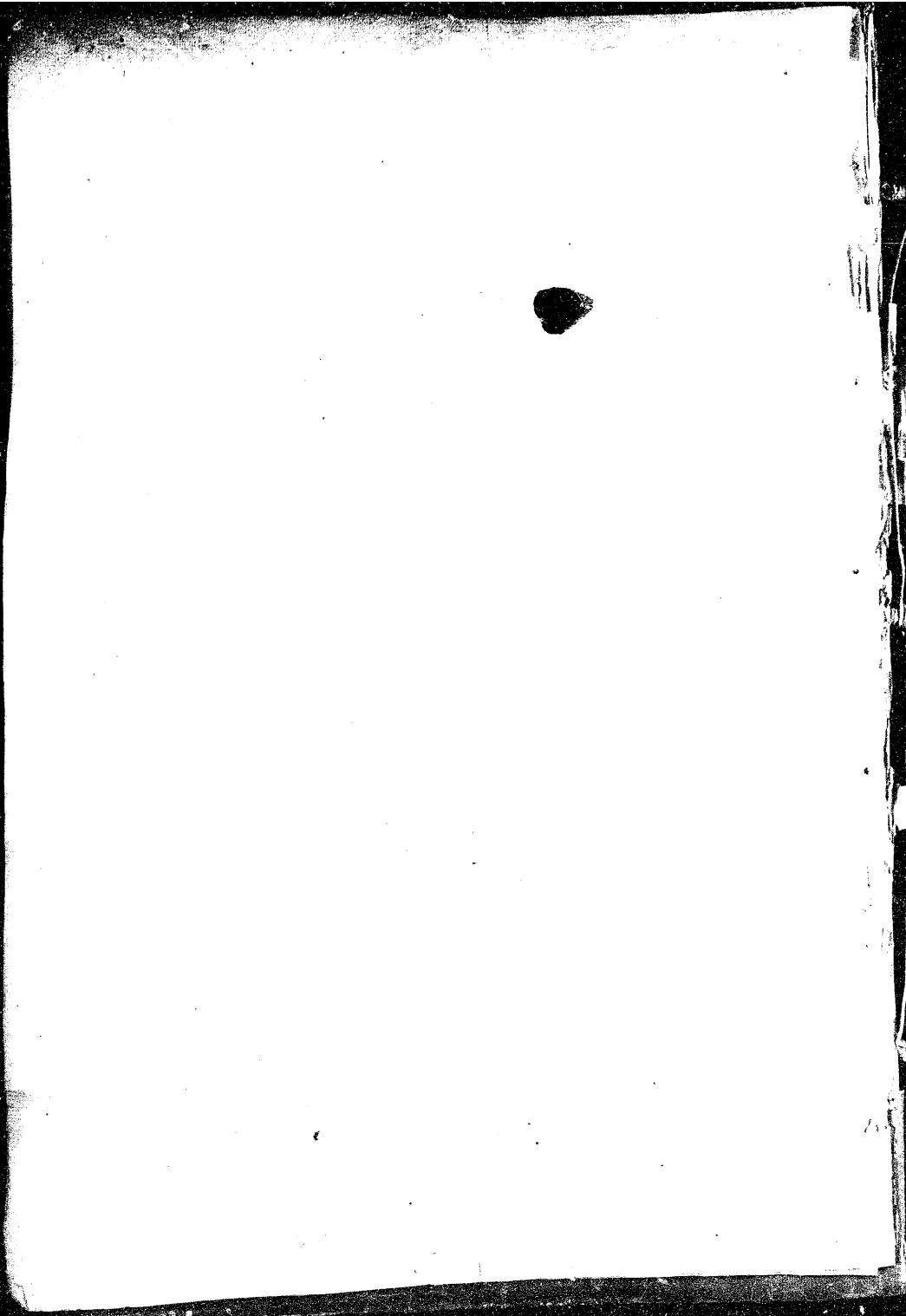


Photo 5

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA	
CRANICA	
Serie	A
Espectro	31
Título	
Número	155





P O R
D. LUIS DE GAUI
CATANEO Y LOMELIN, VEZINO
DE ESTA CIVDAD , Y ALFEREZ MAYOR DE LA
Villa de Salobreña.

C O N

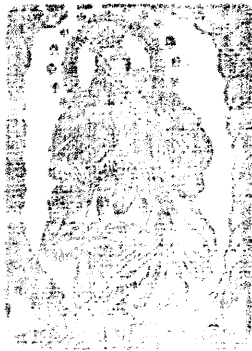
DON IVAN BAVTISTA LOMELIN , VEZINO ; Y
natural de la de Genova.

S O B R E

LA SVCCESION DEL VINCULO, Y MAYORAZGO
que fundò Hortensio Gavi, Alferes Mayor que fue de la Vi-
lla de Salobreña, dueño del Ingenio de fabricar azucares,
y tierras, y demás bienes situados en
dicha Villa.

*Impresso en Granada en la Imprenta Real de Francisco de
Ochoa, Impressor del Santo Oficio.
Año de 1691.*

18-18432



THE UNIVERSITY OF CHICAGO

LIBRARY

18432

18432

18432

N.º



I. JUZGAMIENTO DE JUZGAMIENTO POSSESSORIO ES

el que se trata entre las partes, una que posee, auctore iudicis, otra que se opone a la posesion, o a la posesion, impugnanola por dezir es legitimo successor en este mayorazgo, y por ministerio de la ley 45. de Toro se le ha transferido la civil, y natural, y aunque se aya tomado la Real Corporal, y con ella aya ocupado los bienes su contrario, a el se le ha de dar, y porque el fundamento de este intento, instituitur in Regula dict. l. 45. Taur. siendo su tenor, y forma la que lo declara, sera preciso referirla: ibi:

Mandamos, que las cosas q son de Mayorazgo, agora sean Villas, o Fortalezas, o de otra qualquier calidad q sean, muerto el tenedor del Mayorazgo, luego sin otro atto de aprehension se traspasse la posesion civil, y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del Mayorazgo debiere suceder en el, aunque aya otro tomado la posesion dellas en vida del tenedor del Mayorazgo, o el muerto, o el dicho tenedor le aya dado la posesion dellas. En que clausula, o razon de esta ley se funda Don Iuan Bautista Lomelin para intentar el juyzio de translacion de posesion por ministerio della; es lo que dudamos; porque si es por razon de siguiente en grado a D. Julio David Gavi, primero llamado, y poseedor; y a Don Julio su hijo, ultimo poseedor, este hermano, y aquel padre de Don Luis, vemos que no lo es, sino de distinto grado, y linea.

3 Conque la disposicion de la ley 45. para la translacion de la posesion natural, y civil, habla, y dispone exprellamente en favor de Don Luis, como siguiente en grado, hijo, y hermano del ultimo, y primer

mer

mér llamado, y poseedor legitimo deste Mayorazgo de Salobreña, y que se halla en su linea actual, y efectiva, q̄ segun la regla de los mayorazgos de España, es la que constituye por dicha ley la continuacion, y trans-
 lacion de la posesion en el siguiente en grado de aque-
 lla linea sin poder retrogradarse, ni hazer transito, has-
 ta que aya extincion de todos los que della procedie-
 ron, vt. expresse. *cavetur in l. 9. tit. 1. l. 2. tit. 15. part. 2. text. in cap. 1. de natur. succes. feud. ibi: Et ad solos, & ad omnes, qui ex illa linea sunt ex qua iste fuit.* Dom. Vela. *dissert. 49. num. 35. Roxas, de incompatibil. maiorat. 1. part. cap. 8. nu. 24. & fusius, Dom. Castell. tom. 5. cap. 67. num. 30. & cap. 91. n. 61. & cap. 92. à num. 35. & cap. 93. à num. 3.*

4 Si se opone Don Iuan Bautista Lomelin, como siguiente en grado, por auerse acabado la linea de Don Julio, porque Don Luis su hijo por no serlo de matrimonio, no lo es, y asi ha llegado el caso de su substitution, y llamamiento como hijo de la muger del Doctos Lomelin, nallamos que se funda en supues-
 to falso, y fundamento, que no ha provado, ni por hecho, ni por derecho, como evidentissime demon-
 strabimus, y assi faltando este principio, & substitu-
 tionis casu non evento, neque in persona Lomelini im-
 plecto, tam ex defectu iuris, & legitimationis, item que
 ob inabilitatem, & incapacitatem, tanquam alieni-
 gena, & exterus consequenter excludendus ille, & ma-
 nutendus in possessione, D. Luis de Gavi, hijo, y her-
 mano del primero, y ultimo poseedor, y de su linea
 efectiva, y actual, y que posee, auctore pratore, vt
 late fundat. Dom. Molin. *de primog. lib. 3. cap. 13. num. 15. Dom. Paz, de terut. cap. 9. num. 4. Dom. Guarr. pract. cap. 17. num. 5. Dom. Valenc. Velazq. conf. 41. à num. 66.*

Y por que a principios tan regulares, y ma-
 nifestos, se ha opuesto Don Iuan Bautista Lomelin, y
 sus

sus Abogados, ya dudando de la filiación natural de D. Luis, ya confesandose la, y que está excluido en caso de ser hijo natural del primer llamado de la sucesion de los mayores de España por las doctrinas del señor Don Luis de Molina, lib. 1. cap. 4. à num. 46. y señor Don Juan del Castillo, tom. 5. cap. 82. à num. 13. cum seqq.

En los artículos de esta alegacion se hará manifiesto el derecho, que tanto lo es de Don Luis, y quedará excluido, y Convencido el intento de Don Juan, satisfechas, y respondidas sus excepciones, y sin escrupulo de dificultad, patente la justicia de Don Luis, para lo qual se dividirá en cinco partes, y à cada vna se aplicarán los fundamentos juridicos que le corresponden.

1. Al primero, la probança clara, y estado de su filiacion natural de D. Luis.

2. Al segundo, el llamamiento literal, y expreso del Fundador.

3. Al tercero, el llamamiento legal en competencia de D. Juan Bautista, substituido.

4. Al quarto, el defecto de la probança de su filiacion de D. Juan, y no aver llegado el caso de la substitucion, en caso que estuiera probada.

5. Y al quinto, y vltimo, la incapacidad de dicho D. Juan, por Estrangero, y Genovès.

PRIMVS ARTICVLVS.

12 **V**lgar proposicion es, que la probança de filiacion, respecto del padre, semper pro difficili reputatur, à iure, & idè coniecturis probari permittitur. *Lucius, ff. de cond. & demonstr.* & ibi Bart. Bald. in l. non ignorat, C. qui accusar. non possunt. Escobar, de paritat. 1. part. q. 10. §. 2. num. 3. Menoch. de arbitrar. cas. 89. num. 88. Mascard, de probat. conclus. 787. Dom. Castell. tom. 5. cap. 104. à num. 7. Noguera, alleg. 25. à num. 24. Gaurba, de success. feud. §. 1. gloss. 9. in. 35.

13 Son tantas, y tan evidentes las que concurren en este caso para la probança de filiacion de D. Luis, y sus hermanos, que nos parecia ocioso el proponerlas: Mas, por que a esta verdad quieren oponerse Don Juan Bautista, y sus Abogados con vna objeccion tan calumniosa, y falsa, como suponer defecto de los requisitos que dispone la ley 11. de Toro, que es l. 9. tit. 8. lib. 5. Recop. para que se convença esta suposicion, antes de referir la probança, se referiran las palabras de la ley, ibi: *Y porque no se pueda dudar quales son hijos naturales: ordenamos, y mandamos, que entõnces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nacieren, ò fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion: con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no aya tenido la muger de quien lo huvo en su casa, ni sea una sola: Ca concurrendo en el hijo las calidades susodichas; mandamos que sea hijo natural.*

14 La libertad en las personas de D. Julio David Gavi, y Doña Juana Daza Malo de Molina, y habilidad para contraer matrimonio al tiempo del nacimiento, y concepcion de Don Luis, y sus hermanos, esta justificada plenamente, y con bastante numero de testigos mayores de toda excepcion, como son el Licenciado Don Salvador de Ribas, Secretario del Santo Oficio de la Inquisición. Don Joseph Pacheco de Padilla, Cavallero del Orden de Calatrava. Don Francisco Hurtado de Mendoza del Orden de señor Santiago. Don Luis Antonio Gonçalez, Venintiquatro de esta Ciudad. Don Antonio Franco Pacheco, Familiar del Santo Oficio. Y Juan Francisco Mesia, Escrivano de su Magestad, que en la 4. y 5. pregunta lo depone de vista, trato, y comunicacion con los referidos padres de Don Luis.

15 El reconocimiento expresse que por el año pasado de 678, hizo con juramento, por declaracion ante la justicia desta Ciudad, y ante Ignacio Padial, Escrivano de su Magestad el dicho Don Julio David Gavi, en que de-
cla:

clara son sus hijos Don Julio Gavi, vltimo poseedor deste mayorazgo, Don Luis Gavi, que oy litiga, Don Marco Antonio, à quien se nombrò defensor, y à salido à este pleyto, Doña Maria Gregoria, Monja en la Concepcion, y otros dos, Don Carlos Agustin, y Don Joseph Hortensio, que oy son Religiosos, todos auídos en la dicha Doña Luana Daza, siendo soltera, y habiles ambos para contraer matrimonio, y baxo de palabra de casamiento, y esponsales de futuro, y promessa de matrimonio, como lo declaró por su testamento, baxo de cuya disposicion murió por el año pasado de 664, la dicha Doña Luana (de que asimismo ay presentado testimonio) à que se remite el dicho D. Julio, y como tales sus hijos, los criò, educò, tratò, y alimèntò, y por tales los reconoce, y declara de nuevo, en caso necesario, y que son los mismos que declara, y se contienen en el testamento de la dicha Doña Luana,

16 Vease, pues, si concurren los requisitos que dispone la ley 11, de Toro en la filiacion de D. Luis, y se hallará, que en todo, y por todo se ajustan à su disposicion. Solo el reconocimiento expreso del padre con la habilidad al tiempo del nacimiento basta; aqui lo ay claro, y expreso, no solo del padre, sino de la madre; luego no es necesaria mas probanza de la filiacion, la mayor es cierta por la disposicion de dicha ley de Toro; la menor se prueba con los testimonios presentados, y regulandolos à la disposicion de la l. 7. tit. 22. lib. 4. fori, ibi: *Quien quisiere recibir por su fijo, fijo que aya en muger que no sea de bendicion, recibalo ante el Rey, ò ante homes buenos, y diga en tal manera: este es mi fijo, que de tal muger (nombre la.) Desde aqui adelante quiero que se pades que es mi fijo, y que lo recibo por fijo: T si aquel que lo así recibiere por fijo murriere sin manda, tal fijo herede lo suyo, si fijos legitimos no huviere, ò nietos, ò deudos a yuso; y si manda, quisiere fazer, faga al fin empecerle a aquel fijo que recibió en sí, y el fijo que así fuere recibido, ay a honra de sí, dalgo, si su padre fuere sídalgo, y esto se entienda de los hijos naturales.*

Lue-

17. Luego la consecuencia es evidente auiendo la declaracion de ambos, la del padre ante escrivano, y testigos, y por mandado del luez, como dispone dicha L. del fuero, y la de la madre por su testamento, vt in terminis resoluit *Noguer, dict. alleg. 25. num. 62. Escob., de purit. 1. part. quest. 4. §. 4. à num. 44. text. in cap. 5. de eo qui cogn. consang. vxor. sua; ibi: Cum id fateatur vterque, cap. per tuas, de probat. ibi: Filius nominatus communiter fuit, & habitus ab amobus. Et in cap. per tuas, qui filij sint leg. ibi: Standum est super hoc, verbo, viri, & mulieris. Et in l. 1. §. ad questionem, ff. de quest. ibi: Quam ambo parentes dicunt charam filiam habuisse, &c. Latè *Menoch. conf. 181. à num. 1. Mascard. conclus. 787. num. 15. Surd. conf. 1. num. 46. Balthaf. Thom. de legit. tit. 13. cap. 7. num. 349. & 383. Dom. Castillo, tom. 5. cap. 104. num. 12. latissimè Barb. lib. 2. vol. 22. à num. 27. Rota Rom. coram Paulo Zabchia. decis. 69. num. 4. & 5. lib. 10. qq. medic. legal.* Luego no se puede poner duda en la filiacion de Don Luis, quando està ajustada à la disposicion de derecho, y leyes Reales, y à la probança regular, y concludente que por ella se requiere.*

18. Mayormente quando se halla adminicula da con las demás presumpciones, indicios, y conjeturas por donde se induze, y prueba la filiacion, scilicèt, claver Don Iulio David criado, y alimentado à Don Luis, y sus hermanos por sus hijos, vt probant *Guill. Benedic. in cap. Rainvins. de testam. 3. part. verbo, quem filium, num. 14. Surd. dict. conf. 1. num. 46. Noguer, dict. alleg. 25. num. 78. Zachias, dict. decis. 69. num. 8. August. Barbof. dict. vol. 22. num. 21. Añco Roberto, lib. 2. rer. iudic. cap. 18. pag. mihi, 519. Melchior Phæbo, decis. 76.*

19. El averse baptizado, y puesto de orden, y consentimiento de Don Iulio su padre el dicho Don Luis por su hijo, como consta de la fee de Baptismo presentada, vt ex text. in cap. quaris, de consecr. dist. 4. cap. maiores, vbi gloss. de baptismo, & eius effecta. *Surd. vbi supra, num. 45.*

Bar-

5

Barbof. *diff. vor. 22. num. 17.* Barbat. *de fideic. 1. part. cap. 6. num. 222.* Balt. Thom. *vbi sup. num. 360.* Averle puefto à D. Iulio fu hijo mayor fu mismo nombre, y á los demás hijos nombres adequados à los de fu nacion, como Marco Antonio, Ioseph Hortensio, &c. *L. uxorem 29. ff. de man. test. l. 9. deliber. cau. l. cum filius §. Pater. de leg. 2. Theodor. Opin. de insig. & arm. iur. cap. 21. à num. 837.* Petr. Gerard. *sing. 75. à num. 238.* Carlebal. *de indic. tit. 2. disp. 3. num. 13.*

El averlos tratado como à hijos sustentandolos, y alimentandolos, dandolos à conocer por tales entre todos los Cavalleros de esta Ciudad, y con los parientes, como el Marquès de Campotexar, y otros que lo son de dicho Don Luis, y afsi han sido estimados, tratados, y acompañados, como es publico, y comun voz, y fama. Todo lo qual deponen los testigos referidos supra num. 14. Conque concurre afsimismo la similitud en rostros, y semblante, vt per se patet; que son todas las circunstancias, adnuculos, indicios, y conjeçturaciones, por donde se prueba la filiacion, de quibus latissimè agunt omnes DD. supra relati, ex quibus plures congerit Modernus amicus noster ingenij subtilitate, & doctrinæ eruditione conspicuus advocatus contrarius in hac lite D. Ferdinandus Alфонс. del Aguila in 2. part. cap. 4. add. sui avi Roxas à num. 30. cum seqq. & minor, qua ratione motus contra ipsiusmet doctrinam impugnare intendit filiationem, & eius possessionem de Don Luis, quando por sus mismas razones, leyes, y fundamentos juridicos la tiene concluyentemente provada, no solo con reconocimiento expreso, sino con el tacito que el mismo Aguila dize que basta, *ibidem num. 32.* & prætecum late comprobat Zachias, *qq. medic. legal. lib. 1. tit. 5. quest. 4. & Rota coram illo dict. decis. 69. per totam, & consil. 60. num. 2. & 12.* Anneo Robert. *lib. 2. rer. indic. cap. 17. vbi eruditè.* Genoa, *de verb. enunciat. lib. 2. quest. 33. à num. 19.* Agustín Barbof. *tom. 6. collect. ad cap. per tuas 10. de probationib. in prætermisissis.* Monteaigre in *praxi. lib. 2. cap. 1. §. 44. num. 18.*

C Sin

21 Sin que obste el decir, que Doña Juana Daza
al tiempo de la comunicacion, y parto de Don Luis, era
casada con Don Andres de Ribas, y el matrimonio estava
constante; por que aunque se diò sentençia en tercera insti-
tancia, declarandolo por nulo, no se despachò la execu-
toria; y como pleyto Eclesiastico necessitò de tres sentençias
conformes, y todavia quedò pendiente el pleyto, y el ma-
trimonio constante, y no hubo libertad, ni habilidad en
Doña Juana para que sus hijos, y de dicho Don Julio pudiesen
nacer naturales, y que assi las declaraciones de am-
bos, y reconocimiento no se pueden perjudicar à Don Luã
Baptista Liemelin, ex fundatis à Barbosa *in dict. cap. per
tuas, num. 7. tom. 6. collect.*

Por que el supuesto de esta objeccion es in-
cierto, & sic patet, que en los pleytos Eclesiasticos sean ne-
cessarias tres sentençias conformes, transeat, porque nihil
ad rem. Que estando pendiente el pleyto, sobre la nulidad
del matrimonio, naciesse Don Luis, es falso; pues consta
de los instrumentos presentados, que el año de 655, se de-
clarò por nulo el matrimonio, y el año de 58, nació, y se
bautizó Don Luis; luego ya estava libre, y soltera Doña
Juana, y habil para poder contraer matrimonio con Don
Julio, pues pasaron tres años de vn tiempo à otro. Que se
facasse, ò no executoria de dicha sentençia, tampoco es
de el intento; pues en el caso referido de declararse por nu-
lo el matrimonio en la tercera, y vltima instancia, no es
necessaria mas executoria que el hecho, y declaracion re-
ferida, ni avia para que se facasse, ni era menester, ni es ne-
cessario mas executoria que la cosa juzgada, y cumplimien-
to della; pues como consta de los autos, y està provado la
dicha Doña Juana quedò libre, y tambien el dicho Dõ An-
dres, que se ordenò de Clerigo, y pasó à otro estado, co-
mo lo pudieron hazer: con que se reconce quan sin funda-
mento se alega vna excepcion tan injusta contra vn hecho
tan claro, y que no puede tener la menor controversia, ni
dificultad.

Y mas

23. Y mas en materia de filiacion natural y nulidad de matrimonio, que es tan favorable quando ay sentencia que lo declara por nulo, que aunque de ella se apelle, y el pleyto este pendiente, si en el interin vno de los contrayentes se desposare, o tuviere comunicacion con otra muger, do que naciere algun hijo, o hijos, estos seran naturales, y el segundo matrimonio sera valido, itaque expresse constituitur ab Urbano III. in cap. cum in apostolica 18. de sponsal. Et ibi Abbas. num. 3. Ruin. conf. 150. nu. 19. lib. 5. Bald. de Vvald. Perus. conf. 3. inter conf. matrim. num. 11. tom. 1. ibi: *His tamen non obstantibus contrarium dico scilicet secundum matrimonium valere, & prolat esse legitimam, & hoc ideo, qui a fuit a primo separata per sententiam, &c.* Et num. 13. ibi: *Nec obstat pendentialitis, vel appellationis, quia illa non impedit matrimonium, contra in cap. cum in apostolica de sponsal. cap. 2. de matrim. contrahet. contra interd. eccles. quae iura procedunt cum prima lis pendebat, & nulla sententia erat lata pro contrahente, & sic nullum habet colorem contrahendi, fortius enim procedunt in illo, qui iam habet unam sententiam pro se, ut in casu nostro, &c.* Lanceloto, de attentat. 2. part. cap. 4. lim. 17. ibi: *Decimo septimo fallit in actu matrimonij secundi, qui sstiat litipendente super validitate primi matrimonij vales non obstante litipendensia, quando scilicet primum matrimonium declaratur nullam.* Eidem repetit: cap. 20. lim. 18. & part. 3. cap. 4. quaest. 17.

