


 IESVS MARIA IOSEPH.

P O R

D. FERNANDO DE ZVNIGA
 Bazan Abellaneda y Cardenas, Conde
 de Miranda, Duque de Peñaranda, Mar-
 ques de la Bañeza, y Vizconde de
 Palacios de la Balduerna.

C O N

D. MANVEL DE CARDENAS
 Lencastre Ponce de Leon, y Doña Ma-
 ria de Guadalupe Lencastre y Car-
 denas, Duques de Abero.

Y

DON ANTONIO DE CARDENAS MANRIQUE DE
 Laray Velasco. Duque de Naxera, Marques de
 Cañete.

S O B R E

*La sucesion en el juycio de la propiedad del Estado de Maque-
 da, Elche, y sus agregados, y su grandeza que fundaron D.
 Gutierrez de Cardenas, Comendador mayor de Leon, y Do-
 ña Theresa Enriquez, su muger, de cuyos Estados fue ulti-
 mo poseedor D. Francisco Maria Monserrat, sexto Du-
 que de Maqueda.*

LEON MARIA JOSEPH

P O R

D. FERNANDO DE ZUÑIGA
Bazan Abellanda y Cardenas, Conde
de Miranda, Duque de Peñaranda, Mar-
ques de la Bañosa, y Visconde de
Palacios de la Balduerna.

C O N

D. MANUEL DE GARDENAS
Encastre Ponce de Leon, y Doña Ma-
ria de Guadalupe Encastre y Car-
denas, Duques de Atrato.

DON ANTONIO DE GARDENAS MARIQUE DE
Lara y Valero, Duque de Saxa, Marqués de

Z O R A

La Real Cedula de su Magestad de fecha de
diez y siete de Mayo de mil setecientos y
ochenta y tres, en virtud de la qual se
mandó que el Sr. D. Fernando de Zuniga
y Ponce de Leon, Duque de Miranda, Mar-
ques de la Bañosa, y Visconde de Palacios
de la Balduerna, se casase con Doña Ma-
ria de Guadalupe Encastre y Cardenas,
Duquesa de Atrato, hija legitima de Don
Manuel de Gardenas Marique de Lara y
Valero, Duque de Saxa, Marqués de



Y Sentencia de vista en el juycio de la propiedad à fauor de los Duques de Abero.

Num.1.

El Conde de Miranda pretende la reuocacion, declarando pertencele los Estados.

Num.2.

El año passado de 1503. Don Gutierre de Cardenas, Comendador mayor de Leon, y Doña Theresa Enriquez su muger fundaron mayorazgo de Maqueda, y otros lugares en Don Diego de Cardenas su hijo, Adelantado mayor del Reyno de Granada. Y despues de sus dias los diuidieron en dos mayorazgos, en los dos hijos varones que tuuiese, que por no ser oy de la controuersia se habla solo del de Maqueda.

Num.3.

Continuose en los descendientes varones de D. Diego de Cardenas, primero Duque de Maqueda, hasta el Duque Don Francisco, que murió sin sucesion, por cuya muerte se empeçò este pleyto.

Num.4.

La legitimacion de las personas de todos tres ligigantes no se duda.

Num.5.

Porque el Duque de Naxera es nieto de Doña Maria de Cardenas, y la Duquesa de Abero es hija de Doña Ana Maria de Cardenas, hermana menor de Doña Maria, y ambas hijas de Don Bernardino de Cardenas, terecero Duque de Maqueda, y abuelo de Don Francisco, vltimo possedor, y sexto Duque de Maqueda.

Num.6.

En orden à la controuersia entre ambos Duques sobre quien ha de preferir. Si el de Naxera por ser nieto de hermana mayor. O la de Abero por ser hija de hermana següda, es solo entre ambos Duques, no del Conde, por ser diferentes los fundamentos.

Num.7.

Y como estos de vnas, y otras partes se han de regular por las clausulas. Las que conducen para el derecho del Conde son.

Num.8.

La

Num. 1.

La segunda §. 8.

Num. 9.

Num. 2.

Num. 3.

Num. 4.

Num. 5.

Num. 10.

Num. 6.

Num. 7.

Num. 8.

Eos quales dichos bienes, assi del mayorazgo de el dicho Don Bernardino, como del dicho Don Gutierre damos, y donamos al dicho Don Diego de Cardenas, Adelantado mayor de Granada nuestro hijo mayor legitimo, para que los tenga, y posea por su vida por bienes de mayorazgo para despues de nuestros dias, por la forma su sodeclarada, e con las condiciones que de suso se rran contenidas: y para que despues de sus dias los ayan y hereden, conuiene a saber el dicho Don Bernardino de Cardenas su hijo mayor legitimo los bienes su sodeclarados para su mayorazgo. Y el dicho D. Gutierre de Cardenas los bienes por nos su sodeclarados para su mayorazgo, y despues de los dias del dicho Don Bernardino, y Don Gutierre, hereden los dichos mayorazgos sus hijos mayores legitimos que tuieren cada uno el mayorazgo de su padre, y vayan assi descendiendo de hijo en hijo mayores legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, por linea masculina derecha, para siempre jamas.

Y en la misma clausula en el §. siguiente *¶* Si el dicho Adelantado (lo que Dios no quiera) falleciere en nuestros dias sin dexar hijo, ò nieto, ò otro descendiente varon por linea masculina legitima, y de legitimo matrimonio nacido, queremos, y mandamos que herede el dicho mayorazgo Doña Maria de Cardenas, Condesa de Miranda nuestra hija legitima, y despues de ella si tuuiere dos hijos, ò mas varones, un hijo, ò nieto, hijo del hijo varo herede el dicho mayorazgo principal que señalamos para el dicho Don Bernardino el hijo mayor de la dicha Condesa, ò nieto varon hijo de el. En defecto de su padre, y que herede, y suceda el dicho mayorazgo segundo que señalamos para el dicho Don Gutierre, el hijo segundo de la Condesa, ò su hijo de el siendo fallecido el tal hijo segundo, y assi sus hijos, y descendientes varones mayores, segun esta dicho de los hijos de Don Bernardino.

nar.

uardino, y Don Gutierre:

En la conformidad misma que no se duda de la filiacion, y legitimacion de los Duques, tan poco de la del Conde, por ser descendiente de Doña Maria de Cardenas, Condesa de Miranda, continuandose la sucesion de varon en varon, hasta el Còde, sin interposicion de hembra alguna, sino es Doña Maria de Cardenas, primera llamada.

Y sien este Estado, y mayotazgo se huiera de juzgar por las reglas comunes de la linea, grado, sexo, y edad.

Ex cap. 1. denat. Et success. feud. D. Molin. lib. 3. de maiorat. cap. 4. num. 2.

No era dudable que el Conde de Miranda no tenia intento.

Pero como estas reglas ceden à la voluntad del fundador.

Leg. in conditionibus de condit. Et demonstrat. ibi: In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet ea que regit conditiones, nuestra ley 40. de Toro, ibi: Salua si otra cosa est uiere dispuesta, que en tal caso mandamos que se guarde la voluntad del que lo instituyò; eleganter Mantic. de coniect. ultim. vol. lib. 3. tit. 3. ex num. 1. porro inter omnes constat testatoris voluntatem in primis seruari oportere, ea enim tanquam regina primum locum tenet, Et omnibus dominatur, D. Molin. lib. cap. 4. num. 19. voluntas nãque prasertim in fideicommissis dominatur, Et attendenda est idẽ lib. 3. cap. 6. num. 28. Bald. consil. 40. in fin. volum. 3. D. Coartubias pract. quãst. 38. n. 3. versic. 2. conclus. Mier. part. 2. quãst. 8. num. 2. D. Valenquel. consil. 113. num. 100. cum tradit per Tiraq. in leg. si unquam, C. de ren. Y donat. num. 8. 9. Et de prim. quãst. 40. num. 59.

Se irà discutiendo por la voluntad del fundador que està expresada en las clausulas referidas.

En la primera de nuestro papel, y segunda de las

Num. 11.

Num. 12.

Num. 13.

Num. 14.

Num. 15.

Num. 16.

Num 17.

Num. 18.

impresas §. 8. funda vn mayorazgo de agnación regular, que se constituyen tal las palabras varón de varón, continuacion de sus llamamientos, y linea masculina.

Num. 19.

Riminald. *consil.* 113. *num.* 29. *lib.* 3. Decian. *consil.* 44. *num.* 65. *volum.* 3. Surd. *consil.* 443. *num.* 19. Peregrin. de *fideicommiss.* art. 13. *num.* 75. Anc. Fab. de *erroribus error.* 8. *num.* 7. Gregor. Lop. in *leg.* 2. *tit.* 6. *part.* 4. *glos.* 1. in *fin.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 38. *§.* *lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 69. *§.* *ibi.* Add. Mier. de *mayorat.* 2. *part.* *quasi.* 6. *à num.* 228. D. Valenç. *consil.* 40. *à num.* 25. *§.* *consil.* 27. *num.* 167. *§.* 171. Castill. *lib.* 2. *controuers.* *cap.* 2. *à num.* 18. *§.* *lib.* 5. *cap.* 91. *à num.* 83. *§.* 84. Nog. *allegat.* 23. *num.* 155. *Ses. decis.* 254. *n.* 77. *§.* 29. D. Lar. *decis.* 54. *à num.* 17.

