

✠

P O R

MATIAS DE TRIANA,

EN NOMBRE DE LOS POBRES

de esta Ciudad de Granada.



EN EL PLEITO



Con Francisco Baez, y D. Ysabel de la Paz,
primos de Domingo Martin de Torres,
difunto, vezinos todos della.

N. 1.



Hecho puntual deste negocio consiste. Lo primero, que el dicho Domingo Martin de Torres otorgò su testamento cerrado ante Iuan de Montalvan, escriuano, en 2. de Nouiembre de 659. y entre otros legados q̄ por el dexò, fue vno.

2 *¶ Ibi: Mando a doña Ysabel de la Paz, mi prima seyscientos ducados para criar sus hijos.*

3 *¶ Y otro, illic: Mando a Francisco Baez, mi primo 500. ducados, y mas vn vestido de paño de Segouia nuevo, de color, con vn jubon de pelfa. Y todos mis vestidos se repartan entre el dicho Francisco Baez, y Fernando de Ribera, marido de doña Ysabel de Paz, mi prima.*

4 *¶ Tambien mando: Que desde el dia de su entierro en ocho dias se entregassen de sus bienes mil reales a Matias de Triana para que los repartiessse entre cien pobres a su voluntad.*

5 *¶ Dexò por sus Albaçasa doña Alfonso Couo de Valseca su muger, y a Iuan Ximenez de la Cerda, mercader de sedas, y a el dicho Francisco Baez su primo, y cien ducados a cada vno de estos dos, por el trabajo que en esto auia de tener, y por su vniuersal heredera a Doña Antonia de Torres su hija legitima, de edad de tres años.*

6 ¶ Lo segundo, que en 6. de Nouiembre, quatro dias despues deste testamento, el dicho Domingo Martin otorgò vn codicilio ante el proprio escriuano, en que dixo:

7 ¶ *Es mi voluntad, y mando, que despues de pagadas las mandas, y legados de mi testamento, lo que sobrare del quinto de mis bienes se distribuya en limosnas, y obras Pias, a voluntad de mis Albaçças, y de Matias de Triana, vezina de esta Ciudad, que para ello desde luego les doy el poder que de derecho se requiere: y esto se haga en el tiempo que con comodidad le pudieren cumplir.*

8 ¶ Lo tercero, que auiendo muerto en 10. de Nouiembre dicho Domingo Martin, presentò petition vn mes despues ante el Alcalde mayor desta Ciudad Fernando de Ribera, como marido, y conjunta persona de la dicha doña Ysabel de la Paz, refiriendo el dicho codicilio.

9 ¶ Y como por el dexò el remaniente del quinto, para q̄ se distribuyesse por sus Albaçças, y Matias de Triana en limosnas, y obras pias.

10 ¶ Y que despues delante de los dichos Albaçças, y de otras muchas personas, el testador por via de declaracion dixo, y declaró, que su voluntad era que las limosnas, y obras pias, en q̄ se auia de distribuir el quinto, fuesse entre sus parientes. Y replicando una persona que allí se hallò si auia de ser entre los parientes de su muger, respondió, que no sino entre los suyos, y assí lo declaró, y porque doña Ysabel era interesada, como su prima hermana, y en todo tiempo conste de la declaracion, y voluntad. Concluyó se recibiesse informacion de los susodichos, y que los Albaçças declarassen, protestando pedir lo que le conuiniessse.

14 ¶ El auto fue, que diese informacion con citacion de los Albaçças, y de Matias de Triana, y que dichos Albaçças declarassen.

12 ¶ Citados, presentò por testigos a *Luys de Acofia, Gaspar Luys de la Parra, el Padre Pedro Couo, de la Compania de Iesus, hermano de Doña Alfonso, Baltasar de los Reyes, Iuan Estevan, Don Iuan de Guzman, Fernando Baez, Maria de los Santos, y Diego Martin*, que depusieron lo que adelante se referirà, y tambien declararon los Albaçças.

13 ¶ Salieron contradiciendo Matias de Triana, y Iuan Ximenez de la Cerda, diziendo se les auia de negar lo que pretendian, porque no se auia podido introducir juyzio por informacion sumaria, que la voluntad de Domingo Martin, fue la declarada por el codicilio, el qual, ni lo alterò, ni reuocò, ni sobrevino causa
para

para ello, que auiendo copiado de escriuano en Granada, y tantos, no es de presumir que si tuviera voluntad de quitar a los pobres este legado, dexara de llamar à alguno, y mas estando dentro de la casa Diego de Escos, y que de dos parientes solos que tenia, se auia acordado, y dexado les cantidades tan considerables, como las referidas, *supr. numer. 2. § 3.* y alegò otras excepciones, y concluyò *se mandasse guardar, y cumplir dicho codicilo, y clausulas del en quanto al remaniente del quinto.*

14 ¶ Dado traslado a Francisco Baez, y a doña Ysabel de Paz, respondieron auerse de estara la vltima voluntad que delante de los testigos declarò, que es la cierta, *y concluyò de verse destruir dicho remaniente entre los dos, como sus parientes mas cercanos.*

15 ¶ Recibido el pleyto a prueua, y ratificados los testigos menos dos, que se reformaron (como adelante se advertira) y examinados otros de nuevo, por ambas partes salio sentencia del Alcalde mayor, en que mandò, que en fuerza de vltimo codicillo, reuocacion del primero, a que se deve estar, aplicaua el remaniente del quinto a los parientes del dicho Domingo Martin, y que todo se entregue a Francisco Baez, y a doña Ysabel de la Cruz, obligandose a que si parecieren otros, les restituiran sus partes.

16 ¶ De que se apelò por Matias de Triana à esta Chancilleria, dixo, y expreso agravios, y las otras partes de bien sentenciado, y recibido de nuevo a prueua con termino ordinario, y restitucion, y hechas prouanças, està concluso, y visto.

17 ¶ Y para que se reuoque, y mande guardar, cumplir, y executar en todo la clausula del codicillo del dicho Domingo Martin de Torres, como en el se contiene, que vâ puesta à la letra, *supr. num. 7.* hazemos en nombre, y por los pobres de Granada esta alegacion, reducida à algunos fundamentos, que miran vnos a defecto de voluntad, y otros de solemnidad desta que llaman disposicion vltima, q̄ son los siguientes.

(*) PRIMERO FVNDAMENTO. (*)

18 ¶ Bien reconociò el derecho quanto peligro corrian las haciendas de los difuntos, queriendose introducir en ellas algunos ambiciosos por medios ilicitos, como lo son el valerse de todos los testigos, y así diò forma de lo que se auia de obseruar en semejantes ocasiones, aumentando el numero dellos con las calidades, y en los casos que se advertiran.

19 ¶ Sic ex l. fin. C. de fideic. ibi: *Cum enim res per testium solennitatem ostenditur, tunc, § numerus testium, § nimior subtilitas requirenda est. lex etenim, ne quid falsitatis incurrat, per duos sorte testes compositum testamentum maiorem nume-*

rum testium exposulat, ut per ampliores homines perfectissima
veritas reueletur, l. iubemus 29. §. si enim, C. de testam. illic: Et
falsitas in elogijs committitur.

20 ¶ Et cum Aristotel. & alijs Anneo Robert. rer. iudic.
cap. 10. fol. mihi 438. illic: Multiplex autem ratio reddi potest,
cur tot potius solemnitates in testamentis, quam in contractibus
requirantur. Prima est, quod vltimarum voluntatum falsitati,
ac suppositioni, qua semper frequentissima fuit, ob viam in mul-
ta solemnitatum scrupulositate conueniens fuit.

21 ¶ Y así dispufo, que no otorgandose el testamento, ô
codicilio ante escriuano, sino en presencia de testigos interviniere-
fen, y se hallassen presentes fiete. l. hac consultissima, §. per non cu-
pat. C. de testam. l. 1. tit. 1. part. 6. Y aunque la l. 1. tit. 4. libr. 5. Re-
cop. dize: Que si se hiz iere sin escriuano publico, que sean hay a lo
menos cinco testigos, vez unos, segun dicho es.

22 ¶ Se deue entender, en caso de no poderse facilmente
hallar escriuano; no empero tendrà lugar en vna Ciudad Popu-
losa como Granada, donde tantos Publicos, y Reales ay, que en-
tonces se deue estar a el derecho comun, è intervenir fiete.

23 ¶ Así parece lo dà a entender, ipsa met lex Regia, en
las palabras que se figuen a las referidas, illic: Y si no pudieren ser
auidos cinco testigos, y escriuano en el dicho lugar: explicant Ci-
fuent. in l. 3. Taur. nu. 6. Tell. Fernand. in dict. l. part. 2. n. 14. illic:

24 ¶ Quanto supposito, quod in testamento sufficiunt
quinque testes secundum dispositionem nostrae legis, sine Tabellio-
ne, volo vos attentos reddere, quod in distinctè hoc a lege non per-
mittitur, sed ita demum si facilius ex qualitate loci Tabellio Pu-
blicus inueniri non possit. Et post legis verba profequitur illic:
Vnde inferitur notabiliter, quod regularitè testamētum nuncupa-
tium, sine scriptura publica, hodie nullo iure valet, nisi adsint
septem testes secundum ius partitæ, & commune.

25 ¶ Et concludit ibi: Vnde si pretendatur hereditas,
seu legatum, cuiusvis persona, ad cuius consequitionem ad duca-
tur probacio per testes, ei qui se fundat in illa dispositione, incum-
bit probare Tabellionem Publicum adhiberi non potuisse. Nec
hac allegatio passim admittenda est, sed ita demum quando indi-
gentia, vel non facilitas causatur ex qualitate loci, ac si appertius
diceret, si locus ita fuerit exiguus, vt vnus tantum Tabellio Pu-
blicus, vel duo adsint, qui forte sint impediti, vel absentes: tunc
sufficiant quinque testes. Tamen in loco, ubi ad est copia, & abun-
dantia Tabellionum Publicorum, tunc quinque testes non sus-
ficiunt.

(*) SEGUNDO FVNDAMENTO. (*)

26 **S**I quiere la otra parte (como en la verdad pretēde) que Domingo Martin otorgó en fuerça de vltima volūtad otra disposicion revocatoria de su primer codicilo: dezimos, q̄ para esto, aunq̄ fuerō los q̄ presentō en la sumaria 9. testigos, como instrumentales, de quibus supran. 12. se hallarā no auer numero bastante, de suficientes, é idoneos que la puedan hazer perfecta.