24. Luego aunque huviera el pleyto pendiente sobre la nulidad del matrimonio, declarandose despues por nulo, ex nunc, & pro tunc desde su principio, como dize la sentencia, pudiera Doña Juana aver en el interin dispuestro de su persona contrayendo esponsales de futuro con Dñ Iulio, y teniendo la comunicacion para que della naciesen los hijos naturales, y no bastardos, atque ita resolvunt Agust. Barbof. tom. 3. vot. 114. a num. 6. cum seqq. Cardos. in prax. verbo Sacramentum, §. de Sacramento matrimonij. num. 36. Angel. de Castr. conf. 30. inter conf. matrim. num.

num. 3. tom. 1. Paul. de Castr. conf. 354. num. 1. Mezz. de
contract. tit. de matr. sub num. 16. Franc. Marc. decisi. del-
phinat. 713. Gutierrez. de matrim. quest. 12. num. 8. Sanch.
lib. 7. disp. 2. num. 15. Transmiera. de Poligamia. lib. 2.
quest. 7. Aug. Barthol. in collect. tom. 6. in pratermissis ad
cap. 18. ad spm. et. num. 5. ibi: Et sic filij concepti, vel nati
litependente ex ea cum qua secundum matrimonium tunc
contraxit, vel **EX ALIA SOLUTA DICUN-
TUR NATURALES**, & non spurij, quia ex even-
tu deinde sequuto, & declaratione facta nullitatis ma-
trimonis sequitur, illud non posse impedire quin valide
aliud contrahatur, ut per text. in cap. 2. de eo qui dux in
matrim. quam post. per adulter. tenent. Marc. Ant. Cu-
cho, inst. maior. tit. 22. num. 84. Matienç. in rubric. tit. 1.
num. 83. lib. 5. Reop. Kaler. Reginald. in prax. for. pœnit.
lib. 3. num. 135. Sanchez. de matrim. lib. 7. disput. 79. nu.
30. Mier. tom. 1. quest. 51. num. 385. Escobar, de puri-
tat. quest. 4. §. 7. num. 66. & 72.

25. Si esto es así, con quanta mayor razon cor-
rerán dichas reglas, quando ya el pleyto estava fenecido, y
executoriado por la vltima sentencia, y mucho despues
contraxo las esponsales de futuro Doña Juana, y tuvo la
comunicacion con Don Julio, y nació Don Luis, y sus her-
manos quando ya no tenia impedimento, ni embaraço pa-
ra casarse, y que sus hijos naciesen naturales, y no bastar-
dos. Y así como naturales nacieron, y los reconocieron,
y pudieron reconocer sus padres, y en esta posesion han
estado, y estan.

26. La qual solo, aunque huviera alguna duda,
les bastava para obtener en este juicio; y fundandose Don
Juan Bautista en lo contrario, lo devia provar en vn ju-
zio distinto deste sobre filiacion, por que en el estado que
se halla de natural, ha de ser conservado, l. circa 14. ff. de
probat. Cyn. in l. non epistolis. num. 3. Et ibi Angel. num. 1.
C. de probat. Bartol. in l. non nudis, C. eod. Surd. conf. 5.
num. 7. & 8. & conf. 1. num. 44. 46. & 60. vbi suficientes con-

7

coniecturas tradit pro hac quasi possessione filiationis, & conf. 571. sub. num. 28. Peregrin. de fideicom. art. 43. num. 78. Mantica. de coniect. lib. 11. tit. 10. num. 32. Petra. de fideicom. quaest. 11. num. 511. Cyriac. controverf. 208. tom. 2. à num. 11. ad 14. donde dize, que conforme à el estatuto de Verona, no se puede alegar, ni oponer excepcion, negando la filiacion, ò legitimidad contra aquel que està en possession de vno, ò de otro. Y tiene en su favor la presumpcion legal, vt ita in terminis resolvunt Dom. Covarr. de sponsal. 2. part. cap. 8. §. 3. num. 1. Bald. in conf. 448. nu. 4. volum. 1. Cravet. conf. 166. num. 1. & conf. 138. num. 1. Tell. Fernand. in l. 11. Taur. num. 3. P. Sanchez, conf. moral. lib. 4. cap. 3. dub. 6. num. 1. Gutierrez. practica. lib. 2. quaest. 112. num. 4. Et post eos Ioan Angel Bolsio, moral. variar. tom. 1. part. 2. tit. 1. num. 1551. & num. 1444. Vbi in dubio indicandam pro eo, quod est honorabilius filio, & favore legitimitatis, aut naturalitatis, & favore innocentis prolis, & num. 1405. ait sic: Ac proinde si id sit solum legitimitatis favore multo magis fieri debere favore pudoris, honestatis, & fama, & honoris, qui omnibus rebus praestantior, & pretiosior est, l. Iulianus, ff. si quis omiff. caus. testam. Et eleganter comprobatur Dom. Menchaca, illustr. controverf. cap. 48. num. 26. & 27. Et Hieronym. Basilico, decis. crimin. decis. 22. à num. 13.

27 Sin que las excepciones de ilegitimidad, que injustamente le opone Don Iuan Baptista su contrario, se puedan, ni devan admitir en este juicio possessorio, vt in terminis, ex l. 3. §. caus. ff. de carbon. edict. tenet Dom. Molina. de primog. lib. 3. cap. 13 num. 24. & 37. Dom. Paz. de tenuta, cap. 37. num. 24. Cesar. Barç. decis. Bonon. 46. nu. 28. Vicent. de Anna. in cap. de vassall. decrepit at at. num. 432. Paul. Emil. decis. 242. Giurb. ad consuet. messan. cap. 5. gless. 6. num. 21. Ioan. Bapt. Thor. incomp. decis. Neapolitan. verbo Possessor feudi Menoch. conf. 928. num. 14. cum alijs adductis ab Anton. Amat. Resol. 39. num. 87. Ponte. decis. 40. Por querit mayor conocimiento de cau-

fa, & alio rem indagatē, vt DD. prædicti. Y aunque huviera mucha duda, solo con vn humo, con vn vito de provanca qualis qualis, de su filiacion; bastavale à Don Luis para obtener en el juizio possessorio la possession de los bienes de mayorazgo, como la del Carboniano Edicto, ex dict. l. 3. §. causa, ff. eodem, ibi:

28 *Si Index absolutam causam invenerit evidenterque probetur filium esse negare ei debet Prator bonorum possessionem Carbonianam; si vero ambigam causam, hoc est, vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filius non esse, dabit ei index Carbonianam bonorum possessionem.* Esto es, antes de tomar la possession, que despues de tomada debe ser amparado en ella en el juizio possessorio de todos los bienes del mayorazgo; y solo para el juizio de la propiedad se reservaran las excepciones del Actor, que con ellas pretende excluir la filiacion, vt ibi in individuo tenet doctissimus Dom. Molina, de primogen. lib. 3. cap. 13. num. 37. ibi: *Ex quo infertur quod si filius sit in possessione bonorum maioratus materni, vel alterius transversalis, & alius eorum possessionem petat pretendens illum esse illegitimum, si filius in possessione existens, interim bonorum possessione fruatur, & in possessione remanet, sicut in Carboniano.* Et idem repetit, num. 38. Y en la possession de su filiacion, y estado, tambien ha de ser mantenido, vt probat Mascard. conclus. 799. num. 28. Peregrin. de fideicom. art. 43. num. 66. Posthio, de manutenend. obser. 10. num. 60.

29 Mayormente, señor, quando la excepcion de ilegitimidad, ò bastardia que o pone la parte contraria, es calumniosa, y solo por injuriar contra el hecho de la verdad, que es notorio, y no le puede aprovechar para su defensa, y justicia; por que si se funda en que Don Luis, por hijo natural, está excluido de la sucesion de este Mayorazgo, ex doctrina Dom. Molina, & Castillo: ad quid est, ò para que el oponerle vna injuria à Don Luis, y à su madre, como la bastardia falsamente, y contra la verdad, que está

justi-

justificada? En que se conoce la desconfianza que tiene de su justicia, y quan mal pleyto es el que ha intentado, vt notat Aug. Barbof. *in cap. causam. qua num. 8. qui fil. sint leg. ibi: Presumitur enim fovere malam causam opponens alteri parentes ipsius defunctos legitimos non fuisse.*

30 No contentandose con venir desde Genova à moverle vn pleyto de la sucesion del mayorazgo que gozò su hermano, que possedyò su padre, que fue primer llamado en el, y que adquiriò la mayor parte de los bienes con su trabajo, y aplicacion, como esta provado, para que fushijos, à quien tanto quiso, lo gozassen (vt infra fundabitur) sino tambien à difamarlo, ò infamarlo, solum ratione turpis questus ad calumniandum impulsus, vt simili ait Doct.issimus Ann. Robert. *lib. 2. rer. iudic. cap. 18. pag. § 29. quod iura abhorrent. vt inquit etiam Faria ad Covarr. lib. 1. var. cap. 19. num. 23.*

31 Por lo qual deve ser despreciada la excepcion maliciosa de ilegitimidad, vt probatur *in cap. significante qui matr. accusar. possunt.* Et ibi Aug. Barbof. *in collect.* Ex ratione eiusdem textus, nam malitijs hominum non est via appertenda, vt late comprobat Velasco, *de privileg. pauper. 1. part. quast. 39. num. 2.* Ceslar. Argel. *de legit. contradict. quast. 13.* neque illis indulgendum, sed occurrendum, vt eleganter exornat Escobar, *de ratiocin. cap. 15. num. 3.* Y por ello; ni Don Luis puede passar en silencio el agravio, y ofensa que à el, y à sus hermanos, y à su madre se le haze con la falsa impostura, y calumniosa injuria; ni dexat de pedir la condigna satisfacion; por que como dixo Aristotestel. *lib. 4. ethicor. ibi: Quin etiam contumelias; & convitia equo animo ferre servile est.* Y Socrates. *in orat. contra lochit. maledicta, qui non vindicat veterem remittendo iniuriam novam provocat.*

32 Es gravissima, y atroz la injuria que se haze por escrito, imponiendo vn falso crimen al litigante, ò à sus padres, y digno de mayor pena, quanto se reconoce que es falso, y se opone, como aqui, no mas de por injuriar:

Et

Et ita tenet Dom. Covarrub. *lib. 1. var. cap. 11. num. 7. vers. Tertium ex his*, Plaza, *de delict. cap. 1. sub. num. 4.* Gutierrez, *in prax. crimin. quæst. 133. num. 29. & quæst. 141. num. 28* Cevall. *quæst. 323.* Dom. Salced. *in add. ad Bernard. Diaz, reg. 784.* Farin. *quæst. 105. num. 239.* Faria, *in add. ad Covarr. ubi sup. num. 54. ibi: Imo acerbius est plectendus ex probas crimen iniuriandi animo in iudicio, quam si extra illud obijceret.* Thuse, *litter. 1. conclus. 153. num. 3.* Ancharran. *conf. 325. num. 3. nam arox iniuriacensetur, qua coram Pratore fit. l. Prator 72. §. fin. ff. de iniur. Gratian. tom. 1. cap. 81. à num. 5.* Y así no es justo que se quede sin castigo. Anaco Robert. *lib. 4. rer. iudic. cap. 12. ibi: Neque enim magistratus ferre debet, bonorum famam convicijs ladi. l. item apud labeonem. §. 2. ff. de iniur.*

33 Ni Don Luis puede escusarse à la queixa tan justa de su agravio, tolerando con paciencia la injuria: *Etenim, qui conscientia confidens fama medieta negligit crudelis est*, ut Div. Augin. *in cap. nolo. 2. quæst. 2.* Et ut inquit Tertulian. *in lib. advers. Marcian. disciplina publica interest iniuriam vindicari, metu enim ultionis omnis iniquitas refranatur.* Latè exornant Escobar, *de puritat. in proam. §. 8. num. 2.* Guzman, *veritat. iur. veritat. 27. num. 18. in fin.* Hector Capicio Latro, *decif. 75. nu. 12.* D. Francisc. Merlin, *controvers. Forens. 66. à num. 2. centur. 1.* Y así Don Luis espera, que siendo castigado su contrario, quede ileso su punto, y estimacion, como hasta ahora lo ha tenido antes, y despues que muriera su padre Don Julio, de quien no admite duda que es hijo, y de Doña Juana Daza, habido con los demás sub spe futuri matrimonij. Y siendo ambos solteros, y libres para poderlo contraer, como està provado, así con los testigos, como con los reconocimientos de el padre, y de la madre.

ARTICVLVS SECVNDVS.

34 Antes de proponer los fundamentos juridicos

cos, que se han de tratar en él, será preciso referir las cláusulas de la fundacion de el mayorazgo de Hortensio Gavi: en que se fundan las partes, cada vna para su admision, y exclusion de el otro. Por el año pasado de 646. el dicho Hortensio Gavi otorgò su testamento en la Villa de Salobreña, de donde era vezino, y Alferrez mayor: y por dos cláusulas fundados mayorazgos. Vno, en Genova; y otro, en España de los bienes que en ambas partes tenia. La de la fundacion en Genova, que es la primera, dize:

C L A V S V L A.

35 **M**ando, quiero, y es mi voluntad, que si Dios Nuestro Señor fuere servido de llevarme de esta enfermedad, ò en otro tiempo sin poder inovar de testamento, que Don Lorenço Gavi mi sobrino, suceda, aya, y lleve en la mejor forma que ay a lugar de derecho, las casas principales, y toda la hacienda que tengo, y poseo en la Ciudad de Genova, mientras viviere; y despues de sus dias suceda en la dicha hacienda sus hijos del dicho Don Lorenço legitimos si los tuviere, y à falta sucedan sus hermanos, prefiriendo el mayor al menor: y por su falta, los hijos de los susodichos, siendo siempre preferido el mayor. Y por esta orden han de ir sucediendo para siempre. Y en faltando, suceda en toda la dicha hacienda mi sobrina, muger de el Doctor Lomelin, vezino de Genova, y sus hijos. Y despues de los dichos hermanos del dicho D. Lorenço Gavi, y de la dicha su hermana, quiero que suceda en la dicha herencia las demás hermanas del susodicho, y mis sobrinas, y sus hijos, como vò declarado en la linea de los demás llamados. Y despues de todos haze otros llamamientos, y substitutions, como son, à Constantino Rizo, los hijos de Octavia, y de los señores de Passan, y despues los de Iuan Andrea Badiano; y à falta de todos dispone que se funde vna obra pia para los pobres à disposicion del Arçobispo de Genova. Y pone gravamen

de viaculo, y prohibicion de enagenacion en la forma regular de mayorazgo.

SEGUNDA CLAVSULA DEL MAYORAZGO
de Salobreña.

36

Y En el remaniente que quedare, y fincare de todos mis bienes muebles, y raizes, y otros que en qualquier manera me pueden pertenecer por qualquier causa, y razon que sea, dexo por mi heredero universal à Don Iulio Gavi mi sobrino, el qual quiero que todos ellos los aya, y herede, que de presente al susodicho lo tengo en mi casa, y se los mando, con tal calidad, y condicion, que los ingenios de esta Villa de Salobreña, casas, y aparador, y todo lo demás que està en el sitio de ellos, que se reconoce ser mia, y las tierras de zocada de cañas que tengo en el termino de esta Villa, y en el de Lobres, todo ello ha de estar vinculado, para que el dicho Don Iulio lo goze, y sus hijos legitimos, si los tuviere; y à falta del susodicho, y de ellos, han de suceder sus hermanos; y à falta sus hijos, y despues sus hermanas, y hijos, prefiriendo siempre el varon à la hembra, y el mayor al menor: y faltando todo lo referido, y declarado, han de ir sucediendo en los dichos bienes los llamados en la clausula, y vinculo que se contiene en este mi testamento, que habla en favor de Don Lorenzo Gavi mi sobrino, y aquella orden, y forma de succion se ha de guardar, y cumplir en esta, sin innovar, ni alterar cosa ninguna; porque assi quiero se guarde, y cumpla: por que mi voluntad es, que los dichos bienes no se han de poder vender, ni parte dellos, ni gravar, ni cargar. Y esso, ni otra hipoteca, ni empeño, por que siempre han de estar vinculados, como queda dicho; y si lo intentare el dicho Don Iulio, ò otro sucessor, los excluyo, y aparto de este vinculo, y mando suceda el otro llamado. Y esto se ha de guardar, y cumplir siempre que suceda lo referido, segun lo dexo ordenado en la dicha clausula de el dicho Don Lorenzo.

Dos

37. Dos mayorazgos dexò fundados Horcensio Gavi. Vno en Genova, y otro en Salobreña. Dos sobrinos tratò de acomodar en cada vno: en dos distintas lineas hizo la fundacion del vno, y del otro: division de entrambos fue su voluntad el hazer vnion, y junta de los dos parece que prohibiò: solo en caso de faltar descendencia de los llamados al segundo, la permitiò al primero: voluntad, y afecto mostro à Don Lorenço para que sucediesse en el mayorazgo de Genova, y su linea: predileccion, y cariño mayor à Don Iulio, hermano menor de el Don Lorenço, pues lo instituyò por su vniversal heredero, fundando en su cabeça mayorazgo de todos sus bienes, que tenia en dicha Villa de Salobreña, en que entra el oficio de Alfez mayor de ella; y llamò despues à el, y à sus hijos legitimos, si los tuviessè, y à falta de ellos substituyò à los llamados en el primer mayorazgo, que son las palabras que han motivado este pleyto; y hecho venir sus voces desde Genova à Don Iuan Baptista Lomelin, pareciendole que ellas le dan llamamiento, y caso verificado de la substitucion por el defecto de los hijos legitimos de Don Iulio Gavi. Y antes de darle à entender su error es necessario suponer, que las voces, y palabras del testamento, y disposicion, se entienden, y deben entender como suenan en su sentido literal, sin pasar à otra inteligencia, si no consta liquidamente de voluntad clara, y expressa contraria à las palabras. Elegans text. in L. 6. tit. 33. part. 7. ibi: *Las palabras del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente assi como ellas suenan, y no se debe apartar el Juzgador del entendimiento de ellas, fueras ende quando pareciere ciertamente que la voluntad fuera otra; que son las palabras de como estan escritas. l. non aliter 69. ff. de legat. 3. ibi: Non aliter à significatione verborum recedi oportet quam cum manifesta est aliud sensisset testatorem. l. labeo. ff. de superlect. legat. Baldo. in l. de quibus. ff. de legibus. Surd. decis. 276. L. ille aut ille. s. cum in verbis. ff. de legat. 3. ibi: Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio.*

Llamò en primero lugar à Don Iulio Gavi,
 y despues à sus hijos legitimos si los tuviessè ; tuvo por sus
 hijos legitimos à Don Iulio, ultimo possedor, à Don Luis,
 que oy litiga, y los demas que declarò, y reconociò : luego
 estando llamados expressamente, y aviendose verificado
 la condicion, cessò el caso de la substitution, y tercero lla-
 mamiento, porque pretende entrar Don Iuan Baptista: lue-
 go si las palabras de la disposicion del Fundador convienè,
 y se aplican à las personas de Don Iulio, y Don Luis, debe
 convenir, y verificarse su disposicion, *l. prospexit. ff. qui,
 & à quibus. l. 4. §. toties. ff. de damn. infect. cum pluribus
 Tiraquel. in l. si unquam. verb. Libertis. C. de rè voc. do-
 nat.* La mayor es cierta, y consta de la fundacion, y sus pa-
 labras.

39 La menor, en que consiste toda la dificultad;
 se prueba de que siendo Don Luis legitimado por la ley del
 fuero referida supra num. 16. y ley 11. de Toro, se ha de re-
 putar, y tener como si verdaderamente fuera nacido de le-
 gitimo matrimonio, porque quando el padre declara por
 su testamento, ò ante Escrivano, y testigos (como aqui lo
 hizo Don Iulio) que vno es su hijo, ò hija, si no tiene otros
 legitimos de matrimonio, ni es casado, el tal hijo declara-
 do, y reconocido, se reputa por legitimo, como si lo fue-
 se de matrimonio, assi para heredar à sus padres, como à
 otros parientes; y esta legitimacion legal se causa por solo
 la voluntad de el padre, y autoridad de la ley, y sin aprova-
 cion del Principe. text. est formal., & express. *in l. 7. tit. 15.
 part. 4. ibi: Instrumento. ò carta faciendo algun ome por
 su mano misma, ò mandandola facer à alguno de los Es-
 crivanos Publicos, que sea confirmada con testimonio de
 tres omes buenos, en que diga, que algun fijo que ha, nom-
 brandolo señaladamente que lo conoce por su fijo, es esta
 otra manera en que se facen los fijos naturales legitimos;
 authent. ut liceat matri, & avia. §. at hoc autem, collat. 8.
 authent. si quis, C. de natur. liber. Dom. Covarrub. in 4.
 2. part. cap. 8. §. 7. Alciat. reg. 2. pres. §. num. 6. Lud. de
 Sard.*

Sard. *in tract. de natur. liber. cap. de legitim. per patr. nomin.* Ducñas, *regul.* 248. à *num.* 1. Dom. Gregor. Lopez, *in dict. l. 7.* verb. *Subijo*, donde nota, que esta declaracion es muy considerable, por que no solo es declararlo por hijo, sino habilitarlo, y legitimarlo, y no hecha para otro fin, sino para este, principaliter. & propter se, vt notat Bart. *in dict. Authent. vt liceat. §. Hac. §. in l. quod senatus. ff. de lib. agnosc.* Paul. de Castro, *conf.* 499. *volum.* 2. Alexand. Trentacinq. *lib.* 1. *variar. tit. de legitimat. resol.* 1. *num.* 1. Robert. *rerum iudic. cap.* 17. *pag.* § 13.

40 Y para que tenga cumplido efecto la dicha legitimacion la ley, no requiere otra cosa, sino que el hijo natural sea auido entre solteros, y habiles para cōtraer matrimonio al tiempo de la concepcion, ò nacimiento, q̄ lo reconozca por su hijo, *l. 11. Taur. l. 9. tit. 8. lib. 5. Recopilat.* Y que sean tales, que entre los dos se pudiera contraer sin impedimento alguno, vt patet, *in dict. Authent. vt liceat matri, §. avia. ubi: Vt si quis filium, aut filiam habens delibera muliere cum qua nuptia consistere possunt;* y estando justificado con los instrumentos, y testigos, que D. Juana Daza, y Don Iulio eran personas libres, y habiles para contraerlo, y que baxo de palabra de casamiento, y esponsales de futuro, huvo à los dichos sus hijos, para la legitimacion se cumplió en todo con los requisitos de la ley.