Num. 20.

No nos detenemos en mas apoyo, ni razones, as si porque es principio de que no se duda, como porque vnas, y otras partes asentaron en este principio, conque lo suponemos como cosa clara.

Num. 21.

Y aunque en la clausula de los llamamientos se controuierte entre los Duques: si despues de la agnacion, faltando los varones, quedaron llamamientos regulares de varones, y hembras. Si se excluyò, ò no la representacion: porque como la voluntad del testador puede constituir agnacion, respecto à vnos grados, y limitarla en otros, *leg. atque conditio, ff. de condit. §. demonstrat.*

Num. 22.

At que conditio ad singulas personas admodum facta fuerit cum referre debemus ad eum dumtaxat gradum quo ha persona instituta fuerint, vbi notat DD. D. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 5. §. 28.

Num. 23.

Donde pone dos casos. Vno quando el fundador quito que la agnacion fuese absoluta, en todos. Y otro en determinadas limitadas personas, y grados q̄ serà para los Duques el de este pleyto, y todo obrar la disposicion.

Que:

Quedando solo en terminos del llamamiento de Doña Maria de Cardenas, y el Conde, como descendiente varon de su linea, respecto al del Adelantado vn llamamiento de agnacion rigurosa, y en defecto del el de la agnacion ficta, ò artificiosa, constituyendo à Doña Maria de Cardenas por cabeça de la linea del segundo llamamiento, que es propriamente la agnacion artificiosa.

Vt ex Paul. Castrenf. conf. 46. num. 5. & consil. 91. num. 4. lib. 2. Peri. de Lar. de vit. hom. cap. 30. num. 115. & ex D. Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. num. 69. Castill. tom. 6. cap. 129. num. 30. & 50. cap. 233. num. 14. D. Larrea decis. 34. num. 2. Vela tom. 2. dissertat. dissertat. 49. num. 45. & pluribus ab eis.

Y si el dicho Adelantado (lo q Dios no quiera) muriere en nuestros dias sin dexar hijo, ò nieto, ò otro descendiente varon por linea masculina legitima, y de legitimo matrimonio nacido, queremos, y mandamos que heredede el dicho mayorazgo Doña Maria de Cardenas, Condesa de Miranda nuestra hija legitima, y despues de ella, si tuuiere dos hijos, ò mas varones, vn hijo, ò nieto, hijo de hijo varon heredede el dicho mayorazgo principal que señalamos para el dicho D. Bernardino el hijo mayor de la dicha Condesa, ò nieto varon, hijo del en defecto de su padre, y que heredede, y suceda el dicho mayorazgo, segun que señalamos para el dicho Don Gutierre, el hijo segundo de la dicha Condesa ò su hijo de el, siendo fallecido el tal hijo segundo, y assi sus hijos, ò descendientes varones mayores, segun esta dicho de los hijos de D. Bernardino, y Don Gutierre.

En estos terminos, y con esta clausula, si solo continuiera llamamiento del Adelantado, y sus descendientes varones, y en defecto de ellos Doña Maria de Cardenas, y los suyos, era constante que faltando los varones del Adelantado sucedia el Conde de Miranda, como varon descendiente de Doña Maria

Num. 24.

Num. 25.

Num. 26.

Num. 27.

Num. 27.

ria de Cardenás; por ser el Duque de Naxera nieto de Doña Maria, y la Duquesa de Abero de Doña Ana Maria, conque estaua acabada la agnacion del Adelantado, primer llamado: esto es llano, y así se reconoció por ambos Duques, y sus Abogados en la Sala.

Num. 28.

En lo que se pone el embaraço para la sucesion del Conde es en las palabras conque se formó el llamamiento de Doña Maria de Cardenas.

Num. 29.

Y si el dicho Adelantado (lo que Dios no quiera) falliere en nuestros dias sin dexar hijo, ò nieto, ò otro descendiente varon por linea masculina legitima, y de legitimo matrimonio nacido, queremos, y mandamos que herede el dicho mayorazgo Doña Maria de Cardenas, Condesa de Miranda nuestra hija.

Num. 30.

Y por importar condicion, ò condiciones el llamamiento, scilicet, que el Adelantado muriese en vida de su padre sin dexar hijo, ni descendiente varon sobreviviendo à su padre, y dexando hijos varones, no auia llegado el caso, ex defectu conditionis de Doña Maria de Cardenas, por deuerse cumplir in forma specifica.

Num. 31.

Leg. Manius, leg. qui heredi. ff. de condit. & demonst. cum vulgat. Casanat. consil. 2. per tot. & consil. 3. 20. 36. ex num. 37. Sel. decis. 66. 138. & 166. Gratian. dissent. Florens. cap. 979. Molin. de rit. nupt. lib. 3. quest. 23. num. 31. & 32. Castill. lib. 5. cap. 181. post num. 45. Addad Molin. lib. 1. cap. 1. num. 17.

Num. 32.

Pero si estas palabras no importasen condicion, era cierto, y seguro el llamamiento de Doña Maria de Cardenas, y del Conde de Miranda, como su descendiente.

Num. 33.

Porque es regla general que el que intenta la sucesion de un mayorazgo ha menester verificar tres cosas. Ser llamado, tener la qualidad del llamamiento, y auer llegado el caso de el.

Leg.

Leg. i. quorum bonorum, D. Larrea decis. 33. num. 33. D. Valenç. consil. 97. num. 216. Et pluribus relat. ab ijs.

Num. 34.

Verificase el llamamiento por tenerle Doña Maria de Cardenas. La qualidad, por hallarse varon sin interposicion de otra hembra el Conde. El caso del llamamiento es la duda, por no auerse cumplido la condicion, quedando la fuerça de la dificultad en si es condicion, ò si siendo lo puede impedir.

Num. 35.

Y para esto hemos de suponer vnos principios q̄ nadie los niega, que para interpretar la voluntad de vn testador no solo se ha de mirar vna clausula, sino todo el contexto de la escritura, ita ex Bald. Decio, Iason, Prætis, y otros Castill. tom. 6. controuers. cap. 161. num. 2. ad fin.

Num. 36.

Voluntatem quoque ipsam institutoris maioratus diligenter inquirere debemus, eamque, ex omnibus clausulis, Et verbis dispositionis elicere, cum enim in dubio versamur, Et de interpretanda atque detegenda testatoris, aut institutoris maioratus voluntate agitur non vnantantum clausulam testamenti, seu dispositionis sed omnes clausulas, Et tenorem integrum testamenti inspicere debemus.

Num. 37.

En esta fundacion, en los llamamientos en todos pone. En vnos para substituirlos si muriere en nuestros dias, à quien se trata de suceder. En otros, para que suceda si fuere viuo al tiempo de la sucession.

Num. 38.

Que necesirandose de explicar alguna cosa se ha de recurrir à la costumbre de la region, ò prouincia, en la forma de suceder, ò en la calidad de los llamamientos, porque de ella se ha de conocer la inteligencia.

Num. 39.

D. Gregor. Lopez in leg. 2. tit. 15. part. 2. verb. maioris quæst. 1. Antonio Gomez in leg. 40. Taur. num. 59. Albar. de coniect. ment. defunct. lib. 2. cap. 3. §. 3. n. 6. Mier. de maiorat. 2. part. quæst. 48. n. 27. Flores Diaz

Num. 40.

C

de

- de Men. lib. 1. *variari* cap. 18. num. 33. & ex alijs. Ca-
 tillo lib. 2. cap. 22. à num. 15. cum seqq. Et tom. 4. cap.
 36. num. 34.
- Num. 41. Donde llamando vn fundador de mayorazgo à
 la sucession vn hijo suyo sin explicar mayorazgo
 non.
- Num. 42. Y si fundando mayorazgo no dixere que se succ-
 da por mayorazgo, que los bienes perpetuamente
 esten vinculados, se deve entender así por la costu-
 bre de España, sin que el testador lo aya dispuesto.
- Num. 43. Y también se hallará que en los mas mayorazgos
 fundados hasta los años de 510. ò 512. en los mas de
 ellos estan puestas las clausulas en los llamamien-
 tos, *si muriere en nuestros dias, ò si fuere vivo al tiempo
 de suceder*, y así lo hemos visto en diferentes mayor-
 azgos, así en el de este Estado de Maqueda, Con-
 dado de Villalobos, Ribadavia, y en el mayorazgo
 de Albar Gomez de Ciudad Real, que oy posee Don
 Francisco de la Zerda, vezino de Madrid, y el de los
 Carceles de Arbaló, que se litigò entre Don Alon-
 so de Tapia, Don Garcia de Cortes y Don Gedeon de
 Hinojosa que venció, y otros muchos mayoraz-
 gos, cuya razon porque se ponian en aquellos tiem-
 pos estas clausulas diremos adelante, conque no ay
 que hazer ponderacion, ni misterio de ellas.
- Num 44. Ex doctrina Bart. in leg. 2. ff. de iur. coditill. D. Mo-
 lin. lib. 4. cap. 2. num. 43.
- Num. 45. *Quarta quia clausula de non remac. est consuet. appo-
 ni à notarijs, Et tales clausula, nihil operantur nisi con-
 stat, à contrahentibus ex professo appositae esse.*
- Num. 46. Y así las clausulas que se acostumbrian à poner,
 aunque se omitan se presumen puestas.
- Num. 47. *Argument. leg. fin. versic. fin. C. de iudicioribus, Et
 ibi Bald.*
- Num. 48. *Tabelliones non intelligunt. clausulas iuris quas
 quotidie ponunt in instrumentis unde eorum sim-
 pli-*

plicitas partibus nocere non debet.

