

Handwritten text at the top of the page, possibly a title or date, which is mostly illegible due to fading and bleed-through.

93

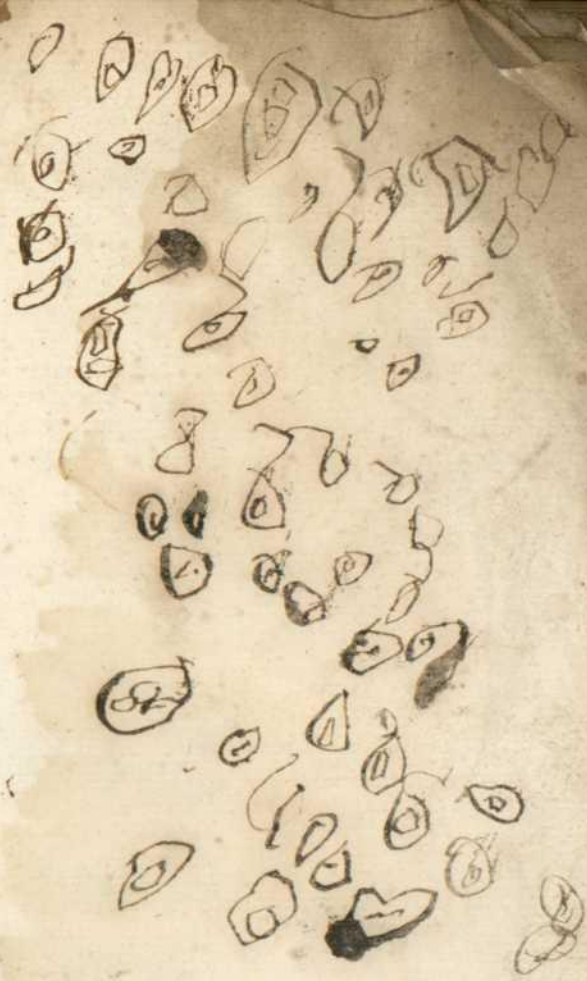
93



66)

H to H

Biblioteca Universidad
GRANADA
Sala A
Caja 31
No 112



170

i 1787757x



P O R
 DOÑA BEATRIZ
 Manuel del Alcazar, viuda
 de Don Pedro del Alcazar,
 Veyntiquatro de
 Seuilla.

C O N

Don Pedro del Alcazar, y don Gaspar
 del Alcazar.

S O B R E

*La succession del mayorazgo de
 la Palma.*



ECHO Es llano en este pleyto, que doña
 Beatriz es hija de don Fernando del Alca-
 zar, vltimo possedor, por cuya vacante se
 trata este pleyto. Y deste hecho resulta, que
 doña Beatriz entra con conocida ventaja,
 porque funda su intencion de derecho con las reglas or-

Num. 1.

*D. Beatriz como
 hija del vltimo
 possedor, funda
 su intencion de de-
 recho.*

A dina;



22821-11

dinarias de la sucesion de la l. 2. tit. 15. part. 2. & in l. 2. titul. 18. part. 3. y tiene su intencion fundada de derecho como hija del vltimo poseedor, & de linea ipsius, & postquam semel in linea ingressa est, successio ad alias lineas non debet fieri transitus, vt in cap. 1. de natur. succes. feud. ibi: *Ad solos, & ad omnes, qui ex hac linea sunt, de qua iste fuit.* De manera que no se da lugar a los de otra linea, aunque sean varones, hasta q̄ todos los descendientes varones, y hēbras de la primera linea se acaben, vt patet ibi: *Omnibus ex hac linea deficientibus, omnes alia linea equaliter vocantur, quod etiam probat text. in l. cum ita. §. in fideicommissio ff. de legat. 2. ibi: Et qui in his proximo gradu procreati sunt.* Et in d. l. 2. ibi: *Heredassen siempre aquellos que viniessen por linea derecha.* Que licet in Regni successione, loquatur in qualibet alia maioria procedit: porque no se funda la ley en ser Reyno, sino en que es general costumbre en todas las tierras del mundo, ibi: *Que assi se uso en todas las tierras del mundo, do quier que el señorío ouieren por linaje,* ita Paul. de Castro conf. 164. col. 1. vol. 2. Couarr. lib. 3. variarum, cap. 5. num. 5. Molina lib. 3. cap. 6. num. 5. & lib. 1. cap. 2. num. 17. Mieres de primogen. 2. part. q. 8. nu. 1.

Num. 2.
No resisten a D.
Beatriz las clau-
sulas de la funda-
cion,

Y las clausulas de la fundacion no le resisten, porque lo que la clausula del individual llamamiento de la linea del hijo mayor, que es en la que está doña Beatriz, contiene estas palabras: *El qual dicho mayoraçgo hazemos con tal cargo, y condicion, que aya estos dichos bienes deste dicho mayoraçgo, y suceda en el Pedro del Alcazar nuestro hijo mayor legitimo natural, y despues del, sus hijos, nietos, y bisnietos varones, y otros descendientes varones legitimos naturales, de legitimo matrimonio nacidos, y procreados por linea derecha masculina, precediendo el primero al segundo, y el segundo al tercero, y el tercero al quarto, y assi dende en adelante, precediendo el mayor al menor, en tal manera, y con tal cargo, y condicion, que este dicho mayoraçgo aya de venir y venga, y estar y este para siempre jamas, enteramente todo juto en una sola persona, y no se pueda diuidir en parte alguna, por ninguna causa ni razon que sea. E si del dicho Pedro del Alcazar nuestro hijo mayor no quedaren hijos, ni nietos varones, ni otros descendientes varones legitimos naturales de legitimo matrimonio nacidos y procreados.* Y en ellas en tanto se da

da transito a las lineas segunda y tercera, que es en las que se hallan don Pedro, y don Gaspar, en quanto el primer llamado de la linea primogenita, huuiere muerto sin dexar hijos varones. Y este caso no sucedio sino al reues, por q̄ quando murio Pedro del Alcazar primero llamado, y abuelo de doña Beatriz, dexò dos hijos varones, y dellos vino a ser possedor don Fernando del Alcazar, padre de doña Beatriz, por cuya vacante se trata esta tenuta, y assi dize doña Beatriz, que tiene por si todas las reglas de sucession, y que la condicion del llamamiento que la pudiera excluir, no solo no la excluye, pero antes es cierto q̄ faltò con la existencia de su padre, y assi el mayorazgo se quedó en su linea, y no pudo hazer transito a las de los dichos don Pedro, y don Gaspar que litigan, porque con esta existencia espirò la substitucion de la l. cum vxori. 4. C. quando dies legati cedat, & in specie probatur ex celebri Oldraldi, con sil. 21. quod Doctores communiter sequuntur, vt tradit Socinus Iunior conf. 111. num. 21. lib. 1. & plures referens idẽ Socinus, conf. 57. num. 3. lib. 4. vbi dicit hoc esse indubitatum, & idem Socinus affirmat esse clarissimum consil. 4. num. 8. lib. 3. sequitur pluribus adductis Caualecanus decisio. 5. num. 17. part. 3. dicens, consilium Oldraldi communiter approbatum, & obseruatum, & quod ista est mera veritas, & aliter dici non potest, nisi quis vellit malignari, & ita per tres sententias testatur se obtinuisse, Bertazolus consil. ciuili. 69. num. 8. lib. 1. & plures referens Menoch. consil. 85. num. 46. cum sequentibus, lib. 1. Peregrin. articulo 29. per totum, vbi num. 36. varias sententias in hac specie latas refert, & firmitus opinionem Oldraldi veram esse proficitur.

Num. 3.

El conf. 21. de Oldraldo communiter receptum.

Y siguiendo esta dotrina, resulta della declaracion vniuersal, no solo a lo siguiente desta clausula, pero a todas las demas en que se haze mencion de varones, y se hallan puestos en condicion, y disposicion, porque siendo como fue el principio y fundamento dellas la condicion que està referida, scilicet, *Si del dicho Pedro del Alcazar nuestro hijo mayor, no quedaren hijos varones*, y esta faltò, consequenter espirò la substitucion del hijo segundo, y todas las demas que se siguen despues, quia quasi appēdices sunt pracedentis institutionis, vt aliàs dicit text. in l. si quis hæres,

Num. 4.

Siguenle Alexã. & Decio, y otros muchos.

res 35. ff. de acquirend. hæredit. ita consuluit Alexand. cōf.
139. lib. 6. in cuius specie testator, exclusis sororibus, duos
masculos hæredes instituit, & si prædicti decederent sine
hærede masculino, quod bonacius deberent remanere in
propinqui oribus ipsius testatoris, de eius parentela, sem-
per de gradu in gradum, & quod eius bona nunquam rece-
derent de eius parentela, donec aliqui masculi reperirētur
de familia, in facto contigit alterum masculum decessisse
nullis relictis filijs, deinde altero relicto Antonelo filio, qui
postea decessit superstitē matre, & sororibus consuluit A-
lexand. per existentiam Antoneli fideicommissum expiraf-
se, quanuis Antonelus postea sine liberis decesserit, quia
(vt inquit) *Omnes substitutiones sub ea conditione conceptæ
fuerunt, si duo masculi primò vocati, decederēt sine filijs mas-
culis, & eiusmodi conditio deficit per existentiam Antoneli,
etiam si postea defunctus fuerit nullis relictis masculis. l. ex fa-
cto. 17. §. penultimo. ff. ad Trebellianū. l. cum uxori. 4. C. quan-
do dies leg. ced. l. si quis hæredē. 7. C. de institut. & subst. & ideo
cum defecerit conditio, quoad primos substitutos, quia nō fuit
eis aperta via, non est locus sequenti substitutioni. l. si mater,
33. §. 1. l. qui habebat. 47. ff. de vulgari. Unde satis euidenter vi-
detur casum, qui euenit fuisse à testatore omissum, & in dis-
positione iuris communis remanere, iuxta. l. commodissime,
12. ff. de liber. & posth. Hęc Alexand. qui expressē loquitur in
dispositione perpetua, & gradualī, facta ad conseruationē
agnationis, idem consulit Decius conf. 218. in casu ad me
transmisso, vbi testator instituit tres filios, & cuilibet eorū
decedenti sine masculis, substituit alteros, & descendētes
eorum, & quòd fœminæ non possent aliquo modo succe-
dere, & quòd id in infinitum seruaretur eos, substituendo
pupillariter, vulgarter, & per fideicommissum, prohiben-
doque illis alienationem in perpetuum, vt bona perueni-
rent in descendentes per lineam masculinam. Vnus ex filijs
decessit relicto filio masculino, deinde relicta filia, mortuus
est, resoluit Decius, bona pertinere ad filiam, defecisseque
conditionem in persona patris, ex quo ipse masculus su-
perstes fuit tempore mortis aui, qui erat vnus ex filijs testa-
toris fideicommissio grauatis, cuius superexistentia defecit
conditio posita per testatorem, Si sine masculis moreretur,
à qua cæteræ dependebant, allegat Oldrad. d. conf. 21. &*

Ioan.

Ioannes Andreas, qui idem determinat in additionibus ad Speculatorem, tit. de testamentis. §. in primis, in vltima col. & subdit in fine, quod si causa sibi committeretur determinanda, ita decideret, sequitur Ruinus conf. 153, num. 5. lib. 2. qui consuluit in specie, in qua plures fuerant gradus substitutionum, & cum clausula, quod testator volebat, vt bona semper in domo remanerent, idem tenuit Ias. conf. 228. num. 11. cum sequentibus. lib. 2. vbi adiecta erant in substitutionibus hæc verba, *Et sic de liberis in liberos masculos in infinitum*, Cephalus conf. 268. numer. 13. cum sequentibus, libro 2. Natta consilio 200. numer. 6. cum sequentibus. lib. 1. idem Cephalus conf. 17. nu. 9. & 10. libri primi, qui loquitur quando testator plures gradus substitutionum fecerat, & adiecerat hæc verba: *Et hoc modo, vsque in infinitum, intellegantur omnes, & singuli descendentes inuicem substituti, per quemcumque modum substitutionis, qui melius conueniat, &c.* & idem, quod Alexand. tenet Menoch. conf. 85. num. 68. libro 1. Socinus conf. 116. num. 4. vers. *Quæ omnia*, libro 3. vbi testator in sequentibus substitutionibus addiderat, se velle bona conseruare in agnatione, & opinionem Alexand. dicit communem, & absque omni dubitatione, Rota decisio. 230. nu. 1. par. 2. diuersorum, vbi secundum eam fuit iudicatum, extante dispositione, his verbis concepta, *Ordine successiuo semper succedant vsque in infinitum, & perpetuo remaneant in cypo, ne bona transeant in aliam familiam*, & iterum ita fuit iudicatum per Rotam, cuius decisionem refert Hippolyt. Riminal. conf. 531. num. 40. lib. 5. & in illo casu testator adiecerat hæc verba: *Iubens, ac mandans, & prohibens dictam eius hereditatem, vel partem eius, per quempiam alienari ex institutis, & substitutis, eum velit bona sua remanere in agnatione, & familia de Passijs, adeo, quod vult deuenire de vno in alium, secundum eorum, & cuiuslibet eorum gradus prerogatiuam euenire semper, & ipsius testatoris proximiores: prout refert casus speciem ipse Riminaldus conf. 279. lib. 3. qui est idem, in quo respondit d. conf. 531. & tandem Alexand. consilium in maioratibus Hispaniæ, sequitur Gama decis. 355. numer. 8. & 9. Berreta consilio 134. numero. 20.*

Num. 5.

Y no obsta la limitacion que se suele dar al consejo de Y en mayorazgo de España.

B razgos

Num.6. razgos por su naturaleza perpetua, vt obseruat Molina lib.
Oponese, q̄ no procede en mayorazgos. 1. cap. 6. num. 18.

Num.7. *Responde se, que los autores hablan en sucesiones perpetuas.* Primò, porque esta limitacion es derechamente cõtra los textos, doctriñas, y decisiones que estan referidas, las quales hablan en disposiciones sucesiuas y perpetuas, hechas con mayor significacion de perpetuidad que la deste mayorazgo, y assi dize Peregrino articulo 29. nu. 38 quod huiusmodi limitatio videtur inuenta potiùs ex capite, quã ex iuris præceptis.

Num.8. *declaratur doctri na Molin. libr. 1. c. 6. nu. 18. que procede respecto de la perpetuidad de las substituciones, pero no para repetir la calidad de las primeras.* Secundò, porque quando se siguiessse lo que dize el señor Doctõr Molina, no es contra la pretension de doña Beatriz, sino en su fauor: y para perfecta inteligencia dello, se han de distinguir en esta materia dos casos.

El primero, quando se duda, si se extinguió el mayorazgo, y las substituciones que miran a su perpetuidad, cõ no auer sucedido el caso de la primera, y en este, la verdad es, q̄ duran las demas substituciones, en quanto son en orden a la perpetuidad del mayorazgo: y este es el caso pũtual, en que lo dize el señor Doctõr Molina d. num. 18. y no lo niega doña Beatriz, porque reconoce que la perpetuidad deste mayorazgo, ha permanecido, y permanece, aunque no sucedio el caso de morir sin hijos varones el dicho Pedro del Alcazar su abuelo, primero llamado.

El segundo caso es, quando la condicion del primer llamamiento, de q̄ dependen los demas, fue, si el primer llamado muriesse sin hijos varones, y debaxo del suceso desta condicion se formaron otras substituciones de la misma calidad: y en este caso, si falta la primera condicion, & con sequenter, la substitucion hecha en el suceso della, falta todo lo q̄ mira a calidad de varonia, y quedan las substituciones, y condiciones dellas reduzidas a sucesion regular, hoc est, que las que antes estauan concebidas sub qualitate, *Si sine filijs masculis*, quedẽ en calidad, *Si sine filijs*, que es la que importa para la perpetuidad, y no se repite, ni continua la calidad de varonia, que no es necessaria para que el mayorazgo quede perpetuo, y la voluntad solo fue introducir esta calidad, sucediendo la condicion, y caso del primer llamamiento, y substitucion.

Num.9. *Et hoc tenentur ipse Mol. et alij.* Y en este sentido son y se admitẽ por verdaderos, sin cõ trouersia, los consejos de Oldrado, y Alexandro, que estan refe-

referidos, porque en sus casos defendieron la hija del ultimo poseedor, para lo qual bastò no se repetir la condiciõ, *Si sine filijs masculis*, aunque se repitiesse la condicion, *Si sine filijs*, & in specie tuuo esta opinion el señor Doctor Molina, lib. 1. cap. 6. num 26. per hæc verba: *In hoc tamen obseruandum erit in maioratibus Hispanorum, non esse inducendã repetitionem masculinitatis ex hac maioratus perpetuitate, quanuis enim omnium conditionum, quæ ad perpetuitatẽ eiusdem necessaria sunt, repetitio faciendã sit, hæc tamen masculinitatis repetitio ad perpetuitatem maioratus, necessaria non est, cum possit maioratus tam in fœminis, quàm in masculis, perpetuus esse: Et hæc masculinitatis repetitio, vt fœmina proximioris gradus excludatur, sit quodammodo aduersus maioratum Hispanorum naturam.* Et idem tenet Gama decisio. 354. aliàs 355. num. 4. vers. Alterum, & num. 8. & 9. versic. Cùm igitur, vbi dicit, quod semel defecta conditione masculorum, vtpote, quia primus grauatus cum masculis decessit, licet postea deficiat, nõ sit repetitio qualitatis masculinæ, ad excludendam filiam vltimi possessoris, & in terminis, quod vbi primo vocato datus est substitutus, sub conditione, *Si sine filijs masculis* decederet, quod si masculum habeat ex eo suppleatur conditio, *Si sine liberis*, intelligenda sit tam de fœminis, quàm de masculis, ne repetatur eadẽ conditio masculorum, probat Ruinus cons. 153. numer. 8. libro 2.

Y quando contra la verdad destas dotrinas, que la condicion puesta a Pedro del Alcazar primogenito, si muriesse *sin hijos varones*, no se acabò con dexarlos al tiempo de su muerte, sino que fue perpetua y sucesiua: adhuc nihil obstaret, porque reduziendo este llamamiento a la conjetura de la l. cum auus. 101. ff. de condit. & demonstra. viene a ser conjetural, quod minus scriptum quàm dictum fuerat, inueniretur. Y aunque Bart. alli en el nume. 4. dize, que cessa esta conjetura en fauor de las hembras, quãdo el testador puso en condicion los hijos, con la palabra, *Varones*, tambien esta limitacion es conjetural, y se puede suplir la palabra, *Si sine filijs masculis*, con la palabra, *Et sine fœminis*, quasi etiam tunc minus scriptum, quàm dictum reperiat, vt optimè declarat Corneus cons. 230. num. 8. vers. Quia respondetur, lib. 3. Y como en otros casos la condicion, *Si si-*

Num. 10.

Aunque se repita la condiciõ, Si sine filijs masculis, en las demas substitutiones se suple, et sine fœminis, por el general llamamiento q̄ precedio.

ne filijs, se limita por otras clausulas, o conjeturas, supliendola con la palabra, *Masculis*, contra la disposicion de derecho, vt per Alexand. conf. 52. sub num. 21. vers. pretereâ, cum sequentibus, lib. 4. Socinus in d. l. cum auus, num. 85. vers. Quartus casus, Menoch. lib. 4. præsumptio. 85. num. 8. mas facilmente se ha de suplir la palabra, *Si sine filijs masculis*, por otras clausulas, pues concurre para esto la disposicion, no solo de los fundadores, pero también del derecho.

Vnde pues, auia precedido llamamiento comprehensiuo de descendientes varones, y hembras, en el proemio, la clausula que dize, *Sine filijs masculis*, se ha de suplir con las precedentes, y entenderse etiam de fœminis.

Quod confirmatur ex regula, que la generalidad de la clausula precedente no se limita por la especialidad de la si

NUM. II.
La generalidad de la clausula precedente no se limita por la especialidad de la siguiente.

Num. 12.
Precedentiũ quadruplex est virtus declarandi, supplendi, applicandi, et restringendi.

Num. 13.
Amissum ex cap. speciali, recuperatur ex generali

guiente, antes queda en su fuerça la generalidad. l. Scia. 42. ff. de donationibus causa mortis, ibi: *Propter legem ex ordio datam. l. regula. 9. §. & licet. ff. de iur. & facti ignorant. ibi: Quoniam in iur. constitutionis generale est. l. quisquis. 93. ff. delegat. 3. l. quesitum. 12. §. fin. ff. de fundo instruct. Bart. in l. si ita quis, num. 1. vers. Item oppono. ff. de vulgari. pulchrè Aymon Craueta conf. 752. num. 5. & 6. volumine 5. nam præcedentium quadruplex est virtus, scilicet, de clarandi, l. si feruus plurium, 53. §. fin. de legatis 1. supplendi. l. ite quia, 4. §. idem Iuliano. ff. de pactis, ampliandi. l. regula. 9. §. ultimo. ff. de iuris & facti ignor. & restringendi l. cū fundum. 126. ff. de verborum significatione, prout occasio cuiusque rei exposulat, Bald. conf. 357. num. 1. lib. 5. Iason conf. 207. num. 13. volu. 2. Y assi lo que parece que falta a la letra de las palabras especiales, se ha de suplir por las generales precedentes, iuuat doctrina Bald. in c. studuisti, numero 4. de offic. delegati, ibi: *Quod perdidit vno capite speciali, recuero ex generali, vnde acquiro per vniuersitatē, quod perdo, inspecta specie*, pro quo est text. notabilis, in. l. quoties. 41. §. fin. ff. de usufruct. l. si filius, qui patri. 42. ff. de bonis libert. ibi: *Paulus notat ei, qui alio iure venit, quem eo, quod amisit, non non nocet id, quod perdidit, sed prodest id, quod habet. l. Gallus. 29. §. etiam si parente. ff. de liberis & posthum. ibi: Et bene verba se habent, si quis ex suis heredibus suis esse desierit ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquili sententia diximus. l. qui duos. 3. ff. de coniung. cū emā. liber.**

liber. eius, ibi bonorum possessionem accipere potest, propter
 id caput editi, quod à Iuliano introductum est, id est, ex noua
 clausula. l. Heremnius. 122. ff. de verborum significatione, ibi,
 potest enim fieri, ut singulari casu de filio senserit, deinde ple-
 nius omnibus liberis prospexisse voluerit, quod magis rationa-
 bilis esse videtur. Et in terminis, que auiendo precedido lla-
 mamiento general de descendientes, si al poner los hijos
 en condicion, se añadio la palabra, *Varones*, se suple, y hē-
 bras, por el llamamiento general precedente, tradit Hie-
 ronymus Albanus conf. 10. dubio. 2. Beroius conf. 77. nu.
 15. ad fin. vers. Rursus, & num. 16. & 17. & 18. Bursat. consil.
 228. num. 26. vers. *Neque opponatur*, cum sequentibus. libr. 3.
 Alciatus conf. 127. num. 10. libr. 9. Et hæc, quod hæc sit ve-
 rissima conclusio, nempe, quod vbi præcedit dispositio in-
 clusiva descendentium, sine qualitate masculina, cōditio
 sequens cum ea, illam non corrigat, quia dispositio præua-
 let conditioni, secundum prædictos, & in diuersis casibus
 tenuerunt Riminald. Senior, conf. 223. num. 66. vers. Respō-
 deo etiam, libr. 2. Decianus conf. 1. num. 98. libr. 2. Alexand.
 Raudens. conf. 36. num. 27. & 43. libr. 1. & in simili per Rotā
 Romanam decisum est, quod verbum, *Liberos* adiectum in
 substitutione præcedenti, non restringitur ex sequenti, in
 qua fuerunt vocati superstites masculi, quæ decisio refer-
 tur ad literam, secundum Alexand. Ambros. decisio. Perusi-
 na 10. in fin. decisionis, fol. 155. & hoc traditur fol. 156. vers.
Nam quod fuerit per testatorē, & in hoc sensu las palabras,
Sin hijos varones, stāt prælatiuè a las hembras de la misma
 linea y grado, como lo estan los varones de don Pedro del
 Alcazar llamados en la misma clausula, & in his terminis
 sic tradit Ioann. Gutierr. conf. 13. num. 33. & 34. & hoc ma-
 ximè locum habet, auiendo fundado este mayorazgo do-
 ña Leonor de Prado con Francisco del Alcazar, vt ipse Gu-
 tierrez ponderat in fœmina testatrice.

