

14
sion ficta, sino verdadera, como ver daderamente es el mayor, y sin fiction alguna, y por ello el Mayorasgo, el hermano menor, quando muere el mayor. Y así doctissimamente esta Real Audiencia, confirmó el auto de la justicia ordinaria, à favor de Don Luis Serrano, contra Don Bernardino, añadiendo la clausula de tenuta interim, que compareciese contradictor legitimo de mejor derecho, (A) y habrá quien diga, que la tenuta es rigorosa, y perfecta possession. Solo quien no sabe lo que es tenuta, y que es possession, y como no se le puede quitar al inmediato successor la possession civil, y natural, sin atropellar la Ley de Toro, con total contravencion de ella, de ay es, que es juicio de tenuta, y no possessio, para que no sea injusta la de tentacion, y por esto se dan fianzas. Pero aunque admitiamosq (sin conceder este lapso de possession ficta) el Señor Presidente Covarruvias, concluye à Felino, y à Baldo, en que cõ esta possession de ministerio de la Ley, se prescriben (B) los Mayorasgos.

(A) Fox. 67.
y uelta.
(B) D. Covar. in dict.
reg. §. 1. n. 5.

Tercera Excepcion.

Obsta al Conde de la Enjarada la cosa juzgada à favor de Don Nicolas de Velasco, así en este pleito, como en el de el Mayorasgo, que fundó Diego Xuares de Peredo.

Si la prescripcion immemorial, no le hubiera quitado de el todo la accion à esta Casa à Don Bernardino (en el caso negado que hubiera tenido alguna) lo privara de ella la cosa juzgada, que consta de el proceso de el pleito ganada por Don Nicolas de Velasco, en contradiccion con la Sagrada Compañia de JESVS, tan legitima contradiccion, como que es substituta en el Mayorasgo, que fundó Diego Xuares de Peredo, para vna obra pia, debajo de la condicion si sine liberis, en los llamados. En que se oppusieron todas las excepciones por dicha Sagrada Compania, a Don Nicolas de Velasco, para no poder obtener el dicho Mayoralgo, y habiendo corrido con todas sus solemnidades, obtuvo Don Nicolas, y se le librò real executoria por hijo natural de Doña Maria de Vivero, de que consi-

15
consigue Doña Graciana Maria de Velasco, lo primero haber anhilado aquella cosa juzgada dichas excepciones, quedando por la misma executoria reprobadas, por expressa decision de el Señor Clemente Tercero, (C) si prefati Innocentij privilegium Alexandro fuit in iudicio presentatum, & ipse tulit sententiam contra illud, intelligitur reprobasse, en donde diciendo lo mismo la glossa, parifica con la prueba de testigos, que tambien se entiende reprobada con sentencia de el Juez, contraria à sus deposiciones: testis reprobatur eo ipso, quod iudex contra eum iudicat, lo mismo enseñan los Doctores que cita el Panormitano, (D) con estas palabras si producta instrumento, vel exceptione opposita, indicatur contra illud, censetur reprobatum, y mexor el Señor Salgado.

De este principio nace, el que todas las excepciones, y obstaculos, que le oppuso la Sagrada Compañia de JESVS à Don Nicolas de Velasco, quedaron extintas. Y au por esto (por alegar las mismas en estos autos, pretendiendo mantenerse en la tenuta de el Condado, y Viscondado Don Luis Serrano) obtubo Don Nicolas cosa juzgada por sentencia de vista, y revista. Y así tratandose ahora en este pleito el mismo punto de capacidad, ó incapacidad de la Condeza, por hija de el Conde, que se trató entonces con su Padre Don Nicolas, no se pueden juzgar pleitos distintos, y consiguientemente aquella executoria contra la Sagrada Compañia de JESVS, aquella cosa juzgada contra el Lic. Don Luis Serrano, le obsta oy à la demanda de Don Bernardino, por expressa determinacion de derecho, (E) y verdadera doctrina de los AA. dice Vl piano: Totiens eandem rem agi, quotiens apud Iudicem posteriorem id queritur, quod apud priorem quas situm est. In his igitur fere omnibus exceptio nocet. Y Marcelo, en caso de dos distintos actores: Si opposuerat exceptionem rei sibi antepignoratae, & nihil aliud novum, & validum adiecerit: sine dubio obstat (dando por razon, quanto pueden discutir los Doctores) eandem enim questionem revocat in iudicium.

Y como, sea vñ mismo pleito, es imposible, que supuestas dos cosas juzgadas, se determine en contra de Doña Graciana; porque si se executorio que Don Nicolas de Velasco, por hijo natural de Doña Maria de Vivero, tenia la propiedad de el Condado, y Mayoralgo, como es dable, que Doña Graciana por hija legítima de Don Nicolas, se excluia de vna, y otra sucesion. No lo digo so-

(C) Cap. Suborta. §.
2. ext. de sent. & re iud.
& glos. cum cap. dilecta.
ext. de ord. cog.

(D) Abb. in cap. fin:
iuram. calum.
Ioani. Vincentius alleg.
62. n. 7.
D. Salg. 4.p.de reg. prot.
cap. 7. à n. 69.

