

2-578



B  
37  
14  
12

# P O R

DON JUAN NICASIO DE MESSA, VEZINO DE LA Ciudad de Jaen.

## EN EL PLEYTO

4  
H-47

CON EL PADRE RECTOR, Y COLEGIO DE LA Compañia de Jesus de dicha Ciudad.

## S O B R E

EL LEGADO, QUE DOÑA MARIANA DE MORA DAValos, vezina que fue de ella, dexò à el dicho Don Juan por Claufula del Testamento, que se dize otorgado por la referida en 3. de Octubre de 722.

## SE SVPLICA A V.S.

QUE PARA LA DETERMINACION DEL DICHO PLEYTO, (que se halla visto en la instancia de vista) y para que se revoque la sentencia difinitiva pronunciada por el Corregidor de dicha Ciudad con parecer de Alesfor en 24. de Octubre de 737. se sirva V.S. tener presentes los fundamentos de la justicia, que cree esta Parte le asisten, reducidos al breve conpendio de esta Alegacion.

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

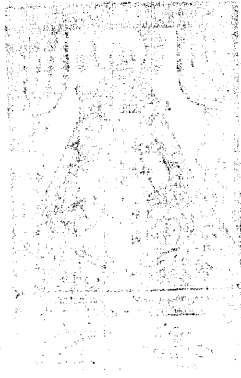
Impresso en Granada

En la Imprenta Real.

Año de

1739.





P O R

CON LA ASESORIA DE DON JUAN DE LA

COMISION

EL N.º 10

DE LA

DE LA

DE LA

DE LA

DE LA

DE LA

DE LA

DE LA


DE LA

DE LA

DE LA

DE LA

DE LA

N. 1.  VNQUE SEA cierto el privilegio singular de que goza la verdad sincera, de no necessitar de protecciones, y patrocinios; porque ella misma es muy bastante à defenderse de todas las astucias, y cabilaciones humanas, como lo afirmó Cicer. Orat. in Batin. *Nullis machinis, aut verſuti hominis ingenio ſubverti queat, ſatis per ſe munita nullo indigens patrocinio,* & Orat. pro Cellio, ibi: *ſe contra hominum ingenia, calliditates, ſolertiamque, & contra fictas hominum inſidias facile per ſe ipſam defendit.* Lo es tambien, que hallandose oprimida muchas vezes en el caſo de la ſolicitada artificioſa confuſion, ſe haze preciſſa ſu iſturacion, y defenſa, para que ſacandola de aquel intrincado laberinto, & *meſum latavis er vere verum,* que cantò Claudiano in Paneg. ad 4. conſulat. Honor. reſplandezca con mayor claridad, y pureza triunfando de quantos la pretendian obnuvilar; vt ſenſit Lactanc. Firmian. in Proem. Divin. iſt. lib. 1. ibi: *Veritas licet poſſit ſine eloquentia defendi (vt eſt à multis ſapè defenſa) tamen claritate, ac nitore ſermonis iſt. 2. n. 3.*

2. Y como Don Juan de Meſa no tiene otro aſylo en eſta cauſa, que el de la juſticia, y el de la verdad de hecho, que reſulta de los Autos, le ha ſido indiſpenſable eſta defenſa, con la que preten- de acreditar los fundamentos del derecho, que le aſiſte à el legado,

que en propiedad, y yſufructo le dexò Doña Maria de Mora, ſubſtituyendole à Doña Joſephã de Eſcobar, y Mora, que le avia de gozar en ſolo el yſufructo; y aunque para manifeſtacion de lo reſeido deberiamos proceder, deſde luego à exponer los fundamentos de juſticia, que hazen en ſu favor, ſin tocar en los del hecho, que deben ſuponerſe, y no diſputarle, como lo notò el Carden. de Luc. de Dote en el diſcurſ. 87. num. 14. no obſtante, como la principal diſcultad en el caſo preſente conſiſta en la verdadera puntual expreſion del hecho, que dà motivo à eſte litigio; no, nos es poſſible omitir vna ſucinta reflexion de lo que conſta en Autos (mayormente no aviendose impreſſo el Memorial del Relator) para paſſar deſpues à la contrac- cion de las doctrinas, que conducen à la defenſa de eſta Parte.