Nec dicatur, que en esta palabra, *Todos los descendien-
 tes*, se repite la calidad de varones que precedio en la con-
 dicion, *Sin muriere sin hijos varones*: nam respōdetur,

Primò, que la dicha condicion se entiende de varones
 y hembras, vt est dictum, y assi no ay en ella cosa que repe-
 tir contra la sucesion regular.

Num. 14.

*In conditione, Si-
 ne filijs masculis;
 suppletur &) fœ-
 minis, ex voca-
 tione generali.*

Num. 15.

*Vbi præcedit dis-
 positio inclusiva;
 Descendentium;
 sine qualitate mas-
 culina, non corri-
 gitur per conditio-
 ne sequente cū ea.*

Num. 16.

*Las palabras, Hi-
 jos varones, estā
 prælatiuè a las hē-
 bras de la misma
 linea y grado.*

Num. 17.

*Respondetur a lã
 oposicion que se re-
 pite la calidad de
 la condicion præ-
 cedente.*

Numero. 18.

*In materia repeti
tionis qualitatis
verior est. & ma
gis communis opinio
negatiua Annaniae*

Secundo, que aunque en materia de repetición de masculinidad, auiendo diuersas opiniones, segun la variedad de los casos, es constante la regla tomada absolutamente, quod non est locus repetitioni, & inter opinionem negatiuam Annaniae conf. 22. & affirmatiuam Abbatis consil. 36. proculdubio est verior, & magis communis opinio negatiua Annaniae, quam tenuit Ancharranus conf. 120. numero. 4. Alexand. conf. 38. numero. 8. libro. 6. Socinus conf. 69. numero. 5. libro. 3. Decius conf. 599. Socinus Iunior consil. 100 numero. 20. libro. 1. dicens, quod opinio Annaniae magis communiter approbatur, & ideo est tenenda, idem Socinus Iunior conf. 158. ex numero. 31. libr. 2. & conf. 26. numero. 7. libro. 4. prout eam magis communem fatetur Burfatus conf. 228. numero 70. libro. 2. & conf. 372. numero. 8. libro. 4. & de magis communi testatur Hippolytus Riminald. consilio. 122. numero. 159. & sequentibus lib. 2. prout etiam eam probant idem firmat Simon de Prætis conf. 90 numero. 22. & 23. dicens, ideo esse tenendam Hondedeus consilio. 57. numero. 32. libro. 1. & eam magis receptam firmat Pedrocha consilio. 5. numero. 51. Gabriel conf. 97. numero. 28. libro. 1. Cœpola consilio. 638. numero. 49. cum sequentibus, libro. 5. Cæsar Bartius decisione. 119. numero 5. vbi testatur eam esse veriore, & magis communem, atque eam tenet Gregorius Lopez in l. 3. titulo. 13. partit. 6. Glossa maxima quæstione. 7. ac tandem omnibus exactè perpensis, la escogē por mas cierta, y mas segura, y haze regla della el señor Doctor Molina, libr. 3. c. 5. numer. 56. verficul. sed quanuis, Peralta in l. Titia, cum testamento, §. Luitius Titius, el segundo, numer. 5. & 6. ff. delegatis. 2. Burgos de Paz in proemio legum Tauri, numer. 130. vers. prædictã tamen sententiam, vbi, & de magis communi testatur licet eum, & Peraltam retulerit pro contraria opinione Molina supra, & hanc eandem sententiam aduersus repetitionem masculinitatis amplectitur Ioãnes Garcia de nobilitate in diuisione operis, numer. 12. Velazquez in l. 40. Tauri, glossa. 9. numer. 43. ex quibus satis constat, que es regla verdadera, y mas comun que no se ha de induzir repetición de la calidad de varonia.

Numer. 19.

En el llamamiẽto

Et specialiter, que auiendo precedido la palabra, hijo varon, no se repita esta calidad en el llamamiento vniuersal

fal

sal de descendientes que se sigue despues, tenet Gregor. *Uniuersal descen*
 in dict. l. 3. titul. 13. partita. 6. verbo, *muges*, quaestione. 3. & *dientes Varones,*
 quaestio. 26. Socinus Iunior, conf. 13. numer. 26. versic. & si *no se repite la cali*
 quaeratur, libr. 3. & rursus, numer. 28. Alciatus consil. 8. nu- *dad del precediē-*
 mer. 26. cum sequentib; libr. 9. Beroius conf. 120. nume. 66. *te hijo Varon.*
 cum sequentib; libr. 2. secundum que consilia fuit iudica-
 tum in Regali Audientia Aragoniæ aduersus Parisium cō-
 filio. 72. libr. 4.

Et hoc maxime, procede en los mayorazgos de Espa- *Numer. 20.*
 ña, que conforme a su propia naturaleza admiten varo- *Mayormente en*
 nes, y hembras, y la repetición de varonia nunca se haze *mayorazgos de Es*
 para quitar la sucesión a quien le toca conforme a dere- *paña por su natu-*
 cho, iuxta doctrinam Imole in clementina. 1. de supplenda *raleza, que admi-*
 negligentia Prælatorum, numero. 46. Bart. in l. Prætor, §. *te Varones, y hē-*
 erit que differentia, ff. vi bonorum rap. quem sequitur plu- *bras.*
 res referens Menoch. libro. 2. præsumpt. 7. numero. 4. Mā *Numer. 21.*
 tica de coniecturis vltimarum voluntat. libro. 6. titulo. 13. *Masculinitatis re*
 numero. 9. & in specie ad excludendam repetitionē maf- *petitio, non fit ad-*
 culinitatis prædictam doctrinam Imolæ extollit Molina *uersus successione*
 libro. 3. cap. 5. numero. 57. & in eisdem terminis Socinus *de iure communi.*
 Iunior consilio. 13. numero. 32. libr. 3. Alciatus consil. 8 nu-
 mero. 26. libr. 9. Achilles Pedrocha conf 5. numero. 71. vf-
 que ad 75.

Y con esto viene, que doña Beatriz tiene por si indubi- *Numer. 22.*
 tablemente las reglas de derecho, y que los Abogados *Los Abogados cō-*
 contrarios no puedan dezir que resisten las clausulas de la *trarios no pueden*
 fundación, y con esto se queda en el caso de las reglas, *impugnar lo q̄ es-*
 porque para la pretensión de que las clausulas no resisten *tà dicho, porque lo*
 alega doña Beatriz por autores, demas de los referidos, a *han defendido, y*
 los Abogados de las partes contrarias, que enixamente *defienden assi.*
 ex proposito, y por las mismas palabras que quedan refe-
 ridas, lo han defendido assi, y no lo podran negar. Y no ha
 menester tener tan expreso reconocimiento doña Bea- *Numer. 23.*
 triz, porque teniendo por si las reglas, y no teniendo ex- *De los tres casos,*
 clusion manifesta en las clausulas, es preciso que vença *claro en fauor del*
 en caso que su justicia parezca clara, y tambien en el que *varō, claro en fa-*
 pueda parecer dudosa, y cōtrouertida, y solo pueden ob- *uor de la hembra,*
 tener contra ella los que litigan, mostrando sucesión cla- *y dudoso por am-*
 ra, y indubitabile, vt pro regula tradit Molina libro. 3. cap. *bos, la hēbra ven-*
 4. numero. 37. ibi: *Ex quibus etiam infertur, quod ex triplice*
statu

statu, in quo lites, quæ super exclusione, vel admisione fœminarum versantur, esse possunt, videlicet, quod lis sit clara ex parte masculi remotioris gradus, & ex parte fœmina, vel dubia, masculus solum in primo casu poterit obtinere, fœmina vero in duobus casibus sequētibus necessario masculino remotioris gradus preferenda erit, cum in iure communi eius intentio fundata sit, sequitur Surdus consil. 316. numero. 28. volumine. 3.

Numer. 24. Segun esto viene a parar el punto, en que doña Beatriz haga dudosa, o controuertida la sucefsion de los varones que se le oponen, porque con esto es preciso reconocer que tiene la vitoria cierta.

Numero. 25. Y aunque le pudiera bastar lo dicho en que (como estâ referido) tiene por autores a los Abogados contrarios, y la oposicion, y competencia que ambos varones se hazen entre si, oponiendose excepciones de iligitimidad, porque con esto hazen su derecho controuertido en beneficio de doña Beatriz, vt aliàs dixit textus in l. filius non impeditur, ff. de inofficioso testamento, ibi : *Quoniam alij commodū victoriæ parat*, toda via con breue discurso muestra la incapacidad de los dichos opositores en la forma siguiente, con que vendrà a ser non tàm potior, quàm sola, como lo dixo el texto en la l. 2. ff. qui potiores in pignore habeantur.

Numero. 26. Para esto ante todas cosas representa la regla que para Los fundadores pusieron los fundadores deste mayorazgo, fueron por regla, que scilicet, que todos los que huuiessen de suceder en el fueren legítimos, y de legítimo matrimonio nacidos, y procreados, ibi : *El qual dicho mayorazgo hazemos, con tal cargo y cõdicion, que aya estos dichos bienes deste dicho mayorazgo, y suceda en el Pedro del Alcazar nuestro hijo mayor legítimo natural, y despues del sus hijos, nietos, y bisnietos varones legítimos, naturales de legítimo matrimonio nacidos, y procreados.* Y esto mismo fue repitiendo en todos los llamamientos de los demas sus hijos, sin omitir ninguna de las dichas calidades.

Y sobre este supuesto dize, que esta calidad no concurre en ninguno de los opositores.

Exclusion de don Pedro del Alcazar.

Contra don Pedro del Alcazar dize doña Beatriz Numero. 27.¹
 quatro cosas. Vna, que siendo necessario que prue
 ue ser hijo de don Francisco del Alcazar, y de do-
 ña Costança de Herrera, entre quien supone contraydo
 matrimonio legitimamente en faz de la Yglesia, no prue
 ua concluyentemente que es hijo de la dicha doña Cos-
 tança, y asy sin la prouança deste supuesto, no puede ajus-
 tar el fundamento de su pretension, que es ser hijo legiti-
 mo de los dichos don Francisco y doña Costança, porque
 no prouada la primera parte de ser hijo, no es posible la
 prouança de la segunda de ser hijo legitimo.

*Oponense à dō Pe-
dro 4. cosas. Pri-
mera, que no prue-
ua ser hijo de D.
Costança de He-
rreira, que le era
necessario.*

Segunda, que quando estuiera prouada esta primera
 parte de ser hijo de la dicha doña Costança, que le huuo
 en ella el dicho don Francisco del Alcazar. no puede su-
 ceder, porque nacio bastardo: porque al tiempo de su cõ-
 cepciõ el dicho don Francisco del Alcazar estaua casado
 con doña Francisca de Saavedra, y siendo bastardo, cessa
 totalmente la pretension de auer podido legitimarse por
 el pretensõ subsiguiente matrimonio entre los dichos dõ
 Francisco, y doña Costança.

Numer. 28.

*2. Que nacio bas-
tardo, porque su
padre estaua casa-
do con D. Frãçisca
de Saavedra.*

Tercera, que quando no fuera bastardo sino natural, el
 pretensõ matrimonio subsiguiente entre los dichos don
 Francisco y doña Costança, no fue matrimonio, porque
 fue aparentemẽte contraydo en tiempo que el dicho dõ
 Francisco del Alcazar en el articulo de la muerte, cõ la
 graue enfermedad que tenia estaua sin el juyzio necessario
 para contraer matrimonio.

Numer. 29.

*3. Que quãdo don
Frãçisco padre de
don Pedro se casõ
con D. Costança,
estaua loco, y fue
en el articulo dela
muerte.*

Quarta, que quando todo lo precedente cessara, y del
 matrimonio entre los dichos don Francisco, y doña Cos-
 tança, le resultara ser legitimado por subsiguiente matri-
 monio, esta legitimidad no es bastante para suceder en es-
 te mayorazgo, en que las clausulas ponen por calidad, y
 requisito preciso, que el que huuiere de suceder sea legi-
 timo, y de legitimo matrimonio nacido, y procreado, q̄
 es requisito que muestra que no basta que la legitimidad
 sobreuenga, sino que la aya auido desde el tiempo de la pro-
 creacion y nacimiento.

Numer. 30.

*4. Que quãdo fue-
ra legitimado por
subsiguiẽte matri-
monio don Pedro,
no le basta para su-
ceder en este ma-
yorazgo.*

Primera parte.

Don Pedro no prueua ser hijo de doña Costanza de Herrera.

Num. 31.

Siendole preciso para su intencion a D. Pedro es probar que es hijo de D. Francisco, y doña Costanza no lo prueua.

PARA esta prouança de ser don Pedro hijo de don Francisco del Alcazar, y de doña Costanza de Herrera, está articulada por el vna sexta pregūta, q̄ está en el memor. fol. 52. y estando articulado en ella lo que les parecio necessario para hazer prouança concluyente, scilicet, que siendo doña Costanza donzella honesta y recogida, y libre de matrimonio, o religion, ò otro impedimento, don Francisco del Alcazar, señor de Puñana, siendo asimismo mancebo, libre y sin casar, y no teniendo parentesco alguno de consanguinidad, ni afinidad con la dicha doña Costanza, la solicitò y pretendio muchos años, y la dio palabra de casamiento, prometiendola ser su marido, y aceptandolo ella, y debaxo desta palabra, la huuo el dicho don Francisco, y gozò su virginidad. Y deste trato huuieron y procrearò por hijo natural al dicho don Pedro del Alcazar, y por tal su hijo le trataron, criaron, y alimentaron. Los testigos no concluyen la pregunta.

Num. 32.

Serafino 1. testigo de dō Pedro, antes prueua lo contrario.

Porque el primero, que es el Licenciado Serafino, dicto fol. 52. pag. 2. no solo no prueua lo q̄ la pregunta contiene, pero antes se puede tener por testigo contrario, porque en lo que toca a esta faliacion de ser don Pedro hijo de la dicha doña Costanza, lo que dize es, que quando vino a tener noticia desto, que fue quando, como paracho, se hallò á la celebracion del matrimonio entre el dicho don Francisco y doña Costanza, se espantò mucho que la dicha D. Costanza, siendo muger tan principal y recogida, huuiesse tenido hijo antes de casarse, vt constat dicto memorial, fol. 53. pag. 1. ibi: *Y se espantò de que una muger tan principal, y de tanta calidad y recogida, huuiesse tenido el dicho dō Francisco del Alcazar hijo en ella. porque alli supo este testigo que el dicho don Francisco auia tenido hijo en ella, & fol. 54. pag. 1. in fin ibi: Sin saber quien fuesse su madre, hasta el dia del desposorio, porque, como dicho tiene, siempre tuuo a la dicha doña Costanza de Herrera Melgarejo, por muger muy princi-*

principal, y de mucha calidad, y muy recogida, sin saber cosa en contrario: porque esto tātum abest, que sea certeza, o noticia de que el dicho don Pedro fuesse hijo de doña Costanza, que muestra total noticia y inteligencia contraria, y siendo así que lo que en esta parte dize este testigo, es inteligencia anterior, de que don Pedro no fuesse hijo de doña Costanza, no dize cosa de provecho en la posterior noticia de ser hijo, porque no ay mas de dezir que allí lo oyò, sin dezir a quien, ni otra razon, ni circunstancia concluyente.

El segundo testigo, que es Iuan Cobo de Ribera, memor. fol. 54. pag. 2. empieza, diziendo, que fue compadre de don Francisco del Alcazar, padre de don Pedro, y llegando a deponer en el punto sobre que agora se trata, no dize mas de que puede auer 33. años poco mas o menos, que auindose ausentado de Seuilla don Francisco del Alcazar, quedando el testigo por su mayordomo en el heredamiento de Puñana, le encargò don Francisco antes que se fuera, que embiasse a doña Costanza trigo y leña en vn carreton, y otras cosas del dicho heredamiento, y que entonces supo de doña Mencia Fajardo, hermana del dicho don Francisco, que don Pedro era hijo de don Francisco, y de la dicha doña Costanza, y que le vio tratar en la casa del dicho don Francisco honorificamente, como a hijo suyo, y esto no es deponer cosa que concluya, porque en quanto a doña Costanza no dize nada, sino solo las oydas de doña Mencia Fajardo, hermana de don Francisco, de quien dize que oyò q̄ dō Pedro era hijo de la dicha D. Costanza, y vn testigo de oydas y oydas a solo otro testigo, no pueden hazer prueua en terminos de derecho, y mas en causa tan graue, en que se trata de la sucesiõ de vn mayorazgo de mucha calidad y renta, y de excluir del a la dicha doña Beatriz, cõ lo que en razon desta filiacion se pretende prouar.

El tercero testigo es Geronimo de Matute, memor. folio 55. pag. 1. y todo su dicho se reduce a que oyò dezir a don Francisco del Alcazar el trato que auia tenido con doña Costanza de Herrera, y que del auia resultado tener por hijo natural al dicho don Pedro del Alcazar, y que este testigo le vio criar como tal.

Y de todo esto no resulta prouança, porque quando aya muchos testigos que digan que lo oyeron dezir así a don

Num. 33.

Iuan Cobo 2. testigo, dize de oydas a D. Mencia Fajardo, y así no prueua.

Num. 34.

Geronimo de Matute 3. testigo, dize de oydas a D. Francisco, padre de D. Pedro, y así si interessado.

Fran-

Francisco, padre de don Pedro, se reduzira todo a dezir, q̄ don Francisco lo dixo, y dezirlo el, no puede hazer pro- uança en fauor, y para beneficio de su mismo hijo, y para perjuizio y exclusion de doña Beatriz, porque el padre no puede ser bastante testigo por el hijo, l. testis idoneus. ff. de testibus. l. parentes. C. eodem, & ibi glos. ordinaria. l. 14. tit. 16. part. 3. & ibi etiam glossa finalis. l. 9. tit. 8. lib. 2. fori.

Num. 35.

Melchor Ortiz 4.
testigo, dize oy-
das vagas.

El quarto testigo es Melchor Ortiz clerigo, memorial fol 36. y este testigo no dize mas de que dezian que dō Frā cisco tratò con doña Costanza de Herrera, debaxo de pala brade casarse con ella, y que del trato tuuieron por hijo natural a don Pedro, y que vio que don Pedro le criaua co mo a su hijo. de suerte que en la filiacion, respeto de doña Costanza, no dize mas que vnas vagas oydas, sin dar razon, ni dezir a quien, lo qual no puede hazer fee ni prueua, ita post Corneum, Cephal. Hippolyt. Riminald. Surdum, Me- noch. & Mascardum, & alios, Farinatus de testibus, quæ- tione 69. nu. 75. fol. 259.

Num. 36.

P. Pedro de Leõ
5. test. no dize pa-
labra de ser dō Pe-
dro hijo de D. Cos-
tanza.

El quinto testigo es el Padre Pedro de Leon, dela Com- pañia de Iesus, memor. fol. 56. y este no dize palabra en quã to a ser don Pedro hijo de doña Costanza de Herrera, ni di- ze della mas que auerla conocido por muger principal, y tenerla por libre de matrimonio.

Num. 37.

D. Eluira Melga
rejo 6. testi. dize
plenamēte, pero
es hermana de do-
ña Costanza, y as-
si tratò de su hon-
ra y interes pro-
pio.

El sexto testigo es doña Eluira Melgarejo, memor. fol. 56. pag. 2. hermana de doña Costanza de Herrera, y tia de don Pedro del Alcazar, y esta cuenta la historia del trato entre don Francisco del Alcazar, y doña Costanza de Herre- ra, y que aunque novio que don Francisco diessse palabra de casamiento a la dicha doña Costanza su hermana, le vio en- trar y salir en las casas donde ambas hermanas viuian, y q̄ vn dia estando doña Costanza en dias de parir, lo supo do- ña Iuana Mostrenco su madre, y viniendo el dicho don Francisco, le dixo que se casasse con ella, y el dixo, que assi lo tenia pensado, aunque por entonces se escusò. Y dize es- ta testigo, que por conocer a la dicha su hermana, y su cali- dad, y recogimiento, cree y tiene por cierto, que sino la die- ra palabra de casamiento, no passara lo que passò: y conclu- ye, que sabe, que don Pedro es hijo legitimo de doña Cos- tanza, porque le vio nacer, y que fue auido por hijo del di- cho don Francisco, y el le lleuò a su casa, y le crio como a tal.

tal. Y este testigo, aunque en la deposicion parece que concluye, no es suficiente, porque en fin de pone en causa de su sobrino, y de tanta honra, y interes, y de reputacion de su misma hermana; expressa l. 9. titul. 8. lib. 2. fori, ibi: *Tios que son hermanos, o primos de padre, o de madre, no seã testimonias contra estranos.* Antonius Gomez libro 3. variarum, c. 12. num. 14. in princip.

