, y los aya, y suceda en ellos el successor, y persona, que tras de dicho inobediente aya de suceder con los dichos gravámenes, y condiciones; y la tal persona, que por esta causa de no llamarse

En

C
mar se

En el primer folio buelta: *Dezimos,* que por quanto por constarnos por experiencia, que los bienes, y herencias por grandes, que sean, que se parten, e dividen entre herederos, en muy breve tiempo se pierden, y consumen, y que juntos, agregados, e impartibles permanecen, y se aumentan, y que de pequeñas dotaciones se vienen a hazer grandes vinculos, y mayorazgos, y de costumbre loable, immemorial, y con buena conciencia, y zelo, por derecho divino, y humano, natural, y positivo siempre se ha fecho, y acostumbrado assi, y de ello ha sido nuestro Señor servido, y su Santa Fe aumentada, y los deudos socorridos y dura in aeternum la buena memoria de los nobles, que hazen, e instituyen vinculos, y mayorazgos, por todo lo qual, &c.

Otrofi, es capitulacion expressa, que dicho vinculo, y mayorazgo, e bienes no puedan venir, ni suceder en ellos, ni transferirse en ninguna persona, que sea mudo, ni sordo, ni loco, ni furioso, ni mentecato, ni ciego en el entretanto que lo fueren, ni menos Religioso de Orden sacro, ni que huviere fecho profesion, e sea Religioso, excepto en el Orden, e Cavalleria de Calatrada, e Santiago, o en otra Orden, que pueda contraer matrimonio, porque a los tales no los llamamos a este dicho vinculo, y queremos que passe en el siguiente en grado.

En cuya serie de claufulas de vno, y otro mayorazgo se fundará (por ceñir por los mismos terminos a convencer la serie de la alegacion contraria) que no son incompatibles, y que pueden estar en vi fugo solo.

Lo 2. que Doña Antonia no puede suceder en competencia de Doña Maria Sebastiana su hermana, y de sus hijos.

Lo 3. que caso negado se considerasse incompatibilidad en estos mayorazgos, no es real lineal, y que poseyendo Doña Maria el de Baena y Vega, aviendolos poseido; y ambos su Padre, abuela, y

marse de dicho apellido de Martinez Oja de Castro, y traer las armas a la mano derecha, oviere, y sucediere en los bienes de dicho vinculo, y mayorazgo, sea obligado a llamar se, y tener el dicho apellido de Martinez Oja de Castro, y traer a la mano derecha las armas, sin anteponer otro apellido, como es dicho, so pena de perder el dicho mayorazgo, y bienes de el, y que suceda el siguiente en grado por la misma orden, y esta se tenga, y guarde siempre por la dicha Doña Maria mi hija, y por los dichos sus hijos, y descendientes legitimos, y por los demás sucessores en este dicho vinculo, y mayorazgo.

Y mas abaxo en otra claufula dize: *Item con condicion, que el que despues de mi muerte huviere de tornar, y restituir los bienes deste vinculo, y mayorazgo a el SEGVNDO EN GRADO, no pueda sacar, ni deducir quarta Palci dia, ni Trebelcanica, ni otra parte alguna de los dichos bienes, sino que enteros, y sin diminucion alguna vengan a el siguiente en grado. Y cierra la fundacion del vinculo en esta forma: A la dicha mi hija, y a otro qualquiera su successor, que segun las condiciones susodichas huviere de su-*

segunda abuela, por lo mismo no toca à Doña Antonia en competencia de Doña Maria, y su descendencia.

Lo 4. que el interim se debe dar à dicha Doña Maria, porquè està poseyendo todos los bienes del mayorazgo; y aunque Doña Antonia habita las casas principales, es por razon de alimentos, y que solo se halla con titulo Doña Maria.

PUNTO I.

QUE EL MAYORAZGO de Oja de Castro, y el de Baena y Vega, no son incompatibles, y que pueden estar en vn solo poseedor:

Adn.6. **E**N el supuesto deste Hecho, quien avrà que dunde, que estos dos mayorazgos pueden concurrir en vn solo poseedor; y poseerlos ambos Doña Maria Sebastiana, como los han poseido sus antecessores tiempo de 72 años, como diremos. Y se haze mas claro teniendo presentes las clausulas del mayorazgo de Baena y Vega, de que en este punto và hablando, y ponderando el Abogado contrario, en que no se hallan las palabras de la doctrina de Roxas, part. 1. cap. 1. n. 45. ibi: *Principaliter ad dexteram, vel cognomen suum tamquam principale.* ibi: *Seant obligados à hazerse llamar, nombrar, è intitularse por sobre nombre, y apellido Baena y Vega, y traygan en los reposteros, y otras partes nuestras armas, è insignias à la mano derechas, y así no es adaptable à nuestro caso las palabras, que refiere del n. 45. fino las del*

num.

suceder en este mayorazgo, que por su propria persona sin mandamiento de Juez, ni de Alcalde, pueda entrar, y tomar la possession de los dichos bienes por sí, y desde luego para quando de mi fageda finamiento le doy la dicha licencia, y traspasso en ella, è en el la dicha possession civil, y natural, y à mayor abundamiẽto entre tanto que no la toma, me constituyo por su inquilino, tenedor, y poseedor de los dichos bienes, y en señal de possession entrego al presente Escrivano la nota, y registro original de esta carta; y yo el presente Escrivano en nombre de la dicha Doña Maria de Ribadenevra, y de los llamados à este mayorazgo, aceto este dicho mayorazgo, y aceto esta dicha donacion, y fundacion cõ todas las dichas condiciones, y gravamenes, de que dà fee, y profigue: Y porq̃ la determinada voluntad de mi el dicho Juan Martinez Oja de Castro, ha sido, y es, que esta dicha donacion, y fundacion de mayorazgo despues de mi muerte en todo tiempo sea firme, y valida; y las condiciones, y gravamenes en ella insertas se guarden, y cumplan para siempre jamas, otorguè esta carta, &c.

Estas son todas las clausulas

num. 39. ibi: *Nam si conditio, aut gradus nomen deferendi nomen, cognomen, vel armorum insignia in alterutro maioratus, qui concurrat, non sit appositum privative, sive negative, aut per contrarium medio carens, sed sincere, si de positivo tamquam diversum, vel contrarium per obliquum, tunc apud eundem successorem concurrere possunt duo, vel plures mayoratus, in quibus iubeatur ab institutore deferri simpliciter nomen, cognomen, vel arma: cum non sint ex contrariis, que medium, vel mixtum non admittunt, prout ex omnibus supradictis satis evidenter apparet.*

Ad n. 7. Es mas clara nuestra defenſa, y convencimiento de los supuestos contrarios de la misma doctrina, q̄ en este num. truncada refiere del Aguila sup. dict. n. 45: n. 27. q̄ entera, y literal dize assi: *In primo casu quando in quolibet ex duobus maioratibus apponitur conditio portandi arma sola, vel sine aliorum immixtione; ea conditio sufficiens est, ut maioratus non possit cum altero coniungi, quamvis alter habeat conditionem simplicem portandi arma: y nõ siendo este caso el de la fundacion de Baena, y Vega, no lo es tampoco portandi arma in loco principali, & ideo (ut iisdem verbis utar) coniungi potest cum alio maioratu, quamvis conditionem habeat, ut nomen, & arma primo loco deferantur, cum talis eadem conditio in hoc de Baena & Vega non inveniat. Y se prueba de las palabras expresas, que refiere con el señor Molina; D. Castillo en el tom. 6. lib. 5. cap. 136. n. 70. en que se cita por el contrario, ibi: *Item (his addit Molina met ipse) qui nomen, & arma alterius deferre iussus fuit, clarissimum est, quod adimplet maioratus institutoris preceptum; nomen & arma deferendo, etsi aliud nomen, & arma illis adiungat; ideoque cum maioratus institutor ulterius non processerit, non est cur ad preceptum, ex quo tantus rigor iniungitur, dispositionem restantis extendamus, eo**

fulas del mayorazgo de Oja de Castro, en que pueden fundar sus intentos ambas partes; y passamos à referir las del que fundò Don Pablo de Baena, y Doña Isabel de Vega (suponiendo, que ambos mayorazgos son regulares) en que no ay por las partes disputa, por ser claros los llamamientos.

CLAUSULAS DEL mayorazgo de Baena y Vega.

Empieza su fundacion dando los motivos, y causas, que tiene para hazerla, y dize, que vna de ellas es: *porque los deudos Jean socorridos, y durarà in aeternum la memoria de los nobles, que hazen, è instituyen vinculos, y mayorazgos: por todo lo qual, &c.*

Y profigue otra clausula: *Otro es capitulacion expresa, que el dicho Miguel Sanchez de Baena è Vega, è los demàs despues de èll llamados à el dicho vinculo, y mayorazgo sean obligados à bazerse llamar, nombrar, y intitularse por sobrenombre, y apellido Baena y Vega y traygan en los reposteros, y otras partes nuestras armas, è insignias, à la mano derecha las*

de

preferim quod huiusmodi preceptum onus contineat, ideoque intelligendum sit eo modo, quo successorem minus gravare potest. En cuyo caso estamos, y no en el del verbi: *Sed omisso verbo sola, dictum esset, quod nomen, & arma primo, & principali loco portarentur:* porque esta calidad no se halla en el precepto de dicho mayorazgo de Baena y Vega.

Ad num. 8. Y lo mismo procede en quanto à la doctrina de Lara, dict. n. 37. cuius verba ita se habent: *Sed si expressè non prohibuit, sed insit, quod nomen, & arma principaliter deserat etiam priori loco, poterit cum alio nomine, & armis mixtè deferre, nisi alter maioratus eadem habeat clausulam:* que no tiene el referido de Baena y Vega, como se ve en ella: y aunque prosigue refiriendo el caso entre Don Gregorio de Recalde, y Doña Agata de Coscoxales, y algunas de las clausulas; no enteras, y debaxo del mismo presupuesto; y así en el num. 39. refiere las palabras de el fundador en vna, y otra fundacion, ibi: *& fundator dixit, y tenga el dicho nombre, y apellido principalmente,* cuya clausula no contiene el referido de Baena y Vega, y así no son adaptables à ella las referidas doctrinas; y cumple con vsar primero de el apellido de Martinez Oja de Castro; y vsar juntamente de el de Vega y Baena; pues este no contiene el precepto de solo, ni primero, y en principal lugar.

Ad n. 11. Supuesto el precepto de apellido, quiesce esta clausula, que dimittitur refiere en este numero el contrario (como fuele) quitando, ò poniendo; & in rei veritate sic se habet: *Y aunque por los casamientos, que les sucedieren à los llamados en este vinculo, pretendan poner las armas, è insignias en mejor lugar, y tomar otro su apellido que Baena y Vega, y de industria hizieren lo contrario, queden excludos deste dicho vinculo; y bienes de el, y suceda el siguiente en grado:* donde el relativo verbo lo contrario se ha de

re-

de mi el dicho Pablo de Baena, y à la izquierda las de mi la dicha Doña Isabel de Vega. Y aunque por los casamientos, que les sucedieren à los llamados à este dicho vinculo pretendan poner las armas, è insignias en mejor lugar, ò tomar otro su apellido, que Baena y Vega, y de industria hiziere lo contrario, queden excludos deste dicho vinculo, y bienes de el, y suceda el siguiente en grado. Y prosigue otra clausula: *Item que el dicho Miguel Sanchez de Baena, y los que despues de el sucedieren en este dicho vinculo, antes que tomen la possession de el, juren de guardar las capitulaciones desta escriptura, y el que no hiziere, siendo requerido, quede excludo de este dicho vinculo.*

Y finaliza la fundacion con entrego de posesion, y dominio, clausula de constituto, y entrega de la escriptura en señal. En cuya serie de clausulas de vno, y otro mayorazgo se fundará, que son precisamente incompatibles, y que no pueden estar en vn sugeto solo. Lo 2. que Doña Antonia Martinez Oja de Castro debe suceder en competencia de Doña Maria Sebastiana de

D Zal-

referir à la primera clausula, y que haga sentido con ella, y de industria hizieren lo contrario à mi voluntad, ò à lo que de xo dispuesto, esto es, vt ibi: *No se llamen por sobrenombre Baena y Vega, y traxeren en los reposteros, y otras partes nuestras armas, è insignias à la mano derecha, queden excluidos, &c.* Porque como nos enseña Ramos de Obregon de subst. tract. 2. cap. 2. n. 261. ibi: *Quamvis dicatur relatiuum referri ad proximum antecedens L. si idem §. si vna ff. de iurisd. dict. Acorcio in §. que 3. verb. iste. Instit. de act. hoc intelligitur, si antecedens remotum non sit magis principale L. moribus §. sed si ita ff. de vulgar.* Y más estando la copula Y, vel E entre dos oraciones, que la que le sigue à la que determina no tiene perfecto sentido, pues entonces figure su naturaleza. *D. Larrea decis. 65. n. 8. ibi: Natura quidem copulatiue dictionis est reducere omnia extrema coniunctim nominata ad pariformem sensum, & implementum iuris, & facti. L. vnica §. His ita definitis C. de cad. tollend.* Pues en la oracion antecedente, ibi: *Yaunque por los casamientos, que les sucedieren à los llamados en este dicho vinculo, pretendan poner las armas, è insignias en mejor lugar, y tomar otro su apellido que Baena y Vega:* no determina, con que no ay à lo que se refiera en ella el relativo verbo lo contrario. *& ista verba per se non sunt dispositiua cap. si Papa de priv. Clement. si fummus de sent. excomm. y es solo vn presuuesto, ex quo nihil dispositum inuenimus, vt in L. & facta la 1. ff. de hered. instit. facit text. in Clement. 1. de præbend. in fin. Alexander lib. 2. cons. 17. per rotum.*

Lo que se haze mas claro, pues esta parte, ò clausula no mira à lo dispositivo, fino à lo executivo: porque la palabra Y aunque significa, que lo siguiente depende de lo ya dispuesto, y se pone para su execucion, y así no puede alterar la disposicion *ex celebri text. in Clement. 1. de præ-*

Zaldúa su hermana, que posee el de Baena y Vega. Lo 3. que la incompatibilidad de estos mayorazgos es real lineal, y aunque no lo fuera, estando poseyendo la dicha Doña Maria el de Baena y Vega, y ayiendo su Padre poseyendolo (como llanamente lo tiene confessado) toca à Doña Antonia el de Oja de Castro en competencia de Doña Maria, y su descendencia. Lo 4. que en el interin se debe dàr à dicha Doña Antonia, *por que està poseyendo los bienes mas principales de el vinculo, y los poseyò Don Marcos Pedro de Zaldúa, y aunque Doña Maria desfrutà algunos, es por razon de alimentos, y en caso que ambas poseyessen, se le debe el interin à la que posee con titulo.*

PUNTO I.

QUE EL MAYORAZGO de Oja de Castro, y el de Baena y Vega, son incompatibles, sin medio, y no pueden estar en vn solo poseedor.

6. EN el supuesto de este hecho, quien avrà, que dude, que estos ma-

prebend. & dignit. ibi: *Ad quam non augendam, sed exequendam debent (que de inhibitione sequuntur) referri: quem textum ex Gelin. aureum appellat Dom. Covarrub. in rubr. de restam. 2. part. n. 13. ex quo. D. Castillo cum multis lib. 4. cap. 48. n. 4. ibi: clausula accessoria, seu posita in executivis non ampliant, nec alterant, aut immutant dispositionem principalem, sed solum in suo primo intellectu confirmant, & regulantur secundam naturam principalis dispositionis.*

Y así conociendo el fundador avian de traer los poseedores las armas, y vlar de los apellidos, que por los casamientos adquiriesen, no se halla, ni encuentra prohibicion de el vso de ellas, antes expresa permission, como no dexen de vlar de sus apellidos, y traer las fuyas como dexa dispuesto. Y esto se prueba mas claro ex verbo *de industria*, quod est, *data opera*, pues ay grande diferencia entre lo que succede naturalmente, que es vlar de armas, y apellidos, que por los casamientos adquirieren; o por vlar de estos, dexar de vlar *data opera* de los del fundador, vt Terent. in Adior. ibi: *Parum interesse censet, ex animo omnia, ut fert natura, facias, an de industria?* Ex quibus parece queda entendida la clausula, y que el precepto de apellido, y armas *ad dexteram* es *simpliciter*, ex quo non invenitur verbo *sola*, vel *sine immixtione aliorum*, nec *principaliter*, & *primo loco*, como se ha supuesto contra verdad, y el tenor de las clausulas por el Contrario, aviendonos excedido en este numero de lo que es el thema desta apologia, por no dexar sin inteligencia genuina la dicha clausula refervando las razones mas claras de ella para su lugar infra ad num. 41. & ad n. 42. & 43. & 99.

Ad n. 9. 10. & 12. En todas causas, y en esta en especial hemos manifestado quanto professamos la verdad, executando para hallarla, sin omitir diligencia, quantas nos previene el sagrado texto in Deu-

mayorazgos, son precisamente incompatibles, pues ambos tienen la precision de armas, y apellido en primer lugar, y no pueden estar simul Roxas de incompatibilit. part. i. cap. 1. n. 45. es expressio: *Idem dicendum erit, etiamsi in duobus maioratibus quilibet institutor in suo portari arma principaliter ad dexteram, vel cognomen suum tamquam principale in primis ferri iubeat: quia utrumque preceptum cum idem contineat, & quod simul non potest adimpleri sibi ipsi directe & ad invicem contrarium, & medio carens, tamquam eque principale sese impediunt: itaque incompatibilia erunt precepta huiusmodi. Ideo ambo maioratus concurrere non possunt apud eundem successorem, sed altero electo, alterum remittat necesse est.*

7. Aguila super dict. n. 45. n. 27. ibi: *Quando in quolibet ex duobus maioratibus apponitur conditio: quando conditio portandi arma in loco principali apposita est incompatibilitas provenit ex accidenti, non ex natura maioratus, & ideo cum alio coniungi potest, nisi habeat eandem conditionem.* D. Castillo tom. 6. lib. 5. cap. 136. n.

noa in
cosa =

Deuteronom. cap. 13 ibi: *Quare solliciti, & diligenter rei veritate perspecta. & in cap. 17. ibi. Audiens inquiseris diligenter, & verum esse repereris, para lograr, tomo hemos logrado siempre, vt infra ibi: Indicabant tibi indicij veritatem.* En el libro de Judith nes cuenta la sagra da Escripura vna grandissima victoria, y en el cap. 13. de el dize, que con su propia daga cortó la cabeça al valeroso Ho lofernes Capitan contrario: y el Profeta Zacharias canta, que la mejor salud es la de nuestros enemigos: *Salutem ex inimicis nostris, & de manu omnium, qui ode runt nos.* Lucá cap. 1. Y por que esperamos vna grande victoria, y de ella mucha salud, no hemos tomado, ni tomaremos mas armas, ni mejores argumentos, y funda mentos, que los de la parte contraria, y asegurando con ellos nuestra justicia, quedarán satisfechos, y respondidos to dos. Y así no hemos guardado, ni guar daremos otro orden, que ir por sus mis mos puntos, numeros, y doctrinas, como hasta aquí: siendo inciertos los presupues tos, y conclusiones, que en el Hecho se afsientan por el Abogado contrario, à que aplica llana, y lisamente todos los fundamentos de derecho, aviendo diver sidad en el Hecho, y en las circunstancias de el: *Diversum eius pro nobis constituit l. si ex plagijs 53. in clivo ff. ad leg. Aquil. ibi: Respondi in causa ius esse positum, vbi plura exempla tradit Iurisconsultus Alfenuus & Duaren. lib. 1. disp. cap. 41. & vt notavit Decius cons. 584. qualibet mutatio circa factum, ius facit variari. & Cagnol in l. 1. C. de edendo n. 11. affir mat, quod non potest bene terminari quaestio iuris, nisi cum ve ritate constet de fa cto, & eius circumstantijs. & cum Bald. Iason, Fulgoso, Cornuo, Ripa, & alijs tra dit Petrus Barbof. in l. Titia 35. ff. soluto matrimonio num. 24. & 25.*

Esto es lo q̄ ha hecho el Abogado con trario, vt n. 9. ibi: *Se intitulen, y nombren solo Baena y Vega, & infra: No han de to mar,*

n. 78. vers. *Sic sanè circa finem, ibi: Sed omissio verbo sola, dictum esset, quod no men, & arma primo, & principali loco portarentur, aut quod alterius maioratus arma & cognomen inferiori loco tra hantur, alterius autem maio ratus clausula in ipsum cap tum fuerit ita quod impossi bile videatur vnus, & alte rius maioratus arma primo & principali loco portare, nec vnus dispositionem, & præ ceptum servare, quin alterius præcepto contraveniatur, tunc sanè cum eadem ratio mili tet, sicuti quando verbum so la adijcitur, idem quoque ius servandum esset, & voluntas prævalere debet, vt concursus duorum maioratum non de tur, nec admittatur, & idem statuendum erit, quando simi les aliæ clausulæ, aut verba exprimantur: & in his termi nis concluderent quidem, & fortissimè vrgerent funda menta omnia, quæ Pelas à Mieres 2. part. quæst. 4. illat. 8. ex n. 79. vsque ad n. 161. ponderavit.*

8. D. Lara de vita hom. cap. 13. n. 37. donde refiere decission de la Real Chancilleria de Vallado lid en nuestros terminos entre D. Gregorio Recal de, y Doña Agata de Cos coxa-

mar otro su apellido, que Baena y Vega. & infra: Les prohibe, que tomen otro alguna. & ibi: *Que solo aya de usar de los expressados.* & n. 10. ibi: *sus armas solas, sin que pueda usar el poseedor de otras.* & n. 32. *no puedan tener otro su apellido.* & n. 37. *que no puedan usar de otro su apellido.* & n. 41. *sino solo el de Baena y Vega.* & n. 43. *solo su apellido.* & infra: *y sola.* n. 51. *ad finem: solo.* n. 63. *y asi lo entiendo solo del hijo segundo.* n. 64. *y solo, como lo pide el de Baena y Vega.* & n. 65. *y de otra suerte no los llama.* & n. 75. *tenia otro mayorazgo.* & infra: *sea del otro hijo segundo del difunto.* & n. 77. *que no sea poseedor el que no cumpliere antes la condicion.* & n. 87. *prohibe, o por mejor dezir no llama a la sucesion, ni le da posesion; ni dominio,* & n. 88. *sino que no los llama.* n. 106. *de no permitir el dominio, y posesion.* n. 108. *de Doña Antonia posee las Casas principales, y el Cortijo.* Con que le viene bien la doctrina de Aguila ad Roxas part. 1. cap. 1. n. 27. *q̄ refirió truncada sup. n. 7.* *vt ibi notauimus, ibi: Quando in quolibet ex duobus maioribus apponitur conditio portandi arma sola, & sine aliorum immixtione, ea conditio sufficiens est, vt maioratus non possit cum altero coniungi, quamvis alter habeat conditionem simplicem portandi arma, &c.* Molina de primogen. lib. 2. cap. 14. n. 26. ibi: *In quorum vno precipitur, quod eius successsor appellari debeat solo cognomine eiusdem familie absque mixtura alterius nominis, & deferre arma eiusdem familie sola, & absque mixtura aliorum, &c.* citados por el contrario n. 10. y en el 12. Roxas part. 1. cap. 1. n. 42. ibi. *Veluti si absque immixtione iubeat institutor arma portari, vel solum cognomen, vel sola familie sue insignia, &c.* Moreno de Vargas discurs. 21. n. 7. in fine, ibi: *Mas todo esto cessará, si el mayorazgo obligare a traer precisamente las armas del fundador solas, y sin mezcla de otras.*

Sed cum in dicta clausula vt n. 11. sibi

coxales, en que se mandò, que el dicho Don Gregorio dexasse vno de los mayorazgos a Doña Agata solo por la precision de armas, y apellido en primer lugar, y pone a la letra la clausula de vno, y otro (aunque no son tan fuertes, como las de nuestro caso) y por no dilatar me remito a dicho lugar, donde exorna nuestro asumpto con muy grande erudicion, y procuro abreviar en cosa tan clara, para explayarme donde me parezca mas forzoso (que en este punto fuera ocioso, quando no ay contradiccion segun las opiniones citadas) que son en los terminos precisos deste pleyto, no dexan duda a la clara incompatibilidad, por pedir ambos mayorazgos el primer lugar en armas, y apellido, que no se pueden bilocar, por ser quantos, segun buena Filosofia.

9. Pero no solo son incompatibles por accidente, sino tambien por la misma naturaleza de el mayorazgo de Baena y Vega, que prohibe el concurso por el mismo hecho de dezir, que los posee-

E dores

sibi contrarius refert el contrario, el precepto es: *Sean obligados a hazer sellamar, e intitular por sobrenombre, y apellido Baena y Vega, no estamos en los terminos de las referidas doctrinas; sino la del mismo Roxas supra. à nobis relati ibidem ad num. 6. in man. 39. la del señor Molina ibidem n. 30. ibi: Ex quo fit, vt quando maioratus institutor non adiecerit verbum illud SOLA, censendas fit, solum voluisse, vt maioratus successor nomen, & arma sua deferret, siue sola, siue cum alterius nominis, & armorum adiectione: si enim aliud voluisset expressisset. Moreño de Vargas, dict. n. 7. ibi: Y si tuviere dos, ó mas mayorazgos, y todos le obligaven à traer las armas de sus fundadores, no por esso obvide las de su linage, y varonia, aunque por él no tenga mayorazgo, pues desta suerte conseruan su nombre, y apellido en el mejor modo, que les es posible.*

Ad n. 13. La razón, porqué se niega en este numero, que pidiendo se traygan las armas *ad dexteram* de Baena, y las de Vega *ad sinistram* no se puede hazer consecuencia, luego en otro lugar permite otras qualesquiera, dize, que es: porque siempre la palabra à la mano diestra dize relacion al termino, à que se contrae. No lo prueba el lugar del señor Don Juan del Castillo, lib. 4. cap. 43. à n. 4. *Sequent*, donde por sí, y los Autores, que cita, siendo la question *Utrum relatum sit in referente cum omnibus qualitatibus suis, vel standum sit referenti, quando relatum non apparet?* Resuelve en el n. 9. ibi: *Vt quidquid continetur in termino, ad quem fit relatio, siue in relato, continetur in termino referente.* Y esto mismo dize Casanat. à quien cita; y D. Valenz. en los consej. 93. n. 30. y en el 133. n. 63. *Quod relatio debet fieri ad ea, que proxime præcesserant:* con que es manifesto, que vna, y otra doctrina no prueba el intento contrario: pues si estamos en la de Castillo, no ay en la especie propuesta referente

dores se intitulen, y nombre solo Baena, y Vega, y aunque por casamiento les pertenezca otro apellido en primer lugar, no han de tomar otro su apellido, que Baena y Vega: con que aqui prohíbe el cócurso de otro mayorazgo con precision de apellido: pues considerando los Fundadores, que su mayorazgo podia caer en hembra, y à los hijos pertenecerle el apellido de su varonia, les prohíbe, que tomen otro alguno, aunque sea tan propio, y q̄ solo aya de vsar de los expressados: y lo mismo se debe entender en quanto à armas (por lo que se referirà) con que no por accidente, sino por la misma naturaleza del mayorazgo de Baena y Vega resulta incompatibilidad.

10. Se prueba: por que este pide su apellido, y sus armas solas, sin que pueda vsar el poseedor de otras: con que por su misma naturaleza es incompatible. Aguila, Roxas, part. 1. cap. 1. n. 27. ibi: *In primo casa, quando in quolibet ex duobus maioratibus apponitur conditio portandi arma sola, vel sine aliorum immixtione, ea conditio sufficiens*

ferente, en que se comprehenda el relato; y se tenga por vna. misma cosa in quo, quali & quanto, vt ipse Castillo n. 8. Y si hemos de estar al rigor de lo que en el asumpto pudiera probar vna, y otra doctrina, es, que lo mismo es la diestra; que la siniestra: con q̄ à diestro, y à siniestro vienen, ò no vienen estas doctrinas. Y lo mismo la de Torre de maiorat. part. 2. quaest. 5 r. n. 32. Y cansamos, y nos cansamos en referirlas, para que se conozca lo extraviado de cada prueba, y particular de todo de la alegacion contraria.

Y en conuencimiento de la especie ideada, y no probada in hoc num. 13. hazemos memoria de la petición de la madre de los hijos del Zebedeo al cap. 20. de San Matheo, ibi: *Die, vt sedeant hi duo filij mei, vnus ad dexteram tuam, & vnus ad sinistram in regno tuo*: de fuerte, que el que dize à la diestra, y à la siniestra, presupone medio, y mejor lugar; como está manifesto del Evangelio, y nada está mas à la mano, y à la vista: con que tan lexos está de excluir el fundador otras armas, porque diga, que vnas se traygan à la diestra; y otras à la siniestra, que antes por lo mismo permitió otras, como en el correspondiente diremos, infra ad n. 89. versic. *ex cuius sententia ad medium*; y aora nos contentamos con esta reflexion, manifestado el error, y fuera del caso que vienen las doctrinas de las citas contrarias.

Ad n. 14. & 15. Si como quiere dezir con Surd. dict. conf. 3 r. n. 19. ex legibus, quas ipse refert, *ubi ratio est eadem, idem ius esse debet*, siendo el precepto de apellido simpliciter, vt ibi: *Sean obligados à hazerse llamar, & intitularse por sobrenombre, y apellido Baena, y Vega*; pues este precepto se pone por los fundadores en vna de dos formas, vt per Molinam de primogen. dict. lib. 2. cap. 14. num. 30. *Primo precipiendo nomen, & arma sola, & absque aliorum immixtione deferri*: lo que no se halla en vna, ni otra fundacion,

ciens est, vt maioratus non possit cum alio coniungi, quavis alter habeat conditionem simplicem portandi arma; at in hoc casu quando conditio portandi arma in loco principali apposta est, incompatibilitas provenit ex accidenti, non ex natura maioratus. D. Molina de primogenijs lib. 2. cap. 14. n. 26. vbi addent. con que hemos de dar Real lineal esta incompatibilidad, como se dirà infra num. 34. & sequenti.

11. Y esto está bien claro de la clausula, pues dize, sean obligados à hazerse llamar, è intitularse por sobrenombre, y apellido Baena y Vega, y traygan en los reposteros, y otras partes nuestras armas, è insignias, à la mano derecha las de mi el dicho Pablo de Baena; y à la izquierda las de mi la dicha Isabel de Vega; y aunque por casamientos, que les sucedieren à los llamados en este dicho vinculo pretendan poner las armas, è insignias en mejor lugar, ò tomar otro su apellido, que Baena y Vega, queden esclusos de este dicho vinculo.

12. Esta clausula tiene dos especies: la vna es de apellido, y absolutamente prohíbe, que pueda

y en especial en la de Baena, y Vega, de que se va hablando. *Alteri iubendo simpliciter, vt arma deferantur*; y profigue. *vt ibi: Ex quo fit, vt quando maioratus institutor non adiecerit verbum illud SOLA. Ascendendus fit, solum voluisse, vt maioratus successor nomen, & arma sua deferre si de sola, sive cum alterius nominis, & armorum adiectione*, y profigue con las palabras, que referimos supra n. 12. *versio. Sed quoad vsu nominis*; sucede lo mismo por la misma razon en quanto à las armas, pudiendolas traer, como las trae Doña Maria Sebastiana, vnas, y otras *ad dexteram*, pues el precepto es de q̄ se traygan *simpliciter ad dexteram*; pues no contiene la calidad de que las trayga solas, y sin mezcla de otras, pues si así lo quisiese, lo huiera expresado, como concluye el señor Molina, *ibi: si enim aliud voluisset, expressisset. L. vna, §. sin autem cum similibus C. de cad. tollend.*

Y si, como presupone, por el apellido, y armas son las familias conocidas, y se distinguen de otras, y no se confunden, la junta, y concurrencia de apellidos, y armas tan illustres como los de Martinez Oja de Castro Baena Vega, crece, y aumenta la nobleza desta familia, señalando la mezcla de vnas armas con otras la vnion de voluntades, e intereses, en que se tiene por perfección la misma variedad, por acierto su buena composición, y por buena composición la hermosura, y por hermosura la diversidad por blason de tan heroicas casas, y estirpes, como componen esta: *Hoping. de iur. insign. cap. 11. §. 3. n. 78.* Y no basta, que conste la nobleza de el padre, si no consta de la de la madre, si se ha de manifestar el esplendor de la casa, y sucesión. Antñez de donat. lib. 1. cap. 17. n. 36. y se prueba del text. in cap. *Venerabilis de præbend. & dignit. ibi: Ab utroque parente illustrem: & ex sacra pagina Offic. cap. 9. Gloria eorum a partu, ab utero, & conceptu.* Y en España es mas preciso, pues para que

tomar el successor otro, q̄ los dos, aunque de derecho le toque: con que no admite concurso con otro mayorazgo, que pida tambien apellido, y le resiste por su naturaleza, pues antes, ni despues puede vsar de otros. Roxas de incompatib. part. 1. cap. 1. num. 42. *ibi: Veluti si absque immixtione iubeat institutor arma portari, vel solum cognomen, vel sola familie sue insignia, licet præceptum huiusmodi non ita privative, aut negative non sit conceptum in quolibet maioratu, sed in altero eorum, dum in alio simpliciter iubeat institutor deferri nomen, vel arma, cum ex incompatibilitate, quæ exinde resultat, successor non habeat medium adimplendi utrumque præceptum, vnum maioratum debet eligere, & alium dimittere maioratum ad immediatum alium successorem, qui succedere debeat.* Cita al señor Molina, Frac. à Pont. Mort. D. Valenz. & D. Castillo. & Aguila *ibi citat Fuffor. Ripol. Barb. & alios, que se podrán ver mas plenamente.* Y es la razon, porque el que pide su apellido solo, resiste otro, aunque le quiera poner, y vsar en inferior lugar, por-

que vno sea noble, à distincion del hidalgo, ha de proceder su nobleza no solo del padre, sino alsimismo de la madre, *vt in l. 3. tit. 2. l. part. 2. Faria in addit. ad D. Covar. ubi lib. 4. var. cap. 1. n. 127. & 133.* Y por no exceder del intento, suspendemos mayores pruebas, y aplicaciones; y por el vfo de vnas, y otras armas: se conserva la memoria de ambos fundadores: vt infra ad n. 103. ex D. Molin. de primog. lib. 2. cap. 14. n. 32.

Ad n. 16. & 17. De que deba guardar, y cumplir el poseedor el precepto simpliciter de apellido, y armas, y que aun sin aver precepto deba traerlas, como las traen, y lo afirma el mismo Molina, y demas citados en estos números en el lib. 1. cap. 2. n. 15. no se arguye, ni prueba especialidad alguna à favor del intento contrario, pues puede traerlas con otras, como dize en el mismo lib. 2. cap. 14. n. 28. 30. y 31. *Vbi de generali Hispanie consuetudine: ex quo habemus intentum por Doña Maria Sebastiana.*

Ad n. 18. 19. 20. Va hablando nuestro contrario en este punto ex n. 9. de la incompatibilidad (que à su voluntad afecta) por la misma naturaleza del mayorazgo de Baena y Vega, que dize prohibe el concurso: y no siendo este de 3. 5. sino fundado por transverfal, no ay à que vengan à este caso las doctrinas, y questió excitada en estos numeros, sino por lucimiento de su genio, y emular, vt affollec. lo inadaptable: Y aunque el de Martinez Oja de Castro, es de 3. y 5. y con facultad Real para el exceso, no conviene à este, como ni al de Baena y Vega, la doctrina de Roxas part. 7. cap. 1. n. 53. & 54. y demàs citadas en el num. 20. porque hablan en terminos de dos mayorazgos incompatibles, cuyo concurso expresamente es prohibido por el vno, ó ambos fundadores, vt ipse Roxas ibidem n. 34. ibi: *Quando ex tertio pater, vel mater, vel ambo instituunt duos maioratus ea lege & conditione, vt non possint concurrere*

porque es contra la mente del Fundador expresamente, à que no se puede contravenir por modo alguno Moreno de Vargas discurs. 2. l. n. 7. in fine ex D. Molina lib. 2. cap. 14. n. 26. & 27.

13. La otra especie es la de armas, y mirada bien la clausulano permite mas que las dos, las de Baena à la diestra, y las de Vega à la izquierda en escudo en pal de dos quarteles; y el dezir la palabra à la diestra, no supone que se puedan vsar otras armas, porque fuè preciso vsar deste termino por dezir respecto à las armas de Vega, que se avian de poner à la izquierda, y assi no se puede hazer consecuencia en esta forma: pidiò las de Baena à la diestra: luego en otro lugar permite otras qualesquiera: porque esto fuera bueno, quando no se terminara con respecto à otras: porque siempre la palabra a la mano diestra dize relacion al termino, à que se contrae D. Castillo lib. 4. cap. 43. à n. 4 & sequenti. & Felin. Afflic. Granat. & alij D. Valenz. conf. 133. n. 63. & conf. 97. n. 30. Torres de maior.

F part.

currere apud unum eundemque successorem, sed quod inter duos, vel diversas lineas discurrant: lo que absolutamente ab est, y no se encuentra en las fundaciones de nuestros mayorazgos: y así no se pueden regular por las reglas de incompatibilidad, que constituye la prohibición del concurso, & ex alia ratione incidit quæ stio, vt est manifestum, y constará desta apologia.

PUNTO II.

*QUE DOÑA MARIA
Sebastiana Martinez Oja de
Castro, debió suceder, como ha
sucedido, en el mayorazgo de
Oja de Castro, como en el de
Baena y Vega: y que en com-
petencia de ella, y sus hijos
tiene exclusion total
Doña Antonia su
hermana.*

Adn. 21. **E**S así, que Don Antonio de Vega bisabuelo de las litigantes traxo al matrimonio el mayorazgo de Baena y Vega, y que durante él en nombre de Doña Ana de Zaldua Oja de Castro su muger, pidió, tomó, y se le dió la posesión, y amparo del mayorazgo de Oja de Castro, por la Justicia de Ezija, ante Bartolomé de Aguilar, Escrivano publico, en el año pasado de 1649. y que por el testamento, que otorgó el referido Don Antonio de Vega, en 13. de Febrero del año pasado de 1660. ante Diego de Isla, Escrivano publico de

part. 2. q. 5. r. n. 32. Casanar. conf. 57. ex n. 26. vsque 30. 73. & 75.

14. Y no puede ser menos: porque prohibido el concurso de apellido, se ha de entender tambien estáro las armas, porque vno, y otro son synonimos explicativos del linage Moreno de Vargas, d'icurs. 5. r. n. 1. ibi: *Quæ tandem la tal alcuña por nombre, y apellido à ellos, y à todos los de su linage; la qual palabra es arabiga, y significa lo mismo que linage, y à continuacion de él cita muchísimos Autores, que por no dilatar, se pueden ver en él, y à el n. 6. in fine, ibi: Ilustran sus apellidos tomando tanto mayor excelencia, quanta el linage turriere, y sirve solo de demonstrar, y dar à conocer las familias.*

15. Y en el d'icurs. 16. n. 2. hablando de las armas dize, que las vinieron à llamar *insignia familiaria*, porque cada vna familia tenia estas sus insignias, è imagenes particulares, por las quales eran conocidos, y cita à Claudio Minoe, Pedro Mexia, y otros: y al n. 5. dize: *porque con ellas se diferencian, y dividen unas fa-*

Ezija, declaró por sucesora en ambos mayorazgos a Doña Maria de Vega y Zaldua su hija mayor, por quien tomó la posesion, y amparó del de Oja de Castro Don Marcos Martinez su marido, que se le dió por la Justicia de Ezija ante Juan Fernandez Viciofo, Escrivano publico de ella, en el año pasado de 1688. que poseyó mientras vivió, como consta de las Capitulaciones para el matrimonio de Don Juan Alonso de Zaldua su hijo mayor, padre de las litigantes, con Doña Maria de Hincelrosa, su otorgamiento en 30. de Diciembre de 1678. ante Alonso Bermudo Cortes y Villate, Escrivano publico de Ezija, en que le confiesan, y declaran por sucesor en sus mayorazgos, y le señalan para sus alimentos diferentes heredades pertenecientes al mayorazgo de Oja de Castro; y lo mismo consta de las Capitulaciones para el matrimonio de la dicha Doña Maria Sebastiana con Don Tello Gonzalez de Aguilar, su fecha de 6. de Noviembre del año pasado de 1701. ante Juan Fernandez Viciofo, Escrivano publico de dicha Ciudad, de que consta por dichos instrumentos en los autos, y aver gozado Doña Maria de ambos mayorazgos; por esto, que consta, se ha de juzgar, y no por el supongamos de que por omision de Doña Isabel de Vega (hermana segunda de dicha Doña Maria, abuela de las partes) ó por la violencia, que se justifica en los autos, los huviesse gozado juntos Doña Maria, que haze el contrario: porque es falso, que conste, ni se a, y justificado tal violencia, ni caso de omision; sino que á su vista, ciencia, y paciencia poseyó como legitima sucesora, y hija mayor de sus padres ambos mayorazgos la dicha Doña Maria.

Ad n. 22. En consecuencia de estos antecedentes, Don Juan Alonso, padre de las partes, como hijo mayor de dicha Doña Maria, por su muerte sucedió en ambos mayorazgos, y los poseyó mientras vivió, á vista ciencia, y paciencia de

Do.

familias de otras. Y en el discurso 21. n. 5. ibi: *que puesto que para buena conservacion, y perpetuidad de los linajes, y apellidos convenga traer las armas puras.* Y al n. 6. ibi: *deben advertir, que las armas, e insignias no se traen por sola nobleza, sino por señal del linaje, y apellido:* Con que armas, y apellido tienen vn mismo fin, y significado del linaje: y así pidiendo solo el apellido, se entiende lo mismo de las armas, y al contrario por aver vna misma razon en ambos, que es la final de que no se confunda el linaje L. illud, ff. ad L. Aquil. L. si postulaverit §. 2 ff. ad L. Juliam de adult. L. quidam nummularius ff. edendo. L. illud C. de sacrosanctis Eccles. Surdus Confilio 301. n. 19.

16. Y nadie ha dudado, que semejantes condiciones de armas, y apellidos son licitas, y se deben cumplir precisamente, como lo afirma D. Molina lib. 2. cap. 14. n. 10 ibi: *Hæ autem leges, seu conditiones, quæ nominis, atque armorum delationem contingunt, cum ex prædictis rationibus iustissimæ esse censeantur, proculdubio à successoribus præ-*

Doña Isabel su tia, y de Don Marcos Pedro su hermano menor, como consta de las particiones otorgadas entre los dos hermanos, y Don Marcos Martínez su padre, de sus bienes, y de los de la dicha Doña Maria, en 17. de Junio del año pasado de 1704. ante Juan Fernandez Vicioso, Escriuano publico de Ezija, cuyo traslado está en los autos, por tres claufulas: vna, en que se declara, que respecto de estar arados los Olivares de ambos mayorazgos, su importe ha de pertenecer al dicho Don Juan Alonso: otra, que respecto de estar hechos los barbechos en el Cortijo del Torrejon (que es del mayorazgo de Oja de Castro) avian de pertenecer à Don Marcos Pedro, los avia de poder sembrar, aviendo de pagar la renta à dicho Don Juan Alonso, conforme à la escriptura de los vltimos Arrendadores de dicho Cortijo, dexandolo libre, y desembarazado despues à disposicion de el dicho Don Juan: otra, que como poseedor del de Baena y Vega, señala D. Juan para alimentos de dicho D. Marcos Martínez su padre algunas posesiones de él: lo mismo consta de los autos de demanda sobre la renta de dicho Cortijo de los años de 1719. y 1720. que continuò labrando, y pagando su renta dicho Don Marcos Pedro, al dicho Don Juan Alonso mientras vivió, y por su muerte à Doña Maria Sebastiana su hija mayor, cuyos autos andan con los de este pleyto: y de la probança del pleyto de alimentos con la dicha Doña Antonia, à la segunda pregunta de su interrogatorio: con que se excluye, y no necesitamos, como nunca, ni por aora la gracia de que el dicho Don Marcos huviesse permitido, que su hermano mayor desfrutasse ambos mayorazgos, y que realmente se los huviesse renunciado: como falsamente supone el contrario en este numero, para facar consecuencias falsas, è inadaptables en los siguientes, para cuya satisfaccion bastaria, que èl mismo se dexdize en este del

præcisse fer. unde sunt; alias autem successione privabitur L. facta. circa finem §. in danda. ff. ad Trebell. ex Bar. desc. pul. Vainat. D. Gregorio Lopez, Burg. de Paz, & alij quam plurimi addentes ibidem, & D. Molina lib. 2. cap. 14. n. 25. D. Lara de vita hom. cap. 13. n. 22. Moreno de Vargas disp. 21. n. 7. in fine. D. Castillo lib. 5. tom. 6. cap. 136. n. 77. ibi: Hoc nominis, atque armorum præceptum iustissimum sit: cum præceptum sit iustum, & à successoribus, præcisè servandum.

17. Y por esto se presume siempre los mayorazgos hechos con esta condicion, aunque no se expresse, por ser de la naturaleza del mirar à conservar las familias. D. Molina lib. 2. c. 14. n. 46. ibi: *Sed dubitari etiã potest, verũ si in maioratu hoc nominis, atque armorum ferendi præceptum omissum sit, nihilominus tamen maioratus successor teneatur nomine maioratus institutoris appellari, atque eius insignia deferre, vel possit, eius nomine, atque insignijs omisissis, maioratum ipsum obtinere? In qua questione videtur dicendum, successoris nihilominus & arma testantis de-*

del referido supuesto, vt ibi: *que vno, ni otro hizieron*: con que estos supuestos, y entes fingidos, y contrarios entresi, no ay à que vengan (fino à hazer bulla, y confusion) cum non entis nullæ qualitates.

Adn. 23. Es constante de los autos, que por muerte del dicho D. Juan Alonso, Doña Maria Sebastiana su hija mayor, sucedió en ambos mayorazgos, y de hecho entró en la posesion de ellos, à vista ciencia, y paciencia de los dichos Doña Isabel, Don Marcos, y Doña Antonia, y que como poseedora de ellos señalò alimentos à la dicha Doña Antonia, y la habitacion de las casas principales calle puerta de Estepa, pertenecientes al mayorazgo de Oja de Castro, de que consta por su fundacion, en que se mandaron comprar, y por las referidas posesiones judiciales, que de dicho mayorazgo se dieron à las dichas Doña Ana, y Doña Maria, bisabuela, y abuela de las partes, y de la escritura de dichos alimentos otorgada entre las dichas Doña Maria Sebastiana, y Doña Antonia, en 3 i. de Agosto de 1714. en cuya virtud està viviendo estas dichas casas, y executando à Doña Maria por los alimentos, administrò dicho Don Marcos Pedro dichos mayorazgos mientras vivió, en virtud de poder, que le otorgò Doña Maria Sebastiana, en 18. de Noviembre de 1715. en cuya virtud, y usando de èl, diò en arrendamiento el cortijo de las fuertes de en medio, perteneciente al mayorazgo de Oja de Castro, por escritura de 1. de Junio de 1719. ante Joseph Alexandro de Ribera, Escriuano de dicha Ciudad, y de la renta, y paga de èl, y de el de Torrejon, que labraba dicho D. Marcos el año de 1718. que se pagò por cinco años por esterilidad: consta de las quantas de la administracion, que diò el dicho Don Marcos, y por su muerte la dicha Doña Antonia, y en la descripcion de bienes, que hizo como heredera de dicho Don Marcos, en 28. de

Ma.

deferre adstrictum esse: cum enim finis præcipuus maioratum in familiarum, atque memoria conservationem, vt pluries ostendimus, versari soleat, idque nullo alio medio, quam ex nominis, & armorum delatione fieri possit. vbi add. Aguila ad Roxas part. 1. cap. 28. ibi: Quamvis enim maioratus institutio facta sæper intelligatur sub conditione, vt successor nomen, & arma ferat, etiam si non exprimat. Cita al señor Molina. al D. Castillo, Padre Molina, & alios, Moreno de Vargas disc. 21. n. 1. Con que quanto à lo justo de semejante condicion, y que se debe cumplir, no queda la menor duda.

18. Resta ahora averiguar, si se puede oponer, y se deberá observar en el mayorazgo de tercio, y quinto, especialmente en la linea de descendientes del Fundador, como estamos al presente, y que no traslinee à tranversales: Y que se puede, lo dize expresamente Roxas de incompatible. par. 1. cap. 1. n. 54. & 55. es expreso en la ley 27. Tauri, & ex l. cum filius §. Pater. ff. de legat. 2. Aguila ad Roxas part. 1. cap. 1. n. 41. cita à D. Paz en la L.