3. Siguiendo en eſta con- ducta el juizioſo dictamen del miſ- mo Cardenal de Emphyt. diſc. 2. n. 3. ibi: *Vnde propterea eum difficultas de plano tolleretur ex facto, mirabar tam de defenſoribus, quam de Iudice, quod in puncto iuris adeo alta inſpec- tionis immorarentur, cum in deciſionibus, ac defenſionibus cauſarum ſemper longè meliora ſint, quando haberi poſſunt motiva facti, in quorum ſubſi- dium ad illa iuris ſemper dubia, & pro ingeniorum varietate incerta, recur- rendum eſt, vnde per ora peritorum forenſium volitare ſolet dicteterium, ma- ioris ponderis, ac valoris eſſe vnam vnciam facti, quam centum libras iuris.*

## REFLEXION DEL HECHO.

**D**A motivo à este litigio vn Testamento, que fue otorgado por Doña Mariana de Mora Davalos, viuda del Jurado Don Fernando de Mesa, vezina que fue de la Ciudad de Jaen, su fecha à 3. de Octubre de el año pasado de 722. por ante Juan Francisco Guerrero de la Cueva, Escrivano Publico, y del Numero de dicha Ciudad, y ante tres testigos, que lo fueron el Lic. Don Francisco de Hervàs Presbytero, Don Alonso Gomez de Aguilera, Escrivano de su Magestad, y Joseph de Aranda, vezinos de la misma Ciudad. (Piez. 1. ex fol. 19. ad 30.)

5. En el se hallan 26. Clausulas; y por la 5. se haze vn legado à el Convento de Señor San Francisco de dicha Ciudad, ibi: *Item mando, y es mi voluntad, que de la cosecha de mosto, que tengo embodegada en mis casas, luego que yo fallezca, sino lo huviere vendido por mi, se den para el Convento de mi Padre S. Francisco de esta Ciudad, y à disposicion del M. R. P. Guardian de el 100. arrobas de mosto por vna vez.* En la 6. 7. y 8. continúan otros Legados à el dicho Convento, y Orden Tercera, que en el se sirve; y desde la 10. otros legados à otras personas. En la 12. y 13. otro legado à Michaela, hija de la Iglesia, de edad de 12. ò 13. años, que avia criado en sus casas, de diferentes bienes que expresa, para quando llegasse el caso de tomar estado.

6. Y en la 14. otro legado

à la hermana Mariana Lopez, ibi: *Item mando, que luego que yo fallezca se le de à la hermana Mariana Lopez mi abijada, que tuve en mis casas, 100. Rs. por vna vez.* Y en la 15. repite el mismo legado de la Clausula 5. ibi: *Item mando, que luego que yo fallezca, se entreguen à disposicion del Rdo. Padre Guardian de dicho Convento de mi Padre San Francisco de esta Ciudad, SEGUN LLEVO ORDENADO, Y MANDADO, 100. arrobas de mosto del que tengo embodegado.* Y en la 16. continua otro legado de vna Alfombra al mismo Convento, y Orden Tercera.

7. En la 19. declarò tener por bienes propios suyos vna Heredad de viñas, olivar, y tierra calma, con su casa de teja, y Molino de zumaque en el sitio de Torrequebrada, Termino de dicha Ciudad, y vn Zumacar en el Cerro de Jabalcuz. Por la 20. funda vna Memoria servidera en dicho Convento de 30. Rs. en cada vn año, sobre las dichas dos alhajas; y en la 21. ordenò, que por los dias de la vida de Don Francisco Manuel de Mesa, hijo del dicho Jurado Don Fernando de Mesa su marido, se le diese en cada vn año por renta vitalicia 20. ducados por los Possecdores de dicha Heredad, y Zumacar de sus frutos.

8. Y en la 22. se contiene el legado sobre que es la presente controversia, ibi: *Item mando, y es mi voluntad, que desde el dia de mi fallecimiento la dicha Heredad, y Zumacar,*



car con todo lo que le pertenece la aya, posea, y goze en usufructo por los dias de su vida, y no mas la dicha Doña Josepha de Esjobar, y Mora mi sobrina, muger legitima de Don Gabriel de Alfaro, vezino de esta Ciudad, y con las cargas que tiene, y le llevo impuestas, y no en otra forma. Y por muerte de la dicha Doña Josepha mi sobrina con las mismas cargas, y no sin ellas recaiga dicha Heredad, y Zumacar, y la aya en la misma forma por los dias de su vida en usufructo, y no mas Don Juan de Messa, hijo de el dicho Don Francisco Manuel de Messa, y nieto del dicho mi marido.