(E) L. si quis cum to-
tum §. 1. D. de excepti-
tum. L. duobus. cod.
D. Greg. Lop. L. 5. tira-
23 part. 3. Verb. Com-
panero.
Rot. Rom. decisi. 142.
n. 18. part. 2. diversarii.
Craveta. cons. 206. n. 7.
Surd. conc. 19. n. 13. &
conc. 23. n. 6. cum plu-
ribus ad ipso relatis.

lo, porque en vn Tribunal tan Catholico, no puede merecer menos el matrimonio de Don Nicolas de Velasco, la legitimidad de su hija, las notorias virtudes de Padre, y de Hija. Sino, porque arguyendosele à Doña Graciana la doctrina de Roxas, (F) y de los demás que cita, se insiste por el Conde de la Enjarada, en que por hijo natural Don Nicolas de Velasco, no fue capaz de este Condado, y diciendo las dos cosas juzgadas, que le pertenecia à Don Nicolas el Condado, y el Mayorasco por hijo de Doña Maria de Vivero, si ahora saliera sentencia à favor de Don Bernardino, de fuerza habia de decir esta misma Real Audiencia, que por hijo de Doña Maria de Vivero Don Nicolas de Velasco, no le pertenecian, y consiguientemente en vnas, y en otras sentencias, dixerla la misma Real Audiencia, que el mismo Don Nicolas, era capaz, y era incapaz de la succesion: y en esto pronunciara, que el mismo Don Nicolas, era noble, y que no lo era, contradiccion que no pudo sufrir de vn qualquiera el Emperador Justiniano, diciendo: (G) *Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem cassum infirmare, testimonioque proprio resistere.* Inconsequencia, que impugnan en la misma especie de calidad de persona los derechos, y los Doctores, (H)

(G) L. generaliter.
C. de non num. pec.

(H) L. si pater 9. D. de lib. cap. L. iudicata 29. de excep. rei iud. L. ex ea causa. D. de post. Garcia de nobilitate glos 18 n. 4. D. Valenzuela coc. 92. n. 36. Otarola de nobilitate, cap. 9. n. 23; & quarta part. princip. cap. 9. n. 5.

Este discurso tiene menos salida, si consideramos, que la executoria ganada por Don Nicolas de Velasco, es executoria tacita sobre causa de estado, y condicion personal, y consiguientemente perpetua, è immitable, y confiere derecho à Doña Graciana, contra todos los hombres de el mundo: Y intentar ahora executoria contraria, en que tacitamente se declarara contraria condicion, y qualidad

dad tambien perpetua, è indeleble de la misma persona, es vna confusión tan imposible en la identidad de vn capaz, è incapaz, vn noble, y vn plebeyo, tan grande, como juntar el dia, y la noche, la luz, y las tinieblas, Chaos que solo pudo imaginar la confusión gentilica, y aun ella imaginaba este ente de razon, yà como fabula, yà con otro mayor imposible. (I)

Ante mare, & terras, & quod tetigit omnia, Calum,
Vnus erat toto naturae vultus in orbe,

Quem dixere Chaos.
Pero este imposible, no lo sufre la Jurisprudencia; porque puesto uno, es necesario, que se quite el otro: (K) *veluti cum dicimus dies, aut noctis: quorum posito altero, necesse est alterum,* y es un genero de imposible, que llamo, en punto de estado, ridiculo, el gran Papiniano: (L) *ridiculum est enim, eandem, & vt viduam, & vt nuptam admitti.* Vea V.S. que ridicula cosa fuera, que vna Real Chancilleria de Mexico dixerá, que Don Nicolas de Velasco, era noble, è inoble, era capaz, è incapaz de el Condado, y de el Mayorasco, vn Tribunal tan supremo, como lo era el Prefecto Pretorio de los Romanos; (M) vn Tribunal tan soberano, como recomienda el ser viva imagen de su Príncipe, ó la misma Real Magestad, como latamente funda el Doctor, y Erudito Señor Don Juan de Solozano. (N) Vn Tribunal que se compone siempre de tan Doctos, è Illustris Magistrados, tan integros en sus determinaciones, que no se debe creer, hubieran declarado pertenecerle en possession, y propiedad à Don Nicolas de Velasco, dichos Condado, y Mayorasco, si no hubieran hallado tan exuberantemente justificado (como lo está en los autos) ser hijo natural de Doña Maria de Vivero, ni que le hubieran adjudicado por vna, y por otra cosa juzgada, si en derechos clarissimos, si en Autores clasicos, si en toda la Jurisprudencia Española, si en las decisiones de las Chancillerias de España, si en las de los Consejos supremos, no hubieran estudiado, y visto por asentado, è indisputable, que los hijos naturales, son de la linea efectiva de los fundadores, y que sin que esta falte, no puede entrar la tercera linea de los collaterales, assi lo dixo el Señor Valenzuela: (O) *cum non sit credendum tot talesque Iudices nisi optimis, & iuri dicis probationibus, predictam filiam naturalem esse declaratueros, quare repellendi debet allegans contrarium, y menos se debe creer, si atendemos, no solo*

(I) Ovid. in exordi
metham.

(K) L. hæc verba
124. D. de V.S.

(L) L. Titia D. de
cond. & demos.

(M) D. Greg. Lop.
gloss. final. 19. tit. 2. part.
2. gloss. f. 1. 4. tit. 14.
part. 3.

Gutiérrez lib. 3. præ-
quest. 38. n. 3. & 4.
(N) D. Soloz. de ind.
guber. lib. 4. cap. 3. 1. 2.
D. Cartasco, de casib.
Cur. cas. 96.
D. Alpharo de offic. fisc.
gloss. 24. 1. 10. 11.

D. Valenz. cong.
196. n. 33. cum sequen-
tibus.