



DGCL  
A

Seg: G+E



t. 104363  
CB 4129457



# DEFENSA LEGAL

## POR

EL DUQUE DE MEDINACELI  
y Santisteban , como marido de Doña Joaquina Maria  
de Benavides , Duquesa de los mismos Títulos,

EN EL PLEITO QUE SIGUE  
EN GRADO DE SEGUNDA SUPPLICACION

## CON

DON JOAQUIN ARIAS DE SAAVEDRA,  
Marques de Moscoso;

## SOBRE

*LA PROPIEDAD DEL MAYORAZGO DEL VISO  
y sus agregados , para que reformándose la sentencia de revista  
del Consejo de 3 de Enero de 1799 , en que se declaró tocar  
el enunciado mayorazgo , con sus unidos y agregados , al Marques  
de Moscoso , se confirme la de vista de 29 de Enero de 1798,  
por la que se absolvió al Duque de la demanda de dicho Marques.*



\*

DEFENSA LEGAL

P O R

EL DUQUE DE MEDINACELI  
y Sansteban, como marido de Doña Joaquina Maria  
de Benavides, Duquesa de los mismos Titulos,

EN EL PERITO QUE SIGUE  
EN GRADO DE SEGUNDA SUPPLICACION

C O N

DON JOAQUIN ARIAS DE SAavedra,  
Marques de Moscoso;

S O B R E

LA PROPIEDAD DEL MAYORAZGO DEL VISO  
y sus agregados, para que reformándose la sentencia de revista  
del Consejo de 3 de Enero de 1799, en que se declaró tocar  
el municipio mayorazgo, con sus límites y agregados, al Marques  
de Moscoso, se confirmase la de vista de 29 de Enero de 1798,  
por la que se absolvió al Duque de la demanda de dicho Mar.ques.





y de haberla tenido á la vista el Consejo, siempre se decidie  
con uniformidad por quanto Señores Ministros interviniéron  
en los diversos fallos que han recibido ser el mayorazgo re-  
gular, lo que parecia mas que suficiente para asegurar á la  
línea de posesion, mayormente quando litigaba con otra de  
preferencia, respecto á la del Marques de Moscoso; y ahora sin

1 Se empeñan la ley, la razon y la autoridad en pres-  
cribir los límites de las contiendas judiciales: claman para que  
el vencido respete la cosa juzgada y la observe conducidas de  
la necesidad de asegurar al hombre sus derechos y propieda-  
des, y ponerle á cubierto de nuevas invasiones, que le ten-  
drian en continua agitacion, privándole del consuelo de llamar  
suyo lo que estimaron y declararon los Tribunales de su per-  
tenencia: pero á pesar de estas declamaciones, y de un principio,  
sin el qual no era posible asegurar la paz entre los hombres,  
se nota que animado el litigante de su propio interés hace revivir  
las dudas, y tímido en batir de frente el sagrado de la exe-  
cutoria, anda por rodeos: pretesta motivos débiles y poco só-  
lidos con que entrar de nuevo en el combate, valiéndose  
de las mismas armas que de nada le sirvieron; y aunque la  
ley le cierra la puerta, se burla de ella, vulnera impunemente lo  
decidido, quita al poseedor la tranquilidad que le proporcio-  
naba y sobre que descansaba, y le reduce á la incómoda si-  
tuacion de tenerle ignorante y péndulo de su suerte y la de  
su posteridad: sistema bastante para desterrar la quietud de la  
república que obligó á Casiodoro, lib. 1. Var. Epist. 15. á pre-  
guntar, que *enim dabitur discordantibus pax si nec senten-  
tiis adquiescitur*, y precisó á las leyes y escritores á reco-  
mandar la excepcion de la cosa juzgada, como la mayor, por  
interesar en su cumplimiento la causa pública: este es el me-  
dio para contener la cabilacion de los litigantes, y que exíge el  
beneficio de la sociedad; si no se aplicára rigorosamente, seria  
lo mismo que dexar ineficaces las determinaciones, y perpet-  
tuar los pleitos.

2 Sirva de exemplar al presente en que se advierte ha-  
berse controvertido por quatro veces en el Consejo, asi en pose-  
sion como en propiedad, si la naturaleza de este mayorazgo  
era de agnacion ó regular; y sin embargo de haber sido esta la  
única duda de haber analizado cada uno de los contendientes  
hasta lo sumo las cláusulas de la fundacion, su espíritu y mente;

y de haberla tenido á la vista el Consejo, siempre se decidió con uniformidad por quantos Señores Ministros intervinieron en los diversos fallos que han recaído ser el mayorazgo regular, lo que parecia mas que suficiente para asegurar á la linea de posesion, mayormente quando litigaba con otra de preferencia, respecto á la del Marques de Moscoso; y ahora sin alcanzar la razon, reconocemos se trata nada menos que obtener tantas executorias (que forman el mayor volumen del ajustado) á la linea del Marques de Rivas, á quien corresponderia el mayorazgo en caso de ser de qualidad como de la contentiva, y no ofrezcan inconveniente para la del Marques de Moscoso, que es de la linea transversal y postergada; inconse-  
qüencia que no cabe en legislacion alguna, ya que conduce la transgresion á la cosa juzgada. Por estas consideraciones creyó siempre la Duquesa tan afianzada é inalterable su justicia en este pleito, que no pudo mirar sino como un efecto de temeridad la pretension de su competidor; y lo hubiera creído aun quando solamente tuviese á su favor la sentencia de tenuta que obtuvo en competencia del mismo, siguiendo en esto el dictámen de nuestros escritores nacionales mas recomendables, quienes atendidas la naturaleza del juicio de tenuta en el actual estado de nuestra Jurisprudencia, tienen por muy difícil, y quasi increíble que el que obtuvo en él sentencia favorable, pueda dexar de obtenerla igualmente en el juicio de propiedad, como decia el Señor Roxas de Almansa, disp. 2. quæst. 13. n. 18. por la razon solidísima, de que para obtener en la tenuta es necesario manifestar, que el que la pretende es el verdadero sucesor y dueño del mayorazgo, para que el Consejo pueda declarar que en él se transfirió la posesion civil y natural del mismo que no puede conforme á la ley, sino en el verdadero sucesor, y por esto afirmaba Don Cristobal de Paz, de Tenu. cap. 38. á num. 21. & precipuè num. 27. que no puede obtener en el juicio de tenuta, sino el que tiene derecho á la propiedad; y como por otra parte la ley tiene encargado al Consejo en el juicio de tenuta la declaracion del verdadero sucesor, es cierto que á no concurrir en el de propiedad algun mérito nuevo que aqui no hay, siempre tiene mucha repugnancia la alteracion de aquel juicio tan circunspecto y recomendable por todas sus circunstancias. Y si esto es asi, y procede quando solamente ha precedido un juicio de tenuta; ¿con cuánta ma-  
y

3  
yor razon deberá estrañarse quando han precedido tantos juicios y sentencias de posesion y propiedad? Véase pues con quanto fundamento debió sorprenderse la Duquesa al ver el suceso inesperado de este pleito en la sentencia de revista.

3 La reproduccion de estas verdades bastaba sin necesidad de otros auxilios para la defensa del Duque; mas una vez que se ha mandado escribir, entraremos en materia indicando algunos de los muchos fundamentos, que no pudieron ocultarse á la penetracion del Consejo en tantas ocasiones como votó este pleito, que expondremos y manifestaremos en tres proposiciones en que se dividirá este discurso, demostrando en la primera, que al Marques de Moscoso obsta la excepcion de cosa juzgada: en la segunda, que el mayorazgo es regular, satisfaciendo en la misma á los fundamentos del Marques: y en la tercera, que éste no ha justificado su filiacion.

### PRIMERA PROPOSICION.

*Al Marques de Moscoso obstan las executorias anteriores.*

4 La cosa juzgada, esto es, la terminada y definida en contradictorio juicio por Juez competente, en que las Partes fueron oidas, ha merecido en todas épocas tal veneracion, que se ha reputado por la misma verdad, ley 207. de Regul. jur. *res judicata pro veritate habetur*, sin dexar otro arbitrio que el de su perpetua observancia, lo que significan de un modo positivo nuestras leyes 4. y 11. tit. 17. lib. 4. Recop. que prohiben en las sentencias que no admiten suplicacion pueda alegarse nulidad, aunque sea por defecto de jurisdiccion que notoriamente conste del proceso, ni admitirse el remedio de la restitution, porque mandan expresamente, que por las dichas sentencias se entiendan acabados y fenecidos los pleitos, sin que se puedan tornar á mover, ni suscitar, ni tratar en manera alguna: á esta altura ha llegado la importancia de poner término á los pleitos.

5 Aunque milita la propia razon en los juicios sobre sucesion de mayorazgos, es consiguiente se valga el Marques de alguna opinion de las muchas que notamos en la cuestión respectiva: asi la sentencia dada contra el poseedor perjudica al sucesor, de la qual trataremos, ciñéndonos con mas preci-

sion á la del pleito consistente, en si la sentencia dada sobre la qualidad del mayorazgo perjudica ó no al sucesor, reuniendo las tres identidades que previene el derecho, que es el principal que merece discusion por haber sido el mobil de las contiendas hasta aqui seguidas, si el mayorazgo era de agnacion ó regular; y á fin de que no se dude de esta verdad, no será officioso recorrer ligeramente los pleitos, su fundamento, y las decisiones.

6 No se ha negado ni podia, que en el mayorazgo sucedió Fernan Arias de Saavedra *num.* 2, y en él, y agregacion que éste hizo fueron sucediendo por su orden D. Juan Arias *n.* 8, otro Don Juan Arias *num.* 15, Don Gaspar Arias *num.* 22 y Don Fernando Arias *num.* 24, (Mem. *num.* 92.), murió el Don Fernando *num.* 24 dexando una hija única Doña Maria Teresa *num.* 31, y un hermano Don Josef Arias *n.* 25, que ambos tomaron posesion del mayorazgo y agregacion, y dió motivo al primer pleito que sostuvo el *num.* 25, apoyado de ser el mayorazgo de agnacion, encontrarse el primer agnado de la linea contentiva, y no poderle competir la Doña Maria Teresa *num.* 31, por excluida como hembra: mas ésta fixó su defensa, en que el mayorazgo era regular, y que la prelación que se tributaba á los varones en concurrencia de hembras, aunque estuviesen en grado mas remoto que ellas, era para el caso de ser unos y otras descendientes del último poseedor y de su misma linea; y despues de varias alegaciones, en que siempre fue el tema si el mayorazgo era regular ó de agnacion, declaró el Teniente de Asistente de Sevilla en 10 de Mayo de 1652, que la posesion civil y natural de los mayorazgos se habia transferido en el Don Josef Arias *num.* 25, á quien le mandó dar la corporal y actual, revocando y estimando por ninguna la posesion que tomó la Doña Teresa *n.* 31 (Mem. *num.* 57.)

7 Vinieron los autos al Consejo, y el mismo *num.* 25 instauró la pretension de que se confirmase la insinuada sentencia, y condenase á la Doña Teresa *num.* 31 á la restitution de frutos percibidos desde la muerte del último poseedor, en cuyas instancias se reflexó sobre las cláusulas de la fundacion, y su inteligencia hasta un punto increíble, y término en que el Consejo, por sentencias de vista y revista de 12 de Agosto de 1653, y 21 de Enero de 54 (Memoriales números 64.

y 66.), revocó la dada por el Teniente de Sevilla; y todo lo en su virtud hecho y executado, absolvió á la Doña Teresa *num.* 31 de la demanda, y demas pretendido por el *num.* 25, mandó se la diese la posesion real y actual de todos los bienes del mayorazgo, y sus agregaciones con los frutos que habian rentado desde la muerte del Don Fernando *num.* 24, último poseedor, y rentaren en adelante; y reservó su derecho á las Partes para que sobre la propiedad usasen de él.

8 En seguida puso el Marques de Rivas *num.* 25 demanda de propiedad ante un Alcalde de Corte, insistiendo y repitiendo los mismos fundamentos que en el juicio de posesion; y por sentencia de 6 de Noviembre de 1654 declaró el Alcalde, que el mayorazgo fundado por el *num.* 1 y sus agregaciones, tocaba y pertenecia al Marques de Rivas *n.* 25, y condenó á la Doña Teresa *num.* 31 á la restitution de frutos desde la muerte del Conde, su padre *num.* 24: apeló aquella al Consejo, se repitieron las alegaciones, y por sentencia de vista de 25 de Agosto de 1657, revocó la del Alcalde, y absolvió á la Doña Teresa de la demanda puesta por el Marques de Rivas, á quien impuso sobre ella perpetuo silencio (Mem. *num.* 82.): autorizada la Doña Teresa con las dos executorias que se despacharon, así sobre la posesion como sobre la propiedad, permaneció pacífica en el goce del mayorazgo hasta que falleció, dexando dos hijos, que lo fueron Don Fernando *num.* 34, que sucedió en él, y Doña Ana Catalina *num.* 35.

9 Falleció el Don Fernando *num.* 34 sin sucesion; y excítase de nuevo juicio de tenuta entre Don Lorenzo Arias de Saavedra *num.* 36, y la Doña Ana Catalina *num.* 35, insistiendo aquel en que el mayorazgo no era regular, y que jamas podia disputarle su sucesion una hembra de hembra que tenia llamamiento posterior; pero á pesar de sus reflexiones, recayó sentencia de tenuta en 12 de Junio de 1724 á favor de la Doña Ana Catalina de la Cueva *num.* 35 (Mem. *num.* 91). Desengañados los de la línea del Marques de Rivas, y graduando de temeridad promover dudas sobre un punto decidido con tanta constancia y uniformidad, no trataron de incomodar mas á la Doña Ana *num.* 35, que vivió tranquila en la posesion del mayorazgo, habiéndose verificado despues de sus dias lo mismo á su hijo Don Antonio Benavides *num.* 39,

sin que experimentase la menor impugnacion ni contradiccion.  
10 Muerto el Don Antonio *num.* 39, dexando por hija á Doña Joaquina *num.* 41, muger del Duque de Medinaceli, no debia esperarse se la disputase la sucesion de un mayorazgo reputado por regular, y que en este concepto poseyeron su padre, abuela y visabuela; mas ocurrió la novedad de mostrarse pretendiente el Marques de Moscoso *num.* 37, que reproduciendo las mismas razones, desestimadas de los Marqueses de Rivas, aspiró á la posesion; y seguido el juicio de tenuta, se declaró por sentencia del Consejo de 22 de Mayo de 86 á favor de la Doña Joaquina *num.* 41; y en quanto á la propiedad se remitió el pleito á la Audiencia ó Chancilleria á que correspondiese: (Mem. *num.* 8.) introduxo el Marques de Moscoso demanda de propiedad en el Consejo, á consecuencia de cierta Real orden; y seguida la instancia se pronunció sentencia por los Señores de Justicia y Provincia en 29 de Marzo de 98, declarando que el mayorazgo del Viso de Alcor, con sus unidos y agregados, tocaba y pertenecia al Duque de Medinaceli, como marido de Doña Joaquina Maria de Benavides *num.* 41, absolviéndole de la demanda del Marques de Moscoso: (Mem. *num.* 274.) Suplicó éste, y en revista los Señores de Justicia reformaron la de vista, y declararon pertenecer dicho mayorazgo y agregaciones al Marques de Moscoso, condenando al Duque á la restitucion de frutos desde la contestacion de la demanda: de esta sentencia se interpuso el recurso de segunda suplicacion, en cuyo grado nos hallamos.