9. Y luego que fallezca el dicho Don Juan de Messa, tenga, o no sucesion, porque solo es mi voluntad, que con dichas cargas la posea, y goze por los dias de su vida, recaiga en propiedad, la que desle luego señalo, y mando vno, y otro Heredad, y dicho Zumacar, y para siempre jamas en el Colegio de la Compania de Jesus de esta Ciudad, con las dichas cargas de la dicha Memoria perpetua, y los dichos 20. ducados de renta vitalicia si superviviere el dicho Don Francisco Manuel de Messa à los dichos usufructuarios, para que cumplidas, y pagadas dichas cargas, el residuo de todas sus rentas, y frutos se aplique, y distribuya para el gasto de lo que necesitare para ornamento de la Sacristia del dicho Colegio de la Compania de Jesus, y además para el mayor asseo del Divino Culto en el, y tambien para el empleo de libros para la Libreria de dicho Colegio, atendiendo en vno, y otro à lo mas preciso, y aya, ò no aya necesidad en la dicha Sacristia, y Culto, es mi volun-

tad, y me inclino à que luego que entree en el dicho Colegio el goze de dicha Heredad, y Zumacar, se traiga à este dicho Colegio un sugeto mas para las Escuelas mayores, I **QUE AYAN MAESTRO MAS QUE LEA PHILOSOPHIA, POR LA EXPERIENCIA QUE TENGO DE LA FALTA, QUE HAZE OTRO CON EL QUE AI**, esto à discrecion del Reverendo Padre Rector del dicho Colegio, por que asi es mi voluntad para siempre jamas.

10. Por la Clausula 23. se ordena, que la dicha Doña Josepha, y su marido, y el Don Juan de Messa durante el dicho usufructo, cada vno en su tiempo hagan las labores correspondientes en dicha Heredad, y Zumacar, y que en el caso de no hazerlas, el Colegio de la Compania de Jesus como dueño de la propiedad desde el fallecimiento de la Testadora, pudiese tomar la posesion de dichas alhajas, y quitarlas à dichos usufructuarios.

11. En la 24. se haze vn legado à esta Parte, ibi: *Item mando, y es mi voluntad, que luego que yo fallezca se le de por mi heredera à el dicho Don Juan de Messa vnos avitos de bayeta, y sombrero, ò su importe.* Y aviendo por la 25. nombrado por sus Albaceas à el Padre Rector Jubilado Fray Manuel Geronimo Cobo, Guardian del dicho Convento de Señor San Francisco, al Doctor Don Manuel de Messa, y Don Gabriel de Alfaro. En la 26. se instituye por heredera del remanente à la dicha Doña Josepha de

Escobar, y Mora; y se revoca otro Testamento cerrado otorgado por la Testadora ante el mismo Escrivano en el año de 718. y otro qualquiera, que antes huviesse hecho.

12. Y concluye el otorgamiento en la forma siguiente, ibi: *En cuyo testimonio otorgo la presente Escripura en la Ciudad de Jaen à 3. dias del mes de Octubre, como dicho es, del año de 1722. siendo presentes por testigos à su otorgamiento Don Francisco Hervàs Presbytero, Don Alonso Gomez de Aguilera Escrivano de su Magestad, y Joseph de Aranda, vezinos en Jaen: è yo el Escrivano doy conozco à la otorgante, que lo firmo en el Registro de esta Escripura. Doña Mariana de Mora Davalos. Antè mi. Juan Francisco Guerrero de la Cueva.*

13. Refulsa de los Autos, que la Doña Mariana falleció el día 4. de Octubre de dicho año de 722. que es el siguiente inmediato à el en que fuena otorgada la disposicion antecedente; y consta, que el mismo Escrivano dió traslado de ella à el dicho D. Gabriel de Ogayar, y Alfaro, marido de la Doña Josephia de Escobar, que es el que se ha presentado en este pleyto, y aviendo entrado la referida à el goze de los bienes de la dicha herencia, y legados (que oy actualmente posee) con noticia, que tuvo Don Juan de Meffa, de que se avia variado el concepto, y voluntad de la Testadora en quáto à la Clausula 22. en que se comprehende el legado de la dicha Heredad, y Zumacar, en 11. de Septiembre de 734. ocurriò ante el

Alcalde Mayor de dicha Ciudad, y pidió se le admitiesse informació, para lo qual presentó desde luego por testigos à los tres, que fueran instrumentales de dicho Testamento; y aviendose admitido la dió con efecto con 7. testigos, entre los quales declaró los tres instrumentales; cuyas deposiciones, sin embargo de que hallandose con testes, y conformes, la parte de el Colegio ha querido persuadir contienen variedad notable, las expresarèmos à la letra.

