





POR DON JOSEPH

DE AXEIJAS Y NAVARRETE;

NATVRAL DESTA VILLA DE ESTEPA,
y vezino de la ciudad de Antequera,

EN EL PLEYTO

CON D. LVYS QUE SE DIZE DE AXEIJAS, VEZINO
de la villa de la Puente,

*Sobre la sucefsion del vinculo y fideiconmiffo que fundò Doña Yfabel
de Axeijas, Monja que fue en el Convento de S. Clara
de la Paz en dicha ciudad.*

En Malaga. Por Mateo Lopez Hidalgo, Impreffor de fu Iluflriffima, Año 1679



27
 27
 27
 27
 27



DON JOSEPH POR

DE AXELIAS Y NAVARRITE

NUESTRO DESTA VILLA DE ESTERNA
 TECNODICHA DE LA ACADEMIA

IN EL PLEITO

DON D. LUIS QUE SE DICE DE AXELIAS, VEZINO
 de la villa de la Fuente



de la villa de la Fuente y la villa de la Fuente
 de la villa de la Fuente y la villa de la Fuente

R. 4.280



O Mas essencial del hecho deste pleyto se referirà, omitiendo lo ocioso, sin perdonar a la materia lo preciso, reservando lo restante para quando el discurso lo aplique, y la consideracion lo llame, estimando la brevedad, diziendo cum Divo Isidoro, epist. 57. ex traductione Iacobi Vilis: *Vera breuitas cum perspicuitate coniuncta, non in argumentorum praetermissione; sed in earum rerum, quae ad institutam materiam nihil opis conferunt, refectione sita est. Ut enim ea, quae ab orationis argumento aliena sunt, ponere super vacuum est; Quintilianus instit. orationum lib. 1. Nos breuitatem in eo ponimus, non ut minus, sed ne plus dicatur quam oportet.*

Reducese en substancia, a que aviendo la dicha Doña Ysabel a los nueve de Setiembre de 638. otorgado su testamento en que fundò el vinculo mencionado en los autos, llamando en primero lugar a Don Iuan de Axeijas su primo, y a sus descendientes, prefiriendo mayor a menor, y el varon a la hembra, y el hijo natural a la hembra legitima, y ella a los bastardos, y finalmente que evacuada la descendencia del dicho Don Iuan, sucediesse el dicho Don Ioseph (que oy litiga.) Y hecho y ordenado otras cosas que en quanto fueren haziendo consecuencia a las formalidades de estas alegaciones, se apuntarán.

El dicho Don Iuan sucediò en dicho vinculo, y por su muerte Don Alonso su hijo legitimo, por cuyo fin Doña Maria su hija legitima: esta auiendo muerto, litigan el dicho Don Ioseph, en virtud de su llamamiento, diziendo, que aunque es el segundo en orden, ha llegado el caso de surtir efecto; y en orden a esto representa todo lo que parece del pleyto. El dicho Don Luys, que se nombra de Axeijas, se vale de dezir, es capaz de suceder, y que se halla en linea efectiva, como descendiente del dicho Don Iuan, y hijo del dicho Don Alonso, y que

aun

aunque lo es de Juana Carrillo, muger legitima de Andres Fernandez Oropesa, y por esta razon adulterino, que le assiste llamamiento expreso en virtud del llamamiento de los bastardos, en orden a lo qual doctamente por cierto tiene alegado, y articulado lo que a su pretension conduce.

Hanse hecho diferentes provanças pro vtraque parte, cuyos meritos a su tiempo y lugar, y en lo que el discurso aplicare y consideracion llamare, se referiràn. Y assi por evitar dilacion passamos a la disposicion destas alegaciones, suplicando a los señores Juezes que fueren en todas instancias deste pleito, que aunque corrigiendolas las premediten y pesen con la prudente consideracion nada instantanea, que fiamos resulte patente y desembarazada la justicia del dicho Don Ioseph, aunque los fundamentos contrarios se consideran con toda erudicion, y elegancia ajustados, en informe de contrario escrito, de que ay noticia, que precisamente siendo ordenado y dispuesto por hombre tan notoriamente eminente, y a todas luzes grande como el Doctor Don Antonio de Ribera, Juez de Apelaciones del Estado de Osluna, y su Governador, será con todas circunstancias de elegancia y requisitos de particular erudicion, y si por esto el animo juridico se pudiera persuadir, confiamos que atendida la defensa del dicho Don Ioseph, por la eficacia de su evidente justicia, quando no por el primor con que se pudiera representar, se pudiera prometer feliz suceso. Teniendo Iulio Cesar (claro està) con los fundamentos de tan ajustado Juez escrita la sentencia contra vn reo, ya para la pronunciar, resistia el oyr a Ciceron, diziendo: *Quid prodest Ciceronem audire? non arma sumpsit contra Rempublicam, non patria hostes fuit.* Finalmente oyò a Ciceron y mudò de parecer.

Si alli Ciceron hazia ventaja a los Abogados de Don Ioseph, aqui los Iuezes las hazen conocidas a los de aquel tiempo, por la felicidad de los de ley de gracia que alcan-

can-

142
3
cançamos, y abundancia de reglas juridicas con que nos hallamos, de manera que todo cotejado, no será extraño, que aunque tuviesse la pretension del dicho Don Luys fundamentos que persuadiesen, pesados con los del dicho Don Ioseph: este quede vencedor en el vtil del caudal, y aquel mejorado con ser hijo legitimo del dicho Andres Fernandez, y no adulterino como el eudicioso lo pretende.

Este Informe y Alegaciones se dividiran en dos Articulos, y cada vno en diferentes consideraciones: por el deseo de darnos a entender con la mayor claridad que se pueda. En el primero Articulo se fundará, que el dicho Don Luis es hijo legitimo de los dichos Andres Fernandez Oropesa, y Juana Carrillo su muger, que como tal deve ser tenido y reputado, y consiguientemente que no es parte legitima para lo que solicita. En el segundo se fundará, que aunque fuesse tal hijo adulterino, no es llamado; y assi, que ha llegado el caso de suceder el dicho Don Ioseph; y de camino en vno y otro Articulo y consideraciones en que se han de reparar, se irá satisfaciendo a los fundamentos en que se funda Don Luis, y desvaneciendolas objeciones que ha pretendido oponer.

ARTICULO I.

CONSIDERACION PRIMERA.

Num. 1. **C**omo quiera que sea preciso para indagar la verdad, y determinar este pleito, el discurrir sus circunstancias con todo el cuydado y sutileza juridica: *argum. text. in l. qui duos, § plane, ff. de rebus dubijs, ibi: Nec potest, nec per subtilitatem iudicalem manifestare, & text. in l. 1. vers. In alijs, C. de sententijs, quæ pro eo quod inter st,*

Perez de Lara *in comp. vita hominis, cap. 12 n. 6. ibi: Et index debet totis viribus in casibus, qui in certi esse videntur subtiliter veritatem inquirere.*

2 ¶ Se deve considerar en primero lugar, que el dicho Don Luis deviera para aver de obtener en el juizio que intenta aver provado plenissimamente la filiacion que supone, no *incidenter*, sin que le fuese bastante la provança desto, que fuera estar *in quasi possessione* de hijo del dicho Don Alonso, que se le niega, porque solo esta en la opinion mas favorable, bastara para obtener en juyzio meramente de alimentos, Mascardus *volum. 2. conclus. 786. per totam*, & innumerables Autores que refiere Dom. D. Ioan del Castillo *quotidian. controvers. lib. 5. 2. p. cap. 104. n. 40. ibi: Hic vero super petitionem hereditatis, aut maioratus successionis, vel causa ipsa filiationis. Et infra: Sed in petitorio, aut filiationis causa concludenter intentionem suam probare tenetur*, Cardinalis Tusch. *in tomo 3. litt. F. conclus. 34. per totam, & passim Doctores.* Y esto es evidente, porque el litigio deste pleito no es en razon de alimentos, en que se pudiera dudar si seria bastante la dicha *quasi possession*, sino en razon de la verdadera sucession de dicho vinculo, e indistintamente el dicho Don Luys tiene deducido, no solo lo que mira al juyzio *possessorio*, sino tambien intentado el *petitorio*, *plenario*, y *ordinario*, como se reconoce de su peticion, que esta en la pieza mayor de autos a fol. 336.

3 ¶ Y suponiendo esto, se deve considerar y pesar con el cuydado y subtileza necessaria, qual deviera ser la provança y filiacion que el dicho Don Luis deviera aver hecho para que mereciesse fee y credito, y qual sea la que ha hecho, y circunstancias que la desvanecen, assi en lo juridico, y sus reglas, como en los adminiculos de la contrariedad que abraza.

4 ¶ Es principio cierto, y sin disputa, que el *fem*, que resulta de muger casada, se ha de reputar por hijo

4
hijo necesariamente de su marido, per text. in l. quia
semper, ff. de in ius vocando: quia semper certa (scilicet
mater) est etiam si vulgo conceperit pater, id est, quem
nuptiæ demonstrant, l. eum filium definimus, ff. de his qui
sunt sui, vel alieni iuris, l. non nudis de probationibus, l.
si vicinus, C. de nuptijs, & communiter, & passim
Doctores.

¶ Y esto es tan preciso, que aunque la fi-
liacion paternal se reputa por de imposible provança:
argum. text. in l. Lulius 82. de condition. & demonstrat.
Tiraquell. in l. si unquam, verbo, donatione largitus, n.
161. Menoch. de arbitrarijs, lib. 2. cap. 89. nu. 1. & 11.
Valascus in tom. 2. consult. 176. n. 2 & Mascard. conclus.
787. n. 6. & communiter.

6 ¶ Quando se coadjuva la presuncion
con la asistencia, e intervencion del matrimonio, se
haze de tanta eficacia, suposicion, y monta, que es pre-
funcion iuris, & de iure, que el hijo resulta del marido,
vt defendit Abbas in cap. per tuas in colum. 2. verbi. &
nota, Marfilis in l. 1. ad questionem, colum. fin. ff. de ques-
tionibus, Sforzia in cons. 16. n. 8. D. Ioann. Mohedano
decis. 1. alias 19. n. 4. Cardinal. Tusch. in tom. 3. litt. F.
conclus. 347. n. 2. ibi: Presumptione iuris, & de iure pro-
batur filius legitimus, & naturalis, quando durante ma-
trimonio, fuit conceptus.

7 ¶ Y contra tal presuncion no se deve ad-
mitir provança en contrario, vt passim Doctores, & di-
fufe Menoch. de presumpt. lib. 1. quest. 3. per totam,
specialiter in n. 20. & in tom. 2. lib. 4. presumpt. 89. n. 16.
ibi: Illa vero dicitur iuris, & de iure, quando lex inducit
firmum ius, & reuicit expresse probationes contrarias.
Nicolas Beroio in decis. 299. n. 9. ibi: Quinimo si in ca-
sibus predictis, qui talem velet probare filium non est ma-
riti, aut concubinari filium, non debet ad illum proban-
dum admitti, quia est presumptio iuris, & de iure, quod
ille sit filius mariti, aut concubinari, sed contra presump-
tio.

tionem iuris, & de iure non admittitur probatio, cap. is
qui de sponsalibus, l. fin. de arbitraria tutela, & Alciatus
de presumpt. reg. 3. n. 3. presumpt. 31. n. 3. ibi: Amplia-
tur prædicta presumptio, ut procedat necdum per viam
simplicis presumptionis, sed etiam per presumptionem iu-
ris, & iure, unde non poterit probari contrarium.

8 ¶ Y es en tanto grado la ^{pres}ension que
asiste al hijo referido, eficaz, y vehemente, en favor
de su legitimacion, que no se menoscaba, ni vulnera
por la declaracion de ambos conyuges en contrario,
Baldus in cons. 473 n. 6. vers. Sed pone, quod mater, lib. 5.
Tulch. dict. conclus. 347 n. 3. ibi: Extende in tantum esse
verum, ut pater, & mater non possint præiudicare filio
concepto, & nato constante matrimonio, asserendo non esse
filium. Alciatus de presumpt. reg. 3. presumpt. 37. n. 3.
vers. Tertio amplia.

9 ¶ Lo qual llanamente procede, y
sin leimbarazo, aunque se prueve y averigüe que en
tiempo de la concepcion de tal hijo, la madre fuesse
adultera; que como quiera que ello sea, o aya sido, el
hijo nace legitimo, y como tal ha de ser reputado, ar-
gum text. in l. miles, o defuncto, ff. ad l. Iuliam de adulte-
rijs, & ibi Magistralis Tulchus in dicta conclus. 347. n. 5.
ibi: Extende ut procedat, etiam si constet matrem fuisse
adulteram, quia filij præsumuntur concepti potius ex ma-
rito quam ex adultero. Menoch. de arbitrarijs, dict. cap.
89. n. 20. ibi: Extenditur hæc coniectura, ut procedat
etiam si probatum fuerit, mulierem illam cum adultero,
eo tempore consuetudinem habuisse, Ritus tom. 1. decis.
123. n. 3. ibi: Et etiam, si tempore conceptionis uxor fuis-
set adultera, quia etiam hoc casu præsumitur filius mari-
ti; per text. in l. miles, o defuncto. D. Valencuela cons. 169
n. 93. ibi: Maxime si respectus habeatur ad filiationem,
nam etiam quando manifestissime constaret, & concluden-
ter filiam hanc que se natam à dicta domina prætendit
vere, ex ea ortam fuisse deberet præsumi ex legitimo suo

marito concepta, licet consuetudinem habuisset cum aliquo adultero, Et hoc filiationis favore. Y finalmente es conclusion asentada, tanto, que sirve de mas lo citado.

10 ¶ Lo qual supuesto, parece q̄ procede con llaneza que dicho Don Luys se deve reputar por hijo legitimo del dicho Andres Fernandez, y de la dicha Iuana Carrillo, pues de los autos es hecho constante por ambas partes, repetidas vezes confessado, que durante su matrimonio resultò preñada la dicha Iuana Carrillo del dicho Don Luys, y aunque el dize, y ha pretendido provar ser hijo del dicho Don Alonso, respecto del adulterio en que su madre se introduxo, no justifica cosa alguna que pudiesse persuadir el recto animo, y desapassionado zelo a que el principio y conclusion referida no milite en este caso, siendo cierto y constante que no cessaron de hazer vida maridable los dichos Andres Fernandez, y Iuana Carrillo.

11 ¶ Y es tan preciso lo que llevamos fundado, que sin embarazo procede, aunque el tal Andres Fernandez huviesse expelido de su propia casa a la dicha Iuana Carrillo por su propia autoridad, y ella se huviesse ido, no solo a la casa del dicho Don Alonso, sino a la publica, donde incesantemente tuviesse accessos carnales con todo genero de personas, que aũ que assi fuesse, toda via dicho Don Luys naciera legitimo, Mascardus dict. conclus. 188. nu. 39. Tusch. dicta conclus. 347. n. 7. ibi: *Extende imo si maritus sine iudicio Ecclesia eiecisset uxorem de domo, Et ipsam adlupanar iuerit, Et ibi prostituta peperit, quia prasumitur filius mariti*, Socinus in l. si vicinis, n. 3. quest. 3. C. de nuptijs, & ibi Albericus nu. 3. Rolandus à Valle cons. 49. lib. 4. num. 26. Alexander. lib. 7. cons. 88. num. 8. & quos ipse refert.

12 ¶ De manera, que justamente con las reglas juridicas està ajustado lo que llevamos fundado,
C que

que indistintamente procede, aunque huviesse divor-
cio, y separacion judicial, que aun en este caso, para q̄
dicho Don Luis no se reputasse legitimo, era necesario
que su madre huviesse hecho las diligencias del titulo
ff. de liberis agnoscendis, conviene a saber, aver reque-
rido a su marido le pusiesse guardas, y el puestas con
los demas requisitos que en dicho titulo se especifica,
aver ajustado que dicho Don Luis no naciera legi-
timo.

