Duplicado. en la Intan.ª de Vista

Papel en Trô. por D.n
Miguel Jose de
Baltera.

5-8

63

FACULTAD de TEOLOGIA GRANADA

FACULTAD de TEOLOGIA
GRANADA

5-8

JESUS,
MARIA, Y JOSEPH,

POR

D. MIGUEL JOFRE DE BALTERRA Berenguer de Blanes, Baron de Ayodar, Canet, y Fuentes, Villamur, y Torralba. (*num.* 66.)

CON

DON JOSEPH DE BALTERRA, BLANES, y Muñòz: (*num.* 67.) Don Pasqual Vicente Berenguer, Conde de Olocau: (*num.* 69.) Don Joseph de Monsoriu, Castalvì, y Balterra, (*num.* 64.) y Don Francisco Fernando Giròn. de Rebolledo. (*num.* 56.)

SOBRE

LA SUCCESSION EN PROPIEDAD DEL Condado de la Villa Nueva, y Baronìas de Torres-Torres, y Canet, sus unidos, y agregados, que vacaron por muerte sin succesion de Don Joseph Balterra, y Blanes (num. 58.) *su ultimo possehedor.*

ERRATAS.

Numero.	Linia.	Errata.	Enmienda.
N. 24.	lin. 2.	dice ... *legimos*	diga .. *legitimos.*
N. 28.	lin. 7.	dice .. *ha habilitò*	diga .. *habilitò.*
N. 35.	lin. ultima	dice ... *efficiætur*	diga .. *efficietur.*
N. 73.	lin. ultima	dice .. *Alegan*	diga . *Alega.*
N. 74.	lin. 11.	dice .. *disposicion*	diga . *Dispensacion.*
N. 79.	lin. 14.	dice .. *essumpto*	diga . *assumpto.*
N. 80.	lin. 5.	dice .. *interprectativus*	diga . *interprætativus*
N. 110.	lin. 2.	dice .. *à la declinatoria*	diga .. *la declinatoria.*
N. 112.	lin. 1.	dice .. *respondia*	diga .. *respondiò.*
N. 170.	lin. 25.	dice ... *en los XIIII.*	diga .. *en los XIII.*
N. 179.	lin. ultima	dice ... *Capipitulo*	diga .. *Capitulo.*
N. 206.	lin. 5.	dice ... *assi*	diga .. *à sì.*
N. 214.	lin. 5.	dice ... *Don Joseph*	diga .. *Don Jofre.*
N. 246.	lin. 4.	dice ... *connatado*	diga .. *connotada.*

N. 1. DON Miguèl Jofre (*n.* 66.) pretende que el Confejo ſe ſirva declarar, que por la muerte ſin hijos de Don Joſeph de Balterra y Blanes, (*n.* 58.) ultimo poſſehedor de eſtos Mayorazgos, ſe defiriò la ſucceſsion de el de Torres-Torres, y de los demàs à èl unidos, agregados, è incorporados, juntamente con el Titulo de Conde de la Villa Nueva, como Real, y coherente al dicho Eſtado, al Marquès de San Felices; (*n.* 65.) y por la de eſte ſin hijos, à eſta Parte, declarandole por unico, è indubitable ſucceſſor de todo ello, condenando à Don Joſeph Balterra Blanes y Muñoz, (*n.* 67.) poſſehedor tenutario del dicho Eſtado, à la reſtitucion de èl, y de los bienes que le componen, dignidad de Conde, y demàs derechos, preheminencias, regalìas, y juriſdiccion, juntamente con los frutos, y rentas que ha percibido, y en adelante percibiere haſta el dia de la real, y efectiva reſtitucion. (1)

2 Don Vicente Monſoriu y Caſtelvì, (*n.* 63.) y por ſu muerte Don Joſeph ſu hermano, (*n.* 64.) y Don Franciſco Fernando Giròn de Rebolledo, (*n.* 56.) pretenden reſpectivamente ſe les declare por ſucceſſores del dicho Mayorazgo, por muerte del referido Don Joſeph ſu ultimo poſſehedor, (*n.* 58.) y que ſe condene à Don Joſeph Balterra, (*n.* 67.) que lo es actualmente, à la reſtitucion de èl, y demàs bienes de que ſe compone, dignidad de Conde, y ſus agregados, con los frutos, y rentas que ha percibido, y en adelante percibiere, haſta ſu efectiva reſtitucion. (2)

3 Y el dicho Don Joſeph Balterra Blanes y Muñoz (*n.* 67.) pretende ſe le abſuelva, y dè por libre de las expreſſadas Demandas, con impoſicion de perpetuo ſilencio, y que ſe le declare por ſucceſſor de dicho Mayorazgo, con los à èl unidos, y agregados, como tambien del Titulo de Conde, y demàs honores, y preheminencias. (3)

4 Y haviendoſe puеſto poſteriormente por dicho Don Joſeph, (*n.* 67.) y el Conde de Olocau ſu ſobri-

(1) Mem. num. 17.

(2) Mem. num. 19. y 20.

(3) Mem. num. 21.

brino (*n.* 69.) ſus reſpectivas Demandas de propiedad à la Baronìa de Canet, y ſus Agregados, pretendiendo con excluſion uno de otro, ſe les declare por legitimos ſucceſſores de ella, y que en ſu conſequencia ſe condene à dicho Don Miguèl Jofre, (*n.* 66.) poſſehedor tenutario de eſte Mayorazgo, à ſu reſtitucion con frutos, y rentas: (4) reſpondiendo Don Miguèl à una, y otra Demanda, pretende ſe le abſuelva, y dè por libre de ellas, con impoſicion de perpetuo ſilencio. (5)

(4) Mem. num. 22.

(5) Mem. num. 18. y 572.

5 Para manifeſtar la juſticia que le aſsiſte, dividirèmos en dos Partes eſta defenſa, fundando en la primera la excluſion de Don Joſeph Balterra, (*n.* 67.) y del Conde de Olocau ſu ſobrino. (*n.* 69.)

6 Y en la ſegunda, la de los demàs Colitigantes, y que ſegun el tenor de una, y otra fundacion, es indubitable la preferencia de Don Miguèl Jofre. (*n.* 66.)

PARTE PRIMERA.

EN QUE SE MANIFIESTA LA EXCLUSION de Don Joſeph Balterra, (n. 67.) *y la del Conde de Olocau ſu ſobrino* (n. 69.)

7 DON Franciſco Berenguer (*n.* 1.) fundò Mayorazgo de la Baronìa de Canet, y otros bienes, en cabeza de Doña Juana ſu hija, (*n.* 2.) llamando à los hijos, y deſcendientes maſculos de eſta, legitimos, y naturales, y de legitimo matrimonio nacidos, y procreados, por orden lineal, (6) por lo qual es evidente, que haviendo fallecido ſin ellos el ultimo Conde de la Villa Nueva, ſe defiriò la ſucceſsion al Marquès de San Felices (*n.* 65.) ſu ſobrino, como nieto de Don Franciſco Balterra y Blanes, (*n.* 49.) Padre del ultimo poſſehedor, (7) cuya verdad calificò el Conſejo en la Executoria de Tenuta; (8) y que haviendo fallecido ſin poſteridad alguna el dicho Marquès, ſe defiriò à Don Miguèl Jofre, (*n.* 66.) como unico varon legitimo, y mas proximo en grado de ſu linea contentiva, por ſer quarto nieto de Don Vicente Balterra, (*n.* 22.) tronco comun, y cabeza de la linea actual de poſſeſsion, en la forma que demueſtra el Arbol.

(6) Conſta de la fundacion en el Memorial num. 25. y ſiguientes, y eſpecialmente deſde el num. 31.

(7) *Leg.* 2. *tit.* 15. *partit.* 2. *cap.* 1. *de Natura ſucceſsionis feudi. Leg.* 1. *Cod. Quorum bonorum. Leg. Cum ita* 32. §. *In Fideicommiſſo, ff. de Legat.* 2.

(8) Mem. num. 1.

Pues

8 Pues aunque Don Joseph Balterra (*n.* 67.) si tuviesse justificado su entronque con las qualidades que se requiere, excluyera sin duda alguna à Don Miguèl: no puede competirle, por el vicio radical con que naciò Don Geronymo Balterra (*n.* 34.) su tercer Abuelo, cuya persona, y derecho representa; pues constando que Don Vicente, y Doña Maria Balterra sus Padres, (*n.* 22. *y* 23.) se despossaron en 21. de Enero de 1586. á tiempo que el dicho Don Geronymo tenia yà, trece años: (9) es llano que naciò ilegitimo, y que siendo sus Padres, Primoshermanos, fuè tambien incestuoso, por lo qual no pudo legitimarse por el subsiguiente matrimonio.

(9) Mem. num. 187. y siguientes.

9 Y por la misma razon està excluido el Conde de Olocau, (*n.* 69.) por ser quarto nieto del mismo Don Geronymo; (*n.* 34.) y aunque uno, y otro pretenden desvanecer este defecto, que les inhabilita para la succesion, con la Dispensacion que la Santidad de Gregorio XIII. concediò à los dichos Don Vicente, y Doña Maria (*n.* 22. *y* 23.) en primero de Octubre de 1583. para que sin embargo de ser parientes en segundo grado de consanguinidad en linea igual, pudiessen contraher licita, y validamente matrimonio, con la Clausula *prolem susceptam, & suscipiendam ex inde legitimam decernendo*, en cuya virtud se casaron en 21. de Enero de 1586. queriendo persuadir, que aunque naciò ilegitimo, quedò legitimado por el matrimonio de sus Padres, aunque contrahido trece años despues de su nacimiento, no solo para los efectos Canonicos, sino tambien para los Temporales: (10) es sin duda, que ni la Dispensacion, ni el matrimonio, ni la Clausula referida, pudieron atribuirle la capacidad que se requiere para esta succesion, como verèmos.

(10) Mem. num. 187. y siguientes hasta el 242.

10 Don Juan de Balterra (*n.* 3.) fundò el Mayorazgo de Torres-Torres en 18. de Agosto de 1463. vinculando las Villas, y Lugares que expressa, y entre ellas, la de la Villa Nueva, erigida despues en Condado, llamando à Don Juan de Balterra su nieto, (*n.* 7.) y à los hijos, nietos, y demàs descendientes varones de este, *legitimos, y naturales de legitimo matrimonio nacidos, y procreados*; (11) y faltando esta qualidad al dicho Don Geronymo, (*n.* 34.) y por representacion de este, à Don Joseph Balterra: (*n.* 67.) tiene la misma incapacidad para succeder en este Mayorazgo, que le obsta para el de la Baronia de Canet.

(11) Mem. n. 36. y siguientes.

11 Y aunque reconociendolo asi, quiere persuadir, que el dicho Don Geronymo quedò habilitado para la succesion de uno, y otro Estado, en virtud de la referida Dispensacion que llama *in radice*, y del matrimonio que en consequencia de ella, contraxeron sus Padres: se harà vèr la insubsistencia de esta pretension, por tres medios igualmente sòlidos, y legales, subdividiendo para ello esta primera parte en tres Articulos; y demostrando en el primero, que segun el tenor de las Clausulas de una, y otra fundacion, y Leyes del Reyno, fuè incapàz de esta succesion el referido Don Geronymo, y lo son por consiguiente el dicho Don Joseph, y Conde de Olocau: (*n.* 67. *y* 69.) en el segundo, que no hay, ni ha havido terminos habiles para la Dispensacion *in radice*; y en el tercero, que aun quando la huviesse havido, de nada podia servir para la succesion de estos Mayorazgos.

ARTICULO PRIMERO.

QUE SEGUN EL TENOR DE LAS CLAUSULAS de una, y otra fundacion, y leyes del Reyno, fuè incapàz de esta succesion el referido Don Geronymo, y lo son por consiguiente, el dicho Don Joseph, y Conde de Olocau.
(n. 67. y 69.)

12 UNO, y otro confiessan, que el dicho Don Geronymo naciò incestuoso, y espureo, como hijo de dos primoshermanos que le huvieron fuera de matrimonio, y sin esperanza de èl; pero pretenden que quedò legitimado por la dispensacion, y matrimonio subsiguiente, queriendo extender à este caso, lo que solo està dispuesto para la legitimacion de los hijos naturales, siempre que sus Padres lo contrahen.

13 Cierto es, que la potestad de legitimar, es suprema Regalìa del Principe, reservada à su persona, como uno de los derechos inseparables de la Magestad, (12) y assi lo reconociò el Pontifice Inocencio III. (13) y lo declarò el Sabio Rey Don Alonso en una expressa Ley de Partida, donde despues de sentar por regla, que su Santidad puede legitimar à los ilegitimos, habilitandoles para ordenarse, y para obtener qualesquier Beneficios, y Dignidades Eclesiasticas, añade, *que maguer dispensasse con ellos para ha-*

(12) Sixtinus *de Regalibus lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 20. Mastrillo *de Magistratib. cap.* 10. *n.* 32. Caldas Pereira, *Quæst. Forens. cap.* 4. *n.* 33. Faxardo *in Tractatu de Legitimatione per subsequens matrimonium n.* 38.

(13) *In Cap. Per venerabilem Qui filii sint legitimi.* Versic. *In super*, ibi: *In super cum Rex superiorem in temporalibus, minimè recognoscat, sine juris alterius læsione in eo se jurisdictioni nostræ subiicere potuit.*

haver Ordenes, y las otras cosas sobredichas, non puede dispensar con ellos, quanto en las cosas temporales, fueras en de, si fuessen de su temporal jurisdiccion. (14)

14 De que resulta, que aunque su Santidad dispensò para que Don Vicente, y Doña Maria Balterra, (*n.* 22. *y* 23.) no obstante el impedimento de consanguinidad en segundo grado, y en linea igual, pudiessen contraher matrimonio, como lo hicieron, *prolem susceptam, & suscipiendam ex inde legitimam decernendo*: no pudo obrar esta Dispensa mas efecto en lo respectivo à Don Geronymo, que el de habilitarle para las Ordenes, Beneficios, y Dignidades Eclesiasticas, sin trascender à legitimarle para los efectos Civiles, y especialmente para la succesion de los Mayorazgos que se litigan, en perjuicio de la authoridad Real, y contra el tenor literal de las fundaciones, y expressa voluntad de los Fundadores, que solo llamaron à los *legitimos de legitimo matrimonio nacidos, y procreados.*

15 Y siendo doctrina comun que el Papa, no puede legitimar directamente fuera de su temporal Dominio, para los efectos civiles: (15) es llano, que aunque la Dispensacion habilitò à Do te, y Doña Maria Balterra para casarse, sin embargo del impedimento Canonico con que se hallaban, y en cuya virtud serian verdaderamente legitimos, y como tales, capaces de la succesion, los hijos que huviessen procreado, durante su matrimonio: no pudo obrar que Don Geronymo fuesse legitimo para los efectos temporales, ni habilitarle para la succesion de estos Estados, mediante el hecho cierto de haver nacido antes que sus Padres se casassen, como legitimado *per Rescriptum* en fuerza de la Clausula referida, pues no pudiendose atribuir su legitimacion al matrimonio, por faltarle la qualidad de natural: (16) no pudo tener otro principio que el del Rescripto Pontificio, cuyo efecto se limita à habilitarle para las Ordenes, Oficios, y Dignidades Eclesiasticas, y no para la succesion de los bienes temporales, como consta de la Ley de Partida, (17) y queda dicho.

16 Introduxose en el mundo à un mismo tiempo la sociedad civil, y la facultad de testar, que por lo mismo se atribuye al derecho de las gentes. (18) Por la Ley de las Doce Tablas se mandò, que tuviesse plenissimo efecto qualquier disposicion que hiciessen los Testadores; y de aqui tuvo su origen entre los Romanos, la adquisicion derivativa del do-

(14)
Leg. 4. tit. 15. partit. 4.

(15)
Dicto Cap. Per venerabilem 13. *Qui filii sint legitimi.* D. Covar. *in quarto Decretalium, p. 2. cap.* 8. §. 8. *n.* 18. D. Molina *lib.* 3. *de Primog. cap.* 2. *n.* 11. Peregrinus *de Fideicom. artic.* 23. *n.* 11. Sanchez *de Matrim. lib.* 8. *disp.* 7. *ex n.* 1. Faxardo *de Legitimat. per subseq. n.* 70. *& seqq.* D. Larrea *decis.* 8. *ex n.* 10. *& per totum.*

(16)
Faxardo *de Legitimat. per subseq. n.* 18. 23. *& seqq.* Sanchez *de Matrimon. lib.* 8. *disp.* 7. *n.* 19. Basilius Ponce *in eodem tractatu, lib.* 11. *cap.* 3. Fachinæus *lib.* 3. *Controv. cap.* 50.

(17)
Dicta leg. 4. tit. 15. partit. 4.

(18)
Schmier *in Jurisprudent. publica universali, lib.* 3. *cap.* 4. *section.* 3. §. 1. 2. *& 3.*

dominio que era mucho mas antigua entre las Naciones Orientales, y eſpecialmente en la Grecia, (19) de donde tomaron los Decemviros aquella Ley; (20) y aunque poſteriormente ſe añadieron varias ſolemnidades para la validacion de los Teſtamentos: todas miraron à aſſegurar el efecto de las ultimas voluntades, y con el miſmo objeto ſe hallan repetidas por el Señor Rey Don Alfonſo el Sabio en ſus Partidas. (21)

17 Para la ſucceſsion de los Mayorazgos eſtablecieron nueſtros Reyes, particulares Leyes, que la defieren, à aquel, que ſegun el orden de los llamamientos, y voluntad de los Fundadores, debe ſucceder en ellos. (22) Y hallandoſe llamados en las Clauſulas de los que ſe controvierten, *ſolo los hijos, y deſcendientes legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, y procreados* de Doña Juana, (*n.* 2.) y de Don Juan de Balterra y Blanes (*n.* 7.) como ſe ha dicho: es evidente, que la excluſion de los legitimos, y naturales que unicamente llamaron, y la admiſsion de los que no tengan eſta qualidad: ſeria no ſolo derogatoria de la ultima voluntad de los Fundadores, y de las Reales Leyes, ſino tambien injurioſa à la Mageſtad Real, en quien reſide la poteſtad legislativa, y de quien dimana la authoridad de las Leyes, y lo que mas es, ſeria contra Derecho Natural; porque como en fuerza de la fundacion ſe adquiere à todos los llamados, ſegun el orden de las ſubſtituciones, un derecho irrevocable, y firme, y en el miſmo inſtante que vaca el Mayorazgo, ſe trasfiere à cada uno de ellos en ſu caſo, por beneficio de la Ley, la poſſeſsion, y el Señorìo: (23) no ſe les puede quitar ſin contravenir à los primeros principios de la razon, y Derecho Natural. *Ubi enim* (dice Grocio (24) *Dominium aut jus aliud alicui legitime partum eſt, id ne ſine cauſa ei auferatur, juris eſt naturalis.*

18 El Sabio Rey Don Alonſo eſtableciò en una de ſus Leyes la miſma verdad: *contra Derecho Natural* (dice) *non debe dàr Privillejo, nin Carta, Emperador, nin Rey, nin otro Señor; è ſi la diere, non debe valer, è contra Derecho Natural ſeria ſi dieſſen por Privillejo las coſas de un home à otro*: (25) luego no haviendo ſido Don Geronymo (tercero, y quarto Abuelo reſpectivè de Don Joſeph Balterra, y del Conde de Olocau, que hoy litigan) *hijo legitimo, y natural, y de legitimo matrimonio*, nacido, y procreado de Don Vicente, y Doña Maria Balterra ſus Padres, que eran primoshermanos, y

le

(19) Plutarcus *in Solone Eineccius de Jur. Naturæ, & Gent. lib. 1. cap. 11. §. 286. & ſeqq.*

(20) Libius *lib. 3. Romanæ Hiſtoriæ.*

(21) Conſta de toda la Partida 6.

(22) *Leg. 2. tit. 15. partit. 2. leg. 40. & 45. Tauri & tot. tit. 7. lib. 5 Recop.*

(23) *Leg. 7. tit. 4. partit. 5. & leg. 45. Tauri, quibus conſonat Lex Sancimus 7. §. Cum autem. Cod. Ad Trebelian.*

(24) Grocius *de Jure Belli, & Pacis, lib. 2. cap. 14. n. 7. & 8.*

(25) *Leg. 31. tit. 18. partit. 3. cui conſonal lex 11 tit. 4. lib. 2. Recop. & lex 1. 2. & 3. tit. 14. ejuſdem Recop.*

le huvieron trece años antes de casarse: fuè incapàz de esta iucceſsion, tranſmitiendo à todos ſus deſcendientes la miſma ſncapacidad, (26) y por conſiguiente ſeria contra Derecho Natural, quitar à los llamados, el derecho irrevocable, y firme que tienen à esta ſucceſsion, por expreſſa voluntad de los Fundadores, para darla à quien por ningun titulo pertenece.

19 Son los ilegitimos, incapaces de Beneficios, Ordenes, y Dignidades, (27) por lo qual no pueden obtenerlas, ſin expreſſa Diſpenſacion de ſu Santidad. (28) Y para que entendieſſemos quales deben reputarſe por ilegitimos, y quales por legitimos, deſtinguieron los Sagrados Canones, tres claſes de ellos. La primera comprehende ſolo à los que nacen de legitimo matrimonio. (29) La ſegunda à los que nacen de un matrimonio putativo. (30) Y la tercera à los que haviendo nacido de Padres libres, que como tales podian contraher validamente matrimonio, ſin diſpenſacion alguna, quedaron legitimados por el ſubſiguiente matrimonio de ſus Padres.

20 Pero como esta diſpoſicion tenia por objeto la legitima proviſion de los Beneficios, Prebendas, y Dignidades deſde la Suprema, que es la Pontificia, haſta la mas infima, y la Colacion de los Sagrados Ordenes, que uno, y otro toca à la Juriſdiccion Eccleſiaſtica: fue neceſſario que las Leyes Civiles declaraſſen quales debian ſer los hijos para la ſucceſsion de los bienes temporales.

21 Las antiguas de los Romanos, ſolo tenian por hijos à los que nacian de legitimo matrimonio. (31) Y las del Imperio Germanico, aunque llaman hijos à los que nacen de un matrimonio putativo, y à los que haviendo nacido naturales quedaron, ſegun los Canones, legitimados por el ſubſiguiente matrimonio de ſus Padres: declaran à los unos, y à los otros, por incapaces de la ſucceſsion. (32)

22 Las que tenemos *in corpore juris*, ſolo habilitan para este efecto, à los naturales legitimados *per ſubſequens*, quando ha precedido la ſolemnidad de Inſtrumentos Dotales, ò Capitulacion Matrimonial, que en ellas ſe halla eſtablecida, (33) y no quando no ha precedido esta ſolemnidad, como lo reconocen los mas cèlebres Canoniſtas, y lo tiene executoriado repetidas veces la Rota. (34)

23 En Eſpaña tenemos Ley eſpecial promulgada por el Sabio Rey Don Alonſo en ſus Partidas: (35) *Legitimo fijo* (dice) *tanto quiere decir, como el que es fecho ſegun Ley, è aquellos deben ſer llamados legitimos, que nacen de Padre, è de Madre, que*

ſon

(26)
Leg. Finali. Cod. de Naturalibus liberis. Roxas *de Incomp. p. 1. cap. 6. §. 9. per tot. ubi plene.*

(27)
Tot. tit. de Filiis Presbiterorum in Decretalibus, & in ſexto.

(28)
Cap. 1. & 2. ejuſdem tit. in ſexto.

(29)
Cap. Cauſam 7. & cap. Pervenit 11. Qui filii ſint legitimi.

(30)
Cap. Inter 2. & dicto. Cap. Pervenit 11. ejuſdem tituli. Cap. Cum inhibitio de Clandeſtina Diſpenſatione.

(31)
Leg. Filium definimus 19. ff. De his qui ſui, vel alieni juris ſunt.

(32)
Pitonius *Diſcep. Eccleſiaſtica 63. per tot.* Cardinalis Pereira *in voto particulari, quod edidit in cauſa Pragenſi,* apud Urſaya, *diſcept. Eccleſiaſtica 11. n. 61.*

(33)
In Leg. Cum quis, & Leg. Nuper. Cod. de Naturalibus liberis, & in Authentica de Nuptiis. cap. 8. collat. 7. cum aliis apud Martam *de Succeſ. legali p. 1. q. 17. artic. 5. per tot.* D. Covarr. *de Matrim. p. 2. cap. 8. §. 2. n. 8.* Azor *Inſtitutionum Moral. lib. 2. cap. 13. q. 4.* Fachinæus *lib. 3. Controv. cap. 51.*

(34)
Cardinal. Alexandrinus *in Cap. Tanta Qui filii ſint legitimi, q. 10. & ibidem Præpoſitus columna 13.* Angelus *conſil. 29.* Baldus *in Rubrica de Conſtit. n. 53.* Alciatus *lib. 9. Reſponſorum conſ. 16.* Lupius *de Illegitimis commentario 4. in Præfatione n. 9. & 10. & §. 1. n. 2.* optime, & pleniniſsime Marta *de Succeſ. legali p. 1. q. 17. artic. 5.* Rota *p. 1. Diverſorum in noviſsimis deciſ. 65.*

(35)
Leg. 1. tit. 13. partit. 4.

ſon caſados VERDADERAMENTE, ſegunt manda la Santa Egleſia. en que ſe vè, que no lo ſon los que proceden de un matrimonio ficto, y que no quiſo el Legislador admitir en eſta materia, ficciones, ni retrotacciones al tiempo de ſu nacimiento.

24 La miſma Ley Real declara otras dos eſpecies de hijos legimos, y ſucceſsibles, y ſon los que nacen de un matrimonio putativo, y los que haviendo nacido en eſtado de naturales, ſe legitiman por el ſubſiguiente matrimonio, como eſtà diſpueſto en las Decretales para los efectos Canonicos, y queda dicho.

35 Y ſi ſin embargo de hallarſe habilitados en ellas para las Ordenes, Beneficios, y Dignidades Eccleſiaſticas, los que nacen de un matrimonio putativo, y los legitimados *per ſubſequens* ſon incapaces de ſucceder en los bienes temporales en Alemania; y en Eſpaña fuè neceſſaria la Ley Real para que ſean ſucceſsibles, porque ſin ella, no lo fueran, como no lo eran por Derecho Civil, ſino precedia la ſolemnidad de los Inſtrumentos Dotales, como hemos viſto; còmo puede pretenderſe que en virtud de un particular Reſcripto queden excluidos de la ſucceſsion de eſtos Mayorazgos, los legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, y procreados, que unicamente llamaron los Fundadores, para darla à un hijo inceſtuoſo, y eſpurio, qual fue Don Geronymo, (*n.* 34.) y à ſus deſcendientes?

26 No puede dudarſe de la validacion, y ſubſiſtencia de eſtas Leyes, porque como enſeña el Angelico Doctor Santo Thomàs, (36) el Matrimonio puede conſiderarſe, *vel quatenus eſt Officium Naturæ, vel quatenus ordinatur ad bonum Politicum, vel quatenus eſt Eccleſiæ Sacramentum.* Que en la primera accepcion, le dirige la Naturaleza; en la ſegunda la Ley Civil; y en la tercera, la Igleſia: *In quantum* (dice) *ordinatur ad bonum Naturæ, quod eſt perpetuitas ſpeciei, dirigitur in finem à Natura inclinante in hunc finem, & ſic dicitur eſſe Naturæ Officium*: *IN QUANTUM VERO ORDINATUR AD BONUM POLITICUM, SUBJACET ORDINATIONI CIVILIS LEGIS*: *in quantum autem ordinatur ad bonum Eccleſiæ, opportet quod ſubjaceat Regimini Eccleſiaſtico*: luego ſi en todo lo que ſe dirige al fin politico, qual es el de la ſucceſsion en las Dignidades Seculares, Eſtados, y Mayorazgos, eſtà ſujeto el Matrimonio à lo que ordena la Ley Civil, porque en eſte ſentido, no ſe conſidera como Sacramento, ſino como.

(36) Div. Thomas *lib.* 4. *contra Gentes cap.* 78.

Con-

Contrato Civil, dirigido al bien comun, y à la conservacion de la Republica, y del Reyno: es indubitable, que en lo respectivo à estos fines, solo deben servir de pauta, las Leyes Reales para reglar los efectos temporales que produce; y es constante, que estas solo defieren la succesion de los Mayorazgos, à los hijos legitimos, y naturales de legitimo matrimonio nacidos, y procreados, que llamaron los Fundadores, (37) y no á los que nacieron incestuosos, y espurios, aunque despues de su nacimiento, se hayan casado sus Padres con Dispensacion Pontificia, en que se halle legitimada la Prole, y purgado el vicio de su nacimiento; porque esta legitimacion solo puede servir para los efectos Canonicos, cuya regulacion toca à la Potestad Pontificia; pero no en quanto à los Civiles, que son del resorte de la jurisdiccion temporal.

27 A que se llega, que siendo el Mayorazgo por su propia naturaleza un Fideicomisso universal comprehensivo de toda la familia *in infinitum*, en que se entienden hechas con orden lineal, tantas substituciones quantas sean necessarias para su perpetuidad, (38) y que la familia unicamente comprehende à los legitimos, por lo qual, solo en falta de ellos, pueden ser admitidos los que no tienen esta qualidad, aunque sean naturales: (39) es evidente, que no teniendola Don Geronymo (*n.* 34.) por el vicio de su nacimiento, ni està llamado en las fundaciones, ni està comprehendido en la familia, à cuyo favor se establecieron los Mayorazgos que se litigan, para poder pretender la succesion de ellos, aun à falta de legitimos, y mucho menos en competencia de los que lo son.

28 Para superar este escollo, recurren Don Joseph Balterra, y el Conde de Olocau su sobrino (*n.* 67. *y* 69.) al efugio de que aunque Don Geronymo (*n.* 34.) su tercero, y quarto Abuelo respectivè, naciò ilegitimo, y en calidad de tal, era incapàz de esta succesion: (40) se hizo legitimo por el matrimonio de sus Padres, contrahido en virtud de una Dispensacion *in radice*, la qual le ha habilitò para succeder, del mismo modo que si huviesse nacido de verdadero, y legitimo matrimonio.

29 Y dexando por aora en el grado de probabilidad, que al superior Juicio del Consejo, merezca la opinion de los que defienden, que si el Papa legitìma la raìz del matrimonio antecedente, contrahido por los Padres con un impedimento dirimente, aprobandole *pro ut ex tunc*, queda legitima

la

(37)
Leg. 2. tit. 15. partit. 2. leg. 7. tit. 4. partit 5. leg. 40. & 45. Tauri. Leg. Sancimus 7. §. Cum autem. Cod. Ad Trebel.

(38)
D. Molina *de Primog. lib. 1. cap. 4. per tot.*

(39)
Leg. 2. tit. 15. partit. 2. ibi: *Si dexasse hijo, ò hija que huviesse de su muger legitima. Leg. 40. Tauri*, ibi: *Si el tal hijo mayor dexare hijo, ò nieto, ò descendiente legitimo. Et inferius: de manera, que siempre el hijo, y sus descendientes legitimos. Leg. 11. tit. 7. lib 5. Recop.* ibi: *Pero todavia que las haya por Mayorazgo, y finquen à el hijo legitimo mayor de cada uno de ellos, y si muriere con hijo legitimo, que tornen sus bienes del que assi muriere, à la Corana de nuestros Reynos.* D. Molin. *de Primog. lib. 1. cap. 4. n. 46. usque ad 49. & lib. 3. cap. 7. n. 4.* Roxas *de Incomp. p. 1. cap. 6. §. 9. per tot.*

(40)
D. Molin. *lib. 3. cap. 3. ex n. 41.* & ibi add. D. Larrea *decis.* 32. D. Castillo *lib. 5. Controv. cap.* 304.

la Prole, que de èl naciò, no ſolo para los efectos Canonicos, ſino tambien para los Temporales, de que ſe hablarà en ſu lugar: ſe demoſtrarà en el Articulo ſiguiente, que la Diſpenſacion *pro ut jacet*, concedida por Gregorio XIII. à Don Vicente, y Doña Maria Balterra, para que ſin embargo de ſer primoshermanos, pudieſſen contraher licita, y validamente matrimonio, como lo hicieron: no fue, ni pudo ſer *in radice.*

ARTICULO II.

QUE NO HAY, NI HA HAVIDO CAPACIDAD para la Diſpenſacion in radice.

30 QUando dos parientes dentro del quarto grado, ſin embargo de hallarſe noticioſos de eſte impedimento, ò de otro dirimente, contrahen de hecho matrimonio, ſin preceder Diſpenſacion, y en figura de èl, tienen hijos: es indubitable ſu ilegitimidad, (41) y en eſtos terminos ſe controvierte, ſi podrà el Papa diſpenſando en la raìz del matrimonio *pro ut ex tunc*, y retrotrayendo la Diſpenſacion al tiempo en que de hecho ſe contraxo, legitimar la Prole, no ſolo para los efectos Canonicos, ſino tambien para los Temporales, en que ſon varias las opiniones.

31 Los antiguos Canoniſtas defienden la afirmativa; (42) y la ſiguen muchos, y graves Eſpañoles. Y otros de no menos authoridad, llevan la negativa; (43) pero unos, y otros convienen, en que para que tenga lugar eſta Diſpenſacion, es neceſſario que preceda matrimonio de hecho, aunque nulo, por el impedimento con que ſe contraxo; porque ſino precediò, no hay raìz ſobre que pueda racaer la Diſpenſacion.

32 Y confeſſandoſe en contrario, que Don Vicente, y Doña Maria Balterra, ſiendo primoshermanos, y ſabiendo que lo eran, procrearon al dicho Don Geronymo, no en figura de matrimonio, ſino ſin eſperanza de èl, y por mera fragilidad, como lo expreſſaron à ſu Santidad en las Preces, y lo declararon, y juraron ante el Ordinario de Valencia: (44) es evidente, que no pudo tener lugar en eſte caſo, la Diſpenſacion *in radice.*

33 El ſeñor Preſidente Covarrubias explicò con gran claridad eſta materia; (45) y deſpues de haver ſentado por primero

(41) *Cap. Cum inhibitio de Clandeſtina Deſponſatione, & ibi omnes Canoniſtæ.*

(42) Joanes Andreas *in Cap. Per venerabilem Qui filii ſint legitimi n.* 30. Butrius *n.* 10. Cardinalis *ibidem q.* 1. *n.* 9. Panormitanus *n.* 21. Ancharranus *in Cap. Unico de Sponſalib. in ſexto n.* 3. Silveſter *in Summa verbo Legitimus q.* 7.