14. El primero testigo, que lo es Don Alonso Gomez de Aguilera, Escrivano de su Magestad (Piez. 1. fol. 3.) dixo: *Que en vno de los dias del mes de Octubre del año pasado de 722. siendo despues de las Oraciones, viniendo el testigo por la Calle Hurtado hazia la Plaza de San Francisco, le encontrò en lo alto de ella Don Juan Guerrero, Escrivano del Numero de esta Ciudad, quien aunque hazia ya algo obscuro, conocio al que declara, y llamandole por su nombre le dixo, si queria hazerle la merced de llegar con èl à servir de testigo de el Testamento, que iba à otorgar de Doña Mariana de Mora Davalos, la que por estar muy apretada con la enfermedad, necesitaba hazerse dicha diligencia à aquella hora: à lo que le dixo el testigo, que iria con buena voluntad; y yendo hazia las casas el testigo acompañado con dicho D. Juan Guerrero para dicho efecto, al llegar à la esquina de dicha Calle Hurtado entrò dicho Don Juan en la casa, y tienda de Joseph de Aranda Maestro de Sastre, y encontrandole en ellas le combido*

para que viniese asimismo à ser testigo de dicho Testamento de dicha Doña Mariana, à lo que dicho Joseph de Aranda condescendió; y tomando la capa se vino con el dicho Don Juan, y el testigo; y yendo juntos por la Plaza de San Francisco hacia la casa de dicha Doña Mariana, encontraron con Don Francisco Hervàs Presbytero de esta Ciudad, à quien dicho Don Juan Guerrero rogó tambien le hiziera favor de ir à ser testigo en el dicho Testamento, que iba à otorgar de la referida Doña Mariana, la que estava muy mala; y el dicho Don Francisco respondió, que iria.

15. Y todos tres juntos acompañados de dicho Don Juan Guerrero, entraron en la casa hasta el quarto donde estava la enferma, y poniendose el testigo à vn lado de la cama, donde estava viendo perfectamente el rostro de dicha enferma otorgante, y los demás cerca de dicha cama, sacó el dicho Don Juan vnos papeles escritos, los que dixo à los tres testigos era el Testamento de la señora Doña Mariana de Mora, que estava presente; y pidiendo atencion, empezó à leer dicho Testamento desde la cabeza, ó Prefacion de la Fè en adelante; y despues de aver relacionado diferentes Clausulas de legados, y otras disposiciones, al llegar à aquella Clausula en que dexaba à Doña Josephha de Escobar su sobrina por su usufructuaria por los dias de su vida de vna Heredad, que dixo poseija en Torrequebrada, y vn Zumacar en el sitio de Jabalcuz (yendo dicho Don Juan Guerrero velocissimo en leer, y casi atropellado en el dicho Testamento) quando

pronunció aquellas palabras que dezia: Y por muerte de la dicha Doña Josephha mi sobrina, con las mismas cargas recaiga en propiedad dicha Heredad, y Zumacar para siempre jamás en el Colegio de la Compañia de Jesus de esta Ciudad, notó el testigo, que la dicha Doña Mariana enferma (à quien estava mirando) dando vn suspiro, y demudandose el semblante con grande alteracion, ó enojo bolvió el rostro hacia la pared.

16. De cuya improvisa mutacion infirió el testigo, que la tal disposicion, ó Clausula, que se acababa de leer, no era del gusto, ni la voluntad de aquella señora; y para certificarse de ello dixo al dicho Don Juan Guerrero, (que continuaba leyendo con la misma velocidad) tengase V. md. señor Don Juan: à lo que dicho Escrivano le respondió con algun enfado: V. md. vier: à otorgar el testamento, ó yo? A que le respondió el testigo: Soy testigo instrumental, y quiero saber mejor la voluntad de esta señora; y assi sirvasse V. md. de bolver atrás, y repetir essa Clausula: y aunque con repugnancia bolvió à repetirla; y al llegar à las mismas palabras notadas arriba: bolviendose el testigo à la enferma le dixo: Señora Doña Mariana es esto lo que V. md. dize, y quiere por su ultima voluntad, que despues de los dias de mi señora Doña Josephha vaya la heredad à los Padres de la Compañia? A que la dicha Doña Mariana le respondió con claras, è inteligibles voces: no es esto lo que yo digo: sino es que despues de los dias de Doña Josephha, vaya à Juanico de Messa en propiedad: y bolviendose el que declara al dicho Escri-

vano, le dixo: esta V. md. contento: Ya es menester hazer otro testamento, o quitar enteramente la Clausula de los Padres de la Compañia.