41 Sin que obste el dezir, que esta añade la circunstancia, de que el padre no declare al hijo por natural, como aqui lo declaró; y que estando ya la madre muerta por el año de setenta y ocho, quando reconoció à D. Luis, y sus hermanos, el padre, cesó el efecto de la legitimacion por subseqüente matrimonio, en cumplimiento de la promessa que le avia hecho; vt opinantur DD. *relati à Dom. Covarr. vbi supra num. 1. in fine;* por que el declararlos por hijos naturales Don Iulio, no fue por que su animo fuesse que quedassen por tales, que es el fundamento de la ley, sino por que al tiempo que nacieron lo eran, por no avorse casado con su madre, ni avierlos antes reconocido.

expresamente; y por la misma razon, que era imposible el legitimarlos por subsequente matrimonio, siendo muerta la madre, los llamò naturales, idest, nacidos abique matrimonio de præsentium solemnitatibus ab Ecclesia. & Sacro Tridentino Concilio requisitis; pero realmente en la forma que pudo, y que disponen las leyes los legitimò, y de clarò por sus hijos legitimados, à lege. & ab jure legitimatis.

42 Y que este fue, y seria su animo, se reconoce de su confesion, en que declara la obligacion, espousales de futuro, y promessa de matrimonio; y que si viviera, se la cumpliera, retrotrayendose el efecto de la legitimacion al tiempo de la promessa, casandose con ella, y haziendo los legitimados de matrimonio, por el capitulo: *Tanta, qui filij sint legit.* y l. 1. tit. 13. part. 4. porque de otra manera no pudiera legitimarlos, vt ex glossa in verb. *Permittimus, per text.* ibi: *In Authent. quib. mod. natur. efficiant legit. §. sit igitur licentia collat. 6.* Bald. in cap. *illud de præsumpt. num. 3.* Dom. Covarrub. in 4. 1. part. cap. 8. §. 9. num. 5. Acoft. l. *Gallus. §. & qui sit tantum, num. 96. de lib. & post.* Dom. Gregor. in l. 4. tit. 15. part. 4. verb. de *Barraganas*, Tello Fernandez, in l. 12. *Tauri, num. 7.* Dom. Molin. de *primog. lib. 3. cap. 3. num. 39.* Fuffar. de *substit. quest. 408. num. 134.* Amatis, *conf. 1. num. 26.* Dom. Castell. tom. 5. cap. 106. num. 42.

43 De que se infiere, que la legitimacion de Dõ Luis se causò solo con la declaracion, y reconocimiento de su padre, con las circunstancias que referirè en èl, y disponen las leyes, sin otro acto alguno despues de muerta la madre; porque si viviera, y no se huviera casado con ella, no fueran los hijos legitimados, aunque los declarara, si no solo naturales, por que no avia otro medio; vt eleganter notat Dom. Molin. vbi supra. Y aviendo muerto, y despues declarado que hubo por hijos naturales à los susodichos, y reconocidos por sus hijos, fue esta clara, y expresa legitimacion en tiempo, y forma, como previene la dicha l. 7. tit. 15. part. 4. Y asi quedaron legitimados, tam ex vo-

lun-

luntate patris, quam ex legis dispositione, atque ita iura iuribus conciliantur.

44 Siendo esto así, y que el Fundador llamó expresamente à los hijos legitimados de Don Julio, si los tuviere; y no declaró que huviesen de ser nacidos de legitimo matrimonio: y que no los tuvo legitimados de otra forma, sino à lege, & à iure legitimatis, se prueba con evidencia, que tienen llamamiento expreso, y literal. Y que la intención, y mente del Fundador fue llamarlos, y admitirlos, verificandose en ellos la condicion de si tuviere hijos legitimados.

45 Y aunque se oponga por la contraria, que la palabra legitimados, se entiende de los nacidos de legitimo matrimonio, y no de los legitimados, à iure, vel à Principe; y que aunque Don Luis, y sus hermanos estan reconocidos, y declarados por su padre, les falta el rescripto, y legitimacion del Principe, que legitimandolos, aviende de ser para la sucesion de este mayorazgo, por estar substituido en él Don Juan Baptista a falta de los hijos legitimados de Don Julio; estas objeciones para el caso de este pleito son de ningun fundamento, y se desvanecen, ex sequentibus.

46 Tum, por que el Fundador no llamó hijos de legitimo matrimonio nacidos, que era preciso para que se excluyesen los legitimados à iure, vel ab homine, vt notat Bald. in l. Gallus, §. si eius de lib. & posthum. & in cap. 1. §. naturales, si de fendo fueris controversia, cum pluribus congestis, à Tiberio Decian. cons. 88. à num. 11. Dom. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 3. num. 31. Fuffar. de substit. quæst. 408. num. 71. Cyriac. controu. 208. num. 106. Monte-alegre, in pract. lib. 2. cap. 1. §. 4. num. 30. & 31. Cardin. Mantica. de coniectur. ult. voluntat. lib. 11. tit. 10. num. 73.

47 Tum, por que aviendo vsado de la palabra hijos legitimados, y conviniendo su proprio significado literal, y grammatico à los legitimados alio modo quam per matrimonium; de estos aunque huviera alguna duda, se debe

be entender, è interpretar, que sintió el Fundador, y los llama-
mò, y quiso llamar, vt probatur in dict. l. non aliter 69.
ff. de legat. 3. Phibo, decis. 67. num. 17. Thusc. tom. 8. list.
V. conclus. 91. Giurb. ad consuet. Mesan. cap. 5. gloss. 6.
num. 4. Et cap. 6. gloss. 5. num. 2. Statil. Pacific. de salu. in-
terd. inspect. 3. cap. 1. num. 6. l. 1. §. sed si quis qui, vers. ite-
rè igitur, ff. de exerc. actiõ. l. quid quid astringendi 99.
ff. de verb. oblig. Gratian. discept. 43. num. 12. Vclasc. de
privil. pauper. 1. part. quæst. 1. num. 11. Et 12. aunque sea
en materias odiosas. Mantica, de coniectur. lib. 8. tit. 18.
num. 35. Batt. in l. quia tale, num. 37 ff. solut. matrim. Ro-
ta per Farin. decis. 352. num. 1. part. 1. vbi expresse resoluit
nulla in materia quantum vis odiosa à proprietate verba-
rum recedi posse, sed latam fieri debere interpretationem
quatenus eorum proprietates patitur, Et ab eis non sit recedendum quantum vis rigida sit dispositio, vt etiam notat
Iuan Anton. Mangil, de imput. quæst. 42. num. 20. Et 44.

48 No nos hallamos en terminos tan rigoro-
fos; pues vemos que el testador, simpliciter, solo llamó hi-
jos legitimos al principio, y despues en todo el tenor de la
clausula, y repeticion de los llamamientos, solo vsò de la
palabra hijos, la qual es generica, y comprehende omnium
filiorum genus, vt infra fundabitur; luego el llamamiento
que hizo al principio, de hijos legitimos, se entiende, y de-
be enteder de los legitimos à lege en la forma referida, y no
de los nacidos de matrimonio legitimo, para hazer faltar
la condicion siue liberis; luego tienen el llamamiento lite-
ral, y expresse, segun las palabras, y mente del Fundador.

49 A la segunda objeccion de que no estan legi-
timados por rescripto del Principe, se responde con faci-
lidad, que ay dos modos de legitimacion. La vna, quando
el padre lo reconoce, y declara en la forma referida en di-
chãs leyes de Partida, y el fuero supra num. 36. allegatas,
que es la que hizo Don Iulio, y esta no requiere hecho ce-
dula; ni rescripto del Principe para su validacion; porque
ipso iure asque Principis facto causatur, vt in dictis ff. Et
Authent. pater.

La

50 La otra, quando el padre que no tiene hijos de matrimonio instituye por su testamento a su hijo natural por heredero, que por este hecho queda legitimado, y legitimo para todas las cosas de honra, y sucesion que tenia su padre. *Authent. quibus modis nat. efficiant sui. §. illud tamen. vel. Si vero his Authent. item sine. C. de natur. liber. l. 6. tit. 15. part. 4. D. Covarrub. in 2. part. cap. 8. §. 9. num. 7. Et melius, num. 8. vel. Porro.* Y aunque dicha ley de Partida dispone que el Rey aya de confirmar esta legitimacion por su rescripto, demàs de que no nos hallamos en estos terminos, sino en los de la primera de la dicha ley 7. en que no es necessaria esta confirmacion; esta, aunque hecha menester, no dà nuevo derecho, pues la substancia de ella ya se consumò por el hecho, y voluntad del padre, a quien la ley da potestad para ello, & confirmatio in forma communi, nihil prestat. *C. quia diversitatem de concessione prebend. c. 1. de confirm. vii. vel. in util. in terminis post Gregor. Lop. D. Molin. lib. 2. cap. 7. num. 38. ibi: In qua specie actus ex legis dispositione, ex parte patris perfectus est, neque aliud in vita eius requirit dict. l. 6. tit. 15. part. 4.*

51 Luego no fue necesario que Don Julio impetrase cedula, ni rescripto de su Magestad para legitimar a Don Luis, y demàs hijos. por que ellos quedaron legitimos con solo el reconocimiento de su padre; y que aunque Don Juan Baptista estè substituido, luego que el padre los reconociò, y con este reconocimiento quedaron legitimos por la ley, excluyeron al substituido, haziendo faltar la condicion, y que cessasse el caso de la substitucion, porque las dichas leyes no tuvieron consideracion ninguna al perjuicio que a los parientes transversales substituidos se pudiera seguir de esta legitimacion, sino solo miraron, y atendieron al que se pudiera causar a los hijos legitimos de matrimonio, faltando los quales quisieron, y mandaron que el hijo natural por el medio referido quedasse legitimo para suceder a su padre, y demàs sus parientes ab intestato, ve

probat in dict. l. 7. tit. 15. part. 4. & individuo curiose
notat Dom. Sarmient. lib. 1. selectar. cap. 3. num. 4. cum seq.

52 Ex quo evidenter inferitur, que a unque Don
Juan Baptista esse substituido despues de los hijos legitimos
de Don Julio primer llamado, como esta qualidad se veri-
ficò, aviendolos tenido, y reconocido, celsò el caso de la
substitucion, y el reconocimiento, y legitimacion legal,
obrò efecto cumplido para el llamamiento expreso, y li-
teral de legitimos en perjuizio, y exclusion de dicho sub-
tituido, que es transversal, cuyo efecto no obrara, si Don
Julio huviera tenido hijos de matrimonio nacidos, que en
competencia de estos no pudieran entrar à suceder los natu-
rales legitimados; pero no aviendolos, aunque aya trans-
versal substituido, han, y deben suceder conforme à la vo-
luntad del Fundador, vt in terminis probat D. Gregor. Lop.
in dict. l. 6. tit. 15. part. 4. verb. Otorgar; & esse verisimam
doctrinam in terminis resolvit Alvarad. de coniectur. ment.
defunct. cap. 3. num. 76. ibi: *Ex qua lege infer, quod si in
instrumento maioratus caveretur, vt maioria non nisi filio
legitimo relinqui possit, vel quod in ea non succedat, nisi
legitimus filius, quod si Pater filium naturalem instituat
debet succedere in maioria, cum ex hoc legitimus effici-
atur. Et ego verò de hac decisioe non dubito, nam hac
filij nominatio legitimatiõis vim obtinet, atque ex illa
filius legitimus efficiitur, ex Authent. vt liceat matri. &
avia. &c.*

53 Nigro Cysiac. tom. 2. controu. 208. num. 48
ibi: *Et ob id quando testator vocat legitimos, & natura-
les, vel eos ponit in conditione ad exclusionem substituti
dicitur etiam comprehendere simpliciter legitimatos, &
tunc succedant in fideicommissò, vel respectivè excludunt
substitutum ex dispositione, & voluntate ipsius testatoris.*
Et refert plurimos DD. Menoch. conf. 226. à num. 20. &
lib. 4. presumpt. 79. num. 1. & 2. Peregrin. de fidec. artic.
23. num. 39. & 46. Lup. de illegit. comment. 3. §. 2. num. 3.
Y en el num. 49. dize el mismo Cysiaco: *Que conforme à*
la

la voluntad del Fundador que llamó à los legitimos, se haze esta legitimacion, sin que se atienda al perjuizio de el substituido que esta llamado en defecto de legitimos, por que no se le quita nada de su llamamiento, si no se declara, y habilita à aquellos que llamó antes, scilicet, los legitimos, ibi:

54 *Et quod legitimatio hoc casu dicatur fieri de mente, & voluntate testatoris, ubi eius dispositio loquitur de legitimis, & naturalibus, explicitè tradunt, Aret. in L. ex facto, sub num. 12. ff. de vulg. vers. Sed huic rationi respondetur, ibi: Et hoc ex voluntate testatoris, ubi inquit, quod testator censetur excludere illegitimos si derarent tales, & si legitimarentur illos admittere ex tacita voluntate, Socin. in L. Gallus, 29 §. si eius colum. penult. vers. unde post melius responderi, ibi: Et sic prauiditum causatur ex tacita dispositione testatoris, qui disponere poterat, & quia hoc fit ex mente tacita ipsius, & ibi Ruinus, num. 64. ibi: Ex quo legitimatus comprehenditur sub verbis testatoris, & in §. equid si tantum, num. 198. ibi: Et isto casu cum testator de istis senserit. Consensisse videtur, ut legitimentur. Menoch. conf. 20. sub num. 30. ibi: Ut sub ea substitutione comprehensi à testatore dicantur, ea est ratio. quia non videtur hoc casu derogari voluntatem testatoris, qui creditur vocasse omnes, qui legis dispositione legis dispositione legitime sibi succedere possunt, inter quos illegitimi nati deinde legitimi connumerantur. Et lib. 4. praesumpt. 79. num. 2. ibi: Et hic quidem legitimatus excludit substitutum ex voluntate ipsius testatoris, nam legitimatio ipsa censetur facta ex voluntate testatoris, qui vocabit legitimos ex quo sub illo nomine legitimorum continentur legitimi.*

55 *Idem tenent Ioan. Lup. de illegit. & natal restituend. comment. 3. §. 2. num. 3. ibi: Sed eius est hac potissima ratio, quia dicitur à Principe fieri legitimatio de voluntate testatoris tacita, & praesumpta, quando quidem vocabit legitimos quarum appellatione comprehenduntur.*

legitimati. Et quod sic fieri dicatur legitimatio de tacita testatoris voluntate, tamen dicitur expressa, quoad legis dispositionem. Rota per Fatinat. in novissim. decis. 4. 12. num. 1. ibi: Legitimationes enim, qua fiunt secundum voluntatem testatoris, non praeiudicant vocatis in testamento, quia tunc non est legitimatio, qua tollit successionem, sed voluntas testatoris, ut bene per Aretinum, in L. ex facto, num. 12. ff. de vulgar. Paulo de Castro, conf. 461. num. 4. Et conf. 3. num. 1. lib. 1. Socin. conf. 226. num. 7. lib. 2. Iaffo. in L. Gallus, §. Et quid si tantum, num. 140. de lib. Et posthum. Laderch. conf. 23. num. 22. Intrigliol. de substit. cent. 3. quest. 65. num. 4.

56 Sin que obste contra principios, y doctrinas tan ciertas la opinion del señor D. Luis de Molina, y sus Add. lib. 3. cap. 3. à num. 3. Fuffar. en la quest. 408. à n. 16. Roxas, de incompat. 1. part. cap. 6. à num. 70. y su Add. Aguila, que junta otros, y del señor Don Iuan del Castillo, tom. 5. cap. 106. à num. 4. que despues de aver honrado, y favorecido tanto à los hijos naturales legitimados, diziendo con infinitos AA. que: *Tamquam legitimi ad omnes honores, Et successionem patronatus, fideicommissi, hereditatis maioratum, Et aliarum rerum, tamquam ex legitimo matrimonio natis in defectum legitimorum, Et exclusionem transversalium substitutorum* admittuntur contrariam opinionem sequuntur, scilicet, que los naturales legitimados, no suceden, ni pueden suceder en los Mayrazgos de España, en competencia de los substitutos transversales, por no ser de domo familia, genere, Et nobilitate parentum; y otras razones, a que responderemos en el tercer articulo, convencienndolas; por que como los mismos confiesan, y limitan su regla, en caso de aver voluntad expresa de el Fundador de llamarlos a la sucesion del mayorazgo, que entonces deben suceder en el.

57 De cuyo caso, y limitacion valiendonos, es sin controversia, que aqui tienen llamamiento, y voluntad expresa de el Fundador, y deben suceder en el mayor-

razgo de Salobrena Don Luis, y sus hermanos. Lo primero, porque como dexamos fundado, Hortensio Gavi llama-
 mó expressamente à los hijos legitimos de D. Julio Gavi, si
 los tuuiesse: tu uolos legitimos a lege, & à iure legitima-
 dos: luego se cumplió la voluntad, y mente de el Testador
 para que sucediesse, excluyendo al substituto, ita resoluit
 in terminis Roland, à Valle, *conf.* 83. *colum. penult. lib.* 3.
 vbi triginta AA. refert. *conclusionem tenentes, & præter*
illos resolvunt Decian. conf. 42. *lib.* 1. Cota, *in memorab.*
verb. legitimatus, Nata. conf. 368. *lib.* 2. Craveta, *conf.* 958.
num. 45. Burlato, *conf.* 1. *num.* 8. & *conf.* 18. *num.* 6. D. Co-
 varr, *lib.* 3. *variar. cap.* 6. *nu.* 7. *verf.* *Ea quidem*, P. Molin.
de iust. & iur. disp. 174. D. Solorçan, *tom.* 2. *de Indiar. gu-*
bern. lib. 2. *cap.* 17. *sub num.* 38. Gutier, *practic. lib.* 4. *cap.*
 23. Garc. *de nobilit. gloss.* 21. *n.* 2. & 4. latissimè Menochio,
conf. 1908. *volum.* 11. *Surd. conf.* 1. *num.* 98. Montcalegre,
in praxi, lib. 2. *cap.* 1. *§.* 4. *à num.* 25.

58 Esta voluntad se prueba de la presumpcion
 legal, con cuya disposicion se entiende quiso conformarse
 el testador: ella admite, y tiene por legitimos à los legitima-
 dos; luego se infiere que la voluntad expressa del Fundador
 fue llamarlos, ita argumentatur, & resoluit in terminis Me-
 noch, *conf.* 459. *vol.* 5. *à num.* 4. & 8. *ibi: Quod autem ad-*
mittatur probatio, imò presumptio contraria ad demon-
strandum testatorem sub his verbis filijs legitimis compre-
hendere legitimatos, affirmant DD. in l. ex facto, §. si
quis rogatus, ff. ad Trebel. quos refert Mantica, lib. 1. *1. de*
coniect. tit. 10. *num.* 22. *Hoc quidem caret probabili dubi-*
tatione: si ergò hac est, ut verè est presumptio, quam lex fac-
cit, necesse est dicere hanc esse voluntatem, & dispositionè
testatoris, & comprobatur egregia traditione in his termi-
nis Barthol. in dict. l. ex facto, in 2. opposit. Cum dixit,
quod quando lex aliquid sub intelligit in dispositione ho-
minis, id facit, quia presumit hominem, ita voluisse Angel.
in dict. l. Socin. Sen. conf. 182. *col.* 1. *lib.* 2. Decius, *in l. ge-*
neraliter, §. cū autem, C. de inst. & subst. & loquitur Bart.

Quod sub nomine filiorum continentur naturales. Cum ergo in casu nostro lex subintelligat sub illis verbis sine filijs contineri, etiam legitimatos sequitur dicendum testatorem, ita voluisse. Et hac quidem testatoris voluntas dicitur expressa, quando quidem expressum illud esse dicitur, quod ex presumptionibus colligitur. Bart. in l. Prator a t. in princ. de noui oper. nunciat. Iass. in l. licet Imperator. in §. 8. ff. deleg. v. Angel. in §. si verò expressim, in Authen. de hered. §. falcid. Vbi quod si lex mandat, aliqui id fieri expresse, tunc satisfieri expresse dicitur, quod constat ex coniecturis fuisse factum. Bald. in conf. 3. vol. 5. Quis respondit expressum dici, quod coniectura deprehendit, & in litem, quia. ff. de pact. docuit expressum, id dici, quod ex signis colligitur, & prædicti DD. loquuntur, tam de presumptione iuris, quam de presumptione hominis. Hac verba filijs legitimis ex sua proprietate comprehendunt legitimatum, ut fundatum est: ex Aretin. & alijs in dist. l. ex facto. ff. de vulgar. At qui quando aliquid continetur in aliquo ex natura verbi, illud dicitur expressum. l. Prator, & ibi Gloss. & DD. ff. de noui oper. nunciat. Angel. conf. 17. col. pen. & conf. 33 t. col. ult. Ergo dicendum est hanc voluntatem domini Claudii expressam esse, quod vocauerit legitimandum. Hactenus Menoch.

59 Cuya doctrina sentada, y que fue voluntad expressa la del Fundador deste mayorazgo llamar los hijos naturales de Don Iulio, que se legitimaran, y los comprendió en las palabras legitimas, se induze, y prueba ex sequentibus coniecturis.