Y tampoco es prouança la que don Pedro del Alcazar pretende que resulta de la declaracion que hizo don Francisco del Alcazar su padre, en vna clausula de su testamento, otorgado en 14. de Deziembre de 597. memor. fol. 49. pag. 2. que con error està puesto como que fuesse del año de 98. en la qual el dicho don Francisco del Alcazar le declara por hijo suyo legitimo, y de la dicha doña Costanza de Herrera, porque aunque el reconocimiento del padre, y la educacion y tratamiento de hijo, como de tal, suele ser vna de las cosas que induzen prouança de la filiacion: pero esto se entiende en perjuizio del mismo padre, para que deua alimentos y legitima al hijo que reconocio, pero no para que haga prouança en perjuizio de tercero, vt in terminis Mascardus de probationibus, con clnsio. 790. nu. 40 & 41. porque esso fuera dexar en voluntad del padre, hazer con sola su deposicion capaz a quien no fuesse su hijo, o a quien fuesse hijo espurio, y incapaz de sucesion, y que con esto quitasse la que legitimamente perteneciese a otro. l. si id quod. 22. ff. de liberatione legata, ibi: *Quia in arbitrio heredis esse non debet, &c.* l. cum filium, ff. de militari testamento, ibi: *Substitutum hereditatis suae facere potest, verum tamen alienum ius minuerere non potest.* l. impuberi. 41. de administratione tutor. ibi: *Nã ad alienam iniuriam privilegium militum prorogari non oportet,* Mascardus conclus. 787. num. 17.

Mayormente que en este caso no ha lugar la prouança que nace de presumpciones, y conjeturas, porque respeto de la madre ha de ser cierta, y euidente, Mascardus d. conclus. 787. num. 15. 6. & 7.

Y esto procede en este caso mas precisamente, porque consta el afecto del dicho don Francisco del Alcazar de causar beneficio a su hijo, y perjudicar a los terceros, porq̃ siendo asì, que el matrimonio que pretende que hizo con

Num. 38.

No obsta la declaracion de dõ Frãcisco padre de dõ Pedro, porq̃ està era buena, si se litigara con el no en perjuizio de tercero.

Num. 39.

Para prouar la madre no bastan conjeturas, porq̃ està siempre es cierta.

Num. 40.

D. Frãcisco padre de D. P. mostrò el afecto q̃ tenia deq̃ su hijo pareciesse abil para suceder

doña Costanza, fue en 14. de Deziembre del año de 1598. como consta por el memorial fol. 14. num. 30. se halla que en el testamento, que hizo vn dia antes deste matrimonio, que fue en 13. de Deziembre, que está en el memorial, fol. 15 pag. 2. num. 35. declara por su hijo legitimo y sucessor en su mayorazgo a don Pedro, siendo así, q̄ entonces era imposible que fuesse hijo legitimo, pues el matrimonio con que se pretende que la legitimidad se causó, se celebró vn dia despues, y le parecio a don Francisco que bastaua para esto dezir, que el le auia tenido por tal, sin embargo que era preciso, que supiesse que el matrimonio no estaua hecho, y que sin matrimonio no podia ser legitimo, y sin serlo, no podia pretender la sucession del mayorazgo, que no solo requiere la calidad de legitimos, sino con aditamento de ser de legitimo matrimonio nacidos, y procreados, y de padre que tan descubiertamente declaró lo contrario al hecho cierto y verdadero, no es posible que se pueda entender que con sola su declaracion hizo prouança en fauor de su hijo, y perjudicó a los verdaderos interesados: porque si al testigo q̄ depuso con juramento no se le cree en nada, si se halla conuencido de falso en vna parte sustancial, ita post Bart. in l. si ex falsis, num. 15. C. de transaction. Innocentius in cap. fraternitatis, num. 1. de frigidis, vbi Hofriens. Annania, Ioannes Andrea, Zauarela, & Abbas, & alios Farinatus. q. 67. num. 178. será preciso que se crea menos al padre en la declaracion que hizo sin juramento, y en q̄ en lo sustancial de lo mismo que se trata se halla conuencido de falso.

Y destas clausulas del testamento se hara mas particular ponderacion infra num.

Num. 41.
Si se ha de estar a declaracion de padres, la ay de D. Francisca de Saavedra, de q̄ estaua en el tiempo q̄ nacio d. Pedro, casada con d. Francisco su padre, y tenía por hija deste matrimonio a D. Luy-

Ulterius, dize doña Beatriz, que si instare don Pedro por si en la fuerça desta declaracion, vendara tener contra si otro nuevo fundamento, que no podra negar, porque doña Francisca de Saavedra (con quien es pretension de doña Beatriz, y de don Gaspar, contra don Pedro, que fue casada con don Francisco del Alcazar) de quo infra agendū est num. 51.

Por declaracion jurada, que está en el memorial fol. 13. num. 26. diziendo que le hazia en el terrible paso de la muerte, declaró, que doña Luyfa Fajardo del Alcazar era su hija,

ja, y del dicho don Francisco del Alcazar, a quien tuuo por su feijardo, y ella su marido, mediante las palabras que entre ambos passa- estaua desinteresada, y en el articulo de la muerte: ron, de matrimonio delante de vn Crucifixo, y testigos, por que demas dello que alli se dezia, que las palabras entre los susodichos tomadas como de presente, o como de futuro, con la subiguiente copula, hizieron verdadero matrimonio, por ser cosa que passò antes del Concilio, y ansi siendo el dicho don Francisco casado con la dicha doña Francisca, no pudo hazer matrimonio valido con la dicha D. Costanza para legitimar al dicho don Pedro, siendo, como era viua la dicha doña Francisca, con quien este matrimonio auia precedido, si de declaraciones de padre se ha de hazer caso, ay esta anterior de doña Francisca, en que declara lo q̄ queda referido, que es exclusion total de la pretension de don Pedro, y mas si se aduierte, que en esta declaracion ay vna conocida ventaja, que doña Francisca la hizo en tiempo que no auia interes considerable suyo, ni de su hija, por que ella se moria, y don Francisco era muerto, y su hija era monja professa, y afsi totalmente excluyda de suceder. Y en la declaracion de don Francisco es todo al reues, porque la hizo en fauor de vn hijo que tenia viuo, y no religioso, ni aliás por otra causa impedido de suceder, y la hizo para q̄ sucediesse en su mayorazgo, como legitimado por el matrimonio que queria contraer con la dicha doña Costanza, su madre, y consistia la fuerça deste intento en que el dicho don Pedro fuesse su hijo, y de la dicha D. Costanza.

Y este afecto tan enixamente declarado, puede causar concepto persuasiuo, que don Francisco por hazer a su hijo capaz de suceder en este mayorazgo, fingio y suplio en el qualquier parte de hecho que le pudiesse parecer conueniente y acomodado.

Segunda parte.

QVe quando don Pedro sea hijo de don Francisco del Alcazar, y de D. Costanza de Herrera Melgarejo, no puede suceder, porque su concepcion fue en tiempo que su padre era casado con doña Francisca de Saauedra, y afsi nacio bastardo, y con esto incapaz de ser legitimado por matrimonio subiguiente.

Num. 42.

D. Pedro es bastardo, por q̄ su concepcion fue en tiempo q̄ su padre estaua casado cõ D. Francisca de Saauedra y afsi conforme a derecho no puede suceder.

To-

Toda la pretension de don Pedro, es, auer sido hijo natural de don Francisco del Alcazar su padre, y de doña Costanza de Herrera, y que como natural pudo ser legitimado por el matrimonio subiguiente: pero obsta que no fue natural como pretende, sino bastardo, porque al tiempo de su concepcion, don Francisco su padre estaua casado con D Francisca de Saauedra, y no siendo natural, sino bastardo, no se pudo legitimar por matrimonio subiguiente, y en lo que esto tiene de derecho no puede auer duda, por que es decision textual del cap. tanta, qui filij sint legitimi. ibi: *Si vir autem viuente uxore sua, aliam cognouerit, & ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris prioris, eandem duxerit, spurius nihilominus erit filius, & ab hereditate repellendus.* Y alli por el texto lo tuuola glos. verbo, *Aliã*, y es conclusion comun de los Doctores, in d. cap. tanta, & in cap. ex tenore, eod. tit.

Num. 43.
*Quando huuiera
 tendo buena fee
 al tiempo de la cõ
 cepcion de don Pe
 dro sus padres, no
 les bastara, por
 ser entonces la co
 pula illicita.*

Y aunque esto pudiera tener la escusa que la glosa propone, scilicet, *La buena fee de uno de los contrayentes*, porq̃ esta conforme al cap. ex tenore, qui filij sint legitimi, obra legitimidad: pero a esto obsta que la buena fee que puede causar legitimidad, es, quando haziendose matrimonio en la forma, y con las solemnidades de la yglesia, el matrimonio no pudo ser valido, porque auia otro matrimonio anterior, ò otro canonico impedimento, y en este caso dice el texto, y los Doctores, que la buena fee excluye la fuerza de los impedimentos, y haze en fauor del matrimonio contraydo con buena fee, que se tenga por valido, vt videre est per Hostiẽs. in d. c. tanta, nũ. 2. ad finẽ, Ioan. Andr. nu. 8. Abb. num. 8. Pero si la buena fee q̃ se pretende fue en tiempo de la copula illicita, que la muger que la tuuo, ignorò que el varon era casado, y assi pudo pẽsar que el hijo qu tuuiese seria natural, esta buena fee no basta para que el hijo se repunte por natural, y ex consequenti pueda legitimarse por subsequenti matrimonio, porque la prerogatiua que se da à la buena fee en el acto del matrimonio, y por fauor del, no se concede al acto illicito de la copula injusta, ita disputando tenuit Gregorius post Antonium de Butrio, Cardin. Ioann. Andr. & Abbatem, dicens, communem in l. 2. tit. 15. partit. 4. gloss. fin. in fine, & latiori disputatione idem resoluit Sarmiento lib. 1. selectarum, capit. 6. num. 4. vers.

versiculo, *Tertia est igitur species. Et versiculo, Secundus casus est.* Et his non relatis Ceruantes in l. 10. Tauri, a numer. 154. prapicue ex num. 156.

Y de que Don Francisco estuuiesse casado con doña Francisca de Saauedra, ay en el pleyto la prouança siguiente.

Melchor Ortiz de Figueroa, de edad de setenta y cinco años, que está en el memorial folio. 16. pagina. 2. dize, q̄ aurá mas de cinquenta años, que fue antes del Concilio de Trento, embió a llamar a este testigo doña Ana de Pineda, madre de doña Francisca, y fue a casa de la dicha doña Ana, y estando allí doña Eluira de Montedoca, y doña Ana de Vargas madre del testigo, y el Licenciado Oñate, y vn estudiante, y otros, que estauan en la dicha casa, entrò el dicho don Francisco, y la dicha doña Ana de Pineda le dixo, que ya era tiempo que cumpliesse las obligaciones que tenia a su hija, y de casarse con ella. Y el dicho don Francisco respondió, que ya estaua hecho: y sin embargo, dixo ella, que queria oyrlo de nueuo delante de testigos, y en esta conformidad el dicho don Francisco dixo estas palabras: *Digo delante deste Cruzifixo, y delante de los testigos que allí estauã, y lo oían, que doña Francisca de Saauedra, hija de la señora doña Ana de Pineda, es mi muger, y yo su marido, no embargante que esto mismo he hecho otra vez con ella misma.* Y despues en otro dicho, tres horas despues del primero, ante dos escriuanos publicos, el dicho Melchor Ortiz dixo, que al tiempo que passò lo referido en el primer dicho, estaua presente la dicha D. Francisca de Saauedra, y aceptò el dicho casamiento, y dixo que era muger del dicho don Francisco, y el dicho don Francisco que era su marido. Y dize el testigo, que entòces los tuuo por marido y muger, de suerte que viene a ser vn testigo de vista del casamiento.

Y porque otro de los testigos de vista, que fue el Licenciado Oñate, referido por el dicho Melchor Ortiz, era muerto al tiempo de hazerse esta prouança, estan presentados tres testigos que deponen auer oydo dezir al dicho Licenciado Oñate que se hallò presente al dicho matrimonio, que son el primero el Maestro Francisco Lopez, memorial folio. 18. pagina. 2. que dize que aurá treynta y

Numer. 44.

Que Don Francisco estuuiesse casado al tiempo de la concepciõ de dõ Pedro con D. Francisca de Saauedra consta por la prouança, y refiere se.

Melchor Ortiz de Figueroa, testigo de vista.

Num. 45.

Tres testigos refieren oydas de otro testigo de vista del matrimonio.

seys años que lo oyó al dicho Licenciado Oñate, el qual le dixo, que aquello auia passado catorze años antes, que vienen a ser los mismos cinquenta del primer testigo. Y Luys de Prado Sarmiento, memorial folio.20. que la parte donde lo dize es pagina.2.in medio. Y el tercero es doña Ysabel Sarmiento, memor.f.21.pag.2.

Num. 46.

Bastan para probar plenamente vn testigo de vista, y tres de oydas a otro de vista preciso siendo ya muerto.

Y auiendo vn testigo de vista de auerse hallado presente al matrimonio, y tres de oydas al Licenciado Oñate, q̄ tambien se halló, resulta desto prouança bastante, porque las leyes que se contentan con la prouança posible en lugar del testigo muerto, se contentan con la prouança de testigos de oydas, concurriendo con ellos testigo de vista, vt post Bellon, Aymon, Hippolytum Riminaldum, Hō dedeum, Bursatum, Emil. tradit Farinatus de testibus, quæstione.69.numero.45. Y ponderando la circunstancia de ser el testigo muerto, y en cosa de difícil prouança, tradit Menochius de arbitrar. casu.475.numero.6.10.& 11. Y que la prouança de matrimonio, sit difficilis probationis, dicit idem Menochius de arbitrijs, casu. 116. numero.16.

Num. 47.

Ay otros dos testigos de la confesión del mismo D. Francisco, q̄ uno dellos bastara con el de vista para hazer prouança plena del matrimonio.

Demas desto ay la deposicion de D. Beatriz de Ayala, memorial fol.23.pagina.1. que dize que el mismo don Francisco la dixo, que no auia entrado en casa de la dicha D. Francisca de Saauedra, hasta que la dio palabra de casamiento, y lo mismo en la substancia dize Beatriz Perez, en el memorial a folio.111.numero.155.testigo que fue examinado en el pleyto matrimonial sobre la nulidad del matrimonio del dicho don Francisco con la dicha D. Costança, madre de don Pedro, en la pregunta tercera dize, que en su presencia dixo a la dicha D. Francisca, que ella era su muger, y el su marido, y que con la daga que trahia le facassen el alma si me casare con otra: y en la pregunta 4. memorial fol.114.dize esta testigo, que viniendo don Francisco de fuera, y hallando en su casa a D. Francisca de Saauedra, y que en la casa no auia luz, dio muchas voces, y riñó con sus hermanas, y criadas porque no auian encendido velas, diziendo porque no tenian respecto a la dicha doña Francisca, sabiendo quien era, y que era su muger: y juntos estos testigos de la confesion del dicho don Francisco con la deposicion del testigo de vista del matrimonio,

quan-

quando no huuiera más, era prouança, porque vn testigo desta confesion con el otro de vista haze plena prouança, vt tradit Iacobus Leonius inter consilia matrimonialia consilio. 51. sub numero. 5. versicul. *Et quod plus est.* Y aunque no auiendo mas de vn testigo desta confesion dudò Mascardo conclusion. 1030. numero. 2. Pero allanase auiedo dos: y en el numero. 5. dize, que esto procede aunque la confesiõ sea absente parte, & quod magis est, dize alegando otros muchos para esto Sanchez de matrimonio, lib. 2. disputatione. 45. numero. 37. que como el matrimonio se contrae con solo consentimiento, præcipuè ante Concilium Tridentinum, la prouança de la confesiõ, que es prueua del consentimiento es por si sola prueua del matrimonio: y aunque en el fin del numero pone limitacion, que esto no proceda si fuere en perjuyzio de otro matrimonio antes contrahido, alegando a Abb. Menoch. y Veracruz, porque es en perjuyzio de derecho de tercero, antes adquirido, la limitacion no obsta, porque aqui estas confesiones eran antes de auerse casado don Francisco segunda vez con doña Costança. Y assi quando doña Costança no tenia derecho ninguno adquirido en que con la confesion fuesse perjudicada, y de doña Francisca de Saavedra, ay confesion prouada mas plenamète: porque por vna parte ay dos testigos de auerselo oydo dezir, que son Bartolome Calderon, memorial fol. 18. pag. 2. Maria de Iesus, memor. fol. 41. pag. 1.

Y por otra ay, que ella en su testamento en el articulo de la muerte lo declarò assi en estas palabras, que estan en el memorial, folio. 13. pagina. 2. numero. 16. ibi: *E declaro que la dicha doña Luysa Fajardo del Alcazar mi hija, es hija de don Francisco del Alcazar señor de Puñana difunto, a quien yo tuue por mi marido, mediante la palabra que el susodicho y yo nos dimos delante de la Imagen del Cruzifixo de que seria, por lo qual el prometio a Dios, y a mi, de que seria mi marido, y yo le recebi por tal, y el a mi por su muger, y desto fueron testigos doña Ana de Pineda mi madre, y otras personas: mediante lo qual huuimos a la dicha doña Luysa del Alcazar nuestra hija, y esto es lo que passa acerca desto en realidad de verdad, y assi lo juro por Dios, y por santa Maria, y por la señal de la Cruz, y por el passo terrible de la*

Numero. 48.

Y quando fuera dudosa la dicha opinion, no auiendo mas de vn testigo desta confesiõ de vno de los coniuuges, cessa auiendo dos, licet absente parte.

Numero. 49.

No obsta la limitacion de q̄ la confesion no se atiende en perjuyzio de otro matrimonio cotraydo in facie Ecclesie porq̄ esto no ha lugar, si la confesion fue anterior al segūdo matrimonio.

Numero. 50.

Ay tambien testigos de la confesiõ de doña Francisca en fauor del matrimonio.

Num. 51.

Ay su declaracion en el articulo, de la muerte.

muerte

muerte en que estoy, y que en ello, ni en parte alguna dello no ay fraude, ni engaño alguno. Y asy viene a estar prouada la confesion de ambos coniuages, que obra lo que queda referido.

Numero. 52.

Ay otros muchos testigos de publicidad, y fama, q̄ juntos con el de vista prueuan plenamente.

Vltorius ay otros muchos testigos que deponen la publicidad y fama de que don Francisco estaua casado con la dicha doña Francisca, y que el matrimonio se auia hecho delante del Cruzifixo, que asy lo depone Ana de Angulo, memor. folio. 22. pagina. 2. que entre las oydas dize, que lo oyò a criados de don Francisco. Francisco de Vergara folio. 23. y en el mismo fol. doña Ana de la Bezerra, y esta dize que hallò sentado en casa de D. Francisca, como a señor della al dicho don Francisco. Y en el memorial folio. 24. pagina. 1. se refiere que ay otros testigos destas oydas y fama, y juntos estos testigos de fama con el de vista, hazen plena prouaçã del matrimonio, vt post plures alios agnoscit Couarruias de sponsalibus, 2. parte, capit. 6. numero. 11.

Numer. 53.

La limitaciõ de q̄ esto no proceda en perjuizio de otro matrimonio, no ha lugar quãdo concurren (como en este caso) otros adminiculos.

Y aunque lo limita para que esto no proceda en perjuizio de otro matrimonio contraydo publicamente in facie Ecclesie, y le sigue en esto Mascardo conclus. 1029. numero. 6. pero ambos reconocen que la limitacion no procede quando junto con el testigo de vista, y testigos de fama concurren otras circunstancias, que concurriendo esto reconocen que la prouaçã es bastante. etiam in præiudicium alterius matrimonij, por mas que se diga que el vltimo matrimonio fue contraydo in facie Ecclesie, y q̄ el primero prouado con estas prouaçãs especiales, fue clandestino, vt patet ex Couarruia dict. nu. 11. Mascard. concl. 1034 num. 25. & 26.

Numer. 54.

Exemplificando Couarruias los adminiculos pone la confesion de los coniuages, que ay en este caso.

Y aqui se ha de aduertir, que Couarruias in præcitato numero. 11. exemplificando los adminiculos, o circunstancias, pone expressamente la confesion de los coniuages, q̄ es la que en este caso estã prouada en la forma referida, y a doña Beatriz bastale que de las prouaçãs referidas resulte, o prouado matrimonio de presente entre don Francisco del Alcazar, y doña Francisca de Saavedra, o sola promessa con copula subsequente, que es lo que pareceresulta de la deposicion de doña Beatriz de Ayala, que dize que don Francisco le confesò que no auia entrado en casa de doña

doña Francisca de Saavedra, hasta que le dio palabra de casamiento, y de la deposicion de Beatriz Perez, porque como todo esto pasó antes del Concilio de Trento, y cōsta de la copula, porque todas las partes van conformes, en que don Francisco del Alcazar, y doña Fráncisca de Saavedra tuieron por hija a doña Luyfa Fajardo.

En aquel tiempo era lo mismo que el matrimonio con traydo con palabras de presente, los sponsales de futuro con subiguiente copula, ex cap. si qui fidem, de sponsalibus. Y que este hecho fuesse antes del Concilio, consta claramente, porque Melchor Ortiz de Figueroa, testigo de vista del matrimonio delante del Cruzifixo, y los testigos de oydas al Licenciado Oñate, que concurrio con el dicho Melchor Ortiz al dicho matrimonio, concuerdan en que fue por el año de 62.º antes, y la publicacion del Concilio fue año de 1564.

Numero. 55.

Antes del Cōcilio, que fue quando se celebrò este matrimonio, obrauan lo mismo spōsales de futuro con copula subiguiente, q̄ matrimonio por palabras de presente.

Y para mayor comprouacion deste matrimonio entre don Francisco del Alcazar, y doña Francisca de Saavedra ay la escritura de renunciacion que otorgò en fauor del dicho don Francisco su padre doña Luyfa Fajardo del Alcazar en diez y seys de Nouiembre de 1585. al tiempo que quiso hazer la profefsion en el Monasterio de san Leãdro, porque alli hizo renunciacion en el dicho don Francisco de sus legitimas, paterna, y materna, esta escritura estã en el memorial folio. 12. numero. 24. y estã prouado que esta escritura la tenia en su poder, y intitulado de su misma letra don Francisco del Alcazar, como lo deponen los testigos en la primera preguntã añadida en el memorial fol. 42. numero. 55.

Numer. 56.

Reconociendo por suhija legitima dō Francisco a doña Luyfa Fajardo, retuvo en su poder la renunciacion q̄ hizo de su legitima quando professò.

Ex hoc enim venit, que la dicha D. Luyfa se reputò por hija legitima del dicho don Francisco del Alcazar, y de doña Francisca de Saavedra sus padres, renunciando legitima de sus padres, que si no fuera hija legitima, no le podia pertenecer, ni tenia que renunciar, porque solo a los hijos legitimos se deue legitima, y que el dicho don Francisco del Alcazar tuuo este reconocimiento de ser su hija legitima la dicha D. Luyfa, y asì tuuo por necessario el acto de la renunciacion della, porque como la emancipacion presupone filiacion, vt ex Bald. in l. non potest, numero 2. ff. de adoptionibus, Bart. & alios tradit Mascardus de pro-

bationibus, conclus. 883. num. 2. La renunciacion de legitima, y la aceptacion de la tal renunciacion, presuponen y pruevan la legitimidad, tanto mas quanto este acto parece mas seriamente hecho, porque esta renunciacion la tenia en su poder don Francisco, sobrescripta de su misma letra, entre sus papeles de importancia, en vn escritorio, como lo dizen Iuan Ramirez de Hortigosa, fol. 28. pagina 2. Luys de Prado Sarmiento, d. fol. 43. Martin de Linars, que esto presupone, y prueva el concepto que el tenia, de que la escritura le podia ser de importãcia para el caso en que el monesterio le pidiesse legitima.