G

Mayo de 1720. ante Joseph Alexandro de Ribera, Escrivano, en que inventarió los pertrechos extantes en el Cortijo del Torrejon, que labraba dicho Don Marcos, perteneciente al mayorazgo, que possia la dicha Doña Maria Sebastiana: los quales instrumentos estan en los autos, y consta mas de los de dicha demanda, sobre la renta de los años de 1719. y 1720. y de los auros, è informacion hecha por Don Marcos Pedro, y el Abogado contrario; de ser Doña Maria poseedora de ambos vinculos, que avian vacado por muerte de su padre: y es constante està desfrutando, y poseyendo las heredades de Olivares de dichos dos vinculos, y demas bienes a ellos pertenecientes, como los gozó, y poseyó Doña Maria su abuela, y Don Juan Alonso su padre, desde el año passado de 714. en que murió, hasta 30. de Agosto de 720. en que se puso la demanda por la parte contraria, en que pide la posesion del mayorazgo de Oja de Castro: la conclusion de dicha demanda *se se habet. A v. md. suplico declare aversele transferido a mi parte la posesion civil, y natural de dicho mayorazgo, y mande se le de la real, y actual de todos los bienes de el, con los frutos, y rentas desde el dia de la muerte del dicho Don Marcos Pedro.* Quien en estos terminos dudará del legitimo derecho de Doña Maria factó, como queda dicho, & iure, como hija mayor de D. Juan Alonso há poseido, y posee el mayorazgo de Oja de Castro, constituyendo linea por sí, y sus descendientes cõ exclusion de Doña Antonia secundò genita, y su linea? *D. Molina de primogen. lib. 3. cap. 6. n. 35. ibi: Is, qui primo natus fuit, illicius primogenitura acquisivit, & lineam secundi geniti exclusit, lineam primogenitorum inter se, & illos, qui ab ipso descenderint, constituens. D. Paz de Tenu. cap. 35. n. 11. & 23. v.*

Y así no es deste caso la proposicion deste numero, ni (aunque alias en el fuyo

131. *stil. n. 3. D. Castillo lib. 5. cap. 128. n. 3. & 19.*

19. Y mas bien quando huvo facultad Real para su fundacion, porque no necesitandose para la de 3. 5. y que debe obrar algo, porque nunca los despachos Reales se presumen que esten sin efecto, el que tienen, es, poder alterar los llamamientos contra la orden regular de la ley de Toro. Martinez. in L. 11. tit. 6. lib. 5. recop. gloss. 11. n. 3. Gomez L. 40. Taur. n. 55. vers. 29. effectus, ibi: *Secundus effectus est, quod in vinculo, & gravamine non tenetur Pater, vel ascendens servare ordinem & modum positum in leg. 27. Tauri.* Con que ò ya sea por hallarse Doña Antonia en la linea d descendientes, donde es notorio se puede alterar el Grado. *D. Castillo. lib. 5. cap. 98. n. 5. vers. sic sanè, & vers. & eisdem, & cap. 128. n. 3. & cap. 175. n. 9. vers. Credo tamen. Tell. T. rrand. in L. 27. Taur. n. 4. 5. Paz ad Leg. stil. L. 200. q. 5. & 8. n. 165. ò ya por virtud de la facultad Real, no puede dudarse de lo justo de las condiciones, y a su consecuencia de la clara in.*

sea cierta, como diremos ad num. 73. ad medium) la prueba el lugar, que trae del señor Molina, lib. 2. cap. 4. n. 5. ibi: *Hoc autem praesupposito in primis advertendum est, quod quamvis electio alicui committatur; ut ad maiorem successione eligatur quem voluerit, is, qui ad huiusmodi successione electus fuerit, non censetur successione maiorem capere ab eligente, sed a primo maioratus institutore; qui sibi electionem commisit.* Y siendo este mayorazgo regular, y no de successione electiva, ya se ve lo disforme de la referida doctrina.

Ad n. 24. 25. & 27. Las palabras, que se traen en este numero, de Molina de primogen. lib. 3. cap. 13. n. 54. & 55. se han de entender conforme a las del vers. *quibus non obstat*, que se cita, ibi: *Quibus non obstat dicta l. 45. Tauri*, ibi: *O el dicho zeneor le aya dado la posesion de ellos. Non bene poterat iradi possessio ab ultimo maioratus possessore absq; titulo, & causa legitima.* Y como las antecedentes a las que refiere el contrario, ibi: *Nam aut titulus, ex quo res maioratus a praecedenti maioratus possessore alienata fuerunt, est titulus simplex venditionis, seu donationis factus ab ipso ultimo possessore propria auctoritate, & absque causa legitima, atque per consequens evidenter nullus, & tunc dicendum erit hoc titulo non obstante, &c.* pero no teniendo causa de Don Marcos Pedro, ni aviendo este renunciado su derecho en Don Juan Alfonso, vt supra n. 22. dixo el contrario, ibi: *Vno, ni otro hizieron*, y poseido este, y Doña Maria iure proprio, vt manifestum extat no vienen a este caso las referidas doctrinas, ni las de los numeros 25. y 27. y por la misma razon lo que refiere isto n. 24. e los add. ad Molinam: *que dichas palabras verbum otro, intelligi debent non de quocumque possessore, sed de simili*, porque se han de entender segun las del señor Paz de Tenut. cap. 28. n. 25. & 26. que es la que van refiriendo los addentes,

incompatibilidad de dichos mayorazgos.

20. Y es con tal rigor, que ni el Principe puede dispensar en que lo tuviera Doña Maria contra la voluntad del Fundador, y en perjuizio del derecho de tercero, que lo es su hermana Roxas de incompat. part. 7. cap. 1. n. 53. ibi: *In secundo vero casu, si maioratus sunt incompatibiles per dispositionem hominis, & legis, veluti cum maioratus incompatibilis cum alio est institutus a Patre, vel alio ascendente tertio, & quinto bonorum, quoad bona de tertio & quinto non potest Princeps dispensare, & licentiam, seu facultatem concedere ad hoc vt vnus duos incompatibiles valeat possidere maioratus. & n. 54. ibi: Tandem in 3. casu, quando maioratus sunt incompatibiles per dispositionem hominis, non valet dispensatio, seu Regia facultas ad hoc, vt vnus possit contra voluntatem institutoris, & in praedictum alterius vocati duos maioratus incompatibiles obtinere: quia Princeps non potest dispensare, nec disponere in praedictum iuris tertij. Cita muchos scilicet Gomez. D. Greg. Lop. Garz. Mez. D. Molina, & aliterum*

vt D. Paz, ibi: *Constat ergo ex predictis, mentem legislatoris in dict. l. 45. cam fuisse, vt obviaretur scilicet maioratum renuntiationibus, & occupationibus in vita ultimi possessoris, vel eo mortuo, in fraudem veri successoris.* Y no aviendolo sido Don Marcos Pedro, y aviendolo sido verdaderos poseedores Doña Maria abuela de las partes, Don Juan Alonso, y siendo Doña Maria Sebastiana con exclusion de Doña Isabel, Don Marcos Pedro, y Doña Antonia secundo genitos, vt diximus ad num. 23. estamos fuera de la especie de las doctrinas, que se traen inconducentes, y está por nuestra parte, y contra producentem la del señor Molina dict. n. 54. ibi: *Ideoque sufficit, quod dicamus ex illa dispositum esset, quod possessio ultimi maioratus possessoris transferatur in sequentem successorem sine apprehensione, etiam si ultimo maioratus possessoris vivente ab alio occupata fuerit, quando ea occupatio absque titulo facta fuit.* lo que no se puede verificar en otro caso mejor, que en el nuestro, en que no solo poseemos con título, sino tal, que excluye el contrario; y aviendolo referido los addentes la Doctrina del señor Paz, dicen in continenti: *Contrarium puto verius, & receptius, & auctoris distinctionem in hac parte probabiliorem censeo,* conviniendo todos con el señor Molina n. 33. vt ibi: *Cum remedia possessoria non soleant competere contra titulo possidentem, & infra ad n. 110. vers. remedia possessoria, & n. 116.*

Ad n. 26. La doctrina del señor Paz cap. 35. n. 19. & 20. no procede en este caso; pues va hablando en la question, y especie, si muerto aquel, en quien se transfirió la posesion del mayorazgo, antes que huviesse aprehendido la posesion de los bienes, o porque estava ausente, o por otro motivo, no tuvo noticia de la vacante, competa el remedio de la tenuta aliguiente en grado, y qual sea el siguiente en grado en este caso, vt vbi dict. n. 19:

Etiam

Molin. D. Valenz. y quasi in finibus. Y así por todos medios se califica no poder estar juntos, y a consecuencia, que vno toca a Doña Antonia.

PUNTO II.

Que Doña Antonia Martinez Oja de Castro, debe suceder en el mayorazgo de Oja de Castro en competencia de Doña Maria Sebastiana su hermana, que posee el de Baena y Vega.

21. **A**unque parece claro este punto con los Fundamentos expresados, he querido tocalle con especialidad para quitar los escrúpulos, que algunos contemplativos han procurado introducir, y para esto es necesario suponer, que D. Antonio de Vega bisabuelo de las litigantes traxo el mayorazgo de Baena y Vega, en que no se duda, y Doña Ana de Zaldua su muger traxo el de Oja de Castro, y por su muerte dexaron por sus hijas a Doña Maria de Vega abuela de las litigantes, y a Doña Isabel de Vega segunda, y aunque supongamos, q por omision

Etiam si verus successor actu professionem non apprehenderit, & quantumvis ipsum maioratum vacasse ignoraverit. & n. 22. Lex supplet, & ipsum ignorantem, & absentem possessorem constituit. & n. 2. Quamvis non agnovit maioratum, n. sciderit sibi delatum. Et fere per totum caput, & in themate ipsius. Pero nosotros estamos en caso q̄ la posesion estava ocupada legitimamente, y no ausente, ni ignorante, el que se quiere suponer de contrario poseedor legal: ex D. Molina lib. 3. cap. 13. n. 54. 8: referendus infra n. 110, vers. remedia possessoria.

Ad n. 28. La primera calidad de ser llamada asiste à Doña Maria, y à Don Fernando, y D. Juan sus hijos, que constituye linea, por ser mayor, con exclusion de dicha Doña Antonia, *ut supra ad n. 23.* y ni esta, ni las demás, que refiere este numero, concurren en Doña Antonia; y es falso, que Doña Antonia esté en la linea de descendientes de la primera llamada en el mismo grado, que Doña Maria, y que no aya quedado persona alguna, mas que las dos, de dicha linea, pues existen dos hijos de Doña Maria nuestra parte: con que tiene contra sí, y está por nosotros la doctrina, que cita, y en especial la del señor Larrea in eodem n. 33. decif. 33. ibi: *Sed quilibet, qui ad maioratus successionem admitti curaverit, tria probare tenetur: vocatum fuisse: habere qualitatem, sub qua vocatus; & suæ substitutionis casum evenisse. Vnde Catherine, ut excludat Ildephonsum patris Martini, non poterit aliquo modo intendere fuisse vocatum, cum expresse ille præferatur in successione, & ipsa donatrix in prædictæ suæ voluntatis declaratione, non posse admitti filiam Catherine, nisi post mortem Ildephonsi, manifestè enuntiet: quo fit, ut idem per necessariam consequentiam ad Martinum eius filium extendi oporteat, quia habet prælationem lineæ, que in maioratibus maxime attenditur. Pegas, ibidem ex ipsa l. 1. c. quo-*

tion de Doña Isabel, ò por la violencia, que se justificó en los autos, los huviesse gozado juntos Doña Maria, esta dexò por sus hijos, y de Don Marcos de Zaldúa su marido, à Don Juan de Zaldúa primogenito Padre de ambas litigantes, y à Don Marcos Pedro de Zaldúa segundo hijo su tio.

22. Y aunque por ahora demos tambien de gracia que el dicho D. Marcos huviesse permitido, que su hermano mayor desfrutasse ambos mayorazgos, y que realmente se los huviesse renunciado, que uno, ni otro hizieron, como se dirà en su lugar, queda ahora la question entre las dos hijas del dicho D. Juan, à quien suponemos vnico, por no confundir las especies, y que los huviesse gozado.

23. Quien puede dudar del legitimo derecho de Doña Antonia en competencia de su hermana, que se ha declarado poseedora de el de Baena y Vega, supuesta la incompatibilidad, que està fundada? Pues es principio cierto, que los llamados no adquieren el mayoraz-

rum bon. cap. 1. de natura success. feud. Ad solos, & ad omnes, qui ex illa linea sunt. Y en quanto à la qualidad de apellido, y armas, si la tiene vna, y no la tiene otra, sobre que se remite el contrario à los numeros 51. y 52. allà nos verèmos, y como le vienèn de prueba los ensayos de las doctrinas, que se acomoda.

Adn. 29. 30. & 31. En el n. 22. propuso el contrario daba de gracia por aora (que no admitimos) que el dicho Don Marcos huviesse permitido, que su hermano mayor desfrutasse ambos mayorazgos, y que realmente se los huviesse renunciado, en cuyo supuesto era la questic. n. entrè las dos hijas de el dicho Don Juan, à quien supuso vnico, para no confundir las especies, y que los huviesse gozado. Con lo contrario nos ha dado desde el n. 23. hasta el presente, dando à entender à Don Marcos poseedor, que renunciò su derecho en D. Juan con tanta diversidad, como confucion de especies, y doctrinas contra lo mismo, que propuso dict. n. 22. no es novedad en ella; *Nimis indignum (autem) esse indicamus, quod sua quisque voce protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere, ut ait Iustinus in l. Generaliter C. de non numerata pecunia;* pero en este numero, aunque con la misma confucion, dize: *Es constante de los autos (en el supuesto hecho por aora) que ambos mayorazgos bucaron à vn tiempo (adivino, si sera por muerte de Don Juan Alonso, en el supuesto de nuestro contrario) y no entiendo como, si es constante de los autos, es supuesto hecho por aora; pero vamos con lo andar. Y Doña Maria sale declarandose poseedora del de Baena y Vega, que tienen resistencia formal à concurrir con otro. luego por este mismo hecho fuè visto renunciar el de Oja de Castro.*

En 22. de Agosto de 1720. Doña Maria Sebastiana, poseedora del vinculo, que fundaron D. Pablo de Baena, y Doña Isabel de Vega, pidio posesion de

go del inmediato poseedor, sino de el Fundador, *ut tradit D. Molina lib. 2. cap. 4. n. 5. ibi: add. ex sese, P. Molina, Simon de Prat. Menochio. D. Paz de Tenut. & fut. & D. Vela disert. 48. num. 22.* y llegando el caso de su llamamiento, entra sin disputa, aunque en vida el poseedor huviesse dado à otro los bienes del mayorazgo, ò la tenencia de ellos, como es expressa la ley 48. de Toro, *ibi: Muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension se traspase la posesion civil, y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del mayorazgo debiere suceder en el, aunque aya otro tomado la posesion de ellos en vida del tenedor de el mayorazgo, ò el muerto, ò el dicho tenedor le aya dado posesion de ello.*

24. *D. Molina lib. 3. cap. 13. n. 54. vers. quibus non obstat. & n. 55. ibi: Et tunc dicendum erit, hoc titulo non obstante remedium possessorium ex dict. l. 45. Tauri prestandum esse: ille namque titulus habetur pro non titulo, ideoque non impedit remedium possessorium.* add. ad *D. Molina, dict. n. 52. 56. ibi: Fatetur enim tunc remedium*

veinte y nueve y media aranzadas de Olivar, y vn manchon, que por escritura de 2. de Agosto de 1694. agregó à dicho vinculo Doña Isabel de Vega, que es el acto presentado por el contrario en estos autos para arguir eleccion de el mayorazgo de Baena y Vega, en que consta se nombró Martinez Oja de Castro Baena y Vega, cumpliendo con ambas fundaciones. Pues si ambos vacaron à vn tiempo por muerte de Don Juan Alonso, el año pasado de 1714. y los ha poseido Doña Maria Sebastiana juntos, como su padre, y abuela, hasta oy, como hasta el dia 30. de Agosto de 1720. de la demanda contraria, y el primer acto, que consta hizo, fuè como poseedora del mayorazgo de Oja de Castro señalar por alimentos à Doña Antonia las casas principales Puerta de Estepa, en 31. de Agosto del año pasado de 1714. vt supra ad num. 23. porquè de los actos de poseedor del de Baena y Vega, se ha de inducir eleccion de este, y no por los del de Oja de Castro, que son anteriores repetidos, y continuados; caso negado, que se diera la assera, y supuesta incompatibilidad? En este supuesto fuera electivo de Doña Maria vno de los dos mayorazgos, el que quisiere, dandole tiempo para ello, vt constat ex ipsis authoritatibus, que trae en este mismo n. 30. & 31. sibi contrarius; y no procede el argumento, que haze de las palabras de Roxas de incompatibil. part. 7. cap. 4. n. 46. que refiere: pues debió hazerle cargo, y no omitir las que se contienen en el mismo numero, ibi: *Et debet dari ei monito, atque requisito tempus ad eligendum, quem maluerit.* & n. 47. ibi: *Et sic successor habet electionem, & tempus ei dari debet ad optandum, atque eligendum vnum ex duobus maioratibus incompatilibus, postquam vtriusque successio erit delata.* n. 49. ibi: *Ideoque requisitus intra tempus ei assignatum debet eligere.* Con que por la misma doctrina, y Autor se con-

ven-

31

medium dict. l. 45. Locum habere contra occupantem bona maioratus ex titulo vniuersali, qui in eodem maioratu succedere contendit subdens, quod dicta verba legis (ibi: aunque aya otro tomado la possession de ellos) intelligi debent non de quocumq; possessore, sed de simili; verbum otro: repetit de familia ex pluribus, ex Patre Sanch. Gonçalez, & alijs.

25. Porque el hecho de su antecesor no puede ocasionarle perjuizio; pues nada le dà de suyo, ex l. sepè. ff. de re iud. & tot. tit. C. de re inter alios acta l. 20. tit. 22. part. 3. Clement. 1. de sentent. & re iudi. cum plurimis D. Valenz. conf. 60. n. 19. & conf. 63. n. 200. & conf. 77. n. 55. Y menos puede perjudicarle en materia de mayorazgo. ex l. pecto, §. fratre ff. de legat. 2. Ant. Gom. in l. 40. Taur. n. 86. D. Molin de primog. lib. 4. cap. 9. n. 10. vbi add. n. 2. Mieres de maiorat. part. 3. quæst. 6. n. 79. D. Castillo lib. 5. cap. 93. §. 9. à n. 5. Hermos. l. 7. tit. 4. part. 5 glosf. 2. n. 29.

26. Y el señor Paz de Tenut. cap. 35. à n. 19. & 20. ibi: *Ex quo inferitur, hanc*

vence en la instancia, y suposición de estos tres numeros, ex se 110.

Ad num. 32. & 33. Es falso, y contra verdad, que la fundación del mayorazgo de Baena y Vega contenga la clausula, que se supone en este: *No püedan tener otro su apellido, que Baena y Vega*, ni tales palabras se hallan en ella, ni otras negativas, vt constar ex dictis supra ad n. 9. 10. & 12. y de las mismas clausulas referidas por el contrario sub num. 5. con que la doctrina, que trae de Roxas de incompatibilitate part. 7. cap. 4. n. 48. y demás, que refiere, aseguran la regla de nuestra Justicia, vt ipse Roxas ibidem 49. in hac verba: *Exceptio autem, seu limitatio ista, quando conditio exclusiva apposita est in personam, firmat regulam in contrarium, ad hoc vt in ceteris casibus successor in maioratibus incöpatibilibus habeat optionem, seu electionem, postquam delata fuerit successio eorum: ideoque requisitus intra tempus ei assignatum debet eligere.* Ex quibus omnibus es manifesto, que Doña Maria Sebastián, como posee, y ha poseído, puede poseer el mayorazgo de Oja de Castro, aunque posea el de Baena, y que en caso, que se declarassen por incompatibles, le compete elección dentro del termino, que se le señalar, vt *Latus infra à n. 110. vique ad 115.*

hanc maioratus possessionem, licet diuersam ab ea, quæ penes defunctum fuit, absque vlla diminutione transferri in illum, qui ex maioratus dispositione successurus est, ad cuius possessionis acquisitionem illius acceptatio necessaria nõ fuit; & n. 25. & 26. ibi: Et ratio est: nam aut consideramus ipsam possessionem, quæ de ultimo possessore in sequentem maioratus successorem transfertur, tamquam eadem substantia, & qualitate cum illa, quam ultimus maioratus possessor habebat, vt arbitratus fuit Bald.:. aut consideramus prædictam possessionem tamquam novam, & diuersam ab illa, quam ultimus maioratus possessor habuit, vt censuit Ant. Gomez, utroque enim casu necessaria non est apprehensio illius, cui differatur: lex enim 45. Tauri absque prædicta apprehensione civilem, & naturalem possessionem transfert.

27. Y es con tanto rigor, que aunque el antecessor no huviessse tomado la posesion por no radicar linea para su inmediato, todavia no le perjudica, porque fuera defraudar la voluntad de el fundador.

PUNTO III.

QUE, CASO NEGADO, SE considera se incompatibilidad en estos mayorazgos, no es real lineal, y que poseyendo Doña Maria el de Baena y Vega, aviendolo poseído, y ambos su padre, y abuela, y segunda abuela, por lo mismo no toca à Doña Antonia, en competencia de Doña Maria, y su descendencia el de Oja de Castro, y lo ha de continuar poseyendo, como lo posee Doña Maria.

Adn. 34. **L**A ley 7. tit. 7. lib. 5. recop. procede ubi, vt in ipsa, *concurfus duorum maioratum est prohibitus*: y la doctrina del señor Olea, in add. ad tit. 3. quest. 4. n. 6. ibi: *Quando institutor maioratus ex ea causa, & ratione prohibuit concursum duorum maioratum*, cuya prohibicion de concurso de vno con otro mayorazgo no se encuentra en alguno de los dos de nuestro caso; y del precepto de nombre, y armas no se induce; y el lugar del señor Molina de primogen. cap. 14. n. 29. no lo prueba, porque en el referre gratia dubitandi; y en el n. 30. siguiente afirma lo contrario, vt ibi: *Quamvis autem hec vrgere, videantur, summe consideranda sunt; nunquam tamen in forensibus controversijs admiffa fuerunt*: y prosigue dando la razon, y resolucion, que referimos supra ad num. 14. & 15. & in antecedentibus: y por ella los Add. ad Molinam ibidem à num. 26. vsque ad 36. *Aut vterque institutor præcepti assumi cognomen ipsius, & arma simpliciter, nihil*

33
dador. D. Olea tit. 3. q. 4. n. 32. ibi: *Quia licet renuntians pro mortuo habeatur quoad sui præiudicium, & locum faciat proximiori in gradu; non tamen pro mortuo habetur in præiudicium tertij etiam nascituri, cui ex facto voluntario possessoris damnum irrogari non potest*; cita à Gut. Tiraquel. Azevedo, y otros; y al n. 33. ibi: *Nam alias esset in facultate possessoris fraudare successores nonnatum, & eludere voluntatem testatoris*. Cita à los Add. al señor Molina lib. 3. cap. 10. n. 44.

28. Y para conocer à quien toca el mayorazgo, se han de considerar tres cosas. Lo primero, que es llamado: lo segundo, que tiene la calidad pedida por el fundador: lo tercero, que ha llegado el caso de su substitution. *l. i. C. quorum bon. D. Larrea decis. 33. n. 33. Pegas de maiorat. 2. part. cap. 10. n. 1.* Es así, que en Doña Antonia concurren estas circunstancias, y no en Doña Maria: luego es à quien toca la sucession, y posesion. La menor se prueba: porq̄ Doña Antonia no tiene otro mayorazgo, que pida apellido en primer lugar,

hil addendo; tunc vero praeceptum impletur etiamsi nominis, & armis institutoris alia misceantur, ex quo sola, vel absque aliorum immixtione non adiceantur. y cita por esta cierta conclusion al señor Castillo, lib. 3. cap. 15. ex n. 90. & lib. 5. cap. 136. n. 77. & cap. 160. n. 7. & cap. 180. n. 28. Y no se encuentra en los lugares, que con error le cita el contrario: con que se elide la fantasia, y presupuesto de este numero, y prueba lo contrario por las doctrinas, que trae.

Ad num. 35. & 36. Por si no refiere Roxas part. 3. cap. 5. ex n. 25. vsque ad 32. decision alguna de la Real Chancilleria de Granada, y al final del num. 32. refiere las palabras del señor Larrea decif. 51. per totam, que trae n. 16. y el contrario en el 36. de la qual solo sacamos, q̄ *iudicio disponentis* se ha de juzgar la real lineal, ò personal la exclusion; y como en nuestro caso sea en caso de cõtravencion personal ex eadem decif. habemus intentum contra producentem. Y la referida doctrina de Roxas va hablando de las causas, q̄ moverian al testador, vt ibi n. 25. *Ad dividenda primogenia vel omisso, aut exclusso primogenito, ex eo quod si successor, vel possessor alterius maioratus, secundo genitum ad suum primogenium vocant.* Et n. 30. ibi: *Et quod causa dividendi primogenia omisso, sive exclusso primogenito.* & n. 32. en las palabras, que median entre las que refiere el contrario, *& modis omnibus prohibent, ne commisceantur, nec coniungantur, imo ita separata discurrant ad omnes in infinitum successores in propria cuiusque familia.* Y el señor Castillo, à quien cita lib. 5. cap. 181. n. 8. ibi: *Cum ergo in propositis terminis vna sola, eaque principali, & fundamentali ratione excitatus fuerit institutor maioratus, ne scilicet maioratus ipse ab eo institutus cum alio iungatur, & concursus generaliter, & indistinctè abhorruerit, atque prohibuerit.* Et Agulla ibidem en el n. 25. que cita al señor Ramos en la respuesta de

ni tenga resistencia con otro, ni con apellido, y armas; y Doña Maria lo tiene: luego se halla Doña Antonia con la qualidad, y Doña Maria sin ella. Mas: Doña Antonia està en la linea de descendientes de la primera llamada en el mismo grado, que Doña Maria, y no ha quedado persona alguna mas que las dos de dicha linea luego que murio Don Marcos: con que teniendo tambien la qualidad, que no concurre en la otra parte, es la legitima sucesora, y poseedora, y no la dicha Doña Maria ex dicendis infra n. 51. & 52.

29. Es constante de los autos (baxo del supuesto hecho por aora) que ambos mayorazgos vacaron à vn tiempo, y la dicha Doña Maria sale declarandose poseedora del de Baena y Vega, que tiene resistencia formal (como està fundado) à concurrir con otro: luego por este mismo hecho fue visto renunciar el de Oja de Castro, segun la Clement. Gratia de rescript. D. Castillo tom. 6. cap. 178. n. 16. & cap. 179. per totum. D. Soloz. polit. lib. 3. cap. 20 D. Valenz. conf. 83. artic. 2. Aguila ad

Rox.

España à Francia, es por la incomparibilidad, renunciadas, y prohibiciones capituladas, que ay, para que estos dos Reynos no se junten (vt notum est, & fòties repetitum, & prohibitum, vt tradit Aguila ad Rox. part. 8. cap. 10. ex n. 20. vique ad 37.) Y en el n. 20. que refiere decision de la Real Chancilleria, & vt n. 21. ibi: *Pro qua decisione facit primo, quod vocatus ad successionem maioratus, si aliam maioratum non habeat, sub conditione negativa est vocatus.* Et vt n. 27. refiriendo las palabras de la fundacion, de qua agebatur, ibi: *Con tanto que en este mayorazgo no suceda el que fuere successor de otro, ò el que sucediere à otro, ò el que tuviere otro.* & part. 1. cap. 8. n. 11. post verba & Miercz, que refiere el contrario, statim subiungit hæc: *Cum hic regularis effectus sit dispositionis, que concursum maioratum impedit.* Y en el n. 14. cita la L. 7. tit. 7. lib. 5. recop. que prohibe el concurso. Roxas part. 4. cap. 1. à n. 2. ibi n. 4. *Sed etiam, quod suum primo genium incompatible sit cum alio, imò per se solum separatum absque concursu, seu immixtione alterius maioratus habeatur.* Quæ omnia non inveniuntur in nostra specie.

Ad num. 37. & 38. Vique ad medium, & 39. Roxas part. 7. cap. 6. n. 51. & 55. no trae las palabras, que en este refiere el contrario, fino en el n. 53. y à ellas antecedem estas: *Verumtamen ne dubitetur, quando nam ratio prohibitionis sit realis, seu linealis, & quando personalis;* y luego prosigue con las que refiere el contrario ex verbo *advertendum* vique *sue institutionis*, y transfirió con error el contrario, y dize *dispositionis*; y prosigue: *Insinuando, quod si successor aliam habeat maioratum, ad aliam transeat maioratus ab ipso institutus, vt ex eo secundo genio provideatur, atque succurratur, vel dicat, quod quandocumque primogenito sufficienter provisum fuerit ad sui, suorumque sustentationem, ex vno duorum maioratus ad alterum progrediarum,*

Rox. part. 7. cap. 4. à n. 38. & sequent. D. Larrea decis. 51. n. 33. & decis. 52. n. 26. y 29. y otros muchos citados por estos: con que es constante, que aviendo tan clara la incompatibilidad, y afirmandose poseedora del de Baena y Vega la dicha Doña Maria, no tiene recurso al otro en modo alguno, ni facultad de elegir.

30. Y aunque se quiera seguir la opinion de los Add. al señor Molina lib. 3. cap. 2. n. 30. diziendo, que la *Clement. Gratia*, es solo, y se entiende de los casos de mera gracia, y no en los de justicia, y que asfi le queda todavia eleccion, y que para esto se quiera traer lo que dize Roxas en la part. 7. cap. 4. desde el n. 42. hasta el 46. en que parece asiente à las doctrinas de los Add. contra el señor Castillo, y los demás citados.

31. Atendida bien la opinion de Roxas, y de los demás, se hallará ser à nuestro favor expresamente, pues hablan en el supuesto de que poseyese vn mayorazgo, y despues vacase el otro; pero no quando vacaren à vn tiempo, como afirma

esto sucede en el caso de Baena el año de 660. vaco el de Baena y el de Vega en el año de 662. vaco el de Baena y el de Vega en el año de 662.

zum ratio exclusionis, seu prohibitionis lineam comprehendit; & licet primogenitus habeat filium, vel filios, ad fratrem eius secundo genitum maioratus faciet transitum. Casus expressus est in l. 7. tit. 7. lib. 5. recop. Y en estos mismos terminos procede el lugar, que se cita de Castillo tom. 6. lib. 5. cap. 181. n. 21. ibi: Ex his ergo verisimum creditur, quod in questione principali ad initium huius capituli proposita adhuc contendimus, vocationem scilicet, & prelationem secundi geniti, vel alterius, & primogeniti, vel alterius exclusionem, ad certos gradus, vel personas relata, vel restrictam, eo tamen fine, & causa finali, atque fundamentali factam, vt incompatibilitas perpetuo vitetur, & ne maioratum duorum, aut plurium in vno, eodemque successore concursus vnquam detur; ex identitate rationis, resuelve comprehendere a los successores: y en estos mismos terminos proceden las doctrinas de Roxas, Larrea, y Castillo ibidem, que repite el contrario en el num. 38. vsque ad medium. De suerte, que todos desde el n. 34. corren debaxo del supuesto de expressa exclusion del primogenito, y expresso llamamiento del secundo genito, prohibicion expressa de la junta del mayorazgo con otro (quod abest en nuestras fundaciones) y aun en este caso dixo Roxas in dict. part. 7. cap. 6. n. 23. Etiam si patruus sit substitutus, non est locus ipsi substitutioni, dum pater habeat filios: sed in hoc casu pater, seu frater patruum tempore, quod habetur promortuo quoad successione maioratus, quem non elegit, habet filios: ergo filius, vel filij excludere debent substitutum. Y en el n. 24. dize: Intelligendum est hoc, non extantibus filijs, aut descendentibus filij maioris tempore quo successio deseritur: quia dispositio noxae legis semper intelligi debet vt minus ledat ius commune, vel municipale.

Y aunque el señor Olea in add. tit. 3. q. 4. n. 6. disiente de esta doctrina de Roxas, lo

afirma la contraria, y por otra le concedemos: porq̄ en este caso luego que admitido el vno fue visto renunciar el otro. Roxas dict. part. 7. cap. 4. n. 46. ibi: Teneo, quod decis. Clement. Gratia non habet locum in maioratibus, & vinculis, atque patronatibus, incompatibilibus, in quibus successor adepius sit possessionem vnus tempore, quod nondum delata erat successio alterius. Aguila ad Rox. ibidem a n. 30. & 62. ibi: Nec potest in hoc casu renuntiatio induci, sicut in beneficijs, quia successione alterius maioratus, vt pote contingentem, praevenire non poterit successor propter incertitudinem. Y la misma razon dan los Add: con que quando se difirieron ambos juntos, no pueden correr estas opiniones, porque cesa la incertidumbre, y declarandose poseedora del vno, no pudo adquirir, ni optar en el otro. D. Larrea decis. 51. n. 31. D. Paz de Tenut. cap. 34. a n. 38. & seq. & precipue a n. 44.

32. Y mas quando el fundador se explicò por palabras negativas, scilicet. no puedan tener otro su apellido, que Baena y Vega; y por lo contrario los excluye

no puden tener otro su

ta. con.

lo defende el *Aguila ibi*, & ad n. 53. n.9. ibi: *Quae omnia caute intelligenda, & observanda sunt propter favorem lineae primogeniti, quae semper à lege, & à testatore solet praeferrri, nec exclusivae esse censetur, nisi expresse, & tunc lex, vel testator filij secundi, vel patris successio- nem admittere videtur, cum ex filio maiori non est successio, ex l. cum avus ff. de Cond. & demonstr. facit L. 2. tit. 15. part. 2. L. 2. tit. 8. part. 3. docet auctor hic n. 23. & 24. ubi cum hic propositis ab eo intelligendus est, ut cum iniuste reprehendisse D. Oleam observas, nec enim ibi aliquid proponi extra argumenti rationem.*

De fuerte, que la razon de exclusion del primogenito, y su linea, y hijos en todas las doctrinas referidas no es (como voluntariamente se asienta por el contrario isto n. 37.) en el caso expreso (que no es el nuestro) de prohibido el concurso de vn mayorazgo con otro) el que el fundador, ò legislador tuviese por vnico motivo conservar su nombre, y memoria, y armas, y el que no se confundan, obscurezcan, y supriman; fino la de quando fuè su animo hazer, levantar, y erigir nueva casa, y mayorazgo en cabeza del hijo segundo, para que huviera dos casas, que separada, è igualmente se ilustraassen, como doctissima, y latamente explica Roxas dict. part. 7. cap. 6. ex n. 40. donde haze distincion de la incompatibilidad real, y personal por las referidas dos razones; y en el n. 54. contra producentem sic se haber: *Secus tamen erit tam in dispositione hominis, quam legis, si ea causa, & ratio prohibitionis (scilicet ut augeatur, & provideatur alia domus, vel familia, ut in n. antecedenti) non moveat institutorem, sed solummodo ne eius memoria, nomen, & arma confundantur, vel supprimantur, aut obumbrentur cum alio maiora- tu: tunc enim prohibitio censeri debet personalis, & eius ratio non militat in personam filiorum:* y segun estas doctrinas proceden las de los mismos *Aguila*, y

Re-

cluye, que en este caso no puede, possyendo el mayorazgo de Baena, optar otro,] carece de eleccion. *Rox. de incompat. part. 7. cap. 4. n. 48. ibi: v. g. ibi: Si institutor dicat verba negativa, sive exclusiva, optio seu electio ei non competit:: nam tunc iuxta voluntatem institutoris adempta fuit successio sub illa conditione, & exinde optio, seu electio. Cita la L. qui hominum 11. cum l. si sicbium legatum eligere non possit, & l. legata inutiliter 14. vers. non pure ff. de ad. legat. l. tantum C. delegat. D. Castulo tom. 6. cap. 179. n. 7. & 8. Hasta aqui Roxas. Y Torre de mayorat. part. 1. cap. 33. limitando la resolucion, que dieron contra la Clem. Gratia en este caso de vsar el fundador de palabras negativas, ò exclusivas di- ze, que corre la disposiciõ de la Clement. y no le queda eleccion al possedor.*

33. Con que ya tenemos probado, que Doña Maria de Zaldua no puede entrar en el mayorazgo de Oja de Castro por el hecho de posseder el de Baena y Vega; y será preciso passar à registrar el tercero punto, para que se reconozca, que no solo la susodicha,

K

fi-

Rozas, que cita el contrario n. 39. y no referimos por no causar mas difusion, y confusion de la, que nos precisa, la con que procede el contrario, teniendo en ellas claro apoyo de nuestra Justicia, aun en caso de otras, y tales circunstancias, como son las de dichas especies ad extra de la nuestra, y lo especifico de ella diremos infra ad n. 99. ex medio.

Ad n. 38. propè medium, & 40. Solo la facilidad, con que el contrario discurre, y se aplica lo que no es, pudiera hazer el discurso de que porque el fundador prefirió à Pedro su tercer nieto, y su linea à Jacinto, y Juan sus nietos por ser mudos, se ha de entender la misma exclusion de los contravinientes al precepto de armas, y nombre, y su linea, dando por razon, que de derecho se extiende de vn caso à otro entre descendientes, donde es favorable la incompatibilidad: y siendo diferente especie, y caso el vno del otro, vt per se patet, à *diversis non fit illatio L. ius iurandum §. non semper ff. de iureiurando cum similibus*: y aun en el caso de la misma razon, y defecto de mudos, no quiso el fundador quedassen excluidos los demàs, que huviesse en la descendencia de los llamados à la succession, dexandola limitada à los dichos Jacinto, y Juan, vt ibi: *Y si adelante, lo que Dios no quiera, ni permita, el que viniere à suceder en este mayorazgo, fuere mudo, sin embargo de ello, succeda, y aya los dichos bienes, porq̄ la diferencia, q̄ he hecho en el llamamiento de mis nietos mudos, no quiero que passe, ni se extienda à otro qualquier successor, sino dexar esto à lo que fuere la voluntad de Dios nuestro Señor.* Con que si en el mismo caso no quiso el testador se continuase *Ultra certas, & expressas personas*, como por el argumento de el para caso diferente se ha de conjeturar, y dársele extension? Y por el mismo à contrario se convence, y para que se extienda, ha de militar la misma razon. *vt late D. Castillo, dict. cap. 181. ex n. 3.*

sino toda su linea, quedò excluida, y no puede hazer competencia à Doña Antonia, Martinez su hermana, ò ya porque la incompatibilidad es real lineal, ò porque como quiere que sea diferida la vacante por muerte de Don Juan de Zaldua padre de ambas, hallandose impedida Doña Maria, ha de passar à la otra su hija Doña Antonia; y si la confideramos diferida por muerte de sus tios, le toca mejor, como mas proxima. Y porque en este punto ay muchas especies, que tocar, he sido breve en los dos, para poderme explicar, sin causar fastidio alguno.

PUNTO III.

Que la incompatibilidad de estos mayorazgos es real lineal, y aunque no lo fuera, estando poseyendo Doña Maria el de Baena y Vega, y aviendolo poseido su Padre (como llamamente confiesa) toca à Doña Antonia el de Cja de Castro en competencia de Doña Maria, y sus descendientes.

34. **E**S constante, que vno de los motivos, que induce incompa-
ti-

Et repetitionem, & extensionem excludunt disunctiva diversa oratio, & diversa ratio, vt ex Bald. tradit Garcia de nobilitate in divisione num. 23. L. in repetend. ff. de legat. 3. Aguil. ad Rox. part. 2. cap. 1. n. 1. & 2. Con que está demás en este punto la question q̄ promueve, de si es odiosa, o favorable la incompatibilidad? Que sea odiosa, constat ex communi DD. consensu. Rox. de incompatibil. part. 4. cap. 2. n. 8. ibi: *Secundo, nam exclusio à successione, nisi expressa sit à testatore certa persona, vel gradus, vel linea, non procedit, cum censetur odiosa. L. cum quidam 19. ff. de liber. & part.* Y el Aguil. con la distincion ex Feloaga se remite al fin, vt ibi: *V: de, quæ dico ad part. 7. cap. 1. limitat. 3.* y allí habla en terminos de la L. 7. cuya disposición longe abest de las de nuestras fundaciones; y que es *simpliciter odiosa extra lineam, & gradum.* D. Molina de primogen. lib. 3. cap. 4. n. 15. *Cum aduersus iura communia, & regia introducta sit, & n. 23.* Tiraquell. de vtroque retractu, in præfatione n. 64. & 67.

Ad n. 41. Son falsos los fundamentos, de que en este numero se vale el contrario, vt ibi: *Solo de Baena y Vega; & ibi: no puedan usar otro apellido,* vt ex ipsa fundacione constat, & notauimus supra ad n. 9. 10. & 12. con que es fuerza, que todo ello lo venga à ser: pues no puede aver principio cierto de principios inciertos, y el buen discurso ha de nacer de principios ciertos: *Nam qui vult scire consequens, debet perscrutari antecedens, & qui vult scire quid rei, debet scire principia sunt enim prima principia tamquam fores, in quibus nemo debet errare, como dixit Bald. per text. ibi: in L. 1. ff. de iust. & iur. lect. 1. n. 1.* con que siendo evidentemente falsos los principios de el hecho, que refiere, quedaba bastantemente respondido al contenido de este numero.

Pero para mayor inteligencia, y claridad

tibilidad real lineal, es quando el ponerla los fundadores fue à causa de que su memoria no se confunda, y permanezca perpetua l. 7. tit. 7. lib. 5. recopil. ibi: *La memoria de los fundadores, y forma de ellos, y de sus linajes se han disminuido, y cada dia se disminuye, y pierde.* D. Molina de primogenijs lib. 2. cap. 14. n. 29. D. Castillo lib 5. cap. 16. n. 6. & capite 176 n. 15. 16. 17. D. Oiea in add. tit. 3. q. 4. n. 6.

35. Y con decisión de la Real Chancilleria de Granada lo refiere, y resuelve Roxas part. 3. cap 5. n. 25. hasta el 33. y va sentando, que la causa final de los fundadores es, que se mantenga su esplendor, y familia conservando solo sus armas, è insignias, y su apellido, y va fundado, que esto conviene à la causa publica, y al n. 32. à consecuencia de esto, que ha fundado con muchas autoridades, y con la ley del Reyno, cierra al n. 32. ibi: *Ex his tribus causis, & qualibet earum præsumendum est, institutores voluisse, primogenia quæ ita diuidunt, esse reuoluntate incompatible: nam cū sint causæ singulares, quæ semper re-*

ridad siendo con principios de grammatica con los que se confunde, y tripula el contrario, por los mismos daremos la mas clara inteligencia à las verdaderas palabras de la claufula: *Sean obligados à hacerse llamar, nombrar, è intitularse por sobrenombre, y apellidar Baena y Vega, y traygan en los reposteros, y otras partes nuestras armas, è insignias, à la mano derecha las de mi el dicho Pablo de Baena, y à la izquierda las de mi la dicha Doña Isabel de Vega. Y aunque por los casamientos, que les sucedieren à los llamados à este dicho vinculo pretendan poner las armas, è insignias en mejor lugar, ò tomar otro su apellido, que Baena y Vega.* Diximos supra n. 11. explicando esta claufula, que esta vltima oracion no determina. Y aunque alli dimos la razon ex Ramos de Obregon textual, no con la claridad, que lo haremos aora segun reglas de grammatica. De suerte, que todas las oraciones, que con alguna particula vãn à subiunctivo, no hazen perfecta sentençia, ni sentido, sino es junta con otra, yà le anteceda, ò se le siga (y esto es lo que se explica à los muchachos, que estas oraciones se componen de primera, y segunda.) El P. Manuel Alvarez è Societate Iesv, de Institut. Grammat. de verbor. coniugat. in explicatione coniunctivi modi fol. mihi 57. ibi: *Modum hunc Grammatici tum coniunctivum, tum adiunctivum, tum subiunctivum vocant propterea quòd sententiam perfectam minime efficiat, nisi sibi alterum verbum coniugat.* Et num. 30. *Adiungit fere beneficio particularum cum, quod si, ni, nisi, quamvis, licet, &c.* Ambros. Calep. verb. subiungo ad finem: *Vnde subiunctivus modus dictus est, quia subiungitur alteri verbo, sine quo sententiam explere non potest.* Diomedes de orat. & part. orat. de subiunct. mod. pag. 331. *Subiunctivus, sive adiunctivus idè dictus, quòd non per se exprimat sensum, nisi insuper alius adatur sermo.* De suerte, que lo grammatical de dicha clau-

regunt dispositionem argument. l. damus ff. de cond. indeb. Joan. Gutt. part. 3. q. 17. n. 115. D. Larrea tom. 2. decis. 51. n. 17. in fine, quælibet earum facit, quòd talis concursus prohibito, seu incompatibilitas sit realis, & non personalis, nec limitata ad aliquem gradum, lineam, vel personam.

35. Y concluye el numero citando al señor Castillo en el lib. 5. cap. 18 n. 8. & D. Larrea tom. 2. decis. 51. per totam, vbi n. 16. sic ita se refert: *Senatus in his controversijs, nisi expressè de iudicio disponentis appareat, voluisse incompatibilitatem adversus lineas, gradus, vel personas limitare, vel aliquam subijctam rationem, quæ solum excludat personam, & aliam solum admittat, semper realem censuit, vt incompatibilis bona comitentur.* Et ibi: Aguila citando al señor Ramos del Manzano en la respuesta de España à Frãcia hasta el n. 178. & part. 1. cap. 8. n. 11. ibi: *Et dispositio testatoris semper ita debet interpretari, vt testator velit, ne familia sua, & arma confundantur cum alijs. Mieres de maiorat. part. 2. q. 4. ill. 8. n. 20. Roxas part. 8. cap. 1. à n. 2. & sequent.*

sula, y su verdadera inteligencia es leer la primera oracion, que es la vltima, y luego la segunda, que le antecede, vt sic: *Aunque por los casamientos, que les sucedieren a los llamados a este dicho vinculo, pretendan poner las armas, e insignias en mejor lugar, o tomar otro su apellido, que Baena y Vega, sean obligados a hazerse llamar, y nombrar, e intitularse por sobrenombre, y apellido Baena y Vega, y traygan en los reposteros, y otras partes nuestras armas, e insignias, &c.* Y dió la razon el Padre Francisco Pomey de la Compañia de Jesus *in novo candidato Rhetoricæ progymnasmate 2. de periodo pag. 166. ibi: Non de quavis periodo hic sermo est, sed de illis solummodo, quæ duabus constant partibus, antecedente scilicet, seu prothasi, & consequente, seu apodosis, sic inter se nexis, vt alterum pendeat ab altero. Hanc porro rationem mutuam inter ipsas partes quedam coniunctiones indebunt, quas qui adverterit, levi negotio periodum fundet, concinnabitque. In his numerantur, quæ sequuntur quamquam, etsi, quamvis. A que corresponde a quella particula de la clausula aunque, que es quamvis. Y esto es lo que dezimos en nuestro derecho: *Quod oratio imperfecta perficitur ex precedenti, & consequenti, si congrue fieri potest. Ex text. in l. cum pater §. cum imperfecta ff. de legat. 2. & ibi communiter DD.* Y en nuestro caso es tan congruente, que viene por la naturaleza de la misma oracion ex subiuñctivo modo en fuerça de la particula *quamvis*: con que no ay novedad en ella, que pueda sostener la mayor futiliza, o cavilacion, y queda el precepto *prout iacet simpliciter*, que aunque traygan sus armas, y vñen otro su apellido, se nombren Baena, y Vega, y traygan las armas a la mano derecha las de Baena, y las de Vega a la izquierda, vt diximus supra ad num. 14. & 15. Excluidas las falsas palabras, y supuestos, que supone el contrario, vt diximus ad n. 7. & seq. y diremos infra ad n. 99.*

Ad

37. Pues veanse las clausulas de vno, y otro mayorazgo, y se hallará en el de Oja de Castro, que el motivo, que dà en el ingreso, y prelude, es *por la conservacion, y aumento de mi casa, y hijos, y descendientes, y linaje, y la Real facultad se le concede para el mismo fin, que basta para calificar la incompatibilidad real lineal.* Rox. part. 7. cap. 6. n. 51. 55. ibi: *Advertendum tamen est, quod quoties institutor, vel legislator causam incompatibilitatis seu prohibitionis concursus adhibeat talem in præmio, seu in alia qualibet parte suæ institutionis.* Y el de Baena y Vega ibi: *y durará in æternum la memoria de los nobles, que hazen, e instituyen vinculos, y mayorazgos, por todo lo qual, &c.* Con que de aqui facamos, que la causa final de vno, y otro fundador fue por conservar eternamente sola su memoria, casa, y linaje, y por esto en el de Baena se dize, *que no puedan usar de otro su apellido, que Baena y Vega; es así, que esta causa induce incompatibilidad real lineal, como está fundado: luego en el caso presente la tenemos de esta misma*

L natu-

Ad n. 42. & 43. Vá el contrario equívoco, y discurre con terminos de semejan-tes, que inducen discurso ex L. natura cavillationis ff. de verb. signific. & in ea Alciatus n. 1. *Cavillari enim dicitur, quod ex assumpto, quod evidenter verum est, dissimiliter acceptis terminis, quod falsum est, infert.* Es cierto, que el mayorazgo de Baena y Vega, en el proemio dize: *y los deudos socorridos, y dura in eternum la memoria de los nobles*; es incierto, que quiso solo su apellido, y sola su memoria: porque tal palabra solo, vel sola no se encuentra en la fundacion, vt supra sub n. 5. & ad num. 9. 10. y 12. y de vna, y otra razon, ni se induce, ni infiere incompatibilidad, ni privacion: *Cum ea, nisi in casibus à iure expressis, inducenda non sit, vt sunt verba D. Molin. de primog. lib. 2. cap. 14. n. 46.* Y dió la razon antecedentemente en el mismo n. ibi: *Cum enim finis precipuus maioratuum in familiarum, atque memoriae conseruatione, vt pluries ostendimus, versari solet:* y no por esto se induce incompatibilidad, ni excluye el primogenito, vt ex eodem Molina dict. cap. 14. & cap. 12. Roxas, & ex omnibus, quæ diximus en satisfaccion del primer punto, y el lugar de Roxas 1. part. cap. 8. n. 36. & 37. y la de la part. 7. cap. 8. ex n. 50. vsque ad 53. y la l. 7. tit. 7. del lib. 5. son casos, en que hubo prohibicion expressa para que vn mayorazgo se juntasse con otro, exclusion expressa del primogenito, y llamamiento del segundo, lo que es preciso, y se entiende, que à ello pudieron mover dichas razones, ò porque así lo expressaron en el proemio, ò en otra qualquier parte de la fundacion, quando hizieron la prohibicion, y exclusion: porque estas razones à vnos solo mueven à fundar el mayorazgo, y à otros à prohibir se junte con otro, à excluir al primogenito, y llamar, y preferir al segundo, vt supra ad num. 37. dixi ex Aguil. ad Rox. part. 7. cap. 6. ad n. 53. n. 9. quæ verba liceat referre, ibi: *Quæ omnia caute intelli-*

naturaliza. Dom. Castillo tom. 6. lib. 5. cap. 18. 1. n. 2. 1.