Leg. n. 1. C. de rei ux. act. l. quod senolit. §. quia
asidua. ff. de ad. l. et. edict. V. l. asc. consultat. 1. 46. per tot.
Menoch. lib. 3. praesumpt. 43. per tot. Castill. lib. 4. con-
trouers. cap. 13. num. 4. aungue este axioma, o bion
cárdico teiga sus inteligéçias, vt videre est apud Au-
tores.

Tambien en todos los mayorazgos de aquellos
tiempos se halla à vna agnacion rigurosa en los hi-
jos. Artificiosa en las hijas, y despues bueluen à ha-
mar à las hijas de los hijos primeros llamados, pferi-
firiédo à estas nietas de hijos las hijas del fundador,
y su línea de varones, que parece que es hazer igua-
les à todos los hijos, con pte lacion de varones à he-
bras en la misma qualidad de agnacion; esto se verá
en todos, o en los mayorazgos antiguos, y se reco-
noce en el que disputamos, haziendo agnacion ri-
gurosa en los hijos. Artificiosa en Doña Maria de
Cardenas, Condesa de Miranda, hija del fundador,
y hermana de los primeros llamados.

Con esta suposicion entraremos discutiendo q̄
obraron aquellas palabras del llamamiento de Do-
ña Maria de Cardenas.

Y si el dicho Adelantado (lo que Dios no quiera) fa-
lleciére en nuestros dias sin dexar hijo, o nieto, o otro des-
cendiente varon por linea masculina, legitima, y de legi-
timo matrimonio nacido, queremos, y mandamos que
herede el dicho mayorazgo Doña Maria de Cardenas,
Condesa de Miranda nuestra hija.

No hazemos ponderacion aora si son, o no pa-
labras condicionales. Y si el dicho Adelantado murie-
re en nuestros dias sin dexar hijo varon, o otro descen-
diente varon por linea masculina.

Sino en sus mismas voces, y q̄ la palabra Si in-
dozga condicion, sin embargo de las limitaciones,
y explicacion.

Ex

Num. 49.

Num. 50.

Num. 51.

Num. 52.

Num. 53.

Num. 54.

Num. 55.

Ex leg. 2. tit. 4. part. 4. § 21. tit. 9. part. 6. glos. 1. ibi Greg. Lop. vbi latè Bart. in leg. 1. ver sic. Videndum, ff. de condit. § demonstrat. § in leg. sub conditione, ff. de solut. leg. qui promisit, ff. de condit. indebit. leg. huius, modi in fin. ff. de verb. obligat.

Num. 56.

Trataremos de aueriguar si se deuen limitar, ò explicarse sin condicion, quando consta de la volū- tad verosimil, ò presunta del fundador, quando se sigue absurdo, y se opone à la naturaleza del acto de que se trata; porque las palabras se hizieron como instrumentos para explicar los sentimientos, y vo- luntad, impropiandose para este efecto.

Num. 57.

Leg. non aliter, ff. de legat. 3. leg. cum de lanionis, § itē Cacabus, ff. de fund. instruct.

Num. 58.

Optimum ergo esse Pedius ait non propriam verborū significationem scrutari, sed in pramis quid testator demonstrare voluit deinde in qua presumptione sunt qui in quaquere regione commorantur.

Num. 59.

Leg. 3. §. conditio de adimendis legat. sed melius est sensum magis quam verba amplecti.

Num. 60.

Cap. intelligentia de verbor. significat. dictorum ex causis est adsumenda dicendi, quia non sermoni res. Sed rei est sermo subiectus.

Num. 61.

Leg. 13. tit. 2. part. 1. que el saber de las leyes non est tã solamente en aprehender decorar leyes, mas el verdadero entendimiento de ellas.

Num. 62.

Gregorio Lop. glos. 3. ex leg. scire leges, ff. de leg. scien- tia consistit in medulla rationis non in cortice scriptura- rum. Ioan. Seresbariense Epist. 290. verba accipiēda sunt ex sensu ex quo fiunt non ex sensu quem faciunt. Tiber. Decian. consil. 1. num. 276. § consil. 3. num. 45. volum. 1. Perez de Lara de Annu. lib. 2. cap. 1. à num. 33. Ve- lasc. in loc. comm. litt. V. num. 17.

Num. 63.

Siendo la razon, vt ait Cicer. lib. 3. offic. la distin- cion de la filosofia à las leyes, en la vna lo riguroso, y puntual, y en las otras lo mas vsual, y tratable.

Aliter

Aliter leges aliter Philosophi tollunt astutias. Leges quatenus manu tenerere possunt. Philosophi quatenus ratione, & intelligentia.

Pater Marquez en su Governador Christiano lib. 2. cap. 7. §. 2. de otra manera dice Tullio examina estos hechos la Filosofia, y de otra el Legislador, porque a quella escudriña de gadamente aun el mas menudo descuido, aprobando, o reprobando por la idea de la virtud, q̄ apenas se halla en los papeles, y este ase las cosas con la mano, y juzga de ellas como las lleva el tiempo.

Valiendo el argumento de la disposicion de la ley a la del testador.

Leg. non impossibile. ff. de pact. leg. servus hac lege. ff. de manumis. leg. si ita fuerit servus in fin. & ibi Bart. ff. de manumis. testam. leg. cum quidam, C. de verbor. signific.

Y assi se llama ley la voluntad del testador.

Leg. 1. C. comm. de legat. leg. 3. C. de liber. praterict. l. verbis legis 120. de verbor. signific. auhent. de nupt. §. disponat. collat. 4. §. 1. institut. ad leg. falcid. Marco Lopez Brau. de reg. & regdand. ration. lib. 2. fol. mibi 38. Plinius Iunior lib. 4. Epistol. 10. Velasc. in loc. comm. litt. A. num. 402.

Sin que embarace el brocardico, o axioma comun q̄ las palabras de un obrar, de quien dixo Carrillo tom. 4. controuers. cap. 38. num. 15. que era razon de poco credito, y leue para hazer fundamento de ella, ex eo, que los testadores ponen muchas vezes palabras, a que no se deue atender, por ser mas multiplicidad de ellas que voluntad suya.

Quod verba testatoris ita intelligi atque interpretari debet in dubio, ut aliquid operentur tenuem, & in firmam esse, ut scribit Alciat. in leg. 3. num. 3. ff. de legat. 1. prater ea quod soliti sunt testatores multa adicere quae abundant, & frequentissimum est apud omnes batologia vitium, leg. testamentum, C. de testament.

D

Vo:

Num. 64.

Num. 65.

Num. 66.

Num. 67.

Num. 68.

Num. 69.

Num. 70.

(deben)

Num. 71.

(a)

Voluntad presumida, ò verosimil.

Num.72.

Y viniendo à lo particular de nuestro pleyto se halla en terminos el caso de Bart. *in leg. 2. num. 33. ff. de vulg. & pupillar. substitut. & in leg. fin. num. 7. C. de instit. & substitut. Surd. consil. 236. Castill. tom. 5. cap. 63. à num. 46.*

Num.73.

Donde vn testador instituyò por heredero al hijo, de quien juzgò estaua preñada su muger, si fuese heredero, y muriese en la pupilar edad substituyò à Ticio.

Num.74.

Muriò el testador, y la muger no quedò preñada. Controuierese si auia lugar la substitucion, porque esta auia sido condicional. Si el hijo fuese heredero, y muriese en la pupilar edad.

Num.75.

Instituo heredem filium meum mihi ex uxore mea nasciturum, & si heres erit, & in pupillari aetate dece- rit substituo Titium.

Num.76.

Y no auiendo sido heredero, ni muerto en la pupilar edad, porque no le huuo, *ex defectu conditionis*, no podia tener lugar la substitucion.

Num.77.