(43) Suarez *de Cenſuris tom.* 5. *diſp.* 50. *ſectione* 5. *n.* 9. Pater Molina *de Juſt. & Jur. tom.* 3. *tract.* 3. *diſp.* 624. *n.* 3. Gaſpar Hurtado *de Matrim. diſp.* 26. *dificultate* 1. *n.* 9. D. Larrea *deciſ.* 8. *ex n.* 10. & per tot. Ferrer *de Subſtit. gloſ.* 6. *à n.* 107. *uſque ad* 135. add. ad Navarrum *conſ.* 2. *ſub tit. Qui filii ſint legitimi.* Cervantes *in leg.* 12. *Tauri ex n.* 102.

(44) Mem. num. 187. y ſiguientes.

(45) D. Covarrub. *de Matrim. p.* 2. *cap.* 8. §. 8. *ex n.* 40. *Editionis Antuerpienſis, & n.* 13. *Editionis Salmaticenſis.*

FACULTAD DE TEOLOGIA GRANADA

me-

mera concluſion, que la Prole nacida de un matrimonio contrahido entre parientes con Diſpenſacion Pontificia, es enteramente legitima; y en la ſegunda, que ſi hay duda ſobre ſi es, ò no valido el matrimonio, y el Papa le declara por tal; es legitima la Prole, dice en la tercera eſtas palabras: *Tertia Concluſio*: „ Princeps legitimum efficiens matrimonium, prius „ in gradu conſanguinitatis, vel affinitatis prohibito, contrac- „ tum, legitimare cenſetur prolem ex illo matrimonio ſuſcep- „ tam ante illam approbationem, ſi ejus mentio Principi fiat. „ Princeps enim, qui matrimonium ratum habet, ita id con- „ jugium approbat, ac ſi ab initio, nulla ſtante prohibitione, „ contractum fuiſſet: igitur conſequens erit etiam prolem „ conjugio adhærentem, legitimam eſſe. Ex eo etiam, quod „ legitimum conſtituit illud matrimonium, idem efficit ac ſi „ à tempore contractus legitimaret. (46) Ex quibus ſecus erit „ dicendum, ubi Romanus Pontifex non legitimaret matrimo- „ nium contractum; nec diſpenſaret ut ab initio contractus „ legitimum cenſeatur matrimonium, ſed tantum concederet „ licentiam contrahendi matrimonium illud, vel perſeveran- „ di in jam contracto: quibus caſibus etiam ſi prolis ſuſceptæ „ mentio fiat, non videtur eam legitimam reddere; (47) niſi „ proles in ſpecie legitima efficiatur, atque tunc erit iſthæc „ legitimatio filiorum cenſenda eo jure quo cenſeretur, ſi „ eſſet facta à Romano Pontifice ſeparatim abſque matrimo- „ nio, cum ratione matrimonii facta non fuerit.

(46) Cita al Abad, Juan Andrès, el Cardanal, Ancharrano, y otros.

(47) Cita varios Autores, y profigue.

34 Y ſiendo cierto, que en eſte caſo, ni huvo matrimonio, ni aprobacion de èl, ni otra coſa que una licencia para contraherle, ſin embargo del impedimento con que ſe hallaban los dichos Don Vicente, y Doña Maria, con la clauſula tantas veces repetida, que como dice eſte gran Maeſtro, debe eſtimarſe como ſi la legitimacion ſe huvieſſe hecho ſeparadamente, pues nada tiene de comun con el matrimonio antecedente, que no huvo: no fue, ni pudo ſer *in radice*.

35 El ſeñor Don Luis de Molina ſienta por regla, que en los Mayorazgos debe ſucceder el Primogenito; pero la limita, ſiempre que eſte fue legitimado por Reſcripto, ò naciò de un matrimonio de hecho, contrahido ſin Diſpenſacion; (48) y añade, que aunque poſteriormente ſe obtenga, debe ſer preferido el que naciò deſpues de ella, *niſi Romanus Pontifex* (dice) *in eadem diſpenſatione, facta mentione prolis, antea habitæ, illam legitimaverit. Tunc namque, ea proles legitima efficiætur.* (49)

(48) D. Molina *lib. 3. cap. 2. ex n. 1. ad 10.*

(49) Molina *dicto n. 10.* verſiculo *Hoc tamen.*

36 Esto supuesto, pregunta si esta legitimacion se deberà extender à la succesion de los Mayorazgos, y demàs bienes temporales; y distingue: „ *Aut Papa* (dice) *solum* pro-
„ lem legitimat, aut super radice matrimonii disponit, decla-
„ rans illud fuisse validum, ac si impedimentum non subsis-
„ teret. In primo casu, quando Papa solùm prolem in ipsa
„ dispensatione legitimam efficit, dicendum erit, eam legi-
„ timationem ad primogeniorum atque aliorum bonorum
„ temporalium succesionem non suficere. (50)

(50) Ibidem num. 11.

37 „ In secundo casu (51) quando scilicet Romanus
„ Pontifex disponit super radice matrimonii, illud fuisse vali-
„ dum disponens, & declarans, non obstante impedimento,
„ subdistinguendum erit. Nam aut impedimentum ex jure
„ divino procedebat, aut ex solo jure canonico.

(51) Ibidem. num. 12.

38 Sienta, que si es de Derecho Divino, no puede dispensar en èl su Santidad. „ Si vero (dice) impedimentum ex
„ solo jure canonico procedebat, dicendum erit quod Roma-
„ nus Pontifex potest ab hoc matrimonio in quo consensus
„ intervenit, impedimentum removere, matrimoniumque
„ ipsum, validum declarare: prolesque legitima efficietur ac
„ si à principio legitimum fuisset: eoque casu filius durante
„ impedimento, MATRIMONIO SALTIM DE FACTO
„ CONTRACTO præcedente natus, poterit in primogenio
„ atque cæteris bonis temporalibus succedere.

39 Y prosigue: „ Quando Romanus Pontifex FACTA
„ MENCIONE MATRIMONII CONTRACTI DE FAC-
„ TO, prolem legitimat, tantundem est, ac si impedimen-
„ tum ab ipso matrimonio removeret, valebitque legitima-
„ tio, etiam quoad temporalia. Ideoque primus casus inteli-
„ gendus erit quando non inest mentio prioris matrimonii,
„ sed simpliciter Papa legitimationem concesserit: tunc nam-
„ que ea legitimatio ad sola spiritualia extendenda erit. Non
„ enim est vis in eo quod Papa declaret esse validum matri-
„ monium quod ex se invalidum est, sed quod sit tale impe-
„ dimentum quod ipse posset illud removere: quod efficere
„ videretur quando prolem legitimam efficit, FACTA MEN-
„ TIONE MATRIMONII DE FACTO CONTRACTI.

40 En que se vè, que aunque el señor Molina sigue la opinion, que supone en el Pontifice la facultad de legitimar à los espureos, *etiam* para los efectos temporales, tiene por condicion precisa que haya precedido matrimonio de facto, aunque nulo, entre los Padres, y que se haya hecho à su

San-

Santidad relacion de ello; porque si, ò no precediò, ò aunque precedieſſe, no ſe expreſsò en las Preces, ſolo ſirve la Diſpenſacion para lo Eſpiritual, y Canonico, y no para lo Temporal.

41 Sus Adentes (52) ſiguen la miſma opinion, pero añaden, que eſta Diſpenſacion comprehende ſolo à los hijos nacidos en figura de matrimonio, y no à los que ſus Padres tuvieron antes de contraherle: *Hæc Diſpenſatio* (dicen) *comprehendit tantum prolem ſuſceptam in figura matrimonii; non autem natam, & conceptam ante matrimonium.*

42 El Padre Thomàs Sanchez, que con tanto acierto eſcriviò de matrimonio, aunque defiende que la legitimacion *in radice*, ſe extiende à los efectos temporales, prerrequiere para que lo ſea, que haya precedido matrimonio de facto, aunque nulo entre los Padres, porque ſin eſta circunſtancia legitimaria ſu Santidad directamente à los hijos para ſucceder en bienes temporales, no ſujetos à ſu juriſdiccion: „ (53) Se- „ cundo (dice) deducitur, quando proles habita fuit, nullo „ præcedente matrimonio irrito, ſed ex concubitu omnino „ fornicario, non poſſe Pontificem eam quoad temporalia, „ & ſæcularia legitimare, extra loca ſuæ temporalis juriſdictio- „ nis, quia cum nulla ſit matrimonii radix, in qua directe diſ- „ penſando, legitimet indirecte, & per quandam conſequen- „ tiam: id eſſet utique legitimare directe quoad temporalia: „ quod ſuæ poteſtatis minime eſſe diximus, citando en comprobacion, à todos los antiguos Canoniſtas. (54)

43 El ſeñor Gonzalez Tellez ſigue en todo, la miſma doctrina, pero añade, que quando no ha precedido matrimonio de facto, aunque en virtud de Diſpenſacion Apoſtolica contraygan los Padres matrimonio, y en ella diga ſu Santidad que diſpenſa en la raìz, no es ſucceſsible la prole, havida antes de contraherle. „ (55) Deinde (dice) ſciendum „ eſt, aliam eſſe legitimationem, quæ fit in radice matrimonii, „ diſpenſando, ut matrimonium, quod nulliter contractum „ fuit, ſuſtineatur, & per conſequens filii ex eo nati, legiti- „ mi judicentur quoad ſpiritualia, & temporalia: ad quam „ diſpenſationem in radice matrimonii, deſideratur ut matri- „ monium præceſsiſſet, nam ſi filii ex libero coitu nati eſſent, „ non poſſent hoc modo à Pontifice legitimari quoad tem- „ poralia; nam ubi nullum præceſsit matrimonium, non eſt „ radix, in qua diſpenſetur, & ita ipſos filios legitimando, „ ad temporalia directè legitimaret.

(52) Add. ad D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 11. & 12.

(53) Sanchez *de Matrimon. tom.* 3. *lib.* 8. *diſp.* 7. *n.* 7.

(54) Joanes Andræas *in Cap. Per venerabilem n.* 30. *Qui filii ſint legitimi*, & ibi Antoninus *n.* 10. *ad finem.* Cardin. *n.* 9. *q.* 1. Abbas *n.* 21. Alexander *de Nevo n.* 17. Ancharran. *n.* 21. & *conſ.* 407. *n.* 5. & *in Cap. Unico n.* 3. *de Sponſalib. in ſexto.* Silveſter verbo *Legitimus q.* 7. *n.* 5. Celſus *conſ.* 31. *n.* 8. Martinus Laudenſis *de Legitimat. artic.* 2. *n.* 85.

(35) D. Gonzalez Tellez *in Cap. Per venerabilem* 13. *Qui filii ſint legitimi ex n.* 22. *uſque ad finem.*

44 Cita à los antiguos Canoniſtas, y proſigue: *Et ita, ſi ex libero coitu inter conſanguineos habito, filius naſcatur, & poſtea obtenta diſpenſatione, Parentes matrimonium contrahant, & alium filium ſuſcipiant: iſte præfertur primo, in ſucceſsione Majoratus, ETIAM SI PONTIFEX DICAT, SE DISPENSARE IN RADICE MATRIMONII*: en que ſe vé: que no ſolo debe preceder en ſentir de eſte inſigue Canoniſta, el matrimonio de hecho entre los Padres, para que tenga lugar la Diſpenſacion *in radice*, y por ella la legitimacion de la prole, que naciò inceſtuoſa, y eſpurea, para el efecto de la ſucceſſin en los Mayorazgos: ſino tambien que queda incapàz de ella, aunque ſu Santidad expreſſe que diſpenſa *in radice matrimonii*: cuya doctrina contrahida al caſo de eſte Pleyto, en que Don Vicente, y Doña Maria Balterra huvieron *ex libero coitu* à Don Geronymo ſu hijo, y ſe caſaron trece años deſpues, en virtud de Diſpenſacion Pontificia, que ſolo ſe pidiò, y concediò en el de 1583. para que ſin embargo del impedimento de conſanguinidad en ſegundo grado, pudieſſen contraher validamente matrimonio con la clauſula *prolem ſuſceptam, & ſuſcipiendam ex inde legitimam decernendo*: convence de neceſsidad el aſſumpto.

45 Nicolàs Garcia ſigue la miſma opinion: (56) pero reconoce, y defiende la neceſsidad del matrimonio precedente: „ Quando Papa (dice) legitimat prolem ſuſceptam ex „ matrimonio irrito, ob impedimentum juris canonici, legi- „ timando, ſeu ratificando ipſum matrimonium, ſeu diſpo- „ nendo, aut diſpenſando in radice matrimonii, receptiſsi- „ ma ſententia, eſt talem diſpenſationem eſſe in matrimonio, „ & valere ad omnia etiam temporalia ac Fideicommiſſa, & „ Majoratus. Et tunc cenſetur diſpenſatio in radice matrimo- „ nii, & legitimatio prolis quoad omnia, quando Papa diſ- „ penſaret in matrimonio de facto contracto, ut ex tunc, ſeu „ ab initio, ſeu quando aprobat, ſeu ratum habet, aut legi- „ timat matrimonium, etiam ſimpliciter, & non facta men- „ tione prolis, quia id ſonat illud ratum habere, & legitima- „ re ac ſi ab initio eſſet legitime contractum.

(56) Garcia *de Benefic. parte 7. cap. 2. n. 41. & 42.*

46 Y mas abaxo: „ Quomodo enim (dice) poteſt eſſe „ diſpenſatio in radice matrimonii, ſi non fuit matrimonium? „ DISPENSARE etenim ut dictum eſt, IN RADICE MA- „ TRIMONII, nihil aliud eſt, quam diſpenſare in matri- „ monio de facto contracto, UT EX TUNC SEU AB „ INITIO illud convalidando, ſeu illud legitimare, ratifi-

„ ca-

„ care, vel aprobare; itque manifestat significatio ip-
„ sorum verborum IN RADICE MATRIMONII.

47 Y lo mismo afirma Basilio Ponce, (57) que despues de sentar por regla, que su Santidad no puede legitimar directamente à los Subditos de otro Principe para lo temporal, dice assi: *Quæstio est non levis an saltim possit legitimare indirecte, dispensando scilicet in radice matrimonii, ut quando nati sunt filii sub figura matrimonii quamvis invalide contracti. Si enim ex fornicatione nati sint* (como naciò Don Geronymo *n.* 34.) *dictum est jam in præcedentibus, non posse Pontificem quoad temporalia, neque directe, neque indirecte legitimare, cum non sit aliquid, quod per consequentiam trahat eam legitimationem.*

(57) *Lib.* 11. *cap.* 5. §. 1. *n.* 8. & 9.

48 Y si se coteja esta doctrina con la Dispensa que se concediò à Don Vicente, y Doña Maria (*n.* 22. *y* 23.) y con la expresion que hicieron para conseguirla de haverle tenido vencidos de la fragilidad, y sin esperanza de futuro matrimonio: (58) se hallarà, que segun ella no pudo su Santidad concederla para lo temporal directa, ni indirectamente, por haver nacido Don Geronymo en la forma que queda expressado.

(58) Mem. n. 87. y siguientes.

49 Y prosiguiendo en el n. 9. dice, que quando el matrimonio fue nulo por haverse contrahido con algun impedimento Canonico dirimente, puede el Pontifice dispensar en su raìz para lo temporal: *Quando matrimonium fuit nullum ex aliquo impedimento, jure humano inducto, ut consanguinitatis, solemnis professionis, vel Ordinis, & similium, potest Pontifex legitimare aliquem, dispensando in radice matrimonii.*

50 Hemos visto, que los antiguos, y modernos Canonistas, y los primeros Jurisconsultos de España, han entendido siempre que no hay, ni puede haver Dispensacion *in radice*, donde no ha precedido matrimonio *saltim de facto*, y contrahido con un impedimento establecido por los Canones: Veamos aora, como lo han entendido, y entienden la Sagrada Rota, y los mas cèlebres Canonistas de Italia, y qual ha sido, y es la practica de aquellos Tribunales.

51 El Cardenal Ludovisio, que despues fuè Papa, y se llamò Gregorio XV. compilò las Decisiones que corren en su nombre, y en la XIX. dice assi: *Fuit unanimiter per Dominos conclusum, dispensationem Joanni non sufragari: licet enim*

enim dispensatio fuerit concessa in radice matrimonii, quæ illud convalidando ab initio legitimat prolem: (59) *tamen hoc procedit in prole suscepta in figura matrimonii.* (60) *Unde cum Joannes ante matrimonium esset susceptus: Papa aprobando matrimonium, etiam ab initio, & legitimando prolem, non intelligitur eum legitimase, nec potuit ex matrimonio subsequuto effici legitimus.*

52 Y Oliverio Beltramino dice en sus Addiciones, que esta decision fue confirmada en 19. de Abril de 1602. como à la letra consta de su Addicion, que và puesta al margen, (61) y que en ella se repitiò, que la Dispensacion en la raìz del matrimonio, comprehende solo à la Prole habida en figura de èl, pero no à la que naciò, y fue concebida antes que sus Padres le contraxessen. Marco Antonio Peregrino, tratò muy bien este punto, (62) y concluye al n. 80. con estas palabras dignas de la atencion del Consejo: *Ex præmissis itaque concluso sit, quod ubi Papa dispensat super radice Matrimonii, illud ab initio confirmando, vel retro legitimat matrimonium, filii inde ab initio nati, legitimi sunt, imo de legitimo matrimonio; quoniam in his, Papa supremam habet potestatem, & facere potest, quod usque ab initio matrimonium fuerit legitimum; ubi vero non dispensat retro, sed ex nunc. Soboles jam nata, non est legitima.*

53 *Si autem* (prosigue) *Papa dispensaret super matrimonio contrahendo, & prolem susceptam legitimaret, equidem legitimatio operaretur in vim Rescripti, non uti ex matrimonio retro:* cuya decision, lo es formal para este Pleyto, y prueba, que lo Dispensacion obtenida por Don Vicente, y Doña Maria Balterra para casarse, no fue *in radice*, sino por Rescripto, y que como tal, solo pudo servir à Don Geronymo su hijo para lo Espiritual, y Canonico, y no para lo Temporal.

54 En la cèlebre Causa de Praga, Capital del Reyno de Bohemia, que se terminò en 30. de Septiembre de 1723. sobre la legitimacion de los hijos del Baron de Tman, sugeto de la primer Nobleza, en que escriviò Pitonio una entera Disceptacion, (63) se diò por constante la necesidad del matrimonio precedente, como le havia en aquel caso, contrahido con buena fè, aunque nulo; y sin embargo de haverse mantenido con ella ambos Conjuges, por espacio de quarenta años, y procreado en este tiempo tres hijos, que por haver nacido de un matrimonio putativo, eran legitimos segun los Canones, pero insuc-

(59)
Abbas *in Cap. Per venerabilem sub n. 22. Qui filii sint legitimi.* Ancharranus *cons.* 409. *sub n.* 4. & 5. Anton. Rosel. *de Legitimat. lib. 2. sub n.* 20. Boerius *decis.* 264. *sub n.* 27.

(60)
Ut dicunt DD. prædicti, & tradit Puteus *decis.* 483. *lib. 2.*

(61)
Beltraminus *in Additione ad decis.* 19. Cardinalis Ludovisii, ibi: *Hæc decisio fuit confirmata coram Cardinali Pamphilio XIX. Aprilis 1602. impressa penes Farinacium decis.* 174. *post secundum librum Conciliorum, ubi fuit dictum QUOD DISPENSATIO IN RADICE MATRIMONII, COMPRENDIT TANTUM PROLEM SUSCEPTAM IN FIGURA MATRIMONII, NON AUTEM NATAM, ET CONCEPTUM ANTE MATRIMONIUM.*

(62)
Peregrinus *de Fideicom. artic.* 24. *ex n.* 76. *usque ad* 80.

(63)
Pitonius *tom. 3. discep. Ecclesiasticar. discept.* 63.

ſucceſsibles por Ley de aquel Reyno, y del Imperio, en los Feudos, Dignidades, y bienes temporales: ſe denegò la Diſpenſacion *in radice* à Conſulta de la Sagrada Congregacion del Concilio à quien ſe havia remitido, con motivo de que contrayendo nuevamente matrimonio, havria quedado legima la Prole, como legitimada *per ſubſequens*; y por no baſtar eſta legitimacion en aquel Reyno, ni generalmente en el Imperio, para ſucceder en los bienes temporales: inſiſtieron los Intereſſados en que ſe diſpenſaſſe en la raìz del matrimonio con cauſas tan urgentes, que obtenida nueva Audiencia, ſe les concediò la Gracia por el Breve que refiere Pitonio, pero no con Votos conformes, por haver diſentido el Cardenal Pereyra, como puede verſe en ſu Voto particular que refiere Urſaya. (64)

55 En èl ſupone eſte Purpurado, que el Pontifice puede diſpenſar en la raìz del matrimonio, citando à todos los Autores que haſta aqui hemos referido, y otros muchos: Que eſta Diſpenſacion aprovecha, no ſolo para los efectos Eccleſiaſticos, ſino tambien para los Temporales, y Civiles; y que eſta poteſtad tiene lugar, aunque uno de los Conyuges, que de hecho, y con nulidad eſtaban caſados, haya fallecido; pero añade en el ſupueſto quarto, que para que tenga lugar eſta Diſpenſacion, es abſolutamente neceſſario, que haya precedido matrimonio aunque irrito, por haverſe contrahido con algun impedimento dirimente: *Supono quarto* (dice) *cum ſupra citatis Doctoribus, quod ad hoc ut cadere poſsit diſpenſatio in radice, requiritur neceſſario, preceſiſſe matrimonium de facto, & nuliter contractum*, como puede verſe al n. 25.

56 La miſma doctrina repite con infinitos Autores el Torre en ſu Tratado de los Mayorazgos de Italia, (65) con las miſmas palabras que quedan referidas del Padre Sanchez, (66) y del ſeñor Gonzalez Tellez, (67) y ultimamente Pirro Corrado, (68) que explicò en un tomo entero la practica de las Diſpenſaciones Apoſtolicas, el eſtilo inconcuſamente obſervado en la Curia Romana, corroborado por los Sagrados Canones, Deciſiones de Concilios, y Conſtituciones Pontificias, Declaraciones de la Sagrada Congregacion, y de la Rota, y finalmente de la Sagrada Penitenciaria.

57 Quieren Don Joſeph Balterra, y el Conde de Olo-

(64) Urſaya *tom. 5. poſt diſcep. Eccleſiaſticam 11.*

(65) Torre *de Majoratib. tom. 1. cap. 29. §. 5.*

(66) Sanchez *de Matrimon. t. 3. lib. 8. diſp. 7. n. 7.*

(67) D. Gonzalez Tellez *in Cap. Per venerabilem Qui filii ſint legitimi n. 22. & ſeqq.*

(68) Pirrus Corradus *in Praxi Diſpenſationum lib. 8. cap. 3. n. 50* ibi: „Quando proles habita fuit nullo „ præcedente matrimonio irrito, „ ſed ex concubitu omnino forni„ cario, non poteſt Sumus Pon„ tifex eam quoad temporalia, & „ ſæcularia legitimare extra Loca „ ſuæ temporalis juriſdictionis, „ cum nulla hic, adſit matrimo„ nii radix, in qua Papa diſpen„ ſet.

Olocau (*n. 67. y 69.*) perſuadir contra la doctrina de los primeros Canoniſtas, y de tantos, y tan grandes Juriſconſultos como ſe han referido, que para que tenga lugar la Diſpenſacion *in radice*, no es neceſſario que preceda el matrimonio de los Padres, y que baſta que ſus hijos hayan ſido procreados con afecto marital; pero no es facil comprehender, que es lo que en eſto quieren decir ſus Defenſores.

58 Cierto es que el Matrimonio fue inſtituido por Dios en el Paraiſo, y en el eſtado de la Inocencia, (69) y que por Derecho Natural, y Divino fue indiſoluble ſu Vinculo deſde el principio del Mundo, (70) ſin que haya havido jamàs en la Ley Natural, en la Eſcrita, (71) ni en la Evangelica, otro medio permitido para la propagacion del Linage Humano; y aſsi no puede haver entre Chriſtianos afecto marital en los que fuera de matrimonio ſe juntan carnalmente ſiendo parientes dentro del quarto grado, ſabiendo que lo ſon, y que por eſte impedimento no pueden contraherle, por eſtàr prohibido por la Igleſia, y no ignorando que por eſta prohibicion, ni el varon puede ſer marido, ni muger, la parienta con quien ſe junta, porque eſte es un inceſto graviſsimo; y como yà vimos con el Padre Baſilio Ponce, no puede el Papa legitimar directa, ni indirectamente à aquellos *qui ex fornicatione nati ſunt*: A que ſe añade, que ſu Santidad no puede ſuplir el conſentimiento conyugal, que no huvo, y eſpecialmente en eſte caſo, en que clara, y literalmente expreſſaron Don Vicente, y Doña Maria, que havian tenido à Don Geronymo *abſque ſpe futuri matrimonii, & ſola carnis fragilitate victi.*

59 Sin embargo de ſer eſto aſsi, ſe empeñò el Regente Seſsè (72) en defender, que baſta el afecto marital para que tenga lugar la Diſpenſacion *in radice*, ſiendo aſsi, que para la determinacion del Pleyto en que eſcrivia, no era neceſſaria eſta inſpeccion, por conſtar de los motivos de la Sentencia que refiere, (73) que en la narrativa que ſe hizo à ſu Santidad para obtener la Diſpenſacion, repreſentaron los Padres, *que havian contrahido matrimonio de preſente, ò eſponſales de futuro, publica, ò clandeſtinamente, ò prometido contraherle, y que baxo de eſta promeſſa, ſe havian conocido carnalmente, y procreado la Prole, con cuyo motivo ſe les concediò la Diſpenſa, dandoles facultad para*

per-

(69)
Conſtat ex Cap. Unico de Voto in ſexto, & ex Concil. Trid. ſeſ. 24. de Reformat. matrim. cap. 1.

(70)
Dicto Cap. Unico de Voto in ſexto. D. Cavarr. *de Matrim. p. 2. cap. 7. §. 3. n. 5.* Sanchez *in eodem tract. tom.* 1. *lib.* 2. *diſp.* 13. *ex n.* 1. *& in terminis n.* 4.

(71)
Aunque Moyſes permitiò à los Hebreos el repudio, no era licito al principio, como lo declarò Chriſto nueſtro Señor à los Fariſeos, y refiere San Matheo al cap. 19. verſiculo 8. ibi: *Quoniam Moiſes ad duritiem cordis veſtri, permiſit vobis dimittere uxores veſtras: ab initio autem non fuit ſic.*

(72)
Seſse *deciſ.* 231. *n.* 42. *&* 43.

(73)
Seſsè *ibidem n.* 34. *y ſiugientes.*

perſeverar en el matrimonio yà contrahido, como conſta de las miſmas palabras de eſte Autor, en que defendiendo que ſu Santidad quiſo Diſpenſar en la raiz del matrimonio, dà la razon, que por evitar proligidad, và pueſta al margen. (74)

60 Y para que ſe vea que eſta narrativa fue en todo cierta, ſe debe tener preſente que el caſo de que ſe trataba, ſuccediò antes del año de 1550. (75) y por conſiguiente antes de la promulgacion del Concilio Tridentino, que ſe hizo como de èl conſta en el de 1564. à cuyo tiempo los Eſponſales de futuro, paſſaban à ſer matrimonio verdadero, aunque preſumpto, por la copula, ſi la havia deſpues de ellos, (76) y eſte ſe contrahia por el ſolo conſentimiento, aunque fueſſe clandeſtino, (77) como le huvo en aquel caſo, y à mayor abundamiento ſe expreſsò por palabras de preſente.

61 Y aunque eſto baſtaria para probar que precediò matrimonio defacto, aunque nulo, por el impedimento de conſanguinidad con que ſe contrajo, y no el ſolo afecto marital, como ſe quiere perſuadir, aunque lo huvo en conſequencia del matrimonio precedente: añade el miſmo Seſsè, varias comprobaciones de eſta verdad.

62 Dice que las palabras de los que impetraron la Diſpenſa, incluyen no ſolo el matrimonio contrahido de hecho, y explicado por palabras de preſente, ſino tambien el preſumpto que lo es verdadero, *ſive reſultet ex cohavitatione, ſive ex ſponſalibus de futuro, ſecuta copula, ſive etiam conjungali conſenſu*; porque la intencion principal del Pontifice fue legitimar aquel matrimonio, y la prole que de èl naciò: en cuyos caſos es viſto diſpenſar ſu Santidad en ſu raiz, ò bien porque aprueba, y ratifica aquel matrimonio, del qual nacieron los hijos; ò bien porque haviendo hecho mencion del matrimonio, legitìma los que han nacido, ò nacieren de èl, mayormente quando les dà facultad de permanecer en el que tenian contrahido;

(74) Seſsè *ibidem*, ibi: *Ratio eſt, quia in narrativa continebatur, ſe matrimonium per verba de præſenti ſeu Sponſalia per verba de futuro, publice, vel clandeſtine, de facto contraxiſſe, ſeu contrahere promiſiſſe, ac ſe carnaliter copulaſſe, & prolem procreaſſe. Certe verba hæc omne matrimonium includunt, non ſolum de facto, verbis contractum, ſed etiam præſumptum, quod verum matrimonium eſt de præſenti, ſive reſultet ex cohavitatione, ſive ex Sponſalibus de futuro, ſecuta copula, ſive etiam conjugali conſenſu qui eſt verum matrimonium de præſenti, præſumptum & tacitum, nam intentio Romani Pontificis principalis, eſt legitimare illud matrimonium, & prolem ex eo ſuſceptam, & ſic, ſive matrimonium illud, individuum ſit facti, ſive præſumptum, illud legitimat Papa, legitimando prolem ſuſceptam, ſicut ſuſcipiendam, ratione æquiparationis: in quibas caſibus, ut dixi, cenſetur diſpenſare in radice; ſive quia approbat, & ratificat matrimonium illud à quo efluxerunt partes ſupplicantes, ſive quia legitimat natos, & naſcituros, habita mentione matrimonij ut hic, per verba illa,* in matrimonio ſic per vos contracto, *& verba illa* exínde, &c. *quibus ſignificat Romanus Pontifex ſe ratificare matrimonium illud, à quo iſti ſupplicantes orti ſunt, ſive ſit hoc, ſive illud, quia dicit narrativa,* ſeu contrahere promiſiſtis: *Quæ major promiſio, quam tractatus de contrahendo, & obtinenda diſpenſatione, poſtmodum obtenta, etiam ſecuto matrimonio? Nonne in tali tractatu adſunt verba promiſſionis, pacta, & conventa, licet non in modum ſtipulationis? Nonne verificantur verba narrationis, promiſſionem ſpectantia per verba tractatus? quibus (intercedente copula) ſe obligant, paciſcunt, conveniunt partes contrahere, & ad id diſpenſationem petere? Nonne ibi intervenit contractus matrimonij, qui ſolo conſenſu perficitur? Numquid non ita eſt, quod matrimonium, verbis non indiget, & ſolo conſenſu, primitus declarato conſtituitur? Ergo quando ſolus conſenſus, & affectio maritalis intervenirent, declarando conſenſum de tempore in narrativa expreſſum, nonne verum eſſet matrimonium præceſiſſe, ex quo ſupplicantes nati ſunt? Mens Papæ fuit legitimare partes & matrimonium, ex quo ortæ ſunt, quod habuiſſet locum, ſive in matrimonio per verba de facto contracto, ſive in præſumpto, ſive in promiſsione de contrahendo, ſecuta copula, quod omne in caſu præſenti reperitur, ſi quidem datur promiſio per tractatus de contrahendo, obtenta diſpenſatione, ut narrativa exponit: dantur etiam ſponſalia directe celebrata de futuro ante conceptionem Didaci, recepta per Reverendum Paſqualia: datur etiam maritalis affectus, qui eſt verum matrimonium, in quibus omnibus, & quodlibet eorum verificatur diſpenſatio.*

(75) Mem. num. 33.

(76) *Cap. Is qui fidem 30. de Sponſalib. & matrim.*

(77) *Cap. Ex parte 9. & cap. Cum locum 14. ejuſdem tit. cap. 1. & 2. de clandeſtina Deſponſatione.*

en lo qual declarò que le ratificaba ; porque haviendo prometido desde el principio contraher le al tiempo que celebraban los Esponsales , y pedir Dispensacion para ello : no podia darse mayor promessa , havido respecto al tiempo en que se hizo.

63 *Nonne* (dice) *in tali tractatu , adsunt verba promissionis, & repromissionis, pacta, & conventa, licet non in modum stipulationis? Nonne verificantur verba narrationis, promissionem spectantia per verba tractatus quibus (intercedente copula) se obligant , paciscunt, conveniunt partes contrahere , & ad id, dispensationem petere? Nonne ibi intervenit contractus matrimonij , qui solo consensu perficitur ? num quid non ita est, quod matrimonium verbis non indiget , & solo consensu primitus declarato, constituitur ?* Luego es indubitable que huvo matrimonio , no solo presumpto , sino verdadero , aunque nulo ; y por consiguiente està tan lexos de probar este argumento , que basta la copula havida con afecto marital , seguida la Dispensacion , y el matrimonio de los Padres , para que tenga lugar la Dispensacion *in radice* : que absolutamente prueba lo contrario , y confirma todo lo que se ha dicho sobre la necessidad de que preceda el matrimonio de facto, aunque nulo, porque sin èl no hay , ni puede haver raiz sobre que recayga la Dispensacion.

64 Y aunque en la Decision de esta Causa se hizo tambien mencion del afecto marital : prescindiendo de que haviendo precedido matrimonio, aunque nulo , no era necessario este motivo , ni se fundò en èl la Sentencia: lo que no tiene duda es, que no todo lo que se dice en ella, es estimable , *quoties rem judicatam potuit aliqua diversa causa movere*, (78) por la gran diferencia que hay entre los motivos que solo se ponen *ad ornatum*, y los que se alegan de tan notoria solidèz , que de necessidad convencen haverlo sido de la Sentencia , qual es en este caso , la preexistencia del matrimonio , no solo presumpto que bastaba en aquel tiempo , sino tambien contrahido por palabras de presente.