¶ Y avivando el discurso en este lugar,
se anota la celebre decission del *s. si quis longo tempore*,
de la l. 1. del dicho *tir. de liberis agnoscendis*, donde se re-
suelve, que si el marido huviesse estado ausente por lar-
go tiempo, y viniendo a su casa hallasse a su muger
ya preñada, lo que pariesse se aya y tenga por legiti-
mo. Y en el *s. ex his apparet*, se establece que indis-
tintamente se aya y tenga por legitimo el *fetu* que re-
sultare de muger casada, en omision de dichas diligē-
cias de parte de ambos coniuges, o de qualquiera de
ellos; segun lo qual el dicho Don Luis se deve tener
por tal hijo legitimo de los dichos sus padres, aunque
entre ellos huviesse avido el dicho divorcio judicial,
no constando, ni pudiendo constar aver precedido los
dichos requerimientos, y como a tal su hijo (teniendo
con que) le devieron alimentar, y dexandolo bienes
es su heredero, que todo esto se sigue de la decission
del dicho *s. ex his apparet*.

CONSIDERACION SEGUNDA.

¶ A todo lo dicho en la consideracion
antecedente, con todo lo que presumimos, de contra-
rio alegado, se pudiera dezir, se satisfacia en el hecho
con la ausencia del dicho Andres Fernandez, que se di-
ze hizo de la villa de la Puente, y con el ser hombre an-
ciano, que algunos años de matrimonio fue estéril, y

en

150.
en lo juridico con la decission de la dicha *l. eum defini-*
mus, de his qui sunt sui vel alieni iuris, con quien con-
cuerda la *l. 9. tit. 14. p. 3.* donde despues de establecida la
conclusion que llevamos fundada, se dize y afirma el
fetu, no se repute del marido si estuvo ausente, *tanto*
tiempo que pudiesen verdaderamente sospechar, segun
natura, que el feto fuesse de otro. De manera, que el di-
cho Don Luis, siendo engendrado, y aun nacido du-
rante el ausencia del dicho Andres Fernandez, se pu-
diera llamar adulterino, como pretende.

Verdaderamente que esta materia
tiene mucho que considerar, y que discurredos vnos, y
otros textos se desembaraza la justicia de Don Joseph;
y en primero lugar en esta segunda consideracion de-
zimos que dichas leyes *eum definimus*, y la de Partida,
proceden en caso de ser continua la ausencia del mari-
do, de forma que sea imposible el tener acceso, ni co-
pula con su muger *tanto tiempo que verdaderamente pu-*
diesen sospechar; dize dicha ley palabras en que expli-
ca el concepto el Legislador, diziendo, *verdaderamente*,
con que en caso que tuviesse duda, difine al hijo por le-
gitimo, sino es evidentemente constando lo con-
trario.

Y corriendo con esta inteligencia,
no resulta antinomia con el texto en la dicha *l. miles,*
desuncto, ff. ad l. Iuliam de adulterijs, donde se pronun-
cia legitimo el *fetu* de muger casada adulterante, co-
mo sea posible ser legitimo, *cum possit*, dize el texto;
de manera, que todas las vezes que sea posible que el
fetu sea legitimo, no se ha de entender lo contrario, y
esto aunque el marido este en ausencia, vt in terminis
docet de de communi testatur Parisius lib. 3. cons. 64.
n. 5. §. 6. Arerinus in cap. per tuas, colum. 1. Sforzia tom.
1. cons. 16. n. 2. ibi: *Cui conclusioni non obstat quod tem-*
pore conceptionis, dictus Vincentius de per se natis alibi
moraretur, quia non probatur, quod praterea accessus

ad uxorem eidem esset impossibilis, & hoc est necessarium omnino, alias non dicitur probatum, quod filius interim natus sit adulterij, non autem mariti.

17 ¶ Mediante lo qual se pudiera dezir defectuosa la provança de dicho Don Luis, por no aver ni aun intentado dezir, ni justificar, que entre los dichos Andres Fernandez, y Juana Carrillo fue imposible el acceso y copula marital, durante el tiempo de su generaciou, y esta imposibilidad no resulta, ni en forma, ni manera coartada, respeto de que la ausencia que se supone no era con distancia, que en buena moralidad hablando fuesse imposible dichos acceso, y copula, pues solo dista la ciudad de Antequera de dicha villa de la Puente siete leguas, como plenamente consta de los autos, y que en dicha ciudad residiese el dicho Andres Fernandez, lo ha alegado y confessado el dicho Don Luys; con q̄ no se ajusta imposibilidad en el dicho acceso, y consiguientemente se desvanece la pretension del dicho Don Luys, repitiendo con Sforcia *in dict. n. 2. Quia non probatur, quod praeerea accessus ad uxorem eidem esset impossibilis, & hoc est necessarium omnino.*

18 ¶ Porque la ausencia, y demas fundamentos, o conjeturas que persuaden a que el *fetu*, no se aya de reputar por hijo de algun varon determinado, valen, y tienen consistencia, y producen sus efectos en caso de que la muger de quien nace no es casada, porque siendolo, con solo que su marido pueda tener con ella el acceso referido, el *fetu* precisamente se ha de reputar por legitimo, vt defendit Decius *conf. 657.* & optime Sforcia *dicto tomo 1. conf. 16. n. 5. ibi: Praeterea conclusio Doctorum procederet, quando ageretur de probando hoc dumtaxat, quod aliquis sit filius alicuius, licet ex eius uxore natus non sit, sed ex alia, qua ex alijs quoque concipere potest; secus vero, quando ex uxore alterius natus est, ad quam maritus accessum habebat, vel habere poterat.*

De

19 ¶ De manera, que como dize este Autor en el num. 4. la voz y fama, y el tratamiento como de tal hijo, justifican la filiacion paterna, con que el hijo no sea de muger con otro casada, que en tal caso, con solo que sea posible la copula marital, lo que pariere la tal muger de necesidad juridica, se ha de reputar por legitimo, como parece lo asia en dichas palabras, profiguiendo con dezir: *Hoc casu coniectura praedicta, non sufficiant ad probandum, quod filius sit adulterinus, quando potuit esse quod sit ipsius mariti.* Y refiere otros Autores Ludovicus Gomez, & Continus decis. Rotae 7. n. 1. ibi: *Quotiescumque enim possibile est filium natum ex matrimonio ex eo natus praesumitur, nisi contrarium probetur,* Covarruv. de sponsalibus, 2. p. cap. 8. n. 8. 9. 3. ibi: *Quarto probatur filiatio, ex eo quod quis ex uxore legitima, etiam adultera, natus sit ex hoc filius censetur mariti, etiam si uterque coniux id negaverit.* Et infra: *Quod procedit, utcumque modo possuerit, ille filius concipi ex marito.* Et infra: *Id enim tantum poterit hanc praesumptionem elidere, si probetur maritum ad uxorem non accessisse, illo tempore, quo ille filius concipi potuit.* Y refiere innumerables Autores Franciscus Curtius iun. tom. 1. conf. 31. n. 3. ibi: *Quia possibile est, esse natum de matrimonio, Et praesumptio est pro filio, ex quo possibile est, eius esse quassitum ex matrimonio.* Et in num. 4. ibi: *Iuris praesumptione, quae inducit liquidissimam probationem.*

20 ¶ Con que como quiera que se discorra, y considere la ausencia que se supone del dicho Andres Fernandez, es de ninguna monta, sin entidad, y substancia, por quanto no sea justa imposibilidad, de poder tener copula marital, y respecto dello nos hallamos en terminos de ser posible el que la huviesse, pues en duda se presume la hubo, y en fee de ello militan los lugares citados, y procede la conclusion referida, porque como dixo Ricio in decis. 123. n. 3. in fine:

D

In

In dubio praesumptio est maritum eius uxore cohabitasse, uti actu coniugali, nisi contrarium probetur Mascard. d. concl. 788. n. 7.

21 ¶ Y la razon de decidir es muy favorable al dicho Don Luys, que se resguarda su credito y honra en su calidad: *Quia illud est honorabilis, & favorabilis pro ipso filio, quam quod dicatur, vulgo conceptus, dixo Riccio in dicta decis. 123. n. 3. y el Cardenal Tuscho in d. conclus. 347. n. 5. ibi: Et est ratio, quia honestior est praesumptio, quod ex matrimonio, quam ex adulterio, praesumatur susceptus.*

22 ¶ De manera, que la ausencia referida no es de la calidad que se requiere, para que coartada mente resulte imposible el acceso marital, que era lo que se requería para fundamentar el dicho Don Luis su pretension: mayormente no aviendo justificado como se requería, que dicha ausencia fue continua, o que el dicho Andres Fernandez fuese impotente, pues solo estas dos cosas pudieran ser admisibles contra la presuncion favorable de la dicha *l. miles in s. defuncto*, Tuschus in dict. conclus. n. 8. cuius haec sunt verba: *Ex-tende in tantum harum praesumptionum operari, quod natus in matrimonio praesumitur legitimus, & filius mariti, ut non admittatur alia probatio in contrarium, nisi continua absentia mariti, vel impotentia coeundi probetur.* Y refiere este Autor a innumerables de primera clase, & vide Boerium decis. 299. n. 9. Roland. à Valle cons. 49. n. 28. lib. 4. Alciatum de praesumpt. regul. 3. praesumpt. 37. Alexander cons. 88. num. 8. vers. Marito, lib. 7. Gomez, & Concinum dicta decisione Rot. 7. num. 3.

23 ¶ Finalmente, es tan precisa, y de tanto valor la ^{sum}pretension judicial que dexamos fundada, que procede, aunque la madre afirme ser el hijo del adultero, y no de su marido; que con ser assi que la muger como tal madre es el testigo mas cientifico en

con-

contra de la dicha presuncion, nada vale su deposicion,
Ritius dict. decis. 12. num. 2. ibi: *Quod adeo verum*
est, si mater negaret illum esse filium mariti natumque
ex adulterio, nihil obstar, quum etiam præsumeretur fi-
lius ipsius mariti, Perez de Lara de statu homin. cap. 11.
n. 12. Mascard. conclus. 366. Et facit dicta l. 9. tit. 14. part.
3. Tusch. dict. conclus. 347. n. 3. Donde afirma refrenen-
do innumerables Autores, que la declaracion de ambos
coniuges nada perjudica a el hijo en su legitimacion,
& Covarruvias dicta 2. p. cap. 8. §. 3. n. 3. ibi: *Etiam*
si uterque coniux id negaverit, Menochius de arbitra-
rijs, lib. 2. centur. 1. casu 89. num. 27. Boerius decis. 299.
num. 6.

24. ¶ Lo qual procede aunque la tal ma-
dre viviendo con su marido por largo tiempo, huvies-
se sido estéril, Mascardus de probat. volum. 2. conclus.
788. n. 21. ibi: *Tertio primario loco, amplia, conclusionem*
est adeo vera sit, quod etiam si mulier nullo tempore an-
tea steterit, sterillis nullosque filios ex eius marito pro-
creasset, nihilominus natus ex ea post modum inconstan-
tia, matrimonij, præsimitur filius mariti, Boerius in d.
decis. 299. n. 7. ibi: *Tamen communis opinio est, quod nō*
debet sibi credi, si ve filio, si ve alteri, dixerit, Et declarave-
rit, Et istud videtur verius attenda iuris præsumptione,
etiam si sterilis longo manserit tempore.

¶ Y en el número siguiente afirma
este Autor, con innumerables que cita, que aunque
la tal declaracion la haga la madre in mortis articulo, Et
proprio Sacerdoti, que adhuc no merece fee, ni credito
alguno, ni se deve estar a ella, lo qual es muy confor-
me a muy buena razon, porque como dixo Pedro
Gregorio de Republica tom. 3. cap. 3. n. 2. *Atque tutum*
non est, meretrici dicenti partum esse alicuius non mariti,
credere, eadem enim perfidia, qua illicito concubitu, se po-
lluit cum uno, Et cum alijs quoque participasse præsumi-
tur, Et mentiri in eligendo patrem, quem forsam ditionem

21
ceteris concubinijs esse scit: porque qui semel est malus, semper praesumitur malus, que dize el Brocardico Iuridico, y conforme sus glosas in eadem met linea, como en este caso precisamente ha de militar.

26 ¶ Porque como dixo Menochio in dicto casu 89. n. 22. Benignior & favorabilior praesumptio sumenda est in dubio: & quod honestius est praesumi debet. Y en el num. 23. Potius praesumi honestum, quam possibile inhonestum. De forma, que como sea mas honesta mas favorable, y decente, que el hijo resulte del marido, nada perjudica el adulterio, ni declaracion de la adultera, a lo favorable desta presuncion per regulas vulgares.

27 ¶ Lo qual procede y se amplia, aunque la tal muger viviesse en casa del adultero teniendo costumbre de coabitar y yazer con el, con tanto que el acceso marital no se impidiesse, vt defendit Riccius d. decis. 123. n. 4. Menoch. dicto casu 89. n. 25. Decius cons. 657. n. 3. Gabriel Paleotus de notis & spuris, cap. 24. num. 1.

28 ¶ Y la razon es como dexamos fundado, porque siendo posible que el fetu sea engendrado por el marido, no se deve entender, ni imaginar otra cosa, concurren las causas, o razones que concurrieren, dize Menochio d. n. 25. Est ratio, quia cum causa matrimonij concurrat, & ipsa cohabitatio qua fieri potest ut filius ex ipso marito sit procreatus. De manera, que sin aver recurrido a lo particular de las provanças de este pleito (que esso se reserva para la consideracion siguiente) solo con lo general del hecho, y con no averse de parte del dicho Don Luis ajustado ser imposible el acceso de los dichos Andres Fernandez y Juana Carrillo, se halla en su fuerza y vigor los derechos, y conclusiones referidas en la consideracion antecedente, y en esta alegados, mediante los quales, que militan para la determinacion deste pleito, se halla desvanecida

da la pretenſion de Don Luis , por ſer hijo legitimo de los ſuſodichos , y no adulterino como pretende.

CONSIDERACION TERCERA.

29 ¶ Con ſolo ſer poſſible el acceſſo marital, el ſer ſe presume legitimo , y a el que afirmar lo contrario, le incumbe la prueba, y el ajustar la impoſſibilidad del dicho acceſſo , como queda fundado en la conſideracion proxima antecedente; recurriendo pues a los autos, y haziendo reflexion en ſus provanças, ſe ajusta el que nos hallemos en terminos de los derechos y lugares en la primera conſideracion referidos. ¶ Doña Ana de Sotomayor, teſtigo de Don Joſeph , a fojas 142. a la quarta pregunta dixo: *Que bien ſabe eſta teſtigo, que el dicho Andres Fernandez eſtuvo caſado con la dicha Juana Carrillo, y como a tales le vido hazer vida maridable, y ſabe que el dicho Don Luis de Axejas fue ſu hijo legitimo, por que eſtando preñada del vicio en caſa de Pedro Alfoſo Canoño deſta teſtigo, y el dicho Andres Fernandez venia de la ciudad de Antequera, y parava en Miragenil, y deſde allil embiava a llamar, y ſabe que quando nació dicho Luis, lo echaron a la puerta de Don Juan de Axejas, no ſabe la raxon que para ello hubo; y ſiendo grande ſe fue deſcubriendo que era hijo de la dicha Juana Carrillo. Y en otra ocasion vido eſta teſtigo que el dicho Andres Fernandez vino de la ciudad de Antequera a parar a ſan Chriſtoval, y una noche de Inueves Snto, aviendo ido eſta teſtigo a andar las Eſtaciones, eſtando en dicha Ermita la dicha Juana Carrillo, tomó una vela del Altar, y entrò en la Sacriſtia, y eſta teſtigo ſe fue a ella con Joſepha Carrillo ſu hija, y vido alli a dicho Andres Fernandez, robusto y colorado. Y a la ſeptima pregunta dixo: *Que bien ſabe eſta teſtigo que el auſentar ſe deſta villa dicho Andres Fernandez, fue por deudas que tenia, y ſiempre eſtuvo**

en

en dicha ciudad de Antequera, de donde venia a esta villa a ver a la dicha su muger, y ella tambien iba a verlo a la dicha ciudad.