27 ¶ Porque doña Juana de Guzman, y Maria de los Santos, por mugeres, no puedē serlo, l. qui testamento 20. §. mulier. ff. qui testam. fac. possunt, l. fin. §. lex, C. de fideicom. §. testis, Inst. de testam. Ordin. l. 1. l. 9. tit. 1. part. 6. l. 17. tit. 16. part. part. 3. ibi: Muger de buena fama puede ser testigo en todo pleyto, fueras ende en testamento.

28 ¶ Iul. Clar. §. testamentum, q. 55. num. 7. Tell. Fern. in l. 3. Taur. part. 1. num. 15. Greg. in l. 7. tit. 1. part. 6. verb. dos testigos. Spin. de testam. gloss. 31. num. 14. Matienç. in dict. l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. gloss. 6. num. 3. Dom. Pichar. in dict. §. testes Inst. de testam. num. 8.

29 ¶ Quod procedit etiam inter liberos, & ad pias causas, cap. relatum, de testam. ibi: Testibus legitimis. Speculator. tit. de testam. §. 1. num. 3. Federic. de Senis conf. 217. num. 1. Roman. in auth. similiter, C. ad l. falc. Barbac. conf. 58. circa fin. lib. 1. Capra conf. 75. num. 55.

30 ¶ Ex nostris, Dom. Greg. Lop. in dict. l. 7. tit. 1. part. 6. gloss. 1. Dom. Couarruvas de spons. 2. part. cap. 8. §. 4. nu. 13. Ant. Gomez in l. 3. Taur. num. 84. Dom. Molin. lib. 2. cap. 8. n. 26. Azcu. in dict. l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. num. 41. Dom. Pichard. in dict. §. testis, num. 43.

31 ¶ El Padre Pedro Couo, por Religioso, no auiendo tenidolicencia de su Superior, tãpoco se tiene por legitimo, cap. Monachi 16. quast. 1. cap. super prudentia 14. quast. 2. Specular. tit. de teste, §. 1. column. 11. vers. Item excipitur, quod est Monachus. Ioan. Fab. in §. testes, col. 1. apud finem, inquiring, infrigis posse complura testamenta, in quibus testes Monachis scripti sunt. Farin. de testib. quast. 61. a n. 126.

32 Y aunque muchos DD. lleuan jurado, que si de hecho huviere, se conseruarà su deposicion, no puede negarse lo dudoso deste punto, que junto con las demas circunstancias que asistē a el intento desta parte, se deue inclinar el arbitrio a su favor.

33 ¶ Gaspar Luys de la Parra, y Iuan Estevan, a el tiẽpo de la ratificaciõ, en plenario se retractarõ, Parra, diziẽdo: Que

no se acuerda se hallasse presente, quando Domingo Martin hizo la manda del remanente del quinto a sus parientes, aunque asistio en la sala donde estava enfermo, y que lo oyo al Padre Pedro Cono.

34 ¶ Y Juan Baez: Que no se halló presente a la revocacion, que diz en hizo Domingo Martin del remanente de el quinto, y que el motivo que tuvo para averlo dicho en la sumaria, fue por averse lo oido al Padre Pedro Cono, y a Francisco Baez, y a don Alonso, y a Juan Ximenez.

35 ¶ Que siendo contrarios entre si mesmos, no merecen credito, lo qual se ve en l. 16. ff. de testib. l. eos 27. de iudi. Bart. ff. ad l. Corn. de fals. goss. in Auth. de testib. §. es quia verb. non habebit, gloss. in cap. in presentia, verb. dubium probare ed. tit. Bald. in l. sed et si possessori, §. sed et si rerum, num. 2. ff. de iur. iur. Mascard. de probar. con. l. 1. §. 367. num. 3. Farinac. de testib. quaest. 67. a n. 321. op. im. l. 4. tit. 16. part. 3. ibi: Mas quando a algun testigo fuere contrario a si mismo en su dicho, no deve valer su testimonio.

36 ¶ Y demas deste invalida la tal disposicion, por ser necesarios para el cumplimiento del numero que el derecho pide, y lo es en l. 1. §. si quis neget, ff. quem admodum testam. aper. Soc. in conf. 92. a num. 1. vol. 3. Decius conf. 105. num. 4. Bec. conf. 86. num. 13. Surd. conf. 129. num. 6. late Marra de success. legati, q. p. quest. 12. art. 1. num. 1. et in fin. Thesaur. quaest. forens. 31. libr. 1. a num. 3. Paul. Staiban. resol. 64. num. 24. ibi: E omnis, quia hic testis facit unus ex his, qui aut aruerunt in stipulatione dicitur testis agenti, et in eius de possessione dicit, quo casu etiam si fuerit unus, facit testamentum non valere, et ratio est; quia quando unus ex testibus, ad actum necessarij, contradicit instrumentum, vel testamentum, facit illum baculare, et corrumpere. Et iterum, re solut. 68. num. 12. §. 13.

37 ¶ Concorre tambien, que Francisco Baez con juramento, por mandado de la Sala ha declarado: Que el aver Domingo Martin dispuesto del remanente del quinto a favor de sus parientes, fue entre las tres, o quatro de la tarde del dia que murio, y algunos testigos tambien dicen fue por la tarde. Y en dicha sumaria Fernando Baez de Ribera (ademas de estar probado, que no se halló entonces en casa de Domingo Martin) se comprueva con lo que de pone, ibi: Que estando en las casas de Domingo Martin el dia antes que falleciesse, le oyo, &c. Lays de Acosta, que auendo ido a ver a Domingo Martin, que era su amigo, el dia que murio por la noche tambien le oyo, y en esto se ratificaron ambos.

38. **¶** Formanera, que estan encontrados en lo sustancial del acto, que es en el tiempo con los demás, y con la misma parte; y así no merecen credito, por no saberse a quales se les deua dar, *de testib. l. qui falso, ff. de testib. l. eos qui, ff. de falsis, dict. gloss. in auth. de testib. §. quia verba non habebit, §. gloss. in cap. in presentia, verb. dubium de probat. Bald. in l. sed et si possessori, §. si de iur. iur. Farinac. quast. 65. part. 1. n. 2. Dom. Valenc. conf. 78. num. 46. Noguerol allegat. 25. num. 318. Menoch. lib. 5. presumpt. 23. num. 4. ibi: Efficit etiam hac repugnancia, §. varietas, ut nulla ipsius attestacionibus fides adhibeatur.*

39. **¶** Maximé, en disposicion de vltima voluntad, cuyo otorgamiento ha de celebrarse en vn punto, y tiempo, y no en diuerfas, y separados, como estos testigos dicen, vnos, el dia q muerro, otro, el dia antes: otro, a la noche: la parte, y otros, entre las tres, y quatro de la tarde, aduersus, l. heredes palā, §. fin. ff. de testam. ibi: Vno cōtextu actionis testari oportet: deduciturque ex l. hac consulsissima, ibi: Vno eodemque die, ac tempore conscribentibus, §. consignantibus, Et l. si vnus, C. eod.

40. **¶** Extra antiquiores Gratian. cap. 909. num. 1. Petra de iudic. comiss. quast. 12. a num. 679. Dom. Menchac. de success. creat. §. 22. num. 21. §. 3. a num. 11. Ant. Gom. in l. 3. Taur. num. 49. Spin. de testam. 1. part. rubric. num. 11. qui num. 12. re-crede declarat cōprobationem testamenti Hispanica, otorgamiento, dico vnico tantum contextu testamenti fieri debere. Matienç. in l. 2. tit. 4. lib. 5. gloss. 2. nu. 4. ad med. Cornel. ad Gom. in dict. l. 3. Taur. num. 33. §. 49. D. Fran. Ger. de Leon decis. 40. a n. 90.

41. **¶** Et licet opondran, que además de dichos nueve testigos de la sumaria, presentaron en el termino ordinario, de prueua ante el inferior a Iuan de Narbaez, ortelano, y en la instancia de vista en el de restitucion a Francisco Rodriguez Seco, mercader, que dicen auerse hallado presentes tambien, aunque el segun do no se acuerda la ora en que fue. Satisfacemos.

42. **¶** Tūm, que no deuen juntarse estos para llenar el numero, respecto de que todas las vezes que se trata de verificar la vltima voluntad del defunto, por solos testigos lo que se deue hazer por el testuario, d'interessa do en ellas, acudir ante la justicia referis el hecho puntual, de zir que se examinen los instrumentales, cō citacion a el tenor del, y que hecha esta diligencia, se ponga en el registro ca publica forma, y declare, y tenga por disposicion.

43. **¶** Probant. l. publicati, C. de testam. l. ab antiquis 31. §. si vero, C. eodem, ibi: Sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem, §. maxime, quem, vel quos heredes sibi relinquere

linquere voluerit, & hoc post mortem testatoris iurati depo-
nant: gloss. fin. in l. 1. C. eod. gloss. ordin. in l. heredes palam, ff. eod.
gloss. in l. fin. C. de fideic.

44 ¶ Menoch. de adipisc. rem. 4. nu. 659. Michael Crafs.
in §. testamentum, quest. 71. Mantie. de coniectur. libr. 1. tit. 7.
num. 7. Palac. Rub. in dict. l. 3. Taur. num. 42. Burg. de Paz ibidē
num. 1054. Didac. Castill. verb. escriuano, Anton. Gom. nu. 46.
Maticnç. in l. 14. tit. 4. lib. 5. Recop. gloss. 2. nu. 7. Flores de Men:
1. var. quest. 1. num. 13. & iterum, nu. 57. ibi: Ultimo prmitto,
quod testamentum factum coram testibus, sine scriptura, vel cō
scriptura priuata debet publicari, aliās si testes aliqui ex necessa-
rijs deficiant, deficit etiam, & corruiit testamentum.

45 ¶ Tūm, porque aun agregandose estos dos a el nume-
ro que resta de los nueve, por reprobuar, todauia no alcança, no so-
lo a el de siete, que el derecho comun pide, no interuiniendo escri-
uano. Pero ni aun a el de cinco, segun la l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. sim-
plicitèr intellecta, etiam que no se abra fassse la interpretacion (biē
literal) que le dan, Cifuent. & Tell. Fern. in dict. l. 3. Taur. vbi
supr. num.