65 Contra una verdad tan de bulto , se opondràn dos Decisiones que refiere à la letra Garcia , (79) y en que se estimò ser *in radice* la Dispensacion de los Padres de Martin Ceron , que pretendia en virtud de ella el Mayorazgo de su Casa , sin embargo de lo qual le condenò el Consejo , declarandole por ilegitimo , como refiere el mismo Garcia ; (80) y aunque este defiende que no fue *in ra-*

(78) *Leg. Et an eadem 14. ff. de Except. Rei judicatæ.* D. Larrea *dec. 34. n. 71.*

(79) Garcia *de Benefic. p. 7. cap. 2. n. 40.*

(80) *Ibidem n. 42. in fine.*

radice esta Dispensa, como yà se ha dicho, y puede verse: por la tercera Decision que cita, y refiere à la letra Basilio Ponce, (81) consta que en aquel caso havia precedido matrimonio de hecho, y que con este motivo se declarò que la Dispensacion de que se trataba havia sido en la raiz del matrimonio: *Quod autem* (dice la Decision) *voluerit Pontifex in casu proposito dispensare in radice matrimonij, deducebant Domini, primo, quia hic habetur narrativa, quæ præsumitur justificata, juxta resolutiones jam factas, in qua narratur, non solum præcessisse tractatum Parentum de matrimonio contrahendo, cum spe obtinendi dispensationem, sed etiam præcessisse ipsum matrimonium de facto, & clandestine contractum.*

(81) Basilius Ponce *de Matrim. lib.* 11. *cap.* 5. *post* §. 1. *fol.* 934. *in fin.*

66 Aqui es necessario advertir la equivacion con que acaso se querrà atribuir à Basilio Ponce, lo que solo de paso, y sin examen dixo la Rota en las citadas Decisiones que refiere este Escritor, y se hallan tambien impressas en Garcia, (82) y entre las novissimas del Tomo 1. de Farinacio, y aun en las Recenciores, (83) siendo assi que Basilio Ponce defiende la necessidad del matrimonio precedente, (84) y que aunque trae à la letra las tres citadas Decisiones, (85) es sin explicar en quanto à ellas, su dictamen.

(82) Garcia *de Benefic. p.* 7. *cap.* 2. *num.* 40.

(83) Farinacius *tom.* 1. *Novissimarum decis.* 166. & 191. & *decis.* 455. *n.* 1. *p.* 1. *Recentior.* & *decis.* 280. *n.* 2. & *decis.* 687. *n.* 14. *p.* 2. *Recentior.*

(84) Basilius Ponce *de Matrim. lib.* 11. *cap.* 5. §. 1. *n.* 8. & 9.

(85) *Ibidem sub num.* 12.

67 Ninguna de estas, ni de las demàs que pueden citarse, se fundaron en el afecto marital, sino en el matrimonio de hecho, aunque nulo, bien que sin necessidad, & *extra chorum* dixeron sus Extensores, que bastaba la copula havida con afecto marital, si se seguia la Dispensacion, y el matrimonio.

68 La necessidad de la defensa, nos pone en la precision de traer à este lugar la naturaleza de estas Decisiones, que explica muy por menor el Cardenal de Luca, haciendo vèr lo que son, para que mejor se comprehenda la flaqueza del fundamento que en ellas se hace en contrario.

69 Este Eminentissimo Escritor, explica muy por menor la institucion de este Tribunal, su jurisdiccion, y facultades, su modo de proceder, su estilo, y demàs que de èl debe saberse. (86) Dice que nada se determina en la Rota, en lo principal, ni en lo incidente, sin que preceda la disputa de los dubios que ocurren, y sin dàr à la estampa lo que se llama Decision, à menos que se omita de consentimiento de las partes, (87) y que assi està manda-

(86) Cardin. de Luca *in relatione Romanæ Curiæ, discurs.* 32. *per tot.*

(87) Luca *ubi proximè n.* 50.

dado *ſub nulitatis Decreto*, por una Conſtitucion de Pio IV: (88) Que hay gran diferencia entre las de la Rota, y las de la otros Tribunales: Que aquellas no contienen la determinacion de las cauſas, pero ſi eſtas, (89) como ſon las de Aflictis, Franchis, Theſauro, y otros ſemejantes: Que las de la Rota ſon unos actos extrajudiciales, en que ſe manifieſtan à las partes las razones de dudar que tiene el Juez Comiſſario de la Cauſa, ò ſu Aſſeſſor, antes que llegue el caſo de la Sentencia: (90) *Ideoque* (dice) (91) *non ſunt, neque Sententiæ, neque Decreta, ut ſtulte oppinatur quodam exterum leguleicum vulgus, quod rerum veritatem ignorando, & quod pejus eſt, nullam curando adhibere deligentiam ut eam ſciat, obloquitur ignorando quid dicat, ideoque error eſt, iſtas Deciſiones comparare illis aliorum Tribunalium longè diverſæ naturæ, ut ſuprà, vel eas credere Sententias.*

70 Y añade, (92) que deſpues de la primera Deciſion, ſe pide ſegunda Audiencia, y ſe diſputa ſi ſe ha de eſtàr, ò no à lo decidido: Que aunque ſe reſuelva afirmativè, y ſalga ſegunda Deciſion, ſe pide otra Audiencia, y ſale la tercera; pero todo ſin llegar à Sentencia; y puede ſuceder que el que tres veces ha obtenido las Deciſiones, pierda el pleyto, y que la primera Sentencia ſea contra todo lo decidido: *Adeo* (93) (dice) *ut, ſi favore ejuſdem partis duæ vel tres Deciſiones in eadem inſtantia prodierint, priuſquam deveniatur ad Sententiam, vel Decretum, Cauſa adhuc integra, & indeciſa eſſe dicitur: neque Deciſiones prædictæ ponuntur in proceſſu, vel in actis, minuſque tranſeunt per manus Notarij, actuarij, quoniam ut præmiſſum eſt, ſunt mere extrajuditiales inſinuationes motiborum, quæ per cauſæ Ponentem, ſeu Comiſſarium, extrajudicialiter PER ORGANUM EJUS ADJUTORIS STUDIORUM* (94) *fiunt. Ideoque irriſione digni ſunt illi Judices de Partibus qui capiunt hujuſmodi Deciſionum, Sumptum authenticum, ut in actis producatur ad effectum dignoſcendi, quod in ea cauſa per Rotam ſententiatum fuerit.*

71 El Ayudante de Eſtudios del Auditor, à quien eſtà cometida la Cauſa, es lo que en Madrid llamamos Paſſante principal, ò de pluma; (95) y ſiendo eſte el organo por cuya mano ſe inſinùan, ò manifieſtan eſtas, que el Cardenal llama razones de dudar: venimos à parar en que las que ſalen con titulo de Deciſiones, no lo ſon, ni pueden ſer de la cauſa que ſe controvierte: Que ſe authorizan con el nombre de la Rota, ſiendo una mera produc-

cion

(88) *conſtitutione 44. Pij IV.* Roxas *deciſ. 385.*

(89) Luca *ibidem num. 52.*

(90) *Ibidem*, ibi: *Verè, & proprie ſunt motiba, quæ Cauſæ Judex indicat partibus ita pandendo vota ſuorum Aſſeſſorum, ſeu Conſiliariorum per quandam ſpeciem beneboli officij, monendo eam partem, contra quam Tribunal præjuditiales ſenſus habet, priuſquam ipſum ad actum irretractabilem ſententiæ procedat, ad effectum, ut agnoſcendo quod rationes dubitandi contra eum in facto, vel in jure non ſubſiſtant, poſsit denuo Tribunal melius informare, atque ſiniſtram oppinionem jam conceptam tollere: perinde ac ſi Judex imperitus, qui cum voto Aſſeſſoris Cauſas decidit, ac Sententias profert, priuſquam ad Sententiæ prolationem deveniat, ipſum votum partibus apperiat, ſeu communicet ad hoc ut deducere valeant, quid habeant in contrarium, atque melius Aſſeſſorem informent: idque proprie continent Rotæ Deciſiones, quæ ſunt actus mere extrajuditiales.* Roxas *deciſ. 380. & paſsim.*

(91) Luca *ubi praximè n. 53.*

(92) *Ibidem n. 54. 55. & 56.*

(93) *Ibidem num. 56.*

(94) Luca *dicto diſcurſ. 32. n. 32.*

(95) Videatur Luca *in dict. diſcurſ. 32. n. 32.*

cion del Ayudante de Estudios, ò Passante del Juez Comissario, ò su Assessor; no solo sin examen de los demàs Auditores, sino acaso sin su noticia: Y que ni son parte de los Autos, ni se comunican al Notario ante quien passan, ni son finalmente otra cosa, que lo que se ha visto, y mas latamente puede observarse en este gran Maestro de la practica de Roma.

72 Y siendo esto assi, què concepto podrà merecer à un Tribunal, como el Consejo, el que en las Decisiones, referidas, que se llaman de la Rota, y no lo son, entre otros motivos inconducentes para el pleyto que se disputaba en ella, dixesse el Ayudante de Estudios, ò el Assessor del Ponente que las extendiò, que aunque no preceda matrimonio de *facto*, basta la copula habida con afecto marital para que tenga lugar la Dispensacion *in radice*?

73 Diràn que assi lo defiende Barbosa, (96) fundado principalmente en las citadas Decisiones de la Rota, y en que necesitandose (segun dice) el matrimonio, solo para manifestar el consentimiento, que igualmente se deduce del afecto marital: no es necessario aquel, y basta este; pero prescindiendo de que la misma Rota tiene declarado repetidas veces lo contrario, (97) y de que Barbosa lo defendiò assi en sus Colectaneas al Derecho Canonico, citando en comprobacion à Juan Andrèa, Antonio de Butrio, los Cardenales Alexandrino, y Zavarela, Peregrino, Celso, Garcia, y otros muchos, (98) son incomprehensibles los fundamentos que para ello alegan.

74 Dice que el Pontifice puede dispensar en la raiz del matrimonio, no solo quando le huvo de *facto*, sino tambien quando precediò la copula con afecto marital; (99) contra lo que èl propio havia enseñado, (100) citando à los mismos, con cuya Authoridad havia defendido lo contrario. Y no contento con esto, atribuye esta opinion à los treinta y siete Autores que cita el P. Sanchez; (101) siendo assi, que este, y aquellos defienden la absoluta necesidad del matrimonio precedente, y de que la Prole haya nacido durante èl, para que tenga lugar esta disposicion, y por ella la legitimacion *quoad temporalia* de la Prole: Que su Santidad quando dispensa en la raiz del matrimonio le reduce à los terminos del Derecho natural, que solo pide el reciproco consentimiento; (102) y que como el impedimento de la consanguinidad proviene

(96) Barbosa *Voto* 27. *per tot. signanter ex n.* 16.

(97) Rota *decis.* 174. *post lib.* 2. *Consiliorum* Farinacij, & coram Ludovisio *decis.* 19. cum alijs, quas ibidem refert Beltraminus *in Additionibus.*

(98) Barbosa *in Colectaneis ad Text. in Cap. Per venerabilem, qui filij sint legitimi, n.* 6. & 7.

(99) Barbosa *Voto* 27. *per totum.*

(100) Barbosa *in Colectaneis ad Textum in Cap. Per venerabilem qui filij sint legitimi n.* 6. & 7.

(101) Sanchez *de Matrim. lib.* 8. *disp.* 7. *n.* 4.

(102) *Leg. Nuptias, ff. de Reg. Jur. cap. cum locum de Sponf.*

de la Ley Canonica, (103) una vez que la dispensa, removiendo aquel impedimento: queda un matrimonio verdadero, legitimo, y real, (104) que estaba antes encubierto con el velo del impedimento Canonico.

(103) *Cap. Non debet de consanguinitate & affinitate.*

(104) Barbosa *ibidem n. 2. & seq.*

75 Que quando su Beatitud declara en la Dispensa por legitimos, los hijos, no los constituye tales, ni hace otra cosa que correr el velo, para que veamos el matrimonio que realmente havia, y no aparecia: *Evenit quippe in isto casu, idem ipsum, quod in expulsione Nubium, quæ non facit serenum, sed retegit, & in excussione Spicarum, quæ non facit frumentum, sed illud demostrat. Quinimo* (dice) *ab his plane deducitur non esse in manu, aut potestate Pontificis, in radice dispensantis, impedire effectum legitimationis ab ea provenientis, tamquam effectus insitus, & naturalis à sua causa proveniens, quemadmodum non est in potestate fenestram apperientis, lucem detinere.*

76 Y de este supuesto infiere, que como el matrimonio en los terminos del Derecho Natural, se perfecciona por el solo consentimiento que se deduce bastantemente del afecto marital, basta este para la dispensacion *in radice*, aunque nunca haya precedido matrimonio. *Tertio infertur* (105) dice) *quod cum matrimonium in terminis juris naturalis, solo consensu perficiatur, isque plenè eliciatur ex affectu quem juris interpretes vocant maritalem, is unus sufficiens est ad dispensandum in radice, etiam si matrimonium in figura, seu de facto inter conjuges non præcesserit, cum consensus ad matrimonium necessarius, hoc in casu subsit.*

(105) Barbosa *dicto Voto 27. n. 16.*

77 Si esta opinion se quiere entender con limitacion à los casos que precedieron al Santo Concilio Tridentino, podrà ser tolerable; pero no lo es despues de su publicacion, ni por consiguiente en el de Don Vicente, y Doña Maria Balterra, à que querrà concretarse en contrario.

78 Toda la maquina de Barbosa se reduce à tres supuestos, que son despues del Concilio, tres imposibles. El primero, que el afecto marital prueba el consentimiento, y por èl, el matrimonio de los Padres, que debe presumirse: *Neque enim* (dice el texto que cita) (106) *vero simile est, eum qui postea vel donationem vel dotem conscripserit, ab initio talem affectionem non habuisse*: (107) El segundo, que quitado por la dispensacion, el impedimento Canonico, se descubre un matrimonio valido, legitimo, y verdadero, aunque clandestino, desde antes de la concepcion de la Prole, autorizada por el Derecho Natural, que solo pide el

(106) *Leg. Cum quis, Cod. de Naturalib. liber.*

(107) Barbos. *dict. Voto 27. à n. 16.*

reci-

reciproco consentimiento: (108) Y el tercero, que los hijos nacidos de este ideado matrimonio, aunque nunca le haya havido, ni precedido otra cosa que la copula con afecto marital, nacen tan legitimos, como serian si sus Padres les huviessen procreado, estando legitimamente casados *in facie Ecclesiæ*, sin impedimento alguno, y con todas las solemnidades prevenidas por los Concilios Lateranense, y Tridentino. (109)

79 Es imposible el primer supuesto, y lo seria aun quando real, y verdaderamente huviessen precedido Esponsales à la copula de Don Vicente, y Doña Maria: Porque aunque el Derecho antiguo presumia en estos terminos el matrimonio, no como quiera, sino con una presumpcion, *juris, & de jure*: (110) por la publicacion del Tridentino, cessaron todos los matrimonios presumpros, y no hay, ni puede haver otros para la legitimacion de los hijos, sino los que se celebran en presencia del Parrocho, y Testigos, (111) como lo tiene repetidas veces declarado la Sagrada Congregacion, y atestigua el cèlebre Canonista Fagnano, que por espacio de setenta años, fue Secretario de ella, (112) el qual despues de haver referido lo que en este essumpto estaba dispuesto por las Decretales, añade estas palabras: *Sed hodiè hoc corrigitur, quia ex Decreto Concilij Tridentini*, (113) *non tenet matrimonium, nisi fuerit celebratum, servata forma ibi præscripta: unde Sponsalia de futuro, ex copula, non transeunt amplius, in matrimonium*, NEC PROSUNT AD LEGITIMITATEM PROLIS, *ut sæpius censuit Sacra Congregatio ejusdem Concilij interpres.*

80 Y con razon, porque como dice el Padre Sanchez, que defiende con todos los Canonistas que cita, la misma verdad: (114) *Si consensus expressus & verus hodie non constituit matrimonium, nisi præstetur coram Parrocho, & testibus: à fortiori iste consensus virtualis implicitus & interpretativus præsumptusque, id non efficiet.*

81 No es menos imposible el segundo supuesto, reducido à que quitado por la dispensacion, el impedimento que havia introducido la Ley Eclesiastica, (115) y era el Velo que cubria el matrimonio, se manifiesta el que real, y verdaderamente havia entre los Padres de la Prole desde antes de su concepcion, tan legitimo, como el que se contrahe *in facie Ecclesiæ*; porque aunque es cierto, que por Derecho natural, bastaria el solo consentimiento, como

(108) *Cap. Cum locum de Sponsalib.* Barbosa *ubi proximè n.* 17.

(109) Barbos. *dict. Voto* 27. *per tot.*

(110) *Cap. Is qui fidem de Sponsalibus, & cap. unico*, §. *Idem quoque de Desponsatione Impuberum.*

(111) *Concil. Trident. sess.* 24. *de Reformat. matrim. cap.* 1.

(112) Fagnanus *in cap. Per tuas* 12. *quæ filij sint legitimi n.* 3.

(113) *Concil. Trid. cap.* 1. *sessione* 24. *de Reform. matrim.*

(114) Sanchez *de Matrim. tom.* 1. *lib.* 3. *disp.* 40. & apud ipsum Navarrus *in Summa latina cap.* 25. *n.* 144. *& cap.* 27. *n.* 141. Gutierrez *Canonicar. lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 4. *& de Juramento* 1. *p. cap.* 51. *n.* 12. 13. *&* 14. Enriquez *lib.* 11. *de Matrim. cap.* 3. *n.* 7. Petrus de Ledesma *in eodem tractatu q.* 45. *art.* 5. *punct.* 2. *dubio* 4. *& alij plures.* Fuxardo *in Tract. de Legitimat. per subsequens membr.* 3. *ex n.* 177. *ad* 195.

(115) *Cap. Non debet de Consanguinitate, & affinitate.*

mo

mo baſtaba entre los no impedidos: nadie à dicho, ni puede decir ſin error, que deſpues del Tridentino, pueda celebrarſe matrimonio validamente, en otra forma que la que previenen ſus palabras: *Qui aliter* (dice) (116) *quam præſente Parocho, vel alio Sacerdote, de ipſius Parochi, ſeu Ordinarij licentia, & duobus, vel tribus teſtibus matrimonium contrahere attentabunt, eos Sancta Sinodus ad ſic contrahendum, omnino inhabiles reddit & hujuſmodi contractus irritos, & nullos eſſe decernit, prout eos præſenti Decreto irritos facit, & annullat.*

(116) *Conſil. Trid. ſeſſ. 24. de Reformat. maerim. cap. 1.*

82 Es verdad Catholica que el Santo Concilio aprobado por el Vicario de Chriſto Nueſtro Señor, recibido por la Igleſia, y mandado guardar por las Leyes del Reyno, (117) pudo irritar los matrimonios clandeſtinos, aunque ſe celebraſſen con reciproco, y formal conſentimiento de los contrayentes, y inhabilitarles para contraherles, ſin embargo de las dificultades que para ello huvo, y pueden verſe en la Hiſtoria del miſmo Concilio, que eſcriviò el Cardenal Palavicino, en el Padre Sanchez, Gutierrez, Soto, y otros, (118) y ſe ſuperaron por el zelo, y ſabiduria de los Padres que en èl intervinieron con la aſſiſtencia del Eſpiritu Santo.

(117) *Leg. 81. tit. 5. lib. 2. Recop. & leg. 62. tit. 4. ejuſdem libri.* D. Salgad. *de Supplic. ad SS. p. 2. cap. 1.*

(118) Cardinal. Palavicinus *in Hiſtoria Concilij Tridentini tom. 3. lib. 22. cap. 4. per totum.* Sanchez *de Matrim. tom. 1. lib. 3. diſp. 4.* Gutierr. *de Juament. 1. p. cap. 51. n. 22.* Soto *in 4. diſtinct. 26. q. unica in fine.*

83 Y haviendoſe irritado en el citado Decreto, todos los matrimonios clandeſtinos, y otros qualeſquiera en que no intervinieſſe el Parrocho, y Teſtigos, ſin embargo de que por Derecho natural, baſtaba ſolo el reciproco conſentimiento: Es evidente, que ni puede haverle en los terminos que quiere Barboſa, ni pueden contraherle los Parientes, que *ſub fide ſponſalium*, ò ſin ella, ſe conocieron carnalmente; y que hallandoſe inhabilitados por el Concilio, ni ſegun èl pudieron contraherle, ni quando de hecho le huvieſſen contrahido, podria tener validacion.

84 Y aunque ſu Santidad diſpenſa en el impedimento Canonico de la conſanguinidad, no deroga al Tridentino, ni habilita à los que pidieron la Diſpenſa para contraher matrimonio clandeſtino *ſino ſervata forma Concilij Tridentini*, como formalmente lo hizo en eſte caſo. (119)

(119) Mem. n. 187. fol. 87.

85 El tercer ſupueſto que hace Barboſa, es que el matrimonio que corrido el velo con la Diſpenſacion, ſe deſcubre, aunque clandeſtino, obra por ſu naturaleza la legitimidad de los hijos, con tanta propiedad, y verdad, que ni aun ſu Santidad puede embarazarla, por no pender de ſu arbitrio (ſupueſta la Diſpenſa) como no pende

del

del que abre una ventana, embarazar que entre la luz; en lo qual no solo hablò contra el Concilio Tridentino, sino tambien contra el quarto Lateranense, (120) que dice assi: *Si quis vero Clandestina conjugia inire præsumpserit in gradu prohibito etiam ignoranter: Soboles de tali conjuntione suscepta, prorsus ilegitima censeatur.*

86 Por esta terminante decision, y por la del citado Decreto del Tridentino, tiene declarado la Sagrada Congregacion de Cardenales, destinada à su interpretacion, que los hijos nacidos de un matrimonio clandestino son ilegitimos, (121) como enseña entre otros el mismo Barbosa en dos partes, (122) y repiten los Padres Francisco Suarez, Leonardo Lesio, y los demàs que vàn citados al margen. (123)

87 Con gran gusto preguntariamos à Barbosa, si seria hoy, valido un matrimonio celebrado con reciproco, y formal consentimiento entre personas no impedidas, y si la Prole que de él naciesse, seria legitima, ò no? precisamente havia de responder, que ni seria valido el matrimonio, ni legitima la Prole, sin embargo de haverse contrahido en la forma que se requeria segun el Derecho Natural, por estàr declarado assi por el Decreto Conciliar, que no solo es Ley, sino Dogma: pues por què ha de pretender que un matrimonio que no huvo, y que solo intenta inferir de la copula habida con afecto marital, à de ser valido, y legitimo, y capàz de legitimar la Prole incestuosa, y espurea, solo porque su Santidad removiò con la Dispensa el impedimento Canonico? Hace esta, otra cosa que dexar à los que la impetran en aptitud de casarse, *servata forma Concilii Tridentini*, con absoluta libertad de executarlo, ò no? Què tiene que vèr el Rescripto que para ello se concede, con el incesto que precediò, sea con afecto marital, ò sin èl? Puede pretenderse que resulte de èl, mas que un tacito consentimiento en el matrimonio de futuro, obtenida que sea la Dispensacion? Assi lo piden, y assi se concede: Y si el Concilio les hizo inhabiles para contraherle sin la assistencia del Parrocho, y Testigos; còmo quiere que le haya anterior al incesto, aunque presumpto, y clandestino, no solo vàlido, y verdadero, sino capàz de que la Prole sea legitima desde entonces, una vez que su Santidad quite el impedimento con la dispensa?

(120) *Cap. finali, §. Si quis vero de Clandestina Desponsatione.*

(121) Apud Fagnan. *in dicto Cap. Per tuas, qui filii sint legitimi n.* 3. Sanchez *de Matrim. tom.* 1. *lib* 3. *disp.* 42. Faxardo *de Legitimat. per subsequens ex n.*177. *ad* 195. Cervantes *ad Leg.* 6. *Tauri n.* 22. Peregrin. *de Fideicom. artic.* 24. *n.* 8. Gutierr. *de Matrim. cap.* 71. *n.* 9.

(122) Barbosa *in Pastorali p.* 2. *alleg.*32. *n.* 8. *& voto* 71. *n.*1. *& per tot.*

(123) Suarez *de Censur. disp.* 50. *sectione* 1. *n.* 9. Lesius *in Opusculo post tractat. de Irregularitate cap.* 9. *dub.* 1.

88 En el caso presente tenia diez años cumplidos Don Geronymo, quando la pidieron sus Padres: en ella removiò el Pontifice el impedimento *non pro ut ex tunc*, sino *pro ut ex nunc*: quedò por esso legitimo Don Geronymo? no por cierto, ni lo fue aun para los efectos Canonicos, hasta que tres años despues contraxeron sus Padres matrimonio, en virtud de la Clausula de legitimacion que contiene: luego no hay fundamento para decir, que por el mismo hecho de quitar su Santidad el impedimento que causò la Ley Eclesiastica, se corriò el velo al matrimonio latente, que desde antes del incesto se dice havia, en virtud del consentimiento que pide el Derecho Natural.

89 Tan persuadido estaba Barbosa, de que quitado en virtud de la Dispensa el impedimento Canonico, quedaba desde luego descubierto un matrimonio verdadero, legitimo, y real, entre los que la impetraron, que condena por erronea la opinion de los que defendiendo que la Dispensacion *in radice* obra igualmente para los efectos Espirituales, y Temporales, admiten su retrotaccion al tiempo que se contraxo el matrimonio, que en su principio fue irrito; (124) y añade, que es mucho mas eficàz la legitimidad que supone de los hijos habidos con afecto marital por los que siendo parientes, los procrearon, que la de los naturales por el subsiguiente matrimonio de sus Padres (125) en virtud del Capitulo *Tanta est vis Qui filii sint legitimi.*

90 En este dice (126) se finge, ò suple el consentimiento, ò afecto marital, y en aquella, no solo lo hay, si que es la Basa de la declaracion del Pontifice, pero esta ficcion no tiene mas apoyo, que la voluntariedad con que se dice; porque aunque los hijos hayan nacido *ex libero coitu*, y sin afecto marital: por el mismo hecho de haver nacido naturales, se legitiman por el posterior matrimonio de sus Padres.

91 Dice, que en este Capitulo dispone el Papa en lo que no le toca, y que al contrario succede, quando dispensa en la raìz del matrimonio, en lo qual no hizo sin duda reflexion à lo que no podia ignorar. Su Santidad dispuso en el Capitulo *Tanta est vis* de la legitimidad para los efectos Canonicos, que son del Resorte de la Jurisdiccion Eclesiastica, y no para los temporales que tocan à la potestad Civil, por lo qual donde no hay ley particular

(124) Barbos. *dicto vot. 27. ex n. 3.*

(125) *Ibidem n. 21. & seqq.*

(126) *Ibidem n. 23.* ibi: *Et verè, dispensatio, aut dispositio* dicti Capitis Tanta, *in multis difert, & simul inferior est, vinciturque ab ea, quæ fit in radice. In illa fingitur, aut supletur consensus, seu afectus maritalis: In ista re vera intervenit, imo basis est subsequentis declarationis in radice à Pontificæ factæ. In illa, lex canonica media fictione, disponit circa ea, quæ sua non sunt: at in ista, Pontifex disponit vere, & realiter in his quæ sui juris sunt, & in sua potestate constituta.*

lar que habilite à los legitimados *per ſubſequens* para la ſucceſsion : ſon incapaces de ella ; porque como yà vimos con el Angelico Doctor Santo Thomàs, en todo lo que mira al fin politico, eſtà ſujeto el matrimonio à la poteſtad Civil : (127) *In quantum vero* (dice) *ordinatur ad bonum politicum ; ſubjacèt Ordinationi Civilis Legis.*

92 De cuyo principio nace, que en los Reynos, y Provincias donde ſe guarda el Derecho Comun, no baſta la legitimidad que adquieren los naturales por el matrimonio de ſus Padres, en virtud de la citada Ley Canonica, à menos que haya precedido la ſolemnidad de Inſtrumentos Dotales, ò Capitulacion Matrimonial en la forma prevenida por las Leyes Civiles (128) en cuya verdad conteſtan los Canoniſtas, y la tiene executoriada la Rota, (129) y en Alemania unicamente les ſirve el matrimonio de ſus Padres para quedar legitimados para los efectos Eſpirituales, y Canonicos, quedando en todo lo demàs, tan ilegitimos como antes eran, incapaces de los Honores, Empleos, y Dignidades Seculares, y de la ſucceſsion de los Feudos, y demàs bienes temporales. (130)

93 Y aunque en Eſpaña ſe legitiman los naturales por el ſubſiguiente matrimonio de ſus Padres, no ſolo para lo Eſpiritual, ſino tambien para lo Temporal, y como legitimos ſe admiten à la ſucceſsion de qualeſquier Eſtados, Mayorazgos, y otros bienes ; no es en fuerza de la Ley Eccleſiaſtica, ſino porque conformandoſe con ella el Señor Rey Don Alonſo en ſus Partidas, y los Señores Reyes Catholicos en las Cortes de Toro, lo mandaron, y eſtablecieron aſsi. (131)

94 De que reſulta, que ſi la legitimacion dimanada de una Ley Pontificia general, no baſta para ſucceder en bienes temporales, ſitos fuera del Eſtado Eccleſiaſtico, ſino la hay del Principe Secular, que aſsi lo diſponga : mucho menos baſtarà la que ſe funde en un Reſcripto ; porque una, y otra ſe limitan à los efectos Eſpirituales, y Canonicos, ſin traſcender à los Temporales, y Civiles, que en Eſpaña ſon privativos de la Poteſtad Real.

95 Dice, que el Papa puede dár, ò quitar las herencias en qualquier parte que eſtèn, por una Conſtitucion general, como lo hizo por el Capitulo *Tanta eſt vis, qui filii ſint legitimi*, y que lo miſmo puede hacer por un Reſcripto. Y omitiendo que aqui atribuye à ſu Santidad una

ſo-

(127)
S. Thomas *lib. 4. contra Gentes cap. 78.*

(128)
In Leg. Cum quis, & Leg. Nuper. Cod. de Naturalib. liber. & in authentica de Nupt. cap. 8. collat. 7. cum aliis apud Martam *de Succeſs. legali p. 1. q. 17. artic. 5. per tot.*

(129)
Card. Alexandr, *in Cap. Tanta. Qui filii ſint legitimi q. 10. & ibidem Præpoſitus columna 13.* Angelus *conſ. 29.* Baldus *in rubrica de Conſtit. n. 53.* Alciatus *lib. 9. Reſponſor. conſ. 16.* Lupus *de Illegitimis Comentar. 4. in præfatione n. 9. & 10. & §. 1. n. 2.* optime, & pleniſsime Marta *de Succeſs. legali p. 1. q. 17. artic. 5.* Rota *p. 1. diverſorum in noviſsimis deciſ. 65.* D. Larr. *deciſ. 8. ex n. 36.*

(130)
Conſta de la Diſceptacion Eccleſiaſtica 63. del Pitonio, y del Voto particular del Cardenal Pereyra, que à la letra ſe halla à continuacion de la Diſceptacion 11. de Urſaya.

(131)
Leg. 1. tit. 13. partit. 4. ibi : *Otro ſi ſon legimos los fijos que home hà, en la muger que tiene por Barragana, ſi deſpues de eſſo ſe caſa con ella : Cà maguer eſtos fijos à tales, no ſon legitimos quando nacen : tan gran fuerza hà el matrimonio, que luego que el Padre, è la Madre ſon caſados, ſe facen por ende los fijos legitimos. Cui conſonat Lex 12. Tauri, & ibi omnes Tauriſtæ.* D. Larrea *deciſ. 8. ex n. 36.*

ſoberania univerſal ; al miſmo tiempo que dice haver metido la hoz en mies agena , quando eſtableciò la regla de la legitimacion de los naturales por el ſubſiguiente matrimonio , lo qual es una manifieſta contradicion : no podemos omitir las palabras con que lo dice, porque ſin verlas , ſeria abſolutamente increible lo que afirma.

96 *Quod enim* (dice) (132) *Summus Eccleſiæ Rector , lege generali abrrogatoria in omnes , & ubique gentium decernere poteſt, id ipſum lege ſingulari poterit ſtatuere. Nulla quippe ratio eſt , cur poſsit Papa edendo Conſtitutionem generalem ubique hæreditatem deferre , aut auferre :* (133) *idem vero Reſcripto vel Gratia particulari non poſsit concedere.* Y mas abaxo : *Cum ergo Pontifex in caſu Textus in Cap. Tanta , Qui filii ſint legitimi , filios legitimos ad omnes efectus in univerſo Mundo faciat , idque ipſum conſtituere poſsit eadem vi , & forma quod atinet ad inceſtuoſos :* (134) *Quid quæſo , impedimento ei eſſe unquam poterit diſpenſandi in radice ad omnia munia , & jura ſecularia?*

97 No hemos viſto , ni leìdo haſta hora en Autor alguno , que ſu Santidad pueda por Ley general , por Reſcripto , ni en otra forma alguna , dàr , ni quitar las herencias ſitas en ageno dominio : y ſobre que no tiene la poteſtad legislativa , ni tal ſe deduce de los Textos Canonicos que cita ; (135) pues aunque declaran por legitimos à los hijos nacidos de un matrimonio putativo , no mandan que ſe les defieran las herencias como tales ; y aunque en Eſpaña , ſon legitimos , y por lo miſmo , capaces de la ſucceſsion de los Mayorazgos , y de otros qualeſquier bienes temporales : no es porque aſsi lo decidan los Capitulos Canonicos , ſino las Leyes del Reyno , (136) por las quales ſe deben governar , y goviernan las ſucceſsiones ; y aſsi el argumento de Barboſa , ò es abſolutamente vano , ò ſe intentan confundir con èl , las dos Poteſtades Eccleſiaſtica , y Secular , que con juſta , y neceſsaria providencia quiſo precaver el Señor Rey Don Alonſo en ſus Partidas , (137) reconocida , y explicada por los Sumos Pontifices San Gelaſio , San Gregorio Magno , Nicolao Primero , Gregorio II. Inocencio III. y antes que ellos San Juſtino Martyr , y Tertuliano. (138)

98 Pareciòle poco lo dicho , y añadiò , (139) que quando el Papa diſpenſa en la raìz del matrimonio , no es neceſsario para la validacion de èl , que los que de hecho le contrataron , repitan ſu conſentimiento ; impugnando

al

(132)
Barboſa *dicto voto* 27. *n.* 9.

(133)
Allegat Text. in Cap. Quod nobis, & in Cap. Ex tenore , Qui filii ſint legitimi. Barthol. *in leg.* 1. *in fine. Cod. de Sacroſant. Eccleſ.* Alexandrum *in Leg. Captatorias , ff. de Teſtamento Militis.* Heronimum Gabriel. *conſ.* 21. *n.* 19. *lib.* 1.

