



POREL MARQUES de la Guardia.

CON EL Duque del Infantado.



STE pleyto se determino en vista, entre las dichas partes, y Don Antonio de Fonseca, Conde de Ayala, adjudicando al Conde la villa de Alaejos, Castrejõ y Valdefuẽtes: pero fue remitido en quanto à la villa de Coca, y otros bienes, por la diferencia de titulos y escrituras, que en el processo estan pre-

sentadas. Y aunque por todas pretendemos, que la sucesiõ pertenece al Marques, y sobre la intelligencia de las clausulas se han dado bastantes informaciones: agora solamente hablaremos del Artículo que se remitio, y en este no se voluera a repetir lo que ya tenemos escrito y fundado, sino solamente vna excepcion que al Duque del Infantado le obsta y excluye con euidencia, de la qual no se hizo mencion en las dichas informaciones, y es que como descendiente de don Rodrigo de Mendoça Marques de Cenete, y doña Maria de Fonseca hija mayor de Alonso de Fonseca, por cuya linea pretende ser admittido a este mayorazgo, tiene notorio defecto de legitimidad: por que Doña

A Maria

Sig.: 6701(4)
Tit.: Por el Marques de la Guarc
Aut.:
Cód.: 51154087



21
Maria de Mendoza y Fonseca su madre, hija de los dichos Marques de Cenete, y doña Maria de Fonseca, nacio y fue concebida estando la dicha doña Maria casada con pero Ruyz de Fonseca, de manera, que fue ilegítima y adulterina, y así los descendientes de ella son incapaces de esta sucesion conforme a las clausulas del mayorazgo.

¶ Para lo qual se presuppone, que doña Maria de Fonseca hija mayor de Alonso de Fonseca, y nieta mayor de Hernando de Fonseca, primer llamado, se caso in facie ecclesiæ, con Pero Ruyz de Fonseca el año de 1504. precediendo para ello dispensacion del Papa Julio segundo su fecha en. 2. de Hebrero del dicho año, y el matrimonio se consumo, y como tales marido y muger publicamente hizieron vida maridable, y viniendo esto a noticia de don Rodrigo de Mendoza Marques de Cenete, pretendió que dos años antes se auia desposado secretamente con la dicha doña Maria, y pidió licencia a los Reyes Catholicos, para poderla pedir por su muger, la qual le fue concedida, y luego puso la demanda ante el Obispo de Segouia, ofreciendose a probar el matrimonio precedente, y el Obispo mando depositar a la dicha doña Maria, y auiendose hecho el deposito, vna vez en el palacio de los Reyes, y otra en la fortaleza de Zamora, y despues en la de Arevalo, vltima mente fue puesta en el Monasterio de las Huelgas de Valladolid, y Pedro Ruyz de Fonseca parecio ante el dicho Obispo, agrauandose del despojo, y pidiendo que repusiese los autos, y ante todas cosas le mandase restituyr a la dicha doña Maria suspendiendo el juyzio petitorio, y estando la causa reciuida a prueua, y corriendo el termino de ella, el Marques por vn brebe que traxo de Roma hinibio al Obispo, y el pleito se lleuo a la Rota en. 6. de Diziembre del año de 1505.

la
A

la qual aduoco el conocimiento de el, y estando alli pēdiente, y no debiendo el merques de Zenete hazer novedad, hasta que el negocio se determinase, fago por fuerza y violencia a la dicha doña Maria de Fonseca del monasterio de las Huelgas dōde estaua depositada y la lleuo a la Fortaleza de la villa de Iadraque, cuyo señor era el dicho Marques, donde dize el Duque del Infantado que se caso, y belo con ella: sobre lo qual ocurrio a la Rota Pero Ruyz de Fonseca, quexandose del rapto cometido por el Marques, y la Rota mandò por dos sentencias que doña Maria fuesse buelta y restituyda a su deposito, y sin embargo de ellas, la retuuò el Marques con mala fee, y contra todo derecho. Y de este pretensò matrimonio nacio doña Maria de Mendocça y Fonseca, madre del Duque, y al fin murio Pero Ruyz de Fonseca, y el pleyto sobre su matrimonio quedo pendiente en la Rota, y oy dia lo esta, sin hauerse detarminado. Segun lo qual si consideramos a doña Maria respecto de el matrimonio contrahido, por sus padres durante la dicha litis pendencia: la illegitimidad es euidente, por que quãdo ay pleyto sobre el primer matrimonio, no vale el que de nueuo se cōtrahe, con diferente persona, sino es probando la nullidad del matrimonio que precedio, cap. cum in apostolica de sponsalib. cap. tua fraternitas de spons. duor. Co uarr. in. 4. decretal. 2. par. cap. 8. §. 1. num. 8. Y reconociendo esta verdad el Duque del Infantado, quiere probar que dos años antes de cassarse D. Maria de Fōseca, con Pero Ruyz de Fonseca su primo, estaua desposada con el Marques de Zenete, de manera, que toda su justicia consiste en verificar aquel matrimonio, por en lo demas no la tiene, antes le resisten todos los principios y reglas ordinarias de derecho, y primero que

llegue:

mos a este punto, supplicamos â. V. m. mande aduertir, que la decision de la dicha causa matrimonial pertenece a la Rota. Lo vno, porque preuino en ella. Lo otro, porque los pleytos matrimoniales sobre el valor, y substancia del contracto, y de los impedimentos que se alegan, es del juyzio ecclesiastico, y no del seglar, vt in cap. tuam de ordine cognitionum, & in cap. lator, qui fil. sint. legit. y si al pleyto matrimonial precediera este de tenuta: sobre la sucesion del estado, pidieramos conforme a los dichos textos, que se suspendiera el processo, hasta la vltima sentencia de la Rota: pero aqui no es necessario tratar de suspension, sino declarar por inhabil al Duque, porque quando llego a intentar la tenuta, y a estaua causado el pleyto en la Rota, y constaua del matrimonio de Pero Ruyz de Fonseca, por el qual se presume en razon de auer sido publico, y con las solemnidades necessarias, mientras la Rota, no determinare lo contrario: y assi el Duque pidio la possession de estos bienes en el Consejo, quando ya tenia litigiosa su capacidad, por donde no fue, ni pudo ser parte legitima, hasta concludyr aquel pleyto, y la litis pendencia le obsta de la misma suerte que le podia obstar vnos executoriales de la Rota, dados contra el, *nam dubia exceptionis causa dubietate pendente vim habet exceptionis perpetua. l. sufficit. ff. de condict. in deb. ibi, ita rursus defensio iuris qua causam in certam habet conditionis instar obtinet,* vbi las. nu. 2. eleganter subdit, quod incerta, & dubia non minorem exclusionem producant: quam peremptoria, & perpetua copiose, Tiraquel. de retractu. conuentionali. §. 2. glos. 1. nu. 39. y pues pronunciando la Rota, contra el pretenso matrimonio del Marques de Zenete, perjudicauã los executoriales, y hazian illegitimo al Duque del Infantado