¶ Catalina del Pino, a la septima pregunta dixo: *Que infinitas vezes esta testigo le oyò dezir a la dicha Juana Carrillo lo contenido en la dicha pregunta, siendo lo que se articula en ella, que repetidas vezes el dicho Andres Fernandez iba a la villa de la Puente, a ver a la dicha Juana Carrillo, y que ella lo iba a ver a la dicha ciudad de Antequera.*

¶ Salvador Calçado a la septima pregunta dize: *Que oyò dezir este testigo, que la dicha Juana Carrillo iba a la ciudad de Antequera a ver una hija suya, que avia casado allà, no sabe si entonces estuvo, o no su marido en dicha ciudad. Y notele, que este testigo lo presentò Dñ Luis en la prueba de tachas con que lo abonò.*

¶ Marcos Gomez de Herrera en la quarta pregunta dize casi lo mismo que los referidos. Y en en la septima pregunta dize: *Que tiene por cierto, que con la dicha su muger hazia vida maridable, por que en aquel tiempo se dezia, que desde la dicha ciudad socorria con lo que podia a la dicha su muger.*

¶ Iuan Gomez Bravo a la septima pregunta: *Y este testigo no vido, ni supo q el susodicho viniesse a esta villa, mas supo que la dicha su muger iba a verlo a el a la dicha ciudad, por que la vido salir de esta villa, y dezian, que iba a la dicha ciudad.*

¶ Iuan de Namas Cano en la septima pregunta dixo: *Y viviendo como dexa dicho en sus casas de este testigo la dicha Juana Carrillo, supo este testigo, como el dicho Andres Fernandez avia venido a Miragenil, termino de Estepa que es el rio en medio desta villa, y que desde allí la embiò a llamar, que este testigo la vido ponerse el manto para irlo a ver, no sabe si fue a verlo, o no, y en aquel tiempo despues de aver salido de vivir de casa deste testigo supo como la dicha Juana Carrillo avia ido a la ciudad de Antequera.*

¶ Doña Maria de Axcijas, Monja, a la segunda pregunta dize plenamente.

¶ Ana del Carrillo

rillo en la quarta y septima, depone de vista a el dicho Andres Fernandez en las casas de su morada, en tiempo que se dezia estava ausente, y que le encargaron el secreto. ¶ Don Bernardo de Santistevan, Cavallero de la Orden de Calatrava, en la quarta pregunta. ¶ Y Doña Beatriz de Navarrete en la quarta y septima pregunta dicen plenamente, assi de la vida maridable de los dichos Andres Fernandez, y Juana Carrillo (que en quanto a esto, dicho Don Luis no solo no ha contradicho, sino en ello ha ido corriente, y sus mefimos testigos lo han assi afirmado) como en la frecuencia de idas que el dicho Andres Fernandez hazia a la villa de la Puente, aunque a escusas, aver, y estar con la dicha su muger, y ella a verlo a la dicha ciudad, y estar-se con el algunas temporadas, en que deponen de vista, ciencia, y conocimiento, dando suficiente razon de sus dichos, como en ellos se puede ver, que por evitar mayor dilacion no se refieren a la letra todos.

30 ¶ Diez, pues, son los testigos referidos que plenamente afirmantes deponen lo que queda especificado, que respecto de ser de afirmativa, merecen mas credito cada dos dellos, que mil testigos que de contrario negassen, segun el Brocardico general, no solo con dos, sino diez contestes todos en la vida maridable de los susodichos, y cohabitacion que renian. Con que nos hallamos sin dificultad, ni discorfo contrario que legitimo sea en terminos de la resolution de la consideracion primera, y precisamente dicho Don Luis resulta hijo legitimo de los dichos Andres Fernandez, y Juana Carrillo, y aunque como el afirma vuiesse estado en quasi possessio de hijo de D. Alonso de Axeijas, y que huviesse sido, y corrido assi por mas tiempo de treinta años, semejante error estuviera deshecho, y totalmente desvanecido, respeto de la provança tan plena que queda dicho. *Tuscius in dicta conclus. 347. n. 12. ibi: Declaratamen, quia licet qua-*

quasi possessio filiationis probata per adulterum per annos
35 quod esset eius filius, & legitimatus transferat, onus
probandi indidentem contrarium: tamen si contrarium
probaretur, tunc talis longissima quasi possessio praes-
cripta non relevaret, in petitorio; & ideo succumberet,
quoad successionem factam patri adultero; Alexander
lib. 7. cons. 80. num. 17. ibi: Quoad nonam dubitatio-
nem qua querit an posito, quod non probaretur, quod dic-
tus Alexand. sit filius praedicti Petri talis institutio vi-
tiaretur; considerato quod per 35 annos dictus Petrus
ipsum Alexandrum, ut filium tenuit tractavit, & re-
putavit, & ita communiter tenebat, & reputabat,
& ita dicta Paula mater dicti, dixit, & affirmavit
Alexandrum fuisse filium dicti Petri; & in hoc dico, quod
vitiaretur per l. neque professio, C. de testamentis, l. si
pater, C. de heredibus instituend. l. eam quam, C. de fi-
dei commissis.

31 ¶ Fuera de que no se puede en lo juri-
dico llamar, ni decir que el dicho Don Luis estuviessen
en quasi possession de tal hijo, porque esto solo le pu-
diera acaescer, y fuera capaz dello si fuesse hijo legiti-
mo, o en todo acontecimiento natural, que solo en
estos se puede verificar quasi possession de filiacion, si-
do avidos de muger con quien cohabitava in domo
retenta, no en los espurios, vulgo *quasitos*, o adulteri-
nos, doctissime Nicolao Boerio in dicta decis. 299. n. 12
ibi: *Quia illa quasi possessio non consideratur in filiis spu-
rijs, sed tantum in legitimis & naturalibus ex concubina,
vel alia in domo retenta.*

32 ¶ Y aunque Decio in cap. per tuas, afir-
me que lo dicho procede de rigor civil, no empero de
equidad canonica, argum. text. in cap. cum haberet de eo
qui duxit in matrimonium eam, quam polluit per adulte-
rium, se ha de notar, que essa equidad que llamamos
scripta, per text. in l. placuit, C. de iudicijs, se ha de obser-
var solo en lo que mira, haze respecto, y consecuencia

en la formalidad meramente de alimentos, porque como profigue Nicolao Boerio. vbi proxime : *Secus videtur de equitate canonica, quæ illis tribuit alimenta, cap. cum haberet. ET ISTO RESPECTU*, dicitur etiam in filiis spuris, quasi possessionem esse considerandam, ut per Doctores in Authentica ex complexu, C. de incestis nuptiis.

33 ¶ Es tan eficaz la provanca de Don Ioseph, por ser coadjudada con la presuncion de derecho, que aunque la de Don Luis fuesse tan copiosa, cumplida, y cabal, no se deviera atender, antes si posponerla, argum. text. in l. 1. §. his cunabulis de officio Praefecti Prat. l. 3. in princip. l. ob carmen, §. ultim. ff. de testib. Bald. in l. testium, n. 21. eodem tit. Decius conf. 342. n. 2 in fin. Gratian. tom. 3. cap. 562. n. 23. ibi: *Stante praesertim probatione facta per D. Marcum, quæ tanquam magis digna debet in concursu prevalere.* Et in num. 26. ibi: *Praedictis adduntur testes examinati per D. Marcum, qui plenè probant super venientiam, mariti tempore natiuitatis, & conceptionis puella, quibus magis est standum, tanquam sint conformes dispositioni iuris communis.*

34 ¶ Mediante lo qual, para que la provanca del dicho Don Luis mereciesse algun credito, deviera ser mucho mas eficaz, y realçada que la del dicho Don Ioseph, Gratian. vbi proxime, n. 28. *Ita ut ista praesumptio efficaciores, & magis clarè, imo apertissime probationes in contrarium requirantur.* Abbas in cap. quæ verisimile in 2. dubi. Aimon conf. 129. in fine. D. Valenc. tom. 2. conf. 166. n. 99. ibi: *Verum quia adversus eum, cui fabet iuris praesumptio, magis arcta, & perfecta requiritur probatio,* argum. text. in l. si extra vbi Iason ff. de condit. causa data, Mascard. conclus. 36. num. 28. tom. 1. Dem. Molina de primogen. lib. 3. cap. 4. num. 33.

35 ¶ No solo no es mas realçada, sino que ella en si abraça, y embeve vicios patentes; pues sus te-

F sti-

11
stigos temerariamente se resuelven a afirmar sin razon
que persuada, que Don Luises hijo de Don Alonso,
fundandolo solo en el adulterio referido, y sin conside-
rar, que aunque respecto del pudiera ser hijo del dicho
Don Alonso, tambien lo pudiera ser del dicho Andres
Fernandez, y pudieramos dezir a este intento lo que al
mismo Graciano dicto tom. 3. cap. 562. n. 63. *Maxime,
quia sumus in negatiua non coartati, imo non facit car-
tabile: cum non sit actus momentaneus, qui statim possit
videri, sed successiuus, quasi potuissent alij accedere, abs-
que eo quod testes seruerint: ideo minus tales testes pro-
bant.*

36 ¶ Porque respeto de ser el marido, y
de la corta distancia de la dicha ciudad de Antequera
a la villa de la Puente, mas de presumir es, que el An-
dres Fernandez repetidas vezes viesse a su muger, y ella
a el, y que usarian de accesos maritales; por tanto di-
chos testigos dicen temerariamente lo vno, y lo otro
esta presuncion que dezimos deve ser mejorada, y an-
tepuesta, como favorable, y de la ley, a la contraria ri-
gorosa cuyo fundamento es el iuizio temerario, text.
*in l. diuus ff. de in integrum restitutione, cap. litteras, &
ibi Abbas de presumpt. Paulus de Montepicho in conf.
99 n. 102. vers. Tertio insuper, cuius haec sunt verba:
Tertio insuper responderi, potest quod non est locus pra-
sump. praedicta etiam temporis antiquitate, ubi alia pra-
sumptio fortior in contrarium est, postea quam praesump-
tio fortis tollit minus fortem.*

37 ¶ De manera, que aunque fuesse pos-
sible que de dicho adulterio resultasse dicho Dñ Luis,
mas verosimil y legal es que del dicho Andres Fernán-
dez fuesse engendrado, respecto de serlo que viesse y
tratasse a dicha su muger, y a el intento se puede re-
petir lo que a otro tal el dicho Paulo de Montepicho
dezia en el lugar proximè citado: *Quod verisimilitu-
do maior tollit minorem, & Baldus in l. siue possidetis in
fine, C. de probationibus.*

38 ¶ Y por cierto que lo que se va fundando es muy preciso, y a derecho conforme, porque siendo hecho constante, que estos dos conyuges, siempre hizieron vida maridable, que no se aborrecian, que no avia malos tratamientos, que la assera ausencia era por aver quebrada en maravedises, no por disgusto que huviesse tenido marido y muger, que ella era cuerda, como el mesmo Don Luis tiene provado, y finalmente que este marido vivió en ciudad tan poco distante de dicha villa donde residia dicha su muger; parece que no ay razon alguna para poder entender, o presumir no se viesse, y juntasse muchas vezes en dicha ciudad, con todo deseo, y demasado ardor, exerciendo qualesquiera actos maritales; y tanto vale esta vehemente presuncion natural en lo juridico, que indistintamente destruye toda opinion contraria, argum. text. in l. eum qui probabiliter, & ibi Bald. C. de Episcop. & Clericis, l. item in conf. 140. col. ult. lib. 4. Montepicho dicto loco, & num. ibi: Item vehemens presumptio naturalis tollit quamlibet opinionem contrariam.

39 ¶ Y dello resulta desvanecida la provança de Don Luis, en quanto no es verosimil, ni de creer lo que sus testigos deponen, no mereciendo fee, ni credito alguno, per text. in l. ob carmen, §. final de restibus cap. quia verisimile, de presumpt. Y muchos Autores citados por Mascardo vol. 3. conclus. 1365. Valcuela tom. 2. conf. 189. n. 124. ibi: Quia autem verisimilia non sunt falsi, imaginem habent, & debent repelli.

40 ¶ Mayormente quando no dan razon que equivalga, pues no lo es afirmar a Don Luis por hijo de Don Alonso, por que Andres Fernandez, estava y vivia en Antequera, y que el no yva a la Puente, por que ellos no lo sabian, ni vian, quando pudo ser (como efectivamente fue, y parece plenissimamente de los autos) que fuesse y viniessse a dicha villa, y Juana Carrillo.

a di-

a dicha ciudad, sin que los testigos lo supiesen, ni vies-
sen, particularmente quando se ocultava dicho Andres
Fernandez por las deudas que devia: y respecto desto
dichos testigos no merecen fee, ni credito, pues en
tanto lo merecen, en quanto la razon que dan, y en q̃
se fundan, persuade, *Inocent. in cap. cum causam de testi-
bus*, *Bart. in l. qui testamento, §. final, C. qui testamentum
facere possunt*, & *Doctores in l. solam, C. de testibus*, *Alex-
and. cons. 2. tom. 2. Parisius cons. 107. n. 68. Rolando a
Valle cons. 43. n. 43. Mascard. conclus. 1370. n. 58. §. 59.
§. 60. Postremo* (dize este Autor) *illud notandum est,
dictum testis ab ratione ab eo redditu regulari, §. ideo, si
ratio non concludit nec, dictum concludit.*

41 ¶ Embarazos que se vienen a los ojos
instantaneamente, que se ve la provança de Don Luis
que la destruyen y acaban, y por el contrario la de Dō
Joseph totalmente se acredita con el deponer sus testi-
gos de hecho verosimil, dando razon de vista, conoci-
miento, y afirmando: cosas todas tan proporcionadas
y a buena razon verosimiles, que aunque no lo dixes-
sen, y jurassen assi, personas tantas, de tanto credito, y
suposicion tanta; ello en si es de presumir, entender, e
imaginar assi fuesse y passasse, y por ello en lo juridico
totalmente se acredita, aunque se compuliesse de pocos
testigos; y la contraria, aunque de muchos, se aniqui-
la argum. text. *in d. l. ob carmen, §. ultimo, de testibus*,
§. *cap. nostra eodem tit.* *Mascard. volum. 3. conclus. 1194
n. 68. §. ad hoc multa fundamenta refert.*

41 ¶ De que resulta, que no se les deve dar
credito alguno a los testigos del dicho Don Luis, por
que deponen sin razon competente, *Baldus in d. l. solam
n. 1. vers. idem si testis producitur, C. de testib.* *Gramma-
tico decis. 34. n. 25. Mascard. conclus. 900. n. 8. §. in n. 9.
dize: Ratio illa est, quæ ratum, vel irritum facit dictum
testis.*

42 ¶ Porque la que dan, como queda
refe-

referido para afirmar por hijo de Don Alonso al dicho Don Luis, es dezir *que hubo adulterio*, y esta bien destruida queda, y porque dizen, *que Andres Fernandez vivio en Antequera, aviendose ausentado de la Puente por deudas que devia*. Y en esto fundan el que es hijo de Don Alonso, y en ello manifiestan lo vago de sus deposiciones, pues siendo y passando el caso puntualmente assi, todavia D. Luis pudo ser hijo de dicho Andres Fernandez, como queda expecificado, cō q̄ su provança de ninguna substancia se evidēcia, arg. text. in l. nates, C. de probationib. vbi statuitur, q̄ no porq̄ Pedro sea libre se ajusta que lo sea Maria su hija, porque siendo el libre, ella pudo ser esclava, text. in l. ultima, C. unde legitimi, & unde cognati: vbi, no porque Pedro se halle poseedor de los bienes de Antonio, se justifica ser su heredero, Mascard, volum. 2. conclus. 788. n. 30. ibi: *Amplia tamen huiusmodi limitatio, nec procederet etiam si illa mulier diceret esse suum filium, quia lex non presumit, nisi de eo, qui natus est ex matrimonio, nam sicut potest, esse ex te, etiam ex alio, & sic non habet patrem.*

44 ¶ De forma que la provança ha de ser concluyente para merecer fee y credito, vt in dictis iuris, porque como dixo Gomez, & Concinus decis. 68. n. 19. *Ac ideo non probant hoc esse, quod ab eo contingit ab esse.* Y Saliceto in d. l. nates, *consequentia, quae procedit ex falibili non est bona, quia non efficax, vel necessaria.* Y hablando en este mesmo intento Alexandro lib. 5. cons. 157. n. 2. dixo: *Vnde remanet in regula, quod probatio de necessitate debet concludere.*

45 ¶ Por todo lo qual la provança de Don Luis como no concluyente, y dudosa, es de ninguna suposicion, argum. text. in cap. in presentia, de probationibus, vbi Doctores, & maxime Abbas n. 3. & in cap. auditis n. 25. cum sequentib. de praescriptis Baldus in l. ultima in fine, C. si minor, se maior esse dixerit. Alexander in l. cum quino viximus in principio, ff. ad Trebellianum.

G

Pari-

Parisius *consf.* 104. *num.* 2. *lib.* 1. *Et consf.* 54. *num.* 47. *lib.* 4.