(134)
Cita à Seſsè en la deciſ. 231. y a la Rota en la deciſ. 166. n. 5. p. 1.

(135)
Dicto Cap. Quod nobis, & Cap. Ex tenore. Qui filii ſint legitimi.

(136)
Dicta leg. 1. *tit.* 13. *partit.* 4. ibi: *E aun ſi acaecieſſe que entre algunos de los que ſe caſan manifieſtamente en faz de la Egleſia , hovieſſe tal embargo , porque el caſamiento ſe debe partir : los fijos que ficieſſen ante que ſopieſſen , que havia entre ellos , tal embargo , ſerian legitimos : E eſto ſeria tambien ſi ambos non ſopieſſen que y havia tal embargo , como ſi non lo ſopieſſè , mas del uno de ellos, cà el non ſaber de eſte ſolo , faze los fijos legitimos* : pleniſsimè D. Olea *tit.* 4. *q.* 8. *ex n.* 8.

(137)
Leg. 4. *tit.* 15. *partit.* 4. ibi : *E maguer el Papa diſpenſaſſe con ellos para haver ordenes , è las otras coſas ſobredichas , non puede diſpenſar con ellos , quanto en las coſas temporales , fueras ende ſi fueſſen de ſu temporal juriſdiccion.*

(138)
Gelaſius Primus *in Epiſtol. ad Anaſtaſium Imperatorem.* Gregor. Magnus *lib.* 2. *Epiſt.* 72. *ad Imperatorem Mauricium.* Nicolaus Primus *ad Michaelem Orientis Imperatorem.* Gregor. II. *ad Leonem Iſauricum pariter Imperatorem.* Innocentius III. *in Cap. Per venerabilem. Qui filii ſint legitimi.* Sant. Juſtinus Martyr *in Apolog. ad Antoninum Pium* Tertulianus *in Apologetico adverſus Gentes cap.* 29. 30. *& ſeqq. uſque ad* 33.

(139)
Barboſ. *dict. vot.* 27. *n.* 13.

al señor Covarrubias, y al Padre Sanchez que defienden lo contrario; (140) y que lo mismo succede quando solo precediò el afecto marital: (141) de forma, que segun este modo de discurrir, la presumpcion sola que nace de la copula habida con afecto marital, prueba el consentimiento, y este el matrimonio legitimo, y verdadero, y la legitimidad de la Prole, como fruto de èl, sin mas circunstancia que la de correrse el velo que le encubria con la Dispensacion Pontificia. Y es lastima, que Don Vicente, y Doña Maria Balterra careciessen de esta gran noticia; porque à haverla tenido, no necesitaban de casarse *in facie Ecclesiæ*, como lo hicieron en el año de 1586. porque yà lo estaban desde antes que fuesse concebido Don Geronymo, una vez que en el de 1583. se havia removido el impedimento por la Dispensacion Apostolica.

99 Todos los argumentos de Barbosa se dirigen à probar, que de la copula habida con afecto marital nace el consentimiento presumpto, y de este un matrimonio con todo lo que requiere el Derecho Natural. Yà hemos visto, que aun quando assi fuesse, no bastaria para la legitimidad de la Prole segun el Concilio Lateranense; (142) pues què serà despues que el Tridentino declarò por irrito, y nulo, qualquier matrimonio que se contrahe sin assistencia del Parrocho, y Testigos, inhabilitando à los que atentaren contraherle de otro modo?

100 Su opinion podia ser tolerable antes del año de 1564. en que se promulgò esta nueva Ley de la Iglesia, pero no lo es, ni puede ser despues de ella, ni por consiguiente aplicarse al caso que se controvierte.

101 Y aunque intenta authorizarla, llamandola comun, y aun comunissima, (143) con pretexto de que assi lo enseñan los treinta y siete Autores que cita el Padre Sanchez, (144) y lo tiene decidido la Rota en las Decisiones que cita, y se han referido: yà hemos visto la poca razon que tiene en lo uno, y en lo otro. En lo primero, porque ni el Padre Sanchez, ni los Autores que refiere, dicen que baste la copula habida con afecto marital para que tenga lugar la Dispensacion *in radice*, y por ella la legitimacion de la Prole para los efectos temporales, antes bien piden por condicion precisa la preexistencia del matrimonio de los Padres, contrahido de hecho,

(140)
D. Cavarrub. *de Sponsalib. p. 2. cap. 8. n. 13. Editionis Salmanticensis.* Sanchez *de Matrim. lib. 8. disput. 7. n. 25.*

(141)
Barbos. *dicto Vot. 27. n. 23.*

(142)
cap. cum inhibitio, §. final. de Clandestina Desponsatione.

(143)
Barbos. *dicto vot. 27. n. 24.*

(144)
Sanchez *de Matrim. lib. 8. disp. 7. n. 4.*

aunque nulo. Y en lo ſegundo, porque yà hemos viſto lo que ſon las Deciſiones de la Rota, y el concepto que à ellas puede correſponder en un Tribunal como el Conſejo, ſi ſe ſirve tener preſente lo que de ellas dice el Cardenal de Luca, inſtruido de ſu continua experiencia, y tan gran Maeſtro como ſe ſabe de la practica de aquel Tribunal, y de todos los de Roma, (145) mayormente quando conſta que en todas las que ſe citan para apoyo de eſta opinion, precediò matrimonio de hecho; y que una coſa es que los que las extendieron lo dixeſſen aſsi, aunque ſin neceſsidad, por no ſer del caſo en el que ſe diſputaba, y otra muy diverſa, que eſte fueſſe el fundamento de la reſolucion del Tribunal, por ſer indubitable, que el verdadero motivo fuè el matrimonio, y no el afecto marital, como ſuccediò igualmente en el caſo que refiere Seſsè, y queda dicho.

(145) Cardin. de Luca *in Relatione Romanæ Curiæ diſcur. 32. ex n. 50. uſque ad 58.*

102 De forma, que bien lejos de ſer comun, como dice Barboſa, ſu opinion, tenemos contra ella los 37, Autores, à quienes por ſu mero arbitrio la atribuye, y à los ſeñores Covarrubias, Molina, y ſus Add. Gonzalez Tellez, Sanchez, Garcia, Baſilio Ponce, el Cardenal Ludoviſio, Beltramino, Peregrino, Pitonio, Urſaya, Torre, y Pirro Corrado, cuyas Doctrinas quedan pueſtas à la letra, y ſon otras tantas pruebas de la verdad que defendemos.

103 Y ciertamente es infinita la diſtancia que hay entre uno, y otro caſo. Quando dos parientes, ignorando que lo ſon, contrahen matrimonio publicamente, & *in facie Eccleſiæ*: es indubitable ſu nulidad; pero ſi deſpues de contrahido llega à ſu noticia el parenteſco, y ſolicitan la Diſpenſacion *pro ut ex tunc*, y deſde el principio, ò ſu aprobacion, y confirmacion: la buena fè con que le contraxeron, les hace acrehedores à que ſu Santidad diſpenſe en ſu raìz. Y aunque ſi al tiempo que ſe caſaron, ſupieron que eran parientes, no milita eſta razon: hay por lo menos, raìz, ſobre que pueda recaer la Diſpenſacion. Pero què tienen que vèr eſtos caſos con el preſente, en que lo que es cierto, es un inceſto, cometido por mera fragilidad entre dos primoshermanos, no ſolo ſin animo de caſarſe, ſino tambien ſin eſperanza alguna de matrimonio? Finjaſſe el conſentimiento que ſe quiſiere: finjaſſe un matrimonio que no huvo, ni pudo haver: finjaſſe con-

tra-

trahido expreſſamente con reciproco conſentimiento: finjaſſe que tuvo quanto debiò tener ſegun el Derecho Natural: borreſſe quanto hay eſcrito en eſta materia: no haya en el mundo Concilio Lateranenſe: nada importe la Clandeſtinidad: aun con todo eſſo, no ſeria legitimo Don Geronymo, porque eſte ſoñado matrimonio entre dos perſonas, à quienes la Igleſia havia inhabilitado para contraherle, irritandole ſiempre que ſe contrahe: de nada ſirve para la legitimidad de la Prole, y ſin embargo de èl, queda tan eſpuria como antes era.

104 El ſeñor Don Juan del Caſtillo confunde como Barboſa el caſo de preceder matrimonio de *facto*, aunque nulo, ò ſolo el afecto marital, (146) queriendo que en ambos tenga lugar la Diſpenſacion *in radice*, no ſolo para los efectos Canonicos, ſino tambien para los Temporales, fundandolo en la doctrina que atribuye al Padre Sanchez, y à los Autores que eſte cita; pero viſto el lugar que ſeñala, (147) ſe hallarà, que en èl ſupone en el Papa, la facultad de diſpenſar en la raìz del matrimonio, quando precediò, aunque irrito, y que para que no ſe abuſaſſe de la generalidad de ſu doctrina, la limitò en el num. 7. con eſtas preciſas palabras: *Secundo deducitur quando proles habita fuit, nullo præcedente matrimonio irrito, ſed ex concubitu omnino fornicario non poſſe Pontificem, eam quoad temporalia, & ſæcularia legitimare extra loca ſuæ temporalis juriſdiccionis, quia cum nulla ſit matrimonii radix in qua directe diſpenſando, legitimet indirecte, & per quandam conſequentiam: id eſſet utique, legitimare directe quoad temporalia, quod ſuæ poteſtatis minime eſſe diximus.*

(146) D. Caſtillo *lib.* 5. *cap.* 105. *ex n.* 23. *ſignanter n.* 24. 25. *&* 33.

(147) Sanchez *de Matrim. lib.* 8. *diſp.* 7. *n.* 4.

105 Hace una adicion al cap. 105. en que trata de eſta materia, donde brevemente recopila todas las Deciſiones de la Rota que ſe han referido, (148) y traen à la letra Garcia, y Baſilio Ponce: (149) cuya ſubſtancia ſe reduce à que el Papa puede legitimar la Prole, ò diſpenſando en la raìz del matrimonio, ò confirmandole, y aprobandole deſde el principio, como dice haverlo hecho en todas las Deciſiones que refiere, ſobre cuyo punto nos remitimos à lo que yà dexamos dicho en eſte articulo.

(148) Rota 1. *p. tom.* 1. apud Farinac. *deciſ.* 455. *& p.* 2. *deciſ.* 687. *& part.* 1. *deciſ.* 280.

(149) Garcia *de Beneſic. p.* 9. *cap.* 2. *n.* 40. Baſil. Ponce *de Matrim. lib.* 11. *cap.* 5. §. 1. *ſub n.* 12.

106 El ſeñor Don Chriſtoval Creſpì (150) ſigue la miſma opinion; pero ſolo en el caſo de haver precedido matrimonio, ò duda probable ſobre ſu validacion: *loquimur etiam* (dice) *dummodo radix matrimonii præceſſerit, quia ſi non præceſſiſſet, ſal-*

(150) D. Creſpì *obſerv.* 23. *q.* 16. *ex n.* 45. *ſignanter n.* 150. *&* 151.

ſaltim dubia, jam faceret Pontifex, directe, contra jus Principis temporalis; y aunque tiene por probable, que el afecto marital puede dàr juſta cauſa para la Diſpenſacion *in radice*; funda eſta probabilidad en la doctrina que cita del ſeñor Caſtillo, Baſilio Ponce, Barboſa, Seſsè, y Cacherano, (151) ſin alegar para ello otro fuddamento que el de la authoridad extrinſeca de eſtos Eſcritores. Y ſiendo cierto que el ſeñor Caſtillo ſe refiere como yà vimos al Padre Sanchez que dice lo contrario: (152) Que Baſilio Ponce defiende la neceſsidad de que preceda el matrimonio de hecho; (153) y que aunque baxo el num. 12. refiere las tres Deciſiones de la Rota de que yà ſe hablò, no explicò ſu dictamen en quanto à ellas: Que Barboſa reconociò la miſma neceſsidad del matrimonio antecedente, (154) aunque añadiò que era probable la opinion de baſtar el afecto marital, como deſpues defendiò con tanto empeño en todo el voto 27. y que Seſsè eſcriviò en un caſo en que de hecho havia precedido matrimonio, y antes del Concilio Tridentino: ſe dexa al ſuperior Juicio del Conſejo, el grado de probabilidad que pueda correſponder à una opinion, ſobre que no quiſo explicar ſu mente el ſeñor Creſpì, quando los Autores que cita, no la apoyan; pues aunque no hemos viſto à Cacherano, creemos que hablarà como Seſsè, quando à la copula habida con afecto marital precede el matrimonio.

(151) D. Caſtillo *dicto cap.* 105. *n.* 24. 25. *&* 33. Baſilius Ponce *lib.* 11. *de Matrim. cap.* 5. §. 1. *n.* 12. Borboſa *in Cap. Per venerabilem* 13. *n.* 6. *&* 7. *Qui filii ſint legitimi.* Seſsè *deciſ.* 231. *n.* 22. Cacheranus *deciſ.* 154. *n.* 4.

(152) Sanchez *de Matrim. lib.* 8. *diſp.* 7. *n.* 7.

(153) Baſilius Ponce *ubi proxime n.* 8. *&* 9.

(154) Barboſ. *in dicto Cap. Per venerabilem* 13. *n.* 6. *&* 7.

107 Tampoco es del caſo, ni puede ſerlo la doctrina que acaſo ſe citarà del Cardenal de Luca, (155) que conſultado ſobre ſi era, ò no legitima la Prole procreada por dos primoshermanos, que deſpues de haverla tenido contraxeron matrimonio, removiendo ſu Santidad el impedimento *prout ex tunc*: reſuelve, aunque con alguna duda, à favor de la legitimidad; porque no ſe trataba en aquel caſo de hijos habidos con mala fè, *abſque ſpe futuri matrimonii, & ſola carnis fragilitate*, como en el preſente, ſino procreados en figura de matrimonio, *quia nempe publice, & palam de conſenſu parentum aliorumque conjuntorum contractis ſponſalibus ad efectum efectuandi matrimonium poſt obtentam Apoſtolicam diſpenſationem, interim ſub iſtius ſpe, certaque credulitate, inter ſponſos, copula ſecuta fuerat*, y aſsi havia raìz ſobre que pudieſſe recaer la Diſpenſacion, retrotrayendola ſu Santidad al tiempo que publicamente, y con conſentimiento de ſus Padres, y parientes ſe havian celebrado los Eſponſa-

(155) Cardin. de Luca *de Fideicom. diſcurſo* 223. *per tot. ſignanter n.* 5.

ponsales: lo qual no tiene semejanza con el caso de este Pleyto.

108 Conociendo Don Joseph Balterta, que si la Dispensacion en que se funda, no es *in radice*, queda la legitimacion de Don Geronymo su tercer Abuelo, en terminos de ser un mero efecto del Rescripto, alega, que yà no puede tratarse de esta question, y que unicamente se puede disputar *si dicho Don Geronymo Balterra, legitimo en fuerza de la Dispensacion in radice, y por el matrimonio subsiguiente, que en virtud de ella contraxeron sus Padres, puede succeder en los bienes sobre que se litiga, y si le obstan, ò no, las Leyes de estos Reynos, Fueros de Valencia, y Clausulas de las fundaciones,* (156) *por haverse limitado à este preciso punto en el Auto que para mejor proveher sobre la declinatoria que interpuso, proveyò el Consejo en 25. de Febrero de* 1749. (157)

109 Pero para que se vea el ningun fundamento de esta idèa, es preciso tener presente, que Don Miguèl Jofre, Don Joseph de Monsoriu, y Don Francisco Fernando Giròn de Rebolledo, fundaron en sus Demandas de propiedad la exclusion de Don Joseph Balterra, en que haviendo nacido Don Geronymo su tercer Abuelo incestuoso, y espurio, era incapàz de succeder en este Mayorazgo; y en que no podia subsanarse esta incapacidad con la Dispensacion que obtuvieron sus Padres para casarse, sin embargo de la Clausula que contiene; porque ni fue, ni pudo ser *in radice*, por no haver precedido matrimonio entre ellos, aunque nulo, ni aun afecto marital; y que aun quando de hecho le huviessen contrahido, y huviesse dispensado en su raìz su Santidad, solo podria obrar que el dicho Don Geronymo fuesse legitimo para los efectos Espirituales, y Canonicos, y no para los Temporales, y Civiles, y especialmente para la succesion de las Dignidades Seculares, Estados, y Mayorazgos à que estàn llamados solamente, los legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, y procreados. (158)

110 Que haviendose opuesto por Don Joseph Balterra à la declinatoria (159) con pretexto de que el punto de la ilegitimidad que se le oponia, *procedia de una Dispensacion in radice, concedida por su Santidad*, y negado Don Miguèl Jofre en su respuesta que lo fuesse, (160) como lo hicieron igualmente en las suyas los demàs Colitigantes: (161) en vista de todo, y de la sabia, y sòlida respuesta

(156) Mem. num. 186. 571. 586. y 590.

(157) Mem. num. 74.

(158) Consta de sus Demandas que estàn à la letra en el Memorial: la de Don Miguèl Jofre al n. 81. fol. 28: la de Don Joseph de Monsoriu al n. 85. fol. 35. y 36. y la de Don Francisco Fernando Giròn de Rebolledo al n. 184. fol. 81.

(159) Mem. num. 58.

(160) Mem. num. 62.

(161) Mem. num. 65.

de los ſeñores Fiſcales (162) à quienes ſe havia mandado dàr traslado: ſe diò por el Conſejo el Auto ſiguiente: (163)

(162)
Mem. num. 70.

(163)
Mem. num. 74.

111 Para mejor proveher con los Señores que ſe hallaren, notifiqueſe en perſona à Don Miguèl Jofre, Don Joſeph Monſoriu, y Don Franciſco Fernando Giròn de Rebolledo, declaren por palabras expreſſas, ſi niegan, ò confieſſan la legitimidad de Don Geronymo Balterra, tercer Abuelo de Don Joſeph Balterra ſu Colitigante en eſte Pleyto, mediante la Diſpenſacion Pontificia que obtuvieron para caſarſe, ſiendo primoshermanos Don Vicente, y Doña Maria Balterra, Padres de dicho Don Geronymo; diſputando ſolamente ſi puede aprovecharle la tal legitimidad para ſucceder en los bienes temporales ſobre que ſe litiga: lo que executen cada uno de los tres referidos dentro de tercero dia, de como ſe les haga la notificacion, y fecho ſe trayga para la determinacion del Articulo.

(164)
Mem. num. 75.

112 Y librado el Deſpacho correſpondiente: reſpondia Don Miguèl Jofre, (164) que concedia, y confeſſaba le legitimidad de Don Geronymo Balterra, tercer Abuelo de Don Joſeph Balterra ſu Colitigante para los efectos Canonicos ſolamente, ſin que en ningun modo ſe extienda, ni pueda extender à la ſucceſsion de los bienes temporales que ſe controvierten, con expreſſa declaracion de que eſta legitimidad, no fue, ni pudo ſer efecto del matrimonio de ſus Padres, ni de la Diſpenſacion, como tal, ſino de la Clauſula inſerta en ella: *prolem ſuſceptam, & ſuſcipiendam exinde legitimam decernendo:* de forma, que ni en fuerza de la Diſpenſacion *prout jacet*, ni del referido matrimonio de ſus Padres, pudo quedar habilitado para la ſucceſsion del Mayorazgo que ſe litiga, ſino unicamente para las Ordenes, Beneficios, Prebendas, y Dignidades Eccleſiaſticas, que ſon del reſorte de la Poteſtad Pontificia. Y lo miſmo ſubſtancialmente declararon aunque con otras voces, Don Joſeph Monſoriu, (165) y Don Franciſco Fernando Giròn de Rebolledo. (166)

(165)
Mem. num. 76.

(166)
Mem. num. 77.

113 En cuya viſta, por Auto de 17. de Junio de 1749. (167) Dixo el Conſejo: No ha lugar al articulo introducido por parte de Don Joſeph Balterra; eſte conteſte, y reſponda derechamente à las Demandas de propiedad dentro de tercero dia, y executeſe ſin embargo de ſuplicacion.

(167)
Mem. num. 78.

114 En que ſe vè, que fundandoſe las Demandas, como ſe ha dicho, y conſta de ellas en que la Diſpenſacion que precediò al Matrimonio de Don Vicente, y Doña Maria

ria Balterra, no havia ſido, ni podido ſer *in radice*, por no haver precedido entre ellos matrimonio, contrahido de hecho, aunque nulo, ni aun afecto marital; y en que aun quando huvieſſe ſido *in radice*, no huviera podido en virtud de ella, quedar legitimado Don Geronymo para los efectos temporales, y eſpecialmente para la ſucceſsion del Mayorazgo de Torres-Torres, à que ſe terminaban por entonces las Demandas: mandando el Conſejo que el dicho Don Joſeph conteſte, y reſponda à ellas derechamente: debiò hacerlo liſa, y llanamente, ſobre ſi la Diſpenſacion fue *in radice*, ò no; y ſobre ſi en la hipotheſi de haverlo ſido, quedò legitimado Don Geronymo, no ſolo para lo Eſpiritual, y Canonico, ſino tambien para los efectos temporales; y no como pretende, limitada à *ſi Don Geronymo Balterra, legitimo en fuerza de la Diſpenſacion in radice, y por el matrimonio ſubſiguiente que en virtud de ella contraxeron ſus Padres; podia ſucceder en los bienes que ſe litigaban, y ſi le obſtaban, ò no las Leyes de eſtos Reynos, Fueros de Valencia, y Clauſulas de las fundaciones.* (168)

(168)
Mem.num.590.

115 Sin embargo de ſer eſto aſsi, y conſtante, que por el Auto en que ſe declarò no haver lugar al Articulo, quedò reſuelto el que antecedentemente ſe havia dado para mejor proveher: aunque conteſtò Don Joſeph Balterra dichas Demandas, (169) pretendiendo ſe declaraſſe, que por la muerte ſin hijos del ultimo poſſehedor, ſe defiriò la ſucceſsion del Mayorazgo fundado por Don Juan Balterra, (*n.* 3.) y los à èl unidos, y agregados juntamente con el Titulo de Conde de la Villa Nueva, al dicho Don Joſeph Balterra, (*n.* 67.) poſſedor tenutario del dicho Mayorazgo, declarando tocarle, y pertenecerle como unico, è indubitado ſucceſſor de èl; y que en ſu conſequencia ſe le abſolvieſſe, y dieſſe por libre de dichas Demandas de propiedad con impoſicion de perpetuo ſilencio: alegò, que reſpecto *de que ſupueſta la legitimidad de Don Geronymo, mediante la Diſpenſacion in radice, que obtuvieron para caſarſe ſus Padres, ſiendo primoshermanos, y por el ſubſtguiente matrimonio en virtud de ellà contrahido, (que era lo que una Executoria Rotal à favor de ſu parte podia hacer, y el Conſejo en dicho Auto de 25. de Febrero al parecer juzgò preciſo para proſeguir en eſta cauſa, y las otras Partes en conformidad de dicho Auto havian virtualmente confeſſado en ſus declaraciones:) ſe eſtaba en el caſo de decidirſe, ſi Don Geronymo Balterra que ſe legitimò por Diſpenſacion in radice, y mediante el ſubſiguiente matrimonio, que en virtud de ella contraxeron ſus Padres, pudo ſegun los Fueros de Valencia, Leyes de eſtos*

(169)
Mem.num.186.

Rey-

Reynos, y fundacion del Mayoraz go que se litiga, succeder en èl, quedando en fuerza de dicho Auto para mejor proveher, y en virtud de dichas declaraciones de las partes contrarias, decidido que Don Geronymo Balterra fue incestuoso: Que siendolo pudo legitimarse, y en efecto se legitimò por el subsiguiente matrimonio, contrahido en virtud de la Dispensacion in radice: Que la Clausula prolem susceptam, &c. puesta en esta Dispensacion, no obra independenter à matrimonio: Que esta legitimidad no fue adquirida por mero Rescripto, y Privilegio Pontificio, y como tal no es incapàz de producir efectos civiles fuera de los dominios temporales de la Iglesia: Que la Clausula sine spe futuri matrimonij, no persuade no haver havido matrimonio anterior de facto, ò en figura, ni afecto marital: Que en el Sumo Pontifice huvo potestad, y voluntad para que esta Dispensacion fuesse in radice, y la legitimidad en virtud del subsiguiente matrimonio: Que para inferir lo contrario nada influìa faltar en esta Dispensacion, la clausula que en aquel tiempo se ponia de estilo, in vestro sic contracto matrimonio remanere valeatis, y la aprobacion del matrimonio anterior pro ut ex tunc: Y finalmente todos los demàs puntos que se ponderaron en las demandas para persuadir la legitimidad, como de mero Rescripto. (170)

(170)
Mem. dicho n. 186.
fol. 83. B. y 84.

116 Donde encontrò Don Joseph Balterra, que el Consejo declarasse en el Auto para mejor proveher, que la Dispensaeion era *in radice*, y que en virtud de ella, y del subsiguiente matrimonio, quedò legitimo Don Geronymo Balterra? El Consejo quiso saber si Don Miguèl Jofre, y demàs Colitigantes confessaban, ò negaban la legitimidad de Don Geronymo Balterra, *mediante la Dispensacion Pontificia que obtuvieron para casarse, siendo primos-hermanos Don Vicente, y Doña Maria Balterra*: no dixo que era *in radice*, *sino Pontificia*: no mandò que declarassen, si en virtud de ella, y del matrimonio subsiguiente havia quedado legitimo; bastando leer el Auto (171) para vèr que esto es verdad, y que no lo es, lo que se finge.

(171)
Mem. num. 74.

117 Haviase esforzado en los informes, y papeles en Derecho que precedieron à la determinacion del articulo, por Don Joseph Balterra, que era *in radice* la dispensacion, y que en su virtud quedò legitimado Don Geronymo por el subsiguiente matrimonio; y al contrario por los Colitigantes, que aunque Don Geronymo era legitimo, lo era solo por Rescripto, no en virtud de la Dispensacion, ni del Matrimonio, sino de la Clausula *prolem suceptum, & suscipiendam ex imde legitimam decernendo.*

Qui-

118 Quiſo el Conſejo que conſtaſſe en Autos por confeſsion de los miſmos Colitigantes, ſi tenian por baſtante eſta legitimidad para la ſucceſsion del Mayorazgo, con una razon tan viſible, como que ſi la confeſſaban baſtante para eſte efecto, ceſſaba el pleyto; y por eſſo mandò, que diſputaſſen ſolamente, ſi puede aprovechar à Don Joſeph Balterra la tal legitimidad para ſucceder en los bienes temporales ſobre que ſe litiga; y yà hemos viſto, que la diſputa conſiſtia en dos puntos: uno, ſi era, ò no, *in radice* la legitimacion; y otro, ſi aun en la hypoteſi de ſerlo, podia aprovecharle para el efecto de la ſucceſsion.

119 Donde encontrò Balterra que ſus Colitigantes huvieſſen confeſſado virtualmente lo que ſupone, en conformidad del Auto del Conſejo? Lo que hay en ſus declaraciones, es, una expreſſa confeſsion de la legitimidad de Don Geronymo Balterra para los efectos Canonicos ſolamente, ſin que en ningun modo ſe extienda, ni pueda extender à la ſucceſsion de los bienes temporales que ſe controvierten, con expreſſa declaracion de que eſta legitimidad, no fue, ni pudo ſer efecto del matrimonio de ſus Padres, ni de la Diſpenſacion como tal, ſino de la clauſula inſerta en ella *prolem ſuſceptam, & ſuſcipiendam ex inde legitimam decernendo*: de forma, que ni en fuerza de la Diſpenſacion *prout jacet*, ni del referido mattimonio de ſus Padres, pudo quedar habilitado para la ſucceſsion del Mayorazgo que ſe litiga, ſino unicamente para las Ordenes, Beneficios, Prebendas, y Dignidades Eccleſiaſticas, que ſon del reſorte de la Poteſtad Pontificia. (172)

120 Es eſto limitar (como dice) la queſtion, à ſi Don Geronymo Balterra, que ſe legitimò por Diſpenſacion *in radice*, y mediante el ſubſiguiente matrimonio, que en virtud de ella contraxeron ſus Padres, pudo ſegun los Fueros de Valencia, Leyes de eſtos Reynos, y Fundacion del Mayorazgo que ſe litiga, ſucceder en èl? Es eſto quedar decidido en fuerza del Auto para mejor proveher, y en virtud de las citadas declaraciones, que Don Geronymo Balterra, ſiendo inceſtuoſo, pudo legitimarſe, y en efecto ſe legitimò por ſubſiguiente matrimonio, contrahido en virtud de Diſpenſacion *in radice*? Que la Clauſula *prolem ſuſceptam, &c.* pueſta en eſta Diſpenſacion, no obra

(172) Mem. n. 75. 76. y 77.

independenter à matrimonio? Que esta legitimidad no fue adquirida por mero Rescripto, y Privilegio Pontificio, y como tal no es incapàz de producir efectos civiles, fuera de los dominios temporales de la Iglesia? Que la Clausula *sine spe futuri matrimonij*, no persuade no haver havido matrimonio anterior *de facto*, *ò in figura*, ni afecto marital? Que en el Sumo Pontifice huvo potestad, y voluntad, para que esta Dispensacion fuesse *in radice*, y la legitimidad en virtud del subsiguiente matrimonio? Que para inferir lo contrario, nada influye faltar en esta Dispensacion la Clausula que en aquel tiempo se ponia de estilo *in vestro sic contracto matrimonio remanere valeatis*, y la aprobacion del matrimonio anterior *pro ut ex tunc*; y finalmente todos los demàs puntos que se ponderaban en las Demandas, para persuadir la legitimidad, como de mero Rescripto?

121 Nada de esto dixo el Consejo en su Auto para mejor proveher, como de èl consta; y todo lo negaron los Colitigantes en sus respuestas: pues còmo cabe en la buena fe, sentar semejantes proposiciones contra el hecho notorio de las cosas, y contra lo que abiertamente consta, y puede leerse en el mismo Auto del Consejo, y declaraciones hechas en su virtud?

122 Despreciaron los Colitigantes esta invencion, y concluyeron al traslado que se les diò de la contestacion de Don Joseph Balterra: (173) Y aunque este repitiò los mismos supuestos en su demanda de la Baronìa de Canet, (174) como lo hizo el Conde de Olocau en la que puso al mismo Mayorazgo: (175) nada se alegò sobre estos puntos, hasta que concluso el pleyto, recibido à prueba, y passado el termino de ella.

123 Alegò Don Miguèl Jofre en su escrito de 22. de Diciembre de 1750. (176) que aunque se dice, y es cierto que Don Geronymo Balterra fue legitimado por la Santidad de Gregorio XIII. y en virtud de esta legitimacion quedò legitimo para los efectos Canonicos: ni aquella legitimacion, ni el matrimonio de Don Vicente, y Doña Maria Balterra sus Padres, pudieron obrar que quedasse legitimo para los efectos temporales, y civiles, y especialmente para la succesion de los Mayorazgos que se litigan; (177) y que de lo contrario resultaria que su Santidad, fuera de su temporal dominio, podria revoçar las

Le-

(173) Mem. num. 567.

(174) Mem. num. 571.

(175) Mem. num. 569.

(176) Mem. num. 575.

(177) *Leg.* 4. *tit.* 15. *partit.* 4. donde despues de sentar por regla, *que el Pontifice puede legitimar los ilegitimos, habilitandoles para ordenarse, y para obtener qualesquier Beneficios, y Dignidades Eclesiasticas: añade, que maguer dispensasse con ellos para haver ordenes, è las otras cosas sobredichas, non puede dispensar con ellos, quanto en las cosas temporales, fueras ende, si fuessen de su temporal Jurisdicion.*

Leyes del Reyno, que solo defieren la succesion à los legitimos, y naturales de legitimo matrimonio nacidos, y procreados, que llamò el Fundador, (178) y no à los legitimados por un Rescripto Pontificio. (179) Y en el supuesto constante de que los Padres del dicho D. Geronymo eran primoshermanos, y le huvieron diez años antes de casarse, no solo sin figura de matrimonio, sino tambien sin esperanza de èl, y por mera fragilidad, como lo expusieron à su Santidad en las preces, lo declararon baxo de juramento ante el Ordinario, como Juez Executor de la Gracia, y lo justificaron por Testigos: (180) Es incapàz de duda que la legitimacion fue un mero efecto del Rescripto, y no del matrimonio de sus Padres.

124 Que esto se evidencia de que segun su literal tenor, solo se pidiò à su Santidad, que dispensasse en el segundo grado de consanguinidad en linea igual, para que sin embargo de este impedimento pudiessen los dichos Don Vicente, y Doña Maria contraher licita, y validamente, matrimonio: y haviendose concedido la dispensacion que se pedia, por la qual se removiò el impedimento dirimente con que se hallaban, fue valido el matrimonio, y huvieran sido legitimos todos los hijos, que despues de contrahido huviessen tenido; pero la Clausula de legitimacion que contiene de la prole yà nacida, fue una mera gracia, que nada tiene de comun con el matrimonio, como contrato, ni como Sacramento; (181) no como contrato, porque en calidad de tal, solo se legitima por èl, la prole que naciò en estado de natural, por ser este el efecto que para lo Canonico, le comunican las Leyes Eclesiasticas; (182) y para lo civil, las de estos Reynos; (183) y menos como Sacramento à que le elevò Christo Nuestro Señor en la Evangelica, porque como tal, es su unico efecto causar la gracia, (184) y no constituir à los hijos espurios, nacidos antes de contraherle, succesibles en los bienes que los Fundadores de los Mayorazgos, destinan solo à los nacidos, y procreados de legitimo matrimonio.

125 Que de aqui proviene, que ni la Dispensacion pudo obrar el efecto que voluntariamente se le atribuye por Don Joseph Balterra, ni otro alguno que el de remover el impedimento para casarse los dichos Don Vicente, y Doña Maria; y mucho menos el matrimonio, aora se con-

(178)
Leg. 1. tit. 13. partit. 4. & leg. 2. tit. 15. partit. 2. leg. 7. tit. 4. partit. 5. leg. 40. & 45. Taur. & tot. tit. 7. lib. 5. Recop.