cl

el mismo efecto ha de obrar la litis pendentia, vt in l. fundum cum ibi notatis per Bartol. nu. 4. ff. de exceptionibus Bald. in cap. 1. nume. 7. de controuerf. feud. apud partes terminand. Decius confi. 460. num. 8. Purpurat. in l. ædicta numer. 204. & 205. C. de edendo vbi notat, quod litis pendentia idem operatur quod sententia ad effectum prohibendi, Guid. Pap. confi. 114. nu. 2. & 3. Capitius decifs. 109. num. 8. & 9. Lancelot. de attentat. 2. part. cap. 4. limita. 2. nume. 88. Crauet. confi. 181. num. 5. & in tractat. de antiquitat. sectione. viso de verbis, fol. 47. num. 58. vbi concludit, quod ad impediendū intentionem partis, idem est iudicandum de casu dubio, quod de casu certo, ac propterea debitum solutum pendente conditione repeti potest, ac si conditio defecisset, & sic ad impediendum agentem, debitum dubium habetur pro omnino indebito, similiter pendente dubio an filius sit impotestate, vel non? quia pater existit apud hostes, denegatur actio creditori ex Macedon. Senat. Consulto. l. 1. §. si pendeat. ff. ad Macedonian. immo ad impediendum actum idem operatur pendentia litis, quod sententia. l. Iulianus. ff. de condict. in debiti. ideo pendente dubio an pronuntietur contra titulum productum, impediendum debet intentione partis se fundantis in tali productione, quod satis est notandum. Y auiendo oppuesto, y alegado el Marques de la Guardia, el processo pendiente en la Rota, como lo ha hecho para excluyr al Duque del Infantado, no puede el Consejo admittir, ni determinar lo q̄ el Duque pide, ni la sententia ha de salir con el, fino solamente con don Antonio de Fonseca, vt animaduertit Antonius de Butrio in. d. cap. tuam, numero. 11. & 12. Cardinal. num. 4. & 5. de ordine cognition. Gerar. de Petra. sancta, siugular. 96. nume. 1. donde resuelue, q̄ Si el juez ecclesiastico preuiene en conocer de la ques-

tion matrimonial que por via de incidencia se oppo-
ne ante el juez seglar en el pleito sobre los bienes, aque-
llos llamados los sucesores legitimos, no puede el
seglar interponerse en la causa, ni examinarla como
artículo incidente, aunque no consista en derecho, si-
no en un puro y desnudo hecho, porque en tal caso, no
solamente obsta al juez seglar el defecto de jurisdic-
ción sino la litispendencia causada primero ante su propio
y verdadero juez, cui accedit Couarr. in. 4. decretal. 2.
part. cap. 8. §. 12. nu. 3. prope finem.

¶ Pero quando el Consejo quiera proseguir el nego-
cio y sentenciarle con todos los que litigan, debe a lo
menos condenar al Duque por la dicha razon, atten-
to que el ser descendiente legitimo de Doña Maria de
Fonseca, es calidad precisa y substancial, para incluir
se en los llamamientos hechos por el fundador de este
mayorazgo, y assi le toca la obligacion de probar el
dicho requisito por informaciones tan concluyentes, q
no reciban duda, como no la recibe la legitimidad del
dicho Marques, exemplo tex. in. l. 1. C. quor. bonor. ibi,
*non aliter possessor constitui poteris quam si te defuncti fi-
lium esse, et ad hereditatem vel bonorum possessionem ad-
missum probaberis*, donde se ha de notar aquella par-
ticula condicional, *si probaberis*, cuius natura est pun-
tualem, indubitabilem, atque exatissimam probatio-
nem exposcere. l. Lutus. ff. de cōdit. & demonstr. Bald.
in. l. bonæ fidei, nume. 8. C. de cred. Felin. in rubric. de
probatio. num. 3. Ripa in. l. 2. num. 8. & 9. ff. quor. bono.
Palac. Rubeus in. l. 45. Tauri, num. 2. vbi propterea sub-
dit, quod qui vult consequi possessorium illius legis re-
medium, debet probare se esse vocatum, & admissibi-
lem absque vlla dubitatione, Molin. libr. 3. cap. 13. nu-
10. & 11.

¶ Veamos pues como prueua el Duque del Infantado, este vnico fundamento de su defenfa, que es hauerse desposado con el Marques de Zenete, la dicha doña Maria dos años antes del matrimonio de Pero Ruyz de Fonseca: y discurriendo por las informaciones y papeles que ay presentados: hallara. V. m. q cada qual de por si, y todas juntas no hazen probança ni aun presumpcion considerable, por la parte contraria.

¶ Quanto â lo primero, presenta el Duque vna cedula, que suena estar firmada, de vnos nombres que dizen, *doña maria de fonseca, Luys Henrriquez, Garcia de Montaluo*, su fecha en Coca a primero de Iulio de. 1502. cuyas palabras son las siguientes. *Yo doña maria de fonseca hija de Alonso de fonseca, y de doña Maria de toledo mis señores. Digo que por quanto vos el marques don Rodrigo mi señor, y yo nos habemos desposado esta noche por palabras de presente, segun la madre sancta y glesia de Roma lo manda, y esto ha sido secretamente, por algun inconueniente que auria en fazer se publico, acorde de daros esta cedula escrita de mi mano firmada de mi nombre, en presencia de Garcia de montaluo, y de Luys Henrriquez, los quales son presentes, auerme la escribir, y lo han sido auernos desposar, por lo qual yo digo que yo me otorgo, y otorgue por vuestra esposa y muger, segun la madre sancta y glesia lo manda, y que assi juro a Dios y a esta señal de,  de lo auer por firme y verdadero desde agora para siempre jamas, y de lo dezir assi cada vez que fuere menester, y vos mandaredes que lo diga, porque esto ha sido, y es mi voluntad, en fee de lo qual por mas seguridad firme aqui mi nombre, &c,*

¶ A esta cedula, se respõde, que si tomamos de ella las

4
las palabras que fueran matrimonio de presente, ve-
mos lo que dixo doña Maria: pero no lo que respon-
dio el Marques, y no basta lo vno, sin lo otro, para efe-
tuar el contracto, porque la respuesta ha de ser incon-
tinenti, y de otra suerte no importa el consentimiento,
vt post Anton. de Burr. in cap. si inter virum de
sponsalib. docuit Alexand. confi. 54. numer. 11. versic.
prætere a non deponit, vol. 5. Y si tomamos las palabras
que refieren el matrimonio precedente, todas se re-
sueluen en vna confesion extrajudicial de sola doña
Maria, laqual no concluye, pues no se prueua, que en
la cedula interuiniessse el Marques, porque si se halla-
ra presente tambien la firmara, pues a el le tocava tan
principalmente como a doña Maria, confesio autem
extraiudicialis vnius excontrahentibus facta in absen-
tia alterius partis, non inducit matrimonij probatio-
nem Decius confi. 309. *in sis diligenter*, num. 6. Socin.
Iunior. confi. 88. num. 27. & 28. volu. 2. Parisi. confi. 59.
num. 17. vol. 4. vbi generaliter proponit, *quod confesio
alicuius dicentis, matrimonium contraxisse cum tali nõ
probat matrimonium contractum fuisse, nisi vere contra-
ctum probetur*, Æmil. Beral. decis. 207. num. 2. fol. 156.
Quanto mas, que como la dicha cedula no es publica
sino particular, fue facil que doña Maria, y el Mar-
ques la ordenassen maliciosamente despues de comẽ-
çado el pleyto con Pero Ruyz de Fonseca, poniendo
la fecha del año de. 1502. Y assi la confesion conte-
nida en esta cedula, no pudo perjudicar al derecho de
Pero Ruyz, ni de los demas interessados. l. scripturas,
vbi Bart. Bald. & Salic. C. qui potiores in pig. habeant
l. seia, mancipia, & ibi, Paul. nu. 1. & 4. ff. ad Velleian.
Y los testigos que dixeron, en comprobacion de la ce-
dula, son los mismos que deponen por el matrimo-
nio

