

I E S U S, M A R I A, I O S E P H.

**I N P R O C E S S U
A P P E L L A T I O N I S E G R E G I I
D. Melchioris Sanz de Latrâs, olim de
Villalpando, Comitis de Atarês,
domiciliati in Civitate Cæ-
saraugustæ.**

**S U P E R A P P R E H E N S I O N E I N A R T E
culo litispendentiæ.**

P O R E L A P E L A N T E.



DON Pedro Sanz de Latrâs, Señor de Atarês, fundô en su testamento el Mayorazgo, cuya succession se litiga en este processo, llamando en primero lugar a D. Iuan Sanz de Latrâs, su hijo primogenito; y por su muerte al hijo mayor varon del mismo Don Iuan, mediante esta clausula: *En los quales dichos Castillos, Lugares, Pardinâs, y bienes y universal berencia, aya de suceder, y suceda, por fin, y muerte de dicho Don Iuan mi hijo, el hijo mayor varon del mesmo Don Iuan, CON QUE NO SEA LOCO FVRIOSO, ni Clerigo in Sacris, ò Religioso, los quales, añade, Clerigo ò Religioso ni alguno de ellos, NI TAMPOCO EL DICHO LOCO FVRIOSO, quiero expressamente no puedan suceder, &c.* En falta de esta linea, passô a llamar a Don Martin, segundogenito, y la suya; y en falta de vna, y otra, llamó a la hija mayor, legitima, de dicho Don Iuan si la tuviere, y a sus hijos y descendientes, de mayor en mayor; y esto con los sobredichos vinculos y condiciones; que fue como si huviera buuelto a expressar, con que no sean locos furiosos, ni Clerigos in Sacris, ò Religiosos; en virtud de la relacion, que haze a las condiciones antecedentes.

2. Sucediô Don Iuan, y tuvo en hijos a Don Iuan, segundo de este nombre, y a las señoras Doña Ana Sanz de Latrâs, y Doña Leonor, de pri-

2
primer matrimonio, y Doña Ysabel de segundo: murió, y sucedióle D. Iuan su hijo, y por aver este muerto sin descendencia, y tambien D. Martin su tío, llegó el caso de suceder la hija mayor de dicho Don Iuan, primero, y hermana del último poseedor, y sus hijos y descendientes, conforme al orden de los llamamientos que quedan referidos.

3 Hallavase a este tiempo Doña Ana (que como primero nacida era la mayor, respecto de Doña Leonor, y Doña Ysabel sus hermanas) Religiosa profesa en el Convento de Capuchinas de esta Ciudad, y consiguientemente incapaz de la sucesion. Avia tambien muerto Doña Leonor, pero dexando a los señores Don Baltasar Sanz de Latrás, olim de Villalpando, Don Melchor, y Don Iayme, sus hijos, que como hijos de la mayor, respecto de Doña Ysabel, que era de segundo matrimonio, como se ha dicho, devieron suceder en fuerza de su propio, y expreso llamamiento, guardando el orden de mayoria entre si.

4 Entendiólo así en conformidad de votos la Corte del Ilustrísimo Señor Iusticia de Aragon en el juicio de tenuta, ó lite pendiente, que allí ha pendido, en la primera sentencia, que pronunció, recibiendo su proposicion al Curador de dicho señor Don Baltasar; mas aviendo muerto antes de contraer matrimonio, pendiente la confirmacion, ó revocacion de la sentencia, y aviendose repuesto en su instancia el señor D. Melchor, su hermano mayor, y sucesor inmediato, se revocó de consejo de tres de los señores Lugartenientes, por aver constado en processo, que dicho señor Don Baltasar era mudo desde su nacimiento, y que por esta causa se le avia dado Curador; infiriendo de aqui por necessaria consecuencia, ser incapaz de la sucesion de este Mayorazgo, que tiene anexa jurisdiccion: Dizelo así el motivo.

Ex eo, & alijs provt in sentetia fore arbitramur, & revocationem supplicatam procedere decrevimus: quia cum ex processu constet Don Baltasarem Sanz de Latrás & Villalpando, mutum fuisse à natura, & ea de causa Curatorem illi assignatum; ex his necessario infertur ad successionem huius maioratus, iurisdictionem habentis, admitti non posse; ad idque solidis, & urgentissimis fundamentis movemur.

5 Y antes de entrar a discurrir en los fundamentos de este motivo, y su satisfacion, conviene assentar, que en el caso presente, la primera ley, por donde se ha de gobernar la capacidad, ó incapacidad de los que pretendieren suceder en este Mayorazgo, ha de ser la que estableció su Fundador, como desde su principio lo ha sido en la estimacion de las civiles la voluntad de los testadores, quanto a la disposicion de sus bienes: *Disponat itaque unusquisque super suis, vt dignum est, & sit lex eius voluntas*, dixo el Emperador Iustiniano in authent. de nuptijs, cap. 2. *Sicut & antiquissima, nobis lex, & prima pene Reipublice Romanorum disponens secundum antiquam, & patriam linguam ita dicens: Vti legasset quisque de sua re, ita ius esto: nullo valente citra illius voluntatem, nec si sacram impetret formam, nec si quidpiam aliud omnium, aliter disponere in rebus alienis.* Libertad de que goza qualquier hombre, que nace con libertad, *quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum dispositionem* cl. nat. Consultus in l. non vsque adeo 2. ff. si à parente quis manumissus fuerit. Con ella vive, *nam suae quidem quisque rei est*

moderator, atque arbiter, in re mandata 21. C. mandati, Observant. 1. de reb. vinculat. Y con ella es mas justo, que muera, por ser lo que entonces dispone, la voluntad postrimera, en que vfa de su alvedrio, sin esperança de poder vfar dël otra vez, nihil enim est, quod magis hominibus debeat, quam vt supremæ voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stylus. & licitum quod iterum non redit arbitrium, como elegantemente pondera el texto in l. 1. C. de Sacrosanct. Eccles.

6 Y esto se haze mas lugar en nuestro Reyno, a quien podemos dezir, que sus leyes en materia de libertades, y favores, *ita auxerunt, & tam amplum effecerunt, quantum nulli vnquam alij Reipublicæ, seu Imperio concessit Deus*, como blasonava Iustiniano de su Imperio in *Authent. de Præsede Pisidia 24. cap. 1.* Yâ se mire al general precepto de averse de observar con rigor la Carta, como no contenga vn imposible, ô se oponga â la ley natural, segun la *Observant. Item Index 16. de fide instrum.* que hablando con el que ha de juzgar, le advierte: *Index debet stare S E M P E R & iudicare ad cartham, & secundum quod in ea continetur, nisi aliquid impossibile, vel contra ius naturale contineatur in ea;* donde se ha de notar la comprehension, y precisitud de la diction *semper*; como si dixera, en todo tiempo, y en todo caso, y de qualquiere calidad fuere la causa; & plura referunt *Portol. in §. instrumentum, num. 68. & seqq. D. Sesse decis. 75. num. 57. lib. 1. & de inhibit. cap. 2. §. 2. num. 45. & §. 3. nu. 50. Suelves conf. 25. num. 16 lib. 1.* O yâ se arienda â la providencia especial, con las vltimas voluntades, permitiendo a los Regnicolas el testar a drecho de milicia, tan favorecido, y privilegiado, como es notorio, *ex tot. tit. ff. C. de testam milit & tradunt Molin. in verbo Testamentum fol. 214. col. 2. Portol. ibid num. 25. & seqq. Dom. Reg. Sesse decis. 251. num. 1. 2. & 3. D. Ramirez de lege Reg. §. 23. num. 63. & est textus in Foro la antigua disceptacion 4. de testam. alli: Como el luzgue deva a estar a la Carta, queremos, que la dita Ordinacion se aya a entender assi como es concebida; y congeturando el origen de estos Privilegios patrios, juntô vno, y otto Geronimo de Blancas in coment. rer. Aragonens. fol. mibi 132. alli: *Ab eo autem tempore, quo apud nos, vt retulimus, bellico modo iudicia exercebantur, duo illa notissima nostrarum legum principia, ac quasi Sedes, & fundamenta, quibus ipsæ nituntur, ducta fuisse, non abs re conijcere licet. Alterum, vt eisdem verbis vtar, quibus eadem constant. Quod in Aragonia omnes testamur iure militari, ac quasi in procintu, minime alijs iuris civilis solemnitatibus expectatis. Alterum vero: Quod in omnibus carthæ, id est, publicæ scripturæ standum est, nisi contineat aliquid, quod fieri nequeat, vel sit contra ius naturale. Comuni enim, si ve civili iuri à nostris legibus in quamplurimis est derogatum. De cuyos principios naciô el disterio Aragonens, in carthæ esse plenitudinem potestatis, vt refert Portol. d. §. instrumentum, num. 69. infiriendo el señor Reg. Sesse decis. 435. n. 12. Quod in Regno possumus quid quid volumus, dummodo non contineat aliquid contra naturam, vel ius di-**

7 Con este presupuesto, se han de tener siempre a la vista las clausulas, que transcribimos arriba, cuya letra nos ha de servir de pauta por donde tire sus lineas la ponderacion, liguiendo la advertencia del Iuris,

consulto Gayo in l. de his 16. ff. de transact. que dixo: De his controversijs, que ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas alter potest, quam inspectis, cognitisque verbis testamenti; a que aludió quando dixo en la l. in his 16. ff. de condit. & demonstrat. In his, que extra testamentum incurrerent, possunt res ex bono, & equo interpretationem capere; ea vero, que ex ipso testamento orientur, necesse est, secundum scripti iuris rationem expediri: esto es, secundum scripturam testamenti, que ius scriptum dicitur, como explicó bien D. Francisco Sarmiento select. lib. 1. cap. 8. sub n. 22. y con él, nuestro Suelves conf. 5. lib. 1. n. 1. alia cumulans.

8 Reducefe pues (en quanto pertenece a nuestro assumpto) a querer expressamente el testador, que ayan de suceder, y sucedan en sus bienes, y jurisdicciones, los hijos, y descendientes de sus hijos, ó hijas en su caso, con que no sean locos furiosos. Y segun esta expresion de su voluntad, aunq sean mancos, tullidos, mudos, sordos, ó ciegos, quedan comprehendidos en su llamamiéto, pues no quiso excluir a otros defectuosos, que a los locos furiosos, por la limitacion de las palabras, con que no sean &c. que en otro caso considera Saliceto in l. quidam 4. post num. 1. vers. Ideo si testator. Cod. de postb. hered. instituend. ibi: Si testator dixit, si ex infirmitate ista decessero, Titio decem lego; si non ex illa, sed ex alia decedat, non debetur legatum; quia ex illa restrictione constat de testantis voluntate, ex l. Alumna 20. §. fin. ff. de adimen. legat. ibi: Si decessisset ex ea infirmitate omnimodo legatum ad eos, de quibus quereretur, transulisse. Y fue dezir, ayan de suceder, y sucedan, sin diferencia, ni reparo en que tengan este, ó el otro defecto, como no sea el de vna locura furiosa; que estos no quiero sucedan; de modo, que para poder suceder bastales, segun la letra del testamento, el no ser locos furiosos, pues no quiso ponerles otro, con que no sean, para entrar en la sucesion; siendo la exclusion especial del defecto que explica, general permissio de los demás, ex l. cum Prætor 12. in princip. vbi Petr. Barbos. num. 36. ff. de Iudic. Petr. Gregor. syntag. iur. lib. 47. cap. 9. num. 1. cap. ex eo 25. distinct. Authent. de non alienan. §. ut autem, collat. 1. Mangilius de imputat. quest. 84. num. 1. Castillo controvers. lib. 4. cap. 22. nu. 164. & lib. 6. cap. 20. n. 7. Y haziendo la excepció del vno regla en cõrrario para los otros, ex l. que situm 12. §. idem respondit. ff. de fund. instruct. 1. nam quod liquide 4. §. fin. ff. de penu legat. 1. cum ita 63. ff. de condit. & demonstrat. cap. 2. de coniugio leprof. Gonçalez ad reg. 8. Cancell. glos. 54. num. 7. & seq. Castillo controvers. lib. 3. cap. 15. num. 21. & seq. & lib. 4. cap. 45. nu. 2. Y en la diction con que, a quien corresponden las latinas, dum modo, vel dumtamen, bene Angel. conf. 290. num. 5. vers. Illa ergo dictio, Paris. conf. 47. num. 7. vol. 3. Cenedo singul. 11. num. 6.

9 Y para que no se dudasse, que a quien queria excluir, solo era el hijo, ó descendiente, que padeciese locura, y furor, no dixo, con que no sea loco, solamente, sino que aumentó, con que no sea loco furioso; como si dixera, con que no sea vn loco de atar; y lo confirmó repitiendo los quales Clerigo in Sacris, ó Religioso, ni alguno de ellos, NI TAMPOCO EL DICHO LOCO FURIOSO, quiero sucedan, &c. Hablando del Clerigo, y del Religioso, como de dos personas distintas, vt ibi: Las quales, & ibi,

5

ni alguno de ellas, arg. l. 2. in fin. ff. de condit. instit. l. falsa 33. §. fin. ff. de cond. demost. Paril. conf. 47. num. 4. lib. 3. y del loco furioso, como de vna misma, vt ibi, el dicho loco furioso; y esto no necessita de nias comprobacion, que leerlo, en la forma que lo dexò escrito el testador, sin alterar el sentido natural de sus palabras, ajustadas a vna buena concordancia, en cumplimiento del Fuero la antigua disceptacion, de testam. alli: Queremos que la dita Ordinacion se aya à entender assi como es concebida, & facit text. in l. omnium 19. C. de testam. ibi: *Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere.*

10 Y assi el que pretendiere excluir de la sucesion, à alguno de sus descendientes, qual lo era el señor Don Baltasar, deverà probar la qualidad de la infania furente, por fundamento preciso de su intencion, leg. Divus 14. in princ. ff. de offic. Presid. ibi: *Si tibi liquido compertum est Aelia Priscum in eo furore esse, vt continua mentis alienatione omni intellectu careat, l. nec codicillos 5. C. de codicil. ibi: Adseverationi tuæ, mentis eum compotem fuisse negantis, fidem adesse, probari convenit.* Hercul. de negativa proband. num. 157. & seqq. & cum alijs Mascard. de probat. lib. 1. conclus. 824. num. 5. & seqq. Fulvius Pacian. eod. tract. cap. 36. num. 30. Y diò la razon bien al intento luã Igneo in repetit. l. necessarios, §. non alias, num. 68. alli: *Huius ratio esse potest, quia cum à natura homines ratione prestantes, aut rationis capaces nasci dicantur, ob id naturam hominum à beluis distinxit, l. 1. §. final. cum tribus legibus seqq. ff. de iustit. & iur. §. singulorum instit. de rerum divis. & instit. de iure natur. gent. & civili, l. 1. ff. de acquirenda rer. domin. Sallustius in princip. belli Catilinarij. & Cicero 1. officior. secus princip. & plerumque ab eodem repetitur. Id etiam omnes naturales commemorant; quare qui furiosum hominem asseverat, & sic sane mentis esse negat, id negat quod natura communi ratione omnibus hominibus tribuit; oportet igitur sic negantem probare: neque proprie negativam probare dicitur, sed affirmativam potius, videlicet, hominem furiosum esse, aut mente captum. Et istud est quod illa lex, nec codicillos dicere voluit in his verbis, adseverationi tuæ, mentis eum compotem fuisse negantis, fidem adesse, probari convenit; & sic neganti fidem esse, scilicet, à compote factos esse codicillos, probatio incumbit, non autem ei, qui compotem eum fuisse dixit; cum adseverationi eius natura assistat.* Y con esta presumpcion natural concurre la juridica, vt bene consuluit Cardinalis Zabarella conf. 56. nu. 5. ibi: *Probatio sane mentis ipso iure fundata est, nisi in contrariu probetur, presumitur quilibet esse talis qualis naturaliter esse debet seu solet.*

11 De donde se forma este filogismo, que concluye: El testador dispone, y manda, que aya de suceder, y suceda en su Mayotazgo el mayor de sus hijos, y descendientes, segun la graduacion de las lineas, como no sea loco furioso, ni Clerigo in Sacris, ò Religioso: En el señor Don Baltasar concurrìo la descendencia, y la mayoria, y aunque mudo, no se probò ser loco furioso, ni Clerigo in Sacris, ò Religioso: Luego devìo suceder como llamado por el testador, y confirmarse la sentencia en la revista.

12 Sirviòse V. S. de replicar, que de este atgumento solo venia à inferirse vn llamamiento a contrario sensu, implicito, ò tacito, de mudos, y sordos; pero que si por drecho se hallassen estos, prohibidos de suceder,

der, como entendiò el Iuez à quo, necessitavan de expressa pèrmission, ò dispensacion del testador, para poderse entender que los avia llamados; porque en duda se presume aver conformado con lo dispuesto por el drecho comun; replica, que diestra, y doctamente reduce nuestro discurso a la satisfacion del motivo de donde hizimos digression.

13 Y prosiguiendo nuestro assumpto, y su respuesta, dezimos lo primero; que la interpretacion de lo escrito en vn testamento hecho en Aragon, se ha de tomar inmediatamente de lo que disponen nuestros Fueros, y Observancias, que son el primer drecho comun, que devemos observar, vt nobis præcepit invictus noster Rex Iacobus in suo Foror. proæm. & animadvertunt Molinus verb. Foras, fol. 156. col. 1. post princip. D. Morales in allegat. Proreg. extran. p. 1. num. 86 & seqq. & num. 190. & seqq. D. Franc. Cuenca in schol. com. claus. 32. num. 44. Con quien, como con leyes propias, antes que con qualesquiera otras, se ha de presumir que se conforman los Regnicolas, en sus testamentos, vt cum alijs observat Mantica de coniectur. vltimar. volunt. lib. 4. tit. 10. num. 16. & lib. 5. tit. 11. num. 32. & seq. & lib. 6. tit. 7. per tot. & lib. 8. tit. 18. num. 34. & lib. 9. tit. 14. num. 15. Y en estas hallamos regla de parte de la capacidad, segun los Fueros vnic. de testament. Nobil. y vnic. de testament. Civium, en aquellas palabras: Possint vnum ex filijs, **QVEM VOLVERINT** heredem facere, de la qual no quisieron excluir, sino a los que huvieren sido abortos de vn sacrilegio, ò adulterio, vt in Foro vnic. tit. de natis ex damnato coitu, Observant. 1. eod. tit. ò homicidas, arrastrados de la codicia, de aquellos a quienes avia de suceder, si morian intestados, vt in Foro vnic. tit. de his qui procurant mortem illorum, quibus succedere valeant in bonis.

14 Y si Mantica dize d. lib. 6. tit. 7. num. 8. & lib. 9. tit. 14. num. 15. & 16. que es tan poderosa la presumpcion de conformarse con el drecho municipal, que a los que este excluye de la sucesion, se entiende tambien que el testador los excluye, aunque en las palabras de su llamamiento, segun drecho comun, pudieran entenderse comprehendidos, como en este exemplo: Vnde etiam si extat statutum, quod à successione excludat fœminas propter masculos, verba testatoris, quæ secundum ius commune de vtroque sexu commodissime possent intelligi, ex coniectura voluntatis, quæ præsumitur statuto Civitatis magis convenire, de masculis tantum intelligunt, con muchos que cita; siendo assi, que semejantes exclusiones, como notò con Baldo, Philipo Corneo cons. 90. n. 11. volu. 3. Sunt quedam exheredationes, y por esto odiosas, y restringibles; l. cum quidam in fine, l. multi non nota, ff. de liber & posthum. l. cum te prætatis, C. de inoffic. testam. l. 10. C. de testam. milit. & cum pluribus Ioan. Garcia de expens. cap. 20. num. 2. quanto mayor razon avrá para dezir al contrario, que Don Pedro Sanz de Latrás, no querria excluir, a los q sus propias leyes no excluían, deviendo preponderar tanto mas lo favorable de la sucesion de todos sus descendientes, que lo odioso de vna exheredacion, ad Menoch. de præsump. lib. 6. præf. 16. num. 3.