46 ¶ Y justísimamente por cierto, porque siendo como es la provança de filiacion paterna casi imposible, *ferè impossibilis probationis saltem respectu patris*, que no se justifica con certeza, aunque la muger esté encerrada y con muchas guardas, que solo vn varon la acompañe, porque como quiera que sea, tiene factibilidad, el corromper las guardas con dadiuas, *cui vix pauca resistunt*, que dixo Pedro Vimio *in tom.* 3. *consf.* 239. *n.* 22. deve ser tal, que concluyga y sujete el animo a creerla.

47 ¶ Porque *non epistolis sed natalibus, nõ nudis asseverationibus, sed matrimonio filiatio probatur*, *argum. text. in l. non epistolis, Et l. non nudis, C. de probationibus.*

48 ¶ Y la legitima que vamos provando, demas de lo dicho se prueva con el dicho de Bartolome Gonçalez del Pino, testigo del dicho Don Luis (que demas de lo que coadjuva la provança de Don Joseph) contra Don Luis, *producentem*, haze entera fee, *Romanus consf.* 104. *n.* 6. *Farinat. decis. Rota* 748. *n.* 6. *Marianus Socinus, consf.* 69. *col.* 1. *Surdus decis.* 284. *n.* 18. *Dom. Valenc. con.* 126. *n.* 32. *ibi*: *Nam testis unicus per aliquem productus plenam fidem facit contra ipsum, Et in consf.* 121. *n.* 149. *quia testis, qui contra producentem deponit plene probat.*

49 ¶ Dize, pues, en la informacion sumaria de Don Luis, aviendose ratificado en plenario, porque como dicho tiene, se ausentò por esta, y las demas partidas, y a cabo de mas de dos años, en ocasion que este testigo fue a la ciudad de Antequera, hallò al dicho Andres Fernandez en vn meson de ella, y le dixo, que querazon avia tenido de los ochocientos reales, que le diese carta de pago, o el dinero; y el susodicho respondió, que ya avia traído la carta de pago, y que la tenia en su casa; y di-

bien,

ziendole este testigo que viniessse a esta villa, &c. De manera, que bien claro dize este testigo, que dicho Andres Fernandez le dixo tenia la carta de pago en su casa en la dicha villa de la Puente, y que esto fue dos años despues de aver hecho el ausencia que dize, de q se infiere, que al cabo deste tiempo, toda via hazia vida maridable con dicha Juana Carrillo, y que venia, o auia venido a su casa, *que assi la llamava*, y dexado en ella dicha carta de pago, con que no huvo ausencia continua, que es solo el fundamento que pudiera tener el dicho Don Luis, como queda fundado en la consideracion segunda, que solo la deposicion deste testigo se la desvanece, que no la puede impugnar, *argum. text in l. si quis testibus, C. de testibus.*

50 ¶ Coronase todo lo referido, con ser hecho cierto, que dicho Andres Fernandez, no solo era capaz de engendrar, sino que era muy provable y verosimil el que lo hiziesse, sin que huviesse embarazo legitimo, y para esto se repare, en que del contexto de los autos plenamente consta que avia tenido hijos en otra muger. ¶ Juana de Baytos, testigo de Don Luys a fojas 111. dize: *O sus hijos, que los tenia dicho Andres Fernandez, de otro matrimonio.* ¶ Salvador Calçado testigo de Don Ioseph, *que este testigo conociò ser harriero al dicho Andres Fernandez, que era hombre robusto y de edad de los dichos cinquenta años.* De manera, que repitiendo las reglas juridicas proxime in numeris antecedentibus citadas, nos hallamos con Andres Fernandez, robusto, de edad de cinquenta años, no frigido, pues avia tenido hijos de otro matrimonio, y desto resulta desvanecido el intento de Don Luis, en quanto que no era capaz de generacion Andres Fernandez.

51 ¶ Demas de lo dicho in numero proximo, que es suficiente, se anota la vniformidad de las partes en todo lo actuado, en quanto que dicho Andres

Fer.

Fernandez era harriero, ordinario de la villa de la Puente a la ciudad de Cordova, con que se evidencia ser hombre sano, y robusto, pues tal exercicio solo cabe en semejantes personas, y por ello no es verosimil lo que Don Luis ha intentado, y en este lugar repitiendo las reglas referidas, conviene a saber el *cap. quia verisimile*, con lo concordante, se ajusta ser supuesto, quedicho Andres Fernandez no fuesse capaz de engendrar como queda dicho.

§ 2. ¶ Recurriendo, pues, al derecho en esta materia, que vamos tratando, aunque parece no se puede dar regla firme, en quanto hasta que edad, el hombre sea capaz, de engendrar, sin embargo parece, se termina, iuxta regulam text. *nam ad ea de legibus*, hasta la edad de 60. años, Parisius, *in cons. 29. n. 26. Et sequentibus vol. 2.* Petrus Surdus, *decis. 82. n. 9.* En cuos terminos, aunque esta regla sea infalible, no militara la pretension de Don Luys, por ser dicho Andres Fernandez, robusto, y de edad de 50. años, y hombre, que exercitava ministerio que lo acredita de toda salud.

§ 3. ¶ Fuera de que quando cesara, lo que llevamos fundado, toda via, y como quiera que se considere, aunque el dicho Andres Fernandez, fuesse muy mayor de dicha edad, no fuera seguro el dezir le assistia incapacidad, pues como la experiencia en sena, y frequentemente vemos, la edad del varon, por mucha que sea, no lo inhabilita ad generandum, Surdus, *dict. decis. 83. n. 4. Nec obstat. quod Christophorus eo tempore, senex esset annuunque excedere sexagesimum quintum: quia impossibile non est, ea etate virum generare posse: habemus enim exemplum Massenisa, qui annuum agens 86. genuit filium, Menochius, de arbitr. dicto casu 89. lib. 2. centur. 1. n. 60. Et seqq.*

§ 4. ¶ Y esto procede sin embarazo, aunque el hombre estè enfermo, muy cercano a la muerte, celebris glosa in l. Gallus in principio, in verbo decem men-

mensibus, de liberis, & posthumis, ubi dicit, infirmum, ea quoque nocte quam oritur generare posse, Benedictus in cap. Rainutius, p. 1. vers. in extremis positus, n. 13. & in vers. quæ filium ex eo suscipiens, n. 4. Surdus in dicta decis. testibus 83, n. 6.

55 ¶ Porque como la potencia ad generandum indistintamente se presume, y a qualquiera que afirmar lo contrario, le incumbe su justificaciõ, vt defendit dictus Benedictus in dicto vers. quæ filium ex eo suscipiens, in n. 3. & Abbas in cap. per tuas de probationib. Mascard. in d. conclus. 788, n. 7. Surdus in d. decis. 83, n. 5.

56 ¶ De forma, que como quiera que se considere, resulta desvanecido el fundamento de Don Luys, en quanto afirma, que respeto de ser dicho Andres Fernandez de sesenta años, y enfermo, no era capaz de engendrar, vt remanet probatum, pues tal apoyo y provança nullius sunt momenti, per text. in d. l. naturales, C. de probationibus, & in l. ultima, C. unde legitimi. Y en este estado es de traer a consecuencia el dicho de Maria Ruyz, testigo del dicho Don Luis, que como tal, per regulas allegatas contra illum plenè probat.

57 ¶ Dize, pues, que hallandose preñada la dicha Juana Carrillo, le hizo sabidora como lo estava, y que se hallava afligida, pensando como avia de encubrir la barriga a vista de dos cuñados que tenia hermanos de otro marido. Con que se justifica, que el dicho Don Alonso no comunicava a la dicha Juana Carrillo a lo descubierto, sino que caso que con ella tuviesse acceso, seria a escondidas, y furtivamente, en cuyos terminos, aunque ella residiesse en las mesmas casas del dicho Don Alonso, no se deviera presumir su hijo lo que pariesse, vt affirmat Anguisola conclus. 13, n. 32. & sequentibus, Mascard. vol. 2. d. concl. 788, n. 29. ibi: Istud tamen limitatur, quando ille talis non in domo propriæ teneret mulierem, sed extra, quia licet, ad illam haberet

accessum. Et ad ipsius stare, non presumetur tamen
filium esse suum, tradit Albericus in d. l. filium, col. ult. ver.
Item vide sepe dubitari, ff. de his qui sunt sui, vel alieni
iuris, Surdus d. decis. 83. ibi: Non presumi natum, ex
eo qui ad mulierem furtivum habet accessum etiam si
mulier in domo retineatur, dummodo non sit concubina
formalis.

58 ¶ Y aun en terminos mas a nuestro in-
tento Alciato de *presumptionibus*, regul. 3. *presumpt.* 37
n. 4. ibi: *Quod si quis habuit consuetudinem cum aliqua
extra domum, et nascatur filius; non tamen presumitur
ex eo natus, nisi probaretur, quod ea cum nomine alio con-
suevisset, & Albericus in dict. l. filium eum in fine. ff. de his
qui sunt sui, vel alieni iuris.*

59 ¶ Finalmente se concluye esta confi-
deracion, diciendo, que aunque Iuan Gomez Bravo,
testigo de Don Joseph en la quarta pregunta a fojas
148 diga, que en tiempo que se criava dicho Dñ Luis,
se dezia ser hijo del dicho Don Alonso: no por esto se
nos podrá reconvenir con las reglas referidas, de que
testis licet unus contra producentem plenè probat. Lo
vno, porque este testigo no afirma, sino dize que se
dezia, sin referir, por que personas; q para q hiziesse fee
se requeria esto, como abaxo se fundará. Y lo otro,
porque este testigo dize, como dicho Don Luis se criò
sirviendo en las casas de dicho Don Alonso, y sobre
todo, porque aunque el testigo vnico, contra el que
lo presenta haga plena provança, es en lo verisimil, y
en aquello que de los mismos autos no se puede desva-
necer, *potest tamen dictum testis à se producti reprobare,
et impugnare falsumque ostendere, vt probat idem text.
in d. l. si quis testibus, dixo Carleval de iudicijs, lib. 1. tit. 2
n. 37.* refiriendo innumerables Autores: de forma que
dicho Don Luys precisamente se ha de reputar por hi-
jo de su legitimo padre Andres Fernandez, como que-
da provado, sin que sean de consideracion sus fundamē-
tos,

16

ros, a cuyo desvanecimiento, demas del que resulta de todo lo referido, passamos en lo particular.

CONSIDERACION IV.

60 ¶ El mas potissimo fundamento que representa Don Luis, es dezir, que el dicho Don Alonso en su testamento lo declarò, y reconociò por su hijo; a que se satisfaze con dezir con Perez de Lara in *tractat. de vita hominum, cap. 12. n. 11. Dicenti autem, se patrem non creditur, quia deponit de eo, quod ignorat, & est impossibilis probationis, arg. text. in l. Lulius de condit. & demonstr.*

61 ¶ Y aunque se diga que la institucion de heredero del dicho testamento, sea conjeturada de filiacion, por parte de Don Ioseph se representa por hecho cierto, que dicho D. Alonso hizo otro testamento despues, en el qual no se hizo si quiera al dicho D. Luis alguna manda, que en tal caso como este, ni la declaracion del primero testamento, ni la institucion del, hazen consecuencia, ni aun en apariencia constituyen filiacion, Tuschasin d. tomo 3. concl. 348. Boerio d. decis. 299. n. 8. Alexand. in lib. 1. cons. 37. n. 6. ibi: *Quod non fuerit filius dicti Ioannis, quia eum, prateribit in secundo testamento, & sic eum non ut filium tractavit.* Y estos tres Autores van hablando ex suppositione, de que en el segundo testamento le sea mandado alguna cosa al tal declarado, e instituido en el primero, y en estos terminos resuelven, que no es visto averlo tratado como a hijo, a el tal que antes lo parecia. Pues aora a nuestro caso, quando es cierto del contexto de los autos que dicho Don Alonso hizo dicho segundo testamento, sin dexarle cosa alguna a dicho Don Luis, que podremos dezir, ni considerar? si no que si fuera possible tratarle aun peor que a no hijo, lo hallaremos assi practicado en este caso mediante lo referido,

Y aun-

62 ¶ Y aunque no passara assi lo dicho, y que tambien no es verosimil que alguno instituya por su heredero como a su hijo, al que no lo sea, argum. text. in l. quidam, ff. de verbor. obligat. Mascard. in vol. 2. conclus. 793. n. 1. donde refiere innumerables Autores.

63 ¶ Attamen, si tuviere contradiccion, deve provar plenamente ser tal hijo del que como a tal lo instituyò, y no haziendolo *succumbet in successione*, y se queda sin ella, argum. text. in l. si pater tuus, C. de heredib. instit. Mascard. d. conclus. 793. n. 1. ibi: *Quod si proximiores defuncti agant contra hunc, vt filium institutum tamen is debet probare, se filium alioquin tenetur, hereditatem restituere.*

64 ¶ Lo qual procede indistintamente que sea Actor, que sea Reo el que dize ser tal hijo, para ser mantenido, o aver de adquirir alguna herencia, vt optimè Mascardo con muchos que cita in d. concl. 786. n. 2.

65 ¶ No solo teniendo la contradiccion de Don Ioseph, no ha provado Don Luis el ser tal hijo, como se requeria, sino que por el dicho Don Ioseph se le ha averiguado plenissimamente, vt patet in antecedenti consideratione, que es hijo legitimo de Andres Fernandez, y configuientemente la declaracion, e institucion del testamento nullius momenti est, y su cõjectura antes queda favorable para Don Ioseph, pues a ser hijo de Don Alonso Don Luis, o tenerlo por tal, no dexara de dexarle alguna manda, y fue tan al contrario, que como el mesmo tiene alegado, y articulado en la segunda pregunta de su interrogatorio de añadidas por muerte del dicho don Alonso, *quedo el dicho Don Luis huérfano y desamparado de la educacion y alimentos que le dava, sin tener caudal, respeto de lo qual aconsejado y per suadido, tratò de aprender oficio de zapatero.*

nus Y

Don

66 ¶ Don Bernardo de Santistevan testigo de Don Ioseph, a fojas 177. *Y despues de muerto (dize este testigo) dicho Don Alonso de Axeijas, vino a esta ciudad dicho Don Luis y passo en casa del dicho Don Ioseph de Axeijas, y hablanlo con este testigo, se lamentava diziendo, que avia muerto dicho su amo, y avriendole servido tanto tiempo, no le avia dexado cosa alguna; cuya deposicion como de Cavallero militar, que es Don Bernardo, prueba plenamente, aun que fuesse vnica: argum. text. in l. non omnes, s. a barbaris, ff. de re militari, l. 1. Sed licet hoc liquido constare non possit, argumentis tamen cognoscendum est, si bonis milles existimatus fuerit prope est, ut affirmationi eius credatur.*

67 ¶ E fuerçase lo referido con considerar que la declaracion del dicho testamento, como hecha por dicho Don Alonso, persona que fue delinqiente en el adulterio que se supone, no merece fee, ni credito alguno, per text. in l. quoniam liberis, C. de testibus, § in l. fin. C. de accusat. glos. in l. filium, C. de liberali causa. Y se puede dezir a este intento lo que a otro semejante dixo Alexandro en el lib. 5. conclus. 157. num. 1. *Tunc etiam, si intenditur dictum Coitum esse punibilem, non est sufficiens testimonium eius, qui est particeps criminis.*

68 ¶ Mayormente no aviendo retenido en su casa a la dicha Juana Carrillo, y por esta razon no devriendose presumir su hijo el dicho Don Luis, Alexand. in dicto cons. 157. n. vol. 5. Alciatus in d. regula 3. prae sumpt. 37. n. 3. Decius in d. cap. per tuas, Mascard. d. concl. 788. n. 32.

69 ¶ Postremo se califica de ninguna substancia la dicha declaracion, por tener Don Ioseph plenamente provado, *ut in actis apparet*, que Don Alonso lo hizo por vengarse de dicho Don Ioseph, porque se casò a su disgusto, y que queria mas que su hazienda la huviesse vn criado, que dicho D. Ioseph; cuya provaca

I 67

en quanto a esto deve prevalecer, y como de hecho tan verosimil, ser creida, repitiendo con Graciano d. tom. 3. cap. 562. *Stante praesertim probatione facta per D. Marcum, quae tanquam magis digna debet in concursu prevailere.*

CONSIDERACION V.

70 ¶ Valese tambien Don Luis de dezir, que ha sido siempre publica voz y fama, que el ha sido, y fue hijo de Don Alonso, y que esta es conjetura de mucha monta, para justificacion de la filiacion que pretende, lo qual se desvanee en la forma siguiente.