Num. 57.

D. Francisco (como dize Luys de Prado Sarmiento) reconocio la incapacidad de don Pedro su hijo, para legitimarse.

Y con esto concurre que el dicho don Francisco del Alcazar padre de don Pedro, le tuuo tan por ilegítimo e incapaz de poderse legitimar, para la sucesion deste mayorazgo, que dize Luys de Prado Sarmiento, testigo que està memorial fol. 21. que diziendo el al dicho don Francisco, en ocasion de yr ambos en vn coche, y el dicho don Pedro siẽ doniño con ellos, y que el dicho don Francisco le contaua muchas gracias del, que se casasse con su madre, para q̄ heredasse su mayorazgo. Don Francisco respondió muy a priessa, ¶ Poniẽdo las palmas de las manos en frente deste testigo, diziendo: Tate, señor Luys de Prado, que esto no puede ser, ni ay que hablar en esso, dexaile yo a Periquito mi Veintiquatria, y todo lo que yo pudiere adquirir de bienes libres, esso si, en lo demas no ay que hablar.

Num. 58.

No obsta a la prouançã referida la prouançã de tachas de D. Pedro.

Y aunque para elidir esta prouançã se vale don Pedro de tachas que tiene para elidir los testigos, pretendiendo que con ellas se hazen insuficientes sus deposiciones, dize doña Beatriz, que las tachas no son considerables, como se vera discutiendo por ellas.

Num. 59.

La tacha de Melchor Ortiz consiste en dos cosas.

Porque la tacha de Melchor Ortiz de Figueroa consiste en dos cosas. Vna, que Melchor Ortiz dize que el matrimonio se articula como que se hizo año de 570. Y otra, q̄ lo principal del dicho Melchor Ortiz, consiste en lo que añadio a su dicho tres horas despues de auer dicho el primero, porque en la primera parte solo auia referido las palabras de promessa y matrimonio de don Francisco, sin dezir nada de las de doña Francisca de Saavedra. Y en la segunda deposicion añadio, que doña Francisca auia dicho otras tales palabras, y dizen que esto fue auiendo hablado este testi-

testigo con don Gaspar del Alcazar, que es vno de los litigantes deste pleyto, y q̄ assi la segunda deposicion es ninguna, conforme a la ley 30. tit. 16. par. 3.

Sed respondetur primò, que la primera parte de la tacha no tiene sustancia, porque el testigo no dixo taxatiuamente el matrimonio se auia hecho cinquenta años antes, restringiendose el año 52. sino atendiendo al tiempo en q̄ hazia la deposicion, dixo que auia mas de 50. años que el matrimonio auia passado, y que auia sido antes del Concilio, y esto no fue restringirse a tiempo limitado, de que se puede hazer oposicion de contrariedad, sino dezir lo que se acordaua, no restringiendose a dia cierto, en cosa que auia tantos años que passò, no lo podia dezir sin riesgo de incertidumbre, ò falsedad, y por esto en lo sustancial dixo cosa cierta, scilicet, que auia sido antes del Concilio, y q̄ auia mas de 50. años, como era verdad, porque no solo auia cinquenta, sino 55. Y dezir que lo que passò 55. años ha, passò mas ha de 50. no es falsedad, ni contradicion, sino llana y lija verdad.

Y la segunda tambien se euita facilmente con varias respuestas concluyentes cada vna.

La primera, que la l. 30. tit. 16. par. 3. no se ha de entender ita amare sicut sonat, sino quando auiendo sido el testigo plenamente preguntado y examinado, y auiendo dexado de dezir lo que entonces fue preguntado, lo vino a dezir despues, auiendo conuersado con la parte, que esto parece que causa sospecha, pues si antes lo supiera, auiendo sido preguntado, lo huiera dicho, y assi entendio aquella ley Montaluo en la glossa, verbo, *Fablado*, y en caso semejante decidio la Rota sacri Palatij, decis. 196. part. 3. libr. 3. q̄ no se anulaua por esto el dicho del testigo.

La segunda, que la ley 30. fundò su decisio en sospecha de que el testigo induzido de la parte, auia dicho falsamente en segunda deposicion, lo que no pudo dezir, porque no lo sabia al tiempo de la primera, y aqui pugna contra esta presuncion la superior de ser mas verisimil que el testigo lo sabia, y que el hecho verdadero fue el que declarò en la deposicion segunda, porque el testigo dize que le llamaron de proposito para que lo fuesse del matrimonio que se auia de contraer, y que el se hallò presente, y supone en la for-

Num. 60.

No es de sustancia la 1. parte de la tacha de Melchor Ortiz.

Num. 61.

Excluye la parte 2 de la tacha de Melchor Ortiz.

Num. 62.

La l. 30. tit. 16. p. 3. procede quando el testigo dixo despues lo que antes callò preguntado y examinado plenamente.

Num. 63.

Segunda inteligencia de la decisio de la ley. 30.

forma de su deposicion, que el matrimonio realmēte se cō
 traxo, y assi fue inaduertencia omitir en la deposicion pri-
 ra lo que declarò en la segunda, en conformidad de lo que
 antes auia dicho, y presupuesto, y la ley 30. no dize que no
 valga el dicho, porque el testigo en segunda declaracion
 añidiese lo que no dixo en la primera, sino que el juez no
 le admita para que haga la deposicion, pero en efecto vna
 vez hecho, no se puede negar que es deposicion, y de posi-
 cion jurada, y como dixo bien Baldo en la l. fin. num. 49.
C. de edicto diui Adriani tollen. no ay que atender a la opo-
sicion que hecha en tiempo, pudiera impedir que el acto
no se hiziera, porque si en efeto el acto se hizo sin la oposi-
cion, no ay que atender a que el acto no deuio hazerse, sino
juzgarle como ya hecho, ibi: Et postquam fuerint admisse,
non curamus an debuerint admitti.

Num. 64.

*Las prouanças
 q̄ en pleyto ya e-
 xecutoriado, no se
 admitē, valē, ha-
 llándose admiti-
 das, y por ellas se
 rescinde lo executo-
 riado.*

Y en esta conformidad las prouanças que en pleyto ya
 executoriado no se pueden admitir, si se hallan admitidas,
 valē, y se puede rescindir por ellas lo antes juzgado y exe-
 cutoriado, vt post Menochium de adipiscenda, remedio 4.
 num. 734. & num. 868. & post Innocentium, & alios tradit
 Azeuedo in l. 4. tit. 17. num. 4. lib. 4. Recopilatio. Ruynus
 conf. 71. vol. 5. num. 1.

Num. 65.

*Tercera intelligen-
 cia de la l. 30.*

La tercera, que la ley 30. procede en sus simples termi-
 nos, quando no ay mas que el dicho de aquel testigo, pero
 no niega la ley, ni dize que se hade tener por falsa, ni por
 insuficiente la segunda deposicion, quando con lo depues-
 to en ella concurren otros testigos, porque en este caso cō-
 tra la sospecha que podia auer contra la deposicion del tes-
 tigo, estando sola pugna la mayor presumpcion, o hablan-
 do mas propriamente, la verdad prouada por los otros testi-
 gos, que concurre y concuerda con ella, y esto es lo que
 ay en este caso: porque el Licenciado Oñate clerigo, que
 fue el otro testigo de vista del mismo acto del matrimonio,
 (porque cada vno de los dos refiere al otro por conteste)
 refiere el matrimonio como plenamente contraydo con
 sentimiento y palabras de ambas partes, que desta manera
 lo deponen, refiriendo las oydas del Licenciado Oñate, los
 testigos que quedan referidos, & hoc magis, juntando los
 demas adminiculos que quedan ponderados.

La

La quarta, que en los simples terminos de la primera de posicion, en que solo parece que se refieren palabras matrimoniales de don Francisco, siendo assi, como es, que doña Francisca estaua presente, porque en esta forma parece que van las deposiciones de Melchor Ortiz, y de los testigos q̄ refieren la deposicion del Licenciado Oñate, y no es creyble ni verisimil otra cosa, porque si el acto se hizo para el efeto del matrimonio, no auian las mismas partes q̄ le procurauan de hazerse impedimento con no estar presente la dicha doña Francisca, esto bastò para el acto del matrimonio contraydo por ambas las partes, porque en vez de palabras, pudo bastar el consentimiento induzido y prouado por señales, vt tradit Thomas Sanchez lib. 2. disput. 31. num. 5. cum alijs, & lib. 1. disputatione 22. num. 6. versicu. *Idem crederem.* Y la mas eficaz señal es, la diligencia y cuidado con que se procurò que don Frãcisco hiziesse el acto que hizo.

Num 66.

Quarta inteligen
cia de la l. 30.

La quinta, que quando se huuiera de estar a sola la primera deposicion deste testigo, y regular conforme a ella la del Licenciado Oñate, y que el acto no huuiesse sido de verdadero matrimonio, sino de promessa, esto bastara, porq̄ siendo esto antes del Concilio, y auiendo despues sobreuenido la copula, desto resultò el matrimonio, conforme à la decision del texto, en el cap. is, qui fidem, de sponsalibus. Y que huuiesse auido copula despues de la promessa, cõsta por lo que atras queda referido, de las confesiones de los mismos conjuges don Francisco, y doña Francisca, porq̄ don Francisco està prouado que dixo y confessò, que no auia llegado a la dicha doña Francisca hasta que le dio palabra de casamiento, y es llano que desde la palabra dada el año de 57. no auia de esperar a empear la copula hasta el año de 64. que (como queda dicho) fue la publicacion del Concilio.

Y la tacha del Maestro Francisco Lopez, no tiene sustancia, porque le quieren imputar que dixo, que auia 36. años que oyò dezir el Licenciado Oñate, que don Francisco, y doña Francisca auian tenido vna hija, y la auia metido monja: y con este supuesto dicen que es falso, porque la hija entrò monja año de 82. y la falsedad no està sino en que quieren que aya dicho el Maestro Francisco Lopez lo que no

Num. 67.

Maestro Frãcisco
Lopez.El Maestro Frãcisco
Lopez no padece
tacha.

dixo, porque lo que refiere de oydas de 36. años, es del acto del matrimonio, y en lo que refiere de la hija, no dize tiempo en que lo oyò, sino solo dize, que lo oyò al Licenciado Oñate, sin dezir el tiempo, y el tiempo que comunico con el Licenciado Oñate, fue mucho, como consta por su misma declaracion.

Num. 68. Y lo otro, a que tambien ponen nombre de tacha, scilicet, que el dicho Maestro Francisco Lopez, en el discurso de su dicho, dixo el año de 97. era vicario de la villa de Guadalcazar, y que por vnos testimonios que presenta, no cõsta que aya sido tal vicario, es cosa ridicula, porque ser, o no ser vicario, no toca al pleyto, ni importa para el nada, y si con los testimonios que traen no consta que fue vicario, constará por otros que lo aya sido, & non cadit in sensum que el Maestro Francisco Lopez dixesse, que el auia sido vicario de Guadalcazar, siendo falso, y no siendo necessario para lo que deponia.

Num. 69. Ni tampoco importa la tacha de Luys de Prado, porque la vna parte de dezir que es pariente de don Gaspar, no obsta, porque tambien lo es del dicho don Pedro, si bien el parentesco es mas cercano con don Gaspar, pero en la causa matrimonial los parientes valen. c. super eo. de testibus. l. 16. tit. 9. part. 4. Y es mas verisimil que supieffen esto los parientes, que los que no lo son. l. Octau. C. vnde cognati l. de tutela. C. de in integrum restitutione minorum. Y si el que simplemente es pariente de vna parte sola, vale por testigo, quãto mejor valdra el que lo es de ambas partes.

Num. 70. La otra parte de dezir que depone de cosas que conforme a la edad que dize que tiene, la huuo de ver en edad de seys años, tampoco obsta, porque en esto de las edades lo mas ordinario es que todos se quitan años, y quando no, no es imposible, sino muy contingente acordarse los hombres de lo que vierõ en la edad de seys años, y antes es mas tenaz la memoria de las cosas vistas en tiẽpos semejantes. Y esto en que se haze esta ponderacion, no mira a lo principal del dicho, y assi no ay que hazer caso dello, porque esto no viene a ser tacha, sino escrúpulo. Demas de que el dicho don Pedro se vale en este pleyto, y tiene reproduzido el dicho de Luys de Prado, que depuso contra don Frãcis-

co,

Num. 71.
Don Pedro en este pleyto se vale, y

co, padre de don Gaspar, en el pleyto del heredamiento de Xelo, y assi reproducido, y representado, viene a quedar repro-
 prouado en la persona por don Pedro. l. si quis testibus, *cho de Luys de Prado, que di-*
 C. de testib. l. 31. tit. 16. part. 3. *xo en el pleyto del*

Y la tacha de doña Ysabel Sarmiento, de ser tia de don *heredamiento de*
 Gaspar, no es tacha, porque ella misma en su deposicion di- *Xelo.*
 ze el parentesco, desseando dezir verdad en todo, y no fal- *Num. 72:*
 tar en nada. *Doña Ysabel Sar-*

Y en efeto no se hallò otra cosa que oponerle, y no sien- *miento en su depo-*
 do ella sola la que dize las oydas al Licenciado Oñate, sino *sicion dize, que es*
 que tiene otros contesles en ellas, no se puede tener por *parienta de don*
 tacha el parentesco, siendo la misma causa de parentesco, *Gaspar.*
 la que mas pudo facilitar la noticia de las cosas particula-
 res del linage, en que todos los que litigan son parientes.

Y de doña Beatriz de Ayala, y Beatriz Perez, y de los de
 mas testigos no ay tacha.

Y la que se pone à Ana de Angulo, de que conforme a la *Num. 73.*
 edad que dixo que tenia no pudo alcançar a lo que en su di- *Las mugeres acos-*
 cho refiere que vio de la mongia de doña Luysa Fajardo, hi- *tumbran quitar se*
 ja de don Francisco del Alcazar, y de la dicha D. Fráncisca *los años.*
 de Saauedra, no es tacha, porq̄ en las mugeres es ordinario
 ponerse menos años de los q̄ tienē, y ella añidio q̄ tenia a-
 aquellos pocos mas ò menos, que es la salua con que los a-
 ños se encubren, y queda comprehendido el tiempo neces-
 sario para la deposiciō, y no se ha de hazer caso de los años
 que dixo que tenia, sino de lo que afirmatiuamente dixo q̄
 auia visto.

Demas de que esto en que la parte contraria pone la du-
 da, de si este testigo pudo, ò no pudo alcançar lo, no mira a
 cosa sustancial del punto del pleyto, sino a cosa, que quãdo
 la testigo no lo dixera, no importara, y tachar testigos don-
 de quedan otros sin tacha, no es defecto alguno, porque el
 defecto que se puede pretender en los tachados, se suple
 con los que no lo estan, iuxta doctrinam Baldi in l. si quis
 ex argentarijs. §. 1. ff. de edendo, Hippolytus in Rubrica de
 fideiussoribus, num. 287. & conf. 84. volum. 2. ex num. 82.
 Antonius Gomez 3. tom. variarum, cap. 12. num. 21. Paz in
 praxi. part. 1. tom. 1. 9. tempore, nu. 4. Gutierrez allegat. 11.
 nu. 12. Bernard. Diaz regula 752.

Num. 74.
No es defecto ta-
char testigos don-
de otros no padecē
tachas.

Tercera parte.

Num. 75.

No fue matrimonio el contraydo, por auerse hecho estado sin juyzio.

Num. 76.

Este fundamento tiene dos circunstancias ambas contra don Pedro, vna la falta del juyzio al tiempo del cōtrato del matrimonio, y otra auer sido en el articulo de la muerte.

Que quando no fuera bastardo don Pedro, sino natural, el pretēso matrimonio subseguido entre los dichos dō Francisco, y doña Costanza, no fue matrimonio, porq̄ fue aparentemente contraydo, en tiempo que el dicho don Francisco del Alcazar en el articulo de la muerte, con la graue enfermedad que tenia, estaua sin el juyzio necesario para contraer matrimonio. En esta parte se consideran dos circunstancias, que vienen a reduzir el matrimonio a solo cosa aparente, tal, que no pudo constituyr matrimonio verdadero, ni legitimidad en don Pedro, que le pudiesse hazer capaz desta sucession. Vna, no tener don Francisco entendimiento al tiempo que se casò, & ex consequenti, auer nulidad euidente por defecto de voluntad. Y otra, el auer se contraydo el matrimonio en el articulo de la muerte, q̄ esto como cosa endereçada a solo per juyzio de los substitutos legitimos, no pudo valer en per juyzio dellos, por la fraude implicita que el acto traya consigo.

La primera circunstancia, de estar fuera de su juyzio al tiempo que se pretende que el matrimonio se contraxo, está prouada con los testigos que lo deponen, en la forma siguiente.

Num. 77.

Doctor hurtado, este Medico dize, q̄ curado a dō Francisco quatro dias antes que muriese, le desahuziò, y dexò sin juyzio.

Porque el primer testigo, que es el Doctor Hurtado medico, de edad de 60. años, memor. fol. 36. pag. 2. dize, que curò a don Francisco de la enfermedad de que murio, y que tres o quatro dias poco mas o menos antes de la muerte, se despidio, dexandole desahuziado. Y que entonces, en su conciencia, y segun le parecia, no quedaua en su juyzio.

Num. 78.

Iuan Ramirez, auiendo llamado a este testigo para cierta paga de dinero, no le pudo hablar, porque le hallò muy malo, y desuariando.

Iuan Ramirez de Ortigosa, de 55. años, mayordomo del dicho don Francisco, memorial fol. 36. pag. 2. dize, que auendolo llamado por orden del dicho don Francisco, para cierta paga de dineros, vn Viernes, no pudo hablarle aquel dia, ni el Sabado siguiente, ni el Domingo, quando se dixo auerse hecho el matrimonio, porque el dicho dia Sabado, le dixo Luys de Roxas hermano del testigo, que no le podia hablar, porque estaua muy malo, desuariando, y que siẽpre desde entonces no le pudo hablar, porque le dezian q̄ estaua muy malo.

Luys

Luys de Prado Sarmiento, memorial fol. 37. pagin. 2. di- *Numer. 79.*
 ze, que diez dias antes de la muerte de don Francisco le *Luys de Prado*
 visitò, y que no auindole respondido en mucho rato, y *visitò a don Frã*
 apretandole el para que le respondiesse, dixo: ¶ Estos, es- *cisco diez dias an*
 tos, muchas vezes, hasta que dixo, estos Catecumenos de *tes que muriesse, y*
 Puñana me dan pena. Y visto el testigo que no estaua *le oyò palabras de*
 en su juyzio, se fue sin hablarle mas: y luego dize el tes- *loco, y a dõ Pedro*
 tigo, que el dia que don Francisco murio le dixeran to *del Alcaçar, y a*
 dos los parientes de don Francisco, y todos quantos alli *doña Leonor de*
 estauan, que estaua loco quando le casaron, y que no es- *Prado, que le ca-*
 taua casado, y refiere particulares oydas de don Pedro del *saron, no teniendo*
 Alcazar, y de doña Leonor de Prado, que no auia estado *juyzio ni acuerdo,*
 en su juyzio quando se casò, y que siempre auia estado fal-
 to de juyzio, y lo mismo oyò dezir à algunos de los medi-
 cos que le curauan, y este testigo lo creyò assi, por tener-
 le por casado con la dicha doña Francisca de Saavedra, y
 estando ella viua boluerse a casar segunda vez. Y luego
 refiere, que estando vn dia en casa de Pedro de Almonazid
 escriuano, en presencia de otras personas que alli nom-
 bra, dixo el dicho Pedro de Almonazid: ¶ Que casamiẽ-
 to hizieron alli: que a mi me llamaron para que me hallaf-
 se presente al desposorio del dicho don Francisco con do-
 ña Costança de Herrera Melgarejo, para que diese fee
 dello, y lleguè primero que el Cura, y entrè, y vi que el di-
 cho don Francisco estaua loco, y no estaua para poder ha-
 zer el dicho casamiento, y me sali acà fuera a la sala, y de
 ahi a vn poco vino el Cura Serafino, que los desposò, y me
 llamaron que entrasse, y dixè que no queria entrar, y di-
 xeronme, que porque? y dixè, que porque yo no era hom-
 bre que me auia de hallar en semejantes cosas, ni dar fee
 de cosas como aquella, y no quise entrar. Y luego dixo
 con grande exageracion, y exclamacion al cielo: Que
 casamiento hizo alli Serafino? y dixo mucho en razon
 del dicho casamiento del dicho Serafino, que esto no se
 puede negar, que es dignissimo de ponderacion.

Doña Francisca de Esquiuel, hija espuria de don Fran- *Num. 80.*
 cisco, memorial folio. 38. pagina. 2. dize, que quatro dias *Refiere se el dicho*
 antes que don Francisco se casasse con doña Constança *de D. Frãcisca de*
 Melgarejo, le pareciò a esta testigo que el dicho don Frã *Esquiuel, cerca de*
 cisco estaua sin juyzio, por las cosas que le oyò dezir, y di *la falta de juyzio*
 ze *de don Francisco.*

ze que la noche antes del casamiento el dicho don Francisco estando defahuziado de los medicos, pidio el vestido para yrse al Cabildo, y que desde aquella noche hasta q̄ murio no le vio mas en su juyzio, y para mayor comprobacion desta locura, dize esta testigo, que auiendo su madre della hablado con el Teatino confessor del dicho don Frãcisco, para que le acordasse que dexaua otra hija, que no lo auia declarado en su testamento, para que le dexasse algun remedio, la respuesta del confessor fue dezir, que don Francisco le auia respondido, que que hija le dezia, q̄ ya la dexaua legitimada, porque este es vn disparate conocido, que ni esta hija podia ser legitimada, como ella mismo dize, ni huuo tal legitimacion, porque lo cierto es, que no se casò con su madre, ni podia casarse.

Num. 81.

Iuan Antonio del Alcazar dize oyò a don Frãcisco dezir disparates antes y despues de la solenidad del matrimonio.