15 Lo segundo, que gozando los Aragoneses en sus disposiciones testamentarias, de los privilegios del drecho Militar, como dexamos dicho, vno de ellos es, el que todos son capaces de sucederles, sino al que la ley

ley hiziere incapaz expreſſamente, textus eſt in *l. ex teſtamento* 5. C. de *teſtam. milit. ibi: Quia inter cetera, que militibus conſeſſa ſunt, liberum arbitrium, quibus velint relinquēdi ſupremi iudicijs ſuis, conſeſſum eſt; niſi lex ſpecialiter eos prohibuerit.* Y no probandose por la otra parte prohibicion legal, que en Aragon incapacite a mudos, y ſordos, no puede eſtimarſe la excepcion, que al ſeñor Don Baltazar le opuſo por ſu mudez, iuxta text. in *l. ab ea, part. 5. ff. de probat. Ab ea parte, inquit Paulus, que dicit adverſarium ſuum ab aliquo iure prohibitum eſſe, ſpecialiter lege, vel conſtitutione id probari oportere.*

16 Lo tercero, que aunque ſe conſideraſſe eſte caſo, como omitido de nueſtras leyes, y devieramos recurrir *ad naturalem ſenſum, & equitatem*, como ordenó en ſu proemio el ſeñor Rey Don Iayme, de quo *Zurita lib. 3. annal. cap. 42. in fine, & conſonat Forus 2. de ſucceſſ. ab inteſt. ibi: E como a queſto ſea contra equidad, e raxon natural; Que fue remitirnos al drecho Canonico, quaſi magis equum & iuri divino magis inhercat, ut tenent Portol in S. Forus, num. 2. D. R. Monter decif. 11. num. 4. D. R. Sella de inhib. in annacephal. num. 133. & cap. 2. §. 2. num. 45. Belluga in ſpecul. Princip. rub. 11. §. his igitur, num. 3 & alij paſſim.* En ſus ſagradas ſanciones tampoco ſe halla exclusion de los que padecen eſtos defectos naturales, antes confirmacion de ſu capacidad, pues no los excluye, como lo haze con otros, que refiere Paulo Emilio Gallo *in tract. de except. que oriri poſſ. in ſucceſſ. par. 2. tit. 3. excep. 7.*

17 De donde inferimos, que pues en Aragon no ay eſtablecimiento de ley, que prohiba al que muere, el poder dexar por ſucceſſor a vn mudo, y ſordo; no deve introducirſe, ni mutuarſe prohibicion, o privacion tan opueſta a nueſtras libertades, por interpretacion paſiva de qualesquiera otras, eſtrañas, y que nunca pueden tener tal autoridad; q̄ eſto ſeria propia mēte padecer a vn meſmo tiēpo nueſtras leyes la interpretacion, y no los otros el perjuicio, quando podemos dezir con tanta ſeguridad lo que el texto in *l. certa forma 4. C. de iure Fiſci: Nulla legis ſanctione ſtatutum eſt, l. diſſentientis, C. de repudijs: Nulla precepit iuris conſtitutio, l. 3. §. fin. ff. de prævaricat. Quia neque lege aliqua de hac re cautum eſt, neque per Senatus conſultum;* Y como dixo Menochio *conſ. 467. num. 1. & 2. l. 5. Certum & clarum eſt, neminem iure ſuo privari debere, niſi expreſſo iure ſit diſpoſitum l. at ſi quis §. Divus. ff. de Religioſ. & ſumptib. funer. cum legis tranſgreſſor dici nemo poſſit. quando nulla extit lex que iubeat: peccatum enim non imputatur (inquit Divus Paulus ad Romanos, cap. 5.) quando lex non eſt.* Y ponderando quanta ſea la Religion, con que en eſte Reyno ſe ha de atender a ſolo lo diſpuueſto por ſus leyes, a diferencia de otras Provincias, eſcribió al intento Geronimo de Blancas *in comment. de Magiſtrat. Iuſtit. Aragonum poteſtate, & vi. fol. mihi 443. alli: Vnde vere dici poteſt, leges nobis eſſe loquentes; mutos autem earum miniſtros Magiſtratus.*

18 Lo quarto, que en el drecho civil, el luriconſulto Vlpiano *l. 1. §. 2. ff. de hered. inſtituendis*, eſtá dando reglas en eſta materia, ibi: *Mutus, & ſurdus rectē heres inſtitui poteſt.* Y en la *l. mutum 5. ff. de acquir. vel omitten. heredit. ibi: Mutum, nec non ſurdum etiam ita natos, pro herede gerere, & obligari hereditati poſſe, conſtat.* Y Iuſtiniano en la

l. quod certatum 3. C. de posthum. hered. instituen. decidiendo a favor de la naturaleza la question de si el postumo, preterido de su padre, aunque nazca sin voz, ó mudo, y muera en naciendo, rompe el testamento, que son terminos mas apretados, ibi: *Camque Sabiniani existimabant, si viduus natus esset & si vocem non emisit, rumpi testamentum: apparetque, quod & si mutus fuerat hoc ipsum faciebat: eorum etiam nos laudamus sententiam.* Y en las herencias fideicomissarias conforma Meciano in *l. seruo invito 65. § si pupillas 3 ff. ad Trebell. alli: Se pupillo infanti restituere hereditatem quis rogatus sit, si sponte adierit, etiam seruo eius & ipsi pupillo, tutore auctore restituetur hereditas; siquidem eo, quod dari non potest, non magis ea res impediatur, quam in muto pubere volente sibi restitui hereditatem.* Y Papiniano en los legados, *l. cum pater 77. §. 3. ff. de legat. 2. alli: Surdo, & mutuo, qui legatum accipit, ut cum morietur restituat, recte mandatur; y generalmente en la *l. filius familias 16. ff. qui testam. fac. poss. ibi: Filius familias, & servus alienus, & postumus, ET SURDUS, testamenti factionem habere dicuntur: licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamento vel sibi, vel alijs acquirere possunt. Et in §. testamenti autem factionem institit. de hered. qualitat. & differen.**

19 Docentque Odofredus in *d. l. 1. §. mutus de heredi instit. ibi: Non solum loquentes, & audientes possunt heredes institui, imò muti, & surdi, & in d. l. mutum 5. de adq. heredi, ubi rationem addidit, ibi: Si hereditas defertur muto, sive surdo, sive muto, & surdo, licet sit mutus origine poterit pro herede gerere, & obligari oneribus hereditarijs; nam que consistunt in nuda voluntate, à muto & surdo possunt explicari. Hieronymus Butigella in *reposit. l. 1. num. 82. & 87. ff. de verbor. obligat.* Ioan. Oroscius in *l. item quis 4. §. 1. verb. pacisci ff. de pactis*, Alfons. Carrança de partu, cap. 9. nu. 12. & seq. Petr. Gregor. *Synagmat. iur. lib. 46. cap. 4. num. 9 in fine*, Emundus Mirilius in *50. constit. Iustinian. ad l. penult. C. de postumis hered. instit. n. 4.* Paul. Emil. Gall. de except. que oriri poss. in success. d. p. 2. tit. 3. except. 7. num. 1. D. Ludovic. Molina. de Hispaniar. primogenijs, lib. 1. cap. 13. nu. 42. & 101. D. Ioan. del Castillo *controvers. lib. 6. cap. 164. num. 4.* Y en esto no parece puede aver duda.*

20 Luego hallandose por todos derechos, los hijos, y descendientes de Don Pedro Sanz de Larrás, sean sordos, ó mudos, capaces de su herencia vniversal, y consiguientemente de los bienes, y jurisdicciones de que fundó el Mayorazgo; y aviendolos llamado a la succession, por el orden referido, contentandose, con que no fuessen locos furiosos; el defecto de la mudéz en el señor Don Baltasar, nunca puede ser considerable, para entender, necesitasse de especial dispensacion; pues lo que no se prohíbe, no ay necesidad, que se dispense, *l. Imperator 30. ff. de privil. creditor. l. 1. §. 2. ff. ad municip. l. 1. C. de thesaur.* *Surd. decis. 173. num. 18.* Gratian. *discept. forens. 617. num. 23.* Demás, que si el fundador quiere expressamente, que sucedan, la hija mayor de Don Iuan primogenito, y sus hijos, y descendientes; el señor Don Baltasar, como hijo de la hija mayor, tuvo expresso llamamiento; y para excluirlo se avia de subentender, que dixo el fundador, exceptados mudos, y sordos; que es contra la letra: *Exclusio namque non debet subintelligi, que in verbis dispositionis non repe-*

ritur expressa, ut scripsit D. Ioan. del Castillo *controvers. lib. 3. cap. 15. nu. 22.* Y tambien contra su voluntad, pues teniendo presente, que aquellos que avian de ser sus successores, podian padecer los defectos, o impedimentos, que avria visto en otros, se explicô mas, para quitar dudas, y de todos los que podian sucederle, y hallarse impedidos, o defectuosos, solamente quiso, que no sucediesen los locos furiosos, sin excluir a otros algunos.

21. Porque si bien tuvo dos medios para explicar los que le avian de poder suceder; vno afirmativo, o positivo, qual es el que advierte el señor Luis de Molina *lib. de primogen. cap. 13. num. fin. ibi: Illud autem ultimo loco animadvertendum est, Maioratus institutorem posse furiosos, surdos, & mutos, ac Monachos, & similes ad Maioratus successionem expresse sive ex Regia facultate sive ex legibus Regni invitare; sive Maioratus ex bonis patrimonialibus solum consistat, sive ei dignitas, vel iurisdictio annexa sit: Y otro exclusivo, u negativo, especial, y limitado, a los que era su voluntad hazer incapaces; le pareció este mas compendioso, y facil, para su intento, y con mucha razon, por lo que diximos, *num. 8.* y advirtió agudamente hablando de la prohibicion de la *l. cum prator 12. §. 1. ff. de iudic.* Iuan Paulo Xama *de offic. Iudic. & Advocat. p. 1. quest. 12. num. 7. all: Quia in his que sunt à iure permessa, FACILIOR MODVS EST personas prohibitas proponere, & per consequens alie censentur admittæ, arg. in l. cum Prator 12. ff. de iudic. & ibi glos. & DD. Menoch. de presump. lib. 6. pres. 16. num. 3. & 4.**

22. Y esto se vé mas claro, en la condicion, que aumentó el mesmo fundador, de que los llamados no casassen, con mugeres, que no fuesen de sangre limpia; y la privacion de los que cometiesen delito de lesa Magestad; que todo está demonstrando, que a quantos quiso excluir, u privar, los expresô, y si quisiere excluir a mudos, y sordos, los huviera declarado: *Nam se contrarium volebat, nulla erat difficultas coniunctim ea disponere, ut inquit Imperator in l. vnic. §. sen autem, C. de caduc. tollend. cum vulgatis.* Y así el señor Luis de Molina reduciendo a praxi, la fundacion de los Mayorazgos en el *lib. 2. cap. 17. post num. 47.* despues de aver insertado la escritura con todas sus clausulas, y solemnidades en lengua Castellana, haze esta advertencia en el fol. 338. num. 5. *Si el instituidor quiere excluir a todos los defectuosos, podrá donde dize: Que no suceda loco, ni mentecapto, añadir, ni mudo, ni sordo, ni ciego, ni hermafrodito, ni manco de entrambas manos, o tollido de entrambos pies, o gase o leproso a natura.* Y en correspondencia, de lo que dexava advertido, puso la clausula en persona del fundador, que dize: *Item, si alguno de los llamados a este mayorazgo nasciere loco o mentecapto, O MUDO, Y SORDO IVNTAMENTE, o le sobrevinieren las dichas enfermedades, o qualquier de ellas despues de nascido, antes que suceda en este mayorazgo; que en tal caso, el que tuviere los dichos defectos, no suceda ni pueda suceder en él, y passe la sucesion del al siguiente en grado, siendo las dichas enfermedades perpetuas.*

23. Lo quinto, que esto lo persuade, y muestra la propia naturaleza de los Mayorazgos, pues aun en Castilla, la prohibicion de suceder mudos, y sordos

y sordos, es accidental, y dependiente de la voluntad sola de los fundadores, segun el señor Molina *d. lib. 1. cap. 13. num. 100.* poniendo el exemplo de los Mayorazgos, que ha fundado la prescription, ó la costumbre, allí: *Quod si maioratus non ex scriptura, sed ex sola immemoriali prescriptione constet, non est presumendum in maioratu hanc clausulam (la exclusiva de mudos, y sordos) adiectam fuisse. Quamvis enim tempus immemorabile presuponat bona, de quibus agitur, esse Maioratusi subiecta: Maioratumque iuxta sui naturam, atque succedendi consuetudinem, institutum fuisse; provt supra isto lib. cap. 3. nu. 2. cum seq. ostendimus; hac tamen clausula ex Maioratus natura non procedit, nec in omnibus Maioratusibus adijci solita est: sed in aliquibus aponitur, & in aliquibus deficit. Ideoque non potest hoc, quod tan varie accidere solet ex immemoriali prescriptione presuponi tanquam certum, & invariable. Bart. in repet. l. de quibus, ff. de legib. num. 16. vbi communiter scribentes; nisi in tempore ad prescriptionem praestituto casus acciderit, monachusque, seu furiosus, aut alij inhabiles à Maioratusi successione simpliciter, atque indistincte exclusi fuerint. Tunc namque servandum erit, quod in alijs similibus observatum fuit; alias autem in eo Maioratusi succedatur eo ordine, quo in alijs, quibus hac clausula deficit succedi solitum est.*

24 Concluyendose de todo lo dicho hasta aqui, que ni el drecho comun de nuestro Reyno, ni el Militar de que participan sus Regnicolas en sus testamentos, ni el Canonico a quien recurrimos en falta de ley propia, ni el civil de los Romanos, ni el especial de los Mayorazgos de España, se oponen a la libertad, de que puedan suceder, en el que se litiga, mudos, y sordos; y que su fundador como legislador, y dueño, que no reconocia superior en la disposicion de sus bienes, dexó vna ley general en quãto a los defectuosos, que avian de quedar comprehendidos, ó excluidos, de su herencia, y Mayorazgo, que es la que deve observarse, no con menos puntualidad, que si tuvieramos vn Fuero, que en los Mayorazgos fundados en Aragon, huviera querido establecer el mesmo orden, y condiciones, que en este se pusieron, a favor de los hijos, y descendientes, y dixera: *Aya de suceder, y suceda el llamado, con que no sea loco furioso.*

25 Ni las razones, que el Iuez à quo, tuvo por solidas, y vrgentissimas para su sentencia, vt ibi: *Ad idque solidis, & vrgentissimis fundamentis movemur;* parece pueden probar, ni persuadir, que el señor Don Baltasar fuesse hombre sin juizio, ni entendimiento, y por esto incapaz de suceder a su bisabuelo en este Mayorazgo, porque la primera, que asienta por vasa, y piedra angular de sus motivos, es esta. *In iure enim receptum est, vt qui mutus nascitur, is etiam surdus à natura sit, non quia id semper necessum sit, absit, possunt enim discreta esse mutitatis, & surditatis vitia; sed cum hoc raro accidat, & vitia illa plerumque inter se cohareant iuxta interpretum assertiones, & Iustiniiani doctrinam, pro inde dum de contrario non constiterit, probata solum mutitate, IVRIS PRÆSUMPTIONE surditas infertur, quæ per inde est, ac si ex actis resultasset.*

26 Mas presumir, que el que nació mudo, aya nacido tambien sordo, y que esto sea presumpcion de drecho, y tan cierto, como si en procelso constasse de ambos defectos, no parece puede hazerle lugar; porque la

naturaleza prudente, y provida en sus operaciones, procura siempre sacar sus obras a luz, sin superfluidad, ni defecto, antes en la mayor perfeccion, y hermosura, que puede, vt ipsiusmet naturæ genius testatur, *lib. de anim. successu cap. 8. in princ. ibi: Nihil frustra efficit natura sed omnia ad optimum respiciens, unicuique ex his quæ fieri possunt, singulisque peculiarem conseruat essentiam, & quod quid erat ipsi: & lib. de iuvent. & senect. cap. 4. in princip. ibi: Quia naturam videmus in omnibus possibilibus facientem optimam.* Y así dixo *lib. 8. Physicor. cap. 1. text. 15.* que obra siempre con orden en lo que produce, y nacen con él todas sus criaturas, *ibi: At vero nihil inordinatum est eorum quæ natura, & secundum naturam fiunt; natura enim, causa ordinis est omnibus.* Y Don Alons. Carranz. *de partu, cap. 11. num. 32. ibi: Est enim natura ipsa sensibilibus ordo, & ordinis causa omnibus natura inest ex eodem lib. 3. de Cælo, tex. 24. & lib. 8. naturalis auscultat. tex. 15.* Et idem Carranz. *cap. 20. n. 67. ibi: Humana natura ordinariæ, & iuxta communes regulas, operante.*

27 Y por la misma razon observa el Filosofo *lib. 2. de partib. animalium, cap. 16. ante finem,* que aunque a las demás les dá labios *ad salutem tutelamque dentium,* al hombre se los dá, *tum dentium tuendorum gratia, tum etiam potiori causa, vt bene esset.* Y es consequente lo que dexò advertido, *in eodem tract. lib. 3. cap. 4. lit. E. ibi: Natura enim rem nobiliorem constituere in locis nobilioribus solet, nisi quid maius impediatur.* Infiriendo de estos principios, y reglas naturales, la proporcion, y fin, a que mira cada vno de los miembros del cuerpo, *lib. 1. de generat. animal. cap. 8. lit. E. ibi: Ergo si natura rem quamcumque facit, aut quia necessaria est aut quia melius ita est, hoc etiam membrum ob eorum alterutrum esse debet.* Y la razon nos la dió Menoch. *de præsumpt. lib. 5. præsump. 1. num. 9. & 10.* en comprobacion de que el hombre por su naturaleza se presume bueno, *ibi: Nam cuncta quæ creauit Deus erant valde bona, vt scriptum est. Genes. cap. 1. in fin. & Ecclesi. ist. cap. 7. Sic scriptum est: fecit Deus hominem rectum, & ipse immiscuit se infinitis questionibus. Et rursus: natura est ab ipso Deo, qui est natura naturans: Porro cum Deus sit valde bonus, non potest natura esse, nisi optima. Et huius sententiæ ea esse potest ratio, vt scribit Aristoteles quod natura rei melioris autrix est, quo ad eius fieri potest, & natura ex his, quæ fieri possunt facere solet, quod melius est.*

28 Y deviendose creer, que toda su providencia se ocupa en la formacion del hõbre, como la mas noble de sus hechuras, pues como dixo Andr. Laurenz. *Hist. Anotom. lib. 1. cap. 2. in princ. Vt anima hominis formatæ omnium, quæ sub lunæ concabo sunt, est nobilissima: ita hominis corpus, anime domicilium, cæteris omnibus ita antecellit, vt corporeorũ omnium regula dici possit;* Es tambien consecuencia natural, que en ella resplandezca mas el orden, é integridad de su artificio, vt ex Arist. *lib. 3. de generat. animal. cap. 10. scripsit Carranz. d. cap. 11. num. 26. ibi: Ea quæ secundum naturam sunt ordinem semper habere, vnde quæ naturaliora sunt, magis ac magis ordinata esse oportet.* Y que aya de considerarse el cuerpo humano bien ordenado, y compuesto de todas sus partes, y cinco sentidos exteriores, y materiales, con la correspondencia, que explica Andr. Laurenz. *hist. anoto. n. lib. 11. cap. 2. all. Vt igitur caput animalium facultatum se-*
des,

des. & rationis est domicilium; ita sensus fere omnes, velut satellites, & in-
 rernuntij in capitis Regia, & rationis conspectu sunt circumiecti. Sensus
 hi quinque sunt quia ex phylsophorum doctrina, quinque, sunt simplicia
 corpora, Cælum, & elementa quatuor. De donde Plinio, dixo, que el hom-
 bre era vn epitome del mundo, y las delicias de la naturaleza, en que cõ-
 forman todos los naturales, llamandole mundo pequeño, como refiere el
 mis no Andres Laurencio lib. 1. cap. 1. Mundi epitomem, dize, Et nature
 delicias; omnes vero vno consensu, microcosmos id est, parvum mundum ap-
 pellarunt; y dà la razon, corpore enim, corporum; anima, animatorum om-
 nium vires continet.

29 Aunque Ambrosio Pareo discurre otra mas superior, diziendo,
 en el lib. 1. de prestantia hominis fol. mibi 62. in fine, alli: Est itaque homo, si
 diligenter in omnes eius dotes intuearis, divinæ Mæstatis (& si ita loqui
 liceat) artificij velut exemplar quoddam & regula. Ad Dei enim imaginem
 factus, eius veluti numisma est, omnis humani ingenij captu maius. Quæ
 iuxta veteribus Phylsophis visa est ratio, cur microcosmos diceretur, quod
 in eius & animo & corpore, omnium, quæ Cæli, & terræ ambitu conti-
 nentur, particulae insunt, vt interim eius mentem taceam, omni mundo ma-
 iorem, & nobiliorem.

30 De modo, que segun leyes, y fueros de naturaleza ha de presu-
 mirse, que el señor Don Baltasar, naciõ con aquella integridad, y perfec-
 cion física, que se le deve al hombre, mientras no constare de causa, que
 le haga impedido, y defectuoso. Natura enim (advierte Andr. Lauren.
 vbi sup. lib. 8. cap. 31.) certas habet leges, quas ipsa sibi imposuit; quas sine
 inconstantia & ordinis mutabilitate semper exequitur, nisi ab interno, aut
 externo aliquo impediatur principio; a que mirõ el Filosofo, Rhetoric.
 lib. 1. cap. 10. quando dixo: Natura sunt quorum causa, in ipsis est, & or-
 dinate; aut enim semper, aut plerumque eodem modo eveniunt; quæ enim
 præter naturam sunt, non oportet exacte disputare, vtrum secundum natu-
 ram aliqua, an ob aliam causam fiant. Y en sus problemas sect. 11. problem.
 25. ibi: Magna quidem ex parte secundum naturam homines prodeunt. Y no
 constando en processo, que le faltasse alguno de sus cinco sentidos, sino
 solamente, que era mudo de nacimiento, de tal manera, que no podia hablar,
 ni articular palabras, tiene por si la presumpcion de que naciõ con todos
 ellos, optimè Salicetus in l. si ve possidetis 16. num. 19. C. de probat alli: Qui-
 libet in suis membris præsumitur perfectus, nihil enim natura imperfectum
 in quolibet suo genere, seu specie produxit, ideo eius individua præsumuntur
 perfecta, nisi contrarium probetur, & consonat Baldus ibidem num. 8. vers.
 Tertio oritur, ibi: Tertio oritur præsumptio à natura, scilicet, rei, & per-
 sonæ, de qua agitur, quod præsumitur à iure; sed præsumendum est à Iudi-
 ce, quod qualibet res, & qualibet persona, & qualibet actus, sit, & habeat il-
 lud, quod eius natura requirit. Ad stipulaturque Mascard. de probat. lib. 2.
 conclus. 1225. n. 1. cum seq. Menoch. de præsumpt. lib. 6. præf. 54. n. 28.

31 Sin que pueda inferirse del defeto de la locacion, el que se pretēde
 del oido, por la independencia q̄ entre ambos defetos considera el doc-
 tísimo Pedro Garcia disp. medic. super lib. Galen. de locis affectis, disp. 29.
 cap. 4. sub num. 8. quien discurrendo nuevamente este punto, propuesta
 la

la razon de dudar con la opinion de que el oido, y la loquela tenian un mismo principio, lo resuelve, diziendo: *Quomodocumque autem quis opinetur, circa principium loquendi, & audiendi, siue sit cor, siue cerebrum, non tamen duo instrumenta harum actionum mutuo se consequuntur, quantum ad perfectionem, aut vitium; nam in principio ortus ipsius fetus, auditus bene se habet, percipitque obiecta, loquutio vero minime fit. Illud colligitur ex Galen. lib. 1. de sanit. tuend. cap. 2. ubi refert pueros recens natos delectari cantu; tamen quia oportebat Aristot. reddere causam propter quam sermo vitietur statim ab ortu nature; licet huius sit accommodata ratio, non sequitur idem de auditu; neque enim quia procedant ex eodem principio; Nam si de principio remoto, omnium primo est sermo, absque dubio idem colligeretur de omnibus sensibus, siquidem virtutem percipiunt ab eodem. Si autem de principio proximo, falsum est, esse idem loquendi & audiendi, aut sonos faciendi; non ergo ex vitio huius, sequitur vitium alterius. Y en la disput. 32. cap. 2. & 3. a dōde se remite, buelve a comprobar esta doctrina.*

32 Y aunque regularmente estos vicios escriben los Autores, que vān juntos, vt videre est apud Aristot. de histor. animal. lib. 4. cap. 9. ibi: *Qui surdi iam inde ab ortu nature sunt, ijdem etiam muti.* Plinium lib. 10. de natur. histor. cap. 69. ibi: *Auditus cui homini primo negatus est, huic & sermonis usus ablatas.* Galenum, & Avicenam, & alios, quos refert Zavallos com. contra com. quest. 750. num. 54. que son los textos en que fundan los que suponen reciproco este concurso, ex quorum numero est Mascardus de probat. lib. 1. conclus. 1084. num. 2. & idem Zavallos vbi supra dict. num. 54. y los demās que huvieren dicho lo mismo; pero como se muestra por la lectura de sus originales, su conclusion es, que los que nacen sordos, han de ser mudos, mas no al contrario; y aun en ella reconocē la distancia, y falibilidad, que se colige del mismo Aristoteles in problemat. dict. sect. 11. problemat. 2. ibi: *Cur omnes surdi vocem reddere per nares assolent? An quod prope absunt, vt muti sint? & problemat. 4. ibi: Cur omnes surdi per nares loquuntur? An quod surdi violentius spirant, quippe qui prope absunt, vt muti sint?* Y Andres Laurencio histor. anotom. lib. 11. quest. 11. de sensuum organis, ibi: *Hinc surdi FERRE omnes muti sunt, aut SALTE MEGRE loquuntur.* Ioachim. Camerar. Decur. 5. problemat. 8. Xamar de offic. iudicis. part. 1. quest. 12. nu. 14. ibi: *Natura surdi FERRE simul & muti sunt; quibus accedit l. discretis 10. C. qui testam. fac. poss.* ibi: *Quia scimus quosdam Iurisperitos, & hoc subtilius cogitasse, & nullum esse exposuisse, qui penitus non exaudiat, si qui supra cerebrum illius loquatur. secundum quod Iulientia Celso placuit.* Y otros que omitimos, por evitar prolixidad, y vale por muchos la autoridad de Pedro Garcia de locis affectis, disput. 32. cap. 3. num. 8. versic. *Sed dubitationem habet*, donde pone formalmente la question, alli: *Sed dubitationem habet non exiguam, an inter causas mutitatis debeat poni surditas, ita vt ex eo quod aliquis sit surdus non possit loqui, sed mutus fiat.* Y aviendo ponderado por la afirmativa algunos lugares de Aristoteles de los que dexamos referidos, resuelve por la negativa con estas gravissimas palabras.