46 ¶ Y lo principal, y en que es justo cargar la considera-
cion. Por que quando excediera el numero a el que la ley requiere,
y los señores luezes vsado del arbitrio amplio, q̄ el derecho les cō-
cede, no deuen darles credito alguno auiendo causa, ad textum
in l. Lutus, ff. de his qui not. infam. vbi Bart. sic: Ultimo potest
notari ex isto: text. practicam, l. testium, §. 1. de testib. dum dicit
tu magis scire debes, quod posito, quod testes clare probent secun-
dum verba, potest iudex si sibi videbitur eis non adhibere fidem,
ut hic hoc tamen faciendum consulo ex causa.

47 ¶ Hanc Barth. resoluit. communem, & ab omnibus
receptam testantur. Felin. in cap. auditis, nu. 13. immed. de pres-
cript. Deci. conf. 91. num. 1. & conf. 105. num. 5. vers. Scriptus pa-
ter, Franc. Becc. conf. 52. num. 55. lib. 1. Curt. Iunior. conf. 17. ibi:
Sic intelligitur dictum Bartol. & Angel. in l. Lutus, vbi vo-
lunt, quod iudices possunt ex causa, testibus plene deponentibus
fidem non adhibere, Crauet. conf. 75. num. 22. ibi: Et in terminis
adduco Bartol. Paulum, Angel. in l. Lutus, ff. de his, qui notat.
in fam. vbi quod potest iudex ex causa testibus plene deponenti-
bus fidem non adhibere.

48 ¶ Menoch. de arbitrar. lib. 2. cas. 90. nu. 5. ibi: Hoc
esse summo pere notandum, quia potest iudex ex causa non adhi-
bere fidem testibus. Seraphin. de priuileg. iurament. priuileg. 3. d.
num. 9. ibi: Quia probationes sunt iudici, in cuius arbitrio con-
sistit

3
fistit omnis probatio, & ideo dicitur, quod si sibi videbitur, poterit non adhibere fidem testibus, quamuis clare deponant.

49 ¶ Pincel. in l. 2. C. de rescind. part. 3. cap. 4. num. 44. ibi: Probatur hac resolutio ex notabili doctrina recepta, qua in hac materia, sepe summe conducit, effectum probationis, pro maiori parte arbitrarium esse, ut scilicet ex ratione, & alijs adminiculis possit iudex circumspicte recedere ab eo, quod testes (fortase corrupte, vel decepti) asserunt. Surd. decis. 105. num. fin. ibi: Probationes enim omnes sunt arbitrariæ, ita quod iudex potest non adhibere fidem testibus concludentibus.

50 ¶ Y fetiene por causa justa la inuerosimilitud para poder el Iuez apartarse de lo que testifican, Felin. in dict. cap. auditis, de prescript. num. 23. ibi: Et dicunt, in l. Lutius, quod quando testes non deponunt verosimile, potest iudex ex causa fidem non adhibere, Curt. Iun. dict. cons. 17. num. 6. Donde profiguendo las palabras proximè adductas, inquit: Iusta enim dicitur causa quando deponunt non verosimilia, Crauet. dict. cons. 75. nu. 22. Que auiendo alegado à Bartul. y los demas in dict. l. Lutius, y conformandose con su sentir, prosequitur illic: Iusta autem causa non credendi talibus testibus, dicitur quando deponunt rem non verosimile, Roland. à Valle cons. 491. num. 44. vol. 4.

51 ¶ Y las que concurren in presenti son muchas. La primera, porque auiendo Domingo Martín por su testamento q̄ con prudente, y deliberado acuerdo hizo, dexado legados tan confidables a las otras partes, y despues codicilo, mandando el remaniēte del quinto en la forma que contiene la clausula supr. numer. 7. no es de creer, que dos dias despues, sin causa que de nuevo sobreuiniesse, lo alterara, y destruyera todo, como se pretende, ex regula quod mutatio voluntatis non presumitur, l. 3. ff. de probat. l. Lutius Titius, in fin. de leg. 2. l. Paulo, §. 1. de leg. 3. l. Manius, §. ult. ff. de annuis legat. l. rem legatam, ff. de adimen. legat. l. 1. §. penult. ff. si tabel. testament. nulla ex tab. l. sancimus in fin. & l. omnium testamentorum, C. de testament. Menoch. lib. 4. presumpt. 165. num. 1.

52 ¶ La segunda (y que siempre hará gran bateria à todo buen discurso) que auiendo elegido el medio de asegurar sus disposiciones Domingo Martín, asilado del testamento, como su codicilo, con auer llamado a Iuan de Montaluan, escriuano, y testigos ante quien les otorgò en diuersos tiempos, parece conseqüente, el q̄ si huviera tenido animo de reuocar este, y hazer otra vltima voluntad, y fara de la propia solemnidad, pidiendo se le llamasse a el mesmo escriuano, ò valiera de Diego de Escoz, que lo

es del numero, pues aquella tarde, desde las dos, ó tres della se hallaua dentro de su casa adonde auia ido, llamado para abrir el testamento, y preuenir la particion, entendiendo era ya muerto, por auerle dado vn parafismo, como el mesmo lo declara con juramēto, y otros muchos testigos, en que no deue ponerse duda, y solo la ay, en que algunos dicen no estaua en la mesma sala, si no en los corredores.

53 ¶ Et sic no auendolo hecho, ni executado, siendole tan facil, es presuncion segura, de que consulto, y de proposito omitió el testar: argum. l. item apud Lal. e. nē. §. hoc adictū, illic: *Ea enim, quæ notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta*, ff. de in iur. argum. cap. ad Audientiam de decim. l. vnc. §. ad deficientes. C. de caduc. toll. ibi: *Nam si contrarium uolebat nulla erat difficultas*.

54 ¶ Consideració que en la propia especie haze D. Francisco Gerónimo de Leon, decis. 40. part. 3. nu. 70. ibi: *Præterea, quod dictus Petrus Solanus non habuerit animum testandi, ex eo colligitur: nam ut ex processu resultat, Ioannes Conca, Notarius, erat scriba D. Baronie. Et infra: Et si dictus Solanus habuisset animum testandi potuisset ante ipsum Notarium conderet testamentum, & reuocare, quod annis retro elapsis considerat inscriptis, quod cum non fuerit credendum est noluisse testari*.

55 ¶ Y que se pondera tambien en vna sentencia de otro negocio tal por el Consejo de Cataluña, teste ipso D. Francisco de Leon, prosiguiendo las palabras antecedentes, ibi: *Quod considerauit Consilium Regni Catalonia, in sententia lata die 27. Septem millesimi 556. His verbis: Quibus, & illud maxime accedit, quod ex predictis testibus, uidelicet Fogalot, & Ferrer, erant Notarij, & eorum alter, scilicet Fogalot, ut ipsemet deponit, valde notus Magdalena Iunien: Vnde uerosimiliter est credendum: quod si dicta Magdalena testari uoluisset, rogasset alterum eorum, ut de sua uoluntate testamentum fecisset*.

56 ¶ Concludit que num. 107. ibi: *Et Index potest ex causa non adhibere fidem testibus, plene deponentibus, ut inquit Bart. in l. Lutus, si testes uerosimilia nõ deponunt: non enim credibile est, quod cum testator predictus potuisset adhibere Notarium, & testes masculos omni exceptione maiores, fecisse testamentum nuncupatiuum coram testibus feminis, &c. Et licet sola esta causa era vrgentissima aquietar el animo, y conferuar indemne el codicilo*.

57 ¶ La segunda, porque segun los testigos contrarios, que afirman auerle hallado presentes a este acto, vienena exceder

6

der de catorce, ò diez y seys (cosa bien inuerosimil) Y aunque en posiciones con juramento, por mandado de la Sala, dize Francisco Bacz: *Que la mayor parte auian ido acompañando el Santo Olio, que se dió a Domingo Martin, y que se quedaron allí, en esta y a presencia declarò, &c.*

58 ¶ Es mas incierto, è increíble. Porque con el Santo Olio, solo va el Cura, Sacristan, y vn acolito, que es lo vísitado en Granada, y si la verdad fueron acompañandole, gran descortesia, y aun groseria vsaron en no boluer, asistiendo hasta dexarlo en la Yglasia de donde le lleuaron, quæ cum in uisitata, & in uerosimilia sint falsitatis imaginem habent; *dist. l. ob carmen, §. fin. ff. de test. l. 40. tit. 40. part. 3. Bald. in l. 1. C. de seru. fugit. n. 1. Gramm. decis. 28. in princ. Crauet. conf. 61. num. 9. Tiraq. in l. si unquam, num. 9. C. de recoc. don. Menoch. conf. 1. num. 58. Mascard. concl. 740. num. 34. Barbof. axiom. 223. num. 5.*

59 ¶ La tercera, porque no consiste la certeza, y valor de el acto, y disposicion testamentaria, en que solo asistan los testigos en la casa, y sitio donde el enfermo està, no, si no en que oiga de su mesma boca el tenor, y forma de toda la contextura de su voluntad hasta el fin, *l. hered. palam 21. l. qui testamta, §. veteres, ff. de testam. l. iubemus, C. eod. illic: Quod si non fuerit obseruatum, & nomen heredis. vel heredum non fuerit manu testatoris scriptum, vel uoce coram testibus nuncupatum, hoc testamentum stare minime patimur.* Consonat, *l. 6. tit. 3. part. 6. Paris. conf. 33. num. 28. lib. 2. D. Menchac. de succf. creat. §. 22. nu. 91. Mainier. de testam. succes. lib. 4. tit. 4. nu. 3. D. Franc. de Barri. de subst. lib. 1. tit. 1. de testam. num. 37. D. Franc. Ger. de Le. decis. 40. lib. 3. n. 110. Roder. Suar. alleg. 2. n. 24. Matienç. in l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. gloss. 4. n. 1. §. 2. vbi inquit: *Nec satis esse omnes testes interuenisse, nisi omnia disposita perceperint, ita ut nullã particulam, etiam minimam percipere desinant.* Stayl. resoluit. for. 54. num. 5.*

60 ¶ Para que vengan en conocimiento, de si las palabras que dize son con animo de testar, ò de cumplimiento, ò por otro fin; pues no todo lo que hablan es para que se juzgue por vltima disposicion, *l. Diuus 24. ff. de testam. milit. ibi: Caterum si ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui. Ego te heredem facio: aut tibi bona mea relicto: non oportet hoc pro testamento obseruari, probaturque ex l. quidam cum filium 46. ff. de her. inst. vbi Bald. sic: *Non ex omni voluntate testatoris agitur, sed solum ex ea, qua transit ad dispositionem.* Plura iura congerit D. Franc. de Leon dict. decis. 40. a num. 151. cum seqq.*