11 A Baxo de estos antecedentes, y de haberse confesado recíprocamente los litigantes en los pleitos antiguos su filiacion, que era notoria, (Mem. *num.* 83. y 85) se ofenderia la sinceridad si no se conviniese en que el único punto de la discusion en los anteriores juicios entre Doña Teresa y Doña Ana *nm.* 31 y 35, y Don Josef y Don Lorenzo *nm.* 25 y 36, se concretó, á si el mayorazgo era regular ó de agnacion: y habiéndose resuelto á favor de la Doña Teresa y Doña Ana, sería temeridad dudar de haberse estimado el mayorazgo regular, asi porque la preferencia de hembra de mejor linea y grado, en competencia de varon agnado ó cognado de linea y grado inferior, solo cabe en mayorazgo de sucesion ordinaria; como porque las sentencias no solo deciden lo que expresan, sino

lo que suponen, ó como preciso antecedente, ó como for-<sup>5</sup>zoso consiguiente. D. Salg. de Reg. protec. t. 1. cap. 9. n. 21. *Quando sententia aliquid necessario supponit, ad illud se extendit, quia dicitur in ea expressum.* Paz de Tenuta, cap. 4. num. 11. *Sententia enim non solum facit rem judicatam in eo quod determinat, sed etiam in antecedenti & præsупosito determinationis.* Y para no fatigarnos en especie tan cierta, los Marqueses de Rivas pretendian como agnados el mayorazgo conceptuándole de esta qualidad, Doña Teresa y Doña Ana sostenian que era regular: con que por el hecho de haber obtenido en posesion y propiedad, quedó determinada sin ambigüedades la naturaleza del mayorazgo.

12 Siendo esta una verdad, ¿cómo puede menos de extrañarse que tan repetidas declaraciones del Consejo, que en todas dixo, *el mayorazgo es regular*, no sean suficientes á prestar seguridad á las hembras de mejor linea, ni cortar el que nazca en cada vacante la misma disputa? Si lo decidido no una, y sí muchas veces por el Tribunal supremo de la nacion no causa cosa juzgada, ¿en dónde hemos de encontrar esta excepcion, ni proporcionar sus efectos? ¿Se atribuiria á delirio de la razon el afirmar que las contiendas terminadas podian reproducirse y constituirse de igual duracion á la de los bienes y á la del mundo? ¿Pues qué diferencia hay entre lo que se pretende en el pleito por el Marques de Moscoso? Vé y palpa que el mayorazgo se declaró regular; que por lo mismo no le posee el Marques de Rivas: reconoce que para las declaraciones precedió el mas riguroso exâmen de la fundacion, sus cláusulas, mente, y disposiciones de derecho, por la penetracion y probidad de quantos Señores Ministros fueron voto en ellas: presencia la uniformidad de las sentencias; ¿y sin embargo viene solicitando se decláre el mayorazgo de agnacion? ¿Es otro el objeto que el de dexar sin influxo las executorias, y aspirar á que no tenga límites la contienda? No se atribuya á exâgeracion; figurémonos que se gradúa ahora el mayorazgo de agnacion, quien asegura al Marques de Moscoso en su posesion, y que en cada vacante, ó sin ella, vuelva á disputársele si es regular: el único baluarte de su defensa seria la executoria; ¿pero cómo habia de resguardarle quando de nada han servido á la linea de posesion? El resultado seria pleito sin fin, contra el interes del hombre y

del gobierno, que afianzan la paz en la observancia de lo juzgado, especialmente por Tribunal supremo. Valenz. cons. 72. num. 5. *Causa decisa in suprema Curia non debet in disputationem deduci.*

13 Por consecuencia de estos principios, unidos á la consideracion de que en los pleitos no se ha de disputar con todos los nacidos y por nacer, han opinado los mejores y mayor parte de los mayorazguistas, que la sentencia dada contra el poseedor perjudica al sucesor aunque no se le citase, ratificándose en ser la opinion mas cierta, justa y recibida, y persuadiendo sea la guía en el juzgar y decidir. D. Molin. de Hisp. Primog. lib. 4. cap. 8. num. 3. *Sententiam cum majoratus possessore latam ceteris omnibus successoribus, in infinitum non citatis, neque etiam per generale proclama vel edictum, vel alias certioratis perjudicare: quæ conclusio evidentissimè probatur.* Los Adentes al mismo en dicho numero 3. *Ceterum quidquid prædicti in contrarium sentiant, Auctoris sententia longè verior est, ac in praxi recepta & in judicando & consulendo numquam recedas.* El Señor Gregorio Lopez en la glosa á la ley 20. tit. 22. part. 3. verbo pero cosas ha: acabando de referir los escritores que sienten lo contrario, continúa: *Non tamen ista res est sine scrupulo, & forte in practica judices hoc abhorrent, quia sic nullus esset litium finis.* Mieres de Majorat. part. 4. quæst. 14. num. 7. *Et hæc opinio in judiciis practicatur, & est equane juditia procedant in infinitum & sint ilusoria & maliitiis fraudibus & dilationibus via aperiatur.* D. Covar. pract. quæst. cap. 13. num. 6. omitiendo otros de que podian llenarse páginas enteras, no tanto por ser uno de los puntos mas descubiertos en el Derecho, quanto porque se encuentra constantemente autorizado por la práctica.

14 No se extrañe la proposicion que es positiva: se pregunta, si principiada instancia con el poseedor la ha de tomar el sucesor en el estado que la halla, ó comenzarse de nuevo; y todos convienen que el sucesor que sale al juicio debe recibirle en el propio estado que le dexó su antecesor, lo que asi vemos se executa; y si indagamos la razon, no es otra que la regla de perjudicar los actos judiciales á todos aquellos á quienes daña la sentencia. Si los Tribunales superiores obligan al sucesor á estar por lo actuado por su antecesor,

¿cómo le han de eximir del cumplimiento de lo que á este se le preceptuó y mandó por la sentencia, siendo idéntico el motivo y fundamento? No encontramos la solución, al paso de parecernos irresistible la juiciosa reflexón del Señor Molina loc. cit. num. 6, en que reproduciendo las tres conclusiones de que la executoria perjudica á los sucesores, de que le ofenden los actos del juicio, y que ha de tomar el pleito en el estado que se encuentra, finaliza: *Quæ tres conclusiones longe potiori ratione in hispanorum majoratibus admittende sunt cum enim eorum natura perpetua, sit atque in infinitum protrahatur, si contrarium in his dicendum foret, nulla lis super bonis majoratus unquam finiretur sequente possessore liti sese offerante, & novum ejus initium postulante: quæ sola ratio, omnibus etiam aliis deficientibus sufficiens esset ut nullo pacto ab aliqua ex superioribus conclusionibus discedere deberemus.* A la que debemos añadir lo que expone el Señor Castillo, lib. 5. Cont. cap. 157. num. 37. *Septimum denique, & ultimum fundamentum non urget nam licet, nonnulli interpretes existimaverint sententiam latam super bonis feudalibus fideicomissi aut majoratus, sequentibus successoribus non citatis non nocere, in contrarium tamen extare veriore & comuniore D. D. sententiam, eamque in usu forense crebrius receptam, fortioribus etiam rationibus et fundamentis munitam, gravissimorumque virorum auctoritate munitam ex dictis hactenus adeo manifeste deprenditur sive de hoc amplius in futurum dubitari non valeat sive dubitandi ratio videatur omnino sublata.*

15 La doctrina referida aumenta su vigor quando la cosa juzgada ha recaído sobre la naturaleza del mayorazgo, pues por mas que hayan sido diversos los juicios, como en todos siempre se ha presentado idéntica la cuestión y la razón de decidir, deben considerarse como excepcion de juzgado, así las executorias que hayan recaído en juicios posesorios como en petitorios, mediante á que en unos y otros virtualmente declaran las sentencias el mayorazgo es regular: pero aun subscribiendo á que la sentencia dada en juicio sumario no obste al plenario, ni en el posesorio al petitorio, tenemos aqui executoria de propiedad, respectiva á la calidad del mayorazgo, en cuyo caso nadie ha dudado obsta á quantos en ella se fundan.

dan. Addentes ad D. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 13. num. 22. *aut disceptatio in iudicio teunte exceptio rei iudicate obstavit, tum quia sententia lata in uno iudicio possessorio parit exceptionem rei iudicate in alio ejusdem nature & qualitatis, tum etiam quia quod pro regula constituit auctor infra, lib. 4. cap. 8. sententia lata contra possessorem majoratus, vel prædecessorem præiudicium affert sequentibus ejusdem conditionis, & nature quod verissimum putamus.* Paz de Tenuta, cap. 43. num. 7. *Sententia lata contra prædecessorem perjudicat successoribus, quando disceptatio est super validitate majoratus, aut institutionis potentia & voluntate vel bonorum qualitate, aliave simile causa tunc enim sententia realis est, & primus contradictor nomine majoratus, & contra ipsum majoratum sententia profertur quambis concipiatur in persona successoribus, & sic prædicta sententia tamquam realis perjudicat omnibus ad illum majoratum vocatis & substitutis.*

16 En efecto, la atencion debe fixarse principalmente en lo que se pidió en los pleitos que precedieron, y en lo que se solicita; de cuya convinacion ha de resultar si obsta ó no lo juzgado que es en sustancia, apurar si intervienen las tres identidades de cosa, causa ó accion y persona, que rara vez se puntualizarán con tanta precision como en el presente caso: exâminense los juicios, y advertirá que los Marqueses de Rivas pretendian este mayorazgo, ciñendo la causa y razon de pedir á que era de agnacion: al contrario Doña Teresa Maria, y Doña Ana Catalina, *nm.* 31 y 35 sus competidores, aspiraban al mayorazgo baxo el único concepto de que era regular: el Consejo oyó con repeticion los fundamentos de cada uno, y en vista de ellos falló en tantas sentencias á favor de la Doña Teresa y Doña Ana, lo que solo pudo executar, estimando el mayorazgo regular. Ahora bien, si el Tribunal de Justicia superior del Reyno, despues de una audiencia completa de los interesados, y á presencia de la fundacion, ha declarado que el mayorazgo era regular, ¿cómo ha de permitir vengan los sucesores sin separarse del fundamento y causa de pedir, importunando de nuevo se decláre de agnacion? Seria bastante para debilitar la autoridad pública de los Tribunales en su funcion mas esencial, é introducir la confusion entre los hombres, desterrando el sosiego y tran-

qui-

quilidad que les proporciona el disfrutar como propio, lo que en justicia se decidió pertenecerles.

17 El Marques de Moscoso no puede menos de venir á parar, en que los mayorazgos que reclama son los propios que solicitaron los Marqueses de Rivas, y que la razon de pedirlos es uniforme con la de los Marqueses de Rivas, que ni hay ni hubo otra que el suponerlos de agnacion; con que por necesidad ha de confesar la identidad de la cosa y de la causa ó accion, que es el requisito mas esencial para obstar lo juzgado; lo que le estrecha á escudarse de no haber sucedido *jure hereditario* (que no se conoce en la materia de mayorazgos, porque ni el hijo por semejante derecho sucede al padre) y sí *jure sanguinis*; ó lo que es lo mismo por su propia persona, llamamiento y voluntad del fundador: mas semejante distincion, que ocupa lugar en otros casos, es impertinente é inconexâ con el del dia, en que la sentencia recayó sobre la cosa, sin respecto á la persona; es decir, para que acabemos de entendernos: no se dudaba que Doña Teresa y Doña Ana *nn.* 31 y 35 eran hembras de la linea de posesion; y que Don Josef y Don Lorenzo Arias *nn.* 25 y 36, eran de la linea contentiva: éstos se fundaban en ser el mayorazgo de agnacion, en cuyo evento era indisputable corresponderles; aquellas en que era regular: el Consejo examinó las razones de unos y otros, y la fundacion; y falló, el mayorazgo es regular: ¿pues cómo se ha de atacar esta resolucion dirimida en la mente del Consejo para todos los agnados, á pretexto de que la accion á suceder en los mayorazgos viene por derecho de sangre? Este título produciria sus efectos quando la sentencia se dió á la persona, pero no en la dada á la cosa, que comprende á quantos entonces y en lo sucesivo podrán tener interés; y de lo contrario incurririamos en una contínua rescision de juicios, y un mismo pleito y duda duraria tanto como el mayorazgo. El mismo Castillo lib. 5. cap. 104. num. 27. *ibi. Ita etiam rei judicate exceptio obstat ubicumque secundum judicium venit ad rescisionem ejus, quod in primo est determinatum, & quando examinatur, id quod jam est decisum in primo.*

18 A la voluntad del hombre se conceden los mayores ensanches; pero quando se trata de la validacion, nulidad, inteligencia, ó interpretacion de sus disposiciones, quedan su-

jetas á la ley y á la autoridad de los Tribunales: se resuelve por estos la nulidad de un testamento; del mismo modo que ciertos bienes no son de mayorazgo, vienen despues los sucesores de los que litigaron, ó los fundados en el derecho de sangre á batir dichas resoluciones: ¿se les oye? No Señor, y es caso freqüente; consistiendo en que la sentencia ha sido dada á la cosa, y no á la persona; ¿pues por qué no ha de obstar la executoria que ha recaido sobre la inteligencia ó interpretacion de una voluntad, no variando el fundamento, y siendo el mismo? La declaracion de si un mayorazgo es regular ó irregular es *sententia data rei*, sin consideracion á la persona que disputa; véase demostrado con una hipotesi: supongamos que el Marques de Moscoso hubiera sido el litigante en lugar del Marques de Rivas, ¿qué podia añadir á lo que este dixo, á saber, el mayorazgo es de agnacion, yo soy agnado, y como tal me toca, y á los demás sucesores que tengan la misma qualidad y condicion? Nada por cierto, porque el Marques de Moscoso pide aún en el dia por sola la qualidad de agnado de la familia: ¿pues por dónde ha de deducir que no hubiera experimentado igual suerte que el Marques de Rivas, fundandose en la propia razon, y habiendo recaido con conocimiento de ella, las decisiones contra la agnacion, y por consecuencia necesaria contra los agnados? Desengañemonos todos, que el Marques de Moscoso entonces hubiera perdido el pleito, como el de Rivas, y con superior causa.

19 Decimos con superior causa, porque los Marqueses de Rivas eran de mejor linea, los que ocupaban el primer lugar en la familia, á quienes positivamente pertenecia el mayorazgo siendo agnaticio; con que habiendo sido vencidos, cómo puede menos de quedarlo el Marques de Moscoso de linea inferior y postergada: el preferente derecho del Marques de Rivas le conoció desde el principio Don Juan de Saavedra *num.* 21, Alguacil mayor de la Inquisicion de Sevilla, que sin embargo de haber por fallecimiento de Don Fernando Miguel *num.* 24 promovido instancia ante el Teniente de Asistente de Sevilla sobre la posesion del mayorazgo en cuestión, luego que vió empeñados en el juicio posesorio á la Doña Teresa *num.* 31, y á Don Josef Marques de Rivas *num.* 25, y que á este pleito se mandó unir su instancia, se separó y apartó de ella (Memorial *num.* 36.), á lo que únicamente pu-

pudo animarle el conocimiento de la mejor linea del Marques de Rivas: buen desengaño para el de Moscoso, que ni la salida le queda de negar fuese el *num. 21* su tercer abuelo, mediante haber acreditado que el Don Juan de Saavedra *n. 21* fue Alguacil mayor de la Inquisicion de Sevilla (Mem. *n. 201*); y no hubiera sido estraño que á su exemplo, y sin otra nocion que la regla *si vinco vincentem te, à fortiori vincam te*, nos hubiera escusado revolver una disputa que ya camina á perpetua.