17. Haciendo juicio el testigo por lo que vio, y oyo a la otorgante, que el unico, y absoluto heredero de dicha Heredad quiso fuesse el dicho Don Juan de Messa, y en ninguna forma los dichos Padres de la Compañia: y entonces dicho Don Juan Guerrero dixo: era necessario, como el testigo dezia, hazer nuevo testamento, para lo qual en presencia del testigo, y de los demás pidio à la familia de la casa le truxessen dos pliegos de papel sellado de à diez quartos; los que no sabe si se traxeron, o no; porque viendo el testigo, que el dicho testameto no servia por parecerle no ser valido, ni quedar otorgado, se despidio, y los otros dos que avian asistido para servir tambien de testigos, y se salieron à la calle: y que no sabe si el nuevo testamento que dixo dicho Don Juan Guerrero iba à hazer, y era preciso, si se avia otorgado, o no, y si tuvo otros distintos testigos que sirvieran en el: solo sabe no bolvió à llamar al testigo mas para el nuevo testamento; y que el dia siguiente tuvo la noticia de que à las 8. de la mañana avia muerto la dicha Doña Mariana.

18. El segundo testigo, que lo es Joseph de Aranda vezino de dicha Ciudad, y Maestro de Saltre en ella, (Piez. 1. fol. 5.) dixo: Que por el mes de Octubre del año pasado de 722. siendo despues de las Oraciones, estando en las casas de su morada, que son en la Plaza de San Francisco, llegó à ellas Don Juan Guerrero,

Escrivano del Numero de esta Ciudad, acompañado de Don Alonso Gomez de Aguilera, Escrivano de su Magestad, y le dixo le hiziera merced de passar con el à ser testigo en el testamento; que iba à otorgar de Doña Mariana de Mora Davalos; y aviendo tomado la capa yendo en su compañía, llegaron à la casa, y subieron hasta el quarta donde estava la susodicha enferma.

19. Y aviendo dicho Don Juan Guerrero echado fuera del quarta la gente que en el avia, cerrò la puerta, y sacò vnos papeles, que dixo era el testamento de la dicha Doña Mariana: y aviendo empezado à leerlo en su presencia, la del dicho Don Alonso, y Don Francisco de Hervàs Presbytero de esta Ciudad, desde el principio del dicho testamento leyò diferentes Clausulas, y aviendo llegado à unas en que dezia dexaba vna Heredad, y vn Zumácar, que tenia à Doña Josepha de Escobar, y que despues de sus dias fuesse à los Padres de la Compañia de esta Ciudad, leia con mucha prisa, y à estarazon la referida enferma diò vn suspiro, y se bolvió del lado que estava la cara hazia la pared; y que viendo esto el dicho Don Alonso de Aguilera le dixo à dicho Don Juan (que continuava leyendo) bolviessse à leer dicha Clausula, à que le respondió: si iba à otorgar el dicho testamento, o el: A lo que dicho Don Alonso dixo: era testigo instrumental, y queria hazerse capaz de lo que se hazia, y dezia la enferma; y sin embargo bolvió dicho Don Juan Guerrero atrás, y leyò segunda vez la mencionada Clausula; y aviendola leído, el mismo Don Alonso de

de Aguilera le preguntò à la dicha Doña Mariana enferma: si se quería que despues de los dias de la dicha Doña Josepha fueran dicha Heredad, y Zumacar à los Padres de la Compañia? A lo qual respondió dicha enferma con voces claras: que no era aquella su voluntad, sino es que despues de los dias de dicha Doña Josepha fueran à Juuatico de Messa en propiedad.

20. En cuya virtud le dixo el referido Don Alonso de Aguilera al dicho Don Juan Escrivano, si estava contento? Que era menester ir despacio en aquellas cosas, y que necesitaba de hazer otro nuevo testamento, ò quitar aquella Clausula de los Padres de la Compañia: à lo qual dicho Don Juan Guerrero pidió à la familia de la casa para papel; y sin quedar testamento alguno otorgado en aquella ocasion se despedieron todos, y dicho Escrivano quedò en avisarles, assi al testigo como à los demás para la nueva otorgacion del nuevo testamento, lo que al testigo no se le llamó, ni aviso: y que el dia siguiente supo como à las 8. de la mañana à corta diferencia avia muerto la referida Doña Mariana.