61 ¶ Segun lo qual, hagase reparo, si lo que de contrario se pretende, y Francisco Bacz ha declarado, scilicet, q̄ doze per-

personas que nombra, y otras muchas que dize huvo, pudieron concurrir juntos cercados de la cama, y oir la disposieion de boca del enfermo, estando tana lo vltimo de su vida con el parafissimo que auia passado, ya oleado, y que a pocas horas espirò, puede ser cierto? Y mas quando otros, sin tacha, ni sosp^{ta}cha, que alli concurrieron, de quibus infra, no lo vieron, ni oyeron; considerent, & p^{er}sisissent oculatissimi, & integerrimi Iudices, de cuyo arbitrio p^{er}de todo, dict. l. 3. de test. § l. Lutus, ff. de his qui notant inf. m. & DD. sup. à num. 46. dict. l. ob carmen 21. §. fin. illic: *Confirmatque Index motu animi sui, ex argumentis testimonijs, ea qua rei aptiora, & verò proximitiora esse competerit.* D. Franc. de Leon dict. decis. 40. num. 106. ibi: *Et quando depositio testis est in verosimilis et non creditur. Et Index potest ex causa non adhibere si dem testibus, plenè deponentibus.*

62 ¶ La quarta, & notatu etiam dignissima, consiste en que debiendo, luego que murió Domingo Martin, hazer la diligencia judicial las otras partes, pidiendo el examen de los testigos instrumentales, para que constasse de su vltima voluntad, y se publicasse, y protocolasse, ex iuribus sup. num. 42. & 43.

63 ¶ Tantum distat, que entonces la hiziesen (auiendo asistido en su casa, y muerte) que dexaron passar mas de vn mes, sin intentar cosa alguna, ex cuius tarditate, malam causam fouere p^{re}sumitur, & non esse verum, l. si quis forte, ff. de p^{en}. cap. 1. de frig. & malefic. Crauet. conf. 28. num. 6. & conf. 72. n. 9. Ossasc. decis. 117. num. 9. Afflic. decis. 13. num. 17. Menoch. de arbitr. cas. 91. num. 7. Castren. conf. 222. num. 3. ibi: *Vnde si vera esset dicta exceptio, vel allegatio, credendum est, quod non tantò distulisset eam proponere, & p^{re}sumendum est potius, quod non sit vera, postquam à principio non p^{ro}posuit.*

64 ¶ La quinta, y vltima. Porque contra las deposiciones de los testigos presentados por Francisco, y Vaez, y Conforte, dizen a fauor desta parte.

65 ¶ El Padre Fray Ioseph de San Gabriel, Religioso Descalço de la Santissima Trinidad: *Que asistió a el enfermo la tarde del dia en que murió, desde las tres hasta las quatro y media no le oyò palabra que concerniera à esto, ni se tratò alli, asistiendo a su cabecera, antes las razones que daua, parecian no ser a proposito.*

66 ¶ Doña Elena de Zuñiga, biuda de Geronimo de Morales: *Que estubo desde las dos de la tarde del dia que murió, hasta las quatro con Domingo Martin, y no le oyò tratasse de el quinto de sus bienes, ni hablasse en esto.*

67 ¶ Bartolome de Naruaez, mercader de sedas, cuñado de doña Alfonso, dize: *Asistió en las casas de Domingo Martin*

7

Martin cinco, ò seys noches antes, y la en que murió, y parte de la tarde della, hasta las diez de dicha noche, y que estuvo con Diego de Escos, escriuano conuersando, y sabe, y tiene por cierto, que Domingo Martin no tuvo voluntad de reuocar la manda del quinto de los pobres, y obras pias de esta Ciudad, por que si la tuuiera en materia tan grave, se valiera del escriuano que tenian prevenido las partes, y fuera publico en la casa, antes vido que no se hablo dello. Y despues en restincion de tanta el dicho a mas.

68 ¶ Diego de Escos, escriuano Publico, que estubo del de las dos de la tarde, del día, en cuya noche murió Domingo Martin en sus casas en el corredor, y saliendo, y entrando en la sala donde estava enfermo, y nunca le oyò dezir, que lo que se habia del quinto se diese a sus deudos, ni que reuocara la manda hecha à los pobres, ni menos lo oyò dezir a persona alguna de la casa, y si huviera passado aquella tarde, le parece lo huviera oido dezir, ò tratar, por auer asistido hasta que tocaron las Animas, &c.

69 ¶ Manuel Rodulfo, caxero de Domingo Martin, que asistia dentro de su mesma casa, dize: Vio aquella tarde en ella à Diego de Escos. Y a la sexta pregunta: Que acabò de dos, ò tres dias de muerto Domingo Martin, oyò hablar a el Padre Pedro Couo, que dezia auer mandado el quinto a sus parientes, pero el testigo no afirma en que sucediese, ò no la dicha manda, porque no se hallò presente.

70 ¶ Tambien pidieron jurassen possisiones, doña Alfonsa que fue la primera que dixo en la sumaria, y despues la presentaron por testigo las otras partes, y en la ratificacion dize: Que lo que viò dezir a su marido, fue el dia de la noche que murió, siendo las dos, ò tres de la madrugada, estando presente el Padre Pedro Couo su hermano, y Francisco Baez, y no se acuerda huviese otra persona, y no se lo oyò dezir en otra ocasion alguna.

71 ¶ Y Iuan Ximenez de la Cerda declaró: Que estando la tarde de la noche que murió Domingo Martin, en su casa, y sala donde asistió oyò que el Padre Pedro Couo le dezia, hermano tendrá gusto que se les de a los parientes de doña Alfonsa de esto que se ha de repartir? A que respondió, que ya les dexaua 200. reales: y no viò otra cosa. Y despues de mucho rato le preguntò a el Padre Pedro Couo, que era aquello de repartir, y 200. reales? A q̄ le respondió: Que comunicaua ciertas cosas de conciencia, y entre ellas auia dicho Domingo Martin, que lo que dexaua de el quinto, fuese, y se repartiessse entre los parientes del Domingo Martin. Y en este dicho lo ratificò en plenaria la otra parte.

72 ¶ Acuyas depoficiones deue inclinarse el arbitrio, por ser de personas sin sospecha, niteres, y de mas autoridad, l. 3. in princ. ff. de test. l. fin. ff. de fid. instrument. Bald. in l. ad testium, num. 2. l. C. de test. Menoch. de rescind. rem. 3. num. 719. ¶ de arbitr. casu 526. num. 21.

73 ¶ Licet fuisse menor el num. DD. in cap. in nostra de testib. l. ob carmen, §. fin. de test. l. 41. tit. 40. part. 3. Gabr. commun. tit. de testib. §. fin. graiban. resolut. for. 68. nu. 38. illic: Imò plus dico, quod in isto casu etiam si nostri testes essent numero pauciores, adhuc eis magis credendum esse.

74 ¶ Maximè, padeciendo los contrarios tantos achaques, encuentros, è inuecosimilitudes, como las aduertidas, deuiendo para disposicion testamentaria, reducida à solos testigos, sin escriuano, ser mayores de toda excepcion, Dec. conf. 105. nu. 15. ad med. Cras. §. testamentum, quaest. 57. num. 1. Gregor. Lop. in l. 1. tit. 1. part. 6. verb. ante siete testigos, D. Ger. de Leon dict. decis. 30. num. 79.

(*) TERCERO FVNDAMENTO. (*)

75 O Tto defecto bien considerable padece la probança de los Actores, para que no se juzgue por bastante a peticionar disposicion de vltima voluntad.

76 ¶ Quales es el no convenir los testigos en vn mesmo tenor, y forma de palabras, aunque sea en la nuda corteza, y sonido dellas, como se requiere, y es necessario, quando por solas sus depoficiones se trata de probar per nuncupationem, sin la autoridad de escriuano, aunque conuiniessen en la substancia.

77 ¶ Assi lo resueluen in casu Bel. in l. cum antiquitas, C. de iur. delib. num. 5. Anton. de Butrio in cap. nihil. 7. de verbor. significat. num. 2. illic: Et pro tanto vidi dubitari de isto, duo testes fuerunt producti ad probandum, quod Titius instituit seum heredem, et vnus dixit: Scio quod audiui, et quod dixit, Scio haeredem instituo. Alius dixit, quod dixi Seius haeres sit. Et terminatum fuit de facto, quod essent testes contrarij, aut singulares, et non probarent; quia recitabant verba, vt ab alio prolata, ideo debuerunt concordare in verbis predictis.

78 ¶ Rimin. Sen. conf. 545. num. 11. libr. 3. illic: Testes asserentes verba alicuius debent concordare in cortice verborum, et circa probationem institutionis, vnus testis dicebat: sic scio, quia audiui: quod dixit Seium haeredem instituo; alius dixit: Scio haeredem esse volo, quod isti testes essent contrarij, et non contestes.

79 ¶ Assi se determinò en el Senado de Saboya en dos nego-

negocios que se ofrecieron, teste Ant. Fabr. in C. libr. 6. tit. 7. de instit. de fin. 2. ibi: *Testes, qui deponunt de institutione facta per nuncupationem, debent esse testes, etiam in figura, & cortice verborum, cum de nuncupatiua institutione per testes probanda agitur, quod euenit, quoties nuncupatiuum testamentum, sine scriptura factum proponitur, si soli testes fidem faciunt, qui de verbis institutionis, sic testantur, ut non tantum in substantia voluntatis, sed etiam in verborum figuram, & corticem consentiant: alioquin non possunt videri testes, & de vna tantum institutione sensisse, quandoquidem si scriptum testamentum fuisset, vna tantum institutionis forma reperiretur. Ita Senatus in causa Petri Humberti, & alia causa, &c.*

80 ¶ Y tambien el de Cataluña, como lo afirma Iacobo Cancer. lib. 1. variar. cap. 4. de testam. num. 85. Donde auendo referido las palabras de los testigos, y diferencia de lo contextual en la forma de la institucion, aunque convenian todos en la persona del heredero, concludit, sic: *In Regia sententia Senatus pronuntiauit, non potuisse publicari quodam testamentum sacramentale, eo quod testes erant discordes in modo instituendi, licet essent concordēs in persona, que erat instituta, ut in dicta Regia sententia habetur. Fontan. decis. 580. n. 5. tom. 2.*

81 ¶ Resolucion que se ajusta en todo à nuestro pleyto, segun lo literal de los testigos contrarios que deponen assi.