320 Nada nos embaraza el suponerse falta la identidad de persona, por no ser la del Marques de Rivas la misma que la del Marques de Moscoso, porque siendo óbvio que no se exige la identidad material y real, y sí la interpretativa, no había para que detenerse; con todo es inegable que el Marques de Rivas *num. 25* tenía las primeras veces de la familia, era el principal á quien pertenecía la sucesion del mayorazgo, conceptuandole de agnacion, era el contendedor más autorizado, se fundaba en ser agnado, y de esta naturaleza el mayorazgo; ¿cómo pues se ha de dudar que lo entonces decidido obsta á todos los agnados; y que el Marques de Moscoso agnado, y que pide como tal, es interpretativamente la misma persona que el Marques de Rivas, que á todos los representaba, con particularidad quando en la condicion, en la causa de pedir, y en el documento que la apoya no se nota diferencia? El Señor Castillo en el citado libro 5. cap. 157. *num. 33.* dice al intento: *Quia eo ipso quod lis agitata fuit cum majoratus possessore, & sic cum legitimo contraditore, aut cum eo qui erat tunc primus, & principalis ad quem expectare posset successio quam sequentes posteat prætendunt, agitata censetur, & judicium susceptum cum successore aut cum successoribus omnibus, qui in futurum jus prætere possent, si solemniter actum fuit cum possessore ipso: ii namque dumtaxat qui primas partes, aut primum locum obtinet citari debet isque majoratum ipsum & omnes in infinitum successores representat ac si cum omnibus judicium agitatum fuisset.* El Señor Larrea *decis. 35. num. 38.* *Personarum autem identitas inde colligitur, quia in jus aliorum succedunt utrique, & cum eorum prædecessores in illius judicium quod pendet, primum locum obtinent, interpretative ejusdem personæ vice fingi dicendum est.*

21 Supuesta la concurrencia de las tres identidades, solo resta indagar si hubo en el que litigó y perdió fraude ó colusion, ó menos plena defensa, que son las limitaciones que admiten las reglas sentadas para que la cosa juzgada con el antecesor no obste al sucesor: el que se funda en la colusion ó fraude, la ha de probar. D. Salg. de Reg. Prot. p. 4. cap. 8. num. 335: aunque suele descubrirla el hecho de no haber cuidado el vencido en deducir su derecho, ni hacer ostension de su razon. D. Molin. de Hisp. Primog. lib. 4. cap. 8. num. 8. No cabe aqui hablarse de colusion ni fraude, porque los pleitos fueron tan empeñados, como lo exígia la gravedad del asunto: cada uno por su parte hizo esfuerzos extraordinarios, como que aspiraba á una sucesion de tanta monta con honores y dignidades: hubo difusas alegaciones é informaciones en derecho, y se vé en sus contestaciones y réplicas aquel vivísimo empeño en que suelen animarse los hombres en los negocios verdaderamente grandes por su entidad, y otras circunstancias: hechos todos de absoluta incompatibilidad con la colusion y condescendencia.

22 Tampoco se verificó indefension, ó menos plena defensa, especie que ya se tocó y despreció en el tercer juicio (Mem. num. 85.), porque la defensa no consistia en averiguaciones de extremos complicados; las filiaciones se confesaban mútuamente, las fundaciones se tenian á la vista; y así pendia la duda de un solo punto de derecho, á saber, si por las cláusulas y llamamientos se deducia el mayorazgo de agnacion, y deber ser excluida la hembra de mejor linea por el agnado de linea posterior; ó aparecia ser regular y corresponder á la hembra de mejor linea: sobre esta cuestión se escribió y apuró en las alegaciones quanto cabe en la materia, sin que se dexase que añadir (como lo notamos) especie alguna del caso al Marques del Moscoso: con las empeñadas y completas defensas de los Marqueses de Rivas, concurrió la sabiduría de los Señores Ministros del Consejo superior á quanto pudieron exponer las Partes y sus Defensores, y á presencia de la fundacion decidieron no una, y sí muchas veces ser regular el mayorazgo: preguntase ahora, en qué funda el Marques la indefension, en dónde se encuentra la nueva razon no deducida por los Marqueses de Rivas, ni penetrada por el Consejo capaz de obligar á variar de concepto. ¿No pende y sostiene

tiene todo su derecho con la fundacion? ¿No se disputó entonces sobre su inteligencia, y se declaró teniéndola en las manos? ¿No era un punto de derecho que examinó el Consejo? ¿Pues cómo ha de eximirse de voluntaria é impertinente la excepcion de menos plena defensa? Lexos de intervenir, median muchos respetos para graduarla de poco decorosa.

(23) No negamos que los mayorazguistas opinan que no obsta al sucesor lo juzgado quando su antecesor no suplicó pudiendo, abandonó la causa sin recaer todas las sentencias de que era susceptible, y en una palabra, quando no siguió el pleito hasta el extremo. D. Molin. dict. lib. 4. cap. 8. n. 10. Mas de poco pueden servir estas doctrinas al Marques de Moscoso, porque nada quedó que hacer al de Rivas *num.* 25 en los juicios que siguió con la Doña Teresa *num.* 31. El primero fue posesorio, en el qual recayó sentencia del Teniente de Asistente de Sevilla, revocada por dos de vista y revista del Consejo. No permitian súplica ni recurso, y por lo mismo no le introduxo el Marques de Rivas, que de lo contrario no lo hubiera omitido, quando siguió el negocio hasta la raya que le consentia la ley: es afectado el reparo y nulidad que se indica por no haberse valido entonces los contendientes del remedio de tenuta; porque ni la ley 9. tit. 7. lib. 5. Recop. fuerza á su uso, ni por ella se proscribió el juicio ordinario posesorio, ni se dictó por beneficio público, y sí á favor de los litigantes, ni les quitó la libertad en que se hallaban de elegir el remedio ó juicio que mas le acomodáre, lo que es tan cierto que excitó la duda de si instaurado el juicio ordinario posesorio cabia, separándose de él, auxiliarse del remedio de tenuta; y no obstante de que se está por la afirmativa no habiendo transcurrido los seis meses, basta para convencer que queda en el arbitrio del pretendiente al mayorazgo el intentar la tenuta en el Consejo, ó ante el inferior el juicio ordinario posesorio sin riesgo de nulidad. Paz de Tenuta, cap. 22. *num.* 8. *Existimoque via ordinaria electa apud magistratum inferiorem, ea neglecta, & expensis illius instantie solutis, executivum summarissimumque tenute remedium in Regio supremo Senatu intra sex menses proponi posse: & num.* 10. *formam à lege nona statutam circa ordinem procedendi, non fuisse in favorem publicum sed litigatorum, ideoque si huic favori expresse non renuntient, nullum præjudicium eis*

*afferre potest iudicii ordinari prima electio.*

24 Como el Consejo por sus sentencias de vista y revista en el juicio ordinario de posesion reservó su derecho á las Partes , para que en razon de el de propiedad usasen de él en donde y como les conviniese (Mem. num. 64.); usando el Marques de Rivas de la insinuada reserva , instauró su demanda de propiedad en el Consejo (y es el segundo pleito), que le mandó acudir adonde tocaba , lo que executó ante un Alcalde de Corte , presentando la misma demanda y decreto del Consejo (Mem. nn. 67. y 68.); y aqui se siguió la instancia por todos sus trámites , que conclusa falló el Alcalde, declarando pertenecer el mayorazgo y sus agregaciones al Marques de Rivas *num.* 25 (Mem. n. 74.); se apeló al Consejo, en donde volvió á recibirse la causa á prueba, y se hicieron las defensas mas enérgicas ; y por sentencia de 6 de Noviembre de 1654 revocó la del Alcalde, y absolvió á la Doña Teresa *num.* 31 de la demanda , imponiendo al Marques de Rivas perpetuo silencio, de que se despachó executoria (Mem. num. 82.): recargase al Marques de Rivas, y se figura menos plena defensa porque no suplicó ; pero no se repara en que no era permitida la súplica , teniendo mandado la ley 20. tit. 4. lib. 2. de la Recop. que regía en aquella época , que las apelaciones de los Alcaldes de Corte fuesen al Consejo , y lo que determináre fuere habido por grado de revista , siendo este el motivo de haberse dicho en la narrativa de la sentencia , y en el márgen de ella ser de revista , como manifiesta la nota puesta al num. 82. del Memorial. Si la ley pues terminó el juicio, y no toleraba nueva reclamacion , ¿podrá decirse con verdad que no siguió el Marques de Rivas todas las instancias de que era capaz el negocio y se le permitian ? ¿Le era lícito vulnerar la ley que expresamente disponia se estimase la sentencia por grado de revista , que es lo mismo que cerrar la puerta á otra alzada ?

25 Los Escritores reputan por menos plena defensa quando no se ha continuado el juicio por todas las instancias de que era susceptible ; pero quando se han apurado las que señalan las leyes , y llegadose al término que prescriben para terminacion de los juicios , ¿cómo habian de exígir para que obste la cosa juzgada, se aumentasen instancias desconocidas y reprobadas por la ley ? ¿Ni con qué razon capitularian al

Mar-

Marques de Rivas por no haber usado de la segunda suplicacion, estandole prohibida por haberse principiado la instancia ante Juez inferior? Ley 7. tit. 20. lib. 4. Recop. Los argumentos de autoridad favorecen en quanto se concretan sin violencia, y guardan analogía con la ley, porque será muy raro el que se proponga escribir contra ella, y se ofenderia su mérito en presumir que concibieron defectuosa é incompleta la defensa del Marques de Rivas, no habiendo omitido instancia de quantas se le permitian, respecto á que no podian asegurarlo sin chocar con el texto, é incurrir en un exceso.

26 No sería menor aparentar nulidades por haber conocido el Consejo del juicio de propiedad, y no la Audiencia, respecto á que si bien es constante que la ley 5. tit. 19. lib. 4. Recop. dispone que los pleitos de tenuta principiados en el Consejo se acaben con la primera instancia, y se remitan sobre la propiedad á las Audiencias, no lo es menos que el juicio de posesion que precedió entre la Doña Teresa *num.* 31, y D. Josef *num.* 25, ni comenzó en el Consejo, ni fue por el remedio de tenuta, ni militaba alguna de las causales que le comprendiesen en dicha ley; y de consiguiente sin necesidad de acudir á la Audiencia pudo introducirse y fenecerse el pleito de propiedad en los Tribunales de la Corte, de que hay exemplares sin número; fuera de que la ley 11. tit. 17. lib. 4. de la Recop. ordena, que de las sentencias del Consejo y Audiencias no pueda alegarse nulidad, aunque sea por defecto de jurisdiccion que conste notoriamente del proceso, con que sin entrar en mas discusion aparece ilegal y chocante con la ley la tal excepcion, al paso que se presenta no poco animosa, porque sobre las ámplias facultades del Consejo Real para avocar todo género de causas en los casos que lo juzga útil, no guarda mucha consonancia con los respetos que por tantos títulos le son debidos, el disputarle su autoridad y jurisdiccion amplísima.

27 Aislado el Marques de Moscoso con la executoria, meditó por último remedio expresar la causó el haberse dudado de la certeza de la fundacion, proposicion que tiene contra sí las mayores comprobaciones: en el primer pleito que siguieron sobre la posesion la Doña Teresa *num.* 31, y Don Josef *n.* 25, exhibió aquella la escritura de fundacion, y solicitó Don Juan Saavedra *num.* 11 se registrase, quedando traslado autoriza-

do en el proceso : se comunicó esta pretension , y por no haberse impugnado mandó la Audiencia que se registrase la fundacion , poniendo un tanto de ella en el pleito citadas las Partes ( Mem. num. 14. ) : con posterioridad refirió la Doña Teresa tenia mandado la Audiencia se uniese al proceso un traslado autorizado de la escritura de fundacion , y que habiendose para su execucion presentado la escritura original , y sacándose el traslado , pidió se pusiese la original en el archivo del Viso ( Mem. num. 38. ) ; á continuacion produjo el Marques de Rivas otro traslado de la fundacion del mayorazgo y sus agregados , dado por Luis Alvarez , Escribano público de Sevilla , sacado de la escritura original que le exhibió Don Juan de Saavedra num. 23 ( Mem. num. 39. ) : en el progreso del pleito insistió la Doña Teresa en que la escritura original de la fundacion se pusiese en el archivo ( Mem. num. 49. ) , lo que así se mandó ( Mem. num. 54. ) . En quantas alegaciones mediaron se hizo supuesto de la autenticidad de la fundacion ; sobre su contexto , y sin la menor enunciativa alusiva á dudar de ella , se reflexó en los escritos , y con esta seguridad recayeron las sentencias de vista y revista del Consejo : á presencia de cuyos hechos puntualisimos en los autos es forzoso confiere el Marques de Moscoso á su pesar , que en el primer pleito se tuvo por constante la fundacion , y que no pudo influir en las sentencias otro fundamento que el de conceptuar el mayorazgo regular.

280 En el pleito de propiedad y primera instancia tampoco se dudó de la fundacion ; pero en la segunda , y despues de proponer la Doña Teresa los fundamentos principales de su defensa , continuó alegando que las fundaciones que habia presentado el Marques de Rivas en el juicio de posesion no eran verdaderas , por ser traslados de traslados , no haber precedido mandamiento ni citacion para su saca , con otros defectos que comunmente suelen oponerse ( Mem. nn. 76. 77. y 78. ) ; de que comunicado traslado al Marques de Rivas repuso que la escritura de agregacion del num. 2 en que estaba incorporada la fundacion del mayorazgo del num. 1 , era y habia sido por donde se habia gobernado siempre la sucesion del mayorazgo ( Mem. num. 80. ) : meditamos ahora si esta duda pudo hacer la menor impresion en la penetracion del Consejo : la Doña Teresa impugnaba únicamente la autoridad del traslado

de

de la fundacion presentado por el Marques de Rivas; pero no contradecia, ni cabia el traslado sacado de mandato de la Audiencia de la escritura original que habia exhibido, cuyo original despues de sacado el traslado pidió ella misma, y consiguió se colocase en el archivo (Memoriales nn. 14. 38. 49. y 54.): ¿qué importará pues que la Doña Teresa ó su Letrado tratasen de debilitar la fé de la fundacion producida por el Marques, quando no executaban, ni les era asequible enervar la eficacia del traslado sacado de la original que existia en el proceso, cuya legitimidad tenia confesada la Doña Teresa y su competidor? ¿Ni quién ha de atribuir la duda á otro principio, que al esmero de no omitirse en pleitos de igual clase especie alguna, aunque no influya para la decision, y en que no tienen intervencion por lo regular los interesados?

29 Ofreceria el fenómeno mas raro se dudase en el juicio de propiedad de un documento, á virtud del qual recayó executoria en el de posesion, por confesarle los interesados fé faciente, como sacado del original; y sería mayor en materias como la presente, en que un papel simple en defecto de otro mas recomendable se adopta por fundacion siempre que haya regido: Parej. de Inst. Edit. t. 1. res. 3. §. 5. n. 20. 21. y 31. ¿Pues cómo sin ofender la sabiduría de los Señores que fallaron, se ha de persuadir su decision impulsada de que dudaron de la fundacion? ¿En el pleito de tenuta entre Doña Ana *num.* 35, y Don Lorenzo *num.* 36 no se declaró á favor de la primera, sin embargo de que lexos del impugnar la fundacion se hizo supuesto de ella? ¿No sucedió lo mismo en el primer pleito? ¿En todos, ya se negare ó convinieren en la fundacion, no fueron uniformes las sentencias? Pues atribúyalo el Marques á que se estimó el mayorazgo regular, que fue la razon de decidir, y no se aparente otra que descubra se anda por rodeos, y buscan pretextos para volver á promover lo executado.

30 Lo que no admite disimulo es, dixese el Marques de Moscoso, que la Doña Teresa *num.* 31 habia confesado en el pleito de propiedad, que á ser cierta la fundacion, era indisputable la preferencia de los agnados: ¿dónde se encuentra semejante confesion, ni enunciativa de que pueda deducirse? En los autos y Memorial ajustado no se halla, con que es fingida; como la de intervenir hembra en la linea del Marques de Rivas, que no tiene otro apoyo que la arbitrariedad de decirlo; lo mismo que la de haber considerado el padre de la Doña Teresa en el

testamento , y su madre en las capitulaciones dicha preferencia, por existir semejantes hechos en los espacios imaginarios, mas no en el proceso : lo único que resulta es, haber alegado el *num.* 25, que Don Fernando *n.* 24 habia mandado en su última disposicion á la Doña Teresa se casase con él , y que en las capitulaciones matrimoniales Doña Catalina *num.* 24 puso la cláusula , que el Don Josef *num.* 25 no habia de vér la fundacion del mayorazgo hasta que tuviese hijos , y que á efecto de que no la viese la habia hecho sacar y romper , motivo porque se procedió criminalmente (Mem. *num.* 67.): mas sobre que la justificacion consistió en el dicho del litigante ineficáz y despreciable , concurre que la Doña Teresa replicó era falso lo que expresaba el *num.* 25 , y que lo único que se habia prevenido en las capitulaciones , era no pudiese pedir judicialmente ni en otra forma los papeles tocantes á las casas y mayorazgos de la Doña Teresa hasta tener sucesion , y que entretanto habian de estar en poder de la Doña Catalina *num.* 24 (Mem. *num.* 72.) ; y en orden al rompimiento de papeles , lexos de confesarle , manifestó le habia causado el *num.* 25 (Mem. *num.* 79.) ; de suerte , que ni de estos antecedentes salen las deducciones que forzada y voluntariamente quiere el Marques , ni producen otra recomendacion , que un dicho de las Partes , que de qualquiera modo que se entienda , jamás significa lo que el Marques afirma.