33 *Mihi in hac re aliter videtur dicendum, quod non sit opus surdum esse mutum, neque e contrario, licet vtrumque reperiri simul posse certum sit,*

fit, illud tamen est verum, siue surditas contingat à natiuitate, id est statim ac quis in lucem editus est, siue ex morbo. Probatum aperte, quia vt anothomaci testantur, ad linguæ radicem veniunt nervi ex tertio pari, & ad linguam quidem ex septimo; ex quinto autem pari ramus ad auditum; quæ diuersitas sufficiens est, vt actio vnius ledatur, sine lesione alterius; & licet verum sit, ex quinto pari surculum quendam non exiguae magnitudinis in aurem inseri, & ex eodem pari portionem exigua in linguam, & laringem; tamen hæc communio non est sufficiens ad oppositum affirmandum, quia rami sunt diuersi & humor imbibitur potest in vno vt faciat lesionem in proprio sensu & non in alio; præterquam quod non omne vitium operationum sentiendi provenit ex nervis, aut per consensum cum cerebro, sed etiam potest procedere ex propriae partis similis affectu: fieri ergo potest vt sit in vna parte, & non in alia, siue tale vitium à natiuitate, siue aliter contrahatur; y prolixe largamente el assumpto.

34 Esto misino dâ a entender Paulo Zachias *quæst. medicor. legali, lib. 2. tit. 1. quæst. 8. num. 3.* pues aunque assienta la conclusion de sordo a mudo absolutamente, pero de mudo a sordo lo infiere de solo no averlo visto, vt ibi: *Cæterum illud notum cuique est, surdos à natiuitate, mutos simul existere: ego vero mutum à natiuitate audire nunquam comperi, ita vt vice versa, qui mutus à natiuitate est, is simul & surdus existat.* Y para comprobarlo alega el texto en la *l. discretis*, y dize: *Et facit pro mea sententia l. discretis, §. sin autem, C. de testam. & glos. ibi in verb. raro.* Manifestandose de la templança, y modo de dezirlo, quan lexos estâ de ser presumpcion de drecho, principalmente el vltimo caso, pues a serlo, y escribiendo en materia legal, dixera que era cierto en la censura del drecho, y no que era opinion suya, siendo sabido, como el motivo pondera, que la presumpcion de drecho, es liquidissima, y notoria en los juizios, y no opinion de este, û del otro Autor; ni se valiera de la sancion de Iustiniano, por solo conferente a su intento, vt ibi, & *facit pro mea sententia, &c.* sino por decision, y sentencia, que devian seguir todos.

35 Y q̄ dicho texto no pruebe, ni cõstituya essa presuncion, parece llano; porq̄ antes alli propone el Emperador discrecion, ò separabilidad de estos defectos, ibi: *Discretis surdo, & muto, quia non semper huiusmodi vitia sibi concurrunt, &c.* que fue excluir abiertamente la presumpcion, que llamamos de drecho, porque entonces se dize, que el drecho presume vna cosa, quando la tiene por verdadera, sin preceder mas probança, que la experiencia uniforme de los actos, y successos que le obligan a creerlo; segun el propio, y elegante significado, que de la palabra *presume*, observô Alciato de *presumpt. in præludijs part. 1. in princ. alli: Et ita dicitur, quia lex, antequam aliter constet, & absque alijs probationibus, habet aliquid pro vero. ex præpositione Præ, & verbo Sumere. Et ista est propria, & elegans significatio istius verbi, secundum quam reperitur in Digestis, & alijs antiquis Authoribus.* Y aunque pueda suceder lo contrario, no estima essa posibilidad, sino que aplica su presumpcion generalmente, como si en verdad le constasse lo que tiene concebido, hasta que se le prueba la limitacion, que fue lo que dixo Camilo Galino de *verbor. signific. lib. 5. cap. 18. num. 5.* siguiendo la explicacion de Alciato, alli: *Non sumus tractaturi de*

presumptione, provt in equivoco accipitur, sed provt lex, vel Iudex, ante quam aliter constet, & absque alijs probationibus, habet aliquid pro vero absolute, ac mutabiliter; Y lo vemos en la presumpcion juridica de ser malo el que vna vez lo ha tido, diziendo el texto *in cap. semel 8. de regulis iur. in 6. ibi: Semel malus SEMPER presumitur esse malus:* que si dixera al reves *semel malus, non semper est malus,* no podria inducir presumpcion de derecho, ni probar q̄ el q̄ vna vez huviesse sido malo, se presumiesse que siempre lo era; antes bien serian dos proposiciones contradictorias en el concepto de la mesma ley; y de vna disposici6n exclusiva de lo absoluto de la presumpcion, era imposible inferir efectos contrarios, iuxta *l. legata inutiliter. ff. de legat. 1. l. fin. cir. med. C. de prepos. agent. in reb. lib. 10. Suid. cons. 462. num. 16. & cons. 495. num. 7. Scacc. de iudic. lib. 1. cap. 9. num. 1079.*

36 Y assi advirtiendo el Emperador Justiniano en el texto referido la diferencia de nacer vnos sordos, y mudos, otros sordos, y no mudos, y otros mudos, y no sordos, porque no siempre concurren estos defectos, (aunque pocas vezes vayan separados,) y confirmandola con la discretiva providencia respecto de la testamenti faccion activa de cada vno de ellos, no ha de poder entenderse, que vino a dar ley para la presumpcion del concurso, e inseparabilidad de aquellos mismos vicios, y defectos, que separa, y discierne; consideracion al parecer evidente, y comprobada de quantas presumpciones de derecho, puedan discurrirse, y practicarse, pues en todas se hallarà que la ley a principio, y sin distinguir casos, presume siempre vna mesma cosa, hasta que el hecho contrario le limita el concepto general que avia formado en su presumpcion; lo que no puede verificarse en el caso presente. Antes bien tendrà yã V. S. advertido, que nuestros Autores hablan de la mudex, y sordex juntas, y de vna, y otra separadas, sin discurrir que se presume lo que en contrario se esfuerça, vt videre est apud Iasonem, & reliquos *in l. discretis 10. C. qui testam. fac. poss. Ioan. Fab. in §. præterea, nu. 2. instit. quib. non est permis. fac. testam. Petr. Gregor. syntag. iur. lib. 21. cap. 5. num. 5. & 6. & lib. 47. cap. 9. num. 3. & 10. Corral, in l. 1. num. 2. ff. de verbor. obligat. & in l. in adoptionibus 5. num. 2. ff. de adopt. Paulum Æmil Gall. de excepti. success. tit. 1. excep. 6. part. 2. Petrum Barbosa in l. cum Prætor, §. fin. num. 19. & seq. de iudic. concluyendo en el num. 28. Si vero fiat quæstio de muto, & surdo ex accidenti, vel de muto, & surdo separatim, quia tunc cessat ratio de qua supra, quia creditur quod iudicium habeat, non videbitur prohibitus iudicare, quasi iudicio careat, & sic poterit omnes alios actus facere in quibus iudicio opus est. Ni se avrà visto alguno, que fundado en mudex sola probada, y sordex presumpta, aya inferido la falta de entendimiento, en que deve repararse mucho; y puede confirmarse con Parisio *in cons. 63. num. 1. y Zaquias quæst. medicolegal. lib. 2. tit. 1. quæst. 8. num. 9.* que son los que han excitado estas especies.*

37 Y en las operaciones de la naturaleza, qual es de lo que aqui se trata, es mas cierto lo dicho; porque las leyes civiles, igualmente atienden a lo que sucede con frecuencia, y a lo que raras vezes sucede, pulcher text. *in l. si maior 12. C. de legitim. heredib. ibi: Si maior quinquagenaria partum ediderit, si debet huiusmodi soboles suo patri succedere, & hereditatem*

rius nancisci, à Caesariana advocazione interrogati sumus. Et sancimus, LICET MIRABILIS HVIVSMODI PARTVS INVENIATUR, ET RARO CONTINGAT, NIHIL TAMEN EORVM, QVAE PROBABILITER A NATVRA NOSCVNTVR ESSE PRODVCTA, RESPV I: sed omne ius, quod ex quacumque lege liberis praestitum est, hoc merum, atque immutilatum huiusmodi filijs, vel filiabus servari in omnibus successioneibus, sive ex testamento, sive ab intestato; & sumatim, non ab similes alijs fiant, quos similes natura efficit: y lo notò Gotoff. en la l. ea quae raro, 64. ff. de regul. iur. lit. S. y con él Don Alonso Carrança de partu, cap. 11. num. 81. donde aviendo propuesto el argumento de la l. nam ad ea, ff. de legib. y sus concordantes, en que podia apoyar la presumpcion de drecho el motivo, le satisface alli: Sed his omnibus facile satisfacies, si cum Gotoffredo supra distinxeris, & ea quae à natura eveniunt, LICET RARO ACCIDANT, semper attendenda & consideranda ad se veraveris, y lo cõprueba con otros, y repite en diferentes lugares, señaladamente en el cap. 15. num. 10. propuesta la misma razon de dudar, alli: Sed nec ista mihi probantur, nam (vt memini me iam saepius hac tractatione adnotasse, ex d. l. si maior 12. C. de legitim. hered.) ea, quae in natura raro contingunt, semper in iure considerantur, suumque sortiuntur effectum.

38 Idẽ docent Bart. in l. iura 3. n. 1. in fin. ff. de legib. Portius in §. insula, n. 17. in fin. instit. de rer. divis. Philip. Dec. in l. ea quae raro 64. n. 2. ff. de regul. iur. Menoch. de praesumptionib. lib. 5. praesumpt. 24 num. 10. y segun esto, deviò la otra parte alegar, y probar, que el señor Don Baltasar era juntamente sordo, para fundar su intencion en este defeto, ex iuris regula in l. Actor, C. de probat. cum simil. por hazerse Actor en la excepcion el que la opondre, l. in exceptionibus 19. ff. de probat. y deverle gobernar los raros contingentes naturales, por las reglas juridicas, que los demás casos, como enseña Bartolo in d. l. iura 3. num. 1. in fine. ff. de legib. alli: Aut possunt naturaliter evenire sed raro, & tunc non fit super his lex nova, sed lex vetus super alijs facta servatur, vt sic illa naturaliter, licet raro contingenti a, regulentur secundum iura communia, Dec. in d. l. ea quae raro 64. num. 2. ff. de regul. iuris.

39 Demás, que si como dixo el Filosofo, la naturaleza se porta como vn hombre prudente en su providencia lib. 4. de partu animal. cap. 10. alli: Natura autem vt homo prudens, ita tribuere solet cuique rem, qua vti possit; y en lo que falta, ò excede, segun lo que el mismo escribe Phisicor. lib. 3. cap. 8. text. 82. se dize que delinque, peccata, ait, sunt illius; acusarla del defeto de vn sentido, con solo el motivo de constar de otro defeto menor, es hazerla delinquente con dudosas presumpciones, en descredito de su mas noble genio, y multiplicar delitos en sus obras, contra la mas constante, y juridica presumpcion, que como a madre comun le reconocen todos, venerando sus maravillas, y beneficiosos aciertos; quando aun con sus individuos se muestran las leyes tan benignas, y atentas, que a qualquiere le presumen bueno, y sin culpa, l. quoties, §. quis dolo ff. de probat. cap. vnic. extra de scrutin. cap. dudum, & cap. vlt. de praesumpt. y en duda siempre inclinã por la inocencia, l. merito, ff. pro socio cap. stote de regul. iur. Y de dos delitos, procuran excluir el mas grave, l. Praetor ait

4. S. docere ff. de vi bonor. raptor. Y las probanças para convencerle han ordenado, que sean tan claras como la luz, l. sciant cuncti, C. de accusat. & passim DD. y a nuestro proposito Menochio, hablando de aquel raro de la l. si maior, C. de legitimis hered. lib. 5. de præsumpt. 45. nu. 10. in fine, alli: Et si enim raro (vt cum Aristotele, & alijs diximus) hoc contingat: attamen cum sit secundum naturam ad ea leges adaptantur: sicuti in specie declarat Corasius in l. 4. ff. de legib. Et satius quidem est præsumere quinquagenariam peperisse, quam supponendo partum diliquisse.

40 Con esto le assegura mas la defensa natural de esta causa, contra la segunda presumpcion, que de la primera, que supone por cierta el motivo, infiere en la clausula siguiente, alli:

Ex his præmissis, in eã sententiam iudimus vt mutus & surdus à natura, succedere nõ possit in bonis Maioratus anexã iurisdictionẽ habentibus si in eo signa perspicacis ingenij, atque recti intellectus non appareant quod sane omniã fere DD. consensu receptũ inuenitur; cũ igitur talium signorũ ingenij perspicacis, ne dum probatio sed allegatio deficiat: imo ex processu constet D. Balthasarem non potuisse regere, nec sua bona administrare, ob defectum inclusionis, exclusio illius necessario dimanat. Hoc cuique probabitur, si consideretur ratio physica; quippe intellectum esse tanquam tabulam rasam, in qua nihil sit pictum, nihilque sculptum, & omnem nostram cognitionem, & intellectionem à sensu ortum habere, testante Philosopho; qua propter necesse est, secundum eundem, vt loquela, & auditu deficiente, intellectio, & scientia deficiat; sermo enim audibilis existens, causa est disciplina; & ideo iure ac merito qui elinguis est, & auditu caret, licet sit homo, imperfectus tamen homo est; sunt etenim vt ita loquamur, AVDITVS, ET LOQVELA ANIMÆ FENESTRÆ, per quas operatio mentis intrat, egreditur, & perficitur; & his deficientibus intellectus informis est, & quasi in carcerem compactus; que ratio, si verum amamus, negari haud potest quin influat etiam aliquantulum in intellectum intrinsecum, & faciat vt regulariter imperfectus, & rudis iudicetur. Y despues de algunas ponderaciones, concluye: Et tãdem vt plurima alia testimonia omitamus, que passim quærenti venient ad manus, necessarium esse in maxima rerum ignorantia versari, & quoad sciendum & intelligendum, humanam quasi belluam esse, & sanæ mentis non præsumi sed tanquam truncum, & hominem mortuum haberi ad instar furiosi & mentecapti.

41 De suerte, que dando por probada la sorder en el señor Don Baltasar desde su nacimiento, le reduce a estado de no ser hombre, haziendole mentecato, furioso, bestia humana, tronco, y cadaver, por no averse alegado, y probado que huviesse dado señas de claro ingenio, y sano entendimiento, y tener contra si la presumpcion de no tenerlo; circunstancia, que dize tiene por necessaria el comun assentimiento de los Doctores: A que pudieramos responder, que faltando el primer fundamento de la pretendida presumpcion de sordo, ha de caer el edificio de este discurso, y destruirse mas, quanto mas se levãte, argum. l. ego tecum 29. ff. de except. rei iudic. ibi: Cum aliter superior pars, iure haberi non possit, quam si inferior quoque iure habeatur, l. fin. ff. de constit. pecun. Can. Paulus l. q. i. cap. veniens de Presbyt. non Bapt. D. Ambrosius lib. 2. offic. cap. 2. ibi:

Si vitioso fundamento pulchra culminum Velis elevare fastigia, quo plus extruxeris, plus corrui. Gonçal. ad reg. 8. Cancell gloss. 31. num. 29. cum seqq. Pero porque entre semejanças, y exageraciones, no padezca nuestra misma naturaleza, siendo verdadera madre, los descritos de madrastra, con que quisieron infamarla algunos Filósofos, de quienes haze mencion Andres Laurencio en su historia anotomica lib. 1. cap. 3. dirémos Señor, que aun suponiendo, que huviesse constado verdaderamente de mudez, y sordera, se hallava tambien asistido en esta parte el señor Don Baltasar de la presumpcion mas cierta, y poderosa, que se reconoce en todo lo criado, no pudiendo negarse, que aviendo nacido con alma racional, no podia dexar de ser hombre: *Neque enim* (dixit D. Alfons. Carranz. de partu, cap. 1. §. 2. num. 16.) *quidquam clarius, certiusve est, quam habentem animam rationalem, hominem esse.* Y que la naturaleza le dotò como a los demás de entendimiento, eleganter Philosophus in *problemat. sect. 30. problemat. 5. alli: Natura parens, & author omnium, instrumenta nobis duo inseruit, quorum opera instrumentis extraneis uti valeremus: manum inquam corpori dedit, animo mentem. Est enim mens quoque rebus à natura nobis impertitis à numeranda, vicem sane gerens instrumenti. Ceteræ omnes scientiæ, artesque, nostra opera sunt: mentem ipsam opus esse naturæ fatendum est.* Y así dixeron Mascardo de probat. lib. 2. conclus. 1225. num. 5. *Et quia sensus & naturalis ratio hominibus inest à natura, ideo naturali præsumptione quis rationalis præsumitur.* Y Alciato de præsumptionib. regul. 1. præsumpt. 38. num. 1. *Sensus & ratio naturalis præsumuntur in quolibet homine, nisi probetur contrarium.* Y mejor Saliceto in l. sive possidetis. nu. 19. C. de probat. ibi: *Similiter quilibet præsumitur sanæ mentis, ex eo quia homo est animal rationale, & sic sanæ mentis, quia insani carent ratione, ut l. nec codicillos, &c. & hæc omnia operatur ratio insita homini à natura.* Et bene Fulvius Pacian. de probat. lib. 1. cap. 53. num. 1. & 3. con Barrulo, Baldo, y otros, eruditè Menchaca de success. progressu. lib. 1. §. 1. num. 59. & 60. ubi ait: *Quod nulla vehementior, iustior, aut certior præsumptio esse potest, quam quod homo sit sanæ mentis.*

42 Y aunque Baldo en la l. 1. num. 12. C. de confess. dixo, que el mudo, y sordo erat minus quam homo perfectus; pero entiendese no respecto del entendimiento, y razon, sino del sentido material, y exterior que le falta, como explica magistralmente Paulo de Castro in l. cum Prætor 12. §. non autem omnes, num. 2. ff. de iudic. tratando de los impedimentos naturales para la Iudicatura, alli: *Item nota quosdam prohiberi propter mentis exilium, ut furiosus perpetuo, in quo non potest iurisdictio fundari, cum ad eius exercitium requiratur iudicium, quod in eo non est. Quidam propter mentis defectum, ut impubes, in quo non est mentis exilium, sed imperfectio, & speratur perfici, non sic ut in furioso. Tamen idem est quod in furioso hoc casu, ut in eo non possit iurisdictio fundari, &c. Quidam prohibentur ratione sensualitatis, ut mutus, & surdus, in quibus non deficit mens, sed sensus, qui differt à mente.*

43 Y respondiendo formalmente a la duda, lo entendió, y resolvió así el señor Fiscal Don Luis de Casanate conf. 61. ex num. 53. cuya doctrina, por comprehender sustancialmente quanto puede discurrirse en
 este

este punto, con los Maestros, y antiguos Padres de la Jurisprudencia, de quienes, como de fuentes claras, se bebe la verdadera enseñanza, segun advierte el señor Reg. Sesse *decis. 148. lib. 2. in princ.* y no ser tan obvio el segundo tomo de sus consejos, donde va ocupando el primero lugar el citado, la transcribiremos, para que con mas facilidad pueda tenerle a la mano. Dize pues d. num. 53.

