



a Lorenzo Peña ~~roja~~ de
opuno el d^{cho} de ~~Peña~~
y satisface que esta ~~exce~~
nole d^{na}.



PONESE A Lorenzo Bou Pe-
ñarroja el derecho de layme Pe-
ñarroja, que dizen esagnato mas
propinquo, y el que parece hade
auer estas casas, quando las aya
perdido doña Maria, por auerse
casado en estraña familia.

Para responder a esta dificultad assentemostres co-
sas en hecho y en derecho certissimas.

Lo primero, que este vinculo es perpetuo en la ag-
nacion y familia de Peñarrojas, por auer dicho el tes-
tador con palabras serias formales, claras y dispositi-
uas, que su intencion y voluntad era; que las casas ma-
yor y menor que el tenia se conseruasse en ellas en la
parentela de Peñarrojas de nōbre y armas por linea
masculina. Supuesta la qual voluntad, no podemos
dudar de la perpetuidad del vinculo en la dicha agna-
cion, ni tampoco de la exclusion de qualesquier hē-
bras, aunque sean agnatas: pues por razō del sexo son
incapazes e inhabiles de conseruar la agnacion, Mo-
lina lib. 3. de primog. cap. 1. num. 1. & 2. & 3.

Lo segundo, que doña Maria Madalena hija de Fe-
derico Peñarroja no pudiera suceder en estas casas
por muerte de su padre, si el testador no la habilita-
ra y permitiera que pudiesse suceder, *Con tal que ca*

A

sasbe

fusse y huuiesse de casar con varon del mismo linage, parentela, nombre y armas de Peñarroja por linea masculina, y no de otra manera. De suerte que si la exceptuò de la regla esclusiva de las otras hembras, habilitandola para esta sucesion, fue mientras conseruaria en si la calidad de ser agnata, y la facultad de producir hijos agnatos que auia de conseguir, casandose en la misma familia, y de otra manera, esto es casandose fuera della, no quiso que pudiesse suceder, ni despues de auer sucedido, retener las dichas casas, y esto es lo que obra y significa precisamente la clausula irritante, *Y no de otra manera*, porque no era justo que faltandole esta calidad que la hazia capaz de suceder, pudiesse retener la hazienda y vinculo, quod foeminis dum taxat agnatis in familia nuptis deferebatur. Y como quiera que en los vinculos y disposiciones temporales basta el llamado se halle con la qualidad necesaria al tiempo de la sucesion, aunque la pierda despues, l. si alienum 49. §. in extraneis de heredib. insti. l. interuenit 24. deleg. praestan. Pero esto no ha lugar en los vinculos perpetuos de agnacion, en los quales es preciso, que en el llamado, la qualidad que le hizo capaz tenga tracto sucesiuo, y perpetua duracion, las. in l. si quis heredem, num. 14. lim. 4. C. de instit. & substit. cum alijs citatis, per Molinam lib. 1. de primog. cap. 6. num. 19.

Lo tercero, que el testador no tuuo afeccion particular a vna, o otra persona de su familia, o agnacion, excepto las que especialmente nombrò, sino a su linage, y parentela de nombre y armas en comun. Por lo qual no obligò a que la hija de Federico casasse con cierta y determinada persona del linage, si indifinitiuamente con varon que fuesse de aquella agnacion, nombre, y apellido: y quando porno a uce

Angela Boria caso con Leonardo Pintor nuevo con
dijo haber dos años hija y contadora a su mujer
Angela Boria Junca nueva con Jayme Boria her
mano de la dicha y curador del testador.
Hallaron la dicha contadora como tal de a su
hermano poder y a su cobrar.

Y sobre cada este contrato me acordaron en
y entendiendo que el contador habia cobrado
mucho así como tal contador, como también como
tal suplico curador inter y su hermano curador
no en virtud del fero y de procurador

ni que sea pariente del testador, ni descendiente de alguno de sus hermanos, Bernardo, Francisco, Vicente, o Iayme. Porque vn testamento de vno llamado Iayme Peñarroja, que passò ante Melchor Bost notario a 25. de Abril. 1530. y le exhibió D. Maria á 8. de Nouiembre. 1624. señalado con esta letra D. dizien-
~~do que este Iayme era hijo de Vicente hermano de nuestro testador, no prueua la dicha filiacion, ni tampoco se prueua el parentesco con las nominaciones de Eliberto y Luisa Peñarroja, ni de otras personas, sino concurren otros adminiculos, y no los ay aqui.~~