Por último , aparenta el Marques que por el mero hecho de haberse propuesto por el Duque la excepcion de cosa juzgada en fuerza de dilatoria , para impedir la contestacion , y declarándose no haber lugar al artículo , mandándole contextase (Mem. *nn.* 263. y 65.) , quedó despreciada ; pero éste es un error legal : las excepciones mixtas ó anómalas , llamadas asi por participar de la naturaleza de dilatorias y perentorias , tienen dos objetos ; uno impedir desde el principio el progreso del pleito y extinguirle ; otro eludir y enervar la accion del demandante , que es el principal fin á que se dirigen : quando se oponen como dilatorias , y con todo se manda contextar la demanda , en nada decaen de su fuerza para obrar su efecto como perentorias , con especialidad la de cosa juzgada , que si bien puede proponerse como dilatoria , participa mas de perentoria : Carlev. de Judic. tit. 2. disp. 5. *num.* 23. En los pleitos de mayorazgo no hay que esperar que la excepcion *rei judicate* haga progresos , porque atravesándose las questões de si la sentencia dada contra el poseedor obsta al sucesor , y siendo preciso exâminar las iden-

tidades , como aqui ha sucedido puntualmente , siempre viene á pararse en exígir mas detenido conocimiento , y reservarse para definitiva ; lo que ofrece tan poca duda , que el Señor Salgado en la part. 3. cap. 1. *Laber. Cred. num. 63.* la llama *usadísima práctica de todos los Tribunales superiores* : y los Addentes al Señor Molina de Primog. en el lib. 4. cap. 9. n. 40. aseguran, que en el dia las excepciones que miran á impedir el ingreso de la instancia , se terminan con la causa principal , para cuyo tiempo se reservan , aunque quieran probarse de pronto , y sean expeditas ; viniendo por todo á concluir , en que al Marques de Moscoso le obsta lo executoriado en los juicios con los Marqueses de Rivas , por haber sido identica la disputa , la razon de pedir y de decidir , por no tolerar la justicia se privase á los Marqueses de Rivas de la sucesion en caso de ser agnaticio el mayorazgo , siendo de linea preferente , y los primeros puestos en condicion , y se aplicase como de dicha qualidad al Marques de Moscoso de linea transversal y postergada : y por no permitir el interés del Reyno , y de los súbditos se perpetúe la discordia y los pleitos , lo que sería inevitable é imponderables los daños que causaria , que únicamente se contienen haciendo respetar lo determinado y juzgado.

## SEGUNDA PROPOSICION.

*El mayorazgo es regular.*

32 A presencia de las executorias se entra con tal violencia en la cuestión, que es necesario, olvidandose de ellas, fingir no haberse jamás controvertido el punto , y aún en este caso se demostrará el mejor derecho de la Duquesa : la fundacion á primera vista y con la repeticion de varones , se ha presentado al Marques baxo el aspecto mas lisongero ; pero deteniéndose á desentrañarla , advertirá desaparece semejante momentánea impresion, y la agnacion que se propone : vamos al mejor testigo , qual es la fundacion , comienza asi : " Porque los padres è madres son »tenidos de dotar à los hijos porque alcancen è hayan nobles ca- »samientos , è para sostenimiento de sus honras y Estados , è »asimismo porque la memoria de los padres quede en sus hijos »è descendientes , è los nobles homes , è de buen linage han fe- »cho y facen con licencia è autoridad de los Señores Reyes mayo- »razgos è donaciones en el fijo varon mayor de aquellos que lo or-

»de-

denan, porque los menores parientes de aquel que ha de haber  
è ha el tal mayorazgo fallen en el abrigo è socorro, segun la ra-  
zon è deudo mandan, porque el Señor de tal mayorazgo es  
honrado è acatado de sus parientes menores, y ellos del amparo  
è defendimiento, è acogimiento en su casa, è gracias è honras  
de lo suyo, por respecto de tener mas que no ellos, y ser ca-  
beza de tal mayorazgo: por ende, &c.

33 El proemio es el mejor espia de la voluntad de los  
fundamentos: si es general, de igual clase se entiende la dis-  
posicion, aunque se añadan despues cláusulas especiales y par-  
ticulares, y lo que se deduce del proemio se estima por ex-  
preso en la fundacion por mas que en ella se omita, consis-  
tiendo la razon en ser el proemio la luz de toda la disposi-  
cion, el que descubre la causa final y la verdadera intencion  
y objeto de los fundadores. D. Molin. lib. 1. cap. 5. num. 2.  
& 3. *illud namque quod colligitur ex præfationibus dicitur  
expresse actum, etsi id deficiat in dispositione: quando  
enim proemium est generale quamvis postea subjiciantur  
verba specialia, tamen virtute proemi generalis resultat  
etiam generalis dispositio.* Pegas de Majorat. cap. 2. num. 8.  
ibi: *proemium importat causam finalem, & dispositio à  
ratione proemi regulatur, & proemia & præfationes præ-  
stant lumen dispositioni, & per eas tollitur incertitudo &  
dubium resolvitur, & in illis tamquam in speculo inspici-  
tur mens disponentis & interpretando multum valet ratio  
quæ ex proemio deducitur.*

34 Conducidos de estas reglas hemos reconocido, que  
en todo el proemio no hay el menor indicante de irregulari-  
dad, y sí muchos de un mayorazgo regular: entran los fun-  
dadores con la obligacion de dotar los padres á los hijos, y  
nadie duda ser recíproca á hijos é hijas, y mas estrecha res-  
pecto de éstas: continúan para que la memoria de los padres  
quede en sus hijos y descendientes: expresion que comprende  
á varones y hembras lo que ya se tiene por principio; y con-  
cluyen, porque los menores parientes hallen en él abrigo y  
socorro: entre menores y parientes se encuentran los de am-  
bos sexôs; y ninguna dificultad se ofrece, que una muger  
rica sea el amparo y socorro de sus hermanos y parientes,  
antes por ser tan comun no llama la atencion; con que siendo  
las cláusulas del proemio propias de un mayorazgo regular, de  
la misma naturaleza debe entenderse el todo de la disposi-  
cion

cion por la regla insinuada de ser el proemio el mejor intérprete de una voluntad: no debiendo omitir, que en la institucion intervino hembra, y no es presumible aborreciese su propio sexô. D. Roxas & Almansa, disp. 1. quæst. 1. n. 46.

35 Sigue despues la fundacion con siete llamamientos, que extractados con exâctitud, son los siguientes: Primero, "otorgamos è conocemos que facemos mayorazgo en vos è à vos "el dicho Fernando Arias de Saavedra *num.* 2, nuestro hijo "legítimo mayor (Mem. num. 15.): Segundo, despues de los "dias de nuestra vida de vos el dicho Fernando Arias, nuestro hijo, que haya è tenga è posea el dicho mayorazgo nuestro fijo primero varon que sea nacido de legítimo matrimonio, è dende adelante vuestro nieto ò vuestro viznieto, è "dende ayuso por esta linea de varon en varon, que descendieren de la dicha vuestra linea derecha, nacidos de legítimo matrimonio: Tercero, è si por aventura no tuvieredes "hijo ò nieto ò viznieto è dende ayuso que sean varones è de "su linea de varon en varon, como dicho es, que el tal caso "haya è herede el dicho mayorazgo è donacion el fijo mayor "de la fija mayor de vos el dicho Fernando, è su nieto ò "viznieto, è dende ayuso por linea derecha de varon en varon, è que el tal hijo de la hija mayor de vos el dicho Fernando, è su nieto è viznieto, è dende ayuso como dicho es, "que se llamen è lleven è traigan el apellido è armas de Saavedra, segun que vos el dicho Fernando os habedes de llamar è traer las dichas armas, è asi por esta via los fijos è "nietos è viznietos y descendientes varones de legítimo matrimonio, nacidos de las otras fijas de vos el dicho Fernando, "dando siempre lugar el menor al mayor (Mem. num 20.)

36 "Quarto: E si por ventura ninguna de vuestras hijas "no hubiese fijos, ni nietos, ni otros descendientes que sean "varones de su linea derecha, segun dicho es, è de suso se "contiene, en tal caso haya el mayorazgo la hija mayor de "vos el dicho Fernan, è su hija è nieta è viznieta, è dende "ayuso por la linea derecha, segun que lo han de haber los "varones, è de suso se contiene, y asi por esta via las otras "hijas, nietas, viznietas y descendientes de vos el dicho Fernan, "segun que lo han de heredar los varones è de suso se contiene, dando siempre lugar la menor á la mayor (Mem. n. 21.)

37 "Quinto: E si acaeciese que de vos el dicho Fernando no quede fijo ni fija, ni nieto ni nieta, ni viznieto

ni viznieta, ni otros descendientes legítimos, segun dicho es, è de suso se contiene para haber el mayorazgo, segun está especificado en vos Fernan, y no habiendo de vuestra linea ningunas ni algunas personas, asi hombres como mugeres, como de suso se contiene, en tal caso torne el mayorazgo al hijo mayor segundo de nos los dichos Juan de Saavedra, y Doña Juana de Avellaneda, para que lo haya el dicho nuestro hijo è sus nietos è viznietos è descendientes, asi varones como mugeres, por la linea derecha legítimos, segun è por la via è manera è forma è vínculos que lo habedes de haber vos el dicho Fernan Arias, è los que de vos descendieren como dicho es, è de suso se contiene (Mem.n. 2 2.)

38 Sexto: E si nos Juan de Saavedra, y Doña Juana no hubiéremos mas hijos varones que á vos Fernan Arias, è de vos no quedaren fijos, ni nietos ni nietas, ni viznietos ni viznietas, ni otra persona alguna para heredar el mayorazgo por vuestra linea derecha, asi hombres como mugeres, en tal caso haya el mayorazgo el hijo mayor de Doña Leonor de Saavedra n. 3, su hijo, nieto è viznieto è sus descendientes que sean de varon en varon legítimos, por la via y forma que los varones nacidos de Fernan lo habian de haber segun dicho es, è de suso se contiene (Mem. num. 23), cuyo igual llamamiento hace en el hijo mayor de las demas hijas.

39 Séptimo: E si ninguna de nuestras hijas tuvieren hijos ni nietos, ni otros descendientes varones por su linea derecha, queremos haya el mayorazgo la hija mayor de Doña Leonor num. 3, su hija, nieta y viznieta; y por este orden sucesivamente los de las demas hijas; y á falta de todos quisieron sucediese en el mayorazgo el pariente varon legítimo mas cercano, sus hijos y descendientes varones por linea derecha (Mem. num. 30.)”

40 No debian permitir internarnos en la inteligencia de la linea derecha, y ser comprendida en ella la Duquesa, los principios que gobiernan para discernir la verdadera naturaleza de un mayorazgo, porque por sí solos, y sin necesidad de otro auxilio, deciden la regularidad del de la disputa: haga en hora buena la fundacion repetidas constituciones de varones, nada importa, respecto á que llama á hembra, y basta para entenderse el mayorazgo regular, por no haber cosa mas repugnante con la agnacion y masculinidad que la vocacion de hembra, cuya inclusion destruye enteramente aquella calidad: una excepcion padece

esta regla, y es quando la hembra se encuentra puesta en condicion, extinguidos todos los varones agnados y cognados, por considerarse entonces el llamamiento forzado, y á mas no poder: pero llamar hembras exístiendo agnados y cognados, se ha tenido justamente por la mejor demostracion, de que el fundador no quiso constituir mayorazgo de agnacion, ni de masculinidad, y que las substitutions de varones las dirigió á que se les tributase prelación dentro la misma linea: D. Molin. de Hisp. Primog. lib. 3. cap. 5. num. 50. *Septima conclusio, quod quoties in aliqua parte, seu clausula primogenii vocantur fœmine, etiam si pluries in eo primogenio masculi vocati fuerint, in eo non censetur habita agnationis ratio sed solum prælatio masculi tributa, ita ut in eorum defectum fœmine ejusdem gradus succedant, quod dixit Bald. cons. 473. lib. 5. ubi inquit tunc censeretur agnatione conservatam quando fœmina semper excluditur, & in nullo casu admittitur, & quod tunc quicumque agnatus quantumque remotus fœminam propinquiores excludet.*

41 Todavía con mas precision el Señor Roxas y Almansa, disp. 1. quæst. 1. §. 1. nn. 43. 44. y 45. *Undecimus casus est, quando majorie fundator fecit plures masculorum vocationes repetitas valde, attamen inter eas aliquam fœminam simul nuncupavit, quia tunc erit majoratus regularis, non obstante plurium masculorum vocatione: Et ratio est, quia nihil magis repugnans est majoratui agnationis, aut masculinitatis, quam vocatio fœmine siquidem inclusio, illius est pœnitus destructiva agnationis, & masculinitatis. Verum hæc doctrina majori indiget explicatione, procedit ergo quando fœmina vocatur, stantibus aliis masculis quos posset vocare sive cognatis: siquidem, si illis estantibus vocabit fœminam ullam evidens est demonstratio conditorem nollui, se majoratum agnationis nec masculinitatis facere: Sic docent Petrus Surdus Lara, &c. Nam si aliquam, vel aliquas fœminas vocant, quando jam omnes masculi essent vocati, vel considerarentur à fundatore extincti, tunc vocatio talis fœmine aut fœminatam non induceret majoratum regularem. Et ratio est, quia tunc diceretur vocatam fuisse talem fœminam quatenus nihil amplius testator poterat, hoc est ut vulgo dicitur: son llamados á no poder. La contracion es muy sencilla, nuestros fundadores no quisieron entrarse el mayorazgo en su hijo segundo, sin embargo de ser agnado, hasta*  
fe-

fenecidos los hijos, hijas, nietos y nietas, y viznietos y viznietas de Fernan *num.* 2, con que las hembras fueron llamadas aun en el caso de existir agnados: prueba evidente de la regularidad del mayorazgo.

42 Concorre otra no menos persuasiva, consistente en no entenderse excluidas las hembras á no prevenirlo en términos positivos la fundacion: la ley 13. tit. 7. lib. 5. Recop. publicada en 1615, dispone que las hembras de mejor linea y grado no se entiendan exclusas de los mayorazgos que en adelante se fundáren por los varones mas remotos, á no ser que el fundador las excluyere y mandáre que no sucedan, expresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos y congeturas, por precisas, claras y evidentes que sean: procediendo con sinceridad necesita confesarse, que la ley únicamente tolera la exclusion de la hembra de mejor linea en uno de los dos casos; á saber, quando el fundador literalmente ordena: no quiero sucedan, ó las excluyo de la sucesion, pues no explicándose con esta materialidad, es opuesta al texto toda exclusion sostenida de congetura, por mas significativa que sea; con que siendo la Duquesa de mejor linea, y no encontrándose excluidas las hembras de la fundacion, antes sí llamadas, y muchas veces con anterioridad á los propios agnados, resulta indudable la regularidad.

43 Sin que nos embaracé el que la fundacion de este mayorazgo fue anterior á las leyes, ni tampoco algunas opiniones, de que solo debe gobernar en los mayorazgos constituidos despues de su publicacion, y no en los que la precedieron, puesto que sin pararnos en las quëstiones tan problemáticas, como poco decididas que ha ocasionado el punto, no podemos menos de convenir, en que la ley 40. de Toro que amplió el derecho de representacion, extendió sus efectos, tanto á los mayorazgos anteriores, como posteriores á su publicacion; y no notamos la diferencia que medie para dar diversa inteligencia á la que trató de declarar, quando debian ó no entenderse excluidas las hembras: fuera de que la ley se dictó á presencia de la infinidad de dictámenes sobre las congeturas que podian ser bastantes para estimar un mayorazgo de agnacion, que ocasionaban incomodidades, pleitos y gastos: para el acierto en materia tan grave, se meditarian por el Consejo como siempre los fundamentos y la razon; con arreglo á ella, consultó, y dió norma á lo preceptivo de la ley: si la razon pues siempre es una misma, y no admite variacion, hemos de deducir que lo propio influirá para las fun-

fundaciones pretéritas, que para las futuras; y de lo contrario era preciso incurrir en el error, de que militando idéntico fundamento, se diferenciare la decision; que prevaleciese la opinion de aquellos, que fue desestimada por el Consejo y la ley; en una palabra, que perdiese la ley su principal constitutivo, que es la pública utilidad, solo por darse entrada á los que andaban á caza de conjeturas para excluir á las hembras, lo que era tan injusto, que motivó el remedio; y prestó materia á que los mas juiciosos comprendiesen todos los casos anteriores en la ley en que militaba identidad de razon. Rox. y Almans. disp. 3. quæst. 3. num. 35.