Y los Autores referidos, y muchos mas à quien cita, y sigue Castillo resueluen que el substituido ha de percibir la herencia, porque el animo del testador fue que la tuuiese en defecto del hijo, y esto se verificaua con no auerle auido, conque por verosimil, y presumida voluntad, sin embargo de que las palabras parece que eran condicionales auia de tener el substituto la herencia.

Num.78.

Paulo de Castro *consil. 288. part. 2.* puso otro caso, en el qual vn testador instituyò por herederos à sus hijos, diziendo.

Num.79.

Que si estos en el tiempo de su muerte viviesen, y despues faltasen sin hijos legitimos varones mandaua

daua à vna Cofradia vna heredad, y todos sus bienes raizes que tenia, dudose.

Que los hijos no estuieron, ni eran viuos al tiempo de la muerte del testador, y como las palabras del legado eran.

Si omnes filij extantes tēpore mortis decederent quā- documque, sine filijs masculis tunc, Et ex eo casu legauit pro anima sua.

Parece que no auia lugar el legado, porque auia faltado los hijos, que era preciso que estuiesen al tiempo de la muerte. Y resoluiò lo contrario por la misma razon de lo verosimil, y voluntad presumida del testador contra la forma, y condicion del legado, por deuerse atender mas al sentido, y à la intencion que à la corteza de las palabras.

Nec obstat si dicatur ille testator locutus est in illa particula de filijs extantibus tempore mortis sue. Ergo non fuerunt illi post quorum mortem voluit testator dicta bona peruenire ad Hospitale. Et sic dicta conditio sub qua voluit peruenire non extitit. Argument. leg. commodissime. ff. de liber. Et posth. cū ibi notatis. Nam respondetur quod, Et si secundum corticem verborū videatur posse dici quod ipse testator duo requisierit in dicta conditione, scilicet quod aliqui filij tempore mortis sue extant, Et quod postea sine liberis omnes decedant. Et sic altero deficiente non dicatur conditio impleta, leg. si heredi plures. ff. de condit. Et institut. Et per consequens nec si de commissum dicatur, l. iubemus, C. ad Tertull. Et penult. attamen non potest aliqua ratio cogitari quare testator voluisset hoc necessario requiri, scilicet quod filij extarent tempore mortis ad hoc, vt per eorum mortē bona deuenirent ad Hospitale, Et quare non idem voluit si non extarēt sed pramortui fuerint, sine liberis masculis.

Aqui se ajusta, que quando ay verosimilitud, ò voluntad presumida del testador, no se ha de atender à la

Num. 80.

Num. 81.

Num. 82.

Num. 83.

Num. 84.

8
1. formalidad de las palabras, aunque fueren à con-
dicion.

Num. 85

Por absurdo.

Num. 85

Tambien corre lo mismo quando de seguirse las
palabras su forma, ò con dicion se sigue absurdo,
entonces se ha de ir contra las reglas comunes.

Num. 86

*Leg. non absurdum ff. de bon. libert. Mancic. de con-
iect. lib. 5. tit. 7. Surd. cons. 256. n. 19. § 18. § à proprie-
tate verborum, Castillo tom. 6. cap. 166. num. 6.*

Num. 87

Es absurdo el pensar que se ha de amar mas à
los no conocidos que à los que se conocen. Y el ar-
gumento vale de los mas amados à los menos, por
no ser capaz de odio, ni aborrecimiento el no co-
nocido.

Num. 88

*Leg. qui filiabus. ff. de legat. 1. leg. legatum, §. dona-
trici, ff. de legat. 3. Molin. lib. 3. cap. 5. n. 53. ibi Adde-
tes ex leg. Publius, §. 1. ff. de condit. §. demonstr. leg. si vi-
na matre, C. de bonis mater. Castillo tom. 5. cap. 84. n.*

Num. 89

En la disposicion llamado primero el fundador à
Doña Maria de Cardenas, suscitando en ella la ag-
nacion artificiosa, y à Doña Maria antepuso à Do-
ña Theresa de Cardenas, hija del Adelantado, y pri-
mero llamado, y con conocièro de ambas ados,
y estando Doña Theresa en la primera linea, queriè-
do se hiziese transito, prefiriendo la de Doña Maria
de Cardenas à la del Adelantado, de quien era Doña
Theresa.

Num. 90

Oy se compete con los Duques, que son de scen-
dientes de quarta nieta del fundador; vease si ante-
poniendo à Doña Maria en competencia de Doña
Theresa, conocidas ambas avia de llamar las quar-
tas nietas, quedando la nieta excluida.

Por

Por naturaleza del acto de que se trata, que es de mayazgo.

Mayazgo

Otra presuncion, ò regla ay tan clara como estas, que es la naturaleza del acto de que se trata.

Leg. quarto, §. inter locutores, ff. locat. y en terminos leg. heredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell.

En cuya especie instituyò vn padre por herederos à sus hijos, substituyendolos reciprocamente, si faltasen sin hijos, y si ambos muriesen sin ellos substituyò à su nieta Claudia, murió el vn hijo, dexando sucession. El otro murió sin hijo, conque se llegó à dudar si la nieta sucedia al hijo que murió sin tenerle, por auerse formado el fideicomiso con la condicion. *Quod si uterque sine liberis diem suum obierit*, y decide el Iuriscónsuldo Papiniano que sucede la nieta.

Neptis quidem prima facie propter conditionis uerba non admitti uidebatur, sed cum in fideicommissis uoluntatem spectari conueniat absurdum esse respondi cesante prima substitutione patris nepti petiti quæ denegari quæ totam habere uoluit a uis si nouissimus fratris quoque portionem suscepisset.

No parece que se pudieron hazer palabras mas del caso deste pleyto, hallandose condicion, ò palabras que lo parecen faltar la qualidad que el testador dispuso. Y porque es verosimil que quien disponia que el substituto sucediese en dos porciones no sucediese en vna, se decidió cõtra lo mismo que sonauan las palabras, que eran que entrambos hijos huuiesen de morir sin sucession, para que la substitution tuuiese lugar por la naturaleza de fideicomiso, verosimilitud, ò voluntad presumida, que todo concurre; y assi la razon de la decision fue por lo

Num. 91.

Num. 92.

Num. 93.

Num. 94.

Num. 95.

E

refe.

referido, juzgādo absurdo lo contrario:

Num. 96.

Nep̄s quidem prima facie propter cōditionis verba non admitti videbatur, sed cum in fideicommissis voluntatem spectari conueniat absurdum esse respondi.

Num. 97.

Y desta presuncion escriuiò D. Iuan del Castillo el cap. 86. en el tom. 5. controuers.

Num. 98.

Y en terminos de que se ponga por qualidad la su peruenencia de el heredero para la substituciō, ò fideicommissio, que no embaraça por la calidad, y naturalidad del acto de que se trata, Ruino consil. 170. volum. 2. En el qual auiendo pūesto la misma duda, *an substitutio facta alieni si heres uiuo testatore deceferit habeat locum si heres testatori super uiuat, aunq̄ en los primeros números, hasta el 4. pondera q̄ no en el num. 5. y 6. y siguientes funda latissimamente, quod locum habet substitutio, & si heres superuiuat testatori prabet querationem.*

Num. 99.

Quia testator substituit per fideicommissum unde hoc aparet quod fuit huius proposui, ut illius filijs uenerent ex fideicommissio quod esse non potest si uocati dicerentur tantummodo casu quo grauatus decederit uiuo testatore, ut patet per predicta, & in n. 7. ibi: Quod expressio dicti tēporis non extet taxatiue, neque restrictiue probatur ex notatis per Bart. in leg. pater, §. secundum, ff. de legat. 3. ubi uult quod si testator prohibeat alienationem quo ad prohibitus uiuere expressa ratione quia uoluit quod bona nūquam exirent de suo nomine quod prohibitio dicatur perpetua, & duret etiam post mortē prohibiti quia ratio ampliat, & declarat dictum, l. cum pater, §. dulcissimis, ff. de legat. 2.

Num. 100.

Falsino de substitut. quest. 457. num. 5. haziendo el argumento, an fideicommissum perpetuum fiat extensio de tempore ad tempus.

Num. 101.

Limita primo quando tempus esset relatam ad personam testatoris, ut si dictum sit si heres in uita testatoris deceferit substituo, uulgariter pupillariter, & per fideicommiss-

commissum nam si fideicommissum extenditur, etiam ad tempus quo grauat us moriatur post testatorem, quia conditio mortis in vita testatoris conuenit vulgari, non autem fideicommissaria que requirit additionem hereditatis.

Y aunque en el num. 6. refiere Autores que lleuaron lo contrario, concluye por su opinion.

Egotamen omnium rationibus consideratis, existimo primam opinionem tenendam esse certum est enim quod testator voluit per fideicommissum substituere ergo substitueri eius voluntas; substitueri autem non potest, nisi fiat extensio ad aliud tempus si moriatur heres post testatorem addita hereditate verba enim testamenti intelligi debent in casu possibili.