38. At sic est, que siẽpre que se dà incompatibilidad real lineal, queda excluido el primogenito, y su linea L. 7. tit. 7. lib. 5. recop. Rox. part. 7. cap. 6. n. 36. ibi: *Si lineam comprehendit exclusso Patre ob electione. vnus, quem sibi optavit, censentur etiam exclusi eius filij, ac descendentes, & omnes qui ex ea linea procedunt,* & ibi Aguila à n. 5. & D. Olea in add. tit. 3. q. 4. n. 6. D. Larrea decis. 51. n. 12. circa finem. Y en los terminos de que la causa final sea, *ne arma sua misceantur*, dize el señor Castillo lib. 5. cap. 18. 1. n. 4. 5. 8. que se extiende à todos los hijos del primogenito *ex identitate rationis*, y que no pueden suceder, y aun añade, que no es extension, sino comprehension, ibi: *Et in nullo gradu primogenitum, aut proximiorum admittendum esse sed secundo genitum in aliquo gradu, aut gradibus prælatum, & vocatum in omnibus præferendum esse.* Y dà la razon: *quia primogenitus ipse non ita habilis est portare nomen, & arma institutoris, & memoriam eius conseruare; & eam se.*

*relligenda, & obseruanda sunt propter
 fauorem lineæ primogeniti, qua semper à
 lege, & à testatore solet præferri, nec ex-
 clussa esse censetur, nisi expressè, & tunc
 lex, vel testator filij secundi, vel patru
 successiõnem admittere videtur, cum ex
 filio maiori non est successio ex L. cum
 aruiff. de cond. & demonstrat. Y es la
 razon: Quia in conditionibus solum ins-
 picitur, quod fuit expressum. L. Mæuius.
 L. qui hæredi ff. de cond. & demonstrat.
 Y no réeibe extension en cosa tan odiosa,
 y grave, como la privacion del mayoraz-
 go: in terminis D. Molina de primogen.
 lib. 2. cap. 14. n. 30. ad finem. Ideoque cum
 maioratus institutor ulterius non proces-
 serit, non est cur ad præceptum, ex quo
 tantus rigor iniungitur, dispositiones te-
 stantis extendamus, eò præsertim quòd
 huiusmodi præceptum onus contineat: y
 el lugar del señor Castillo tom. 6. lib. 5.
 cap. 180. n. 5. & 18. y el de Aguil. part. 1.
 cap. 1. n. 27. proceden en caso, in quorum
 alterum continetur præceptum de latationis
 nominis, & armorum sine immixtione
 aliorum: quod longè abest à nostro casu,
 vt ex omnibus hucusque hic, & superius
 dictis apparet. Et ex dicendis infra ad
 num. 99.*

Ad n. 44. vsque ad 49. Contra negan-
 tes principia non est arguendum; y assi
 podiamos omitir la satisfacion à la can-
 siera de estos numeros, que tienen por
 fundamento vn supuesto falso, y vn
 principio incierto, como es dezir, que en
 la clausula, de que haze relacion, ay
 esta: *Al segundo en grado*, entre otras,
 que dizen: *Al siguiente en grado*: de
 que deduce, que al segundo en grado lo
 tuvo por siguiente en grado: porque las
 palabras se deben entender en las vnas
 clausulas conforme las entendió el testa-
 dor en otras: y sin perjuizio de la verdad,
 siendo tantas, y repetidas, como consta
 de la fundacion, la de *al siguiente en gra-
 do*, porque por vna, quando dixesse:
Al segundo en grado, no se avia de en-
 tender

*Secundo genitus aptius conser-
 uat.* Y otra razon será para
 mi intento, el que aviendo
 preferido entre sus nietos
 al tercero con exclusion
real lineal del primogeni-
 to, y segundo, assi la consi-
 derò el testador para otro
 qualquier caso, porque de
 derecho se extiende vno
 à otro entre descendien-
 tes, donde es favorable la
 incompatibilidad, como
 se dirà infra n. 40. & Aguil.
ad Rox. part. 4. cap. 2. n. 6.
ex Feloaga es expressísimo;
 y aun con mas razon se ha
 de entender, que la quiso
 de esta classe en caso de
 contravencion, que no en
 caso de defecto natural,
 porque en este no tenia
 culpa el gravado, ni estava
 en su mano el remedio, y
 en el otro era el defecto
 vnicamente de su volun-
 tad, y por su culpa: y tam-
 bien porque si con aquel
 defecto natural de ser mu-
 dos no se obscurecia la
 memoria del fundador to-
 talmente, y sin embargo
 les excluye, y à su linea, en
 este otro, que tira à obscu-
 recerla con otro mayoraz-
 go, no es verosímil que le
 quisiera incluir, ni la linea:
 porque siempre se ha de
 entender, que lo que qui-

rnder esta como las antecedentes, y subsequentes, repetidas *al siguiente en grado*, por las mismas doctrinas, que trae el contrario, y por razon clara, como es, que siendo este mayorazgo regular, como es manifesto de todas sus clausulas, y confiesa el contrario, vt dixit sub n. 5. al final de las clausulas, que refiere del mayorazgo de Oja de Castro, ibi: *Suponiendo, que ambos mayorazgos son regulares*: y siendolo las clausulas repetidas *al siguiente en grado*, y correspondientes à la naturaleza del acto; y no siendolo la *al segundo en grado*, sino extraordinaria, y irregular, se ha de hazer la relacion, è interpretacion, por la regular, y ordinaria. *Simon de Prætis lib. 1. interpret. 2. n. 16. & 17. f. 113. ibi: Quia quando natura actus potest esse regularis, & ordinaria, vel irregularis, & extraordinaria, quod interpretatio fieri debet secundum naturam actus regularem, & ordinariam, & non extraordinariam.* Accedit, & refert D. Castillo lib. 5. controv. cap. 86. n. 14. & à posteriori en la nuestra, en que su naturaleza es regular, y ordinaria.

Quod ex superabundanti tradimus ad confutationem omnimodam contrarij, pues tal clausula *al segundo en grado* no ay; dize: *al siguiente en grado*. Es supuesta, y falsa, y se ha convencido del testimonio presentado por nuestra parte dado en Cordova en 28. de Junio deste año de 1721. por Diego de Caceres y Berlanga, Escrivano publico de dicha Ciudad, successor en el Oficio de Rodrigo de Molina, Escrivano, sacado de el Protocolo de dicha fundacion, que se otorgò ante el, *vt constat supra ad dict. num. 5.* es la fundacion, y succession regular, llamado *el siguiente en grado*, en caso de contravencion: con que faltando este supuesto falso, faltan, y son inconsequentes todas las doctrinas, que trae el contrario en estos numeros, que hablan, y proceden en mayorazgos de secunda genitura, como

fo el testador en caso menos necesario, querria en el mas estrecho, ex dicendis infra n. 40. & 99.

39. Y es de ver, y muy del caso el n. 5. ibi: *Illa ratio, & causa generalis, & finalis, quam institutor expræsit, ne scilicet maioratus ab eo institutus cum alio iungatur, aut arma sue familie mixturam aliquam patiantur, quæ generaliter & perpetuo viget, & omnibus gradibus, & personis in infinitum convenit, quamvis dispositio respectu quorundam facta esse videatur.* Et n. 9. ibi: *Ex quo prohibitio realis est omnes successores primogenitos adstringit, & afficit.* Aguil. ad Rox. part 1. cap. 8. n. 11. ibi: *Et dispositio testatoris semper ita debet interpretari, vt testator velit, ne familia sua, & arma cum alijs confundantur.* Mieres de maiorat. part. 2. q. 4. illut. 8. n. 20. *Et cum hic regularis effectus sit dispositionis, quæ concursus maioratum impedit, pro expresso haberi debet, vt observat ex pluribus D. Larrea decif. 51. n. 17.* y al n. 12. prosigue Aguila con la especie de los mayorazgos fundados de vnos mismos bienes en vn proprio dia à favor de primero, y se

de ellos consta, y en cuyos terminos procede la ley 7. tit. 7. lib. 5. recop. y la de el Aguila ad Rox. part. 4. cap. 1. n. 10. las palabras, que refiere, y árbol, que figura, como es de ver en todo el cap. en que va en este concepto, que aclará num. 20. ibi: *Quid autem si vocatio sit de filio secundo, supra resolutum manet:* y la especialidad de la ley 7. mas claro consta de el mismo Rox. en la resolucion de la questio*n ibidem n. 88.* donde, aun en caso de mayorrazgos incompatibles, prefere á los hijos del primogenito (que no lo es el nuestro) *At verò si vocatus fuerit in alio maiora tu incompatibili sequens in gradu, tunc vero filij Primogeniti succedent, & preferentur patrui, secundo, vel tertio genito, quia speciale est in hoc casu, quòd patruus preferatur nepoti, prout expresse decisum est in dict. l. 7. tit. 7. lib. 5. recop.* Y en este concepto, y accepçion van expresas las palabras de las doctrinas, que refiere el contrario num. 48. que constan con mas claridad de la que al final de el cita de Rox. part. 8. cap. 7. ex n. 14. y en el 16. la resuelve, y desde el 17. hasta el 22. la explica en los casos expessos de secunda genitura, vt in dict. l. 7. y en el n. 23. sic se habet: *Hactenus de vocatione filij secundi, seu secundo geniti contenta in dict. l. 7. sed in vocatione sequentis in gradu, de qua in dict. l. 45. Tauri, non est vocatus alius de alia linea, sed alius sequens in gradu; & differentia inter gradum, & lineam evidens est: nam linea continet gradum, sed gradus non continet lineam, aliter perverteretur ordo, quem obseruare, & attendere debemus in maioratumum successio*nibus, in primis scilicet lineam, secundo gradum, tertio sexum, quarto atatem.* D. Molina lib. 3. cap. 4. n. 13. & 14. Lo que se haze mas claro, aviendo possedido ambos mayorrazgos D. Juan su padre, como es constante, y conuessa el contrario isto n. 47. respeto de lo qual á su padre es *sequens in gradu* Doña Maria su hija mayor, y á esta sus hijos, y no su tia*

Do-

segundo genito, y pregunta, qual ha de suceder? y resuelve por el primogenito, pero con la limitacion siguiente: *Primogenitus preferendus est, nisi in eius persona ob alium maiora tum, quem habeat, memoria fundatoris conseruari non possit, tunc enim secundo genitus est preferendus:* con que aviendo en nuestro caso la causa final de la conservacion de la familia, se ha de preferir Doña Antonia, como tiene Aguila ex D. Greg. Lop. in l. 2. tit. 15. part. 2. & Alvarad. lib. 2. cap. 3. §. 3. n. 29.

40. Porque la incompatibilidad entre los descendientes no es odiosa, sino favorable, y mientras estos no se excluyen por los transuersales, sino vnos á otros, se ha de extender, y especialmente quando es, porque no se confunda la memoria del fundador; que en este caso, aunque se ha de dar entrada á los transuersales primero que á los descendientes, estendiendo la incompatibilidad, porque no se confunda la memoria, es para lo vno, y lo otro muy expesso el lugar de Aguila ad Rox. part. 4. cap. 2. n. 6. que

M no

Doña Antonia, su hija segunda, vt ipse Roxas ibidem n. 24. ibi: *Ideo sub vocacione sequentis in gradu non excluduntur, qui sunt de illa linea, quæ semper debet præferri, & continuari.* cap. i. de natura success: sænd. L. 2. tit. 15. part. 2. D. Ioannes Baptista Larrea, q. 54. n. 1. Quapropter filius respectu patris exclusi ob incompatibilitatem alterius maioratus erit sequens in gradu: Tum quia is semper admittendus est, qui, post aliquem exclusum, ei proximior gradu coniungitur. L. cum ita §. in fideicommissio ff. de legat. 2. D. Ioannes del Castillo lib. 3. cap. 15. n. 26. Tum quia certissimum in iure est, quod filius sequitur in gradu patrem. L. 1. §. primo gradu sunt supra Pater, Mater: infra: Filius, Filia, &c. L. Jurisconsultus §. nunc singulos gradus ff. de gradibus. Ex quibus cecidit arbor, & folia ex diversis ab aduersario suppositionibus elevata.

Ad num. 50. Refiere el contrario algunas palabras de la fundacion de Oja de Castro, truncas, y medias, conque se arguye, sin hazerle cargo del entero concepto de la disposicion, contra el text. in L. Mævia 44. ff. de manumisis testamento, ibi: *Contextum verborum totius scripturæ*, que citò, y nos enseñò, supra n. 5. y contra su tenor omitiò en las clausulas, y nosotros las pusimos, y compulamos, y para mayor claridad, y satisfaccion repetirèmos. Aviendo llamado el testador à la sucesion à Pedro Martinez Oja de Castro su nieto, prosigue el llamamiento de los hijos de este en esta forma, ibi: *Y despues de los dias de su vida, vengan, succedan, y passen los dichos bienes en su hijo mayor legitimo, avido de legitimo matrimonio, y despues de el, su nieto varon legitimo por la via masculina, y linea recta de varon, y en falta de varon, hembra.* En esta clausula se contenia vn llamamiento de agnacion, y no siendo esto lo que quiso, y queria el fundador, prosigue diziendo: *Y conque en la dicha sucesion*

no puedo dexar de copiar, por lo que conduce à nuestro intento, ibi: *Quod quãdo incompatibilitatis conditio excluderet descendentes fundatoris, non debet extendi de casu ad casum, nec transversalis admitti exclusis eis: quia in hac specie odiosa est, sicut femina proximioris exclusio, & remotioris masculi vocatio in maioratu: cita al señor Molina, Fragofo, D. Valenzuela, & Febaga; y prosigue: At verò incompatibilitas inter ipsos descendentes favorabilis, & extendenda quoties ob transversales non excluduntur, sed ob alios descendentes. Item etiam est favorabilis, & extendi debet in maioratu in transversalibus instituto ad favorem conservandæ familiæ fundatoris.* Con que estando Doña Antonia en la linea de descendientes, y siendo el mayorazgo hecho para conservar la familia, y memoria in æternum, debe suceder, y no la primogenita impedida con otro mayorazgo, ni su linea, porque semejante incompatibilidad, como està fudado, es real lineal por dicha causa final, y el de Baena es de transversal, en que corre la extensien.

cion prefiera siempre el varon mayor al menor, y la hembra mayor à la menor y el varon à la hembra; aunque sean menores en dias los varones, que las hembras; y conque la linea del poseedor prefiera à todas las otras. Y para considerar la dicha mayoria, los hijos, y descendientes, representen las personas de sus padres, conforme à la Ley de Toro, que en este caso dispone: y declarando mas la sucession de las dichas hembras, se entienda, que si el poseedor tuviere hija, y no hijo varon, que aquella suceda, y se prefiera à los otros successores; y lo mismo si el hijo mayor saltare en vida del poseedor, y dexare hijo varon; aquel prefiera à la hija del poseedor; y si dexare hija, y no hijo varon, que aquella prefiera à los otros varones, representando la persona de su padre. Estas clausulas se entiendan repetidas en todos los llamamientos de adelante, como si en cada vno de ellos fuesen puestas de letra à letra. Quid amplius?

Estos son los llamamientos, y orden de ellos, debaxo de cuya regla estamos, y de la Ley 45. de Toro: pues como se puede dudar de la legitima sucession de Doña Maria Sebastiana, y sus hijos, para que le asiste la regla de ser hija mayor del ultimo poseedor, nieta, y visnieta de la linea primogenita de los que lo han sido? Cap. 1. de natur. success. feud. D. Molina lib. 3. cap. 6. à n. 26. D. Juan del Castillo tom. 5. cap. 91. n. 62. le asiste la regla de ser hija del ultimo poseedor. cap. 1. §. inter filiam si de feud. defunct. fit cont. cap. 1. §. 1. vers. sin autem si de investit. inter domin. & vassall. D. Molina lib. 3. cap. 4. n. 41. & 42. & ibi Add.

A falta de nietos, que no sean mudos, prosigue llamando à Jacinto, sus hijos, y descendientes; y à falta de estos, à los de Juan su nieto mudos; y en faltas de ellos, à los de Doña Marina hija mayor de la dicha Doña Maria su hija, y sus hijos, y descendientes legitimos, & statim subdit: Y à falta de ellos, sucedan los des-

41. Y esto se esfuerça mas de que quiso su apellido el fundador conferuado para su memoria, y de su familia en sus descendientes solo, sin otro alguno, de tal suerte, que haziendo el concepto, de que pudiera recaer en hembra, y que los hijos de esta precisamente avian de tener por mas proprio, y legitimo el apellido de su padre, quiere que no vfen de el, sino solo de el de Baena y Vega, y por esto dize: y si por casamientos, &c no puedan vsar de otro su apellido, que el de Baena y Vega: que aquel demonstrativo su denota este concepto claramente, y que yà poseian el dicho apellido, que les quita, como nos enseñan las reglas gramaticales, y Antonio de Nebrija, ibi: *Suus etiam vitmur, cum tertia persona transit in rem à se possessam.* Cita à Ciceron 5. in Verr. à Ouidio, Seneca, Plinio, Valerio Maximo, y otros, y es regla corriente de Syntaxis: con q̄ aun con principios Grammaticales se comprueba, q̄ quiso solo su apellido, y configuientemente solo su mayrazgo, para conservar vni-

descendientes de otra qualquiera hijas, que tuviere guardando siempre la prerrogativa de el grado, y las clausulas, y reglas del primer llamamiento hecho en el dicho Pedro Martinz Oja de Castro: en cuyo contingente seran mas cercanas en grado las hijas de la segunda hija, aunque aya muerto, que la tercera hija, aunque viva. ex L. 45. Taur. quæ est lex 5. tit. 9. lib. 5. recopil. D. Molina lib. 3. cap. 6. à n. 26. Usque ad 29. como lo son los hijos de Doña Maria para con Doña Antonia: porque son mas cercanos en grado, que se ha de buscar dentro de la linea primogenita, como latamente in numero precedenti probavimus. ex D. Roxas de incompartib. part. 8. cap. 7. ex. n. 23.

Y fenece los llamamientos en falta de hijos, y descendientes legitimos con esta clausula: Si à la sazón buviere qualquiera otro descendiente mio, ò suyo, que sea hijo natural, ò descienda de hijo natural, este tal en tal caso pueda suceder, y suceda en este dicho mayorazgo, y si buviere muchos de esta calidad, se prefiera el mas cercano al último poseedor: y saltando toda mi descendencia legitima, y natural, este dicho mayorazgo, y bienes de él, venga à mi pariente mas propinquo descendiente de mi padre, y abuelos, hermanos, tios, ò primo, y à los descendientes del tal legitimo varon de grado en grado, segun dicho es, perpetuamente. De quo est textus in L. 2. tit. 15. part. 2. ibi: Pero si todos estos fallecieren, debe heredar el Reyno el mas propinquo pariente, que buviere. D. Molina de primog. lib. 2. cap. 17. de scriptura maioratus vers. in primis circa finem; multis relatis Nogueroi allegat. 9. n. 15.

Ad num. 51. & 52. Siendo las antecedentes las clausulas, y hallandonos en terminos de la primera, en que están llamados los descendientes conforme la ley de Toro, ya se ve lo inconsequente que se discurre por el contrario en este numero, y como en el hecho, en las doctrinas las

vnica su memoria, causa final, que haze real la incompatibilidad.

42. Otro fundamento, que la induce, es quando el fundador fuè mirando à proveer muchos de su familia de caudal, para conservar mas bien su lustre con fausto respecto de tener otros mayorazgos. Rox. part. 1. cap. 8. n. 36. ibi: Altera causa finalis, quæ potuit incitare institutorem, ea est, vt efficiat plures divites in sua familia, eiusque splendorem adaugeat, & auctoritatem: quia melius est tatur in duobus, pluribus ve maioratibus separatis à pluribus divisim de familia possessis, quàm ab vno, seu primogenito tantum. Cita la l. 7. tit. 7. del lib. 5. de la recopil. por aquellas palabras, en que dize, porque disminuyendose las casas de los nobles, de ellos no avrà tantos Cavalleros, y personas principales; y al n. 37. ibi: Tertia denique causa finalis, quæ presumitur movisse institutorem, est ad providendum de maioratu secundogenito, ac ceteris eiusdem familiae: quia satis provisum censuit primogenito, & lineæ eius ex maioratu, vel maioratibus, in quibus iam

trae à retazos, y tergiverfadas, queriendo probar por fuerza lo contrario de lo que dizen, no refiriendolas con integridad, incurriendo en la nota, que hizo Celfo in L. 24. ff. de leg. ibi: *In civile est, nisi tota lege prescripta, una aliqua particula eius proposita, iudicare, vel respondere*: Esto, como en todas las mas, que cita el Contrario, sucede en la de Rox. de incompatibil. part. 1. cap. 6. n. 285. y en las palabras, que de èl refiere, cuya doctrina, y concepto prueba contra producentem; y no podrè yo mejor explicarla, que refiriendola enteramente en el dicho numero, y en el siguiente, ibi: *Ab hinc iam comprehendere potes vidam, ac subtilem rationem decidendi ab L. 40. Tauri hodie L. 5. tit. 7. lib. 5. recopil. & ad pragmaticam sanctionem promulgatam ann. 1615. quæ est L. 13. tit. 7. lib. 5. recopil. quia cum successio perpetui vinculi, seu maioratus discurrere debeat per lineam superiorem in lineam potiore cap. 1. de natur. success. feud. & dict. L. 5. ideo dispositum fuit in dict. L. 40. Tauri L. 5. tit. 7. lib. 5. recopil. quod etiam si caput lineæ, prout est frater maior, pater, vel alius ascendens mortuus fuerit ante maioratus institutionem, succedat eius descendens, & non alia ratione hoc dispositum fuit, nisi quia dictæ leges senserunt de linea propria æquali à parte ante, & quod non possit dari linea in æqualis in exordio, seu ex parte superioris, aliter enim si posset dari linea inæqualis, sive inhabilis in extremo à quo, leges non disponerent, quod in successione maioratus præferretur nepos patruo, quando nepos, vel pronepos, & sic deinceps descenderet ab eo, qui ante institutionem, seu maioratus fundationem mortuus fuerat: Quia ille, qui decefit ante institutionem, nec iure transmissionis, cum nihil iuris in spe, seu in potentia habuerit ad transmittendum. (defde aqui el Contrario) Neque ex vi representationis, ex eo quod eius persona representanda, quia*

suc-

iam successerit, vel invariabiliter successurus est: idèdque cæteris iuste ac pie subvenire iudicandum est voluisse & egentibus, & minus provisus prospicere. Cita à muchos, & part. 7. cap. 8. n. 50. & 51. y al 53. dize, que basta, que esta causa la ponga en el proemio, ò en otra qualquier parte de la disposicion, vt dixi supra n. 37. & est expressa L. Titia 134. §. idem respondit. 1. ff. de verbor. oblig. D. Valenz. cons. 119. ex n. 58. cum sequent. & D. Molina lib. 1. cap. 5. n. 2. Torres de maiorat. part. 1. cap. 9 n. 6. Garcia de nobilit. in div. n. 34.

43. Con que legun esta presuncion, tenemos la incompatibilidad real lineal siempre que se moviò el fundador por socorrer à los de su familia. Pues vamos aora à registrar las fundaciones à ver si entre las causas finales es alguna esta, y en el de Vega la hallamos expressa, pues dize en el prelude, que haze el mayorazgo, *porque los deudos sean socorridos, y durarà in æternum la memoria de los nobles, que fundan*: con que junta esta especie con que querer solo su apellido, y memoria es la verisimil

N. men.

succedere non valuit, considerari nequit, tamquam si in rebus humanis nunquam fuisset. Y profigue Roxas n. 286. *Ergo linea tantum consensata fuit à dictis legibus huius nostri regni, & considerata, prout in se est, æqualis, & habilis in extremo à quo suapte natura ad hoc, ut succedat ille, qui ex potiori linea sit: Nam vere lineæ tot ab stipite derivantur, quot filij ab eo procedunt, quasi ex centro ad circumferentiam ductæ.* Marius Giorva, *de success. secund. inter ascend. & descend. cap. 118. §. 2. gloss. 6. n. 13.* Ex quo ha succedido legitimamente Doña Maria Sebastián, y le han de suceder sus hijos: y las palabras referidas por el Contrario, es manifestar el Autor la incongruencia, que resultaria, si no se entendiese, y procediese así, prefiriendo la línea, y el nieto al tío, y así los demás, dexando firme por nosotros la regla, y concepto, que omitió, y truncó el Contrario, & ex eodem confunditur, & confutatur.

Y lo mismo procede en la doctrina de Roxas, que cita, part. 8. cap. 5. n. 6. & 7. que habla en terminos de la dicha L. 7. y en el caso, que está prohibida la junta de dos casas, y mayorazgos, vt ibi: *Ergo secundum legem nostram non sufficit esse filium maiorem, nisi habeat simul qualitatem illam de poder succed. en dos casas, y mayorazgos juntos por casamiento: Ideo necessario duo concurrere debent, primo esse filium maiorem, secundo esse successibilem potentia, vel actu in duobus maioratibus iunctis per matrimonium.* Y la doct. ina, y palabras, que refiere de Aguil. ad Rox. part. 1. cap. 8. n. 23. procede, como la de Roxas, en mayorazgo de secunda genitura, como consta de el numero integro, vt ibi: *Observandum tamen, prius attendi qualitatem, quam lineam, gradum, sexum, etatem.* D. Castillo lib. 5. cap. 93. à n. 20. *Ergo in maioratu instituto in personis qualitatem secundi geniti habentibus, non oberit, quod primogenitus sit maior, & proximior.*

mente, que al poseedor deste no lo quiso con otro mayorazgo, porque lo considerò, si lo tenia, bastantemente proveido, y quiso socorrer à otros, donde se mantuviesse más segura su memoria, y sola y bastara en este sola la clausula de incompatibilidad para resistir los demás, aunque no la tuviesse. *D. Castillo lib. 5. cap. 180. n. 5. & 18. Aguila ad Roxas part. 1. cap. 1. n. 27.*

44. Pero passemos al de Oja de Castro à ver si el también nos aclara mas este concepto. Despues de aver puesto la clausula de armas, y apellido en primer lugar llamando al siguiente en grado, expresia en otra posterior su concepto, de à quien tuvo por siguiente en grado, y llegando à dezir, que si por no cumplir estas condiciones, huviere de restituir los bienes deste vinculo, y mayorazgo al segundo en grado, no deduzga quarta Galdidia, sino que sin diminucion vengán al siguiente en grado: con que de esta clausula lo que se deduce es, que al segundo en grado lo tuvo por siguiente en grado: porque las

*de re
teno
se en
n. 1. 2.*

mior, cum ei deficiat qualitas, que prius attenditur. Y la doctrina de Castillo, que cita, procede, quando el mayorazgo es de masculinidad, y tiene exclusion la hembra, vt ibi: *Quo circa femine nullo modo introduci possunt, quamvis in linea superiori, & proximiori gradu sint, quia non inveniunt gradum, cum sit formata linea de masculo in masculum.* Cuyos casos no son adaptables al nuestro, en que à Doña Maria Sebastiana asisten todas las reglas para su sucesion, y continuacion de la linea de mayor en mayor, como se ha poseido, y posee este mayorazgo, y ambos, y en ninguno de ellos se halla la clausula de su nombre, y apellido solo, que falsamenté se adduce, y repite por el Contrario, como queda manifestado antecedentemente, y que aunque fuese así, *impotentia, erat successibilis* en ellos Doña Maria, vt ex ipso Roxas late comprobavimus supra; cuya doctrina está contra producentem, y fuera de el caso adducidas las del num. 52.

Ad num. 53. En el num. 52. dize el Contrario: *Conque ballandose Doña Antonia en igual grado con Doña Maria, dentro de la linea, que constituyó su padre.* Y en este numero, ibi: *Es así, que Doña Maria, ni su padre, no pudieron suceder en ambos mayorazgos por la resistencia, que tienen entre sí contradictoria: Luego sus hijos, y nietos, no pueden suceder en competencia de Doña Antonia, segunda con la qualidad, y en primer grado, respecto de su padre:* y dize: *Que se ha de preferir, como mas proxima al ultimo possedor.* Trae la doct. de Roxas part. 3. cap. 4. n. 28. ibi: *Sexto vbi fere omnes figunt pedem, quia in maioratibus semper debet succedere proximior ultimo possessori, & ad id allegant maxime Mieres question. 6. n. 215. ex L. 40. Tauri, per quam deceditur, quod filius, seu filia ultimi possessoris praefertur omnibus.* Y el Aguila cita à Giurva, quien dize trae mas de 50. DD. por esta regla,

las palabras se deben entender en las vnas clausulas conforme las entendió el testador en otra. *Barb. voto 70. n. 28. Menoch. conf. 328. n. 33. y conf. 33 n. 47. & conf. 339. n. 12. & lib. 7. praesumpt. 69. Casanat. conf. 15. n. 60. & 518. & conf. 47. n. 60.* Porque es regular, que la clausula posterior declara la anterior. *Casan. dict. conf. 47. n. 71. & conf. 53. n. 24. Barbos. Clement. 7. n. 1.*

45. Ahora pues, teniéndose, como está fundado al segundo en grado por siguiente en grado, quien duda, que la incompatibilidad de la L. 7. tit. 7. del lib. 5. de la recop. & Barbosa voto 126. lib. 3. n. 230. ex Ripa, Natta, Alciat. D. Molina Thefar. Flores de Mena ad Gam. & Salz. D. Paz de Ten. & D. Castillo, pues es llanamente expreso, que la induce, como se dirá n. 46. & 47.

46. Pues ahora si consideramos à Doña Antonia por la computacion civil con Doña Maria (que es como se debe hazer en materia de sucesiones) y no se atiende à la Canonica, porque esta es solo para

ma-

la que está por Doña Maria, y sus hijos, respeto de su padre, à quien nos confiesan poseedor al mismo tiempo, que dize el Contrario, no puede suceder: porque yo he de tomar como poseedor, que fuè en la verdad, y me lo confiesa, y él así lo ha de recibir convenciendose de su confesion en su contradicion, y ser, y no ser, no puede ser; y esto es solo lo q̄ es incompatible. Y la clausula de grado en grado, está en el llamamiento de pariente mas cercano, en falta de descendientes, vbi alia ratio considerari potest, y nosotros oy estamos en la sucesion de descendientes, conforme la Ley de Toro, y en los terminos de ella, vt ex superioribus comprehensum est.

Ad num. 54. 55. & 56. prope medium. La misma contradictoria parece el Contrario en las especies propuestas en estos tres numeros, y en el 56. confiesa la confusion de ellas, y con la misma ha procedido en sus discursos, pues no ay numero conguiente, y con involucro de tales, y tan diferentes, que es vn abismo de la confusion, que confiesa, y tinieblas, y obscuridades, con que se confunde: y así, hemos hecho, y haremos lo que el Espiritu de Dios, imitandolo, dexandonos ir, y llevar por cima de la multitud de estas aguas juntas, y confundidas, que con su ayuda saldremos à la orilla de la luz, que para deshazer tales tinieblas criò su providencia: *Tenebra erant super faciem abyssi, & Spiritus Domini ferebatur super aquas; dixitque Deus, fiat lux, & facta est lux.* Genes. cap. 1. Claro es, que à tan grande confusion de especies, y tinieblas, grande luz avia de dar la providencia del Altisimo, en quien fiamos nosdè acierto para darla.

Ad n. 56. ad finem. Afirma ex Rox. part. 7. cap. 6. n. 33. aver visto muchas deficiones de la Real Chancilleria contra el hermano primogenito, y sus hijos, y omite el Contrario dezir, en que especie, y caso, y referir, como Roxas, que viò

otras

materia de matrimonios
L. 3. tit. 6. part. 4. Cutt. de matrim. cap. 98. n. 10. y 11. Sanchez de matrim. lib. 7. disp. 50. n. 4. cum seqq. D. Covarr. de spons. in 4. part. 2. & cap. 6 §. 6. n. 8. Garc. de benef. tom. 2. part. 7. cap. 15. n. 23. Gomez l. 8. Taur. n. 2. Matienz. l. 5. tit. 8. lib. 5. recop. glos. 1. n. 4. Escov. de rat. comp. 23. per totam. D. Castillo lib. 5. recop. cap. 67. n. 42. Mieres part. 2. q. 7. per totam. Most. de caus. pjs lib. 3. cap. 8. n. 54. D. Lara de cap. lib. 2. cap. 3. n. 33. Pichard. & Vbserv. inst. lib. 3. tit. 6. in principio 5. Hallamos en el segundo grado à Doña Antonia con Doña Maria, y con los hijos de esta en segudo con quarto: con que la hemos de entender llamada primero, que à estos, y la incompatibilidad por esta causa real lineal, porque en substancia es el llamamiento de segundo genito, que la induce de esta naturaleza. Rox. de incomp. part. 8. cap. 7. n. 18. ex Salced. de represent. lib. 2. cap. 6. D. Castillo lib. 5. cap. 178. à n. 1. vsque ad 18. D. Larrea tom. 2. decis. 51. Ag. part. 8. cap. 7. n. 33. donde distingue con el señor Castillo, que

otras tantas en contra, vt ibi: *Quam plurimas lites in individuo. Et terminis nostrae questionis, in quibus post remissionem de vna ad aliam aulam diuersas, ac contrarias sententias pronuntiatas in hac Regali Cancellaria Granatensi, et in gradu secunda supplicationis alias revocatas ad iudicem in favorem patrum, et de contra in favorem primogeniti, et alia in favorem secundi geniti; et praeter eas alia quoque sub iudice pendent lites.* Y la especie, y question; es la que propuso ibidem n. 4. ibi: *Quid si ob incompatibilitatem duorum maioratum, quorum concursus prohibitus sit ab institutore, ita vt cum alio coniungi detuerit, neque caverit, quis succedere debeat in alio maioratu incompatibili, an sequens in gradu, an secundo genitus; se simpliciter dixerit: Sceda otro en mayorazgo, porque su voluntad es, que no anden juntos, o no se junte con otro; y aviendo referido hasta el n. 28. los fundamentos pro vtraque parte; y en el las contrarias decisiones, tanto por vna, como por otra, al n. 35. refuelve con vna distincion, y al 36. pone el primer miembro de ella, ibi: *Si lineam comprehendit institutor, exclusso Patre ob electionem vnius, quem optavit, consentur etiam exclussi eius filij, ac descendentes, et omnes, qui ex illa linea procedunt, in quibus permanet ratio exclusionis, et in hoc casu primogenitus, nec secundo genitus succedent in maioratu incompatibili, non electo, imo dimisso ab eligente, seu patre optante, sed patruus.**

Ad num. 57. Y por la resolucion de este primer miembro, y en el caso de ella esta la resolucion del señor Don Juan de Castillo, lib. 5. cap. 178. n. 18. que dexa citado Roxas ibidem n. 11. pues el thema del cap. lo propone en el caso de la L. 7. tit. 7. lib. 5. recop. y en el dicho n. 18. ita: *Idque tam in terminis dict. l. 7. tit. 7. lib. 5. no va recop. quam in simili alia hominis dispositione quacumque vi filius maior*

fi el hijo primogenito fue excluido en el mayorazgo por la voluntad de el que fundò, que entonces lo son tambien sus hijos.

47. Con que llamado el segundo en grado segun dicha fundacion, es visto, que excluyò al primogenito, y llamó a su hermano; y mas claro en el caso que la sucesion se difirió por muerte de D. Juan de Zaldua, padre de ambas litigantes (como confiesa llanamente la otra parte, que en este la palabra siguiente en grado, segun en grado, y otras semejantes se entienden del hermano segundo, y su linea, y no del primogenito, ni la suya. Es expreso *Aguil. ad Rox. part. 4. cap. 1. n. 10.* donde figura el caso con su arbol, y dize ibi: *Pone enim, quod sint pater, et patruus eius frater; item ex patre filij primogenitus, et alij, et ex primogenito nepos primus, et secundus ita:*

A.

Pater. Patruus.

Filius 1. Nepos 2.

Nepos. 1. Filius 2.

Pater. si maioratus vnius possessor sit, et alterius maioratus
O *suc.*

54.
 maior in vno maioratu succedere prohibetur, & filius secundus vocetur, procedant etiam equaliter, si sequens in gradu, aut proximior consanguineus vocatus fuerit, & filius maior exclusus. Y forma dos especies, ibi: Pone testatorem, maioratus de institutorem, expresse statuisse, atque prohibuisse, ne maioratus ab eo institutus cum alio simul iungeretur, sed quod semper de per se, iuris haberetur ita, quod cum alio simul non concurreret. Et infra: Pone etiam institutorem specificè cadisse, ne maioratus suus in filium maiorem suæ, aut talis familiae deveniret, aut in eum, qui in alio, aut in tali, vel tali maioratu successurus esset, aut succederet, atque expresse eum exclusisse, atque ex tunc incapacem eum successioni fecisse, & sequentem in gradu, atque proximorem vocasse: En cuyos terminos proceden, y prohere las palabras, que refiere el Contrario truncas, vt solet, omitiendo la conclusion, y dando solo la razon inadaptable à nuestro caso, vt ibi: Quod proximitas non sit consideranda respectu eius, qui non successit, idque evidenti ratione, &c. y en estos mismos terminos procede el lugar de Girba, que refiere el Aguila ad Rox. part. 4. cap. 11. n. 17. ibi: Patre simpliciter excluso, ita quod semper, & absolute incapax fuerit, & ad succedendum omnino inhabilis, vt nullomodo, aut tempore succedere poterit, eius filij, & descendentes omnes inhabiles indicantur, & exclusi, tunc nec ex propria persona filij possunt admitti, quia radix est infecta.

Ad num. 58. Y en estos terminos proceden las doctrinas de Costa, Castillo, vbi supra. D. Molina de primogen. lib. 3. cap. 7. ex n. 1. que cita el Contrario prout ibi n. 3. Quæ omnia quando Pater nullo tempore primogenituræ ius nec in potentia, nec in spe habere potuit, intelligenda sunt, veluti si erat spurius, seu naturalis, etiam si legitimatus esset in casibus,

successio deferatur post mortem avi, dicendum est, patrum tantum esse comprehensum sub vocatione sequentis in gradu, non patrem, nec eius filius, vel nepos, quia pater videtur impeditus propter alium maioratum incompatibilem, quem possidet, & consequenter ipse, & linea eius exclusa cencenda est, quia ex tempore delata successioni scilicet solum capax, & absque impedimento invenitur patruus.

48. Et part. 8. cap. 7. n. 22. Et sicuti in contraventione per viam conditionis successio defertur ex persona ultimi possessoris, & non ex persona contravenientis, cum adhuc ei non sit delata successio, vt intelligitur ex supra relatis; ita in casu incompatibilitatis dicendum est, maioratum non deferri ex persona filij, sed ex patris persona: secundo genitus, qui respectu Patris capax est, vt in eo continetur linea primogeniti: cum ergo sequens, in gradu, & secundo genitus in conceptu legis idem sint, dicendum est, secundo genitum idem admitti, quia est sequens in gradu. Y al numero 23. ibi: Et successio deferatur per mortem avi immediate filijs, non vero nepotibus. Nier. part. 2. questione 6. n. 150. & ex alijs

in quibus resolvimus; legitimatum ad maioratus successione non admitti, vel aliter à maioratus successione à tempore natiuitatis exclusus fuit. Et Costa in tract. de maiorat. boni. reg. cor. part. 1. n. 17. procedit vt ibi ex eo n. 15. dicitur ab adversario infra n. 60. ibi: *Quod si sumus in his, in quibus non datur representatio.*

Ad num. 59. Pues aora es constante, que la palabra *figuiente en grado*, se entiendo respero del vltimo poseedor, y no del *excluso*; en el referido primer miembro es cierto, pero en nuestro caso no; que es razon se aclare ya, y salga la luz à desvanecer las tinieblas, y confusion, con que procede el Contrario, y es razon se refute, y confunda, con las mismas autoridades, q̄ trae. Et primo de la de Rox. de incomp. dict. part. 7. cap. 6. citado por el Contrario, y que explicamos, y referimos en el primer miembro ad num. 56. supra, refiriendo sus palabras del num. 36. y en el 37. asigna el segundo miembro de la distincion, por el primogenito, contra el secundo genito, y el patruo, vt ibi: *Sin autem ratio incompatibilitatis non fuit realis, seu linealis, sed tantum personalis, quia solummodo comprehendit personam, que alium possideret maioratum, aut simul in eadem persona residere, in hoc casu non patruus, nec secundo genitus, imo primogenitus succedet in dicto maioratu.* Pues si esto es aun en calo de expressa incompatibilidad, y prohibicion de concurso, à fortiori, en nuestro caso, en que no la ay: y nos aclara mas nuestra iusticia, y recibe luz la confusion de las tinieblas del Contrario de la misma doctrina del señor Don Juan del Castillo, que citò, y explicamos por el primer miembro *ad dict. num. 57.* y buelue à citar en este dict. lib. 5. cap. 178. n. 18. que comprehendiendo ambos miembros de la distincion de Roxas, està por nosotros, & contra producentem in eodem n. 18. in hæc verbis: *Et in terminis quod sequens*

alij Roxas de incompatibilitate part. 8. cap. 7. n. 14. & seqq.

49. Y dexando por aora no mas de apuntada esta question, que serà la principal en su lugar, donde nos explayarèmos, como lo requiere, prosigo en descubrir la naturaleza de la incompatibilidad, porq̄ esta nos ha de declarar mas la justicia en la question, que dexamos apuntada (y en parte conviene fundar antes estos presuuestos) y continuando en especiar la clausula de Oja de Castro. assegurèmos mas este concepto de ser lineal, como lo son los llamamientos; pues quando habla de la linea del poseedor, y su preferencia:

50. Dize inmediatamente: *y para considerar la dicha mayoria, los hijos, y descendientes representen las personas de sus padres: y mas abaxo ibi: representando la persona de su padre.* y estas clausulas se entiendan repetidas en todos los llamamientos de adelante como si en cada vno de ellos fueran puestas de letra à letra. Et infra: *guardando siempre la prerrogati-*

in gradu dicatur quis respectu eius, quod actu in maioratus successit, & in eius lineam bona cum effectu pervenerunt, ut putat filius, & descendens eius, qui vere successit, post modum autem venit excludendus, quia conditionibus non paruit, non autem respectu eius, qui nec successit, nec unquam succedere potuit, ex Giurba, & Aguila ad Rox. d. l. part. 2. cap. 1. que cita el Contrario dict. n. 57. y cuyas palabras del n. 17. referimos en el, y en el 18. ita se habet en el segundo miembro: *At simpliciter & absolute excludus non fit pater, sed potius ad successionem vocatus, licet in aliquem casum, aut eventum a successione excludus, aut non omnino incapax, sed aliquando incapax fuerit, tunc descendentes ab eo non inhabiles, nec excluduntur, sed eo ipso quod pater eorum vocatus fuit, vel si non vocatus, saltem aliquo tempore, vel aliquo casu habilis esse poterit, descendentes eius habilitantur, & capaces sunt.* D. Molin. de primogen. dict. lib. 3. cap. 7. n. 3. ita subdit post verba relata ad num. 58. ibi: *Secus autem si pater aliquo tempore in primogenituris, saltem in ipe, vel in potentia habuerit: tunc namque etiam si ex post facto inhabilis ad maioratus successionem efficiatur, nihilominus tamquam filius eius representando personam parentis successionem maioratus consequetur.* & ibi add. ad num. 4. ad finem ibi: *Secus vero si inhabilitas sit contracta per aliquod accidens, quia tunc vincit suam personam du. xxat, non vero suam lineam:* Por cuyas mismas doctrinas, à Don Juan de Zaldua su padre, poseedor destes mayorazgos, como este à su madre, y abuela, fue legitima sucesora Doña Maria Sebastianiana, y à esta lo serán sus hijos, como siguientes en grado, y no Doña Antonia con mayor razon, pues en vno, y otro mayorazgo no está excluido el primogenito, y su linea, en cuyo caso procede el primer miembro, antes si expressamente llamado, y preferido el primogenito, y

va del grado, y las clausulas y reglas del primero llamamiento: y mas abaxo repite: *se prefera el más cercano al ultimo poseedor: & infra; y à los ascendientes del tal legitimo de grado en grado, segun dicho es, perpetuamente.* Y dando forma, à que no se dividan los bienes, dize, que en ellos suceda vno solo en la forma que dicho es, y de alli para adelante de grado en grado para siempre jamás.

51. De estas clausulas ya se reconoce, que la disposicion del fundador es lineal, pues dize, que sucedan, y la mayoría se reconozca por la representación, que esto es considerar la linea à parte ante, para discurrir por ella à parte post. Rox. part. 1. cap. 6. n. 285. Y en este concepto dize, que sucedan los de la linea à parte post representando el grado antecedente guardado la prerrogativa, que en sustancia es dezir que si el grado representado fue incapaz de suceder, passe al otro inmediato, esto es à el hermano del primogenito, que no pudo ser representado, en quien no hayo inconveniente de suceder: porque

su linea, con exclusion de la del segundo; y no está prohibido el concurso de ambos, en cuyo caso, como vâ expressado, es preferido el hijo del primogenito como siguiente en grado.

Ad num. 60. El lugar de Antonio Gomez in L. 40. Taur. n. 40. & 41. que cita el Contrario en este numero, y en el antecedente, procedet, vt ibi Gomez n. 40. *Quando testator dixit, & prohibuit alienari, ne res, vel fundus exires de familia, an per hoc, videatur. Vocare omnes de familia simul, vel gradatim ordine successivo. Et resolutiue dico, quod gradatim ordine successivo, vt proximior in gradu semper preferatur.* Y en este caso es, en el que dize no ay representacion, vt n. 41. cuya question, y caso es diferente; pero en el de si se ha de preferir el nieto nacido del hijo, primogenito, ò el tio, que es el nuestro, y mueve ex n. 63. refiriendo los fundamentos por vna, y otra parte; refiere vltimamente el del Emperador Otton, que aviendose ofrecido este litis, remitiò la justicia de el, à el juizio de la lid, y batalla, en que vencid el nieto, por quien concluye his verbis: *Et tandem ista mihi semper visa fuit, & videatur verior, & communior opinio, quam semper secutus sum legendo, & nunc scribendo per fundamenta superiora, licet non esset aliqua lex, quæ hoc decideret in nostro regno; sed hodie pro ista parte, & conclusione in nostro regno est lex 2. in fine tit. 15. part. 2. quæ hoc expressè determinat in regno; & licet pertinaces advocati dicerent, non habere locum in alijs maioratibus, tum eadem ratione idem esset in eis dicendum, quia dispositum in regno, quod est caput, debet servari in membris, vt in cap. Cum non liceat de prescript. & in L. de quibus ff. de legatis, tamen hodie, vt nulla sit dubitatio, idem expressè dicitur in quolibet maioratu per nostram legem Tauri.* Y por el remedio de dicha ley afirma Costa celsò el sentur contrario, y se encontro el

re.

57
que el otro como impedido, es como sino estuviessse in rerum natura. Rox. vbi supra, ibi: *Ex eo quod eius persona representanda, quia succedere non valuit, considerari nequit, tamquam si in rebus humanis nunquam fuisset.* Con que es claro, que prevenir la representaciò, y la prerrogativa del grado, fue mirando à que el representado se hallase cò la qualidad prevenida por el fundador, que es lo primero, à que se ha de atender. Rox. part. 8. cap. 5. n. 6. & 7. Aguila ad Roxas part. 1. cap. 8. n. 23. ibi: *Observandum tamen, prius attendi qualitatem, quam lineam, gradum, sexum, et aetatem,* cita al señor Castillo lib. 5. cap. 93. à n. 20. Mieres 2. part. quæst. 4. n. 7. Alv. Peg. cap. 4. n. 41. in novissimis. Idem Aguila n. 28. Y afsi quando el testador mirò la linea, fue siempre atendiendo à la que tuviesse la qualidad de su nombre, y apellido solo, y con estas circunstancias quiso, que se mirasse el grado.

52. Porque siempre se ha de mirar este con respeto à la linea, y esta con respeto al grado, por-

P

que

remedio en Castilla, vt ex ipsiſ verbis truncis ab aduerſario relatis conſtat: cuyo error advirtió el ſeñor Molina lib. 3. cap. 6. n. 8. pues antes ſe obſervaba lo miſmo en Eſpaña, à favor del nieto. Y eſto halló en mi impreſion, dentro, y fuera del Reyno.