44 Ya se irá conociendo la justicia de las executorias, que se dexará mas esclarecida, haciendo analisis de los llamamientos sin salir de la linea que formó Fernan Arias, *num. 2.* dentro de la que se hallan la Duquesa y el Marques, pues los restantes llamamientos fuera de ella no vienen al caso: los puestos en condicion, y por su orden gradual, son Fernan Arias *num. 2.*, su hijo primero varon, su nieto, viznieto, è dende ayuso descendientes de su linea derecha; el hijo de la hija mayor de Fernan, su nieto, viznieto, è dende ayuso, è asi por esta via los hijos, nietos, viznietos y descendientes varones de las otras hijas de Fernan; la hija mayor del mismo, su hija, nieta, viznieta, è dende ayuso, è por esta via las otras hijas, nietas y viznietas del mismo; y no quedando varon ni hembra derivados de Fernan, disponen torne la succession al hijo segundo de los mismos fundadores, á sus nietos, viznietos y descendientes, asi varones como mugeres, repitiéndose en cada llamamiento, que el hijo, nieto, viznieto, &c. de Fernan, ha de ser de linea derecha, y siempre con la expresion, como dicho es, ó como de suso se contiene.

45 Sin otra fatiga que fixarse en el llamamiento quinto, se persuade la regularidad del mayorazgo: suponen los fundadores en él sustituidos á su goce todos los varones cognados, y todas las hembras derivadas de Fernan, *num. 2.*; lo que expresan tan terminantemente que no dexan motivo de duda; asi dicen: (Mem. num. 22.) "E si por aventura acaecièr  
"que de vos el dicho Fernan Arias, nuestro fijo, non quede  
"fijo ni fija, ni nieto ni nieta, ni viznieto ni viznieta, ni otros  
"descendientes legítimos, segun dicho es, è de suso se contiene;  
"y mas abaxo, y no habiendo de vuestra linea ningunas ni algunas personas, asi homes como mugeres, en tal

21  
"caso torne el mayorazgo al hijo segundo de nos Don Juan de Saavedra, y Doña Juana num. 1." De aqui resultan dos consideraciones; una que todas las hembras y varones de ellas, derivados de Fernan num. 2, tienen llamamiento, lo que no es compatible con la agnacion, segun expusimos á los m. 40 y 41; y otra, que siendo la Duquesa descendiente del Fernan, con precision tiene llamamiento.

46 Añadamos á esta verdad otra no menos importante, de que dicho llamamiento no puede ser acomodable á otro caso que al de una sucesion regular; la demostracion: en las cláusulas primera y segunda son llamados Fernan, su hijo primero varon, su nieto y viznieto, y dende ayuso; y si entendemos este llamamiento, ceñido á los agnados, ni la Duquesa ni cognado alguno derivado del Fernan, puede ser comprendido en él: en la cláusula tercera están llamados el hijo mayor de la hija mayor de Fernan, su nieto, viznieto; y por el propio orden los hijos, nietos y viznietos de la hija segunda y tercera; y aqui tampoco puede comprenderse la Duquesa, que no descende de hija de Fernan, y sí de su hijo primogénito; ni á ser cierta la agnacion artificiosa podria entenderse comprendido cognado alguno: en la cláusula quarta solo está llamada la hija mayor de Fernan, su hija, nieta, viznieta, y por esta via las hijas, nietas y viznietas de la hija segunda y tercera de Fernan; y aqui tampoco podemos incluir á la Duquesa, que no descende de hija alguna de Fernan, y sí de su primogénito; y menos á otro cognado, porque el llamamiento limitado á hembras no comprende á los varones.

47 Ahora bien; los fundadores suponen en la cláusula quinta que están llamados todos los derivados de Fernan, porque literalmente expresan no torne la sucesion al hijo segundo, entretanto que en la linea de Fernan haya hijo ó hija, nieto ó nieta, viznieto ó viznieta, ú otra persona descendiente, asi hombre como muger, repitiendo la expresion como arriba se contenia: la Duquesa es descendiente como nona nieta de Fernan, por medio de su hijo primogénito; es de su linea, luego ha de tener llamamiento segun la suposicion de los fundadores: no le encontramos en las quatro primeras cláusulas, entendidas como las entiende el Marques; con que no queda mas medio, que ó descartar la cláusula quinta de la fundacion, y dar por soñada la suposicion que en ella hicieron los fundadores, lo que no cabe; ó buscar en los llamamientos anteriores el de la Duquesa: en la  
cláu-

cláusula primera, como limitado á Fernan, no está; en la tercera y quarta tampoco, porque en ella únicamente son llamados los descendientes de hijas de los fundadores; y no quedando mas cláusula de las anteriores á la quinta que la segunda, forzosamente ha de descansar sobre ella la suposicion de los fundadores.

48 El Marques, teniendo á la vista el llamamiento, no le descubre, por huir cuidadosamente de sondear la fundacion: cótejela con la ley del Reyno, y con los principios que rigen en la materia; y advertirá la regularidad del mayorazgo: á tres estados reducen los escritores quantos pleitos pueden ofrecerse sobre la exclusion de las hembras: primero, quando la fundacion las excluye por los varones mas remotos, y entonces seguramente lo quedan: segundo, quando las hembras tienen llamamiento claro; y tercero, quando se presenta dudoso; y en estos dos últimos casos no se detienen en afirmar la preferencia de la hembra de mejor linea, por fundar su intencion en el derecho comun. D. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 4. num. 37. *Ex quibus etiam infertur, quod ex triplici statu, in quo lites quæ super exclusione vel admissione fæminarum versantur esse possunt, videlicet quod si lis sit clara ex parte masculi remotioris gradus, vel ex parte fæmine vel dubia, masculus solum in primo casu poterit obtinere, fæmina vero in duobus casibus sequentibus necessario masculo remotioris gradus præferenda erit, cum jure communi ejus intentio fundata sit.* No tenemos que cansarnos aqui en buscar exclusiones, porque hallamos á las hembras puestas expresamente en condicion, y de consiguiente han de vencer las de mejor linea á los varones que lo sean de inferior. Llamaron los fundadores despues de los dias de Fernan á su hijo primero varon, á su nieto, viznieto, é dende ayuso, por esta linea de varon en varon que descendieren de vuestra linea derecha, cuyo llamamiento analizado no presta irregularidad, y sí mucha conformidad con la ley que regia para la sucesion de la Corona, que es el modelo de la regularidad.

49 Con arreglo á la qual se nota, que los fundadores fueron llamando á su primogénito, despues á su nieto, viznieto, y á los varones por esta linea, por cuyo llamamiento no puede inducirse la menor irregularidad, respecto á que la ley igualmente llama al hijo, nieto y viznieto por linea de varon; y sin embargo constituye la sucesion regular y ordinaria, asegurada de que la repeticion de varones solo designa del orden prelativo, mas no

la exclusion de las hembras. D. Roxas de Almansa disp. 1. quæst. 1. §. 1. n. 28. y 30. D. Valenz. cons. 97. n. 78. Torre de Majorat. part. 3. decis. 7. n. 39. Esta verdad se percibe mejor poniéndonos en la hipotesi de que se hubieran quedado los fundadores en el segundo llamamiento, en cuyo caso no habria quien no confesase el mayorazgo por regular, comprensivo de varones y hembras de cada grado, sin asomos de calidad, y con este conocimiento la quiere sacar el Marques de los llamamientos sucesivos, que cabalmente la disipan.

50 Despues de la descendencia de Fernan llaman los fundadores á los hijos de las hijas, (por los motivos que despues se expondrán) á las hijas, y á toda la descendencia de Fernan, sin acordarse hasta concluida ésta del hijo segundo; y en estos llamamientos fueron tambien siguiendo la ley, que en defecto de hijo, nieto y viznieto varon, dá entrada á la hembra; lo confirmaron con no haber dado llamamiento expreso á sus cinco hijas; y sin embargo de esta omision, en el último que hicieron del pariente mas cercano, supusieron ocuparia lugar faltando toda la descendencia de los fundadores: Mem. n. 30. de suerte, que fue su voluntad entrasen sus hijas, como que constituian un mayorazgo perpetuo, cuya entrada solo cabia por el orden regular.

51 Y lo acabaron de convencer en el llamamiento quinto, en el que en defecto de hijos y nietos, tanto varones como mugeres de Fernan, quisieron sucediese el hijo segundo de los fundadores, sus nietos, viznietos y descendientes, asi varones como mugeres, "segun è por la via, è manera è forma, è vínculos è ordenanzas que lo habedes de haber vos el dicho Fernan, è los que de vos descendieren, como dicho es, è de suso se contiene." Mem. n. 22. En este llamamiento se presenta mas claro que la luz haber regularidad; y queriendo los fundadores se observase en él lo mismo que tenia dispuesto para Fernan y sus descendientes, sale por ilacion necesaria quisieron establecer un mayorazgo regular, y que su objeto en la vocacion de varones se dirigió á tributarles la preferencia que les dá la ley en igualdad de linea y grado, pero no á la formacion de un mayorazgo de calidad: en resumen, mirada la fundacion á un golpe de vista, hallamos llamamientos de varones y de hembras, y designado en el quinto el orden con que debian entrar, que es el mismo que se observa en una sucesion regular y ordinaria, á cuya presencia, y confesándose la mejor linea y grado de la Duquesa, no es quæstionable su prelacion.

52 El Marques en todo evento carece de entrada, porque no habiendo admitido los fundadores al hermano de Fernan hasta la extincion de todos sus descendientes, asi varones como hembras, lo mismo se ha de observar en los siguientes grados, por cuya regla todos los hermanos segundos de qualquier grado y poseedor quedaron sin entrada ínterin exístia descendencia de Fernan, ya sea por varones, ya por hembras; con que descendiendo el Marques de un hermano segundo del tercer grado, carece absolutamente de accion para aspirar á la sucesion, ínterin haya varon ó hembra de la linea de Fernan; y si quiere acabarse de convencer, considére que en el mismo llamamiento quinto, lexos de formar en la descendencia de Fernan una linea discretiva de varones y hembras, se explicaron con arreglo á su intencion, que no quedando de Fernan hijo ni nieto, ni viznieto ni viznieta, ni otros descendientes, segun dicho es; queremos torne el mayorazgo á nuestro hijo segundo, indicando con este propio orden con que se explicaron, fue su voluntad comprender en cada grado á los varones y hembras, con la prelación ordinaria; pero no admitir á los varones de linea transversal en perjuicio de las hembras de la efectiva.

53 El pensamiento referido se arregla á las disposiciones de derecho, que no entienden excluidas á las hembras por el llamamiento de varones; porque lo mas podrian estimarse omitidas, y entonces entra el llamamiento de la ley en favor de las hembras: Torre de Majorat. part. 2. quæst. 16. num. 105. quæst. 39. n. 150: Roxas de Incompatib. part. 3. cap. 4. n. 12. siendo muy conforme, porque del llamamiento de varones, concebido *simpliciter*, no se induce calidad, antes es análogo al orden regular de los mayorazgos de España, en que el varon es preferido á la hembra dentro del mismo grado y linea; y con arreglo á este método debe entenderse el llamamiento y prelación de varones: D. Roxas disp. 1. quæst. 1. §. 1. con los demás que cita; y con razon, porque quando la agnacion no se halla expresamente apetecida, como aqui se verifica, no bastan que medien algunas conjeturas, porque entonces se incurriria en deducir una presuncion de otra presuncion, qual seria la presunta exclusion de las hembras, y la presunta agnacion, lo que justamente se opone á todas las reglas: Torre de Majorat. part. 3. decis. 56. n. 10. consonat Fusar de Substit. quæst. 458. n. 14. Altogrosso, cons. 64. num. 22.

54 No encontrándose agnacion ni otra calidad expresa, no

habiendo exclusion de hembras , ni postergacion á los varones de diversa linea , antes siendo llamadas las hijas del primer poseedor en falta de hijo , nieto y viznieto , varones por linea derecha , con antelacion á toda la descendencia de su hijo segundo , hemos de entender llamadas las hijas del último poseedor , con preferencia á todo transversal , asi en observancia de la voluntad de los fundadores , como en obsequio del orden regular , con el que siempre se presume quisieron conformarse ; de lo contrario se seguiria que las nietas por la linea primogénita de Fernan , no solo se encontrarian postergadas á sus hijas , sí perpetuamente excluidas , lo que no hay razon que lo autorice , pues si aun quando expresamente se excluyen no se entiende absoluta y perpetuamente , ni quando son preferidas de los varones , se presume de los mas remotos , porque en uno y otro caso se concreta la exclusion y postergacion puramente en concurrencia con varones de igual linea y grado , menos las entenderemos en un caso como el presente , en que son llamadas con preferencia á los varones. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 71. & ibi Addent. Gutierrez , cons. 13. Burgos de Paz. cons. 29. n. 41. 44. & 66. D. Valenz. cons. 97. à n. 84. Lara de Vita hom. cap. 30. num. 82. D. Crespi , observ. 22. Roxas part. 3. cap. 4. n. 12. & 13.

55 Y para no dilatarnos en otras reflexiones , nos remitimos al Gutierrez en el consejo 13 , en el que con motivo de haber llamado una fundadora á su hijo varon , su nieto y viznieto , tambien varones ; despues á su hijo segundo , y á todos sus descendientes varones , y en defecto de todos á la hija mayor , se dudó si el varon hermano del poseedor habia de ser preferido á la hija de éste , por cuyo caso , en que se presentan mucho mas descubiertas las congeturas de agnacion , trató el Autor detenidamente este punto , y se decide por la regularidad del mayorazgo , y no es extraño , sentando al num. 21 , que esta es la costumbre general en los mayorazgos de España , preferir la hija del último poseedor á todos los varones de otra linea y grado mas remoto , lo que añade es notorio , y se vé observado todos los dias , á no verse una voluntad clara , expresa y convincente de lo contrario : del mismo sentir son D. Covarr. lib. 3. Variar. cap. 5. in princip. & in 5. vers. rursus septimo. D. Roxas de Almans. disp. 1. quæst. 1. §. 1. num. 11. ibi : *Et ratio est quia qui dicit fæminas esse exclusas , habet in sua intentione aut pretensione est actor ; & de jure est quod probatio actoris debet convincere intentionem ejus , non per possibile*  
sed

«cendieren de vuestra linea derecha;» de modo que llenaron todas las partes de la definicion : *ordo descensibus in posteros non in plurimos sed sigillatim de uno in alterum eodem tramite retento sub derivatione primogeniture.*

58 Pregúntase al Marques: ¿era posible que los fundadores uniformasen sus llamamientos con tanta precision con los requisitos de la definicion de la linea derecha , sin una completa nocion de los que eran , y deseo de que rigiesen las reglas que la gobernaban ? ¿No teniendo las hembras derivadas de Fernan , fuera de la cláusula segunda , llamamiento discretivo , ni exclusion clara , ni postergacion en competencia de varon de mas remota linea y grado , y suponiendo los fundadores estar llamadas todas las derivadas de Fernan , no se constituye forzoso entenderlas sustituidas en la referida cláusula segunda , y baxo la adiccion linea derecha ? ¿Podrá el juicio mas apasionado congeturar que los fundadores pusiesen en condicion para sus respectivos casos á las hijas , nietas , viznietas , y descendientes de Fernan , y privasen de llamamiento á las nietas que descendiesen del mismo , y de su linea primogénita ? Se resiste á todo buen discurso : ¿exîsten términos hábiles para acomodar este llamamiento á otra cláusula que á la segunda ? Ciertamente que no : luego hemos de venir á parar en que la voluntad de los fundadores fue comprenderlas baxo la cláusula de linea derecha , porque en otra forma nos hubieran dexado un supuesto falso en la parte mas interesante , lo que no es permitido deducir.