Siendo la regla general que por naturaleza de el mayorazgo se entienda la extension, *expressum est voluntate fundatoris de casu ad casum, & de persona ad personam*, D. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 23. 24 & 25.

Y siendo como es cierto que la interpretacion se deue hazer respecto a la materia de que se trata, y q̄ entonces las palabras, o condiciones se deuen improprias, no parece dexa materia de duda.

Hasta aqui hemos discurredo solo sobre las palabras, o condicion, si muriere en nuestros dias, falta la segunda parte.

Sin dexar hijo, o nieto, o otro descendiente varon por linea masculina.

Esto no necesita de respuesta, porque queda incluido en la palabra, *si muriere en nuestros dias*, por q̄ fino lo dexara, y pusiera solo. Y si el Adelantado no dexare hijo, nieto, o otro descendiente varon por linea masculina, auiendo se acabado los varones en el Duque Don Francisco, por cuya muerte se ha originado el repleyto, se verificaua todo lo que auia menester el Conde para ser legitimo sucessor, estando en la conclusion, *si sine liberis decesserit*, que aunq̄ muriendo con ellos

Num. 102.

Num. 103.

Num. 104.

Num. 105.

Num. 106.

Num. 107.

Num. 108.

*
(dixerat)

ellos ce la substitucion. *ex leg. cum uxori. C. quan-
do dies legat. Cod. Et in leg. heredibus in principio. ff. ad
Trebell.*

Num. 109. Cesa en la materia de los mayorazgos, por requi-
rir tracto sucesiuo de su naturaleza, y duraciõ perpe-
tua, *ex l. si à te. ff. si seruit. vendit. D. Molin. Et ibi Add.
lib. 1. cap. 6. num. 16. cum seqq.* En que puso el capiu-
lo de como las reglas comunes no se entienden, res-
pecto à los mayorazgos, en que no nos detenemos,
como materia clara. Conque queda solo en termi-
nos de las palabras, *si muriere en nuestros dias, y no en
mas.*

Num. 110. Esta controuersia de cõdiciones, ò disputa sobre
ellas, en vnas quando se han de cumplir en forma es-
pecifica. Y tras quando se ha de atender à la volun-
tad verosimil, ò presumida del testador, mirando al
efecto de su voluntad, y no à la forma de las pala-
bras, conque la explicacion se compone cõ vna dis-
tincion.

Num. 111. Que las condiciones vnas son causa de la dispo-
sicion, solo por la disposicion del testador.

Num. 112. Otras, como por orden del derecho, ò por la mis-
ma naturaleza suya se ordenan à la disposicion.

Num. 113. En las primeras se pone por exemplo *lego Titio
centum si Consul factus fuerit, vel si Rex Partorum ui-
uit, Et alijs eiusdem speciei.* Estas solo consisten en la
disposicion del testador, sin mas atencion que la dis-
posicion sola, por no tener ninguna dependencia el
legado con la condicion.

Num. 114. En las segundas, q̃ por la misma naturaleza de las
se ordenan à la disposicion; se mira solo el efecto de
la voluntad, y assi se explican que vnas son neces-
arias à la disposicion solamente.

Num. 115. Otras al efecto de la disposicion. Vnas se llaman
solamente voluntarias. Y las otras necesarias al efec-
to de la disposicion, que de qualquiera suerte que se
cum-

cumple el efecto se cumple con la condición.

Y así los textos, y leyes q̄ hablan en vnas, y otras condiciones se explican: y porque es doctrina trasladada del señor Sarmiento lib. 4. *selectuarum* cap. 1. num. 12. aunque largas se ponen sus palabras:

Nam considerandum rursus est, quod conditionum quaedam sunt causa dispositionis, sola dispositione defuncti, quaedam, vel iuris ordine, vel natura ipsa praordinantur ad dispositionem, de primis sit exemplum, lego Titio Centum si Consul Titius factus fuerit, vel si Rex partorum uiuat, vel si Capitolium quis ascenderit, vel si nauis ex Asia uenerit, quidem in Consulatus Titij, vel quod Rex Partorum uiuat commune cum legato habebat? Nam nisi id non conuenerit testator, haec penitus deuisa sunt, distincta, atque separata de secundis uero, scilicet de ijs conditionibus quae natura ipsa praordinantur ad dispositionem, potest proponi exemplum, puta si filio famil. legatur sub conditione, si a patre emancipetur: vel seruo si liber efficiatur, nam haec conditiones necessariae sunt ad effectum dispositionis testatoris qui eo respexit, ut filius sibi ipsi non patri illud legatum adquirat quod emancipatio. Et manumissio efficit, cum eos sui iuris constituat, ex quo fit, ut sibi adquirere possint, ut in dict. l. seruis, Et dict. leg. fideicommissariam, ff. de adquirenda heredit. leg. placet quod solus testator respexit, Et hoc est, quod eleganter inquit Bart. post Petr. licet ponat aliquod tertium membrum quod non facit ad materiam nostram, in leg. Gallus in §. Et quid sit tantum 2. colum. ff. de lib. Et posthum. quod conditionum quaedam sunt necessariae ad actum, quaedam ad effectum actus quaedam omnino uoluntariae: in istis uoluntarijs quae, ut supra diximus, sola impositione rescipiunt dispositionem, talis est constituenda regula. Conditiones uoluntariae, uel quae sola impositione tangunt dispositionem, debent impleri in specifica forma, ut uocat, ita debet intelligi, text. in leg. qui heredi, Et in leg. Manius, ff. de condit. Et de-

Num. 116.

Num. 117.

811 mu 11

II
demonst. secundum, Bart. ubi supra. Ratio est quia cum
huiusmodi conditiones se ipsas respiciat, nec alijs submi-
nistrentur, ex se ipsis solis debent censeri, & in ijs condi-
tionibus verum erit quod vulgo dici solet conditiones
inducere formam per text. in leg. Prator, & in leg. non
unquam in fin. de collat. bona, Bald. in Authent. ma-
tri, & auia quando mul. tut. cl. offic. fung. aqua recedere
non licet, etiam libertatis fauore, ut per Bart. in leg. om-
nis populipenul. colum. in fin. & in leg. fin. C. si maci ita
fuerit alienat. de quo per Tiraquel. de utraque retract.
1. part. §. 1. in glos. 21. num. 11. & seqq. per recentiores,
in leg. 1. de liber. & posthum. & in cap. cum delect. de res-
cript. & in leg. 2. in §. prius de vulg. qui omnibus ferē iu-
ris partibus hac inculcant.

Num. 118.

Secunda regula conditiones, quae natura ipsa praor-
dinantur ad dispositionem, & sunt praambulium nece-
sarium, possunt impleri, ut dicitur per equipollens, &
quocumque modo sit expedita via dispositioni, id sufficit
ut conditioni sit satisfactum. Quia non respiciunt se ip-
sas, sed finem, & effectum, & hoc est quod eleganter vo-
luit Aluer. in leg. 2. col. 3. C. ut nemo prius quod ubi
propter determinatum effectum prouiso inducitur non
modus, sed effectus attenditur talis est conditio de qua in
isto textu si libertatem ex testamento peruenerit cum adie-
cta sit ad hoc, ut fideicommissum accepi possit, sufficit er-
go quocumque modo liber sit quia capax reperitur, at
quod testator respexit, nec interest, eo modo, quo testator
expressit, vel alio quocumque modo idem effectus repre-
sentetur, & pro hoc est text. expressus in leg. si mater, C. de
institut. & substitut. & in leg. fideicommissa in §. si cui
ita ff. de legat. 3. ubi ita inquit Vlpianus si cui ita fidei-
commissum fuerit edictum si morte patris sui iuris ef-
fectus sit, non videbitur defecisse conditio: Ecce quod sicut,
& hic dictum est si ex testamento ad libertatem peruene-
rit ita, ibi: Si morte patris sui iuris effectus fuerit, & ta-
men sufficit, ibi: Ut etiam emancipatione sui iuris officia-
tur.

tur, quo facto fieri non potest, ut morte sui iuris fiat, & idem esset, si tempore testamenti emancipatione esset sui iuris effectus, per dict. leg. si iam facta, & dict. leg. ha. conditio in §. fin. & leg. solemus cum glos. de condit. & de monstrat.

Esta misma doctrina, ò explicacion se està hazie- do en este pleyto, por los Duques se dice que fue cõ- dicional el llamamiento, y por serlo se deuò cum- plir en forma expecifica, que esta fue que muriese el Adelantado, primer llamado en vida de su padre sin dexar hijo, nieto, ò otro descendiente varon, para q̄ pudiese suceder Doña Maria de Cardenas. Pero el intento, ò motiuo del testador para que sucediese Doña Maria de Cardenas con esta qualidad, ò con- dicion no se halla, ni se puede presumir fundamen- to, mas que solo vna desnuda voluntad.