60 La primera, el que teniendo en su casa a D. Lorenzo, y D. Iuan sus sobrinos, hermanos mayores de D. Iulio, no los llamó primero que a D. Iulio, que era el menor, sino que lo instituyó por heredero en todos sus bienes con gravamen de vinculo, y mayorazgo, que en su cabeza fundó, y así como primer llamado, y mas predilecta su línea, en que sus hijos naturales, ò legitimos están llamados, y substituidos, se entiendo, y presume el derecho, que los querria

querria llamar antes que à los substituidos, *leg. Publius, §. 1. ff. de condit. & demonstr. Bald. in leg. cum acutissimi, volumin. 1. C. de fideicommissi, Curtius Senior, conf. 44, num. 19. Cephalo, conf. 364, num. 40. §. conf. 293, num. 3. lib. 2. ibi: Quam enim charitatem testator habuit ad filium, eandem etiam habet continuatam ad nepotem.*

61 La segunda, porque Don Iulio estuvo asistiendo à Hortensio su tio muchos años en Salobreña, cuidando de toda la hazienda, y ayudando à ganar el caudal con su industria, vigilancia, y trabajo, y buena administracion, por hallarse con muchos años el tio, y en recompensa de estos beneficios; lo dexò instituido por heredero usufructuario en todos los bienes, con gravamen del vinculo, la qual se reputa, y deve tener por donacion remuneratoria, *ex l. Aquilius Regulus, ff. de donat.* en cuyo caso se adquiriò pleno derecho à Don Iulio Gavi, & consequenter à sus hijos para la succession del mayorazgo, como si huviera sido proprio de su padre que lo huviera fundado, en que precisamente avian de suceder, prefiriendo a los ascendientes, y los transversales por la disposicion de la *ley 27. de Toro*; etiam, que el mayorazgo no fuèsse de tercio, y quinto, *vt infra num. 84. cum seqq.* conque siendo la institucion de herederos, y fundacion del mayorazgo de los bienes que el Fundador tenia en Salobreña à favor de D. Iulio, sus hijos legitimos, si los tuviere; de la misma forma se entienda hecha à Don Luis, y sus hermanos, nomine colectivo, *ex ratione eiusdem prædilectionis considerata num. præcedenti, ex dispositione legis cum acutissimi. C. de fideicom. & lex cum avus, ff. de condit. & demonstr.* que locum obtinet non solum in successione maioratus à parente instituto; sed etiam à transversali fundato, *vt eleganter considerat D. Covarrubias, practicar. cap. 38. à num. 12. Noguer. allegat. 9. num. 59.*

62 La tercera, porque aviendo fundado el mayorazgo de Genova en cabeça de Don Lorenço, y en este otto de Salobreña instituido à Don Iulio, en dos distintas li-
neas,

neas, y personas quiso hazer las fundaciones, ácomodando à cada vno en su mayorazgo: conq̄ fue visto prohibir el cõ curso, y vnion de vno, y otro mayorazgo en vna misma persona, que fue su voluntad, el que los descendientes de la linea de D. Julio solamente entraffen en este mayorazgo, ex notatis à Dom. Molin. *de primog. lib. 3. cap. 2. num. 28.* vbi quod similibus coniecturis incompatibilitas inducitur, & probatur, idem tenet latissimè agens Dom. Castell. *tom. 6. contr. cap. 181. num. 2.* § 14. Robles de Salzed. *de representation. lib. 2. cap. 6. num. 7.* § 8. donde dize: Que aunque el mayorazgo no exceda, ò no llegue à la cantidad dispuesta por la l. 7. tit. 7. lib. 5. *Recopil.* Si la voluntad coniecturada del Fundador fue separar los dos mayorazgos en dos lineas, y personas, se entienden incompatibles, y no poderse juntar en vna linea, y persona: luego si la voluntad de Hortensio fue hazer dos mayorazgos, y à cada vno llamar vn sobrino, parece que quiso hazerlos incompatibles, y cada vno entrasse en su linea, y que no se juntasen, si no es faltando todos los de la linea de Don Iulto, primer llamado, en que estàn comprehendidos sus hijos.

63 La quarta, porque el Fundador solo llamó hijos legitimos al principio de la Clausula, y en todo el tenor della, solo vsò de la palabra *hijos*, en que se comprehenden los legitimos legitimados, & notat Bald. *in l. cum acutissimi, C. de fideicom. num. 7.* Alex. *in l. generaliter, §. cum autem*, vbi Decius, & alij, *C. de inst. & subst. Iass. in l. 2. n. 243. C. de iur. emphit. Ripa, in l. ex facto, §. si quis rogatus, num. 44. ff. ad Trebel. Villalob. conclus. 67. litt. L. vbi testatur communem Palac. Rubios, in l. 12. Taur. num. 23. Dom. Covarr. in 4. 2. part. cap. 8. §. 9. num. 8. Dom. Molin. lib. 3. cap. 3. num. 2. Roland. à Vall. *conf. 83. col. pen.* plures tradit Bursat. *conf. 85. num. 5. Mantica, de coniect. lib. 11. lib. 10. num. 9. Roxas, de succession. cap. 23. num. 88.* & nos infra à num. 102. explicauimus conclusionem.*

64 La quinta, porque para que se excluyessen los legitimos reconocidos, era necessario que el testador lo huviera

viera expressado con clausula irritante, diciendo, que succediesen los hijos legitimos de legitimo matrimonio de Don Julio, y no legitimados, vt infra in tertio articulo etiam fundabimus, no llamo el Fundador mas que a los hijos legitimos de Don Julio, si los tuviere, y tuolos legitimados a lege, & ab iure; luego estan incluidos en el llamamiento, y deben preferir al transversal substituido, vt notat Montealegre, *in prax. cap. 1. §. 4. lib. 2. num. 28.* ibi: *Extende primo dictam conclusionem, vt procedat, etiam si testator substituat sub conditione si haeres, vel vocatus decesserit sine filijs legitimis, & auth. quib. mod. nat. eff. leg. §. sit igitur licentia, & in auth. quib. mod. nat. eff. sui, §. quoniam varie, & in specie; notat DD. in l. generaliter, §. cum autem, C. de instit. & substit. vbi Alexand. num. 2. & Iass. num. 7. dicunt esse communem, Dom. Greg. Lop. in l. 4. tit. 15. part. 4. Dom. Molin. qui plures tradit, lib. 3. cap. 3. num. 2. Roland. conf. 67. num. 8. lib. 3. Mantie. lib. 1. tit. 10. num. 9. optimè Tiber. Decian. conf. 88. num. 13. lib. 2.*

65 Ex quibus, & alijs que infra in 3. artic. proponetur remanet nostra conclusio evidentissimè probata, scilicet, quod ex voluntate expressa fundatoris, est llamado Don Luis, y debe succeder en competencia de Don Iuan Baptista, que es transversal, y de otra linea en este mayorazgo, vt latissimè in terminis fundat Cyriacus, *controuers. 207. à num. 45. & contro. 208. à num. 54. & contro. 209. à num. 70.* Montealegre, *in prax. lib. 2. cap. 1. §. 4. à num. 27.* Menoch. *dict. conf. 469. à num. 2.* Rota coram Farinacio *in posthumis, decis. 412.* Dom. Molin. *de primog. lib. 1. cap. 4. num. 44.* & vbi Addentes dicunt, ibi: *Quod ampliat etiam si transversales in defectu filiorum legitimorum fuissent vocati, Mantie. de coniect. lib. 1. tit. 9. num. 2.* Flores de Mena, *lib. 1. variar. cap. 16. artic. 2. num. 6.* Menoch. *lib. 4. presumpt. 78. num. 2.* Alvarez Pegas. *tom. 2. ad ordinamentum Lusitani, gloss. 4. cap. 32. nu. 212.* donde tiene, y sienta por comun conclusion, que qualquier ile-

gitimo, espurio, natural, ò bastardo que està legitimado por rescripto del Principe, puede, y debe succeder en el mayorazgo, excluyendo al transversal hermano, ò pariente substituido de otra linea, de cuya legitimacion van hablando los dichos AA. y aqui con mayor razon que la legitimacion es legal, y no per rescriptum Principis, en que puede aver defecto, ò vicio de obrepcion, y subrepcion, y faltarle la causa, mas la de la ley es plenissima, y con solo su autoridad se adquieren los bienes, y derecho de sucesiõ por el justo titulo que dà la ley, por lo qual dixo el señor Molina, lib. 2. cap. 7. num. 38. que en el caso de la legitimacion del padre por el reconocimiento, el acto quedò de su naturaleza perfecto por la disposicion de la ley, y el hijo legitimado para la sucesion.

66 Dize, pues, Alvaro Pegas, vbi supra: *Nihilominus tamen secundum communem sententiam legitimatus, etiam secundum stylum nostri Regni, cum clausula ex certa scientia, & plenitudine potestatis, prout fieri solet, ut patet ex chartis legitimacionis, succedere debet excluso fratre, seu quocumque consanguineo institutoris, & secundum illam iudicandum, & tenendum est, ut magis comunis, & recepta.* Y refiere para fundamento dello vna plana de AA. Y siguiendole, se conforma con su opinion, y doctrina nuestro amigo, y Abogado contrario Don Fernando del Aguila, in 1. part. cap. 6. num. 53. de incompat. maiorat. in addit. ad Roxas, ibi: *Quam sententiam contra transversales ad favorem naturalis descendantis, & filij ultimi possessoris posse defendi non dubito, eaquè latius roborari potest cum Cyriac. controu. 207. & 208. vbi latissimè fundat, & intelligit ita in transversalium exclusione, n. 106. dummodo non sint exclusi legitimati expresse, quod accidit, quando vocantur ex legitimo matrimonio nati, non vero si vocentur tantum legitimi.*

67 Conque siendo esto asì, y que los naturales legitimados à Principe, vel à lege per patris recognitione, en nada difieren, y se distinguen de los legitimados, y en todo

se equiparan à ellos, aviendo dispuesto el Fundador de este mayorazgo, que sucedieffen los hijos legitimos de D. Iulio, si los tuviere, lo mismo fue tenerlos naturales, y legitimarlos despues con el reconocimiento, que si los huviera tenido legitimos de matrimonio para hazer faltar la condicion, y que cessasse el caso de la substitucion, vt ex text. in *Authent. quib. mod. natur. effc. leg. §. sit igitur licentia*, ibi: *Nihil à legitimis differentes, coll. 6. & in Auth. quib. mod. natur. effc. sui, §. quoniam variè*, ibi: *Nihil dissimilis legitimis, collat. 7. l. fin. tit. 15. part. 4. l. 7. eiusdem tit. & part. Auth. si quis, C. de natur. liber. & alys textibus relatis supra num. 39. & 16. Montealegre, in prax. lib. 2. cap. 1 §. 4. num. 13. ibi: Tandem filij legitimati nihil differunt ad legitimis. Y refiere dichos textos, y otros, & postea inquit: *Et in omnibus equiparantur legitimis, adeo quod depositum in legitimo locum etiã habeat in legitimato, l. liberos, C. de iur. deliber. Bald. in l. Imperialis, C. de nupt. & in cap. in causis, de offic. deleg. eruditè Tiracq. in l. si unquam, verbo suscepit liberos, à num. 63. cum seqq. C. de renoc. donar. & de primog. quast. 33. num. 1. cum seqq. Roxas, in epitom. success. cap. 23. num. 35. Tiber. Decian. conf. 88. n. 2. lib. 2. & hæc quod ad secundam partem dixisse sufficiant.**

ARTICVLO TERCERO.

68 **D**Vra parecerà la propoficion de que D. Luistiene llamamiento legal por la controversia de los DD. sobre el *§. si quis rogatus, l. ex facto, ff. ad Trebel.* circa successiõem filiorum naturalium in fideicommissis, ex qua maioratus successio regulatur in Hispania; mas por que la Regla de nuestra conclusion es juridica, y de natural razon, se harà manifesto con fundamentos claros ser cierta, y sin duda alguna, y assi empezando por ella, y trayendo à la memoria su antiguedad.

59 Parece que en el Imperio de Valentiniano, y Theodosio, y Iustiniano, por los años de nuestra redempcion

cion de 450. se estimò por regla, y estableció por ley la sentencia del sapientísimo Papiniano, de que el hijo natural hazia faltar la condicion, si sine liberis; y así lo refiere Vlpiano, *in dict. §. si quis, ibi: Si quis rogatus fuerit, ut si sine liberis decesserit, restitueret hereditatem, Papinianus, lib. 8 respons. scribit etiam naturalem filium efficere, ut deficiat conditio.* Fue tan estimado este parecer, que Iustiniano lo mandò guardar por ley, *in l. generaliter, §. cum autem, C. de inst. & subst.* cuyas palabras por ser prolixas taceo, y porque las sumò Alexandro conforme al sentir de Papiniano, conque ya en aquellos tiempos se tenia por regla el suceder los hijos naturales en los fideicommissos.

70 Valentiniano, y Theodosio hizieron lo mismo por otra ley de su Código, donde añadieron à la estimacion de Papiniano, que todas las vezes que huviesse variedad entre los DD. venciesse la opinion que le siguiera teniendo la por la mejor; tanto aprecio se hizo siempre deste varon insigne, refiere lo en terminos Valentin. Froster, *de success. abintest. pag. 106.* Ioan. Baptist. Lup. *de illeg. com. 1. §. 4. num. 14.* Doctor. Martha, *de succes. legal, 1. part. quest. 2. art. 3. nu. 1. 10. y 11.* Fachin. *controuers. lib. 5. 2.* Y el mismo Iustiniano *in l. 1. C. de veter. iur. enucleand.* celebrando à este illustre jurisconsulto, mandò que à sus notas que estavan en poder de Vlpiano, de Paulo, y de Marciano se les diese fuerza de leyes.

71 Entrò despues Vlpiano *in dict. §. si quis rogatus.* y dixo: *Mihi autem quoad naturales liberos attinet voluntatis questio esse videbitur de qualibus liberis testator senserit: sed hoc ex dignitate, voluntate, & conditione eius, qui fideicommissit accipiendum erit.* Tres limitaciones, como dize Martha, *ibidem, num. 12.* puso Vlpiano à la Regla vniversal de Papiniano, y para apartarse de ella es necessario, que el que se fundare en qualquiera, la prueve; *semper enim standum est regulæ, & pro ea sententia ferenda, l. ab ea parte, vbi DD. ff. de probat. cum alijs Martha vbi proxime.*

72 Mas aprecio quisieron házer algunos Autores del parecer, y limitaciones de Vlpiano, que de la Regla, y ley de Papiniano, pues dixerón, que aquellas avian de correr en los mayorazgos de España, y no esta, porque, ni la dignidad, ni la condicion, ni la voluntad de los Fundadores se entiende quererlos admitir. Y como sean de tã superior esfera los primeros interpretes de este sentir, vt ille parens iuris prudentiæ maioratû, numquam benè laudatus doctissimus inquam D. Ludovicus Molina *lib. 1. cap. 4. à n. sm. 45.* alterque maximus congestor indefesso labore fatigatus vltimarum voluntatum Magister D. Castill. *tom. 5. cap. 82. à num. 13.* quos sequuti fuere Mierez, Fuffar, Flores de Mena, Roxas, & alij, Deforma han puesto dudosa la materia, que parece quedar destruida la Regla de Papiniano.

73 Y aunque pudiera embaraçarme el temor de responder à Varones tan sabios, me alienta la razon à la defensa, no con la arrogancia que escribiò Guzman *in verit. 5.* contra ellos, ni con la elegancia que habló el señor Don Iuan Baptista de Larrea en la *decis. 32.* en favor de los hijos naturales, si, con la modestia que pide la atencion, y con los discursos que alcançare la cortedad de mi ingenio en defensa de D. Luis, y de la Regla de Papiniano.

74 Y assi, satisfaciendo à la primera limitacion de voluntad, es preciso advertir, que, ò esta es clara, y expressa, ò conjeturada; si clara, y expressa de excluirlos, ociosa es la disputa, y fatiga tan grande que los Autores tomaron de escribir libros enteros para hazer mas dudosa la materia, como dixo Guzman *d. verit. 5. num. 38.* ò es conjeturada, y entonces, es necesario que el que se funda en las conjeturas, las pruebe; porque en duda, se ha de estar à la Regla que los admite. No ay en este caso conjetura alguna de excluirlos, muchas si de admitirlos, y que sucedan los hijos naturales de D. Julio en este mayorazgo, y voluntad clara de llamarlos, vt supra in 2. articulo fundavimus; luego cessa la primera limitacion.

La segunda dize: *ex dignitate*; y fundan en que siendo el testador hombre noble, y principal, no es visto querer incluir en el llamamiento de hijos a los naturales; por que estos no son nobles, y de ello se valdrá Don Juan Baptista; pues Hortensio Gavi era vn Cavallero principal, Alferrez mayor, y dueño del Ingenio, y tierras de Salobreña, y no querria que su nobleza, y dignidad fuesse à quien lo desluciera, como los hijos naturales de Don Lulio: este argumento D. Castillo, y los demás, se funda en vn supuesto negado, y que no corre, ni puede correr en España.

76 Lo primero, por que en ella es constante, y sin duda alguna, que los hijos naturales son tan nobles como sus padres, cuya nobleza introduxo la costumbre, y mandò guardar por ley el señor Rey Don Alonso el Sabio *in l. 1. tit. 1. part. 7. ibi: Et fidalgo es aquel que es nacido de padre fidalgo, quier lo sea la madre, quier non, solo que sea muger velada, o amiga, que tenga conocidamente por suya*. Y explicandola Ioan Garcia de nobilit. *gloss. 20. num. 36.* dize lo mismo D. Covarr. *in 4. 2. part. cap. 8. §. 4. nu. 4. Leon, decis. Valent. 81. num. 15. Azved. in l. 10. nu. 51. tit. 8. lib. 5. Recop. & conf. 24. dub. 3. num. 39. ibi: Et ex nostra Hispania consuetudine itidem redduntur cum admittantur naturales ad honores, nomen, & arma, & insignia parentum*, Roxas *in epitom. succes. cap. 10. num. 23. & 27. Vallalpand. in l. 21. tit. 1. part. 7. §. sed iuxta, nu. 1. & 3. ibi: Filios naturales esse de agnatione ex naturali consuetudine Hispania eos admittente ad insignia nomen, & arma, & nobilitatem patris, & de familia dicuntur*. Flores de Mena, *lib. 1. variar. cap. 16. art. 2. §. 2. nu. 9. Micr. de maiorat. 2. part. quest. 2. num. 27.* Et post omnes Garrafc. *in tractat. de nobilib. non torquend. n. 50. & 51.*

77 Qua propter, aunque en el cap. 1. de los Estatutos de la Orden de Santiago, en el *tit. de las calidades*, se dispone, que el que huviere de tomar el Abito, sea hidalgo, el cap. 2. dispone, *ibi: Y los naturales descendientes de soltero, y soltera lo pueden tener*. Asegurando por cierto,

y conf-

y constante que los naturales son tan nobles como sus padres: luego si los hijos naturales gozan de las honras, preeminencias, nobleça, y dignidad de sus padres, y la razon en que se fundaron dichos Autores, de que por Derecho Civil, como D. Gregor. *in dist. l. Part.* de que no gozavan, cessa en España, do de por leyes, y costumbre vniversal, como lo vemos en las executorias de nobleça, que cada dia se despachan en favor de los hijos naturales de los nobles, y tienen sus mesmas prerrogativas, cessare debet eius dispositio, & consequenter secunda limitatio locum non habet, vt in individuo tenet Guzm. *verit. 5. num. 44.*

78 Que conclusio cum maiori ratione procedere debet en D. Luis Gavi, à quien su padre reconociò, traxò, estimò, y honrò tanto en su vida, dandolo à conocer a todos los Cavalleros de Granada, queriendo que gozasse de la nobleça, esplendor, dignidad, honra, y estimacion que el, y sus mayores avian gozado, como dize la *l. 1. de Toro*, y final, *tit. 22. lib. 4. For.* relata supra *num. 16. ibi: Este es mi hijo, que ha de tal muger (nombrela) y de aqui adelante quiero que sepades que es mi hijo, y lo recibo por mi hijo; y el hijo que assi fuere recibido aya honra de hijo dalgo, si su padre fuere hidalgo.* Si esto es assi, y que fue auido en vna muger noble, tambien soltera, y libre para contraer matrimonio, y baxo de sponfales de futuro, y que Don Lulio no tuvo otros hijos: de qualibus liberis testator fenserit ex eius dignitate accipiendum erit? Vt ex verbis Vlpiani vtar. De estos, señor, me parece que sintiò, y quiso que sucediessen, no aviendo otros de aquella linea, que le precediessen, y que si viviera, y los viera tan honrados, y aplaudidos con su nobleça, los quisiera llamar, y preferir al transversal substituido de otra linea; y assi lo exclama, y resuelve Guzm. *adversus D. Castill. & sequaces*, vbi supra, *num. 40. 41. & 44.* Conque siendo esto assi, y que falta el supuesto, en que D. Molin. Castill. & reliqui fundantur, de que dignitas non conservatur in naturalibus, no se puede verificar su opinion, y faltando la certeza del antecedente.

dente, cessa la ilacion de el sublequente conforme principios filosoficos, y juridicos.

79 Cum igitur los naturales sean tan nobles como sus padres, retorquendo argumentum in contrarios, si guese por consecuencia clara, que deben suceder en los mayorazgos de España, y que siendo hijos del ultimo poseedor, y primer llamado, no aviendo hijos legitimos de matrimonio, han, y deben excluir a qualquiera otro transverfal legitimo, vt in terminis ex sequentibus fundatur. Primo, ex celebri sententia D. Gregor. Lop. in l. 32. tit. 9. part. 6. verb. *Non valdrá q. 9. ibi: Adverte etiam circa prædicta, quod si expresse non vocetur filius naturalis ad maiorem in defectu legitimorum ex eo quod quis fecit maiorem in filium maiorem, & ceteros descendentes ordine primogenitura, videtur, quod sit vocatus naturalis, deficientibus omnibus legitimis.* De forma, que asienta por proposicion cierta, que en faltando hijo legitimo al ultimo poseedor, le ha de suceder el natural. Y la misma tuvo Anton. Gabriel, lib. 4. comment. tit. de fideicom. concl. 2. n. 68. donde refiere muchos DD. para probar, que en los mayorazgos suceden los naturales, a falta de legitimos, y excluyen a el substituto transverfal.

80 Idem tenent Addeat. ad D. Molin. lib. 1. cap. 5. num. 44. ibi: *Ratione perpetuitatis hoc admissum censetur, rectè equidem cum auctore fatentur Mieres, 2. pars. quæst. 2. num. 27. Angul. in l. 11. gloss. 5. & 6. Flor. de Men. lib. 1. cap. 16. art. 2. num. 8. qui omnes loquuntur de filio naturali asseverantes, esse admittendum, deficientibus legitimis: quod amplia, etiam si transversales in defectu filiorum legitimorum fuissent vocati Menoch. lib. 4. præf. 78. num. 2. Mena, ubi sup. num. 6. Mantica, de coniect. lib. 11. tit. 9. num. 2. lugar bien claro, y en terminos de nuestro caso. Y el mismo sentir, y opinion tienen D. Greg. in l. 2. tit. 15. part. 2. Pereg. de fideicommiss. art. 28. num. 43. Tib. Decian. respons. 35. num. 10. tom. 5. Cephal. conf. 656. num. 35. Farinae, tom. 2. decis. 350. n. 2. post consilia, Pat. Molin.*

de

de iust. & iur. disp. 62. num. 8. Et in terminis Avendañ. in l. 27. Tauri, gloss. 2. num. 14. Accacio, Anton. Ripol. in l. Titio centum, num. 145. ff. de condit. & dem. Leon, decis. Valentia 80. num. 10. dicentes, obtinuisse naturales aduersus transversales legitimos tam in tenuta, quam in Cançellaria super proprietate.