71 ¶ Tunc condezir, que para que la fama prueve, se requiere que traiga origen de provables, y justas causas, Valascus tom. 2. consult. 126. num. 8. *Sic etiam, ut fama aliquam probationem faciat, debet esse orta ex probabilibus, et iustis causis et fidedignis.* Dom. Valenzuela conf. 169. n. 113. *Et quando non habet originem a causis probabilibus, quae inducant ad esse credendum, et dicendum, ut defendit Bart. in l. de minore, §. plurimum, n. 3. ff. de quaestionibus, Bald. conf. 295. n. 2. vers. Et hac fama, lib. 1. Alexand. conf. 273. n. 11. vers. Ite non sufficit, lib. 6. Gomez & Concinius in d. decis. 168. num. 20. & passim Doctores.* Y esta fama de que se pretende valer dicho Don Luis, no se origina de causas provables, pues antes es no solo provable, sino cierto y constante de los autos, que es hijo legitimo de Andres Fernandez.

72 ¶ Et tunc, porque los testigos de Don Luis que dicen de dicha fama, no dicen que assi se lo oyeron a la mayor parte del pueblo, lo qual se requeria necesariamente para que provassen, ut docet Bartolus in dicta l. de minore, §. plurimum, ff. de quaestionibus, col. 5. vers. *Quero qualiter probetur fama, Baldus*

in

in *conf. 447 in 2 p* que empieza, *ad evidentiam*. Alexand
in *conf. 151 in vers. Repetitis in causa matrimoniali*. Pau-
lus de Montepicho in *conf. 95 n. 6*. Primo, quia testes de-
ponentes de ea, non dicunt se audivisse à maiori parte
populi, quod de necessitate requiritur, ut concludatur
fama.

73 ¶ Porque no dicen de quien se ori-
na esta fama que dicen, siendo requisito esencial, para
que deponentes de ea fidem facerent, ut defendit Ale-
xander in *d. conf. 157 n. 5. volu. 5*. Roland. a Valle *conf.*
49 n. 49 vol. 4. Cephal. *conf. 225 n. 38 tom. 2*. D. Valen-
ciel. *d. conf. 169 n. 109*.

74 ¶ Cœterum, porque los tales testigos
de Don Luis no nombran las personas a quien lo ayan
oydo, siendo requisito preciso para que provassen de
fama, est optimè Aretinus in *conf. 73. ver. Diligenter*,
& mature. & est communis opinio secundum Areti-
num in *cap. cum eo oporteat. col. 9 de accusat*. Paulus de
Montepicho in *d. conf. 95 n.* ibi: *Ex alio etiam non*
videtur probata fama, quia testes ferè omnes non nominant
personas, à quibus audierint dici.

75 ¶ Lo qual es tan preciso, que aunque
no se les pregunte, que a quien lo oyeron, lo deven de-
zir, alias nihil probant, secundum Angelum in *l. ea qui-*
dem in repetitione in 3. col. C. de accusat. Paulus de Monte-
picho *d. conf. 95 n. 10*. ibi: *Imo etiam non interrogati,*
debent personas à quibus audierint nominare, & ibi re-
fert multos Authores.

76 ¶ Porque la fama de per se etiam pu-
blica, no haze, ni constituye plena, ni semiplena pro-
vança, ut legitur, & notat in Glosa in *cap. 1 de appellat.*
verbo famam ex cap. si testes. & item sepe, *q. 4. cap. 4.*
veniens el 2. & cap. p. aterea, de testibus, Mascard. *concl.*
183 n. 2. & conclus. 254 n. 15. D. Valenc. *dict. conf. 169,*
n. 114.

77 ¶ Lo qual procede, no solo en las cau-
sas

21
sas criminales, sino tambien en las civiles, en materia considerable, qual es la que en este pleito se trata, vt affirmat Bald. in d. cap. veniens el 1. de testib. n. 7. Et allegat text in l. propter litem, ff. de excusat. tut. l. 3. tit. 3. p. 3. Paz in praxi, tom. 1 p. 1. temp. 8. n. 69. & d. Valenc. in d. cons. 169. n. 15.

78 ¶ Y por cierto con mucha razon, pues como dixo el señor Valenc. Velazq. in d. cons. nu. 118. *Quia de fama quantumvis publica testificantes, de auditionibus locuntur.*

79 ¶ Con que este fundamento de Don Luis queda desvanecido por lo dicho, y porque es verosimil que el codicioso, y Don Alonso iracundo contra Don Ioseph porque no se casò a su gusto, vt supra dictum est, diessen principio a esta fama, y se puede repetir a este intento lo que al mesmo el señor Valenc. in d. cons. n. 111. *Uterius, quia verisimile est famam istam seu verius, difamiam, processisse à dicta asserta filia, quia fama est res fragilis, Et pernitiola transmissa, ab his qui desiderant de hoc famam esse.*

80 ¶ De manera que en los terminos que nos hallamos, mas propriamēte devemos afirmar que esta no es fama que induzca plena, ni semiplena provança, sino vna voz vaga y vana del pueblo, que no es digna de atencion, argum. celebris text. in l. Decurionum filij, C. de pœnis, in l. aduersus in princip. eod. tit. Alexand. cons. 70 lib. 2. vers. 2. *Quia dico, Parisius cons. 104. n. 161. col. 1. do. 5. Valenc. in d. cons. 169. n. 110. & quos ipse ibi refert.*

CONSIDERACION VI.

81 ¶ Valese tambien Don Luis de dezir, que dicho Don Alonso le llamava hijo, y que esto ocasiona conjetura de filiacion; y aunque con solo anotar en el principio desta consideracion el dicho del Licenciado Don Alonso Hidalgo su testigo a fojas 108.
de

de la pieza menor, se desvanee su pretension en quanto a esto, con todo se afiançará con derecho el desvanecimiento patente deste fundamento de D. Luis

82 ¶ Dize pues dicho su testigo, que por tal contra illum plenè probat per regulas de supra: Y en quanto a tratarlo de padre, y el dicho Don Alonso a el de hijo, nunca este testigo se lo oyò en publico al uno, ni al otro, mas de lo que dexa dicho. Y esto es muy de notar, aviendo antes este testigo dicho: Y lo sabe, porque como intimos amigos que eran el susodicho (scilicet Don Alonso) y este testigo, se descubrian sus secretos, y como tales amigos, muchas vezes este testigo y va y venia con el dicho Don Alonso a las casas de dicha Juana Caarillo. De manera, que testigo que tambien podria participar el tal trato de palabra, nunca dize lo oyo, con que antes es la presuncion y coniectura en favor del dicho Don Ioseph.

83 ¶ Ultra, de que la tal nominacion de hijo y padre estan nullius momenti de ninguna entidad, ni substancia, y tanto que nada vale para la prueba de filiacion, per text. in dict. l. non nudis, Et in l. non epistolis, C. de probat. l. neque profectio, C. de testibus, Menochius de arbitrar. d. casu 89. n. 77. ibi: Nominacionem, probationem, non esse legitimam filiationis.

84 ¶ Y es assi resolucion muy conforme a buena razon, porque como dixo Valasco in consult. 176. tit. 2. n. 9. Multoties enim nominamus famulos, Et aliquando, etiam ser-vos, filios.

85 ¶ Et quod nominatio non sufficiat, est communis opinio secundum Parisium cons. 10. n. 15. lib. 2. & Menochius d. casu 89. Et n. 77. Gratiano in d. cap. 562. tit. 3. n. 24. ibi: Licet simplex nominatio non probet, filiationem imo neque inducat, presumptionem, per quam transferatur onus aliquod probandi in contrarium, Mascard. in col. 2. conclus. 790 per totam, Et precipue n. 3. Et in n. 7. resuelve, que esta tal nominacion, ni

aun induce aliquam praesumptionem, in praedictum testis, y refiere innumerables Autores que ibi videre possunt.

86 ¶ Y aunque algunas vezes los Autores, hablando en esta materia, parezca tengan por de alguna substancia dicha nominacion, se deven entender en la filiacion de hijos legitimos, o naturales, no en la de espurios, qual lo pretende ser Don Luis, Dom. Covarruv. de sponsalibus p. 2. cap. 8. n. 9. in fine, ibi: *Id tamen, quod diximus nominationem filiorum, quandoque probare in hac quaestione, intelligendum est in filiis legitimis & naturalibus, tantum, vel naturalibus; non tamen in ipsis spuris; inter quos nominatio nihil prodest, ut defendit Angelo, cons. 191. conclus. 1. Iason cons. 102. 4. vol. Valenc. d. cons. 169. n. 125. tom. 2. In tantum, quod nec nominatio aliquid operari posset, circa hanc, qua se pretendit filiam spuriam dicte domine, quia nominatio in filiis legitimis, & naturalibus, aut naturalibus tantum operatur, non tamen in filiis spuris, in quibus nominatio nihil prodest. Mascard. in d. conclus. 790. n. 13. Tertio (dize este Autor) intellige praedictam limitationem in filiatione iusta, & licita, videlicet legitima, & naturali simul, vel saltem naturali tantum approbata à iure civili, secus autem in spuris, aut vulgo quassitis, & similibus, quicertum patrem non habent, vel demonstrare non possunt.*

CONSIDERACION VII:

87 ¶ Representa tambien Don Luis el que dichos Andres Fernandez, y Juana Carrillo en algun tiempo de casados no tuvieron hijos, de que quiere inferir conjetura a su pretension favorable, la qual es nullius momenti, y de substancia ninguna, pues es resolucion de derecho asentada, que aunque esta esterilidad fuesse de muchos años, nada embaraza, Mascard. d. vol. 2. & concl. 788. n. 21. ibi: *Tertio primario loco*

qm-

ampliā, conclusi. ut adde vera sit, quod etiam si mulier multo tempore antea; stitisset, sterilis, nullosque filios ex eius marito procreasset, nihilominus natus, ex ea postmodum inconstantia matrimonij præsūmitur filius mariti. Y refiere innumerables Autores Nicolas Boerio decis. 299. n. 7. ibi: Et istud videtur verius attentum iuris præsūptione, etiam si sterilis longo manserit tempore. Alciat. de præsūpt. regul. 3. præsūpt. 37. n. 4. in fine, ibi: Ultimo ampliatur, etiam si mulier per longum tempus, esset sterilis cum tali marito, de quo per Abbas in d. cap. per tuas. Demas de lo qual se afianza esta consideracion con la experiencia que frequentemente cada dia vemos, ya vnas mugeres en muchos años de su mocedad y tiempo a proposito, estando casadas, no pariendo, y despues pariendo muchas vezes del mismo marido, ya otras que luego que se casan paren a menudo, cesando en tiempo que pudieran, respecto de la edad, continuar. Con que finalmente queda desvanecido el fundamento de Don Luis.

CONSIDERACION VIII.

88 **S** Ha deducido asimesmo el dicho Don Luis, que dicho Don Alonso lo alimentò, y criò; de que quiere inferir coniectura favorable, de que nos desembarazamos brevemente, dexandola satisfecha en quanto a los alimentos con la decission del texto in cap. transmissis, ubi Doctores, qui filij sint legitimi, Alexand. lib. 2. cons. 74. n. 2. ibi: Sic etiam posito, quod esset probatum per testes Faustina, quod Dom. Ioannes alimentasset, & lactari fecisset Faustinam, per hoc non sequitur, ergo tractavit eam ut filiam, quia etiam talia conveniunt, & fieri possunt alijs quam filijs, Bartol. in l. si quis a liberis, §. Iulianus, de liberis agnoscendis, Menochius d. casu 89. n. 76. ibi: Declaratur secundo, ut non procedat, quando in tractatus sonaret potius in causam pie.

pietatis quam filiationis; ut puta in eo qui simpliciter alimenta praeftiterit Valasc. tom. 2. consult. 176. n. 3. ibi: Unde, quod ex praestatione alimentorum non probetur filiationis, quia possunt praestari causa pietatis, Mascard. in d. conclus. 789. n. 37.

89 ¶ De manera, que en los terminos deste negocio, y aunque el dicho Don Alonso huviesse criado al dicho Don Luis, educadolo, casadolo, y dadole capital, toda via estas cosas no lo calificaran por su tal hijo, aunque concurriessse fama publica de q̄ lo era, Gomez, & Concinus in d. decis. Rota 7. n. 2. ibi: *Non obstat nominatio adulteri, dos ab eo data, illiusque tractatus, & fama publica filiationis, quia ista non sufficiunt ad effectum, excludendi istam praesumptionem, ut per Achilles.*

90 ¶ Y es muy de notar, y digno de verse este Autor, cuyo caso parece, que aviendo cierto Sacerdote tenido comercio familiar con Juana, muger casada, de quien huvo vna hija, y a esta aviendola criado, alimentado, casadola, y dadole dote, llamandole siempre hija, concurriendo fama publica, de que lo era todavia, por la Rota se definió por hija legitima por estas palabras: *Pro instanti visum fuit dominis, respondendum, quia cum tempore conceptionis ligotie Ioanna haberet maritum, cuius nec aliquod impedimentum, haberetur, nec quod ad eam, non potuisset habere accessum, praesumitur filia mariti, & non adulteri.*

91 ¶ Y en el num. 4. dize este Autor, que algunas decissiones en que se ha declarado cesar la la presuncion del p. defuncto de la dicha l. miles, ha sido quando adsunt plures praesumptiones, quod sit filius adulteri, quia aut per Achilles, decis. 1. qui filij sint legitimi in illo casu cum alijs coniecturis concurrebat, etiam similiter de lineamentorum adulteri; & quod fuerat, uti eius, filius baptizatus, & legitimatus, Mascard. d. conclus. 289. n. 29. Secundo limitare, & intelligere poteris eandem prima-

ma,

mariam conclusionem, si testes deponerent talem filium fuisse apparentibus tractatum, uti filium, secus si simpliciter deponerent, quod tractabatur ut filius.

92 ¶ Porque como dize Parisio in cons. 11. n. 20. Et seqq. Et praeipue in n. 244. usque ad n. 248. no fuera justo que estuviessen en potestad del adultero el prohibirse el feto de muger casada, mediante semejantes funciones, y a este intento se repite lo que al mesmo Ioseph Mascardo d, vol. 2. concl. 788 n. 15. Non debere esse in potestate adulteri, facere sibi aliquem in filium per nominationem; praestationem alimentorum, legitimisationem, Et alios tractatus similes, Et immutare factum Et dispositionem legis, Et pro illis, Et per illos actus subvertere praesumptionem l. fundatam, Et inducentem veritatem probandi filiationem.

93 ¶ De forma, que es tan precisa la resolution del dicho s. defuncto, y la presuncion favorable, que como resuelve el Doctor Don Iuan de Mohedano en la decis. 2. Rota, alias 115. aun en caso de aver sido Iuan avido por cierto Conde en cierta muger casada, y comunmente nominatus, Et reputatus pro filio Comitum, Et pro tali baptizatus, Et etiam nomen eius impositum tempore baptismatis, Et tanquam eius filius baptizatus, Et legitimatus uti filius propitius, Et habebat similitudinem cum patre in facie. Y aviendole dexado cierta manda en su testamento el dicho Conde, se dudó si la devia perceber, y aunque con contradiccion de algunos de los señores de la Sagrada Junta, aliquibus ex dominis contradicentibus, se resolvió, que podia perceber el legado, y en caso de tantas circunstancias y conjeturas tantas, no fuera la decisión assi, sino en favor de la legitimacion, sino porque no se halló embarazo para que percibiesse este legatario, aunque no fuesse hijo dei dicho Conde: Secundum fuit (dize este Autor) quod esto, quod ille filius non fuisset genitus ex adulterio satis est, quod adulter voluit sibi relinquere hereditatem

propter praesumptionem, & iudicium suum, & sic fuit expedita causa.