Por el Conde se dice que esta no fue condicion, sino llamamiento puro (como adelante se dirà) que quando las palabras sonàsen a condicion, se han de impropiar, porque la voluntad del testador fue for- mar vna agnacion rigurosa en sus hijos varones, y en su defecto vna agnacion artificiosa en Doña Ma- ria de Cardenas, y los suyos, que este efecto se veri- fica en el Conde, en competencia de los Duques, co- mo descendientes de hembras, conque se cumple con el efecto de la voluntad, aunque parezca que se falta à las palabras.

Y sucede la aduertencia que ya tenemos dicha de la ley *qui testamentum*, C. de testament. ex Castillo lib. 4. controuers. cap. 33. num. 15. En que no se ha de hazer ponderacion muchas vezes de todas las pala- bras de los testadores, sino es del fin principal, porq̄ se dispuso, siendo la razon que por explicar su volũ- tad ponen mas voces de las que son menester, con- que buscando la claridad se incurte en la confusio.

Præterea, quod soliti sunt testatores multa adijcere,
que

Num. 119.

Num. 120.

Num. 121.

Num. 122.

ST
que abundant. Et frequentissimum est apud omnes Ba-
tologia Vitium leg. testamentum, C. de testam.

Num. 123.

Y à no ser así, se incurriera en muchos inconve-
nientes, y vno de ellos fuera en la suposición que ha-
remos aora.

Num. 124.

Si fuera posible que el fundador viviese quando
murió el Duque Don Francisco, ó se acabaran los
varones en otro descendiente varon mas cercano al
fundador, en que no auia quedado descendiente va-
ron del Adelantado, por quedar solas las lineas de
Doña Maria, y Doña Ana Maria de Cardenas, de
quien descendia ambos Duques, era llano que si Do-
ña Maria de Cardenas viviera sucedia, y muerta
ellas sus descendientes varones, y así era sucesor le-
gitimo el Conde por la regla general de los mayor-
razgos, y fideicomissos perpetuos.

Num. 125.

*Leg. cum ita, §. in fideicommissis, ff. de legat. 2. Moli-
na lib. 1. cap. 4. num. 32.*

Num. 126.

Sin que aqui disputemos, aunque pudieramos si
en esta fundacion estava la representació excluida,
que es disputa entre los Duques, fundandose para no
averla; de parte del Duque de Abero entre otras clau-
sulas, por estar sus llamamientos cō la clausula si fue-
re viuo, en que tambien se disputa si es, ó no condi-
cion, constituyendo diferencia en linea actual, y
habitual. *De quo videre est apud Moder. Roxas de in-
compatibilit. maioratuum part. 1. cap. 6. §. 12.* que omi-
timos por no ser de nuestro caso, aunque despues di-
remos lo que tocate à él.

Num. 127.

Porque en él solo dize la clausula: *y si el dicho Ade-
lantado muriere en nuestros dias sin dexar hijo, ni des-
cendiente varon, suceda Doña Maria de Cardenas nues-
tra hija.*

Num. 128.

Y no teniendo la clausula si, fuere viua, cesa este
inconueniente, y se da la representacion por no es-
tar excluida.

Ex

*Ex cap. 1. de feud. Marachia. Et ibi Cardin. Alex-
andr. Molin. lib. 3. cap. 8. à num. 1.*

Num. 129.

Y se deveu considerar el Conde como si Doña Ma-
ria de Cardenas viuiera, por ser regla general que se
ha de considerar para la sucesion, como si el ascen-
diente viuiera, porque si viuiendo sucediera esto mis-
mo se ha de dezir del sucessor.

Num. 130.

*Leg. 2. tit. 15. part. 2. leg. 40. Taur. leg. fin. tit. 7. lib. 5.
nonis. Recopil. D. Molin. lib. 3. cap. 7. à num. 1. expresse
num. 4. Et 5. ibi Add num. 4. ex Castill. Robl. Souf.*

Num. 131.

*Satis denique est, quod si filius ab eo descendat, qui si
viveret tunc esset succedens et si in eius forma ter ra-
dicatum non esset, sed potentialiter, tantum de futuro,
Et in spe consistens.*

Num. 132.

Conque si oy viuiera el fundador no era duda-
ble que era forçosa la sucesion del Conde.

Num. 133.

Pues siendo vna misma la razon oy que enton-
ces, porque ha de ser diuersa la disposicion, quando
vt optime aduertit D. Molin. lib. 1. cap. 5. num. 11. cu
seqq. ex Philos. que hemos de dar algun fin determi-
nado para obrar conforme la razon, y assi solo se
considera el fin porque se obra, no los medios para
el obrar lo dize en el num. 13.

Num. 134.

*Et cum secundum Philos. omne agens secundum ra-
tionem agat propter finem consequens est, ut verba, seu me-
dia ipsius dispositionis consideranda non sunt: Sed finis
ad quem dirigitur, leg. Et si non sint, §. praeueniamus, ff.
de iur. Et argent. legat. per quem textum dicit Bart. ibi:
Quod cum quid est propter aliud consideratur, id propter
quod est leg. 3. C. de instit. Et substitut. leg. certum, ff. si cer-
ta petat. cum simili.*

Num. 135.

Y por esso la razon de la disposicion, como ani-
ma, y espíritu, es la misma disposicion, y assi dize
num. 8.

Num. 136.

*Idèoque vulgo dici solet quod ratio dispositionis est
ipsa dispositio, vel saltem est potior pars ipsius, quia est*

Num. 137.

Num. 138.

anima, & spiritus dispositionis, prout dicit Bald. in l. si quis seruo num. 7. C. de furt.

Num. 138.

Y para que aya diuersidad es menester mostrar razon para que la huiese, vt Cancer. tom. 1. variar. cap. 1. ait num. 7. §. in fin. ubi receditur à propria uerborum significatione, & mens seruatür maximè cum diuersa ratio congrua assignari non potest, quare maluerit substitutum admitti, nato posthumo, & sine liberis defuncto, quam non nato posthumo? Tomando esta razon, ex leg. haredis mei, §. cum ita, ff. ad Trebellian. de que tenemos hecha ponderacion sup. num.

Num. 139.

Y por esta misma razon, sin embargo de la doctrina del señor Sarmiento en la distincion de las condiciones voluntarias, ò necesarias absolutamente en ambas por lo verosimil se ha de atender al efecto mas que à las palabras, por ser forçoso buscar fin determinado, y que este se presume, sino es que se conozca lo contrario contra lo verosimil.

Num. 140.

Cum diuersa ratio congrua assignari non potest, quare maluerit substitutum admitti nato posthumo, & sine liberis defuncto quam non nato posthumo. Suid. decis. 37. num. 31. cum seqq. ubi latissimè, & ubi Hodierna, Fusarius de substitut. cap. 64. num. 29. & ex Bart. Angel. Socin. Decio, Menochio, & Mantica. Conque en todos casos se ha de considerar el efecto, y no las palabras, porque hemos de dar fin determinado en la disposicion del testador, y esta se colige de la verosimil, sino es que se muestre razon en contrario, vt supra ex Cancer.

Num. 141.

Atienda se con puntualidad à esta fundacion: si se mira à la costumbre de los tiempos della era entonces vna agnacion rigurosa primero, y vna artificiosa despues en los hijos, y hijas; si à los inconuenientes que propriamente llamā absurdo, se hallara que anteponiendo vna hija à vna nieta, hija del primer llamado, se antepongan las quartas, ò quintas nietas

tas à la hija que estaua antepuesta à la nieta, conosci-
da esta del mismo fundador, y aquellas no preueni-
das por no auer nacido; y si con estas circunstancias,
y la de auer de seguir la naturaleza de los mayoraz-
gos para la explicacion de qualquiera duda, y que
las clausulas de estilo no producen efecto confide-
rable.

Y que en qualquiera de estos casos, aun en termi-
nos de condicion, ò de palabras que lo parecē se im-
proprian, y desestiman.

Como por vnas palabras puestas à caso.

*Y si el dicho Adelantado muriere en nuestros dias
sin dexar hijo, nieto, ni otro descendiente varon por
linea masculina suceda Doña Maria de Cardenas,
nuestra hija. Quedara excluida, no diziendo que en
caso de no ser asi no sucediese, de que haremos po-
deracion en otro lugar.*

Pero à nuestro corto entender à vn le hemos de-
dar la razon porque se pusieron estas palabras. Y por
que en vna fundacion tan grande de tanto lustre, y
de tanta cantidad, quando el que funda siempre va à
que su voluntad se conserve, y que esta quede clara.

Sea vna fundacion que todos la tienen por suma-
mente extraordinaria y con algunas extrauagan-
cias en sus disposiciones, quando era preciso que se
hiziese con mucha atencion, y con muchas consul-
tas.

Y esto mismo es la causa de las mismas dudas, q̄
fue el motivo que el señor Luis de Molina confiesa
que tubo para escribir su libro, y abiendo dicho es-
to en el principio de su prefacion, dize en los nume-
ros 5. y 6.