Ad num. 61. El lugar, y palabras de Matienzo, que cita en eſte numero, tienen las ſubſiguientes, ibi: *Quoniam hoc fallit in feudo, & in maioratu, vt ex ſuperioribus conſtat.* Y el ſeñor Covarrub. à quien cita in pract. cap. 38. n. 13. ad finem, aviendo aſentado, como Matienzo en todo el cap. y diſcurſo de la L. 40. de Toro la preferencia del nieto *iure representationis* al tio; lo explica todo: *Alioqui vbi non iure maioratus, ſed aliter alicui familiae, genti, vel alicuius ſucceſſoribus ſecondum, emphiteuſis Eccleſiaſtica, vel privatae, aut ius patronatus deſertur, ita ſane vt plure ſimul admitti poſſint, ſi non alia ſit controverſia in ſucceſſione, quam illa, an filius fratris ſit cum patruo admittendus, & an filius per representationem locum patris obtineat, obſervandas eſſe concluſiones illas, quas hoc capite late tradidimus, tam de ſucceſſione legali, quam de ſucceſſione, que deſertur per hominis ordinationem, vel diſpoſitionem: De fuerte, que es diferente, independiente, y ſin conexion vn caſo de otro; y en el de la ſucceſion de el mayorazgo omnes ſtant contra producentem, ex ipſo Covarrub. n. 5. ibi: *Idcirco mihi potius placet vltra pronepotes eſſe locum representationi etiam in decimo gradu.* & n. 6. *Primo geniturae ius deſertur omnino nepoti, patruo excluſſo.**

Ad num. 62. & 63. Al argumento, que de ſu cabeza haze el Contrario en eſte numero 62. poſponiendo, y anteponiendo las clauſulas, que expreſſa, tengo ſatisfecho ſupra ad num. 51. & 52. pues eſtamos en la ſucceſion de deſcendientes, en que quiſo el fundador ſe ſucedieſſe por representation, el hijo, ò hija al padre, &

ſic

que no ſe puede dezir, que eſtà en la linea, el que no tiene grado. *Rox. part. 4. cap. 1. n. 27. Aguil. part. 1. cap. 6. n. 291. ex Oſaſc. Caſanat. & Perey.* Con que eſtando Doña Antonia en igual grado con Doña Maria dentro de la linea, que conſtituyò ſu padre, hallàdoſe con la qualidad, que la otra no tiene, eſta debe ſuceder, porque ſe ſubroga en lugar del primogenito, vt ex l. filiae §. Titia ff. de cond. & demonſt. ex Menoch. & D. Caſtillo lib. 5. cap. 93. §. 1. n. 40. & 41. tenet *Rox. part. 3. cap. 5. n. 5. ibi: Et in hoc caſu filius ſecundo genitus ſubrogatur in locum filij primogeniti, & aſſumit qualitatem maioris, & n. 6. Ratio eſt, quia quando lex requirit aliquam qualitatem in filio maiori, non ſufficit eſſe filium ad ſuccedendum, niſi concurrat etiam illa qualitas que requiritur.* Cita à muchos, y paſſa al n. 7. y con propiedad filoſofica ſaca la conſequeſcia: *Ergo ſecundum legem noſtram non ſufficit eſſe filium maiorem, niſi habeat ſimul qualitatem illam de poder ſuceder en dos caſas, y mayorazgos juntos por caſamiento: ideo neceſſaria duo concurrere de-*

fic de cateris, y de grado en grado fe contiene en el llamamiento de transverfales, y aun en estos terminos *habet locum representatio*, como alli probamos, y aqui *ex Cevallos*, a quien cito en el n. 60. y refiere sus palabras del num. 65. y 66. y no se hizo cargo, que son por fundamentos de la opinion segunda, y que al n. 80. queda por la primera, y potissima, ibi: *Prior opinio sequenda est in iudicando, & consulendo tam de iure communi; quam nostro regio ex dict. L. Tauri, quæ expressè admittit representationem usque ad milleimum gradum tam in linea recta, quam in transversali, ut in fundamentis pro prima opinione adductis comprobatur fait.* Y al n. 85. refiriendose à *Peregrino* dize, no se ha de distinguir entre los fideicomissos de ascendentes, y transverfales, y que así obtuvo; y aunque esta doctrina la recibe *Cevallos* para mayor claridad, con distincion, y figura dos casos, el primero, y sin disputa, que es el nuestro n. 88. ibi: *Primus quando agitur de successione ascendenti avi, vel proavi, in quo casu non est dubium, filium patris locum occupare per representationem;* y en el segundo caso, quando agitur de successione transversalis proximi gradus n. 91. *Lo limita, à que no proceda ultra filios fratrum, & n. 4. & 95. sic se habet: Et sic est regula constituenda, quod in linea collateralis solum habet locum representatio in filijs fratrum, & non in ulterioribus. Ita Greg. Lop. in L. 3. tit. 15. part. 6. verb. ningun. Ant. Gom. 1. tom. variar. cap. 1. n. fin. Tellus Fernandez in L. 8. n. 5. Azeved. in dict. L. 5. tit. 7. lib. 5. n. 2. vbi hoc sublimitat, nisi tractetur de maioratus successione, quia tunc in infinitum est locus representationi in linea collateralis ex dict. L. Taur. quam opinionem sequitur Matienzo, ibi gloss. 4. n. fin. Covarrub. cap. 28. pract. n. 10. Mieres de maiorat. 2. part. quæst. 6. n. 31. Velasquez de Avendaño in dict. L. 40. gloss. 2. n. 40. vbi sequitur Covar. Moli-*

debent, primò esse filium maiorem, secundo esse successibilem potentia, vel actu in duobus maioratibus iunctis per matrimonium.

53. Parece, que estuvo mirando nuestro caso; es así, que Doña Maria, ni su padre no pudieron suceder en ambos mayorazgos, por la resistencia, que tienen entre sí contradictoria: luego sus hijos, y nietos representando no pueden suceder en competencia de Doña Antonia, segunda con la qualidad, y en el primero grado respecto de su padre; lo que falta en la linea primogenita, y representarán vna raíz infecta incapaz de suceder: con que por esta causa se hallaban excluidos por la representacion, y por su persona en grado mas remoto, que Doña Antonia respecto de el ultimo poseedor: con que esta se ha de preferir en todo caso como mas proxima à dicho ultimo poseedor, y al fundador. *Rox. part. 3. cap. 4. n. 28. vbi Aguil. ex Giurb. & ex Mier. D. Castillo, Ceval. & Paulus Melidem Aguil. part. 1. cap. 6. n. 274.* Y siendo prevencion de vna de las clau-

na lib. 1. cap. 13. n. 19. & cap. 1. n. 26. & 27. Ya verá la otra parte, que sus mismos Autores, y doctrinas afirman lo contrario: conque se avrá de forber sus discursos, pues los míos no tráncien den de asegurarle, que las fundaciones, y sus mismos Autores prueban enteramente lo contrario de lo que ássienta: y no passo à traer otros, ni hazer otros discursos, por no exceder del assumpto, y prolongar esta apologia, contentandome con dár luz à la obscuridad del engaño, con que los refiere; y manifestar para ello lo preciso, que omitió.

Ad num. 64. Por el argumento, que se haze en este número ex eisdem iuribus, atendida la verdad de el hecho, se confunde el contrario: y se refuta, cóaforme la fundacion, y serie de ella, que fue: *Fieri vocationes pure atque perfectæ, & post eas pure perfectas, & absolutas ad iudici soleat, quod ipsius maioratus successoris teneantur nomine institutoris maioratus appellari, atque eius arma, atque insignia deferre, ut dixit Molina de primog. lib. 2. cap. 14. n. 12.* Y aviendo sido perfectos los llamamientos, conforme la ley de Toro, y por representacion del hijo al padre, por el posterior precepto de armas, no se puede entender, ni presumir, ni es verisimil se quisiese corregir el fundador ex vulgatis iuribus, que cita el Contrario en este número: *Quia vocatio precesit gravamen in ordine lineæ, & post modum disponens expræsit gravamen, verba sunt D. Ioann. del Castillo lib. 5. cap. 80. sub num. 29. ex decis. Rotæ 29. in 1. part.* Y es incierto, que el de Baena y Vega, contenga verbum solo, como hemos tantas vezes manifestado; ni el de Oja de Castro llamamiento de hijo segundo: y el mayor, y sus hijos, han de representar à su padre, y abuelo, ex superius traditis, y no Doña Antonia segunda, que tiene exclusion, y es estraña respecto de ellos.

Ad num. 65. & 66. vsque ad 69. & ad num.

clausulas, el que se prefiere el mas cercano al último poseedor, guárdada la prerrogativa del grado, y de grado engrado, que este es propriamente llamamiento de hermano segundo, primero que de sobrinos de este, porque es mas immediato al último poseedor, y al fundador el dicho hermano segundo, que no los hijos del primogenito, y mas quando la incompatibilidad se causò en el abuelo, ò en su antecessor, como sucede al presente, y consiguientemente es lineal.

54. Esto supuesto, pasemos con mas propiedad à tratar la question: à quié se debe tener por figuiente en grado, y de quien lo entendió el fundador, si de los hijos de linea primogenita, ò de la hermana de dicha primogenita? Y para esto vuelvo à hazer reflexa de que la incompatibilidad viene causada desde Doña Maria de Vega abuela de las dos hermanas primogenita, y segunda, y continuò precisamente en Don Juan de Zaldua primogenito, è impedido por la incompatibilidad: en cuyo caso se hallan en igual grado, y linea Doña

An-

num. 75. De la consideracion antecedente, y de la inspeccion de la misma fundacion, estan desvanecidas, y satisfechas, las que haze el Contrario en este numero, y mas citando à Roxas en el numero que dexò en blanco, y como en todas las que le ha citado està convencido ex ipso, sufficiebat; sed no permitiendo el assumpto faltar à la ley de la satisfacion en todo, *ut iota unum, aut unus apud non pratereat à lege (ut ad aliud D. Mathæus cap. 5.)* le hemos de satisfacer, y confesar, que ni vna filaba de la disposicion debe estar sin mysterio, y ha de ser para obrar algun efecto ex iuribus ab ipso relatis. Y haziendo consideracion, a que, como vimos, y referimos con la fundacion supra ad numerum 50. llamó el fundador al nieto de su hija, varon legitimo por la via masculina; y no siendo esto lo que quiso, sino que suceda la hembra en defecto de varon, hija de nieto mayor; y yendo en este concepto, dize: *Ex conque la linea de el poseedor prefiera à todas las otras; y para considerar la dicha mayoria, los hijos, y descendientes representen en las personas de sus Padres, conforme la ley de Toro, que en este caso dispone; y declarando mas la sucesion de las dichas hembras, se entienda, que si el poseedor tuviere hija, y no hijo varon, que aquella suceda, y se prefiera à los otros sucesores:* Todas estas son palabras seguidas, y no truncadas; y por ellas està conocido el claro derecho de Doña Maria Sebastiana, y sus hijos, y que *ex capite proprio*, se traen por el Contrario contra el hecho verdadero, y contexto de la fundacion las clausulas tergiversadas, y sin doctrina alguna, como no la pudiera encontrar, si no contra producentem, como lo son las de los numeros antecedentes, y *ut in plurimum* quantas ha traído; y sin poder aplicar, à los inconsequentes discursos, que forma; pues està conocido el mysterio claro; conque el fundador las expreso en nuestro favor, para declarar

Antonia, y Doña Maria respeto de tomar principio en Don Juan cabeza de ella.

55. La segunda especie serà considerarla como tia de los hijos de Doña Maria, respeto de los quales viene à ser trãsversal; y en vno, y otro caso se fundarà tocar la sucesion à Doña Antonia, por averse causado la incompatibilidad en D. Juan, y en Doña Maria de Vega su madre, *por ser forzoso, q se interponga su madre poseedora del mayorazgo de Baena, y por esta causa proceden de raiz infecta, y grado caduco, que no puede transmitirles derecho, y destas dos especies es preciso q resulte, y fundemos otra, que es, el que no aviendo podido concurrir ambos mayorazgos en Doña Maria de Vega, passasse el vno à Doña Isabel de Vega su hermana, y por su muerte à D. Marcos Pedro de Zaldua, como mas inmediato, y sin impedimento. y oy por muerte de este à Doña Antonia como mas proxima, y sin algun embarazo, y no à su hermana, que lo tiene, ni à sus hijos como mas remotos.*

Q

ES.

la sucesion de las hembras, à que la primera clausula del llamamiento se oponia; y así quando (como en este caso) *dispositio habet propriam, & specialem determinationem, tunc non trahitur ad aliam*, como contra producentem dize el Contrario n. 67. por doctrina del señor Castillo, que buelue à transcribir, y repetir n. 75. y demás, que cita (que omitiendo si prueban, ò no, la proposicion, vt videre est in ipsis locis) à mi me basta sean palabras, que refiere el Contrario, para su aplicacion, y conuencimiento *ex ipsis*.

Ad num. 70. Verbo *usufructuario, y antes de entrar en la posesion*, responderemos infra ex n. 92. donde mas ex professo toca estos puntos el Contrario, quien se engaña, en que esta disposicion sea condicional, porque no lo es, *sino modal, y es manifesto, porque se puso post perfectas vocaciones pure*, como con los señores *Molin. y Castillo* referimos *suprà ad n. 64. Quod magis ad modum, quam ad conditionem ex his, quæ suprà isto libro cap. 12. n. 2. & 3. diximus, referendum est, vt ait ipse Molina lib. 2. cap. 14. in n. 12. quem citat aduersarius*: y en el principio del, ibi: *Quidquid autem in ea specie, de qua Guido Papa agebat, dicendum sit, in maioratibus tamen Hispaniæ contrarium dicendum erit. Pater Molina in dict. disput. 615. eodem n. 4. ibi: Quando id onus tamquam modus iniunctum est vocatis: necesse est, vt admoniti à iudice, labatur post eam admonitionem annus integer*; y aunque prosigue dudando, y disputando, si es necesaria la admonition, concluye por estas palabras: *Admonitionem verò solum dicere necessariam, quando ille se haberet negatiue, neque insinuatoris arma, nec aliqua alia assumendo*, que es lo que hasta que pudo ser, ha sucedido à Doña Maria Sebastiana, como diremos infra n. 89. no trayendo otras, de que se pudiera arguir desprecio de las de el fundador: en cuyo concepto dize el Padre Molina: no fuera necesaria

mo-

ESPECIE I.

56. **L**A confusion, que como tan semejantes estas dos especies traen consigo, hazen al parecer mas dificultosa la question, y considerando esto, me pareció dividir las; porque en esta primera, de que vamos à tratar, de averse conservado la incompatibilidad en Don Juan de Zaldua, quien dexò estas dos hijas siguientes en grado precisamente à su padre, es forzoso, que hallandose impedida la primogenita, y no pudiendose considerar en grado para la sucesion, sea la segunda, que no tiene embarazo, el grado siguiente respecto de su padre, y no los sobrinos nietos de el padre de esta, que se hallan en grado mas remoto, y no en el siguiente, que pide la fundacion, porque no pueden representar à su madre incapaz de suceder. Y por esta razon afirma Roxas, que viò muchas decisiones: *contra el hermano primogenito, y sus hijos part. 7. cap. 6. n. 33.* porque es vna materia, que pide gravissimo reparo, y por esso nos explayaremos con mayor cuydado en vna; y otra

otra

monicion : Matienzo ibidem in eadem gloss. 1. n. 5, ibi: *Hoc onere, seu precepto deferendi arma, seu insignia testatoris non adimpleto, portionem sub dicta conditione relictam, iudicis monitione preecedente, annoque claffo, non autem admitti, & coheredi applicari, ut in Auth. hoc amplius C. de fideicomm. Thesaurio in ipsa decis. 270. eodem n. 25. ibi: Nec ulla interpellatio hoc casu fuit necessaria, cum non agatur de pœna, sed de implemento. Lo qual es distinto de nuestra especie. Add. ad Molinam in ipso n. 23. si verò in vim modi gravamen appositum est, auctor firmat, hic interpellationem necessariam esse :: Admonitionem verò solum dicerem necessariam, quando ille se haberet negativè, neque institutoris arma, neque aliqua alia assumenda, & deferendo. D. Castillo controvers. 5. cap. 1. 7. per totum, præcipue n. 56. Vbi ait: Quod in dispositione pœnali negativè concepta, puta, si illud non fecerit, si non tenet, & arma non detulerit, nulla pœna incurritur, neque culpa contrahitur, nisi precedat monitio, vel interpellatio.*

Ad num. 71. Yo confieso ingenuamente no entiendo estos romances; lo que si entiendo, es, que esta especie difiere de la del numero antecedente, y que los discursos de este no se prueban por las doctrinas, que trae, antes si se excluyen: pues el Roxas de incompat. part. 4. cap. 1. a quien citò en el numero antecedente, y cita en este al n. 74. y 79. dando las razones contra el primogénito, y sus hijos, suponiendo, que habla aun en terminos de mayorazgos incompatibles, y en que expressamente está prohibido el concurso, al numero. 87. toma resolucion, y dize: que las razones del Contrario procederàn en tal caso, ut ibi: *Aut vocatio, sive sit facta a lege, sive ab homine, est de secundo genito, seu filio, aut fratre secundo ita sic: Succeda en el otro mayorazgo el hijo segundo, o el hermano segundo: Et tunc vocato filio secundo, vel fratre secundo, solummodo*

otra especie, por ser muy semejantes, aunque en este primer caso mas propia à la justicia de Doña Antonia.

57. Por ser constante, que està esta en el grado siguiente, y no sus sobrinos: y mas quando su madre no sucediò, ni pudo suceder, y por esto no causò grado, ni lo pudo causar para sus hijos, ut ex Mier. tradit. D. Castillo lib. 5. cap. 178. n. 18. vers. & eadem parte ibi: *Idque evidenti ratione demonstratur nam qui dicit sequentem in gradu succedere, presupponit gradum precedentem; exclusus autè à successione, qui sibi gradum facere, aut consistere non potuit, nec vera successione gradum occupavit, nec etiam descendentibus suis gradum indicare, aut facere valuit. Ex his ergo videtur, quod in terminis propositis sequens in gradu, aut proximior is dicatur, qui remoto eo, qui expressè exclusus fuit, seclusis etià descendentibus suis, sequens in gradu dicatur vel habita consideratione ad proximitatem institutoris maioratus vel ultimi possessoris. Et ex Giurb. de successio. feud. §. 2. Gloss. lib. 6. n. 81. & 82. Aquila ad Rox. part.*

modo secundo genitus, seu filius secundus, aut frater secundus, & eius filij, seu eiusdē lineae descendentes succedere debent, & non filij primogeniti, nec alij ex primogeniti linea: Quia vocatio de filio secundo in eo, & eius descendētibz est linealis, & realis ad exclusionem primogeniti, & eorum descendētiū, prout validissimis probat fundamentis D. Ioann. Baptista Larrea tom. 2. quæst. 51. per totam, vbi ita iudicatum fuisse in Regali ac Granatensi Chancelleria testatur; & in n. 1. in confirmationem huius iudicij multorum auctoritatem allegat. Ayllamamiento de hijo segundo, ò de hermano segundo en este caso? Ay prohibicion de que se junte este mayorazgo con otro? Nec dnum, nec aliud inveniuntur in nostris fundationibus. Ven el caso que fuere llamado en otro mayorazgo incompatible el siguiente en grado, entonces los hijos de el primogenito suceden, y se prefieren al tio segundo, ò tercero, porque es especial el caso de la ley 7. como consta de sus palabras, que referimos supra ad num. 44. vsque ad 49. prope medium, & ibi de intellectu Aguila ad Rox. dict. part. 4. cap. 1. y en el numero 7. que lo cita el Contrario en este, sic se habet contra producentem, ibi: & probat. l. 7. tit. 7. lib. 5. recopil. ibi: El hijo mayor, que en las dichas causas assi juntas por via de matrimonio podia suceder, suceda en vno de los dichos mayorazgos, quibus verbis manifeste innuitur, incompatibilitatem non dari in succedendi potentia, sed in successione actu, imò incompatibilitatem supponere ius succedendi, quod in legali incompatibilitate maioratum certissimum est, & in dispositione hominis obseruandum, quando primogenitus simpliciter non excluditur. Expreso; al fin deste numero dice, es el lugar de D. Larrea, à quien cita con error en la decis. 53. y es la 52. n. 32. cuya especie. y question es, quando in maioratu incompatible datur electio possidendi alterum, ad electionem compellendus

4. cap. 1. n. 16. & seqq.
58. Y es la razon clara: porque la hija segunda està respecto de su padre en grado mas inmediato, y los sobrinos para estar en el mismo era preciso representaran la persona de su madre, lo que no puede ser, porque el grado excluido no puede ser representado. D. Molin. lib. 3. cap. 7. an. 1. vbi add. ex plur. D. Castillo. lib. 5. cap. 178 n. fin. vers. & eadem part. circa fin. porque el hijo sin la representacion no està en el grado del padre, ni aunque este muera, Costa in tract. de maiorat. bon. reg. Cor part. 1. n. 17. ibi: Solida iuris civilis veritas est, quod regulariter filius non est in eodem gradu cum Patre, qui eum præcedit, nec quidem mori uo patre subintrat filius regulariter in eius gradum, ut expresse probatur in dict. auth. post fratres C. de leg. hored.

59. Pues aora es constante, que la palabra siguiente en grado se entiende respecto de el ultimo poseedor, y no del excluido, vt tradit Dom. Castillo dict. cap. 178. n. citato in fine. Cevallos com. quæst. 762. à n. 28. Antonio Gomez in l. 40. Taur. n. 41. D.

*adus antequam vere in eadem persona maioratus concurrant solum spe primogenituræ alterius pro explicatione leg. 7. tit. 7. lib. 5. recopil. 2. y al numero 4. dize: Quod cum è duobus incompatibilibus aliud eligendum, non debet sperari, ut in eodem utrumque concurrat, sed sufficit potentialis concursus, ut electio fieri debeat: quia potentia proxima actui habetur pro actu. Y prosigue, como antes, despues con otros fundamentos por esta opinion hasta el numero 7. In quò aasserit pro contraria sententia, ut non antea sit cogendus qui eligere debet inter maioratus incompatibiles, quam utriusque successio deferatur, vel unum possidenti primogenium aliud deveniat: Y prosigue con los fundamentos desta sententia hasta el numero 14. y en el refiere la decision, ibi: *Senatus decrevit, ante quam successio deferatur, non posse aliquem eligere compelli, cum incompatibiliter non causetur, y prosigue satisfaciendo à los fundamentos contrarios: y en el numero 32. referido, satisfaze à lo opuesto en el n. 4. ut ibi: Præterea quod de iure potentiali obijcitur, ut potentia proxima actui habeatur pro actu, nihil contra facit: Nam ultra quam potentia non proxima, sed remota est in hoc casu, cum pendeat ex morte possessoris maioratus, & die incerto, qui pro conditione habetur; tamen potentia, quæ non potest reduci ad actum, non debet considerari, & aliud est aliquid factum, vel posse fieri. Barthol. in L. 1. ff. de iniusto rupt. Zeph. cons. 725. n. 21. Nat. cons. 504. n. 2. & potentia, quando ad actum non reducitur, vana est, cap. Pastoralis §. quoniam, ubi Dec. n. 2. de rescript. Surdus cons. 375. n. 2. ex quibus probavit Grat. 1. tom. discept. cap. 96. n. 20. & 21. Rox. part. 5. cap. 3. n. 53.**

Desta doctrina y conclusion se prueba contra producentem, que caso negado, y no concedido, que estos dos mayorazgos fuesen incompatibles, por averse declarado Doña Maria Sebastiana poseedora

del

D. Molina lib. 3. cap. 9. per totum, & præcipue n. 20. ibi: Addentes ex pluribus. Con que hallandose Doña Antonia en grado mas inmediato al ultimo poseedor, este es el siguiente, porque el de su hermana no puede ser representado por exclusivo, y el de sus sobrinos es mas distante, y no puede ser el siguiente.

60. Mas fundado ya, que no puede aver representacion al grado de dicha su hermana, es sin disputa clara la successio de dicha Doña Antonia. Cost. in tract. de maiorat. bon. reg. cor. part. 1. dict. n. 15. ibi: Quod si sumus in his, in quibus non datur representatio, seu successio nepotis in gradum primogeniti præ defuncti, iudicandum est pro filio contra nepotem. Circa à Juã Andrés, y à Speculat. & vers. hoc est verum ibi: Quod ubi iure non datur representatio, causa filij secundo geniti potior est, & prævalere debet contra nepotem. Denique hoc ita verum esse doctissimi Castellæ Iuris Consulti significarunt, qui inter venerunt in condenda lege 40. Tauri. Gomez dict leg. n. 41. ibi: Unum tamen est quod hoc casu non habet lo-

R

cum,

del de Bzerra y Vega, pudo suceder, y ha sucedido en el de Oja de Castro, y sin que poseyese ambos à dos, no podia ser precisada à elegir vno de ellos, por la misma raziõ, con que arguye el Contrario: porque no basta la potencia de suceder en el, si no sucedió en ambos con efecto: Ex quibus en ambos pudo suceder, y ha sucedido, y sucedió Doña Maria de Zaldúa y Vega su abuela, y Don Juan Alonso su padre, y los poseyeron ambos; y quando se diera incompatibilidad, se le pudiera precizar à elegir, y en el que dexasse, avia de suceder su hijo primogenito, y su linea, y los demás por su orden ex supra traditis, cum primogenitus non sit exclusus, imò potius vocatus, & sit sequens in gradu, vt ex superius traditis late patet.

Ad num. 72. La regla de que dos especialidades no puedan concurrir ex L. 1. c. de dotis promiss. Gratian. y Vela ser, no procede en nuestro caso: porque ex L. 45. Taur. como mayor, y llamado se transfirió la posesión iuris, & de iure en Don Juan Alonso, & actu possessio; y en la misma forma se transfirió en Doña Maria Sebastiana, & actu posses desde el año de 1714. conque & sic similiter se transferirá en sus hijos: y los lugares del señor Molina en el caso de la ley 45. de Toro, en que; y Antonio Gomez questionan, si por parecer acto ficto el de la posesión ex c. 1. podrá el tal possessor transferir en c. 1. la posesión, en que por doctrina de E. lo se asienta concurrirán en este caso dos ficciones, lo niegan, y siguen la contraria, vt ex ipsis videri potest, de quo contra producentem restatur Hermosilla in eadem l. 7. tit. 4. part. 5. gloss. 2. n. 27. ibi: Sed contrariam opinionem late fundat, & defendit Gomez in l. 45. Taur. n. 81. Vbi subtiliter contra Baldum, & alios defendit, illum, qui habet ex forma legis, sive statuti ipso iure quæsitam civilissimam possessionem, posse per actum factum eandem possessionem transferre, quem

cum representario: itaq; proximior in gradu semper debet præferri, licet alter vellet succedere per viam representationis; y pone por exemplo nuestro caso, y dize, que la representacion tiene lugar en las disposiciones legales, y no en las que hazen los hombres: cita infinitos en la impressión fuera del Reyno, que es la que yo tengo, y decisiones por esta parte, y lo mismo Cevallos en la question 762. à n. 58. hasta 66.

61. Y Matienzo en la L. 5. tit. 7. lib. 5. Recopilacion. Glos. 5. num. fin. ibi: Atque ideo videtur nepos exclusus, & potissimum cum non de successione hereditatis agitur, nec de dispositione legis, sed hominis: qua in specie multis fuit visum, nepotem excludendum esse, patruumque admittendum, quando quidem locus non sit representationi, vt ex receptissima sententia resolvit D. Covarrubias, y otros, que cita.

62. Y aunque à esto se quiera replicar, que la fundacion dize, que suceda por representacion en conformidad de la ley, de aqui faco yo el mas fuerte argumento à favor de Doña Antonia: porque es conf-

quem vide, & eandem opinionem in successorem maioratus sequitur Molin. de Hisp. primog. licet enim modus sit fictus, possessio post acquisitionem vera est. Paz de Tenuz. cap. 8. n. 3. & quia possidens naturaliter corporaliter dicitur possidere. L. si id quod possidemus §. quod autem, & ibi Gloss. verb. corpor. ff. de acquir. poss. L. debitor §. solita ff. de pignor. act. Con que probandose de las doctrinas, que cita lo contrario de lo que induce, y presupone, quedan sus discursos velut corpus sine anima, y in humo resuelta la llamada de ellos.

Ad num. 73. *Non intelligi sed legi*: no entendi la conclusion del numero, ni las doctrinas, como en el se citan, pero las lei. No satisfago; así están en su tiempo aun dichas las palabras latinas; pero aunque truncadas, no son mias, sino del Vlpiano in L. 1. ff. de his, que in testam. debent (que por no incurrir en la nota de Celso, de qua supra n. 51. & 52. las referiré integra) *legi autem sic accipiendum, non intelligi, sed oculis perspicere quæ scripta sunt*: no por inteligencia, Señor, sino por vista de ojos se ha de referir lo que está escrito, y se escriviere: y dà la razon: *Ceterum si extrinsecus intelliguntur, non videbuntur legi posse*: y lo aclara mas la Glossa marginal verb. si extrinsecus ibi: *Legi non dicuntur, quæ ingenij sagacitate ex quali quali scriptura colliguntur, sed quæ oculis ipsis leguntur*. Así, Señor, no por inteligencia contra el tenor de la fundacion harè entes de razon, ni los apoyare ex quali quali scriptura en este, ò en otro numero como haze el Contrario, sino leyend., y viendo con los ojos, y poniendo ante los de V.S. las mismas, que cita el contrario, con cuyo metodo le he ido, è irè satisfaciendo, y destruyendo. Ya convezco, Señor, que esta mi respuesta, y logia se passa à fer los ff pero si como axo la Glossa §. *igitur in præmia Institutionis verbo ff. ideo dicuntur, digesta, quia omnia ibidem*
di.

constante, que la ley concede a los fundadores, que pongan todos los gravámenes, y condiciones, que quisieren, y aviendo puestto vno, por donde impide, que tenga lugar la representacion en Doña Maria (como està fundado) de ai se faca claramente, que quiso, que quando no huviera lugar la representacion segun las condiciones, que llevaba puestas, passase el mayorazgo al hermano segundo de el grado, que no se podia representar teniendo por siguiente: y por esso en otras clausulas expresso su concepto claramente ibi: *Guardando siempre la prerrogativa del grado, y las clausulas, y reglas del primero llamamiento*. Y en otra parte dize: *se prefiera el mas cercano al ultimo poseedor*. Y en otras dos clausulas, que se veràn en el hecho, dize: *de grado en grado, segun dicho es perpetuamente, y en otra: de grado en grado para siempre jamàs*, que estas dos clausulas explican, y declaran las antecedentes, vt dixi supra n. 44.

63. Y solo por la palabra guardando la prerrogativa del grado, es visto excludi

dicenda digeruntur, & solvuntur, si yo logro esto a satisfacion de V. S. sealo en hora buena.

Lei la doctrina de Aguila ad Rox. part. 4. cap. 6. n. 9. y las palabras, que refiere el Contrario con las antecedentes, que sic se habent: *Quarto observa, exclusionem specialem generali vocationi prævalere, ideoque specialiter exclusus in generali consanguineorum vocatione dicitur non comprehendí auctor 1. part. cap. 2. à n. 45. & ibi, à me tradita, & alibi è contra dixi;* y prosigue con las palabras, que refiere el Contrario, y vnas, y otras son supuestos; y inmediatamente en el núm. siguiente prosigue assi: *Quibus observatis, secure cum auctore questionem resolves, data scilicet in eorum persona ex vna linea succedendi capacitate, exque alia succedendi impotentia, eam esse admittendam, quando licet sit ex linea inadmissibili, non tamen eadem ratio militat exclusionis in eadem persona, que militat in capite lineæ, hoc enim casu potius dicendum, capacitatem adesse omnino.* De fuerte, que en la resolucion encontramos satisfaccion à la razon del segundo supuesto, con que arguye el Contrario; pues la razon de la exclusion haze admisible, ò no, al q. pretende succeder.

Esta metafisica de Aguila, se entenderá mejor leyendo, y poniendo ante los ojos la resolucion de Roxas, con quien va conforme ibidem n. 46. con que se responde à la conclusion, y argumento contrario ibi: *Ex quibus omnibus videtur, quod pro parte Casiodori sit clarior, atque magis convincens ius, & exinde pro eo iudicandum: maxime si ad primum argumentum in contrarium respondeas, quod ex voluntate institutoris metaphisice, siue intellectualiter potest esse separabilis, & exinde compatibilis linea successibilis, & linea insuccessibilis, & sic ex vna parte independentèr sustineri id, quod successibile est: nam licet corporaliter non possit esse divisibilis, & ideo*

quoad

cluir la representacion en el exclusso, y por la que puso; *sucedá el pariente mas cercano al ultimo poseedor, es visto tambien excluir la, aũ que no huviera puesto la otra de la prerrogativa del grado, como lo vno, y lo otro lo dize expressamente Cevallos en las Cóm. g. 762. n. 65. 66. & 67. ibi: Quando testator dixit, quod proximior admittatur, quod debet intelligi sine representatione, & sic patruus tamquam proximior præfertur nepoti, qui remotior est. Ira Roland. conf. 38. n. 4. volum. 4. & Decian. supra conf. 1. n. 373. volum. 1. Et ratio fundamentalis est, quia testator videtur servare voluisse gradus prærogativam vocando suos consanguineos proximiores, que quidem clausula excludit gradus representationem: & si consideremus representationem cessare, & prærogativam, ut tradit. Corn. in auth. defuncto. C. ad Tertull. Paris conf. 9. n. 25. volum. 2. & conf. 30. n. 58. & conf. 39. n. 10. & conf. 41. n. 49. In quibus locis illud ampliat, & declarat etiam si non sit dicta clausula (salva gradus prærogativa) apposta, sed solum vocentur consanguinei propinquiores. Ita Pancirol.*

quoad corporalem divisionem sit incompatibilis; tamen quoad intellectualem est divisibilis, & compatibilis. Y en el siguiente numero dà la razon: *porque contrarium, vel incompatible dicitur, si simul in eodem tempore, eodemque subiecto, seu concreto concurrant, non verò in abstracto, speculative, aut metaphysice.* Toda esta metafísica se haze mas clara en la especie, en que van Roxas, y Aguila, y propone n. 3. que es, que teniendo vno tres hermanos, llamò à Pedro vno dellos, y sus descendientes, y excluyó à Juan, y los suyos; sucedió Pedro, su hijo, y nieto, del qual procedió Maria segunda nieta, que sucedió, y quien casò con Antonio, nieto de Juan, expressamente excluido de la sucesion del mayorazgo, de quien fuè hijo Casodoro, que por muerte de su madre vltima poseedora pretendia suceder; y por el contrario Dionisio hijo, ò nieto de Francisco tercero hermano, excluyendo à Casodoro; porque aunque proceda de mejor linea por parte de su madre; por la de su padre procede de linea exclussa, y odiosa al fundador: y aunque Dionisio es de inferior linea, procede de linea puramente sucesible: y por vno, y otro trae los referidos, y otros fundamentos, con que và el Aguila: y el Roxas al num. 51. en caso de duda està por Casodoro descendiente de ambas lineas sucesible, y exclussa, y resuelve con esta distincion: *Si causa exclusionis, qua motus fuit institutor maioratus ad excludendum fratrem, atque eius descendentes fuisset in odium alicuius macula, quam frater contraxisset in matre, vel patre eius alterius coniungis, vel in contrahendo matrimonio cum muliere ex Iudeorum, Saracenorum, vel Mauro-rum, vel Hereticorum sanguine infecta, tunc ex eo quod ratio exclusionis ea fuit conservandi puritatem sui sanguinis decorem seu nobilitatis suae familiae, & ne successores sint ea macula infecti, sufficit ad exclusionem, quòd etiam in minima parte*

cirol. conf. 170. n. 16. Menoch. de praeumpt. lib. 4. praeumpt. 95. n. 30. Con que estando expressa vna, y otra clausula, claramente quiso excluir la representacion en el grado esclusivo: esto es dezir, *que se suceda por representacion, y donde no la puede aver, por la prerrogativa de el grado, y se excluia la linea del otro, que no cumplió con la voluntad del fundador: y assi se debe entender quando dize, que suceda el que detras del inobediente avia de suceder; esto es, guardando la prerrogativa del grado, como lo dexaba ya prevenido: y assi lo entendió solo del hijo segundo del poseedor, que es en quien concurre esta prerrogativa, como mas immediato, y no de el sobrino.*

64. Porque para entenderlo de otra forma fuera preciso, que corrigiesse in continente la causa final, y clausula precisa de guardar la condicion, y conservar su nombre, y apellido en primer lugar, ò solo, como lo pide el de Baena, que no se puede presumir, ni es verosimil *L. non ad ea ff. de cond. & demonst. l. si servus plurium.*

S §. vltim

*resucessor ex illa radice maculatus repe-
riatur, & ex sanguine illo reprobato, li-
cet ex alia parte proveniat ex sanguine
puro, & habeat lineam successibilem:
quia tunc bonum ex integra causa, ma-
lum ex quocumque defectu. confurgit mo-
raliter, at vero sordium ex alia causa pro-
cedat, veluti si, ex iniuria personali offen-
sa, vel ingratitude, tunc prosecunda
opinione iudicandum est, prout vidi iudi-
catum in hac regali cancellaria: dife-
rentes especie, diferentes razones, diferen-
tes circunstancias, y de todas ellas se fa-
ca, que no concurriendo en los descen-
dientes el defecto, que excluye al padre,
se admiten à la successio lo que le haze
mas claro de la resolucio de Robles de
represent. lib. 2. cap. 16. n. 98. & 99. vbi
satisfacit contra producentem ad argum.
n. 40. & 41. ibi n. 98. Terrio respondetur,
quod in argumento dicta procedunt, qua-
terius nepotes sunt heredes matris, & ex
persona defuncti veniunt, atque iure eius
veniunt, secus est, quando non ex persona
matris, nec iure ipsius, sed ex persona pro-
pria, iureque suo veniunt. Et n. 99. Septi-
mo fundamento satisfiit negando conse-
quentiam illam: intrat in locum, & gra-
dum rennantiantis: ergo succedit ex illius
persona: potest enim filius intrare in lo-
cum matris, & ex propria persona succe-
dere: nam hoc ipsum quod in matris lo-
cum succedat, à lege, non à matre filius
habet, & ideo non dicitur venire ex per-
sona matris, nec pactum (vel vt ita dicamus
factum) matris ei potest nocere: De que
avia dado la razon n. 97. ibi: Quod quan-
do factum patris, vel matris tendit ad
privandum filium heredem eo, quod si-
bi debetur à lege, tunc potest venire con-
tra factum patris. Y así como D. Juan
Alonso, Doña Maria Sebastiana su hija, y
los hijos de esta han sucedido, y succe-
rán non solum iure representationis, sed
iure proprio (excluso patre, vel matre con-
traveniente, si lo huviera) ni en el Robles
ibidem, ni en Casullo lib. 5. cap. 113. n. 9.
don-*

§. ultim. ff. de legat. 1. Menoch.
conf. 376. n. 53. & praesumpt.
140. lib. 4. n. 32. & praesumpt.
165. n. 4. y por comun axioma
lo trae Velasco verb. corrige-
re n. 245: Y esto fuera pre-
ciso, porque si pudiera su-
ceder por representacion
el grado ex cluso, era for-
zoso suponer capaz de
poder suceder al que te-
nia otro mayorazgo con
armas, y apellido en primer
lugar, que era requisito
forzoso para ser represen-
tado; esto no quiso nunca
el testador: luego no quiso
dar representacion, don-
de no fuera capaz, segun
la clausula sino en el hijo se-
gundo representando à su
padre, ò abuelo possedor.

65. Y mas clara esta
esta inteligencia haziendo
especial reflexion sobre la
clausula, en que dize: pre-
firiendo la linea del possedor
à todas las otras, y para-
considerar la dicha mayo-
ria los hijos, y descendiē-
tes representen las perso-
nas de sus padres: de este re-
lativo resulta claro, que el
fundador hizo distinto
concepto, y discrecion de
la linea del possedor à la
del hijo, que no pudiesse
suceder, y sus ascendien-
tes, y quiso, que el que
hu-

donde lo cita el Contrario, encuentro, ni leo las palabras, que entre vna, y otra cita refiere, y las de Castillo ibi contra producentem, y en nuestro favor sic se habent: *Cum ergo in Hispanorum primogenijs filij, & ceteri descendentes in infinitum ex proprijs personis, atque vocationibus in casu presenti successionem prætendant non ex iure transmissio, vt per Molinam lib. 1. cap. 1. n. 17. & duobus seqq. Mieres 2. part. quæst. 10. n. 4. Ad vend. in l. 40. Taur. Gloss. 11. n. 30. Vbi Molina met ipse tradit, ex Hispanorum primogenijs tot substitutiones, seu donationes resultare, quot personæ ad eorum successionem vocantur, & inde omnes descendentes, atque ex familia institutoris maioribus procedentes ex proprijs personis, & vocationibus succedere, non ex iure transmissio, ita vt vnusquisque successor censatur institutoris immediatus donatarius, vt per eundem Molinam lib. 4. cap. 11. n. 48. Y es mas clara en nuestro caso especial la resolucion del señor Molina dict. lib. 1. cap. 1. n. 17. ex qua primogenij institutione facta ex donatione modali, vel conditionali, siue ex institutione, legato, vel prælegato vnicuique primogenitorum per tempus vite sue factis, seu ex institutione fidei commissoria, quamvis improprie resultent tot donationes, vel substitutiones, legata, aut prælegata in quemlibet primogenitum ex vocatis ad eius primogenij successionem, quot sunt persone vocatæ, atque si vnicuique eorum nominatim, atque specificæ facta fuisset vnaqueque donatio, substitutio, legatum, seu prælegatum, ideoque absque aliqua restrictione quilibet vocatus consequetur dominium eodem instanti, ac momento, quo purificatur conditio, vel venit dies vocationis ex propria persona, sublato de medio præcedenti successore, non autem ex iure ab eodem sibi transmissio, & ibi Add. De que resulta, que como siguiente en grado sucede el hijo al padre incapaz ex delicto commissio, vt ipse Molin. dict. lib.*

71

huviessse de succeder, hu-
 viera de representar al
 poseedor precisamente,
 que era fuerza para consi-
 derarle de la linea, y de
 otro uerte no les llama: es
 assi, que el que tiene otro
 mayorazgo con precision
 de apellido, no lo puede
 representar, ni confide-
 rarse de su linea, porque
 este es grado caduco, co-
 mo està fundado: con que
 quedò este precisamente
 excluffo, y no llamado: y
 passa à mas, pues dize, que
 para conocer la mayoria,
 los descendientes repre-
 senten; es assi, que los que
 provienen del excluffo no
 pueden representar, porq̃
 media vn grado nulo, por
 donde es forzoso pasen:
 luego no llamo à este, sino
 al segundo, que es el que
 sin impedimento puede
 representar, y representa
 à su padre ultimo poseedor,
 en cuya linea està Doña
 Antonia: con que està cū-
 plida la disposicion, pues
 està representada la li-
 nea del poseedor, y repre-
 senta à su padre; y Doña
 Maria, y sus hijos no pue-
 den, como està dicho por-
 que el grado excluffo no
 puede ser representado,
 ni representar, porque
 que-

4. cap. 11. n. 53. & lib. 1. cap. 9. n. 27. & ibi Add. ita. *Quod tunc filius subingreditur in locum patris non tamquam deportati, vel condemnati, sed tamquam patris simpliciter.* Que es vno de los casos prevenidos en nuestra fundacion, vt in ea supra ad num. 5. propè medium. *Et idem, Molina lib. 3. cap. 6. n. 43. ibi. Quando non solum filius primogenitus, sed eius filius primogenitus, & omnes descendentes in infinitum ad maioratus successione invitati sunt: tunc namque cum vnusquisque primogenitus habeat propria vocationem, nullo pacto dubitari potest, nisi quod mortuo parente, ipse in eius locum subrogandus sit, eiusque personam representare debeat, prout supra lib. 1. cap. 1. n. 17. ostensum est, quamvis hec non tam representatio, quam propria vocatio, ac substitutio censenda sit, prout declarant omnes, quos supra lib. 1. cap. 1. n. 17. nuncupatim citavimus.* Con que teniendo en nuestro caso llamamiento el primogenito, y el que lo fuere de este, & sic in infinitum, el siguiente en grado, à quien se huviesse de hazer la restitucion, y que debè suceder, es el primogenito de el que delinquirò, ò contravino: y esta es la mayoria, sea varon, ò hembra; el hijo primogenito dentro de la linea. *Idem tenet D. Ioann. del Castillo, cap. 178. que por el contrario se cita al final deste num. en el 187. ibi: E contrario autem videtur, quod ex quo sequens in gradu simpliciter vocatur, & filij eius, qui a successione maioratus exclusus fuit non excluduntur specificè, qui adeo facile excludi poterunt, idque exprimi, forsitan sequens in gradu is dici, ac videri debeat, qui ex linea eiusdem procedit: remoto namque, aut exlusso ascendente, succedit filius, qui est proximioris gradus. L. pater filium, vbi Bartholus, & Baldus n. 2. ff. de in off. testament. si ergo sequens in gradu, aut proximior esset exclusus, & qui cessante exclusione succedere videretur, quod remoto eo, filius eius, qui est superioris gra-*

quedo nulo, y caduco ^{obroch}
 66. Mas dize: y para conocer la mayoria, representen. No ay duda, que la mayoria siempre està conocida en la linea primogenita: luego para conocerla, no era menester esta prevencion en el testador, pues el derecho la demuestra por principio cierto; y debiendo obrar algo la expresion en el testamento, porque no se juzga e frustatoria, y que vanamente la puso el testador sin necesidad, que no se presume *L. si ita stipulatus fuero ff. de verbor. obligat. l. 3. in principio. ff. de iurciur. L. Si quando 107. ff. de legat. 1. L. fin. ff. ne quid in loco publico cap. si Papa in fin. extra de privileg. in 6. cap. si à iudice de appellat. eorum. Gust. part. 3. q. 15. n. 39. Gonzal. ad reg. Chancel. §. 7. proemio n. 123. D. Valèzuela cons. 113. n. 84. ibi: Nam etiam qualibet syllaba posita in dispositione censetur posita cum mysterio aliquod operandi, & est communis: es preciso, que no pueda tener efecto, si no se entien de de la secundogenita, y que quiso subrogarla no teniendo impedimento en el lugar del primogenito, y*

fu

gradus iuxta superiora, admittendus sit, non ex vi representationi, nec enim ascendens representari potest, qui exclusus fuit, ut sepius dixi: sed proprio iure, propriaque vocatione, quasi subsequens in gradu substitutione comprehensus. Y aunque trae por la contraria opinion fundamentos, concluye, que se ha de estar à la voluntad del fundador, y concluye con el thema, que empezamos à satisfazer en este numero, para que vnamos los extremos de el, todos los periodos de nuestra defenta, ibi: *Idcirco res hæc matura consideratione, & diligenti clausula-um inquisitione, integraq; lecturâ præhabita, definienda, terminandaque erit. Sanè voluntas institutoris semper serbanda, nec subtili interpretatione circumuicenda erit, iuxta eâ, que latius notavi in Commentarijs lib. 2. cap. 4. ex n. 55. & que ad num. 56. & dixit notabiliter Marcellus in cons. 8. n. 6. certè si errandum sit in interpretanda voluntate defuncti, tutior erit error iudicis, si inheret scripto, & magis inherendum verbis certis, quam menti imaginariæ, & non certæ, prout eodem cap. 4. n. 60. cum alijs notavi.* Estãmos en terminos muy claros en nuestra disposicion; y en el caso de duda concluye Castillo: *Dum vnum exclusit, & sequentem in gradu, aut proximiorẽ vocavit, tunc sanè maturè, & diligenti voluntatis inquisitione procedendum erit.* Esto es lo que he leído del numero, y lo concluye el Contrario, dando à entender estãmos en caso dudoso, & conseqüenter vota por nosotros ex ipso *D. Castillo lib. 5. cap. 180. n. 16. & 17. In dubio enim favorabilior est causa eius, qui agit de conseruando se in successione, quæ de iure, atque ex naturâ, & consuetudine succedendi ad eum pertinet, quàm eius, qui agit de successione adquirenda.* En que se incluyen todas las circunstancias del claro, y conocido derecho de Doña Maria Sebastiana.

Ad num. 74. En el num. 61, nos tra-

73
 su mayoria, vt tradit Rox. citatus supra n. porque esta puede representar al ultimo poseedor, y es de su linea, y no la primogenita, por el impedimento, y por esso no termina la relacion al contraviniente exclusivo, sino al poseedor, y dize, que se prefiera la linea deste, y en ella se cargue la atencion.

67. Y esta es la fuerza de los llamamientos discretivos, y solo pudiera aver duda, si huviere dicho: y sucedan por representacion, sin añadir, ni prevenir la preferencia de la linea del poseedor, pues en el concepto, que ya llevaba, de que pudiera aver quien no cumpliera las condiciones, que dexaba puestas, no hizo memoria del exclusivo, sino solo del poseedor, y de los que le pudieran representar, y à su linea: y esta consideracion entre el poseedor, y el exclusivo aclara el concepto del fundador para con el segundo genito sin impedimento. *D. Castillo lib. 5 tom. 6. cap. 157. n. 28. vers. octav. conclusio ibi: Item quando dispositio habet propriam, & specialem determinationem, tunc non trahitur*

T ad

zo la doctrina de Matienzo in l. 5. tit. 7. lib. 5. recopil. gloss. 5. n. final. y traxo sus palabras, omitiendo las que por satisfacion referimos al mismo numero, à que nos remitimos: con que este no sirve sino de reiterar el thema que sufrimos, como el papel, y la imprenta. Y le concedemos con Roxas, que quando el testador prohibiò, que su mayorazgo no se pueda juntar con otro, antes mandò, que el poseedor lo posea solo este, y que si otro tuviere, pàsse este à otro de los successores llamados, ò al siguiente en grado, no puede dispensar el Principe en que en vno solo concurren ambos mayorazgos, porque el Principe no puede dispensar en perjuizio de tercero el modo de suceder, que el testador perscribiò: y como no necesitamos de facultad real para conservacion de nuestro derecho, no ay a que trayga el contrario este periodo, y proposicion: *¶ el. Aguil. ad Rox. part. 8. cap. 7. n. 22.* y las palabras, que de el refiere el Contrario, que se contienen sobre lo mismo, que dixo Roxas *ibidem ex n. 11. hasta el 17.* Va hablando en el caso de la *L. 7. tir. 7. lib. 5. recopil.* en que se excluye el primogenito, y su linea, como de ella consta, y de las mismas palabras, que dize Aguilá, y de todo el capitulo de Roxas, hasta el n. 23. y en el ita se habet: *Haetenus de vocatione filij secundi, seu secundo geniti contenta in dicta l. 7. sed in vocatione sequentis in gradu, de qua in dict. l. 45. Tauri non est vocatus alius de alia linea, sed alius sequens in gradu, & differentia inter gradum, & lineam evidens est: nam linea continet gradum, sed gradus non continet lineam; aliter perverteretur ordo, quem observare, & attendere debemus in maioratum successionebus, in primis scilicet lineam, 2. gradum, 3. sexum, 4. etatem. D. Molin. lib. 3. cap. 4. n. 13. & 14. quod idem reperimus ad num. 44. vsque ad 49. sed ex interrogatione, & instantia repetita sequitur responsio repetita.* Y lo mismo contesta el

Aguilá

ad aliam l. qua conditio ff. de cond. & demonstrat. atque conditio accommodata ad certas personas, eam defferre debemus ad eum dumtaxat gradum, quo ha persona instituta fuerint. l. ultim. §. seio. ff. de legat. 2. Menoch. lib. 4. praesumpti 117. Noguerol. allegat. 23. n. 10. Carena resolut. 91. n. 39. & 40.