nio del Marques, los quales padecen tantas excepciones, que justamente podemos dezir, no estar comprobada, como adelante fundaremos. Y si Doña Maria reconociera la cedula antes de cassarse con Pero Ruyz pudiera disputarse, si bastaua su reconocimiento, y declaracion para verificar el matrimonio: pero reconociola el año de. 1505. despues de cassada y comenzado el pleyto, por donde no valio la confesion, que hizo, en razon de ser perjudicial a otro matrimonio, que era el contrahido por Pero Ruyz de Fõseca, cap. super eo vbi communiter scribentes, de eo qui cognouit consanguin. vxor. suæ Abb. in cap. quod nobis numer. 6. de clandestin. desponsat. Parisi. confi. 59. nu. 17. vol. 4. Angel. inter consilia matrimonial. diuersorum confi. 33. numer. 1. cum sequentibus vol. 1. Mandel. Albenf. confi. 788. nu. 7. Franc. Monald. consil. 113. libr. 1. num. 14. a que se añade que y no de los testigos de la cedula, y del pretense matrimonio llamado Luys Enriquez no esta ratificado, porque el Duque dize que era muerto el año de. 1525. quando se ratificaron los demas testigos, vt patet in memoriali, fol. 105. y por nuestra parte ay suficientes probanças, y presumpciones contra la dicha cedula: porque tenemos testigos que de ponen ser falsa, y que segun entienden, la hizo el Marques de Zenete, despues de auer sauido el matrimonio de Pero Ruyz de Fonsca, y en especial Christoual Sanchez Alcayde de la Fortaleza de Coca, donde pretenden que el Marques de Zenete se caso con doña Maria, y que la misma noche se escriuio la cedula de que vamos tratando, y que para todo ello dio entrada el dicho Alcayde: jura y declara q̄ no dexo entrar a Luys Enriquez, sino solamente al Marques de Zenete, y Garcia de Montaluo, y que no se le permiti-

Fol.
tio hablar con doña maria de fonseca, luego si guesse
que la cedula es falsa, porque viene firmado en ella,
por testigo instrumental el mismo Luys enriquez co
mo si entonces se hallara presente con Garcia de mō
taluo, y por que tambien trae la firma de doña Ma
ria de Fonseca, como si ella les huuiera hablado, y es
crito la cedula con su interuencion, de que se infiere
que ò no es verdadera la firma de doña Maria de Fon
seca, o en caso que lo sea, se fabrico la cedula despues
en perjuizio de Pero Ruyz de Fonseca, y para desha
zer su matrimonio: pues al testigo de hecho propio,
como lo fue el Alcayde, en quanto a dar lugar al mar
ques de Zenete, para que hablasse cō su madre de doña
Maria, y no permittir que entrasse Luys Henriquez,
ni que doña Maria de Fonseca viesse al Marques, de
bemos creer precissamente, teniendo su dicho, por
plena y legitima probança. l. quæro. §. final. ff. de ædi
lit. edict. Salic. in. l. si quis de curio. 4. opposit. C. ad leg.
Cornel. de falsi. las. in. l. 1. num. 66. C. de summ. Trini.
Decius confi. 56. num. 4. Tiraquel. de retract. lignag.
§. 1. glos. 14. num. 47. Tiber. Decian. confi. 39. num. 26.
volum. 4. Egidius Bos. de opposit. contra testes, nu
mer. 71. Mayormente quando el tal testigo de pone
contra si mismo como lo hizo el Alcayde pues le po
dia resultar tanto daño de que en ausencia de Alonso
de Fonseca, por quien tenia la fortaleza huuiesse dado
entrada al Marques de Zenete, y pues estimo en me
mos este peligro que el dexar de dezir puntualmente,
lo que passaua: hemos de creer que fue puntual en to
do, Crauet. confi. 805. num. 15. & 16. idem Crauet. cō
fil. 434. num. 27. Mandel. Albenf. confi. 276. nume. 17.
vol. 2. Bursat. confi. 99. num. 26. vol. 1. Surd. decifs. 107.
num. 4. & 5. Socin. Iunior. confi. 61. numer. 19. & 20.
vol. 2.

¶ Y no es pequeño argumento de la falsedad de la dicha cedula, que quando el Marqués de Zenete hablo al Arçobispo de Toledo, para que publicasse su casamiento, informandole del successo, contra Pero Ruyz de Fonseca, que ya entonces estava cassado, no hizo mencion de esta cedula, que siendo verdadera podia mouer al Arçobispo a mayor de monstracion, y quando dio parte a los Reyes Catholicos, y se querello, ya grauido de que doña Maria huuiesse contrahido matrimonio con Pero Ruyz de Fonseca, tampoco les mostro la cedula, para justificar su querella, y lo que mas es, que por el mes de Março del año de 1504. en que alega el Duque del Infantado que el Marqués de Zenete vino de Valencia, y hizo probança de su matrimonio presentando por testigos a los dichos Luys Henrriquez, y Garcia de Montaluo, no presento esta cedula, ni dixo que la tenia, ni trato de comprobarla ni hallamos presentacion della, hasta despues de mouido el pleyto ante el Obispo de Segouia, y pues precedieron tantas ocasiones en que importaua a su derecho y reputacion valerse de la cedula, para satisfacer a tan graues personas, y obligarles a fauorecer su intento, y manifestar, que no procedia con malicia: el no vssar de aquel titulo, fue concluyente indicio, de no tenerle, ni estar hecho en aquel tiempo. l. vltima ibi, *ac si rem dissimulatione proferat.* C. de vsuris pupillar, l. si quis forte. §. cæterum. ff. de pœnis ibi, *nec enim debebat tam magnam rem tam diu reticere,* c. 1. de frigid. & maleficiat ægregiè Tiber. Decian. consi. 24. nu. 39. vol. 1. Crauet. consi. 602. num. 5. vol. 4.

¶ Lo segundo, se responde, que litigando Antonio de Fõseca padre del dicho Pero Ruyz el año de 1528. con la Marquesa doña maria de mendoça hija y sucesora

101
teffora de los dichos doña Maria de Fonseca, y Mar-
ques de Zenete, sobre la propiedad de este mayoraz-
go, y auiendo sido condenada la dicha Marquesa, sup-
plico de la sentencia, y en segunda instancia presen-
to, esta cedula, y vna carta, que suena auer escrito do-
ña Maria de Fonseca al Arçobispo de Toledo, que a-
la letra esta inferta en el memorial, fol. 76. colu. 2. y la
reclamacion que dizen auer hecho doña Maria de fõ
seca en Zamora a. 20. de Diziembre de. 1504. y a. 24.
de Março de. 1505. y el traslado signado del pleito ma-
trimonial, que hauia passado ante el Obispo de Segou-
tia, entre el Marques, y doña Maria, y Pero Ruyz de
Fonseca, y porque Antonio de Fonseca redarguyode
ellos, estos papeles i en el termino ordinario dio infor-
macion y pidio termino vltamarino para examinar
algunos testigos que estauan en Roma: la Marquesa
temiendo estas probanças se aparto de la presentació
de las dichas escrituras, y el Consejo por autos de vis-
ta, y reuista la huuo por apartada, y la mando entre-
gar los originales, con que jurasse el apartamiento,
*de la presentacion, y uso de las tales escrituras, y de los
los traslados dellas.* Y aduertta. V. m. que los traslados
eran los q venian en el pleito matrimonial, y de todo
prometio y juro no vssar, ni aproucharse la dicha
Marquesa, vt in memoriali fol. 37. & 38. y aquellos au-
tos y su execucion perjudicaron a todos los figuietes
successores, y assi el Duque ningun traslado, ni origi-
nal puede representar nueuamente, lo vno porque aũ
que el pleyto era sobre mayorazgo, en que el litigan-
te no tiene potestad, para hazer perjuizio a los demas
llamados: no consideramos tanto aquel acto en fuer-
ça de renunciacion de los derechos pertenecientes a-