Iuan Antonio del Alcazar, tio de los litigãtes en tercer grado, folio. 39. dize que el mismo dia del casamiento antes de entrar en el aposento doña Costança de Herrera, cõ quien el casamiento se auia de hazer, y estando presente el Cura ante quien parece que se hizo, estaua el dicho dõ Frãcisco fuera de su juyzio, diziendo disparates, y desconciertos, y que de la misma manera los dixo despues de la solenidad del casamiento, aũque al tiempo del acto formal del matrimonio parece que dio muestras de estar en su acuerdo, porque respondió concertadamente a las preguntas del Cura, en que le preguntaua, si queria por su esposa y muger a la dicha doña Costança, diziendo que si: de fuerte que del dicho deste testigo, parece que aparte ante, y a parte post de la celebraciõ del matrimonio dõ Frãcisco estaua fuera de juyzio, y afsi fue temeridad del Cura, que estando presente a esta locura conocida, se auenturasse al acto del matrimonio, que esto es contestar con lo que reprehendio el escriuano Pedro de Almonazid, que refiere Luys de Prado Sarmiento, y dezir vn si, al tiempo que pudiesse parecer que le dezia concertado, no es prueua de estar en juyzio, porque los locos tambien dicen cosas aparentemente concertadas: y la verdadera prueua es, que todos desseauan que el matrimonio pareciese que se hazia, aunque no huuiesse entendimiento para poder hazerle, pues con menos afecto que esto ningun Cura, ni persona se atreuiera a tratar de acto de matrimonio, en quien

quien por actos inmediatamente precedentes se via que estaua fuera de juyzio.

Francisca Mateos, memorial fol. 39. pagina. 2. dize otro acto de locura del dicho don Francisco, de pedir en vno de los dias de la enfermedad los vestidos para yr al Cabildo, no siendo dia de Cabildo, y estando el con la grauedad de enfermedad de tabardillo que tenia. Y dize mas este testigo, que oyò a don Pedro del Alcazar Veyntiquatro de Seuilla difunto, saliendo de la recamara donde se auia acabado de casar don Francisco con la dicha doña Costança, que afirmaua con juramento, que el dicho don Francisco no quedaua casado.

Num. 82.

Francisca Mateos dize muestras de locura.

Y destas deposiciones de testigos resulta euidentemente prouada la locura y furor de don Francisco, porque la locura para la nulidad del acto se tiene por prouada, con prouar actos de furor, que precedan, y se subfigan al acto, y estos están en este caso plenamente prouados cõ los testigos que quedan referidos, que lo deponen bastantemente, y la nota y escandalo de que en tal tiempo se cõtraxese tal matrimonio, y que las que refieren los testigos sean señales de locura, tradit Couarru. in 4. 2. parte, numero. 6. Menoch. de præsumptionibus, libro. 6. præsumptione. 45. numero. 24. Mascardus de probationib. conclus. 826. numero. 30.

Numero. 83.

La locura para anular el acto, se prueua cõ dos actos de furor que le precedan, y subfigan.

Y aunque contra esto don Pedro hizo prouança cõ testigos que responden a su decima pregunta, y dicen que don Francisco siempre estuuò en su entero juyzio, y pretendrà que se ha de creer mas a estos testigos, porque es mas natural el sano entendimiento, q̄ la locura, se deue tener por superior la prouança de la locura.

Numero. 84.

Aunq̄ el sano entendimiento es cosa natural, se tiene por superior la prouança de la locura.

Lo vno, porque los testigos que deponen della, deponen de actos afirmatiuos de locura conocida, antes y despues del matrimonio, y del mismo dia en que el matrimonio se contraxo, y en estos no puede auer falacia, porq̄ depusieron lo que vieron, y en los testigos que deponen que siempre le vieron con sano entendimiento, es muy facil que segun su inteligencia dixessen verdad, y que real, y verdaderamente se huuiessen engañado, porque en los locos (como está dicho) es muy ordinario y contingente dezir a tiempo cosas al parecer concertadas, y los que vie-

Num. 85.

Deponen los testigos de actos de locura hechos antes al tiempo, y despues del matrimonio.

Num 86. *Mas se cree a dos testigos de afirmatiua, q̄ a mil de negatiua.* ron estos pudieron persuadirse a que tenia juyzio quien verdaderamente no le tenia. Y viene en esto a verificar-se la razon de la conclusion de derecho, que se cree mas a dos testigos de afirmatiua, que a mil de negatiua, porque los dos dicen lo que vieron, y los otros no niegan que esto se pudo ver, sino que ellos no lo vieron, y desto puede auer, no mil, sino millones de testigos, porque todos los q̄ no saben de lo que se trata lo pueden ser, pues toda su deposicion consiste en no auer visto lo que es muy posible que fuesse, y que ellos no lo viesse.

Num. 87. *Aunq̄ la prouançã de sano entendimiento es mas natural q̄ la locura, no procede quando se proua furor.* Lo otro, porque la conclusion de que es mas verisimil la prouançã de los que deponen de sano entendimiento, porque esto es natural, que de los que deponen de locura, porque es accidente: no procede assi quando se supone prouado furor en algun tiempo, porque entonces tan fuerte es la presumpcion de que el furor se continua, como la de no presumir furor en quien no consta que algũ tiempo lo aya tenido, vt per integras quæstiones ex plurimorum autoritate refert, & disputat Mascardus de probationib. concl. 824. & 825.

Y esto es mas sin controuersia en este caso, en que por lo que deponen Luys de Prado Sarmiento, y Iuan Antonio del Alcazar, y doña Francisca de Esquiuel, parece que al mismo tiempo del casamiento don Francisco estaua fuera de juyzio.

Numero. 88. *No passa en cosa juzgada la sentençia del Promisor de Srulla, en q̄ se dio por valido el matrimonio, y a don Pedro por legitimo estando apelada ante el Nuncio, y en esta instãcia presentados testigos.* Contra esto no obsta la sentençia del Doctor don Geronimo de Leyua, Ordinario de Seuilla, en que el matrimonio entre don Francisco, y doña Costançã se dio por valido, y el dicho don Pedro fue declarado por legitimo, porque desta sentençia estã apelado, y el pleyto pendiente ante el Nuncio de su Santidad, y en esta instancia ^{del caso} presentados testigos, y cosas que no estauan en la instancia antes de la dicha sentençia: y afsino ay que hazer fundamento en ella, ni por cosa juzgada, porque no se puede reputar tal estando apelado, y assi el pleyto pendiente, con lo qual la sentençia es como si no se huuiera dado, l. 1. §. fin. ff. ad Turpil. ibi: *Quia appellationis remedio condemnationis, extinguitur pronuntiatio.* Ni para otro ningun efeto de exemplar, o argumento de buena causa, porque la presumpciõ que aliãss assiste por la sentençia, cessa auiendo se apelado della,

della, vt interminis post Abb. & alios in c. quoniam contra de re iudica. tradit Surd. conf. 246. num. 2. vol. 2.

Y porque oy con las nuevas prouanças en la instancia de ~~apelacion~~ ^{con n. 90} tiene la causa diferete estado, tal que si lo nueuo que ay estuiera deduzido en la instacia de aquella sentecia, se puede tener por cierto, o es muy verisimil que no se huiera dado, porque con esto las causas antiguas que pudo tener la sentencia deueniunt ad non causam, y el mismo juez determinara lo contrario: vt magistraliter resoluit Bar. in l. si sine, num. 1. ff. rem ratam haber. ornat Surd. conf. 268. ex num. 15. in med. vol. u. 2. Y en efeto de causa que esta pendiente en apelacion no ay que hazer caso, sin que obste dezir, que no se ha de reputar por pendiente sino pasada en cosa juzgada, porque por parte de don Francisco, y de doña Mencia que litigauan con don Pedro, no se hizo la diligencia de la presentacion de apelacion dentro del termino de dos meses, que señalo el juez inferior, porque (vltima que de derecho el termino es de vn año, y la prorrogacion de dos, vt in c. ex ratione de appell.) la oposicion de no auerse hecho la presentacion en tiempo, no se prueua, porque lo que se refiere en el memor. fol. 47. pag. 2. que parece que suena, que la presentacion no se hizo en tiempo, no concluye tal, porque lo que alli se dize solo es, que pidiendose desercion por la parte de don Pedro, despues de dos años de la pronunciacion de la sentencia, entonces se presento por don Francisco, y doña Mencia el testimonio de la presentacion, y no dize el memorial, que la presentacion fuesse de aquel tiempo, sino que entonces se presentò el testimonio quando se pretendio la desercion, y para el efeto della se pidio, que mostrasse las diligencias, y esto no prueua, ni concluyente, ni persuasivamente que la presentacion con la apelacion, no se hizo en el tiempo que se deuio hazer, vt per Ruin. conf. 71 num. 1. in medio, vol. 5.

Y quando esto no fuera assi, dize doña Beatriz. ¶ Primò, que la negligencia de don Francisco, y doña Mencia no le pudo a ella perjudicar para el derecho de la causa del mayorazgo de que se trata, vt per textu, in l. seruis plurium, §. si quis antea. ff. de leg. 1. tradit Molin. lib. 4. c. 8. num. 7. ¶ Secundò, que quando verè & realiter huiera auido la presen-

Num. 89.
Cõ las nuevas prouanças tiene la causa de apelaciõ diferente estado, tal q̃ si lo deduzido en ella lo estuiera en la instancia de la primer sentencia es cierto que no se huiera dado.

Num. 90.
No se prueua la oposiciõ de no auer se hecho la presentacion en tiempo.

Num. 91.
No perjudica a doña Beatriz la negligencia de don Francisco y doña Mencia.

Representadas por doña Beatriz, ^{en el con?} præcipuè in causa matrimoniali, en que la regla es, que las sentencias no passan en cosa juzgada, cap. lator. qui filij sint legit. quem textū in hoc allegat Abb. consil. 60. numer. 1. libr. 2. nec vltra temporis diuturnitatē defenditur, vt ex multis iuribus tradit Franci. Balb. de præscrip. 1. part. 6. & vltim. part. princip. numer. 3. ¶ Tercio, que quando huiera duda, in dubio pronuncian- dum est appellationem non fuisse desertam, vt tradit Paul. de Castro in l. 1. num. 3. in fi. ff. si quis cautio. sequitur Iaso. ibid. num. 16. 17. & 18. post Romanum, Alexandrum, & alios, & est vulgare.

Num. 92. La segunda circunstancia de auerse contrahido el pre-
2. *Circunstancia de teso matrimonio en el articulo de la muerte, y assi no auer*
averse cōtrahido se podido legitimar la prole en fraude, y perjuizio de los
el matrimonio in verdaderos sucesores, se prueua en hecho, y en derecho
mortis articulo, y en la forma siguiente.
assi no auerse po- dido legitimar la
prole, in fraudem substituti.

En hecho por la deposicion de los dos medicos que cu-
rauan al dicho don Francisco, que el vno es el doctor Hur-
tado, cuya deposicion estâ puesta en la primera circunstan-
cia desta tercera parte, num. 77. que porque alli estâ referi-
do plenamente no se buelue a referir aqui. Y el otro es el
Doctor sobrino, fol. 60. pag. 1. testigo presentado por par-
te de don Pedro que dize, que el Sabado por la tarde, vn
dia antes del casamiento le visitò, y vio que tenia vn tauar-
dillo mortal, con señales de muy gran traycion y malicia
oculta, y que el testigo le ordenò lo que tocava al cuerpo
y al alma, diziendole, que tenia poco tiempo que se apro-
uechasse del, y que todo se hizo aquella noche en su pre-
sencia, y aunque no mutio luego, como se celebrou el ma-
trimonio, sino quatro, o cinco dias despues, no por esso se
puede dezir, que no estaua siẽpre en el articulo de la muer-
te, pues los medicos le tenian por defahuziado, y cada dia
esperaua morir, vnde succedit elegans doctrina Alberic. in
l. filia meæ, num. 3. ff. soluto matrimonio. Donde para in-
teligencia de aquella ley que habla de otro acto, el qual
se dio por ninguno, respeto de auerse hecho en el articu-
lo de la muerte, mueue esta question, y la resuelue a nue-
stro proposito. ibi: *Ex hoc quero, quando aliquis dicatur esse*
in periculo mortis, dic quod quando aliquis infirmus est in infir-
mitate graui, qua per medicos, & alios verisimiliter mortalis
reputatur,

Num. 94. Aunque no murio
luego dō Frãisco
basta para q̄ se di-
ga estar en el arti-
culo de la muer-
te q̄ muriesse de
la misma enfer-
medad, aunq̄ sea
algunos dias des-
pues.

reputatur, y aplicandolo a la misma ley, presupone, que el caso della se ha de interpretar de filia ægra de graui egritudine, ex qua erat in periculo mortis, & moti verosimiliter sperabatur. De manera que no es menester morir luego inmediatamente, sino tener vna enfermedad, de cuyo remedio desconfiauan los medicos, y verosimilmente se juzgava por mortal, y assi en la l. alumne. §. fin. ff. de admend. legat. aunq̄ huuo interualo del accidente a la muerte, se dize, q̄ el enfermo estaua en el postrer estremo, por ser el mal peligroso, y auer venido a morir de aquel accidente, ibi: *Quonia cognoui Priscillianũ filiũ meũ in extremis esse*, ac deinde, ibi: *Postea ex eadẽ infirmitate Priscillianus decessit*, quẽ tex. sic expẽdit Cęsar Bargal. in tract. de dolo, lib. 3. c. 7. n. 25 ibi: *Ideoq̄ in mortis articulo constitutus videtur, qui laborat in extremis, & eius infirmitas ex iudicio medicorum erat mortalis*, Ioann. Philip. cons. 83. num. 27. vol. 2. ibi: *Et vt quis dicatur esse in extremis sufficit, quod eum medicus tanquam moriturum destituit. c. significasti. §. & quidem de homicidio*. Egregiẽ Bald. in c. Antigonus, nu. 11. de pactis, ibi: *Pone statuto cauetur, quod in extremis laborantes, non possint cõtrahere sine presentia propinquorũ, nunquid dicetur in extremis laborare ille, qui post contractũ vixit multis diebus? Respondeo, omnis ille, qui ex illa infirmitate decessit, absque sanis interuallis, dicitur laborare in extremis*, las. in l. si quis posthumos. §. si filium, num. 43. ff. de liber. & posthum. Sebastian. Medices in tract. mors omnia soluit. p. 1. num. 16. fol. 154. Thomas Actius de infirmi. & eius priuileg. c. 15. nu. 5. & 6.

Supuesta esta parte de hecho por llana, entra la del derecho, scilicet, que esta legitimacion de don Pedro in mortis articulo, como hecha con fraude y malicia, no le aprouecha, ni puede quitar al substituto el derecho, y lugar q̄ antes della ocupaua, y este caso suele diuidirse en dos questiones.

La primera es, si el matrimonio vale y haze legitimo al hijo ya nacido, & in hac parte frequentior opinio est, matrimonium sustineri, & legitimationem inducere, propter ius canonicum, à quo ipsius virtus, & substantia resultat, vt nouissimẽ discutit Thomas Sanchez tom. 2. de matrimonio. lib. 7. disput. 105. ex nu. 2. vsque ad 7. fol. 710.

Num. 95.

La legitimacion en el articulo de la muerte, no obra en perjuizio de los substitutos, y consideranse dos circunstancias para esto.

Num. 96.

1. Si el matrimonio vale, y resueluese que si.

Num. 97. La segunda es, si la dicha legitimacion causada por el matrimonio contrahido in articulo mortis, se presume hecha con fraude y preuencion maliciosa en perjuizio del substituto, y si tendra valor y fuerça para excluirle, sobre lo qual tambien ay dos opiniones. Vna por don Pedro, quam exornat Thomas Sanchez in eodem loco, num. 8. Rusticus in l. cum auus. ff. de condition. & demonstra. lib. 2. c. 16. num. 48. cum seqq. fol. 266. Y otra, por nuestra parte, y esta si biẽ se considera, tiene en su fauor la l. filie mee, ff. soluto matrimo. donde el repudio que se hizo estando la muger grauemente enferma, no perjudica al padre sobre la restitucion de la dote, quoniam eo ipso, quod repudium tempore talis ægritudinis interuenit, præsumitur per fraudem, & machinationẽ, vt pater excluderetur commissum fuisse. Lo mismo prueua el cap. 2. de renuntiatione, lib. 6. donde la renunciacion se llama fraudulẽra, y cautelosa, y hecha con animo de impedir al tercero interesado, quando dictæ renuntiationis tempore, is, qui præbendam, vel dignitatem habebat infirmitate graui detinebatur. Y porque a estos textos replica la parte contraria, que proceden quando la persona, a quien se imputa la fraude, no tenia en el negocio particular interes, o aumento suyo, ni auia otra causa que le mouiesse, sino el perjuizio ageno, lo qual parece que cessa en don Francisco del Alcazar, y en qualquier otro padre, que contrae matrimonio in articulo mortis, para legitimar al hijo natural, pues aqui interuiene vtilidad del mismo padre, que gana mucho en que su hijo quede legitimo, rico, y acrecentado, Menoch. lib. 4. præsumptio. 87. num. 29. & 30. Couarru. in 4. decretal. 2. part. c. 8. §. 2. num. 10. Molina lib. 2. c. 5. num. 26. Cardin. Mantica. lib. 11. tit. 13. nu. 5. fo. 293.

Num. 98
 Ponderase para lo mismo el cap. de his, de sepulturis.

Responde mos, que los textos alegados, solo considerã que el acto se hiziesse en tiempo de enfermedad mortal, y a esta circunstancia se refiere su decision, y assi vienen a ser indiuiduales para el caso presente: pero fuera dellos, ponderamos otro texto mas eficaz, que es el capitulo de his, de sepulturis, donde si vn enfermo se metio en religion, lleuando a ella todos sus bienes, y murio de aquella enfermedad, no pierde la yglesia parochial el derecho, y canonica porcion, que en la hazienda del tal enfer-

enfermo le tocava: pero si estando sano se hizo religioso,
 queda la yglesia parochial sin recurso alguno. Aqui huuo
 causa y justo interes en que fundarse esta persona, para
 acudir a la religion en medio de su dolencia por el zelo
 de tan buen citado, y de la salud de su alma, o por entēder
 que alli sanaria, dexando el siglo, y llegándose a Dios con
 mayor perfeccion: pero sin embargo destas consideracio-
 nes, puede tanto el averlo hecho en el rigor de su enfer-
 medad, que vence a las demas conjeturas, y haze que se
 presume fraude contra la yglesia parochial, cuius intuitu
 canonica portio ei reseruatur, tanquām si infirmus ille re-
 ligious habitum nunquam suscepisset, quem tex. ad spe-
 ciem nostram optimē induxit Cephal. conf. 276. nu. 34.
 & 35. volum. 2. Menoch. conf. 39 num. 46. vol. 1. idē col-
 ligitur ex cap. in praesentia, de probat. vbi supponitur pri-
 mam oblationem factam feruore infirmitatis, substituto
 non praedudicare, cum necessaria fuerit secunda oblatio,
 postquam infirmus ad valetudinem peruenit, vt ibi agnos-
 cit Beroius num. 206. y assi la opinion mas segura es, que
 quando está de por medio el substituto, a quiē auia de pas-
 sar el mayorazgo, si el poseedor muriera sin hijo legiti-
 mo, el auer esperado a casarse en el articulo de la muer-
 te, para legitimarle, y hazerle sucessor, arguye voluntad
 de querer defraudar al dicho substituto, y en consecuen-
 cia la legitimacion no le excluye, ni perjudica, Angel. in l.
 sed est questum, nu. 2. ff. de liber. & posthu. & in l. nuper,
 nu. 3. C. de natural. liber. Ioan. Faber, in l. cum quis, nu. 5.
 C. cod. tit. Aleiat. in l. 1. nu. 44. ff. de vulgar. & conf. 186. nu-
 mer. 2. & 3. lib. 9. ibi: *Quae sententia tanto fortius in casu no-*
stro procedit, in quo praesupponitur matrimonium id contra-
ctum fuisse in aegritudine istius haeredis grauati, ex qua dece-
sit. Annania in cap. audiuimus, nu. 2. de collusio. detegen.
 Carol. Ruin. conf. 211. ex nu. 7. vsque ad fin. vol. 1. & consil.
 163. nu. 4. vsque ad 8. volu. 3. Cephal. conf. 276. ex num. 30
 vsque ad 42. donde satisfaze dotissimamente a todas las
 autoridades contrarias, volu. 2. Tiraquel. in l. si vnquam,
 verbo, suscepit liberos, nu. 74. C. de reuocan. donat. An-
 ton. Canner. in extrauag. volentes, §. sed an constitutus.
 folio 178. donde representa la question en terminos indivi-
 duales, ibi: *Sed an constitutus in mortis articulo, eo casu.*

Num. 99.