*Præferim si de hominis rudis ac pœnitus litterarum
ignari, seu cito moribundi dispositione agatur in cuius
voluntatis interpretatione, nihil incertius dici poterit
quam illud quod certissimum legunt latores reputarunt.*

si au.

Num. 142.

Num. 143.

Num. 144.

Num. 145.

Num. 146.

Num. 147.

Num. 148.

(14)

(14)

si autem hominis ac iuris etiam Consulti voluntate sit
questio, ibi etiam maior versatur difficultas interpre-
tandi. Cum experientia compertum est ex horum dis-
positionibus maiora iurgia, maiores etiam lites soleant
excitari dam enim ex varijs Iurisconsultorum respon-
sis curant, ea vitare qua in aliarum voluntatibus fue-
runt (prolixarum) litium incentiva; idque efficere con-
tendunt, ut proprios successores a liti-
bus retrahant, id possimum efficiunt, ut eos longioribus iurgijs ac maioribus
litibus inuoluant.

Num. 149.

Esto es lo que se experimenta en este pleyto de
vna fundacion del lustre que se reconoce, y en que
concurririan los hombres mas doctos de aquellos
tiempos.

Num. 150.

Si autem hominis eruditissimi, ac iuris etiam Con-
sulti voluntate sit questio, ibi etiam maior versatur
interpretandi difficultas. Cum ut experientia compertum
est ex horum dispositionibus maiora iurgia maiores etia
lites soleant excitari.

Num. 151.

Que por evitar las dudas pusieron las que oy se
experimentan.

Num. 152.

Idque efficere contendunt ut proprios successores a liti-
bus retrahant id possimum efficiunt, ut eos longioribus
iurgijs ac maioribus litibus inuoluant.

Num. 153.

En los tiempos desta fundacion se ocurrian las
que en las clausulas fueron à preuencion.

Num. 154.

Fue la fundacion el año de 1503. quando ni auia
leyes de mayorazgos, ni mas reglas que las costum-
bres, pues no se halla ley que sea la palabra mayoraz-
gos, sino es la de Enrique el Segundo, que se refiere
en la *l. 1. tit. 7. lib. 5. Recop.* y algunas Coronicas que
refiere el señor Luis de Molina *ubi supra num. 13.*

Num. 155.

Auia duda quando el fundador llamaua à su hijo,
ò hija mayor, si siendo mayor la hembra preferia al
varon; esta disputa la trae el señor Luis de Molina
lib. 3. cap. 4. num. 4. y alli sus Adicionadores con mu-
chos

chos Autores que lo disputaron, Gam. en la decis. 51. Si oy se pusiera dificultad fuera materia de suma ignorancia en quié la pusiera, ó dudar à que sucedia el varon, aunque fuese de menos edad.

Poniafe otra, que es la del tio, y del sobrino quando murió primero el hijo mayor, que su padre que poseia el mayorazgo por no auer entrado en la posesion para comunicarsela al hijo, de quien dixo el señor Luis de Molina en el lib. 3. cap. 6. n. 1. que fue controuertidissima, tanto, que por el peso de vnas, y otras razones era la decesion de las armas mas que del derecho.

Adeo, ut pluries ex iurium, ac rationum ambiguitate militibus armatis potius quam iuris peritis eius de ciso commissa fuerit.

Hernando de Anaya en su libro, llamado el Arbitrio cap. 10. §. 4. à princip. refiere Autores, y sucesos desta dificultad, tratando de la sucesion del Rey Don Sancho con su sobrino Don Alonso, hijo de D. Fernando de la Zerda, su hermano mayor.

Y por ser la questtion para que el tio prefiriese al sobrino, el no auer entrado el hermano mayor en la posesion del mayorazgo, conque faltando el medio faltaua la comunicacion, por cortarse la linea, conque no se comunicaua, leg. 2. tit. 6. part. 4. & ex Bald. consil. 334. num. 10. lib. 3. Aymon Crauet. consil. 950. num. 2. lib. 5. Alexandro Raudens. de analog. in append. 1. part. num. 31. Patr. Sanch. de Martin. lib. 7. disput. 50. n. 2. Guid. de success. feud. cap. 18. §. 2. glos. 10. num. 31.

Se puso la clausula: *Y si el dicho Adelantado muriere en nuestros dias*, que es la misma razon que se pondra en la duda siguiente.

Por auer estas dificultades se hizieron las leyes de Toro, que se publicaron en los años de 1505. con que cesaron.

H

Otra

Num. 156.

Num. 157.

Num. 158. *Boza*

Num. 159.

Num. 160.

Num. 161.

Num. 162.

Otra duda auia, que es la de nuestro pleyto, y para que (si se puso deliberadamente la clausula, *si murie re en nuestros dias obrase*) fue no para limitar la sucesion de Doña Maria de Cardenas, sino para asegurarla.

Num. 163.

Controuertiasse entonces si hecha la fundacion de vn mayorazgo, muerto el primer llamado en vida del fundador se caducaban los llamamientos: y aunque la resolucion es, que cada llamamiento tenga su efecto sin depender el vno del otro, D. Molin. lib. 1. cap. 1. num. 17. *Et in dict. lib. 3. cap. 6. num. 39.* Castillo tom. 6. cap. 181. num. 45. era duda entonces, y así se refiere, porque ni auia leyes, ni doctrinas.

Num. 164.

A este recurrió la preuencion del fundador, que fue à estoruar la question.

Num. 165.

Si solo dixera, llamo al Adelantado, y à sus hijos varones, y faltado estos suceda Doña Maria de Cardenas oy no auia duda, porque era mas claro el llamamiento.

Num. 166.

Entonces sino dixera: *Y si el dicho Adelantado murie re en nuestros dias sin dexar hijos, ni descendientes varones suceda Doña Maria de Cardenas.* Muerto el Adelantado en vida del fundador la auia muy grande, porque se dudaua, sino teniendo efecto el primer llamamiento caducaban los demás, y fue à quitar esta duda. Y no pasó à dezir, y si el Adelantado no murie re en nuestros dias no suceda Doña Maria de Cardenas; porque quiso que siempre sucediese.

Num. 167.

Y esta es la causa porque en los mayorazgos antiguos se ponian estas clausulas, y no en los modernos, que en los primeros eran questiones las que oy fueran ignorancias.

Num. 168.

Y en esta inteligencia se ocurre à tantos inconuenientes que tenemos representados de la abundancia de clausulas, y dificultades que nacen de ellas.

Num. 169.

Y que el animo del fundador llegase à que fuese

en

En todos los descendientes varones de la línea de el Adelantado, para que faltando ellos en qualquiera parte, ya muriendo el primero, ò ya despues de el Adelantado su hijo primer llamado, se manifiesta de las palabras de la clausula, en dõde no solo dize muriendo el Adelantado en los dias del fundador, sino es su hijo del Adelantado, nieto, ò otro descendiente varon, conque à lo menos puso la quarta generacion, y esta si muriese en sus dias.

Quando el mayorazgo se fundò, fue como tenemos dicho en el año de 1503. en el de 1469. asistió Don Guierre de Cardenas à los casamientos de los señores Reyes Catolicos, y entonces se le ofreció la Villa de Maqueda, era fauorecido, y Maestre sala de la señora Reyna Doña Isabel, vt. refert Marian. Historia de España lib. 23. cap. 14. y quien se hallaua en este punto era lo probable que tuuiese 40. años, ò muy cerca de ellos, que haziendo el computo de 34. años que pasaron desde el de 469. al de 503. tendria quando fundò mas de 70. años. y entonces solo tenia hijos, y nietos, como se podrà juzgar que haria discurso de que en esta edad le podian nacer viznietos, y terceros nietos, y otros descendientes varones, y que estos todos muriesen en su vida para que Doña Maria de Cardenas pudiese suceder: Que à ser así se incurriera, in leg. penult. ff. de condit. institut.

Sed hoc prins. inspicendum est. ut homo qui conditionem talem in posuit non compos mentis esset.

Leg. apud Iulian. §. constat. de legat. 1.

Furiosus est talis a legato a testamento ad scribere.

Y este mismo fundamento es para que lo verosimil, la presumida voluntad, y cuitar el absurdo impropien las palabras, y no se tenga por condicion, como tenemos dicho.

Otra razon que ya tenemos empeñada es vigen-
tissima para conocer que la voluntad fue absoluta

fin

Num. 170.

Num. 171.

Num. 172.

Num. 173.

Num. 174.

Num. 175.