59 Llamaron á Fernan , á su hijo primero varon , á su nieto , viznieto , è dende ayuso , por esta linea de varon en varon , que descendieren de la vuestra linea derecha , y solo por esta expresion es necesario entendamos comprendidos todos los varones y hembras descendientes por linea derecha de Fernan , por mas que expresa é individualmente sean sustituidos los varones agnados ó cognados , respecto á que la cláusula , que descendieren de vuestra linea derecha , comprende por su naturaleza , esencia y constitutivo á las hembras ; esta es su eficacia , el significado legal , y la inteligencia comun que ha merecido á los mayorazguistas , de la que no seria justo separarse , como era preciso , ni reputar officiosa la adiccion linea derecha , tan apetecida por los fundadores. De la doctrina sentada sale por deducion , que el mayorazgo que contenga llamamiento como el nuestro , que descendieren de la dicha vuestra linea derecha , dice manifiesta repugnancia y contradiccion con la agnacion rigurosa ó artificiosa , ó

con la masculinidad: vamos á la calificación, con la autoridad de quantos han escrito en la materia, sin sufrir oposicion en su dictámen.

60 El Señor Don Juan del Castillo, lib. 3. Cont. cap. 138. es el primero de nuestros escritores mas célebres que hemos visto haber tocado la cuestión en estos términos precisos: *Utrum si ad majoratum vocati, sint agnati per lineam rectam exclusi videantur cognati, sive fœmine ejusdem incepte lineæ, atque an eis præferatur quilibet agnatus transversalis: dubium facit quod verbum per lineam rectam habet incompatibilitatem cum agnatione, lineæ namque recte natura masculos & fœminas comprehendere compertum est: agnationis autem considerationem fœminarum, & cognatorum admissione resistere planum est.* Repárese que la cuestión la propone en las circunstancias de no haber duda que el sonido de las palabras contenia el llamamiento de agnados: *si ad majoratum vocati sint agnati per lineam rectam*, y su resolucion al núm. 18. es asi: *nihilominus tamen in ea sumus sententia & opinione ut agnationis considerationem perpetuam in proposito non admittamus, indeque & consequenter fœminas, aut agnatos lineæ inceptæ non excludi, sed potius juxta ordinarias primogeniorum regulas, & recte lineæ naturam, & effectum admitti & præferri debere nec ex linea incepta ad aliam posse transitum fieri, quousque omnes ex ea procedentes, tam masculi quam fœmine deficient.* Y despues de los muchos que cita, y doctrinas en que se apoyan, concluye: *Quoniam si concurrant simul ad idem, atque inter se pugnent odiosum & favorabile, magis attenditur favorabile maxime si agatur de exclusionem filiarum à testatore linea recta descendentium quia tunc odiosa.*

61 Roxas de Incomp. part. 1. cap. 6. num. 29. *Jam ergo patet quod omnes hi qui sunt in hac linea recta descendentium, sive lineæ substantiæ incompatibilis cum aliis ex alia in primis sunt in succedendo;* y al núm. 30: *quod majoratus respectu agnationis non est compatibilis cum linea recta.* Aguila ad Roxas, ibi num. 18.: *sub hac linea recta omnes descendentes continentur, & quambis quilibet sibi & suis diversam constituat lineam à linea alterius, tamen unusquisque cum suis descendentibus sub linea recta comprehenditur:* los Add. ad Molin. lib. 3. cap. 5. num. 71. *Quod fortius asseverandum est vocatis masculis per lineam*

*tam, quorum vocatio ad exclusionem fœminarum facta cen-  
setur; & ratio est, quia masculus ex alia linea non dicitur  
de linea recta, immo potius de obliqua, & inflexa, & hinc  
est quod stante consuetudine quod in varonia non succedat  
filia si aliquis relinquat filium secundumgenitum, & filiam  
ex primogenito, hæc succedet: y los mismos al lib. 3. cap. 6.  
num. 33. infertur ex his quod animus conservandæ agnatio-  
nis non colligitur ex vocatione lineæ recte, cum potius ea con-  
servatio lineam rectam turbaret.*

62 Cabrerros en el tratado *Methodica delineatio de Metu*,  
lib. 2. cap. 9. num. 12. y siguientes, afirmándose en la propia  
opinion dá la razon: *Ratio est quia majoratus respectivus  
agnationis non est compatibilis cum linea directa, immo  
non potest esse res magis repugnans, agnatio enim, non ha-  
bet lineam, sed ad suam conservationem necessarium est  
traslineare, & transire de una ad aliam, & nulla verba  
importantiora sunt ad inducendam continuationem lineæ pri-  
mogenite quam verbum lineæ recte.* Del mismo sentir son el  
Avendaño, Gutierrez, Mieres, Salazar, y otros que no se  
transcriben por lo descubierto del punto, y llamarnos la aten-  
cion otro Escritor, en quien concurren particulares atendibles.

63 Este es el Señor Roxas de Almansa, que escribió en el  
año de 1750 (mucho despues de los tres pleitos seguidos en el  
Consejo sobre la qualidad de estos mismos mayorazgos, y en la  
disp. 1. quæst. 1. §. 1.) tratando quando se entiende el mayo-  
razgo regular ó irregular dice al num. 15: *Quintus casus quan-  
do fundator dixit, quod post eum succedant omnes agnati ex  
eo descendentes per lineam rectam, aut quando vocabit ad  
successionem omnes masculos suos per lineam rectam, quia  
non obstante agnatorum vocatio majoratus erit regularis:  
Et ratio est, quia linea recta non compatitur cum linea ag-  
nationis, immo vocatio per lineam rectam est absolute des-  
tructiva agnationis, & incompatibilis cum ea: y al n. 16.  
Verum est, quod testator vocabit ad successionem hujus ma-  
joratus agnatos suos, sed simil verum est quod dixit, quod  
succedatur in eo per viam rectam unde cum successio per  
viam agnationis sint contrarie, & inter se pugnent, &  
una sit alterius destructiva, ideo talis vocatio intelligenda  
est in benigniori sensu, & modo qui conformior sit juri;  
juri autem conformior est quod majoratus sit regularis,  
& quod succedant in eo tam masculi quam fœmine, ut*  
ex

*sed per necesse quando lex intentione ejus resistit.*

56 Si todavía fuese dable restáre alguna dificultad, la disolveria la adiccion: *por vuestra linea derecha*, que es un comprobante de la verdadera naturaleza del mayorazgo, y por lo que no se necesitan otros datos que poner de manifestó la inteligencia legal de lo que es linea derecha y sus efectos, de que se encontraban tambien instruidos los fundadores, como denotan sus repeticiones *de vuestra linea derecha*, indicando que no por acaso, y sí con mucha intencion, la añadian, entremos en la definicion: *linea derecha est ordo descensibus in posteros non in plurimus sed sigillatim de uno in alterum, eodem trahite retento sub derivatione primogeniture*: Cabrerros de Metu, lib. 2. cap. 9. n. 21. Roxas de Incomp. part. 1. cap. 6. n. 27. Maldonado, adic. ad Molin. de Primog. lib. 3. cap. 6. n. 33. con otros que citan, cuya definicion la vemos autorizada y adoptada por el Auto acordado 7. tit. 7. lib. 5. de la Recop. en el que declarando la ley 11. del propio libro y título, se estableció que las donaciones enriqueñas, y mayorazgos regios fundados en ellas en favor de la linea derecha del donatario, se entendiesen limitados para los descendientes del primer donatario, no para todos, sino para el hijo mayor que hubiese del último poseedor, sin que pudiese pasar al hermano: el Marques tratará inconducente para el objeto dicho auto, pero sin razon, porque en substancia prescribe la verdadera inteligencia de la linea derecha.

57 Se sujetaron tanto los fundadores á los extremos de su definicion, que en un ápice no se pararon de ella; y asi advertimos lo primero, que quantas personas llamaron fue en el numero singular, ibi: "Fernando Arias, vuestro hijo, vuestro nieto, vuestro viznieto, è dende ayuso, por esta linea de varon en varon, que descendiesen de vuestra linea derecha; lo segundo, que son sustituidos *sub derivatione primogeniture*, ibi: Fernan Arias, nuestro hijo mayor, vuestro hijo primero, è dende en adelante vuestro nieto, vuestro viznieto, è dende ayuso por esta linea:" y lo tercero, que las personas llamadas en numero singular *sub derivatione primogeniture*, son llamadas con un orden descendivo de padre á hijo, de hijo á nieto, de nieto á viznieto, pero siempre singularmente de uno en otro, no de uno en muchos, como comunmente se acostumbra, ibi: "Fernando Arias, nuestro hijo mayor, vuestro hijo primero, vuestro nieto, è dende ayuso, por esta linea de varon en varon, que des-

*ex legibus Regni superius citatis manifeste apparet.*

64 No se olvide que el Señor Castillo y el Señor Roxas deciden la cuestión, baxo el preliminar de que no haya duda que el fundador llamó varones con el adictamento de agnados, *ibi verum est quod testator vocabit ad successionem hujus majoratus agnatos suos, sed simil verum est quod dixit, quod succedatur in eo per viam rectam.* Sin embargo no se detienen en resolver, que sola la adición de que se suceda por línea derecha, hace que perdiendo su vigor el llamamiento de los agnados, quede el mayorazgo regular: es verdad que el Señor Roxas continuando al num 17. dice, que la sentencia comun que sigue se ha de limitar: *Si ultra præcitatas clausulas alie sint in scriptura foundationis, in quibus majorie conditor ostendat animum suum esse quod majoratus sit agnationis, ut quia excludit fæminas, aut masculos ex eis, aut quia omittendo fæminas proximores, masculos remotiores nuncupavit, aut quia fæminas post omnes masculos, aut agnatos vocabit, quia tunc ex clausulis ad id sæpius repetitis manifeste ostendit animum suum esse quod majoratus sit irregularis, & quod possit illa verba per lineam rectam ex ignorantia proprii significatus, ut sic vidi in pluribus majoratibus factum quorum unus est majoratus Marchionatus de Gallegos in Urbe Salmantina conditus.*

65 Aunque la opinion del Señor Roxas tuviera la prerogativa de ser preferida á la sentencia comun que él mismo adoptó, nada adelantaba el Marques de Moscoso, á no alterar, como lo executa, la doctrina de dicho Escritor; éste además de las cláusulas, esto es, del llamamiento de agnados, con el adictamento de que sucedan por línea derecha, pide que haya otras en que manifestase el fundador ser su ánimo constituir un mayorazgo de agnacion, como por exemplo, porque excluyó á las hembras y á los varones de ellas, porque omitió las hembras mas cercanas, llamando á los varones mas remotos, ó porque llamó en discretivo lugar á los cognados y hembras, despues de todos los agnados; y aun entonces exíge que las cláusulas sean muchas veces repetidas, para entenderse el mayorazgo irregular, y para atribuir al fundador que puso por ignorancia las palabras *linea recta.*

66 Mucha dificultad ofrece contraer esta doctrina á una fundacion, como la que tratamos, en que antes de llegar á la cláusula *que descendieren de vuestra línea derecha*, previnie-

ron los fundadores todo lo necesario para que se entendiese su voluntad , dirigida precisamente á la derivacion de la primogenitura en linea recta ; á cuyo objeto terminó el llamamiento en número singular , *vuestro hijo primero , vuestro nieto , vuestro viznieto* , è dende ayuso , sujetandose á la definicion de la linea derecha. Con el mismo fin no hicieron llamamiento de agnados , y sí solo el singular de un varon despues de otro , por un órden descendivo de padre á hijo , de hijo á nieto , &c. con repeticion muchísimas veces , que descendieren de su linea derecha , ó de vuestra linea derecha , que no dexa arbitrio para atribuir á ignorancia su significado ; siendo mas natural atribuirlo á mucha deliberacion , con la propia idea , ni excluyeron las hembras , ni las postergaron á los varones de mas remota linea ; antes hicieron supuesto de que todas las hembras y varones de ellas , quedaban llamadas en su lugar , segun aparece del llamamiento quinto que queda demostrado : en resumen no se verifica extremo alguno de los de la limitacion del Señor Roxas ; en cuyo caso conformándose con la opinion comun , sienta ser el mayorazgo regular , ni habrá quien se aparte de ella , á no expresar el fundador que quiere constituirle de agnacion.

67 La Duquesa se lisongeará siempre de reunir á su favor la sentencia comun de los Escritores , y de haber conseguido á su influxo tantas executorias , las que haciéndolas corto favor , al menos suponen alguna duda en si el llamamiento de linea derecha , es ó no compatible con la agnacion , y aún en este caso tenemos el dogma legal , de que quando en una disposicion se hallan palabras repugnantes ó dudosas , el mayorazgo queda regular por la razon de creerse , que los fundadores se conformaron con la disposicion de la ley : D. Roxas de Almansa , dict. disp. 1. quæst. 1. num. 16. Roxas de Incomp. part. 1. cap. 10. num. 36. ibi. *Et quando neutra conditio perplexa , aut vocatio contradictoria valere non potest , tunc institutio seu dispositio ad dispositionem majoratus regularis reduci debet , & succeditur in eo tamquam in majoratu regulari*: D. Valenz. cons. 97. num. 68. y sig. ibi. *Quod interpretatio que fit ad conservandum disposita de jure communi debet quacumque via possit , amplecti , ut minus leatur jus commune , & ut pauciores vocati censeantur ad matris exclusionem.*

68 Al Marques de Moscoso no le ocurrirá fingirse descendiente de Fernan por linea derecha , porque no puede ignorar que

que los hijos segundos de los poseedores de los mayorazgos, son realmente de la línea transversal, á lo menos mientras viven los primogénitos, y sus descendientes primogénitos, los cuales por su primogenitura preocupan y absorven todo el derecho de la línea derecha en tanto grado, que el hijo ó hija primogénito, aunque no posea, sino que premuera en vida de su padre, preocupa y mantiene la línea derecha, para que suceda su hijo primogénito: así el Roxas de Incompatib. p. 1. cap. 6. num. 27. y 30. ubi Agul. n. 19. Pegas de Majorat. tom. 1. cap. 5. n. 37. D. Castillo lib. 5. Controv. cap. 93. n. 8. Torre de Majorat. part. 1. cap. 39. §. 11. n. 4. ubi referens Gutierrez lib. 2. Canon. cap. 14. num. 47. sic ait: *Probat communem esse regulam quod recta linea non ex omnibus qui ab instituyente seu quovis majoratus possessore descendunt sed ex ipsis primogenitis qui gradatim procreantur, tantummodo constituitur ut inter filios nepotes, ac pro nepotes ceterosque descendentes primogeniti tantum rectam lineam efficiant, & successive admittantur.* D. Valenz. cons. 97. num. 34. *Verba per linea derecha respiciunt solum lineam primogenitam.* D. Covarrub. Pract. quæst. cap. 38. num. 6. vers. *etenim: hæc enim linea recta semper est consideranda nec est divertendum ad transversales.*

69 Esta regla sobre guardar analogía con la naturaleza de los mayorazgos, cuya sucesion se deriva siempre de primogénito en primogénito por línea recta, se concreta particularmente al nuestro, en que llaman los fundadores á su hijo primogénito con el connotado de hijo mayor, y al hijo de éste con el de hijo primero, y á su nieto, ó viznieto, è dende ayuso por el mismo órden á todos en número singular, concluyendo con el adictamento de ser derivados de la línea derecha que denota el órden descendivo de padre á hijo, de hijo á nieto, &c. segun la definicion arriba sentada de la línea derecha.