Confirma se nue-
tra opinion cō mu-
chos autores.

quo desperatur à medicis, si contrahat matrimonium cum concubina, an legitimetur filij prius nati, ut succedat in feudo, & excludant agnatos? Loquor eo casu, quo si conualesceret, teneret matrimonium, & nihilominus moritur ex eadem infirmitate, ut prædictum erat à medicis. Y para decidir este punto, trae la doctrina de Angelo que auemos referido, y haze algunos discursos en su inteligēcia, y opone por don Pedro en el nu. 10. *Quodcum sic contrahentes matrimonium, utantur iure suo ad legitimationem filiorū, quamuis vnus sit in mortis articulo constitutus, videtur nullam commisisse fraudem.* Mas luego buelue a la resolution de Angelo, como se aplica comunmente en defensa del substituto, y dize estas palabras: *Sed pro decisione Angeli facit text. in l. filia, ff. soluto matrimo. nam Ulpianus J. C. respondit, inutile fuisse repudium mariti in præiudiciū patris stipulantis, si decederet in matrimonio agra vxore, quasi ea aegritudine ad mortem fuerit acquisitum ius patri consequendi dotem, quæ non poterat auferri fraude mariti diuertentis, simile in hypothesi Angeli, nam agnato & fideicommissario, ex aegritudine ad mortem iam erat acquisitum feudum, vel fideicommissum, quod non debet auferri fraude legitimantium filios per subsequens matrimonium, ad idem textus in cap. 2. de renunciatione, lib. 6. qui videtur extractus ab illo text. in d. l. filia, secundum Bart. Raphaelem, & Imol. ibi, & eo ipso dicitur probata fraus, quando adest aegritudo, quæ tendat secundum communem cursum, potius ad mortem, quàm ad vitam. Ac tandem subscribit: Et si casus iste mihi contingeret, intrepide iudicarem secundum opinionem Angeli: nam ea quæ sunt adducta in contrarium procedunt, quando non apparet de fraude, vel probata, vel præsumpta & opinionem Angeli refert, ac sequitur Marcus Mantua in 2. lib. dialogo 48.*

Nu. 100.
*Putchrè in idem
 Ancharranus.*

Y el mejor lugar que ay en la materia es el conf. 430. de Ancarrano, donde defiende, q̄ si vn padre emancipò a su hija estando a peligro de morir, y ella hizo testamento, en que dexò los bienes a vna hija suya con grauamen de restituyrlos al mismo padre en exclusiõ de los demas sucessores ab intestato no vale esta emancipacion, y fideicõmisso, por la fraude que se colige del acto celebrado in articulo mortis. Y proponiendo Ancharrano en fa

uor del padre las mismas razones que pueden aplicarse
 a don Francisco, comiença arguyendo, *Ex regula gene-*
rali, qua cauetur, quod nō videtur fraudem committere, qui
utitur iure suo, cap. cum Ecclesia V. ulterana, de electio. Itē
pater emancipauit filiam, ut sibi prodesset, licet ergo ex hoc
actū impediatur speciem acquisitionis in alium, non potest re-
darqui, quia licitum est facere rem suam, quæ sibi prodest, li-
cet in consequentiam alteri noceat, l. i. §. denique, de aqua
pluuia arcend. Cū ergo iste actus emancipationis expediat
patri, accedente consensu ipsius filie, querella tertij aspirantis
ad successione videtur improba, quia in re sua quilibet est mo-
derator & arbiter, l. in re mādāta. C. mādāti. Mas al fin con-
curre Ancharrano, q̄ el padre de uia fer excluydo, y que ef-
te negocio era sospechoso y reprobado, his nempe ver-
bis: In contrarium facit fortiter l. filia, ff. solut. matrimo. ubi
tertius in fraudem nō potest disponere, quod adquisitio quæ
ex euentu proximo debetur, & separatur deriuari in unum,
deriuetur in alium ad idem l. filia, ff. de diuortijs. Quinimō ad
commodum proprium non videtur, quod quis possit istam
speciem acquisitionis de proximo fienda tertio impedire. c.
2. de renunciatio. lib. 6. Item de bonis proprijs perdit quis ad-
ministrationē, & potestatem disponendi, si de proximo subest
spes deuolutionis in alium, l. sed si maritus, ff. qui, & a qui-
bus, l. post contractum, ff. de donatio. Item habetur iam pro
mortuo, qui est de proximo moriturus, & habet tractum quā-
doque retrō ad tempus infirmitatis. l. huic scriptura, ff. ad l.
Aquiliam, vnde alibi dicit glos. quod habetur pro cincto, qui
de proximo est cingendus, & habetur pro perditio, quod statim
est perdendum, & pro dato, quod paratum est ad dandum,
l. filius, ff. de testament. milit. Cū ergo per mortem imminen-
tem, huic filie successio ipsius debeat purē & liberē in ipsos
deriuari, non videtur, quod indirectē propter emancipationē
patri minui illud ius, siue successio potuisset. Paul. Castren:
confi. 239. nu. 1. vol. 2. Cardin. Tusch. tom. 4. conclu. 483.
nu. 4. & 6. fol. 45. Crot. conf. 92. n. 14. vol. 1. Ioan. Philip.
conf. 63. nu. 34. vol. 2. adiciens: Propterea ueriores esse re-
gulam quod legitimatus per matrimoniū in articulo mor-
tis, non debet preferri substituto, ad quem cessante legi-
timatione hæreditas pertinebat, Honded. conf. 32. lib. 1.
nu. 44. & 45. vbi constanter affirmat: Quod et si legitima-

ti per subsequens matrimonium excludant substitutum, non tamen illum excludunt, quando contractum esset in articulo mortis ob praesumptam fraudem, quae resultat ex matrimonio contracto eo tempore, quo de vita desperabatur, & licet Bursat. conf. 40. num. 70. lib. 1. asserat opinionem contrariam esse communem, nihilominus opinio ista, quod legitimatio non praedudicet substituto, est magis communis, ut testatur Menoch. conf. 226. nu. 87. & 88. vol. 3. Roderic. Suarez in l. 9. tit. 11. lib. 1. fori, nu. 10. fol. 146. Mieres de maioratu 2. p. q. 1. nu. 2. fol. 268. Ignat. Lafarte in additio. ad tract. de decima venditionis, cap. 21. num. 43. 44. & 45. fol. 66. Burgos de Paz conf. 6. nu. 11. Petr. Dueñas regula 340 limitatio. 1. fol. 132. pulchrè Alexan. Raud. decis. Pisana 42. p. 3. nu. 38. & 41. fol. 309.

Num. 101.
 Quando la opinio
 nuestra de que el
 matrimonio in mor
 tis articulo no o
 bre en perjuizio
 del substituto tu
 uiera duda, cessa,
 e curriendo las cir
 cunstancias que ay
 en nuestro caso.

Y quando esta opinion recebida por tantos, y tan graues autores tuuiera alguna dificultad, esta cessa, concurrendo otra conjetura, o adminiculo, como en el caso presente la ay de auer mostrado don Francisco contraria volúntad al casamiêto, y legitimaciõ de don Pedro, como consta del dicho de Luys de Prado Sarmiêto, de quo supra num. 57. vers. *Y con esto concurre*, y auer conocido muchos años a doña Costança madre de don Pedro, sin auerse casado con ella, ita exemplificãs in specie tenuit Menoch. confi 580. num. 3. vol. 6. ibi: *Secundò dato, quod citra veri praedudicium, quod solus ipse astus cõtrahendi matrimonium in articulo mortis non arguat fraudem, ut scilicet excludantur substituti, attamen quando cõcurrit aliqua alia cõiectura, vel adminiculum fraus ipsa praesumitur, ita scribunt Abb. in cap. in praesentia, num. 45. & 46. de probat. & ibidem Felin. num. 34. Decius num. 56. & Verolius num. 500. Et paulò inferiùs, ibi: Atqui hoc casu extat coniectura committende fraudis, quia iam in legitimatione facta per rescriptum fuerat protestatus ipse Do. Bonauent. quod volebat dictum Boniuellum legitimare per rescriptum, quia nõ intendebat contrahere matrimonium cum eius matre Dominica, & praterea cum vixerit ipse D. Bonau. multos annos cum dicta Domin. post dictam legitimationem, & nunquam cum ea contraxerit matrimonium, satis manifestè cõijcitur, quod quando contraxit in articulo mortis, non id fecit principaliter causa ipsius matrimonij, sed potius ut Boniuellus*

uellus efficeretur ita legitimus, ut possit excludere substitutos, &c: ²³

Quarta parte.

QVE Quando todo lo precedente cessara, y del ma **Numero. 102.**
trimonio entre los dichos don Fráncisco, y doña Cof- *Remitimonos en es*
tança, le resultára ser legitimado por subsiguiente ma- *te articulo de la le*
trimonio, esta legitimidad no es bastante para suceder *gitimacion por sub*
en este mayorazgo, en que las clausulas ponen por cali *siguiente alo dicho*
dad, y requisito preciso, que el que huuiere de suceder *por don Gaspar cõ*
sea legitimo, y de legitimo matrimonio nacido, y pro- *tra don Pedro.*
creado, que es requisito que muestra que no basta que
la legitimidad sobreuenga, sino que la aya auido desde el
tiempo de la procreacion y nacimiento.

Porque en esta parte escriue difusamente, & ex propo-
sito la parte de don Gaspar, que respecto de la exclusiõ
de don Pedro es consorte con doña Beatriz, nos remiti-
mos a la informacion del dicho don Gaspar, como que
lo dicho en ella se tenga por repetido en esta.

Y otras cosas de que don Pedro se vale en que enun-
ciatiuamente, entre otras partes està llamado hijo legi-
timo, no son tales a que se deua dar respuesta, por que son
entre otras partes, y para diferentes efetos, que no pue-
den hazer prouança, ni consecuencia para lo que oy se
trata.

Y a la quasi possessiõ de legitimo, que pretenderá q̄
le resulta de lo que queda por su parte dicho, se respon-
derá infra, numero. 144. porque es respuesta comun á am-
bos opositores.

Y vltimamente se aduierte, que para la determinaciõ **Numero. 103.**
desta causa en fauor de doña Beatriz en la competencia *Epylogo del dere-*
con don Pedro, ay muchas cosas. Primera, que ella fun- *cho de doña Bea-*
da de derecho como hija del vltimo poseedor: y que aũ *triz Manuel.*
que el ser hembra parece que la causa exclusion auiendo
varon agnato capaz de suceder, como don Pedro pretẽ
de que lo es, por lo que en esto parece que dà a en-
tender la contextura de las clausulas de la fundacion, es-
to no es absolutamente cierto, sino antes defendido por
cierto por los Abogados contrarios, como quedò ad-

uertido supra, numero. **22**. Porque el transito de la linea del vltimo possedor a varones de la linea siguiente está proueydo en las clausulas debaxo de condicion, si Pedro del Alcazar abuelo de doña Beatriz muriesse sin hijos varones, y esta condicion no se cumplió, porque Pedro del Alcazar murió dexando por su hijo a don Fernando del Alcazar, padre de doña Beatriz, que gozó, y poseyó el mayorazgo muchos años, y así faltó la condicion del llamamiento, que pudiera pretender don Pedro, & tanquam ex defecta cōditione, no quedó llamado, y doña Beatriz se quedó incluyda como de linea primogenita, y hija del vltimo possedor.

Segunda, que a don Pedro que causa esta controuersia le obsta para su legitimidad, y mostrarse comprehendido, y llamado en las clausulas en exclusion de doña Beatriz las cosas que quedan referidas. Vna, que no tiene prouada la filiacion en forma bastante. Segunda, que del matrimonio de don Francisco del Alcazar su padre con doña Costança de Herrera su pretensa madre, no le pudo resultar la legitimidad bastante para suceder, y excluir, porque al tiempo del casamiento con doña Costança, estava su padre casado con doña Francisca de Saavedra, y así el matrimonio fue nulo. Tercera, que tambien fue nulo, porque don Francisco al tiempo del pretendido cōtrato de matrimonio estava fuera de su juyzio, y lo estubo antes y despues. Quarta, que el matrimonio se contraxo en el articulo de la muerte: y así solo a fin de perjudicar a los substitutos legitimos. Quinta, que quando todo lo dicho cessara, la legitimacion fue por subiguiente matrimonio, y así don Pedro no fue legitimo, y de legitimo matrimonio nacido, y procreado, que es la calidad expresa requerida en la fundacion, y enixamente muchas vezes repetida en ella. Y dize doña Beatriz, que quando cada cosa de por sí pueda ser disputable en fauor de don Pedro, cessa la disputa, concurriendo todas: y que quando no cesse, sino que sea disputable, esto le puede bastar para que ella obtenga, porque como se dixo al principio desta informacion, ex Molina lib. 3. cap. 4. numero. 37. & Surd. conf. 316. numer. 28. volum. 3. el caso de duda, y de disputa le basta para que vença, porque a don

don Pedro le es precisamente necesario que muestre su justicia clara y evidente, y sino no puede obtener, y parece que no es posible que en tantas cosas como se le oponen en cada vna de por si, y en todas juntas tenga la superioridad y euidencia que ha menester para excluyr a quien por fundar de derecho le basta hazer la causa disputable, præcipuè en el juyzio possessorio de tenura, q̄ por mas que se diga que tiene mezclada la causa de la propiedad en la realidad, y en el efeto solo determina la de la posesion, & intrat vulgaris, & recepta regula textus in cap. 1. §. inter filiam, si de feudo defuncti conten. sit, ibi, *Filiam interim in possessorio collocandam.*

Exclusion de don Gaspar del Alcazar.

LA exclusion de don Gaspar corre casi por el mismo camino que la de don Pedro, porque pretende doña Beatriz que consta por el pleyto, que don Francisco del Alcazar su padre fue hijo incestuoso de Gaspar del Alcazar, y de doña Beatriz de Robleda nacido antes de matrimonio legitimamente dispensado, y q̄ assi atendido el tiempo de su nacimiento fue totalmente infucessible, y que por matrimonio subsiguiente no se pudo legitimar, porque el cap. tanta, qui filij sint legitim. no procede en fauor de los tales, y porque no cõtra de legitimo matrimonio subsiguiente con tal dispensacion en rayz, que pudiesse suplir el defecto del nacimiento incestuoso: y porque quãdo la huuiera auido que no huuo, ni de tal ay razõ, ni rastro, por el pleyto era muy disputable, y en terminos de derecho mas verdadero q̄ semejãte Bula, o rescripto no podrã causar legitimidad para sucesion de mayorazgo, en perjuizio de los terceros, que antes della por sus llamamientos tenian derecho adquirido.

Nume. 104.

Pretende D. Beatriz q̄ don Gaspar es infucessible, como hijo de D. Francisco del Alcazar, que es incestuoso.

Y para

Num. 105. Y para la prueua deste discurso, haze doña Beatriz vn
Nole basta al que pretende suceder ser legitimo, sino desciende también de legitimos. supuesto, que en terminos de derecho es verdadero, *sci licet*, que en disposicion en que estan llamados los descendientes legitimos del fundador que hizo el mayorazgo, no basta que la persona que pretende suceder, muestre de si que es hijo de matrimonio legitimo de sus padres, y assi hijo legitimo, si juntamente no muestra que en los ascendientes de quien desciende huuo esta misma calidad, porq̄ este defecto del ascendiente influye en toda la descendencia, para q̄ no se pueda tener por descendencia legitima, q̄ assi lo resueluē y traen por regla, Greg. Lop: gl. 4. in l. 1. tit. 11. p. 7. circa principiū, ibi: *Et Bald. alibi dicentem, quod si non continentur ipsi bastardi, multo minus contineantur nepotes, etiam legitimi ex bastardis*, Mantic. de coniect. lib. 11. tit. 12. num 33.

Num. 106. Y sobre este supuesto dize doña Beatriz, que don Gaspar no puede ser sucesible, porque don Francisco su padre no fue legitimo, porque nació siendo Gaspar del Alcazar, y doña Beatriz de Robleda sus padres, parientes en tercero y quarto grado de consanguinidad, y que despues del nacido contraxeron matrimonio, y prueua las circunstancias necesarias para esta proposicion en la forma siguiente.

Num 107. Porq̄ el ser parientes en 3. y 4. grado de consanguinidad Gaspar del Alcazar y doña Beatriz de Robleda, es hecho asertado en el pleyto, en q̄ no es necesario referir testigos, porq̄ el Relator lo refiere assi por cosa prouada en el memorial fol. 83. num. 95.

Es hecho asertado en el pleyto que Gaspar del Alcazar, y D. Batriz de Robleda padres de D. Francisco, padre de D. Gaspar, eran parientes dentro del quarto grado. Yaũq̄ en los q̄ se juntarõ en acto illicito sin matrimonio, no es necesario prouar q̄ tuuiesseñ ciencia del parentesco para excluyr el beneficio del cap. ex tenore qui filij sint legit. porq̄ como se dixo en la exclusiõ de D. Pedro, n. 43 esta buena fe no tiene efeto, sino supuestos terminos habiles de precedente legitimo matrimonio, porq̄ la buena fe q̄ fauorece al matrimonio, no fauorece al acto de illicita copula: ex abũdanti estã prouado, q̄ antes de casarse Gaspar del Alcazar, y doña Beatriz de Robleda tuuieron ciencia de su parentesco, y de q̄ para casarse tenían necesidad de dispensacion de su Santidad, que assi lo

Num. 108. *Aũq̄ no era menester prouar ciencia de los conyuges del parentesco, en el caso presente està prouado.*

lo

lo deponen (respondiendo a la pregunta 12. del pleyto de alimentos, memor. fol. 84. en que se articulò la dicha ciẽcia) quatro testigos, y entre ellos Leonor Suarez madre de la dicha doña Beatriz de Robleda.

Y que don Francisco naciesse antes del matrimonio contraydo entre Gaspar del Alcaçar, y D. Beatriz de Robleda sus padres, està prouado en esta forma, porque dõ Francisco nacio año de 1548. que asì consta por la fee del bautismo, que està duplicada en el memorial, folio 101. nu. 139. y el matrimonio con desposorio, y velaciõ entre los dichos sus padres se celebrò el año de 1549. como parece por el memorial, fol. 102. nu. 142.

Et sic de primo ad vltimum se infiere la conclusion, q̄ siendo nacido antes del matrimonio, y en el tiempo del incesto, no puede ser sucefsible.

Resta solo satisfazer a las cosas con que don Gaspar pretende elidir estos fundamentos, que en sustancia se reduzen: vna, que antes de nacimiento de su padre huuo precedẽte matrimonio legitimo de Gaspar del Alcaçar, y doña Beatriz de Robleda sus abuelos con dispensaciõ que quitò el impedimento del parẽtesco, y que desto tiene executorias y prouanças, que quãdo no en fuerza de cosa juzgada, le constituyen en quasi possessiõ, que pretende que le puede bastar para vencer en este juyzio: y otra, que quando la prole nacida antes del año de 49. no fuesse legitima nacida de legitimo matrimonio no es su padre el hijo Francisco que nacio año de 48. sino otro q̄ nacio cõ nombre de Diego, y despues se mudò el nombre, y se llamò Francisco, y que este nacio despues del matrimonio del año de 49.

Y discurriendo por orden en las cosas de que don Gaspar se vale, se les yra a todas dando satisfaciõ para la primera parte de que antes del año de 48. huuo matrimonio legitimo entre Gaspar de Alcazar, y doña Beatriz de Robleda, de que pudo resultar ser hijo legitimo el dicho don Francisco, se vale don Gaspar de las cosas siguientes.

Nu. 109.

Prueuase que don Francisco nacio antes del matrimonio de sus padres, con la fee del bautismo, y del desposorie.

Nu. 110.

Pretende dõ Gaspar elidir lo dicho con dos fundamentos, y refierense.

Testimonio de la pretensa executoria del pleyto matrimonial entre Gaspar del Alcazar, y doña Beatriz de Robleda.

111.
Valese don Gaspar de vn testimonio del pleyto matrimonial que huuo entre sus abuelos, y respõde-se que no obsta por muchas razones.

POr este testimonio que comienza en el memorial fol. 80. pag. 1. pretende don Gaspar, que consta que Gaspar del Alcazar, y doña Beatriz de Robleda sus abuelos mucho antes del año de 48. auian cõtraydo matrimonio legitimo, y que assi su nacimiento fue en tiempo de matrimonio, porque en el testimonio se refiere q̄ se empeçò pleyto de jactancia por Gaspar del Alcazar, diciendo que doña Beatriz se jactaua que era su muger, no lo siẽdo, y q̄ vn ministro de la Trinidad, a 10. de Mayo año de 1547. declarò ser el dicho Gaspar del Alcazar casado legitimamẽte cõ la dicha D. Beatriz de Robleda, y la dicha doña Beatriz ser su legitima muger, y ser legitimos los hijos auidos entre los susodichos, y q̄ esta sentẽcia se confirmò por otras de otros dos juezes, aunque sin referir el dia, ni el año de la pronunciacion. Y dice don Gaspar, que si como parece por la primera sentencia dada año de 47. el matrimonio de sus abuelos entonces se dio por valido, viene a ser cierto q̄ el q̄ nacio año de 48. nacio en tiempo de matrimonio legitimo: pero respõde doña Beatriz cõtra este testimonio muchas cosas.

Nu. 112.
1. Que este testimonio no enũcia otro de vn notario, y assi se ha de estar a la fee del enũciado.

Prima, que este es vn testimonio que parece dado por Frãcisco Sauariego escriuano del acuerdo de Seuilla, diciendo, que le dà de que en vn pleyto que passaua ante el, se presentò vn testimonio de Bartolome Rodriguez notario sacado de otro pleyto, en que antes se auia presentado, en q̄ venian insertas las sentencias que quedan referidas, y dice D. Beatriz q̄ deste testimonio no se puede hazer caso, porq̄ Sauariego no le dà de cosa q̄ passò ante el, sino de testimonio de otro notario q̄ dice q̄ se presentò ante el, y esto no puede hazer fee, porq̄ viene a reducirse a la fee y autoridad q̄ constare q̄ tiene el testimonio q̄ el enuncia por la regla vulgar de la authẽ. si quis in aliquo documento. C. de eden. y del c. 1. de fide instru. l. 44. & 114. in fin. tit. 18. p. 3. post alios Surd. conf. 241. n. 1. ad fin. Y tanto mas siendo testimonio de otro testimonio presentado

do en otro pleyto, que viene a ser traslado de traslado. Num. 113.

Secunda, que el testimonio del notario, en q̄ viene a cō-
sistir el fundamento, está redarguido de falso. memo. fol. 110. pag. 1. post mediū, y no ay cōprouacion, no solo de la
verdad de lo cōtenido en el testimonio, pero ni de que el
notario sea fiel y legal, porq̄ lo mas que hā presentado es
vn testigo, y no deste pleyto, sino de otro en q̄ el testimo-
nio del notario se auia redarguido, como consta por el
memor. fol. 97. pag. 2. & fol. 98. pag. 1. in princ. y la com-
prouaciō de vn testigo es claro que no puede hazer fe e
conforme a las reglas vulgares. l. iuris iurandi religioni,
C. de testib. c. cum ā nobis, extra cod. l. 23. tit. 16. p. 3.

Tertia, q̄ el testimonio en si no puede tener sustācia, por
que de proposito parece maliciosamēte hecho en la for-
ma que está, porque de la primera sentencia refiere el dia
que fue en 10. de Mayo del año de 47. y de las otras sen-
tencias no refiere dia, ni mes, ni año.

Quarta, q̄ en el testimonio no vienē insertos autos nin-
gunos, ni pedimientos de parte, ni comision de juez, ni
prouanças, sino desnudamente vnas sentencias en la for-
ma referida, y esto no puede hazer fee, porq̄ siendo cier-
to q̄ si lo cōtenido en el testimonio fue verdadero, y hu-
uo pleito dello, el pleyto se deuio presentar, y no el testi-
monio tan deminuto, porq̄ la resolucion verdadera es q̄
de lo q̄ puede cōstar por processos, autos, o escrituras, no
se ha de hazer caso de prouança por las sospechas q̄ estas
traē en si sin la exhibiciō, o presentaciō de verdadero inf-
trumēto, sino es prouādo la amisiō del tal instrumēto, y el
tenor del, vt in c. cū olim, d̄ priuileg. vbi cōmuniter DD.

Y quando menos pudiera en este pleyto pedirse vn
compulsorio citada la parte de doña Beatriz para fa-
car vn testimonio pleno de aquel pleyto, en que se re-
fiere que huuo estas sentencias, y no auerse hecho, es
presuncion de malicia que importa que no parezca el
pleyto en la forma que está, porque no se descubran
los defectos del, en la forma del substanciarse, y en las
dispensaciones, que como se dira infra, num. 124. hablan-
do de la cedula de que don Gaspar se vale, no huuieron
de ser dispensaciones ordinarias, sino tales que es muy
crisimil que el Pontifice no las concediera, y en efe-

2. Que el testimo-
nio enunciado es
de Bartolome Ro-
driguez notario,
y está redarguy-
do, y no comprua-
do.

Nu. 113.
3. Que el testimo-
nio en si muestra
su insuficiencia y
relaciō diminuta

Nu. 114.
4. Que la relacion
del testimonio es
defectuosa en lo
sustancial por mu-
chas razones.

to vemos que no se presentan, ni se compulsan de aquellos pleytos, y no es sin misterio, y presentar esto, pudiera sacarnos de duda.