(179)
Cap. Per venerabilem 13. Qui filij sint legitimi, ibi: *Insuper cum Rex superiorem in temporalibus minime recognoscat, sine juris alterius læsione, in eo se jurisdictioni nostræ subjicere potuit.* D. Covar. *de Matrim. part. 2. cap. 8. §. 8. num. 18.* D. Molin. *lib. 3. de Primog. cap. 2. num. 10. & 11.* Peregrin. *de Fideicom. art. 23. n. 11.* Faxard. *de Legitim. per subseq. n. 70. & seqq.* D. Larrea *decis. 8. ex num. 10. & per tot.* Sanchez *de Matrim. lib. 8. disp. 7. ex n. 1.*

(180)
Mem. num. 187.

(181)
Sanchez *de Matrim lib. 8. disp. 7. num. 14.* ibi: *Prima conclusio sit: quando nullum erat initum matrimonium, & dispensatio petitur ad illud in eundem, explicata Pontificis copula, & apponitur clausula apponi solita de stilo Curiæ, quæ est, ut non obstante impedimento, matri monium inter se contrahere libere, & licite valeant, authoritate nostra dispenses, prolem susceptam si quasit, & suscipiendam legitimam decernendo; (que es nuestro caso) tunc non dispensatur in radice matrimonij, nec ut proles ante dispensationem suscepta, sit legitima quoad temporalia, sed solum quoad spiritualia.* Videndus idem Sanchez *ex n. 14. usque ad 17. inclusive.*

(182)
Cap. Tanta est vis Qui filij sint legitimi.

(183)
Leg. 1. tit. 13. partit. 4. & leg. 12. Tauri.

(184)
Concil. Trid. sess. 24. ubi tradens Doctrinam de Sacramento matrimonij. Canone 1. hoc expresè definivit.

considere, como contrato, ò como Sacramento, (185) y por lo mismo no hay otro principio de la legitimacion de Don Geronymo, que el del Rescripto.

126 Que siendo cierto que ni su Santidad dentro de su temporal dominio, ni el Rey Nuestro Señor en España, ni otro Monarcha alguno de Magestad absoluta, y Soberana, pueden en sus respectivos Reynos, legitimar por Rescripto à los Espureos, habilitandoles para la succesion de los Mayorazgos, en perjuicio de los llamados à ellos, (186) y que si por importunidad conceden alguna gracia semejante, se debe retener en el Consejo, como desaforada, y contraria al Derecho Natural: (187) Es incapàz de duda que el Rescripto referido, no pudo obrar el efecto que en contrario se le atribuye, con gravissima ofensa de la Magestad Real, en derogacion de las Leyes del Reyno, (188) Fueros de Valencia, (189) y ultima voluntad del Fundador.

127 Que siendo principio indublitable que el matrimonio en quanto es contrato Civil, se regula por las Leyes Reales (190) por estàr sujeto à ellas; y no produce mas efecto que aquellos que las mismas Leyes le comunican: (191) Es evidente que solo se ha de estàr à ellas para decidir que es lo que pudo obrar, y obrò el de Don Vicente, y Doña Maria Balterra. Y en el supuesto constante de que las de España, y las Forales de Valencia, solo reconocen por legitimos para el efecto de la succesion, à los hijos que nacen de matrimonio verdadero, ò putativo, contrahido con buena fe, *& in facie Ecclesiæ*, y à los que haviendo nacido en estado de naturales, quedaron legitimados por el subsiguiente mattimonio de sus Padres: (192) Es llano que no haviendo sido Don Geronymo, de ninguna de estas tres classes: no pudo ser legitimo para el efecto de la succesion, y especialmente quando las mismas Leyes Reales, y Forales, declaran por incapaces de ella, à los que nacen de Padres, que no podian contrahe: libremente matrimonio. (193)

128 Que el efugio à que se recurre de haver sido *in radice* la Dispensacion que precediò al de Don Vicente, y Doña Maria Balterra, carece de razon, y fundamento: lo primero, porque no lo fue, ni pudo ser, por no haver precedido matrimonio defacto, aunque nulo, como se re-

(185)
Ex traditis à Sanchez *dict. lib.* 8. *disp.* 7. *n.* 14. 15. 16. *&* 17.

(186)
D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 3. *ex n.* 3. *& per tot.* vbi Add D. Covarr. *lib.* 3. *Var. cap,* 6. *n.* 7. Cardin. Mantica *de Conjectur. ultim. vol. lib* 11. *tit.* 1. *n.* 4. Rox. *de Incomp. p.* 1. *cap.* 6. §. 6. Antunez *de Donat. lib.* 2. *cap.* 16. *ex n.* 23.

(187)
Leg. 31. *tit.* 8. *partit.* 3. *leg* 11. *tit.* 4. *lib.* 2. *Recop. & leg.* 1. 2. *&* 3. *tit.* 14. *lib.* 4. *ejusdem Recop.* D. Salgad. *de Reg. prot. part.* 1. *cap.* 7.

(188)
Leg. 7. *tit.* 4. *partit.* 5. *leg.* 2. *qit.* 15. *partit.* 2. *leg.* 45. *Tauri, tuivus consonat Lex. Sancimus* 7. §. *Cum autem, Cod. Ad Trebelian.*

(189)
Constat ex Foro 12. 13. *&* 14. *sub Rubrica de His quibus ut indignis hæreditates auferuntur.*

(190)
Div. Thom. *lib.* 4. *contra Gentes, cap.* 78. ibi: *In quantum verò ordinatur ad bonum politicum subjacet ordinationi Civilis Legis.*

(191)
Cardin. Alexandrinus *in cap. Tanta Qui filij sint legitimi, q.* 10. *& ibidem Præpositus columna* 13. optimè, & plenissimè Marta *de Succes. legal. p.* 1. *q.* 17. *art.* 5. Rota *p.* 1. *Diversor. in Novissimis decis.* 65. D. Larrea *decis.* 8. *ex n.* 36. Pitonius *discept.* 63. Ursaya *discept.* 11. & post illam Cardin. Pereira *in suo Voto singulari in causa Pragensi.*

(192)
Leg. 1. *tit.* 13. *partit.* 4. *dictis Foris* 12. 13. *&* 14. *snb rubrica de His quibus ut indign.*

(193)
Leg. 3. *tit.* 15. *partit.* 4. ibi: *Daño muy grande viene à los fijos por non ser legitimos. Primeramente que non han las honras de los Padres, nin de los Abuelos. E otrosi quando fuessen escogidos para algunas Dignidades, ò honras, poderlas, y han perder por esta razon; è demàs nin podrian heredar los bienes de los Padres, nin de los Abuelos, nin de los otros Parientes que descendieren de ellos. Y lo mismo consta de todo el titulo Rubrica De his quibus ut indignis, y especialmente del Fuero* 12. 13. *y* 14. *yà citados.*

requiere para que haya terminos habiles sobre que recaya semejante Dispensacion, pues sin esta circustancia no hay raiz, que pueda ser dispensable. (194)

129 Lo segundo, porque tampoco huvo afecto marital como consta del mismo Rescripto. (195)

130 Lo tercero, porque quando caso negado lo huviesse havido, no por esso havria capacidad para que sobre èl recayesse la Dispensacion *in radice* despues del Santo Concilio Tridentino. (196)

131 Y lo quarto, porque aun en la hypothesi de haver sido, verdadera Dispensacion *in radice*, y la de que huviesse precedido matrimonio defacto, aunque nulo, y en figura de èl, huviessen tenido sus Padres à Don Geronymo: no por esso havria quedado legitimado para la succesion que se controvierte; (197) porque ni hay Ley Civil, ni Real, ni Foral, que habilite à los hijos nacidos fuera de matrimonio, verdadero, ò putativo, por el que despues se contrahe con semejante Dispensacion; ni se hallarà Decretal, Constitucion Pontificia, Decreto, Concilio General, ò Particular, recibido por la Iglesia, que tal disponga, ni monumento digno de fè, por donde conste, que los Sumos Pontifices se hayan atribuido la potestad de habilitar por medio de la Dispensacron *in radice*, à los espurios, para la succesion de Estados, y Mayorazgos, dentro, ni fuera del Estado Eclesiastico, con exclusion, y perjuicio irreparable, y perpetuo, de los llamados à ellos, que tienen à su favor todas las Leyes, y la expressa voluntad del Fundador. (198)

132 Que el supuesto que se hace de que la Dispensacion *in radice*, no hace otra cosa que remover el impedimento dirimente, que por Derecho Eclesiastico estaba establecido, reparando por este medio, la incapacidad de succeder, que por haver nacido durante el impedimento, tienen los hijos espurios: es un error de derecho manifiesto; porque la incapacidad de los espurios, no nace de la Ley Eclesiastica, sino de la potestad civil, (199) que pudo por el bien publico para mantener el honor, y dignidad de las Familias illustres, y otras Justas causas, establecerla por Ley general, como lo està en Castilla, (200) y en el Reyno de Valencia por sus Fueros; (201) y assi aunque su Santidad, dispensando en el impedimento dirimente de Derecho Eclesiastico, authoriza à

(194)
Ita docent antiqui Canonistæ, quos sequitur Pater Sanchez *tom. 3. de Matrim. lib. 8. disp. 7. n. 7.* D. Covarr. *de Sponsalib. p. 2. cap. 8. §. 8. ex n.* 40 D. Molina *lib. 3. cap. 2. ex n. 1. & in terminis n. 11. & 12.* & ibi Add. Gonzalez Tellez *in cap. Per venerabilem 13. qui filij sint legitimi ex n. 22. usque ad finem.* Garcia *de Benefic. p. 7. cap. 2. n. 41. & 42.* Basilius Ponce *de Matrim. lib. 11. cap 5. §. 1. n. 8. & 9.* Cardinal. Ludovisius *decis. 19.* & ibi Beltraminus *in Additionib.* Peregrinus *de Fideicom. art. 24. ex n. 76. usque ad* 80. Pitonius *tom. 3. Discept. Ecclesiast. 63.* Torre *de Majorat. tom. 1. cap. 29. §. 5.* Pirrus Corradus *in praxi dispensatinum lib. 8. cap. 3. n.* 50. Cardin. Pereira *in Voto singulari* post Ursajam *discept. 11.*

(195)
Mem. num. 187.

(196)
Concil. Trid. *sess. 24. de Matrim. cap. 1. ubi sustulit omnia matrimonia præsumta; nam si consensus expressus, & verus, hodie non constituit matrimonium nisi præstetur coram Parrocho, & testibus: à forciori iste consensus virtualis, implicitus, & interpretativus præsumptusque id non efficiet.* Sanchez *de Matrim. lib 3. disp. 40. n. 3. & alij apud ipsum.*

(197)
Esta proposicion se probarà en el Articulo III.

(198)
Si Don Joseph Balterra, ò sus Defensores pretenden lo contrario, digan qual es, ò donde està.

(199)
La razon es, porque quando como en este caso, no ha precedido matrimonio de hecho, aunque nulo, contrahe la prole habida *ex libero coitu* por el vicio de su nacimiento, la incapacidad para succeder; no por disposicion de la Ley Canonica, sino de las Leyes Reales, y Forales que excluyen à los incestuosos, y espureos de la succession, inhabilitandoles para ella; y no hay Dispensation que pueda borrar el efecto que no causò la Ley Canonica, y que solo lo es de la Real, y de la voluntad del Fundador.

(200)
Leg. 3. tit. 15. partit. 4.

(101)
Constat ex Foro 12. 13. & 14. sub Rubrica de His quibus ut indignis.

los Padres para que puedan casarse validamente: no puede, ni quiete remover la incapacidad de los hijos espurios que tuvieron antes de casarse, nacida, no de la Ley Canonica, sino de la Real, y Foral, que la establecen, en que no puede dispensar, ni dispensa su Santidad, por depender immediatamente de la potestad Soberana, que concediò Dios à los Reyes para promulgar en sus Estados las Leyes que tienen por convenientes. (202)

(102)
Proverbiorum cap. 8. versic. 15. & 16. ibi: *Per me Reges regnant, & legum conditores justa decernunt: Per me Principes imperant, & Potentes decernunt justitiam.*

133 Que la ponderacion que se hace en contrario de haver confessado esta parte, y los demàs Colitigantes, en virtud del Auto para mejor proveher, que Don Geronymo Balterra, era legitimo para los efectos Canonicos, y Eclesiasticos, y que esta ligitimidad procedia, no de la Dispensacion, ni del Matrimonio, como Sacramento, ni como contrato, sino del Rescripto Pontificio, queriendo inferir de aqui, que se le debe estimar por legitimo para los efectos temporales: no es otra cosa que confundir los terminos que son entre sì diversissimos; y assi es llano, que sin embargo de quanto alega, subsiste en toda su fuerza, la excepcion que le està opuesta.

134 Y haviendose dado traslado à los Interessados, se introduxeron por Don Joseph Balterra en su Escrito de 4. de Marzo de 1751. tres pretensiones: una de las quales fue, (203) que se borren, testen, y tilden las expressiones, que contiene el citado Escrito de Jofre, expresspressandolas por menor; y que se tome la providencia que sea del agrado del Consejo, para que solamente se dispute si Don Geronymo Balterra, legitimo por Dispensacion *in radice* en fuerza del matrimonio subsiguiente, que en virtud de ella contraxeron sus Padres, pudo, ò no, succeder en los Mayorazgos sobre que se litiga, fundandolo en el Auto para mejor proveher.

(203)
Mem. num. 586. 588. y 590. fol. 229. B. y siguientes, y especialmente al fol. 231. B.

135 Y no contento con esto, añade, con reprehensible audacia, que el citado Escrito de Don Miguèl Jofre contiene muchas proposiciones *ofensivas de la Silla Apostolica, y en su modo sospechosas*; (204) pero su Autor instruido de la verdad que defiende por los mas cèlebres Autores, que vàn puntualmente citados, espera de la Suprema Sabiduria del Consejo, que en vista de ellas, y de las doctrinas en que se fundan, verà con el correspondiente desagrado la referida pretension de que se tilden, y borren, y sabrà corregir una Censura que ofende su respecto, y

(204)
Mem. num. 590. fol. 231. B. y 232.

el

el de tantos, y tan grandes hombres, como las han enseñado, y defendido.

136 No nos paramos en lo que largamente deducen sus Defensores del Auto para mejor proveher, por quedar superabundantemente satisfecho desde el num. 108. al 121. inclusivè de esta Alegacion; pero probaremos con la autoridad de los mismos Escritores, cuyas son las proposiciones, que los contrarios llaman *ofensivas de la Santa Sede, y sospechosas*, que bien lexos de serlo, contienen una sòlida verdad, y convencen, que la Dispensacion que pidieron para casarse los Padres de Don Geronymo Balterra, no fue *in radice*, sino un mero Rescripto, que solo le hizo legitimo para lo Espiritual, y Canonico, y no para lo Temporal.

137 Lo primero, porque no puede haver Dispensacion *in radice*, si no à precedido matrimonio de hecho, aunque nulo, entre los Padres: (205) es assi, que no le huvo entre Don Vicente, y Doña Maria Balterra, que lo fueron de Don Geronymo: (206) Luego la Dispensacion que obtuvieron para casarse, y en cuya virtud se casaron: no fue *in radice*.

138 Lo segundo, porque toda la razon en que fundan Barbosa, y otros, (207) que basta la copula habida con afecto marital para que sobre ella pueda recaer Dispensacion *in radice*: es el supuesto que hacen de que por ella se prueba un matrimonio presumpto, contrahido por el solo consentimiento, que es lo que pide el Derecho Natural para que le haya real, y verdadero, sin que la Dispensacion que sobreviene, haga otra cosa que correr el velo, y hacer patente à los ojos el matrimonio oculto que antes havia: Es assi, que por el Concilio Tridentino se prohibieron, y quitaron todos los matrimonios ocultos, ò presumptos, sin que baste para que haya matrimonio, el consentimiento si no se expressa en presencia del Parroco, y testigos: (208) Luego aun concedido, que de la copula habida con afecto marital resultasse un matrimonio tacito, y presumpto antes del Concilio Tridentino: no lo hay, ni puede haver despues de su publicacion, ni por consiguiente hay raìz, sobre que pueda recaer la figurada Dispensacion, como à mayor abundamiento lo tiene declarado repetidas veces la Sagrada Congregacion de Cardenales Interpretes del Santo Concilio, y atestigua, como Secretario de ella el cèlebre Canonista Fagnano. (209)

139 Lo tercero, porque por el tenor del Rescripto consta, (210) que solo se pidiò à su Santidad, que dispensasse en el segun-

(205) Ita docunt antiqui Canonistæ quos sequitur P. Sanch. *tom.* 3. *de Matrim. lib.* 8. *disput.* 7. *n.* 7. D. Covarrub. *de Sponsalib. p.* 2. *cap.* 8. §. 8. *ex n.* 40. D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 2. *ex n.* 1. *& in terminis, n.* 11. *&* 12. & ibi Add. D. Gonzal. Tellez *in cap. Per venerabilem* 13. *Qui filii sint legitimi ex n.* 22. *usque ad finem.* Garcia *de Benefic. p.* 7. *cap.* 2. *n.* 41. *&* 42. Basilius Ponce *de Matrim. lib.* 11. *cap.* 5. §. 1. *n.* 8. *&* 9. Cardinal. Ludovisius *decis.* 19. & ibi Beltraminus in Add. Peregrinus *de Fideicom. artic.* 24. *ex n.* 76. *usque ad* 80. Pitonius *tom.* 3. *Discept. Ecclesiastic.* 63. Torre *de Majorat. tom.* 1. *cap.* 29. §. 5. Pirrus Corrad. *in Praxi dispensationum lib.* 8. *cap.* 3. *n.* 50. Cardinal. Pereira *in Voto singulari post* Ursaiam *discept.* 11.

(206) Memor. num. 187.

(207) Barbos. *vot.* 27. *per tot.* D. Castill. *cap.* 105. *ex n.* 23.

(208) Concil. Trid. *Sess.* 24. *sub. Decreto de Reformat. matrim. cap.* 1. Sanchez *de Matrim. tom.* 1. *lib.* 3. *disp.* 40. *n.* 3. Gutierrez *Canonicarum, lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 4. *& de Jurament.* 1. *p. cap.* 51. *n.* 12. 13. *&* 14. *qui dant cæteros.*

(209) Fagnanus *in cap. Per tuas. Qui filii sint legitimi, n.* 2. *&* 3.

(210) Memor. num. 187.

gundo grado de conſanguinidad en linea igual, para que ſin embargo de eſte impedimento, pudieſſen Don Vicente, y Doña Maria Balterra contraher licita, y validamente, matrimonio, como lo hicieron: Es aſsi, que en eſtos terminos, no es, ni puede ſer *in radice* la Diſpenſacion, y que la Clauſula *prolem ſuſceptam, & ſuſcipiendam ex inde legitimam decernendo*, que contiene, habilita à la prole, yà nacida, ſolo para lo Eſpiritual, y no para lo Temporal: Luego ni la Diſpenſacion fue *in radice*, ni en virtud de ella quedò legitimo Don Geronymo para los efectos temporales; lo qual es tan cierto, que aunque huvieſſe precedido matrimonio irrito entre ſus Padres, no ſe huviera legitimado por la Diſpenſacion que ſobrevino para contraherle de nuevo: *Quia quamvis Pontifex diſpenſans in matrimonio irrito, ut denuo celebretur, diſpenſet ſimpliciter cum prole ex eo matrimonio nata, non cenſetur in matrimonii radice diſpenſare, ac omnino legitimare prolem, ſed tantum legitimat eam, quoad ſpiritualia, ſicut ſi extra matrimonium nata eſſet.* (211)

140 Todo eſte Diſcurſo es à la letra del Padre Sanchez, (212) que explicando con gran methodo, y claridad, quando ſerà *in radice* la Diſpenſacion, ſienta por primera concluſion la ſiguiente: *Quando nullum erat initum matrimonium, & diſpenſatio petitur ad illud ineundum, explicata Pontifici copula, & apponitur clauſula, apponi ſolita de ſtilo Curiæ, quæ eſt, ut non obſtante impedimento, matrimonium, inter ſe contrahere libere, & licite valeant, prolem ſuſceptam ſi qua ſit, & ſuſcipiendam legitimam decernendo*: (que es nueſtro caſo) *tunc non diſpenſatur in radice matrimonii, nec ut proles ante diſpenſationem ſuſcepta, ſit legitima quoad temporalia, ſed ſolum quoad ſpiritualia.*

141 Lo quarto, porque explicando el miſmo Padre Sanchez (213) como ſe ha de entender en la hipoteſi referida, la Clauſula *Prolem ſuſceptam, & ſuſcipiendam legitimam decernendo*, dice, que en quanto à la yà nacida, obra ſolo para lo Eſpiritual, y Canonico, y en quanto à la que havia de nacer, obra tambien para lo temporal. *Ratio diſcriminis eſt: quia proles poſt matrimonium ſuſcipienda, eſt ex natura rei, legitima, ut pote, quæ ex vero matrimonio naſcitur; at proles ſuſcepta, non legitimatur ex vi matrimonii ſubſequentis, eo quod eſt ſpuria,* (214) *nec etiam ex vi precedentis, cum nullum intervenerit.*

142 Y objetandoſe mas abaxo, còmo puede ſer que la palabra *decernendo* ſe tome en un ſentido para la prole yà nacida, y en otro para la que deſpues naciere; y que equiparandoſe una, y otra, quede legitima la una ſolo para lo Eſpiritual, y la otra para lo Temporal: Reſponde, que eſto ſe verifica con di-

(211) Sanchez *dict. lib. 8. diſp. 7. n. 20. & 21.* Gamma *deciſ 452. n. 2. p. 1.* D. Molin. *lib. 2. de Primog. cap. 2. n. 10. in fine, & 11. in principio.*

(212) Sanchez *de Matrim. tom. 3. lib. 8 diſp. 7. ex n. 14. ad 17.*

(213) Sanchez *ubi proximè, n. 16. & 23.*

(214) *Juxta notata in cap. Tanta, qui filii ſint legitimi.*

diverſos reſpetos, como conſta de ſus palabras, que ſon eſtas: *Et ſi iterum objicias, æquiparari utramque prolem: ſi ergo ſuſcipienda, legitimatur in omnibus, ſimilitèr, & ſuſcepta, contra ea quæ* num. 14. *diximus: dic, non æquiparari in omnibus, ſed quoad hoc, ut utraque legitimetur; at diverſo modo; quia ſuſcipienda, legitimatur ob verum matrimonium, ex quo naſcitur, & ita quoad omnia; at ſuſcepta, ex vi ſolius illius diſpenſationis, quam ad ſola ſpiritualia eſſe probavimus.*

143 Lo quinto, porque lo miſmo enſeña el Señor Preſidente Covarrubias, (215) que deſpues de haver ſentado por concluſion firme, y conſtante, que quando el Pontifice legitima, aprueba, y ratifica el matrimonio contrahido en grado prohibido de conſanguinidad, ò afinidad, y ſe le à hecho relacion de la prole habida en èl, ſe entiende haverle aprobado deſde el principio; y que por conſiguiente fue legitima, no ſolo para lo Eſpiritual, ſino tambien para lo Temporal: Sì al contrario, no aprueba ſu Santidad el matrimonio yà contrahido, y ſolo concede licencia para contraherle: aunque haga mencion de la prole yà nacida, no es viſto legitimarla, y que en eſtos caſos debe juzgarſe de eſta legitimacion, del miſmo modo que ſi la huvieſſe hecho ſeparadamente, y con abſoluta independencia del matrimonio.

(215) D. Covarrub. *de Matrim. p. 2. cap. 8. §. 8. num. 42.*

144 Y ſiendo cierto, que la Diſpenſa concedida à Don Vicente, y Doña Maria Balterra, fue ſolo para que ſin embargo del impedimento con que ſe hallaban, pudieſſen contraher licita, y validamente matrimonio, legitimando la prole yà nacida, y la que en adelante nacieſſe: es preciſo entender eſta legitimacion, ſegun la doctrina de tan inſigne Maeſtro, del miſmo modo que la entendieramos, ſi ſu Santidad la huvieſſe hecho ſeparadamente, y con abſoluta independencia del matrimonio, que como dice el Padre Sanchez, (216) es ſolo en lo Eſpiritual, y Canonico, para la yà nacida antes de contraherle; y para lo Temporal en quanto à la que naciere deſpues de contrahido.

(216) Sanchez *dict. lib. 8. diſp. 7. n. 16. & 23.*

145 Lo ſexto, porque la Diſpenſacion que ſe concede para contraher matrimonio con legitimacion de la prole yà nacida, contiene dos gracias ſeparadas, que una dice reſpecto al matrimonio, y otra à la legitimacion de la prole; y cada una de ellas puede tener ſu efecto, aunque no le tenga la otra. *Diſpenſatio* (dice la Rota con otros) (217) *ad contrahendum cum legitimatione prolis, continet duas gratias ſeparatas: Unam reſpetu matrimonii, alteram reſpectu legitimationis prolis; unde licèt*

(217) Rota *Deciſ.* 207. *n.* 2. *&* 3. *p.* 1. *Diverſorum.* Seraphinus *Deciſ.* 1121. Gonzalez *ad Regul.* 8. *Chancelariæ, gloſ.* 1. §. 9. *n.* 57. Beltraminus ad Ludoviſium *Deciſ.* 19. *num.* 5.

cèt quoad matrimonium non posset gratia sortiri effectum, puta quia alter ex conjugibus iam prædecessisset, valebit quoad legitimationem prolis; por la ninguna conexion que tiene la una con la otra: Y ser constante, que la legitimacion es un mero efecto del Rescripto, y no del matrimonio; pues de lo contrario, si este no se efectua, ò por haver premuerto los que le havian de contraher, ò por haverse arrepentido, quedarian ilegitimos los hijos. (218)

(218) Sanchez *de Matrim. dict. lib. 8. disp. 7. n. 15.* Pirrus Corr. *in Praxi Dispensat. lib. 8. cap. 3. n. 27. & seqq.*

146 Con lo que dexamos discurrido, queda manifiesto, que la legitimacion de Don Geronymo, no fue *in radice*: Que solo pudo aprovecharle para los efectos Espirituales, y Canonicos, y no para los Temporales, y especialmente para la succesion de los Mayorazgos que se controvierten: Que aunque en su virtud quedò legitimo, no fue en fuerza del matrimonio de sus Padres, sino por el Rescripto Pontificio: Que en nada ofenden las expressadas proposiciones, la Autoridad de la Santa Sede: Y que la calidad de *sospechosas* que se les atribuye en contrario; es mera calumnia, digna de la severidad del Consejo. Y no siendo justo fatigar mas su atencion, concluìmos este Articulo con las palabras del Cardenal Bona, à otro intento. (219) *Hanc autem paginam claudo præclara Quintiliani Sententia, qua Sanctus Hieronimus in casu non dissimili usus est, felices Artes, si de iis soli Artifices judicarent.*

(219) Cardinal. Bona *in Monitione ad Tractatum de Rebus liturgicis.*

ARTICULO III.

QUE AUN QUANDO LA DISPENSACION QUE para casarse obtuvieron Don Vicente, y Doña Maria Balterra huviera sido in radice matrimonii: *no podria habilitar à Don Geronymo su hijo, ni por consiguiente à sus descendientes, para la succesion de los Mayorazgos que se controvierten.*

147 Cierto es que los Señores Covarrubias, Molina, Gonzalez Tellez, el Padre Sanchez, y otros muchos que se han citado en el Articulo Antecedente (220) defienden, que por la legitimacion *in radice*, se hace legitima la prole, no solo para lo Espiritual, y Canonico, sino tambien para lo Temporal; pero tambien lo es, que gravissimos Autores, y entre ellos los Padres Francisco Suarez, Luis de Molina, y Gaspar Hurtado, de la Compañia de Jesus, el Señor Larrea, Arellano, Francisco Ferrer, Cervantes, y otros mu-

(220) D. Covarrub. *de Matrim. p. 2. cap. 8. §. 8. n. 13. impressionis Salmanticensis. & n. 42. impressionis Antuerpiensis.* D. Molin. *de Primog. lib. 3. cap. 2. n. 11. & 12.* Sanchez *de Matrim. tom. 3. lib. 8. disp. 7. per tot.* D. Gonzalez Tellez *in Cap. Per venerabilem 13. Qui filii sint. legitimi, n. 22.*

muchos, defienden lo contrario, con tales, y tan sòlidos fundamentos, que no es facil satisfacerles. (221)

148 Pero antes de hablar de esta Questiòn, es necessario prevenir para evitar equivocaciones, tres supestos: El primero, que solo puede entrar esta disputa, quando haviendo precedido matrimonio de hecho, aunque nulo, entre los Padres, le aprueba, y ratifica su Santidad declarandole por valido desde el principio, pues siempre que esto se verifica, los hijos que de èl nacieron, son verdaderamente legitimos, y capaces de la succesion de los Feudos, Estados, y Mayorazgos; y si al contrario, ò no à precedido matrimonio, aunque irrito, ò no le aprueba su Santidad dando à los que le contraxeron, facultad para permanecer en èl: solo sirve la Dispensaciòn para lo Espiritual, y Canonico, y no para lo Temporal. (222)

149 El segundo, que aun quando à precedido matrimonio irrito entre los Padres, si el Papa no le aprueba; aunque dispense para que de nuevo se celebre, sin embargo del impedimento Canonico, con la Clausula de legitimacion de la prole: no es visto dispensar *in radice*, ni legitimarla para los efectos Civiles, sino para los Espirituales, que son de la Jurisdiccion del Pontifice, como tal: (223) Y si aun quando precediò el contrato de matrimonio irrito, no se legitima la prole que de èl naciò para el efecto de que se trata, con la Dispensacion que sobreviene para contraherle *in facie Ecclesiæ*, aunque se conceda con la Clausula *Prolem susceptam, & suscipiendam ex inde legitimam decernendo*, como à la letra consta de los Autores citados: mucho menos podrà decirse, que quedò habilitado Don Geronymo en virtud de ella, faltando el essencial requisito del matrimonio irrito antecedente de sus Padres, y haviendose concedido à estos la Dispensacion, solo para contraherle de nuevo *in facie Ecclesiæ*.

150 Y el tercero, que no tiene repugnancia, que un mismo sugeto, sea con diversos respectos, legitimo, y ilegitimo; porque aunque el Señor Molina hablando del matrimonio putativo, dice, que basta la buena fè de los Padres, ò de qualquiera de ellos, para que sea legitima la prole, (224) y capàz de la succesion de ambos, *quia veluti Monstrum futurum esset, quod quis pro parte esset legitimus, & pro parte illegitimus*: (225) solo es cierta esta regla en los terminos que explica este gran Maestro; porque naciendo la legitimidad de los hijos de un matrimonio putativo, de la buena fè de los Padres, ò de qualquiera de ellos, que es la causa immediata de ella, segun las Leyes

(221)
Suarez *de Censuris, tom. 5. disp. 50. sect. 5. n. 9.* P. Molin. *de Justitia, & Jur. tom. 3. tract. 2. disp. 624. n. 3.* Galpar Hurtad, *de Matrim. disp. 26. difficult. 1. n. 9.* D. Larrea *decis. 8. ex n. 10. & per tot.* Arellan. *in tractatu de Rata juris. lib. 4. cap. 5. ex n. 53.* Franciscus Ferrer *de Impuberum, & aliis substitut. glos. 6. à n. 107. usque ad 135.* Add. ad Navarrum *cons. 2. sub tit. Qui filii sint legitimi.* Anton. de Butrio *in dict. cap. Per venerabilem, n. 20.* Cervant. *in leg. 12. Taur. ex n. 102.*

(222)
D. Covarrub. *p. 2. de Matrim. cap. 8. §. 8. n. 13. Editionis Salmanticensis, & 42. Antuerpiensis.* D. Molin. *de Primog. lib. 3. cap. 2. n. 12.* Peregrinus *de Fideicom. artic. 24. ex n. 77.* Sanchez *de Matrim. lib. 8. disp. 7. n. 28. 29. & 30.* Gutierr. *in eodem Tractatu, cap. 74. n. 20.* Garcia *de Benefic. p. 7. cap. 2. n. 42.*

(223)
Gutierrez *de Matrim. dict. cap. 74. n. 23.* Sanchez *in eodem Tract. lib. 8. disp. 7. n. 20. & 21.* Anton. Gamma *p. 1. decis. 452.* D. Molin. *lib. 3. de Primog cap. 2. n. 10. & 11.* D. Covarrub. *dict. p. 2. de Matrim. cap. 8. §. 8. n. 13. alias 42.* Enriquez *in eodem Tract. lib. 11. cap. 20. n. 2.*

(224)
Cap. Ex tenore, & Cap. Pervenit. Qui filii sint legitimi, leg. 1. tit. 13. Partit. 4.

(225)
D. Molin. *lib. 3. cap. 1. n. 13. & 14.*

yes Eclesiasticas, y Reales, que assi lo ordenan: seria manifiesta iniquidad, que los hijos fuessen legitimos, y succesibles, solo en la herencia del que tuvo buena fè, y no en la del que no la tuvo, mayormente quando la Ley Real defiere la succession de ambos, del mismo modo que si huvieran nacido de legitimo matrimonio. (226)

(226) *Dict. leg. 1. tit. 13. partit. 4.* D. Olea, *tit. 4. q. 8. ex n. 9. ubi plenè.*

151 Pero fuera de este caso, es cierto, que la legitimidad es dividua para los efectos de Derecho, y que es muy conforme à èl, que una misma persona sea legitima para lo Ecclesiastico, y no para lo Temporal, ò al contrario, como prueban el Señor Gonzalez Tellez, y Faxardo. (227) De que resulta, que aunque Don Geronymo Balterra fue legitimo para los efectos Espirituales, y Canonicos, que pudo comunicarle su Santidad en la Dispensacion que concediò à sus Padres para casarse, con la Clausula *Prolem susceptam, & suscipiendam exinde legitimam decernendo*: no lo fue para los Temporales, por no tener la qualidad de haver nacido de matrimonio verdadero, ò putativo, ni haverse legitimado, ni podido legitimar, por el que contraxeron sus Padres, por el vicio con que naciò.