94 ¶ Y siendo esto assi, que diremos de Don Luis, que no solo no fue baptizado por hijo de Don Alonso, sino vt in actis apparet, de padres no conocidos. Fuera de q̄ para q̄ estas cosas constituyessen filiacion, era necesario que se huviessen exercitado cō Don Luis por Don Alonso, no in abstracto, sino specificce, como en tal hijo, y no de manera que se pudies- sen exercer con otro que verdaderamente no lo fuesse, vt optime Gratianus d. tom. 3. cap. 562. n. 1. & 5. ibi: *Quod puella fuerit lactata & educata, tanquam filia, ita vt non probata, in specie ista qualitate nunquam filiatio sit praesumenda. Vbi huiusmodi tractationes debent esse tales, quae convenient filio, & non alteri, vt emancipatio, & datio tutoris.*

95 ¶ De que resulta desvanecido total- mente el dicho fundamento, y aun los demas de que se ha intentado valer Don Luis por la cudicia, siguiendo el rumbo noscivo, de hijo adulterino; con que se po- dia dezir a este intento lo que el mesmo dicho Don Iuan Mohedano en la dicha decission prorruipió: *Sequatur potius partem noscivam, quod sit ex adulterio genitus, vt consequatur legatum, quam partem utilem, quod sit legitimus, & naturalis natus ex legitimis coniugatis.*

96 ¶ Y aun en caso que estos tales actos sean de calidad que prueven, se ha de entender limita- damente en perjuizio de los padres, o parientes que los exercen, o consienten, no empero contra los que en ello no han tenido dependencia, Menochio d. casu 89. n. 72. ibi: *Non ex hoc contra eos sic tractantes, dicitur constitutus in quasi possessione filiationis*, Mascard. in dict. conclus. 789. n. 36. ibi: *Quod limita, vt conclusio vera sit, quoad praesudicium ipsius tractantis, & eius hare- dum, non autem in praesudicium tertij, neque proximio- rum*

rum abintestato venientium, dictus Menochius de praesumpt. praesumpt. § 3. n. 23. Nata conf. 473. n. 24. vers. in contrarium, videtur veritas, Gratiano in d. tom. 3. cap. 562. n. 77. § 78.

97 *§* De forma, que caso que no se concede, ni tal passa, que dicho Don Luis fuesse por dicho Don Alonso tratado, nombrado, alimentado, y criado, pudiera en ello fundar conjetura de filiacion contra Don Alonso y sus herederos, para les poder demandar alimentos: no empero Don Joseph como un tercero, sin dependencia en ello pudo ser perjudicado; vide dictum Gratianum d. cap. ubi proxime, n. 79. § 80. & Tuschus in d. concl. 347. n. 93.

98 *§* Lo qual procede tan preciso, que aunque con lo dicho concurriese la comun opinion de los vezinos de la villa de la Puente, de que fuesse tal hijo de Don Alonso, nada perjudicara a Don Joseph, Mascard. d. concl. 788. n. 13. ibi: *Tertio extendit, ut adeo sit vehemens illa praesumptio, quod sit procreatus à marito, & non ab adultero, quod etiam stante communi opinionem illam esse filium adulteri, nihilominus non tolleretur praesumptio.*

99 *§* Y finalmente sin perjuyzio de lo fundado, quando es constante de los autos que dicho D^o Luis se criò sirviendo como criado en las casas de Don Juan de Axeijas, padre del dicho Don Alonso, a quien continuò sirviendo, que mucho es que lo educasse y alimentasse, pues desde que tuvo siete años, deven gozar equivalentemente lo que con el se pudo gastar, vt defendit Gamma decis. 216. § 360. Lara in l. si quis a liberis, § si mater, n. 70. de liberis agnoscendis, Cancer. 2 p. variar. cap. 14. an. 112. Magonius decis. 9. an. 25. Bursatus conclus. 83. n. 9. Perez de Lara de vita hominis, cap. 17. num. 27. Escobar de ratiocinijs, cap. 22. an. 10.

CON:

CONSIDERACION IX.

100

J Representa tambien Don Luis la similitud que dize tiene con dicho Don Alonso, a quie dize es muy parecido, y con lo que algunos Autores dizen, quiere ajustar la filiacion que supone, a lo qual se le satisfaze por Don Joseph, con dezir, que esta es coniectura de ninguna monta, ni substancia, respecto de que resultar el *feto* parecido a este, o a aquel, no proviene de la realidad, tanto como de la imaginacion, e idea de la madre al tiempo de la generacion, y como esta puede estar en este, o aquel, no se puede hazer mencion, ni reparo de semejante fundamento, Riccius *in d. decis.* 123. n. 5. Don Juan Mohedano *decis.* 1. *alias* 10. n. 2. *¶ decis. seq. n.* 1. Valasco *d. consult.* 176. n. 14. Menochius *d. casu* 89. n. 97. *Vbi docte affirmat, talem coniecturam nullius momenti esse, & de presumpt. prae sumpt.* 53. num. 45. lib. 6. Mascardus *conclus.* 792. tom. 2. Dom. D. Ioann. del Castillo *controversiar. lib.* 5. part. 2. cap. 104. num. 15. & passim Doctores Francisc. Curtio iunior *d. cons.* 31. n. 3.

101

J Y es de tan ninguna substancia semejante fundamento, que aunque corrientemente van los Doctores, con que siendo el *feto* del marido engendrado, puede ser parecido al adultero, porque en el estuviere la idea de la muger en el acto generativo. Tambien por el docto Pedro Vimio en el *cons.* 239. n. 25. *in fine*, se afirma, que puede ser lo contrario, que siendo hijo del adultero, resulte parecido al marido, *quia adultera gerens* (dize) *in mentem mariti aspectum, quem prodit facile in adulteri semina faciem viri imprimi.* Y finalmente resultan totalmente desvanecidos los fundamentos del dicho Don Luis. Y para lo que valiere en el fin desta consideracion, se anota el dicho de Felipe de Galvez testigo del dicho Don Luis, en quanto dize a fojas 102. de la pieza menor: *porque la dicha*
Iuana

Iuana Carrillo le rebelò, y diò parte del dicho trato, y comunicacion a este testigo, dandole quexas de que el dicho Don Alonso no le acudia; que respeto de ser contra *producentem plenè probat vt supra*. Lo vno, que con todo recato, y furtivamente era el trato que dicen de Don Alonso con la dicha Iuana Carrillo. Y lo otro, que no le acudia, ni cuydava como Don Luis dize pùtualmente de todo lo necessario.

102 ¶ Ni tampoco es de reparar en el aver pretendido Don Luis desvanecer los testigos de Don Ioseph, por dezir, que lo que dicen, fue en tiempo que eran de poca edad, con Graciano *d. cap. 562. n. 3. Et eorum depositio cadit in tempore infantia, quod improbat*. Porque la legalidad, y autoridad de los testigos de Don Ioseph, bien se reconoce en los autos, y porque caso que esta excepcion obstasse contra sus testigos, lo mesmo le obsta a los de Don Luis, con q̃ no ay que hazer reparo en ello, como ni tampoco en las tachas intentadas por dicho Don Luis, porque no solo no justifica excepcion que legitima sea, si no que antes resultan mas acreditados. Doña Ana de Sotomayor con el testimonio que està en los autos, de donde consta, que despues de aver jurado en este pleito repetidas vezes, testò. Y todos finalmente con el abono tan cumplido, hecho por Don Ioseph, y assi no ay que en esto embarazar el discurso.

CONSIDERACION X.

103 ¶ Los medios juridicos de provar la filiacion reducen a onze Ioseph Mascard *in dict. conclus. 789. n. 28.* y el señor Don Iuan del Castillo en las controversias, *lib. 5. 2. p. cap. 104. n. 8.* Y el primero es el hazer grande gozo y alegria en la casa del padre al tiempo del nacimiento del tal hijo. El segundo, el darlo a criar por su cuenta todo el tiempo que mamare. El

M

ter-

tercero, dandole estudio. El quarto, haziendole de vestir con diferencia de los de la casa. El quinto, emancipandolo. El sexto, dandole tutor. El septimo, legitimandolo. El octavo, mandandole, o exheredandolo. El nono, poniendole al hijo el mismo nombre del padre. El dezimo, criandolo, y alimentandolo. El vndezimo, escribiendolo en los libros que se acostumbra escribir el nacimiento de los hijos. Y siendo esto assi, de los autos bien se reconoce no aver justificado el dicho Don Luis cosa considerable, ni medio alguno de los referidos que no le esté desvanecido, antes muchas conjeturas resultan del verdadero hecho, demas de todo lo arriba fundado en favor de la filiacion legitima del dicho Don Luis, para con Andres Fernandez su padre. La primera, aver nacido en la propria casa de Andres Fernandez. La segunda, aver dicho Don Luis hecho se oficial de oficio vil, conforme a la ley, como el dize, y articula en su defensa. La tercera, el averlo hecho como el confiesa, con parecer de personas principales de la villa de la Puente, siendo constante, que estas a tales (a tenerlo, y reputarlo por hijo de Don Alonso, Cavallero tan principal, como la notoriedad publica, y de los autos parece) lo que le aconsejaron, fuera, se fuesse a servir al Rey, que esto solo es lo que cupiera en semejante consejo. La quarta, el no aver el dicho Don Alonso dexado cosa alguna en su segundo testamento, siendo como era hombre rico, sino antes dexado de desamparado de educacion y alimentos, como el articula. La quinta, siendo esto assi, el no aver Don Luis puesto demanda alguna de alimentos. La sexta, el no averle dado estudio. La septima, el no averle vestido como a tal hijo. La octava, no aviendolo legitimado. La nona, no aviendolo puesto el nombre de Alonso. Y finalmente, aviendolo tratado, y dexado como a vn criado totalmente desamparado, como el confiesa.

104 ¶ Mediante lo qual, Don Luis se halla excluido, en lo que solicita, y quando esto no fuesse tan evidente bastara el considerar, que su pretension se reduzga a solicitar despojar a Don Ioseph, de los bienes del vinculo que se litiga, y en tal caso es resolucion assentada de Autores, que no ha lugar, ni se deve admitir la provança de Don Luis, por conjeturas en contra ni perjuyzio de Don Ioseph. *Mascardo. d. volu. 2. conclus. 787. n. 17. limitat. 1.* (dize este Autor) *Supradicta locum; sibi non vindicare; quando ageretur, de auferenda hereditate alicui; quia eo casu satis non erit probare per coniecturas, & presumptiones: Corneus conf. 78 columna 3. vol. 3. vers. viso processu: Marianus Socinus conf. 86. n. 43. volu. 2. & dictus Mascardus in dicta conclus. 788. nu. 48. Bursatus conf. 88. num. 17.*

105 ¶ Sin cuyo perjuyzio, en caso que la dicha provança por conjeturas fuesse admisible, en esta materia de dificultosa provança, qual lo es esta, deuiera ser de tantas, y tan eficaces que totalmente persuadieran, Pedro Vimio in dict. conf. 239 n. 23. ibi: *Vnde licet propter difficultatem vere probationis, admittatur coniecturalis: attamen ea debet esse, iuris fortior, quæ exigitur, cum agatur de auferenda alicuius hereditate.* Y esto no tiene la provança de D. Luis.

106 ¶ Finalmente, como quiera que se considere, no persuade, y si, la de Don Ioseph, y mas ayudada de la presuncion de derecho; y aunque esto no fuesse, no se pudiera negar que la filiacion de dicho Don Luis estuviera dudosa, y por ello se pudiera reputar legitimo, Baldus conf. 390. lib. 2. vers. Tuschus tom. 3. concl. 344. ibi: *Conceptio filiationis dubiaque potest secundum possibile adscribi ad legitimam, & ad illicitam conceptionem presumitur, potius legitima, quam illicita, etiam si mater probaretur adultera; porque como dixo la regla semper, in rebus dubijs benignior a praeserenda sunt.*

Vide Sabido
Dilecto de
1011/12/13
op. 24 & 25 ubi
est probata la
maternitas

Y la otra, *in re dubia benignior interpretatio est facienda.*

107 ¶ Lo qual es tan seguro, que no solo procede con llaneza, sino que se puede afirmar que toda la provança de dicho Don Luis es de ninguna sustancia, diziendo con el dicho Cardenal Tutchio *dict. conclus. 347. n. 99. Extende, quia probatio filiationis indirecta per presumptiones non habet locum, si agatur de probatione, filiationis nati ex adulterio; quia stant, ista simul, quod sit filius coniugatorum, & quod mulier sit adultera; cum eo qui dicit filium ex se conceptum.*

108 ¶ Y esto sin que lo embarace los fundamentos todos de que dicho Don Luis se vale, dictus Cardinalis Tuschus *d. conclus. 347. n. 9. Extende in tantum* (dize este Autor) *filium natum, in matrimonio praesumi filium mariti, ut licet adulter educasset, & nominasset, ac tractasset pro filio suo, & ut filium suum, adhuc tamen non tolleretur praesumptio, ETIAM SI EVAM UT FILIUM INSTITUISSET, Paleotus de notis, & ffurijs cap. 24. n. 4. Rolandus a Valle cons. 49. nu. 3. vol. 4. D. c. cons. 657. n. 2. Paris. cons. 12. vers. transactio, n. 232. & dixi supra n. 93 & seqq.*

109 ¶ Principalmente siendo el juyzio de este pleito, como queda referido in prima consideratione, plenario, ordinario, y petitorio, en que nada equivalen todos los fundamentos de Don Luis, ut in terminis Petrus Surdus *in d. decis. 83. n. 21.* que aun en terminos mas apretados que los de este negocio dize: *Minus aduersatur, quod fuerit a Christophoro agnita pro filio, & pro talibaptizata educata, nominata, tractata, legitimata, & demum instituta, quia haec omnia non sufficiunt, ubi de petitorio iudicio tractatur. Mascard. vol. 2. conclus. 786. n. 4. Decius cons. 321. n. 9. Rolandus cons. 49. n. 45. vol. 1. Alciatus regul. 3. praesumpt. 38. n. 4. Baldus in cap. per tuas, lason cons. 102. vol. 3. n. 4. Beroi. cons. 158. nu. 5. vol. 2. Bosius in tit. de parto supposito, num. 27.*

Y

110 ¶ Y finalmente el dicho Don Luis deve ser reputado, avido, y tenido por tal hijo legitimo por todo lo que queda fundado, y porque en caso de alguna duda el dicho Don Luis deve con la presuncion mas piadosa, ser avido, y tenido por tal hijo legitimo, sin la nota afrentosa de adulterino, argum text. in l. si fuerit legatum, s. plane, Et in l. quoties la 2 ff. de rebus dubijs. Y en caso que viviesse el dicho Don Alonso, y que descase que dicho Don Luis fuesse su hijo, le dixeramos con Lara in compendium vitæ hominis, cap. 12. n. 8. a otro tal intento. Et in hoc casu sibi debet imputari secundus vir, qui tam in tempestuose contraxit, ut turbaretur, Et obscuraretur, ex cuius sanguine esset fetus. De manera, que dicho Don Luis para ser como queda fundado hijo legitimo del dicho Andres Fernandez, queda excluido totalmente en su pretension por todos los fundamentos en este articulo referidos.

111 ¶ Sin que lo embaraze el dezir fuesse baptizado por de padres no conocidos, pues es principio cierto, que el hecho de su madre, de echarlo a las puertas de las casas de Don Juan de Axeijas, no le perjudicara su verdadera, y legitima filiacion, per text. celebrem in l. penultima, ff. de probationibus, Et facit d. l. 9. tit. 14. p. 3. Y si este hecho le huviesse de perjudicar en la filiacion legitima, que dixeramos en la filiacion espuria que supone?

ARTICVLO II.

CONSIDERACION XI.

112 **A**unque los Doctores muchas vezes se equivocan con los nombres, o terminos significativos de los hijos y legitimos,

N

mos,

mos, ya llamando *effurios* a los naturales, ya *espurios* a los adulterinos, *ac ita spurij quandoque naturales, licet improprie vocantur*, que dixo Rojas de *success. cap. 19. n. 5. Et facit text. in cap. tanta, qui filij sint legitimi*, Marienc. in tit. 8. glos. 2. n. 6. Et 7.