Num. 115.

*s. Que la dispensa-
cio que el testimo-
nio refiere, no fue
bastante para legi-
timizar la prole quo
ad forum exterius
ex Nauarro, &
Sanchez.*

Quinta, porque en el mismo testimonio refiere que el darse el matrimonio por valido, y la prole por legitima, fue en virtud de vn breue de dispensacion del parentesco despachada por la sacra penitenciaría, vt constat memor. ex folio 89. numer. 112. in principio, pagin. 2. ibi: *Y se recibio a prouea, y se hizieron prouanças, y hecha publicacion, y presentadas escrituras, y ciertos instrumentos de dispensaciones Apostolicas hechas por vigor de ciertas letras Apostolicas, y bulas de la sacra penitenciaría de Corte Romana.*

Y este breue tantum abest, que pueda aprouechar a don Gaspar, que es manifesto conuencimiento contra el, porque las bulas despachadas por la penitenciaría no tienen efecto para el fuero exterior, por mas que en el se diga que legitimá la prole, vt in terminis tradit Nauarro confi. 14. titul. de homicidio, libr. 5. pagin. mihi 145. col. 1. in principio, poniendo la diferencia que ay en las otras dispensaciones de su Santidad, que llaman datariæ, y entre estas de la sacra penitenciaría, ibi: *Secundo, quòd non sufficit eis dispensatio, qua à sacra penitenciaría possit haberi, quia illa non prodest, nisi quoad forum interius, & prædicti sacerdotes indigent dispensatione, etiam quoad exterius, & ideò eam oportet obtinere per officium datariæ, quoad utrumque forum, &c.*

Y mas ex professo puso esta diferencia Sanchez in tractatu de matrimonio, tomo 3. libr. 8. disputation. 34. & 35.

Num. 116.

*Huyèdo la presen-
tacion de los autos
originales, mostra-
ron la insuficiencia
de la executoria
matrimonial.*

Y aqui se ha de ponderar el artificio cõ que se ha ydo en este negocio, valiendose siempre de testimonios, y de relaciones particulares, y huyèdo de la presentacion de los processos, y de las dispensaciones, porque al principio en el testimonio donde se ponen (como que literalmente se refieren) las sentècias para dar mayor color, se ponè las peticiones de demãda y respuesta de Gaspar del Alcazar, y D. Beatriz de Robleda: y si el pleyto no fue mas q̄ en razõ de aquellas demãdas, las sentècias no son de efecto alguno, porq̄ en las demãdas no se hablò palabra del

del parentesco, como se vee por ellos, que estã en el memorial. fol. 88. pag. 1. y 2. Y si a los juezes no les constò, ni se dixo nada del parentesco, sino del matrimonio que de hecho se auia contrahido, justamente le pronunciaron por valido, siendo como fue antes del Concilio, y mandaron que cohabitassen, y despues por huyr este inconueniente, se refiere en el testimonio, por relacion del notario (y no por auto ni otra cosa que el refiera literalmente) que huuo dispensacion de la sacra penitenciaría, para dar a entender, que en el pleyto huuo noticia del parentesco, & adhuc, esto no lo supieron hazer, porque refieren dispensacion de la penitenciaría, que como queda dicho supra num. 115. no es de efecto para lo que oy se trata.

Sexta, que en el mismo testimonio en el fin del se refiere otra cosa repugnante a las sentencias, y a la pretensió de don Gaspar, porque se dize en el, que el Prior del Carmen, que fue el que dio la vltima sentencia, proueyò auto despues de todas tres, para que Gaspar del Alcazar, y doña Beatriz de Robleda, se despossassen y velassen, y esto fue en 11. de Mayo del año de 49. lo qual supone que el matrimonio no estaua antes contraydo, porque si lo estuuiera, no se podia reiterar el Sacramento.

Y no puede ser euasion, que lo que suena nueuo contrato de matrimonio, no fue sino publicacion a la Iglesia, porque esto no lo deduze el testimonio, sino lo contrario, ibi: *Mandandole so ciertas penas y censuras, que dentro de cierto termino se casasse y velasse.* Y no dixo (como dixera teniendo el matrimonio antes contrahido por valido) que se publicasse a la Iglesia.

Setima, porque quando todo lo contenido en el testimonio fuera cierto y verdadero, y la bula no huuiera sido de la sacra Penitenciaría, como en el se refiere, sino tal que pudiera ser de efecto en el fuero exterior, no podia auerse causado legitimidad bastante a don Francisco del Alcazar, porque auia sido delito, y falta de buena fee, jurtarse en el medio tiempo, que el pleyto duraua sobre el valor del matrimonio, porque la primera sentencia del pleyto, se refiere que fue en 10. de Mayo del año de 47. y

Num. 117.

6. *Que despues de las sentencias, se refiere cosa contraria a lo determinado en ellas.*

Num. 118.

El juez de la vltima sentencia, mandò que se casassen y velassen, no q se velassen solo D. Francisco, y D. Beatriz de Robleda, y assi supone q no estaua hecho

Num. 119.

7 *Que quando fue ra cierto todo lo q el testimonio enuncia y la dispesaciõ bastante, aon Frã cisco nacio durante el pleyto, y assi*

illegitimo por el vicio del litigio, y clandestinidad.

dō Fráncisco nació año de 48. y el pleyto se refiere a cabo do año de 49. y por el testimonio presentado q̄ está en el mem. fol. 102. n. 142. consta q̄ el desposorio y velaciones se hizieron en 11. dias del mes de Mayo del año de 49. Y como quiera que tomen el negocio don Francisco, q̄ nació en el medio tiempo, viene a quedar ilegítimo, por q̄ si se entiende como D. Beatriz pretende, que el matrimonio se mandò contraher, año de 49. con supuesto de que antes no estaua contraydo, es preciso q̄ su nacimiento q̄ fue año de 48. fue antes del matrimonio, y quando se entienda como don Gaspar lo pretende, q̄ lo hecho el año de 49. no fue mas que publicacion a la Iglesia, por lo menos, se ha de reconocer q̄ el matrimonio antes contrahido, lo mas que pudo tener, fue ser cládestino y litigioso sobre si en la realidad le auia auido o no, y con esto el jútarfe los parientes y tener hijos, no pudo causar prole legitima, por q̄ esta es la pena del matrimonio cládestino: que aun la ignorancia del impedimēto no causa buena fee, ni obra legitimidad, c. cum inhibitio, §. si quis verò, de clandestina desponsat. ibi: *Si quis vero huiusmodi clandestina, vel interdicta coniugia inire praesumpserit in gradu prohibito, etiam ignoranter, soboles de tali coniunctione suscepta prorsus illegitima censeatur, de parentum ignorantia nullum habitura subsidium, cum illi taliter contrahendo nõ expertes scientia, vel saltem affectatores ignorantia videantur.*

Executoria del pleyto de alimentos, que está en el memorial, fol. 80. pag.

2. num. 88.

Num. 120.
Aprouechase don Gaspar de la executoria de un pleyto de alimentos, q̄ trato doña Beatriz del Robleda con Gaspar de Alcazar.

ESTE pleyto de alimentos se introduxo ante el Teniente, y Audiencia de Seuilla, año de 45. por D. Beatriz de Robleda, pidiendo D. Beatriz, que Gaspar del Alcazar, que dezia que era su marido la alimentasse.

Y no hallamos que dō Gaspar pueda valerfe della en lo decisiuo, sino en quanto la sentencia mandò dar alimentos.

mentos a doña Beatriz, y en los autos presentados en quanto a en ellos se presenta vna cedula que parece hecha por Gaspar del Alcazar, en 4. de Abril del año de 41: porque en ella dize don Gaspar, que se reconoce o enuncia matrimonio anterior entre sus abuelos.

Pero responde doña Beatriz. Primò, que antes esta executoria obra inteligencia contraria, de que no huuo matrimonio precedente, porque si le huuiera auido tal que Gaspar del Alcazar le reconociera por valido, no fuera menester pleyto para que alimentara a su muger, ni el negara como negò en este pleyto, que lo era, haziendo alegaciones, y su descubierta defensa en esta alegacion.

Secundò, que la sentencia de alimentos que es claro que dispositiuamente, no pronunciò sobre el matrimonio, ni pudiera siendo de juezes seculares, tampoco pre-supositiuamente prueua matrimonio precedente, porq̄ la sentencia de alimentos, no obra determinacion en la causa principal del titulo porq̄ se piden, vt apertè cõstat ex tex. in l. si quis a liberis, §. si vel parens, de liber. agnos. ibi: *Neque enim hoc pronuntiat filium esse sed ali debere.*

Tertiò, que la cedula que se refiere de Gaspar del Alcazar, del año de 41. tantũ abest, que aproueche a dõ Gaspar, q̄ conocidamente le daña. ¶ Lo vno, porque en el reconocimiento que se le mandò hazer sobre la dicha cedula, que està en el memo. à fol. 83. in fin. & seq. el dicho Gaspar del Alcazar, negò lo contenido en la cedula, y dixo que sola era suya la firma, y el primer renglon, que empeçaua: Digo yo Gaspar del Alcazar, diziendo virtualmente, que todo lo demas de la cedula dexò en blanco, y lo auia escrito en ausencia suya. Y desta respuesta se colige, que siẽpre Gaspar del Alcazar tuuo por nulo el matrimonio, y siẽpre tuuo mala fee en el, y contra esta inteligencia suya, fueron todas las diligencias afectadas por la dicha D. Beatriz de Robleda, y por sus deudos. ¶ Lo otro que quãdo toda la cedula fuera reconocida por Gaspar del Alcazar su reconocimiento y confesiõ, no podia obrar en perjuyzio de tercero. ¶ Vltteriũs, que lo q̄ contiene la cedula es dezir Gaspar del Alcazar, *que despues de auerse desposado por palabras de presente con D. Beatriz*

Num. 121.

Responde D. Beatriz a la dicha executoria. 1. Que de ella parece que no huuo anterior matrimonio, pues si le huuiera no fuera menester pleyto para alimentos.

Num. 122.

2. Que la sentencia que da alimentos, no dispone para el matrimonio.

Num. 123.

La cedula de Gaspar del Alcazar, del año de 41 q̄ se refiere en la dicha executoria, antes daña a dõ Gaspar

de Robleda, siendo su parienta en 3. y 4. grado de cōsanguinidad, embio a nuestro muy santo Padre por dispēfacion para efectuar el dicho matrimonio, en haz de la santa Iglesia, no obstante los dichos impedimentos, y que a su suplicacion su Santidad dispensò con el, y con la dicha doña Beatriz, y q̄ las letras Apostolicas de dispensacion, se dirigierō a don Rodrigo de Argumedo Arcediano de Niebla, ante el qual, y en presencia de Rodrigo Suarez de Morales las presentò para que se llevassen a deuido efecto, que por ciertas causas se suspendio, y entre tãto el dicho Arcediano de Niebla fallecio, y por su muerte se dilatò hasta entonces el efecto, y execucion contenido en la suplicacion hecha a su Santidad, y dispensacion que a su pedimiento fue concedida, lo qual quiere efectuar, y de hecho en presencia de los testigos, dize que se desposò con la dicha doña Beatriz, y que ratificò y aprobò el matrimonio que antes con ella auia contrahido, y q̄ le cōsumò y efectuò con copula carnal, y assi lo jurò a Dios y a la **X** y declarò a la dicha doña Beatriz, ser su legitima muger, y que dio por ningunas qualesquier declaraciones, ò confesiones judiciales ò extrajudiciales, que en contrario huiesse hecho, ò reclamacion jurada o no jurada que huiesse hecho, a induzimiento de su padre, o de otro tercero, que dize q̄ fueron cōtra su volūtad, y si necessario fuere nueva dispensaciō para los dichos impedimētos, o absoluciō por auer cōsumado el matrimonio cō copula carnal, ò no auerse dado licencia por el dicho juez, desde entōces la pide y da poder para q̄ en su nōbre se pida dispēfacion y absolucion. Que esto es literalmente lo q̄ la cedula cōtiene como se vera cōferido cō la letra della, y esto no puede hazer prouecho a D. Gaspar, sino daño conocido, porq̄ todo es reconocimiēto y prouea de mala fee, y ñ necesidad precisa de nuevas dispēfaciones, q̄ no se muestrã ni jamas se hã mostrado, porq̄ auersecasado de hecho sin dispēfacion, sabiēdo q̄ erã parientes, como la cedula lo dize, y se mostrò sup. nios obligò a traer de su Sãtidad, no dispēfacion ordinaria, sino cō vn suplemento tã grãde como el ñ auersecasado ñ hecho siēdo parientes, y sin dispēfacion: y el dezir q̄ se truxo bula de dispēfacion, dirigida al Arcediano de Niebla, y q̄ el Arcediano murio antes de proueer en razō dellas, y q̄ sin embargo de hecho se tornarō a jutar con copula carnal, obligò

Num. 124.
Los que se juntan
antes de verifi-
car la narrativa
de las bulas de dis-
pensacion, y dar-
les licencia, hazen
ineficazes las dis-
pensaciones.

a otra

a otra dispensacion, vt tradit Gutierrez Canon. quæstion. cap. 15. ex num. 21. que es muy creyble, que no la concediera el Pontifice sobre delito reiterado, y ilusion, y menos precio de la dispensacion precedente, pues sin obseruar la forma, y tenor della, y de la licencia que en virtud della se auia de dar, se juntaron, como si todo huiera legitimamente precedido, y no solo se juntaron, sino dize que de hecho se casa: y solo ay de muestra de Catholicos, de zir, que si necessario es, para todo piden que se trayga dispensacion, pero de que esta se aya traydo, no ay palabra, ni estas dispensaciones, q̄ (como ya queda dicho supra nu. 119) nos facaran de duda, se presentan, ni se ha pedido compulforia para traerlas. Y presentar cosas defectuosas, y dexar de presentar lo que auia de ser verdadera prouança, es presumpcion de derecho conocida contra don Gaspar, de que procede maliciosamente, yno defiende buena causa, vt in eo, qui produxit testes minus idoneos, omisis idoneis, & in quibus erat certa, vel verisimilis noticia, tradit Craueta de antiquitat. tempor. 1. part. §. Viso, de fama, num. 7. vers. Sed aduerte, Menoch. de arbitrar. casu 475. num. 6. & lib. 2. præsumptio. 91. incipit, Qui iudicium subterfugit, nu. 13. Grammatic. cons. 26. nu. 38.

Y siendo esto assi, que consta por autos, y escrituras, no puede ser de efecto la prouança de que don Gaspar se vale, hecha por don Francisco su padre, en la Audiencia de Granada, en el pleyto sobre su hidalguia, donde dirá que ay numero de testigos de vista, y otros de oydas, de q̄ Gaspar del Alcazar, y doña Beatriz de Robleda, fueron casados, y hizieron vida maridable, y durante su matrimonio, huieron por hijo legitimo al dicho don Francisco del Alcazar: porque estos testigos son falsos, pues les resiste todo lo que queda referido. Y quando para euitar su falsedad, se trate de reduzirlos a concordia de verdad, conforme al capitulo, cum tu, de testib. se han de entender que tuuieron por matrimonio el hecho el año de 41. conforme a lo qual nacio, segun su inteligencia en matrimonio año de 48. Y cõuencido que este no lo fue, ni lo pudo ser, porque despues se celebrò matrimonio año de 49. viene a ser que los testigos no sean falsos, regulados conforme a la inteligencia q̄ ellos tuuieron, pero que no pueden ser de

Num. 125.

Presentar cosas defectuosas, yno presentar lo que auia de ser verdadera prouança, obra presumpcion de fraude.

Nu. 126.

Responde se a la prouança hecha en Granada en el pleyto de hidalguia de don Francisco.

efeto alguno, atendido el verdadero hecho contrario que resulta de los autos y testimonios referidos, que con evidencia muestran que don Francisco nacio año de quarenta y ocho, y el matrimonio de sus padres fue el año siguiente de 49. y que antes no huuo, ni pudo auer matrimonio valido.

Nu.127.

Sõ testigos en pleyto de hidalguia, q̄ dizen con menos cūydado.

Y en efeto estos testigos depusieron en vn pleyto de hidalguia, donde ni se opuso, ni tratò del parentesco entre Gaspar del Alcazar, y doña Beatriz de Robleda, ni de dispensaciones, ni de las firmas de matrimonios, y asì a los testigos les bastò para deponer en vna causa de hidalguia en fauor de don Francisco, que los presentaua, y erle nacido de padres que en el trato se tratauan como marido y muger, y en la publicidad se dezia que eran casados, sin que los testigos se hallassen obligados a examinar qual, y en que tiempo fue el matrimonio valido.

Nu.128.

Oponen q̄ don Francisco padre de don Gaspar, fue el que nacio año de 52. y asì despues del matrimonio de sus padres.

Para la segunda parte, de que don Francisco padre de don Gaspar no fue el que nacio año de 48. sino despues del casamiento del año de 49. en que la pretension es de don Gaspar, que al principio se llamò Diego, y despues en la confirmacion se mudò el nombre en Francisco, se vale don Gaspar de prouanças, que para esto pretende que tiene en dos executorias: vna litigada con don Pedro en el mayorazgo de Xelo, que se refiere en el memorial, fol. 85. pag. 2. Y otra del pleyto que se litigò con Hernan Xuarez de Amaya, sobre la reiuindicacion del heredamiento de Collera, que se refiere en el memor. folio. 80. in principio, pag. 1. que tambien quiere induzir como coadjuante esta inteligencia.

Num.129.

Respondetur, que las prouanças del pleyto de Xelo, de q̄ para esto se vale, no son suficientes, por que se reduzen a vn testigo.

Pero dize doña Beatriz, que esta mudança de nombre, e introducciõ de pluralidad de personas q̄ ha causado en don Gaspar, la necesidad de verse conuencido cõ las cosas referidas, tiene contra si mayor conuencimiento que lo passado, y para esto adierte, que aunque atreuiendose don Francisco padre de don Gaspar, a lo que se suele hallar en prouanças de testigos, por lo que puede la diligencia de los que le buscan, y la facilidad persuadida de los q̄ deponen, hallò en el pleyto q̄ tratò con don Pedro, sobre el mayorazgo de Xelo, testigos en la ciudad de Sevilla, que dixessen cõforme a su pretensiõ, se conuence con facilidad que

que todo aquesto ha sido traça y inuencion contra el cierto y verdadero hecho, porq̄ si bien en el pleyto de Xelo, q̄ es de la executoria, que se refiere en el memor fo. 85. nu. 98. huuo tres testigos que dixeron que don Francisco del Alcazar se llamò antes Diego, y despues se confirmò, y en la confirmaciõ se mudò el nombren en Francisco.

Destos tres testigos el primero, que es Pedro Lopez del Castillo, que està en el memorial fol. 95. supra, pagi. 2. que lo dize afirmatiuamente, diciendo que le conocio, y tratò con ambos nombres, y que se confirmò el mismo dia que se confirmò don Francisco, y se mudò el nombre de Diego en Francisco, tiene contra si vna cosa q̄ totalmente le haze inuerissimil, y manifestamente sospechoso de falso, porque en la pregunta segunda, que està en el memorial folio 94. pagina 2. dixo, que tenia 63 años de edad, y quãdo depuso, fue año de 605. que fue el año que se hizo esta prouança, como lo refiere el Relator memorial fol. 94. pagina 7. in fin. Y siendo afsi que año de 605. tenia 63. años, viene a ser que nacio año de 1542. y si don Francisco del Alcazar fue antes Diego, como el testigo lo dize, el Diego hijo de Gaspar del Alcazar, conforme a la fee del bautismo, nacio año de 52. y afsi tenia diez años menos que el testigo. Y siendo esto afsi, resiste a toda verissimilitud, que el testigo con diez años mas de edad, andaua ygualmente a la escuela, como el lo dize, con quien tenia diez años menos, y que ambos se viniesen a confirmar en vn dia, vno en edad de ocho años, y otro en edad de diez y ocho, y esto en Sevilla, donde cada año ay confirmacion.

Nu 130.
Tachanse dos testigos de los tres q̄ presentã del pleyto de Xelo:

Y la otra testigo, que es Catalina de Robledo, de nacion Berberisca (que afsi lo dize ella misma) respondiendo a la segunda pregunta, memorial folio 95 pag. 2. que dize, que conocio a don Francisco desde edad de seys meses, y entonces se llamaua Diego, y por este nombre le tratauan sus padres, como a su hijo legitimo, y que despues se confirmò, y se mudò el nombre en Francisco.

Demas de ser Berberisca, que esto obliga a menos credito, de su deposicion viene a ser, que atendida bien en esta deposicion, y en otra que hizo en el mismo pleyto, que està

està en el memor. fol. 104. pag. 1. viene a dezir lo contrã-
rio de lo que con palabras expresas parece que afirmò,
porque ella dize respondiendõ a la dicha segunda pregũ-
ta, memor. folio 95. pagina 1. que era de edad de 70. años,
y que don Francisco ternia entonces sesenta poco mas o
menos, porque ella tenia doze ò treze mas que el, y segũ
esto no es posible que fuesse Diego el que nacio año de
cinquenta y dos, sino el Francisco, que nacio año de 48.
Porque con este nacimiento el año de 48. viene la quen-
ta de la demonstracion que la testigo haze, y no quadra
con el tiempo del año de cinquenta y dos, en que nacio
Diego: y assi viene a ser, que aunque su intento della fue
mentir, diziendo lo que auian querido que dixesse, dizen-
do de la mudança del nombre, al cabo dixo la verdad,
en que el Francisco es el que nacio año de 48. como do-
ña Beatriz lo pretende, y consta por la fee del bautismo,
y assi viene a quedar solo vn testigo de aquel pleyto, a quẽ
por ser cosa tan antigua, no se le ha puesto tacha.

Nu. 131.

*Contra la prouã-
ça dicha tiene D.
Beatriz en sustã-
cia mas de 17. tes-
tigos que hablan
con distincion de
personas.*

Pero ay q̄ advertir, que contra estos testigos en aquel
mismo pleyto, de cuya executoria don Gaspar se vale pa-
ra lo q̄ della resulta prouado en su fauor, huuo otro supe-
rior numero de testigos, que ex diametro prueuan lo cõ-
trario, por q̄ don Fernãdo de Santillan, y Pedro Garcia de
Tapia, en la primera pregunta q̄ està en el memor. fo 105.
pag. 2. & fol. 106. y Geronimo de Matute en la 2. pregũta,
memor. fo. 106. pag. 2. dizen afirmatiuamente, q̄ conocie-
ron a dõ Frãcisco, y a dõ Diego otro su hermano, que era
menor q̄ el cinco ò seys años, y q̄ los vierõ andar juntos,
y que este don Francisco que litigaua en aquel pleyto de
Xelo, era el mismo que conocieron con nombre de Frã-
cisco, en vida del hermano menor, que se llamaua Diego,
y añade el vno destos testigos, que es Pedro Garcia de
Tapia, que le dixo el ayo que los lleuaua al estudio, que
el Diego era el legitimo nacido despues del matrimonio,
y que el otro era el bastardo, porque auia nacido an-
tes, y que con esto tratauan al Diego diferentemente.
Y Geronimo de Matute añade, que conoce al don Fran-
cisco que litiga, desde que nacio, con nombre de Fran-
cisco.