44 *Adhuc tamen, & si versaremur in dubio, & in omnino muto, & surdo, falsum prorsus est, quod ex eo quod quis mutus, & surdus est, presumatur carere intellectu. Contrarium enim verius est, ut recte docuit Bald. in leg. 1. Cod. de confess. vbi dicit, quod mutus, & surdus non est animal irrationale, sed habet intellectum, & generare potest. Est tamen minus quam homo perfectus, ratione sensus exterioris deficientis, & pulchre Lancelotus Galiaula in d. l. 1. in princ. num. 57. & ff. de verb. oblig. vbi dicit, quod lex non suspicatur tales esse penitus sine intellectu: cum naturali utantur ratione licet illam non satis perfecte possint exprimere.*

45 *Pulchre Menchaca de success. progressu, lib. 1. §. 1. num. 58. & 59. comprobans ex eo quod substantia hominis est, quod sit animal rationale, neque vlla in toto iure verior, iustior, aut certior presumptio esse possit quam quod homo sit rationalis, & sanae mentis, & consensum habens. Quam presumptionem ipsa quoque iura probarunt in l. nec codicillos, C. de codicillis, l. congruit, §. final cum l. seq. & ibi Bald. ff. de offic. quæstor. Dec. in l. furiosus, num. 19. C. qui testament. facere possunt & cons. 448. num. 9. & 489. in fine. Mascard. in conclus. furiosus, Menochius late de presumptionib. lib. 6. presump. 45. num. 18. Fulvius Pacian. de probat. lib. 2. cap. 19. nu. 28. Sfortia Perusius cons. 93. num. 11. lib. 1.*

46 *Et profecto si verum amamus) comprobatione hoc non indiget. Nam vitium loquelæ & vitium auditus, nihil commune habet cum vitio intellectus & tantum inter se distant, quantum sensus exterior à sensu interiori, ut recte tradit Butigella in d. l. 1. ff. de verb. oblig. num. 86. & num. 90. vers. Specialius vero, vbi etiam dicit, quod potestas, & facultas intelligendi sunt quid prorsus separatum à facultate & potestate loquendi & audiendi; adeo quod nihil habeant inter se commune, & nihil faciant hæc, quominus quis intelligat perinde, ac si vitia hæc non adessent.*

47 *Y esta independenciam natural entre los sentidos exteriores, y el entendimiento, la confirma Aristoteles lib. 3. de anima, cap. 3. text. 152. alli: Quod igitur non idem sit sapere & sentire, manifestum est; hoc enim animalibus inest omnibus, illud autem paucis. Sed neque intelligere, in quo est quod recte, & quod non recte (quod enim recte prudentia, scientia, & opinio vera; quod vero non recte contraria eorum) neque hoc inquam est idem cum ipso sentire: sensus enim propriorum verus est, & omnibus inest animalibus; intelligere autem contingit & falso, & nulli inest, cui non insit ratio. Et textu 155. ibi: De ipso autem intelligere quoniam diversum est ab ipso sentire, &c. Y Andres Laurencio histor. anatomic. lib. 11. q. 11. prope finem, lo expresô con palabras de oro, alli: Hominem, QUANTVM VIS SVRDVM ratione ad inventionem armavit natura.*

48 *Ni el dezir, que el entendimiento humano, sin la dependencia de los sentidos, es como la tabla rasa, ô lienço desnudo de los primores*

del pincel, y del arte, se ha de entender tan absoluta, y materialmente, como suena; quando el alma racional en su admirable creacion, recibe con el entendimiento aquella luz celestial, que le infunde el Soberano Pintor con su imagen, y semejança, de poder conocer, formar conceptos, e instruirse por si propria, segun enseña el Gran Padre S. Basilio epist. 83. ad Cæsareanos, ante finem, alli. *Vt enim Sensus rerum sensibilibus ita & mens intelligibilibus notionem, & conceptum habet. Simul autem & hoc dicendum, quod naturalem illam iudicandi vim, nobis in sevit, ac fecit, nihil indigam doctrinæ, qui nos condidit Deus.* Y es lo que dixo Ioachimo Camerario in Decur. problemat. Phisic. 26. alli: *Anima prædita ea facultate potest, ut intelligere possit divinitus ista efficacitate instrui solet.* Y Andreas Laurencio histor. anatomic. lib. 1. cap. 3. llamó a la razon, *ars ante omnes artes, artium omnium ars, & officina.* Y el mismo Ioachimo Camerario ubi supra problemat. 28. la describió deste modo: *Princeps autem, & quasi Regina est mentis vis, latine possumus, ni fallor, intelligentiam nominare; quæ iam verum, per se ipsa non ab alio sustentata, atque fulta, apprehendit cognoscendo, & scientiam ex sese gignit: vel est potius ipsa scientiæ efficacitate, & dignitate prior, atque superior: & in contemplatione veri, & boni acquiescit, scientiæque mater est, idest, producens scientias in animo ipso disputatio, hoc secum quasi colloquente; de quo latè, & eleganter Marullius Ficinus to. 1. de inmort. animæ, lib. 6. cap. 2. & epistolar. lib. 2. in epistola quæ inscribitur, mens magis quam sensus optatum finem consequi potest. & seqq. Ambrosius Pareus de animant. & hominis præstant lib. 1. cap. quod homo omnibus excellat brutis, cum seqq. Franciscus Valelius de sacra Philosoph. cap. 1. post med.*

49 Y aunque no podemos negar, que para conocer los objetos corporales, aprehender, y explicar lo que concibe con mas facilidad, necessita el hombre del socorro de los sentidos exteriores, pues como dixo Ioachimo Camerario d. problemat. 28. *Sunt quædam adminicula, vel potius necessaria adiumenta in corpore quinque partita, id quod nemi nem fugit, generalibus exposita nominibus, visus, auditus, odoratus, gustatus, tactus.* Pero entre ellos solo el tacto es necessario para el ser de la vida, y de él dependen todos los demás, ex Aristotele lib. 3. de anima, cap. 13. tex. 66. ibi: *Sine enim tactu nullum contingit alium sensum habere, & inferius: Sine autem tactu, nullum possibile est alium esse, & text. 67. ibi: Manifestum est igitur, quod necesse est, hoc solo privata sensu, animalia mori, neque enim hunc possibile habere non animal existens: neque cum sit animal alium habere necesse est præter hunc.* Por cuya causa di e el mismo text. 68. *Alios autem sensus habet animal, sicut dictum est, non ut sit sed ut bene sit: ut visum, quia in aere & aqua, ut videat; omnino autem, quia in perspicuo. Gustum autem, propter iucundum, atque molestum, ut sentiat id, quod in alimento, & concupiscat & moveatur. Auditum autem, ut significetur aliquid ipsi. Linguam autem, ut significet aliquid alteri.* Y Ioachimo Camerario dict. problem. 28. que no participan de razon, ibi: *Sensum esse notitiam rationis expertem eorum quibus afficimur.* Y en la Decur. 2. problem. 1. que en el conocimiento es mas falaz, ibi: *Corporum autem cognitio sub sensus cadit, quamvis multa, longè recedendo, & ipsos effugiant; id vero quod ex illis,*

illis, quæ intelligentia comprehenduntur, quasi in speculo apparet.

50 Y aunque tambien sea cierto, que al que se halla privado del oido, le falte la perfecta comprehension de lo que ha de percibirse por aquel sentido, que es como tener el alma cerrada vna puerta de la casa, y domicilio del cuerpo, por donde le instruye, y comunica noticias el sonido de la voz; mas quedandole otra abierta, y la mas principal, que es la vista, puede tambien instruirse de los objetos, ya por lo que ellos mismos le representan, y ya por lo que las señas, caracteres, acciones, y movimientos de los otros hombres le significan, si bien no con aquella vniversal perfeccion, que corresponde a cada sentido, segun la doctrina vniforme de los Filósofos, que demás de los cinco exteriores, dan en el hombre otro comun, y material, que llaman fantasia, donde se reciben, conservan, y disponen las especies que aquellos embian, para la operacion del entendimiento; vt videre est apud Patrem Oviedo *tr. de anima controvers. 4 punct. 2. á num. 1.* Y estas no siempre se perciben por los sentidos propios, y correspondientes, si tambien por los estraños del objeto, imitando con alusion, y semejança su propiedad; y en qualquiera de estos casos, llega á hazer su operacion el entendimiento, comprehendiendo el objeto, si es la especie del sentido propio, con el conocimiento claro, é intuitivo, y si del estraño, con conocimiento menos claro, y abstractivo, vt ex Scoto, & Connibricensib. tradit Pater Oviedo *dict. tract. de anima, controvers. 6 punct. 4. á nu. 16. a* que alude lo del Poeta referido por Butig. *in l. 1. de verb. oblig. num. 90.*

Multum animo vidit, lumine cæcus erat.

Y lo que refiere Ioachimo Camerario *Decur. 7. problem. 7. de Epicarmo*

Mens vidit, mens audit ipsa. surda, cæcaque reliqua sunt.

Et comprobat Aristoteles *de anima, lib. 2. cap. 6 & seqq.*

51 Mas quanto comprehende la jurisdiccion de los ojos, se conoce con mas fidelidad, y certeza gravemente el Padre S. Basilio *super Isaiam, cap. 1. in princ. ibi: Inter sensuum nostrorum organa, vnum illud eorum quæ sensui subiacent, evidentissimam obtinet cognitionem, & intelligentiam, nempe visus; quæ enim formidabilia sunt, nequaquã possunt auditu internosse, perinde ac visu. Adde quod alia vis nulla peræque apprehendit, quid potissimum expetere debeas, vt visio. Hinc factum, vt eorum quæ veritate nituntur, speculatio, visio appellata sit, ob evidentiam, ac rectam certitudinem.* Et Divus Augustinus *lib. 10. confess. cap. 35. ibi: Oculi autem sunt ad cognoscendum Principes; ideoque concupiscentia oculorum eloquio divino appellata est.* Divus Petrus Crisolog *sermon. 139. acutè Divus Gregor. Nissen. homil. 7. in cantic. ibi: Oculi nobis omnium operum Magistri sunt, & Doctores; & plura referunt Pater la Cerda tom. 2. in Tertull. pag. mibi 375. Novarin. in vmbra virgin. lib. 4. excursu 20. nu. 221. Divus Chrysostom. homil. 55. in cap. 9. Ioann. Divus Thomas super lib. 2. Aristot. de anima. lect. 14.*

Noster Imperator Iustinianus *in §. sed cum magis instit. de gradib. cognat. ibi: Sed cum magis veritas oculata fide, quam per aures, animis hominum infigitur.* Y lo cantò Horacio in Arte Poet.

*Segnius irritant animos demissa per aures,
Quam quæ sunt oculis subiecta fidelibus.*

Et alibi. Certior aure arbiter est oculus.

Y dieron la razon Marfilio Ficino in theophiastrum, c. 21. ibi: *Visum esse sensuum prestantissimum apparet, quoniam, citius longius, amplius distinctius, quã ceteri, sentit. Sed proprius Zaquias quast. medicolegal lib. 2. quast. 4. num. 9. alli: Quoniam species phantasia oblata per alios sensus, quam per visum, non adeo ad vivum exprimere possunt rerum imagines: inter omnes enim sensus, visus longe magis distincta presentat phantasmata sensibilibum rerum: & iuvat Quintilian. inst. orator. lib. 11. cap. 3.*

52 Y defendiendo a la naturaleza de la censura de Momo, y otros Filósofos, que hallaron menos ventanas en el cuerpo humano, por donde explicasse el alma sus afectos, se valió de este argumēto la elegancia de Andres Laurēcio, *histor. anothom lib. 1. c. 3. alli: Momus vero imprudentia demandus, qui fenestrata optabat corpora, ut animi omnes affectus paterent: Annon (Mome) in facie vultu & oculis lucent animi omnia pathemata? Sunt oculi animi indices, ut vultus animi est imago; per oculos, velut per fenestram ad animam usque penetratur, ut præclare dixerit Alexander, oculos animi speculum esse. Mirantur oculi, adamant concupiscunt, amoris, iræ, furoris, misericordiæ, ultionis, indices sunt; denique ad animi affectus omnes, oculi sunt compositi, eius imaginem ita exprimentes, ut alter animus esse videantur: hos enim cum osculamur, animum ipsum attingere videmur. In facie vero quam manifesta visuntur merentis, timentis, cupidi, irati, gaudentis animi signa! In vultu audacia, pudor, maiestas, conspicua sunt. Namque in supercilijs superbia inhabitat, in genis pudor, in mento maiestas, in corde nascuntur hæc omnia: sed hic sedem habent, huc subeunt hinc pendent.*

53 Ni sirven solamente los ojos para el conocimiento, uno tambien para la explicacion, vnde Lucius Crasus apud Ciceronē lib 3. de orat. ibi: *In ore inquit sunt omnia: in eo autē ipso dominatus est omnis oculorum animi est ea omnis actio; & imago animi vultus est indices oculi: Nam hæc est una pars corporis & quæ quot animi motus sunt, tot significationes, & commutationes possit efficere: oculos enim natura nobis, ut equo & leoni setas, caudam, aures, ad motus animorum declarandos dedit. P. Pinto Ramirez in spicileg. sacro, tract. 1. cap. 12. §. 2. n. 11. Vbi illud Noni carmen refert.*

Oculos vero vibravit vagos, instar verborum.

Cui addendus Marcelus Palingenius in Zodiac. vite in libra, fol. mibi 192. ibi:

Quotiesque videre,

Aut affari aliquem volumus, tunc lumina nostra,

Eius in adversos oculos intendimus, ac si

Totus homo, atque animus totus consisteret illic.

54 Demás, que para este fin les acompañan, y ayudan las manos, y demás partes del cuerpo, que con señas, y gestos, substituyen el defeto de la locucion, ut concinne D. Augustinus tom. 1. lib. de Magist. ibi: *Nunquam ne vidisti, ut homines cum surdis gestu quasi sermocinentur; ipsique surdi non minus gestu, vel querant vel respondeant, vel doceant, vel indicent, aut omnia quæ volunt, aut certè plurima? Quod, & rectè adnotavit Quintilian. instit. orator. lib. 11. cap. 3. ibi: Quippe non manu solum, sed natus etiam declarant nostram voluntatem, & in mutis pro sermone sunt;*

salutatio frequenter sine voce intelligitur, atque afficit, & ex ingressu, vultuque perspicitur habitus animorum. Et inferius: Dominatur maxime vultus; hic est saepe pro omnibus verbis. Et tandem: manus vero vix dici potest, quot motus habeant, cum penè ipsam verborum copiam persequantur: Nam ceterae partes loquentem adiubant haec (prope sum dicam) ipse loquuntur, ut in tanta per omnes gentes, nationesque linguae diversitate, hic mihi omnium hominum communis sermo videatur. Et cecinit Nonus Poeta apud Pinto Ramirez vbi supra.

Nutus pro sermone habens, pro ore manum, pro voce digitos.

Et Lucianus apud eundem: Non tan video quae facis, o homo quam audio; ipsis enim manibus mihi loquutus videris. Et Caliodorus lib. 1. variar. epist. 20. Ore clauso manibus loquitur, & quibusdam gesticulationibus facit intelligi, quod vix narrante lingua, aut scriptura, posset intelligi. Consonat Aristot. de part. animal. lib. 4. cap. 10. col. 4. & bene Ambrosius Pareus de animant. & homin. praest. lib. 1. fol. mihi 60. lit. A. ibi: Itaque in linguae inutilis subsidium cogimur reliqua membra advocare, ac capitis, oculorum, manuum & pedum gesticulationibus abuti. Alia referunt Franciscus Valerius de Sacra Philosoph. cap. 3. fol. mihi 51. Bibliothec. Vatican. de Hercule Prbizar. litter. inventor. & plura congerit P. Pinto in specileg. sacr. dict. tract. 1. cap. 12. num. 11. & 12. Et in iure nostro probat. text. in l. pater 93. §. 1. ff. de acquir. heredit. l. seruo invito 66. §. 3. ff. ad trebelli. l. & in epistola 22. C. de fideicomiss. & in l. delegare 17. ff. de novatio, D. Vicecancellarius Crespi observat. lib. 2. observat. 113. num. 55. ibi. Mutus enim non verbis sed signis loquitur, perinde, ac si vocem formaret.

55 De aqui es, que el derecho los tiene por capaces de celebrar qualquiera contractos, que para su validacion no necesitaren de expresiõ de palabras. Paulus in l. item quia 4. ff. de pactis, ibi: Item quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis, in vecta illata pignori esse locatori, etiam si nihil nominatim convenerit. Secundum haec, & mutus pacisci potest. Y Emilio Ferrero in l. 1. num. 2. eodem titulo, ibi: Pactum ergo cum sit consensus, neque verba, neque litteras exigit: Ideo mutus pacisci potest. Y este consentimiento, que explican los mudos por señas, dixo Acurcio, que era expreso in d. l. 4. lit. E. ibi: Nam & expresse consentire potest; nec enim intelligo, ut ubicumque contrahat mutus & tacite pacisci dicatur. Si enim annuit, vel capite, vel humeris, vel alijs signis, expresse contrahit. Y la addicion marginal, Nota: expresse dicitur quod ex signis colligitur. Y alabõ mucho esta glossa Paulo de Castro in eadem l. nu. 3. alli: Nota etiam quod mutus potest pacisci, tam tacite, quam expresse, non verbis, sed signis, secundum gloss. quam nota, nam expresse dicitur, si intervenerunt verba ab una parte, licet ab alia nõ sed signa; hoc vult ista glossa, quam perpetuo tene menti. De donde inferre Emilio Ferrero vbi supra: idem posse, quantum ad consensum, mutum inter presentes, quantum nuntius inter absentes. Hieronymus Butigel. in l. 1. n. 83. ff. de verb. oblig. Ioan. Orosc. in coment. ad eandem l. Item quia. in verbo pacisci. Petr. Gregor. syntag. iur. lib. 21. cap. 5. nu. 5. D. Crespi d. observat. 113. num. 55. Y recibe luz el texto en la l. mutus 43. ff. de procurator. vbi haec: Mutus, & surdus per eum modum, qui procedere potest procuratorem dare non prohibetur.

56 Y confirmò singularmente esta regla, el mesmo Jurisconsulto Paulo en la *l. in quibuscunque* 48. ff. de oblig. & actio. que es texto formal, y el mejor que puede hallarse en esta materia, en testimonio de la natural presumpcion de entendimiento, y sano juicio, que se ha fundado; sus palabras son estas. *In quibuscunque negotijs sermone opus non est, sufficiente consensu: ijs etiam surdus intervenire potest: QVIA POTEST INTELLIGERE, ET CONSENTIRE, veluti in locationibus, conductionibus, emptionibus, & ceteris;* razon que no parece dexa la menor duda para entender, que esta parte es la que tiene por si con evidencia la presumpcion del derecho; pues las naturales lo son, segun lo que dixo Saliceto in *l. si de possidetis* num. 18. in fine, C. de probat. alli: *Quia & presumptiones naturæ, à iure sunt inductæ; unde, & iuris sunt;* y passando a fundar su decision en la que se disputa el texto referido, bien podremos dezir, que ha de estimarse por presumpcion, *iuris & de iure*, ex Felino in cap. quanto, num. 3. de presump. Petr. Gregor. syntag. iur. lib. 48. cap. 11. num. 9. Alciato de presump. in prelud. part. 2. num. 3. que la difinen: *Dispositio legis aliquid presumentis, & super presump. tanquam sibi comperto stantentis;* aunque no sea del numero de las que excluyen la probança en contrario, iuxta trad. per Gullier. Mayner. in *l. in obscuris*, nu. 7. de regul. iuris, Menoch. de presump. lib. 1. quest. 31. n. 1. & quest. 60. cum seq.

57 Y por la mesma razon Baldo en la *l. mutum* 5. num. 1. ff. de acquir. heredit. explicando aquella palabra, *constat*, del Jurisconsulto, saca por ilacion cierta, perspicaz entendimiento en los mudos. Pone la conclusiõ: *Hereditas potest adiri nutu*, y prosigue: *In textu, ibi, constat: Ergo si ille mutus & surdus deprecatione ficta (con señas) remansit in possessione bonorum patris, intelligitur gessisse pro herede, quia (notese) licet lingua & auditu careat, habet tamen perspicacem intellectum, ut in multis apparet.* Y puede fundarse en la doctrina del Filosofo de morib. lib. 6. cap. 12. donde prueba, que aunque el hombre no es sabio por naturaleza, pero que tiene entendimiento, juicio, y perspicacia, ibi: *Quo circa esse etiam hæc naturalia videntur: ac sapiens quidem natura nemo est: sed sententiam habet, & perspicaciam, & intellectum; indicium cuius illud est, quod hæc sequi etiam ætates existimamus, talisque ætas intellectu, & sententia prædicta est, quasi causa ex natura ipsa sit; ideo, & principium, & finis intellectus est.*

58 Asseguralo tambien la experencia, indice fiel, y maestra de la verdad, como dezia Galeno, referido por Don Alfonso Carranza de partu, cap. 9. nu. 9. prope finem. *EGO non solum in Hippocratis scriptis, sed etiam in omnibus antiquorum libris observavi, ut non temere, quod quisque eorum dixerit probem, sed experientia, ac ratione, verum an sit, an falsum? examinem.* Y Carranza ibidem num. 10. plus operari historiam, & experientiam, quam syllogismum. Menochio de presump. lib. 6. presump. 52. n. 58.

Atestanla Barr. in *l. 1.* num. 7. ff. de verb. oblig. ibi: *Vt est Dominus Nellus de Gabriellis de Eugubio, qui propter sui magnam perspicaciam, licet non audiat omnino, tamen ad motus labiorum homines, quantumcumque secretè loquentes, intelligit, quatenus eius visus protenditur, & quosdam alios vidi.*

59 Ioannes Sichardus in l. discretis 10. num. 5. C. qui test. fac. poss. ibi. Nam videmus multos mutos, & surdos a nativitate, qui tamen sunt sane mentis: & EGO talem vidi Basileae, qui non tan contrahabat publice, & privatim, verum etiam intelligebat ex motu labiorum, quid quisque loqueretur.

60 Vancius de nullit. sentent. ex defect. mandat. num. 25. ibi: Quinimo REGULARITER intellectus acutissimi existunt, & ad motum labiorum intelligunt, ac sunt valde perspicaces. Mascardus de probat. conclus. 1084. n. 1. ibi. Cum ut plurimum acutissimi existant intellectus, &c.

61 Valquius de success. progress. lib. 1. §. 1. num. 172. ibi: Sed EGO novē quendam mutum, & surdum a natura, fratrem utrinque coniunctum Decurionis divitis, nomine Figueroa, in celebri Opido Valisoletano, qui erat tam integri intellectus, ut quotidie magnam pecuniae vim ad cartis pictas in omni fere genere lusus iactaret, vicissim lucrificando, vel amittendo; nec ullus erat, qui eo dexterius, aut magis strenue luderet; & sua peccata coram Sacerdotibus confitebatur; neque ullus erat in populo qui plures conciduum nosceret, aut elloqueretur signis, & tractaret; nuntia undecumque relata, rarus erat qui prior quam ipse nosceret; quas ad res non minus, sed potius magis intellectu opus erat, quam ad testamentum faciendum.

62 Ioannes Bolognetus in consil. 4. num. 105. que habla de los feudatarios, ibi: Nam mutus recte considerando in omnibus potest servire domino suo sicut loquelam habens, cum loquela defectus non impedit, quin possit servire in militia, & vibrando enses equitare, urgere, volvere, & retinere equum, torniamenta facere, & quaecumque alia bellica officia exercere possit, sclopetis, & sclopetonibus, uti, & cum eis bellare valeat, & in hac Civitate habemus duos, qui haec omnia perfectissime faciunt, & tam ad sensum hominum apparent, ut hoc negare imperfectio sit intellectus.