113 ¶ Con todo la palabra *spurios*, es cierto que es generica, que abraza, y comprehende a todo ilegítimo, *argum. text. in l. spurij de decurionib.* Por que como dize Rojas d. *cap. 19. n. 13. filius spurius dicitur ille, qui est natus, ex coitu ab utroque iure reprobato.* Y assi se argumenta bien del especie al genero, v. g. *filius est incestuosus, ergo spurius; est adulterinus, ergo spurius. Non est spurius, ergo neque adulterinus.* Tambien es buen argumento, porque como dize este Autor, *remoto itaque genere, omnes per consequens, species removentur.*

114 ¶ Esto supuesto para lo que adelante puede importar, y que en la fundacion despues de hijas legitimas, se hallan llamados los hijos bastardos, es necesario discurrir en el particular desta clausula, abstrayendonos de la voluntad dela fundadora, *ut in se* sobre que se hara abaxo consideracion. Y aunque por la palabra *bastardos*, lato modo cuneta, parezca comprehendiesse todo ilegítimo, como generica que dize algunos Autores, *vt Antonius Peregrinus de fideicommiss. art. 22. n. 88. & multi ibidem relati.*

115 ¶ Attamen, se deve considerar, que las Glosas, y muchos, y graves Autores la explican por especial, y tanto que resuelven comprehender meramente a los hijos, *tantummodo naturales*, *Glos. in proemio, ff. de concubinis, ubi dicit, quod ex concubinis nascuntur bastardi.* Y la segunda Glosa dize: *Bastardi ex concubina nascuntur, & Glos. in cap. nisi cum pridem d. persona, in verbo manseres, de renunt.*

116 ¶ Y bastara para prueva de dicha propuesta, el ser autoridad de Glosa, que esta se deve

se-

seguir con mayor obligacion que la comun opinion si fuere contraria, vt optime late, & difuse plenamente prueva Zevallos *commun. contra commun.* in tom 2. in *præfatione*, n. 61. *Et seqq.* Mascard. vol. 2. concl. 842. per totum. Porque como dixo Gutierrez de matrim. in cap 44 n. 59. *inter opiniones præualeat opinio glosa, quia omnes alias antecellit, Et quod quia adherere vit opinioniglosæ, nunquam errauit.* Con que no parece importar cosa alguna el aver muchos Autores que resuelvan ser general dicha palabra, *bastardos.*

117 ¶ Fuera de que ay muchos mui doctos, y graves Autores que son del mismo sentir que dichas Glosas, Marienc. & multi ab eo relati in d. tom. 8. glos. 2. n. 6. Alciatus, & quos ipse refert in respons. 9. glos. 210. n. 3. *Et 4. Et 5.* ibi: *Idem est dicere bastardos, quod naturales tantum, Et c.* Covarruv de sponsul. 2. p. cap. 8. §. 3. n. 8. cuius hæc sunt verba: *Hinc inferitur naturales filios, Et eos quos bastardos appellamus, eosdem esse, Et infrane oberit, l. Regia 9. Tauri: dum disiunctiue dicit, bastardi, aut illegitimi non enim sensus quoscunque illegitimos dici bastardos, sed bastardos, esse illegitimorum speciem, Et esse alios illegitimos, quia bastardi non dicantur, quod patet dum subdit, aut illegitimi cuiuscunque qualitates stiterint; sint enim dicta l. est intelligenda.* Y alli cita otros muchos Autores Molina de primogen. lib. 1. cap. 4 n. 46. 47. 48. Y Bartul. in l. ex facto, §. si quis rogatus, n. 12. ff. ad Trebell. En virtud dello qual no fuera mucho dezir, que Don Luis en caso de ser como el pretende adulterino, no se hallara llamado, respeto de estarlo solo los bastardos, y esto no ser los adulterinos, ni otros espurios, sino meramente los naturales, vt remanet probatum.

CONSIDERACION XII.

118 ¶ A todo lo dicho en esta antecedente

dente consideracion, parece se nos facisface con dezir, que de la mesma fundacion se reconoce la fundadora quando permitio suceder los bastardos, no sintio de los naturales, pues de ellos antedentemente hizo expressa mencion, y llamamiento, prefiriendolos a las hembras legitimas, y luego dixo, que despues de ellas sucediesien *bastardos*, como assi parece de dicha fundacion; con que parece cierto, que sintio, y llama a los espurios (que bien consideramos esto ponderado en el informe contrario.)

119 ¶ Mas sin embargo dezimos, sin vio-
lentar la materia, ni teorizarla con sofisteria alguna, sino por cosa llana, precisa, y cierta, totalmente ajustada, con los principios ciertos, brocardicos, juridicos, y infalibles, y axiomas de derecho manifestas, que adhuc los adulterinos, y qualesquiera otros hijos que lo fueren de dañado y punible ayuntamiento (qual lo pretende ser Don Luis) que no estan, ni se han de entender esten llamados en esta fundacion, sino antes virtualmente excluidos, y esto aunque estuviessen llamados los espurios por el mismo termino *espurios*, aunque es generico, como queda fundado en el principio de la antecedente consideracion, y no por la palabra, *bastardos*, que en el sentir de Glosas, y Autores graves como los citados en esta presente consideracion, es particular, que solo explica los naturales.

12 ¶ Porque aunque los dichos terminos, *bastardos*, y *espurios*, lato modo suntos, comprehēdan a todo hijo ilegítimo en especie, dicha palabra, *bastardos*, solo dize naturales, como citando a muchos assi lo testifica Geronimo Gabriel in cons. 140. in hæc verba: *Spurius quidem, & bastardi nomen in genere suntum, omnes illegitimos comprehendit. Et infra: In specie tamen, & proprius bastardi dicuntur naturales, spurij autem vulgo concepti.*

121 ¶ Y prosigne este Autor diziendo, que

27

que estas tales picciones en su especial y mas propria significacion no comprehenden a todos los que son hijos de dañado, y punible ayuntamiento, *hac igitur decisionis speciali. Et magis propria significatione sunt natos ex damnato coitu non comprehendunt.*

122 ¶ Por lo qual justamente diremos, q̄ nuestra fundadora en dicho nombramiento de *bastardos*, no comprehendiò adulterinos, ni otros de dañado y punible ayuntamiento, repitiendo aqui con el mismo Geron. Gabriel: *Puto igitur non esse vocatos a contrahentibus, natos ex damnato coitu, sed naturales, Et natos ex illicito, sed non damnato concubitu.*

123 ¶ Suponiendo por cierto y assentado, como lo es, que el hijo adulterino es avido de dañado y punible ayuntamiento, en cuyos fundamentos no nos embarazamos, que se pueden ver elegantemente discurridos por el docto Tello Fernandez *in dict. l. 9. Tauri, num. 5. Et seqq. usque ad 14.* donde nos remitimos.

124 ¶ Lo qual en los fundamentos juridicos procede sin dificultad, tunc, porque este llamamiento de *bastardos*, es en odio y perjuyzio del segundo llamamiento hecho en Don Joseph, y por esto se deve restringir, y no ampliar, argum. text. *in cap. cum dilectus, de consuetudine, & facit text. in l. fin. C. de naturalib. liberis, & Hieronym. Gabriel d. loco, n. 14. in fine, ibi: Quia ratione, etiam si in casum solum mortis vocati sint restringi debent, tanquam odiosa.*

125 ¶ Et tunc, porque no es de entender, ni imaginar, que la dicha fundadora en el llamamiento de los *bastardos*, comprehendiesse espurios, tan de mala calidad, como son los de dañado y punible ayuntamiento, arg. text. *celebris in l. ex facto, §. unus, ff. ad Trebelianum, ibi: Sed hoc ex dignitate, Et ex voluntate, Et ex conditione, eius qui fideicommissit accipiendum erit, dict. Hieron. Gabriel in tom. 1. d. cons. 140. n. 16. ibi: Se-*

cundo, quia putandum est contrahentes minime ex his spuris fuisse sollicitos, quos l. ita odit: neque eos vocasse spurios simpliciter vocando sed solum natos ex coitu non damnatu, quos l. ita abhorret.

126 ¶ Porque assi como llamados simpliciter los hijos, se ha de entender y modificar de los legitimos, sin extenderse a los naturales, arg. text. in l. ex facto, & si quis rogatus, vt notat Tiraquell. in l. si unquam, C. de revocanda donatione, n. 247. & passim Doctores. Assi, ni mas ni menos, llamados los hijos espurios en termino tan generico, se deve modificar y entender de los que no fueren de dañado y punible ayuntamiento, por correr la misma paridad en vno que en otro, arg. text. in l. idem 27 ff. de legib.

127 ¶ Cæterum, porque como esta diccio spurios, en su rigoroso significado, y conforme a su definicion comprehenda solo a los hijos que resultan de junta illicita, y la materia sea odiosa, como queda dicho, se deve entender en su sentido literal, y significacion especial, vt defendit Bart. in l. hoc legatum, de legatis 3. Decius conf. 433. n. 17. Hieron. Gabriel in d. conf. n. 27. ibi: Tercio cum hac dictione in specie sumpte contineant, solum natos ex coitu illicito, non tamen damnato; & materia sit odiosa, vt diximus debet specialis significatio amplecti.

128 ¶ Preterea, porque qualquiera diccio o proposicion, se deve entender en terminos habiles, y en la conformidad mas favorable, y como menos absurdo resulte; y respecto dello dezimos con el dicho Hieron. Gabriel d. n. 27. vt illi tantum veniant in quibus maior est, ratio admitendi & si admitantur, minor sequatur absurditas est per Bald. in l. 2. C. de success. ubi Alex. & lafoncol 1.

126 ¶ Deinceps, en todas materias indistintamente, y muy en particular en la que vamos tratando, qualquiera clausula, o proposicion se deve en-

ten-

tender, y aun restringir, de manera que se evite y escuse toda ocasion de pecar, a lo menos gravemente; y para que esto sea, y se practique en la clausula y llamamiento de que vamos tratando, es preciso lo que queda referido per text. in l. *convenire*, ff. de *pactis dotalib.* Gabriel d. loco, n. 28. ibi: *Quarto, quia semper interpretatio, ea accipi debet, qua quis non invitatur ad delinquendum.* Alex lib. 2. conf. 74. n. 3. ibi: *Nam in dubio semper fieri debet interpretatio in partem, per quam evitatur delictum, & dubia probatio debet ad illud adaptari.*

130 ¶ Vnde precisamente se ha de confesar, que dicha palabra *bastardos*, aunque fuese diciendo *espurios*, se ha de restringir a los fijos no de dañado y punible ayuntamiento, como son los adulterinos, y se puede repetir a este intento lo que dezia a otro semejante Alexand. d. conf. 74. n. 3. in fin. *Sed si fiat interpretatio, quod illa non sit filia domini Ioannis, nec tractata, ut vera filia est evitare delictum, & suspicionem damnati coitus; ergo, &c.*

131 ¶ Y es precisa la inteligencia que llevamos fundada, aunque fuese impropriando la significacion de la dicha clausula y llamamiento, y de sus palabras; arg. text. in l. *si unus*, §. *illud*, vbi Iason, ff. de *pactis*, dict. Gabriel vbi proxime n. 28. in fin. *tamen cum verba possunt ita interpretari, ut occasio huiusmodi; evitetur ea interpretatio est sine dubio capienda, & propter hanc rationem sunt verba restringenda; & facit text. in l. ex conducto, §. Papinianus, ff. locati.*

131 ¶ Postremo la dicha interpretacion procede de necesidad, como favorable en esta materia, y se resuelve en ella que en el dicho llamamiento general de *espurios*, se deve entender llamarse como queda referido, a los que no son de dañado y punible ayuntamiento: *Id circò interpretari debet, ut contineat solos spurios, ex coitu non damnatu*, dixo el dicho Geronimo Gabriel vbi proxime n. 29. y cita a la l. *si quis sub*
con-

conditione, de conditionibus instit. y al cap. inter dilectus, vers. ceterum, de fide instrumentorum. Y finalmente siendo el caso de aquel consejo de dicho Autor el estar llamados a la sucession de vn fideicomisso los hijos espurios, resuelve con muchos y doctos fundamentos, que no se han de entender llamados los de punible ayuntamiento. Y en el n. 30. in fine, dize: *Concludo igitur spurios ex damnato coitu, ex hoc pacto admitti, ne posse, nec debere.*

133 ¶ Et similiter en terminos de dispensacion con los espurios, resuelve Alexand. en el lib. 1. *conf. 37. n. 7.* que no se ha de entender dispensarse con los muy odiosos (quales son los que resultan de sacrilegio o adulterio, aunque la dispensacion sea generaliter loquendo. De forma, que siendo dicho Don Luis, como el pretende, adulterino, y como el pretende, de sacrilegio, por lo que se vulnera el Sacramento de el matrimonio con el adulterio, no fuera violento afirmar, que no estuviera llamado por la dicha fundadora, y se pudiera dezir a este intento lo que al mismo Molina de primogen. lib. 1. cap. 4. n. 48. que hablando de semejantes hijos, dixo: *Nec etiam in maiori actu, nisi specialiter, & expressis verbis vocati sint, ut censet Gregorius Lopez in l. 2. tit. 15. de la partida 2. in verbo, sino el hijo mayor.*

134 ¶ Afiancase mas con ser cierto y resolucion firme, que la voluntad de qualquiera testador en caso que de ella no conste por la evidencia, se deve interpretar y conjeturar, de forma que sea ajustada a buena razon, y arbitrio de varon prudente, arg. text. in l. Lutus, ff. de heredi. instit. ibi: *Non prudens consilium testatoris animadvertitur.* Mantica lib. 6. titul. 13. num 4.

135 ¶ Porque en duda qualquiera testador se presume prudente, y que su voluntad seria proporcionada, indigna de reprehension del hōbre sabio, arg.

arg. text. in l. saluius , ff. de liberis pr. standis, Mantica
ubi proxime n. 5.

136 ¶ Y esto supuesto lo que es verosimil
que quiso, esso se presume que en su consideracion y
voluntad abrazò, y esto se juzga como si real y verda-
deramente se hallara especificado, *ut constat ex textu*
in l. tale pactum, s. ultimo, ubi glos. final. Bald. Paulus, &
Iason, & text. in l. quoties, ff. de rebus dubijs, ibi: Benigne
interpretari, & secundum id, quod credibile est cogitatum
credendum est, Valencuela in cons. 25. n. 36.

137 ¶ No es creible ni cabe en juyzio
humano que nuestra fundadora quisiese que los adul-
terinos engendrados tan en ofensa de Dios, de quien
dixo el texto en el cap. penult. 56. distinct. y Roxas *de*
succes. cap. 20. in epitome, n. 5. & 6. que son abominables
a los ojos divinos, como engendrados en ofensa suya,
y en menoscprecio del matrimonio, siendo como son
spurij infames, infamia facti, que dixo Roxas *ubi proxi-*
me n. 99 citando a otros, de quien dixo Camillus Bo-
rrrellus *de Regis Cathol. pr. stantia, n. 31.* que son custo-
dientes porcos, *vendentes sal, & oleum, sunt omnes ar-*
tifices viles artes facientes, como con efecto el dicho
Don Luis tiene confessado ser zapatero; que estos ta-
les heredassen su mayorazgo, menoscabando el credi-
to y autoridad de su familia: y aqui dezimos con Má-
tica lib. 6. tit. 6. n. 22. *Quia non est credendum, testato-*
rem sensisse de tali sobole, qua sit de decori familia ipsius
testatoris. Y aunque a otro intento con el texto en la l.
sed & si suscepit, s. & si proponas de iudicijs, in fine. Nec
enim verisimile est, testatorem qui honorem habitum vo-
luit, his quibus reliquit, tam modica fideicommissa, in pro-
vincia pr. stare voluisse.

138 ¶ Lo qual con toda llaneza procede,
porque a entender dicha testadora lo contrario, justa
reprehension y mormuraciõ se mereciera de qualquie-
ra prudente varon; y siendo como es tan verosimil, y

P pro-

proporcionado lo que dexamos fundado, se deve presumir, que assi fue voluntad expresa de la dicha fundadora, aunque nos hallassemos con fundamentos que lo embarazassen, como fuessen dispensables. Y repetimos a este intento lo que a otto semejante dixo Mantica *ubi proxime in fine n. Ex quibus constat, quod testator non ita praesumitur se voluisse, conformare cum dispositione iuris, quin facile possit recedi.*

139 ¶ Y si se replicará diziendo, que aviendo la dicha testadora llamado especialmente a los hijos naturales, y despues de ellos a los bastardos, q̄ respeto de ello se han de considerar llamados los espurios para darles efecto a las palabras de la fundacion, per text. in l. si quando de legatis 1. l. hanc, l. de contrah. emptione, l. stipulatus, de usuris, Valencuela conf. 23. n. 104.