81 Quæ sententia, & verisima opinio fundatur optima ratione; nam si maioratus institutio pro dignitate familiæ, conservacióne nominis, agnationis, & sanguinis fit, & in filio naturali conservatur dignitas, honor, & splendor nominis, & sanguinis familiæ: prerrogativas, que nuestras leyes Reales, y costumbre general de España les concediò; fuera en mi sentir duro rigor, que teniendo, y gozandolo principal, que es la honra de sus padres, y parientes, no tuvieran, ni gozaran de la hazienda de ellos, que es lo accessorio, y con que se conserva, y mantiene lo principal. *l. ad subeunda, C. de Decur. lib. 10. vbi glossa ait: Ut honorem cum sumptu conseruet.* Eleganter Bartol. in l. 1. C. de dignit. lib. 12. l. 44. tit. 5. part. 5. ibi: *Si dixere, quie roque tal cosa no sea enagenada, mas finque à mis hijos siempre, ò à mi heredero, para que siempre sea mas honrado, y tenido.*

82 Y aplicando las voces de esta ley à la dignidad, y condicion de el Fundador, nos parece, no pudo tenerla tan cruel, que quisiese vn hijo del primer llamado heredero instituido de toda su hazienda, aunque natural, tan noble como su padre, tan ilustre como su tio el Fundador, y tan privilegiado en nobleça como los dos por leyes, y costumbre de estos Reynos, quedàra à pedir limosna, pobre, y sin los bienes que gozò a su padre, y que los ayudò à ganar al Fundador, y que vn Estrangero Genovès, y de otra linea, que viene à España à mover este pleyto, no por otra razon, que la que consideran ex dignitate, & conditione; que se verifican en Don Luis, le quitara el mayorazgo, los bienes, y hazienda, de donde proviene la estimacion, y con solo la nobleça, por no enyilecerse, huviera de peçecer, sin

poderse aplicar à cosa decente à su sangre, quod naturalis pietas abhorret, ratio, & æquitas juridica repugnat, vt in simili notat Tiber. Decian. *conf.* 7. *num.* 26. *vol.* 1. *ibi.* *Ne per defectionem honorum pauperior fiat, & vilescat familia.* De quo etiam argumento favore filiorum naturaliũ vtitur Gonçal. *ad regul.* 8. *Cancellar.* 7. *part.* *cap.* 15. *n.* 49. provando sei de genere familia institutorum eorum agnationem, & nobilitatem conservare. Gutierr. *prætic. quæst.* 81. *à nu.* 13. *& quæst.* 155. *a num.* 1. Nicol. Garc. *de benefic.* *tom.* 2. *cap.* 15. *a n.* 47. Et esse de linea patris, Anton. Gom. *in l.* 9. *Tauri*, *num.* 54. cum alijs Guzm. *sup. num.* 70.

83 Y assi, aunque este mayorazgo sea de dignidad por el titulo de Alferes mayor, y señorio del Ingenio, y tierras de Salobreña, sequitur, que D. Luis, conforme à derecho, tiene llamamiento legal, y debe suceder en el como hijo, y hermano de el primero, y ultimo possedor, y de su linea, y que conserva su dignidad, y nobleça; itaque in individuo, resolvit Vincent. Fular. *de substit. quæst.* 360. *num.* 7. que con ser de la opinion D. Castell. contra los hijos naturales, se rinde à la verdad, diciendo: *Si tamen concederetur naturalibus deferre arma, & insignia familia, & dicentur de domo, & admittentur ad fideicommissum dignitatis.* Et idem probat Azeved. *conf.* 24. *nu.* 24. D. Franc. Hieron. de Leon. *decis. Valent.* 81. *num.* 11.

84 Fundanse estas doctrinas en la celebre sentença de Bartul. *in l. heredib.* 38. *§. Titius*, *num.* 3. *ff. ad Trebel.* donde dà por regla, que para saber en que caso el hijo natural se prefiera al transversal, primero se considere, si la ley, ò estatuto municipal admite en algun caso al natural, porque aviendolo en aquel Reyno, ò Provincia, será este preferido à aquel. En España, no solo gozan de la nobleça, sino tambien tienen llamamiento preciso antes que los ascendientes, y transversales al mayorazgo de tercio, y quinto, *ex l.* 27. *Tauri*; luego precisamente han de suceder, y excluir al substituto transversal.

85 A tan infalible argumento quiere responder Dom.

D. Castill. diciendo, que el llamamiento de ilegítimos, ordenado por la ley 27. es solo facultativo, y no preciso; y que aunque lo sea, solo habla la ley del caso particular de mayorazgo de tercio, fundado por ascendiente; cuyas razones se eliden con facilidad, pues la primera de que no es preciso el llamamiento, se convence con las palabras de la ley: *Con tanto, que los llamamientos los hagan entre sus descendientes ilegítimos*, que son condicionales, vt ex pluribus tenet Matienç. in l. 11. gloss. 5. tit. 6. lib. 5. Recop. Gomez. Ayendañ. Castill. Palac. Rub. & ibi omnes, los cuales añadieron, que el decreto irritante de la dicha ley, y que de otra manera no puedan poner gravamen, ni condicion, anula qualquier forma de llamamientos, que no sea conforme a ella, Matienç. sup. gloss. 9. D. Molin. lib. 2. cap. 7. n. 5. § cap. 11. num. 11. § 16. vers. *Quarto adverte.*

86 A la segunda objecion, de que la ley 27. habla en caso particular de mayorazgo de tercio, fundado por ascendiente, y no transversal, como tambien propuso en Estrados el Abogado contrario; se satisface con que lo mismo, ex identitate rationis, corre, y milita en vn caso que otro, ya sea el mayorazgo de tercio, ya de todos los bienes, ya fundado por ascendiente, ò ya por transversal. Lo primero, en quanto a la cantidad de los bienes, se prueba; poniendo el exemplar en el caso de la ley 11. de Toro, quando vn padre que no tiene hijos legitimos, y tiene ascendientes que lo hereden abintestato por la ley 6. de Toro hiziesse mayorazgo de todos sus bienes en su hijo natural: diremos, que por que no fue de tercio, y quinto no puede suceder? No, de ningun modo, porque la dicha ley 11. le dà derecho claro de suceder: luego lo mismo será que el mayorazgo se funde de el tercio, y quinto, que es la mitad de la hacienda, que de toda ella para suceder el hijo natural por la regla de la ley, *que de tora*, ff. de reivindic. por ser vna misma la razon, y no aver otra de disparidad; y si no diganla los que siguen la contraria, que esta es juridica, y legal, & eam probant Peralt. in rubric. de heredib. instr. v.

123. quem refert, & fequitur D. Molin. *lib. 1. cap. 1. num. 26.* Et in specie Molin. Theolog. *de iust. & iur. tom. 3. tract. 2. diff. 609.* donde concluye, que la misma regla de la l. 27. para los llamamientos de naturales se ha de observar en los mayorazgos de tercio, que de toda la hazienda, aunque se funden con facultad Real.

87 Esto baste para la satisfacion de la respuesta en quanto al fundamento, ex identitate rationis ob quantitatem bonorum, Resta provar la identidad, por la qualidad de las personas, y que la misma regla ha de correr en la fundacion del mayorazgo hecho por el transversal que en la dispuesta por el ascendiente; y aunque parezca dificultoso, y no ayamos hallado Autor que nos la proponga, sin embargo nos parece corriente: & probatur sic.

88 Tùm, porque, vt fundatum reliquimus, la intencion de los Fundadores ascendientes, y transversales, es vna misma, scilicet, de conservar la agnacion, y nobleça en su linage: fundan los ascendientes en sus descendientes, por que los tienen: fundan los transversales en vn transversal, por que les faltan descendientes: quieren que se conserve su memoria, y familia en aquel pariente à quien llaman. Conservase esta, no solo en los hijos legitimos de el primer llamado, sino tambien en los naturales; luego precisamente ex voluntate testatoris, & legis dispositione les debemos confessar llamamiento legal, extendiendolo à este caso.

89 Tùm, porque si la razon de la dicha ley es el derecho que tienen los hijos naturales de poder heredar à sus padres, el mismo tienen para heredar à los parientes de el padre, *Authent. quib. mod. nat. efficitur legit. §. reliq. §. si quis ergo, & §. quia propter, l. 12. Tauri, l. 7. tit. 15. part. 4. l. fin. tit. 13. part. 6.* Roxas, *de success. cap. 23. n. 49.* D. Covarrub. *in 4. part. 2. cap. 8. §. 10. num. 2.* Monte-alegre. *in praxi, cap. 1. §. 4. nu. 20.* Anton. Gom. *in l. 12. Taur. n. 69.*

90 Tùm, porque si como fundan los DD. en la opinion contraria, los hijos naturales no tienen abintesta-

to mas derecho de suceder; que en la sexta parte de la *An-
thet. licet, de natur. liber. y l. 8. tit. 13. part. 6.* Y sin embargo
la ley 27. les da preciso llamamiento à toda la sucesion
del tercio, y quinto, y à la de todos los bienes, como funda-
mos. Que razon de disparidad, y diferencia nos podrán dar
para que en los mayorazgos fundados por los transver-
sales no corra la misma regla de la ley? Quando milita la
misma razon en vn caso que en otro, y quando es cierto,
que el Fundador, en lugar de hijo, porque no lo tuvo, fun-
dò el mayorazgo en el sobrino, queriendo conformarse cõ
la disposiciõ regular, y leg. l. *dict. l. 27.* quando no consta de
lo contrario; ni es de crecèr, ni presumir, que llamando al
sobrino, y à sus hijos legitimos, si los tuviese, que si vivie-
ra, y viera que no los tuvo, si no naturales, que quisiera ex-
cluirlos, y admitir al transversal con quien no tuvo afec-
cion, ni conocimiento, ni lo llamò, sino à falta de todos
los primeros substituidos: no abrà juicio humano que à
ello se persuada, por mas que D. Castell. Mier. & reliqui en
mayorazgos de transversales propongan contra los natu-
rales, por la dignidad, condicion, y voluntad del testador,
que siempre, dicen, los quiere excluir quando llama hijos
legitimos.

91 Hæc nostra conclusio fundatur ex rationibus
optimi consilij Tiber. Decian. *vol. 2. resp. 1. num. 7.* don-
de hablando de la gran comprehension de los hijos natu-
rales en la condicion, si sine liberis, y que no se presumen ex-
cluidos, si expresamente no lo estan en *num. 117.* trayen-
do à la memoria la mucha estimacion que Iustiniano avia
siempre hecho de Papiniano, mas que de Vlpiano; y como
aprovò su parecer por ley, *in dict. l. generaliter,* dize assi:
*Rursus idem Iustinianus adeò fuit sibi cordi hac pia pra-
sumptio, & Papiniani dispositio, ut illam in l. generaliter,
§. cum autem latam anno sequenti, quo promulgata erat
l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. extenderit etiam ad
nepotes naturales, ut scilicet illa sub intellecta conditio si
sine liberis intelligatur non modò de iustis, & legitimis li-*

beris, sed etiam de naturalibus tantum. Et illegitimis, quae si quod haec notabilis praesumptio innitatur tantum pietatis. Et iure natura, quod commune est tam legitimis, quam naturalibus tantum, qui nomen natura ferunt. Et ideo etiam casu nostro tenenda est haec praesumptio tanquam efficacissima, quod quam dilectionem ostendit testator instituendo Lannutium, eandem censetur habuisse erga ipsius sobolem.

92 De cuya admission, y razones juridicas, y de equidad natural es pleaisimo el *conf. 54. tom. 2.* de Marco Anton. Peregr. donde *num. 7.* rectifica de la cosa juzgada por repetidas sentencias en favor de los hijos naturales en mayorazgos, y fideicomissos perpetuos de transversales en algunos substituidos, obras pias, y q̄ siempre se determinò así por el Senado de los 40. de Venecia, sin q̄ jamás se determinasse lo contrario; y en el *conf. 7. volum. 1. num. 15. 19. Et 20.* defiende lo mismo. Y por que no parezca que nos valemos solo de Autores Estrangeros para prueba de nuestro intento, los Españoles lo fundan tambien con las mismas razones. Gabriel Pereir. *resp. 1 num. 12.* dice, que siendo por Derecho Civil el hijo natural del ultimo poseedor el pariente mas cercano suyo, y del instituidor, no halla razon para que en los mayorazgos de transversales no aya de suceder. ibi: *Cur ille uti proximior patri consanguineus non admitetur? Quis enim patri proximior est consanguineus, quam filius?*

93 Azeved. *conf. 24. in 3. dub. à num. 22. ad 28.* dice, que siendo la intencion de los Fundadores, que con la hacienda, y caudal que dexan à sus herederos se conserve su nobleça; no es justo, que los hijos naturales, en quien se conserva, queden desacomodados, y entre vn transversal de otra linea à gozarlo, aunque el Fundador fuesse transversal: & ita concludit cum Mietez: *Item si Pelaez. dict. q. 2. ad finem fatetur, quod superveniente casu in quo deficerent descendentes legitimi, ipse odio non haberet descendentes ex filio illegitimo, Et sic ex infecta radice procedentes*

tes. Cur. & non admittetis hinc naturalem, cum testator nullos descendentes, nec ascendentes reliquerit. & solum respectum habuerit subueniendi suis consanguineis, & illis qui sunt de parentela, & sanguine suo. Alia item in eandem considerationem afferunt Micr. Matienç. A vendan. Leon, & reliqui sup. num. 80. relati.

24. Con cuyas razones tan naturales, y genuinas nos parece queda provada la conclusion, y que la misma regla de los mayorazgos de tercio, y quinto ha de correr en los que se fundan de toda la hacienda, y la misma, quando los Fundadores son transversales, que quando son ascendientes, ex identitate rationis, tam bonorum, quam personarum. Y las contrarias objeciones respondidas, y fundadas, que la sentencia de Papiniano, tanquam universalis regula servari debet, quin Vlpiani limitationes in Hispania maioratibus, & præsertim in hoc fundato ab Hortensio Gavi possint verificari, vt ex illis Ioannes Baptista Lomelin successiõnem intendere possit.

25. Sed quia DD. contrarij alia deinde opponunt adversus naturales, valiendose de varias consideraciones para que se desvanezcan; respondeiẽmos, dando satisfacciõ a las mas principales. La primera, que el Abogado contrario propuso en Estrados es, que la successiõ de el mayorazgo se regula ad instar Regni successiõnem, y que estando dispuesta por la l. 2. tit. 15. part. 2. que para la successiõ de el Reyno se admitan los que fueren de legitimo matrimonio nacidos; lo mismo ha de correr en la de los mayorazgos: a que se responde, negando el supuesto; por que para la successiõ del Reyno ay aquella regla, y para la de los mayorazgos la de la l. 27. Taur. y asì por esta, como especial, se ha de regular, vt ex l. doli causa, ff. de verb. oblig. tenet D. Molin. lib. 1. cap. 2. num. 24. ibi: *Nisi aliud Regia lege de maioratibus loquente, decidendum sit, tunc enim propria legis decisione erit maioratus controversia definienda, non ea, quæ de Regni successiõne disponit.* Luego si en la successiõ de los mayorazgos de España se dà prelación

al hijo natural, no solo al transuersal, sino al ascendiente, in d.l. 27. no se abra de regular por la sucesion del Reyno.

96. Y aun en esta, señor, licet D. Castillo, cum Cald. Percir, tenga por absurdo, que el hijo natural excluya al pariente transuersal. Yo digo con Guzman (salua pace tanti viri) que lo contrario me lo pareciera à mi, scilicet, que vn transuersal pariente remotioris gradus, & diuersæ lineæ viniere à suceder en el Reyno, y se excluyera al hijo natural del que fue Rey, y tuvo la Corona, atque ita considerat respondiendo D. Castell. Guzm. dict. verit. §. nu. 57. ibi: *Ego equidem contrarium absurdum maximum putarem: cur ergo filius naturalis Regis, nullo stante descendente legitimo, a patre excludendus censeatur alio trāsuersali remotiori admissio consanguineo? Fortè plus homines adamamus filios transuersales alienos (etiam si consanguinei sint) quam proprios ex nostro sanguine procreatos, quia naturales sunt, si nobiles nascantur, & sine macula? Certè durum est, cum in Regnis non solum naturales, sed spurios filios admissos videamus.* Y prosigue, refiriendo diversos casos, y muchas historias para su comprobacion, quas videre est apud eum.

97. La segunda razon es, la que sacan de la l. 40. de Toro. Y aunque a ella responde Guzm. vbi sup. nu. 60. ibi: *Neque obstat l. 40. Taur. vbi expresse caveatur: Si el tal hijo mayor dexare hijo, nieto, ò descendiente legitimo, ex qua deducit D. Castell. ll. omnes Regni semper filios legitimos vocasse: quis hoc negat? Est ne nostra questio de filiis naturalibus, stantibus legitimis? Ne vti quam, sed de naturalibus, nullis legitimis stantibus. Ad quid ergo l. 40. Tauri adducta est?* Yo digo, que esta ley se hizo solo para resolver aquella tan reñida question de patruo, & nepote, quis eorum in successione avi præferatur, y à decretar que el nieto por la representacion se prefiera al tio, y siendo este legitimo hijo de el abuelo, cosa justa es, que el nieto que le ha de preferir en la sucesion, sea tambien legitimo: con que siendo ley hecha para solo aquel caso, no pue-

de corregir, ni derogar la regla vniversal de la sucesion de los mayorazgos, que admite los naturales, como fundamos; y si lo quisiera corregir, lo expresara precisamente, vt ex cap. cæterū de rescript. cū alijs D. Larr. decis. 32. n. 53

98 La tercera, que los hijos naturales no suceden à sus padres abintestato, mas que in duabus vncijs, ex Authent. licet, C. de natur. liber. § l. 8. tit. 13. part. 6. Y q̄ regulandose la sucesiõ del mayorazgo por la de abintestato, ex D. Molin. lib. 3. cap. 9. num. 11. D. Castill. dict. cap. 82. num. 50. No sucediendo en esta, tampoco han de suceder en aquella: à que responde Guzm. sup. num. 45. que no es lo mismo vna sucesion que otra; pues en la de abintestato ne ay voluntad del instituidor, y en esta otra del mayorazgo la ay expresa, & à iure sub intellectu. Y aprieta mas Guzm. diziendo, que supuesto que suceden abintestato en la sexta parte, y los estraños, ò los transversales fuera del quarto grado, no suceden en porcion alguna, que con mayor razon ex testamento, & voluntate testantis succedere in totum debent, excluso transversali remoto, vel extraneo.

99 Quod fortius probatur attenta dispositione l. 10. Taur. en que no teniendo el padre hijos legitimos, puede en toda su hazienda instituir los naturales, exclusis ascendentibus legitimis: luego si puede por testamento ex iuris Regni dispositione instituir a los hijos naturales en perjuizio de los ascendientes legitimos, y en este caso no pudiera dexar la hazienda à el transversal en perjuizio de la legitima del ascendiente, ni de el hijo natural, à quien esta obligado à dexar la sexta parte; con quanta mayor razon podrá excluir los transversales? Y haciendo la disposicion testamentaria, se entendera, que conformandose con la legal, querra antes preferir al hijo natural, que no à el transversal consanguineo, que en todos los llamamientos legales es pospuesto à los naturales.

100 Que sententia evidentissimè patet favore naturalis filij vitiani possessoris maioratus ad exclusionem

substituti transversalis inspecta naturali causa, & communi voto, & dilectione, quæ erga naturales cadit, ex elegantia textu in l. 10. tit. 4. part. 6. *Donde se determina, que si un padre tiene dos hijos legitimos, ò naturales, y les dexa à cada vno vn fideicomisso, ò vinculo con gravamen de que el primero que premuriere, restituya al otro hermano sin embargo que el padre no aya mandado que la restitucion sea, sino tuviere hijos, ò descendientes; si el gravado muriere dexando algun hijo natural, este hijo natural excluirà al tio, hermano de su padre: por que aunque sea hijo natural, y en los vinculos ayan de suceder legitimos, es avido, y se tiene por tal el natural para excluir à el substituto, vt optimè etiam observat doctissimus D. Greg. Lop. ibidem. gloss. 8. ante quest. 1. vbi inquit: Naturales filij excludendo substitutum dicuntur legitimi, & etiam debet hoc magni pendere propter estimationem iuris Regnorum, quam expendit Rexas, in epitom. success. cap. 15. num. 23. ibi: Inter quos naturales, & legitimos parum interest.*

101 Y supuesto que el padre, por la disposicion de dichos textos, y leyes Reales, puede, no teniendo hijos legitimos, dexarles toda su hazienda en perjuizio de los ascendientes, y fundar mayorazgo en su cabeça, vt docet D. Molin. cap. 11. lib. 2. num. 25. porque el Derecho le dà facultad para ello, no hallamos razon en nuestro sentir para que vn tio, hermano de padre, que tiene la misma permission, no pueda hazerlo; ni podemos entender, ni discurrir, que aviendo fundado el mayorazgo en el sobrino, y sus hijos legitimos, que conformandote con la disposicion legal dexasse de quererlos llamar, y preferir al substituto, por que fueron naturales, quando estos, vt sup. in 2. artic. exposuimus, ad exclusionem substituti se tienen por legitimos, & pari passu quoad estimationem huius Regni cum illis ambulant, que es el caso de la dicha ley de Partida.

102 La quarta razon en que se fundan, y que refiriò el Abogado contrario en Estrados (por que todas las demàs las callo, fuera de las dos referidas sup. n. 86. & 95.)

es que la palabra *Mayorazgo*, quando el testador llama *Legitimos* es esclusiva de los Naturales, cui facilime responder, distinguiendo el supuesto, y haziendo dos casos de esta forma. Es verdad que el nombramiento de *legitimos*, y palabra *Mayorazgo*, son exclusivas de naturales, quando concurre vn descendiente legitimo, aunque remotioris gradus eiusdem lineæ con el natural, que es en lo que tanto insistió el Abogado contrario. Y en este primer caso nil mirum, que el legitimo descendiente, aunque remotioris gradus se prefiera al natural, porque se halla en la linea actual, y efectiva del primer llamado, y vltimo poseedor, q̄ es la que constituye prelación en los mayorazgos, como dixo su mismo abuelo Roxas de *incompat. maiorat. 1. part. cap. 8. num. 24.* & nos supra *num. 3.* Mas quando (y es el segundo caso) no ay descendiente legitimo del primer llamado, y vltimo poseedor, y solo queda vn natural, el qual, vt diximus *supr. num. 82.* es de su linea actual, y efectiva; de ningun modo, aunque el testador llame legitimos en el mayorazgo, estas voces serán exclusivas de los naturales, concurriendo estos con los transversales substituidos de otra linea fuera de la actual, y efectiva del primer llamado, y la regla de inclusio vnus est exclusio alterius solo podrá correr en terminos habiles, que son los de el primer caso, y miembro de la distinción.