21. El tercero testigo instrumental, que lo es el Lic.D.Françisco de Hervàs Presbytero, declaró en virtud de Exorto, que el Alcalde Mayor despachò al Provisor Juez Eclesiastico de dicha Ciudad, y dixo: (Piez. 1. fol. 15. B.) Que el dia 3. de Octubre del año passado de 722. algo despues de la Oracion, aviendo salido de corto el que declara, y estando en la Plaza de San Francisco, se llegó à el Don Juan Guerrero de la

3.  
Cueva, Escrivano Publico, y del Numero de esta Ciudad, acompañado de Don Alonso Gomez de Aguilera, Escrivano de su Magestad, y de Joseph de Aranda Maestro de Sastre, y le pidió fuesse con el susodicho à ser testigo del testamento de Doña Mariana de Mora, que por estrecharle el accidente, era preciso no dexarlo para despues, y que iba à otorgarlo, para cuyo fin le hazian tambien merced aquellos dos Cavalleros, señalando à los dichos Don Alonso de Aguilera, y Joseph de Aranda; à lo que el declarante respondió que tambien iria, y le diò los agradecimientos.

22. Y con efecto se fueron juntos todos quatro, y entraron en las casas de la dicha Doña Mariana, la que estava acostada en su cama: y despues de saludarla, y dar à entender dicho Don Juan Guerrero, que el que declara, y los arriba dichos venian à servir de testigos en su testamento, les dixo que à este fin ya lo tenia entendido, y solo faltaba relacionarlo para el otorgamiento, lo que hizo ante los dichos tres testigos (por no aver como no avia otra persona alguna dentro del quarto) yendo en lectura de el con gran celeridad, y ligereza; y se acuerda, que al llegar à la Clausula en que la Testadora dexaba ordenado se le dixessen por su alma, è intencion 500. Missas, despues de dexar la quarta à la Parroquia, y otras porciones à diferentes Iglesias, quedaba ordenado, que el resto se repartiessè entre quatro Eclesiasticos, que tambien quedaban nombrados; à este tiempo el dicho D. Juan Guerrero cessando en la narracion de dicho testamento, le dixo en

voz baxa à el deponente: V. md. perdona, que no se me ha ocurrido, ni hecho memoria de V. md. que à averla hecho, le huviera dexado tambien Misas; pero en otra ocasion le servirè: lo que el que declara le agradeçio.

23. Y el dicho Don Juan profiguió leyendo con la misma aprisa, que antes, hasta que llegó à otra Clausula, en que la dicha Doña Mariana dexaba por usufructuaria de la Heredad, que poseia en el sitio de Torrequebrada, à Doña Josefa de Escobar su sobrina, muger de Don Gabriel de Alfaro, vecinos de esta Ciudad, y que despues de los dias de esta fuesse al Colegio de la Compañia de Jesus de ella en propiedad para siempre; y advirtió el declarante, que al pronunciar dicho Escrivano estas ultimas palabras de la sobrodicha Clausula, dió la enferma un suspiro bien sentido, y bolvió la cara hazia la pared; y al mismo tiempo el dicho Don Alonso Gomez de Aguilera avièdo notado además de lo dicho otros movimientos, ò ademanes de sentimiento en el rostro de la dicha otorgante, (segun despues dixo) detuvo al dicho Escrivano Don Juan Guerrero pidiendole bolviessè à repetir la dicha Clausula; lo que susodicho tomò muy à mal, y con mucho desabrimento le dixió al Don Alonso: que si era el, el que avia de otorgar el testamento? A lo que el susodicho le satisfizo diziendole: que era para enterarse mejor de su contenido, y que siendo testigo le precissaba à hazerlo.

24. Y entonces dicho Escrivano bolvió de nuevo à leer dicha Clausula, y acabada, le dixió dicho D. Alonso Gomez à la enferma: Señora Doña

Mariana, es esto lo que V. md. quiere, y ordena, que despues de los dias de la Señora Doña Josepha la Heredad vaya à los Padres de la Compañia? A lo que respondió sin detenerse, y con voz algo alta: No es effo lo que yo quiero, ni ordeno; sino que despues de los dias de Josepha, vaya en propiedad à Juamico de Messa: y bolviendose dicho Don Alonso al referido Escrivano, le dixo: Está V. md. contento? Y entonces este dixo, que respecto de la nueva circunstancia, era ya precisso hazer otro nuevo testamento, pues no servia el hecho; y para este fin en presencia de los testigos pidió à la gente de la casa le traxessen dos pliegos de papel sellado, los que no sabe si se los traxerò, ni quando se haria el tal nuevo testamento, el que el declarante juzgò ser muy necessario, respecto de que la otorgante no quiso, ni fue su voluntad passasse adelante, ni llegasse à efecto la sobredicha Clausula, que al dicho Escrivano avia oydò, sobre la dicha herencia de los Padres de la Compañia, antes la nulò, y anulò enteramente, instituyendo por su vnico heredero en dicha Heredad à el referido Don Juan de Messa, como nieto legitimo, que era de Don Fernando de Messa su marido; y aunque el declarante ofreció, que si fuesse necessario bolveria à servir de testigo en el dicho testamento, que se iba à hazer, no le bolvieron à avisar mas: solo supo, que à otro dia por la mañana avia ya muerto la dicha Doña Mariana.