68. Mas dize, que se prefiera la linea del poseedor, de que à contrario sensu sale, que no se represente al que huviere salido de la linea por la contravencion, y consiguientemente, que no quiso se representara al que no cumplió las condiciones, porque este no fuè poseedor, y segun su mente no lo podia ser, y es valido el argumento à contrario sensu *L. qui diebus §. quidam ff. de cond. & demonstrat. D. Castillo lib. 5. cap. 88. per totum. D. Valenz. conf. 111. n. 68. & conf. 112. n. 34.*

69. Mas: dicha expresion fue para dar à entender, que solo se pudiera representar al que in actu fuesse, ò huviessse sido poseedor, no al q no lo fuè, ni lo pudo ser por la contravencion, de que ya se avia hecho cargo en la condicion,

Aguila ibidem ex n. 32. cum alijs pluribus, *ex quibus contrarium, quod contrarius intendit, ex ipsjs authoribus, quos adducit, notorie constat.*

Ad num. 75. Este discurso; y doctrina del señor Don Juan del Castillo, y sus palabras traxo nuestro Contrario supra n. 67. y respondimos à el con la misma doctrina, y palabras sub n. 65. & seqq. circa finem; y no repetimos, por no incurrir en la misma nota, y como nos arguimos, y si è preciso en el número antecedente; y en la fundacion tiene total resistencia, y ningun apoyo quanto ex proprio Marte fomenta, sin poderse sostener.

Ad num. 76. Succede lo mismo en este número, cuyo discurso; y tema repitiò el Contrario en los numeros 51. 52. 62. 63. donde plena manu con sus mismas doctrinas le hemos satisfecho; pero le han hecho tanta tuerça las palabras: *guardando la prerogativa del grado; y las: de grado en grado*, que no se abastece de repetirnoslas, y (convencido en si mismo en que el fundador quiso se sucediesse por representacion, conforme la ley de Toro, el hijo, ò hija mayor al padre, y el hijo, ò hija mayor deste, & sic in infinitum) se eleva ex proprio Marte à levantar: figura en dos especies de quando el poseedor tuviessse vn solo hijo, y nietos de este, y à la vista transversales: ò tuviessse dos hijos, admitiendo en vn caso la representacion, y en otro no, sino que se atendiesse à la prerogativa del grado, y de grado en grado: lo que supone excluye la representacion, pues en otra forma, dize, se diera, que queria, y no queria representacion à vn tiempo: en que se convence de la misma fundacion, pues siempre quiso el fundador huviesse representacion, se sucediesse por ella el hijo, ò hija mayor al padre, y à este el nieto, ò nieta, & sic in infinitum. No discurrió, ni pensò de las figuradas, y supuestas especies, que por su voluntad forma el Contrario en este numero: y assi es iacivil, y voluntario el

su-

75
dicion; pues sino fuera esto, para conozer la mayoría, no podia dudar, q̄ no era necesaria mas que la disposicion legal de la representacion regular: con que el poner duda en dicha mayoría fue por la contingencia, que preveno, como si dixera: aqui ay dos personas, vna el poseedor, y otra su hijo mayor: este puede contravenir, y tener otro mayorazgo; pues prefierase la linea del poseedor, esto es el hijo segundo, como si el otro, y sus descendientes no fueran in rerum natura, porq̄ sino, no se prefiriera la linea de el poseedor, sino la del contraveniente, porque este forma su linea separada respecto de su hermano.

70. Pero mas claro en la condicion de armas, y apellido, porque entra poniendo por condicion, que el successor sea solo usufructuario del mayorazgo, y que antes de entrar en la posesion, guarde dicha condicion; y al que no, le excluye. Nadie duda de la fuerza de las disposiciones condicionales à diferencia de las modales: porque aquellas se
de.

impuesto, como en hecho, y en derecho
 Jactamente hemos manifestado en los nu-
 meros antecedetes: y así no podemos
 discurrir sobre lo que el fundador no di-
 xo, ni pensó, y es violento, y contrario
 al tenor de la disposición, vítra de que
 más proporcionado a su discurso se satis-
 farà ex Solorzano n. seq. A Doña Ana de
 Zaldua Oja de Castro sucedió Doña Ma-
 ria su hija mayor, à esta sucedió D. Juan
 Alonso su hijo mayor, à este Doña Maria
 Sebastiana, como siguiente en grado, y à
 esta sucederá su hijo mayor ex l. 2. §. dif-
 fertur de honor. posses. secundum tabu-
 las l. 1. §. quibus ff. de successorio edict.
 ex L. 2. ff. de bonis libertorum ibi: *Libe-
 ri eius, vel alterius patroni petere pote-
 runt ex illa parte edicti, qua prius non
 petentibus, aut etiam volentibus ad se
 pertinere sequentibus datur, atque si
 priores ex eò numero non essent.* De cuyos
 textos facan todos los Doctores esta con-
 sequencia: *Ergo sequens in gradu est fi-
 lius, seu omnis ab excluso descendens, &
 non transversalis,* y se corrobora, y de
 passo queda satisfecho el entivó, que ha
 tomado el Contrario de las palabras
*guardando la prerrogativa del grado: y
 de grado en grado,* para su violento, y vo-
 luntario discurso: *Quia gradus, dum
 agitur de vocatione ad succedendum, idem
 est, quod persona. L. sed si plures 10. §. fin.
 cum Glos. Verb. in vno gradu, ibi: Id est in
 vna persona. L. fin. §. Titius ff. de legari.*
 y así lo mismo es *sequens in gradu, quod
 sequens persona, sive persona, que se-
 quitur post exclusam.* Y así à Doña
 Maria Sebastiana, como à su padre, y
 abuela asistieron para su sucesion, y as-
 sistirán en su caso à sus hijos todas las re-
 glas de la disposición de derecho en ex-
 clusion de Doña Antonia, pues es preciso,
 según la que nos dá el señor Molina dict.
 lib. 3. cap. 4. num. 13. sacada de la sub-
 stancia del cap. 1. de natura sucefs. ibi: *Ad
 solos, & ad omnes, qui ex illa linea sunt,
 ex qua iste fuit.* Dentro de la linea buscar

deben cumplir antes, y las
 otras despues; y el que no
 las cumple, no adquiere
 dominio, ni possession en
 los bienes, aunque no sea
 interpelado; y si de hecho
 se entra en ella, los debe
 restituir con los frutos,
 como depredador, sin que
 se necesite de interpela-
 cion. D. Molina de primo-
 genijs, lib. 2. cap. 14. à n. 11.
 12. & sequent. & ex Patre
 Molina disput. 615. num.
 4. Thesauro decis. 270. n.
 25. Matienzo in l. 7. tit. 7.
 lib. 5. Recopil. gloss. 1.
 Gusar de subst. quæstione
 447. nu. 13. Tenent. Add.
 ad Molinam dict. lib. 2. cap.
 14 ad n. 23. & remissivè
 cap. 12. lib. 2. à n. 1. Roxas
 part. 4. cap. 1. num. 79.
 & seqq.

71. Es así, que Doña
 Maria no ha cumplido la
 condicion, ni la ha podido
 cumplir, porque desde
 luego se declaró por el de
 Baena y Vega: con que no
 pudo suceder, ni adquirir
 derecho, ni possession en
 el de Oja de Castro, por
 ser preciso para ello, que
 antes cumpliera la condi-
 cion, como vâ fundado, q̄
 no tuvo potencia si quie-
 ra, se prueba: porque lue-
 go que no cumplió la con-
 di-

el grado, y dentro del grado el sexo, y dentro del sexo la edad, vt supra ad num. 74. & antecedentes.

Ad num. 77. & 78. El intento del contrario en estos dos números parece es dár diferencia entre el poseedor, y el primogenito, y que este no puede constituir línea para el nieto del poseedor, por no aver cumplido la condicion: trae sus doctrinas, y coneluye por las palabras, q de ellas refiere, *en que en terminos esta resuelta la question a favor de Doña Antonia secundogenita, y dá la razón n. 78. porque es de la linea del poseedor, de quien es descendiente derecha.* Este poseedor en la especie, en que vâ, lo demuestra quando la propuso n. 54. ibi: *En cuyo caso se hallan en igual grado, y linea Doña Antonia, y Doña Maria, respecto de tomar principio en Don Juan cabeza de ella. Et n. 56. En Don Juan de Zaldua, quien dexò estas dos hijas siguientes en grado precisamente à su padre, es forzoso, que hallandose impedida la primogenita, y no pudiendoye considerar en grado para la succession, sea la segunda, que no tiene embarazo, el grado siguiente respecto de su padre, y no los sobrinos nietos del padre de esta, que se hallan en grado mas remoto, y no en el siguiente, que pide la fundacion, porque no pueden representar à su madre incapaz de suceder.* En cuya especie ha profeguido en todos sus discursos, y en este numero, oponiendose en ellos, quando quiere à Don Juan impedido, y al mismo tiempo poseedor, y convenciendose de su mismo intento, y discursos, pues ha menester, para formarlos à su modo, que lo dè, como lo dà, y confieffa poseedor, para que le sea siguiente en grado su hija, y aviendolo de ser, es Doña Maria Sebastiana prin.ogenita, por la misma razón, que lo fuè, y pudo ser Don Juan su padre con exclusion de Doña Antonia secundogenita: y todos los primogenitos han sido, y seràn poseedores de este mayorazgo como siguientes en grado

77
dicion, se impossibilitò de suceder: con que ni en acto, ni en habito tuvo possession (que esta vltima à lo menos piden por precisa las opiniones para la transmision à los descendientes, lo que se tocarà en su lugar) Pero se me replicarà tuvo in habitu la possession, porque pudo cumplir la condicion; cõcedo: luego no cumplida, tuvo potencia para la possession; niego: porque se atiende siempre à la potencia proxima, è inmediata, y no à la remota, y mediata, segū buena filosofia, y Jurisprudēcia, por que no se pueden reducir à acto, vt ex Barthol. Zephal. Nata Cap. Pastoral. Deci. Roxas part. 4. cap. 1. num. 74. & sequent. Surdus, Grat. tenet D. Larrea decif. 53. n. 32. & idem Roxas vibi supra num. 78. & Aguila part. 4. capite 1. n. 8. & 9. D. Larrea decif. 53. n. 32. es expresso.

72. Porque fuera querer deducir vna potencia de otra potencia, y juntar muchas ficciones, ò especialidades en vn sugeto, q repugna al derecho L. 1. C. de dot. promiss. D. Molina de Primogenijs lib. 3. cap.

a sus padri primogenitos los primogenitos. Y lo contrario fuera notorio absurdo, como lo es à vn tiempo suponer à Don Juan impedido, y considerarlo poseedor, para que forme linea, y sea siguiente en grado Doña Antonia, y no Doña Maria primogenita, por quien està la doctrina, que cita del señor Larrea decis. 54. n. 17. *vers. quando, & per totam disput.* vbi n. 12. *refert decis. & constanter defendit*, se ha de preferir Pedro bisnieto del fundador hijo de la hija del hijo del primogito, ò mayor, à Juan nieto hijo de hija del fundador, quando fuerõ los llamamientos de varon en varon, y en defecto de ellos substituidas las hijas del mismo testador, y substituidos los hijos varones de ellas, y que si de ellos no huviesse hijos varones, bolviera la successiõ à los hijos de sus hijos, que avian sido llamados en primer lugar: y prescindiendo de las especialidades de esta especie diferente de la nuestra por lo conducente à ella contra producentem, concluye assi diõ. n. 17. *ibi: Vbi quasi indubitatum traditur posteriori loco substitutum excludi omnino à quacumque substitutione antecedenti, etiam generali.* Con que siendo expessa, y especialmente llamada la primogenita en nuestra fundacion, à fortiori tiene notoria exclusion la secundogenita durante la linea primera en la cabeza de ella, y en su successiõ. Y Solorzano de iure Indiarum en el lugar citado por el Contrario tom. 2. lib. 2. cap. 19. en caso de incompatibilidad expessa, y prohibido el concurso de dos encomiendas, y mayorazgos *stat pro nobis, & contra producentem* en favor de Doña Maria hija mayor de Doña Ana de Zaldúa nieta del fundador (en competencia, q̄ no huvo, con Doña Isabel su hermana) y en favor de Don Juan Alonso su hijo mayor, y en favor de Doña Maria Sebastiana (en competencia de Don Marcos Pedro, que no huvo) y en favor del hijo mayor de esta, & sic in infinitum en competencia, y exclusion

12. n. 25. Gomez in Leg. 45. Taurin. 81. Hermos. in l. 7. titul. 4. part. 5. glos. 2. n. 28. Gratian. discept. for. cap. 518. n. 27. & cap. 520. n. 10. & cap. 573. n. 36. Velasco de priv. quaestione 8. n. 341. Y aqui era forzoso lo primero suplir como potencia proxima la de cumplir la condiciõ, y esta considerarla como acto para deducir la potencia de suceder, y esta suponerla, y fingirla proxima para la transmisiõ: conq̄ era menester no solo dos especialidades, sino muchas, y ficiones de ficiones en Doña Maria para dár passo à sus hijos para la successiõ: lo que no es regular, como està fundado.

73. Pues aora: considerò el testador, que prohibia el dominio, y possessiõ al que no cumpliesse la condiciõ, y que este no podia ser poseedor del mayorazgo en fuerza de esto, y dixo: pues en este caso para conocer la mayoría, se prefiera la linea del poseedor vltimo, que lo fue legitimo, que este, que no cumple antes la condiciõ, no lo puede ser, que es lo que precisamente

clufion de la que intenta Doña Antonia ex n. 28. y profigue fatisfaciendo à todos los argumentos en contrario; y al n. 47. aun en la fupuefta incapacidad del padre, concluye con las razones, que manifiestan las doctrinas, que referimos fupra ad num. 73. ad medium, ita ipfe Solorzano: *Neque in patris impedimento, vel incapacitate succedat, aut iure transmissionis ei opus fit ad dictam fucceffionem: nam quamvis cum repræfentet, id folum est ad hoc, vt eius locum, fide gradum fubintret, quem mediante incapacitate, vacuum inuenit; ipfe autem iure proprio, & ex propria perfona, atque ex vi fua vocationis fuccedit: ea enim est differentia inter fucceffionem afcendentium, & tranfverfalium, quod in hac repræfentatur perfona, gradus, & ius eius, ex cuius capite quis fuccedit; in illa autem folum gradus, cum defcendentes iure proprio fuccedant: en que fe ve, como fe dà, y como no fe dà representacion, y fe fatisfaze à lo que en el num. antecedente le difonaba, y conque en èl arguye el contrario: y como por lo mismo que preferre el grado, y dize, que fe guarde la prerrogativa del grado, fe ha de preferir el nieto al patruo, mayormente en la fucceffion de defcendientes, ex fupra traditis ad num. 73. prope medium, pues el grado fe ha de bufcar en la linea, vt fupra ad num. 74. & antecedentes. Y profigue corroborandolo con otras muchas doctrinas, que omito: vbi postquam refolvit. quod in casu incompatibilitatis nepos. seu primogenitus in vita fua patris præferri debet patruo in fucceffione maioratus incompatibilis, quem pater non elegit, limitat quid dicendum fit, vbi hic nepos habeat ius fuccedendi, in commenda pinguiori, quam pater eius in prima vita poffideat: durum enim videtur, quod hoc casu patruum excludat ab alia, que avi morte vacabit, & quod postea moriente patre, velit hanc relinquere, & paternam optare, cum ad illam, quam relinquit, iam tunc patruus nullam*

mente pedia el fundador, y à quien fe termina la preferencia, y vinierã los nietos à representar para fu fucceffion à el que no poffeyò, ni pudo poffeer en fuerza de no aver cumplido la condicion, que repugna à la difpoficion. *Aguila ad Roxas part. 4. cap. 6. n. 9. ibi: Specialiter vocatū non poffe dici comprehensum in generali exclusione; ne detur repugnantia in voluntate testatoris: quia prohiberi, & admitti funt contraria, & fe invicem excludunt, ex pluribus, que cita Robles de Salzedo de repræfent. lib. 2. cap. 16. n. 41. & 42. Principalis fententia non procedit, quoties Pater ipfe repræfentatus non erat fucceffurus, cum non plus poffit, effe in filio caufato, quàm in Patre caufante, ex Baldo, Alex. Jafon, & Dec. D. Caftillo cap. 103. lib. 5. n. 9.* Con que no fue para este la preferencia, que previno, fino para el grado inmediato al que poffeyò, y en quien no huvo este impedimento. Y por effo dize el feñor Caftillo tomo 6 lib. 5. cap. 78. num. fin. verí. è cõtrario circa finē, quedandose irrefoluto en esta grave queffion, que para la refolucion los fe-

ñõ.

nullam ius habere possit, neque in quæ successione permixta reperiatur. en cuyo caso resuelve por el patrio contra el nieto por las palabras, que con las antecedentes refiriendo el Roxas de incompatibilis. part. 7. cap. 6. ex n. 43. y en el 45. prosigue refiriendo la doctrina de D. Solorzano in hæc verba: *Et n. 56. hæc limitationem sublimitat contra patrum in casu, quo alter nepos ultra primogenitum reperitur, is enim, inquit, cum nullo modo inveniatur impeditus, ad avi commendam admitti poterit, & patrum æque ac primogenitum eius fratrem excludet.* Dende habla à favor del nieto hijo segundo de Doña Maria Sebastiana en caso que este mayorazgo fuese incompatible, y ella no lo pudiese poseer, por tener otro, con que no se pudiese juntar, ni concurrir, ni luceeder el primogenito al abuelo en el concepto de Solorzano, por la esperanza cierta, y derecho invariable, que tenia de luceeder en el que poseyese su madre; cuyas palabras, y especie omitió el contrario, y ocultas, y truncas refirió las con que prosigue D. Solorzano, *ut ibi: Et ita accidit, & infra;* como las refiere el contrario, *vbi: sed secundo genito* es al hijo segundo de Doña Maria Sebastiana, q̄ excluye al primogenito, y à la tia Doña Antonia, contra quien està la decisïon, y doctrina; que refiere, y en favor del hijo segundo de Doña Maria Sebastiana: con que (por que vemos de las palabras del contrario) tenemos resuelta la question contra Doña Antonia, quien en el caso, y especie de Solorzano no es la secundogenita, sino la tia, y el secundogenito, de quien habla, es del de Doña Maria Sebastiana. Sed his ita *vbi prohibitio concursus duorum, plurium de maioratum non esset linealis, sed personalis tantum, primogenitus debet admitti ad maioratum incompatibilem, quem pater non elegit, neque admitti debet frater secundogenitus, si quem habeat, nec patruus.* *ut ait Roxas*

hores Juezes se valgan de estas, y otras consideraciones, q̄ induzgan, à quien tuvo el fundador por el siguiente en grado.

74. Porque esta es dispositio hominis, que no se debe medir por las reglas comunes de la ley, y se ha de estar à lo que este quiso, no siendo contra derecho: es asì, que el testador quiso, que la preferencia se refiriese al poseedor, y no la previno para el grado esclusivo, porque no le consideraba poseedor hasta cumplir la condicion: con que quiso otra regla distinta de la ley; porque si no, con ella le bastara, y no firmiera su disposicion, y mas siendo especifica, de que solo se pueda preferir el que huviere poseido, y su linea, y esta regla se ha de guardar. *Matienzo leg. 5. tit. 7. lib. 5. recopil. glos. 5. num. final. Roxas de incompatibil. part. 7. cap. 1. n. 54. ibi: Quando maioratus sunt incompatibiles per dispositionem hominis non valet dispositio, seu regia facultas ad hoc ut vnus possit contra voluntatē institutoris, & in præiudicium alterius vocati duos maioratus incompatibiles obtinere:*

Roxas ibidem n. 46. Y profigue, y satisfaze à la limitacion, y sublimitacion de Solorzano, para que en vno, y otro caso se aya de preferir el nieto primogénito al secundogenito, y al patruo, &c. l. 47. ita: *Nam eadem ratione, qua præferri debet secundogenitus in illo casu, scilicet, quia non est impeditus, præferri etiam debet primogenitus, quia, dum pater vidit, non est quoque impeditus, & tempore, quo pater morietur, & defertur successio, forte evenire poterit, quod ratione loci, temporis, vel alicuius casus fortuiti eundem maioratum eligat, & quod eo ipso tempore habeat filium, vel filios, ad quem, vel ad quos transeat successio alterius maioratus incompatibilis: quid in primis persona filij, seu descendens, quæ non sit impedita ex alio maioratu, succedere debet in eo, quem pater non elegit, etsi eo tempore filium aliquem non habeat, nepotem, vel pronepotem, seu alium descendentem, sed fratrem secundogenitum, tunc frater secundogenitus succedit; & si nec filium, nec descendentes, nec fratrem, tunc si habeat patruum, vel patruelos, succedet patruus, vel patruelli.* Y dà la razón ibi n. 48. *Aliter enim primogenitus privaretur electione, & eorum filij, ac descendentes, qui nati fuerint tunc temporis, quando deferretur successio, & optio, simulque privarentur maioratus, vel maioratum successione contra id, quod ipse D. Ioann. Solorzano resolvit tom. 2. lib. 2. cap. 18. per totum, dum tenet cum sua summa eruditione, & invincibilibus iuribus, aut rationibus, quod primogenito competit ius eligendi inter incompatibiles maioratus tunc temporis, quando defertur alius incompatibilis, & nos in hac part. 7. cap. 5. ad Clement. Gratia de rescriptis comprobavimus opinionem doctissimi, & omni laude dignissimi D. Ioannis à Solorzano, & D. Ioan. Baptist. Larrea tom. 2. quæst. 52.* Y con esta Doctrina contra D. Juan de Solorzano va el señor Olea in add. cess. iur. tit. 3. quæst. 4. sub n. 7. ibi: *Sin verò*

tinere: y profigue con los mismos autores, que por no transcribir, ni dilatar, en èl se pueda ver. Et Aguil. ibidem cita à otros. Aguila part. 8. cap. 7. n. 22. ibi: Ita in casu incōpatibilitatis dicendum est, maioratum non deferri ex persona filij, sed ex patris persona, ita ut incompatibilitas videatur respicere, ne successio locum habere possit in linea, ubi alterius maioratus successio procedit, cum adquisitio ab initio ex incompatibilitate prohibita videtur; ideoque sequens in gradu non potest dici, qui exclusus est, vel in linea exclusa, secundogenitus, qui respectu patris capax est, ut in eo continetur linea primogeniti: cum ergo sequens in gradu, & secundogenitus in conceptu legis idem sint, dicendum est, secundogenitum admitti, quia est sequens in gradu.

75. Y por vltimo verè, si puedo aclarar la especie con menos palabras: el fundador a via asentado el concepto de que no posseryera el que antes no cumpliera la condicion: llega luego al concepto de la vacante, y à dàr regla para conocer la mayoria, y dize se prefiera la linea del possedor, esto es, si el hijo

X

ma.

exclusio personalis sit, filius primogenitus succedet, exclusio patris, & fratri secundogenito, & recte contra D. Solorzano tenet Rox. dict. 7. part. cap. 6. n. 46. & 47. Y si huviera de proseguir con Roxas dict. cap. 6. le detia copiar por entero para manifestar, que no ay incomparibilidad real en este caso, que es en lo que resta la duda, que ya dexamos resuelta ex eodem supra ad num. 37. & ad num. 44. vsque ad 45. & 56. y que ni real, ni personal in hoc casu en cabeza de Doña Maria Sebastiana, ex omnibus hucusque dictis, & dicendis in hac apologia en defensa de su notoria justicia, consta, y que en todas quantas repetidas especies inadaptables à nuestro caso ha movido el Contrario, queda illella, y mas purificada, y la de sus hijos, y linea, con exclusion de Doña Antonia, y así respectivè à Doña Maria, como à sus hijos, en caso que en su cabeza se considerara incompatibilidad, que no ay.

II. ESPECIE.

Ad num. 79.

Como tia, y transverfal considerada Doña Antonia en nuestro caso, y especie, que figura el contrario, tiene notoria exclusion, no solo respecto del primogenito, y segundo hijo de Doña Maria, sino que se excluye por esta por las doctrinas del señor Castillo cap. 178. tom. 6. desde el n. 17. hasta el final. Aguila ad Rox. de incompat. part. 4. cap. 1. Roxas ibidem n. 88. que buelve à citar el contrario, y explicamos, y referimos supra ad num. 44. vsque ad 49. & ad 59. & ad 73. con decisiones à favor del primogenito, entre las contrarias, que refiere Roxas part. 7. cap. 6. Y referimos, y explicamos supra ad num. 56. en las quales citò el contrario

mayor del que murió, tenia otro mayorazgo, ò no cumplia la condicion, precisamente le considera sin possession, y dize: pues en este caso la representacion sea del otro hijo segundo del difunto, y que poseyò, y no sea de los nietos, porque su padre no pudo poseer, ni poseyò, y mi animo es, que la preferencia en la presentacion sea en la linea del poseedor, y no en la que constituyo el contraviniente: porque esta no puede ser linea del poseedor: con que està claro el concepto, y que la exclusión es real lineal: porque los conceptos se han de entender de los terminos expressos, à que los dirigió el testador *L. in multis ff. de stat. hom. vnum sub alio nunquam includi, ubi, de utroque separatim disponitur. L. cum ex filio §. 2. ff. de vulgar. L. unica §. sin autè C. de cad. tollend. D. Castillo lib. 5. cap. 117. n. 28. vers. octava conclusio ibi: Item quando dispositio habet propriam specialem determinationem::: aut quando clausula est accessoria ad unam personam, quia tunc non trahitur ad aliam.*

76. Y pudo moverle otra

trario estas mismas doctrinas, en que quedò ex ipsis refutado, y excluida Doña Antonia, y constituida en verdadera poseedora legal Doña Maria Sebastiana, como siguiente en grado, y sus hijos à ella en su caso: & dictis ibidem nihil superest addendum.

Ad num. 80. La opinion, y palabras de Costa in tract. de maiorat. bonor. reg. coronæ part. 1. de síte el n. 14. hasta el 17. que refiere el Contrario en este num. y refirió supran. 58. & 60. procede en terminos de la ley mental del Rey D. Juan el primero de Portugal, que reduxo à escrita el Rey Eduardo su hijo, que dispuso en quanto à la successión de los bienes de la Corona, que los Reyes donassen, por cuya especial providencia cesò en quanto à la successión de tales bienes en aquel Reyno la ardua questión del tio, y del nieto, cuyo caso especial no es de traer al nuestro, y en el num. 14. *vers. defendemus*, y en el 28. *vers. ubi*, & *vers. tertio* asienta, que en la successión del Reyno, y en los bienes feudales, y de mayorazgo, en que ha lugar la representacion, se prefiera el nieto al patruo, y en la *segunda parte de maioratu bonorum patrimonialium* es conclusion firme en todos los numeros de ella, y en el 32. final la reassume por estas palabras: *Nepos patruo præfertur indistinctè in Regno Castelle. Y exponiendo la ley 40. de Toro de síte el num. 29. en el referido 32. concluye assí: Ex his deducitur, quod etiam si is, qui maioratù instituit, atq; etiã ultimus possessor fuissent ex remotioribus transversalibus patru, & nepotis, qui de maioratu cõtenderent, nepos ex sententiã dictæ legis regis præferri deberet, quod latè explicat*, y el lugar de Acofta el señor *Molina lib. 3. cap. 7. per totum præsertim ex n. 12. & 13.* Y disponiendo el fundador se guarde en la successión la ley de Toro, y que el hijo mayor succeda al padre, y assí vaya de mayor en mayor, hemos de observar la voluntad del fundador, y

acer-

otra razon, que es lo mas verisimil, el que considerò al poseedor solo con vn hijo, y de este nietos, y à el dicho poseedor con trasversales, y en este caso dixo, que se prefiera la linea de el poseedor, porque lo considerò sin hijo segundo, para que no saliera el mayorazgo de la linea, y entoncès admitiò la representacion; pero quando le considerò en otro concepto, que es con hijo segundo, y que no avia de salir de la linea del poseedor, dixo, que se atendiese à la prerrogativa del grado, y que fuese de grado en grado, que excluye la representacion, como està fundado: y en este modo no tiene implicacion la clausula; y de la otra forma dieramos que queria, y no queria representaciõ à vn tiempo, y respecto de vnas mismas personas. que repugna; y debaxo de distintas formalidades, que son las dichas, se conuerda sin repugnancia la mente.

77. Porque de lo contrario se seguiria absurdo, pues dize, que no sea poseedor el que no cumpliere antes la condicion, y si huvieramos de dirigirle la representacion

pre-

acertar errando en despreciar sutiles interpretaciones, vt supra dicebamus ad num. 73. in fine por la doctrina del señor Castillo en el dicho cap. 178. ad finem, con cuya cita concluye el Contrario este numero, y nosotros tambien.

Ad num. 81. & 82. En el 71. citò el Contrario à Roxas de incomp. part. 4. cap. 1. & ibi Águila, y antes avia citado à este supra n. 47. queriendo dár por ellos preferencia en la computacion de grados del patruo al nieto, donde le satisfacimos, y probamos lo contrario por estas mismas doctrinas, que agora buelve à citar en el num. 87. que referimos al num. 71. à la letra, en que se prueba, que no ay exclusion real lineal, sino es quando el llamamiento es de hijo segundo, ò hermano segundo con exclusion del primogenito, en cuyo caso se prefiere el patruo al nieto, y el segundo al primogenito; pero quando el llamamiento es del siguiente en grado, aunque sea en mayorazgo incompatible, y que estè prohibido el concurso, se prefiere al patruo, y secundogenito el hijo mayor, y hijos del primogenito: porq̃ que el patruo se prefiere al nieto es especial en el caso de la L. 7. tit. 7. lib. 5. recopil. Y ex ipso Roxas diximus supra ad num. 44. vsque ad 49. quod ex superabundanti, y de lo expresado en ellos, y doctrinas referidas, y en los num. 37. 38. 42. 56. 59. 74. 76. consta claro por regla fixa, que en los mayorazgos de segunda generitura, y en que el primogenito estè excluido, y llamado el segundo, es la exclusion real lineal; pero en los que el primogenito es llamado, y sus hijos, y en caso de contravencion el siguiente en grado, este es el hijo, ò hija del hijo mayor, y los de su linea: lo que consta se ve de todos los numeros de esta apologia, sin que se ayado, ni pueda dár doctrina en contrario: con que habemus intentum à favor de Doña Maria, vsus hijos con exclusion notoria de Doña Antonia, y vna de las razones, que ay para ello, es, la de que se

presentacion al exclusivo, se siguiera, que no tendria preferencia la linea de el poseedor, como lo prevenia, sino la del que no lo fue, que constituera el primogenito para el nieto del poseedor, que se implica, y se ha de evitar todo absurdo. Torres de maiorat. part. 1. cap. 41. §. 7. n. 66. L. sed si plures 11. ff. de vulg. D. Larrea deciss. 54. n. 17. vers. quando. Y asì debe suceder el secundogenito. D. Solorzan. de iur. Ind. tom. 2. lib. 2. cap. 19. n. 56. & 57. ibi: Et ita accidit in dicta causa magnaniarum, eius memini supra n. 28. Et quotidie in regio senatu pronuntiat, vbi quis excluditur ab vno maioratu ob incompatibilitatem alterius: nam successio illius non datur primogenito exclusi, etiam durante vita patris, quamvis tunc nullum maioratum possideat, sed secundogenito, qui neque actu, nec spe proxima impeditus reperitur, prout his diebus controversum, & definitum vidimus in gravi causa maioratus de los Saavedras de Cazerres, in qua iuxta hanc nostram opinionem lucculentà allegationem scripsit, & mihi communicavit nobilis, & egregius advocatus D. Francisco de

se haze cargo, y prueba el Contrario en el num. 82. que reproducimos.

Ad num. 83. La doctrina de Alvarez de Velasco de *privilegijs pauper. part. 1. q. 4. §. 2. n. 111.* y demás, que se citan en este numero, proceden en materia de contratos condicionales, en que por su naturaleza *conditione pendente, non datur aliqua actio ad exigendum debitum contra debitorem: Quod satis dissimile est à nostro casu, en el qual por su naturaleza ex propria vocatione, & ex L. 77. Tauri* sucedieron Doña Maria hija de Doña Ana, Don Juan Alonso, y nuestra Doña Maria Sebastiana: *Quamvis ex post facto ex casu contraventione vnus, vel alter in habilis efficeretur, in quo filius non privatur, imò sequentibus in gradu praesertur, vt ex Molina, & Rox. supra ostendimus ad num. 59. & ad num. 73. post medium, & ipsis verbis D. Ioan. del Castillo lib. 3. cap. 15. de exclusione reali, vel personali à maioratu n. 56.* Mediante lo qual se han hallado cada vno con aptitud para la sucesion, y potencia productiva, y con efecto han sucedido, y poseído.

Ad num. 84. 86. 90. & 91. Multiplica sus discursos el Contrario sin adelantar doctrina, ni autoridad, pues en el n. 48. citò, y refirió las palabras de *Aguila ad Rox. pars. 8. cap. 7. n. 22.* à que por mayor allí satisficimos; repitiòlas en el n. 74. à que con especial reflexion dimos genuina inteligencia *ex Roxas ibi,* y añadiendo numeros, nos las buelve à referir en este, y lo buelve à citar en el n. 88. y olvidado de ello *infra n. 91.* con novedad nos dize toca muy ex professo esta question, y buelve à trasladar las mismas palabras de *Aguila* en dichos numeros 21. y 22. que entra autorizando con la doctrina, y palabras del señor Olea, y de vno, y otro concluye, queda quitada toda duda de la justicia de Doña Antonia, destruido nuestro fundamento, no teniendo Doña Maria Sebastiana potencia

de Messa Maldonado, vbi plures allegat. D.D. cui addo Barth. doctrinam in L. huiusmodi § si titio. ff. de legat. 1. vbi docet, quod semper portio exclusi debetur ei, qui eius loco includitur; quem sequitur Romanus in l. 1. column. pen. C. quando non pet. part. Y cita à otros: con que tenemos en terminos resuelta nuestra question à favor de Doña Antonia secundogenita.

78. Porque es de la linea de el poseedor, de quien es descendiente derecha, y en este caso todos los descendientes se tienen per modum vnus, y de vna misma linea, vt ex *Gul. & alijs tenet Ros. consult. 69. n. 62 & sequët.* Y así se cumple la voluntad: pues en esta se prefirre la linea del poseedor, que no pudiera en la primogenita, porque esta no pudo poseer. Y así no se prefiriera la linea del poseedor, que no pudiera en la primogenita, porque esta no pudo poseer: y así no se prefiriera la linea del poseedor, como quiso el fundador, sino la del contraviniente, que repugna. Y así como quiera que se considere, es lineal la ex-

Y clu.

rencia proxima de suceder, ni posesion, porque la prohibe el testador, y la potencia de poseer, hasta estar cumplida la condicion antes: conque no pudo transmitir, porque le falta la momentanea posesion, que requieren los Autores; y aunque hasta aora hemos ido satisfaciendo al Contrario con sus mismas doctrinas, en todas particulares, y especies, como las ha movido, y sin saltar à ello, acercandonos à la especie de nuestro caso, y pleyto, no hemos de satisfacer à esta especie en cabeza de Doña Maria Sebastiana, para la sucesion de sus hijos, con exclusion de Doña Antonia; sino en cabeza de Don Juan Alonso su padre, para la sucesion, y posesion legal de Doña Maria, y real, y actual, en que està, à cuyo caso, que es el deste pleyto, nos hemos ido acercando en nuestras respuestas, y por consecuencia, queda lo mismo executoriado à favor de sus hijos, en caso, que se diese aver contravenido Doña Maria, de cuya sucesion, y manutencion oy se trata, no de la de sus hijos.

Y no olvidando la inteligencia, que dimos à las referidas palabras de *Aguila ex ipso Roxas ibidem*, pues va adicionandolo desde el n. 11, hasta el 17. en que va hablando en terminos de la L. 7. tit. 7. lib. 5. recopilat. y de mayorazgo de segunda genitura, & quod aliter res se haber, quando es llamado el siguiente en grado ex L. 45. *Taur.* vt manifestum extat ex verbis ipsius *Roxas dict. n. 23.* que referimos *ad dict. num. 74.* consta mas claro del mismo *Aguila ibidem n. 31. & 32.* donde mueve las dos especies siguientes.

31. *An autem per L. 7. filius primogenitus excludus maneat, 2. affirmative dicendum est, vt supra ad Authorem n. 14. & 15. & seqq.* (debaxo de los quales, se comprehenden las palabras referidas de los n. 21. y 22. en estos por el Contrario.)

32. *Quid autem in successione maioratus*

clusion, y pertenece el mayorazgo à Doña Antonia.

ESPECIE II.

79. **P**asemos ya à registrar à Doña Antonia como tia, y transferal (por la afinidad, que tiene en esta especie con la antecedente) y hallo que el señor *Castillo cap. 178. tom. 6. desde el n. 17. hasta el fin. y Rox. de incompat. part. 4. cap. 1. à n. 36. hasta el 87. y Aguila ibidem* traen gravissimos Autores, y muchos fundamentos à favor del tio contra los sobrinos, que por no ser molestado me remito à ellos, porque no parezca, que mas traslado, que fundo, para poder passar à mas especiales fundamentos deste caso, que aclaren la justicia de Doña Antonia en el conflicto de tan graves opiniones, y questiones tan reñidas, como siempre han sido estas con decisiones contrarias, como refiere *Roxas ubi supra part. 7. cap. 6. n. 33.*

80. Y no puedo dexar antes de tocar la opinion, que tan à nuestro favor tiene *Costa en el tratado de maior. bon. reg. cor. desde el*

atus ex dispositione hominis in compatibilis, videndus est. Author 7. part. cap. 6. per totum (de quo nos supra ad num. 56. & 59.) & partes filiorum primogeniti defendit D. Castillo lib. 3. controvers. cap. 15. per totum (à quien cita dicto n. 21. y porquien se ha de entender en lo que en él dize) vbi in speciali casu latissime tuetur, vocationem illam: Quiero, que passé en el siguiente en grado: & illam: Y suceda en el caso el llamado tras él, necessario intelligendam esse ad favorem filiorum primogeniti, exclusso secundogenito, secundum regulares vocationes in utroque maioratu incompatibili, vbi specificè filius maior, & descendentes vocati sunt; quod bene fundat à n. 24. vsque ad 57. Y prosigue refiriendo las dos referidas especies del señor Don Juan del Castillo tom. 6. cap. 178. que referimos la primera supra ad num. 57. y la segunda ad num. 59. & 73. ad finem. y segun lo que allí diximos n. 35. In priori specie contra filios resolves: quia filius primogenitus potius non vocatus, quam exclussus censetur. L. si tibi homo §. cum servus, ibi: Nunquam videtur eius fuisse ff. de legat. 1. L. 1. ibi: Non tam adempta, quam non data videtur hereditas, ideoque lineam constituere non potuit, quia succedendi ius non habuit (quæ verba in ista distinctione repite el Contrario infra n. 86. ad medium, y de lo que en este número vamos explicando, quedan entendidas, y satisfechas.) Et n. 38. in secunda specie pro filijs primogeniti resolvendum est ex adductis à D. Castillo lib. 3. cap. 15. vbi plura adducit. & faciunt text. in L. peto §. fratre, ibi: Neque tamen ideo sequentium causa propter superiores lēdi debet ff. de legat. 2. cum alijs, que ibi vide. Y con esta distinción va el señor Olea tit. 3. q. 4. sub eodem n. 20. Y ayendo asentado al principio de él, que por la contravención del padre no se excluye el hijo, imo ad eam successio transeat, cum privatio ex causa contraventionis

n. 14. basta el 17. part. 1. ibi: Nepos in eâ successione materia, in qua iure non potest in locum patris mortui succedere, seu patrem suum representare, ne quidem potest de maioratu contendere cum patruo. Y al n. 15. citando à Juan Andrés en las add. ad speculat. quod patruus habet intentum, probato, quod filius non representet personam patris. Y al vers. ult. in fine ibi: Proinde senserunt rectissime, quod, si representatio non daretur, nepos patruo præferri nequiret. Con que estando probado, que por prevenir el testador, que se atiende à la prerrogativa del grado, no puede aver representacion, y que la que quiso, fue solo entre las personas, que se hallassen sin impedimento en la linea del possedor; porque las otras no pueden ser representadas, como està tambien probado, es contante la justicia de Doña Antonia: porque si, no aviendo estas circunstancias, hubo tanta diversidad de opiniones, y tantas à favor ay con este aditamento, que no concurre en la question, como la tratan los autores, y està mas clara la justicia: con-

si.

nis personalis sit, quæ descendentes, & filios non excludit. L. 1. §. in filiis vers. in avo ff. de decur. ibi: Ne patris nota filius macularetur. Mieres 2. part. q. 4. illat. 8. à n. 318. (haziendo vn parentesis con las palabras, que refiere el Contrario, y Autor de ellas, de que hablamos, despues prosigue) Castillo 3. tom. controu. cap. 15. n. 63. videndus à n. 59. Anton. Bellam. cons. 65. n. 71. & 72. Larrea decis. 34. n. 38. & decis. 51. n. 6. & 7. Ciriacus controuers. 206. à n. 33. lib. 2. Barbof. in vot. decis. vot. 126. n. 137. lib. 3. late Giurba de success. feud. §. 2. gloss. 6. à n. 75. Fontanella decis. 368. & 369. Matute disquis. legal. disq. 36. qui aliud esse asserunt, si contraventio, ex qua pater priuandus veniret in maioratu, non personalis, sed realis esset, que in filios etiam influeret (vt ex Roxas, & Aguila exempla tradidimus supra ad num. 73.) vidend. Fluffar. de substitut. q. 575. late Philip. de fideicom. sum illust. à num. 152. licet non faciat distinctionem inter contraventionem realem, & personalem, quæ sine dubio verissima est, quam no viter sequitur DD. Christophorus Crespi obseru. 22. n. 72. 73. & 80. Conque todas las doctrinas van corrientes à favor de Doña Maria Sebastiana, pues estamos en terminos de exclusion personal, en caso de contravencion, como nos lo confiesa el Contrario, y se manifesta de la distincion de Castillo, conforme cuya distincion propone las dos referidas especies Aguila, y con que ya el señor Olea, y Solorzano de iur. ind. lib. 2. tom. 2. à n. 3. quam assignavimus supra ad n. 73. Procediendo las palabras de Aguila, que tantas vezes repite de dichos numeros 21. y 22. en el caso, como queda explicado, que la exclusion ob contraventionem fuesse real, fuera del qual estamos, y en caso que es personal, como es manifesto, y llega à confessar el Contrario in hoc n. 97.

Y en el parentesis del señor Olea, cuyas palabras truncadas, vt assolet, refiere,

sideracion, que justamente hizo el señor Castillo en el dicho capitulo 178. ad finem.

81. Pero aun se agregan mas circunstancias à su favor: porque si atendemos à la diferencia, que dà Roxas en la part. 4. cap. 1. n. 87. para resolver esta question, hallamos esta opinion, y la de los que la figuen à su favor, pues dize, que si la exclusion es real lineal, entra el tio primero que los sobrinos hijos de el primogenito, aviendose causado la incompatabilidad en su abuelo, como tambien lo trae Aguila en el mismo lugar, que lo dexo ya citado; y que si es personal, entran primero los hijos del que contravino, que el tio. Que sea real lineal, lo llevamos ya fundado: conque habemus intentum à favor de Doña Antonia.

82. Pero dado, y no concedido, que fuesse personal en nuestro caso no puede tener fuerza esta opinion, porque la razon potissima, que dan para fundarla, y que pueda transmitir, y constituir lineal para sus hijos, es vna metafisica delgada, que es dezir,

y en que dize está la más clara justicia de-
 pleyto , conocerá lo contrario. Ita se
 haber: *Quod idem Mieres dict. 2. patr.*
q. 7. n. 27. & 28. limitare videtur, quan-
do pater non successit, & propter contra-
ventionem non apprehendit possessionem
maioratus. Facit L. Titio vsz ^{ibi}
Nec initium accepit ff. de com. & de-
monstr. L. leia 42. ff. de donat. caus. mort.
 ibi: *Quæ nondum in personam filiorum*
initium accepit, sequitur Solorz. dict. 2.
tom. lib. 2. cap. 19. n. 37. A que satisfa-
 go por dos medios por vn mismo termino:
 el primero , que el señor Olea no afirma,
 sino lo contrario en que queda , vt ex suis
 verbis relatis constat. Otro que se ha de
 entender segun las doctrinas , à que se re-
 fiere , y cita de *Mieres in dict. q. 7. n. 28.*
 ibi : *Quod procedit vbiicumque propter*
delictum fuit incapax succedendi in maio-
ratu, & non apprehendit proprietatem,
neque possessionem bonorum maioratus:
nam si illam apprehendit, & aliquo tem-
pore fuit possessor, gradum sine dubio fa-
cit: Lo que no se puede adaptar à nuestro
 caso , pues Don Juan Alonso padre de
 Doña Maria, aprehendió la posesfion , y
 estuvo en ella todo el tiempo de su vida.
 Y la de *Solorzano dict. n. 37.* ita se habet:
Vel quando exclusus fuit ob contra-
ventionem antequam liberos haberet, & al-
ter vocatus maioratum occupavit: &
enim si iam nati erant, verior, & com-
muniior opinio est, quod filius, vel nepos ob
contraventionem patris, vel avi à maio-
ratus successione non excluditur: Que es
 el caso, en que puede proceder el paren-
 tés de las referidas doctrinas de Mieres,
 y Solorzano , que contuvo el señor Olea
 sub dict. n. 20. pues al 21. statim subdit
 la misma especie de Solorzano , *si ob con-*
traventionem ocupò la posesfion el si-
guiente en grado al tiempo que no eran
nacidos los hijos, que aunque despues
nacian, ex rigore iuris no pueden avocar
la successione adquirida à otro, sobre que
aviendo referido diferentes contrarias
 opi-

dezir , que quando se di-
 fieren los mayorazgos, co-
 mo à ambos tiene el pri-
 mogenito derecho mien-
 tras elige, y declara la con-
 travención en vno de ellos,
 se le confidéra en vno , y
 en otro vna momentanea
 posesfion , la que es baf-
 tante para que así que
 dexa el vno , passe , y lo
 transmita à sus hijos por
 aquella potencia proxima,
 que se tiene por acto.
Velasco de privil. paup. part.
1. q. 4 § 2. n. 129. Ex plu-
ribus Rox. part. 7. cap. 6. n.
22. D. Molin. lib. 3. cap. 7. n.
4. vbi Add. D. Castillo lib. 3.
cap. 15. n. 76. & 77. & cap.
19. n. 172. & idem Rox. part.
8. cap. 5. n. 56. vers. sed ad
hoc ibi: Vt ex ministerio legis
40. Taur. dari possit repræ-
sentatio, necesse est, quod per-
sona habeat tempore aliquo
ius succedendi in maioratu,
licet, non successerit, cum suffi-
ciat potentia succedendi, quæ
per representationem deri-
vatur in filium, vel nepotem,
qui in locum patris substituit.

83. Esta es toda la ra-
 zon, en que se fundan: con
 que probando, que nunca
 ha tenido Doña Maria tal
 potencia proxima, es con-
 siguiente, que no puede
 aver dado causa de suce-

opiniones à favor de los hijos nacidos aun despues de la sentençia dada à favor de el figuiente tunc temporis (de cuya solidez oy no inquiero , ni disputo, aunque està à favor de los que naciessen despues ex expressa voluntate testatoris en nuestro caso ex traditis à Roxas de incompat. 5. part. cap. 2. ex n. 69. vtque ad 74. & ibi: Aguilã ex D. Olea) resuelve à favor de los hijos del contraviniente *in add. dist. zit. 3. q. 4. n. 4. Vel quando filius natus erat tempore contraventionis, vel quando post contraventionem natus fuit antequam per sententiam declaratum fuisset, maioratum ad proximiorum consanguineum pertinere; quod verissimum est, & nos fatemur.* Aqui, Señor, de la justicia de Doña Maria Sebastiana en este pleyto (que son palabras de que via el contrario) nació año de 1627. Doña Maria su abuela, aprehendió la posesion deste mayorazgo siendo la mayor con llamamiento expreso por muerte de Doña Ana año de 1688. (quien la avia tomado año de 1649. ya nacida Doña Maria) poseyó toda su vida: quando aprehendió la posesion, era nacido D. Juan Alonso su hijo mayor al tiempo que murió Doña Ana de Zaldúa abuela deste (pues nació año de 1652.) aprehendió la posesion Don Juan Alonso por muerte de Doña Maria su madre año de 1703. à tiempo, que era nacida Doña Maria Sebastiana, que nació año de 1680. poseyó mientras vivió, por muerte de Don Juan Alonso año de 1714. (nacidos Don Fernando, y Don Juan sus nietos año de 1704.) aprehendió la posesion, y està en ella Doña Maria Sebastiana. Vbi est sententia declaratoria super contraventione, de qua ibi: El señor Olea, contra Doña Maria, Don Juan Alonso, Doña Maria Sebastiana? Todos, y cada vno eran nacidos, quando el padre sucedió, & apprehendit possessionem, con que se excluye la especie, y doctrina de Mieres, en cuyos terminos quorsum hæ disputaciones tendunt? Confesso

der à sus hijos, ni ha tenido, que transmitirles. Pruevoló: porque, como està dicho, la clausula es condicional, y no les permite posesion, ni aptitud para ella, hasta que la ayan cumplido antes, y para habilitarse, y tener potencia de poseer, es necesaria esta circunstancia, y mientras no, no tiene, ni puede tener accion, *vt ex L. necessario 8. §. quod si pendente ff. de per. & comm. rei vend. L. Mævius 55. ff. de cond. & demonst. Tiraguel. Marc. Ant. Natta. Ceph. Menoch. Crafsis Cent. tenet Velasco de privileg. paup. part. 1. q. 4. §. 2. n. 111. Ant. Fabr. ratio. lib. 11. tit. 1. ad §. 1. quamquam f. mibi 2020. col. 1.* Ni se puede dezir, que ay derecho alguno adquirido, como en el n. 110. funda el mismo Velasco cõ muchissimos. 84. Luego de aqui facamos, que hasta estàr cumplida la condicion antes, Doña Maria no tenia potencia proxima de suceder, ni derecho alguno adquirido, ni posesion, porque la prohibe el testador; y la potencia de poseer hasta estàr cumplida la condicion antes: con que

fieffo mi corto ingenio, y capacidad, y confieffo, que no lo alcanzo, ni lo entiendo.