63 Ioann. Brunneman. in cōment. ad d. l. discretis 10. C. qui test. fac. pos. respondiendo a los que negaron al mudo, y sordo la facultad de testar ad pias causas; por la razon, de que voluntas eius hominis perfecte ab alijs cognosci non possit, dize: Ea tamen ratio, & iuri nostro, & experientia repugnat. Iuri, nam si voluntas eius certo cognosci non potuit, cur id veteres militi concesserunt? Cum tamen eius voluntatem certam esse oporteat. Experientia repugnat, cum etiam in hac Civitate nostra, & Academia, Civem habuerimus Bibliopegum, qui natura mutus, & surdus fuit, & tamen artem suam, non tantum ex acte didicerat, sed etiam animi sensa alijs exquisite communicare poterat, & novellas hic fere primus in Civitate norat, in quo Dei nostri miram dispensationem adnovertere poterimus. Et forte talia exempla alibi plura reperiuntur.

64 Caldas Pereyra in l. si curatorem, num. 68. C. de in integ. restit. minor. verb. cum non ab similis, ibi: Mutus vero perfecte intelligens, quales PASSIM in pluribus oppidis reperiuntur, qui lusus omnes optime noscunt, ac signis, & nutu, & labiorum motu secum loquentes, perfecte intelligunt.

65 Y la razon es otra experiencia, que advierte Geronimo Butigela in d. l. 1. num. 90. ad finem. ff. de verb. oblig. alli: Imò plerumque videmus ad mirabilia, quedam ingenij argumenta in huiusmodi personis; quasi in quo de-

defecit natura, in alio velleit compensare, iuxta illud.

Ingenio, forma damnum repende.

Refert, & sequitur D. Cassanate dict. conf. 61. num. 55.

66 Ni el motivo de que Papiniano compara el mudo, y sordo al ignorante, refraga, porque la respuesta de Papiniano, que hallamos en la *l. cum pater 77. §. surdo, & muto 3. ff. de legat. 2* es esta: *Surdo & muto, que legatum accipit, vt cum morietur restituat, recte mandatur: nam & ignorantes adstringuntur fideicommissio, quibus ignorantibus emolumentum ex testamento queritur.* Y la razon de dudar de este texto, no es el defeto de entendimiento, que se pondera, sino el del oido, nacida de aquellas palabras, *vt cum morietur restituat, recte mandatur*, que parecia no acomodarse bien al sordo, y mudo, por su impedimento natural. Y assi a la objecion, que podia hazerse de la dificultad de poder oir el gravamen, con que dexava el Legado el testador, respondiò con el argumento de que tambien los que ven, y oyen, quedan gravados a restituir los Legados sin ciencia suya; porq̄ tampoco necesitan de ella para adquirirlos, iuxta tex. *in l. filius familias, §. 1. ff. qui testam. fac. poss. & in l. fin. C. quando dies leg. ced.* como si dixera el Consulto, no puede ser la sordera, y mudex del legatario, escusacion para que no se le grave con fideicomisso, quando para adquirir el Legado, no le sirve el defeto del oido de impedimento; como en qualquiere otro legatario sucede, sin atender a si supo, ò no que se le avia dexado el Legado, por ser justo, que pues para la utilidad de adquirirlo no haze al caso su noticia, tampoco se dude con esse pretexto para el gravamen de su restitucion, no pudiendo sentir en ello el menor perjuizio, ex iuris placito *in l. ab eo 9. C. de fideicommiss. & in l. 1. §. 17. ff. ad Treb. l. Imperator 70. in princ. & §. 1. ff. de leg. 2. l. non amplius 26. ff. de leg. 1. l. sed si non servus 36. ff. ad l. falcid. l. filius familias 14. §. apud Marcellum de leg. 1.*

67 Ni obsta Pomponio, que dixo en la *l. apud Labeonem 246. ff. de verb. signific.* hablando de la exhibicion judicial: *Et qui mutum, aut furiosum, aut infantem exhibet, non potest videri eius prestare presentiam: Nemo enim ex eo genere praesens SATIS APTE appellari potest*, pues, que el mudo que se presenta, ò exhibe en juicio, *satis apte praesens appellari non possit*, no puede negarle, en comparacion de qualquiere otro, que pudiesse hablar, y en quanto necesite el exhibido de la locucion, *arg. l. 1. vbi DD. ff. de verbor. oblig.* no pudiendo dexar de faltarle a vn mudo aquella facultad de explicarle, *satis apte*, como los demàs; sin que pueda inferirse de no hablar, que le falte juicio, ni entendimiento, vt ad sensum patet.

68 Ni Paulo en la *l. cum Praetor 12. §. non autem omnes, ff. de Iud. alli: Non autem omnes Iudices dari possunt ab his, qui Iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne Iudices sint: quidam natura: Quidam moribus. Natura vt surdus, mutus, & perpetuo furiosus, & impubes, qui iudicio carent, & c.* Porque estas palabras, *quia iudicio carent*, de donde quiere arguirse la falta de juicio, ò locura del mudo, y sordo, se han de entender con proporcion, y respeto, a los impedidos, è inhabiles, en quienes propriamente puede verificarse dicho defeto, como son los furiosos, ò im-

o impuberos, vt in testamenti factioe loquens respondit Galpar Pegada
*in repet. ad l. inter cetera 30. ff. de lib. & posthum. part. 1. cap. 1. §. 9. ibi: Nec
 te turbet text. l. cum Prætor 11. vers. Natura, ff. de Iudic. Quamvis difficul-
 tate non careat, dum videtur probare mutum, & surdum, iudicio carere,
 & in consequens testamentum facere non posse: argum. §. præterea inst. qui-
 bus non est permissum, ibi, quia iudicio, &c. nam respondebis verba illa,
 quia iudicio carent, referenda esse ad furiosum, & impuberem, non autem
 ad mutum, & surdum, quos naturali impedimento prohibet à testamēti fa-
 ctione. Y sobre ier mas propria esta relacion, es mas conforme orden,
 que observò el Consulto en la escritura, por hallarse los furiosos, è im-
 puberos los inmediatos a la razon que dió, y evitarse con ella vn encuen-
 tro conocido en principios, y reglas juridicas, vt punctim, & novissi-
 mé resoluit D. Emmanuel Gonçalez lib. 4. decretal. tit. de spons. cap. 23. nu-
 10. ibi: Dicendum est mutum tantum, vel surdum, seu vtroque morbo labo-
 rantem sive à natura sive casu, iudicis officio fungi non posse; non quia iu-
 dicio careat. sed quia in his personis non est facultas earum rerum, quas iu-
 dicit munus desiderat, scilicet audire, interrogare litigantes, & loqui, quæ
 ad litem sententia dirimendam desiderantur, l. nulli 10. Cod. de Iudic. Nec
 tunc obstant verba illa, quia iudicio carent, nam ratio illa, non est protrahen-
 da ad mutum, & surdum, sed ad furiosum, & impuberem; nec hæc inter-
 pretatio nova, aut insolens est; nam plerumque verba posteriora legis, non ad
 omnia, quæ præcedunt, sed tantum ad immediata referuntur, ne alioquin
 cum principijs iuris pugnent.*

69 Mas aunque se refiriesen a todos los inhabiles, que alli nombra,
 no podian refragar, entendiendo otros la palabra iudicio, por la aptitud,
 ó facultad de juzgar, segun advierre Odofredo *in ead. l. cum Prætor, §.
 iudicem dare post med. ibi: Iudicio, idest, cum discretionem, sic sumitur in
 inst. quib. modis non est permiss. fac. testam. §. præterea. Habet alias significa-
 tiones, vt in rubrica notatur. Alij exponunt, iudicio, idest potestate iudican-
 di. Exposicion, que se acomoda igualmente al defeto de cada vno, sin em-
 bargo de ser diferentes sus causas, como distinguió Paulo de Castro *in
 ead. l. §. non omnes, num. 2. vbi ait: Quosdam prohiberi propter mentis exiliū,
 vt furiosus perpetuo; quosdam propter mentis defectum vt impubes; quos-
 dam ratione sensualitatis vt mutus, & surdus. Y lo mismo entendió Pe-
 dro Gregorio *syntagm. iur. lib. 47. cap. 9. num. 2. 10. & 12. atribuyendo la
 inhabilidad de vnos, y otros al impedimento natural, con esta distincion:
 Natura primum surdus iudicare non potest, d. l. cū Prætor, saltem quandiu
 eo morbo laborat: & in perpetuum, si surditas perpetua sit. Debet quippe iu-
 dex auditu voce cotendentium, vel patronorum instrui, & litem contestatio-
 nem, iudicij partem ordinare, quod fieri non possit sine auditu: vnde & au-
 dientia causæ dicitur, l. nulli 10. C. de iudic. & sapè litigantes expedit inter-
 rogare, l. iudices eod. Secundo natura prohibetur iudicare mutus, d. l. cū Præ-
 tor, vel arbiter esse. Expedit enim in iudicijs, vt diximus, sapè interroga-
 tiones fieri; pluraque sunt, quæ sumariè, & de plano in sede oporteat diffi-
 nire & interloqui. Vnde sententiæ interloquitoria, & interloquutiones. De-
 bent & iudices propria voce sententias quasdam proferre, vt & iurisdictio-
 nis nomen à dictione iuris, non mutum, sed loquentem satis requirere vi-
 deat.***

deatur. Tertio perpetuo furiosus, natur a prohibetur iudex esse, nec arbiter, qui mente, & iudicio, in iudicibus requisito careat.

70 Manifiesto con mayor concision el Jurisconsulto Vlpiano, tratando de la prohibicion de testar in fragm. tit. 20. de testam. §. 11. cum seq. alli: Impubes, licet sui iuris sit, testamentum facere non potest: Quoniam nondum plenum iudicium animi habet. Mutus, surdus, furiosus, itemque prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt; mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest: surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest: furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de ea re possit: prodigus, quoniam commercium illi interdictum est, & ob id familiam mancipare non potest.

71 Y con esto conforma la sancion de Justiniano in l. discretis 10. C. qui test. fac. poss. pues no la funda en defeto de entendimiento, o razon, sino en el impedimento natural del hablar, y el oir, ut ibi: Sancimus, ut si quis utroque morbo laboret, idest, ut neque audire, neque loqui possit, por la especial providencia, que han tenido siempre las leyes, en ocurrir a los engaños, y riesgos, a que experimentaron estân sugetas las ultimas voluntades, iuxta text. in l. hac consultissima cum plurib. seqq. Cod. de test. Y las donaciones, iuxta text. in leg. Sancimus, ubi Bartol. leg. tota, l. penult. Cod. de donat. Anton. Gabriel lib. 3. commun. conclus. tit. de donat. conclus. 1. num. 9. Tiraquel. in praefat. l. si unquam, num. 159. Cod. de revocand. donat. Y por la grande estimacion, que han hecho siempre del beneficio de la manumission, y libertad, iuxta l. 1. de offic. consul. l. an apud 5. ff. de manumis. vindic. l. libertas. ff. de regul. iuris, §. eadem, l. inst. quib. manumit. non licet, ubi omnes; que son las tres cosas, que el Emperador prohibe a los mudos, y sordos, y en que por las causas referidas, se requeria mas cierta la voluntad del dueño, y particular cuidado en su disposicion, ad text. in l. 1. §. sed & si quis, ff. de carboni. edic. ibi: Nam vel magis consulendum est his, quibus maius periculum intenditur, cap. quiescamus 2. 42. dist. cap. ubi periculum 1. de elect. in 6. ibi: Hinc nos evidens evocat ratio, ut dum reformandis minoribus nostra solerter vacat intentio, ea, quae periculosiora sunt, nequaquam absque reformationis remedio a comode relinquamus, l. addictos, Cod. de appellat. l. manifestissimi, §. 3. Cod. de furt. Y es buen argumento de esta verdad, el que antes del establecimiento de esta ley Justinianea, dispensava el Principe la testamenti faccion, ut in leg. si mutus 7 ff. qui test. fac. posse, ibi: Si mutus aut surdus, ut liceat sibi testamentum facere a Principe impetraverit, valet testamentum. Y el drecho se lo permitia al soldado, ut in l. iure militari. ff. de testament. milit. ibi: Iure militari surdum, & mutum testamentum facere posse ante causariam missionem, in numeris manentem, placet, & tradit cum pluribus Valasco de privileg. quest. 17. num. 139. cum seq. par. 3. Claudius Cotereus de iure milit. lib. 1. cap. 27. lit. B. y en la mas comun opinion aun oy se lo permite, ut testatur Vasquius Menchaca controvers. illust. 103. num. 3. & sequitur Brunnemanus in dict. leg. discretis. Lo que suponiendose el defeto de juicio ponderado en el motivo, no se podia permitir, ni dispensar, ut in praedictis iuribus notant DD.

72 Ni las comparaciones, y fragmentos de doctrinas hiperbolicas, que se cumulan en este punto, y V. S. tendrá yá presentes, pueden ser de

reparo; porque sus Autores hablan en casos especiales de incapacidad, como son estipulaciones, testamentos, tutelas, y otros semejantes, en que es preciso, por la sugeta materia, disposicion, y forma legal, el hablar, y el oir, benê Hieronymus Butigella *in l. 1. nu. 88. 89. & 90. ff. de verb. obligat.* Lancellot. Galiaula *ibidem num. 57.* Dom. Cassanate *conf. 61. num. 55.* que responden al similitud de Paulo de Castro *in l. discretis, nu. 2. Cod. qui testam. fac. poss.* ibi: *Similis est mortuo*: palabras, que tomô de la *l. iubemus 29. Cod. de testamen.* en cuya especie no hablô el Emperador del mudo, y sordo de nacimiento, sino de aquel a quien la enfermedad de que moria, le avia privado yâ de su sano juicio, y del habla, vt sensu recte Guill. Benedict. *in cap. Rynuncius, verbo In extremis possitus, num. 30.* ibi: *Quoniam se adeo perdidisset intellectum, quod loqui non possit, ita quod defectus intellectus esset causa perditionis loquelæ, tunc dispositio non valeret, vt dict. leg. iubemus.* Nam alius est mutus à natura, quia ita natus est. Y en quanto a esto, no negamos, que los mudos, y sordos de nacimiento puedan compararse a piedras, y troncos sin injuria de la naturaleza, pues el hombre de mejor entendimiento, participa en parte de todo, y por esso se llamô el hombre mudo pequeño, *quia cum omni creatura participat; habet enim commune esse cum lapidibus, vivere cum plantis, sentire cum brutis, & intelligere cum Angelis,* refert Dom. Ramirez de lege Regia *in initio, nu. 5.* Mas el señor Don Baltasar se hallava en la regla de la capacidad de suceder, *ex his quæ supra comulavimus, & fatetur calumniator naturæ Michalorius in tract. de cæco, surdo, & muto, cap. 44. per totum,* que ha de ser la que gobierne la resolucion de esta causa, y en donde callan los similes, y exageraciones, de que ha hecho tanta fiesta la otra parte.

73 Y porque Zaquias ha sido vno de los que han comparado al mudo, y sordo, *simul à nativitate* al infante, y furioso, *lib. 2. quæst. medicolegal. tit. 1. q. 8.* no omitirémos otra respuesta suya en el *lib. 3. conf. 50. nu. 8.* alli: *Neque obstat, quod muti, & surdi à nativitate apud leges (vt dixi alijs lib. 2. tit. 1. quæst. 8. num. 20. ex pluribus ibi citatis) pari passu incedant cum pueris, à mentibus & furiosis, & id circo non possunt apprehendere delictorum gravitatem, vnde non videntur doli capaces, nec consequenter pœnæ: Quia leges cum tales equiparant pueris, & furiosis, intelligunt, quoad favorabilia in civilibus, non autem quoad delicta, ob quæ non puniri debeant.* Sirvase V. S. de considerat, si es favor el procurat excluirlas de vna quãtiosa herencia, que es lo que aqui se pretende, con vna comparacion, y otra comparacion.

74 Passa el motivo a otra instancia, y dize: *V erum cum in iure reperitur mutum, necnon surdum ita natum, manumitete posse, matrimonium etiam contrahere, contractus celebrare, qui consensu possunt expediri, pro heredede gerere, ac Procuratorem constituere, nuper dicta, & absolute prolata Magistrali distinctione temperantur, modificanturque, sine qua difficiliter iura in concordiam reduci possent. Aut enim intelligit, quod agit mutus, & surdus, aut non; si ultimum nihil facere poterit; si primum contractus qui consensu celebrantur, matrimonium, & alia adducta contrahere poterit; ea nimirum ratione, quoniam licet regulariter presumat iudicio carere; sed cum contrarium esse possit, contrahere non prohibetur, dummodo intelligere*

probetur, & probatione facta, iuris præsumptio elidatur. Adest, enim, ut Doctorum verbis utramur notissimum inter alios homines, & mutos, surdosque discrimen; alij sane mentis præsumentur nisi probetur contrariū; muti vero, ac surdi à natura dementes præsumentur: unde ad hoc ut contrahere possint, & eorum dispositiones valeant, debet probari ipsos intelligere, quod agunt, iudicio, intellectuque non carere; & ut vno verbo dicamus, non est qui hanc non adducat distinctionem ac dicat, requisitum istud ante omnia probandum, ad hoc ut muti, & surdi aliquid peragere valeant, & illimet qui plurimum mutis tribuunt, id libentissime fatentur. Quæ sane distinctio apertissimis Iustiniani elemētis, & iure Consultorum responsis comprobatur; adeo ut in hac re Legislatorem sui ipsius interpretem habeamus. Ex hoc fonte dimanat, in mutis, & surdis à natura ad hoc ut puniri possint, necessarium esse probare pro parte accusatoris ipsos habere sanum intellectum, & quæ agunt optimè intelligere, quia præsumentur dementes, & quod non intelligant quid agant, nisi contrarium probetur; propterea pro eorum defensione sufficeret allegare, & probare ipsos esse mutos, & surdos à natura; & si ipsos intellectum habere non probaret accusator, Iudex eos teneretur absolvere.

76 Reducese a distinguir vnos mudos, y sordos a natura, con entendimiento, y otros que carecen de él, reconociendo en parte, la verdad que defendemos; pero dize que lo regular, y lo que se presume es, que todos son incapaces, mientras no se pruebe lo contrario, a diferencia de los demás hombres, a quienes assiste la presumpcion de la capacidad, asegurando, que no ay Autor alguno, que no haga esta distinción, y assiente la regla contra mudos, y sordos; y que la confirmá Iustiniano en sus Instituciones, y los Jurisconsultos en sus respuestas: y que por esta causa en los juizios criminales, si no prueba el acusador, que tienen entendimiento los que padecen dichos defetos, les sirven de merito para la absolución.

77 A que respondemos, que el mudo, y sordo, aunque lo sea de nacimiento, y mas el que solamente consta ser mudo, como el señor Don Baltasar, por nacer con estos impedimentos naturales, no dexa de ser hombre, con alma racional, y con potencias, memoria, entendimiento, y voluntad, y con manos, vista, y demás sentidos, que no le faltan, para entender, conocer, y saberse explicar, segun queda dicho, y fundado en la presumpcion mas cierta, natural, juridica, y experimentada, qual es la de sano entendimiento en el hombre, y menor imperfeccion suya, si yá no es que se le niegue lo racional al alma, y a su naturaleza toda su providencia, quod nefas.

78 Y fuera de que ni presumpcion de sordera, y menos de falta de juizio, puede fundarse ex aduerso contra principios tan solidos, como se han ponderado: Y que quando algunos digan que se presume, será presumpcion suya, y como de hombre, y no de ley, no ha de merecer, que se estime por de derecho, ex Craveta in tract. de antiquit. tempor. p. 1. principali, in 11. particula, num. 24. Decian. respons. 12. num. 22. lib. 1. & respons. 1. num. 50. & respons. 2. num. 121. vol. 2. Bald. in rubr. de præsumpt. num. 2. Menoch. de præsumpt. lib. 1. præsumpt. 5. & præsumpt. 33. nu. 2. & 9. Mascard. de probat. lib. 2. conclus. 1226. num. 4. cum alijs. La que assiste a esta parte,

como sea mas poderosa, ha de vencer a la mas debil, *cedunt enim praesumptiones praesumptionibus, validioribus debiliores*, Alciat. in comment. d. l. 2. §. creditum ergo, num. 28. Menoch. de praesumpt. lib. 1. praes. 30. num. 1. Malcard. de probat. lib. 2. conclus. 1230. num. 11. Y como dixo Menoch. vbi supra, praesumpt. 29. num. 9. *Illa praesumptio est firmitior, & potentior, quae est naturalis, & illa debilior, quae est accidentalis*, con Baldo, Craveta, Parisio, y Natta, & de arbitrar. lib. 2. cent. 5. casu 472. nu. 19. vbi ex Baldo inquit: *Quod praesumptio naturalis praevalet alteri cuiuscumque opinioni*, Malcard. d. conclus. 1230. nu. 18. Pacianuseod. tract. de probat. lib. 2. cap. 19. nu. 29

78 Y aunque reconocemos la distincion, que observan los Autores, entre los mudos, y sordos de claro ingenio, y los que le tienen torpe, y embotado, y que nada entienden, siguiendo al señor Luis de Molina de primogen. lib. 1. cap. 13. num. 65. que es el que en punto de Mayorazgos dió la primera luz, y doctrina, así en la question presente, como en otras de mayor dificultad, mereciédo dignamente la alabança de Mieres tract. de maiorat. in init. primae part. nu. 52. ad finem, quando dixo: *Sed Deo gratias agant Iurisperiti, maxime Hispani, quia creavit doctissimum, & iurisperitissimum dominum Ludovicum à Molina, in Supremo Regis nostri Senatu Magnum Consiliarium, qui tanquam luminare in agnum in ista materia suo opere insigni, & perfectissimo, errores omnes diluit, & in sine opus in hac materia maioratum in lucem edidit, à quo ingenuè fateor quod multa didici*. Mas no encontramos tan facilmente aquella segunda parte que el motivo assienta, ibi: *Non est qui hanc non adducat distinctionem, AC DICAT REQUISITUM ISTUD ANTE OMNIA PROBANDUM*.

79 Porque el señor Molina en el lugar citado, nu. 40. pone la question *utrum, scilicet, MUTUS, ET SURDUS A NATIVITATE, valeat ad maioratus successionem admitti*. Y distingue los que se fundan de bienes patrimoniales de los que se fundan de bienes, que llevan anexa dignidad, y jurisdiccion. En aquellos, dá por conclusion llana, que el mudo, y sordo à natura, es capaz de suceder, *vt num. 41. ad 45.* confirmando la regla que propusimos num. 18. & seq. Y en estos entra num. 45. con la negativa, diziendo: *Si vero loquamur de successione maioratus, cui dignitas, seu iurisdictio anexa est: PRIMA FACIE videtur dicendum, quod mutus, & surdus ab huius maioratus successione excludendus sic*. Estilo con que yá suponia no era esta la parte que avia de seguir; y refriendo desde el num. 46. hasta el 57. las razones, que al parecer la favorecian; en el num. 58. trae las que hazian por la afirmativa, y las reduce a estas dos reglas.