(227) D. Gonzalez Tellez *in Cap. Per venerabilem. Qui filii sint legitimi, n. 26.* ibi: *Nec obstat ex hac legitimatione evenire, ut quis sit legitimus quoad spiritualia, non vero quoad temporalia, & econtra; nam insolens non est quem ad certos actus legitimum reputari, non vero quoad alios, ut in cap. 1. de Filiis Præsviterorum, & in cap. 1. & 2. eodem tit. in Sexto, & in quotidiano exemplo legitimationis ut filii naturales succedere possint ab intestato, aut ex testamento, in ea portione quam Pater voluerit*: Ut probat Gom. *in leg. 9. Tauri, n. 70. Quia legitimatio quoad effectus, qui juris sunt, dividua est.* Faxardus *in Tract. de Legitimat. per subsequens, n. 91.*

152 Por la Ley de Partida consta, (228) que aunque el Pontifice puede legitimar à los ilegitimos, habilitandoles para Ordenarse, y para obtener qualesquier Beneficios, y Dignidades Eclesiasticas, no puede hacerlo para los Temporales, ni para la succesion de los bienes sitos en ageno Dominio; y por la XII. de Toro, que los legitimados por Rescripto, ò Privilegio de los Señores Reyes para heredar à sus Padres, ò Madres, si estos tuvieren algun hijo, nieto, ò descendiente legitimo, no pueden concurrir con ellos, ni pretender otra cosa, que lo que del Quinto quisieren dexarles sus Padres, siendo por lo mismo en uno, y otro caso, legitimos, y ilegitimos con diversos respetos.

(228) *Leg. 4. tit. 15. partita 4.*

153 Y es bien notable la doctrina de Tello Fernandez, (229) que comentando la misma Ley de Toro, prueba que la succesion, no es parte integral de la legitimidad, sino efecto de ella, por lo qual es compatible con la incapacidad de succeder, como se vè en la misma Ley de Toro, en Italia, y otras partes, donde por Estatuto, ò Ley municipal estàn excluìdas las hembras de la succesion, aunque hayan nacido de legitimo, y carnal matrimonio; y mejor en Francia, y Alemania, donde ni las hijas de los Reyes Christianissimos succeden en aquel Reyno, ni las de los Principes del Imperio heredan

(229) Tellus Fernand. *in Leg. XII. Tauri, ex n. 22. ubi plenissimè.*

dan los Feudos paternos, por ser la agnacion la que se atiende, y no la legitimidad, como succede en los Mayorazgos agnaticios de España.

154 Baxo de estos supuestos en que convienen los Autores de una, y otra Sentencia, se reduce la de los Señores Covarrubias, Molina, Gonzalez Tellez, Sanchez, y otros, à que puede el Pontifice dispensar en la raìz del matrimonio, siempre que se haya contrahido con un impedimento dirimente que provenga del Derecho Eclesiastico, removiendo, y quitando de en medio, la Ley Canonica que le estableciò, como si nunca la huviesse havido, para que retrotrayendose la Dispensacion, al tiempo en que se celebrò el matrimonio de hecho, aunque nulo, obre los mismos efectos que si desde el principio huviesse sido valido, y por consiguiente la legitimidad de la prole, no solo para los efectos Canonicos, sino tambien para los Temporales, y Civiles; porque siempre que su Santidad dispensa en la raìz del matrimonio, revoca, y borra todos los daños causados por la ilegitimidad, restituyendo à la prole en el mismo estado que tendria, si desde el principio huviera sido valido el matrimonio: *Quia destructo legis Ecclesiasticæ valore, cui tamquam fundamento ilegitimitas, ac cætera damna innitabantur, illa omnia corrunt. Et licet nequæat Pontifex directe in legibus sæcularibus dispensare, potest tamen indirecte, & per quandam consequentiam, destruendo legem Ecclesiasticam, ex qua tamquam ex fundamento, illa omnia pendebant.* (230)

155 Esta es toda la razon de esta Sentencia, y venerando, como debemos, la authoridad de sus Defensores, pondremos presente al Consejo, el principal fundamento de la Contraria, para que en su vista, estime lo que su superior comprehension tuviere por mas justo.

156 El Padre Luis de Molina refiriendo la opinion de Panormitano, y de los Señores Covarrubias, y Molina, que es la que yà vimos, la impugna acerrimamente con una razon tan convicente como manifiestan sus palabras que, son estas: (231) *Ego vero non dubito sententiam hanc, falsam esse. Atque in primis, si inteligant Summum Pontificem efficere posse ut matrimonium, quod à principio fuit nullum propter id impedimentum Canonicum, reddatur à principio validum, dispensando in tali impedimento, illudque auferendo, sane non dubito esse id plusquam, falsum. Neque enim habet Summus Pontifex ad præteritum, potentiam, ut validum matrimonium efficiat, quod validum re ipsa non fuit, & ut non adfuerit impedimentum illud Canonicum, quod verè adfuit tempore contracti illius matrimonii, eo quod in illo non fuerit dispensatum: qua-*

(236) D. Covarrub *de Matrim. p. 2. cap. 8. §. 8. n. 13. Editionis Salmanticensis, & 42. Antuerpiensis.* D. Molin. *lib. 3. cap. 2. n. 11. & 12.* D. Gonzalez Tellez *in Cap. Per venerabilem, qui filii sint legitimi ex n. 22.* Sanchez *de Matrim. lib. 8. disp. 7. per tot.*

(231) Pater Molin. *de Just. & Jur. tom. 3. tract. 2. disp. 624. n. 3.*

re diſpenſare iam non poterit, ut à principio non adfuerit, ac pro inde, ut non fuerit nullum matrimonium, quod nullum ob id impedimentum re ipſa fuit. Quo fit, ut ſine novo contrahentium conſenſu, novoque inter eos matrimonii contractu, poſt impedimentum ſublatum, non poſsit inter eos eſſe legitimum matrimonium, ac pro inde, ut Summus Pontifex non poſsit efficere, ut antiquus conſenſus ſufficiat ad legitimum matrimonium, diſpenſando in vero Canonico impedimento, quod aderat tempore talis conſenſus, nullumque eum ad legitimum matrimonium re ipſa reddidit, ſed neceſſarius omnino ſit ad verum, & legitimum matrimonium, prolemque legitimam generandam, novus inter ipſos mutus conſenſus, novuſque matrimonii contractus. Poterit quidem Summus Pontifex, prolem illam natam illegitimè, ita legitimare, quaſi à principio nata fuerit legitimè, non quidem efficiendo, ut numquam fuerit illigitima, quoniam id eſſet ad præteritum potentia, contradictionemque implicat, ita ut nec Deus poſsit id efficere; ſed auferendo ab illa omnem inhabilitatem Canonicam, quæ ſub ipſius juriſdictionem cadit, efficiendoque, ut, quoad inhabilitates Canonicas, reputetur ac ſi á principio eſſet legitimè nata, atque id ſolum eſt cenſendus facere, ſi legitimum dicat ſe efficere matrimonium illegitimè priùs contractum: Idque ſolum velle videntur Panorm. Covarrub. & alii Autoris ejus Sententiæ: *Non tamen poteſt efficere, ut matrimonium, quod fuit illegitimum ac nullum, fuerit validum, ac pro inde, ut proles ex illo procreata, non fuerit illegitima. Quia ergo proles verè fuit illegitima, nec Summus Pontifex efficere valet, ut talis non fuerit, atque eo ipſo, quod illegitima fuit, contraxit inhabilitates Canonicas, atque etiam Civiles, quæ ſimpliciter non ſubjacent poteſtati Summi Pontificis, ſed Principum ſæcularium, ut diſp. 173. oſtenſum eſt; utique quamvis Summus Pontifex poſsit eam legitimare, ut reputetur, quaſi nata fuerit legitimè, quod attinet ad inhabilitates Canonicas, & id cenſeatur facere, ſi dicat legitimum ſe efficere matrimonium, illegitime contractum, non tamen poteſt, aut cenſetur id efficere, quoad inhabilitates civiles, atque adeò, ut ſuccedat in Majoratu, præferaturque in ea ſucceſsione filio poſterius ex eiſdem parentibus legitime nato.*

157 Con el miſmo fundamento impugna la Sentencia contraria Cervantes (232) con tanta ſolidèz, que le hace digno de la atencion del Conſejo; y no ſolo convence la impoſsibilidad legal de extender por medio de la Diſpenſacion *in radice*, la legitimacion de la prole inceſtuoſa, y eſpuria, à la ſucceſsion de los bienes temporales; sì que hace vèr la debilidad de los fundamentos en que eſtriva la opinion de los

(232) Cervantes *Omnino videndus in leg. 12. Taur. ex n. 102. uſque ad 118. inclusivè.*

los antiguos Canoniſtas , que la introduxeron.

158 Los Padres Suarez , y Hurtado defienden con eſte , y otros fundamentos , la miſma opinion que el Padre Molina , y Cervantes. (233) Todos confieſſan , que ſu Santidad puede , como Supremo Legislador , quitar el impedimento Canonico , diſpenſando , para que ſin embargo de èl , puedan los Parientes dentro del quarto grado , contraher licita , y validamente matrimonio ; y confieſſan tambien , que ſi de hecho le contrahen ſin que preceda Diſpenſacion , puede por medio de ella remover el impedimento , y los daños que por èl ſe cauſaron à la prole , quitando todas las inhabilidades Canonicas, que contrajo por el vicio de ſu nacimiento ; pero niegan que eſto ſe extienda à los efectos temporales : *Quia* (dicen) *ſine novo contrahentium conſenſu , novoque inter eos matrimonij contractu poſt impedimentum ſublatum , non poteſt inter eos eſſe legitimum matrimonium* ; pues no baſtando el antiguo conſentimiento para que quitado el impedimento por la diſpenſacion , ſe contraiga validamente matrimonio , por los que antes le havian contrahido nulamente: Es preciſo confeſſar , que ſolo los hijos nacidos del matrimonio valido , ſi poſteriormente ſe contrahe en virtud de ella , ſon legitimos , y que no lo ſon , ſino inceſtuoſos , y eſpurios los que nacieron antes de la Diſpenſa, y de un matrimonio irrito , y nulo.

159 Omitimos otros fundamentos , que pueden verſe en los Autores citados , y en el ſeñor Larrea , Gutierrez , Arellano , Franciſco Ferrer , Butrio , y Faxardo; (234) aſsi porque en caſo neceſſario podràn verſe en los lugares que ſe citan , como porque entendemos , que eſta es una queſtion de nombre , y que bien examinados los Autores de una , y otra Sentencia , dicen una miſma coſa.

160 Yà hemos viſto , que el Padre Molina , y los demàs que ſiguen ſu opinion , aunque confieſſan en el Sumo Pontifice la facultad de diſpenſar en la raìz del matrimonio irrito , y de remover el impedimento Canonico con que ſe contrajo , niegan que eſta diſpenſacion pueda legitimar à los hijos que de èl nacieron , para los efectos temporales , porque ſin nuevo conſentimiento , y ſin nuevo contrato de matrimonio , no puede haverle capàz de producir hijos legitimos para los expreſſados efec-

(233) Suarez *de Cenſur. tom. 5. diſp. 50. ſection. 5. n. 9.* Gaſpar Hurtado *de Matrim. diſp. 26. dificultat. 1. n. 9.*

(234) Suarez *de Cenſuris , tom. 5. diſp. 50. ſect. 5. n. 9.* Gaſpar Hurtado *de Matrim. diſp. 26. dificult. 1. n. 9.* D. Larrea *deciſ. 8. ex n. 10. & per tot.* Gutierrez *de Matrim. cap. 74. per tot.* Arellano *in tract. de Rata Juris , lib. 4. cap. 5. ex n. 35.* Franciſcus Ferrer *de Impuber , & alijs ſubſtit. gloſ. 6. à n. 107. uſque ad 135.* Additio ad Navarr. *conſ. 2. ſub. tit. Qui filij ſin legitimi.* Antonius de Butrio *in dict. cap. Per venerabilem, n. 20.* Faxardus *de Legitimat. per ſubſequens ex n. 99. uſque ad 113. ubi octo graviſsima fundamenta pro hac Sententia ponderat.*

efectos; y es constante, que el señor Covarrubias, el Padre Sanchez, y otros que se alegan por la opinion contraria, dicen lo mismo que estos. (235)

161 El Padre Sanchez pregunta, si quando el Pontifice dispensa en el matrimonio irrito, concediendo à los que le contraxeron, licencia de permanecer, y perseveverar en èl: Es visto dispensar en la raìz del matrimonio *ac pro inde quo ad omnia*; y aunque algunos entienden, que por el mismo hecho de dispensar su Santidad en esta forma, concediendo la licencia referida, se entiende haver aprobado el matrimonio, y dispensado en su raìz, es de contrario sentir el Padre Sanchez, (236) y dando la razon, dice: *Ducor, quod nullum verbum in ea clausula sit ad prolis legitimationem pertinens, nec matrimonij radicem respiciens, ut in consequentiam legitimetur proles, sed ea verba ad meram in impedimento dispensationem referantur, ut eo sublato, liceat in posterum conjugibus in priori matrimonio permanère, non eo modo, quo initum est, sed præstito novo consensu. Non enim potest eorum verborum sensus esse, ut liceat illis, eo pacto quo initum est, & absque novo consensu permanerè in illo: Quippe id non subest potestati Pontificiæ: Nec id matrimonium, absque novo consensu, potest convalescere*: Citando en comprobacion al señor Covarrubias, Enriquez, y Ludovico Lopez, (237) luego si aun quando el Pontifice dispensa en el matrimonio irrito, concediendo licencia de permanecer en èl, entienden estos Autores, que esto no puede ser en el modo con|que se havia contrahido, *sed præstito novo consensu*, porque lo contrario serìa permitir contra Derecho Divino, y Natural, permanecer en un matrimonio irrito: con precision hemos de entender, que segun la mente del Padre Sanchez, del señor Covarrubias, Enriquez, y Ludovico Lopez, es necessario el nuevo consentimiento, y matrimonio de los Padres, despues de obtenida la dispensacion, para permanecer en el que *nuliter*, & *de facto* havian contrahido, porque este no puede convalecer, si quitado el impedimento, no se contrahe de nuevo.

162 Y si con atencion se reflexiona esta materia, se hallarà que la opinion de los antiguos Canonistas, que han seguido muchos, y muy grandes hombres, antes, y despues que escrivieste el Padre Sanchez, es una paradoxa incomprehensible.

Di-

(235) Sanchez *de Matrim. tom. 3. lib. 8. disp. 7. ex n. 24. ad 28. inclusivo.*

(236) *Ubi proximè num. 25.*

(237) D. Covarrub, *in quarto Decretal. p. 2. cap. 8. §. 8. n. 13.* Enriquez *lib. 11. de Matrim. cap. 20. n. 2.* Ludovicus Lopez *2. p. instructionis, cap. ultim. column. 2. conclus. 3.*

163 Dicen, que su Santidad puede como Supremo Legislador, irritar por la dispensacion, la Ley Eclesiastica, y remover por medio de ella, el impedimento con que se contrajo el matrimonio, y de que nacio su nulidad; y que retrotrayendose al tiempo en que se contrajo, quedan legitimos los hijos que de èl nacieron, en la misma forma que lo serìan, si la Dispensacion huviesse precedido al matrimonio; y explicando esta Sentencia el Padre Sanchez, (238) cuyas palabras copiò el señor Gonzalez Tellez, (239) añade las siguientes: *Non enim dicimus posse Pontificem efficere, ut id matrimonium fuerit á principio firmum, vel nunc incipiat valere absque novo contrahentium consensu, vel ut ex eo, non sint secuti effectus, jure civili statuti. Hæe enim omnia appertè non subsunt Pontificiæ potestati, sed tantum dicimus eam esse Pontificis potestatem, ut possit dispensando pro ut ex tunc in ipsa matrimonij irriti radice, delere ac revocare omnia damna, quocumque jure humano inde incursa, ac in eum statum prolem restituere, quem haberet, si ex matrimonio valido orta fuisset. Destructo enim legis Ecclesiasticæ valore cui tamquam fundamento ilegitimitas, ac cætera damna innitebantur, illa omnia corruent.*

(238) Sanchez *de Matrim. lib. 8. disp. 7. num. 4.*

(239) D. Gonzalez Tellez *in cap. Per venerabilem qui filij sint legitimi, num. 22. in fine.*

164 Esta es la inteligencia de los treinta y siete Autores, que à favor de esta opinion cita el Padre Sanchez; y aunque confessamos, que el Pontifice puede en virtud de su Potestad Suprema, remover por medio de la Dispensacion, el impedimento, retrotrayendola al tiempo que se contrajo el matrimonio irrito: no entendemos, como se ha de componer la legitimidad de los hijos con la nulidad que entonces, y siempre, tuvo el matrimonio de sus Padres.

165 Confiessan que *ab initio* fuè nulo, y que no puede su Santidad convalidarle, ni hacer que fuesse valido desde el principio, ni que empiece à valer desde hoy sin nuevo consentimiento; pues còmo ha de haver hijos legitimos de un matrimonio irrito, y que en ningun caso puede valer sino se contrahe de nuevo?

166 Las Leyes del Reyno solo tienen por hijos legitimos à los que nacen de Padre, è de Madre, que son casados verdaderamente, segun manda Santa Eglesia, ò de matrimonio putativo, ò à los que haviendo nacido naturales, se legitiman por el que despues contrahen sus Padres, (240) y excluyen de la succesion à los espu-

(240) *Leg. 1. & 2. tit. 13. partit. 4.*

rios,(241)como eſtaba igualmente eſtablecido por los antiguos Fueros de Valencia: (242) luego ſin una formal, y expreſſa contravencion à lo que diſponen aquellas, y eſtos, no pueden contemplarſe legitimos para la ſucceſſion, los hijos de unos Padres, entre los quales no huvo matrimonio verdadero, ni putativo, ni capacidad para ſer legitimados *per ſubſequens*.

(241) *Leg. 3. tit. 15. partit. 4.*

(242) *Conſtat ex foro 12. 33. & 14. ſub Rubrica de His quibus ut indignis.*

167 En el caſo de eſte pleyto, ſolo llamaron los Fundadores à los legitimos, y naturales, y de legitimo matrimonio nacidos, y procreados: podrà ſu Santidad hacer que lo fueſſen los que realmente no lo fueron? Podrà fingir que fuè valido un matrimonio irrito? Podrà ſuplir el conſentimiento, que por derecho natural ſe requiere para que haya matrimonio, y ſin el qual no puede haverle? No por cierto, dicen: pero quitando por la Diſpenſacion el impedimento dirimente, que era la cauſa de que fueſſe irrito el antecedente, y eſpurios los hijos que de èl nacieron, retrotrayendola al tiempo en que ſe celebrò: quedò ſubſanado eſte daño, y todos los demàs que havia cauſado la Ley Canonica. Pero eſte es un juego de voces, que nada ſignifica.

168 El primero, y principal daño, que causò la Ley Eccleſiaſtica, fuè la nulidad del matrimonio, y ſin embargo confieſſan los inventores de eſta opinion, y los que la ſiguen, que no puede repararle el Pontifice, porque no cabe en ſu poteſtad, hacer que valga *pro ut ex tunc, nec pro ut ex nunc*, un matrimonio, que deſde el principio fuè irrito, y que no puede convalecer, ſino ſe contrahe de nuevo.

169 El ſegundo daño es conſequencia del primero, y nace de la miſma Ley Eccleſiaſtica, pues ſi eſta no huvieſſe eſtablecido el impedimento Canonico, ſeria valido el matrimonio, y legitima la prole, no ſolo para los efectos eſpirituales, ſino tambien para los temporales; pero ſi como confieſſan, fuè irrito el matrimonio deſde el principio, y no puede ſu Santidad hacer que valga ſin nuevo conſentimiento: es impoſsible verificar en los hijos que de èl nacieron, la qualidad de legitimos, y naturales, y de legitimo matrimonio nacidos, y procreados, ſin la qual, ni los Fundadores los llamaron à la ſucceſsion, ni las Leyes del Reyno, y Fueros de Valencia, ſe la permiten.

170 Dicen, que ſu Santidad retrotrayendo la Diſpenſacion al tiempo en que ſe contrajo el matrimonio, reſti-

tituye à la prole, en el mismo estado, que tendria, si realmente huviesse precedido; y aunque tiene grave dificultad, si es, ò no admisible la retrotraccion en perjuicio de tercero: la hemos de conceder sin reparo, tan amplia, como quisieren los Autores de esta opinion. Si su Santidad pudiesse hacer que el matrimonio irrito contrahido con un impedimento dirimente, fuesse sin embargo, valido, y firme desde el principio, retrotrayendole como la Dispensacion: podria merecer algun aprecio el argumento; pero confessando ingenuamente estos Autores, que esto no cabe en su potestad, y que el matrimonio irrito, siempre lo fuè, y no puede dexar de serlo, si no se contrahe de nuevo: venimos à parar en que sin embargo de la Dispensacion, y de la retrotraccion de ella, quedaron los hijos tan espurios, como antes eran, y en que por consiguiente no pueden ser admitidos à la succesion de los bienes temporales, y especialmente de los Mayorazgos à que estàn llamados, solo los legitimos, y naturales, y de legitimo matrimonio nacidos, y procreados, sin violar la voluntad de los Fundadores, las Leyes del Reyno, y los Fueros de Valencia, que fuè à caso el fin politico con que los Canonistas Italianos inventaron al principio del Siglo XIV. (243) esta opinion inaudita en los XIIII. primeros Siglos de la Iglesia.

171 Y en el supuesto constante de que no hay Ley Civil, Real, ni Foral, que habilite à los hijos incestuosos, y espurios, nacidos de un matrimonio irrito, contrahido con un impedimento dirimente, aunque sobrevenga la Dispensacion, y se retrotraiga al tiempo en que de hecho se contrajo; y el de que solo à la Potestad Civil toca reglar los efectos del matrimonio, en quanto pertenece al fin politico, y por consiguiente à la succesion de las Dignidades Seculares, Estados, y Mayorazgos: (244) Es evidente, que no pueden ser admitidos à ella, los que nacieron de un matrimonio irrito, cuya nulidad no pudo subsanar su Santidad por medio de la Dispensacion *in radice*, ni por otro alguno, como suponen, y confiessan todos los Defensores de esta opinion.

172 Despues de un largo, y prolijo estudio, alegò quien esto escrive, à nombre de Don Miguèl Jofre, en su Escrito de 22. de Diciembre de 1750. (245) *Que no se hallarà Decretal, Constitucion Pontificia, Decreto, Concilio General,*

(243) Joannes Andreas *in cap. Per venerabilem. Qui filij sint legitimi n.* 39. & ibi Abbas *n.* 22. Cardin. *n.* 9. *q.* 1. Ancharranus *num.* 21. Alex. *de Nevon.* 18. Præpositus *n.* 74. & alii apud Sanchez *de Matrim. tom.* 3. *lib.* 8. *disp.* 7. *num.* 4.

(244) D. Thom. *lib.* 4. *contra gentes, cap.* 78. ibi: *Inquantum vero ordinatur ad bonum politicum, subjacet ordinationi legis civilis.*

(245) Mem. num. 575.

ral, ò particular recibido por la Igleſia, ni monumento digno de fè, por donde conſte, que los Summos Pontifices ſe hayan atribuìdo la Poteſtad de habilitar por medio de la Diſpenſacion in radice *à los eſpurios para la ſucceſsion de Eſtados, y Mayorazgos, dentro, ni fuera del Eſtado Eccleſiaſtico, con excluſion, y perjuicio irreparable, y perpetuo de los llamados à ellos, que tienen à ſu favor todas las Leyes, y la expreſſa voluntad de los Fundadores.*

(246)
Mem. num. 579.

173 Y tergiverſando el Conde de Olocau en ſu reſpueſta de 22. de Enero de 1751. (246) una, y otra propoſicion, dice: *Que no es neceſſario que haya particular Ley, Fuero, Decreto, ò Conſtitucion Pontificia, que apruebe iguales Diſpenſaciones* in radice *para las ſucceſsiones, y otros efectos temporales, y que es mucho decir ſobre la inſinuada general negativa, que no hay monumento digno de fe, que atribuya Poteſtad à los Sumos Pontifices para ſemejantes habilitaciones, y con tales efectos, pues ſiendo, como es, la propoſicion ſentada en todo ſu complexo, recibida, y fundada por los mas claſicos Autores, y celebres Juriſconſultos: ni es cierta la voceada ponderacion, ni puede admitirſe ſin ofenſa de tanta inſinuada autoridad,*

174 No dixo el Defenſor de Jofrè lo que ſupone el del Conde de Olocau, ſino que no hay Decretal, Conſtitucion Pontificia, Decreto, Concilio General, ò Particular recibido por la Igleſia, ni monumento digno de fè, por donde conſte, *que los Sumos Pontifices ſe hayan atribuido la poteſtad de habilitar por medio de la Diſpenſacion* in radice *à los eſpurios para la ſucceſsion de los Eſtados, y Mayorazgos*, y eſta es una verdad tan conſtante, como verà qualquiera que la examine, y tocarà con la mano el Defenſor contrario, ſi ſe aplica con el eſtudio neceſſario à ſu averiguacion; y una coſa es que los Sumos Pontifices no ſe hayan atribuìdo jamàs tal poteſtad, que es lo que afirmamos, y otra diverſiſsima, que no haya muchos, y claſicos Autores que ſe la atribuyan, que es lo que en contrario ſe alega, y confeſſamos.

175 No ſe la atribuyeron los Summos Pontifices, por ſaber que el matrimonio irrito, ſiempre lo es, y que los hijos que de èl nacen, no pueden ſer legitimos, y de legitimo matrimonio, ſin embargo de que deſpues de nacidos, ſobrevenga la Diſpenſacion *in radice*; porque eſta, aunque ſe retrotrayga al tiempo en que ſe contrajo, no puede darle validacion, y por conſiguiente queda ſiempre inceſtuoſa la prole; y ſe la atribuyeron los inventores

de

de esta opinion, y otros muchos, à caso por no haver hecho esta reflexion, y la del perjuicio que de ella se sigue à la autoridad de las Leyes Reales, y à la voluntad de los Fundadores.

176 Quando el Pontifice dispensa para que el matrimonio irrito, por haverse contrahido con un impedimento dirimente, establecido por Derecho Eclesiastico, se contrayga de nuevo, es cierto que la prole nacida antes de la Dispensacion, no se legitìma en modo alguno; y assi aunque huviesse precedido matrimonio de facto, aunque nulo, entre Don Vicente, y Doña Maria Balterra, y nacido yà Don Geronymo se huviesse pedido, y obtenido la Dispensacion para que sus Padres pudiessen contraher validamente matrimonio, havria quedado ilegitimo el Don Geronymo, porque la qualidad de incestuoso con que naciò, le haria ilegitimable: à diferencia del caso en que el hijo nace despues de obtenida la Dispensacion; porque como esta remueve el impedimento: los hijos nacidos despues de ella, son naturales, y por consiguiente se legitìman por el subsiguiente matrimonio: cuya diferencia, reconocida, y confessada por los Defensores de la opinion contraria, (247) es incompatible con el principal intento que se proponen de ligitimar la prole incestuosa, y espuria, en fuerza de la Dispensacion *in radice*, porque por esta, ni se convalida el matrimonio irrito, ni se hacen naturales los hijos, yà nacidos, ni pueden conservando la qualidad de espurios, legitimarse por el nuevo matrimonio, que despues de removido el impedimento contrageron sus Padres.

177 El señor Don Christoval Crespì es uno de los defensores de la opinion contraria, que extiende la legitimacion *in radice* à la succesion de los bienes temporales, aunque sean feudales, ò de Mayorazgo; (248) y no es comprehensible à què venia esta question, quando dexaba sentado en la antecedente, (249) que la prole, cuya legitimidad se controvertia, havia nacido natural, y por lo mismo se havia legitimado por el siguiente matrimonio de sus Padres.

178 Su fundamento es el mismo que alegan el Padre Sanchez, y el señor Gonzalez Tellez, à que se ha dado la satisfacion correspondiente: pero se hacen dignas de la reflexion del Consejo dos proposiciones de este insigne Escritor, que acaso estrañarà su suprema sabiduria; Una es,

(247) Sanchez *de Matrim. tom. 3. disp. 7. n. 18. & 19.* D. Covarr. *in eodem tract. p. 2. cap. 8. §. 8. n. 13. Editionis Salmanticensis, & 42. Antuerpiensis.* D. Molina *lib. 3. de Primog. cap. 2. num. 10.* P. Molina *de Justit. & Jur. tract. 2. disp. 624. n. 3. in fine.* Ludovicus Lopez *2. p. instructionis, cap. ultim. columna 2. conclus. 3.*

(248) D. Crespì *observ. 23. q. 17. ex nº. 145. ad 167.*

(249) *Ibidem q. 15. ex n. 138. ad 144. inclusivè.*

que el Pontifice puede por ley universal elidir el derecho de tercero, (250) como lo hizo, segun dice por el *cap. Tanta est vis qui filij sint legitimi*; porque yà hemos visto, que esta disposicion fue solo para los efectos Canonicos, que tocan à la Potestad Pontificia, y que si en España se legitiman los naturales por el subsiguiente matrimonio de sus Padres, y como legitimos se admiten à la succesion de los bienes temporales, y à la de qualesquier Estados, y Mayorazgos, es porque assi lo mandaron el Señor Rey D. Alonso en sus Partidas, y los Señores Reyes Catholicos en las Cortes de Toro; (251) porque la Ley Canonica por sì sola, no basta para este efecto, fuera del temporal dominio de la Iglesia, como tiene declarado la Rota, (252) y enseñan comunmente los Canonistas. (253) Y otra que hay Ley Pontificia, establecida por Inocencio III. (254) declarando, que por el mismo hecho de estàr dispensados los espurios para lo Espiritual, lo estàn tambien para lo Temporal, queriendo que las palabras que refiere, sean decisivas de esta question; pero basta leer el Capitulo Canonico que cita, para vèr que no lo fueron aun en aquel caso; ni capaces de constituir Ley General, y Canonica.

(250) D. Crespì *ubi proximè n. 166.*

(251) *Leg. 1. tit. 13. partit. 4. & leg. 12. Tauri.*

(252) Rota *p. 1. Diversorum in novissimis decis. 65.*

(253) Cardin. Alexandrinus *in cap. Tanta, qui filij sint legitimi q. 10.* & ibidem Præpositus *columna 13.* Angelus *cons. 29.* Bald. *in rubrica de Constit. n. 53.* Alciatus *lib. 9. Responsorum cons. 16.* Lupus *de Illegitimis commentar. 4. in præfatione n. 9. & 10. &* §. *1. n. 2.* optimè, & plenissimè Marta *de Succes. legal. p. 1. q. 17. art. 5.*

(254) *In cap. Per venerabilem qui filij sint legitimi.*

179 Tenia un Cavallero Francés un hijo espurio, y adulterino: pretendiò que su Santidad le legitimasse, como havia legitimado à los del Rey de Francia Philipo: alegò por medio del Arzobispo de Arles varias razones para probar que havia en la Sede Apostolica facultad para ello, y especialmente que pudiendo legitimar para lo Espiritual à los espurios, con superior razon podria hacerlo para lo Temporal: *Videretur siquidem monstruosum, ut qui legitimus ad spirituales fieret actiones circa sæculares actus, illegitimus remaneret.* Y sin embargo de haver desestimado Inocencio III. este motivo, denegando la gracia que se pretendia, quiere el señor Crespì, que tengamos por ley estas palabras, que salvo el respeto que se le debe, y la superior Censura del Consejo, no lo son, por ser, ò alegacion de la parte interessada, hecha por medio del Arzobispo, ò una de las razones de dudar que su Santidad se proponia, y pueden verse en el mismo Capipitulo Canonico.

180 Estos fundamentos convencen la exclusion de Don Joseph Balterra, y la del Conde de Olocau, porque debiendo probar uno, y otro, la qualidad de legitimos, y naturales, y de legitimo matrimonio nacidos, y procrea-

dos,

dos en todos sus ascendientes, no lo han executado, por constar, que Don Geronymo (*num.* 34.) su tercero, y quarto Abuelo respectivè, naciò incestuoso, y espurio, como lo confiessan: Y aunque han querido subsanar este defecto con la que llaman legitimacion *in radice*, pretendiendo, que esta le habilitò para la succesion de estos Mayorazgos: crehemos, que està enteramente desvanecido quanto para apoyar esta idèa han alegado; pues si se reflexiona lo que dexamos fundado, se hallarà, que segun el tenor de las Clausulas de una, y otra fundacion, y Leyes del Reyno, fuè incapàz de esta succesion el dicho Don Geronymo Balterra, (*num.* 34.) y que por consiguiente lo son los referidos: Que no hay, ni ha havido capacidad para la Dispensacion *in radite*, por no haver precedido matrimonio de facto, aunque nulo, entre Don Vicente, y Doña Maria Balterra, (*num.* 22. y 23.) Padres del expressado Don Geronymo, ni el afecto marital, que en contrario se supone; y ser indubitable, que aun quando le huviesse havido, no bastarìa para que sobre èl pudiesse recaer la decantada dispensacion *in radice* despues del Santo Concilio Tridentino.

181 Que sin embargo del Auto para mejor proveher, no se limitò la question en la forma que en contrario se supone, ni en otra alguna, y ha podido disputarse en el Consejo, si la Dispensacion fuè, ò no *in radice*, y si aun en la hypothesi de serlo, pudo aprovechar al dicho Don Geronymo, y à sus descendientes para la succesion de los Mayorazgos que se controvierten.

182 Que no fuè la Ley Eclesiastica la causa de la ilegitimidad del Don Geronymo, sino las del Reyno, y Fueros de Valencia, que inhabilitan à los hijos incestuosos para la succesion de los bienes temporales, y especialmente en este caso en que no havia precedido al nacimiento del dicho Don Geronymo, matrimonio irrito, ni intencion de contraherle con dispensacion, ni sin ella, ni otra cosa, que la mera fragilidad de sus Padres.

183 Que aunque trece años despues de nacido le contraxeron, fuè en virtud de la Dispensacion que pidieron, y les concediò su Santidad por mero Rescripto con la Clausula regular de legitimacion de la prole yà nacida, y la que en adelante naciesse, que solo sirve para lo Espiritual, y Canonico, y no para lo Temporal.

Que

184 Que este Rescripto contuvo dos gracias separadas, que fueron la dispensacion del impedimento de segundo grado de consanguinidad en linea igual, para que sin embargo de èl, pudiessen contraher licita, y validamente matrimonio; y la legitimacion de la prole, que pudiera tener su efecto, aunque nunca se huviessen casado sus Padres, por no tener conexion la una con la otra.

185 Que de aqui proviene, que aunque Don Geronymo fuè legitimo para todos los efectos Espirituales, y Canonicos; no lo fuè, ni pudo ser para los Temporales, y especialmente para la succesion de estos Mayorazgos, que no debe governarse por el Rescripto, sino por la voluntad de los Fundadores, y por las Leyes del Reyno, y Fueros de Valencia, que no quiso, ni pudo derogar su Santidad en perjuicio de la Autoridad Soberana, à quien toca reglar las successiones.