Y con

Y con estos testigos conueerdan otros dos, que el vno es Geronimo de Albarracin Secretario de la Inquifion, folio.109. que dize, que desde niño, y que tiene vfo de razon conociò a don Francisco desde la escuela con el mismo, y que le parece que si huiera tenido otro nombre, el lo huiera sabido, y no pudiera ser menos, por el conocimiento que tiene tan antiguo con el, y con sus padres.

Y el otro testigo es Hernando Ossorio, memorial folio.109. que dize, que desde que se sabe acordar, y dize, que tiene mas de sesenta años de edad, conoce a don Francisco que litiga, y siempre le vio llamar así, y por este nombre vio que le llamauan todos, y jamas supo que se huiese llamada Diego.

Desuerte que contra el vn testigo que queda de los tres de la otra parte, ay otros cinco, que afirmatiuamente deponen ser este don Francisco padre de don Gaspar, el que siempre se llamó Francisco, sin mudança de otro nombre.

Y con la verdad destes testigos conueerdan otros doze o catorze, que responden a la pregunta 10. y empieçan en el memorial folio. 103. que deponiendo año de 606. que así lo dize el memorial, dicto folio.103. dizen, que don Francisco entonces tendria vnos sesenta años, y otros cinquenta y ocho, y todos dizen poco mas, o menos. Y siendo esto así, viene a ser que precisamente no pudo ser el Diego que nació año de 52. sino que fue el Francisco que nació año de 48. porque el Diego quando mas, pudiera tener cinquenta y quatro años, que son los que ay desde el año de 52. hasta el de 606.

Y así viene a ser, que deste mismo pleyto de que don Gaspar se vale, es muy superior la prouança que ay contra el, de que su padre fue el que nació el año de quarēta y ocho.

Y las tachas que se oponen a los dos destes testigos, que son Pedro Garcia de Tapia, y Geronimo Matute, no obstan, porque la de Pedro Garcia de Tapia, memorial folio.128. pagina.2. que se funda en dezir, que este Pedro Garcia de Tapia, que dixo aqui este dicho, parece q̄

Num.132.

Respõdese a la tacha de Pedro Garcia de Tapia.

Q dixo

dixo lo contrario en el otro pleyto de la hidalguia, que está en el memorial folio. 93. es tacha ridicula, porque no consta de la identidad de la persona, antes consta que son diferentes por la diferēcia de la edad, que parece por ambos dichos, y por la del nombre, porque este se llama Pedro Garcia de Tapia, y el otro Pedro de Tapia, y el otro dize que es acuñador de moneda, y este no dize tal.

Num. 133.
Responde se ala tacha de Geronimo de Matute.

Y la tacha de Geronimo de Matute, como que se contradize en lo que dixo en la 17. pregunta desta instancia, que está en el memorial folio. 85. Y en otra que hizo en el pleyto de la hidalguia, tampoco es tacha, porque en la pregunta, 17. no dize mas que oydas de mucho tiempo a esta parte de personas que no se acuerda, y no es contradiccion auer dicho veynte y cinco años antes, en el pleyto de la hidalguia, que tenia a don Francisco por hijo legitimo de sus padres, y que supo el matrimonio dellos, y que vio que le tratauan como a su hijo, porque es muy compatible, y verdadero puede ser auer visto, y sabido el año de ochenta y cinco, lo que depuso en la Chancilleria de Granada: y en tiempo de 25. años despues auer oydo lo que dixo en esta instancia del Consejo: y quando huiera diferencia substancial, se adierte que en los pleytos de hidalguias, en que parece que no se quita hazienda a otros terceros, y se da honra a vn vezino, se persuaden los testigos cō credulidades, y apariēcias a lo que a la parte le puede estar bien.

Num. 134.
Responde se a la executoria del pleyto de Gelo de dōde se sacaron las prouanças dichas, q̄ fue en dīferētes terminos que los presentes.

Y si don Gaspar dixere que la Audiencia de Seuilla tuvo por superior la prouança de que el se vale. Se responde, que en aquel pleyto la primera sentencia del Alcalde fue contra su padre, y en fauor de don Pedro del Alcazar, que litigaua con el, como consta por el memorial, folio 86. pagina. 1. y en la Audiencia el pleyto fue remitido dos vezes, que aunque esto no consta por el memorial, afirman las partes que lo reconocerá don Gaspar como hecho llano, y assi no podrá negar la duda que tuvo el pleyto, y que justamente la podrá tener el Consejo por las mismas prouanças.

Y para que en este no sea duda sino reconocimiēto de supe-

superior prouança, dize doña Beatriz, que para que pudiesse en aquel pleyto vencer don Francisco, huuo dos circunstancias superiores que faltan en este. Vna, que el pleyto se litigò estando don Francisco en possession. Y otra, que alli litigaua con el solo don Pedro, y dezia justamente don Fráncisco que no le auia de quitar la possession, siendo el de la linea primogenita llamada don Pedro, que era de la tercera linea, y mas incapaz que el, pudiendole bastar las reglas de la l. fin. C. de reuendicatione, y de la l. loci corpus, §. competit, ff. si feruitut. vindice. porque por mas que el fuesse injusto poseedor, no le auia de excluyr dō Pedro, q̄ por la ilegitimidad q̄ el le imponia era incapaz: y afsi en duda, en controuerfia destas incapazidades, fue justamēte amparado el que estaua en la possession, y en la linea primero llamada: pero esto todo falta aqui, porque don Gaspar es actor en vn juyzio de tenuta, que no es simple possessorio, sino que ha de mostrar plenamente de la propiedad de su derecho, para que la possession se le pueda dar, vt per l. i. C. quorum bonorum, & alia plura tradit Molina libro. 3. cap. 13. numero. 9. & numero. 22. y no litiga con el solo don Pedro, contra quien pudiera dezir, que en ygual causa de incapazidades ha de vencer si no litiga doña Beatriz, que (sin que se le oponganada) es legitima de legitimo matrimonio nacida.

Y no puede don Gaspar dezir, que las prouanças de que doña Beatriz se vale, quedaron reprobadas en aquel pleyto, pues venció su padre contra ellas. ex ratione textus in cap. suborta, in fine, extra de re iudicat. Porque se responde. Primo, que el tenerse por reprobadas pudo ser, respecto de aq̄l juyzio possessorio, pero no para juyzio de propiedad, ni para este q̄ tiene mezcla de tal, etiã inter eisdem partes, vt tradit Corneus in l. 2. C. de eden. numero. 14. & ibid. Ioan. Bologne. numero. 60. ibi: *Nec curo quod sententia sit lata in fauorem examinantis illos testes, vel contra producentem, quia etiam, quod non fuerunt sufficiens ad victoriam, tamen faciunt fidem in alia instantia, vt cum alijs adminiculis possint coadiuuari, vt expresse dixit Bart. in dict. l. 2. vers. Quæro vtrū volens, quod testes*

Num. 135.

No concurren en nuestro caso las circunstancias q̄ en el pleyto de Gelo.

Nume. 136.

No obsta dezir, q̄ en aq̄l pleyto quedaron reprobadas las prouanças de q̄ D. Beatriz se vale.

exa-

examinati in causa civili possunt coadiuuari, ut plenè prober. t in causa criminali. Y assi procediera esto, aũque en aquel pleyto huuiera litigado D. Beatriz, que no litigò.

Segundo, q̄ don Gaspar q̄ se valc de aquellas prouanças, no se puede valer en fuerça de executoria, sino en fuerça de adminiculo, o de exēplo, y esto no puede necessitar al Cõsejo a q̄ dexe de atēder a lo q̄ tuuiere por prouança superior, pues quãdo este pleyto fuera sobre aq̄llo mismo, conociendose oy en tenuta, q̄ tiene mezcla de propiedad, pudiera determinar lo contrario por aquellas mismas prouanças, ex supradictis.

Nume. 137.

Las prouanças cõtrarias a lo sentenciado, no quedarõ repelidas, sino respecto de las circunstancias de aquel pleyto.

Tertio, porque aquellas prouanças no quedaron simplemente repelidas, sino respecto de las circunstancias del pleyto, scilicet, de ser juyzio possessorio, y cõtra don Pedro, a quiē se oponia y gual incapazidad, porq̄ cõ aquellas mismas prouanças, si doña Beatriz litigara con el mismo don Francisco pudiera vencerle. Y como con nueva causa, o nueva persona, cessa la pretension de executoria, l. cū quæritur, cū seq. l. si quis ad exhibēdum, l. si a te, ff. de except. rei iudic. cessa tambien la pretension de q̄ queda reprobada la deposiciõ delos testigos, porq̄ la regla recebida es q̄ corrē por vna misma regla los actos del juyzio, y las sentēcias del, q̄ a quien, y en lo q̄ no perjudicã las sentēcias, no perjudicã los actos, ni las prouanças, & è cõuerso, c. inter dilectos, vers. *Nec attestations*, de fide instrum. Innoc. Ioã. Andr. Ancarra. Abb. Iaso. & alij plures, quos refert, & sequitur Molin. libr. 4. c. 8. n. 5. Vincen. de Franc. decis. 345. nu. 10. in 2. parte.

Numer. 138.

Quãdo el pleyto huuiera sido principaliter sobre pronunciar se la legitimidad, no perjudica el que no litigò en aquel pleyto.

Y esto procede en tanto, q̄ aunq̄ el pleyto huuiera sido principaliter sobre el pronũciarse por legitimo, la pronũciaciõ de serlo, no perjudica al que no litigò en aquel pleyto, que en el nuevo juyzio q̄ intentare, y sobre lo mismo puede vencer, y serã valida la segũda executoria, por mas que se diga que es contraria a la primera, & ita in terminis tradit Innoc. in c. causamq; 7. n. 7. qui filij sint legi. quē refert, & sequitur Abb. ibi d. n. fin. Ant. de Butrio nu. 14. & 15. Hostiens. numero. 3. Ioan. Andreas, numero 2. ibi: *Quid si is, qui dicebatur legitimus pronuntietur illegitimus: Et ipse postea agendo contra illum, qui obtinuit, petat*

petat hereditatem, vel alia, qua illegitimus petere non potest. Respondeo, secundum Innocentium, obstat ei exceptio rei iudicata, vel doli, imò videtur, quòd hæc sententia ius faciat inter omnes. l. 1. § 2. ff. de liber. agnoscend. Alij contradicunt, & non male, secundum Innocentium, & Hostiens. quòd licet sententia filiationis ius faciat inter omnes, non tamen idè in causa legitimitatis, cum non videatur expressum, ideò standum est regula, res inter alios acta, &c. Si autem uno agente aliquis pronuntietur legitimus, deinde alio agente pronuntietur illegitimus, utraque sententia tenet inter eos, inter quos lata est, nec dicitur ferri contra res prius iudicatas, ex quo alia sunt persona in secunda causa, quàm in prima, sed nunquid admittitur secundo agens, is, qui præsens fuit in prima sententia, & tacuit, neque appellavit: dic, quod sic: quia nec obest hæc sententia nisi illis, inter quos lata fuit. Lo mismo concluye en aquel texto Ancharrano, num. 10. Collectario, y el Cardenal Zauarela, num. 5. & latius Alesand. in l. sapè, num. 60. ff. de re iudic. Pero no auiendo sido la pronunciacion sino solo sobre la possession litigada en el juyzio possessorio, en que incidentemente vino la question, de ilegitimidad, no ay que hazer ponderacion de lo que incidentemente quedò determinado, vt pulchre aduertit videndus Marcus Anton. Nata conf. 473. num. 5. in fine, vers. *Modo in prefata sententia.*

Y si dixere don Gaspar, que demas de estos testigos desta executoria, tiene otros siete del pleyto de Hernan Xarez, a que se reduce el num. de 10. Porque los tres de vna prouança estan repetidos en la otra, y que estos deponen la mudança del nombre de Diego en Francisco. Dize doña Beatriz, que vltra que vna de aquellas prouanças fue hecha sumariamente, sin citacion de parte, aũque despues con la calidad de sumaria, se presentò en aquel pleyto, y como no se presenta el pleyto, no se sabe lo que contra ella se dixo, esto es añadir numero, no es añadir sustancia.

Primò, porque todo esto vendra a reducirse a que de vna y otra executoria aya ocho testigos, que puedan induzir credulidad desta mudança de nombres. Pero cõtra estos ay la superior prouança que queda ponderada en la otra executoria.

Num. 139.

Responde se a los 7. testigos de vna executoria de Hernan Suarez, que parece que conforman los tres presentados por don Gaspar en el pleyto de Xelo.

Num. 140.

Primò, que los 8. nos son de vna informacion sumaria, hecha sin citacion de parte.

R

Sej

Num. 141. *En la executoria de Hernan Xuarez, nose tra to de la ilegitimidad, y assi imper tinentemente se prouò lo quedizè los testigos, y muestra que fue traza afectada.* Secundo, que en este pleyto de Hernan Xuarez no se opuso desta ilegitimidad, ni se hablò palabra en ella, y assi no ay que hazer caso de prouanças de aquello, sobre que no era el pleyto, como no se pudiera hazer de la sentècia, aunque expressamète pronunciara sobre la ilegitimidad, vt benè ponderat Innocent. in d. c. causamque. 7. qui filij sint legitim. num. 6. & regulariter testis deponens vltra articulum, & capitula non probat, vt per integram conclusionem tradit Mascardus de probationibus, conclus. 1371. incipienti: *Testis deponens extra capitula.* Y assi antes parece que esto fue traza para tener hecha esta prouança, para el efeto de que oy se litiga, y otros semejantes.

Nu. 142. *Quando tuuiera d. Gaspar prouado que su padre fue el Diego del año de 52. adhuc era ilegitimo.* Et vtcumque sit, dize doña Beatriz, que quando se tuuiesse por mas verisimil, y por concluyentemente prouado (quod non creditur) que don Francisco padre de dō Gaspar, fue el Diego que nacio el año 52. adhuc no se puede dezir que tenga prouada legitimidad que le baste para obtener. Porque si bien yendo con esta lectura, se aura de suponer que nacio año de 52. despues del matrimonio cōtrahido publicamente, año de 49. Tamen constat, que es hecho reconocido que sus padres eran parientes en tercero y quarto grado, y que tuuieron necesidad precisa de dispensacion, y que la que se refiere en el testimonio de q̄ se valen, fue de la sacra penitenciaría, que no puede aprovechar para el fuero exterior, vt supra remanet dictum, numero. 119. Y despues desta dispēfacion huuo necesidad de otras por los excessos hechos despues de la dispensacion que ellos mismos reconocen que hizieron, que son tales, que es muy creyble que su Santidad no dispensò en ellos, vt supra remanet perpensum, numero. 114. & numero. 124.

Nu. 143. *Quando se reduce a dudoso lo dicho, en duda ha de suceder doña Beatriz.* Et ex abundantia dize doña Beatriz, que quãdo mas, no puede negar don Gaspar, que todo lo q̄ se ha referido por vna y otra parte, se reduce a terminos de disputa, y de dubia credulidad, y esta duda que a el no le puede bastar para vencer, porque ha de mostrar como actor claro su derecho, le basta a doña Beatriz para excluirle, vt supra remanet dictum num. 23. Porque estando en la linea primogenita, y siendo hija del vltimo possedor, no puede ser excluyda,

cluyda, sino por quien con evidencia muestre cōtra ella derecho claro ex Mol. d. lib. 3. c. 4. nu. 37. & Surd. consil. 316. nu. 28. vol. 3. præcipuè in iudicio possessorio, en que tiene por si el texto expresse in c. 1. §. inter filiã, si de feudo defuncti contētio fit, ibi: *Apud filiam possessionem interim esse collocandam.* Et ibi: *Respondi filiam in possessione feudi manere debere, donec de eo iudicetur.* Ornat, & resoluit Molin. lib. 3. cap. 4. nu. 41. y en el nu. 43. poniendo la limitacion, dize, que la que ay es, si los agnatos trãsfuerfales mostraren incontinenti de su derecho, y esto es lo que dize doña Beatriz que no estã hecho por ellos, porque no le muestran sino cō las dudas y dificultades que quedan referidas.

Y porque ambos opositores se valen contra D. Beatriz de dos excepciones: vna, que les basta la quasi possession de legitimidad que les resulta de la possession de los mayorazgos que poseen, y de las cosas que en este pleyto tienen representadas: y otra, que el Consejo no es capaz de conocer destas questiones de legitimidad.

Dize doña Beatriz en quãto a la primera, que esta quasi possession de legitimidad quãdo ella la supuiesse prouada, no puede bastar a las partes contrarias, porque como en efeto es requisito preciso para poder obtener en este mayorazgo, que los que se oponen a la Tenuta del sean legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, porque esta es la calidad expressa con que estan llamados, q̄ es lo que dizen los Logicos *conditio sine qua non*, es preciso que para poder obtener, prueuen, y muestren en este juyzio esta calidad, y que no baste quasi possession, porque en qualquier juyzio por sumario que sea, se ha de legitimar la persona, vt tradit glo. verb. *quamuis in l. 2. C. de edict. diui Adrian. tollẽd. Petra de fideicom. quest. 11. num. 477.*

Y si se dixere que basta legitimar la conforme a la naturaleza del juyzio, vt si de possessione agatur, sufficit etiam personæ legitimatio in possessione, se responde, q̄ la l. 45. de Toro no passa la sucession, sino en el verdadero sucessor, vt patet. ibi: *En el siguiente en grado, que conforme a la institucion del mayorazgo huviere de suceder. Y assi requiere prouança verdadera in essentia, non in possessione.*

Nu. 144.

Respõdese a las 2. excepciones de do Pedro, y don Gaspar de la quasiposessiõ de legitimis y incompetẽcia de juridicion en el Consejo.

Nu. 145.

Supuesto que para suceder en este mayorazgo, han de prouar que tienen la calidad de legitimis, requerienda en el, no puede bastar quasi possession.

Nu. 146.

La l. 45. de Toro no passa la sucession sino en el verdadero sucessor, y assi requiere prouança in essentia

sefio-

sefione, à semejança del interdicto, *Quorum bonorum*, en q̄ dispuso lo mismo el tx. in l. 1. C. quorū bonorū, ibi: *Non aliter possessor constitui poteris, quā si te defuncti filii esse, & ad hereditatem, vel bonorum possessionem admisiū probaueris.* Et ex hoc dixit notabiliter Bald. in rubrica de causa posses. & propr. numer. 13. quod in casu statuti transferentis possessionem defuncti in haredem, absque apprehensione inspiciendum est de proprietate, quam doctrinam sequuntur plures relati à Tiraquel. in tractat. *Le mort sayfit*, 2. parte, declaratione. 2. numero. 1. & 3. prout hac latius in terminis dictæ l. 45. Tauri, recolligit Molina dict. libro. 3. cap. 13. numero. 9. cum sequētib. & quem ipse non allegat Palat. Rubios in dicta. l. 45.

Num. 147. *Los juzios de tenuta traen admixta la propiedad, ex Molina.* numero. 2. 3. & 12. Porque por mas que en el juyzio de la tenuta se determine, solo la possession, se atiende y miratoda la justicia de la propiedad, vt tradit Molin. vbi supra numero. 12. & melius numero. 14. Y en el numero 22. dize, que si no fuera por la remission que la ley Real haze del juyzio de propiedad a la Chacilleria, todo quedara determinado en el juyzio de la tenuta.

Num. 148. *El Consejo es capaz de conocer de las excepciones de la propiedad, è ilegitimidad, ex Molin. & Ioan. Garcia.* Y en quanto a la segunda excepcion de que el Consejo no es capaz de conocer destas ilegitimidades, dize doña Beatriz, que esto es pugnar contra las verdaderas conclusiones recebidas, y obseruadas en la practica, por que como resuelue el señor Doctor Molina dicto libr. 3. cap. 13. numero. 24. en el conocimiento del juyzio de la tenuta viene conocimiento de las excepciones de espuriedad, ilegitimidad, y de otra qualquier incapacidad, y lo mismo resuelue Ioan Garcia de nobilitate, glossa. 1. numero. 27. versiculo, hac duo iura, lo qual (si fuera necessario) posset ornari ex ijs quæ tradit Farinac. questione. 8. numero. 150. versicul. sublimita 2. donde dize, que quando la question que incide matrimonial, no es entre los mismos coniuges, sino entre otros, como entre el hijo, y el estraño, etiam de iure, pueden conocer los Tribunales seglares: *Quia nihil agitur, quod tangat esse, vel non esse matrimonij, nec per hoc essentia matrimonij ledatur, & sic non possit dici causa spiritualis.* Y alegando a Arnaldo Albertino de assertion. Catholic. quæstion. 25. num.

num. 11. dize Farinac. que esta opinion, satis optima ratio ne fundata videtur. Y en efeto, este conocimiento le vemos practicado cada dia en el Consejo, y por lo que resultò en el de incapacidad de doña Ana Ceron muger de don Iuan de Hinestrofa, sin embargo de ser hija del vltimo poseedor, se le denegò la tenuta, y se dio a don Francisco de Varte, que respecto della era remoto transfuersal.

Num 149.
En conformidad de la opinion de Molina, conocio el Consejo de la ilegitimidad de doña Ana Ceron y dio tenuta a do Frãisco de Varte

Y dize doña Beatriz, q̄ quanto mas se instare en esto por las partes contrarias, sera mas precisa en este juyzio su admision della, y la exclusion dellos, porque auiendo en el juyzio de la tenuta de mostrar su capacidad, y que concurren en ella las condiciones del llamamiento, si el Consejo no pudiesse conocer de la legitimidad que tienen necesidad de prouar, esto le bastaria a ella para auer de ser amparada en la posesion como hija del vltimo poseedor, que funda de derecho, y tiene por si todas las reglas, porque seria verdad dezir, que en este juyzio no muestran su derecho los que con ella litigan: y con esto en el interin que lo muestran, trayendolo executoriado del tribunal que pueden tener por competente ella interin como hija, y que funda de derecho, aura de ser in posesione collocanda, que es lo que dezidieron los textos, in d. c. 1. §. 1. si de inuestitur. inter dom. & vassall. & in d. c. 1. §. inter filiam, si de fæudo defuncti cõtentio sit, ibi: *Apud filiam possessionem interim esse collocandam*, & ibi: *Respondi, filiam in possessione fæudi manere debere donec de eo indicetur.* Salua. &c.

Num. 150.
No teniendo conocimiento el Consejo de la ilegitimidad y espuriedad no aura tenuta, y assi en el interin quedara la posesion en la hija del vltimo poseedor que es doña Beatriz.

do don Diego de Contreras

Lludon H... Jimenez Navilla