la Marquesa de Zenete de Mendocia y de
ceffora

la Marquesa, como en fuerça de presumpcion contra las escrituras: porq̄ si entendiera q̄ Antonio de Fonseca no auia de prouar la falsedad, por seys meses de dilacion, ni por ningun tiempo, no auia de renunciar al vso y presentacion de escrituras tan importantes, auenturando tan gran mayorazgo, y la honrra y calidad de su persona, en quedar por illegitima: mayormente auiendo sido condenada, y deuiendo temer lo mismo, en grado de reuista, no valiendose de nuevos papeles, y fundamentos, y pues no es verisimil que desistiera sin euidente noticia o presumpcion de la falsedad: aquella desistencia, y no vso induze sospecha per judicial a todos sus descendientes: porque en el confesso. 24. de Tiberio Deciano, volu. i. el pleyto era sobre vn feudo, in quo *quilibet successor per se cēsetur, et tanquam in dependens ab alio*, secundum Bald. in cap. i. numer. 3. si vassall. feud. priuet. Pero porque se presentaua el traslado de vna inuestidura, del qual no auian vsado los antecessores, ofreciendose ocasiones para ello, deste no vso, arguye el Autor numer. 38. & 39. que el traslado era falso, y lo prueua con grandes autoridades, y dize que es euidente coniectura, Oldr. consi. 183. numer. 10. pulcher. tex. in. l. 3. C. de fide instru. *ibi, si aduersarius tuus apud acta presidis provincie eius fides instrumenti quod proferebat, in dubium reuocaretur, non usurum se contestatus est: vereri non debes ne ex ea scriptura quam non esse veram etiam professione eius constitit negotium denuo repetatur*, donde concluye Baldo, que quando vna escriptura se redarguye de falsa, y el que la presento se aparta del vso della, es vifto reconocer y confessar la falsedad, Salicet. in eod. tex. numer. 1. & 2. Curtius Iunior. qui loquitur in causa matrimoniali, consi. 64. numer. 3. *ibi, Et eo maxime,*

D

quia

fol. 7
qui a pradietus Bernardinus noluit. uti dicto instrumen-
to in iudicio, quando conabatur velle probare matrimo-
nium, producendo circa hoc testes coram dominis aduoc-
atoribus venetis ex quo resultat efficacissima coniectura
quod illud instrumentum sit falsum, aut saltem negari
non potest, quod ex hoc non constat clarissime de anima
celandi, ut in l. clam possidere. ff. de acquirend. possessio.
Crauet. confi. 134. numer. 30. & 35. Menochio. libr. 5.
præsumpt. 20. num. 22. lo qual procede aunque la par-
te protestasse lo contrario, porque la protestación apro-
uecharia para evitar la pena del delito en que incurre
quien haze escrituras falsas, o las presenta maliciosamente:
pero no seria de momento para conseruar la virtud, y fuerça de la
escriptura, sed postquam semel destitit, iã in perpetuum remanet
extincta probatio, quæ poterat ab eo instrumento qualitercun-
que resultare, ut agnoscunt Bald. & Salicet. in dict. l. si aduersa-
rius. C. de fide instrument.

¶ Lo otro porque queriendo entonces prouar la di-
cha falsedad Antonio de Fonseca, y auiedo se le ne-
gado el termino, por el apartamiento de la Marquesa
fuera injustissimo permitir despues a los successores
el vso de las dichas escripturas, quando ya por el dis-
curso del tiempo han faltado los testigos, y no se pue-
de verificar la malicia y delito de los que fabricaron
la cedula, y los demas papeles, y este engaño no se ha
de consentir en manera alguna, ut expendit Bald. con-
sil. 37. num. 5. versic. *item accusator*, vol. 1. Tobias Non-
nius confi. 69. numer. 17. versic. *imo cum actor distulerit*,
Menoch. lib. 2. præsumpt. 91. num. 7. & 8. Y en quã-
to a la carta escripta al Arçobispo de Toledo, ay otra
respuesta no menos coneluyente, y es que no tiene fe-
cha, ni dia, cierto, ni consta quando se escriuio, y assi

no se le puede dar en el pleyto mas antigüedad q̄ desde el dia de su presentacion, la qual fue en. 4. de Nouiẽbre de. 1504. despues de cassado Pero Ruyz de Fonseca, y mouido el pleyto sobre su matrimonio, y el mismo defecto padece la reclamacion, porque se hizo en 20. de Deziembre del mismo año de. 1504. y con reclamar entonces, no pudo doña Maria de Fonseca alterar el estado de la causa, que se trataua entre el Marques de Zenete, y Pero Ruyz de Fonseca, ni quitar el derecho que a Pero Ruyz le estaua adquerido por el matrimonio que seys messes antes auia contrahido con la dicha doña Maria, y assi lo que el Duque presenta por escrituras, no tiene fuerça, ni valor alguno, ni puede aprouecharle para la determinacion de este pleyto.

¶ Resta satisfazer a los testigos del pretensõ matrimonio entre doña Maria y el Marques de Zenete; los quales son tres, Garcia de Montaluo, Luys Henrriquez, y Tereffa del Castillo, pero ninguno dellos, ni todos juntos prueuan el matrimonio, porque demas de no estar ratificado Luys Henrriquez, como ya auertimos, sus dichos no concluyen. Lo primero porque siendo preguntados sobre las palabras formales, que passaron el Marques de Zenete, y Doña Maria quando dizen auerse casado, y respondiendo a la pregunta, refieren las dichas palabras, con alguna diuersidad, y aunque no en la substancia, sino en el tenor y estylo de ellas: esta diferencia basta para hazer los testigos singulares, como si cada qual dixera de diferentes actos, sin concordar el vno con el otro, Bald. in cap. bonæ memoriæ. 23. num. 6. versic. *sed qui dicis, de electione vbi concludit, quod si vnus testis deponat de duobus solidis, alter de viginti quatuor denarijs, probat regula*

8. 107
viter, dummodo interrogati non fuerint de qualitate vocis, quia idem est sensus: nam et si paterentur duo solidi, et sententia iudicis condemnaret in viginti quatuor denarijs: valeret sententia, per tex. in, l. titia. ff. de auro & argent. legat. si autem fuissent interrogati de qualitate vocis: quia iudex interrogasset, quibus verbis usi fuerint contrabentes, et unus deponat quod promisor dixit viginti quatuor denarios promitto, alius testis dicat eum dixisse duos solidos promitto, isti essent singulares, nam diversitas vocis facit singularitatem in teste articulate deponente: quia literæ et voces non sunt eodem modo compositæ, idem docuit Abb. in cap. nihil, numc. 2. & 3. de verbor. significat. subscribens, quod tunc demum non obstat diversitas narrandi, quando substantia facti subijcitur probationi dumtaxat, & non verba materialia, Anton. de Butrio, in cap. cum ecclesia. §. i. versicul. nos autem. de causa possession. & propriet. Alex. confi. 47. numer. 5. & 6. vol. 2. vbi ait quod licet testes melius dicantur probare, quando per diuersa verba deponunt, quia non incidunt in suspicionem, & vitium præmeditati sermonis: fallit tamen quando tractatur de probando verba formalia, vt quia testes interrogarentur, quæ fuerunt verba disponentis: tunc enim oportet quod omnes in figura verborum conueniant, alioquin nulla fides coram testimonijs adhiberetur, Ias. in. l. quæ extrinsecus numer. 5. ff. de verbor. obligat. Corneus consil. 139. libr. 2. num. 21. Tiber. Decian. confi. 4. ex nu. 34. vsque ad. 47. vol. 3. Honded. confi. 56. num. 26. vol. 2. pulchre. Andr. Barbat. confi. 54. num. 3. vol. 1. subscribens, quod vbi testes producuntur ad probandum verba prolata ad contrahendum matrimonium, si nõ sunt contestes, et concordet in cortice verborum, ex eo censentur contrarij vel singulares, Alexand. consilio. 153. numer. 11. versicul.

praesertim non probat. volum. 5. Roland. confi. 33. num. 20. & 21. volum. 2. Laderchi. Imolens. confi. 181. num. 11. & 12.