Finalmente advertimos, que Lorenzo Peñarroja ha prouado ser agnato, que basta, aunque no huuiese prouado ser mas propinquo, porque se presume la proximidad en su fauor, Couar. videndus, 2. var. cap. 6. numer. 6. vers. Sexto ab eadem radice procedit. Y que el consejo 415. de Surdo del volu. 3. habla en diferentes terminos, porq̄ en su caso se suponía que el actor tenia hermanos, a los quales por ser eiusdē gradus tocava la sucesion pro virilibus portionibus: y assi la oposicion del derecho de tercero estaua fundada en la l. 2. si pars hæreditatis petatur, que dispone expressim, ne restituantur vni portiones aliorum, in quibus nullum ius habet, y en la decis. 4. de Antonio Thesau. Pero aqui no consta q̄ aya otro pariente de superior, ni del mismo grado, ni por el processo parece que lo sea Iayme Peñarroja, y assi alegar su derecho es sin fundamento, Sub censura supremi Regij Senatus.

cepcion del derecho del tercero, aunque sea mas propinquo, que no ha querido litigar.

Otra razon considera en fauor del Actor en nuef-
tros propios terminos Peregrino conf. 49. nu. 7. vol.
4. cuyas palabras por ser precisamente decisiuas del
punto que tratamos, quiero poner aqui: *Ista domina
sorores non possunt* (dize Peregrino) *excipere de iure ter-
ty, scilicet descendentium a prasato don Petro Francisco,
quia tunc demum reus excipies de iure terty auditur, v-
bi ius terty est exclusiuum iuris agentis omnino, siue velit
siue nolit tertius iste, vt in casu l. fin. C. de re uend. quan-
do scilicet tertius habet ius dominy realiter quasitum: at
ubi non est quasitum tertio realiter & cum effectu, sed si
uult, & declarat se uelle, tunc de iure terty illi insepara-
biliter quasito opponi non potest. l. 2. cum glo. C. de iure em-
phyt. & doctrinam hanc praclare posuit Bar. l. 2. col. 2. de
excep. rei iud. Socin. conf. 78. col. 2. nu. 4 & 5. vol. 4. ubi
inquit tunc demum de iure terty posse opponi, cum illiter-
tio quasitum est ius ipso iure, & cum effectu. Et specificè,
& in terminis, quod haeres haereditis grauati, agens contra
tertium petitione hereditatis, non repellatur ab illo conue-
to, sub praetextu quod per mortem haereditis grauati uene-
rit casus fideicommissi uniuersalis ad fauorem alterius,
antequam ille fideicommissarius agnouerit illud fideico-
missum, clare declarauit idem Socin. l. 1. § sed & quoties
sub nu. 5. vers. ex quibus, D. ad Treb. sequutus est Socin.
Iun. conf. 71. vol. 2. Haetenus Peregrin. Vease tambie
el conf. 43. in fin. de Rafael Cumano, a quien refiere
y sigue el Card. Tusc. tom. 4. conclusion. pract. liter. I
concl. 636. nu. 36. qui dicit, Quod non sufficit posses-
sessori excludere agentem ex probatione existentiae
alterius proximioris, nisi doceat proximiorum illum
capacem & haereditatem esse uelle. En todo el proce-
so no consta, q̄ Iayme Peñarroja sea mas propinquo,*

la dicha disposici6n el feudo, o vinculo agnaticio, lo-
quitur, agit, excipit, & sententia pto eo, & contra cū
fertur, y consequentemente el feudatario, o fideico-
missario, vice duarū personarum fungitur, proprie,
scilicet, personæ, atque etiam intellectualis, y es co-
mo vn organo, o instrumento, por cuyo medio ha-
bla aquella persona intelectual; y assi quando pide el
feudatario, o fideicomissario propia y verdaderamē-
te, dezimos, q̄ habla y pide el feudo, y fideicomisso
de agnacion, quia cum sit organum & instrumentū
illius personæ intellectualis, profecto persona ipsa
dicitur principaliter agere, quia magis atrenditur
actus seu virtus principalis, quā virtus organica, vt
tradit singulariter Bald. cōs. 159. super eo quod quæ-
ritur, numer. 5. volu. 3. & prosequitur late Marinus
Freccia lib. 1. de feudis, §. alia etiam fuit quæstio,
numer. 22. pag. 25. & lib. 2. §. sæpe fuit interrogatus,
num. 27. pag. 281. & lib. 3. in princip. numer. 5. pag.
382. quo remetito.