80 *Primo quod capacitas successionis in dubio praesumenda sit: adeo ut omnis ille successibilis reputetur, qui de iure prohibitus non ostenditur, leg. non minus ff. de heredit. instit. l. ab ea parte, vbi gloss. & scrib. ff. de probat. Mutus autem, & surdus à successione horum maioratum dignitatem, seu successionem anexam habentium, exclusus non invenitur. Igitur necessario dicendum erit illum esse huiusmodi successionis capacem: eo praesertim quod in hac successione dignitas veniat in successionis consequentiam: ex his quae supra isto cap. num. 13. diximus, & infra num. 67. dicemus.*

81 Secundo quia mutus intelligens furioso non equiparatur, imo absque curatore contrahere potest, atque omnes illos actus exercere, qui verbis non expediuntur. Quod dixit Bart. communiter sequutus in l. i. in princ. nu. ii. ff. de verb. oblig. l. seruo invito. S. penult. ff. ad Trebel. l. mutum ubi per scrib. ff. de acquir. hered. Dec. in l. ubi non voce. ff. de reg. iur. num. i. cum seqq.

82 Satisface desde el num. 60. a los argumentos contrarios, y vna de sus respuestas, es la perspicacidad del entendimiento, num. 64. ibi: Item si mutus, & surdus perspicacis ingenij est, non potest dici omnino inhabilis ad successionem maioratus, cui iurisdictio anexa est: cum possit auditus & loquela defectum ingenium supplere: provt refert Bart. de quodam muto perspicacis ingenij in l. i. in princ. num. 7. ff. de verb. oblig. qua ratione poterit dignitatem, & iurisditionem acquirere in consequentiam successionis, provt supra isto cap. num. 13. ostensum est, & infra num. 67. dicemus, atque etiam num. 26. declaravimus. Y llegando a responder a la instancia de la comparacion con el furioso, sub num. 65. dize: Non etiam obstat sexta. & ultima ratio, quod scilicet mutus, & surdus equiparetur furioso: nam illud non omnino verum est, vt colligitur ex Bart. & Scrib. in d. l. i. in princ. ff. de verb. oblig. Et quamvis id verum esset: in muto tamen, & surdo hebetis ingenij: non autem in muto, & surdo perspicacis ingenij intelligendum est, vt superius annotavimus. Y concluye: Ex quibus hac opinio probabilior reddi videtur, que es la afirmativa, que avia referido en ultimo lugar; advirtiendo averla canonizado dos vezes la Chancilleria de Granada en la causa del Marquesado de Villanueva.

83 De cuya doctrina se deduce, que con la capacidad de suceder, y celebrar contractos, en que no se requieren palabras, reconocida en los mudos, y sordos por el Drecho Civil, está suponiendo en ellos la claridad de ingenio, y facultad de explicacion; pues discurrendo en la materia generalmente, y defendiendo la opinion de ser capaces por via de regla, sin advertencia especial de necesidad de probanças, vna de las razones, que pondera á su favor, es la del ingenio perspicaz; circunstancia, que a vista de la providencia de la naturaleza, y frequentes experiencias, de que tratamos arriba nu. 41. & seq. la dió por supuesta, corriendo sin duda en la presumpcion natural, y limitandola en solo el caso de ser hebetis ingenij.

84 Sin que sea de encuentro lo que inmediatamente añadió, despues de las palabras, ex quibus hac opinio probabilior reddi videtur, alli: Quae opinio, quamvis in muto, & surdo, in quo signa perspicacis ingenij, atque recti intellectus apparent, proculdubio vera sit. In muto autem hebetis. atque obtusi ingenij, & qui nihil intelligit, procedere non videntur: cum ex supra dictis, de eo, idem quod de furioso, & mentecapto, dicendum videatur. Porque esto no fue negarles la capacidad, sino advertir, que en los de perspicaz ingenio, era su opinion verdadera, sin la menor razon de dudas, pero que en los de ingenio torpe, emborado, y que nada entendiesen, parecia que no podia proceder, haziendo limitacion este caso de lo que antecedentemente de xava resuelto; que si huviera entendido lo contrario, se huviera conformado con la opinion negativa de la incapacidad, y huviera hecho regla del hebetis ingenij, y limitacion del perspicacis.

85 Y lo que parece no puede dudarse, es, que si la presumpcion de derecho, estuviera contra los mudos, y sordos, y les obligara a elidirla con probanza contraria, como dá por constante el motivo; no huviera dexado este gran Maestro de explicar tan precisa obligacion en el que avia de suceder, que era el fin de su enseñanza; ni huviera omitido, si el averse probado esta circunstancia, en el Marquesado de Villanueva por parte del mudo, y sordo, avia sido el motivo de ganar la succession, si en la verdad huviera consistido en esso la vitoria.

86 Acrecientase el reparo con que se despidió del asunto, allí: *Ideo- que cum casus iste ultimus* (habla del hebetis atque obtusi ingenij, & qui nihil intelligit) *contigerit, de eo deliberandum erit.* Demonstracion, de que no imaginó presumpcion juridica, y menos la exclusion que el Iuez á quo tuvo por cierta, con vna presumpcion, qual se ha visto; quando el señor Molina, aun en caso cierto, repara, y duda deliberar lo que procede; y si aun constando verdaderamente de la coexistencia de mudez, sordera, y obtusion de ingenio, *deliberandum reliquit.* Con mucha razon deverá creerse desestimaria la pretension de incapacidad, que ha querido inferirse por presumpcion de presumpcion, condenando al entendimiento humano a reclusion perpetua, y cadena de presunciones.

87 Con esto no parece es necesario referir otros, que han seguido la mesma distincion, del *hebetis ingenij, vel perspicacis*, sin aumentar explicacion, de por quien estava la presumpcion del derecho, y la obligacion de probar. Pues aunque lo dizen, con aquella materialidad de voces que suenan a condicion, *si sit perspicacis ingenij, si sit mentis compos, &c.* Esta es vna limitación general, in p i ita, que viene ex natura rei, y no haze condicional el acto. *l. condiciones extrinsecus 99. ff. de condit. & demonstra. ibi: Condiciones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est quae tacite inesse videantur, non faciunt legata conditionalia. l. 1. § vlt. ff. eodem. l. quod pure 6 §. 1. ff. quand. dies legator. cedat. cum similibus.* Y así justamente admiró Brunnemanno in *l. discretis 10. C. qui test. fac. poss.* que usasen de semejante modo de hablar: *Et miror, dize, Doctores in hac materia semper adiungere hanc limitationem (si sit mentis compos) cum hac exceptio, sit generalis; nam si mentis compos non sit, non opus est in specie de muto, & surdo querere, semper enim mentis impos removetur.*

88 Convencese con este exemplo; la obligacion, que se contrae por palabras, solamente subsiste en caso que los contrayentes tienen animo de contraerla, dizelo el Jurisconsulto Paulo in *l. obligationum substantia, 3. §. 2. ff. de oblig. & actio. ibi: Verborum quoque obligatio constat, SI INTER CONTRAHENTES ID AGATUR*; palabras que en el sonido de las voces, tambien denotan condicion, y sin embargo nadie a dicho, que el estipulante deva probar por condicion, el animo de obligarse, porque esso yá se supone por naturaleza, y substancia del contrato; sino que es vna advertencia, que mira, a la posibilidad de probarse por el obligado lo contrario, como dá a entender el mismo Jurisconsulto, allí: *Nec se enim per iocum puta, vel demonstrandi intellectus causa, Ego tibi dixero spondes; & tu responderis spondeo: nascetur obligatio.* Luego se deve decir, que la limitacion de *si no car ecc. de entendimiento, ó si tuviere claro ingenio,*

nio, la advierten, respecto de que si constare que no lo tiene el mudo, & sordo, o lo huviere perdido, quedará excluido de lo que pretende, mas no respeto de que se le obligue a que pruebe aver nacido con él, teniendo por si la presumpcion de que no le falta, que fue lo que respondió lafon *in d.l. discretis, n. 1. in fine*, cō Bartulo, y otros, a Francisco de Arecio, q̄ dixo en la *l. si mutus ff. de testib.* alegando la *l. servo invito, § si pupilo in fine, ff. ad trebel.* que el mudo, y sordo a natura, nada entendia, y se equiparava al furioso, alli: *Sed tu dic quod assumptum suum nō est verum, dum dicit, quod mutus, & surdus à natura nihil intelligit: & sic equiparatur furioso d.l. servo invito, § si pupilo in fin. Textus ille non dicit hoc, sed dic ut declarat Bart. in l. 1. in princ. & ibi plenius Imola, & Mod. ff. de verb. oblig. & Bart. in l. mutuum, ff. de acquir. hæred. Et secundum dicta per eos intellige istam responsionem, scilicet, QUANDO PERDIDISSET INTELLECTVM.*

89 De aqui le nace tambien la respuesta à la *l. Pater 93. §. mutus, ff. de acquir. hæredit.* in illis verbis: *Mutus pater, vel dominus, filio, vel servo hæredibus institutis, magis est ut, si intellectu non careat, nutu iubere possit adire hæreditatem: ut ei iure eius commodum quæri possit; quod facile explicari possit scientia litterarum.* Porque dudandose en este texto, como resulta de su decision, si podria el padre, o señor, que fuesse mudo, mandar al hijo, o esclavo instituido heredero, que adiesse la herencia, para adquirirla, mediante su persona legitimamente, iuxta iuris placitum in *l. si quis mihi, §. iussum, ff. de acquir. hæred. §. item nobis acquiritur, instit. per quas personas nob. acquir. l. 3. in fine, ff. quib. ex causis in posses. eatur, l. 6. in princ. ff. d. tit. de acquir. hæredit.* decidiò el Consulto la duda, diciendo, que sino se le aumentava al ser mudo el carecer de entendimiento, podria con señas explicar el iuso, y con mas facilidad, si sabia escribir; que a lo sumo fue suponer, que avia tambien mudos sin entendimiento (que no se niega) sin transcender a dudar, sobre a quien avia de incumbir la probança; y assi dexandolo a la regla comun, y conocida, que el que opone la excepcion ha de probarla, ex prædictis.

90 De la misma limitacion usò Vlpiano en la *l. 2. ff. de bonor. possess. furioso infant. muto. surdo, cæco compet.* ibi: *Mutus, surdus, cæcus, bonorum possessionem admittere possunt, si quod agatur intelligant.* Y Paulo in *l. ubi non voce 124. ff. de regul. iur.* ibi: *Ubi non voce, sed presentia opus est, mutus si intellectum habet, potest videri respondere. Idem in surdo: hic quidem, & respondere potest.* Y Iustiniano in *§. fin. instit. de hæred. qualit. & differ.* ibi: *Eum qui surdus, vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro hærede gerere, & acquirere sibi hæreditatem, si tamen intelligit quod agit.* Y sin embargo no se podrá dezir, q̄ en estos casos, sean condiciones las advertencias, de *si quod agatur intelligat, si intellectum habet, si tamen intelligit, quod agit*; porq̄ cõpreheniendo igualmente al ciego, y al sordo, y mudo ex accidenti, ut ex littera apparet; q̄ estos eran incapaces de suceder, si no probavan la condicion, de q̄ tenian entendimiento para cõpreheneder lo que se hazia, por el axioma comũ, *determinatio vna respiciens plura determinabilia, debet ea pariformiter determinare, l. nam hoc iure, & l. Iulius de vulgari, & pupil. substit. cum vulgat. de qua plenissimè*

mē D. Ioannes del Castillo *controvers. lib. 5. 2. part. cap. 97. num. 4.* & per tot. Y assi aviendo dicho el Jurisconsulto Florentino in l. coram Titio 209. ff. de verb. signific. Coram Titio aliquid facere iussus, non videtur praesente eo fecisse, nisi is intelligat; añadió inmediatamente: Itaque si furiosus, aut infans sit, aut dormiat, non videtur coram eo fecisse. Declarando, que las palabras, nisi is intelligat, no le ponian condicion a Titio, sino a los que pretendiessen, que era furioso, ó infante, ó que estava dormido, como lo denota aquella ilacion, itaque si furiosus sit, si infans, si dormiat, que es verdadera, y propriamente condicional, para con el que fundare en ella su intencion.

91 Además de que no es lo mismo no entender, ó no comprehender una cosa el mudo, y sordo, que ser mentecato, ó loco; siendo posible, que el entendimiento, aunque sano, no pueda tal vez instruirse, ni hazer comprehension cabal de lo que conviene, quando llega á la execucion de este, ó el otro acto, por el impedimento del oido, ú otro exterior; y en los textos referidos puede tambien tomarse la palabra intelligere, ó intellectus, en esse sentido, como lo persuade el hablarse en ellos del ciego, y del mudo, y sordo ex accidenti, a quienes no les niega Autor alguno la presumpcion de entendimiento y sano juicio, vt fatetur Zaquias *quest. medicolegal. lib. 1. tit. 1. quest. 8. num. 2.*

92 Y en la adición de las herencias, y admision de las bonorum posesiones, ay razon especial, para que adviertan los Consultos, que deve el instituido entender, y comprehender lo que haze, porque son actos en que quasi contrae con acreedores, y legatarios, y queda obligado a los cargos, y cargas de la herencia, y bonorum possession, etiam ultra vires hereditarias, l. fin. §. 1. C. de iur. deliberan. §. extraneis instit. de hered. qualitat. & different. §. haeres quoque instit. de obligat. quae ex quasi contract. nascuntur, l. apud Iulianum 3. §. fin. cum l. seq. ff. quib. ex caus. in possess. eatur. Y en el hijo, ó esclavo instituido, que es la especie de la l. si pater, §. mutus, de acquir. heredit. es buen texto el de la l. qui in aliena 6. ff. eod. ibi: Qui in aliena est potestate, non potest invitum hereditati obligare eum, in cuius est potestate, ne ari alieno pater obligaretur, & consonat l. cum non solum 8. §. si ve é contrario, C. de bonis, quae liberis. Inconveniente, que tampoco tendria lugar en este Reyno, por el beneficio del inventario, con que nace-mos, Observant. Item de foro, de testament. Molin. verb. Haeres, in princ. fol. 167. col. 2. D. Sesse decis. 46. per tot. & passim.

93 Ni puede ser argumento, de que en las causas criminales deve probar el acusador, que el mudo, y sordo, a quien acusa, es de sano entendimiento, para que se le pueda condenar, y que si no lo probare, le ha de absolver el Iuez; porque lo contrario resuelve Bayardo in addit. ad Iulium Clarum, quest. 60. num. 26. ibi: Item adde quod infanti equiparatur mutus, qui, si constat eum carere ratione, ac intellectu, quod signis non possit velle suum exprimere, ideo tunc criminis reus factus, minimè puniri debet, secundum Plaz. in epit. delict. lib. 1. cap. 32. num. 13. cui addendus Antonius Gomez tom. 3. variar. cap. 1. num. 69. & eius Additionator Ayllon, ibidem. Idem Bayardus ad Clarum lib. 5. sent. §. fin. prax. crimin. quest. 55. litt. F. ad fin. Fuera, de que la misma razon del favor de la defensa, que es

la que podia preponderar, y motivar la presumpcion exclusiva de la malicia, para la absolucion; devia tambien considerarle, para no condenarle a privacion de suceder por incapaz; de otro modo obraria vna misma causa contrarios efectos, sirviendo la presumpcion de falta de entendimiento, en vn caso para condenarle, y en otro para absolverle, *contra l. meminerint, C. vnde vi, l. quod Labeo, vbi Bart. notat, ff. de cõpens. l. qui hominem, S. fin. ff. de solut. Vincent. Fuffar. de subst. quæst. 245. num. 93.* Y no es lo mismo el aver de condenar a muerte a vn mudo, y sordo, que admitirle a la sucesion de vn Mayorazgo, *l. quod favore, C. de legib. cap. odia 15. de regul. iur. in 6. cum vulgatis.*

94 Ultimamente, aunque ambos vicios de mudez, y fordez de nacimiento concurren, no impiden en todos con igualdad el uso de la razon, como insinuó Zaquias *quæst. medicolegal. lib. 2. tit. 1. quæst. 8. num. 8.* y explica con mas ingenuidad *lib. 3. cons. 50. num. 1. 17. & seq.* Entra diciendo en el num. 1. *allii Non existimandum videtur, quod etiam si muti, & surdi à nativitate, non habeant integrum ac perfectum intellectus usum. sint brutis comparandi, ut aliqui voluerunt, quia ex natura intellectus humani, quo & ipsi dotantur, ad aliqua sunt sufficientes, ad quæ homines tantum sunt sufficientes, non vero bruta; imo cum tales muti, & surdi, inter se distinguantur, pro maiori, aut minori intellectus perfectione, fit interdum, ut aliqui eorum tantopere in omnibus proficiant, ut non secus ac cæteri homines, qui nullo vitio laborant, omnia assequantur, ac perfectissimè disciplinentur, apprehendendo quæcumque à cæteris apprehendi possunt. Quinam autem eorum minus qui magis in ea re notandi veniant, in discursus calce patrefaciam.* Y en el num. 17. & seq. los reduce a quatro especies. La primera escribe ser de aquellos; *in quibus intellectus instrumentum, cerebrum nimirum, insigniter, & secundum principales partes mancum, & oblesum est, forte etiam secundum nervos acusticos seu auditorios, y estos dice, brutis ipsis comparandos quoad rationis usum.*

95 La segunda de aquellos; *qui habent quidem ipsum cerebrum, secundum principales partes, bene à natura constitutum, debitaque proportione, ac perfectione dotatum, sed lesionem aliquam sortiti sunt, iuxta principium nervorum acusticorum, & in ipsis met nervis auditorijs, qui ad ipsum cerebrum deferant sensibiles species, y estos compara à los muchachos de siete años.*

96 La tercera de aquellos; *qui non ex vlllo vitio instrumenti ipsius intellectus, cerebri nimirum, loqui non addiscunt, sed quia ex vitio & lesione ductuum, & nervorum acusticorum, auditu privantur, y estos dice; supradictis in apprehendendis rebus, quæ illis comonstrantur, sunt aptiores, quin etiam cognitione evidentiori intellectus dotantur, & possunt, licet imbecillius quam qui in quarta specie reponuntur, sed melius quam qui prænominati in secunda specie comprehensi, assequi quam plura, quæ neque bruta, neque alij muti, & surdi prædicti assequi valent; quod tanto magis in illis habet locum, quanto longius oblesio membri sensorij à cerebri principio recedit; nam quanto proprius ad illud ultimum accedit, tanto magis lesum esse cerebrum, vero consentaneum est.*

97 La quarta de aquellos; *qui nullum in cerebro, neque in nervis auditorijs vitium habent, sed non audiunt ob interpositionem cuiusdam tunicæ*

erassioris ante membranam, quam tympanum vocant, & ex eo impedimento loquelam non addiscunt; y de estos dize que hablô *lib. 2. tit. 1. quest. 8. nu. 6.* con Geronimo Fabricio *de organ. audit. part. 1. cap. 4.*

98 Y con esta distincion de causas, y efectos de sordera, y mudez, conviene tambien la que hazen comunmente nuestros Autores de vnos mudos, y sordos, que tienen perfecto entendimiento, otros mediano, y otros menos, ô nada, equiparandolos por el mismo orden a los mayores, a los adultos, a los pupilos, y a los infantes, vt docent Ioannes Crocus *in l. 1. ff. de verb. oblig. num. 82. & seq.* Lancelot. Galliaula *ibid. num. 51. & seqq.* Alciatus *num. 47. & seqq.* Butigella *num. 81. & seqq.* Carolus Ruinus *num. 22. & 23.* Alexander *num. 3. & seqq.* & fere omnes alij.

99 Concluyese aora con esta instancia, si las causas de mudez, y sordera son quatro, y sus efectos tan diferentes, y diversos, quanto al uso del entendimiento, y la razon; y la tercera, y quarta confiessa Zaquias, que son independientes de vicio, ô defeto alguno del cerebro; porque razon no constando que fuesse la primera, ni segunda la que impedia al señor Don Baltasar el poder hablar, y articular palabras, ha de presumirse el efecto que les corresponde, consistiendo en vn hecho material de estar el daño en esta, ô la otra parte, ô a mas, ô menos distancia de nervios, y cerebro, como declara el mismo Zaquias? Y porque se ha de presumir el efecto mas perjudicial, y opuesto a la naturaleza, quando están por ella todas las reglas de que obra siempre lo mejor?

100 Aumenta por motivo inévitable de su sentencia el Iuez a quô el aversele dado Curador al señor Don Baltasar, diziendo: *His accedit, & inevitabiliter quidem, decretum curationis, quia cum de Foro, & notissima praxi Regni, non possit dari Curator nisi stultis, & mentecaptis, presumitur nominatus propter mentis privationem, quia Iudex censetur ex iusta causa, & iuxta leges patrias decrevisse; proinde stante suis pedibus decreto, incapacitas Iudicij videtur à Iudice in vim antecedentis necessarij pronuntiata. Nec officit de sola mutitate ex processu apparere, & consequenter non ob carentiam mentis; sed loquela tantum, decretum fuisse provisum, quia propter solum defectum loquela, sano etiam intellectu manente, nullus est qui comode rebus suis superesse possit. Respondetur enim, Iudicem ad decreti provisionem potuisse moveri ex sola mutitate, quia ex ea quisque comode impeditur rebus suis superesse; & potuisse etiam absque vlla probationum repugnantia, quia ex mutitate presumitur surditas, & ex his privatio mentis: sed cum in dubio haereamus, & neutrum horum constet iuris presumptio cogit, vt ex secunda causa, & ex privatione mentis iudicemus Curatorem decrevisse; alias contra forales sanctiones, & Regni praxim verè interloquutus esset, si ex prima causa decretum providisset; quod sane esse contra nobilem iuris presumptionem, quae facit vt censeamus Iudicem ex iusta causa & absque Fororum lesione pronuntiasse.*

101 Con que supone, que en el Reyno se halla establecido por Fuero, y praxi de sus Tribunales, que no se dê Curador, sino a los estultos, y mentecatos; arguyendo de este supuesto, que aunque el Iuez pudo moverse a discernir la Curadoria solo por el impedimento de la mudez, pero que aviendose podido mover tambien por la presumpcion de sordera, y por

y por la presumpcion de falta de juicio, se ha de presumir, que se movió por estas presumpciones, pues de otro modo la avria discernido contra las Sanciones Forales, y la presumpcion noble que el luez tiene por si de averse movido por justa causa.