82 ¶ Luys de Acoftadize: *Que el dia que murió Domingo Martin por la noche, llamó a el Padre Pedro Couo, y le dixo, como auia mandado por su codicilo se repartiessse el quinto entre pobres, lo renouaua, y mandaua, que se repartiessse entre parientes suyos.*

83 ¶ El Padre Pedro Couo: *Que aquella tarde, Domingo Martin dixo, como era su voluntad, que lo que sobrasse de el quinto, pagado su testamento, se diessse a sus parientes, y no a los pobres, como lo tenia mandado por su codicilo, porque gustaua fuessen preferidos los suyos.*

84 ¶ Baltasar de los Reyes: *Que Domingo Martin dixo, si pieessen, como su vltima voluntad era, que la mãda que hazia en su codicilo, en que mandò todo el remaniente del quinto se repartiessse entre pobres, su voluntad era que se diessse a sus parientes.*

85 ¶ Fernando Baez: *Que le oyò dezir, que sin embargo que auia mandado el remaniente del quinto que sobrasse de su hazienda, se repartiessse entre pobres, que auia acordado, y era su*

voluntad, que lo que sobrasse, se repartiessse a sus parientes.

86 ¶ Diego Martin: Que le oyo como estava disgustado con la manda que auia hecho del quinto de sus bienes en pobres, y obras pias; y que supiesse en era su voluntad fuesse el remaniente para sus parientes.

87 ¶ Iuan de Naruarez, ortelano: Que vió que el Padre Pedro Couo dixo a Domingo Martin, aquella manda del quinto que dexó v. m. en su codicilo para limosnas, y obras pias, quiere v. m. que se parta en los parientes de su muger: Respondio, que no quiere entrassen los parientes de su muger, porque ya se auia dexado 20. Rs. si no que todo el remaniente del quinto se repartiessse entre sus parientes.

88 ¶ Francisco Martin, que no se acuerda a la hora que fue, dixo Domingo Martin, queria que el remaniente del quinto fuesse para sus parientes.

89 ¶ Por cuyas declaraciones bien se manifiesta la diuersidad tan contraria en las palabras, y sentidos dellas, con que por esto, y para en el caso de no concluir disposicion testamentaria perfecta, se juzgan singulares.

90 ¶ Sic ex Felin. incap. licet ex quadam, de test. n. 17. Roland. conf. 33. num. 11. Mascard. conclus. 856. num. 19. Petra de fideicom. quest. 12. num. 1292. Farinac. de testib. quest. 64. n. 6. D. Franc. Geron. de Leon dict. decis. 40. lib. 3. a nu. 110. videntur, vbi num. 114. inquit in hæc verba: Testes dicuntur singulares, non solum quando discordant in facto, & in substantia, sed etiam si discordant in verbis; vbi tamen agitur de formalitate verborum, tunc in verbis discordantes in inime probant, etiam quod in sensu conueniant. In casu autem nostro testes discordant in verbis, vnus testatur, quod Solanes dixit uxori: tibi relinquo omnia; alius enim dixisse: quod eam faciebat heredem: alius vero deponit; quidquid habeo tibi relinquo, & heredem facio: alius ita dixisse: volo quod bona mea sint tua. Quæ omnia verba, licet in effectu idem significant, tamen discordant in cortice, quo casu non probant testamentum nuncupatiuum.

(*) QVARTO FVNDAMENTO. (*)

91 **T**ambien esta defectuosa, racione solemnitatis, esta llamada disposicion; siquidem es forma precisa del derecho, que los testigos para testamento nuncupatiuo, limitado a solas sus deposiciones, sean rogados, y llamados, sin que baste el hallarse presentes casualmente.

92 ¶ L. haredes palam, §. in testam. ff. de testam. ibi: In testamento, in quibus testes rogati adesse debent, vt testamentum fiat:

fiat: alterius rei causa forte rogatos ad testandum non idoneos pla-
cat. Et ibi Gloss. verb. rogati. Authent. rogati. C. de testib. ibi: Ro-
gati, ut in testamentis non fortuito, vel transiuntibus veniant, vbi
Gloss. verb. in testamentis, vltima, in fin. C. de codicil. l. hac con-
sultissima, in princip. C. de testam. l. 1. §. 2. tit. 1. part. 6. l. 3. l. 2. l. 3. l. 4.
tit. 16. partit. 3. ibi: Otro si dezimos: que pleyto de testamento en
que alguno fuesse establaido por heredo, que se ha de probar por
siete testigos rogados, l. 8. tit. 5. lib. 3. fori.

93 ¶ Paul. Crastr. in dict. l. hac consultissima num. 2. C.
de testam. Alexand. conf. 70. num. 21. lib. 2. Iulius Clar. in §. testa-
mentum, quest. 58. num. 1. illic: Licet enim regulariter in alijs ac-
tibus humanis non requiritur, quod testes sint rogati, tamen in
testamentis, in quibus, ut saepe dictum est, maximus subest timor
fraudis, & falsitatis, voluit lex adhiberi testes, sed ad id in specie
rogatos, ut diligentius ad omnia animaduertent.

94 ¶ Mantic. de coniect. vltim. vobunt. lib. 2. tit. 11.
num. 8. ibi: Ex hoc autem deducit, quod si testes examinati depo-
nant, se fuisse praesentes, quando talis fuit testamentum in tali
forma, non probant legitime factum esse testamentum, nisi etiam
dixerint se fuisse rogatos, quia potuissent esse fortuiti.

95 ¶ Stehan. Gratian. discip. cap. 93. num. 4. ibi: Quia
in testamentis subest maior timor falsitatis fraudis, & supposito-
nis, ideo cautius agendum, adhibendo rogatum testium, per que
tollitur omnis suspitio: argum. l. Papiro, §. propositum, ff. de le-
gat. 1. Maxime, quia rogatus testium in testamentis requiritur
ut appareat, verba proferri a testatore, animo deliberato non per-
functorie, aut blandiendo, l. Diuus, de milit. testam. con. muchos
Farinac. de testib. quest. 62. num. 134. Iul. Clar. §. testamentum,
quest. 58. num. 1.

96 ¶ D. Ger. de Leon dict. decis. 40. a num. 41. vbi n. 44.
ibi: Licet enim regulariter in alijs actibus humanis non requira-
tur, quod testes sint rogati, tamen in testamentis, in quibus, ut sa-
pe dictum est, maximus subest timor fraudis, & falsitatis vo-
luit lex: adhiberi testes non fortuitos, sed ad id in specie rogatos
ut diligentius ad omnia animaduertent.

97 ¶ Circunstancia tan importante, que Barth. in l. D.
Trajan. de militari testam. nos la aconfeja por cautela, ibi: Quo-
niam testes, qui producantur ad testamenti comprobationem, si
deponant se audiuisse Titium instituisse talem heredem, & non
dicant se adhibitos, & rogatos ad hoc, nihil probant. Y añade lue-
go. Et hoc tene menti, quando habes probare testamentum per tes-
tes, & sis cautus informando articulos.

98 ¶ Angel. Areti. in §. fin. Insti. de testam. vbi affirmat: *Se assistentem Peratū vidisse, Peritum aduocatum in hoc errasse, & ideo causam amississe.*

99 ¶ Laqual tambien se induze de nuestras leys Reales; dicit. l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopil. illic: *Teniendo las otras calidades que el Derecho requiere, Greg. Lop. in dict. l. 1. tit. 1. part. 6. verb. que sean llamados, y rogados. Palac. Rub. in l. 3. Tauri, num. 66. ibi: Testes, qui interueniunt in testamentis debent rogari; deficiente autem testium rogatione, testamentum est nullum; non solum in testamento inscriptis, sed etiam in nuncupatiuo, Burgos de Paz in dict. l. 3. Tauri, num. 50. Alborad. de coniectur. lib. 3. §. 2. cap. 2. num. 13. Spino de testam. gloss. 31. num. 29.*

100 ¶ Dom. Menchac. de success. creat. libr. 2. §. 13. re-quis. 9. num. 64. illic. *Qui nimo id sic undum nos, verum non potest videri, nam, & etiam de iure nostro ista constitutio, que nuncupatiua dicunt, eodem moruo laboraret; si testes non deposuerint, quod sint rogati, qui a per l. ordin. del Rey don Alonso en Alcalá, & transumptiue in ordinationibus Regalibus, libr. 5. cap. 2. l. 1. Licet in testamento nuncupatiuo sit diminutus numerus testium, qui erat necessarius, per l. 1. tit. 16. part. 6. sup. allegata, tamen rogatus testium, de quo in dict. l. Partita non est sublatu: Ex quam plurimis Matienç. in dict. l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopil. gloss. 8. num. 7.*

101 ¶ Ceruant. in l. 3. Tauri, num. 109. ibi: *Et concordat. l. 1. tit. 1. part. 6. quam legem si recte consideres, reperies eum testium rogatum, sic fieri oportere, ut non sufficiat, quod testes vocentur a testatore, nisi etiam specialiter ab eodem fuerint rogati, ut patet ex illis verbis, llamados, y rogados de aquel que lo haze. Et postea ibi: Et si de aduocati debent articulare in testamento testes, & presentes, & rogatos fuisse; nam si presentes solummodo dixisse, non concluderent, cum presentes esse potuisse fortuiti, & non rogati.*

102 ¶ Y este defecto, no solo no se ha negado por Francisco Bacz, antes el mesmo en posisiones, con juramento de pedimiento de esta parte, y por mandado de la Sala afirma: *Que los mas de los testigos fueron a casa de Domingo Martin, a acompañando el Santo Olio, y por esta razón se quedaron, y hallaron presentes; y no porque el susodicho de oficio los embiase a llamar.*

102 ¶ Que es la mayor probança que el Derecho confiere, l. 1. l. certum 6. in princip. & in §. si alia. ff. de confess. l. 1. C. eod. l. 5. tit. 2. l. 4. Recop. cum vulgatis.

103 ¶ Contra la qual no se puede admitir otra, so las penas

penas que las leyes ponen. l. 4. tit. 7. lib. 6. Recopil. libi: Y que sobre las posiciones confessadas por qualquiera de las partes, los Le-
trados no hagan preguntas, y que si las hizieren, pague de pena ca-
da uno tres mil maravedis, &c.