186 Que aunque es privativo de la Potestad Eclesiastica todo lo que toca al matrimonio como Sacramento, y solemnidades con que debe contraherse, como tambien dispensar en los impedimentos establecidos por Derecho Canonico, y efectos, que produce como tal: en todo lo que mira al fin politico, y bien del Reyno, como es la succesion de las Dignidades Seculares, Estados, y Mayorazgos, sitos fuera del Dominio temporal de la Iglesia, y especialmente en España: toca al Rey nuestro Señor, cuyas Leyes son la unica regla por donde debe governarse, las quales inhabilitan à los espurios para este efecto, y solo la defieren à los que nacen de matrimonio verdadero, ò Putativo, y à los legitimados *per subsequens*, mayormente en este caso en que los Fundadores pidieron en todos los successores, la qualidad de legitimos, y naturales, y de legitimo matrimonio nacidos, y procreados.

187 Que aun quando huviesse precedido matrimonio irrito entre Don Vicente, y Doña Maria Balterra, Padres del dicho Don Geronymo, y huviesse dispensado el Sumo Pontifice en su raìz, retrotrayendo la Dispensacion al tiempo en que se celebrò; no huviera podido comunicarle la qualidad de legitimo, y natural, y de legitimo, y carnal matrimonio nacido, y procreado, que apetecieron los Fundadores, y piden las Leyes del Reyno; porque siendo, como es cierto, que aun en esta hypothesi havria quedado irrito el matrimonio, sin

que

que ni desde el principio ; ni despues , huviesse podido sub-sanarse su nulidad , sin contraherse de nuevo : Es indubitable , que la prole nacida de èl , huviera quedado , sin embargo de la Dispensacion *in radice* , tan espuria , como antes era , porque esta no puede obrar , que en ningun caso sea de legitimo matrimonio , la prole , que naciò de unos Padres , que nunca le contraxeron , sino irrito , y nulo , y à que no pudo su Santidad comunicar la validacion , que no tuvo , ni pudo tener entonces, ni nunca , sin nuevo consentimiento.

188 Que si esto militarìa aun quando realmente huviesse precedido entre los Padres , Matrimonio de hecho, aunque nulo, y huviesse dispensado su Santidad en su raìz : con superior razon milita en este caso , en que como se ha dicho , y consta del Rescripto , ni se pidiò , ni concediò la Dispensacion para este efecto, ni para otro alguno , que el de poder contraher licita , y validamente matrimonio , sin embargo del impedimento ; porque la Clausula de legitimacion , que se lee en ella , es regular , y de estilo , y su efecto , en quanto à la prole yà nacida , fuè una mera gracia , limitada à lo Espiritual , y Canonico , que no puede extenderse à lo Temporal.

189 Y assi es llano , que en lo respectivo à esta succesion, quedò tan ilegitimo Don Geronymo , como antes era , y que por lo mismo , ni Don Joseph Balterra , ni el Conde de Olocau , tienen , ni pueden pretender sombra de derecho à la de los Mayorazgos que se controvierten.

PARTE SEGUNDA.

QUE SEGUN EL TENOR DE UNA, Y OTRA fundacion es indubitable la preferencia de Don Miguèl Jofre à todos los Colitigantes.

190 EN la primera parte de esta Defensa (255) se probò , que por la muerte sin hijos del ultimo possehedor , se defiriò la succesion del Mayorazgo de Canet , al Marquès de San Felices su sobrino , y por la de este à Don Miguèl Jofre de Balterra , (*num.* 66.) como unico varon de su linea contentiva ; pues aunque si Don Joseph Balterra , y el Conde de Olocau (*num.* 67. y 69.) huviessen probado la legitimidad de su linea, tendrian conocida preferencia : obstandoles , como se ha visto, la excepcion que les està opuesta en cabeza de Don Geronymo Balterra , su tercero , y quarto Abuelo respectivè, por el vicio con que naciò ; no tiene Don Miguèl, competidor en esta vacante , y por

(255) Desde el num. 7. hasta el 9. inclusivè.

lo mismo debe ser absuelto de las Demandàs, que por los susodichos le estàn puestas.

191 Y excluìdo Don Joseph Balterra del Mayorazgo de Torres Torres, y Condado de la Villa-Nueva, que fundò D. Juan de Balterrra (*num.* 3.) en 21. de Julio de 1463. (256) por el propio motivo que lo està del de Canet, se reduce la dificultad à la genuina inteligencia de las Clausulas de su fundacion, pues de ella depende, la prelacion, que respectivamente pretenden Don Miguèl Jofre, (*num.* 60.) Don Joseph de Monsoriu, (*num.* 64.) y Don Francisco Fernando Giròn de Rebolledo (*num.* 56.)

(256) Mem. num. 36.

EXCLUSION DE DON JOSEPH DE MONSORIU.

192 TOda la razon en que funda su preferencia es el presupuesto que hace de que el Fundador constituyò dos classes de llamamientos: uno todo de agnados artificiosos, descendientes de los hijos varones de Doña Isabèl, y Doña Damiata Balterra, (*num.* 5. y 6.) sus hijas, designadas cabezas de linea en las siete Clausulas primeras; y otro tambien de agnados artificiosos, en cabeza de los hijos varones de sus nietas Doña Violante, y Doña Diamata, (*num.* 10. y 11.) cabezas de sus respectivas lineas en la octava; (257.) y de este presupuesto infiere, que excluìdo Don Joseph Balterra (*num.* 67.) por los motivos que quedan expuestos en la primera parte de esta Defensa: llegò el caso de su llamamiento por la muerte sin hijos del ultimo possehedor, como varon agnado artificioso, descendiente por linea masculina de Don Gaspar de Monsoriu, (*num.* 14.) hijo immediato de la dicha Doña Damiata; (*num.* 11.) porque haviendo faltado la agnacion que el Testador quiso suscitar en cabeza de Don Juan de Balterra, (*num.* 7.) à tiempo que no existian agnados artificiosos descendientes de Doña Isabèl, y Doña Damiata, sus hijas, (*num.* 5. y 6.) ni tampoco de Doña Violante su nieta: (*num.* 10.) se purificò el llamamiento de los descendientees masculos agnados de Doña Diamata su hermana, (*num.* 11.) cuya qualidad reside en Don Joseph de Monsoriu, (*num.* 64.) y no en los demàs Colitigantes, à quienes no puede aprovechar el sexo masculino, ni la prerrogativa de la linea que alegan, porque aunque tienen la de substancia, es vulgar principio, que esta no se atiende en los Mayorazgos qualificados, y agnaticios.

(257) Mem. desde el num. 37. hasta el 44. inclusivè.

193 Este es todo el fundamento de Don Joseph de Monsoriu; y aunque por sì mismo tiene conocida dureza, por la repugnancia que hace à la razon, el empeño de querer persuadir la qualidad agnaticia que no expresò el Fundador entre los hijos, y descen-

cendientes varones de Don Juan de Balterra, (*num.* 7.) y el de ſuſcitar en falta de los agnados artificioſos de eſte, una nueva agnacion, que ni conociò, ni pudo conocer el Fundador por medio de dos hembras, poſponiendo por eſte medio los varones cognados de la linea primogenita, à los que teniendo la miſma qualidad, ſe hallan en la inferior: probaremos à mayor abundamiento que el Fundador no apeteciò la agnacion artificioſa entre los hijos, y deſcendientes varones de Don Juan de Balterra; (*num.* 7.) y que aun quando la huvieſſe apetecido, tendria Don Miguèl Jofre llamamiento prelativo en eſta vacante.

194 Inſtituyò el Fundador à Don Juan ſu nieto, (*num.* 7.)(258) ſubſtituyendo deſpues de ſu muerte, à los hijos varones, que tuvieſſe legitimos, y naturales, y à los deſcendientes varones de ellos por linea maſculina; y en falta de ellos, à los demàs hijos varones de Doña Iſabèl ſu hija, (*num.* 5.) hermanos del dicho Don Juan, (*num.* 7.) y à los deſcendientes maſculos de ellos, omitiendo la expreſsion de la linea maſculina, y excluyendo à los Religioſos, y Sacerdotes, como conſta de las Clauſulas 3. y 4. (259)

195 „ Y ſi todos los dichos nietos mios, (proſigue) (260) hijos „ de la dicha Doña Iſabèl, (*num.* 5.) hija mia, Y LOS DESCEN- „ DIENTES VARONES DE AQUELLOS, MORIRAN EN LA „ FORMA SUSODICHA, en tal caſo ſubſtituyo à aquellos; y vi- „ niendo el dicho caſo, hago herederos mios los hijos varones de la „ dicha Doña Damiata, (*num.* 6.) hija mia, nietos mios, Y A LOS „ DESCENDIENTES VARONES DE AQUELLOS, en todos tiem- „ pos legitimos, y de legitimo matrimonio, y baxo del miſmo or- „ den, y condicion, que inſtituyo à los hijos de la dicha Doña Iſa- „ bèl, (*num.* 5.) hija mayor mia; eſto es, que tomen el Cognombre, „ y Armas, y que vaya de unos varones en otros, ſegun es dicho en „ los hijos, y otros deſcendientes de la dicha Doña Iſabèl.

196 En el contexto de eſta Clauſula, que es la V. ſe vè, que el Fundador, nada menos penſò, que ſuſcitar la agnacion artificioſa en cabeza de Don Juan ſu nieto, (*num.* 7.) sì, que apeteciò en los que llamaba à la ſucceſsion, el ſexo maſculino por ſu propia excelencia, pues aunque en las Clauſulas tercera y quarta llamò à los deſcendienres varones del dicho Don Juan *por linea maſculina*: Eſta expreſsion no es prueba preciſa de que apeteciesſe la agnacion, ſegun la doctrina terminante del Roxas, Antonio Fabro, y el ſeñor Caſtillo: (261) *Ratio eſt* (dicen) *quia ex tali Clauſula ſeu verborum conceptione, ſcilicet DESCENDENTES PER LINEAM MASCULINAM, deduci non poteſt, quod fuit habita ratio conſervandæ agnationis, cum alias, ratio ipſa agnationis inducendæ, expreſſa requiratur.* Y no es nuevo, que la linea maſculina, aunque mu-

(258) Mem. num. 38.

(259) Mem. num. 39. y 40.

(260) Mem. num. 41.

(261) Rox. *p.* 1. *de Incomp. cap.* 6. §. 23. *n.* 340. *&* 341. Anton. Faber. *de Erroribus Pragmaticorum decade* 28. *errore* 10. D. Caſtill. *lib.* 5. *Controv. cap.* 91. *n.* 84. *verſic. final.*

muchas veces significa la agnacion, se tome por la de simple masculinidad, y por una coleccion de todos los masculos llamados, impropiandose de este modo su significacion regular, y tomanse por linea de varones. (262)

(262) Berous *consilio* 77. *n.* 16. Actolinus *resol.* 82. *n.* 13. *& resol.* 83. *n. final.* Cardin. de Luca *de Fideicom. discurs.* 28. *n.* 11 Rota *p.* 11. *Recentior. decis.* 218. *n.* 6. Ruinus *cons.* 149. *lib.* 2. Bellonus *cons.* 73. *n.* 23. Menoch. *cons.* 205. *n.* 30.

197 En el caso presente, es naturalissima esta inteligencia; porque haviendo el Fundador, puesto en condicion à los descendientes varones de sus nietos, hijos de Doña Isabèl, (*n.* 5.) sin la expresion de la linea masculina, y substituido en su defecto, à los hijos varones de Doña Damiata, (*n.* 6.) y à los descendientes varones de ellos, sin acordarse de la linea masculina: claramente manifestò, que en la parte condicional, y en la dispositiva, hablò de masculos sencillos, y no de agnados artificiosos.

198 Y no pudiendose dudar, que llamados los varones, lo estàn indistintamente los agnados, y cognados, porque à unos, y à otros conviene el llamamiento, en el propio, y natural sentido de las voces: (263) Es consequente que en esta Clausula està llamado Don Miguèl Jofre, (*n.* 66.) como descendiente masculo legitimo del dicho Don Juan, (*n.* 7.) y mas proximo en grado al ultimo possehedor en su linea contentiva; porque como el Mayorazgo admite por su naturaleza, no solo à los agnados, y cognados, sino tambien à las hembras: en tanto debemos apartarnos de esta regla, en quanto lo huviesse mandado el Fundador. *Unde* (dice el señor Castillo) (264) *cum dispositio Testantis, qui masculos ad Majoratus successionem invitavit, solum quoad sexum à juris dispositione exorbitet: frustra extenditur ad contemplationem agnationis.*

(263) Fulgosius *cons.* 85. D. Larrea *decis.* 34. *&* 54. *per tot.* Cardin. de Luca *de Fideicom. discurs.* 25. 28. *&* 29. Roxas *de Incomp. p.* 1. *cap.* 6. §. 22. *per tot.*

(264) D. Castillo *lib.* 5. *Controvers. cap.* 129. *ex n.* 45. *& constat ex leg.* 40. *Tauri, ubi omnes Tauristæ.*

199 Si con atencion se registra la Clausula V. se hallarà, que no solo debe excluir Don Miguèl Jofre (*n.* 66.) à Don Joseph de Monsoriu, (*n.* 64.) si que excluiria à un hijo varon, y à otro qualquier descendiente masculo, fuesse, ò no agnado artificioso de Doña Damiata, (*n.* 6.) porque estos, solo estàn llamados en el caso de faltar los hijos, y descendientes varones de Doña Isabèl, (*n.* 5.) qual es el dicho Don Miguèl; y hasta evaquarse su linea, ò faltar en ella varones, no es verificable la condicion que hoy rige, y de que depende el llamamiento de los hijos, y descendentes masculos de Doña Damiata; (*n.* 6.) y aunque por Don Joseph de Monsoriu se alega que la condicion no puede extenderse à mas que la disposicion, y que la substitucion passiva, debe declararse por la activa, *ita ut illi dicantur positi in conditione ad exclusionem substituti, qui in substitutione activa præcedenti, fuerunt dispositivè vocati, & econverso*: (265) de que infiere, que hallandose llamados en la Clausula III. y IV. los hijos, y descendientes masculos de Don Juan, (*n.* 7.) que lo sean por linea masculina, solo estos deben entenderse comprehendidos en la condicion que el Fun-

(165) *Leg. final ff Ad Senat. Cons. Trebel.* Casanate *cons.* 29. *ex n.* 59. D. Castillo *lib.* 4. *cap.* 55. *n.* 1. *&* 19. D. Leon *tom.* 3. *decis.* 1. *n.* 22.

da-

dador puſo en la Clauſula V. para el tranſito à la ſubſtitucion de los hijos, y deſcendientes varones de Doña Damiata: (*n.* 6.) es en vano.

200 Lo primero, porque eſta regla, aunque es certiſsima en ſu caſo, ſolo tiene lugar, quando hay duda, pero no puede tenerle en el preſente, en que clara, y literalmente ſe hallan pueſtos en condicion los maſculos deſcendientes de Doña Iſabèl, (*n.* 5.) y ſubſtituidos los de Doña Damiata ſu hermana, (*n.* 6.) ſin mas qualidad que la de varones; *Nam cum in verbis nulla eſt ambiguitas, voluntatis quæſtio, non admititur.* (266)

201 Lo ſegundo, porque la linea maſculina, no ſiempre ſignifica la agnacion, como hemos viſto, (267) antes ſe toma muchas veces, por linea de varones, como ſuccede en todos los Mayorazgos, y Fideicommiſſos de nuda, y ſimple maſculinidad; y entendida aſsi, aun quando ſe aplicaſſe à la condicion de la Clauſula V. ſeria igualmente claro el derecho de Don Miguèl Jofre, (*n.* 66.) como deſcendiente varon legitimo de Don Juan de Balterra, (*n.* 7.) primer llamado, y mas proximo en grado dentro de la linea contentiva del ultimo poſſehedor.

202 Lo tercero, porque no hay mas razon de extender la condicion mas allà de la inſtitucion, que para lo contrario, como ſupone la miſma regla, y por lo miſmo debe interpretarſe la inſtitucion de Don Juan, (*n.* 7.) y ſus deſcendientes varones por linea maſculina, que contienen las Clauſulas III. y IV, en el ſentido que el Fundador explicò en la V. tanto en la parte condicional, como en la diſpoſitiva; eſto es, por linea de varones, que los practicos ſuelen llamar linea *maſculorum*, à viſta de que en ambas hablò de hijos varones, y deſcendientes varones ſimplemente, ſin hacer la menor mencion de la linea maſculina.

203 Lo quarto, porque la agnacion artificioſa no puede probarſe por congeturas, por mas claras, preciſas, y urgentes que ſean; (268) y eſto es tan cierto, que aunque el Fundador llame ſiempre à los varones, mandando que ſuccedan de varon en varon, con perpetua eſcluſion de las hembras: ſiempre que el primer llamado fue cognado, como lo era en eſte caſo: no por eſſo ſe entiende contemplada la agnacion artificioſa, à menos que expreſſa, y literalmente lo haya declarado el Fundador. (269)

204 Porque la agnacion artificioſa es una quimera repugnante á la razon, que ſe dirige à un impoſsible qual es dàr exiſtencia à lo que no puede ſer; por lo qual, aunque pueden apetecerla los Fundadores, tiene la mayor repugnancia el perſuadirlo, quando no vemos expreſſa, y literalmente ſu volnntad. (270)

205 Toda la razon que ſe alega, de haverla querido ſuſci-

(266) *Leg. Illæ aut Illæ, ff. de Legat.* 3.

(267) Rox. *de Incomp. p.* 1. *cap.* 6. *n.* 340. & 341. Anton. Faber *de Errorib. pragmaticorum Decade* 28. *Errore* 10. D. Caſtillo *lib.* 5. *Controv. n.* 84. verſic. *final.* Ruinus *lib.* 2. *conſ.* 149. Bellonus *conſ.* 73. *n.* 23. Menoch. *conſ.* 205. *n.* 30.

(268) Rox. *de Incomp. p.* 1. *cap.* 6. §. 21. *ex n.* 311.

(169) D. Larrea *deciſ.* 34. *per tot. maximè ex n.* 43. *ad* 50. *ubi terminanter.*

(270) Extraditis à Rox. *cum in numeris lib.* 1. *cap.* 6. §. 21. *n.* 310. *cum ſeq.* Vela *diſſert.* 49. *ex n.* 51. *ubi pleniſsimè.*

tar el Fundador, es haver ſoſtituido en la Clauſula IV. à falta de los deſcendientes varones de Don Juan, (*n.* 7.) por linea maſculina, à ſu ſegundo hijo varon, *y à los deſcendientes de aquel varones, SEGUN ES DICHO.* Y en la V. los de Doña Damiata, (*n.* 6.) *BAXO DEL MISMO ORDEN, Y CONDICION*, con que dexaba inſtituidos à los hijos de Doña Iſabèl ſu hija mayor. (*n.* 5.)

206 Eſte argumento pudiera excitar alguna duda, ſi no ſe huvieſſe explicado el Fundador; pero conſtando de la miſma Clauſula, que immediatamente deſpues de haver llamado à los deſcendientes maſculos de los hijos de Doña Damiata, (*n.* 6.) *baxo del miſmo orden, y condicion, que à los de Doña Iſabèl* (*n.* 5.) ſe gloſsò aſsimiſmo, ibi: *Eſto es, que tomen el Cognombre, y Armas, y que vaya de unos varones en otros, ſegun es dicho en los hijos, y otros deſcendientes de la dicha Doña Iſabèl*: Es evidente, que no quiſo repetir la linea maſculina, de que havia hablado en la Clauſula III. ſino el gravamen de Nombre, y Armas, y la regla de que la ſucceſsion fueſſe de varon en varon, que como yà vimos, y enſeña el ſeñor Larrea, (271) prueba que el Mayorazgo es maſculino, pero no, que ſea agnaticio.

(271) D. Larrea *deciſ.* 34. *per tot. maximè ex n.* 43. *ad* 50.

207 Tampoco es argumento preciſo de agnacion artificioſa, la omiſsion de las hembras, ni el haver dotado à Doña Damiata ſu hija; porque à mas de que como Padre tenia obligacion de hacerlo, (272) hay ſuma diſtancia entre omitir las hembras, y excluirlas, y la dotacion de las hijas, es una mera congetura, (273) que no puede contrarreſtar à la Ley, en que tiene fundada la intencion para ſucceder; (274) y en todo caſo podrà probar la preferencia indefinida de los maſculos, que ſe verifica por la nuda, y ſimple maſculinidad; pero no concluir *per neceſſe* la agnacion, como con gran juicio dice el Roſa, (275) y mucho menos la induce en Eſpaña el gravamen de Nombre, y Armas que el Fundador impuſo à todos los llamados; pues aunque en Italia ſe tiene por urgentiſsima eſta congetura, es inaudito en eſtos Reynos, que por ella ſe haya eſtimado agnaticio el Mayorazgo. *Nec ex Armorum* (dice el ſeñor Molina (276) *ſeu nominis gravamine, hucuſque viſum, nec auditum eſt, quod judidicatum fuerit, agnationis, ſeu maſculinitatis conjecturam induci.*

(272) Mem. num. 36.

(273) Peregrin *de Fideicom. cap.* 25. *n.* 24. 25. *&* 26. Rox. *de Incomp. p.* 5. *cap.* 1. *ex n.* 21. D Larrea *deciſ.* 53. *n.* 9. *&* 10.

(274) *Leg.* 2. *tit.* 15. *partit.* 2. *& leg.* 40. *Tauri, leg.* 13. *&* 14. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop. cap.* 1. *de Natura ſucceſsionis feudi.*

(275) Roſa *conſult.* 69. *n.* 35. 36. *& ſeqq.*

(276) D. Molina *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 9. *ubi Add.*

208 Lo quinto, y ultimo porque ſi ſubſiſtiera el ſupueſto que hace Don Joſeph de Monſoriu, (*n.* 64.) de haver hecho el Fundador dos llamamientos: uno todo de agnados artificioſos, en cabeza de los hijos de Doña Iſabèl, y Doña Damiata ſus hijas; (*n.* 5. *y* 6.) y otro en la de Doña Violante, y Doña Damiata ſus nietas cognadas, (*n.* 10. *y* 11.) comprehenſivo de los deſcendientes varones de eſtas, y excluſivo de todos los que lo ſean de los hijos de Doña Iſabèl, y Doña Damiata, (*num.* 5. *y* 6.) que no tengan la

qua-

qualidad de agnados, resultaria el absurdo de que siendo estos de la linea predilecta, no solo quedarian postergados, sino tambien excluidos de la succesion, contra la mente del Testador, y contra la presumpcion de Derecho, y de la misma naturaleza; (277) no solo en competencia de los descendientes de Doña Violante, y Doña Damiata, (*n.* 10. *y* 11.) que son igualmente cognados, sino tambien de los estraños, quales son los descendientes de Don Jofre de Balterra, y otros primos del Fundador, llamados subsidiariamente en la Clausula IX. X. y XI.

(277) *Leg. Cum Avus* 102. *ff. de Condit. & demonstrat. leg. Cum acutissimi* 30. *Cod. de Fideicom. leg. Publius, ff. de Hæredib. instit.*

209 Y aunque solo debe estimarse por absurdo, lo que el Testador tuvo por tal: (278) es innegable que lo fuera la exclusion de los varones cognados, descendientes de Don Juan, Don Vidal, y Don Ramon de Blanes, y Balterra, (*n.* 7. 8. *y* 9.) sin embargo de ser hijos immediatos de la dicha Doña Isabèl, (*n.* 5.) para incluir à los descendientes masculos de Doña Damiata, (*n.* 11.) hermana de los susodichos, que yà era cognada, y los transversales que tienen posterior, y subsidiario llamamiento: *Non enim* (dice el Texto) (279) *credendum est, Testatorem alienum sanguinem propijs liberis prætulisse*; y assi es duro de persuadir que el Fundador excluyesse en las siete Clausulas primeras de la succesion, à todos los varones cognados descendientes de sus tres nietos, y tambien à los que lo fuessen de sus dos nietas Doña Violante, y Doña Damiata, (*n.* 10. *y* 11.) en la VIII, para llamar à los transversales, y estraños en la IX X. y XI.

(278) Cardin. de Luca *de Fideicom. discurs.* 71. *n.* 10.

(279) *In dicta Leg. Cum acutissimi* 30. *Cod. de Fideicom*

210 Y aunque se quiere evitar un absurdo de esta qualidad, y consequencia, suponiendo que los masculos cognados estàn puestos en condicion, y llamados en la Clausula IX. despues de los agnados artificiosos, descendientes de Doña Damiata, (*n.* 11.) es sin fundamento; porque aunque en ella *viniendo el caso que no haya algunos descendientes de los susodichos*, se hallan substituidos los hijos varones de Don Jofre de Balterra, primo del Testador: no pueden comprehenderse en la condicion, entendida en la forma que en contrario se pretende, los masculos sencillos descendientes de Don Juan, Don Vidal, y Don Ramon de Blanes, (*n.* 7. 8. *y* 9.) respecto de hallarse puestos en ella, los descendientes de los susodichos *POR EL ORDEN SOBREDICHO*. Y, ò quiere Don Joseph de Monsoriu, que estas palabras obren una absoluta repeticion de qualidades, y por ella la de la linea masculina, que se lee en las Clausulas III. y IV. ò solo el gravamen de Nombre, y Armas, y que vaya de unos varones en otros la succesion, como explicò en la V. el Testador?

211 Si lo primero, subsiste el increìble absurdo de que quisiesse excluir su propia sangre para llamar à los estraños; y si lo se-

segundo, no tiene fundamento la repeticion de la linea masculina, que se quiere fundar en haver mandado que los descendientes de Doña Damiata, succedan por el orden *que de suso es dicho*; (280) porque estas palabras han de obrar lo mismo en la substitucion, que en la institucion, y no pueden entenderse en la una de solo agnados, y en la otra de cognados.

(280) Mem. num. 41.

212 En la Clausula VI. diò el Fundador à los successores, facultad de elegir en cierto caso; y en la VII. mandò, que si al tiempo de la muerte de todos sus nietos, ò descendientes de aquellos, (sin explicar que huviessen de ser varones, y mucho menos agnados) viviesse Doña Isabèl su hija, (*n.* 5.) gozasse de su herencia, durante su vida, y despues de ella Doña Damiata (*n.* 6.) su hermana; y aunque en el nombre de descendientes de que usò el Testador en esta Clausula, entendemos à los varones, considerandola con reflexion à las antecedentes: hallandose substituidos en la VIII. à falta de ellos, y en el caso de haver premuerto las dos hijas, los descendientes varones de las nietas, hijas de la dicha Doña Isabèl, (*n.* 5.) ò Doña Damiata: (*n.* 6.) Es evidente que en esta subsistitucion, no quiso el Fundador otra cosa, que establecer el orden lineal.

213 Porque haviendo llamado en primer lugar à Don Juan, (*n.* 7.) y à los hijos, y descendientes de este, varones, substituyendo en su defecto, al hijo segundo varon de Doña Isabèl, (*n.* 5.) y à los demàs que tuviere, y fueron Don Vidal, y Don Ramon, (*n.* 8. *y* 9.) sus hijos, y descendientes masculos *in infinitum*: pedia el orden de la succesion, que acabadas estas lineas, se defiriesse à los de Doña Violante, (*n.* 10.) y en su defecto à los de Doña Damiata su hermana; (*n.* 11.) à que es consiguiente que el llamamiento contenido en la Clausula VIII. no es nueva disposicion, sino una mera declaracion de lo que yà estaba dispuesto en la III. IV. y V.

214 Y reconociendo el Testador, que no havia dado providencia para la succesion de las hijas, y demàs hembras ulteriores, descendientes de los primeros llamados: la diò en la Clausula IX. poniendolos en condicion para el transito à la substitucion de los hijos varones de Don Joseph Balterra su primo, pues aunque no usa de la palabra *hembras*, las incluye *per necesse* en la condicion, mandando *que viniendo el caso que no huviesse algunos descendientes de los susodichos*, succediessen los hijos masculos del dicho Don Jofre, porque no es dudable que *appellatione descendentium, fœminæ continentur*; (281) ni que siendolo del Fundador, se entienden llamadas *eo ipso*, que no estèn excluidas, (282) por la predileccion que tienen à su favor, y por la Ley. (283)

(281) *Leg. Liberorum* 220. *ff. de Verbor. signif.* Peregrinus *de Fideicom. art.* 19.

(282) *Leg. Cum Abus* 102. *ff. de Condit. & demonstrat. & leg. Cum acutissimi* 30. *Cod. de Fideicom.*

(283) Torre *de Majorat. p.* 1. *cap.* 25. §. 14. *per tot.* Pereg. in. *de Fideicom. art.* 25. *n.* 6.

215 Y aunque nos persuadimos que esta inteligencia es muy conforme à Derecho, y à la voluntad del Testador: quando sin perjuicio de la verdad, supusiessemos que el primer llamamiento de las Clausulas III. y IV. comprehende solo à los descendientes varones por linea masculina de Don Juan de Balterra: (*n.* 7.) seria igualmente claro el que en las mismas Clausulas tiene en falta de ellos, Don Miguèl Jofre, como varon cognado de mejor linea, y descendiente de la misma Doña Isabèl; porque tratandose de un Fideicommisso familiar, cuya succesion se govierna por el Derecho Comun, es doctrina corriente, y recibida, que en el llamamiento de masculos, estè, ò no, contemplada la agnacion, se comprehenden indistintamente los agnados, y cognados, aunque con indefinida, y absoluta preferencia de los primeros à los segundos,(284) por lo qual muerto el Conde de la Villa-Nueva, (*n.* 58.) que fue el ultimo agnado, se defiriò la succesion al Marquès de San Felizes, (*n.* 65.) y por, la de este sin hijos al dicho Don Miguèl, como unico varon cognado de su linea contentiva.

(284) Rosa *consult.* 69. *n.* 211. 212. *y* 213. Cancer. *Var. p.* 3. *cap.* 21. *n.* 89. Altogrado *lib.* 2. *cons.* 63. *n.* 9. *&* 10. Ant. Gom. *in leg.* 40. *Tauri n.* 60. *&* 63. Molinus *de Ritu nuptiar. lib.* 3. *q.* 21. *n.* 313. *&* 317. Cardinal de Luca *de Fideicom. discurs.* 25. *n.* 21. *&* 22.

216 Cuyo concepto tiene sòlido apoyo en la Fundacion, porque en las Clausulas III. y IV. llamò el Testador à Don Juan de Balterra su nieto, (*n.* 7.) y à sus hijos, nietos, y descendientes varones por linea masculina, y en falta de ellos à los demàs hijos varones de Doña Isabèl su hija, (*n.* 5.) hermanos del dicho Don Juan, (*n.* 7.) y à los descendientes masculos de ellos, omitiendo la expresion de la linea masculina. Y suponiendo sin perjuicio de la verdad, que por el modo con que estàn concebidas, quisiesse dàr preferencia à los agnados, vemos que no substituye en falta de ellos à los hijos varones de Doña Damiata, (*n* 6.) y que la unica condicion con que les llama, es la de faltar todos sus nietos, hijos de la dicha Doña Isabèl (*n.* 5.) su hija mayor, y los descendientes varones de aquellos: de forma, que dentro de la linea superior de Doña Isabèl, prefiriò à los descendientes varones de esta que lo fuessen por linea masculina, poniendo en condicion en falta de ellos, à los masculos sencillos, hasta cuya extincion no quiso llamar, ni llamò à los hijos de Doña Damiata, (*n.* 6.) observando dentro de la linea de esta, la misma regla de preferir los varones descendientes por linea masculina, à los que no lo fuessen, como claramente se manifiesta por el tenor de la Clausula V. en que sin acordarse de la linea masculina de Don Juan, (*n.* 7.) y sus hermanos, pone en condicion à los descendientes varones de ellos, y substituye à los descendientes masculos de Doña Damiata, (*n.* 6.) sin mas qualidad en los unos, ni en los otros, que la de masculos.

217 Lo qual se hace mas visible si se reflexiona que el Fundador hizo tres classes de llamamientos. El primero comprehensivo de los hijos, y descendientes varones de Doña Isabèl, y Doña Damiata sus hijas (*n.* 5. *y* 6.) en las siete Clausulas primeras: El segundo de los hijos, y descendientes masculos de sus nietas, sin nombrarlas en la VIII. Y el ter-

cero de los transversales en la IX. X. y XI. Y assi como es imposible, y contra Derecho, la admision de los transversales que tienen el ultimo llamamiento, hasta faltar los descendientes masculos de las nietas: assi tambien lo es, la de estos, hasta extinguirse los descendientes varones de las hijas, que son los primeros llamados, porque siendo separadas estas substituciones, ninguno de los comprehendidos en la de los hijos, y descendientes de las hijas, puede comprehenderse en la de los hijos, y descendientes masculos de las nietas, ni al contrario: à que es consiguiente, que descendiendo Don Miguèl Jofre (*n.* 66.) de Doña Isabèl, (*n.* 5.) y teniendo como varon legitimo clarisimo llamamiento en las Clausulas III. y IV. no puede competirle en esta vacante Don Joseph de Monsoriu, (*n.* 64.) que le tiene posterior, y subsidiario en la VIII. como descendiente varon de Doña Damiata, (*n.* 11.) nieta del Fundador, para el caso de faltar todos los hijos, y descendientes masculos de Doña Isabèl, y Doña Damiata (*n.* 5. *y* 6.) sus hijas.

218 Y aunque seria controvertible la preferencia entre un varon cognado de mejor linea, y un agnado que se hallasse en la inferior, siendo ambos descendientes de Doña Isabèl, por hallarse instituidos en la Clausula III. los hijos, y descendientes varones por linea masculina de Don Juan de Balterra: (*n.* 7.) Es inegable que en falta de ellos estàn puestos en condicion, y por consiguiente llamados con preferencia à los hijos varones de Doña Damiata, los masculos cognados, descendientes del mismo Don Juan, porque en ellos se verifica literalmente la condicion, y qualquiera que tenga esta qualidad, debe ser preferido à los ulteriores substitutos, y con superior razon à los descendientes de las nietas, que solo estàn substituidos en la Clausula VIII. à falta de todos los varones descendientes de Doña Isabèl, y Doña Damiata. (*n.* 5. *y* 6.)