Bolviendo al affunto deffos dos numeros, à que tan latamente hemos fatifecho por lo repetido del cargo de la doctrina de Aguila, que tiene por apoyo la del feñor Olea, con doçtrina del mifmo; reafsumirè todo lo explicado con las diftinciones deffe numero, y dadas en todos los antecedentes muy en breve con las palabras del mifmo *in add. dict. tit. 3. q. 4. ibi: In coeasu afferit Emmanuel Pegas dict. cap. 4. à n. 121. filium contravenientis succedere in maicratu, quando inftitutor in cafu contraventionis fequentem in gradu fubftituiſſet; ſecus verò ſi alium de alia, & diverſa linea vocaſſet ad ſucceſſionem.* Y probandole de las mifmas doctriñas lo contrario para que fe adducen, no ſubſiſten los ſofifticos diſcurſos, que fe nos oponen, ni es neceſario hazer otros en contrario, pues las doctriñas fon tan claras, que no neceſitan de ponderacion, ni induccion, y baſta ſolo referirlas.

Ad num. 85. & 87. & 88. Las palabras, que fe refieren en eſte numero del feñor Molina nos aſeguran el intento, y excluyen el contrario, que fe quiere probar con ellas, pues las de la eſpecie del n. 17. no fe encuentran en eſte caſo, pues el teſtador no prohibiò la ſucceſion, dominio, y civiliffima poſſeſcion antes que fe cumplierſe la condicion ex noſtris legibus, antes la permitiò, y diſpuſo fe ſucedieſe conforme à ellas, vt ex ipſa fundacione pater ſupra ſub n. 5. con que eſtamos en el caſo de las palabras del n. 15. en que el dominio, y poſſeſcion civiliffima paſſan al llamado, muerto el vitimo poſſedor, ſin que en èl ſe pueda ſuſpender la aprehenſion de la actual poſſeſcion ex illis verbis: *y antes que tomen la poſſeſcion de ellos, ſean obligados, &c.* Ex illis, que les anteceden: *ſean ſolamente uſufructuarios de los bienes.* Y eſto lo con-

que no pudo transmitir, porque le faltò la momentanea poſſeſcion, que requieren los Autores, porque la voluntad del fundador ſe la reſiſtia expreſſamèntè por aquel interim, que le conſiderò para elegir: y por eſſo dize, que mientras no cumplan la condicion, fueran meros uſufructuarios, y no poſſeedores. y añaðe: *y para entrar en la poſſeſcion, ſe ayan de llamar,* para que ſino lo cumplan, no pudieſſen tranſmitir à ſus hijos coſa alguna, y de eſtaſen aquel interim en nombre de ſu hermano, que era preciſamente de la linea del poſſeedor, y no los nietos, q̄ no podian representar à ſu padre, para entroncar cõ el dicho poſſeedor, y poder ſer de ſu linea. Es expreſſo *Aguila ad Roxas part. 8. cap. 7. n. 22. ibi: Et ſicut in contraveniente per viam conditionis ſucceſſio deſertur ex perſona ultimi poſſeſſoris, & non ex perſona contravenientis, cum adhuc ei non fit delata ſucceſſio.*

85. Porque aſi como el teſtador puede prohibir el dominio, y no paſſa, aſi puede prohibir la poſſeſcion, y no paſſarà tam-poco,

confiessa nuestro contrario infra n. 87. ibi: *No quiere que entre en los bienes como successor, sino como usufructuario.* Y concedido, que entre en ellos como usufructuario, es preciso concederle natural posesion nomine proprio, y por ella todos los interdictos possessorios. Latè D. Castillo de usufructu cap. 6. ex n. 28. (vt infra ad .iij. 92. dicemus latius) Conque ex eo quod iure usufructuarij naturaliter possederit: ex eo quod civilissima possessio non sit prohibita, rectè in casu contraventionis in sequentem in gradu, hoc est, in filium transfunditur, & transmittitur possessio, & ius successiois ex supradictis: quia, vt constat, potentialiter successit, & suo modo verè successit, & possedit. No me atreviera yo à probarlo, ni bastara en el asunto, que llevamos, sino fuera con la misma doctrina, que trae el contrario dict. n. 87. ad finem, que buelve à citar en el n. 88. de *Aguila ad Rox. part. 1. cap. 6. n. 296.* ibi: *Nec obstat, quod linea non possit incipere nisi ab eo, qui successioem occupavit. Et alij à Molina lib. 3. cap. 6. n. 34. relati: respondetur enim hoc intelligi de linea possessoris, non vero primogeniti. Præterquam quod solum requiritur succedendi potentia ad lineam constituendam, que quidem hodie ex nova pragmática L. 14. tit. 7. lib. 5. recopil. sufficiens est ad prælationem constituendam ex vi representationis concessæ.*

en ambas lineas: succediò à su padre Dona Maria Sebastiana, mas claro de la doctrina de Molina citado por el Aguila, traído por el Contrario, vbi n. 35: *ad hoc namque responderetur, quod aut querimus de linea ultimi possessoris, aut de linea primogeniti? Si de linea ultimi possessoris queramus, non dicitur efficere lineam, nisi ille, qui in maiori aetate successit; si verò queramus de linea primogenitorum, is, qui primo natus fuit, illico ius primogeniturae acquisivit, & lineam secundogeniti excusit lineam primogenitorum inter-*

poco, y la detentacion darà derecho al que huviesse entrado en los bienes contra la voluntad del que fundò. D. Molina de primogen. lib. 2. cap. 12. à n. 15. & seq. ibi: *Primo si ex dispositione maioratus institutoris gravamen ipsum ante possessionem apprehensionem implendum sit:: nam in hoc casu, quamvis dominium, ac possessio civilissima in vocato, ultimo possessore mortuo, pertranseant:: nihilominus tamen apprehensio actualis possessionis suspendenda erit. Y al num. 17. ibi: Imo plus est, si conditio hæc non solum apprehensioni possessionis, imo ipsi successioi apposita sit, veluti si institutor dixerit, quod non transeat in vocatum dominium, nec possessio, nec ipsa successio donec ad impleat id, quod sibi iniunctum est, etiam ipsum dominium, atque possessio civilissima in hoc casu invocatum non pertransibit, cum conditio ipsa successioem, atque dominij translationem in eventum conditionis suspendat, & in vocatum sub conditione dominium, atque possessio non pertranseant ex ministerio legum Regiarum, prout ex pluribus probat Gregor. Lopez in L. 7. tit. 4. part. 5. verb. possessio.*

inter se, & illos, qui ab ipso descenderint, constituens. Et n. 36. ibi: *Ad cuius assumpti maiorem comprobationem considerandum est, quod maioratus successio altero de duobus modis considerari debet. primo: quatenus filio primogenito statim cum nascitur in habitu eodem successio acquiritur: secundo, cum iam mortuo parente realiter sibi actualiter ipsi desertur, atque ab ipso apprehenditur. Et n. 37. ibi: Quod quamvis in vita parentum suspensum esse dicatur, illi tamen auferri non potest, sed ad eius primogenitum transmittitur: ideoque non mirum si hoc ius considerandum sit ad hoc, ut ex eo primogenitus ante realem, & actualiter successione lineam propria efficiat, ita ut ad illa, dum aliquis ex ea supersit, ad aliam transitus faciendus non sit. Y así se dà la transmisión del hijo al nieto, ut ibi n. 38. y en el n. 39. que por esta calidad de la primogenitura se transmite con mas facilidad en el llamado, y representa el hijo al padre; lo que prueba así, ut ibi: Quod probatur ex eo quod quando plures vnus post alium ad aliquid fideicommissi successione vocantur, atque vocatio primi in causam caduci venit; nihilominus tamen sequentes ex proprijs vocationibus succedent, ut diximus supra ad num. 73. & 74. post medium, & ad 77. No quiero gastar palabras en la aplicación por nosotros, y exclusión de los discursos en contrario formados; pero las de el fundador (aunque sea muy largo) he de repetir: compulsólas el Contrario sub n. 5. ibi: *Y si lo contrario bizieren, por el mismo hecho ayan perdido, y pierdan estos bienes deste vinculo, y mayorazgo, y los ayan, y suceda en ellos el successor, ó persona, que tras del dicho inobediente aya de suceder, con los dichos gravámenes, y condiciones: y la tal persona, que por esta causa de no llamarse de dicho apellido de Martinez Oja de Castro, y traer las armas à la mano derecha, huviere, y sucediere en los bienes de dicho vinculo, y mayorazgo, sea obligado à llamarse.**

93
& idem D. Molina lib. 2. cap. 14. à n. 10. & seqq. Add. dict. cap. 12. sub n. 18. D. Castillo lib. 5. cap. 115 à n. 15.

86. Y es la razón, porque puesta por el fundador semejante condición, se tiene al contraventor por no llamado toda la vez que antes no la cumple. D. Molin. dict. lib. 2. cap. 12. n. 20. ibi: *Et in casu contraventionis vacabit alium, quod si fecerit contra conditionem, ipso iure desinit esse hæres à principio, & in alium hereditas transfundetur:: Quia testator in eo casu non videtur adimere hereditatem, sed verius censendus est illam non dedisse: cuius dicta sequitur, atque ingeniosè probat Emmanuel Cesta in Select. circa conditiones lib. 2. cap. 6. n. 5. & 6. y cita à otros. Y al n. 21. concluye desta suerte: Quia ex non implemento conditionis censetur retro heredem non fuisse. Add ad Molin. cap. 12. sub n. 18. ibi: Cuius defectus non facit, quem privari, sed haberi pro non instituto. Citan muchos. Y el señor Castillo dict. cap. 115. n. 15. ibi: Quod successor non censetur vocatus, nisi onus impleat, conditionalis est. & n. 17. Hermosilla in l. 7. tit. 4. part. 6. glos. 2. n. 4. Aa ibi:*

se, y tener el dicho apellido de *Martinez Oja de Castro*, y traer à la manoderecha las armas, sin anteponer otro apellido, como dicho es, so pena de perder el dicho mayorazgo, y bienes de él, y que suceda el siguiente en grado por la misma orden, y esta se tenga, y guarde siempre por la dicha Doña Maria, mi hija, y por los dichos sus hijos, y descendientes legitimos, y por los demás successores en este dicho vinculo, y mayorazgo. Está permitida la successión; no está prohibida, vt in principio huius numeri dicebamus, & constat ex verbis ibi: *los ayan, y sucedan.* & ibi: *y sucedieren.* & ibi: *y que suceda el siguiente en grado.* Ex alio capite ibi: *Ayan perdido, y pierdan.* ibi so pena de perder el dicho mayorazgo, y bienes de él: *Quia privatio presupponit habitum. L. nam etsi §. post defectum ff. de iniust. rupt. L. sempronius 26. ff. de usufruct. legat. L. decem ff. de verb. obligat. L. non videtur. L. non potest videri ff. de regul. iur. cap. ad dissolvendam 13. de spons. impub.* Ex alio capite ibi: *y por los dichos sus hijos, y descendientes legitimos.* & supra in vocationibus: *hasta se acabar la descendencia legitima de el dicho Pedro Martinez Oja de Castro mi nieto in infinitum perpetuamente.* & infra ibi: *con que en dicha successión se prefiera siempre el varon mayor al menor, y la hembra mayor à la menor, y el varon à la hembra, &c.* vbi de successione primogeniti, vt diximus.

Sucedio à Doña Ana Doña Maria su hija; supongamos, que contravino: sucedio ex ipso facto Don Juan Alonso su hijo, que era nacido, y siguiente en grado; supongamos, que contravino: sucedio iure proprio Doña Maria Sebastiana (vbi de contraventione istius?) caso que se diese contravencion, sucediera su hijo mayor, magis ex propria vocatione, & iure cetero, atque incommutabili succedendi in habitu, quam ex transmissione, vt late remanet coraprobatum ex Molin. Aguila; & Valenz. conf. 97. que num. 10.

cita

ibi: *Quod possessio non transfertur in successorem ex ista lege, nec ex dispositione legis 45. tauri*, quando testator prohibuit illam capere; y va profugiendo sobre el mismo asunto. Y Aguila ad Rox. part. 8. cap. 7. n. 18. 19. & 35. ibi: *Sed iuxta predictam distinctionem D. Casillo in priori specie contra filios resolvit: quia filius primogenitus potius non vocatus, quam exclusus censetur::: ideoque lineam constituere non potuit::: quia succedendi ius non habuit::: filius ergo maior, licet videatur vocatus, sub ea tamen conditione vocatus::: hac ergo conditione deficiente, vocatus non est.*

87. Es assi, que el fundador prohibe, o por mejor dezir, no llama à la successión, ni le da possessión, ni dominio al que antes no cumpriere la condicion, y hasta ver si lo haze, no quiere, que entre en los bienes como successor, sino como usufructuario: luego nada pudo transmitir el contraventor à sus hijos, ni à su linea, porque no tuvo possessión, ni potencia próxima de succeder, pues por no aver cumplido la condicion, quedò impossibilitado de tenerla, siendo pre-

cita el Contrario, dixo, *es recepta resolutio, quod linea, in quam intravit successio maioratus debet omnino vacuari ante, quam ad aliam fiat transitus.* Tengase allá Doña Antonia, que nació primero Doña Maria Sebastiana, está existente, y durará in infinitum su linea en sus hijos (en exclusion de ella, y de otra), que començo, y se ha continuado potentia, & actu desde Doña Ana de Zaldua Oja de Castro de mayor en mayor, y desde la primer llamada hija del fundador.

Ad num. 86. & 94. Mucha fuerça le hazen las palabras del señor Molina, que refiere en este numero, pues nos fatiga, y la Imprenta con su repetición, infra num. 94. y en este quiere dárlas por razon; pero, Señor, la razón no quiere fuerça, y la padece la aplicación de las referidas palabras. Supra n. 64. & 70. dimos con el señor Molina la potissima, porque en nuestro caso es modal, y no condicional el precepto de apellido, y armas, lo que latamente manifiesta en los citados cap. 12. y 14. del lib. 2. por todos sus numeros, y en el passado manifestamos no ser nuestro caso el de la limitación, que contienen las palabras, que en él refiere el contrario; como no lo es el de la limitación del cap. 12. n. 18. del señor Molina ibi: *Secundo limitatur, nisi maioratus institutor in ipso gravamine disponat, quod si successor illud non adimpleverit, censeatur non vocatus, seu prateritus, adficiens, quod non intendit vocare, nec vocat, ad eius maioratus successionem, nisi eos tantum, qui gravamina sibi iniuncta precise adimpleverint.* Y las palabras de Castillo cap. 115. n. 15. que refiere el contrario, son refiriendose Castillo al señor Molina ibi, & n. 18. *Quod dispositio, quod successor non censeatur vocatus, nisi omnes impleat, conditionalis est.* Y en estos mismos terminos procede la doctrina, y palabras de los Add. que refiere el contrario sub eodem n. 18. Y aviendo en el n. 19. dado por efecto de

la

preciso que la linea empieze desde el que ocupó la possession. *Aguil. ad Rox. part. 1. cap. 6. n. 296. Dom. Valenz. conf. 97. n. 10. ex Cald. Pheb. & Molina.*

88. Es así, que Doña Maria, su padre, ni abuela cumplieron la condicion: luego no pudieron suceder, ni poseer, ni adquirir dominio en el mayorazgo para transmitirlo de vnos à otros en fuerça de aver poseído, ò podido poseer (que es lo que se requiere para formar la linea, y que pudiera aver representacion, como está fundado, & tradit *Aguil. ad Rox. part. 1. cap. 6. n. 297. & part. 8. cap. 7. dict. n. 22. & vid. à n. 17.*) con que falta la razon potissima para la transmision, que es el acto, ò aptitud proxima de poseer en los antecesores en fuerça de no aver cumplido la condicion, y que por esta causa no se deben juzgar llamados (como está probado) y la disposicion no les quita successión, ni possession, porque no la tenían, *sino que no los llama*, si antes no cumplen la condicion: cō que ni aun en habito la tuvieron (segun la voluntad del

del

la modal, ò condicional la adquisicion de los frutos, ò restitucion de ellos, en el n.º 0. empieza con las palabras, que omite el Contrario, ibi: *Quamvis autem hæc differentia inter dispositionem conditionalem, & puram, scã sub conditione, resolvendam vera sit; ad casum tamen, de quo agimus, nihil attinet, cum maioratus successor sub conditionibus prædictis, & non alias vocatur, in casu contrãventionis ab initio nunquam vocatus censendus est.* Y profigue por efecto con las palabras, que refiere el Contrario en este numero, y en el 94. de suerte, que el Contrario se equivoca, y lo que queremos dezir en satisfaccion, è inteligencia clara de vno, y otro numero es: Vna cosa es, que el testador diga, que no sea visto averlo llamado à la succession sin que primero cumpla la condicion, vt in dict. n.º 8. el señor Molina, & ibi Add. *Quod aliter conditio suspensiva non inducitur, nisi ex verbis negatidis, veluti non aliter: quod abest à nostra fundatione, quæ est modalis, & resolutiva, vt ibidem; y otra, que llamado, y adquiriendola, sinò cumpriere la condicion, aya de ser privado, y retrotraerse al tiempo, en que sucediò, como si no huviera sucedido, y sido llamado, que es lo que diximos supra ad num. 59. Vno, y otro nos explica el mismo señor Molina despues de aver manifestado, que por cõstumbre de España, y despues de perfectos los llamamientos puramente, puesto el gravamen, y condicion es modal dict. lib. 2. cap. 14. ibi: *Ideoque nulli dubium, nisi quod ante huius gravaminis implementum maioratus successor dominium, ac possessionem rerum maioratus acquirat, quamvis ex post factò possit ad huiusmodi observationem adstringi; alias autem maioratus successione ex non implemento privari, nisi maioratus institutor expressè dixerit, ac professus fuerit, se ad eius successorem; nisi illud, qui hoc gravamen adimpleverit, non vocare: tunc namque vera conditio censenda, atque per**

con-

del fundador) luego no pudierõ transmitir lo que no tenian ni aun en potencia; porque no se puede considerar, que el fundador les quitò possession, sino que no los llamò à ella.

89. Y el que no es llamado, es constante, que ni en acto, ni en potencia puede tener possession, ni derecho à la succession: con que no puede tampoco cõstituir linea à sus hijos: porque se requiere à lo menos la potencia: y segun los Autores citados no la pudo tener, por no considerarse llamado: ergo no la pudo transmitir. Y es con tanto rigor, que *hasta los frutos* debe restituir, porque no los puede adquirir. *D. Molina lib. 2. cap. 12. n. 19. Add. ibidem* citando al Padre Molina, y à otros. *Hermosilla L. 7. tit. 4. part. 5. gloss. 2. n. 4. D. Castillo tom. 6. lib. 5. cap. 136. à n. 79. ibi:* (hablando en terminos de nuestro pleyto de no traer las armas, ni usar del apellido, como lo mandò el fundador) *Quod aut onus istud ferendi nomen, & arma fuit iniunctum per viam conditionis, & eo casu, deficiente illo*

consequens ante possessionis apprehensionem adimplenda erit. Ay tal clausula en nuestra especie, en que diga; y expresse el fundador, que no lo llama en otra forma? De ninguna suerte se encuentra: con que no estãmos en el caso de la limitacion del señor Molina. Y à las palabras de Hermosilla en el n.4. que lo cita, y refiere, ha de añadir las q̄ se siguen ibidem: *si ex eius voluntate expressa colligi potest, quod voluit prohibere acquisitionem; secus verò in dubio: nam presumuntur appposita dicta verba respectu effectus ne bona intrent realiter, non verò de acquisitione possessionis, de qua hæc lex, & L. 45. Tauri. Molin. de Hispan. primogen. lib. 2. cap. 12. à n. 1. ubi latè, & proprie non esse conditiones, sed modos.* Con que entendidas enteras las doctrinas, y con perfeccion en su caso, no tiene lugar en el nuestro, ni lo que el contrario discurrè, y el lugar de Águila ad Rox. part. 8. cap. 7. n. 18. 19. & 35. y la distincion de Castillo, que refiere contra los hijos del primogenito, y palabras truncas, que aqui refiere el Contrario, quedan explicadas, entendidas, y referidas supra ad num. 84. Todo lo qual mas se califica de las vltimas palabras de la disposicion, en que el fundador dize, que el sucessor *por su propria persona, sin mandamiento de Juez, ni de Alcalde pueda entrar, y tomar la possession de los dichos bienes por si, y desde luego para quando de misuceda finamiento le doy la dicha licencia, y traspasso en ella, ò en el la dicha possession civil, y natural, vt extant en las que al fin de las desta fundacion refiere el Contrario sub num. 5. Et quod plus est, sive ex modalì, vel conditionalì donatione vel institutione eodem instanti, ac momento, quo purificatur conditio, quilibet vocatus consequitur dominium, sublato de medio præcedenti successore, non ex iure ab eodem sibi transmissio, sed ex proprio iure, & vocatione, vt ex Molina de primogen. lib. 1. cap. 1. n. 17. vt lazius supra ad num. 73. ad medium diximus.*

Ad

illo portare, conditio deficiat, & retro declaratur, non paruisse conditioni, ac ideo non fuisse hæredem, aut legatarium, sed prædonem, propterea ad fructuum perceptorum, & qui percipi potuissent, restitutionem teneri.

90. Y por vltimo en mas breves palabras resumirè clara toda la justicia de el pleyto: la incompatibilidad es clara, y constante; la dada es, quien es el figuiente en grado? sobre que ay gravísimos fundamentos de esta parte; pero (dado, y no concedido) que sea cierta la opinion, que dize, que se atienda à la exclusion, si es lineal, ò personal; que si es lo primero, entra sin disputa el tio; y si lo segundo, los hijos del contraventor primogenito. Y suponiendo tambié, que la exclusion sea personal (porq̄ quiero apretar mas la dificultad) todavia ha de suceder el tio hijo segundo del vltimo poseedor, y no los hijos del Primogenito: porque la razon, que dan los contrarios para fundar su opinion es dezir, que quando se difieren los mayores, mientras elige el

Bb

pri-

Ad num. 89. El discurso de este numero, que repite de los antecedentes, se desvanece de lo que já ellos tenemos satisfecho, y se conviene mas de lo que propone sobre la restitucion de frutos doctrina de *Molina*, y de los *Add. ibidem*, donde no se encuentra sino al cap. 14. ad num. 23. *¶* *vers. declaratur tertio*: y la de *Hermosilla*, y el señor *Castillo*, cuyas palabras trae, y son las que al principio del num. 79. trae de *Peregrino*, refiriendose à *Grato* (y vltra de que proceden, vt ibi: *Fuit iniunctum per viam conditionis*, en cuyo caso no estamos, sino en el de modo, y supra satis ostendimus ex ipso *D. Molina*, ad quem se refert *Hermosilla* n. 4. nihil superaddendo) paulo post eodem num. *vers. eandem quoque sententiam ex Ludovico Marotio, Parisio, Bogloneto, & Goveano* profequitur in hæc verba: *Quod non adimplens ad fructum restitutionem teneatur ab eo tempore, quo implere commodè potuit, & non implevit præceptum à testatore iniunctum*. Y lo mismo dize, que resuelve con *Jason, Ripa, Parisio, Alciato, Guid. Pap. & afflicto Antonio Thesaurò* decif. 270. n. 25. *Et sic ad fructuum restitutionem teneatur absque vlla interpellatione ab eo tempore, quo implere commodè poterit*: lo profigue cóprobando con otros muchos Doctores, *¶* *ex L. rogo. ff. quando dies legat. cedat. ibi: Vtique curi primum poterit, & ex Matienzo in L. 7. tit. 7. lib. 5. glos. 1. per totam, cuius verba refert. & in vltimis ita: Sed quam primum gradatus possit teneri ipsum adimplere præceptum, & gravamen, & ex tunc in mala fide constitui, & ad fructuum restitutionem teneri, quia dispositio ipsa, & testatoris præceptum interpellat, nec alia interpellatione opus est. Add. ad D. Molinam lib. 2. cap. 14. ad n. 23. Si hoc gravamen cognominis, & armorum in vim conditionis iniunctum est, statim cum primum potuerit gradatus adimplere tenetur, etiam non interpellatus. Ipse *D. Molina* ibidem n. 20. *¶**

primogenito, se ha de considerar poseedor de ambos, pues para la eleccion, ha de suponerse el concurso; y como quando elige vno, dexa el otro, y sale de su mano, ha de ir à sus hijos, porque bastò aquella momentanea posesion para radicarles linea: y en este caso su hermano es transversal respeto del contraviniente, y no puede suceder en competencia de sus hijos, à quien se ha de derivar naturalmente la sucesion.

91. Pero en nuestro caso no puede ser respeto de la condicion, que le prohíbe la posesion hasta cumplirla, porque no pudo tener esta momentanea, que suponen, porque se la resiste la voluntad del fundador. Y así se considera la sucesion respeto del vltimo poseedor, y no del contraviniente: y como de aquel es el siguiente en grado su hijo segundo, y no sus nietos, de à es, que aquel sucede, y no estos, como haziendose estos argumentos, y con esta misma razon en caso, que solo sea la exclusion personal (que es lo que mas

Ex cuius sententia, & Leandri Galgani, & Alvar ad. de coniecturata menti defuncti lib. 2. cap. 1. §. 1. n. 23. distinguendum esse asserit D. Castillo dict. n. 79. & ceterum in hac verbâ: *Quod si huiusmodi præceptum delationis nominis, & armorum in ultima voluntate appositum fuerit, atque in vim conditionis, tunc quidem maioratus successor debet præceptum hoc adimplere quam primum possit, & si illud non adimpleverit, maioratus successio sibi non deferatur, atque ipso iure in sequentem successorem transeat: nec in hoc casu sit necessaria interpellatio, nec monitio, nec expectandus sit anni lapsus, nec admittenda sit morte purgatio in præiudicium sequentis substituti, idque ex sententia Pauli, Parisij; & ceterorum, quos adduxi supra. quod verum, ac probabile Ludovico Molina videtur, dummodo contraventio conditionis, non casu, seu ex modica negligentia, sed ex proposito, & cum perseverantia facta sit, nec ex aliqua causa excusari possit: quod si, ultra hæc, sequentis successoris, aut alterius, qui vere interesse prævidetur, interpellatio concurrat (quæ tamen in isto casu necessaria non est) extra omnem dubitationem erit id, quod de privatione, & fructuum restitutione contendimus, & omnes interpretes supra commemorati observarunt.*

Y observado el hecho verdadero año de 1714. por muerte de Don Juan Alfonso su padre, sucedió Doña Maria Sebastiana en este mayorazgo, muger, y viuda, por cuyo motivo Don Marcos Pedro su tío entrò en su nombre administrandolo, y lo continuò en virtud de su poder, y por esto mismo recogió en sí las fundaciones, que esta no viò, ni le constò de ellas hasta que despues de muerto su tío se las remitió Doña Antonia su hermana, en cuyo poder quedaron como heredera de dicho Don Marcos, como consta en los autos por el papel, con que le remitió las fundaciones: luego que los viò, y reconociò, se nombrò, y llamó en primer lugar con el

ape-

vrge) lo tiene expresamente el señor Olea tit. 3. q. 4. n. 20. hablando de la exclusion por contravencion, que es personal, y no excluye los hijos del contraveniente: aqui la mas clara justicia deste pleyto: *Limitare videtur, quando pater non successit, & propter contraventionem non apprehendit possessionem maioratus, cita la l. titio usufructus ff. de cond. & demonstr. L. Scia 42. ff. de donat. caus. mort. D. Castillo, D. Solorzano, Rellon; & D. I arrea & mihi decis. 39. n. 20. y Aguila citando al señor Olea, Mieres, Alv. Pegas, y à los demás, toca muy expreso esta questión en la part. 8. cap. 7. à n. 16. y al 21. ita ait: *Sicut in contraventione per viam conditionis apposta, quæ initium acquisitionis impedit, non impleta conditione, ideoque lineam non constituit successor, nec filij eius possunt admitti, docet Olea. Et n. 22. ibi: Et sicut in contraventione per viam conditionis successio deferretur ex persona ultimi possessoris, & non ex persona contravenientis, cum adhuc ei non sit delata successio. No puede ser mas clara, y quita toda duda à la jus-**

ticia

apellido de Martínez Oja de Castro, y configuientemente con los de Baena y Vega, ignorando como muger las armas correspondientes, y como podia, y debia usar de ellas, solicitò de los quatro Reyes de Armas, Chronistas de su Magestad (à quien les toca ordenar las Armas, è insignias, y como las debe traer cada vno, vt ex Mexia, Garivay, y otros lo testifica *Moreno de Vargas en sus discursos de la nobleza de España, discurs. 23. n. r. ibi: R à todos les ordenan las insignias, y armas, que han de traer. Finalmente, pertenecen à su oficio otras muchas cosas.*) Certificación en que organizan el modo de usar de vñas, y otras, en la forma que constará al final de esta apologia, dando igual lugar, y preferencia ad dexteram à los de Martínez Oja de Castro, y à los de Baena, y para que trae el exemplar de las Quinas de Portugal, de cuya preferencia haze mencion el Padre Molina de iusticia, & iure tract. 2. disput. 615. num. 7. ibi: *Sic Philippus II. Hispaniar. Rex cum morte Henr. Lusitanum Regnum vna cum provincijs Orientalibus, & Occidentalibus ei annexis accepisset, honorificum locum in titulo suorum Regnorum, atque in Armorum collocatione, vt par erat, illi concessit, eum preferendo multis alijs regnis iam antea Coronæ Castellæ annexis.* En cuyos terminos, aun en los mas rigorosos, caso que fuera, que no es, condicional el precepto, ha cumplido *quam primum potuit*, interpelada de el mismo precepto, luego que le constò, y viò la fundacion ex *Matienzo, ab eo tempore, quo implere commode potuit.* En que concluye ex omnibus el señor Castillo ab ipso Contrario relatado, no solo no ay questió de restitució de frutos, pero ni cótravécion, sino el mas rigoroso cúplimiento de su obligacion en el precepto del fundador (como en todos exactamente ha cumplido, y cumple Doña Maria Sebastiana, y se excluye el verbo horroroso de tratarla como *predon* con la doctrina truncada del señor Castillo,

fin

ticia de Doña Antonia, pues destruye toda la razon del fundamento contrario.

92. Y lo dicho es mas preciso à vista de la clausula, en que dize, que los successores solo *sean vsufructuarios* del mayorazgo pues aunque fueran capaces de suceder, les quitò desde luego el dominio, y posesion, y pasó al siguiente en grado, por no poder estar in suspenso: y así lo mismo fue llegar el caso de suceder, que passar el Dominio à Doña Isabel en concurrencia de Doña Maria su hermana, y despues à Don Marcos en concurrencia de Don Juan su hermano, y aora à Doña Antonia, como expresifimamente lo tiene así el señor Molina lib. 1. cap. 19. à n. 35. ibi: *In hac autem re sciendum est, maioratum institutores plures solitos esse disponere se, vel eorumdem maioratum possessores solum vsufructuarios esse, non veros dominos::: qua expressa institutorum dispositione exstante, maioratus possessor non tanquam dominus, sed tanquam vsufructuarius iudicandus erit, cum per pro-*

vis-

fin hazerle cargo de las subsecuentes en el mismo numero, y de la referida solida resolucion, en que queda) conforme el qual quiso ponerlas en las casas principales de este mayorazgo, que lo embarazò Doña Antonia, como consta del requerimiento, que està en los autos; y conocer hecho notorio su uso, poniendolos en el Archivo de la Ciudad de Ezija, con que estamos en tiempo *ex L. intra utile 39. ff. de minoribus ibi: Cum per eos non steterit, quominus res sinem accipiat, respondi, secundum ea, qua proponuntur perinde cognosci, ac si nunc intra etatem essent. cap. interpo. a 70. de appellat. notavit Gregor. Lopez 9. tit. 32. part. 3. gloss. 3. D. Salgado de reg. princ. 2. part. cap. 1. n. 74. vsque ad 76. y se executara ponerlas en dichas casas, executoriado el articulo del interim, que oy se disputa in terminis *ex Fusario, Add. ad D. Molin. de primogen. dict. lib. 2. cap. 14. n. 23. vers. hæc omnia.**

A que añadimos *ex Casanate* post alios, quos refert *conf. 9. n. 6. & 17. ibi: Lite ipsa pendente super privatione, valide posse modum, & præceptum impleri;* pues, como diximos supra n. 64. 70. & ex num. 85. este precepto induce modo, y no condicion, como con el señor Molina lo enseña el señor Castillo cap. 180. n. 29. vbi ex decis. Rotæ eleganter tradidit, *quod subiecta materia oneris impositi, nominis scilicet, & armorum, id præcisè suadet, gravamen, inquam, ad modum, & non ad conditionem referendum esse: cum enim habeat tractum successivum, & perpetuo adimplendum sit, non est verisimile, testatorem, aut disponentem voluisse, quod hereditas eius in suspenso esset, prout esset, vsque ad extremum vitæ exitum, si gravamen ipsum conditionem importaret.* En cuyo caso prosigue el mismo dict. cap. 136. dict. n. 79. *Addiderim ego à die interpellationis, sive iudicis mōitione, sive à termino post requisitionem assignato possessorem huic præcepto contravenientem*

visionem hominis à provisione legis recedatur: dū enim dominium à maioratus possessore abstrahere volunt, illud illud in sequentem successorem transfundunt. Con que dexandolos como mere usufructuarios (como pudo por la L. si alij ff. de usufructu legat.) pasò precisamente el dominio, y posesion al siguiente en grado: con que de estè habla el testador, pues dize se atiende à la linea de el poseedor, que no lo pudo ser el primogenito, por ser mero usufructuario: y asi la representacion, y sucesion la considerò en el segundo, y en su linea, que es quien pudo transmitir el dominio, y posesion, que tenia; lo que al otro le faltò, & nemo dat, quod in se non habet. D. Molina lib. 3. cap. 7. n. 1. & 2. & cap. 12. n. 17 Aguilá ad Roxas part. 5. cap. 5. n. 59. ex sese decis. 57. n. 15.

93. Con que siendo la causal porque no fue, ni pudo ser llamado el que no cumplió la condicion, y que aunque pudiera suceder, la posesion, y dominio la tenia el siguiente en grado, porque el usufruc-

nientem in mala fide constitui, & ab eo tempore successione, omnique emolumento privandum, & fructus restituere debere, nam ex quo si in vim modi præcepti appositum fuit, interpellationem, seu iudicis monitionem Molina requirit, ut possessor successione privetur, consequens est, monitionem eandem, seu interpellationem necessariam esse, ut fructus quoque suos non faciat, sed eos restituere teneatur, ex quo antea in mala fide constitutus non videtur. Y así desde la contestación de la demanda los contiene el formulario de sentencia, que trae Roxas part. 5.º cap. 2.º n. 71. & ibi Aguila ad n. 69. n. 57. fuera de cuyos términos, y questión estamos five in condicionali, five in modali, pues ha cumplido, y está cumpliendo el precepto Doña Maria Sebastianiana, no ay contravención, ni fundamento, que pueda calificar el ingreso del presente litigio.

Y lo que mas es, aun en terminos de verdadera culpa, y omisión en la muger, y el menor se le concede restitucion, y que pueda cumplir el precepto ex ipso. *D. Castillo cap. 127. per totum præcipue n. 56. ibi: Quando culpa, seu inobedientia in omittendo consistit, quia scilicet minor omisit adimplere præceptum à testatore iniunctum, tunc quidem si præceptum huiusmodi fuerit, quod sui naturæ hodie impleri possit, prout tunc potuit, quod in effectum est dicere, rem integram esse, ut voluntas testatoris, seu disponentis hodie impleri valeat, licet per culpam, aut negligentiam minoris in omittendo adimpleta adhuc non sit, minori adversus negligentiam, & omissionem in integram restitutione concedenda erit, dummodo dolus, & fraus ut sit, quæ in femina, & minore in dubio non præsumitur. Y mas adelante: Quod nulla poena incarritur, neque culpa contrahitur, nisi præcedat monitio, ut ex ipso diximus supra n. 70. Quibus adjicitur, conditiones huiusmodi potius comminatorias, quam prædicti effectus inductorias, censendas esse: ideoque non sunt adeo stri-*

tuavio no la tiene, se sigue, que ni Doña Maria de Vega, ni Don Juan de Zaldua, ni Doña Maria de Zaldua pueden aver hecho linea para sus hijos, ni averles transmitido derecho, ni aver entre ellos representacion, porque el no llamado no la tiene: con que si en la questión, que proponen sencillamente los Autores de llamar al siguiente en grado en caso de contravención, ha avido tan distintas opiniones, y favorables resoluciones à favor del hermano segundo hijo del poseedor, y à favor del tio, con quanta mayor razon con estas nuevas circunstancias tiene calificada su justicia Doña Antonia! Y este fundamento nos dà passo, y abre la puerta à la tercera especie.

ESPECIE III.

94. YA segun lo fundado hallamos claro, que aviendo obtenido Doña Maria de Vega abuela de las litigantes por su padre el de Baena, no pudo obtener el de Oja de Castro, porque se im-

strictè, prout alia, que in ipsa principali dispositione, apponuntur, interpretande: palabras, con que concluye el señor Molina de primogen. lib. 2. cap. 12. donde se cita en este numero por el Contrario al final del 30. con que cierra, y nosotros la satisfaccion, y respecta à el.

Ad num. 92. 93. & 94. En los numeros 70. 84. 87. y aora en estos dos ha ponderado el contrario la clausula: *sean solo usufructuarios de los bienes*; y ella enterà dize assi: *que la dicha Doña Maria. de Ribadeneyra mi hija, sus hijos, y descendientes, à quien fuere diferida la succession de el, sean solamente usufructuarios.* Y de esta clausula se comprueba, que la succession, & ex ea civilissima possessio ex L. 45. no està prohibida, sino, vt ibi, *diferida, vt diximus, & probavimus supra ad num. 85. 87. & 88.* con que de este successor, y possedor legal es inmediato, y siguiente en grado el hijo, & ex eo convenidos los discursos contrarios, que no lo puede ser, por no aver sido el padre possedor. Ultra que le basta la calidad de la primogenitura, y propria vocacion, mediante que luego que nació se le adquiriò derecho invariable, y succession in habitu, vt latius supra ad prædict. num. 85. & seqq. à Doña Maria Sebastiana, ya por muerte de su padre, y caso que dieramos aver contravenido el padre, & sic de cæteris, pues era nacida, y tenia *habitu* la succession quando *actus* sucediò el padre, como diximos supra n. 84. vsque ad 91. per totum, & præcipuè circa finem: con que nada nos obsta esta clausula, de que verdaderamente haze burla el señor Don Luis de Molina en las mismas palabras trucas, que refiere el contrario del lib. 1. cap. 19. n. 37. post altera verba: *Sed si rectè res ista consideratur, qui huiusmodi clausula vtuntur fumum fugientes (vt veteri proverbio dici solet) in ignem se conijciunt: dum enim dominium à maioratus possessore abstrahere volunt, illico illud*

impossibilitò de cumplir la condicion, que este previene para darle entrada à la succession, pues, como està probado, mientras no cumpliò este requisito se debiò considerar no llamada, porque se retrotrae como si desde su principio no lo huviese sido. *D. Molina lib. 2. cap. 12. n. 20. Cum maioratus successor sub conditionibus prædicti & non aliàs vocatus in casu contraventionis ab initio nunquam vocatus censendus sit.* Cita la L. 2. ff. de in diem adiect. à Angel. cons. 167. *quod si fuerit contra conditionem, ipso iure desinit esse heres à principio.* Cita à Soc. *qui fecit contra conditionem non privari hæreditate ex dispositione testatoris, sed ex legis dispositione: quia testator in eum casum non videtur adimere hæreditatem (aqui la atencion) sed verus censendus est illum non dedisse.* Cita à Mon. Cost. y Aparic. y al n. 21. *dà la razon: qui ex non implemento conditionis censetur retro hæredem non fuisse.* Cita à Barthol. Jafon, y otros muchos. Con que facamos claro, que Doña Maria no pudo tener derecho, porque ex non imple.

in sequentem successorem transfundunt, de cuyas palabras se conyence el contrario, pues conieffa poseedor al que le quita el dominio: y que haze con esto? transfundirlo en el hijo siguiente sucesor, vt patet ex omnibus supra dictis, & *cum sumum fugit, in ignem se conicit*. Y por vltimo concluye el señor Molina vt ibi n. 38. ad finem: *Quæ clausula hoc pacto in maioratibus apposita vtilis forsitan esse poterit, quamvis non facile sit hanc dominij reversionem, ac devolutionem ex iuris principijs deducere*; pues tiene ex propria vocatione, desde que nació, la successión, y possession civilissima, y natural *in habitu diferida ex lege, & ab homine, vt ex verbis clausule constat*: y así basta para que pudieffe transmitir à su hija Doña Maria Sebastiana, y esta al suyo *ex D. Molina lib. 3. cap. 12. n. 17.* citado por el contrario en este numero, donde hablando de la translacion ex lege Tauri dize: *Hoc tamen intelligendum est, quando vltimus maioratus possessor habeat possessionem civilem, & naturalem.* Y el lugar del cap. 7. n. 1. & 2. lo explicamos ex n. 3. supra ad num. 59. pues basta, que el padre huvieffe tenido aliquo tempore *ius primogenituræ saltem in spe, quamvis ex post facto inhabilis efficiatur; nihilominus tamen filius eius representando personam parentis, successiorem maioratus consequetur.*

Y el Aguila ad Rox. part. 5. cap. 5. n. 59. ex Sesse, que cita el contrario, es en caso diferente, ibi: *In quo possessio civilis sit apud aliam, & naturalis apud successorem, vel è contra; delati quando res maioratus nunquam fuere possessæ ab antecessore, tunc enim impossibile est ex vi legis transferri possessionem, quæ apud defunctum non fuit.* Sesse dict. decis. 67. n. 15. Cuya doctrina vendrà bien para que obste al contrario, quando dize num. 94. y en este quiere la possession, que tuvo Doña Isabel de Vega,

plemento conditionis no fue llamada, y no tuvo potencia, ni acto de succeder, y pasó precisamente el mayorazgo à Doña Isabel su hermana como mas inmediata al vltimo poseedor, y por muerte de esta à Don Marcos Pedro de Zaldua su sobrino mas inmediato, que no Doña Maria Sebastiana, y sin impedimento, y por muerte deste precisamente à Doña Antonia, porque no está impedida con otro mayorazgo, como lo está su hermana, y respecto de sus sobrinos se halla mas inmediata al poseedor legal, que es lo que se debe atender.

95. Y esta es comun opinion de los que tocan en punto de mayorazgos. *D. Molin. lib. 3. cap. 10. n. 3. & D. Covarr. Peralta Menchac. Mier. Aven. Matienz. Guttier. D. Castil.* y otros muchissimos, lo resuelven los adicionales à el señor *Molin. en el dicho n. 3. hasta el 21.* y por constante lo dexamos ya fundado arriba n. 57. y 58. con que es cierto, que por todos medios se debe considerar à Doña Antonia legitima sucesora

y Don Marcos Pedro, que no aviendo sido alguna, no se le pudo adquirir; pero si à nosotros, que de padre à hijo, de mayor en mayor se ha continuado actual, & habitu así la civil, y natural, como la real, y actual; y quedando in sua ipsa doctrina el contrario convencido. Ex eadem por otro termino se le satisface ex ipso Aguila ibidein n.60. ibi: *Sed prædicta difficultate non carent: cum enim successoris ius distincte, ac separatim consideretur, nec dependentiam habeat vnius successio ab alio, sed omnes à fundatore capiant, sequitur, & in possessione, quæ à lege transfertur, dependentiam non dari, sed unumquemque de novo acquirere, & incum novam possessionem transferre legem; non verò eandem numero cum possessione prædecessoris, ut comprobatur ex Gomez, Molin. Paz, Manter à Cueva, Giarba, y otros: y es la razon la que aqui dà, y dimos supra ad num. 73. por que ex propria persona, iure proprio, & ex sua vocatione ab ipso institutore capiunt.*

Y à la doctrina que refiere hoc n. 74. del Señor Molina lib. 2. cap. 12. n. 20. satisficimos supra sub. n. 86.

Antes del num. 94. dize el Contrario.

ESPECIE III.

Adn. 95. & 97. **Y**A se vè ex eodem vâ confundida, y vnos numeros con otros: vamos con èl (vt supra ad n. 54.) que con esta deforden està empenado en darnosle, y entramos en el puerto con los embates de las olas de vnas, y otras doctrinas: la del señor Molina lib. 3. cap. 10. n. 3. y de los Addic. alli que cita en este numero se sufre: *Vtrum proximior tempore mortis vltimi possessoris irrevocabiliter succedere debeat* (que per-

fora en el mayorazgo de Oja de Castro, porque si la consideramos como hija de Don Juan de Zaldua en competencia de su hermana, y sobrinos, està claramente probado, que le toca; y si atendemos à que no pudo succeder D. Juan de Zaldua, y su Madre en los mayorazgos, y que tocò à Doña Isabel, y por su muerte à Don Marcos Pedro, le pertenece tambien por mas inmediata à el vltimo poseedor, y así queda al parecer sin duda su Justicia.

96. Y porque cesse todo escrupulo, me harè vna replica, que es la vltima que se me puede hazer (q̄ es el dezir, que así como los hijos de Doña Maria no puedè representarla, por el impedimento de su madre, que lo mismo sucede à Doña Antonia, respecto de su padre, que tambien estuvo impedido, y su abuela, y era menester que representara à su Vñabuela para succeder, y estos dos grados lo impedian) pero tiene dos faciles respuestas: la primera, que siendo la exclusion por causa de incompatibilidad, no

Dd im.

perfunctorie toca, *ds supra n. 84. d. a que satisfago* y la resolucio del señor Molina con que van los Add. ita se habet: *In maioratibus autem seu fideicommissis perpetuis, vel alijs dispositionibus tractum successuum habentibus, omnes hi, qui tempore mortis primi maioratus institutoris nati non erant, ad eorum successionem admittendi sunt; dummodo tempore mortis ultimi possessoris, vel delatae successionis nati sint; prout supra lib. 1. cap. 6. n. 49. ostensum est.* Succedio Doña Maria de Vega à Doña Ana de Zaldua su madre en el mayorazgo de Oja de Castro año de 1688. y a nacido Don Juan Alonso de Zaldua, y huestra Doña Maria Sabastiana como con mas expresion referimos supra ad numeri 84. *vers. a qñe satisfago;* con que eran nacidos à el tiempo de la muerte de Doña Ana de Zaldua ultima poseedora; con que quando se viertan Doña Maria de Zaldua y Vega, y en Don Juan Alonso su hijo contravençion, è impedimento para posscer legalmente el vinculo de Oja de Castro, que no ay, y los dieramos solo vsufructuarios, y no poseedores, por no aver cumplido antes la condiccion como ha querido idear el coñtrario, y no es; como vno, y otro dexamos largamente manifestado en esta apologia: *Et praesertim ad num. 77. vers. sed his ita; fienda* Doña Maria Sabastiana nacida *tempore delatae successionis iure primogeniturae, vt diximus ad n. 85. v. y en ambas lineas,* exclayo la linea de Doña Isabel secundogenita constituyendo linea para si, y sus hijos, quedando igualmente excludos Doñ Marcos Pedro, y Doña Antonia *ex eodem Molina,* que nos cita; *quia tempore mortis ultimi possessoris, vel delatae successionis natus erat* Doña Maria Sabastiana, no aviendo esta faltado à el cumplimiento de la condiccion, *ferendi nomen, & arma, quam primum potuit,* luego que se le entregò, y viò la fundacion, *vt supra ad n. 89.* no ay

ex

impide al segundogenito, porque falta la causa que previno el testador para que le perjudique, y solo la ay en el primogenito, y su linea. *Aguila ad Rox. part. 7. cap. 6. n. 7. Et licet attento capite a quo linea procedunt videatur omnes inficere tamquam à radice infecta progressi: id tamen in exclusione ex causa incompatibilitatis verum esse non potest, quia ratio exclusionis licet realis non se extendit praeter lineam primogeniti, caeteras autem non inficit, cum deficiat ratio inficiendi, ideoque inveniuntur cum praerogativa successionis: cõ que aunque consideraramos como raiz infecta à Don Juan, no perjudicò à su hijo segundo, porque faltaba la causa para ello.*

97. La segunda respuesta es, el que no aviendo quedado de otra linea persona alguna, es forzoso que como mas inmediata à los que han muerto, succeda Doña Antonia; porque es constante, que quando no ay quien succeda en los mayorazgos incompatibles, puede obtenerlos vno solo, y luego que tienen hijos se dividen otra vez. *Roxas part.*

exquo se le arguya; pues la presumpcion de aver visto, y leído el testamento, ó la fundacion está contra quien consta tenerlas en su poder. *Bald. in Auth. qui semel n. 12. Cod. de probat. Mattheo de offi. decisi. 13. n. 11. Pedr. Sord. decisi. 4. n. 9.* pero no contra quien no la tuvo en su poder, y está excluida la noticia de la fundacion en Doña Maria: y para que se le pudiesse arguir de contravencion, era necesario probarse de contrario; avia tenido noticia de la clausula. *Aguila ad Roxas 3. part. cap. 1. n. 95. 103. & 115.* Y ya sea en este respecto ideado por el Contrario, ya como debe ser, por muerte de Don Juan Alonso su padre, último; y verdadero poseedor, como lo confiesa en este numero; como su hija mayor, y siguiente en grado ha sucedido Doña Maria Sebastiana con exclusion á Doña Antonia su hermana, *vt supra ad num. 77. & 78. & per totam nostram apologiam*, quien ha quedado de esta linea; y sus hijos nacidos antes que muriese Don Juan Alonso su abuelo, y Don Marcos Pedro su tio, *vt supra ad n. 28. & 84. vers. à que satisfacgo, circa finem*: conque no ay á que vengan las doctrinas del caso de juntarse dos yorazgos incompatibles, quando existe vao solo, y averse de dividir luego que ay multiplicada succession, que trae en este num. 97. cuyos discursos quedan solidamente satisfechos *ex his, & hucusque dictis*; pues allí existien Don Fernando, y Don Juan hijos de Doña Maria Sebastiana.