(*) QUINTO FVNDAMENTO. (*)

104 **S**i se olupuere, que Domingo Martin no trató de hazer nue-
va disposicion, si no de declarar lo que cōtenia su codici-
lo, para que sus parientes lleuassen lo que los Albaceas, y Matias
de Triana auian de repartir en limosnas, y obras pias sup. num. 7.
lo qual no necesitó de mas formalidad, que lo que algunos testi-
gos depusiesen:

105 ¶ Veluti deducitur ex l. heredes patam, §. sicut post.
ff. de testam. vbi Bart. num. 4. Castrenf. num. 13. Burg. de Paz in l.
3. Taur. num. 813. Cerbant. num. 182. Alvara. de coniectur. lib. 1.
cap. 3. à num. 7. Dom. Castill. lib. 4. cap. 19. n. 28. Respondemos.

106 ¶ Que, ó quieren Francisco Baez, y Consorte, que
los parientes que se hallären, y huviere de Domingo Martin, estē
comprehendidos, y ayan de participar de las limosnas, y obras
pias que se han de repartir del quinto, a voluntad de sus Alba-
ceas, y de Matias de Triana. Y esto nunca se podrá negar por es-
tas partes, ni sus Abogados lo hã cōtradicho, antes, si, siempre con-
formado en ello. Y mas quando el propio Frãncisco Baez es vno de
los tales Albaceas, que puede aplicar la suya à los tales parientes.

107 ¶ O su animo es, de quitar absolutamente las limos-
nas, y obras pias a los pobres de Granada, y el arbitrio de repartir-
las a los tales Albaceas, y à Matias de Triana: y que el codicilo que
dasse totalmente revocado por noua, y vltima disposicion con-
traria à él, como en la verdad lo pretēden, cō rãto de sahogo, y co-
dicia, que en la segunda peticion que presentaron, ante el Alcalde
mayor, concluyeron.

108 ¶ Deberse distribuir todo el remaniente del quin-
to entre ambos ados, como sus parientes mas cercanos, sup. n. 14.
Y a que correspondiò la sentencia del susodicho: En que declarò
por reuocado el primer codicilo, en fuerza de otro vltimo: y que to-
do el remaniente lo lleuen las otras partes sup. n. 15.

109 ¶ Y para en este caso, ninguno ha puesto en dispu-
ta, que dexé de ser necessario probar con la solemnidad del Dere-
cho, y numero bastante de testigos, la vltima disposicion en la for-
ma que dexamos considerado, y probado en los fundamentos an-
tecedentes.

110 ¶ Et expresse notant extra Antiquiores, Dom. Co-
uaer. in rubric. de testam. 2. part. num. 19. verf. Quarta conclusio,
Burg.

Burg. de Paz in l. 3. Taur. nu. 8. 13. Alvarad. de coniect. libr. 1. cap. 3. in princip. Sim. de Præc. de interpret. lib. 1. fol. 17. nu. 28. Mant. de coniect. lib. 12. tit. 13. Peregrin. conf. 34. num. 4. lib. 3. Burg. de Paz iun. conf. 27. num. 7. Surd. conf. 129. num. 43. libr. 1. quam plurimos congerit Dom. Castell. libr. 4. cap. 19. num. 29. ibi: Si enim tendit ad aliam dispositionem, siue quaratur probari aliqua dispositio de nouo, vel addendum, vel minuendum, tant ad dimendum, vel corrigendum, vel aliquo modo alterando dispositionem iam apparentem; tot testes requiruntur, quod sunt necessarij ad probationem dispositionis.

111 ¶ Y porque como el legado de lo que se haze de el quinto de los bienes de Domingo Martin, lo dexo el susodicho para distribuir en limosnas, y obras pias a voluntad de sus Albaceas, y de Matias de Triana, in codicilo ante escriptano, y testigos supr. num. 7. Para auer de quedar este reuocado en el todo, y aplicar dicho quinto a solos sus parientes: es necessario, que esto sea por otra disposicion, e que solemne, alias enim nullius erit momenti.

112 ¶ L. 2. ff. de in iust. rupt. l. sancimus; C. de testament. §. potestiore, Instit. quib. mod. testam. infirm. notabiliter text. in l. si iure 18. ff. de leg. 3. l. 21. tit. 1. part. 6. ibi: El primero testamento se puede desatar por otro que fuere fecho despues cumplidamente, vbi Greg. lit. A. & passim DD. & sic non immeramur in re tam manifesta.

(*) SEXTO FVNDAMENTO. (*)

113 **P**onderamos por cosa digna de toda atencion el ver, que aunque no luego que murió Domingo Martin (que es quando la verdad se manifiesta) si no auiendo dexado passar vn mes de tiempo, en que pudo influir la preuencion de testigos, maquinacion, y fabrica para la maquinacion deste pleyto, vt inquit Imperator in Auth. de qualit. dot. §. si autem mulier, ibi: Quodenim ab initio factum est, in toto sine suspitione est: quod autem postea machinatum est contra creditores, hoc ipso introducit meditationem.

114 ¶ Todavia en la primer peticion que diò origen a este pleyto, donde ay obligacion de venir la parte instruyda para el iuycio: de ninguna manera dize, ni toma en la boca, que Domingo Martin reuocasse el codicilo: no: si no que por via de declaracion dixo, y declaro, que su voluntad era, que las limosnas, y obras pias en que se auia de distribuir el quinto fuesse entre sus parientes; sin hazer mencion del dia, ni hora en que esto passasse supra, num. 10.

115 ¶ Confessiona que se ha de estar por hecha en la de manda

manda que dà principio a el juyzio, *l. cum pracum, C. de liber. caus. l. 2. C. de instit. & substit. cap. fin. de confess. Mascard. conclus. 368. à num. 4. Menoch. de arbitr. cas. 279. num. 4. Farin. quast. 5. num. 25. Gratian. decis. 19. numer. 21. Gutierr. de iuram. 1. part. cap. 47. num. 14. D. Valenz. conf. 27. num. 32. Cancer. 3. variar. capit. 6. num. 348.*

116 ¶ Et sic quando se huviera de estara lo que contiene, (sin embargo de tantas consideraciones, como las advertidas en los fundamentos antecedentes) no se podrá ajustár quedasse por ella reuocado dicho codicilo, ni quitada la facultad a los Albaceas, y a Matias de Triana, de repartir en limosnas, y obras pias lo que restasse del quinto, vt videre est ex seqq.

117 ¶ Tum, porque auer dicho, que *por via de declaracion declaraua, & c. supr. num. 10. & 114.* no fue alterar, ni disponer de nuevo, si no manifestar, que su animo auia sido desde el principio, de que en el repartimiêto del quinto que se auia de hazer en limosnas, y obras pias entrassen tambien sus parientes.

118 ¶ Nam declaratio, nihil de nouo dat, sed datum significat, *l. adeo, §. videtur, ff. de adquirend. rerum domin. l. heredes palam, §. si quis potest, ff. de testam. Clement. exiuit. §. harum declarat. de verbor. significat. Gloss. in cap. pertuas, verb. de nobo, de donationib. Dom. Castillo controuersiar. libr. 3. capit. 10. num. 30. libr. 5. cap. 89. num. 172. D. Salgad. de regia protect. 1. part. capit. 1. num. 24.*

119 ¶ Tum, porque licet algunos de los testigos se adelantan a dezir; vno, que *reuocaua el codicilo;* otro, que *tenia disgusto de auerle hecho;* y otro, que *lleuassen sus parientes todo el quinto;* ademas de la variacion, y encuentro que en si tienen, y no conforman como deuen hazerlo, porque no merecen credito, ex dictis supra, à num. 35. & iudicantur singulares per iura congesta, à nu. 77. cum seqq.

120 ¶ Se oponen tambien a el pedimento, y articulo de la parte en la segunda pregunta, cuyo tenor, y forma deuián obseruar, ad vnguem; pues sobre ello fueron preguntados, y no auiendo lo hecho, nullus sunt momenti.

121 ¶ Probant in puncto Bald. *in cap. bona el 1. de elect. num. 9. Alex. conf. 153. num. 4. vol. 5. Socin. Jun. conf. 29. à nu. 21. vol. 7. Roland. conf. 33. num. 48. Honded. conf. 16. num. 26. libr. 2. Mascard. conclus. 1381. num. 9. Cancer. 1. variar. cap. 4. de testat. num. 85. & iterum num. 87. ibi: Veritas est, quod ubi pars in sua petitione, se reseruit ad sua formalia verba, vel Iudex de formalitate verborum interrogasset, quod eo casu discordia inter testes*
F
super

*super formalitate verborum, induceret singularitatem, quae testi-
bus fidem aufert, & hoc casu procedere communem sententiam.*

122 ¶ Tūm, porque auiendo Domingo Martin en su testamento acordado de *de Francisco Baez, y dona Isabel de la Paz*, sus primos, dexandóles legados tan considerables, como 600. ducados a cada vno, ademas de los vestidos supr. i num. 2. vsque ad 6. y mandado, que *en Matias de Triana se le entregassen 111. Rs. para que el solo los repartieste entre pobres a su voluntad* en los ocho dias primeros despues de su muerte supr. num. 4. é instituydo por su vniuersal heredera á su hija.

123 ¶ Y feys dras despues otorgado codicilo, no para otro fin, ni que contenga mas disposicion, que (quitandolo a su mesma hija) mandar, *se reparta lo que sobrare de el quinto en limosnas, y obras pias, a voluntad de sus Albaceas, y de Matias de Triana* su pr. num. 7.