103 Pro qua nostri discursus ratione facit doctrina D. Gregor. in l. 6. tit. 13. part. 6. Et D. Molin. lib. 1. cap. 3. num. 33. ibi: *Nominatio namque atque specificatio personarum solum tribuit nominatis precedentiam successionis, non autem aliorum exclusionem operatur.* Garc. de nobilit. in *divis. oper. num. 19. & 20.* ibi: *Quia nominatio aliquorum est subordinatio ad non nominatos defectis nominatis: pluraque allegat in comprobationem, & idem D. Molin. lib. 1. cap. 6. num. 22. ibi: Hac autem regula in Hispanorum primogenijs propter eorum naturam, ac perpetuitatem non procedit, cum enim primogeniorum successio in primo, & secundo successore non finiatur, sed perpetuo*

tuo durare debeat, consequens est, quod semel exclusus nō debet censerī perpetuo exclusus, sed solum suspēsus ab ipsa maioratus successione donec duraverit persona, quae ipsum exclusit, aut eius descendentes: ea autem absque descendibus extincta poterit ei qui semel exclusus fuit eiusdē maioratus successio deferri; non enim posset aliter maioratus ipse perpetuus effici. Lo qual es en terminos mas apreciados de aver exclusion expreta, no inducida, presumpca; ni conjecturada. Et idem probant Gamma, *decis. 27. nu. 1.* à quien sigue Flores de Mca. & D. Molin. *lib. 3. cap. 5. n. 72.* Gratian. *discept. cap. 477. num. 25. cap. 595. num. 7. § 18.* & *cap. 890. num. 32.* Fontan. *de pact. nupt. claus. 4. gloss. 25. num. 27. tom. 1.* Franc. Molino, *de rit. nupt. quest. 24. nu. 1.*

104

Mayormente quando aqui el Fundador solo al principio, y en aquel caso de tener hijos legitimos el primer llamado, puso la preferencia, y despues en toda la clausula vsò de la palabra *Hijos simpliciter* sin aver añadido la calidad de legitimos, sino solo puestola en aquel caso de tenerlos ex dispositione text. in l. *gallus 29. §. quidam rectè, ff. de liber. & posthum. ibi: Sed si non exprimat, sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat qui ex verbis cōcipi possit.* Fue visto, que conformandose con la disposicion legal quiso llamar à los naturales comprendidos en la palabra generica *hijos, l. cognoscere. §. liberorū, ubi gloss. ff. de verb. signif. l. Lutus 88. §. dama. ff. de legat. 1. ibi: Quia creditur appellatione filiorum & naturales liberos contineri. l. cum pater. §. volo. ff. de legat. 2. l. fin. de iur. deliber. l. heredib §. 1. ff. ad Trebell. Pereir. resp. 1. num. 12. ibi: At verbum filius ita comprehendit legitimos, sicut naturales, immò proprios naturales cum sint à natura, quam legitimos cum sint à lege, & iure positivo, unde nomen acceperunt. latè D. Castill. tom. 6. cap. 131. à num. 11. & probatur in l. 27. Taur. & in l. 1. tit. 8. lib. 5. & in l. 30. tit. 14. part. 4. donde se dize, que el hijo del Conde es illustre, ya sea legitimo, ò ya natural.*

105

Y se confirma esta sentencia con la decisio de

de Vlpiano *in l. generaliter, §. spirius, ff. de Decurion.* Doude resuelve, que para este oficio, que oy es de Regidor, se admita el hijo legitimo, y que faltando este, pueda entrar el natural; luego no aviendo tenido hijos legitimos de matrimonio el primer llamado, abràn de entrar los naturales en este mayorazgo, y oficio de Regidor, y Alfez mayor de Salobreña, en que por la decission de dicho texto estàn admitidos, y por costumbre de España; y por ella, y por la disposicion de la *l. 2. tit. 3. lib. 8. Recopilat.* estàn excluydos los Estrangeros de tener estos oficios, vt *infra in §. art.* Luego abra de suceder D. Luis, como natural, à falta de legitimos, y será excluido D. Iuan Baptista, como Estrangero, y de otro Reyno.

106 Sin que obste el dezir, que la calidad puesta al principio de la clausula de legitimos, y en aquel caso de tenerlos el primer llamado, se entiene repetida despues en los demas, y assi se puede extender al caso de no tenerlos, que se excluyan los naturales, y se admita el transversal substituido por aquella opinion de Abbas, *conf. 26. num. 6. cum relatis a D. Castell. tom. 2. cap. 4. à num. 10.* que admite la extension de vn caso à otro, y de vna persona a otra; porque sin embargo de que la contraria opinion es mas cierta, scilicet, que la repeticion, y extension, si no se prueba, no se entiene hecha de vna persona à otra, ni de vn caso à otro, que es de Ananias, *conf. 23. num. 3.* à quien siguen, como mas comun; y verdadera mas de veinte AA. q̄ junta Casanat, *conf. 6. num. 18.* y la mesma defienden infinitos apud Fossar, *quæst. 403. num. 6.*

107 Aqui no puede correr la extension: lo vno, por que aviendo puesto el Fundador al principio la calidad de legitimos, y en aquel caso, si quisiera que siempre la huviesse de tener, lo expreslara, como cosa de tanta importancia; y assi se entiene lo dexò debaxo de la disposicion de Derecho, que en la palabra *Hijos* comprehende los naturales, *l. item apud Labeonem, ff. de iniurijs, cap. 2. §. sed neque de transl. pralat. cap. ad audientiam de*

decim. l. unica, §. sin autem, C. de caduc. tollend. fundamē-
tos, de que con otros se valió en los mismos terminos Ti-
ber. Decian. volum. 2. resp. 1. & melius Peregrin. de fidei-
commis. art. 16. num. 34.

108. Lo otro, porque aviendo restringido el Fū-
dador la calidad de legitimos al caso de tenerlos el primer
llamado; y siendo la restriccion contraria à la extension,
no puede darse repetición presumpta para inducir la del ca-
so de tenerlos, que se admitan al de no tenerlos, que se ex-
cluyan los naturales, quod naturæ maioratus repugnat, &
extensionem de casu ad casum, de linea ad lineam, & per-
sona ad personam non admitit, vt ex gloss. in l. Lulius, ff. de
liber. & posth. cum pluribus resoluit Fuffar. de subst. quest.
458. num. 1. & probatur in l. is qui opem, ff. de furt. ibi:
Quia qualitas addita alicui subiecto restringitur ad illud,
l. ea tamen adiectio, l. hoc legatum, ff. de legat. 3. Menoch.
conf. 29. n. 30. Fuffar. quest. 321. num. 26. & 27. Surd. de ali-
ment. tit. vlt. quest. 36. num. 17.

109. Y mas quando el Fundador no tenia obli-
gacion ninguna de dexar el mayorazgo à los hijos legiti-
mos del primer llamado, y pudiera dexar instituidos a los
naturales, excluyendo los legitimos, pues como extraño se
reputava, respeto de no ser ascendiente, sino transversal.
Argumento de que con sutíl elegancia se valió para prueva
de esta conclusion Tiber. Decian. conf. 31. num. 5. volum. 3.
ibi: *Extraneum autem appellant quemcumque, qui non*
sit descendens, & quem instituit testator non tenebatur,
vt frater, soror, & alij transversales, vt per Bald. probat
text. in §. ceteri, instit. de hered. qualit. Salices. in Authēt.
si qua mulier, quest. 6. Y el mismo Decian. in sapius ale-
gat. resp. 1. num. 40. ibi: *Sed in nostro casu non sunt substi-*
tuiti descendentes testatoris, sed transversales, qui dicun-
tur extranei, vt omnes, qui non sunt de ascendentibus,
aut descendentibus. Y alega muchos AA. para prueva de la
conclusion; y fundar, que en tal caso no se admite la exten-
sion, y repetición de vn caso à otro, quando los substitui-
dos son transversales.

Tum

110 Tum denique nam quotiescumque ex tacita repetitione aliquid inducitur, vel innovatur contra iuris regulas, repetitio cessat, & nequit fieri, D. Molin, lib. 3. cap. 5. num. 57. & lib. 1. cap. 6. num. 23. Mier. 2. part. q. 6. num. 76. Si en el caso de este pleyto admitieramos la repetición, ò extensión de legitimos del caso de tenerlos al de faltarle, y solo tener naturales, vinieran à quedar excluidos, como pretende su contrario. Esto es contra la disposición de Derecho Comun, y Regio, que los admite; luego no se puede inducir repetición para excluirllos: Ita probatur ex eleganti Menoch. conf. 95. num. 1. volum. 1. dõde dize: *Quod si consuetudine, vel statuto alicuius Provincia receptum sit, ut admitatur aliquis ad maiorum sine aliqua qualitate veluti, quod admitatur filia femina in exclusionem masculorum alterius linea. quod isto casu non inducitur repetitio aduersus statutum, vel consuetudinem regionis.* La razon es, por que el Fundador siempre es visto conformarse con los estatutos, y costumbre de la tierra, vt ex Bald. in l. heredibus, §. Titius, ff. ad Trebell. tenet cum multis Cald. Percir, in l. si curatorem, verb. Sine curatore, C. de in integr. restit.

111 Y quando todo cessara, y se pudiera admitir la extensión, ò repetición, fuera en caso de concurrir vn hijo natural con vn descendiente legitimo del primer llamado, aunque remotioris gradus, en quien pudiera verificarse la calidad de la repetición, no empero faltando, como aqui, y no aviendo de la linea mas que el hijo natural, que concurre con el transversal substituido de otra, vt sup. a num. 102. fundavimus. Y porque conforme à derecho en los nombramientos especiales calificados no se induce repetición para excluir a los que no tienen aquella calidad, sino solo les da prelación a los que la tienen, y faltando estos, como no ay quien les prefiera, entran aquellos a quienes les falta la calidad ex rationibus supra à num. 103. pensis. Y assi, parece que fue la voluntad del Fundador de este mayorazgo, scilicet, que teniendo hijos legitimos Dõ
 Julio

Julio, se prefiriesen estos, y que faltandole, entrassen los naturales, con prelación à los substitutos transversales. Cõ lo qual nos parece queda respondida la quarta oposicion, que de contrario se ha hecho.

112 La quinta, y sexta, de que en los feudos, y encomiendas de las Indias no se admiten los naturales, ex D. Castell. cap. 82. nu. 19. § 24. D. Solorçan. tom. 2. lib. 2. de Indiar. gubernat. cap. 17. num. 1. 20. § 21. se desvanecen conque no es lo mesmo la sucesion del feudo, que la de el mayorazgo; porque en la investidura de aquella ay condicion expressa, de que los sucesores ayan de ser de legitimo matrimonio nacidos, y assi el §. *naturales si de feud. defunct. fuer. contr.* dispone la exclusion de naturales por la regla de los feudos: mas la de los mayorazgos de España no dispone tal, sino lo contrario, que es admitirlos, y assi no se puede adaptar vn caso, ni vna sucesion à otra, por la diferencia tan grande, vt que ita in individuo notat Dom. Larr. dict. decis. 32. num. 57. donde con Alvaroto, Ripa, Corral. Rosental, y otros feudistas dize, que si la investidura del feudo dixere que succedan todos los hijos nacidos, y que nacieren, que entonces entrarán sucediendo los naturales descendientes à falta de los legitimos.

113 En las encomiendas tambien corre lo mismo, que en los feudos; porque en los titulos que se despachan se dispone assi, y porque el fin de la concession de ellas fue la poblaciõ, y aumento de aquellos Reyno, y q̄ invitados con este premio los hombres se casassen, y teniendo alli sus mugeres, y hijos, permaneciesen en aquellas Prouincias tan distantes: &c ita proponit D. Solorçan. dict. cap. 17. num. 20. ibi: *Mirum non est, si lex nostra, qua cõmendarum successionem induxit, eosdem ab eadem excluderet, maxime cum in hac lege ut tetigimus in cap. precedenti, num. 15. § seqq. id potissimè curatum fuerit, vt homines in Prouincijs Indiarum uxores ducerent, & ex illis plurimos legitimos liberos procrearent, vt sic his veluti retinaculis in eisdem Prouincijs permanerent, & eas civi-*
bus

civibus repleant. Cuyas razones no corren en los mayorazgos de España.

114 A la septima razon D. Castill. de que por de recho Divino estan excluidos los naturales por el 21. de el Genes. que se le mandò à Abraham no hiziera heredero à Ismael hijo de Agar. con Isaac hijo de Sarra la muger propria. Responde mejor que yo puedo D. Larr. *decif.* 32. nu. 58. Guzm. *verit.* 5. nu. 61. y assi escuso el proponer sus discretas razones, diziendo solo con la l. 11. tit. 13. part. 3. q̄ dispone lo mismo que el cap. 21. *Genes.* y el cap. 11. *lib. iudic.* del caso de lepte, que los hijos naturales no sucedan, ni se admitan con los legitimos, sino que faltando estos, han de entrar à suceder; y assi nihil obest prædicta oppositio. Además de que como considera Guzm. y el mismo text. lo dize: Ismael sucedió en vn mayorazgo, que le dexò su padre Abraham, distinto del de su hermano legitimo Isaac. Y como afirma el Cardenal Cayetano super *dict.* cap. 11. *Iudic.* los hijos naturales concubinarum, sucedian en los bienes, y herencias de sus padres.

115 Demas de las dichas razones, à que parece dexamos haçtenus satisfecho, dizen, que por costumbre de España (à pesar de sus padres, y de los Fundadores de los mayorazgos) estan excluidos los naturales, y demàs de ser incierto, pues no lo pruevan, ni podrán provar, caso negado que la huviera, siendo contra razon natural, y contra leyes, y disposiciones juridicas, de ningun modo se debe atender, text. *in cap. consuetudinis de usu, & consuet.* Y assi no aviendo ley en que se funde esta exclusion, ni razon para ello, tantas si como se han traído, y fundado para admitirlos; luego no se puede atender à vna costumbre, que contra natural razon dizen se ha introducido, vt docet. D. Cyprian. *in Epistol ad Pompey.* S. Agust. *lib. contra donatist.* cap. 6. ibi: *Nemo consuetudinem rationi, & veritati proponat,* cap. *veritate manifesta,* dist. 8. D. Thom. 1. 2. *quæst.* 90. art. 1. Bald. *conf.* 312. *lib.* 3. latè Cabed. *decif.* 5. num. 4.

116 Y aunque por la parte contraria se quiera esforçar con algunos exemplares, demas de que seran en casos de no estar los hijos naturales, como aqui, reconocidos por sus padres, ni pròvada la filiacion, y llamados los legitimos de legitimo matrimonio nacidos, ò con exclusion expresa de ilegítimos, y assi no se podran seguir para la introducion de costumbre, sino à las leyes, y razon natural que los admite, iuxta elegantissimum cons. D. Præsidis Valenç. Velazq. iurisprudentiæ lumen, & eruditionis splendorem *conf. 69. num. 215.* y mas en materia de mayorazgos, vt tradunt Fuffar. *quæst. 622. nu. 30.* Statil. Pacific. *de Salvian. interdict. inspect. 4. cap. 1. num. 138.* cum alijs Menoch. *conf. 500. num. 7. conf. 668. num. 38. & conf. 904. num. 68.* Add. ad D. Molin. *lib. 4. cap. 8. à nu. 12.*

117 Sin embargo de que por cada exemplar q̄ nostraygan, pudieramos en terminos individuales referir mas de 20. en favor de los naturales del vltimo poseedor en cõpetencia, y exclusion de los substitutos transverales, nos contentarèmos con traer à la memoria los mas especiales; y sean los primeros, seis casos que refiere Marc. Anton. Peregrin. *conf. 54. som. 2. nu. 7.* relatus supra *num. 92.* en favor de hijos naturales de el vltimo poseedor en fideicommissos, fundados algunos por transverales con obras pias substituidas en otros, y que assi se determinò por el Senado de los Quarenta de Venecia, sin que otra decission contraria se pudiesse hallar en favor de los transverales. El caso de Tiber. Decian. *resp. 1.* per tot. en los mismos terminos determinado à favor del hijo natural.

118 Y el de Nigr. Cyriac. *controv. 207. cum 2. & seqq.* en favor de vn hijo natural legitimado en mayorazgo, ò vinculo, que expressamente llama legitimos. Y de otros Tribunales, y Juzgados del mundo refiere la misma practica, y costumbre Doct. Martha. *de succes. legal. 1. part. quæst. 2. art. 3. à num. 16. cum seqq.* donde tambien testifica de la practica de este Senado, y Real Chancilleria de Granada, que los admite en competencia de transverales, y à las

las honras, nobleza, y privilegios de que gozaron sus padres. Y así se executó en la Real Chancillería de Valladolid en favor de el hijo natural de aquel Cavallero del Orden de Alcántara, último poseedor del mayorazgo, contra el transversal, con otros casos que alega el Doctor Alphós. de Azeved. *conf. 24. dub. 3. a n. 20.*

119 Las que trae D. Francisc. Hieron. de Leon, *tom. 1. decis. 81. a nu. 3.* Y aunque en el *nu. 8.* pone la duda de si podran suceder los naturales quando la fundacion del mayorazgo tiene grauamen de apellido, y armas, y en el *nu. 9. y 11.* alegue las razones contrarias. D. Molin. de que los naturales no las pueden traer, ni conservar por derecho comun, concluye, que han de suceder en este caso; porque no solo en España, sino en toda la Christiandad los naturales, y aun los bastardos, traen, y pueden traer enteramente en sus sellos, calas, reposteros, &c. las armas, y apellido, y son tan illustres, y nobles como sus padres, y entran a suceder en sus bienes, y hacienda, y así lo asegura del Reyno de Toscana, y Florencia, principal Provincia de Italia, y de el Delphinado, que lo es de la Francia; para que el Abogado contrario se conuença del error que padeció en la proposicion que hizo en Estrados, de que en Francia los naturales no traian las armas de sus padres si no con vna nota, vanda, faja, ò aspa, como a fuera sambenito el ser natural, ò bastardo, siendo nacido de vn hōbre noble, y principal. Y si acaso en Francia lo hazen, es cosa bien ridicula, y que no se puede alegar; pues en España, como dize Nicol. Garc. *de benefec. tom. 2. cap. 15. nu. 45.* con otros 16. AA. que junta del mismo sentir, los hijos naturales, *gaudent nobilitate parentum sunt de domo, genere, agnitione, familia, stirpe, sanguine, linea, & parentela, & possunt portare arma, & in signa eorum.* Y así lo vemos que las ponen, por lo qual, y que en Valencia sucede lo mismo, donde escribió la decis. *concludit. nu. 17.* auerse así determinado, y juzgado por aquella Real Audiencia en diversos casos, y en especial a favor de doña Violante de Roda, hija natural del último pose-

seedor contra el transversal en mayorazgo que llamaua hijos legitimos.

120 Las decisiones de esta Real Chancilleria fuera proceder in infinitum referirlas, apuntarèmos las mas individuales, y de que con facilidad se puedè sacar testimonios autenticos de los officios de los Escriuanos de Camara, y sea la mas principal, quam tradit D. Larrea, *decis.* 32. *nu.* 54. en fauor de doña Catalina Ponçe de Leon, hija natural de D. Pedro Ponçe, Conde de Baylen, que en vn mayorazgo de tanta dignidad, y tan grande Estado, en competècia del Duque de Arcos, de D. Pedro Ponçe, D. Eugenio, y otros opositores transversales obtuvo sentencia de revista en fauor con tres Salas enteras, siendo Presidente meritissimo el señor Doct. Lorençana, y todos los demàs señores Iuezes, varones insignes en letras, virtud, y experiencia, para que se vea quan sin razon en los mayorazgos de Dignidad, por la opinion de Vlpiano interpretada contra los naturales, se les quiere excluir; pues aqui fue admitida vna muger natural à tanta Dignidad en oposicion de vn Duque de Arcos, Grande de España, y de otros Señores, y Caualleros de no menor nobleza, que la competian.

De mayorazgos ordinarios ay Executorias en fauor de doña Isabel de Vargas, hija natural de D. Iuan de Vargas, vezino de Anduxar, que excluyó à D. Francisco su tio: otra de doña Angela Pinelo, vezina de Murcia, hija natural de D. Iuan, que sucedió en el mayorazgo de los Pinelos, y excluyó à doña Violante su prima hermana, vezina de Genoua, que era transversal substituida, y el caso en terminos mismos de este pleyto, y de hijo natural, en competècia de transversal Ginouès: otra, de doña Maria Ramirez, vezina de Guadix, que excluyó al Doctor Fresneda, primo hermano de D. Iulian Ramirez su padre, siendo expressamente llamado, y substituido: otra de la misma forma, en fauor de D. Iuan de Santander, vezino de Estepa: y otra de Mariana Perez de Riuera, hija natural de Gaspar Perez de Ribera, Ventriquatro de esta Ciudad, contra D. Góçalo

galo Perez de Ribera su sobrino. Y otra en fin, Señor, mas moderna, que todas, en cuyo pleyto fuy yo Abogado, y pasó en la Sala del Escriuano Cordoua, en fauor de D. Francisco Alphonso Fernandez Cano, hijo natural de D. Alonso Fernandez Cano, vltimo poseedor del mayorazgo que fundò Iuan Fernádez Hidalgo, en cõpetencia cõ D. Leonor Fernádez Gragera, sobrina, hija de hermano del Fundador, vezinos del Almédralejo, avièdo sido fundado del quinto de los bienes, en q̄ cõforme à derecho no tiene obligaciõ à llamar ilegítimos, y puede instituir vn estraño, vt notat Ma tienc. Avendaño, & alij, *in l. 27. Taur.* Y cõ facultad Real, que es mas, y teniendo calidad expresa de legitimos todos los llamamientos, y no obstante obtuve sentencias de visita, y revista en el juyzio possessorio en fauor del hijo natural por Febrero del año pasado de 690, de que fueron Iuezes los señores Don Manuel de Arçe y Astete, Cauallero del Orden de señor Santiago, del Consejo Real de Castilla, dignissimo Presidente de esta Chancilleria, D. Fernando Iruedra de Paz, D. Luys de los Rios, y D. Ares de Taboada.

122 Et denique referre sufficiat *decis. 167.* del Senado de Portugal, apud Gamm, donde se determinò à fauor de vna hija de la Esclaua de su amo, que despues consiguió libertad, dandole la sucesion del vinculo contra vn pariente substituido, haziendo faltar la condicion si sine liberis, de qua *in §. si quis rogatus*, & Flores de Mena, plures allegat, para que se vea quanta ha sido siempre la piedad Christiana, attenta naturali ratione erga naturales filios vltimi possessoris, & eius lineæ primo vocatæ ad successio nem maioratus; puer meo videri caso mas apretado que la decisio de Portugal no puede ser. Y assi baste de referir decisioes, quarum multitudinem si vellem recensere, ante diem clauso componeret vesper Olympo, & prius mihi dies, quam sermo deficeret.

123 Y solo con razon afirmaremos, que por ser de tales Tribunales, maxime de tan gran Senado como este, y el de el Real Consejo, como lo refiere Azebedo, no solo

en fuerça de exemplares se han de atender si, como leyes se podrán seguir, y en fuerça de tales las proponemos, y alegamos, como nos lo ordena el Emperador, *in l. final, C. de legibus, cum multis quos ibi congerit August. Barbof. nu. 1. §. 8. l. 1. §. eodem. ff. ad Sillaniam. l. filius familias 11. ff. ad l. Cornelianam de fals. cum alijs Barbof. collect. ad cap. in causis per textum, ibi: De re iudicat. D. Castill. tom. 5. cap. 86. à nu. 97. Petr. Erod. in pandect. rer. iudic. in praefat. à nu. 1.* Conque la costumbre que de contrario se alega queda desvanecida con la contraria, verdadera por tantos casos introducida, y en tantas razones fundada. Y bastan solos dos, ò tres exemplares, como dicen Theaur. *in proem. decis. nu. 32. Cabed. decis. 212. num. 5. D. Castillo, vbi proximè. nu. 97.* Què será, Señor, donde ay tantos, y tan expressos en fauor de los hijos naturales?