Adn. 96. La doctrina del *Aguila ad Rox. p. 7. cap. 6. n. 7.* palabras que refiere el Contrario; procede, como de ellas consta, en caso de incompatibilidad, y que la linea del primogenito tiene real exclusion, que es fuera de nuestro caso; y en él, à similitud de aquel, aunque por delito, contravencion, u otro accidente huviesse avido impedimento, ó incapacidad en el padre, no le obsta à Doña Maria Sebastiana, *vt supra ad numer. 73. ad medium*.

part. 7. cap. 1. n. 34. 36. limit. 3. vbi Aguila ex l. 7. tit. 7. del lib. 5. de la recopil. que lo previene expresamente: y assi ò ya la consideremos como hija de Don Juan vnico; succede porque es segunda, y se debieron dividir los mayorazgos, luego que tuvo succession; con que aunque Doña Isabel, y Don Marcos huviesen muerto antes que Don Juan de Zaldua, y antes que este tuviesse hijos: y que Don Juan huviera entrado en ambos, luego que los tuvo se debieron separar, vno al primogenito, y otro al segundo: Y si la consideramos como que Don Juan no pudo suceder, ni Doña Maria de Vega, porque tuvieron hermanos segundos, aviendo muerto estos, se halla mas proxima à ellos à el tiempo de la *vacante legal*, y se ha diferido la succession segun derecho, como tenemos fundado plenamente.

98. Y por lo que puede servir que se dan por los Autores à favor del segundo, y de el tio; no dexaremos de referirlas en breve remitiendonos

¶ *ad numer. 77. ex Dom. Solorzano a Contrario adducto diximus:* con que aunque se considerase impedido a Don Juan Alonso, por aver contrayenido, y no cumplido, no perjudicó à su hija primogenita para que sucediese, y formasse linea por sí, y sus hijos con exclusion de Doña Antonia secundogenita, *vt supra ad distum. n. 85. verj. y en ambas lineas;* y porque era nacida al tiempo de la muerte de su abuela, *vt num. preced.*

Ad n. 98. Delte este num. como en muchos de los antecedentes proseguimos laborando sobre lo hecho, sin que adelante nada el Contrario con las doctrinas de Roxas p. 4. cap. 1. desde el n. 36. hasta el 87. pues en este resuelve la question à favor de Doña Maria Sebastiana, y de sus hijos: pues la opinion contraria, y razones que adduce, y reproduce el Contrario, proceden solo en el caso que ay llamamiento en el hijo segundo, y sus descendientes en exclusion del primogenito, y los suyos; en cuyo caso, dize, habla, y procede la *def. 51.* del señor Don Juan Baptista Larrea, como de ella consta; pero en el caso, aunque sea el mayorazgo incompatible, en que está llamado el siguiente en grado, entonces los hijos del primogenito suceden, y se prefieren à el secundogenito, y al tio, como sucedió, y se prefirió en este mayorazgo Doña Maria de Vega, y Don Juan Alonso, y Doña Maria Sebastiana, primogenitos à Doña Isabel de Vega, y à Don Marcos Pedro; porque el que se prefiera el tio al nieto, es especial en el caso de la *ley 7. tit. 7. lib. 5. recop.* como lo concluye Roxas en el n. 38. y explicamos *supra ad n. 44. vsque ad 49. prope medium 71. e. 81.* donde nos citó este mismo lugar, y el de la *part. 7. cap. 6. n. 5. y en los n. 59. 77. e. 79.* explicamos, en que referimos sus palabras, en q. concluye à nuestro favor, y las del señor Castill. *tom. 6. lib. 5. cap. 178. en los n. 59. 73. e. 84. y la del cap. 181. en los n. 36. y 38.* desta nuestra apologia *ubi videre est,* están contra pro-

à los fundamentos que con mas expresion trae Roxas en la *part. 4. cap. 1. desde el n. 36. hasta el n. 87. y en la part. 5. cap. 6. à n. 5. hasta el n. 34. ubi Aquila,* y el señor Castillo en el tomo 6. *cap. 178. à n. 17. vsque in finem, e. cap. 181. per totum;* que en su estancia se reduce à que el siguiente en grado no puede ser el hijo de exclusio, sino su hermano, porque esta palabra *siguiente en grado* significa grado diferente, ó distante, y el de padre, è hijo es vno mismo, con que no puede ser siguiente, sino el que sea distinto, que es el hermano del exclusio, que está en segundo grado diferente, ó distante, y el de padre, è hijo es vno mismo; con que no puede ser siguiente, sino el que sea distinto, que es el de el hermano del exclusio, que está en segundo grado; y esta diferencia quiso el testador; pues dixo que la sucesion fuese de grado en grado, que dize precisa, distincion de ellos.

99. Lo segundo, porque siempre se presume, que el fundador quiso *solliciter* y enriquecer à muchos

ducentis; y por no incluir en el mismo exceso de transcribir lo que tenemos ya allí dicho, no repetimos; y aunque por el mismo motivo era justo no dár satisfacción à las razones que se deduce, y refiere el Contrario, que traen en su caso, y fuera del nuestro, y contra que están las resoluciones en dichos números referidos, en que conciuven en exclusión del intento contrario, y por el nuestro por seguir su thema, y no dexarle contenido, satisfarémos con la mayor brevedad.

La razon con que arguye el Contrario en este numero, es la misma. El argumento que trae Roxas *dist. p. 4. cap. 1. ex n. 38. vsq. ad 42.* y sin embargo de que se afirma en la contraria resolución con la referida distincion (como dexamos explicado) no haziéndose cargo de responder à los argumentos que se haze en contrario; porque quedó reservado este encargo à nosotros, lo hazémos en esta forma: no dize Roxas por mayor de su argumento (como supone el Contrario) que esta palabra *siguiente en grado* significa grado diferente, ó distante, sino *quod sit, ut ibi, n. 38. Homo diversus, disiunctus;* de fuerte, que sea otro diferente de aquí. El que es llamado en primer grado; y aunque le concedamos, *quod gradus dum agitur de vocatione ad succedendum, idem est, quod persona; ut dicimus supra ad n. 76.* esto se entiende, *ut in l. si plures 10. §. fin. ff. de vulgar.* que traximos para la prueba, *ut ibi: Sed hoc in vno gradu;* y esta mayor como la trae Roxas, y va expresada, concedemos; pero la menor, *quod filius exclusi, vel ab eo descendens, non est alter de diverso, aut separato gradu; quia pater exclusus, & filius sunt in eodem, atque primo gradu, ut n. 41. si simpliciter sumpra est falsa;* y la inteligencia; y distincion, dió la glosa *in l. iuris consultus 10. §. nunc singulos gradus ff. de gradibus verbo ite. liberi: vbi, & nova, quod esse in eodem gradu duobus modis dicitur. Primo quod duo faciunt vnum gradum, ut in fratribus eodem pa-*

muchos de su familia, para que esta se conservase con mas lustre; que es lo que todos apetecen; y considerando al primogenito, y su linea bastantemente probeida con vn mayorazgo, quiso que el otro passasse al segundo, que lo necesitaba, y su familia para su mayor lustre.

100. Lo tercero porque ay ley que dà regla en caso de incompatibilidad, para que no succedan los hijos del gravado, sino el hermano segundo; y esta se fundò; en que así seria la voluntad de los testadores, y no podemos nosotros discurrir para su interpretacion de otra fuerte, que discurrió la ley, menos q̄ diziendolo el testador expressamente; porque no ay mas razon en nosotros que en la ley para dicho discurso.

101. Lo quarto: porque se siguiera vn grave inconveniente, que fuera, el que el mayorazgo no anduviesse perpetuamente en la linea primogenita, porque como siempre el successor tenia esperanza cierta, y derecho

EE radi-

ere patris, vel quod sint in eadem linea consanguinitatis. de filij duorum fratrum, nam ipsi duos gradus faciunt, & tamen sunt in eodem gradu ad stipitem. lo que sucede en el padre, y el hijo, que aunque están en primer grado. *pater est in primo gradu ascendentium, filius in primo gradu descendentium, ut ibi prosequitur gloss.* y solo el padre *non computatur in gradu ubi recurritur ad stipitem, ut ibi gloss.* por lo qual reprehende à algunos, que sintieron, que el padre no estava en grado, y así es diferente la persona del grado *quoad computationem;* pues segun los *Cavones;* y dicha *glossa,* catorze personas por lo menos hazen seis grados, y segun las leyes, *fere;* y aunque las dos primeras personas hazen vn grado, à similitud de vna ventana, para que se requieren dos columnas, *quippe semper generata persona gradum ad se;* *ut longe facilius sit respondere quorū quisque gradu sit, ut ait Iustinianus in s. hac tenus; inst. de grad. cognat.* como quando à vna ventana se añade otra columna, que hazen dos, y así à el primer grado, que consta de dos personas, qualquier otra que se le añada haze dos grados, à similitud de la ventana, *ut est in gloss. in s. primo gradu inst. de grad.* y aunque este exemplo es la prueba de Roxas, está ya entendida, y respondida *ex ibidem gloss. verbo filius, filia, quia licet multi sint, omnes sunt patri in primo; inter se autem in secundo;* y así, respecto à su padre están ambos hermanos *in primo eodemque gradu: inter se autem in secundo,* que es distinto, y diferente, pues el hijo succede ex propria persona *quamvis patrem representet* (en el caso de incapacidad, impedimento, ò contravención de este) *id solum est ad hoc: ut eius locum, si ve gradum subintret, quem, mediante incapacitate, vacuum in. eni, ut ex Solorzano diximus supra ad n. 17. ¶ 78.* siendo diferente vno de otro, y el de Doña Maria Sebastiana primero que el de Doña Antonia; sucediendose así de grado en grado,

radicado à succeder otro mayorazgo; era preciso que dexasse el que tenia, y así sucesivamente, los demás andarían otomando, y dexando mayorazgos, que es de notable embarazo: y aqui es de considerar, que por las capitulaciones para su casamiento de Doña Maria Sebastiana, se agregó al mayorazgo de Oja de Castro el resto del Cortijo de las fuertes, con precisa condicion de averse de llamar los poseedores Aguilar y Zaldua, motivo porque Doña Maria retiene el de Baena, y dexó este, por ser aquel el de varonia de su madre, y pedir solo su apellido, y no otros, y tambien es de reparo el que el hijo mayor de Doña Maria es inmediato à los mayorazgos que posee su abuelo que tienen tambien precision de apellido; y como de su varonia, no los puede renuncian: con que es preciso, que este se quede para su tia, pues no ay para quien pueda ser mas justamente.

102. Lo quinto: por lo que hemos dicho, porque, ò el hijo del gravado que

do; como quiso el fundador, *vt sup. dict. n. 63. & 76.* y lo dicho en los que en ellos citamos; *ex quibus* parece está satisfecha la referida razon de dudar, como parece, entendiéndose, *theoricè, & practicè.*

Ad num. 99. El argumento, y presumpcion contenido en este numero; que del Roxas *dict. part. 4. cap. 1. ex n. 43. vsq. ad 45.* Mera, que como dexamos dicho, está satisfecho con su resolucion, *ibi: dict. n. 87. & 88.* lo está inuy en especial por doctrina del mismo Roxas *part. 7. cap. 6. n. 40.* que referimos, y explicamos *supra ad num. 37. & 38.* en el caso especial de la ley 7. *tit. 7. lib. 5. recop.* en que la ley, ò el testador expreso, y prohibio, que el que tuviese vn mayorazgo succediese en otro, llamando à el hijo segundo, levantando, y erigiendo en su cabeza nueva casa, y mayorazgo, *vt ibi diximus* refiriendo sus palabras, y las de *Aguila. & ad n. 42. y 43.*

Y con este motivo añadirèmos para mayor refutacion de lo que en este num. y en los referidos 42. y 43. supone el Contrario; lo que consta del proemio de la fundacion del de Baena y Vega, de que habla en ellos, y compulfamos sub n. 5. *ibi: Decimos, que por quanto por constarnos por experiencia, que los bienes, y hacienda, por grandes que sean, que se parten, y dividen entre herederos, en breve tiempo se pierden, y consumen, y juntos agregados, è incorporados permanecen, y se aumentan; y que de pequeñas dotaciones se vienen à hazer grandes vinculos, y mayorazgos, y de costumbre loable, è immemorial, y con buena conciencia, y zelo por derecho divino, humano, y natural, y positivo siempre se ha hecho. y ha acostumbrado assi, y de ello ha sido nuestro Señor servido, y su Santa Fè aumentada, y los dando: socorridos, y dura in æternum la buena memoria de los nobles, que hazen, è instituyen vinculos, y mayorazgos, por todo lo qual, &c.*

De cuya entera proemial literal clausula,

quiere succeder por si, ò por representacion? si por si, se hallaba vn grado mas remoto respecto de su tio hermano de su padre; y si por representacion, era preciso que entrasse por el grado caduco, y raiz infecta de su padre, que no pudo succeder; y como quiera que se considere, se figurara otro absurdo, que era, el que el padre contra la voluntad del fundador desfrutasse ambos mayorazgos; el vno por si, y el otro como legitimo administrador de su hijo; que repugna, pues sacara utilidad de su misma contravencion.

103. Lo sexto: porque el padre, y el hijo se consideran vna misma cosa, y lo mismo es que lo poseyera vno que otro; porque la potencia proxima que tiene el hijo à succeder en el que reservò su padre, se debe tener por acto: y aunque se diga que este pudo morir antes que su padre, y que se le haria perjuizio no succediendo en alguno; responden los mismos Autores; que esto fuera accidental, y que no se ha de atender, sino à

sula, y no trunçada, como la refiere el Contrario, *supra num. 43.* se prueba, fué el fin principal de la fundación, que esta donación, y vínculo pequeño se aumentasse, è hiziese grande, vt ibi. *¶ que de pequeñas donaciones se vienen à hazer grandes vínculos, y mayorazgos;* y pudiendo suceder su aumento, o ya por juntarle por casamiento otros vínculos, y mayorazgos, ò ya por agregación; y siendo razon comun al fundador, y los que huviesen fundado los que se juntasen por Casamiento, ò por agregacion la que dà, vt ibi. *¶ dura in æternum la buena memoria de los Nobles, que hazen, è instituyen mayorazgos;* de aqui es claro, y constante, que considerando, que por junta de casamientos se avian de traer otras armas; y apellidos; pues la misma razon considerò en si, que en los otros fundadores; no prohibió el que se traxessen, y vsasse de ellos, y de sus apellidos, como se vsasse de los suyos, y de las fuyas; ni previno, que fuese en primer lugar, ni solos, como consta de todo el discurso desta apologia, y clausulas de la fundación, y en especial de lo que diximos para su verdadera inteligencia, y explicación *supra n. 11. & 41.* y se convence lo que el Contrario quiso suponer *n. 42. y 43.* de dar por causa final precípua suya el conservar su memoria con exclusion de otras; pues consta, lá considerò comun à el, y à los que aumentassen su mayorazgo; de que se saca por consequencia clara, confintió expressamente el vfo de otras armas, y apellido; además que basta, que no las prohibiesse, vt *supra diximus ad num. 7. & 8.* y q̄ no solo no considerò bastanteméte proveido con este mayorazgo al poseedor; sino que lo fundo, para que con esta donación, que considerò pequeña, vt ibi: *¶ de pequeñas donaciones se pudiesen juntar otras mayores;* de que se conyence la razon de la consideración contraria en este número, y la suposición que hizo en los *num. 37. & 38.* *Vbi ex alio capite satisficimos.* Y en este, aunque parezca digresion,

à el orden de naturaleza, que van siempre imitando las leyes, que es el que el padre muera primero, y así se ha de considerar desde luego en el hijo el derecho radicado, y en acto lo que induce la potencia proxima; y mi cortedad adelantara el que no era de atender el argumento para darle entrada, como no se la permiten las leyes en otro algun mayorazgo antes que muera su padre, y como allí està expuesto à esta contingencia como lance de fortuna, no ay embarazo, à que aqui tenga la misma; mas porque lo que los fundadores principalmente miran, es à las lineas, y no à las personas de quienes no tenian conocimiento, y à el aumento de su linage, y que no se confunda, ni padezca la contingencia de obscurcerse; y así en aquellas personas en que la puede aver se ha de considerar exclusion precisa, porque el fundador no contemplò, ni pudo contemplar las personas que no conocia, sino el linage que deseaba perpetuo, y su memoria.

sion, y salir de el assumpto de solo respon-
 der, y porque tiene conexi6n con lo ante-
 cedente, siendo como es cierto, que la
 renta del mayorazgo de Bacta no pasa
 de 500. ducados, como consta de las dili-
 gencias, regulacion, y aprecio hecho en
 virtud de provision de su Magestad,
 y señores de su Real Chancilleria en el
 pleyto de alimentos que se sigue entre
 estas partes, corre con mayor llaneza lo
 dicho; y considerado *ex ipsa fundatio-
 ne*; y lo que mas es, no solo en el con-
 cepto de incompatibilidad tacita, sino
 en el de expresa (que vna ni otra no ay,
ut manifestum extat en nuestro caso)
 como se puede discurrir, que si los fun-
 dadores imaginaran que los mayoraz-
 gos no basta ian à mantener el posee-
 dor con la decente representacion, de ca-
 beza de su casa, y familia, no avian de
 dispensar qualquier condicion, è inca-
 pazidad? Consideracion que obligò à
 Roxas à retroceder de todas las reglas
 de la incompatibilidad, limitandolas
part. 7. cap. 1. n. 27. en el caso de la parve-
 dad de las rentas de los dos mayorazgos,
 ibi: *Ad secundam autem limitationem
 deveniens, videndum est an procedere
 debeat in casu, quod uterque maioratus
 incompatibilis, vel unus ducorum sit ita
 tenuis, quod vix ex redditibus eorum ho-
 neste sustentari, aut alimentari valeat;
 Et tunc idem quod dispositum est, quan-
 do duo beneficia vel Ecclesie ita sunt te-
 nues, ut non possint honeste duos sacer-
 dotes alere, sequi debemus, y dà la razon,
 quia tunc non est verisimile, quod legis-
 lator, nec testator interrogati aliud ve-
 lent, & quod prohibitio huius unio-
 nis, seu conjunctionis ad hoc quod unus e-
 um alio esse incompatibilis ad tenuem maiora-
 tum, seu vinculum extenderet; non enim
 de minimis, nec de exiguis curat prator
 nec testator ad revocandum, vel adimen-
 dum legatum, seu fideicommissum.* Y
 en el mismo caso de la concurrencia de
 beneficios, por ser de rentas tenues se
 dif.

104. Lo septimo, que
 se dà mucho a mano à es-
 to, es lo que dicen los
 Autores citados, por-
 que el grado no se pue-
 de regular, *sino en la linea*,
 y como esta no la consti-
 tuye el gravado para sus
 hijos, porque no puede
 ser representado; no pue-
 de ser siguiente en grado
 el nieto que no està en la
 linea, y lo serà su tio her-
 mano de su padre, que lo
 està en la de el poseedor,
 y se deriba del sin impe-
 dimento.

105. Y no puedo de-
 xar de hazer vna replica
 grande en mi cortedad
 à la doctrina de Roxas, y de
 los que citè supra n. 82; que
 es, el que dicen que la po-
 tencia, que tuvo el exclu-
 so para succeder en el ma-
 yorazgo que no tuvo, es
 bastante para dàr dere-
 cho à su hijo primogeri-
 to para que lo obtenga,
 mientras no llega el con-
 curso de el otro mayoraz-
 go à el, y no se haze car-
 go del derecho cierto, y
 radicado que tiene en el
 dicho hijo à succeder en
 el mayorazgo, con que
 se quedò su padre, y po-
 tencia firme, y radicada
 à el la que no quiere Ro-
 xas,

dispensa la incompatibilidad; con que Roxas añanza su sentencia, lo observa Julio Caponio tom. 2. dicep. 108. a. n. 13. *Et seqq. ubi plures refert.* Los fundamentos desta sentencia (que hásta oy ninguno la ha contradicho) son tantos que solo ellos pudieran hazer prolixa esta apologia: todos los juntó *Baeza de non melior. casu 27. per totum, ubi quamplurimi:* facendo por regla en el n. 9. que el juizio, y reconocimiento de qual sea *parva, aut modica summa, aut quantitas,* se debe diferir à la prudencia de los señores Juezes, con la regulacion de la qualidad, ò dignidad de las personas y ya se ve quienes fuéron los fundadores de los mayorazgos, y tu notoria calidad, y quien es, quien oy los posee, y su representacion, y quanto se debe procurar el aumento, y vnion inseparable de las rentas, así por el mayor lustre de las familias, y nobleza, que con ella se conserva, y adelanta: *l. quisquis s. filij C. ad leg. Iuliam maiest. el señor Valenz. conf. 40. n. 12. Et conf. 156. n. 33.* (à que no bastan las rentas de ambos mayorazgos) como por obviar los inconvenientes, y perjudiciales consequencias, que de no ser los mayorazgos de renta crecida, y quantiosa considerò *Navarrete* en su conservacion de Monarchia *discurso 11.* pues que diremos quando en el de Baena y Vega el fundador los considerò pequeña donacion? *vt ibi: De pequeñas donaciones se vienen à hazer grandes vinculos, y mayorazgos;* con que permitió no solo la vnion de otros, sino la conservacion de la memoria, vfo, armas, y apellidos de los que se juntassen por casamiento, ò en otra forma; como no dexasse de vsar de los suyos, *vt manifestum extat.*

Ad num. 100. La razon, y argumento deste numero es de Roxas *dista part. 4. cap. 1. ex n. 46. vsque ad 48.* à que tenemos respondido con el mismo supra *ad n. 44. vsq. ad 49. 71. Et 74.* Que es especial en el caso expreso de *la ley 7.*

xas, q̄ baste para privarle, como sintió el señor *Solorzano,* citado por *Roxas en la parte 7. cap. 6. n. 43. Et 44.* y para dar salida à las razones, en que lo funda, dize Roxas, que esta potencia no es bastante para excluirle, y que para que tenga lugar la incompatibilidad, es necesario el acto; à que digo yo, que esta justicia no es distributiva: porque si fienta que basta la potencia sin acto en el padre para trasmitirle vn mayorazgo, porque no ha de bastar la potencia de el hijo, y derecho radicado cierto à el otro mayorazgo, con que se quedò su padre para que le impida, que adquiera el que no eligió, pues la repugnancia va de potencia à potencia, y no es justo que para lo vno sirva, y para lo otro no aproveche; porque en vn mismo grado vna, y otra potencia se resisten, y el mismo Roxas lo conoció *assi en la parte 1. cap. 4. n. 49. in fine ibi: Et potentia vnius est impeditiva alterius;* porque son de vna misma naturaleza los contrarios, y así si allà ha de bastar la

dic. 7. libr. 5. recop. y que fuera de el ei hijo del primogenito se prefiere al secundogenito, y al patruo *ut late ibi & fere per totam nostram apologiam*, y la dicha ley como exorbitante, y correctoria del derecho comun no procede, sino en su caso expreso, *ut omnes Regnicole in ea tradunt nemine discrepanze, & quod ex ea est speciale non venit in consideratione l. 4. s. 1. ff. de fideic. libertat. l. si minor ff. de acquir. hered. l. fin. ff. de condic. indebiti.*

Ad num. 101. El argumento deste numero le trae Roxas dict. *part. 4. cap. 1. n. 58. & 59.* es à similitud del que trae el señor Larrea *deff. 51. n. 25.* en la especie, y especialidad de la dicha ley 7. tit. 7. lib. 5. recop. que dixo el mismo Roxas *part. 7. cap. 6. n. 50. & 53.* que procede, y la opinion del señor Castillo *dict. cap. 178.* y la de Robles de represent. lib. 2. cap. 6. quando la incompatibilidad es lineal; y así en el n. 52. resuelve, que quando es personal no comprehende à los hijos del primogenito, y explica ndo qual sea real, o personal *dict. part. 4. cap. 1. n. 87. & 88.* que quando ay llamamiento de hijo segundo es lineal real, pero que quando es llamado el siguiente en grado es personal, en el qual *incompatibilitas non datur in spe succedendi, sed in actu ut supra ad n. 71.* y si por poseer vno no huviera de suceder en ambos se figurieffe elinconveniente de privarle de la eleccion en la forma que consideramos, y probamos *supra ad n. 77. & sed hic ita ex ipso* Roxas; y de lo mismo que añade el contrario, se afianza la posesion, y succession de Doña Maria Sebastiana en el vinculo de Oja de Castro; porque en sus capitulaciones matrimoniales se agregó el Cortijo de las Suerres de enmedio à su favor, y de su descendencia, como poseedora, y successora en él; y el que se capitulasse el que los poseedores se huviesen de llamar. *Aguilar, y Zaldua, no es de ningun embarazo;* pues

la potencia de el Padre para transmitir; aqui ha de bastar la potencia del hijo al mayorazgo de el padre para no adquirir el otro, y mas quando tengo fundado que en la linea de descendientes no es odiosa la incompatibilidad.

106. Estas, y otras razones traen los Autores citados à favor del segundogenito, y del tio contra los hijos de el exclusivo, interpretando solo la clausula *siguiente en grado:* con que si acà reñemos las demàs circunstancias expressadas, de no permitir el dominio, ni possession al contraventor, y que se debe considerar no llamado en fuerza de dicha condicion; es preciso que se consiesse mas clara la justicia de Doña Antonia, pues ni aun potencia le debemos considerar à la linea primogenita por no llamada; y esta a lo menos requieren los de la opinion contraria para la transmision aun en el caso de contravencion, y que no sea lineal la incompatibilidad (como està probado lo es al presenten.

pues este pacto de estos apellidos es *simpliciter*, como el de Baena y Vega; que en qualquier lugar que use de ellos, ha cumplido prefiriendo el apellido de Oja de Castro por pedir primer lugar, *ex dictis supra n. 7. & 8.* y lo mismo diremos en quanto à otros mayorazgos en que pueda suceder el hijo mayor de esta Casa, cuyo caso no ha llegado, y siempre que se diera en alguno incompatibilidad sucediera su hermano segundo, no la ría, pues es estraña, y transversal, respecto de los de la línea primogenita, *ut sapius diximus*; cõ que es antojo dezir, que no ay otra que pueda suceder.

Ad n. 102. El argumento deste numero que haze Roxas *ibidem ex n. 62. usq; ad 66.* no procede por las razones ya expresadas, y resolucion que tomò en los referidos numeros 87. y 88. y porque sea ya *ex propria persona*, sea por representacion à su padre; por lo menos, *ut in eius gradum, & locum subintret*, ha sucedido, y podido suceder, y poseer de hecho, y de derecho Doña Maria Sebastiana, *ut supra diximus, & late probavimus ad n. 58. 60. 73. ad medium, & 77.* y su hijo mayor, caso que se diera incompatibilidad; pues iure proprio desfrutará el mayorazgo, y no quien no tiene el usufructo legal, como la madre.

Ad n. 103. A el argumento contenido en este numero, y trae Roxas *ibidem ex n. 66. usque ad 71.* se satisfaze con su resolucion *ibidem dict. n. 87. & 88.* y lo que expresamos *ex ipso Roxas part. 7. cap. 6. n. 48. & ex Solorzano tom. 2. lib. 2. cap. 18. per totum*, pues debe con efecto suceder en ambos, aunque sean incompatibles, y elegir *tum temporis* quando llega el caso de suceder en el otro de dos mayorazgos incompatibles; *supra ad num. 77. ex vers. sed hi. ita;* y por el uso de vnas, y otras armas se conserva la memoria de ambos fundadores, y se ilustran sus familias, *ut supra ad n. 14. & 15. el señor Molina de primog. lib. 2. cap. 14. n. 32. ibi:*

Nec

sente) con que como quiera que se considere aun en la opinion mas estrecha se funda la justicia de Doña Antonia por la circunstancia de la condicion, y estar prohibido el dominio, y possession à el llamado, hasta que la cumpla, y por su defecto, debese tener por no llamado ab initio: en cuyo supuesto passamos al quarto, y ultimo punto.

PVNTO IV.

QVe el interin se debe dár à Doña Antonia, porque posee los bienes mas principales con titulo, y Doña Maria solo desfruta algunos, por razon de alimentos estando ya averiguado, que en fuerza de las clausulas condicionales no puede passar possession, y dominio à el suceffor, que no cumple antes las condiciones, y que no se le debe tener por llamado: y constando tambien que Doña Maria no las ha cumplido, y que el siguiente engrado es Doña Antonia, y que esta poseyendo

à

Nec obstat si dicatur non conferri familiam, nec memoriam institutoris ex hac mixta nominis, & armorum delatione; nam quamvis negari non possit quin melius conferretur memoria ex nomine, & armis simplicibus quam mixtis: illud tamen certissimum est, ex nomine, & armis mixtis memoriam variasque institutoris conferri, & sufficit quod aliquid bene fiat, quamvis melius fieri possit licet cum quidam iunctis his, quae ibi notantur per Scribentes ff. de leg. 2. praesertim cum in hoc concurrat Hispaniae consuetudo, quae ad hoc potissime considerata est, & secundum quam institutio maioratus interpretari debet.

Ad n. 104. El argumento, q̄ corresponde à este numero, y haze Rox. *ibidem n. 74.* procede vt ibi: *Nam pater tanquam primogenitus vocatus fuit sub conditione ista quod ad vnum tantum ex duobus incompatibilibus maioratibus fuit vocatus;* cuyo caso *longe est del nuestro;* y procede, y los lugares que cita *n. 87. de Robles, de Salcedo, el señor Castillo, y Larrea, vt diximus ex eodem supra ad n. 101.* quando la incompatibilidad es real, y está excluido el primogenito, y su linea, y llamado el segundo; y si la resolucion, vt n. 88. de Roxas, es contra *producentem*, à que han sido estas razones, y argumentos fantásticos? Y omitimos referir por nosotros los muchos que trae ex n. 1. vsque ad 35. pues en el veràn, y su resolucion, y bastante mente consta *ex omnibus hucusque à nobis dictis,* y de lo mismo que el Contrario dize en el num. siguiente *ex eodem Roxas,* y por lo mismo que el grado se ha de buscar en la linea, ha sucedido legítimamente Doña Maria Sebastiana *ex dict. supra ad n. 44. vsque ad 49. 50. 58. & 60.* vbi *praefertur filius primogenitus, & nepos ex eo, & excluditur secundogenitus, & patruus.*

Ad n. 105. La replica voluntaria que haze el Contrario en este numero à la doctrina de Roxas; *porque si basta la potencia.*

fin

à el tiempo de moverse el pleyto las fincas principales del mayorazgo de Oja de Castro, como son las casas, y el cortijo del torrexon; es preciso se le mantenga, por los motivos siguientes.

Lo primero, porque estando justificado en los autos, que Daña Antonia goza, y posee las casas principales, y el cortijo, y que Doña Maria los demás bienes que disfruta deste mayorazgo, es por razon de alimentos, que para Don Juan su padre, y sus sucesores, se le consignaron por sus abuelos, como consta del testimonio de las capitulaciones, que la misma Doña Maria ha presentado, le repugna esta à poseer; porque el que es alimentado no posee, sino el poseedor lo alimenta. *D. Molina lib. 2. cap. 15. num. 56. & 57. vbi addit ex Barboza. & alijs pluribus;* con que teniendo los bienes por razon de alimentos, aunque los aya disfrutado, no es como poseedora, y Doña Antonia si, que se halla con titulo; con que esta ha de ser manutenedad, y no Doña Maria su herma-

Gg

na2

sin acto en el Padre para transmitir vn mayorazgo, no ha de bastar la del hijo, y derecho radicado, cierto à el otro mayorazgo? Tiene facil respuesta; porque es esta transmision ex l. 45. Tauri ex actu fi-cto ab ipsa lege; y porque habet filius ius electionis, y se le perjudicara si se le priva- ra della al tiempo de la succession, como dexamos dicho; y mas latamente en el re- ferido numero ad 77. vers. Sed his ita; y porque la potencia de suceder en el pa- dre, y en el hijo no tienen resistencia, ni oposicion; pues tendunt ad eundem fi- nom, & vna per aliam non excluditur, sed vna alteram sequitur; lo que no suce- de así en el caso que trae el Contrario del mismo Roxas part. 1. cap. 4. n. 49. en que habla de la succession del hijo mayor no legitimado, y que puede legitimarse per subsequens matrimonium; y en tal caso tiene llamamiento ex dispositione legis, & hominis, y de la del hijo menor legiti- mo, cuya potencia de suceder durante la vida del padre, es variable en el caso de contract, ò no el padre con la concu- bina, y vna impeditiva de la del otro en- tre sí; pues si per subsequens matrimonium se legitimare el mayor, sucederá, y fino el menor legitimo; pero, ni la del vno, ni la del otro tiene resistencia con la del padre, que es con lo que arguye el Contrario.

106. & 107. Ex quibus omnibus vna por vna quedan satisfechas razones, y doctrinas, que por el Contrario se han ad- ducido; y es clara la justicia de Doña Ma- ria Sebastiana, por ser la primogenita en la linea llamada, y tener proprio, y espe- cial llamamiento, con exclusion de sus tios, y de Doña Antonia, vt supra n. 50. y 51. es la siguiente en grado à su padre, aunque se diese en este incapacidad, vt supra ad n. 44. vsque ad 49. 52. 72. 73. 76. 77. 81. 83. & ferè totam apologiam; y así por la linea, y derecho de la primo- genitura, como por ser de la del vltimo poseedor se le transfirió la possession ci- vilissima ex l. 45. vt supra ad n. 84. & 85.

y

na, y esto se esfuerça de que aunque la considerè- mos poseedora en ellos (que no se concede) ha- llándose Doña Antonia à vn mismo tiempo pos- seedora de los mas princi- pales, esta ha de ser man- tenida, porque muestra titulo, que es la misma fundacion; y Doña Maria no; porque este titulo le resiste: vt ex Barbosa, Jaco- bus Barus, tenet Aut. Gom. in leg. 45. tauri. num. 178. versic. quarta conclusio. Par- ladorio rerum quotidiana- rum cap. 5. conclus. 2. num. 10. luego como quiera que se considere, en el ca- so presente, solo por esta circunstancia debiera ser mantenida Doña An- tonia.

110. Porque aunque en este supuesto negado, nunca se mantiene al que posee con defecto noto- rio de titulo. D. Gonzalez in cap. licet causam 9. de probat. num. 26. Possio obsert. 42. num. 137. & 44. num. 12. & sequent: Con que aora si se vale Doña Maria de la escrip- tura de capitulaciones de su padre, no es titulo pa- ra poseer; antes si supone la possession en otra par- te:

y figuientes, no obitante la condicion; siendo llamada conforme à ella, vt supra ad n. 86. con la qual ha cumplido, vt supra ad n. 89. & 95. en que se encontraràn respondidos los voluntarios periodos, que el Contrario recopilò en este numero.

Y por vltimo concluirè con las palabras del señor Molina de primogen. lib. 2. cap. 12. n. 30. *Hæc sunt quæ mihi in hoc articulo dicenda occurrerunt, ad communem huius rei observationem tuendam, atque conservandam; & ne tot novitates in maioriatum successione introducamus, quæ nedom hucusque à nostris Iuriconsultis adductæ, sed nec excogitatæ fuerunt.*

PUNTO IV.

Que el interin se debe dâr à Doña Maria Sebastiana, porque posee todos los bienes del mayorazgo de Oja de Castro, con titulo, y Doña Antonia solo habita las casas, cuya habitacion por razon de alimentos le concediò Doña Maria Sebastiana, como poseedora de dicho mayorazgo por escritura de 31. de Agosto de 1714. cuyo traslado està en los autos à el num. 108. y 109.

Grande valor, y audacia tiene el Contrario, pues siendo constante de los autos, que Doña Antonia posee por alimentos las casas, concedidas por Doña Maria Sebastiana, se atreve à dezir, que esta es la alimentada: y que el alimentado no posee, sino el poseedor, que alimenta; esta es prueba por nosotros *quoad ius*, & *quoad factum*. Es constante en los autos, afsi de las casas, como de las demás posesiones que goza, y ha poseido Doña Maria Sebastiana desde el año de 1714. q. murió su padre, por todos los actos q. referimos *supra ad n. 23.* finque aya alguno en contrario; antes si consentimiento de Doña Antonia en la aceptacion de la habitaciõ de las casas, y en averle embiado

te: y si se vale de la escritura de mayorazgo, este le resiste afsi por la incompatibilidad, como por no aver cumplido la condicion, y ponerle la clausula expressa de que antes de cumplirla sea el successor solo usufructuario sin posesion, pues la reserva para despues de cumplida, con que aun no aviendose purificado dicha condicion, todavia el dominio, y posesion està en Doña Antonia, por ser la siguiente, como fundè arriba numero 92. porque el testador para que el contraviniente no pudiera fundar ni aun potencia de poseer, quiso la posesion, y dominio en el siguiente en grado (porque no podia estar ni suspenso) para que se la restituysse en cumplimiento de la condicion; y si no lo hiziesse, que continuara en aquel que la tenia ya diferida con el dominio.

111. Mas siendo las casas principales la cabeza del mayorazgo; el que posee estas (que es Doña Antonia) se ha de juzgar poseedor del todo: y para esto es menester sentar pri.

do por muerte de D. Marcos, administrador de Doña Maria Sebastiana, la fundacion, y papelera donde estava: *vt supra ad num. 89. y 95.* Y assi fin disputa, se ha de dar el interin à Doña Maria Sebastiana: *D. Paz de tenutacap. 9. per totum, & cap. 30. num. 1. & D. Molina lib. 3. cap. 13. num. 72.* ibi: *Providendo quod possideat pendente lite ille, quem ex probationibus, seu aliter constat tempore eiusdem litis mortis possedisse:* fin que se pueda proceder por motivo alguno à el sequestro: porque en caso, que se temiere rixa, ò escandalo, el Juez lo debe evitar, y conhibir; pero no sequestrar los bienes: *vt prosequitur D. Paz vsque ad n. 7. ibi.* *CS n. 8.* resuelve ha de obtener el poseedor el interin, aunque se conozca, que la legal posesion se transfirió à otro; porque para el interin, y excluir el sequestro, basta solo el desnudo nombre de actual poseedor; ibi: *Nam quamvis ille, qui tenentiam proponit verus successor resultaret; & in cum lex civilis, & naturalem possessionem transfulerit, & sola actualis apud reum conventum sit, manutentendus est, qui in possessione actuali; & reali constitutus est, & hic sequestrum impedit; dum lis possessoria definitur cum dubij simul de vero possessore, & successore quousque sententia declaret.*

Ad num. 110. vsque ad num. 115. Lo qual procede con mayor razon en Doña Maria Sebastiana, que se halla con titulo, que es su especial llamamiento, con exclusion de Doña Antonia, *vt constat ex omnibus dictis* en los numeros citados supra ad num. 106. de que se convencen, y quedan por nosotros las doctrinas, que trae el Contrario num. 109. ad finem, & num. 110. y en vago, y fuera del caso las con que prosigue ex num. 111. vsque ad num. 115. à cuyo contenido: solo opondremos las palabras de San Geronymo in epistola ad Paulinum; sed ad sensum suum in congrua aptant testimonium; quasi grande sit, & non vitiosum docendi genus de-
pradare

primero el supuesto de ser las casas la cabeza de los mayorazgos; y que lo sean se prueba de que en ellas se conserva la memoria de los nobles mas prontamente, que en los otros bienes: y aun por esso para declarar el linage, ò nobleza, por alusion se dice: *Desciende de tal casa. Moreno de Bargas discurso 5. n. 5. ibi: De aqui vno, que las casas de los Hijosdalgo se llamasen solares para significar el vn nombre, y el otro una misma cosa: las quales fueron estimadas, y temidas por nobles, y principales::* Porque es de saber, que como la calidad de la nobleza, es hidalguia, no es cosa corporea, ni visible, y los Hijosdalgo, ilustres, y valerosos, en cuyas personas, y sugetos estava predicada, se mueren, y consumen; y assi facilmente con el transcurso del tiempo se puede obscurecer, y perder, introdugeron los hombres vna cosa corporea, y durable, que la conseravisse, y perpetuassee; y esta fue el solar, y la casa en que vivieron; con la qual las gentes hizieron vna memoria local para que nunca se olvidas-

prædare sententias, & ad voluntatem suam scripturam trahere, repugnantem.

Y afsi como dize el Santo, *ibidem: Puerilia sunt hæc, & circulatorum ludo similia, & ut cum stomacho loquar.* Y bolviendo à lo sustancial del punto, de que se debe tratar con solidès, y verdad: *Remedia possessoria non competunt contra titulo possidentem*, como posee Doña Maria Sebastiana, *test. in leg. fin. C. de edict. D. Adriani tholendo*, ibi: *Non autem legitimo modo ab alio detinentur leg. 1. & 2. ff. quorum bonorum. D. Molina lib. 3. cap. 13. à num. 54.* ibi: *Nec debemus legem illam ad translationem possessionis ex titulo legitimo factam extendere: cum si id efficiendum esset, in hoc plura specialia concurrerent, quæ nullo pacto circa idem ex vulgaribus Iuris regulis tolerari possunt:* con que hallandose Doña Maria Sebastiana, poseyendo desde el año de 1714. que murió su padre, hasta el de 1720. en que murió Don Marcos Pedro; y despues *ex iure primogeniturae, & propria vocatione ex fundatione*, no se puede dar remedio posefforio, ni vacante por muerte del dicho Don Marcos Pedro; y siendo esta la conclusion del libelo contrario, vt supra ad num. 23. (aviendose de rianutener en interin à Doña Maria Sebastiana, vt in num. antecedenti) llegado el caso de la determinacion; sobre ella se ha de determinar, declarando no ha lugar; no sobre el vinculo de Baena y Vega, ni si se cumple, ò contraviene, es, ò no incompatible: *Quia ultra id quod in iudicio deductum est, excedere potestas iudicis non potest. Verba sunt Iasoleni in leg. de fundus 18. ff. communi dividundo leg. si Præses 32. ff. de pænis leg. fin. vbi Bald. C. de fideicommissariis hereditatibus. cap. licet de Symonia. Clement. sæpè s. veterum de verborum significat. Maranta de ordine Iudiciorum 6. part. s. decisoria num. 62. Afflictis des. 362. n. 3. cum alijs.*

Y en el caso deste pleyto no se puede intentar el remedio posefforio *ex leg. 45.*

Tau.

dassen sus noblezas: y profigue esto mismo diziendo, que el mismo linage le vinieron à llamar *Casa*; y *Roxas parte 8. cap. 3. num. 1.* con que en las casas era donde mas viva, como en cabeza, consideraban la memoria de la nobleza, y linage.

112. Y por esso por la *l. que tutores C. de adm. tut.* se prohibia vender las de los menores, porque no se confunda su memoria, quitandoles (digamoslo afsi) la cabeza de su caudal, y por esta causa se previene lo mismo en la *l. 18. tit. 16. part. 6.* ibi: *Pero no debe consentir que la casa, que fue del padre, y del abuelo del huérfano en que èl nació, se enagenen, en ninguna manera;* porque era cosa torpe, y fea desapropiarse de alaja tan principal, que mantiene la memoria (mas, que todo el caudal) del lustre de su linage. *Cicer. in oratione contra Sallust.* ibi: *Domum paternam vivo patre turpissime venalem habuit: vendidit.* No por otra causa, que por ser esta (digamoslo afsi) la cabeza de su sustancia, y hazienda, y que con tan-

Hh

ta

Tauri ex causa contraventionis; porque el remedio desta ley procede, *ut in ipsa*, ibi: Muerto el poseedor del mayorazgo, *ut notat Palacius Rub. ibidem num. 2. Martiuzo, in leg. 8. tit. 7. lib. 5. recop. gloss. 18. num. 1. Hermosilla, in leg. 7. gloss. 2. tit. 4. p. 5. Addentes ad Molin. lib. 3. cap. 13. num. 59. D. Paz de tenut. cap. 36. per votum, præcipue num. 11.* y aunque en tal caso se diera facultad de tomar la posesion: *Capi non potest, priusquam sententia declaretur contraventum fuisse, & ea privetur, ut in cap. 1. de homicidio, & in leg. eius qui delatorem, ff. de iure fisci. D. Cobarr. in cap. alma mater §. 2. sub num. 9. de sententia excommunic. D. Paz dicto cap. 36. num. 12. Roxas de incompatibilit. part. 3. cap. 1. notabile 10. num. 51. idem asserit in hæc verba relata digna: at hinc, & docentur Iurisperiti, & in iudicando Iudices debent observare, quod licet successor maioratus contraveniat præceptis, & conditionibus in institutionibus appositis: non valeat privari, nisi prius formato Iudicio, & per sententiam declaratoriam iudicatum sit contravenisse, & ex eo ad privationis pœnam condemnatur. Quod procedere debet, sive præceptum conditio, seu gravamen, cui parere, atque obedire successor tenebatur, sit in vim conditionis, sive in vim modi; dum tamen sit in possessione, qua privari debeat, uti erat primus pater. Adam, & licet pœna privationis, in casu contraventionis, sit imposita ipso Iure, vel ipso facto, seu statim incurrenda, quod late profertur comprobando: idem part. 5. cap. 3. ex num. 68. vbi num. 71. trae à la letra el formulario de la sententia correspondiente à la demanda, cuyo juicio no se ha intentado: idem D. Castillo lib. 5. controver. cap. 115. ibi: Et sic necesse est quod legitime facto processu super contèptu operis sententia, declaratio, & privatio subsequatur: y añade por doctrina de Cafanate, que lite pendente non debet privari, y que lite pendente super privatione valide posse præceptum impleri,*

ta propiedad representa la familia: pues lo mismo es dezir de tal casa, q̄ denotar la familia, y su poder, y autoridad. como dixo Ovidio de pont. lib. 3. elegia 3. in fine.

*At tua supplicibus domus est
assueta iuvandi.*

*In quorum numero me precor
esse velis.*

Y Virgilio tuvo por tan vnida, y finonoma la casa con la familia, y aun con la persona, que en el 2. de las *Æneidas*, hablando del incendio de la casa de Ucalegon, dixo, que èl mismo estava ardiendo, ibi:

..... Iam proximus
Vcalegon..... ardet.

Y en el derecho, en el crimen de lesa Magestad, aunque se confiscan los demás bienes de los mayorazgos, solo las casas las arruina, y destruye, hasta allanarlas con el fuele à repetidos sulcos de vn arado, *ut ex cap. felicitis, de pœn. in 6. & cap. 1. §. 1. & §. conventiculof. de pœc. Iul. firm. ex l. 6. tit. 13. part. 2. & alijs. tenet D. Molin. de primogen. lib.*

pleri, *ut supra ad num. 89.* Y por esta opinion, y que no ha lugar el remedio de la tenuta está la del señor Olea refiriendo otras contrarias de *cess. Inrium tit. 3. quest. 4. num. 23. ad finem.* ibi: *Sed quo ad remedium possessorium dissentit docti prosequens D. Paz de tenut. cap. 36. à num. 11. quæ sententia vera mihi videtur;* y esto mismo siente, ibi: *in addict. num. 7.* y aunque parece cita à el señor Paz de tenut. cap. 34. *ex num. 24.* que es del contrario sentir, y le dà la inteligencia de que habla: *Quando possessori non competit electio: quia acceptando secundum maioratum vacavit primus; cuius possessio translata fuit in legitimum successorem, sed tanti viri pace,* es mas clara la inteligècia: y es en el referido capitulo 34. es la question del señor Paz: *Si maioratus possessor in alio maioratu succedat, qui cum primo, quem possidebat incompatibilis sit; an ille, qui in primo maioratu succedere contendit in vita huius ultimi possessoris tenutam proponere possit;* y la resolucion es, que si; porque como dize num. 26. *Si possessor maioratus admisit aliud primogenium incompatible cum eo, quod possidebat: eo ipso vacat primum, quod obtinebat;* y mas claro quando tratando, de si puede variar la eleccion, pregunta asi en el num. 49. *Prima: an primogenium in quo prædicta incompatibilitas fuit adiecta, & maioratum concursus prohibitus testamento sit institutum?* De fuerte, que en este capitulo va hablando, quando la incompatibilidad es expresa, y prohibido el curso de dos mayorazgos, en que dize, à lugar la tenuta; y en el capitulo 36. es la question: *Tenuta an possit proponi in vita possessoris per conventionem conditionis in maioratu appositæ.* En que en los numeros 11. y 17. resuelve, que no; y que se necesita de sententia, y juicio declaratorio, como dexamos manifestado; y lo mismo dixo *dicto cap. 34. num. 41. ex versic. licet,* que es nuestro caso. Aguila
ad

lib. 4. cap. 11. num. 62. ubi add. & Fuffar. Fontanel. Pater Molina, & alij, y no puede ser otra la razon, sino porque en los demàs bienes no se conserva la memoria, como en la cabeza del mayorazgo (que son las casas, y como por el delito tira la pena à borrarla, no haze aprecio de la demàs hazienda, y solo las casas, como cabeza destruye; que es siempre donde se considera la pena à todo el cuerpo, como à otro assumpto (aunque con vna misma razon) lo notò loa. Orven. epigram. 163. ibi:

*Si quando sacra iuratori violata verit uxor,
Cur gerit immetitus cornua
vir? Caput est.*

Y la traduccion de Don Francisco de la Torre, cõ elegancia dixo:

*Quando mancha la pureza
del talamo la muger;
porquè el hombre ha de tener
la infamia? por que es cabeza.*

Y asi no debemos discurrir otra razon para cargar toda la pena à las casas de los mayorazgos, y
no

ad Roxas 1. part. cap. 5. n. 34. part. 3. cap. 1.
à n. 116.