70 Bien sabido es que dos hermanos primero y segundo, aunque respecto de su padre, como estipite conum, se consideran de una misma línea, y aun de una misma línea recta de descendientes; pero entre sí cada uno de los dos forma y constituye para sí y sus descendientes su línea distinta y separada de transversales, sin que el un hermano se pueda decir de la línea recta, ó línea derecha del otro hermano, porque entre los dos hermanos primero y segundo se halla aquella misma distincion real que entre el primero y segundo grado. El hermano prime-

12  
ro constituye la línea primera para sí y sus descendientes: el hermano segundo la segunda para sí y los suyos; y el hermano tercero la tercera, con tal derecho, que hasta la extincion de la primera línea no hay entrada á la segunda, & sic de cæteris; y quando el llamamiento es hecho en descendientes por línea derecha, solo se comprende el que entre ellos tiene el primer orden, sin poder extenderse al hermano del que fue poseedor, á lo menos sin controversia, entretanto que haya descendientes de aquel, varones ó hembras. Roxas part. 1. cap. 6. num. 27. que despues de dar la definicion de la línea derecha, dice al n. 30. *At nulla verba importantiora sunt ad inducendam continuationem lineæ primogenite quam verbum linea derecha.* D. Castillo lib. 5. Controv. cap. 93. num. 8. & seqq. donde establece muy particulares reglas, y se explica en los mismos términos que el Torre, y el Gutierrez en el lib. 2. Canonic. cap. 14. n. 47.

71 De aqui salen por conseqüencias entenderse solo descendientes por línea recta, los que se derivan de poseedor en poseedor, maxime quando son llamados en número singular, y por un orden gradual descendivo, como aqui tenemos, y que los hijos ó hermanos segundogénitos ni sus descendientes, aunque sean hijos de los fundadores ó poseedores, no son ni se estiman de la línea derecha, sino de la transversal; ni entran sino extinguidos los descendientes de cada primogénito. D. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 6. num. 30. lo que por constante no se sujeta á discusion, como tampoco (y baste vér el árbol) de que la Duquesa es descendiente de la línea derecha, *sub derivatione primogenituræ* de Fernan, y que el Marques de Moscoso no se comprende en ella, y sí en la transversal, como derivado de un segundogénito, qual fue el num. 11, sacando en conclusion, que teniendo las hembras derivadas de Fernan por línea derecha llamamiento determinado por la fundacion, porque asi lo supusieron los fundadores en el quinto, y lo ratificaron con no dársele discretivo en otra parte alguna, que siendo la inteligencia legal de comprenderse en la adiccion de línea derecha, tanto las hembras como los cognados, que habiéndose conformado con esta inteligencia los fundadores, como manifestaremos á los nn. 71, 72 y 73, que no admitiendo compatibilidad la cláusula línea derecha con la agnacion, y que aun quedando alguna duda leve, se ha de decidir á favor de la sentencia mas benigna, sale el resultado de deberse estimar regular el mayorazgo, y que la Duquesa tiene el mejor derecho.

*Se satisfacen los fundamentos del Marques.*

72 Se ha empeñado, chocando con las executorias, de que ha de ser el mayorazgo de rigorosa agnacion, abroquelado de los llamamientos primero y segundo, ibi. "A vos el dicho Fernan Arias, nuestro hijo mayor, è despues de los dias de vuestra vida, á vuestro hijo primero varon, è dende adelante vuestro nieto, ò vuestro viznieto, è dende ayuso por esta linea de varon en varon." Permitámosle por un momento suprimir el adjunto que descendieren de la vuestra linea derecha, porque ni con esta ventaja puede sacar partido: la agnacion ó es absoluta, ó limitada: para aquella se constituye de esencia el llamamiento continuado, y siempre de varones, sin que se haga mencion de hembra alguna. D. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 5. n. 27. y sus Addentes, haciendo mérito de la cuestión *utrum*, por la vocacion de varones hecha absolutamente, y muchas veces repetida, se ha de considerar contemplada la agnacion, deciden despues de analizadas las opiniones: *Nos vero priorem sententiam veriore ac probabiliorem censemus quia in hac multiplici masculorum vocatione nulla alia ratio potest assignari quam agnationis, hoc ita quando majoratus institutor masculos semper ad successionem invitavit, nec de femina in aliqua parti dispositionis mentionem fecit: sic quæ in supremo, & regio consilio pluries in praxi obtentum vidimus.* No creemos que viendo el Marques antepuestas en infinitos llamamientos las hembras á los agnados, aspire á la agnacion absoluta.

73 Por lo mismo la entenderá limitada á los hijos y descendientes de Fernan; pero no ha reparado que en este caso, que es á la cumbre que podia llegar, carece de llamamiento: la agnacion limitada no pasa de las personas nombradas, ni es susceptible de mayor ensanche. D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 5. num. 37. ibi: *Agnationis effectus ultra personas nominatas non progreditur, nec totam agnationem comprehendit.* Los Addentes al mismo: *Quando institutor ad certas personas seu gradus se retulit, ejus dispositio ultra non progreditur neque eam extendit conservande agnationis ratio: contemplatio conservande agnationis in uno casu adhibita, & in certis personis non debet extendi ad alios casus, & personas non expresas.*

74 Los fundadores llamaron á Fernan su hijo mayor, al hi-

22  
hijo primero de éste, su nieto, viznieto, y dende ayuso ciñendo el llamamiento al primogénito de cada sucesor, con que fuera de ellos no cabe estenderse la agnacion; es asi que el Marques no es primogénito de sucesor, ni de la linea de primogenitura, luego aunque nos halláramos en una agnacion limitada, no tiene llamamiento, entienda como quiera las expresiones, por esta linea de varon en varon que descendieren de la vuestra linea derecha, respecto á que nunca verá llamamiento que pueda acomodar á los hijos segundos, ni á los descendientes que tuvieren; deduciéndose de esta observacion dos ilaciones, una la limitacion de la agnacion, aun en la hipótesi de haberla, que no se reconoce á las personas nombradas; y otra, que descendiendo el Marques de hijo segundo, carece de llamamiento; y si para proporcionarle dixese, que baxo el nombre de viznieto, è dende ayuso, se entienden llamados en plural todos los varones derivados de Fernan, se vé en la precision de confesar, que para ello necesita auxiliarse de interpretaciones supletorias, que si han de tener influxo, no le perderán para la Duquesa, que aun quando no tuviera llamamiento en la cláusula que descendieren de linea derecha, le tendria subintelecto, y entonces no se entiende repetida la calidad de irregular. D. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 5. num. 56. y sus Addentes.

75 Mas claro de la fundacion no es lícito, ni permitido borrarase la cláusula que descendieren de vuestra linea derecha, que únicamente admite dos sentidos: si el Marques la entiende concretada á los varones de varones, no es comprendido, porque indudablemente no es de la linea derecha: y si la entiende en el sentido legal, habrá de convenir comprenderse en ella, tanto varones como hembras, y que desapareció la agnacion en el momento que no hubo varon de varon por linea derecha: este argumento se hace sensible por sí mismo, y recibe mayor elevacion, considerando que los fundadores dieron por sentado en el llamamiento quinto, estar sobstituidas todas las mugeres y cognados derivados de Fernan y de su linea; y no siendo acomodable este llamamiento á otras hembras que á las que descenden de él por linea derecha, ni existiendo el menor motivo para congeturar, que llamando á todas las hembras descendientes de hijas de Fernan, quisieron excluir á las que se derivaban de su linea primogénita, viene á ratificarse, no solo que la Duquesa se encuentra comprendida en el segundo llamamiento, sí tambien que la agnacion si pudiera contemplarse contra lo expuesto, se con-

-iii  
cre-

cretó á los primogénitos de sucesor en sucesor de Fernan, sin estenderse á los segundogénitos, ni á los demas llamados, interin quedasen de la linea derecha, ya fuesen varones ya hembras.

76 Querrá el Marques comprobar la qualidad agnaticia del mayorazgo, asi porque en defecto del hijo varon de Fernan, nieto, viznieto, è dende ayuso que descendieren de su linea derecha, establecieron los fundadores sucediese el hijo mayor de la hija mayor de Fernan, su nieto, viznieto, è dende ayuso por linea derecha de varon en varon; como tambien, porque á falta de hijos, nietos, viznietos y demas descendientes de la hija primera, segunda ó tercera de Fernan, dispusieron sucediese la misma hija mayor de Fernan, su hija, nieta ó viznieta, y en los mismos términos la hija segunda y tercera, sus nietas y viznietas; á que tal vez añadirá, que en la cláusula defectiva despues del llamamiento del hijo mayor de Fernan, su nieto, viznieto, no repitieron la cláusula, *que descendiesen de vuestra linea derecha*; pero este último reparo no merece detenerse tanto, porque los contenidos en la condicion defectiva, se entienden los mismos que se contenian en la antecedente sustitucion, para no incidir en el absurdo de suponer corregida incontinenti la voluntad de los fundadores. D. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 6 n. 2. y sus Addentes, quanto porque si bien no repitieron la cláusula que descendiesen de vuestra linea derecha, pusieron (como dicho es) que es un equivalente, y obra idéntico efecto. Torre de Majorat. part. 3 cap. 25. num. 19.

77 Concedamos por un instante que haya alguna irregularidad en llamar al hijo mayor de la hija mayor, dando preferencia al hijo, respecto de la madre, y tambien alguna en querer que á falta de hijos, nietos y vieznietos de las hijas de Fernan, sucediesen las hijas del mismo, sus nietas, viznietas al modo de los mayorazgos de femeneidad; mas esto probaria que habia alguna irregularidad en los llamamientos, no empero que el mayorazgo sea de agnacion, que era lo que importaba persuadir al Marques, y no podrá: lo primero, porque la irregularidad ceñida á determinado caso, y no establecida por via de regla general, se debe precisamente restringir á él sin estenderla á otro caso alguno. D. Molin. lib. 3. cap. 4. num. 22. ibi: *quibus adjicitur exclusionem fœminarum propter masculos remotiores privilegium adversus jura communia continere, ideoque necessario restringendam atque interpretandam esse omnino namque recessus à jure communi exorbitans odiosus est, dispositioque à*

*jure communi stricte atque tenaciter interpretanda erit.*  
Torre de Majorat. part. 1. cap. 24. num. 29. ibi: *Adeo ut si potest corrigere jus civile in uno & duobus casibus, ita interpretetur ut in uno tantum corrigat*: Lo segundo, porque la prelacion concedida al hijo en competencia de la madre, se halla en el ingreso de la linea, y concebida dentro de una misma linea derecha, en que están madre é hijo, no aplicables á nuestro caso, en que el Marques no es de la linea derecha.

78 Lo tercero, que el llamar al hijo antes de la madre en el ingreso de la linea, no tiene mas objeto que el deseo de que principie la sucesion en un varon de la linea de posesion, primero que en una hembra de la misma; lo que lexos de favorecer al Marques le perjudica; porque si bien llamaron al hijo con preferencia á la madre, tambien llamaron á ésta con preferencia á los varones de diversa linea, aunque fuesen agnados, poniendo en condicion á las hijas de Fernan antes que á sus hermanas; y por este sistema, no siendo el Marques hijo de hija del último poseedor, y sí descendiente de un hermano segundo, advertirá la adhesion que tuvieron los fundadores á la linea efectiva de posesion, que dieron prelacion á todos sus varones y hembras en competencia de los varones agnados de linea inferior, y la imposibilidad de entrar hasta fenecida la linea de Fernan, puesto que convendrá no es de mejor condicion que los primeros llamados.

79 Lo quarto, que aun quando pudiera tener algun influxo dicha irregularidad, tal qual sea en otras fundaciones, no en la presente, en que no cabe contemplar agnacion, ni aun quando interviniera, regiria fuera de las personas nombradas, pues vemos que los fundadores, despues de llamar al hijo mayor, nieto y viznieto de Fernan, llaman á los varones de hembras, despues á las hembras con preferencia á los varones, y con posterioridad á su hijo segundo, que es un varon agnado, cuyas contrariedades y repugnancias no podian guardar consonancia con los deseos de conservar la agnacion, ni aun dexarian la cosa en estado de poderse entender qual seria su voluntad, sino la hubieran expresado clara y terminantemente en el llamamiento quinto.

80 Este debemos mirarle como otra clave de la intencion de los fundadores, y el intérprete mas seguro del espíritu que animaban, pues en defecto de persona alguna de la linea de Fernan Arias, asi hombres como mugeres, quisieron tornase el mayorazgo al hijo mayor segundo de los fundadores para que lo hu-  
bie-

biese, sus nietos, viznietos y descendientes, asi varones como mugeres por la linea derecha legítimos, segun y por la via, manera, forma, vínculos y ordenanzas que lo habia de haber el Fernan Arias y los que de él descendiesen, *como dicho es è de suso se contiene*; y por esta via los demas hijos varones de los fundadores, dando lugar el menor al mayor (Mem. num. 2.)

81 Los fundadores quisieron aqui, y sin dexar lugar á cavilaciones, que su hijo segundo (y á falta de descendientes de Fernan) entrase en la sucesion, baxo los mismos llamamientos, vínculos y ordenanzas de Fernan y sus descendientes, y para que no se dudase, añadieron: *como dicho es è de suso se contiene*; sed sic est, que en este llamamiento del hijo segundo dicen lo haya él, sus hijos, nietos, viznietos y descendientes, asi varones como mugeres por la linea derecha, luego todos los de la linea derecha de Fernan, asi hombres como mugeres están puestos en condicion, porque de lo contrario, no podia uniformar este llamamiento con el del hijo segundo y su descendencia, como apetecieron los fundadores; y véase declarada por los mismos instituyentes, lo que entendieron por linea derecha; véase tambien, que fue su voluntad comprender en ella, tanto varones como hembras; y véase la cosa tan perceptible, que sobre calificar la justicia de las executorias, debe evitarnos el trabajo de referir, que para constituir mayorazgo agnaticio se necesita la reduccion de varones de varones con la exclusion ó substitucion discreta de los cognados: el Señor Roxas de Almansa en la disp. 1. quæst. 1. §. 3. n. 74. con los mas de los mayorazguistas; lo que faltando en el presente, no puede ser de esta qualidad; y aunque podria á lo mas disputarse si era ó no de masculinidad, no hay para que perder el tiempo; porque teniendo la Duquesa, como es público, un hijo varon, nada adelantaba el Marques; bien que siempre serán vanos sus esfuerzos, como lo fueron los de los Marqueses de Rivas, mediante á que siendo la Duquesa de linea derecha, no admite competencia por los que carecen de este requisito.

### TERCERA PROPOSICION.

*El Marques de Moscoso no ha justificado su filiacion.*

82 Mucho ha incomodado al Marques el que se le dispute la filiacion, y ha tomado por desahogo poner á la de la Duquesa

el reparo de haberse contentado con justificar su entronque hasta Doña Teresa *num.* 31, sin executar lo propio hasta los fundadores, lo que añade constituirse preciso, litigando en propiedad con un varon descendiente de la linea primogénita: este obice le anima el despique, no la razon: la Duquesa es cierto se concretó á la calificacion de ser hija legítima del *num.* 39, último poseedor, nieta y viznieta con la misma legitimidad de Doña Ana, y Doña Teresa *nm.* 31 y 36; pero tambien lo es, que los restantes grados hasta los fundadores, se los dan acreditados las executorias: los litigantes, el orden de suceder, y aun el propio Marques de Moscoso; con cuyos datos seria tan oficioso como impertinente empeñarse en la prueba de lo mismo, de que se debe hacer supuesto.

83 En la vacante causada por muerte del *num.* 24 se excitó el primer pleito, en el que confesó abiertamente el Marques de Rivas *num.* 25 la ascendencia de la Doña Teresa *n.* 31, segun la figura del Arbol (Mem. *num.* 42.): sobre la posesion del mayorazgo causada por dicha vacante, instauró su juicio Don Juan de Saavedra *num.* 23, segundo abuelo del Marques, del que se apartó (Mem. *num.* 36), y no hay que buscar otro motivo que la ciencia positiva de la mejor linea del Marques de Rivas, porque de lo contrario no hubiera abandonado un negocio que tantas ventajas le proporcionaba: en los restantes juicios que siguieron los Marqueses de Rivas, se hizo igual supuesto, baxo de él se ha procedido en quantas sentencias se han dictado; y el propio Marques de Moscoso en el juicio de tenuta convino en la misma verdad: ¿por dónde pues ha de exímirse de voluntario, y poco regular el reparo que tiene que chocar con un hecho, á cuya certeza han subscripto todos los interesados en los repetidos pleitos sufridos, sin exclusion de los ascendientes del Marques? Contra lo confesado resiste la ley toda prueba, y si permitiera alguna, incumbiria al que confesó: ¿ha propuesto alguna el Marques que destruya la filiacion en los términos que desde un principio se sentó? Nada menos; antes por constarle á su segundo abuelo, se separó del pleito, y entre tanto litigaron los Marqueses de Rivas; ni él, ni otro alguno de su linea se atrevió á practicar la mas leve gestion; y siendo asi, ¿á qué viene la impugnacion de los supuestos del pleito?