102 Y antes de responder a este motivo, no podemos dexar de hazer reparo en el cumulo de presumpciones, sobre que ha fundado la sentencia para privar al señor Don Baltasar de la sucesion de este Mayoralazgo; quales son, que el mudo es sordo; que el mudo, y sordo es mentecato, y loco; que el luez se movió para darle Curador al mudo por vna, y otra presumpcion, y no por la causa verdadera de sola la mudex que le constó; discurso, que si fuera para ayudarle a que sucediera, viendole en linea predilecta, podia defenderse con el favor de el derecho, bien expressado en la *l. quod dicitur 12. §. 1. ff. de liber. & posth.* dōde decidió Vlpiano, que como nazca con alma el hijo, es capaz de suceder, y que rompe el testamento de su padre, si se halla preterido, ibi: *Quid tamen, si non integrum animal editum sit, CVM SPIRITV TAMEN: an adhuc testamentum rumpat? & hoc tamen rumpit.* Y el Emperador Iustiniano en la *l. certatum 3. C. de posthum. hered. instituend.* en el mudo recién nacido estableció lo mismo, ibi: *Cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus, & si vocem non emisit, rumpi testamentum; APPARET QVE, QVOD ET SI MVTVS FVERAT, HOC IPSVM FACIEBAT;* eorum etiã nos laudamus sententiam; siendo asì, que podia descubrir despues la edad, que no avia nacido con sano entendimiento; mas juntar tanta presumpcion para excluirle, pocas vezes se avrá visto, y en la sugeta materia ninguna.

103 Pero bolviendo a la respuesta, dezimos, que por derecho comun se les dá Curador a sordos, y mudos, *l. cui eorum 3. §. in curatoribus, ff. de postuland. l. nec mandante 8. §. fin. ff. de tutorib. dat. ab his, l. muto 6. ff. de tutel. §. sed & mentecaptis inst. de Curatorib. l. dabimus 19. cum seq. ff. de reb. authorit. iudi. C. possidēdis. l. 1. §. eque. ff. de munerib. & honorib. Angel. Arctin. in §. furiosi, vbi additio, lit. B. instit. d. tit. de Curator. Ioan. Oinotomus ibidem, num. 10. Anton. de Virgilio de legitimat. personæ, cap. 9. num. 1. & 2. Caldas in *l. si Curatorem, verbo cum non ab similis, nu. 68. C. de in integr. restit. Guierrez de tutel. & cur. par. 1. cap. 19. num. 4.* Y en Aragon no ay ley que lo ptohiba, porque la observancia *Item de consuetudine Regni de tutorib.* que ha podido causar alguna equivocacion, solo dize, q̄ por costumbre, a ninguno q̄ debaste, o disipe sus bienes, se le dá Curador, sino fuere juntamente estulto, o insensato, dizelo asì. *Item de consuetudine Regni non datur Curator alicui, qui debastet, aut disipet bona sua, nisi aliàs fuerit stultus, & insensatus,* & tradit Molin. in verb. Tutor. fol. 321. col. 3. post princip. Que fue prohibir no se le diesse al prodigo Curador contra su voluntad, corrigiendo en esta parte el drecho comun, vt toto tit. C. de Curator. furios. & prodigi, & ex Rebuffo, notat Portoles in dict. verb. Tutor, nu. 34. Y asì respecto de mudos, y sordos, queda en pie la regla juridica, que dexamos propuesta, quod enim non mutatur, quare stare prohibetur, *l. sancimus 27. C. de testament. l. nec non 28. §. quod ius, ff. ex quib. caus. maiores, l. mutus 43. §. cum queretur, ff. de Procurator. l. Magistratus 25. ff. ad**

municipal. l. 4. C. de iure dot. l. statuas 7. ff. de Relig. & sumptib. funer.

104 Y es proposicion corriente, que las leyes municipales se han de entender en solo el caso que explican, quando exorbitan, o son correctorias del derecho comun, como dicha observancia, Bartulo in l. omnes Populi, num. 56. ff. de iustit. & iure, noſter Molinus verb. Forus, fol. 56. col. 3. in med. D. R. deſe decis. 251. num. 21. lib. 3. Suelves conf. 2. num. 2. in centur. bene Alderanus Mascardus de ſtatutor. interpret. conclus. 4. num. 51. & 52. y en el num. 53. dize, que procede eſta doctrina, etiam ſtante maioritate rationis; y mas quando la del derecho mira al favor de los que padecen ſemejantes defetos, vt iura, & DD. ſupra relati demonſtrant, ibi: Quia rebus ſuis ſuperesse non poſſunt, optimè Abb. conf. 91. num. 2. vol. 1. tan conforme a la natural de ſocorrer al que por alguna cauſa neceſ. ita de ſu providencia, argument. l. 1. ff. de minorib. & l. 1. ff. ex quib. cauſis maiores, Matienço in d. l. 1. de minorib. num. 9. cum alijs.

105 Ni la dacion de la curadoria, ſupone en el mudo, y ſordo, carencia de entendimiento, porque tambien al que entiende, ſe le dá Curador, por el impedimento exterior de la mudéz, y ſordez, para ſuplirle por eſte medio, lo que le falta, vt docent Bartolus in l. 1. num. 10. ff. de verb. obligat. Iaffon in l. furioſus, num. 2. prope finem, C. qui teſtam. facere poſſ. Lancellot. Galiaula in d. l. 1. de verb. obligat. Caldas in d. l. ſi Curatorem habens, verb. Non abſimilis, num. 68. verſ. Ego tamen verius, C. de integr. reſtit. Carol. Ruin. in d. l. 1. num. 24. Y aunque otros dixeran lo contrario, cuya opinion defendió el ſeñor Caſanate d. conf. 61. nu. 19. ad 28. por mas verdadera; mas considerando la razon que apoya la que ſeguimos, parece no poderle negar ſer eſta la mas cierta, ſino ſe le haze violencia a la letra, y ſentido natural del texto in d. §. ſed & mentecaptis, inſtit. de Curator. con ſus concordantes, vt rectè perpendit Galiaula in d. l. 1. num. 56. ibi: Reſtringere enim illa iura ad illum qui non habet intellectum perfectum eſt violatio: vt probatur in d. §. 1. & facit quia ſi dicitur ei Curator, qui eſt ſane mentis cum omnibus ſuis ſenſibus, quando aliquo impedimento infirmitatis corporis præſſe non poteſt negotijs ſuis, vt in dictis iuribus: A fortiori debet dari mutis, vel ſurdis, qui perpetuo laborant morbo, propter quem non poſſunt commodè rebus ſuis ſuperesse dict § 1 & ita eſt de mente Bart. hic, ſi bene conſideras. Iugend. Butigell. ibid. num. 94.

106 Y quien lo dize mejor es Carlos Ruino in d. l. 1. nu. 23. Propone dos queſtiones. Primo, utrum muto, etiam quando intelligit, vel ſurdo, dandus ſit Curator. Secundo an pupilo æquiparetur, y en el 24. responde a la primera, reſolviendola â nueſtro favor con tres razones eficaces, alli: Quo ad primum, Bartol. ſentit, quod ſic, excepto ſurdo, qui intelligit ad motum labiorum, ſed alij contra vt dixi. Mihi tamen magis placet opinio Bart. Primo quia iura ſemper, & ſine diſtinctione dicunt, quod muto, vel ſurdo dari debet Curator inſtit. de curat. §. ſed & mentecaptis, & l. dabimus in fine de privileg. creditor. & l. cui eorū, §. fin. de poſtul. nec patiuntur reſtictionē ad illos qui carent intellectu. Secundo quia textus in d. §. ſed & mentecaptis, loquitur primo de mentecaptis, & hi eſſe dicuntur, quibus abeſt ſana mens, & qui non oſtendunt rabiem furoris per actus exteriores, & in hoc differunt à furioſo, qui rabiem furoris oſtendit per dictos actus exteriores,

secundum Bald. in l. si furiosi, C. de nupt. & in l. humanitatis, C. de impub. & alijs substit. col. 3. & in l. ex facto in princ. de vulgar. & pupil. & deinde in specie ille textus loquitur de mutis, & surdis. Non intelligitur ergo de illis, qui carent intellectu, quia satis fuissent comprehensi sub verbo mentecaptis. Et si dicatur, quod potest intelligi textus, & de illis, qui habent intellectum, sed non perfectum; per hoc textus nimium restringitur, & si de illis sensisset, hoc verosimiliter expresisset, & exprimi debuisset. Tertio quia qua ratione datur Curator laborantibus alia infirmitate corporali, d. l. cui eorum, §. fin. d. l. dabimus in fine, eadem ratione dandus est predictis, qui propter impedimentum perpetuum auditus, vel lingue, non possunt comode rebus suis superesse. Quod maxime verum est in muto, & surdo simul, & de quo Bart. loquitur, ut patet ex illis suis verbis, videlicet, licet non audiat, neque loqui possit.

107. Ni lo que se alego para el decreto muestra lo contrario, pues se reduxo a que los señores Don Baltasar. y Don Iayme de Villalpando y el otro de ellos, desde sus nacimientos, hasta de presente han sido y son mudos, de tal manera, q̄ no han podido, ni pueden hablar palabra, ni h̄n hablado, ni hablan, ni articulan palabra alguna; POR CUYO IMPEDIMENTO no han podido, ni pueden regir, gobernar, ni administrar sus bienes. Y lo que depusieron los testigos fue: Que sabian, y avian visto, que los dichos señores Don Baltasar, y Don Iayme de Villalpando, por el tiempo, y de la manera que de parte de arriba se dize, han sido, y son mudos, de tal manera, que han visto, que no han podido, ni pueden hablar, ni han hablado, ni hablan, y por tales los han tenido, y tienen, y visto tener y reputar de quantos los conocen.

108. Y segun esto no alcançamos, como puede el motivo poner al Iuez, que proveyo la curadoria en la necesidad inevitable de aver de discurrir presumpciones, dexando lo claro, y cierto de la causa alegada, y probada en proceso, deviendo se creer, que solamente se movio por ella segun la regla de la l. vt fundus, ff. communi dividundo, de que se valio el señor Casanate para responder a otra duda de mayor dificultad, por parecer que los testigos se avian alargado a depener del defeto de entendimiento, vt in d. cons. 61. num. 44. vers. Tertio non obstat, ibi: Tertio non obstat, quod in presenti testes videntur (ultra mutitatem, & surditatem) deponere de defectu intellectus. Nam respondeo primo, testes istos deponere extra articulata. Nam in quarto articulo solum tractatur de mutitate, & surditate, & de defectu iudicij nullum verbum, sed solum de incongrua loquela propter defectum surditatis, vt clarè patet ex illis verbis: Y assi por ello no suele, ni acostumbra hablar, ni responder a proposito. Et in illis verbis: Y assi por estos impedimentos, y la poca edad, platica, y experiencia, &c. Iunt. num. 46. ibi: Secundo respondeo. Quod licet testes isti probarent, non tamen ex illorum depositione potuisset dari curator ex defectu intellectus. Quia non fuit hoc petitum ex eo capite, sed tantum ratione mutitatis, vel surditatis; & Iudex super non petitis pronuntiare nequit, cap. licet heli. de simonia, l. vt fundus, ff. commu. divid. Maxime quia in Aragonia (quidquid sit de iure communi) non habemus officium Iudicis nobile expedendum super non petitis, sed tantum officium Iudicis mercenarium ad instantiam partis, super actione intentata, & super petitis tantum, vt per Molin. verb. Officium Iudicis, fol. 246. col. 1. in fine. Et num. 48. Nam testes

dicunt quod quia Comitissa ex defectu auditus non respondebat ad propositum, eam habuerunt pro persona inhabili ad administrandum bona sua. Quæ ratio non arguit defectum mentis, sed defectum tantum auditus.

109 Y en todo caso, lo que adelanta el motivo, sería bueno, para que lo pudiera oponer la misma parte, pidiendo revocar el decreto, como la principal interesada en su libertad, que es la razón que el señor Cassanate discurria *d. conf. 61. n. 39. & seq.* Y lo que se practicó en aquel caso; pues allí se le dieron por Curadores a la señora Doña Francisca Martínez de Luna, Condesa de Galbe, los señores Condes de Morata, y por dicha señora Condesa se pidió la revocación, contra los señores Condes, sus Curadores, y escribió el señor Fiscal dicho consejo. Mas en el caso presente, no consta que el señor Don Baltasar impugnasse, ni contradixesse la Curaduría del señor Marques su hermano, & paria sunt non contradicere, & approbare, *Bart. in l. Ne in arbitris 4. num. 4. C. de arbitris.* & qui longo tempore patitur, consentire dicitur, *Menoch. de præsumpt. lib. 3. præf. 135. num. 7.* Y su aprobación no parece puede dudarse, pues desde el día 18. de Abril de 1662. en que se decretó, hasta su muerte, que fue el año pasado de 79. vivió baxo su mano, y gobierno, y permitió litigasse su Excelencia, como Curador suyo; y entra la limitación de *Gutierrez de tutel. & cur. par. 1. cap. 19. num. 18.* donde dize, que aunque a los adultos no se les puede dar Curador contra su voluntad, *sed si semel eum acceperunt, tenentur, & coguntur stare sub eius cura,* con el Abad Panormitano, Gregorio Lopez, Baeza, y el Padre Molina.

110 Y lo haze evidente al parecer, aviendose obtenido esta aprehensión, a instancia de la Egregia señora Doña Isabel Sanz de Larrás, y citado su valedor, mediante la grita foral, a qualesquiere personas, que pretendiessen tener derecho a este Mayorazgo, con la rigida preclusión de 50. dias, del Fuero *Por quanto 25. de apprehens.* que comprehende a todos, sea pupilos, mugeres, ausentes, ignorantes, ó impedidos, como asientan los DD. y Prácticos del Reyno, *Bart. in l. omnes populi, col. 8. num. 24. versic. Ecce alia, ff. de iust. & iur. Bald. in l. ab executione, C. quor. appell. Bossio de proclamat. num. 9. Mandello conf. 540. num. 9. & 10. D. Bardaxi ad Forum Por quanto 25. num. 21. & Forum A vezes, nu. 6. de appreh. Dom. R. Montec decis. 25. & est notissimum.* Caso en que hallandole el señor Marques con la seguridad, y obligación, en que le avia puesto el decreto, y autoridad judicial, de aver de defender la persona, y bienes del señor D. Baltasar, su hermano, como Curador, y administrador suyo, devió comparecer a la defensa de esta causa, y dar su proposición, como lo executó, sin que el señor Don Baltasar disintiera, ni compareciera por sí, ni por Procurador a hazer la menor diligencia, que es vna demonstración de su voluntad, pues nadie podrá presumir quisiera quedar excluido de sucesión tan estimable, dexando desierta aquella instancia, a no reconocer, y fiar la defensa, de su Curador, ad text. *in l. cum de indebito 25. vers. Quia non solvit, ff. de probat. & exornant Tiraquellus in l. si unquam, verb. Donatione largitus. à nu. 206. C. de revocat. donat. Menoch. de arbitrar. lib. 2. casu 88. à principio, Petrus Barbosa in l. quæ dotis num. 17. cum seq. ff. solut. matrimon. D. Antonius de Dueñas de privileg. pauper. part. 1. quæst. 11. num. 3.*

III Y contrayendose la Curaduria a la defensa de esta lite, tiene mas fuerza lo dicho, pues para este fin, aun contra voluntad del mismo señor Don Baltasar, devia tener subsistencia, a exēplo del menor, ó adulto, iuxta Iustiniani sanctionem in §. i. versic Item inviti, inst. de curatorib. ibi: *Item inviti adolescentes Curatores non accipiunt, prater quam in litem, vel ad lites, como escrivió Gutierrez de tutel. part. i. cap. 19. num. 20. alli: Tertio in litem, vel ad lites adulti, etiam inviti Curatorem recipiunt;* limitacion con que se responde a Butigela in l. i. num. 94. ff. de verb. oblig. ibi: *Aut mutus desiderat Curatorem sibi dari, & tunc dandus est: aut nō, & dandus non est,* pues habla en los terminos generales de la regla. Y aunque pueda dezirse, que corriendo con esta equiparacion, era necesario que huviesse precedido la amonestacion, y renitencia que requiere la l. i. C. qui petant tutores, vel curatores, ibi: *Admone adolescentem, adversus quem consistere vis, vt Curatores sibi dari postulet, cum quibus secundum iuris formam consistas: Qui si in petendis his cessabit, potest tu competentem Iudicem adire, vt in dandis Curatoribus officio suo fungatur.* Tiene muchas satisfacciones.

112 La primera, que este cuydado, segun dicho texto, avia de correr por cuenta del que llamó a juicio, mediante la citacion foral, al que necesitava de essa advertencia, vt ibi: *Admone adolescentem, adversus quem consistere vis.* La segunda, que dicha amonestacion, no supone necesidad, sino consejo, vt decidit Rota Marchiæ apud Gratianum decis. 73. num. 12. vers. *Neque obstat* ibi: *Neque obstat l. i. C. qui pet. tutor, vbi minor debet admoneri vt petat Curatorem. Quia verius est dicta verba esse de urbanitate, & consilio, non de necessitate quod ita citetur.* La tercera, que quando fuesse obligacion el amonestalle, en la citacion se incluye essa circunstancia, y deve entenderse que le llama, para que comparezca con persona legitima á estar en juicio, idem Gratianus d. decis. 73. num. 7. ibi: *Non obstat saltem requiri quod adultus citetur, vt petat sibi dari Curatorem de quo non apparet in casu nostro. Quia respondetur satis hoc comprehendere in prima citacione, quæ intelligitur vt compareat, scilicet legitime, & petat sibi Curatorem dari,* ex Panor nitano, Baldo, Decio, y otros, quibus addo, *Caldam in d. l. si Curatorem in princ. num. 9. vers. Sed observanda est praxis in fin. C. de in integr. restit.* La quarta, que aunque en los juizios personales se pudiera hazer dicho reparo, por el interesse publico, *ne iudicium elusorium redderetur,* que son los terminos en que habla Caldas Pereira vbi proxime, num. 28. y 29. con otros. Mas en el juizio real de vna aprehension, no puede aver esse riesgo, y menos quando en nuestro caso, no se duda de la legitimacion del aprehendiente, ni del que dió la g. ita, terminos en q̄ la justicia que tuviere vna parte, ni la sentencia que ganare, nunca peligra, porque la otra no aya legitimado su persona.

113 Mas, Antonio de Virgilio de legitim persona, cap. 12. num. 1. generalmente sintió, avia de dar el luez Curador a los que padeciesen perpetua enfermedad, ó impedimento, no obstante que ellos no lo pidieran: *Iudex, dize, obligatur ex officio nemine petente, Curatores dare furiosis, mentecaptis, prodigis, ET ALIIS personis, quæ perpetuo morbo laborant, & rebus suis superesse non possunt, dictosque Curatores compellere, vt ma-*

ius in iunctum agnoscant; con muchos que cita. Y aunque en Aragón cessa este Oficio de luez; no faltó en el caso presente la instancia de persona tan propia como el señor Marques; que es lo que se practica en qualesquiera Curadorias, decretandole a petición de vn tercero, ó pariente, como en las de los ausentes, se colige del Fuero *unic. tit. vt fratres, vel propinqui*, vbi D. Bardaxi, & laté Portoles *in §. absens, num. 82.* Suelves *conf. 29. semic. 1. Petr. Molin. in praxi, fol. 384.* Y en Francia se practica lo mismo, vt tradit Rebuffus *tom. 1. in ll. Reg. de sentent. provis. artic. 2. gloss. 2. nu. 10. quem refert Caldas in d. l. si Curatorem habens, in princ. num. 10. in fin.*

114 Denique, aviendose pedido, y decretado la del señor Don Baltasar, exerciendola el señor Marques, mientras aquel vivió, como es notorio, sin que se aya hecho constar en processo por la otra parte la menor insinuacion de impugnarla; todo lo que en virtud de ella huviere su Excelencia executado, ha de subsistir, y tener valor, a lo menos en el interim, que a instancia de persona legitima no se revocare, ó anulare, precediendo conocimiento de causa, y audiencia de todos los interessados, iuxta tradita per DD. *in l. 1. C. quando provoc. non est necess. cap. cum olim 20. de re iudic.* Aymon *conf. 103. num. 4.* Roman. *conf. 410. num. 4.* Postius *de manutent. decis. 49. num. 1. & decis. 508. num. 8.* Gonzal. *ad reg. 8. Cancell. gloss. 57. num. 26.* Pues en el interim que estuviere en pie, no deve despreciarse la autoridad judicial, que constituyó en buena fee a la parte, vt *in l. & generaliter 28. in fine. ff. de noxalib. actionib. l. 1. §. 1. & 2. ff. ne vis fiat ei, l. iuste possidet ff. de acquir. possess.* Gratiano *discept. forens. 926. num. 1.* Ciriaco *controvers. forens. 10. num. 21. lib. 1.* Lo que ha de tener mas fuerza en materia de Curadorias, aun quando constasse de algun defeto, a diferencia de los Procuradores, por la razon que dió Baldo *in l. licet in princ. 24. num. 12. C. de Procurator. ibi: Vtlerius quero quid si Iudex pronuntiavit falsum Procuratorem esse verum Procuratorem dicit Jacob. de Aren. quod ista pronuntiatio non fundit Iudicis factum cum eo, in l. 1. §. idem Pomponius, ff. quod falso tutor. authore. Secus autem dicit in tutore. & curatore, & est ratio; quia eorum persona, potest fundari per decretum Iudicis, sed non persona falsi Procuratoris.* Cuius *ibidem num. 5.* & Salicetus *num. 4. in fine.*

115 Ultimamente, aunque se concediera, sin perjuizio de la verdad, que el señor Don Baltasar fuera de aquellos mudos, y sordos que nada entienden, y a quienes no es dudable se les puede dar Curador, *etiam non desiderantibus, & inditis*, vt consuluit D. Casanate *d. conf. 61. num. 2. & seqq.* no se le pudo excluir de la sucesion de los bienes aprehensos, con motivo de tener anexa jurisdiccion; para lo qual se ha de presuponer, que las jurisdicciones en nuestro Reyno, no las tienen, ni poseen los señores de vassallos, como officios publicos, y con aquella dependencia de la potestad Regia, que en Castilla, de quo laté D. Ioannes de Bobadilla *in politica, lib. 2. cap. 16. per tot. præcipue ex num. 40. & seqq. & nu. 66. & seqq.* sino con derecho de dominio, y libertad, como qualesquiera otros bienes patrimoniales, segun el Privilegio general *in §. item de mero imperio, in illis verbis: Que no meta Iusticias, ni faga juzgar en Lugar, que proprio*

suvo no sia, Molin. in verb. Domini locorum, fol. 107. col. 3. & verb. Jurisdic-
tio fol. 189. col. 2. & ibi Portol. num. 7. & in verb. Remissio fol. 281. col. 3.
& verb. Rex, fol. 292. col. 3. & seq. & verb. Regens officium gubernationis fol.
279. col. 2. in fine, D. R. Sesse decis. 438. nu. 24. D. Ramirez de lege Reg. §. 24.
conducitque Tondutus de prevent judicial. p. 1. cap. 11. fere per tot.