- Num. 176. *sin condicion, y que la que parece que lo es fue para asegurar la sucesion, como ya tenemos ponderado.*
 Dize la clausula: *Y si el dicho Adelantado muriere en nuestros dias sin dexar hijo, ò nieto ò otro descendiente varon por linea masculina, suceda Doña Maria de Cardenas, nuestra hija.*
- Num. 177. *Pero no prosigue: Y sino muriere en nuestros dias no suceda.* Faltandole la clausula irritante faltara esta que por los Duques se llama condicion, y por faltar la clausula irritante no se vicia esta disposicion, aunque no se verifique el morir el Adelantado, ò sus descendientes varones en vida del fundador.
- Num. 178. *Cuya proposicion se prueba de otro principio q se ajusta a los mismos terminos de que escriviò el capitulo 64. lib. 5. controuers. D. Ioan. del Castil. proponiendo este caso.*
- Num. 179. *Vn padre vinculò entre sus hijos el tercio, y remanente del quinto llamó a su hijo mayor, y le puso por condicion que auia de vincular su legitima, grauandole en ella, haziendo vinculo de la legitima, y del tercio, y quinto.*
- Num. 180. *Muriò el padre, y el hijo no consintió el grauamen, porque no quiso vincular la legitima. Vna hermana puso pleyto, en que dixo que el vinculo no pertenecia al primer llamado, sino a ella, por no auer cumplido el hijo la condicion. Alegòse lo condicional que se auian de cumplir las condiciones en forma especifica, y por no auer se cumplido pasaua el vinculo a la hija, como siguiente en grado.*
- Num. 181. *Decidiòse en la Audiencia de Seuilla a fauor del hijo, sin embargo de la condicion, porque no auia auido la clausula irritante (hoc est) que de otro modo, ò no cumpliendo la condicion el hijo no sucediese, porque no poniendo esta clausula no era verosimil q el padre le quisiese priuar desta sucesion.*

Diuer.

Diferlas razones se ponen en el capítulo, doctrinas, y Autores en grande numero, pero la principal razon en que haze el fundamento es faltarle la clausula irritante, y así dize en el num. 22.

Ex alio quoque veresimilitudo ipsa colligitur, quod pater meti dem in proposita clausula, dumtaxat conditionem apposuit, prout relatum est; non vero adiecit tertius, quod filius meliorationem tertij, & quinti admitteret, siue pro non meliorato haberetur, & adsequentem in gradu melioratio transiret, si graua in impositio non consentiret, aut si cum tertio, & quinto legitima nollet vincularum habere, atque ita cum pena privationis in casu contraventionis non expresserit, nec sequentem in gradu statim vocantem; credendum non est, quod idem filium ipsum tertio, & quinto priuare voluerit, idque iuxta resolutiones eorum Autorum, quos ad solutionem tertij argumenti expendam infra.

Con esta doctrina, cuya resolucion fue tã disputada, y tan vista, vn vinculo, cuyo llamamiento es condicional, y que en el no solo ay falta de condicion, sino es oposicion al cumplimiento de la misma condicion, no obra, por no tener, ò no juzgarse de liberacion precisa de que no sucediese el hijo, si que faltase a la condicion, porque no se puso la clausula de que no sucediese de otro modo, que se podrá dezir, ò discurrir de las palabras, en que hazen fuerza los Duques para excluir a Doña Maria de Cardenas, y su linea, que no ay la clausula non aliter, nec alio modo?

Y si el dicho Adelantado (lo que Dios no quiera) falleciere en nuestros dias sin dexar hijo, ò nieto, ò otro descendiente varon por linea masculina.

Aqui tambien pudieramos disputar, si las clausulas de otros llamamientos que se formaron con las palabras *suceda si fuere vino*, al que llama, eran condicionales, ò no, ò si importauan lo mismo que el

Num. 182.

Num. 181.

Num. 181.

Num. 183.

Num. 181.

Num. 184.

Num. 185.

llamamiento de la Condesa de Miranda Doña María de Cardenas: Y si el dicho Adelantado muriere en nuestros dias; si estas palabras se reputan condicionales, ò si son de aquellas condiciones, quæ tacite insunt, y lo que obran, de quo videre est, apud D. Molin. lib. 2. cap. 13. de maiorat. num. 31. Surd. decis. 73. ex num. 20. Sese decis. 50. num. 43. 44. Et 47. ex l. conditionis extrinsecus, §. 1. ff. de condit. Et demonstrat. l. hæc verba, ff. delegat. 1. l. aliquando 106. ff. de condit. Et demonstrat.

Num. 186.

Pero como esto no es lo mas inmediato al derecho del Cõde, lo omitimos, como tãbien lo hemos hecho de exornar latamente este papel, contentandonos con la verdad de las doctrinas, y procurando en èl la verdad, y claridad.

Num. 187.

Otra demonstracion ay para que se conozca cõ mas evidencia; si el llamamiento de Doña Maria de Cardenas fuera con dicional, y limitado; boluiera la à llamar despues de todos los llamamientos, porque por hija conocida, y por amada ocupara primer lugar que los llamamientos generales de parientes, esto no lo haze el fundador, con que se conoce que fue absoluto, y sin limitacion, considerado que no auia de Doña Maria de Cardenas nadie que no quedase comprehendido en su llamamiento. Retorciedo esta explicacion contra lo ponderado por los Duques, en que no se hizo mas mencion de Doña Maria de Cardenas en esta clausula.

Num. 188.

Y à la ponderacion q̄ llamò à Doña Teresa el fundador; despues de acabados los hijos varones de el Adelantado, no parece que necessita de respuesta, por q̄ esse fuera pleyto si huiera suçesion de Doña Teresa, en competencia de Doña Maria; en nuestro caso es alegar derecho de Testa, que no aprobecha al que le alegò, *leg. si pupilli, §. videamus de negot. gest.* q̄ solo se puede alegar, quando *ex iure proprio quis ageret,*

ret,

ret. Et si ex iure. Et alijs dependeret, ut in leg. si post mortem, §. fin. ff. de bon. poss. contra Tabull.

Y quando es exclusivo del derecho del actor, leg. loci corpus, §. competit ff. si seruit. vendit. Mier. de maiorat. 4 part. quest. 25. a num. 13. Cabed. decis. 63. part. 1. num. 4. vol. 2. tom. dissert. 47. a num. 1. donde pone toda la materia del derecho del tercero, noster D. Olea decis. iur. sit. 4. quest. 3. num. 24. Et quest. 6. n. 26.

Num. 189.

Ni vno, ni otro derecho pueden alegar los Duques, ni valerse del de Doña Teresa, por que los Duques no pueden fundarse en el que ella tenia, ni quando le alegaran excluia el de Doña Maria de Cardenas, y su sucesion, pues siempre le tiene antes, o despues de Doña Teresa.

Num. 190.

Y respecto a ella siempre es primero, por ser primero llamada Doña Maria de Cardenas.

Num. 191.

Leg. cum pater, §. a te peto, ff. de legat. 2. non esse datam electionem, sed ordine scripturae factam restitutione respondi, ibique communiter scribentes, Et in l. cum quidam, C. de verb. signific. D. Molin. lib. 2. cap. 2. num. 36.

Num. 192.

D. Valenc. tom. 1. consil. v. num. 68.

Num. 193.

Hic se apoyan en las sentencias de Tenuta, haziedo exemplar de su disposicion las leyes 9. Et 10. tit. 7. lib. 5. Recopil. Y como esto queda a consideracion de la Sala, no haremos ponderacion en ello, quando las mismas leyes dan la respuesta en su decision misma, quedando siempre el que tiene la tenuta con las obligaciones de actor, y sin mas priuilegio que los demás colitigantes, estando vnos, y otros, o considerandose en el mismo estado que quando empezaron: respecto al derecho de la propiedad, vt ex dictis D. Molin. lib. 3. cap. 13. n. 22. Paz de tenut. tom. 1. cap. 69.

Num. 194.

Y si el Duque se vale deste exēplar, son muchos los q̄ en nuestros tiēpos hemos visto q̄ ganada la tenuta por vno; con los mismos autos se aya dado la propiedad

priedad à otro, y se ayū confirmado en Sala de mil y quinientas.

Num. 195.

Conque se halla el Conde de Miranda compitiendo vn Estado, que los llamamientos primeros fuero de agnacion rigurosa: en defecto desta la artificiosa, que la rigurosa se acabò en el Duque D. Francisco, sexto Duque de Maqueda, y oy sucede la artificiosa en el Conde, como descendiente de Doña Maria de Cardenas, que esta forma de llamamiento era la de aquellos tiempos, conque le assiste la costumbre de la provincia, y tiempo de la fundacion, que las clausulas eran de estilo, y sino lo eran sino deliberadas, era por los accidentes, y falta de curia de aquellos tiempos, que le assiste todas las reglas claras, y que qualquiera abundancia, ò superfluidad de palabras conque se formaron los llamamientos se deuen menospreciar, por ser contra la voluntad presumida, y verosimil del fundador, y que à no ser asi se incurriera en muchos absurdos que quedan poderados, conque espera se ha de declarar à su favor la sucession del Estado de Maqueda, reuocando la sentencia de vista: Sana in omnibus D.V.D.C.

Num. 195.

Num. 195.

Num. 195.

Num. 195.

Licenciado Don Andres
Mañor, de Herrera.

Num. 195.