124 Y aunque estuviéramos en duda de opiniones, aviendose de estar à la mas verdadera, y mas prouable, vt cauetur in Bulla Innocentij XI. expedita anno 1679. y siendolo esta que fauorece la sucesion de los hijos naturales; pues tiene en su fauor la antigüedad por derecho civil, y Regio, vt à nu. 69. diximus: tiene en su fauor la costúbre por tantos casos introducida: tiene por si la regla de Papi- niano, sin poderse verificar las excepciones de Vlpiano: tiene en su fauor la piedad natural: tiene en su fauor la razon: tiene la equidad: y tiene en fin la justicia; se avrá de seguir, y atender, y no la contraria, aunque la defendieran muchos Autores; y por esta huviera vno solo, & ita resoluit Imperator, *in l. 1. §. 5. C. de veter. iur. enucleand. ibi: Sed neque ex multitudine Authorum, quod melius, & æquius est iudicatote, cum possit vnus forsitan, & deterioris sententia, & multas, & maiores in aliqua parte superare:* Y mandando, que en duda se este à la opinion de los que si- guen la sentencia de Papi- niano, dà la razon: *Nam qui subtiliter factum emmendat laudabilior est eo, qui primus inuenit.*

es opuesta à la razon, aunque tenga mil defensores, no se debera considerar, vt in simili notat doctissimus Ant. Faber, *de error. pragmaticor. decad. 48. error 6.* donde disculpandose de no juntar jamas nomenclatura de Autores para prouar su senten. dà la razon, ibi: *Nec enim sum ego cumulator interpretum, qui meo iudicio omnium ignobilissimus labor est, sed interpretes etiam ipse quantum ingenioli mei tenuitate licet, parumque obest, vt malim esse malus interpretes, quam malorum cõgestor, & approbator.* Et eandem sententiam sequuntur plures congesti a D. Salgad. *de Reg. protect. 2. p. cap. 1. §. 3. à nu. 23. ad 27.* Paul. Comitol. *res. pons. moral. lib. §. q. 1 §. nu. 6.* D. Larrea. *decis. 66. nu. 10.*

126 Y quando todo cessara, y las razones contrarias pudieran hazer fuerç: contra los naturales mayor, y de mas peso, y ponderables en la dignissima consideracion de V. S. han de ser las de la piedad erga naturales filios, que advitio Iustiniano, *in l. humanitatis, C. de natur. liber. q.* es la misma que para con los legitimos, vt ex *l. hos accusare, §. in omnibus de accusat. l. uxorem, §. codicillis. ff. de legat. 3.* vbi *Pietas qua propria est parentum, & filiorum, habenda etiam de naturalibus, l. parentes, vbi DD. de in ius vocando, vbi nec filius quidem naturalis potest vocare patrem in ius sine venia, quia vt ibi dicitur, vna omnibus equalis est seruanda reuerentia.* Et ideo Baldus, & ibi DD. alletunt, *nil differre naturales à legitimis in his, que ad naturam pertinent, qualis est affectus, amor, & reuerentia, l. adoptiuus, §. seruales, ff. de ritu nupt. per quam dicit Ancharcan. conf. 225. col. penult. quod proles naturalis habetur pro legitima, quoad naturale fædus.* Bald. *in cap. que, col. vlt. de const. quod filij illegitimi communis est pietas, communis est amor, & sicut potest defendere legitimum filium, ita, & naturalem, & econuerso naturalis defendere patrem, quia natura est eadem, neque constitutio naturam potest immutare, aut coartare naturales stimulos beneuolentiæ. l. amicissimos, §. Lucius, ff. de excusat. tutor. l. 2. & 3. ff. de liber. caus.* Y por esto se deben los alimentos, tanto à
los

Los hijos, como à los padres naturales; l. nam & si parentibus, ff. de liber. agnos. Y de la misma forma incurre en pena de parricidio el que mata al hijo, ò padre natural, que al legitimo, vt hæc, & alia considerat Tiraq. de pæn. temper. caus. 26. nu. 12. & in l. si unquam, verb. Donatione largitus, nu. 288. C. de reuoc. donat. a quo omnia ista transtulerunt, & mutuarunt, Plaz. in epitom. delict. cap. 22. à nu. 12. Tiber. Decian. tract. crimin. lib. 9. cap. 8. num. 8. & eruditissimus omnigena litteratura D. Solorçan. de parricidijs, lib. 2. cap. 3. à nu. 3.

127 Eryt optimè notat Francisc. Conan. lib. 2. comment. cap. 16. ibi: *Lex natura nullis se angustijs includi passa est, eodemque iure filios omnes quomodocunque nati essent, habuit: tam pater est eius instituto, qui ex concubina, meretrice, ancilla, consobrina, quam qui ex iusta sobole liberos suscepit.* Et ideo rectè dixit Euripides, apud Stob. serm. 59.

*Ego mihi filios adsciscere Nothos non dubito,
Cum enim legitimis nulla in re sint inferiores,
Propter leges male audiunt, quas tu cauere debes:*

Et apud eundem Stob. serm. 44.

*Nothum genus nomen habet culpabile;
Natura verò aqualis est.*

Et si naturales filij habuerunt manum Dei opificis, nec de dignatus est Deus eos fingere, & animam dare, vt ex verbis, Doctissimi Ann. Robert. lib. 2. rer. iudicatar. cap. 14. vtar, & traditur etiam in cap. nasci 56. dist. & vt inquit Fulvius Patian. de probat. lib. 2. cap. 17. à nu. 40. ibi: *Accedat quod legitimis, & illegitimis non solum communis est natura, communis cibus, communes morbi, communis interitus, sed etiam communis omnium est pater Dominus Noster Iesus Christus, qui sicut ipse voluit nasci ex incestis suorum coniunctionibus: nam Iudas Patriarcha concubuit cum Thamar nuru sua ex quo nati sunt Phares, & Zaram, & inde successiuis gradibus Salmon, Booz, & postea Isai, qui fuit Pater David, ex cuius radice natus est*

est Saluator noster, cap. Dominus 56. dist. D. Chrysostom. homil. 83. super Math. Paleot. de noth. cap. 55. num. 10. Sobre cuya consideracion escusamos extender el discurso por abreviar.

128 Si esto es así, por qué razón, lo que Dios, lo que la naturaleza, y la piedad Christiana les concedió, se les ha de quitar? y el remedio, y hacienda de sus padres, prefiriendo a otro pariente transversal al hijo natural, no mas de por que la fuente de su nacimiento no le dió legitimidad, ni él tuvo culpa, ni estuvo en su mano el nazer sin ella; pues la naturaleza no cita, ni previene a ninguno para eleccion de concebirse, y nazer, que si lo hiziera, seguro, y cierto es, que escogiera lo mejor. Y ya, Señor, que no nazió por culpa de sus padres legitimo, sus costumbres, su vida, sus atenciones, y honrados procedimientos le hazen digno de la nobleza, priuilegio, dignidad, y estimacion de que gozó su padre, como podemos con justa razon decirlo de la virtud, y modestia de D. Luis: *Itaque tali exemplo, (verba sunt Patian. vbi proximè num. 45.) crimen parentum in generando tali filio obesse non debet, nec in eo spectandum nascendi primordium, sed vivendi modum, qui si tam laudabilis est, nec à diuinis, nec à mundanis dignitatibus eiicietur.* Como fueron muchos Patriarcas, Profetas, Reyes, Principes, y Señores naturales, espurios, y bastardos, que refieren Guzm. d. verit. 5. nu. 17. y S. Chrysost. homil. 3. super Math.

129 Mayormente, Señor, quando la fundacion de este mayorazgo fue vna mera liberalidad, que el Testador quiso hazer, dexandolo instituido en todos sus bienes, para que D. Julio, y sus hijos quedaflen acomodados, y vna gratuita donacion, procedida de natural cariño que le tuvo, en que no el rigor de derecho civil, no las sutilezas de los Interpretes, no los apices de la curiosidad, si la natural razon se ha de mirar, vt crudite admodum orator ille insignis, & iuriconsultus Aurel. Robert. lib. 2. rer. iudic. cap. 14. pag. mihi 475. dixit: *At quoties de venenolo affectu, &*

amica voluntate agitur, hoc omne naturali iure non ci-
nili recenseri oportet, donationes autem ex sola affectio-
ne. & gratuita donantis liberalitate pendunt, ut non sit
nouum, aut insolens naturales liberos donationum, qua ab
affectu pendunt conferri capaces. Sic de Abrahamo refert Sa-
cra Scriptura. Genes. cap. 25. Dedit Abraham cuncta qua
possederat filio Isaac, filijs autem concubinarum reliquit
munera. Nihil sponsaliorum ceremonia, nihil tabula
nuptiales, & matrimonij solemnia ad amorem, & affectum
naturalem addunt.

130 Y por esso el testamento imperfecto, ò mi-
nus solemne en que el hijo natural, es instituido (por la
permision de la l. 10. de Toro) es valido, y por el entra a
suceder en los bienes, & ita est communis opinio, vt ex
Paul. de Castro, in l. hac. consultissima, §. ex imperfecto.
Guillerm. Benedict. in cap. Ratiuntius, verb. Testamenti
1. nu. 83. D. Couatr. in 4. 2. part. cap. 8. §. 4. nu. 13. Ceuall.
quast. §. cum alijs tradit August. Barbol. de appellat. verb.
vtriusq. iur. verb. Filius, num. 45. que dà la razon ibidem,
y es la misma que queda ponderada de la piedad, amor, y
beneuolencia natural erga naturales filios. Y por la misma
tienen el priuilegio de la Authentica Res qua, C. commun.
delegat. para que los bienes del vinculo, y fideicommisso
se puedan dar, y enagenar para dote, y capital de los hijos,
y hijas naturales, vt tenent l'asson, in dict. Auth. lim. 7. D.
Paddilla ibidem, à nu. 62. August. Barbol. vbi proximè, nu.
46. Y la disposicion de la l. si vnquam, C. de reuocand. do-
nat. non solum locum obtinet in legitimis, sed etiam in na-
turalibus, ob quorum natiuitatem reuocatur ipso iure do-
natio extraneo, vel consanguineo facta, vt ex Ripa, D. Co-
uartuv. & alijs tenet Barbol. vbi supr. num. 46. Lo qual se
puede adaptar à este caso, en que el Fundador dexò el ma-
yoraazgo al substituto transuersal, en caso de no tener hijos
el instituido: y assi, aviendolos tenido, aunque naturales,
cessò el caso de la substitucion por el nacimiento de los na-
turales, vt in individuo huius institutionis habere locum
dis-

dispositionem d. l. si unquam, rectè considerat Melchior Phebo, *decis. 97. num. 20. y 21.*

131 Para que tambien se convença contra si el argumento que el Abogado contrario hizo en Estrados, de que por aver sido esta fundacion vna mera liberalidad de dexar su hacienda el Fundador à quien quiso, no teniendo obligacion à llamar al hijo natural, pudo llamar al transversal, trayendolo; porque por el mismo caso que fue liberalidad, y no obligacion de llamar à vno, ni à otro, se entiendo primero llamado, y antepuesto el hijo natural del heredero instituido a el transversal substituto por las razones referidas, y disposicion de la ley *si unquam*, considera da por Melchior Phebo,

132 Si los hijos naturales tienen otros priuilegios, como es admitirse al retracto de los bienes de la familia, y a los troncales, vt ex Tiraquelo, & alijs notat Guierrez. *quæst. 155. à num. 2.* Azbed, *conf. 24. nu. 26.* Y suceden en los Patronatos, Memorias, Capellanias, y obras pias, vt ex Lambertino Rocho de Curte, D. Lara, Gomez, Bayo, Peregrin, *conf. 34. num. 11. lib. 1.* & alijs, notat Barbosa vbi supr. Y en todos los casos que la disposicion de derecho habla de hijos se comprehenden los naturales, y demas ilegítimos, vt idem Barbosa, tenet, dict. verb. *Filius*, *num. 36.* ex text. in l. *illud. ff. ad leg. aquil. cap. cum dilectis. de confirm. usil. vel inutil.* cum alijs. Y por todos derechos, y costumbre general de España gozan de tan innumerables priuilegios; pues hasta de derecho civil fundaron Philipo Corneo, y otros muchos, apud Gabriel, *communis titulo de fideicom. conclus. 2. à num. 67.* vt refert Cald. *de nomin. emphit. quæst. 20. nu. 24.* que pueden suceder à sus padres.

133 Nos parece no aver razon, para que por las mismas leyes, costumbre, y priuilegios se aya de excluir los naturales, & omne id quod in gratiam, & fauorem eorum fuit concessum, in eorumdem dispendium, & damnum retorqueatur contra regulam, l. *quod fauore. ff. de leg. cap. quod*

quod ob gratiam, de regul. iur. in 6. & traditur in cap. penult. de pen. vbi: Quod ad defensionis inventum est subsidium, ad depressionis dispendium retorqueri non debet. Concil. Tridentin. sess. 24. de reform. matrim. cap. 9. ibi: Maxime nefarium est, ut inde iniuriana nascantur, unde iura desiderantur. Y assi se pudieran lamentar con Casiodoro, lib. 4. epistol. 27. ibi: Detestabilis quidem est omnis iniuria, & quidquid contra leges admittitur iusta execratione damnatur, sed malorum omnium probatur extremum inde detrimenta suscipere, unde credebantur auxilia provenire.

134 Y siendo esto assi, y que tanto afecto mostrò el Fundador para con el primer llamado; quien crecía que si viviera, quisiera hazer vilipendio de sus hijos naturales tan nobles como su padre, y de tan loables costumbres, dexandolos à pedir limosna, y que vinieste vn pariente de otro Reyno à quitarles la hazienda, y quedassen en su patria à vista de los suyos mendigando, y su contrario opulento se fuera gozoso à la suya, con el logro de la natural avaricia, à que tanta propension tienen los de aquella Republica, tamquam spongia auri, & argenti nostri Regni, vtest notoriam, & considerant D. Pizarro, *viror. illustr. vita. 1. cap. 5. obseru. 1.* D. Salzed. *de leg. polit. cap. 15. nu. 32.* Y dexandolos à lamentar las tristes memorias de su estado, que es la mayor pena, como dixo Tulio: *Nihil infelicius quam ex beato miser.* Y que fuera tal la ventura de D. Iuan, que porque no se casò Don Julio con doña Iuana, por auerle preuenido la muerte, como està justificado, se verificasse el caso de su substitution tan remota, hecha despues de las lineas de D. Iuan, y D. Lorenzo, y les lleuara la hazienda, q ayudò à ganar su padre, y le dexò su tio gratuita, y liberalmente, en recompensa de los beneficios, y asistencias que le debió, y que no excediendoles D. Iuan en sangre, en nobleza, ni en otras naturales prerrogatiuas, pues se contentara con ser su igual: y siendo por hijo de hembra inferior en la qualidad, para suceder en los mayorazgos donde se contempla la agnacion, y no se puede cōservar por la mezcla

cla de otro apellido, vt considerat D. Molin. *lib. 2. cap. 4. num. 29.* Y en la hembra fenece, y acaba el linage, y familia, vt ex *l. pronuntiatio, in fin. ff. de verbor. signific.* Y D. Luis por la calidad de varon agnato, hijo de varon, y natural hijo del vltimo possedor, en quien se conserva la agnacion, y familia, y de la linea predilecta, ex notatis à D. Larrea, *decif. 32. num. 39. §. 43.* es superior à Don Iuan: porque no ha de ser preferido à él? Y si este mayorazgo, aũ que confessemos, que en los de dignidad grande no puedẽ entrar los naturales, no tiene anexo ningun Ducado, Marquésado, ni Condado, si solo el officio de Alferes Mayor, y Regidor perpetuo de Salobreña, en que D. Luis tiene la admision expressa de derecho, vt ex *l. generaliter, §. spurium, ff. de decur.* Y D. Iuan por Estrangero expressa exclusion por derecho Real, *l. 2. tit. 3. lib. 7. Recop.* como podrá entrar D. Iuan à suceder en èl?

135 Y si fuera tan venturoso, que llegara à gozarlo, exclamaran por boca de Ieremias en el 5. de sus Threnas, estos pobres Caualleros D. Luis, y sus hermanos, diciendo à Dios: *Intuere, & respice opprobrium nostrum hereditas nostra versa est ad alienos, domus nostra ad extraneos.* Quejaranse con razon de su desgracia, no del Fundador, que no los quiso excluir, sino solo preferir à los que tuuiese legitimos su padre; pues si viuiera, y viera este caso hiziera qual otro Rey Peticles Atheniense, que auiendo promulgado ley contra los ilegítimos: por justos juizios de la Divina Providencia, teniendo quando la decretò muchos hijos legitimos le faltaron todos, y solo le quedó vn bastardo, y así hizo derogarla, y mandò que sucediesen los ilegítimos, como antes, vt refert Plutarcho en su vida, y Ann. Robert. *lib. 2. cap. 14. pag. 476.* cuyo lugar de Plutarcho, y otros, en comprobacion, tradit in vrgentiori casu erudite admodum, maximaque ingenij solita facundia doctissimus magister meus huius regalis Cancellariæ advocatus D. Franciscus Santaella Morales, in quadam allegatione super maioratu de los Castros, pro D. Didaco

Antonio de Acuña hijo bastardo seu spurio victimi possessoris.

136 Porque si yn caso como este se les consultara, no solo a el Fundador, sino a los legisladores, y q̄. por yn accidente desgraciado de auer muerto la madre de Don Luis antes de casarse, como lo insinua D. Julio en la carta presentada, les faltò tan poco para quedar legitimos de matrimonio, no es possible que dexaran de declararlos por tan legitimos como nazidos de el, ni que quisieran en caso tan piadoso, fortuito, y accidental, precisar a las solemnidades que no pudieron intervenir, por auer preuenido la muerte a vno de los dos, qui contractum matrimonij ad implere cum superstite poterat, & volebat, vt egregie considerat Quintilian, *declam.* 247, diciendo: *Id vobis, Iudices, facillime persuaderi poterit, si non tam iniustos, neque tam imprudentes existimatis legumlatores fuisse, vt necessitate prastringerent ea quae praestari non possent: quis enim credat eius conditionis esse iura vlla, vt aliquid nō liceat, & necesse sit?* Mayormente auiendo la declaracion del padre, en que confiesa las esponsales de futuro con vna muger libre, y tan noble como el, en quien no se presume concubinato, sino matrimonio per diuinā simul cohabitacionem, y los hijos que nazen son, y se tienen por legitimos, vt in terminis rectissimè notat Robert, *lib.* 2, *rer. indicat.* cap. 17, pag. mihi 519, his verbis.

137 Sed in casu non adeo dissimili, cum quidā mulierem per septenium concubinam habuisset, & filium, quem ex ea suscepit, asseruisset ex fide matrimonij filium suum legitimum esse, Pontifex ingenuum eum esse iudicat, & succedendi capax, cap. per tuas extr. de probat. magno se favore commēdant procreati liberi, vt accedente matrimonij fide, ac publica patris assertione proles legitima censcatur. Quin ex quorundam iurisdctorum sententia sola patris professio ad hoc valet, vt matrimonium rite contractum praesumatur Boer. *decis.* 240, quod ipse Iustinianus satis confirmat cum nouella sua cōstitutione 117.

§. 2. Statuit ut si quis filium filiamve quos ex libera & ingenua muliere habuit legitimos in aliquo instrumēto nominaverit, non alia certior matrimonij probatio requiratur. Et ea patris professio sufficiat ut liberi succedendi iura habere existantur. Etenim in libera mulieris concubitione potius præsumitur matrimonium, quam concubinitus. l. in libera. ff. de ritu nuptiar. l. in concubinato, ff. de concubin. Nimirum ergo si accedente qualibet patris declaratione, & fidei conjugalis assertionē, tam uxor iusta, quam legitimi liberi censentur. Vtque hic Robertus.

138. Atque ideo, quando los hijos nazen de muger libre, y tan noble como el padre, y sub præsumpto matrimonio y el derecho los tiene. por legitimos, & indubio fauore innocentis prolis pro eorum successione, & legitimitate iudicanda, vt ex D. Menchac. Merlin. Gratian. Sanchez, Menoch. & alijs tenet Angel. Bofsio tom. 1. moral. variar. part. 2. tit. 1. num. 1397. § 1407. mayormen- te quando se halla en la. possession de natural, y en la de los bienes, vt notat D. Crespi de Valdaura, obseru. 23. quæst. 5. à num. 36. Que es tambien la razon, porque como confes- sò el Abogado contrario en Estrados, los hijos de matri- monio putatiuo se tienen por legitimos, y suceden en los mayorazgos, y lo dize tambien en sus adiciones a Roxas, 1. part. cap. 4. à num. 30. & resoluit Doctissimus D. Olea. de cession. iur. tit. 4. quæst. 8. à num. 13. & Bofsio. de con- tract. matrim. cap. 3. nu. 112. los quales, y en especial el Abogado contrario, plura in fauorem legitimitatis, & pro- his adducunt, esto por la buena fee de los hijos que no tu- vieron culpa de que sus padres no se casassen. y cumpliesen la promessa de futuro matrimonio, legitimandolos por es- te medio, y no por la razon que el mismo Abogado dixo de la buena fee de los padres que juzgauan estar bien casa- dos en aquel matrimonio que tenia algun impedimento dirimente, porque aqui ya no fuera matrimonio.

139. Y aunque fuera cierto, que la buena fee hu- viera de estar en los padres para contraer los esponsales, y

el matrimonio putatiuo, ò presunto, como declaró Dõn
Julio. No ay dada en que aqui la huvo de parte de el , y de
doña Luana; pues no tuvieron impedimento alguno, porq̃
aunque fuera cierto lo que falsa, y calumniosamente les ha
opuesto su contrario de la comunicacion illicita pendien-
te el primer matrimonio; aviendo sido este nulo desde su
principio, y que como tal se declaró por la sentencia, fue
como si no estuiera casada la D. Luana, para tener la amifi-
dad, y darse ambos palabra de casamiento, sin el embarazo
de los decretos del *cap. 1. 5. seqq. de eo qui dux in matri-
mon. quam poll. per adulter; cap. si quis viuente 31. q. 1.*
que tanto se repitió por el Abogado contrario; pues la dis-
posicion de estos fue en reuerencia, y atencion del matri-
monio valido, que no corre en vn matrimonio nulo, quod
à iure nullum producit effectum, & ita in terminis ex Hof-
tios, Nauarro, Grafis, & alijs tenent Matienç. *in rubr. tit.*
1. lib. 5. Recop. glos. 1. nu. 183. & Doctissimus D. Francis-
cus Torreblanca, *de iure spiritual. lib. 2. cap. 15. section 11.*
num. 16. Y por esto dispuso la Santidad de Vibano III. en
el *cap. cum in Apostolica 18. de sponsal.* que pudiesen li-
bremente contraer segundo matrimonio pendiente la nu-
lidad del primero, sin incurrir en la pena de bigamo, ni
otra alguna, vt fundauimus supra in primo articulo à nu.
23. con los lugares de Barbos. Sanchez, Gutierr. y Trans-
miera de Poligamia à los quales, aunque como dixo se hi-
zo cargo de ellos en Estrados, no satisfizo, ni pudo descar-
garse, por ser de tanto peso, verdad, y autoridad. Además,
Señor, que ni del hecho, ni del derecho de esta materia se
puede tratar como mere Ecclesiastico, y espiritual en este
Tribunal, porque los Sagrados Canones la prohiben, vt in
cap. lator, cap. causam qua qui filij sint lege, cum multis
Barbos. de potest. Episcop. alleg. 76. a nu. 21. cum traditis
à nobis supr. num. 24.