¶ Lo segundo , porque eran criados del Marques de Zenete , y en consecuencia apasionados , y sospechosos , mayormente para testificar sobre el matrimonio clandestino , que dixerón auerse effectuado entre doña Maria y el Marques , à las doze de la noche , secretamente , sin dar noticia à su padre , no guardando la decencia y autoridad , que conuenia à personas tan calificadas : vnde *matrimonium clandestinum appellatur*, cap. aliter. 30. quæst. 5. Hostiens. in rubr. de clandest. desponsat. num. 1. Bald. confi. 148. num. 13. volum. 1. Paris. confi. 57. num. 28. volum. 4. Cephal. confi. 384. num. 11. volum. 3. & id circo prædicti testes tanquam domestici , & familiares repellendi sunt , quoniam ad probationem matrimonij requiruntur , testes omni prorsus exceptione maiores. Abbas, Preposit. & Anton. de Butrio in cap. 1. de consanguinitat. & affinit. Felin. in rubr. de sponsalib. nume. 4. Decius confi. 133. nume. 2. Couarru. in. 4. 2. par. cap. 8. §. 12. nume. 7. & 8. Grammatic. confi. criminali. 26. num. 48. copiose Lancelot. Gall. confi. 75. ex num. 1. vsque ad. 10. Y aunque disputando generalmente la materia , se hallaran autores que digan lo contrario , aunque el matrimonio sea clandestino : la distincion verdadera es , que si se trata de prouar el matrimonio clandestino simplemente , y no para impugnar otro matrimonio : bastan los testigos ordinarios , que en otras causas suelen admittirse , pero tratandose de anullar , y deshazer otro matrimonio diferente , en especial siendo solemne , y publico , como lo era el de Pero Ruiz de Fonseca : requierese por necesidad precisa , que los testigos

sean mayores de toda excepcion, en quien no aya de feyto, ni sospecha, que pueda obscurecer, ni disminuir su credito: vt optime distinguit Rota decis. 209. num. 1. & 2. lib. 1. diuersor.

¶ Y no se escusa la parte contraria con dezir, que el acto fue secreto, y que no pudo auer testigos de tanta calidad, porque de fuyo la proposicion es falsa, pues el que quiere casarse clandestinamente, puede primero preuenir las personas necessarias, y fidedignas, para que esten presentes: y a esto le obliga el derecho en odio de los matrimonios clandestinos, y assi no basta, que interuengan criados, o parientes suyos, de quien pretende auerse confiado. Socin. Seni. confi. 17. num. 3. 4. & 5. volum. 1. Alexand. confi. 152. nume. 11. & 12. volum. 5. Decius confi. 133. nume. 6. Crauet, confi. 281. nume. 6. versi. *Non obstat quod hic agitur,* Laderch. Imolens. confi. 187. num. 3. nam in probatione clandestini matrimonij, cum habeat contra se praesumptionem iuris, *Recurrendum est ad testes excellentes, et quacunque obiectione superiores.* Curt. Iun. confi. 189. num. 34. Sigismund. Brunel. inter consil. matrimonialia diuersor, confi. 74. n. 10. y no obsta el cofesso, 13. de Aretino, num. 16. y otras autoridades semejantes, que alega el Duque en su informacion, nu. 76. ad probandum, quod in matrimonio clandestino sunt legitimi testes domestici, & non solum admitti debent, sed etiam alijs praeferruntur: ex. l. quoties, C. de naufrag. lib. 11. porque se responde que esta opinio no es iuridica, ni segura, sino contra las reglas verdaderas, y ordinarias, vt agnoscit Mascard. conclus. 533. num. 20. lib. 1. ibi, *Hinc elici potest, quod paulo ante ex autoritate Aretini, confi. 13. dicebamus, in probando clandestino matrimonio admitti testes domesticos, non ita facile*

cile procedere, ex quo in tali actu cōtrahendi matrimoniū potuerunt contrahentes ipsi alios testes non domesticos adhibere, ut ex se manifestum est, quos cum nō adhibuerint culpa ipsorum ipsismet debet imputari. Carol. Ruin. cōf. 149. nu. 32, vol. 5. ibi, nec etiā obstat, quod ex defectu aliarum probationum admittantur testes alias non idonei, ut videtur in proposito velle Aretin. dicto cōf. 13 quia illud est verum in negotio in quo habitu, et actu, attento communi cursu testes alij non habentur, sed ubi actus, et habitus e communi cursu sic se habet, quod possunt alij testes haberi, licet forte non habeantur actu, tunc non sufficiunt testes alias non idonei, prout declarat Anton. in. c. tertio loco de probat. sed secundum communem cursum in cōtractu matrimoniū, possunt haberi testes idonei actu, et habitu, ideo ubi clam contrahitur, testes non idonei non sufficiunt. presertim in preiudicium alterius matrimoniū. Egid. Bosius in tit. de opposit. contra testes nu. 97. latissime Mascard. conclus. 1022. num. 31. vol. 2.

¶ Y reconociendo el Duque esta verdad, quiere justificar los dichos de Garcia de Montaluo, y Luys Enriquez con otro nueuo fundamento, diziendo que aunque fueffen criados del Marques de Zenete, por ser personas principales, y fidedignas, se reputan por testigos mayores de toda excepcion, etiam si agatur de dissolueudo matrimonio, cap. in literis vbi Innocent. & Bald. nu. 1. Imol. nu. 2. Felin. num. 7. de testib. Hugo de cello confi. 120. nu. 63. Valascus consultat. 45. num. 5.