De que facamos dos conclusiones ciertas: vna, que Doña Maria de Zaldua, Don Juan Alonso su hijo mayor poseyeron legitimamente, *ex iure vocationis, primogeniturae, & transmissionis*; ex quo no huvo reconuencion, ni sentencia declaratoria contra ellos, *vt ex dictis apparet, & notauimus supra à num. 84. vers. à que satisfago ad finem, ex D. Uica, in additionibus ibidem relato.*

Otra, que queriendo dezir el Contrario desde el num. 21. y 54. que la incompatibilidad viene desde Doña Maria de Vega, para suponer poseedora à Doña Isabel su hermana, y despues à D. Marcos Pedro; ex eo, que por muerte de D. Antonio de Vega, quien traxo à el matrimonio con Doña Ana de Zaldua el vinculo de Baena, sucedió en el Doña Maria, con que no pudo suceder en el de Oja de Castro; que vacó despues por muerte de su madre Doña Ana; en el supuesto de ser incompatibles se conuence *ex dictis ex T. Paz, & Roxas, & D. Oleas*, porque (caso negado, que huviessse tal incompatibilidad) por la aceptacion del segundo mayorazgo; pudiera arguir vaco el primero: con que *ex isto medio* tiene la puerta cerrada para pedir el de Oja de Castro, sobre que se ha de dar la determinacion, *vt supra diximus isto numero versic. remedia possessoria ad finem*, y en el supuesto de la assera incompatibilidad, solo por el legitimo succesor se pudiera intentar se declarasse: y precisara à Doña Maria eliguiessse vno de los dos, *ex notatis in principio istius numeri, & supra à num. 31. versic. pues si ambos: 32. 33. 70. 74. 77. versic. sed his ita, & num. 89. ad finem, vt notant DD. in Clem. gratiae de rescript. in sexto cap. referente, cap. praeterea de praebend. & dignitat. l. mater decedens. ff. de in officioso testam. l. si quando §. generatitèr C. eodem. l. Paulus, ff. de bonis libertorum. l. 1. & 2. ff. de optione legata*

no à los demás bienes, sino la de fer la cabeza, y aun por esso se dificultan las reales facultades para su venta, no aviendo otras, y siendo las principales del mayorazgo.

114. Pues aora por derecho donde se halla la cabeza, se debe dezir, que reside todo el cuerpo; de fuerte, que aunque todo el cuerpo se sepulte en vna parte sin la cabeza, y en otra se sepulte esta, ò la mayor parte de ella, aqui se radica el derecho de sepultura; y este lugar en lo antiguo se tenia por religioso, y entraba en posesion de tal, y no donde estava el cuerpo. *L. cum in diuersis ff. de relig. & sumpt. funere. ibi: Illum esse religiosum locum ubi quod principale est conditur: id est caput, cuius imago fuit. Acurf. in §. religiosum instit. de rer. div. litera. K. ibi: Mortuum scilicet totum, vel saltem caput.* Pues siendo la cabeza lo principal, le ha de seguir lo accessorio. *l. haeres 98. §. cui testudinea ff. de legat. 3. & ibi Bart. reg. accessorium 42. de regul. iuris in 6. ex pluribus Barbosa axiomata verbo accessorium, & c. Velasc.* Luego si
las

Respon. 5. cum igitur. C. de furtis D. Molina, lib. 2. cap. 14. num. 26. & lib. 3. cap. 2. num. 30. & ibi addentes D. Solorzano de iure Indiarum, lib. 2. cap. 18. Pater Molina de inst. & iure disp. 615. à num. 6. Roxas part. 7. cap. 4. & præsertim n. 39. ubi late de intellectu Clement. gratie. Aguil. ad Rox. 3. part. n. 120. & 7. part. cap. 4. à n. 30. & 8. part. cap. 6. n. 5. 10. & 11. contra que no hemos encontrado doctrina; pues la del señor Cast. con que se conforma ibi num. 48. es fuera de nuestra especie, y en la de quando ay llamamiento de hijo segundo, y exclusion del mayor por palabras negativas; pero que entrase escogiendo, como entre peras? Pedir possession del de Oja de Castro? Es de lo que nec vsquam relatum, nec unquam receptum est, vt dicam cum leg. 1. §. consulares ff. de Senatoribus.

Y así, aviendo estado Doña Maria Sebastiana, no solo seis meses quietá, y pacíficamente (que es lo que quiso solo la ley 9. tit. 7. lib. 5. recop.) en la possession del mayorazgo de Oja de Castro, y sus bienes, sino seis años desde el pasado de 1714. que murió Don Juan Alonso su padre, como primogenita, y primer llamada à su successión, ni se puede intentar la tenuta, ni el remedio possessorio correspondiente, ex leg. 45. tauri de quo Roxas de incompatibilit. part. 5. cap. 5. que es el que ha intentado Doña Antonia ante el Alcalde mayor de Ezija; porque solo el juicio que puede intentar, el que pretendiere derecho, es sobre la propiedad. Matienzo in dicta l. 9. glossa 7. in principio, ibi: *Nota ex leg. ista, quod præsumens successorem esse maioratus, si actu apprehenderit possessionem, & in ea extiterit per 6. continuos menses, non poterit super possessione maioratus conveniri, sed super proprietate dumtaxat, nec in hac specie cognoscit Consilium Regium, sed Chancelleria, quod est profectò mirabile;* mayormente possyendo Doña Maria Sebastiana, ex titulo maioratus. *Noguerol alleg.*

las casas de los mayorazgos, es lo mas principal, el que posee estas, posee los demás bienes accessorios; porque siempre los miembros han de seguir la cabeza, vt ex cap. cum liceat de præscript. tenet D. Castillo lib. 5. cap. 159. n. 4.

115. Y siendo el mayorazgo individuo por su naturaleza, à manera del Reyno, vt probat. l. 2. tit. 15. part. 2. D. Molina de primogen. lib. 1. cap. 3. num. 6. & cap. 11. ex num. 1. vsque ad 10. & ibi add. D. Valenzuela consil. 40. n. 1. vsque ad 24. & consil. 172. num. 10. Mier. part. 1. quæst. 26. ex num. 77. vsque ad 110. D. Castillo lib. 5. cap. 159. per totum, & cap. num. 16. & 17. Roxas part. 1. cap. 2. num. 93. & cap. 4. num. 13. Se sigue, que siendo individuo, donde estuviere la cabeza, allí se juzga, y se debe juzgar la possession de los miembros; pues en cosa de vna misma naturaleza, con tomar la possession de vn fundo, ó alhaja, se toma en todos los demás real, y verdaderamente. Gom. in leg. 45. tauri à num. 34. & præsertim num. 38. & in num. 39. ex li leg.

...diciendo desde el año de 1525, que muriera Pedro: no pudiéndose dudar si le donó una casa, el conde de... natural, que a su padre, abuelo, no se puede dudar le compete el interin, mayormente pudiendo ella... para que el interin se diera a D. Maria Sebastiana Soria ad Coaxuo. in pract. cap. 15. sub. num. 2. ad... 10. interdicti interin compete civiliter gominent tanto, como alius in actuali gortione non regre... de re. reme. 128 aut. num. 26. et 27. con que cababitual gortion en D. Maria Sebastiana con...

...de ella le supra num. 23. §. 108. & fere per totam... de re. reme. 128 aut. num. 26. et 27. con que cababitual gortion en D. Maria Sebastiana con... de re. reme. 128 aut. num. 26. et 27. con que cababitual gortion en D. Maria Sebastiana con... de re. reme. 128 aut. num. 26. et 27. con que cababitual gortion en D. Maria Sebastiana con...

La primera, que aunque sea cierto, que ex leg. 45. Tauri, passa el dominio, y posesion civil, y natural en el sucesor en el mayorazgo, se requiere, que este declare su animo verbo, aut facto, mezclando, y aceptando la sucesion, y de otra fuerte no tiene lugar el efecto de dicha ley; ni considerarse por su ministerio poseedor: prueba lo ex Tirac. Mieres, Martenyo, y Nicolao Bellon. fatisfaziendo a las razones en contrario Roxas, de incompat. part. 5. cap. 3. ex num. 41. y esto se haze veridico, y sin disputa en nuestro caso; en que supo Doña Isabel, que su hermana mayor succedia, y succedio en ambos vinculos: y Don Marcos Pedro, que Doña Maria Sebastiana, su sobrina, por muerte de Don Juan Alonso su padre, y hermano, y fue su administrador, en virtud de su poder, de que consta en los autos, y en nombre de Doña Maria los administro, y vno, y otro lo vieron por mas tiempo de diez años, sin aver tenido impedimento para usar de su derecho en adquirir, y pedir la posesion: y asi quando alias les compitiera la civil, y legal, la perdieron. Mieres de maiorat. 4. part. quest. 21. num. 5. & probatur ex leg. si duo s. 1. ff. de acquirenda possessione. & ibi Bald. Alexand. cons. 35. n. 12. D. Covar. in reg. possessor 2. part. s. 9. num. 3. que afirman, que si se, que la posesion natural ocupó otro, y omito el tomarla por algun tiempo pierdo la civil; pluribus relatis Mieres 3. part. quest. 6. num. 2. & 3. vbi num. 15. de intellectu leg. 1. tit. 13. lib. 3. ordin. que est l. 3. tit. 15. lib. 4. recop. y que el que con titulo, y buena fe ocupó

de ellos. Mieres de maioratu part. 3. quest. 24. num. 7. D. Molina lib. 3. cap. 3. n. 53 vbi Add. Que previenen en dichos lugares con el señor Paz de tenut. a el cap. 28. desde el numero 15. que se da este remedio sumario contra el que pretende por titulo vniversal de el sucesor en el mayorazgo; porque no se puede ayudar del titulo para que se le transfiera, si el lo resiste, como sucede a el presente, y Aguila ad Rox. part. 5. cap. 5. num. 63. & 64. ibi: Qua etiam ratione verius est, successori maioratus nullum inferri praiudicium ex alienatione ab antecessore facta rei maioratus ex leg. 45. ibi: Aunque aya otro tomado la possession ideoque tenutam habere ex remedio possessorio etiam contra possidentem titulo, sive vniversali, sive particulari, y cita a muchos, y profigue hasta el num. 67. muy del caso.

118. Porque es indubitabile, que el poseedor del mayorazgo pudo muy bien por los dias de su vida renunciarlo, y darlo a otro que lo goze, sin que el inmediato sucesor pueda impedirlo; porque

los bienes del mayorazgo à vista del que pudiera pretender ser successor, passado vn año non tenetur de possessione responderi, & n. 25. & 26. *Aguila ad Rox. part. 5. cap. 3. ex num. 64.* fin embargo de la opinion contraria del señor Paz de tenut. cap. 17. n. 27. & seqq. & cap. 35. y es expressa la del señor *Molin. lib. 3. cap. 13. num. 54.* que referimos supra ad num. 110. *versic. remedia possessoria.*

Y bien entendida la doctrina del señor Paz de tenut, no es contra nosotros, ni en nuestro caso habla, porque cap. 17. num. 30. *versic. rursus, se remite à el cap. 35.* y en el num 5. mueve la question si absens, in quem legalis possessio translata est, moriatur antequam actualem possessionem apprehendisset, & haberet scientiam vocationis maioratus, an tenuta competere possit, sequenti in gradu? y resuelve, que sí, fin embargo de las razones, que adduce en contrario, à que satisface ex ním. 19. ibi: *Etiam si verus successor actu possessionem non apprehenderit, & quantumvis ipse maioratum vacasse ignoraverit, nihilominus eo mortuo, tenutam proponi potest ab eo, qui succedere in prædicto maioratu contendit, tamquam prior prædicti ultimi possessoris, vt supra à num. 26.* Y lo mismo en el caso *quamvis ipse sciret, & acceptare recusasset, vt non ab ipso sed à præ defuncto proximitas regularitur; non vtique posse: cum ius primogenitura cedi, seu renunciari nequeat in successoris præiudicium, vt supra ad n. 24. 25. & 27. diximus;* y en cuyos terminos procede el lugar de *Aguila addic. 5. part. cap. 5. num. 63. y 64.* cuyas palabras refiere el Contrario à el final del n. 117. pero nosotros vamos, y estamos fuera de estos dos casos tan repetidos de el Contrario. Y en el de que por muerte de Doña Ana su Madre, y Doña Maria de Vega y Zaldua su hija mayor, y por muerte de esta Don Juan Alonso su hijo mayor, y por muerte de este Doña Maria Sebastiana su hija mayor, cada vno en su tiem-

no ha llegado el caso de su llamamiento. *D. Molina lib. 3. cap. 13. num. 59. vbi Add. ex Gut. P. Molina, & D. Paz de tenut. cap. 35. num. 37. Gam. dess. 93. num. 2. vbi Flores de Menà in add. Gut. 2. part. quest. 90. per totam. Roxas de incompatibilit. part. 6. cap. 4. num. 72. vbi Aguil. ex Alvar. Pegas;* y así como se halla impedido, no le corre tiempo *ex leg. 1. §. fin. C. de annal. except. l. in rebus 30. §. omnis. C. de Iure dot. um. cap. quia diversitat. 5. de concess. præbend. Gut. 3. part. quest. 34. num. 21. Velasco de privileg. pauper. part. 1. quest. 38. num. 12:* Y así hasta que muera el poseedor antecedente no puede intentar su accion.

119. Y por esso desde la muerte de este (que es quando se difiere la vacante) se ha de intentar el interdicho: con que aun que se concediera (que no haze) que Doña Isabel, y Don Marcos huviesen renunciado la possession en Doña Maria, y en su Padre, pudiera ser solo por los dias de su vida, y no mas: porque como dixe arriba en el num. 23. y 25. este derecho no lo adquieren los inmediatos de el

po con proptio Hamamiento, en funda-
 cione, iure primogenituræ, & iure linea
 ultimi possessoris, vt supra diximus num.
 83. & legq. como ligentes vno à otro
 en grado, dentro de la linea, vt fatetur
 aduersarius in principio num. 104. & di-
 ximus ibi, & a num. 114. vsque ad 49. 50.
 56. & 60. ocuparon los bienes del mayo-
 razgo, y continuaron la possession de
 ellos, transfiriendole ex leg. 45. Tauri, de
 vno à otro la possession, tam ex iure pri-
 mogenituræ, quam quod esset ex linea ul-
 timi possessoris, D. Molina, vbi sup. dicto
 cap. 13. n. 54. y assi formaron linea, por-
 que ocuparon la possession; pues no le
 forma, ni puede formarse, nisi per eos, qui
 actu aliter possident, & non per legale
 ponens successoris, vt idem Paz, arudite
 comprobat. ex num. 12. vsque ad 18. ad
 quod fuera de los dos referidos casos no
 satisface, como ni pudiera; pues como el
 confietta, para que se cause vacante, ha
 de ser por muerte del que fue conocido
 por actual poseedor por todos, como lo
 fueron los referidos, y no Doña Isabel, ni
 Don Marcos Pedro, y como estos, si hu-
 vieran tenido successión no la transmitian,
 ni adquirian a sus hijos, ex leg. 45. Tauri,
 ni derecho alguno, menos por su muerte
 à Doña Antonia, vt supra num. 57. ad fi-
 nem 58. 59. 84. vt sic, en el parentesis,
 & num. 83. in fine. Ant. Gom. in l. 45.
 Taur. n. 179. citado por el Contrario en
 este num. 120. que dize ha de ser la pos-
 session continuada, y ha de aver costum-
 bre de suceder; porque es eterna verdad
 de derecho, quod ea possessio, que non
 fuit apud defunctum, non poterit conti-
 nuari, vel transferri, ex leg. 45. Tauri.
 D. Molina lib. 3. cap. 12. num. 17. D. Paz
 de tenuta cap. 48. sess. def. 67. num. 15.
 Herms. in leg. 7. gloss. 2. num. 19. tit. 4.
 part. 5. Giurb. de successione seu. 6. 2.
 gloss. 12. num. 73. 82. & 83. ex qq. ita
 probat. Aquila ad Roxas, vbi supra part.
 5. cap. 5. & ex test. in leg. traditio ff. de
 adquirendo rei um dominia, legi interdum
 ff.

vltimo possedor, sino del
 fundador: y assi aquel no
 pudo perjudicar à su in-
 mediato; porque fuera
 dar lugar à fraudes cono-
 cidos, D. Paz de tenuta cap.
 28. num. 19. ex leg. peto §.
 fratre, ff. de legat. 2. Gom.
 in leg. 40. tauri num. 86. D.
 Castilla lib. 5. cap. 93. §. 9.
 num. 5. Mieres part. 3. quæst.
 6. num. 79. & cap. 35. num.
 19. & D. Oleatit. 3. quæst.
 4. num. 32 & 33. ex Gut.
 D. Molina, & alijs. Aquila
 ad Rox. part. 5. cap. 2. num.
 38. & 39. & cap. 5. num. 63.
 & part. 6. cap. 1. num. 7. ex
 pluribus; y no se permite
 en derecho, que nadie fa-
 que vtil de su cautela. Gom.
 in leg. 45. tauri num. 117.
 in fin. D. Molina lib. 3. cap.
 12. num. 18. donde afir-
 ma, que este detestador no
 haze los frutos suyos, ni
 tiene algun remedio pos-
 sessorio. Et ibi Add. ex
 Azevedo, Mattienz. Mieres,
 & P. Molina.

120. Y aunque Gom.
 in leg. 45. tauri num. 179.
 quiere con muchos que
 cita, el que en caso de que
 ambos prueben posses-
 sion, sea vno, y otro man-
 tenidos pro indiviso, esto
 se entiende (como del se
 reconoce) quando vno,
 ni

ff. de adquirenda possess. leg. 63. & 72. ff. de usufruct. ut ex verbis. D. Molina. dicto num. 17. en el 63. citado por el Contrario à el fin del num. 117. explica idem. Aquilioni: idque certissimum est intelligendo, quando id procedebat ex ipsarum rerum maioratus natura; secus autem quando id ex alienatione, vel translatione ultimi maioratus possessoris procedit; tunc namque, eo non obstante, possessio insequentem successorem ex leg. 45. Taur. transfertur. Por la naturaleza del mismo mayorazgo ha sucedido Doña Maria Sebastiana, su padre, y su abuela, no por gracia, cesion, ni enagenacion de Doña Isabel, y de Don Marcos Pedro; con que à estos, ni à sus hijos, si los tuvieren, ni à otros, que se consideraran siguientes en grado, si ellos huvieran sucedido, se les puede aver transferido possession, que ellos no tuvieron, como se le transfirió à Doña Maria Sebastiana, por la que tuvieron su padre, y abuela, y demás ascendientes, como queda manifestado en los números deste 4. punto, y en los antecedentes en ellos citados; y à la duda, que promueve Aguila *ibi num. 60.* se satisfaze *idem D. Molina ibi n. 22.*

Y en mayor comprobacion del contexto, y especie desta primera proposicion, està, que Doña Isabel de Vega, y D. Marcos Pedro de Zaldua, tios de la dicha Doña Antonia, vltra de los medios, y motivos legales, que hemos manifestado en esta Apologia; ni tuvieron, ni pudieron tener possession alguna del mayorazgo de Oja de Castro, por los mismos, que à su modo, y voluntad ha asientado el Contrario en su defensa, *ex num. 85. y 107. & serè per totam.* asienta prohibe el fundador la possession, no llama à la succession, excluye de ella à el que antes no cuple la condicion de aver vñado del apellido, y armas (y sin perjuizio de la verdad, con la qual tenemos *ibidem* satisfecho) *per te* dirèmosle, no tuvieron, ni pudieron tener tal possession; ni fueron llamados

ni otro han mostrado titulo; y assi no puede correr en nuestro caso, donde Doña Antonia ha presentado la fundacion, y tiene justificado que goza el cortijo, y casaf, y que lo ara, y siembra, y coge sus frutos, y los cogio su tio fin disputa; beneficiandolo, y cultivandolo de todo lo necessario, que es la mas real prueba de la possession, *ut tenet Gom. in leg. 45. Taur. num. 193. versic. quarto modo, & versic. quinto modo ex Bald. Ancharr. Bart. & alijs.* Porque siendo individuo el mayorazgo (como dixè supra n. 115.) todos sus bienes deben ir juntos à vn poseedor; y lo ha de tener por precisa consequencia el que tiene los mas principales, y que constituyen la cabeza del mayorazgo.

121. Con que como quiera, q se considere Doña Antonia, ha de fer mantenida en la possession, q se le transfirió en virtud de la fundacion, y no Doña Maria; pues por la misma fundacion se halla exclussa con resistencia à ella, y no la puede adquirir contra la expresa volun-

mados Doña Isabel de Vega, y Don Marcos Pedro de Zaldua; pues así se llamaron toda su vida; y hasta la hora de la muerte, como consta de todos los instrumentos, que están en los autos, y de sus testamentos, debaxo de cuya disposición murieron; nunca se llamaron, ni pensaron llamarle con el apellido de *Martínez Oja de Castro*; ni *usaron sus armas*, ni *cumplieron la condicion*, con que *ex te, & per te*, no se les puede considerar con la posesion, que supone el Contrario, que no tuvieron *actu, nec habitu*, ni pudieron tener, no aviendo cumplido antes la condicion, cómo se quiere de contrario: con que precisamente *iure, & facto* la tuvieron, como queda dicho, Doña Maria, Don Juan Alonso, y últimamente la tiene, y conserva su hija Doña Maria Sebastiana.

La segunda, que desde el año de 1649. que Don Antonio de Vega Soriano, por Doña Ana de Zaldua su muger, tomó la posesion del mayorazgo de Oja de Castro: y por su muerte año de 688. por Doña Maria, muger de Don Marcos Martínez, que por su muerte continuó en Don Juá Alonso su hijo, y por la de este en Doña Maria Sebastiana, se poseen estos mayorazgos juntos, aviendo sucedido el caso de la perplexidad de la clausula, ibi: *Y aunque por los casamientos que les sucedieren á los llamados en este vinculo*: como sucedió á el Rey Don Fernando de Castilla, que por persona de su muger obtuvo el Reyno de Leon; de que haze memoria el señor *Molina de primogen. lib. 1. cap. 2. num. 15.* y si dicha clausula huviera de operar algun efecto, fuera entonces, que sucedió el caso de juntarse los dos mayorazgos por el casamiento de Doña Ana; no operó alguno, y los poseyeron juntos Don Antonio de Vega Soriano, y Doña Ana de Vega su muger, y por su muerte desde el referido año de 688. Doña Maria, y muerta esta, D. Juan Alonso, por cuya muerte desde el año de

luntad (como está fundado) y si la consideramos detentadora, *con permiso* de los legitimos poseedores en parte de los bienes; le resiste el ser el mayorazgo individuo, y que los bienes de él, han de seguir la cabeza, que es la casa, en cuya posesion está Doña Antonia; porque sus antecesores no le pudieron perjudicar por estar legitimamente impedida; y estos no pueden dar, ni quitar: porque el derecho proviene del fundador, y se difiere á la muerte del último poseedor, y no antes; y así tiene claramente fundado su derecho para la manutencion, que espera.

S. T. Y. D. C.

714. Doña Maria Sebastiana, siendo su apoderado, y administrador de ambos mayorazgos Don Marcos Pedro su tío.

Esta es vna costumbre de succeder en ambos mayorazgos, interpretacion, y declaracion de que no ay incompatibilidad, y de poseerle, y retenerse juntos. *D. Larrea deff. 45. num. 23. & 24. ibi: Interpretatio enim, vel declaratio; quæ ex consuetudine insinuat optima est. leg. si de interpretat. 37. ff. de legibus: & ab ea recedere nefas est. cap. cum venissent de instructionibus. cap. cum dilectus de consuetudine. cap. cum contingat de transactionibus. leg. 6. tit. 2. part. 1. D. Castillo lib. 5. contr. §. 7. num. 2. & observantia sub secura operatur, ut vincat verum intellectum dispositionis; nec est necesse, ut longi temporis præscriptione declaretur: nam consuetudo declarativa sufficit decem annorum. D. Molin. lib. 2. de primogen. cap. 6. num. 57. & 58. ibi: Quod ad hoc verum est, ut etiam si ad præscribendum requireretur tempus immemorabile; ad hoc tamen sola decem annorum consuetudo sufficiens sit: non enim hic agitur de præscriptione, sed interpretatione ad quam efficiendam sufficit tempus decem annorum; quod etiam imprescriptione primogenij dicendum erit ut quamvis in vim præscriptionis immemoralis præscriptio, seu quadraginta annorum cum titulo necessaria foret, in vim tamen interpretationis decem annorum lapsus sufficiens sit. Add. ad hunc locum, ibi: Aut agitur de interpretandis tantum aliquibus verbis dubij: clausularum (como la que se ha movido de la finistra inteligencia de las del de Baena) Tunc vero ordinaria præscriptio consuetudinis decem annorum proculdubio sufficit, idque praxis*

admittit, idque auctorem sensisse porius, quam succubuisse facendum est. *& Alveñado in leg. 41. Tauri num. final; & ex alijs ibidem, Mieres de maioratu. 3. part. quæst. 21. num. 1. & quarta part. quæst. 20. num. 334. Arzedo in leg. 1. tit. 7. lib. 5. recop. num. 14. & hoc non est præscribere contra titulum, sed declarare dubium intellectum ipse D. Larrea deff. 53. num. 4. & 22. & subjicit aliquoties ita observatum. Gut. conf. 2. num. 10. D. Valenzuela, Velaq. conf. 97. num. 204. Fontan. de pactis nuptialib. claus. 6. glos. 3. part. 2. num. 33. Gacian. discept. forens. cap. 544. num. 31. & cap. 552. num. 7. Torre de maiorat. 1. part. cap. 24. num. 35. Cabed. deff. 121. Vbi ita ex consuetudine succedendi laicus de familia admittus fuit, exclusso clerico quamvis ex institutione clericus admitteretur, & non laicus, & ita decisum refert.*

Y aunque *D. Castillo lib. 5. controvert. cap. 93. §. 9. sub num. 7* no asiente en el todo à esta decisio de Cabedo; en lo que contesta, y no ay duda concluye num. 8. in principio ex communi *D. D.* consensu quos late refert, est ut ibi: Cum de interpretandis verbis dubijs dispositionis, aut maioratus agitur, ordinaria præscriptio sufficit, ut supra in dicto §. 7. idem *D. Castillo* cap. 180. ibi: Favorabilior est causæ eius, quia agit de conservando se in successione, quæ de iure, atque ex natura, & consuetudine succedendi, ad eum perinet, quam eius, qui agit de successione adquirenda.

Ex iure primogenituræ; ex natura maioratus regularis per representationem, & in locum Patris, ex consuetudine succedendi, como sucedio à Doña Ana, Doña Maria, y à esta Don Juan Alonso sucedio, y ha pos-

leido, y posee los mayorazgos de Oja de Castro, y el de Baena Doña Maria Sebastiana: *quid aliud? quis iam dubitabit? tam quoad iudicium proprietatis, quam quoad plenarium possessorium, quam quoad hoc summariissimum de interim, in quo de prae-*

sentia agitur del conocodo, claro, è indubitabile derecho de Doña Maria Sebastiana Martinez Oja de Castro Baena y Vega Zaldua y Hinestrosa. Salvo in omnibus. T. S. C. Carmona, y Noviembre 25 de 1721.

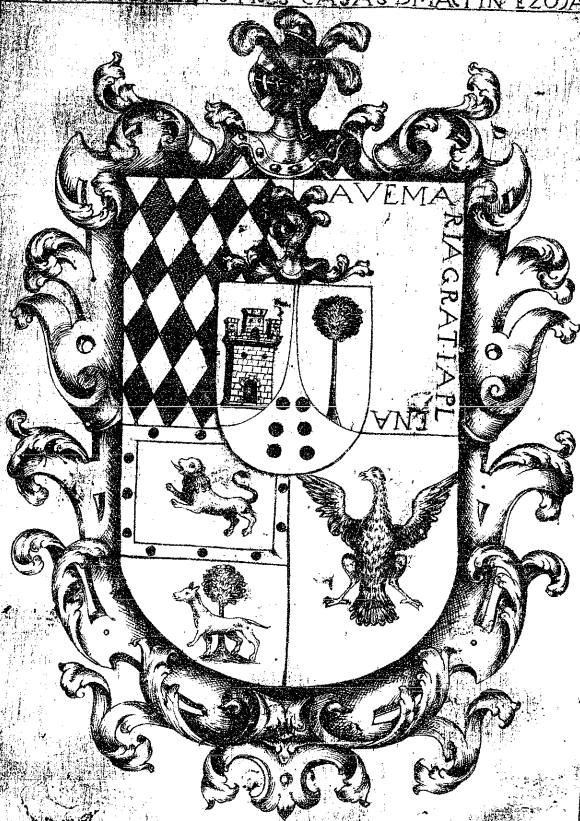
Lic. D. Bartolomé de Messa Gincete.

[Faint, mostly illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page.]

[Faint, mostly illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page.]

A MASDLA ILLVSTRES CASAS DMARTIN EZOJA

VICA MEDINILLA CHANETROPA



DASTRONAVICAZALDYAYACVILA DYMARIASEBASTIANA

MARTINES OIADCAS TROBAENA

THE HISTORY OF THE
CITY OF BOSTON
FROM 1630 TO 1800
BY
JOHN H. COOPER
VOL. I
PART I
1800



ON JOSEPH AL-

FONSO DE GVERRA

Y VILLEGAS, Cavallero de

la Orden de Sant-Iago, Chronista,

y Rey de Armas principal,

y mas antiguo en Xefe vni-

versal del Rey nuestro Señor

(que Dios guarde) D. FELIPE

QVINTO deste nombre, Emperador del nuevo Mundo, en todos sus Reynos, Señorios, y Dominios, y Chronista de la Sacra Orden, y Religion de S. Juan de Jerusalem, en los de Castilla, y Leon, y de las Militares, y Cavalleria del Apostol Sant-Iago, Calatrava, y Alcantara, y Escripтор mayor de Reales privilegios: certificamos, que por los libros de Armeria, Copias de linages, Historias, Sumarios, y otros papeles, que originales tenemos en nuestro poder, y Real Archivo del cargo de estos nobles empleos, que blasonan de las esclarecidas casas, solares, Infanzonados de Cavalleros Hijosdalgo de sangre de España, y otras Coronas Estrangeras, parece, y está escrito en ellos los apellidos, y armas ilustres de Martinez Oja de Castro (que están unidos en vn mayorazgo, fundado por el Ilustre Juan Martinez Oja de Castro, con precepto de que los poseedores las traygan à la mano derecha, como se declaró) como tambien las de Baena, en el que fundaron Pablo de Baena, y Doña Isabel de Vega, que piden la misma preferencia, sin que las vnas, y las otras tengan superioridad, ni reparo en el uso de vnas, y otras à vn tiempo, para fundaciones, vinculos, mayorazgos, Capillas, Sepulcros, Zenotafios, Portadas, Memorias, Llamamientos, y otras circunstancias, de que suelen resultar pleytos, que no pueden remediar,

Toca à los

Reyes de Ar-

mas dar for-

ma de las ar-

mas, è insignias,

y modo

como las ha

de traer cada

vno, vt ex Me-

xia, Garivay,

y otros: lo cer-

tifica Moreno

de Vargas, en

sus discursos

de la Nobleza

de España,

discurs. 23. n.

1. ibi: *Y à to-*

dos los orde-

nan las insig-

nias, y armas,

que han de

traer: final-

mente perte-

neccn à su

oficio otras

muchas cosas.

ni prevenir los fundadores, por no tener noticia de las leyes, ni de los exemplares. Y assi prevendremos en este despacho, y certificacion lo que dizen los mas clasicos, y veridicos Autores sobre preferencia de armas, quando concurren vno, dos, ò tres llamamientos de mayorazgos, vinculos, ò otras memorias, ò otros mayorazgos, en que los fundadores ponen la clausula expresa de que precedan las armas en todas las partes publicas, y privadas fuyas à las del q̄ llaman à la herencia, ò de otras, en cuyos mayorazgos succedan por casamientos, ò en otra forma, de que cada dia ay litigios, y pleytos; y para que estos cessen en el que puede sobrevenir à Doña Maria Sebastiana Martinez Oja de Castro Baena Vega Zaldua è Hinestrofa, viuda de Don Tello Gonzalez de Aguilar Ponze de Leon, vezina de la Ciudad de Ezija, poseedora de dichos mayorazos, y Don Fernando Martinez Oja de Castro Baena Vega Zaldua y Aguilar, su hijo primogenito, è interesados en este despacho, pondrem os los exemplares, que tenemos en nuestro Archivo desta fuerte: En tiempo del señor Emperador Don Carlos fundò mayorazgo en Valladolid vn sobrino de Antonio Pessoa, su Contador mayor, que se llamaba Don Juan Mendez Araujo, en vn hijo suyo Pablo Mendez Araujo; y este llamò à Doña Inès de Sylva, con este rigoroso precepto, y teniendo dos apellidos, puso el primero en primer lugar, y dentro en sobrepuesto vn escudete en la forma, que vè esse de Martinez Oja de Castro, que haze primero. Esto mismo tenemos en otro mayorazgo, que fundò Juan de Herrera, en Castilla la Vieja en tierra de Misengo, que recayò en Pedro de Avilès, y se executò la misma preferencia. Tambien se executò assi en el vinculo, y Patronato, que fundò Juan de Avilès, que recayò en su nieto materno Alor Sarvallo, que oy permanece en Chaves en Portugal, y podemos sin violencia hazer memoria en las armas Reales de nuestro Palacio de Madrid, en q̄ estàn en vn escudete, q̄ haze medio,

y cabeza, supuesto en q̄ están las *Quinas, que se pu-
fieron por el Reyno de Portugal. Y así, sentado este
principio, para obviar inconvenientes, y pleytos so-
bre precedencias de los Escudos de armas perteneci-
tes à dichos apellidos, passaremos à la composurá, y
organizacion de las que tocan à este tratado, dando
principio à las de Martinez, organizadas en esta for-
ma.

* Pater Mo-
lina de iust.
Et iure tract.
2. disput. 615.
n. 7. ibi: Sic
Philippus II.
Hispaniarum
Rex, cū mor-
te Henrici Lu-
sitani Reg-
num vna cū
Provincijs
Orientilibus,
Et Occident-
alibus ei an-
nexis accepisset
honorificum
locum in titu-
lo suorum Re-
gnorum, atq;
in armorum
collocatione,
ut per erat;
illi concessit,
eum preferē-
do multis
alij Regijs
i. em antea Co-
ron. Castellae
annexis de quo
nos sup. ad n.
89. in fine.

MARTINEZ.

LA Casa de Martinez, que está radicada con gran-
de antigüedad en las Montañas de Burgos, en
Parayas, representando por el color azul el zelo, ca-
ridad, hermosura, y lealtad en sus Reyes, como se ex-
plica en la Casa de los Condes de Baños, Grandes de
Castilla, y el Castillo el averle ganado, y defendido
por fortaleza de virtud personal, y poderio de los
Moros. El Campo del apellido de Oja, que es oro,
dá à entender la gran nobleza desta Casa, y el arbol
la duracion de su calidad. Tuvo principio su solar
cerca de Santander, el qual están olvidadas las ruinas
de su fundacion. El apellido de Castro dimanó de
Castrojeriz, y oy está la possession desta Casa en dos
Grandes de Castilla; es à saber, Marquès de Camara-
sa, y Condes de Lemos. Y la plata, y del campo indi-
ca limpieza de gran linage; y los roeles, que son de he-
chura de vna O, pintan por aver sido Cavalleros de la
Orden Militar de la Tabla Redonda de aqui grande,
y esclarecido Rey Artus de Inglaterra: con que el es-
cudo destes tres apellidos haze cabeza con primacia,
sin tener otro que lo domine. Y lo mismo considera-
mos en el del apellido de Baena, que tiene la misma
prelacia: y así está iluminado en este escudo, y parti-
do en pal de alto abajo. El primero lisonjeado de pla-
ta, y roxo en recordacion de aver los Infanzones des-
ta generosa Casa aventurado, y puesto la vida al riesgo

de las victorias, empresas, y batallas, ganandolas a los enemigos. Y en el segundo quartel, que esta en el vn Leon rapante, es por trofeo de vencimiento, y hechos valerosos, y tal vez concession de los señores Reyes de Leon, como se dize lo mereció vn Varon de esta Casa, del apellido de Baena. Y el azul del Campo alude à lo proprio que se dize en el apellido de Martinez: y los roeles de la orla quedan mencionados en el apellido de Castro. Concluyendo con dezir, que aunque este escudo de Baena se ponga donde esta el de Martinez Oja de Castro, y este donde se mira el de Baena; cada vno haze primacia, y superioridad, y cada vno de ellos la tiene por si: en cuya forma se com- padece muy bien el que vn solo Poseedor vse de vnas armas, y otras à vn tiempo, sin contraxer al precep- to, pues vnas no se prefieren à otras. En cuya for- ma se practica, y ha practicado siempre en los referi- dos, y otros semejantes casos, mayormente quando los Fundadores no excluyen el que se pueda vsar de otras armas, y se contentaron con el referido precep- to de preferencia, que se califica en la forma expresa- da, y como van organizadas vnas, y otras. Siguese agora las armas de Vega, Aguilar, y Zaldúa, que tam- bien pertenecen sin esta distincion à dicha Doña Ma- ria Sebastiana, aunque son de su linage, que se colo- can iluminadas en los quarteles del escudo, que esta por cabeza deste despácho, que son por lo Vega en campo de oro las letras azules, que dizen *Ave Maria gratia plena*. Las de Zaldúa son vn lobo de su color al pie de vna encina verde: y las de Aguilar en plata vna Aguila de su color. De las quales; y para que conste, y en la forma que los legitimos des- cendientes pueden, y deben vsar de dichas armas, po- niendolas en sus sellos, anillos, reposteros, tapizes, casas, portadas, sepulturas, sepulcros, cenotafios, van- derolas, sobrevistas, pinturas, plata labrada, y otras alhajas, como mas bien visto les sea, en publico, y en secreto, sin que por ello se les ponga embarazo, ni im-

impedimento alguno, por ser adquiridas con justo, y derecho título de pedimento de Doña Maria Sebastiana Martinez Oja de Castro Baena Vega Zaldúa e Hinestrofa, y Don Fernando su hijo primogenito, damos la presente en esta Villa de Madrid, en catorze dias del mes de Febrero de mil setecientos y veinte y vn años, y lo firmamos, y sellamos con el sello de nuestras armas. = Don Joseph Alfonso de Guerra y Villegas. Los Escrivanos del número de esta Villa de Madrid, que aqui signamos, y firmamos, certificamos, y damos fee, que Don Joseph Alfonso de Guerra y Villegas, Cavallero del Orden de Sant Iago, de quien va firmado el despacho, y blason antecedente, es Chronista, y Rey de armas principal, y mas antiguo del Rey N. Señor, y Chronista de las quatro Ordenes Militares, y Cavalleria de S. Juan, Santiago, Calatrava, y Alcántara, &c. como se intitula, y como tal usa, y exerce dichos sus empleos bien, y fielmente, y à todos los despachos, blasones, y genealogias, que ha dado, y dà, siempre se les ha dado, y dà entera fee, y credito; y para que conste donde convenga, damos el presente en esta Corte, y Villa de Madrid, en catorze dias del mes de Febrero de mil setecientos y veinte y vn años. = En testimonio de verdad. Joseph Francisco de Sylva. = En testimonio de verdad. Juan Arroyo de Arellano. = En testimonio de verdad. Joseph Antonio Zarretes. = Don Martin Marcelino de Vergara, Secretario mayor del Ayuntamiento desta Imperial, y Coronada Villa de Madrid. certifico, que Don Joseph Alfonso de Guerra y Villegas, Cavallero del Orden de Sant Iago, de quien va firmado el despacho, y blason antecedente, es Coronista, y Rey de Armas principal, y mas antiguo del Rey nuestro Señor, y Chronista de las quatro Ordenes Militares, y Cavalleria dellas, como se intitula, y como tal usa, y exerce dichos sus empleos, y à todos los despachos, blasones, y genealogias, que ha dado, y dà, siempre se les ha dado, y dà entera fee, y credito. Y afsimismo certifico, que Joseph Francisco de Sylva, Juan Arroyo de Arellano, y Joseph Antonio Zarretes, que le comprueban, todos tres son Escrivanos del Nume-

ro desta Villa, como se intitulan, ayidos, y tenidos, y comunmente reputados por fieles, legales, y de toda confianza, y como tales usan, y exercen dichos sus officios bien, fiel, y legalmente, y à todas las escripturas, autos, y demàs instrumentos, que ante ellos han passado, y passan, siempre se les ha dado, y dà entera fee, y credito en juicio, y fuera de el. Y para que conste, doy la presente, firmada de mi mano, y sellada con el sello desta Villa, en ella en quinze dias del mes de Febrero de mil setecientos y veinte y vno. = Martin Marcelino de Vergara. = En mi officio de Escriitor mayor de reales privilegios, en pergamino escrito, y registrado, de que ha quedado copia en nuestro Archivo en dicho dia, mes, y año arriba expresados. D. Joseph Alfonso de Guerra y Villegas. = Nos los Reyes de Armas de su Magestad, que aqui firmamos, certificamos, y hazemos entera fee, y credito, como el blasón antecedente de los apellidos de Martinez Oja de Castro Baena Vega Zaldua y Aguilar, dado por Don Joseph Guerra y Villegas, nuestro Compañero, es correspondiente à ellos, como asimismo las Armas, que en el se expresan, y están organizadas en el escudo, que està por cabeza deste despachó, donse se miran las de Martinez Oja de Castro, en vn escudete sobrepuesto, que haze cabeza, siendolo tambien el sitio, en que van puestas las de Baena, que cada vna de por sí haze primero sin preferencia alguna, y es el modo que se debe practicar, como se ha practicado, segun los exemplares ciertos, que en dicho despachó se citan, y otros que se podian dàr quando los Fundadores de distintos mayorazgos piden, que sus armas pudiesen en el escudo à otras qualesquiera: lo que se compadece muy bien en las de Martinez Oja de Castro, y las de Baena, segun están organizadas en el referido escudo; y para evitar los pleytos, y questiones, que pueden originarse en este caso, así lo certificamos, sellamos, y firmamos en Madrid à veinte y nueve de Março de mil setecientos y veinte y vno. = D. Joseph Jacinto de Mare y Montalvo. = Don Francisco Zazo de Villosa. = Don Antonio de Arevalo. Los Escrivanos del Numero desta Villa de Madrid, que aqui

aquí firmamos, y firmamos, certificamos, que Don Joseph de Mari, y Montalvo, y Don Francisco Zazo de Vlloa, y D. Antonia de Arevalo, de quienes va firmada la certificación antecedente, son Reyes de Armas de su Magestad, y como tal usan, y exercen dicho empleo bien, y fielmente, y à todas las certificaciones, que han dado, y dan semejantes à esta siempre se les ha dado, y dà entera fee, y credito en juizio, y fuera de él. Y para que conste donde conuengamos el presente en esta Corte, y Imperial Villa de Madrid, à treinta y vno de Março de mil setecientos y veinte y vno. En testimonio de verdad: Alonso de Madrigal. En testimonio de verdad: Luis Manuel de Quiñones. En testimonio de verdad: Juan Arroyo de Arellano.

*Pedi-
men-
to.* **D** Oña Maria Sebastiana Martinez Oja de Castro Baena Vega Zaldua Henestrosa y Medinilla, Viuda de Don Tello Gonzalez de Aguilar Ponce de Leon, vezina de esta Ciudad, como mejor proceda parezco ante V. S. y digo, que yo soy poseedora de los mayorazgos, que fundaron Juan Martinez Oja de Castro, y Don Pablo de Vaena, y Doña Isabel de Vega; y como tal soy obligada à usar, como uso, de los apellidos de los Fundadores, y à traer sus armas à la mano derecha; y aviendo sucedido en los dichos mayorazgos por muerte de Don Juan Alonso de Zaldua, mi padre, despues de Viuda, y hallandome sin noticia de las legitimas armas, pertenecientes à dichos mis apellidos, para usar de ellas conforme puedo, debo, y soy obligada, ocurri à los señores Reyes de Armas, Chronicistas de su Magestad (que Dios guardé) para que me las dieran en la conformidad, y arreglamento que debo usar de ellas, que se contienen, y constan de sus autenticas certificaciones, legalizadas, que exhibo en debida forma, y para que se asegure su memoria, y perpetuidad, conviene à mi derecho, se archiven en los Archivos de V. S. por traslado autentico, tomandose la razon en el original, y bolviendoseme con traslado autorizado del que quedare archivado, con asistencia del señor Corregidor, y Cavalleros Llaveros de los Archivos de V. S. conforme la ley

¶¶¶

trein-

treinta y tres del titulo veinte y cinco del libro quarto de la Nueva Recopilacion. ¶ A V. S. suplico, se sirva de mandar se archive el referido traslado de dichas certificaciones, y se me buelva el original, tomada la razon de esta diligencia, y fecho se me de traslado del que quedare archivado, como llevo suplicado, en que recibirè merced, que espero de la grandeza de V. S. con justicia que pido, y en lo necessario, &c. ¶ y lo juro. ¶ Doña Maria Sebastiana Martinez Oja Castro Baena Vega Zaldúa y Henestrosa.

EN el Cabildo, que esta muy Noble, y Leal Ciudad de Ezija celebrò oy dia de la fecha, se presentò la peticion antecedente, con las certificaciones de los quatro Reyes de Armas de su Magestad, que visto vno, y otro por esta Ciudad, se acordò, que se ponga vna copia autorizada en su Archivo, para que en todos tiempos conste; y que el presente Secretario de su Magestad, Escrivano mayor de Cabildo, de vn traslado autorizado à la parte, que lo presenta, el qual se le entregue con el original, y copia de la referida peticion, acuerdo, y diligencia, que à su continuacion se hiziere; asi lo acordò esta Ciudad en su Cabildo de oy diez y nueve de Mayo de mil setecientos y veinte y vn años. ¶ Don Luis de Arevalo.

Sacòse este traslado de la Certificacion de Armas original, con la qual sus comprobaciones, y la que dieron los otros tres Reyes de Armas, Compañeros del primero, y con la peticion dada à esta Ciudad, para que se ponga en su Archivo por Doña Maria Sebastiana Martinez Oja Castro Baena Vega Zaldúa y Henestrosa, y acuerdo en su virtud hecho, conuerda à la letra, con las enmiendas, y testaduras, que van sacadas à el pie de cada plana, à que me refiero; y para que conste de pedimento de dicha Señora, y en virtud del dicho acuerdo doy la presente yo D. Luis de Arevalo, Secretario de su Magestad, y Escrivano mayor del Ayuntamiento de esta Ciudad de Ezija, en ella à veinte de Mayo de mil setecientos y veinte y vn años. ¶ Don Luis de Arevalo.

Yo el Sr. D. Luis de Arevalo, Secretario de su Magestad, y Escrivano mayor del Ayuntamiento de esta Ciudad de Ezija, en ella à veinte de Mayo de mil setecientos y veinte y vn años. ¶ En

Diligencia. EN la Ciudad de Ezija, en veinte y vno de Mayo de mil setecientos y veinte y vno años, el señor D. Adrian Jacome de Linden, Cavallero del Orden de Calatrava, Marquès de Tablantes, Corregidor, y Justicia mayor de esta dicha Ciudad, asistido de los señores Don Luis Thomàs de Valdez, Cavallero del Orden de Alcantara, D. Antonio Tamariz y Perea, Regentes, y Diputados Llaveros del Archivo de esta Ciudad, y de mi el presente Secretario de su Magestad, Escrivano mayor de su Ayuntamiento; y en virtud del acuerdo antecedente, subieron à el referido Archivo, que està en los corredores altos de dicho Cabildo, se abrió con las tres llaves que tiene, que la vna traia dicho señor Corregidor, otra los señores Diputados, y la otra, que para en mi poder; y aviendo entrado, se abrió el caxon del numero veinte, en que està vna caja de plomo, y en ella se entrò la copia autorizada de la certificacion de Armas, que contiene la peticion antecedente, de que certifico; y para que conste, se pone por diligencia, y lo firmè.

Don Luis de Arevalo.