219 De forma, que quando mucho, puede inferirse de las Clausulas, la preferencia de los agnados à los cognados, dentro de la linea de Doña Isabèl, y respectivamente en la de Doña Damiata; (*n.* 5. *y* 6.) pero no la exclusion de los masculos sencillos; porque estos aunque se hallan postergados, no estàn excluidos, sino à lo mas, temporalmente, mientras haya varones descendientes por linea masculina de Doña Isabèl, ò Doña Damiata; (*n.* 5. *y* 6.) y esto, y no mas, es lo que explican las Clausulas III. IV. y V.

220 Pero demos, sin perjuicio de la verdad, que el primer llamamiento fuesse limitado à solos los agnados artificiosos, descendientes por linea masculina de Don Juan de Balterra, (*n.* 7.) y que por lo mismo no le tiene Don Miguèl Jofre, (*n.* 66.) como descendiente masculo de Doña Isabèl, (*n.* 5.) en calidad de varon cognado de mejor linea; aun en esta hypothesi, le tendria como tercer nieto de Doña Angela de Balterra, (*n.* 33.) en la Clausula VIII. con exclusion de Don Joseph de Monsoriu. (*n.* 64.)

221 Toda su razon es decir, que hallandose en la Clausula octava, substituìdos los descendientes varones de las nietas por el orden que de suso es dicho de los hijos varones, ò de los descendientes de aquellos: Se entienden repetidas las qualidades del primer llamamiento, y por lo mismo, solo estàn comprehendidos en el segundo, los descendientes por linea masculina de Doña Violante, y Doña Damiata, (*num.* 10. y 11.) pues aunque no estàn llamadas por sus nombres, es bastante demostracion de personalidad, la que hizo el Fundador, llamando à los descendientes varones de las nietas, hijas de la dicha Doña Isabèl, y mas quando las conociò, y las hizo un prelegado para su dote, en su Codicilo de 18. de Agosto de 1466. (285)

222 De que infiere Don Joseph, que en el hijo mayor de Doña Damiata, (*num.* 11.) que fuè Don Gaspar de Monsoriu, (*num.* 14.) su quinto Abuelo, quiso el Fundador suscitar nueva agnacion entre sus descendientes masculos por recta linea masculina; pero yà hemos visto, que el orden à que se refiere en esta Clausula, solo es respectivo al de primogenitura, ò lineal de succeder, exclusion de Religiosos, y Presbyteros, gravamen de Nombre, y Armas, y facultad de elegir en cierto caso, como dexaba prevenido en las Clausulas antecedentes, y explicado al fin de la quinta, sin transcender à la qualidad agnaticia, y linea masculina; porque teniendo tanta dureza la agnacion artificiosa, aun quando se intenta suscitar por medio de una hembra agnada, que no bastan para inducirla indicios, presumpciones, y congeturas, por mas claras, precisas, y urgentes que sean: (286) tiene incomparablemente mayor repugnancia, y resistencia de derecho, quererla suscitar por medio de Doña Damiata, (*num.* 11.) que nada participaba de la agnacion natural, por ser meramente cognada, para incluìr en el llamamiento à solos sus descendientes, que tambien lo son, y excluìr à un varon de la misma qualidad, que à mas de ella, tiene la prerrogativa de la linea.

223 Porque en el supuesto constante de que el descender por medio de dos, ò mas hembras, no es diferencia estimable para la qualidad de cognado: no menos lo es Don Joseph de Monsoriu, (*num.* 64.) que Don Miguèl Jofre; (*num.* 66.) y assi es terrible empeño el de querer, que en fuerza de las palabras, *por el orden que de suso es dicho*, se entienda suscitada nueva agnacion por medio de una hembra cognada, pues aunque el Testador lo pudo hacer, era necessario que lo dixesse con tanta claridad, y evidencia, que no pudiesse dudarse de su voluntad. Y teniendo tan genuina inteligencia el orden de que hablò en la Clausula octava: no hay razon para entenderle de una agnacion imaginaria contra todas las reglas de derecho, y contra los principios elementales de la materia.

224 Cuya verdad se hace mas visible, si se reflexiona, que el Testador en su citado Codicilo de 18. de Agosto de 1466. (287) hace, como

(285) Mem. n. 49.

(286) *Leg.* 14. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* Roxas *de Incomp. p.* 1. *cap.* 6. §. 2. *ex n.* 311. Vela *dissert.* 49. *ex n.* 51. D. Castillo *cap.* 129. *ex n.* 45.

(287) Mem. n. 48. y 49.

mo se ha dicho, un prelegado à sus tres nietas Doña Violante, (*num.* 9.) Doña Beatriz, que no esta en el Arbol, y Doña Damiata, (*num.* 11.) para su dote, quando llegase el caso de tomar estado de matrimonio. Y siendo entonces doncellas: es inverosimil, y aun increible, que quisiesse suscitar la agnacion en una familia estraña, que no conocia, ni podia conocer, sin especial revelacion; y que con esta idèa restringiesse el segundo llamamiento à los descendientes varones por linea masculina de dichas sus nietas, excluyendo de èl, y del primero, à todos los varones que fuessen simples cognados.

225 Diràse à caso, que no hay inconveniente en que se entienda suscitada la agnacion por medio de una hembra cognada, porque este reparo solo podria ser considerable en el ingresso, pero no en el pogresso de la linea, compuesta toda de varones, sin intermission de hembra alguna, pues siendo igualmente cognados los que descienden de una sola, y los que tienen dos, ò mas en su ascendencia: assi como no tiene repugnancia, que se suscite la agnacion artificiosa por medio de una hembra agnada, assi tampoco debe tenerla, que se excite por el de otra que no lo sea.

226 Assi lo entendia el Cardenal de Luca, quando mozo, pero mudò de parecer con el tiempo, y la experiencia: (288) *Quamvis circa initia ad vocationis* (dice) *meus intellectus istam conjecturam, seu limitationem capere non posset, eo quia ratio agnationis Testatoris, urget in progressu, ac postquam ejus familia jam artificialitèr renovata est, atque de ficta, effecta fuit vera, ne ista per mixturam cognatorum interrumperetur, secus autem ubi agitur de ingresu pro hujusmodi futura renovatione facienda, cum tunc, ut supra spectetur solus sexus non curato medio, quia sive illud sit simplex, sive sit duplex, semper est cognatus, ac de extranea familia ficte illam Testatoris assumpturus: attamen ut deinde dictarum aliarum causarum disputationes me docuerunt, captivavit intellectum ea probalis ratio, quod quando ambitiosi Testatores, post defectam propriam familiam naturalem, cupiunt illam artificialiter renovare in masculis descendentibus ex fæminis de eadem familia, id restringere solent ad masculos immediatos, eorumque descendentes masculos absque mixtura alterius medij fæmenini.*

(288) Cardin. de Luca *de Fideicom. discurs.* 28. n. 8.

227 Y dà la razon: *Quia masculi immediati procreati à fæmina agnata, dicuntur semi agnati, & quasi pro medietate participare de agnatione, quod dici non potest de masculis mediatis per duplex medium fæmeninum, quoniam ita à propia familia effecti sunt omninò extranei, juxta exemplum naturale arborum, quarum una super alia inseratur, quoniam fructus, qui producitur ab Arbore inserta, participare dicitur de altera Arbore, super qua insertio facta est; sed si super Arbore inserta, fiat alterius diversæ Arboris nova insertio, tunc illa prima Arbor super qua prima insertio facta est, tamquam Avia, & non Mater novi fructus, in nulla consideratione habetur, sed omnino pro extranea, & aliena reputatur.*

228 Conociendo Don Joseph de Monsoriu (*num.* 64.) quan ardua es de persuadir esta agnacion, recurre à otro medio de defensa mas aparente, pero no mas sòlido. Dice, que en la Clausula octava tienen

los

los deſcendientes maſculos de Doña Damiata (*num.* 11.) llamamiento diſcretivo, y eſpecial, comprehenſivo de ſolos ellos, y excluſivo de los demàs Colitigantes; porque hallandoſe ſubſtituìdos en el preciſo caſo que ha ſuccedido de faltar los deſcendientes varones por linea maſculina de Doña Iſabèl, (*num.* 5.) y de Don Juan ſu hijo (*num.* 7.) à tiempo que no exiſtian, ni la miſma Doña Iſabèl, ni Doña Damiata ſu hermana, (*num.* 6.) ni havia deſcendientes de eſta por linea maſculina, ni ultimamente de Doña Violante, (*num.* 10.) y mucho menos de Don Vidal, y Don Ramon de Blanes y Balterra; (*num.* 8. *y* 9.) ſe verifica literalmente ſu llamamiento, eſtè, ò no contemplada nueva agnacion artificioſa en cabeza de los hijos de las nietas.

229 Cuyo concepto querrà fundar en la regla legal que enſeñan Torre, y otros: (289) *Si poſterior vocatio* (dice) *ſit generalis, illi omnes, qui ſub ejus generalitate continentur, habent diſpoſitionem diſcretivam, & remanent excluſi à prima. Si vero vocatio ultima, ſit reſtricta ad certas tantum perſonas, illæ ſolæ habent diſpoſitionem diſcretivam; cæteræ vero tamquam non comprehenſæ, remanent ſub priori generali diſpoſitione.* (290)

230 Eſte argumento ſupone un abſurdo tan grande, como ſerìa la excluſion abſoluta de todos los deſcendientes maſculos cognados de Don Juan, D. Vidal, y D. Ramòn de Blanes; (*num.* 7. 8. y 9.) porque en la hypotheſi en que vamos hablando de haver ſido limitado el primer llamamiento à ſolo los deſcendientes varones por linea maſculina de los ſuſodichos: ſi no le tienen en la octava, no pueden pretenderle en otra parte de la fundacion, y aſsi quedarìan excluìdos de la ſucceſſion, no ſolo por los deſcendientes de las nietas, que tienen llamamiento poſterior, ſino tambien por los tranſverſales, y eſtraños, contra la preſumpcion de derecho, y de la miſma naturaleza.

231 Si Don Joſeph de Monſoriu no negaſſe ſu comprehenſion en el primer llamamiento, yà entendieramos, que el de la Clauſula octava, pudieſſe limitarſe à los maſculos deſcendientes de Doña Violante, y Doña Damiata; (*num.* 10. y 11.) pero quererles excluìr contra la miſma regla en que ſe funda, es contra todo principio de derecho, y contra las reglas mas ſabidas.

232 Para que la ſubſtitucion de los hijos, y deſcendientes de Doña Damiata, fueſſe eſpecial, y diſcretiva, era abſolutamente preciſo, que de ella eſtuvieſſen excluìdos los demàs varones deſcendientes de las hembras de ulterior grado, y comprehendidos en las ſubſtituciones antecedentes, aſsi por la doctrina que và preſupueſta, como porque baxo el nombre de nietas, ſe comprehenden con juſta, y legal interpretacion todas las hembras ulteriores, (291)

233 Pues aunque ſe dice que eſtàn llamados poſteriormente en la Clauſula nona, yà hemos viſto, que en la hypotheſi que vamos diſcurriendo de ſer de abſoluta agnacion el Mayorazgo entre los deſcendientes de los hijos varones de Doña Iſabèl (*num.* 5:) es impoſsible ſu com-

(289) Torre *de Majorat. p.* 1. *cap.* 25. *n.* 280. Roſa *conſult.* 69. *ex num.* 153. Altograd. *tom.* 2. *conſ.* 89. *ex n.* 7.

(290) Altogrado *conſ.* 89. *n.* 62.

(291) *Leg. Liberorum* 220. *ff. de Verbor. Signific.* D. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 27. 28. *&* 29. Peregrin. *de Fideicom. artic.* 22. *ex n.* 5. D. Caſtill. *lib.* 5. *cap.* 92.

comprehenſion en la Clauſula nona; porque en ella ſolo eſtàn pueſtos en condicion los deſcendientes de los anteriormente llamados. *por el orden ſobredicho*, que quiere Don Joſeph de Monſoriu ſea el de la linea maſculina.

234 Dice que el Teſtador conſtituyò por cabezas de ella à Doña Violante, y Doña Damiata, (*n.* 10. *y* 11.) y que por lo miſmo, ſolo ſus deſcendientes maſculos tienen llamamiento en la Clauſula octava.

235 Lo que hallamos en ella es, un llamamiento de los deſcendientes varones de ſus nietas *ſub nomine appellativo*; y que aunque conocia à Doña Violante, y Doña Damiata, (*n.* 10. *y* 11.) y ſe acordò de ellas en el citado Codicilo para hacerlas un prelegado para ſu dote, ſe olvidò de ſu nombre en el Teſtamento, ſin duda, para que entendieſſemos, que las nietas de que hablò en èl, no eran precilamente las miſmas que ſuenan en el Codicilo, ſino qualeſquiera hembras ulteriores.

236 Porque ſiendo principio cierto, que quando el Teſtador, no dà providencia eſpecial diſcretiva para las hijas, nietas, y demàs hembras ulteriores, qualquiera de eſtos nombres, las comprehende à todas *in infinitum*, (292) à menos que haya uſado de reſtriccion, ò que de lo contrario ſe haya de ſeguir la extenſion del gravamen (293) de un caſo, à otro: no hay razon para que entendamos por nietas del Fundador en la Clauſula octava, à ſolas Doña Violante, y Doña Damiata, (*n.* 10. *y* 11.) ni para eſtimarlas por cabezas de ſus reſpectivas lineas.

237 Y ſi ſe dixere que eſtàn baſtantemente deſignadas con el connotado de hijas de la dicha Doña Iſabèl, queriendo que eſta expreſsion ſea nota de perſonalidad: ſe reſponde, que bien lexos de probarſe por eſte medio la reſtriccion, ſe prueba, que el Fundador quiſo conſtituir por cabeza de linea ſuperior à la miſma Doña Iſabèl, por lo menos para el llamamiento de los ſimples maſculos cognados, ſin conſtituirlas nuevas en Doña Violante, y Doña Damiata ſus hijas. (*n.* 10. *y* 11.)

238 Porque haviendo llamado à los deſcendientes varones de ſus nietas, HIJAS DE LA DICHA DOñA ISABEL: no ſolo entra la regla legal, *idem eſt filias nominare, ac deſcendentes dicere*, (294) ſi que ſe vè, que los deſcendientes maſculos de las nietas, ſolo eſtàn ſubſtituidos, en quanto lo ſon de Doña Iſabèl.

239 A que es conſiguiente, que en la Clauſula octava no quiſo el Fundador conſtituir nuevas lineas, ſino dàr progreſſo à las que *ex natura Majoratus* formaron los cinco hijos de Doña Iſabèl; por lo qual entendida con juſta, y legal interpretacion, baxo el nombre de nieta, Doña Thereſa Antonia Balterra: (*n.* 59.) ſe verificò el llamamiento del Marquès de San Felices ſu hijo (*n.* 65.) por muerte del ultimo poſſehedor, y que por la del Marquès ſin hijos, llegò el caſo de la ſubſtitucion de Don Miguèl Jofre y Balterra, (*n.* 66.) como deſcendiente legitimo de Doña Angela Balterra; (*n.* 33.) porque aunque ni la una, ni la otra eran hijas immediatas de Doña Iſabèl, (*n.* 5.) ni nietas de primer grado del Teſtador: no eſtando reſtringido à eſtas qualidades el llamamiento, baſta que fueſſen hijas, y nietas,

aun-

(292) *Leg. Liberorum* 220. *ff. de Verbor. ſignif.* D. Molin. *de Primogen. lib.* 1 *cap.* 6. *n.* 27. 28. *&* 29. *& ibi add.* Peregrin. *de Fideicom. artic.* 22. *ex n.* 5. D. Caſtillo *lib.* 5. *Controv. cap.* 92.

(293) Cardin. de Luca *de Fideicom. diſcurſ.* 71. *ex n.* 4. D. Caſtillo *lib.* 3. *cap.* 66. *n.* 52.

(294) D. Molina *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 27. 28. *&* 29. *ubi add.*

aunque ulteriores, para que en sus descendientes masculos se verifique la substitucion por el orden de lineas que prescrive el Derecho, y no alterò el Fundador.

240 Cuyo concepto se vigoriza à vista de que representando el Marquès de San Felices, y Don Miguèl Jofre (*n.* 65. *y* 66.) à Don Juan de Balterra, (*n.* 7.) hijo primogenito de Doña Isabèl, y primer llamado, fuera absurdo, que ni en esta vacante, ni en otra alguna, les prefiriesse Don Joseph de Monsoriu, (*n.* 64.) que representa à Doña Damiata, (*n.* 11.) hermana del mismo Don Juan, que formò la quinta linea entre los hijos de la dicha Doña Isabèl, siendo igualmente cognados unos, y otros, y no teniendo qualidad prelativa.

241 Si las hembras de ulterior grado, y sus descendientes, tuviessen separado llamamiento, yà entendieramos que en la hypothesi de haverle dado el Fundador à los agnados artificiosos descendientes de Don Juan, (*n.* 7.) y sus hermanos Don Vidal, y Don Ramon (*n.* 8. *y* 9.) en las Clausulas tercera, y quarta: seria discretivo el de Doña Violante, y Doña Damiata (*n.* 10. *y* 11.) en la octava; porque en estos terminos podiamos decir con Ulpliano *ad suam quisque Causam substitutus est.* (295)

242 Pero querer que el primer llamamiento sea absolutamente agnaticio para excluir de èl todos los varones cognados de mejor linea, aunque lo sean de la predilecta, solo porque descienden de hembras de ulterior grado, sin dexar lugar para su inclusion, limitando el llamamiento de la Clausula octava, à los descendiendientes de ciertas nietas, quando el Testador no las designò, antes bien connotandolas con el nombre de hijas de Doña Isabèl, manifestò que solo por descendientes de esta, estàn llamados: Es idèa extraordinaria, que ni se ajusta à lo que dispone el Derecho, ni debe creerse de un Fundador tan advertido.

243 Estamos muy bien con la regla del llamamiento discretivo; y si le hallassemos en las Clausulas, prelativo de los agnados, à los cognados descendientes de hembras de ulterior grado, nos persuadieramos, que ninguno de estos se comprehende en la substitucion de la Clausula octava. (296)

244 Pero no hallandose la menor enunciativa de semejante separacion, y llamamiento discreto, en toda la série de la disposicion; es preciso concluir, que los cognados de mejor linea, quales son el Marqués de San Felices, y Don Miguèl Jofre (*n.* 65. *y* 66.) en la hypothesi de estàr contemplada la agnacion absoluta en las Clausulas tercera, y quarta, estàn llamados en la octava; porque la misma exclusion del primer llamamiento, es prueba clara de su inclusion en el segundo, que por lo mismo no pnede ser limitado à los descendientes de Doña Violante, y Doña Damiata, (*n.* 10. *y* 11.) como nietas del primer grado, sino general, y colectivo de todas las hembras ulteriores, y de los varones descendientes de ellas.

245 Y reflexionado lo que dexamos dicho: se hallarà fundado con solidèz, que el Testador en las Clausulas tercera, y quarta, entendiò por li-

(295) *Leg. Æquissimum 2. ff. de Bonor. possess. secundum Tabulas.*

(296) *Leg. Coheredi 41. §. Ne Patrem, ff de Vulgari subst.* ibi: *Propter specialem inter Patrem, & filium substitueionem non comprehenduntur in reciproca vocatione. Leg. Ex facto 43. §. Item quæro, ff. Eodem*, ibi: *Et magis est in utroque tempus suum, separatim servari.* Torre *de Majorat. p.* 1. *cap.* 25. *ex n.* 280. Rosa *consult.* 69. *ex n.* 153. Altograd. *tom.* 2. *cons.* 89. *à n.* 7.

linea masculina, la que se compone solo de masculos, queriendo que su Mayorazgo fuesse de nuda, y simple masculinidad. Que quando mucho, quiso preferir dentro de la linea superior de Doña Isabèl, (*n.* 5.) y respectivamente en la de Doña Damiata (*n.* 6.) los masculos agnados à los cognados.

246 Que qualquier duda que en aquellas Clausulas pudiesse haver, cessa por las reglas que estableciò en la quinta, y especialmente por haver puesto en ella en condicion, y llamado à los varones descendientes de Don Juan su nieto, sin mas connatado que el de masculos, declarando à mayor abundamiento, que es lo que entendia por el orden que repitiò en ella.

247 Que entendidas sana, y legalmente las Clausulas referidas, y el orden de los llamamientos, se vè, que entre los hijos de Doña Isabèl, y Doña Damiata (*num.* 5. *y* 6.) sus hijas, quiso formar tantas lineas de varones, quantos fuessen, dando el primer llamamiento entre ellos à la de Don Juan de Balterra (*num.* 7) El segundo à la de Don Vidàl. (*num.* 8.) El tercero à la de Don Ramòn (*num.* 9) y respectivamente à los demas que tuviessen.

248 Que siendo esto assi, pide el orden de las substituciones, lo mismo que por Derecho està dispuesto; porque siendo incompatibles las lineas entre sí mismas: ni Don Vidàl (*num.* 8.) y la suya, pudieron ser admitidos hasta faltar enteramente los varones descendientes de Don Juan (*num.* 7.) que formò la primogenita en que se hallaba el Marquès de San Felices, (*num.* 65.) y se halla Don Miguèl Jofre; (*num.* 66.) ni hasta evaquarse las de Don Juan, y Don Vidàl (*num.* 7. *y* 8.) pudo llegar el caso de la succesion de Don Ramòn (*num.* 9.) su hermano.

249 Que mucho menos pudo verificarse hasta la extincion de estas tres lineas, el llamamiento de los hijos varones de Doña Violante, y Doña Damiata (*num.* 10. *y* 11.) que tienen llamamiento subsidiario en falta de los dichos Don Juan, Don Vidàl, y Don Ramòn (*num.* 7. 8. *y* 9.) por lo qual, aunque Don Joseph de Monsoriu, (*num.* 64.) desciende de la dicha Doña Damiata, no puede ser admitido hasta faltar enteramente todas las lineas de varones comprehendidas en los anteriores llamamientos.

250 Que aunque el Fundador llamò à los hijos masculos de sus nietas, no constituyò à estas por cabezas de sus lineas, sino à Doña Isabèl, y Doña Damiata sus hijas (*num.* 5. *y* 6.) entendiendo baxo el nombre de nietas, à todas las hembras ulteriores, y à los hijos, y descendientes varones de estas; y por consiguiente à Doña Theresa Antonia (*num.* 59.) madre del Marquès de San Felices, y à Doña Angela de Balterra (*num.* 33.) de quien desciende Don Miguèl Jofre, à quien por consiguiente no puede competir Don Joseph de Monsoriu, sin embargo de tener en su linea solas dos hembras, que son Doña Isabèl, y Doña Damita (*num.* 5. *y* 11.) y tres Don Miguél Jofre, como manifiesta el Arbol.

251 Que no haviendo el Fundador apetecido la agnacion absoluta, fue conocida la preferencia del Marquès de San Felices, sobrino del ultimo

pos-

poſſehedor, comō unico varon de ſu linea contentiva; y por ſu muerte ſin hijos, lo es la del dicho Don Miguèl, como varon de mejor linea.

252 Que tratandoſe de un Fideicommiſſo familiar, ſujeto à las reglas del Derecho Comun, eſtuvieſſe, ò no, contemplada la agnaccion entre los deſcendientes de Don Juan, (*num.* 7.) ſería igualmente claro ſu Derecho; porque la qualidad agnaticia, ſolo obra en los Fideicommiſſos familiares una preferencia indiſinida, y general de los agnados à los cognados; pero no la excluſion de eſtos, ſiempre que les aſsiſte la prerrogativa de la linea, y eſpecialmente en eſte caſo, en que lo explicò con la mayor claridad el Fundador.

233 Que aun ſuponiendo ſin perjuicio de la verdad, que eſte huvieſſe querido ſuſcitar la agnacion artificioſa, en cabeza de Don Juan ſu nieto, (*num.* 7.)y demàs hijos varones de Doña Iſabèl ſu hija(*num.* 5.) excluyendo de eſte llamamiento à los cognados: todavia le tendrian en la Clauſula octava, general, y colectivo, como deſcendientes de las hembras de ulterior grado; aſsi por no haver dado el Teſtador ſeparada, y eſpecial providencia para ſu incluſion, como por haver uſado del nombre apelativo de nietas, que comprehende igualmente à las ulteriores, y no tener fundamento la reſtriccion à las de primer grado, quales fueron Doña Violante, y Doña Damiata, (*num.* 10.*y* 11.) ni el llamamiento diſcreto, y ſeparado, que en contrario ſe quiere atribuìr à los deſcendientes varones de ellas, como ni tampoco la idèa de querer, que por ſu medio, ſin embargo de ſer cognadas, quiſie ſſe el Fundador ſuſcitar en una familia extraña, que no conocia, , ni podia conocer, una nueva agnacion imaginaria.

254 Que à eſto es conſequente la preferencia del Marqués de San Felices en eſta vacante, como hijo de Doña Thereſa Antonia Balterra (*num.* 59.)y por ſu muerte la de Don Miguèl Jofre (*num.* 65.) ſin que pueda competirles Don Joſeph de Monſoriu, porque aunque eſtà tambien llamado en la miſma Clauſula octava, ſe halla en inferior linea, y no puede favorecerle la qualidad de agnado artificioſo que alega; aſsi por ſer ſimple cognado, como porque el Teſtador, nada menos penſò, que ſuſcitar en la Clauſula octava, la nueva agnacion que ſe ſupone.

EXCLUSION DE DON FRANCISCO FERNANDO GIRON de Rebolledo (num. 56.)

255 ESte Litigante puſo ſu Demanda al Condado de la Villanueva, y Baronìa de Torres Torres, como deſcendiente varon legitimo de Don Juan de Balterra y Blanes (*num.* 20.)quarto poſſehedor de eſte Mayorazgo, haciendo para ello fundamento, de que ſiendo de ſimple maſculinidad, y teniendo la prerrogativa de la linea primogenita, no podia competirle ninguno de los demàs Colitigantes: no Don Joſeph Balterra (*num.* 67.) por obſtarle la excepcion que le eſtà opueſta en cabeza de Don Geronymo (*num.* 34.) ſu tercer Abuelo: ni tampoco Don Miguèl Jofre,

(297) Mem. n. 184. (*num.* 66.) ni Don Joſeph de Monſoriu (*num.* 64.) por hallarſe entrambos en inferior linea. (297)

Rebolledo muda de medio

256 Pero haviendo reconocido, que por haver muerto ſin hijos varones el dicho Don Juan, (*num.* 20.) y con ſolo una hija, que fue Doña Angela Balterra (*num.* 28.) ſu Viſabuela, ſe defiriò la ſucceſsion à Don Vicente ſu hermano (*num.* 22.) en cuyos deſcendientes ſe ha conſervado haſta el ultimo poſſehedor, y por lo miſmo quedò poſtergada ſu linea, y no puede reintegrarſe haſta extinguirſe enteramente todas las de los ulteriores ſubſtitutós: (298) mudò de medio, y enmendando, y corrigiendo ſu demanda, negò, que el Mayorazgo fueſſe de ſimple maſculinidad, y pretendiò ſe le declaraſſe por ſucceſſor de èl, como agnado artificioſo, deſcendiente por linea maſculina de la dicha Doña Angela Balterra, (*num.* 28.) (299) haciendo para ello fundamento de haver apetecido el Teſtador la agnacion de Don Juan de Balterra (*num.* 7.) en todos los llamamientos, y de que extinguida la natural, y verdadera, por muerte del ultimo Conde de la Villanueva (*num.* 58.) debiò ſucceder el dicho Don Franciſco Fernando (*num.* 56.) por ſer, como es hijo legitimo de Don Fernando Giròn de Rebolledo (*num.* 45.) y nieto de otro Don Fernando (*num.* 38.) que fue hijo legitimo de dicha Doña Angela (*num.* 28.) hembra agnada, y como tal, capàz de ſuſcitar la agnacion artificioſa con excluſion de los demàs Colitigantes. (300)

(298) Rox. *p.* 1. *de Incomp. cap.* 8 *n.* 33 & 34. D. Olea in Add. *ad tit.* 3. *q.* 4. *reſolut.* 11. *n.* 7. & 8.

(299) Mem. n. 20. y 568.

(300) Mem. n. 580.

257 Alega en prueba de eſta idéa los miſmos fundamentos, que Don Joſeph de Monſoriu, los quales quedan enteramente deſvanecidos: Que el Fundador quiſo por medio del gravamen de Nombre, y Armas ſuſcitar por medio de Doña Iſabèl, y Doña Damiata (*num.* 5. *y* 6.) ſus hijas, una agnacion artificioſa en ſu principio, y natural en ſu progreſſo, en los hijos, y deſcendientes varones por linea maſculina de dichas ſus hijas.

258 Que en el caſo de acabarſe los deſcendientes varones por linea maſculina del citado Don Juan (*num.* 7.) ſu nieto, llamò al otro hijo varon de Doña Iſabèl, (*num.* 5.) y à los deſcendientes varones de eſte, en la miſma forma, que à los hijos, y deſcendientes de Don Juan; (*num.* 7.) pero yá hemos viſto, que ni el gravamen de Nombre, y Armas, es argumento de agnacion, ni tampoco la expreſsion de la linea maſculina; porque en los terminos que eſtá concebida, es lo miſmo que linea de varones, y eſta ſe verifica con la nuda, y ſimple maſculinidad, y no prueba por sì ſola, la qualidad agnaticia.

259 Dice que el llamamiento de varones, hijos de las nietas, que yà ſon ſimples cognados, en defecto de varones deſcendientes de las hijas, prueba que los varones de las nietas no quedaron comprehendidos en el de los deſcendientes de las hijas, y por lo miſmo debe creerſe, que eſte fue limitado à los agnados artificioſos, pero en vano; porque preſcindiendo de que quando aſsi fueſſe, ſiempre obſtarìa al dicho Don Franciſco la regla *de te non loquitur ſubſtitutio*, por no ſer deſcendiente de Doña Iſabèl, ni de Doña Violante (*num.* 5. *y* 6.) hijas inmediatas del Fundador: Es conſtante, que el primer llamamiento, ſin embargo de la expreſsion de la linea maſculi-

na que contiene, es comprehenſiva de todos los varones agnados, y cognados de las hijas del Teſtador, como queda probado, y que no hay fundamento para decir, que los varones hijos de las nietas, no quedaron comprendidos en el llamamiento de los hijos maſculos de las hijas, como ſe ha demoſtrado en eſta ſegunda Parte deſde el numero 216. à el 220. inclusivè.

260 El argumento que ſe hace con motivo de la Sentencia pronunçiada por la Audiencia de Valencia, entre Don Miguèl, y Don Juan Balterra (*num.* 29. *y* 32.) (801) ſe concibe con manifieſta equivocacion, por ſer muy diverſa la duda que ſe controvirtiò en aquel Tribunal, de la que ſupone Don Franciſco Fernando en ſu Alegato, (302) como conſta del tenor de la Sentencia; y aſsi, no puede decirſe con verdad, que haviendo pretendido Don Miguèl Balterra, (*num.* 29.) ſe declaraſſe por legitimo ſucceſſor à Don Jayme de Milàn (*num.* 46.) ſu nieto, hijo de Doña Beatrìz Balterra, (*num.* 39.) y opueſtoſe Don Juan Balterra (*num.* 32.) hijo de Don Vicente) *num.* 22.) y hermano del citado Don Miguèl (*num.* 29.) ſe declarò la ſucceſsion à favor del enunciado Don Juan, (*num.* 32.) como ſe alega por el dicho Don Franciſco Fernando; y ſolo es cierto, que haviendo quedado deſiertos los Lugares que componen la Baronìa de Torres Torres, con motivo de la expulſion de los Moriſcos, y tenido noticia dicho Don Juan (*num.* 32.) de que Don Miguèl pretendia dàr à Emphiteuſis las Tierras que la componen, por haverlas aplicado ſu Mageſtad à los Dueños de los Pueblos, y acaſo diſponer de ellas à favor del dicho Don Jayme de Milàn, y Balterra ſu nieto, ſe opuſo Don Juan en aquella Audiencia, pretendiendo ſe le mandaſſe, que no paſſaſſe à executarlo ſin ſu intervencion, como con efecto ſe le mandò; pero ni ſe diſputò la qualidad del Mayorazgo, ni eſta Queſtion cabia en un juicio puramente providencial.

(301) Mem. num. 92.

(320) Mem. n. 581. fol. 224.

261 Y quando ſin perjuicio de la verdad ſupuſieſſemos, que el primer llamamiento de Don Juan de Balterra, (*num.* 7.) y ſus deſcendientes maſculos por linea maſculina, fue de agnacion artificioſa en ſu principio, y natural en ſu progreſſo: no ſe alcanza, por donde quiere Don Franciſco Fernando Giròn de Rebolledo eſtàr comprehendido en eſta ſubſtitucion, quando es cierto, que por no haver tenido hijo varon el dicho Don Juan (*num.* 20.) translineò la ſucceſsion à Don Vicente ſu hermano, (*num.* 22.) y ſolo con vèr el Arbol, eſtà manifieſta ſu excluſion; porque ni tiene la qualidad con que el Fundador llamò à los deſcendientes maſculos de Don Juan, (*num.* 7.) ni hay una ſola palabra en la fundacion de que pueda inferirſe, que acabada la linea maſculina del primer llamado, quiſieſſe el Teſtador ſuſcitar la agnacion artificioſa; y aſsi nada importa, que Doña Angela Balterra, (*num.* 28.) fueſſe, ò no agnada, porque no baſta que como tal tuvieſſe la aptitud correſpondiente para ſuſcitar la agnacion artificioſa, toda la vez que no la quiſo excitar por ſu medio, ni por otro alguno el Teſtador.

262 Y aunque tambien alega, que ſiendo quarta nieta de Doña Iſabèl Balterra, (*num.* 5.) eſtà comprehendida baxo el nombre de hija, y por con-

consiguiente tienen sus descendientes, llamamiento en la Clausula octava: Quando assi sea, no le sirve, ni puede servir en esta vacante, por estàr postergada su linea, y no poderse reintegrar hasta evaquarse enteramente las de Don Vicente Balterra, (*num.* 22.) y Doña Damiata de Blanes, (*num.* 11.) en que se hallan respectivamente Don Miguèl Jofre, y Don Joseph de Monsoriu, (*num.* 66. *y* 64.) y todas las de los demàs substitutos ulteriores.

Por cuyos motivos, y los demàs que tendrà presentes la Superior sabiduria del Consejo, espera Don Miguèl Jofre se servirà declarar esta Causa à su favor. S. S. J. O. T. S. D. C.

Doct. D. Juan de Riambau.

FACULTAD de TEOLOGIA GRANADA

FACULTAD de TEOLOGIA
GRANADA

FACULTAD de TEOLOGIA
GRANADA