124 ¶ No es creible, ni menos digno de persuadir a ningun buen juyzio q̄ se incline a la razon, q̄ dos dias despues, por vnas palabras tan dudosas, y equiuocas, como las que contiene el pedimiento cōtrario, quisiese alterar lo q̄ cō tāto acierto, y por discargo de su cōciencia auia dispuesto, y q̄ todo el remaniēte del quinto lo lleuen absolutamente sus parientes, quitando el repartimiento a los Albaceas, y a Matias de Triana de quien lo auia fiado, y dexado los 111. reales en el testamēto a sola su voluntad, sicuti optimē Imperator in l. si quando. C. de in offic. testam. ibi: *Nec enim credendum est huiusmodi, verbo totā obseruationē multis vigilijs excogitatum, atque inuētam auertere velle. Ecclesia vestra 57. de election.* Don Iuan Francisco del Castillo tom. 2. decis. 153. a nu. 43. ibi: *Ideobenedixit Raudens, variar. resolut. cap. 40. nu. 38. & conf. 35. nu. 69. 70. & 89. ridiculum esse per unum verbum, velle cludere ordinationem tanto audio factam* Bimio conf. 302. num. 40. vsque ad 45. vol. 1. & conf. 116. num. 10. volum. 2. Surd. dec. f. 210. num. 11. Casanat. conf. 15. num. 42. Petr. Leonio volum. 2. vltim. voluntat. conf. 2. num. 28. vbi ait: *Nefas esse propter unum verbulum euertere, & perfundare totam dispositionem.*

125 ¶ Tūm, & notatu dignissimum. Porque siendo la māda de lo que sobrase del quinto para repartir en limosnas, y obras pias, en que se comprehenden, y son interesados en primer lugar los enfermos, y desualidos que yacen en los Hospitalcs, sin poderse ayudar de sus personas, por los impedimētos que padecen, a que nos deuēmos inclinar, vt optimē admonet Iustinian. in l. si quis ad declinanda. m. 49. C. de Episcop. & Cleric. §. vbi autem 3. In hac verba,

126 ¶ *Vbi autem in distincte pauperes scripti sunt heredes, tibi xenonem eius ciuitatis omnimodo hereditatem nancisci, & per xenodochim in agro tantes fieri patrimonij distributionem, Et infra: Quis enim pauperior est hominibus, qui, & innoxia tenti sunt, & in xenone repositi, & suis corporibus laborates, necessarius victum sibi non possunt afferre?*

127 ¶ *L. 20. tit. 3. partit. 6. ibi: Dixi, dando el testador, esta bley, co por mi heredero a los pobres, & mado por anima, que sean da dos mis bienes a pobres: porque dudariam algunos en quales pobres deuen ser repartidos. Dezimos, que los deuen auer, e dar a aquellos que fueren fallados en aquellos Hospitales de aquella ciudad, o villa, que el testador mandò, e señaladamente a aquellos que por algunas enfermedades en que yacen non pueden salir de los Hospitales a pedir de que viuan: assi como contrachos, o los cojos, o los ciegos, o los niños desamparados que crian en ellos, o los muy viejos, o los que ouiesen otras enfermedades a tales, porque non pudiesen andar, nin salir de los Hospitales, porque estos lo ban mas menester, que los otros que puedan andar a pedir donde binan: vbi Greg. plura notabilia animaduertit.*

128 ¶ *Despues en acomodar mugeres pobres, y huérfanas, que por sus necesidades corren peligro, que tienen la recomendacion de su Magestad en los capitulos de la reformation general del Reyno, §. 19. versic. penult. donde hablando con los Prelados, se las encarga por las mas precisas, y obligatorias de su Estado, ibi: Procuren remediar, y acomodar mugeres pobres, y huérfanas en los lugares donde estuuieren: pues entre las obligaciones, y limosnas a que estan vinculadas las rentas, y bienes Eclesiasticos en el Estado que oy tiene este Reyno, es esta una de las mas precisas, y meritorias.*

129 ¶ *Y también para los vergonzates honrados, que se dexaran percer antes que llegara á pedir, y auiendo tenido caudal cayeron en pobieza, vt considerat Diu. Ambros. lib. 1. de offic. cap. 30. cuius verba refert Gratianus in cap. consideranda 17. dist. 86. ibi: Consideranda est etiam in largiendo stas, ad que debilitas; non nã quam etiam verecundia, qua ingenuos prodit natales: vt senibus plus largiari, qui sibi labore iam non quaunt victum querere: similiter, & debilitas corporis, & hac in banda promptius: tunc si quis ex diuitis cecidit in agetatem.*

130 ¶ *No puede quedar reuocado por la clausula posterior general, ratione priuilegij cause pie. Probatum clare, ex l. libertis 18. §. Posthumis, ff. de alim. et. & ciuar. legat. Dõde vn testador entre otros muchos legados q̄ de sò por su testamẽto, mandò se dies-*
 sen

fen ciertas cantidades annuas a libertos suyos , para que se alimentassen. Despues auiendo nacido vna hija, hizo codicilo , y por él quitó la tercia parte de todos los legados que auia dexado por el testamento: y la mandó a la tal hija. Muerto el testador, dudose si la diminucion general de la tercia parte de todos los legados que aplicó a la hija, comprehendia tambien los annuos de los alimentos de los libertos, y responde el Cōsulro, ibi: *An etiam, cibariorum, & vestitiorum, tertia pars, et per fideicommissum data esse videatur? Respondit, non videri.*

131 ¶ Y extendiendolo a qualquiera legado de obra pia, Roman. in *Authent. similiter, n. 54. C. ad l. falsidiam, ibi: Quinta, quod diminutio per verba generalia facta in codicillis eorum, qua ibi relicta sunt ad pias causas: quoniam prout sunt integra debentur, ista est textus singularis in alimentis loquens, quem Nicolaus de Neapolis, ad alia pia tendit, & bene propter rationis idem statem, in l. libertis la 2. §. posthumis, de aliment. & sibi legat.*

132 ¶ Tiraquell. de privilegijs pia causa, privileg. 19. Socin. regul. 382. in regulario diuersorum, privileg. 26. qui praefacta verba transcribunt Nicolao Eberard. in lopicis legalibus, loco 59. ab alimentis ad piam causam. num. 6.

133 ¶ Guillerm. Benedict. in cap. reinuntius, verb. testamentum el tercero, num. 63. de testam. ibi: *Vnum tamen singulariter menti tenetis, quod ad emptio, vel diminutio relictorum in testamento, facta in codicillis per verba generalia, non estenditur ad relicta ad pias causas: quinimò integraliter debentur, nisi specifice fuissent reuocata: textus singularis in l. libertis, &c.*

134 ¶ Surd. de aliment. tit. 7. privileg. 20. num. 7. & 8. Mieres de maiorat. 2. part. in initio, nu. 288. Franc. Barry in tract. de successione lib. 10. tit. 1. de resolut. testament. num. 27. vbi hac opinione iudicatum refert Tholosse, ex decis. Gerard. Maynard. ibi: *Restat nunc de tertio, quod est testamentum ad pias causas, ut dicit Maynard. lib. 5. cap. 21. sic Tholosse iudicatum primum huiusmodi testamentum ad pias causas puta pro Xenodochio factum, siue ageretur de institutione, siue de legatis, non censeretur reuocatum per aliud, quod duodecimo die post factum fuisset, licet istud posterius contineret clausulam generalem casans, & reuocans tous, aut tres testamens.*

135 ¶ Tum, porque si esto procede auiendo segundo testamento con clausula general, reuocatoria del primero: quid dicemus, quando el codicilo donde se dixo: lo que sobrare del quinto, para repartir en limosnas, y obras pias, fue ante escriuano, y testigos: y esta tal disposicion posterior, en que los contrarios se fundan,

Es imperfecta, y menõs solemne. Tunc etenim, nequẽ aquam, sic deũ tener por reuocada.

136 ¶ Ad text. in l. proximẽ 3. ff. de his qui in testamento delentur. Donde auiendo vno formado testamento, con institucion de herederos, y dexado libertades a esclauos, y otros legados, lo abrio despues, y echandole vnas rayas, testò algunas cosas, hallose tambien testado el nombre de vn esclauo: dudose si queda reuocada cõ lo rayado su libertad, ibi: *Nomen serui, quem liberum esse iussit rat induxit.* Y salidõ determinacion de que nõ fauore libertatis, illic: *Anonius rescripsit liberũ cum, nihilominus fore, quod videlicet fauore cõstituit libertatis.*

137 ¶ Decision comunmente extendida, y obseruada en los legados pios, vt post Bart. Bald. Angel. Immol. & alios obseruat Iass. in l. si vnus, nu. 7. C. de testam. Alban. in lucubrat. ad Bart. in dict. l. proximẽ, vers. fin. litter. G. Guid. Pap. quaest. 100. per tot. Mantic. lib. 12. tit. 2. num. 25.

138 ¶ Licet los que se fundan en la vltima disposicion sean parientes del testador, vt in punto Ant. Fab. in C. libr. 1. tit. 2. diffin. 39. per tot. ibi: *Piacausa priuilegium illud est, vt siquid relictum sit in vltima voluntate solemni, qua reuocata sit, per subsequens testamentum non solemne, in quo scripti sunt agnati proximiores ab intestato successori, nõ tamen reuocatum censeatur, quod piacausa legatum fuerat.*

139 ¶ Tum, porque (quando lo antecedente fuera disputable) el mayor priuilegio de los parientes, para introducirse por el legado general en lo que sobrare del quinto, no ha de ser para quitar absolutamẽte el repartimiento de limosnas, y obras pias que a los Albaceas, y a Matias de Triana se auia dexado por el codicilo, si no a que en la distribucion q̃ huieren de hazer se les dẽ parte a ellos, & quod magis est, que los prefieran a los estranos, cap. non satis 86. dist. in c. Glof. inc. 1. de cohabit. Cleric. & mulier. Surd. de aliment. tit. 1. q. 93. num. 2. cum seqq. Menoch. conf. 321. n. 3. lib. 4. ibi: *Et cum elemosina est distribuenda alijs, primo eligendi sunt pauperes ex sanguine.* Agust. Barbof. de potest. Episcop. 2. p. allegat. 83. nu. 17. ibi: *Deputatis ad certam bona distribuenda inter pauperes, aliqua aduertendum duxit, & in primis, quod huiusmodi elemosina prius debent dare illis, qui sunt ex sanguine.* Peralt. in l. si quis Titio 17. num. 15. ff. de legat. 2.

140 ¶ Y el darles prelación, no solo nõ es excluyrõ otras limosnas, y obras pias, antes admitirlas, y conseruarlas despues de ser corridos los tales parientes, l. Lulius, Titius 85. ff. de her. instit. l. 3. §. posse, & §. emancipate, ff. de assig. liber. l. ubi autem non oportet, ff. de V. O. l. 2. §. 1. vel. Cum enim esset prelatio, ff. ad Tertul. l. cum filius 76. §. pater, cum filia, ff. de legat. 2. Auth. cessante, C. de legat. bar.

141 ¶ Bald. in l. fratres, nu. 13. C. de inoffic. testam. Menoch. conf. 106. num. 247. Alvar. libr. 4. cap. 2. nu. 36. Theaur. decif. 96. num. 5. ibi: *Cum vtatur I. C. ibi, verb. prelationis, quod esse non potest, sine expressa uocatione.* D. Molin. de primog. lib. 2. cap. 17. apostila 1. ibi: *Nota, quod si masculus presertur femina, eo ipso femina admissa videtur.* Peregr. de fideic. artic. 25. num. 51. Ioann. Ant. Bell. conf. 72. a num. 30. usque ad 36.