116 Y con este presupuesto, ni el furioso se tiene por incapaz, segun
Paulo de Castro in l. cum Prætor 12. §. non autē omnes, n. 6. ff. de iudic. limi-
tando en los Reyes, y Principes la prohibiciō de dicho texto, alli: Et prædi-
cta procedunt, quando iurisdictio confertur, ut officium publicum, non iure pro-
prietatis; secus si iure proprietatis, ut est illa quā habent Reges, & Principes
in eorū Regno & Principatibus, nam in illa bene succedit impubes, & fœmi-
na, & furiosus, quia datur coadiutor, ut in cap. grandi, extra de supplen. ne-
gli. prælat. fœmina verò potest per se ipsam exercere iuxta not. in l. fin. C. de
arbit. ut etiam videmus in Regina Neapolitana, & in Comitissa Matilda, de
qua not. in d. l. fin. nam, & Regina Ioanna legitur, sedisse pro tribunali, &
dedisse sententiam contra illos de Blasio.

117 Y lo mismo dize Angelo de los demās Señores, y Titulados in
ead. l. cum Prætor, & §. num. 2. ibi. Et quod hæc littera dicit, tales esse inca-
paces, intellige, nisi iurisdictionem habeant iure proprietatis. Vnde furiosus,
& alij penitus incapaces succedentes Regi, Comiti vel Baroni aut Duci, suc-
cedunt in iurisdictione, & dignitate, & quia administrare non possunt, ad-
ministrant per alios, puta per tutorem, vel curatorem, ut in cap. grandi, de
supplen. negli. prælat. lib. 6. & l. unic. C. de tut. illust. persona, & si sit mulier,
exercet per se ad libitum voluntatis, &c.

118 Y de los Reyes de Francia lo atesta la Gloss. Pariens. tit. 1. §. 8.
gloss. 1. in 2. quest. num. 25. allegans Igneum in tract. seu disput. an Rex
Franciae recognoscat Imperatorem, col. 3. & 8. sed verius, num. 97. Y gene-
ralmente Pedro Gregorio syntag. iur. lib. 47. cap. 9. num. 25. ibi: Admonebo
tamen aliquando iurisdictionem ad aliquem impuberem & pupillum perti-
nere, & tamen ipsum iudicare non posse; Vt planum est in Gallia, vbi iuris-
dictio patrimonialis est dominis locorum, & transit in hæredes eorum, rema-
nente iure provocandi litigatoribus fori illorum, ad Regium, & maius tribu-
nal, Petr. Jacob. in practica, & libello, super iurisdictione. Et proinde hære-
dum minorum nomine, ut etiam dominorum maiorum ætate, Iudices iudi-
cant, & Domini Locorum Iudices, pro sua iurisdictione dare dicuntur, ut
tit. qui pro sua iurisdic. da. poss. Et si ipsi minores sunt, vel furiosi, eorum
tutores, aut curatores dabunt, & prospicient huic negotio, ad similitudinem
rerum aliarum patrimonialium, arg. l. consilio de curat. furios. C. Bart. in l.
quidam consulebant, nu. 13. de re iud. Oldra. conf. 52.

119 Y en España tenemos el exemplar de la señora Reyna D. Juana,
madre del señor Emperador Carlos Quinto, de que haze mencion Zurita
lib. 5. annalium, cap. 56. & 84. Y aunque si en el caso presente fuesse el
objeto de nuestro assumpto, vn loco furioso, no podrian estimarse estas
doctrinas, por hazerle incapaz expressamente el fundador; pero en quanto
a mudos, y fardos, son llanas, y sin contradiccion.

120 Acrescientase otra razon inegable, y es, que no aviendo en este
Reyno, Fuero, ni observancia, que obligue al dueño de la jurisdiccion, a
que

que la exercite por si mismo, ni aun el absoluto poder, como dize el señor Sesse decis. 398. num. 5. lib. 4. ibi: *Et in presenti Regno valde receptum est, & adsunt declarationes, quod Dominus potest si vult exercitium absolute, cui placuerit, commendare*; no pueden dexar de ser capaces de suceder, sin que les obste el no hablar, ni oír, pudiendo exercitar la jurisdiccion por otro, como en los feudos, que no piden servicio personal, confiessa Michalorio in tract. de cæco surdo, & muto, cap. 66. num. 6. donde ponderando quantas razones de dudar se pueden discurrir por la incapacidad, concluye: *Verum hæc non sunt tantæ efficacitæ, vt hinc dicere possimus feudis esse privandos; licet namque per semetipsos hæc peragere non valeant, per curatores tamen & administratores id facere non erunt prohibiti, si feudum particulare persona servicium non requirat, cita a Baldo, y Sonsberio, & videndi Rosentall. de feud. cap. 7. conclus. 27. num. 20. & seq. Anton. Monach. de rect. feud. interpret. cap. 57. part. 1. num. 10. & seq.* y por la mesma razon limita su tema en el feudo franco, y exempto de servicio, vt num. 12. ibi: *Sexto limitatur in feudo franco, eo nullum servicium requirente, vt per scribentes in §. mutus, & tradit Sonsb. l. 1. vers. Fallit secundo; ex quo apparet, verum esse, quod dixi supra, non posse administrare, populos regere, & gubernare, non esse in causa vt muti, & surdi à natura priventur feudis: Nam si hoc esset, etiam feudo franco privarentur.* Y Rosentall. de feud. cap. 7. conclus. 28. n. 11. sin distincion de si requiere, ó no servicio personal, lleva que han de suceder, como no sean totalmente impedidos, ibi: *Ac in genere, si non obsit surditas, vel cæcitas, vel non in totum sit inidoneus hic imperfectus ad officia vassallitica sed imperfectione non obstante ea obire queat etiam si non omnino ita commode feudi capax erit; plures refert ad dicitio lit. O.*

121 Y en los Mayorazgos conviene el P. Molina de iust. & iur. to. 3. tract. 2. disput. 622. Distingue en el num. 3. entre la succession del Reyno, y la de los Mayorazgos particulares, y en aquellos dize no sucederá el mudo, si fuere colateral, por expressa disposicion de la l. 2. tit. 15. par. 2. pero en estos los admite a todos, sin distincion alguna, refiriendo al señor Molina en el lugar que arriba expendimos, con la decision sobre el Condado de Villanueva. Y en el vers. *Ad primum argumentum, in fine, aucta: In Maioratibus iurisdictionem, ad quam exercendam per se ipsum ineptus est mutus, posse exercere per interpositam personam ad id electam.* Y en el versic. *Ad tertium, ibi: Ad tertium negandum est, eam ineptitudinem muti, excludere à successione in Regno, aut in alio maioratu præterquam si sit collateralis ultimo possessori, quo ad Regni successione, propter id ius possessivum huius Regni, in eo solo eventu, vt dictum est. Neque inde potest summi argumentum ad id extendendum ad alios eventus, aut ad alios maioratus: Eo quod ea dispositio exorbitans sit à regulis iuris communis: Neque est eadem ratio de alijs eventibus, & multo minus de alijs maioratibus, quæ facilius, & sine detrimento, per interpositam personam ad id electam, administrantur vt dictum est.*

122 Y esto se haze mas facil quando el fundador del Mayorazgo dexa yá prevencion especial, respeto de la capacidad, ó incapacidad de los successores; ó lo fundare, sin necessitar de facultad Real; que entonces indistintamente suceden mudos, y sordos, segun Don Juan del Castillo con-

troverfiar. iur. lib. 6. cap. 64. nu. 3. que sigue al señor Molina en los tres casos, que junta con estas dos limitaciones, ibi: *Ego sanè in omnibus tribus casibus, eiusdem placita, & resolutiones amplector, ubicumque institutor Maioratus aliud specificè non ordinaverit; Maioratusque ex Regia facultate institutus fuerit;* Y vna, y otra nos favorecen. La primera, por lo que en el punto de la carta diximos, *num. 8. & seqq.* Añadiendo aora al mesmo Don Iuan del Castillo *lib. 3. controvers. cap. 15. num. 55. ibi: Propter quam ex fundatorum dispositione succedere non potest in Maioratu;* y Don Iuan Sororcano *de iur. Indiar. lib. 2. cap. 18. nu. 86. ibi: Quod certè raro practicatur, nisi id specialiter à fundatoribus cautum sit.* Y la segunda, porque en Aragon libremente, y sin facultad Real, puede cada vno fundar Mayorazgo de sus bienes.

123 Y de esta pone el caso de los que en Castilla se fundan del tercio, y quinto, y con la facultad de la *l. 27. de Foro,* diziendo: *Nam si ex tertio tantum bonorum, aut ex tertio, & quinto etiam, atque ex facultate, l. 27. Tauri, Maioratus institutus sit, ordo legis ipsius præcisè servandus est, nec mutus, & surdus à natura, descendens, aut filius, excludi possit suo loco, & gradu, sicuti ex verbis legis eiusdem compertum est;* Cuyo tenor se reduce a vn orden sucesivo de llamamientos, y lineas, sin especial mencion de mudos, y sordos; De donde se colige, que la duda de si estos han de suceder, ó no, y quando; proviene de la intervencion de la facultad Real, por entenderse, a lo que podemos inferir, que su Magestad las concede con la condicion implicita de la habilidad personal, que para el mismo Reyno, Cabeça, y norma de las demás sucesiones, se requiere, iuxta *l. 2. tit. 15. par. 2. & tradita per D. Molina d. lib. 1. cap. 13. num. 15. & seqq.* y no concurriendo esta circunstancia en el Mayorazgo, que se litiga, no puede aver motivo, que excluya de la sucesion al señor Don Baltasar, hallandose descendiente del que lo instituyó.

124 Con lo dicho puede, sin violencia, conciliarse el valor de la Curaduria, y la capacidad de suceder; porque no es vna misma cosa, no entender bien vn mudo, y sordo, que ser loco furioso, que es a quien el fundador quiso excluir; aviendo tanta distancia aun del mentecato al furioso, como reconocen, *Ruin. in d. l. 1. num. 24. ff. de verbor. obligat. Iacob. de Nigris ibidem, num. 150. Gulliel. Benedict. in cap. Raynutius, verb. Adiecta impuberi, num. 76. par. 1. Zaquias quæst. medicolegal, lib. 2. tit. 1. quæst. 1. nu. 3. & seq. & quæst. 4. nu. 31. & 42. eleganter Cicero in 3. Tusculanar. quæst. Petrus Gregor. syntagmat. iur. lib. 47. cap. 9. num. 12. latè Menoch. de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 45. num. 1. & seqq. & singulariter Fulvius Pacianus de probat. lib. 1. cap. 43. num. 5. & 6. explicando como se ha de alegar la excepcion, non sanæ mentis.*

125 Mas quedando bastantemente assegurada, al parecer, la instancia del Curador, por las razones, que avemos representado, *num. 105. & seqq.* dexan las que se han acrecentado, con mayor seguridad satisfecha la duda; sin que tampoco pueda obstar el reparo de que el señor Don Iuan Sanz de Larrás, vltimo Conde, y possedor de estos bienes, en el testamento, y agregacion, que hizo de los que tenia propios a este Mayorazgo (que han alegado, y exhibido ambas partes en sus pro-

posiciones) no hizo memoria del señor Don Baltasar, su sobrino, sino del señor Don Melchor, a quien nombró, y declaró por heredero suyo, y sucesor de los Mayorazgos de su casa; haciendo de aquí, para la sucesión, que defendemos, argumento de incapacidad.

126 Porque se responde lo primero, que dicho señor Conde, testador, ante todas cosas, dixo, que agregava, vnia, è incorporava los bienes, que en la clausula especifica: *Al vinculo antiguo de la Casa, y Baronia de Latrás y sus Castillos, y Condado de Atares (que es este) y quiero, ordeno, y dispongo, que la presente vnion, agregacion, è incorporacion, tenga, obre, siga, y se observen, tengan, y cumplan las mismas condiciones, llamamientos, formalidades, y cosas, contenidas, y expressadas en el dicho vinculo antiguo de la dicha Casa de Latrás, Castillos, y Baronias de aquella, y Condado de Atares. El qual dicho vinculo, llamamientos, condiciones, y demás cosas en aquel contenidos y expressados, quiero aqui aver, y he por declarados, recitados, y calendados, &c.* Y pasando a otros capitulos, dexa usufructuaria de sus censales a la señora Doña Madalena de Agullana, Sanz de Latrás, su muger, y despues, para fenecido dicho usufructo, dexa heredero vniversal al señor Don Melchor; y por heredero repite, y legitimo sucessor mio, y de dicho Mayorazgo, bienes vinculados, Estado, y Condado lo declaro, y nombro, al qual le doy todo el poder, y facultad que a heredero y sucessor mio vniversal, segun los Fueros, vsos, y costumbres del presente Reyno de Aragon, darle puedo, y devo.

127 Y lo que de esta disposicion se puede inferir es, no que el testador tuviesse por incapaz al señor Don Baltasar, porque ni lo dize, ni entró en esse examen, ni habló palabra sobre ello, como consta del testamento; sino que entenderia, que su impedimento le obstava para suceder, con error, segun lo que llevamos dicho; que no le ha de poder dañar, vt probant optima iura, l. 1. §. si quis 4. de Carbon. edict. l. cum testamentum 8. l. non id circo 9 C. de iur. & fact. ignorant. l. quidam 15. l. Imperatores 29. §. mulier 1. ff. d. tit. de probat. l. ornamentorum 37. ff. de auro, & arg. legat.

128 Lo segundo, que pudo entender, que el señor D. Melchor avia de suceder primero, q̄ su hermano, arg. l. 1. §. 1. vers. Idem est, ff. de iur. & fac. ignorant. ibi: *Idem est si frater consanguineus defuncti, credat matrem priorem esse;* pero no que este quedava excluido para siempre de la sucesión; y aviendo permitido el señor Don Melchor, que era el vnico interesado en la prelación, que el señor Don Baltasar le prefiriesse, y ganasse sentencia, nadie puede contradecirle la instancia, siendo tan cierto, que excepciones que miran al interesse, y favor del tercero, ningū otro las puede oponer, vulgata, l. loci corpus 4. §. competit, ff. si servitus vindicetur, Obser. sed si pone de consort. eiusdem rei, Gloss. Bald. & Imol. in l. Peto, §. d. fratre, verb. supersit, ff. de legat. 2. D. Molina de primogen. lib. 1. cap. 5. nu. 27. D. Sesse decis. 229. num. 19. lib. 2.

129 Lo tercero, que el señor Don Melchor vino a processo, y obtuvo reposicion en la instancia de su hermano, que es vn consentimiento, y ratificacion necessaria de todo lo que podia ser perjuizio suyo, en que ninguno le pudo poner embaraço *cum regula iuris sit omnes licentiam habere, his, que pro se introducta sunt, renuntiare,* inquit text. in l. penult. C. de

paetis. l. si quis in conscribendo 51. C. de Episcop. & Clericis, cap. si de terra extra. de privileg. Tiraq. de iure primogen. quest. 24. num. 4. cum seq.

130 Lo quarto, que esto se confirma aviendo declarado el testador, que lo agregado huviesse de ir siempre vuido al Mayorazgo de Atarés; y si se entédiera, que su voluntad fue excluir al señor D. Baltasar, en la clausula que instituye heredero al señor Don Melchor, siendo aquel su inmediato successor en dicho Mayorazgo, se darian dos clausulas, y voluntades contrarias, lo que se ha de evitar, cap. *inter dilectos de fide instrum. Surd. conf. 230. num. 28. & conf. 357. num. 24.* ni se ha de creer que se corrigiera inmediatamente, D. Cassanate *conf. 38. num. 29. & conf. 53. nu. 64.* Y en duda se ha de conservar la que favorece a la disposicion principal, que es la agregacion, y vnion de los bienes, conforme tambien a la naturaleza de los Mayorazgos, de quo plura, D. Molin. *de Hisp. primogen. lib. 1. cap. 11. per tot. & ibi addentes*, y a la perpetuidad que el mismo testador apetecia, como se ha dicho.

131 Cessamos de responder a lo restante del motivo con el orden que hasta aqui; porque todas sus ponderaciones buelven a fundarse en los fragmentos, que yâ se han referido; y solamente aumentaremos, en satisfaccion del defeto de entendimiento operativo, en que viene a parar; la doctrina de Paulo de Castro *in l. 1. num. 5. in fin. ff. de verb. oblig.* que refiriendo a Bartulo en el mismo texto, donde dixo, que el mudo, aunque entendiessse se equiparava al pupilo; y advirtiendo, que Angelo, y Baldo sentian, devia compararse al mayor, ô adulto; y que Rafael Cumano dezia, que la doctrina de Bartulo, se avia de entender del mudo con entendimiento, que no se podia explicar; se admitô de esta conciliacion, diziendo. *Sed miror de hoc, quia potest exprimere nutu. Nec comprehendendo, quod possit esse mutus intelligens, quin poterit animum suum nutu exprimere;* que no ay mas que dezir en comprobacion de lo operativo de parte del mudo; y puede juntarse el señor Ramirez de *l. Regia in initio, num. 10.* Y de parte de los que han de tratar con él, aunque sea mudo, y sordo, tampoco hallô mas dificultad Butigella *in d. l. 1. num. 87. versic. Imo dico, que trocar las palabras en señas, alli: Imò dico, quod sicut ad supplendum defectum loquendi in mutuo textus consulit, quod exponatur ei res ab aliquo; mox ipse nutu voluntatem suam significet. Ita in simili dicendum est quod si sit mutus, & surdus, consuli debet remedijs ad eum accomodatis: Consequenter, quod is qui mutatis verbis exposuit, signis exponat: Alioquin plus quam absurdum esset credere, quod ex parte multi consuli ei possit, ut loco verborum, nutu animum suum significet; non etiam consuli possit surdo, ex parte eius interrogare seu instruere volentis, ut iste possit nutu animum suum demonstrare: cum non possit diversitatis ratio reddi.*

132 Sin omitir la vltima instancia, que se haze con la clausula, en que el fundador excluye de la sucesion a los Religiosos, admitiendo a los Cavalleros de los Ordenes Militares, que pueden contraer matrimonio, *ibi: Nec omittenda est alia eiusdem testamenti clausula ad eundem finem colligans, ad successionem admittens Ordinum Militarium equites, quibus matrimonium celebrare permittitur: igitur cum de hac facultate non constet, ut expendimus nuper, præcise exclusio convincitur.* Por-

133 Porq̄ le respōde cō breves palabras el Juriscons. Paulo en la *l. mutus* 73. ff. de iure dotiū, alli: *Mutus, surdus, cæcus, dotis nomine obligatur: quia, & nuptias cōtrahere possunt*; Y el sumo Presidente de la Iglesia Católica, in *c. apud sedem* 23. de sponsalib. & matrimo. alli: *Sane cōsuluiſti nos, utrū mutus, & surdus, alicui possit matrimonialiter copulari: Ad quod taliter responde- mus, quod cum prohibitoriū sit contrahendo, ut quicumque non prohibetur, per consequentiam admittatur, & sufficiat ad matrimonium solus consensus illorum, de quorumcumque coniunctionibus agitur: videtur, quod si talis ve- lit contrahere, sibi non possit, vel debeat denegari: cum quod verbis non potest, signis valeat declarare; & ita Magistraliter resolvunt Emmanuel Suarez à Ribeyra in annotat. ad Antonium Gomez to. 1. cap. 6. lit. B. Ioannes Oroscius in *l. Item quia*, §. 1. ff. de pactis, Franciscus de Aretio *cons. 13. num. 2.* Parilius *cons. 88. num. 37. & 40. lib. 3.* Baldo in *l. ex facto* 43. num. 1. ff. de vulo. optime Caldas Pereyra in *d. l. si curatorem habens, verb. cum non ab similis, num. 65.* Y si se replicare, que esta facultad pende, de si declara, ó no con señales, que quiere contraherlo; respondemos, que este examen le compete al Cura de la Parroquia donde casare, segun el sagrado Conci- lio de Trento de *reform. sess. 24. cap. 1. vbi latè Barboſa*; y puede ser que no quiera casarse, pues no le obliga a ello ley alguna, con que no llegará el caso de examinarle.*

134 Ni dexaremos de representar, que en semejantes casos devia pre- ceder sentencia declaratoria de la incapacidad para la privacion, *ut in cap. sancimus, vbi Andr. quo temp. miles, & in cap. 1. §. sed nec alia iustior nu. 34. quæ fuer. prima caus. benef. amitt. & ibi Afflict. Capic. in sua invest. in vers. feuda amittuntur, in n. 34. vers. sententia etiam requiritur, & confere noster Molin. verb. declaratio fol. 89. col. 3. & verb. occupatio, fol. 241. col. 4.* Ni tampoco, que quando todos los fundamentos tuvieran duda, se avia de remitir la excepcion opuesta al juicio petitorio, *ut cum pluribus con- suluit Ioannes Bolognetus cons. 5. num. 19. Molin. in verbo Apprehensio fol. 34. col. 4. & fol. 39. col. 4. Suelves cons. 33. num. 7. & 20. semicent. 2.*

135 Concluyendose de lo sobredicho, que el luez á quo, devió con- firmar su primera sentencia, manteniendo al señor Don Baltasar, pendien- te la lite sobre la mas exacta averiguacion de si era capaz, ó no de suce- der, en la possession, en que le avia inmitido; especialmente hallando yá al tiempo de la revista, repuesto en su lugar al señor Don Melchor, que era, el que como suceſsor inmediato, podia contradzir la instancia de su hermano, si en la verdad fuera insuccesible; confiando del gravissimo jui- zio de V. S. I. ha de reformar la segunda, bolviendo por la noble presump- cion de la naturaleza, en que consiste la decision de esta causa, pues como dixo Iuan Baptista Cavacio in *Oedipo Coloneo, sive de sanitate mentis, par. 2. num. 13. Est perfectissima; quia natura est inimica imperfecti, & est iustis- sima; Quia natura est norma iustitiæ, & est magistralis; Quia natura docet, & sola sufficit pro victoria; Quia secundum hanc pars habet intentionem fundatam super regula, nec probatur contrarium.* Salva Tanti Senatus rec- tissima Censura. Cæsaraugustæ 8. Iunij 1680.

Petrus Antonius Lorfelin, I. C. D.

Dominicus Antonius Gabin, I. C. D.