¶ A lo qual respondemos, negando el presuppuesto de la dicha conclussion, videlicet, que Garcia de Montaluo, y Luys Enrriquez no padeciesfen otros defectos y excepciones, mas que ser criados del dicho Marques de Zenete primo. etenim constat eos fuisse mediatores in prætenso matrimonio Clandestino, ut ex corū

de

1010
declarationibus non obscure colligitur, vnde testimonium ab ipsis editum omnino reprobatur, quia testes pro xenetæ, seu mediatores, non sunt idonei ob præsumptam affectionem, quam habent ad causam, vt plenum effectum sortiatur quod ipsi tractauerunt, nisi de consensu ambarum partium fuerint producti auth. de testibus. §. quoniam vero collat. 7. Alex. in aditionibus ad Bartol. in l. differre nu. 2. litera. C. ff. de iure fisci. Aufrerius in tract. de testibus n. 67. Anton. Gabriel. in cod. titul. conclusione. 20. nu. 1. Alexand. *qui loquitur in causa matrimoniali*, confi. 154. nu. 5. & 6. vol. 5. Y aunque lo contrario siente Ruino confi. 34. num. 7. vol. 4. la verdad'es, que los tales testigos aunque depogan en fauor del matrimonio, q̄ suele ser causa priuilegiada: no son totalmente habiles y fidedignos, vt animaduertit Anton. Grabriel. vbi supra nu. 11. Dionis. Venet. inter consilia matrimonial. diuersor. confi. 61. nu. 13. en especial deponiendo por vn matrimonio clandestino, a quien resiste la presuncion del derecho, y contra otro matrimonio publico, y solemne, que es el caso de la decision de Rota, q̄ arriba alegamos, id que procedit, etiam si teste mediatores nullum premium ex negotio cui adhibentur, vel ex depositione post modum facta fuerint habituri. Alexand. confi. 13. nu. 14. vol. 1. Socin. Iunior, confi. 12. nu. 18. vol. 2. Hondede. confi. 52. lib. 1. nu. 10. & 11.

¶ Consta tambien, que el dicho Garcia de Montaluo fue solicitador del Marques de Zenete, en el pleyto matrimonial contra Pero Ruiz de Fonseca, y que diuersas vezes por su diligencia y cuydado, le prometio, que auia de conseguir victoria, y andaua buscando testigos, y persuadiendolos a que dixessen en fauor del Marquee, vt patet ex memoriali, fol. 114. vñ que

que ad. 116. los quales actos pruevan sollicitud, y hazen inhabil, y sospechoso al testigo. l. final, ff. de testibus cap. Romana, eodem tit. lib. 6. Angel. consil. 133. num. 2. Hieronym. Grat. inter consil. matrimonial. diuersor. conf. 75. ex num. 19. vsque ad. 24. donde en otro pleyto semejante defiende, que el solicitador no deue ser admittido, aunque no lleue salario de la parte, por que las causas matrimoniales requieren testigos mayores de toda excepcion, y no lo es el que tiene affiçion al pleyto, y a que salga victorioso vno de los litigantes. Felin. in cap. cum a nobis, num. 15. de testibus. Socin. luni. confi. 88. num. 24. volum. 2. Aufrec. in tracta. de probat. testium, num. 89. Gurt. luni. confi. 289. nu. 3.

¶ Finalmente esta aueriguado, que Garcia de Montaluo era enemigo capital de Antonio de Fonseca, padre de Pero Ruiz de Fonseca, porque en tiempo de las comunidades, auia hecho quemar las casas principales del dicho Garcia de Montaluo, y de algunos parientes suyos rebeldes a la Corona Real: vt in eodem memoriali, fol. 114. cum sequentibus: que inimicitia, quamuis alia obiectio non concurreret, sufficiens esset ad totalem prædicti testis exclusionem, cap. cū oporteat, cap. cum dilectus, de accusation. l. i. §. præterea, ff. de quæstionib. authent. de testibus; §. si vero, odiosus collat. 7. Y juntandose tantos defectos en estos testigos, queda mas en su fuerça la excepcion de ser ambos criados del Marques de Zenete, y de sus descendientes, y sucesores: nam si aliquando testis domesticus admittitur, id sane procedit, quando est persona valde honesta, & inculpatae fidei, Bald. & Salicet. in l. 2. C. de testibus. Butrius, & Imol. in cap. in literis, eodem titulo. Surd. decis. 23 l. num. 14. & 15. vbi cū que autem plures excepciones in teste reperiuntur, eo

71 107
ipso redditur omnino inhabilis, ita quod nedum ipse
solus nihil probat, verum ex alijs suppleri non potest.
Socin. confi. 118. num. 8. uolu. 1. Roland. confi. 98. num.
45. & 46. volum. 4. Surd. decis. 135. num. 10. & 11. vbi
subdit, hoc obseruandum esse, *etiam quando veritas
aliter haberi non potest.* Menoch. confi. 431. numer. 27.
idem Surd. confi. 132. num. 73. volu. 1. Cephal. confi.
169. num. 16. volum. 2.

¶ Pero quando en los dichos Luys Henriquez, y
Garcia de Montaluo, no huuiera defeto personal, ba-
sta la poca fuerça de sus declaraciones, contraponien-
dose à las prouanças de Pero Ruiz de Fonseca, por-
que tienen contra si à Christoual Sanchez, Alcayde
de la fortaleza de Coca, que dio entrada al Marque
de Zenete, la noche que dizen auerse desposado con
doña Maria de Fonseca, el qual declara, que no per-
mitio entrar à Luys Henriquez. Y assi fue imposible
hallarse entonces presente al matrimonio, si alguno
interuino: y tambien le obsta el juramento de doña
Maria de Toledo, madre de doña Maria de Fonseca,
y de la misma doña Maria, hecho ante el juez eccle-
siastico para hauerse de casar con Pero Ruyz de Fon-
seca, el año de 504. donde juraron, y declararon, que
al dicho tiempo no auia contrahido matrimonio la
dicha doña Maria de Fonseca, y que estaua capaz de
contraer con Pero Ruiz de Fonseca, mediante la dis-
pensacion venida de Roma: y aunque despues recla-
mo y salio al pleyto juntamente el Marques de Zene-
te, fue quando ya estaua adquirido derecho à Pero
Ruiz de Fonseca, y auian ambos dormido, y cohabi-
tado como marido y muger: vnde noua illius confes-
sio, & reclamatio non potuit tertio cui ius erat quæsi-
tum, præiudicare. l. scia mancipia. vbi Paul. num. 1. ff.
ad

ad Velleian. Natt. confi. 438. nu. 11. volum. 2. Cephal. confi. 101. num. 8. cum fequentib. volum. 1. Afflict. decif. 245. num. 10. & 11. Surd. decif. 226. ex num. 11. vf. que ad. 14. volum. 3. Abb. in cap. 2. num. 6. de clandeflina desponfat. vbi conftituit regulam, quod per confeffionem illorum, qui dicunt fe prius contraxiffe, non debet fieri præiudicium alteri matrimonio publice contracto. Decius confi. 133. num. 1. Anton. Galeacius inter confil. matrimonial. diuerfor. confi. 83. num. 2.

¶ Quanto mas, que pues la prouança del Marques de Zenete, fe reduxo a dos testigos, que fon Garcia de Montaluo, y Luys Henriquez, y este vltimo no ratificado, no hemos menester mas, que solo el dicho de Christoual Sanchez, Alcayde de la fortaleza de Coca, pues por lo menos en los mismos terminos, y en el tiempo y lugar pretendido por el Marques, tenemos contra el vn testigo puntual, y de hecho propio, de cuya declaracion resulta, que de primero, y vnico matrimonio de doña Maria de Fonseca, fue el que cõtraxo con Pero Ruyz su primo, y que entonces no estaua impedida, ni sujeta à otro matrimonio precedente: y tenemos tambien en nuestro fauor la presumpcion de derecho, que por ser matrimonio clandestino el que alego, y quiso prouar el Marques de Zenete, le reputa la ley por amancebamiento, mientras no se verificare en forma solemne, y legitima. Y assi contra dos testigos del dicho Marques, quando ambos fueran habiles, y estuieren ratificados, esta de nuestra parte Christoual Sanchez, que haze semiplena prouança, y la presumpcion de derecho, que haze otra semiplena, de que se compone vna prouança plenissima para excluyr al Marques, y a sus descendientes, y sustentar el matrimonio publico, que se celebrou
entre