140 ¶ Satisfacieramos con dezir, que espurios ay en quien surta su efecto la dicha clausula, sin ser de dañado y punible ayuntamiento, y ser hijos naturales, quales son los hijos de Clerigo de Orden Sacro, y de muger soltera, y otros, y que finalmente, como quiera que se consideren los adulterinos, y otros tales de punible ayuntamiento, no se han de considerar llamados como queda fundado, ni las palabras de dicha clausula los han de comprehender por su malacalidad, siendo la dicha fundadora notoriamente realcada y noble. text. in d. l. ex facto, §. si quis rogatus, ad Trebell. ibi: *Sed hoc ex dignitate*, porque como dixo Mieres in tom. 1. p. 1. q. 51. n. 209. *Et generaliter in qualibet dispositione, non solum verba sunt intelligenda secundum personam, ad quam referuntur, sed etiam secundum qualitatem personae, quae verba profert.*

141 ¶ Y si tambien se replicare, que la resolucion desta consideracion no se afianza, con multitud de Autores que la acrediten, se satisface con dezir, que le bastan los fundamentos solidos que contiene,

ne, afiançados con la opinion y sentir del doctissimo Geronimo Gabriel, que comode sutil ingenio, y que tratò esta materia con tanto cuydado, su resolucion merece primacia, aunque huviesse (que no ay) multitud de Autores en contrario; arg. text. in l. 1. §. *sed nec, C. de veteri iure enucleando*, cuius hæc sunt verba: *Sed nec ex multitudine Authorũ, quod melius est, & equius est, iudicare cum possit unus forſiam, & deteriori sententia, & multos maiores in aliqua parte superare*, text. in cap. *Capellanus*, de ferijs, Anton. Gomez in l. *Tauri*, num. 9.

142 ¶ Y le bastara en fin por su total credito el no caber en buena razon natural, que si la testadora oy viviesse, quisiera que el dicho Don Luis sucediesse en oposicion del dicho Don Ioseph, a quien enteramente amò, llamandolo a la sucession de este vinculo, fuesse, o no Clerigo, cosa que en otros aborreciò, como parece de la dicha fundacion, con que le basta por credito a esta consideracion la referida razon natural que le assiste, arg. text. in l. *scire oportet*, §. *si enim quis*, ff. de excus. tutorum. Y por el Brocardico de los Filósofos: *Vbi est ratio naturalis querere legem, est infirmitas intellectus*. Y a este intento pudieramos repetir lo que el mesmo Zevallos q. 693. n. 12. dezia: *Cum testator si interrogatus fuisset, de hoc casu certum, & certissimum est, quod diceret, quod eligeretur, & institueretur talis propinquus*.

CONSIDERACION XIII.

143 ¶ Con solo lo deducido y alegado hasta aqui, bien manifesta resulta la justicia de Don Ioseph sin embarazo, que ni aun en apariencia legitimo sca, y sin perjuizio de todo ello, y aunque no huviesse otro fundamento que los desta consideracion, sufficientissimamente el animo juridico deviera reducirse

cirse a la pretension del dicho Don Ioseph, porque recorriendo a los autos hallamos, que por parte de Don Ioseph plenissimamente se prueva, que la intencion y voluntad de la dicha fundadora fue en el llamamiento de bastardos no comprehender a los de tanta nota, y abices tantos como los adulterinos, y esto lo prueva con la deposicion de Doña Ana del Castillo Religiosa anciana y Abadesa, Doña Catalina Rebolo, tambien anciana y Religiosa, la señora Doña Iuana de Agueyo Abadesa que ha sido de dicho Convento, hija del señor Marques de Estepa Adan Centurion, Doña Maria de Axeijas, tambien Religiosas ancianas, que dan razon suficiente de sus dichos, que conocieron y trataron a la dicha fundadora, cuyos defectos y tachas intentado de contrario deducir, enteramente se desvanecen, con las atenciones y reparos por Don Ioseph alegados en su petition a fojas 338. de la pieza mayor. Con que la provança en quanto a esto es realçada, copiosa de testigos, de tanta suposicion, credito, y lustre tanto, y de profession y virtud tan notoria, que qualquiera destas testigos bien se pudiera fundar fuera bastante prueva, por el texto *in d. l. non omnes, §. a barbaris, de re militari, ibi: Et si bonus miles, existimatus fuerit, prope est: ut affirmatione eius credatur.*

144 ¶ Fuera de que siendo como son quatro, y contestes, plenamente pruevan, quando fuera suficiente en el principio cierto el numero de dos, argum. text. in l. ubi numerus, ff. de testibus.

145 ¶ Supuesto lo qual no tiene que dudar por acontecimiento alguno la patente justicia de Don Ioseph, aunque las palabras de la fundacion expressamente comprehendiesen a los adulterinos, porque aunque es cierto, que de la significacion de las palabras que el testador prefirió, no se deva exceder, esto procede, quando no consta, como en nuestro caso, que la voluntad fue diferente que lo que las palabras significan,

125

31

ut probat, & ita statuitur clarè, & expressè in text. in
l. notaliter de legatis 3. cuius hæc sunt verba: *Non aliter
ad significationem verborum, recedi oportet, quam cum
manifestum est, aliud sensisse testatorem.*

146 ¶ Porque la significacion de las pala-
bras, de necesidad juridica se ha de posponer a la vo-
luntad que el testador tuvo, arg. text. in *l. cum delatio-
nis, §. item cacabos 3. ff. de instructa, vel instrumento le-
gato, ibi; Optimum est Pedius ait, non propriam verbo-
rum significationem scriptari, sed in primis, quid testator
voluerit demonstrare, Et ibi in glos. in verbo presump-
tionem.*

147 ¶ De manera, que aunque estuviessen
expresamente comprehendidos los hijos adulterinos
en el rigor grammatcal de la palabra *bastardos*, nada
embazara, como llevamos fundado, a la voluntad
de dicha fundadora, assi por los textos referidos, como
porque el rigor grammatcal no se deve atender, arg.
text. in *l. Imperator, ff. de statu hominũ, & text. in l. plau-
tius, ff. de auro, & argento, & ibi Bart. n. 5.*

148 ¶ Sino meramente la mente, e inten-
cion de la dicha testadora, como queda dicho, y se
prueba demas de los textos referidos con el testo en
l. ille aut ille, §. cum in verbis, de legat. 3. y con el sen-
tir de Paulo de Montepicho in *cons. 75. n. 1.* & cñ text.
in *d. l. ex facto, §. si vnus, ff. ad Trebel. ibi: Ex voluntate,
§. c.*

149 ¶ Todo lo qual con toda llaneza pro-
cede en los terminos deste negocio, porque es assen-
tado, y principio sin disputa, que en materia de funda-
ciones de mayorazgos, vinculos, y fideicomissos (qual
es el que se litiga) mas se deve atender a la voluntad
del testador, que a sus proprias y expresas palabras,
arg. text. in *l. cum virum, in fine, C. de fideicommissis, ibi:
Sanè, quoniam in fideicommissis voluntas magis, quam
verba intuenta est, l. heredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebe-*

Q

llia-

*Illianum, l. ubi, §. terogo eodem titul. l. penales, §. final. ad
l. falcidiam, Paulus de Montepicho d. cons. 75. ibi: Quia
in fideicommissis, magis debemus attendere voluntatem
testatoris, quam verba.*

150 ¶ Supuesto lo qual, y que la dicha fun-
dadora, como queda referido, no tuvo voluntad de que
tales personas como los hijos adulterinos fuesen capa-
ces de suceder, resulta enteramente desvanecida la pre-
tension del dicho Don Luis: y como quiera que esta
voluntad de dicha fundadora sea *quid facti*, venimos
en conocimiento della por dicha provança,

151 ¶ Expendimus ad hoc elegantem tex-
tum in *l. Lutius Titius* §. *Lutius Titius, Daman, de
legat. 2.* Dize, pues, el Iurifconsulto, que aviendo *Ticio*
dado libertad a *Daman*, y *Panfilo* sus esclavos, y echa-
dos de su casa dos años antes de su muerte, y dexado
los de alimentar, y hecho por ultimo su testamento,
que en el gravò a sus herederos a que diessen por via
de alimentos cada mes cierta cantidad a todos los li-
bertos que dexava en dicho testamento, y a los que an-
tes avia tenido, *omnibus libertis meis, quos hoc testamen-
to manumisi, & quos antehabui* (dize el texto) du-
dose en fin si este legado comprehendia, o no, a los
dichos *Daman* y *Panfilo*; y se resolvió en la decif-
sion deste texto por *Scebola* Iurifconsulto, que si
estos tales declaradamente provassen que el dicho tes-
tador tuvo voluntad de comprehenderlos, se les deven
dichos alimentos, mas que no provandolo, no se les
deven, *alioquin nihilipsis praestetur*, concluye el Iurif-
consulto. De manera, que aunque la palabra *omnibus*
parece a todos abraza, *& quos ante habui*, comprehen-
de a los dichos *Daman* y *Panfilo*. Sin embargo devie-
ron habilitar su pretension, con justificar que la vo-
luntad del testador los comprehendia

152 ¶ No fuera temeridad con la paridad
deste texto, el argumentar, que dicho Don Luis para
ha-

habilitar supersona en la pretension que deduce, necessitava de justificar y averiguar que la dicha testadora, quando llamo *bastardos*, tuvo voluntad de comprehender a los adulterinos, que por ello se hallan en nota, aun peor que de libertos expelidos de la familia, por que diziendo que la palabra *bastardos*, todos ilegítimos comprehende, dezimos que mas cierto es que la palabra *omnes*, todo lo abraza, y sin embargo, quando ay razon de dar, admite restriccion, como queda dicho,

153 ¶ No solo el dicho Don Luis no ha justificado que la voluntad de la dicha testadora fuesse comprehender tal especie de hijos, aviendo tantas razones de verisimilitud para que no lo hiziesse, si no que antes por parte del dicho Don Ioseph se ha justificado plenissimamente, que esta voluntad fue, que estos a tales no sucediessen. Con que siendo como es punto cierto, que la voluntad devemos atender segun este texto, y los demas en esta consideracion citados, y no las palabras y significacion dellas (aunque todo lo hasta aqui no fuesse tan evidente) toda via nos hallaramos desembarazados, y sin dificultad la justicia de Don Ioseph, sin poder en la prudente y juridica consideracion admitir duda, aunque no se hallasse con tantos esmaltes juridicos de seguridad, *quod legibus omissum est, non omititur, religione indicantium*, dixo el texto en la l. *quasitum, de testib.* De forma, que no porque faltassen individuales reglas que assegurassen lo patente de dicha justicia (que esto no sucede) pudiera faltar la prudencia judicial que todo lo supliera.

154 ¶ Finaliter por realce de todo, avivando el discurso, y poniendo espuelas a la razon, deviendo considerar como plenamente in actis apparet, que el dicho D. Ioseph es vn Cavallero muy principal y pobre, y por ello es de presumir, que la dicha fundadora le amo y quiso con particular aficion, y esta justiti-

uificado y averiguado, que lo preamó con tanto exceso, que a no tener particulares obligaciones a D. Iuan de Axeijas, antepusiera al dicho Don Ioseph, a quien conocia tan pobre, que si lo huviera de ponderar, le faltara papel y dias, *dies me deficiet, si vellem causam; paupertatis defendere, aperta enim res est*, dezia Cyriaco lib. 5. *tuscular. c. 9.*

155 ¶ Y quando se considera el dicho Don Ioseph con las obligaciones de su sangre, y las de alimentar sus muchos y pequeños hijos, sin para ello mas esperança, que la determinacion deste pleito, repite cō Casiodoro lib. 4. *variar. epist. 27. Quando spes effectus tedium laboris excludit, Et magnum genus incitamenti credere desiderata compleri.*

156 ¶ Que a faltarle esta esperança, no fuera mucho que incurriera, viendose con tantas obligaciones, en el olvido de su correspondencia, pues la necesidad no admite precepto, *cap. sicut, de consecratione, distin. 1. cap. quod non est, de reg. iur. Tusch. litt. N. concl. 26. Cabrerós de metu, lib. 2. cap. 1. ex n. 60.*

157 ¶ Pues llamò por oprobio grande a la necesidad Oracio lib. 3. *carminum obda 24.*

Magnum opprobium pauperies iubet:

*Quid vis, Et facere, Et pati,
Virtutisque viam desserit ardua.*

Y Marcial lib. 5. *Epigrammarum.*

O quantum cogit aegestas.

158 ¶ Porque al necesitado le fuera alivio la muerte, quando de pena le sirve la vida: *Illis perpetua aegestate sordentibus sit, Et mors solatium, Et vita supitium*, dixo el texto *in l. quis quis, §. filius, C. ad l. Iul. de maiestatibus*. Y el cap. 40. de Ecclesiastes: *Quod melius est mori, quam indigere.*

159 ¶ Y con mucha razon por cierto, por que el honor y dignidad, mucho descace faltando el caudal, *honor, Et dignitas non nisi per diuitias seruari potest.*

33

potest, dixo Paulo de Montepicho *in conf.* 78. n. 2. D. Valenç. *conf.* 156. n. 94. *¶* 95. *ibi*: *Nam sicut diuitia ad confer vandam nobilitatem conferunt, e contrario periculosa est paupertas.*

160 *¶* Porque el nombre, suposicion, y lustre de la familia, mediante el caudal se conserva, arg. text. *in l. fin ff. de ventre inspiciendo*: *Nam per facultates, & bona confer vatur nomen dignitatis, & familia*, dixo Paulo de Montepicho *in d. conf.* 85. n. 16.

161 *¶* Y por vltimo se deve considerar como cosa que ad oculos patet, que le es mashonroso, y consiguientemente de mas vtil a Don Luis, el que este pleito se determine en favor de Don Ioseph, porq̃ en ello, a lo menos virtualmente, queda declarado dicho Don Luis por hijo legitimo de Andres Fernandez, y Iuana Carrillo su legitima muger, que aunq̃ el fuesse vn pobre desdichado, por lo que vā de legitimo a adulterino, mas vtil es consigue el dicho Don Luis en la dicha legitimacion, como cosa en que se sufre la reputacion, que vale mas que aun la misma vida natural, arg. text. *in l. iusta, ff. manumisis vindicta*, con todo lo concordante.

162 *¶* Y suponiendo esto como cosa tan llana, si allà en la ficcion misteriosa que Don Francisco de Quevedo y Villegas intitulo, *Fortuna con fesso*, en la palabra *Senadores*, estava vno que determinava los pleitos por los dos textos (dize el Autor) de los idiotas: *Dios se la depare buena, de donde diere*. Y otro de puro maldito, pñando como podria condenar a entrambas partes, y que por vltimo en lugar de; *Fallamos que devemos condenar, y condenamos*, dixeron: *Fallamos que nos devemos de condenar, y nos condenamos*. Querrà Dios, que acà como doctos, y bien intencionados los señores Iuezes, determinen este pleito en favor de entrambas partes, que así se logrará, declarando pertenece este vinculo a dicho Don Ioseph. Pues virtualmēte Don Luis quedará declarado por tal hijo legitimo de

17
sus padres, quedando en ello mui mejorado, respeto de
no aver caudal, vinculo; ni vida como la honra, que
dixo el Poeta. De manera que por todos medios, mo-
tivos, causas, derechos, razones, fundamentos, y eviden-
cias, se haze precisa la justicia de D. Ioseph, que como
pobre necesitado lo exclama y representa, aunq̃ ofen-
da en ello a la verdadera piedad, que no necessita de q̃
se exclame, para que en este caso tēga lugar iuxta illud
Casiadori lib. 4. epist. 26. *Ipsa est enim perfecta pueras, quae
antequam eflectatur precibus, novit cōsiderare fatigatos.*

163 ¶ Lo dilatado deste papel hallará dis-
culpa en la mucha substancia deste pleito, pues si en el
vinculo tan considerable se aventura a perder, la con-
servacion del lustre de su sangre arriesga Don Ioseph,
pues, como queda referido, esta corre riesgo problable
en su conservacion, aviendo defecto de caudal con que
se poder portar con decencia, y assi sus Abogados, de-
seosos del buen suceso han procurado las defensas, no
afectando la brevedad por el acierto, pudiendo repe-
tir con Casiodoro a este intento, lo que a otro se mejan-
te dezia lib. 7. epist. 8 *Sed quamvis nomen odiosissimum
furum generatis persequatur assensus, tamen quia defu-
sione, humani sanguinis agitur, nihil subitum, aut indeli-
beratum iubemus assumi.*

164 ¶ Ex quibus omnibus, Don Ioseph
confia, y espera favorable determinacion. Salva in om-
nibus, &c. Estepa, y Enero 12. de 1670.

L. D. Pedro Navarrete
Muñoz Cano.