142 ¶ Admittiendo, que los parientes que pueden introducirse, y pretender derecho al repartimiento, seran los que lo fueren de Domingo Martin, y puestos edictos (si llegue el caso) lo verificaren, no empero, Francisco Baez, ni doña Isabel de la Paz, de los quales se acordò en su testamento, y beneficiò tanto, como dexàdoles a esta 600. ducados para criar sus hijos, y à aquel 500. y mas otros 100. por Albagèa, y los vestidos para que los repartiessen entre si. *supr. à numer. 2. 3. & 5.*

143 ¶ Con que teniendo legados especiales para sus socorros, no están comprehendidos, ni pueden serlo en el general de la vltima disposicion a favor de sus parientes, *l. coheredi. §. qui patrem. ff. de vulgar. Melior text. in l. alimenta. §. Basilica. ff. de aliment. & cibari. legat.* Donde vn testador dexò a Basilica su liberta dies, para que de las vsuras que dellos procediessen se alimentasse, despues por otro legado general dixo, que a todos sus libertos, y libertas se le diessen cibaria, & vestimenta, & habitations: dudose si se deuerian tambien a Basilica, y dize el *I. C. respondit, secundum ea qua proponeretur, non deberi, nisi hoc quoque ei datum probaretur. Claudius, quia destinauerat alimentis eius, vsuras pecunia.*

144 ¶ Probatur etiam ex *l. Stichus 20. in princ. ff. eod. tit. de aliment. & cibari. legat.* vbi dando libertad vn testador a Sticho, y mandandole decem annuus deinde inquit text. *alio capite libertis omnibus, qua viuus praestabat dari iussit. Quæro an Stichus præter suum legatum, & alimenta percipere possit? Respondit secundum ea, qua proponerentur, non posse. Bart. in dict. l. alimenta, §. Basilica. Et Gotyfr. ibidem.*

145 ¶ Y ademas de la resolucion del derecho, ay voluntad conocida para no comprehenderlos, como parece lo demuestra el mismo pedimiento, y testigos contrarios, que conuenien, en que preguntandole el Padre Pedro Couo a Domingo Martin, si en las limosnas que mandaua repartir por su testamento, se daria parte a su hermana: respondiò, que no, ibi: *Porque y à le dexaua con legado de 20. ducados, que es la mesma razon para excluirlos, a que se deue atender.*

146 ¶ Nam ex antecedentibus, & subsequentiis cognoscitur, & demonstratur voluntas, *l. si seruus plurimum. §. fin. ff. de legat. 1. l. heredes palam. §. si quid post. ff. de testam. Bald. in l. praeibus, C. de impuber. num. 10. Menoch. lib. 1. praesumpt. 18. num. 1.*

147 ¶ Et ex opinione illius in modo legandi, *l. cum Delanionis, §. assignam. ff. de fund. instruct. Surd. decis. 41. num. 10. Menoch. dict. praesumpt. 18. num. 1. in fin. Casanat. cons. 57. num. 42. Dom. Castill. lib. 4. cap. 9. a num. 60.*

148 ¶ Denique (& non contemptibile) porque conauer premeditado se tanto tiempo antes de hazer el pedimento, y valiendose de numero tan exorbitate de testigos, como los que han presentado las otras partes en él, ni algunos dellos se han adelantado a dezir, que Domingo Martin hiziesse mencion de sus personas, ni los tomò en la voca, quando pretenden dixo, que en lo que sobrasse del quinto sucediessen sus parientes.

149 ¶ Yaunque Francisco Baez ha querido dar a entender, que Domin-

go Martín le estava en obligacion, por auerle ayudado a ganar la hazienda, y los testigos se alargan en esto: ha presentado Matias de Triana carta de pago, y finiquito, que el año de 56. otorgò Francisco Baez, en que con 4j. reales que recebi de Domingo Martín, lodá por libre de todas quantas, empleos, compañías, y viages que ha hecho. Y tambien de pone Manuel Rodulfo, caxero, oyò a Domingo Martín, que despues que Francisco Baez salió de su casa tenia hazienda.

(*) **SEPTIMO FVNDA MENTO.** (*)

150 **Q** Vando Domingo Martín pretenden dixo: *queria que sus parientes llenassen el remaniente del quinto, fue no en tiempo que el tratasse de hazer nueva disposicion, si no respondiendo a la pregunta que le hizo el Padre Pedro Cobo, de si quier se repartiessse en los hermanos de su muger parte del quinto que auia mandado en su testamento: assi lo concluye Iuan de Naruacz, testigo, supr. num. 7. que siendolo presentado por las otras partes le perjudica en todo, lic è vnicus sit.*

151 ¶ *Veluti in casu ex Iass. in l. admonendi. ff. de iur. iur. Paris. conf. 88. num. 12. lib. 3. Gratian. de septat. cap. 765. num. 58. Menoch. conf. 60. num. 18. lib. 1. Roman. conf. 104. num. 6. Mascard. de probat. conclus. 1241. à nu. 1. Fatin. quaest. 62. limit. 10. num. 237. Stayban. resolut. 54. n. 21.*

152 ¶ Y auiendo sido esto despues de recibida la extremauncion passado vn parasismo, en que entendieron se auia quedado, ya acabando, tiempo en q̄ solo pensaria en la muerte, y agonias della, y que a pocas horas despues falleció, no es posible estuviessse para semejante acto, ni atendiera à lo que se le preguntaua.

153 ¶ *L. hac consultissima, §. ad cum humana, C. de testam. ibi: At cū humana fragilitas, mortis praecipue cogitatione per turbata minus memoria possit res plures consequi: Plat. lib. 11. de legib. ibi: Deliramus prorsus, & fracto quodam modo animo iacemus, plerique cum iam, iam, mori, arbitramur.*

154 ¶ *Anton. Mornaz. in repet. l. 10. ff. fam. hercis. ibi: Urgente enim vi morbi, metu que inminente, factique proximi, vere tunc peregrinatur, vagatur, versatur, percellitur, fluctuat que huc, & illuc impo suis animus, neque videt, &c.*

155 ¶ Conque semejantes disposiciones, hechas en esta ocasion, y a interrogacion de otro, se juzgan turbulentas, y por seguras, como lo consideran So cin. Sen. conf. 32. num. 18. vol. 3. Castren. in 9. l. hac consultissima, §. at cum humana, num. 2. Tiber. Decian. respons. 61. num. 4. Polid. Pip. de actu in mort. act. cap. 6. num. 6. Mantic. de coniectur. lib. 2. tit. 6. num. 5. Gaspar Anton. Thesaur. lib. 2. for. quaest. 99. n. 9.

156 ¶ Y sujerca a falsedades, è infidias, dict. l. iubemus, C. de testam. ibi: *Et falsitas in elogijs committitur, vbi Bart. num. 1. D. Greg. Magn. in regist. lib. 11. cap. 36. ibi: Cessent testamentorum infidie, mens tunc in minuta, animusque paruum validus. Angel. in l. in fraudem, §. sicut autem, num. 3. ff. de testam. milit. Ann. Robert. rer. iudic. cap. 10. fol. 438. per verba supra relata, n. 20.*

Q Vando los antecedentes quedaran sujetos a respuestas (que no alcançamos las aya concluyentes) nunca se podrá negar, que tantas advertencias, consideraciones, discursos, y resoluciones legales, como las que van representadas en esta alegacion contra la vltima verbal disposicion, reducida à solos testigos, en que las otras partes se fundan, no la ayan puesto, y reducido a terminos de duda. Porque si lo auemos conseguido este solo medio, es eficaz, y concluyente, para que vençan los pobres en medio della.

158 ¶ La razones. Porque licet generaliter el derecho favorece la validacion del testamento, esto se entiendo, quando no le ay antecedente, ne paganus in testatus decedat. At verò, quando nos hallamos con el que Domingo Martin otorgò, dexando legados, y a su hija por heredera vniuersal, y despues con codicilo solemne ante escrivano, y testigos, en que *dexo el remanente de el quinto para limosnas, y obras pias*, con que cessa el inconueniente, tunc tratandose, de que este quede anulado, y resuelto por disposicion posterior, y naciendo las dudas sobre la validacion, ò nulidad desta, tunc aduersus illam debet præcisè pronuntiarì, y conseruarse indemne la primitiua voluntad.

159 ¶ Así lo resueluen in terminis Alex. *conf. 4. num. 14. in med. vol. 7. Decius conf. 90. in fin. Ancharr. conf. 151. num. 3. Paris. conf. 61. nu. fin. lib. 2. Crauet. conf. 143. num. 15. Manent. conf. 9. num. 88. Gracian. cap. 48. nu. 24. Dom. Couarr. de test. 2. part. rub. num. 25. Martic. de coniect. lib. 2. tit. 15. num. 16. ibi: Deciso legis si pars de in officioso testam. debet restringi, vt procedat quando testator decederet in testatus, aliud est si in testatus non decedat, vel uti si prius fecerit aliud testamentum, & dubitatur, an per posterius ruptum videatur, nam in dubio secundum testamentum non debet subtrahi. Vt prius tollatur.*

160 ¶ Cancer. *tom. 1. var. cap. 4. de testam. num. 238. in med. in 2. edit. D. Castill. lib. 4. cap. 29. num. 17. Fontan. decif. 580. a n. 9. videndus omnino*, que con refrescar la memoria passandola, y la decision de D. Francisco Geronimo de Leon 40. *tom. 3. no ay mas que discurrir.*

161 ¶ Estos son, señor, los fundamentos, que nuestro corto talento ha podido discurrir, segun los autos, y probanças del pleyto, y aunque pudieron no uerse otras dificultades, y puntos a la vista del, por no hallarme presente, no me opongo dellas, hizierame escrupulo no auer reducido a escrito los presentes en este limitado tiempo que he tenido, quando me consta ser bien contraria à la verdad de lo que en esto ha passado la pretension de Francisco Baez, que por la modestia, y perjuyzios graues que puede resultar contra muchos, dexo de prorumpir. Pero Dios que ha dado lugar a litigio semejante, no permitirá se quite a los pobres el socorro, que monió a el difunto les dexasse: así lo esperamos, y que se ha de mandar guardar su dicho codicilo. Salva in omnibus tanti Iudicis D. C.

Lic. D. Iuan de Herrera
Pareja.