140 Y assi, Señor, pues el derecho los tiene por
legitimos, y por naturales los admite à la succession de los
mayorazgos, y su contrario es tan rico, y goza del primero
que

que se fundò en Genova, contentese con él, y dexè à estos pobres Caualleros, que aunque naturales, son naturales de España, y el otro Estrangero rico, y poderoso, y no han de pedir limosna à vista de la piedad de vn Tribunal de tanta misericordia, justicia, y razon. Gozen, pues, de los bienes, y hazienda que tuvo su padre, y dexò su tio, y tengan este remedio, que como dixo Casiodoro, *lib. 4. epistol. 41. Propositum regale est pressis labe fortuna pietatis remedio subuenire, & acerbos casus iniuria meliorte sorte mutare, & epistol. 7. Propositum nostrae pietatis est iniuste periclitantium subleuare fortunas, quia quod aliena vi cõstat impositum trahere non possumus ad delictum; iniquum est enim ut hominis vitio deputeretur, quod eius voluntate non regitur.* Y así esperan en la razon, y justicia que les assiste, y en la piedad, y clemencia de tan gran Senado se declare la sucesion de este mayorazgo en fauor de D. Luis.

ARTICULO QVARTO.

141 **P**Rincipio es cierto, que qualquiera que intenta suceder en mayorazgo fideicomiso, ò herencia ante omnia, debe legitimar su persona, y prouar el caso de su substitucion, *l. si quis ita substituerit, ff. de vulgar. l. Titia. §. Caius, l. Lucius. §. pen. ff. de legat. 2. glos. in l. qui duos. §. superstes, ff. de reb. dub. & cum alijs D. Molin. Mártic. Fuñlar, D. Caltill, tom. 4. cap. 9. nu. 3. & lib. 6. cap. 118. à num. 1. Peregrin. de fideicom. art. 43. à num. 6. battale al Rco demandado, que está en posesion, como D. Luis, decir: de te non loquitur substitutio, persona tua non est vocata, & istum casum non comprehendit, ita D. Cardinal Ludouif. postea Gregor XV. *decis. 433. à num. 1. Cyriac, contr. 281. num. 41. Noguez. alleg. 37. art. 2. n. 41.**

142 Es fundamento de la intencion de D. Iuan él que ha sucedido en el mayorazgo de Genova, como hijo de doña Isabel Gavi debe prouarlo, y que esta fue la sobrina substituida, *ut ex cap. sua de consang. & affinit. notant*

predi&i DD. & Peregrin. d. artic. 43. à num. 66. Y la misma que llamó el Testador, y el mismo hijo de ella, y del Doctor Lomelin, que substituyó à falta de los de D. Iulio, Don Iuan, y Don Lorenzo, primeros llamados, con las calidades, y requisitos que se prueua la identidad de las personas de las tres demonstraciones que dixo Bartulo, de Nombre, Patria, y Apellido, *in l. demonstratio falsa, quast. 7. nu. 14. ff. de condit. & demonstr.* Y otras que añaden la l. 1. *C. si vnus ex pluribus appelletur*, D. Iuan de Escobar del Corro, *de puritat. & nobil. prob. 1. part. quast. 16.* Noguera, *alleg. 25. num. 264.* & *seqq.* D. Valenc. *conf. 90. nu. 13.* Melch. Lothar, *de re beneficiar. lib. 2. q. 11. à n. 121.* & *ferè in terminis Cyriac. contr. 281. à n. 28. ad 33.*

143 Solo en Genoua à prouado alguna cosa de la filiacion, porque en España no ay quien lo conezca, ni sepa que es el mismo, y solo Iuan Baptista Trula se extiende à decir, que conoció pequeño vn hijo del Doctor Lomelin, y de Isabel Gavi, que es lo mismo que dize el Marques de Campotejar. Y aunque los instrumentos, y informaciones de Genoua vienen certificadas, no hazen fee, ni prueua alguna, por los vicios de suposicion, y falsedad que en si contienen, porque se reduzen à vnos papeles escritos en vn idioma, que leido se hallará, que ni bien es latino, ni bien Castellano, ni Thoscano, sino vn mal language con mezcla de todos, que es vna de las graues presunciones de falsedad que considera el derecho. La diuersidad de estilos, y lenguas en los instrumentos, *cap. licet, §. illos, vbi gloss. verb. In forma de crimine fals.* Menoch. *conf. 199. nu. 2.* & *lib. 2. pras. 20. nu. 17.* Genoa, *de scriptur. priuat. quast. 6. dub. 7. num. 8.* & 11. Augustin. Barbof. *vor. 68. num. 54.*

144 El estar escritos, como se puede ver, todos los papeles, informacion, y testimonios de diferentes letras, caracteres, y manos, que son videntes presunciones de falsedad, Barbof. *vbi proxime, num. 52.* Tiber. Decian. *respons. 99. nu. 18. lib. 2.* Stayban. *resol. 11. nu. 19.* Genoa,

supra

supra nu. 5. §. dub. 5. à n. 1. Alvar Pegas, resol. forens. cap. 19. nu. 46. §. 47. Y aunque dichos papeles se dize son hechos en Genoua, bien pudieron hazerse en el camino, y no pueden conforme à derecho, padeciendo estos viuos, y los demás que se les han opuesto, hazer fee en Reyno extraño, hechos sin citacion de parte legitima, ni asistencia de D. Luis. Luego si D. Iuan no ha prouado en la primera instancia, ni en esta de vista con testigos, ni instrumentos su filiacion, y la identidad de su persona, ni ratificado con citacion de D. Luis, ninguno de los de Genoua no podrá ser admitido à pedir por defecto de legitimacion de la persona.

145 Y mas aviendose por parte de D. Luis recarguido de falsos dichos papeles, y no comprouado se por D. Iuan, como se debia en virtud de despachos compulsorios, sacados con citacion de D. Luis, que no pueden hazer fee, ni proeua alguna, *l. 115. tit. 18. part. 3. Gonçalez, & alij. apud Fontanel. decis. 291. num. 14.* cuya comprouaciõ debia ser justificando, que los Escriuanos, Notarios, y demás personas de quien parecen firmados (que algunas son Lomelinis) son los mismos que firmaron, fieles, legales, y que tenian Oficios publicos para poder subscriuir los despachos: que son estos los medios de la comprouacion de papeles traídos de otros Reynos, vt cum alijs tenent Patian. *de probat. lib. 2. cap. 21. num. 59. Parlador. lib. 2. rer. quoid. cap. fin. §. 11. num. 16.* Sin que estas diligencias se puedan escusar, maximè en materias graues, y de mucho perjuizio, como sobre la sucesion de vn mayorazgo, vt in terminis con infinitos Autores, tenet Doctissimus D. Gabriel de Pareja, *de instr. edit. tit. 1. resol. 3. §. 2. n. 48.*

146 Y de no auerlo hecho así D. Iuan en vn año; y mas que ha tenido de tiempo desde que sigue este pleyto, y no estando Genoua tan distante, ni su comercio tan dilatado que no pudiera facilmente auer comprouado dichos papeles, induzen la sospecha, y presunciones alegadas, y q̄ no es el mismo que pretende, y que los papeles, ò son de otro,

otro, o se hizieron en el camino; como lo consideran los dichos AA. hablando de los instrumentos que se lleuan de vn Reyno à otro, y aun de vn Lugar à otro en vn mismo Reyno.

147 Y quando lo huviera comprouado, no auièdo llegado el caso de su substituciõ, pues como fundamos; esta fue en caso de faltar los hijos de D. Iulio, D. Iuan, y D. Lorenço, y auendolos de D. Iulio habiles, y capaces en este mayorazgo, y en el de Genoua, no puede auer llegado el caso referido: además, que si se funda en que es suçessor de el mayorazgo de Genoua, y assi ha de entrar en este; èl mismo se contradize, alegando no ay mayorazgo de Genoua, y siendo la posesiõ de este el medio de suceder en el de Salobreña, faltando este caso, que conuenciõ la contraria no llegò, tampoco llegarà el de la substitucion puesta, respecto a la persona poseedora del mayorazgo, que si no la ay, no avrà llamamiento, ni podrà extenderse del caso de entrar en la posesiõ al caso de no fundarse, arg. text. in l. *si quis ita substituerit*, ff. de vulg. & pupil. ibi: *Non enim videtur in hunc casum substitutus*. Menoch. conf. 326. n. 13. conf. 242. nu. 12. Cephal. conf. 469. nu. 11. Mantica. de coniect. lib. 3. tit. 19. nu. 11. cum alijs Fuslar. q. 31. nu. 32. y 33.

148 Y estando D. Luis como hijo de D. Iulio en ambos mayorazgos primero llamado, y antes substituido que D. Iuan, y teniendo D. Luis el llamamiento legal, podemos decir contra D. Iuan lo que Surdo. conf. 119. num. 16. ibi: *Ex lectura testamenti dignoscitur nullam illi factam esse substitutionem*, &c. Y con la decisiõ de la Rota Romana, coram D. Ludouic. aut Gregor. XV. d. decis. 433. n. 1. ibi: *Fuit unanimiter conclusum Dominos de Iacobatis filios dominici non esse substitutos post mortem Tarquini, & Marij, quia non probant se in dicto casu vocatos, ut probare debent*, & nu. 4. ibi: *Neque potest ab ista substitutione facta propter alienationem inferri ad illam post mortem haredu, cum sint facta in diuersis casibus, & diuersis occasionibus*.

149 **P**OR aver en este punto de la exclusion de Estrangé-
ros en las Dignidades, honores, oficios, y bene-
ficios, hazicndas, bienes, y mayorazgos de España, escrito
con tan exornada elegancia. Bobadilla, *lib. 1. cap. 12. à n.*
23. Mastrill, *de magistrat. lib. 2. cap. 7.* Renath. Copin, *de*
sacr. forens. politia, libr. 1. cap. 3. Barbof. *vor. 33.* D. So-
lorçan, *de Indiar. iur. tom. 2. lib. 3. cap. 19. à num. 5.* D.
Crespi de Valdaur, *tom. 1. obseru. 6.* D. Salçed, *de leg. poli-*
sic. lib. 2. c. 15. Nauarrete, *discurso politico 17.* & alij apud
Aguil, *de incompatibil. 3. part. cap. 1. à nu. 16.* & post om-
nes con sublimes ventajas de su ingenio à todos en la defen-
sa que ha pocos meses hizo en Estrados por el Real Fisco
en el pleyto de los mayorazgos de *Veneroso*: el que no pi-
diendo los cortos buelos de mi pluma alcanzar los aplau-
sos que corresponden à la nobleza, erudicion, y doctrina
tantum viri: *Est enim sapius silere quam pauca tenuiter, &*
leviter dicere. Macrob, *saturnal, cap. ultim.* Y así solo su
nombre sea su mayor fama, su fama sea su mayor elogio.
Doctissimus in quam tunc Regius fiscalis nunc meritissi-
mus Senator huius Regalis Cancellariæ Dom. D. Francis-
cus de Cevallos el Cauallero, cui recte verba Ciceron, *in*
lib. de clar. orator. conveniunt: *Erudiens es verbis, sa-*
piciens sententijs, genere toto gravis, elegans indicendo, in-
existimando admodum prudens, in omnibus per urbanus.

150 Por lo qual escusaré el detenerme, trayen-
do solo à la memoria lo que mas especial conduzca para el
caso. Y sea lo primero, la opinion contraria D. Castil. Ro-
xas, y los demas que junta Aguila, *1. p. cap. 6. à num. 116.*
que confiesan han de suceder los ilegítimos à falta de to-
dos los parientes, antes que el extraño. D. Iuan Baptista lo
es, luego avrá de suceder D. Luis: maior est certa, minor
probat. Primo nam vt diximus supra *num. 109.* cum Ti-
ber. Decian, extraño se dice aquel que ni el Fundador tiene
obligacion à dexarle cosa alguna, aunque sea pariente. Y

mas quando no lo conoce, ni lo ha tratado, ni comunica- do, que dixo la l. pero, ibi : *Cum quibus testator non est lo- catus, ff. de leg. 2. cum traditis a D. Castell. tom. 6. et ap. 143. anu. 8.* Y siendo incognito, y de otro Reyno se reputa por extraño de la familia, y que no le tiene afecto, ni voluntad el testador: y que quiso llamar, y preferir al hijo de el que primero llamo, y tra. considerada se tiene por cierto, y prue- va de vn elegantissimo lugar de San Saluiano, Obispo de Marsella. *in epistola ad Ipatium, & Quieram. pagin. mihi 296. cuius verba sunt:*

151 Vos utique vestri sanguinis indoles, non ad incognitorum hominum cogit dilectionem, sed ad vestrorum reuocat charitatem, nec alienos vobis aliena, sed ad vestros vestra commendat: neque id orat ut eos amecis, quos nunquam ante vidistis, sed ut eos non oderitis, quos puto non diligere non potestis. Luego si el amor, y cariño de el Fundador siempre fue para con D. Iulio que tenia en su casa, y para con los de Genoua poco, ò ninguno se entienda que querria preferir à sus hijos, aunque naturales, naturales de estos Reynos, à los del Doctor Lomelin, extraños en la voluntad, y extraños por Estrangeros, erga quos nullam affectionem ostendit, vt in simili notant Mic- res, D. Greg. & alij, apud D. Castell. d. cap. 143. à n. 20.

152 Lo segundo, porque D. Iuan es Estrangero, y assi no solo como extraño del Fundador, sino de estos Rey nos, es incapaz de suceder en mayorazgo que tiene anexo el oficio de Alferes Mayor, y Regidor perpetuo de Salobreña, vt expresse Cavetur, *in l. 2. tit. 3. lib. 7. Recop. & ex illa tenent D. Gregor. Lop. in l. 1. gloss. 6. tit. 18. part. 2. Matienç. in l. 2. gloss. 1. tit. 10. lib. 5. Recop. Aguila. de incomp. 3. part. cap. 1. num. 72. Gomez Bayo, in prax. lib. 2. q. 154. num. 62.* Y aunque Matienço ibidem, num. 2. diga, que vi- niendose el Estrangero à habitar à estos Reynos podrá ob- tener el mayorazgo que tiene anexo oficio de Republica, Castillo, ò Frontera, demas, de que es cótra la expressa dis- posicion de dichas leyes, el caso en que lo pone es quando

el paciente llamado à la sucesion es originario, y natural de España que está en el Reyno, que bolviendose à España podrá tenerlo, y gozarlo. Lo qual es distinto, porque entonces no se dirá Estrangero, sino natural, que buelva à su Patria à gozar su naturalizaçion que nunca perdió por la ausencia; mas quando el llamado es Estrangero, y natural de otro Reyno; aunque se venga à este no gozará de naturaleza que jamas tuvo, ni pudo tener. & deo limitatio Matiençi potius fauet quam obstat nostre conclusioni. *153.*

153. Y menos obsta lo que Aguila dize vbi supra à nu. 77. queriendo dividir los bienes del mayorazgo, y que goze el Estrangero de estos, y del oficio el siguiente en grado, porque de mas de ser esto incompatible por lo individual de su naturaleza, y los absurdos que se pudierán seguir de no aver, por la forma que el da sucesor fixo, ni verdadero dueño, ni poseedor del oficio, ni es practicable lo de que tenga la posesion el siguiente en grado, porque si este es tambien Estrangero se queda permanente la dificultad, y se incide en el mismo inconveniente. Este discurso es contra la disposicion de las mismas leyes que prohiben la enagenacion, dominio, y posesion de dichos officios à los Estrangeros. Y lo mismo es el que hizo en Estrados con la doctrina de Cyriaco, *contr. 205. à nu. 20.* que por el estatuto de Mantua, que excluye de la sucesion al Estrangero, lo limita en la sucesion legal ex sanguinis conuictione, porque además de ser contra la disposicion del mismo estatuto que trae à la letra, *contr. 204. num. 5.* y contra la regla de nuestras leyes Reales, que ni en vida, ni en muerte permiten que suceda los Estrangeros, y assi lo refuelve el mismo Aguila, *ibidem à nu. 64.*

154 Esto solo pudiera tener lugar quando no huviera otro pariente de la sangre que entrara en la sucesion, que en tal caso (como esta era sucesion legal) se pudiera permitir; mas quando no es sucesion legal, sino testamentaria personal, prohibida por las leyes à los Estrangeros, y ay pariente natural de Reyno habil, y capaz para suceder, este

este precisamente avrà de suceder, y exclusi al otro que tiene la incapacidad legal, etiam que el pariente natural no estè llamado: itaque in terminis resolvit idem Cyriac. *dist. contr. 204. num. 5. Et contr. 205. à num. 26.* donde refiere los estatutos de Mantua, Pissa, Venecia, y Ferrara, exclusivos de los Estrangeros, y que entonces han de suceder los parientes naturales del Fundador, y en la *contr. 504. à num. 92.* apricta mas, resolviendo, que aunque el mayorazgo excluya à las hembras de la sucesion, si concurren vn Estrangero varon agnato, y vna muger natural de la Patria parienta del Fundador, esta ha de suceder, no obstante la exclusion, porque siendo el Estrangero substituido incapaz de suceder, es lo mismo que si no estuviera llamado, *l. 2. §. sed si sunt sui, ff. ad Tertyllian. Surd. conf. 544. à nu. 8. cum alijs idem Cyriac. contr. 4. num. 14. Et contr. 284. nu. 51. Aguila vbi supra num. 34. Et 35.*

155 Lo mismo concluye Mieres, *de maiorat. 1. part. quast. 57. nu. 70.* donde dice, que concurriendo dos parientes à la sucesion de vn mayorazgo, el vno natural del Reyno, y el otro Estrangero, aquel serà preferido. *si por derecho como por voluntad del Fundador, y en el nu. 71.* lo extiende à mas rigorosos terminos, diciendo, q̄ aun que el Estrangero estè calado, ò connaturalizado por rescritto, ò Cedula de su Magestad, le ha de preferir, y suceder en el mayorazgo el natural, etiam que el Fundador sea Estrangero, porque debe conformarse con las leyes, y costumbre de el Reyno donde haze el testamento, y funda el mayorazgo, vt idem Mieres notat *1. part. quast. 58. nu. 20. & in initio 2. part. nu. 274.* donde habla expressamente de los Genoueses que dexan fundados mayorazgos de los bienes, y riquezas que adquirieron en España.

156 De menos fundamèto es lo que se dixo por el Abogado contrario en Estrados, que la exclusion de los Estrangeros se entendia de los enemigos de la Corona, no de los que estàn à su proteccion como Genor2, porque demàs de que, como confesò en los officios, lo mismo es que
sea

sea confederado que enemigo, como lo expressan dichas leyes: no cito para ello texto, ley, ni autoridad que diga, q̄ en los bienes, y mayorazgos de España sucedan los Estrangeros confederados, ni lo ay, ni lo hemos visto en su libro, ni en otro alguno de los citados al principio de este Artículo: porque las razones de la exclusion, y incapacidad de los Estrangeros no son que sean amigos, ò enemigos, sino los que consideran Navarrete, *d. discurs.* 17. D. Salçed. *d. c.* 15. y el mismo Aguila, vbi sapius à *num.* 54. de que los bienes, la hazienda, las riquezas, y mayorazgos de estos Reynos no las gozen, ni posean los Estrangeros, y los naturales padezcan necesidades, miseria, y pobreza, y las demàs causas que dichos Autores tam ex iure divino naturali, & positifiuo quam politici status regimine afferunt, y por la reciproca correspondencia que ellos tienen por sus estatutos, leyes, y costumbres de no admitir à los Españoles, ni de otros Reynos à la sucesion de los Oficios, Dignidades, beneficios, bienes, y hazienda, como hazen en Francia, Alemania, Inglaterra, Venecia, Sicilia, Mantua, Pifa, Ferrara, Polonia, Genoua, Afsis, Saboya, y otros Principados, & referunt Renath Copin, Casaneo, Rebuff. & alij penes D. Salçed. *dict. cap.* 15. à *num.* 70. y aun en los Reynos adherentes sujetos à la Corona, sucede lo mismo en los Oficios, beneficios, y otros bienes, como en Valencia, Aragon, Cerdeña, Cataluña, Navarra, vt idem refert D. Salçed. à *num.* 23. luego si en dichos Reynos, Provincias, y Señorios son excluidos de la sucesion los Españoles, y Estrangeros, por la misma razon, aunque sean amigos, y confederados, y estèn à la proteccion de España, sus vezinos seràn excluidos de las sucesiones, y herencias, Dignidades, honores, y beneficios, vt à contrario sensu, quando reciprocè admittuntur ciues vnus ex alterius Regni notat Cyriacus, *controu.* 291. à *nu.* 80. Socin. Senior, *conf.* 292. *vol.* 2.

157 Y así nos parece no aver razon para que D. Iuan Baptista, por natural de Genoua, hijo del Doctor Lomelin, ay a entrado à suceder en el mayorazgo de Genoua,

estando antes substituido D. Luis, como hijo de D. Julio, y que si fuera à Genoua à pretenderlo, por sus Estatutos lo excluyeran como incapaz por Estrangero, y Español, y que no le suceda à D. Iuan lo mismo, excluyendolo del mayorazgo de España por Estrangero, y Genoues, sino que quiera llevarse los dos siendo incapaz de suceder en este. Ideoque concludimus suppliciter in ratione, & clementia rogãtes, se ha de reuocar la sentençia dada en este pleyto en el Juzgado de Provincia, declarando por legitimo suçessor en este mayorazgo à D. Luis Gavi, mandandoie mantener en la posesion en que se halla de sus bienes. Y así lo espera, y el Abogado el perdon de lo que en proponer su defençia se ha extendido, pues por la grauedad de la causa, y dificultad de los puntos que se han tocado, no ha podido resumir à menor metodo su expresion; nam vt asserit Plinius Iunior, lib. 2. epistol. 6. *Primum scriptoris officium esse, existimamus, vt titulum suum legat, & interroget se, quid cæperit scribere, sciatque si in materia immoratur, non esse longum, si aliquid accrescit, atque attrahit.* Salvo, &c. T. G. S. & V. D. C.

Lic. Don Iuan Luys
de Soto.