25. Los otros quatro testigos de esta informacion depusieron lo mismo: Juan Antonio del Valle, y Miguel de Aranda de oydas

das à el dicho Joseph de Aranda Maestro de Sastre, y Luis de Lirio de oydas à el dicho Don Alonso Gomez de Aguilera, y todos tres de publico despues de la muerte de la dicha Doña Mariana; y el quarto, que lo es Doña Maria Josepha de Aguirre domestica, y asistente en las casas de la susodicha, depuso: (Fol. 9. B. Piez. 1.) Que en el año pasado de 722. en el dia 3. de Oetubre, aviendose hallado en casa de Doña Mariana de Mora Davalos, quien por estar muy mala, y tenerle à la testigo mucho afecto, le asistió en toda su enfermedad, la que aviendose agravado le ordenaron los Medicos recibiesse los Santos Sacramentos, y dispusiesse las cosas de su alma; y aviendolos recibido, aunque à esta diligencia se seguia la de hazer testamento, respecto de saber la testigo, y Doña Josepha de Escobar sobrina de la dicha Doña Mariana de Mora, y las demás personas de la familia de su casa, que lo tenia hecho cerrado en el año pasado de 718. ante Juan Guerrero de la Cueva, sabe no le dió mucho cuydado el advertirselo.

26. Pero aviendo acaecido, que la tarde del dicho dia 3. de Oetubre viniesse à visitar à dicha Doña Mariana Don Juan Guerrero, Escrivano del Numero de esta Ciudad, como lo tenia de costumbre, parece que el susodicho trató con dicha señora, de que hiziesse testamento, y cerrando la puerta de la sala, y quarto donde se hallaba dicha Doña Mariana, quedandose à solas con la dicha enferma, y ofreciendose entrar à la testigo en dicho quarto à lo que se ofrecia à la enferma, dicho Escrivano se suspendia en

la disposicion de dicho testamento, y luego que salia lo bolvia à continuar, y estuvo en èl, hasta poco despues de la Oracion, que dicho Escrivano salió del quarto diziendo iba à buscar testigos para otorgar el testamento, que avia hecho la señora Doña Mariana de Mora.

27. Y con efecto dentro de vn rato bolvió acompañado de Don Francisco de Hervás Presbytero, y de Don Alonso Gomez de Aguilera Escrivano, y de Joseph de Aranda Maestro de Sastre, à los quales entró en dicho quarto donde estava la enferma, para lo qual hizo salir de èl à la testigo, y à las demás personas, que estavan dentro asistiendo à la dicha Doña Mariana, diziendo: Sirvanse V.mds. de baxarse abaxo, porque era testamento sigiloso, y cerrando dichas puertas, à breve rato los vio salir à todos: y el dicho Juan Guerrero dixo à la testigo, y demás personas, que alli estavan de la familia, necesitaba de dos pliegos de papel sellado: y con esto se fueron todos.

28. Y el dia siguiente bolvió dicho Escrivano siendo como à hora de las 7. de la mañana poco mas, ò menos, y reconociendo, que la dicha Doña Mariana se avia estrechado mucho en su enfermedad, dixo à la testigo: Dame V.md. à toda priesa por: estos dos pliegos de papel, que tengo que hazer todavia en el testamento: y la testigo le dió dos de plata à dicho Escrivano para el referido papel, el qual los tomó, y se fue con ellos, y no bolvió mas, porque à poco de aver salido de la casa, que serian como à las 8. espiró la dicha Doña Mariana de Mora.

29. Los siete testigos de esta informacion se ratificaron llanamente en el termino de prueba con citacion del Colegio; y solo el Don Francisco de Hervàs Presbytero añadió: (Piez. 2. fol. 76. B.) *Que la dicha Doña Mariana de Mora no firmò en presencia del testigo, ni los demàs expressados el dicho testamento.* Y la dicha Doña Maria Josepha de Aguirre añadió tambien, (Piez. 2. fol. 65.) que quando el dicho Don Juan Guerrero le pidió para dos pliegos de papel sellado, fue el dia siguiente por la mañana, en la conformidad que consta de su declaracion, y no haze memoria huviesse dicho, que se los pidió la noche antecedente: y en todo lo demàs se ratificò, y afirmó llanamente.