Digo pues, que siendo quien oy pide la agnaci6n
por medio de Lorenço Peñarroja, por ningun ca-
mino se le puede oponer esta excepcion del derecho
del tercero, qui nō est in lite, cum totius agnationis
causa magis quam singulariū personarum tractetur.
De mas, que como en las acciones populares, el mas
interessado alij cuilibet de populo in concursu præ-
ferendus est: y con todo, si aquel calla, no se excluye
qualquier otro de la accion, l. 1. §. 1. l. si verò plures,
§. hæc autem actio. D. de ijs qui deicc. vel effuderūt,
l. 3. §. Ait, l. tutor cum sequētibus, de lib. hom. exhib.
l. 3. & 6. de sepul. viola. l. 2. & 3. de pop. act. l. si
plures 16. de accusat. Assi tambien al agnato, que pi-
de la restitucion de los bienes ocupados, y detenidos
por vn extraño, no le puede impedir ni repeler la ex-
cepcion

lib. 4. de primog. c. 1. nu. 13. cum seqq. Pero el derecho deste no le puede oponer el poseedor extraño, porque interessando la agnacion toda, y tambien la republica, en que los bienes del difunto no salgan della, *vt dignitas familiarum salua sit, l. 1. §. quamuis, vers. Publice enim interest, ff. de ventre inspiciendo;* no seria razon que por la negligencia y taciturnidad del pariente mas propinquo quedasse la agnacion sin remedio, y encaustillado el injusto detentor, antes bien al oficio del juez incumbe repeler la tal oposicion, *vt voluntas defuncti non intercidat,* como lo dixo singularmente el Jurisconsulto in l. his consequenter, cap. 8. §. idem quærit, ff. famil. ercisc. donde añade estas palabras que hazen mucho anuestro proposito, *Quia hæredum interest quos ius monumenti sequitur, præscriptis verbis posse eos experiri, vt monumentum fiat.* Confert ad hæc insignis text. in l. si patroni s s. §. qui fideicommissam, vers. Sed nec illū, ff. ad Trebel, qui sic habet, *Cur enim non videatur indignus, vt qui destruit supremas defuncti preces, consequatur aliquid ex voluntate?* Y es assi, que la sentencia que se ha de promulgar en fauor de Lorenzo Peñarroja agnato, que oy pide, serà en fauor de toda la agnacion, l. liberto 3 1. §. vno defendente, ff. de neg. gestis, cuyas palabras son: *Vno defendente causam communis aqua, sententiæ prædico datur, l. 4. §. si autem fundus, ff. finium regundorum, ibi: Quoniam magis fundo quam personis adiudicari fines intelliguntur.* Y es mucho de considerar, lo que se dize de los feudos a quien se parecen los fideicomissos agnaticios, que son los feudos, y por consiguiente, estos fideicomissos personas fictas e intelectuales, repræsentâtes la del cõcediẽte, instituidor, la disposicion del qual influye vida y ser a esta persona ficta e intelectual, y assi en virtud de la

2
hijos varones del dicho Federico, ni de Feliberto Pe
ñarroja su sobrino, hizo transito a otros substitutos,
a ninguno llamó por su nombre, sino por el comun
y colectiuo de pariente mas propinquo; significan-
do con esto, que auia tenido respeto y consideraciõ
de beneficiar y honrar su linage mas que a las perso-
nas singulares del, y como dixo Ancarrano, y bien,
conf. 27. num. 6. vers. Et saluo saniori consilio: *Cum
magis considerauerit domum & progeniem suam, quàm
personas, quas non expressit, fateamur necesse est, Di-
lexisse testatorem personas antiquiorum, seu proximio-
rum propter progeniem, & consequenter quod progeniei
magis quam personis singularibus fauendum est.*

De aqui nace, que este, y los demas vinculos ag-
naticios tienen muy gran similitud con las acciones
que llaman populares, porque assi como aquellas las
puede mouer e intetar qualquiera persona del pue-
blo, l. 1. ff. de popul. acti. assi tãbien el derecho de pe-
dir q̄ estas casas que injustamente ocupã personas es-
trañas, bueluan y se restituyan a la agnacion, cõfor-
me a la volũtad del testador, toca y pertenece a qual
quier persona de la misma agnacion aora sea mas
remoto, o mas propinquo, l. peto, 69. §. fratre de leg.
2. donde hablando el Jurisconsulto de vn vinculo
de familia, dize assi: *Si non paruerit heres voluntati, sed
domum alienauerit, vel extero herede instituto decesserit,
omnes fideicommissum petent qui de familia fuerint,* y es
cierto, que la diccion, *Omnes*, por su vniuersalidad a
ninguno excluye deste pedimiẽto, l. Iulianus ff. de leg.
3. Y aunque es verdad, que si concurriessen dos agna-
tos a pedir, se antepõdria el mas cercano, sino le obsta
se renũciacion propia, o prescripciõ, como le obsta-
ria a Iayme Peñarroja, si por ventura como persona
mas cercana quisiesse pedir, vt tradit optimè Molina