entre Pero Ruyz, y doña Maria de Fonseca : vt in si-
mili specie animaduertit, Curtius Iunior, confi. 289.
nu. 36. & 37. ibi, placet quoque summopere in iure aliud
fundamentum, quod scilicet probatum sit per unum te-
stem, et sic semiplene, aliud matrimonium prius contra-
ctum, quo casu succedit singularis doctrina Barro. in l.
admonendi, colum. penultima, ff. de iure iurand. quod da-
to, quod dictus dominus Ioannes plene probasset intentio-
nem suam, tamen stante alia semiplena probatione diuer-
sa, redditur dubia plena probatio alterius partis: quod fun-
damentum confirmo, quia in casu nostro non solum adest semi-
plena probatio diuersa, quae sufficiens est ad debilitandam
plenam probationem, sed etiam dicere possumus, quod in
casu nostro ad sit semiplena probatio contraria: istud de-
duco ex sepius allegato dicto speculatoris titulo de proba-
tionib. §. finali versio. final. dum dixit, quod quando iuris
presumptio est contra aliquem, dicitur habere contra se
semiplenam probationem, cum ergo, vt supra diximus, ma-
trimonium clandestinum habeat presumptionem iuris contra
se, quae habet vim semiplena probationis: sequitur quod
in proposito nostro sunt duae semiplene, vna contraria, al-
tera diuersa, quae simul iunctae multo fortius haberent de-
bilitate plenam probationem, si adesset in fauorem dicti,
D. Ioannis Petri, quam sola semiplena diuersa de perse,
pertritam regulam, quod duo vincula magis adstringunt
quam vnum auth. itaque, C. commun. de successiōib. Y
si esto procede quando los dos testigos del matrimonio
clandestino son contestes, y no padecen defecto, ni ex-
cepcion: mas facil sera en el caso presente, donde no se
ratifico Luys Enrriquez vno de los dichos dos testigos
y en ambos concurren diuersas excepciones, y sospe-
chas: porque faltando la ratificacion, y oponiendose
derechamente a Luys Henriquez la declaracion de
Chri-

Christoual Sanchez, Alcayde de Coca, toda la proua-
 ça del Marques de Zenete, viene a prouar en Garcia
 de Montaluo, y en las confesiones, y reclamaciones
 de doña Maria de Fonseca, y en la fama, y reputaciõ
 de que ella, y el Marques eran marido y muger, y se
 tratauan como tales: todo lo qual aunque no tuuiera
 contra si otras confesiones juradas de la misma doña
 Maria en fauor de Pero Ruyz de Fonseca, sino que
 corriera llanamente, y sin variedad, ni repugnancia:
 no podia vencer, ni causar perjuyzio al matrimonio
 publico de Pero Ruyz de Fonseca, que esta verifica-
 do por escripturas, y testigos concluyentes. Anchar.
 in cap. quod nobis, nume. 2. Abb. nume. 5. Alexand. de
 Neuo, nume. 12. & 13. de clandest. desponsat. Crauet.
 confi. 28. num. 6. vbi generaliter concludit, *quod si pro-*
betur primum matrimonium clandestinum per unum te-
stem, et famam, et confessionem coniugum, secundum
vero matrimonium probetur publice contractum in facie
Ecclesie per veras probationes: preualet probatio secun-
di matrimonij, in odium clandestine contrahentium. So-
 cin. Sen. confi. 270. nume. 3. volum. 2. Capella Tholof.
 decis. 172. & ibi Aufrer. num. 1. Gozadin. confi. 77. nu.
 11. & 12.

¶ Y no obsta dezir, que el año de 507. contraxeron
 matrimonio publicamente el Marques de Zenete, y
 doña Maria de Fonseca, en la villa de Iadraque, con
 todas las solemnidades, que la Iglesia requiere: por-
 que esto fue despues de estar casada con Pero Ruyz
 de Fonseca, y viuiendo el al dicho tiempo, el qual ob-
 tuuo sentencias de la Rota, y letras Apostolicas, para
 que doña Maria fuesse buelta, y restituyda des de la vi-
 lla de Iadraque, al deposito de donde el Marques la
 auia sacado por fuerça, y violencia: vt legitur in me-

107
moriali, fol. 25. de manera, que si algun matrimonio publico huuo entre el Marques y doña Maria: fue en vida de Pero Ruyz, y auiendo precedido el casarse cõ el, y cohabitar matrimonialmente, y assi no valio, ni tuuo fuerça, ni autoridad, porque era menester, que muerto Pero Ruyz, se casaran de nueuo con licencia y aprouacion de la yglesia: y esto no consta, q̃ lo hiziefen, y a ellos, y a sus descendientes tocaua verificar auerse casado en tiempo habil, porque alegar, que no parece, ni se halla prouado quando murio Pero Ruyz de Fonseca, es fuera de proposito, pues quando estuuiéramos en duda, y no constara, que despues de todo lo que se hizo en Iadraque, acudio Pero Ruyz à Roma, y traxo letras Apostolicas, para boluer al deposito à doña Maria: segun derecho deuia presumirse uiuo, etiam vsque ad centum annos. l. vltima, C. de sacro sanct. Eccles. authent. vt Ecclesia Romana, §. 1. collat. 2. quilibet enim superstes præsumitur, nisi mortis probatio in indiuiduo facta sit, Bart. in. l. si quidem, num. 1. & 2. C. solut. matrimo. Alexand. in. l. sed & si de sua, nume. 6. ff. de acquirend. hæreditate, copiose Aymon Crauet. confi. 913. nu. 2. vol. 5. & quotiescunque actio- nis, justificatio pendet à distinctione temporum, non sufficit rem, sub incerto relinquere, sed formaliter, & specificè probandum est, quo tempore actus interue- nerit. l. matrem, C. de probat. l. non solum, §. sciendũ, ff. de noui operis nunciat. l. eum actum, ff. de negot. gest. l. vltima, vbi Bald. & Salicetus, C. ne seruus ex suo facto. Cagnolin rubri. C. qui admitti, num. 58. & 59. Alexand. confi. 97. nume. 5. volum. 7. Ofasc. decis. 79. nume. 53. Cephal. confi. 681. num. 22. volum. 5. Nat. confi. 177. num. 9. Caualin. milleloquio. 466. nume. 1. circa fin. dubia enim, & in certa probatio, vel non re-
-om leuat.

leuat: vt in l. non hoc, C. vnde legitimi, vel interpreta-
 tur contra probantem, iuxta glos. in cap. in præsentia
 per tex. ibi de probat. quod obseruatur etiam in mate-
 ria quantumuis priuilegiata, & fauorabili. Decius in
 d. l. non hoc, num. 7. Curtius Iun. num. 33. Surd. confi. 5.
 num. 48. & 49. volum. 1. Et quod dicitur de probatio-
 ne, locum etiam habet in præsumptionibus, & indi-
 cijs: nam sicut probatio dubia contra probantem ex-
 ponitur, ita quoque præsumptio dubia intelligitur cō-
 tra eundem: veluti post Socin. & alios doctores ani-
 maduertit, idem Surd. decis. 170. num. 7. & 8. Y por la
 cohabitacion, que en figura de matrimonio tuuieron,
 el Marques y doña Maria, despues q̄ dizen auer muer-
 to Pero Ruyz de Fonseca, no quedaron confirmados
 por marido y muger, ni recibio fuerça el matrimo-
 nio, que illicitamente auian contrahido en vida del
 susodicho: y assi los hijos no pudieron ser legitimos,
 ni capaces de suceder en este mayorazgo, cap. accepi-
 sti, vbi glos. verbo, *numquam*, Anchar. num. 2. Abb. nu.
 5. Alexand. de Neuo, num. 3. Præpositus, num. 1. de spō-
 sa. duorum, Angel. de Castro inter consil. matrimo-
 nial. diuersor. confi. 33. num. 1. fol. 81.