84 El que los Marqueses de Rivas fuesen de una misma linea que los *nm.* 31 y 35, y que las confesiones en la tenuta no tienen igual influxo que en la propiedad, sobre ser lo primero

cierto, y lo segundo falso, no importa ni viene al caso, y sí que el Marques conviene, y no contradice el orden de suceder estampado en el Mem. num. 92. y una vez que este orden es calificativo de la filiacion de la Duquesa, sale la extraña consecuencia de querer negar el Marques lo mismo que confiesa: en efecto, del testamento de Don Juan Arias *num.* 8 resulta, que su hijo *num.* 9 sucedia en sus mayorazgos (Mem. num. 229.): aparece tambien que dexó otros hijos; á saber, Don Rodrigo, Don Juan *n.* 10 y 11, y á los *nm.* 12, 13 y 14 (Mem. n. 230.): el Don Rodrigo no tuvo sucesion, y por ello fundaron los *n.* 8. otro mayorazgo en cabeza del Don Juan *num.* 11. (Mem. num. 232), que ha seguido hasta el Marques: ahora de la consideracion: si la Duquesa no fuera de la linea primogénita del *num.* 9, ¿por qué título continuaria el mayorazgo en su linea? ¿Ni cómo habria obtenido las executorias por sola esta calidad? ¿Ni por dónde se hará presumible que Don Juan *num.* 11 y sus descendientes, siendo de la linea segundogénita, hubieran estado pasivos viendo correr el mayorazgo del *num.* 9 al 15, y de éste al 24, por cuya muerte ocurrió la primera disputa, á no constarles positivamente eran los que poseyeron de la linea primogénita? La cosa es demasiado clara, y para destruir el Marques lo confesado y executoriado con repeticion, necesitaba dar prueba de lo contrario, que ni siquiera ha intentado, conociendo la verdad.

85 No se presenta tan descubierta en la filiacion del Marques, pues aunque la concedamos desde el *num.* 28 hasta los fundadores, echamos de menos la legitimidad en los *nm.* 33 y 37, esencialísima, porque la fundacion en todas las substitutions llama á legítimo de legítimo matrimonio, con tal precision, que el desnudo de esta calidad, no puede aspirar al goce del mayorazgo: véamos si concurre en el Marques *num.* 37: refiere su partida de bautismo ser hijo legítimo de Don Francisco Arias de Saavedra, y de la Marquesa del Moscoso Doña Maria Narcisca Santa Cruz y Centéno (Mem. n. 107.): pero no basta, porque la legitimidad nace del casamiento de los padres, y es puntualmente el que no se acredita: muchos documentos é informaciones se han amontonado para persuadirle, que serian de algun mérito si se tratase de apurar hechos antiguos, mas no dirigiéndose la indagacion á unos tan modernos, y á la certeza de haber intervenido matrimonio, de que indispensablemente se han de encontrar vestigios, por haber de preceder y concurrir las formalidades que previene el Tridentino, libros en que se sientan, licen-

cia del Rey para que le contraigan los Títulos de Castilla, y de-  
mas requisitos que no dexan motivo de ambigüedad quando  
son ciertos.

86 Dúdate con razon de la certeza del casamiento de  
Don Francisco y Doña Narcisa *num.* 33, sin embargo de ha-  
berse producido por el Marques la licencia ó despacho que se  
decia dado en 14 de Marzo de 1726 por el M. R. Arzobispo  
de los Reyes, para el casamiento de Don Francisco de Saavedra  
con Doña Maria Narcisa Santa Cruz *num.* 33. La partida ó  
diligencia de su celebracion estendida al reverso del mismo des-  
pacho, y una certificacion dada al parecer en el año de 1749,  
por Don Josef Ramon Hernandez y Godoy, Teniente de Cura  
que se decia de la Parroquial de Santa Ana de Lima, con in-  
sercion de otra que sonaba firmada del Doctor Don Santiago  
Bengoa, Cura Rector que se supuso de la misma Parroquial,  
referente á la ratificacion del dicho casamiento, porque nos ha-  
llamos en que estos documentos no tienen original, sin cuya  
calidad no prestan fé. Pareja de instrument. edit. tit. 7. resol. 3.  
5. 1. *num.* 41.

87 Y si bien ha intentado subsanarse el reparo, con el pre-  
testo de haber padecido incendio la partida original de matri-  
monio, no se ha producido otra prueba que la certificacion que se  
dice dada del Licenciado Don Josef Seminario, Inter-Cura de la  
Parroquial de Santa Aña (Mem. *num.* 132), teniendo dicha aser-  
cion todo el ayre de novela, por no constar mas que por la ex-  
posicion del Inter-Cura, y no ser regular que un hecho de seme-  
jante notoriedad dexáse de ofrecer otro sin número de pruebas,  
de que se hubiera echado mano: fuera de que en un incendio uni-  
versal, qual se figura, se hubieran consumido todos los libros,  
sin contentarse las llamas con abrasar únicamente las partidas  
de bautismo y casamiento, y justamente las de los *num.* 33.  
Añádese, que falta comprobacion de que el Don Josef Semina-  
rio fuese Cura de Santa Ana, ni él ni otro dicen haber visto la tal  
partida, ni el libro en que estaba sentada, y lo que es mas, en el  
archivo de la Curia Arzobispal, en que debia parar el expediente  
que se formó para el matrimonio de los *num.* 33, ni señales se  
han advertido de haber exístido, lo que sirve de mucho óbice  
para adherirse á su certeza.

88 Este defecto de originales constituye sospechosas todas  
las certificaciones que voluntariamente se han dado para soste-  
nerlos, que sobre no ser documentos apropósito para la justifica-  
cion del intento, ofrecen mucha materia á la inverosimilitud:

se expone, que en 14 de Marzo de 1726, el M. R. Arzobispo de los Reyes dió licencia para que Don Josef de Santa Cruz, en virtud de poder de Don Francisco Saavedra, Marques de Moscoso, y Alguacil mayor de la Inquisicion de Sevilla, pudiese contraer matrimonio con Doña Maria Narcisa de Santa Cruz y Centeno, atento á hallarse corrientes las diligencias que disponia el Tridentino, reservándose el Prelado celebrar el matrimonio al dia siguiente; (Mem. n. 125.) y efectivamente en el dia 15. se sienta los casos, Mem. n. 126. Repárese que ni en la licencia ni en el casamiento se expresa la parroquialidad de la Doña Maria Narcisa, que en la primera se dá por sentado habian precedido las diligencias dispuestas por el Concilio, y en la certificacion del titulado Cura de Santa Ana se asegura haberse ratificado el matrimonio en 23 de Junio de 1726 á presencia de aquel Prelado, habiendo dispensado las tres amonestaciones; Mem. num. 128. lo que no puede ser conciliable, teniendo ya practicadas todas las diligencias antes de la obtencion de la licencia: agrégase el que la ratificacion del matrimonio únicamente aparece de la certificacion del nombrado Cura de Santa Ana, asegurando quedar en el Archivo de su Iglesia un instrumento firmado del M. R. Arzobispo, por donde constaba el matrimonio de los *nn.* 33. Mem. n. 128. y de otra certificacion del Escribano Alexo Melendez, en la que refiere haber visto la partida del casamiento, y estar fielmente sacada: Mem. n. 130. mas ni en aquella ni en ésta se dice el motivo de haberla dado el Escribano, ni hay otra comprobacion de que lo fuese, ni tampoco Cura de Santa Ana el Doctor Don Santiago Bengoa: en resumen, la licencia y partida no parecen en la Parroquia, en la Curia Arzobispal, en su Archivo, ni en parte alguna; ni siquiera para creerlas quemadas se ha insinuado la época del incendio, ni intentado probar este acaecimiento por uno de tantos medios como habilita el derecho; todo lo que reunido, á no constar se velasen los *nn.* 33., persuade no fueron casados.

89 Todavía se presentan mas perentorios los fundamentos, que convencen que el Don Francisco *n.* 33 no es hijo legítimo de Don Tomás y Doña Juliana *n.* 28: para acreditar este grado presentó el Marqués la certificacion de Don Luis de Puga, Teniente de Cura que se dice del Pueblo de San Gerónimo, Provincia de Andaguailas, dada en 20 de Agosto de 1749, en la que afirma, que en un libro antiguo, entablillado en que estaban las partidas de casamientos de Españoles, que corrió desde 1673 hasta el 683, habia foxas 58, una de la que resultaba

que

que en 3 de Noviembre de 1679, el Bachiller Don Pedro Rondon, Cura, casó á Don Tomás Saavedra, y á Doña Juliana Bulege, Mem. nn. 135. y 136. El mismo Don Luis de Puga certificó, que en otro libro forrado de pergamino, en que se encontraban las partidas de bautismos de los Españoles, desde el año 1701 hasta el 1710, á foxas 91, se hallaba una por la que constaba que en el año 1706, en 10 de Agosto de 1710, Don Luis de Torres, Cura de aquella Doctrina de San Gerónimo, puso el óleo y crisma á Francisco, hijo legítimo de los Marqueses de Moscoso Don Tomas de Saavedra, y Doña Juliana de Bulege, que nació en 4 de Octubre de 1704, y bautizó en caso de necesidad el P. Muñoz, Mem. n. 137. *el obit*

90 Se procedió al cotejo de estas dos partidas, se pusieron por el verdadero Cura de aquella Doctrina de manifiesto los libros, y habiéndolos registrado desde el principio al fin, no se encontraron semejantes partidas, bien que hicieron la advertencia, que asi los manifestados como los demás antiguos, se hallaban desenquadrados, sin orden en el foliage, sin forro, ni tampoco se encontraban libros del tiempo del Doctor Don Pedro Rondon del año de 1679, ni los de Don Luis Torre de 1706 Mem. num. 140. Una diligencia de esta clase sobra para convencer la falsedad de las partidas y de la certificacion de Don Luis de Puga; porque exístiendo los libros sin reconocerse rotura ni extraccion de partida alguna, se hubieran hallado las que se buscaban; pero ¿cómo habian de tropezarse, si de los Curas Rondon y Torre, que se supone fueron los que casaron y bautizaron, no se encontró alguna, ni indicios de que hubiesen sido tales Curas? Y á vista de un hecho tan capital, y en lo mas interesante, ¿qué asenso podremos dar á las demás certificaciones é informaciones recibidas en Indias, y que obran en el proceso?

91 Vemos amontonadas las irregularidades: á los num. 28. se les supone casados en 1679, y su hijo primogénito num. 33. no nació hasta 1704, que es veinte y cinco años despues, y se le tuvo con el agua de socorro hasta el 1706 ó 1710, que todo dexa inferirse de la partida de bautismo: en la de matrimonio de los num. 28 no se expresa el pueblo de la naturaleza de la Doña Juliana Bulege, ni el de su vecindad ni parroquia, ni la de sus padres, ni se hace mérito haber precedido la licencia del Ordinario Eclesiástico, ni insinuacion de los testigos presentes del acto, ni tampoco consta se velasen; en una palabra, todo respira ficcion y no verdad, que no la descubren las informaciones *ad perpetuam*, con que quiere subsanarse, lo que

no es fácil soldar, respecto á que poco importa tengan los testigos por casados á los que no lo están legítimamente, porque el vicio no le purifica la buena fé de la presuncion: menos califica el matrimonio la informacion del testamento in voce, que se dice otorgado por el Don Tomás *num.* 28 en 713, asi por la variacion que se nota en los testigos, por no expresar el segundo dixese el Don Tomás en el acto tener hijo alguno, *Mem. n.* 151, y asegurar el quarto dexaba por heredera á su muger, *Mem. num.* 153; como tambien porque en el tal testamento, y su aprobacion, solo se reconoce lo que puede el amaño.

92 Se presentó testimonio del pedimento que dió Doña Juliana Bulege ante el Corregidor del Cuzco, en que se sentó referia ser viuda de Don Tomás Saavedra, que estando á los últimos de su vida no pudo testar por falta de Escribano, pero que habia declarado su voluntad, dexándola por albacea tutora de sus hijos menores Doña Tomasa, Doña Maria, y Don Francisco de Saavedra, que era el único varon que habia tenido, y como tal heredero al Marquesado de Moscoso, y demás mayorazgos, nombrándolos por sus herederos é hijos legítimos, y concluyó pidiendo se recibiese informacion, y declaráse por testamento nuncupativo, *Mem. n.* 142. Llegó el caso de cotejarse este escrito con su matriz, y resultó que la Doña Juliana ni hizo mérito de haber quedado hijo alguno de Don Tomás, ni que dexáse de testar por falta de Escribano, y sí de papel sellado, ni se encontró expresion alguna de las mas esenciales que suponía el testimonio: *Mem. num.* 147. y este es mucho desengaño, por no caber que la viuda dexáse de hacer mérito en el primer paso que dió despues de la muerte de su marido, de los hijos que habia dexado, mas preciso quando eran menores, y habia quedado tutora.

93 ¿Pero cómo habia de suponer lo que entonces no existía, y se meditó despues? Sirvan de datos los dos Religiosos y el Presbítero, que fueron testigos del testamento in voce: declararon antes de las licencias que para ello se figuran obtenidas por sus superiores. *Mem. num.* 149. Los testigos dixeron que habia dado poder para que testára por él su muger, que jamás lo executó; y sin embargo el Corregidor, siendo lego, y sin asesorarse, declaró por testamento nuncupativo del Don Tomás, la que tituló su última voluntad. *Mem. num.* 143. La Doña Juliana enuncian los testigos quedó por tutora de sus hijos menores, y no pidió ni se la discernió el cargo: el Don Francisco *n.* 33 se atestiguó quedaba por sucesor del Marquesado de Moscoso, y demás mayorazgos de Sevilla, y no se advierte otorgado poder

alguno por su madre, como tutora para su administracion; lexos de ello notamos que en 1716 se hizo un nombramiento de Capellania en nombre de Don Tomás n. 28, Mem. n. 197, tres años despues de su muerte; y omitiendo por la angustia de tiempo y límites prescriptos, otros reparos que podian hacerse, recordamos, el que de la informacion *ad perpetuum* tambien desapareció la original, Mem. num. 164; y es lo mas singular que se atribuye á los terremotos, que solo tragaron los protocolos de 1749, en que aquella se recibió, y no de los años anteriores y posteriores, Mem. núm. 164: qué hemos de deducir, pues, de no encontrarse las partidas de casamientos de los nn. 28. y 33, asistiendo los libros en que se daban colocadas? ¿Qué inferiremos de esas sumarias, cuyas matrices se han desaparecido con los terremotos, porque eran del año 1749, permaneciendo sin lesion los protocolos anteriores y posteriores? ¿Qué concepto se podrá formar de tanta certificacion falsa? El único que permite la presuncion legal, de que todo se ha dispuesto para aparentar una filiacion legítima de que carece el Marqués, y sin la qual, aun quando no fuese evidente el mejor derecho de la Duquesa, nunca podria obtener el mayorazgo, por no ser conforme con la voluntad de los fundadores, que llamaron siempre á legítimo de legítimo matrimonio, cuya qualidad no la autorizan las gestiones del Marques en otros negocios en que no fue parte la Duquesa, y de consiguiente jamás pudieron perjudicarla.

Por las consideraciones indicadas, y otras que se ofrecerán á la superior penetracion del Consejo, espera el Duque, que reformando la sentencia de revista, se servirá confirmar la de vista. Madrid y Junio de 1800.

Lic. D. Juan Toribio  
Monter.

Doctor Don Francisco  
Merodio.

Lic. Don Luis  
Mulet.