¶ Finalmente, no obsta las sentencias de vista, y re-
 uista de la Chãcelleria de Valladolid, y la sentenciadel
 Consejo en grado de segunda supplicacion, de que se
 libro executoria contra Doña Mayor abuela del Mar-
 ques de la Guardia en fauor de Doña Maria de Fonse-
 ca, y Doña Maria de Mendoza su hermana, madre del
 Duque, hijas de los dichos Doña Maria de Fonseca, y
 Marques de Zenete, sobre la legitima parte de la herē-
 cia, y bienes libres de Alonso de Fonseca, y Doña Ma-
 ria de Toledo sus abuelos, en que les fue adjudicada co-
 mo a hijas legitimas de la dicha Doña Maria de Fon-
 feca,

fol. 107
seca, porque respondemos que ni en ellas pidieron ser declaradas por legitimas, ni Doña Mayor les oppuso q̄ no lo eran, ni en todo el processo se hablo ni trato de esta calidad, sino solamente sobre la cantidad de los bienes, para facer la mejora de tercio y quinto, y distinguir los libres de los vinculados, como parece por el memorial fol. 112. & 113. y assi aquellas sentencias no pudieron hazer cosa juzgada sobre el articulo incidente de la legitimad, de que no se conocio plenamente, Bart. in.l. penult. & ibi Angel. num. 1. ff. de his qui sunt sui vel alien. iur. idem Bart. in.l. 1. num. 2. versi. *sed contra oppo no*: C. de ordine iudicior. Paul. Castrenf. in.l. quod indie §. si rationem num. 4. ff. de compensat. Deci. confi. 96. num. 2. Socin. Iun. consil. 28, num. 4. volu. 1. subscribens, *quod quando in iudicio super uno tantum est facta discursio, etiam si sententia fuerit generalis, non impeditur super alio nouum iudicium, ut in.l. licet cum ibi notatis per Alexand. C. de iudicijs, Vincent. Hanibald. in additionibus ad Mandel. Albenf. consil. 672. litera. A. vol. 4.* Y no solamente no huuo pleno conocimiento del dicho Articulo: pero ni aũ sumario, porque las partes no lo pidieron, ni articularon, ni se puso jamas en duda, y assi la declaracion hecha sobre la legitimidad, no fue mas que vn presupuesto llano, conque fuerõ los juezes viendo que las partes no le dificultauan, ni estaua deducido lo contrario: lo qual no es de prouecho para decidir la duda q̄ al presente se ofrece, y esta juridicamente oppuesta a la pretension del Duque, nam sententia lata super non de ductis, & iudiciali cognitione examinatis, non dicitur petitionem dirimere, nec veram partium controuersiam definire cap. inter dilectos vbi gl. verbo, *petitionis*, de fide instrument. cap. licet Heli. de simonia. l. vlti, C. de fideicomissar. libertatib. Cabalcan. decif.

decisi. 23. nu. 2. & 22. part. 2. egregie Aymon Crauet. confi. 802. num. 26. vol. 5. Quanto mas que estando pendiente en la Rota la causa de la legitimidad, no podian entonces los juezes interponerse en ella, vt in c. tuam de ordine cognition. Mas diziendo, porque ignorauan la litis pendencia, y porque las partes no la alegaron, y aquel descuydo, y manifesta negligencia de Doña Mayor, no puede perjudicar al Marques de la Guardia, l. si seruis plurium. §. si hæreditatis iudex. ff. de legat. v. l. quod lex, §. penul. ff. de libero homin. exhibend. si per lusorio, ff. de appellat. l. eum qui, §. in popularibus, ff. de iur. iurand. glos. Bald. & Salicet. in l. 2. C. quib. res iudicat. non nocet. Pinel. in l. 1. 3. par. nume. 50. limitat. 4. C. de bonis matern. Tiraquel. de nobilitat. cap. 37. nu. 3. Gabriel Saray in additionib. ad Mathefil. singulari. 25. num. 8. Molina lib. 4. cap. 8. num. 7. en especial fiendo este pleyto de que tratamos sobre otros bienes, y entre diferentes personas, como son el Marques, y el Duque, y para diuerso fin, que es suceder en vn mayorazgo perpetuo, donde por las clausulas de la fundacion, y por expressa disposicion de derecho, se requiere, que sean legitimos todos los successores: vnde cessante identitate rerum actionum, & personarum, non potest fieri oppositio rei iudicatæ, neque aliquid prodest ad inclusionem partis aduersæ. l. cum quaeritur. l. an eadem, ff. de excep. rei iudicat. Socin. Sen. confi. 264. volum. 2. Bart. in l. sepe, num. 3. ff. de re iudica. Decius confi. 445. num. 43. Paris. confi. 87. num. 55. vol. 3. Honded. confi. 30. num. 5. volum. 1.

¶ Y no teniendo el Duque concluyentes prouançgas de legitimidad, no puede valerse de presumpciones, y conjeturas, porque todas las deshaze y excluye el matrimonio publico de Pero Ruyz de Fõseca, con

H. ... Doña
 ...
 ...

doña Maria de Fonseca : nam aduersus ipsum cessat
 omnis probatio præsumptiua, & prorsus inutilis, ac vi-
 tiosa reputatur: vt post Geminianum, & alios docto-
 res defendit Crauet. dicto consi. 281. nume. 6. versic.
addo etiam ultra præmissa. Y menos importa dezir, q̄
 doña Maria se caso con Pero Ruyz por fuerça y vio-
 lencia de Alonso de Fonseca, su padre, porque no con-
 sta, que en el contracto huuiesse fuerça, ni miedo algu-
 no, sino que despues de hecho, quiso saber Alonso de
 Fonseca, si doña Maria se auia desposado primero cō
 el Marques de Zenete, y sobre aueriguar la verdad
 fue la discordia, y los malos tratamientos, si algunos
 huuo, y ella le confesso no tener impedimento, ni auer
 precedido el matrimonio del Marques, como tambie
 lo auia confessado voluntariamente, ante el juez Ec-
 clefiastico, quando la dio licencia para contraher con
 Pero Ruyz de Fonseca. Y aunque huuiera sido com-
 pellida por sus padres, â tomar por marido al dicho
 Pero Ruyz, no importaua, porque cohabito, y durmio
 con el, lo qual es bastante para confirmar el matrimo-
 nio contrahido por miedo, y violencia, capit. ad id de
 sponsalib. cap. significauit, de eo qui duxit in matrim.
 quam polluit per adulter. cap. insuper, qui matrimo.
 accusar. possunt, cap. de illis, de desponsat. impuber. ex
 quibus omnibus luce clarius infertur, que el matrimo-
 nio de doña Maria con el Marques de Zenete, no esta
 prouado, ni justificado conforme â derecho, y que
 este defecto de prouança, y la litis pendencia de la Ro-
 ta impide al Duque, y obra precisa inclusion del Mar-
 ques de la Guardia, en cuya legitimidad, no puede po-
 nerse duda: y asitampoco se deue poner en adju-
 dicarle estos bienes. Salua tanti Senatus venia, & cen-
 sura.

*Por de buena
 = conuato*
Matuies
*hano con el
 la Cuenca y Silva*