30. Con dicha justificacion, y con presentacion del traslado de el testamento de la dicha Doña Mariana en 12. de Octubre de 734. esta Parte puso demanda à el Colegio, haziendo relacion de lo que queda expressado, y que en dicha disposicion se hallaban los defectos de aver substituido el Escrivano à esta Parte à la referida Doña Josepha en el usufructo de dicha Heredad, y Zumacar, quedando la propiedad à el Colegio, contra la expressa voluntad de dicha Testadora: siendo el mayor, el que dicho testamento nunca se otorgò; porque no aviendose practicado en el lance primero, en que concurrieron el Escrivano, y los testigos, despues no bolvieron à concurrir: concluyò pidiendo se declarasse nulo, y de ningun valor,

*ni efecto, y que la dicha Doña Mariana no falleció baxo de la disposicion, que en el se expressa.*

31. Y aviendose hecho saber al Padre Miguel Ximenez Aznar, Rector entònces de dicho Colegio, por parte de este se salió formando cierto articulo de no tener obligacion à responder à la dicha demanda, por dezir, que esta Parte no lo era legitima para ponerla; y pendiente el dicho articulo, y antes que la demanda se contestasse por el dicho Colegio, en peticion presentada por esta Parte en 13. de Diciembre de dicho año insintió, en que el referido testamento se declarasse nulo, à lo menos en la parte, que comprehende la Clausula de substitution de dicho legado en favor de dicho Colegio. (Piez. 1. fol. 71.)

32. Y para evaquar el mencionado articulo se presentó por esta Parte traslado de vna Escripura, otorgada en Jaen à 23. de Agosto de dicho año de 734. (Piez. 1. fol. 62.) por la qual los dichos D. Gabriel de Alfaro, y Doña Josepha de Escobar su muger, haziendo relacion del referido testamento de la dicha Doña Mariana, y de la noticia, que avian tenido de la suposicion cometida por el Escrivano en la Clausula del legado de dicha Heredad, substituyendo à esta Parte en el usufructo à la dicha Doña Josepha, y despues en propiedad à el Colegio; siendo asì, que la voluntad de la Testadora avia sido, que despues de la dicha Doña Josepha gozasse esta Parte la Heredad, y Zumacar en propiedad,

por



por cuya causa, y la de no averse otorgado dicho Testamento, se avia puesto por esta Parte la mencionada demanda.

33. Y porque en el caso, de que en su virtud se declarasse nulo el dicho Testamento, como lo era, la dicha Doña Josepha como parienta mas cercana de la dicha Doña Mariana, era su heredera abintestato; y en atencion à que esta le avia comunicado ser su voluntad, que despues de aver gozandola referida la dicha Heredad, y Zumacar en usufructo, passasse en propiedad à esta Parte, y para que en todo se cumpliesse la voluntad, y disposició de la dicha Doña Mariana; desde luego por este instrumento se obligò la dicha Doña Josepha, à que aviendo gozado el dicho usufructo por los dias de su vida, despues entrasse gozando la dicha Heredad, y Zumacar en posesion, y propiedad esta Parte, sus hijos, herederos, y successores, para lo qual cedieron, y renunciaron en forma anibos otorgantes en esta Parte qualquier derecho, y accion que tenian, y tuviessen en adelante en dichas posesiones; y jurò en forma la dicha Doña Josepha este contrato.

34. Y aviendo mandado en vista de lo referido, que respondiesse derechamente la parte del Colegio, se contesto por este la demanda, pretendiendo se declarasse por legitimo, valido, y firme el dicho Testamento en todas clausulas, y disposiciones, y consequientemente en el legado de la pro-

priedad de dichas Heredades, que se le avia dexado, declarando ser todo ello conforme à la voluntad de dicha Testadora, y à la solemnidad prevenida por Derecho. Y aviendo continuado el pleyto, se recibì à prueba, y en su termino se hizieron probanças por ambas Partes, cuyas particularidades expondrèmos en el lugar que correspondrà: no siendo de omitir en el presente la deposicion de Antonio Bernabè Virtudes, testigo presentado por esta Parte, el qual por aver sido criado de Doña Mariana de Mora, y halladose en sus casas à el tiempo, que suena otorgado dicho testamento, es su declaracion muy recomendable, por deponer de vista, y hecho proprio en el mismo lançe, que refieren los testigos instrumentales.

35. Este, pues, aviendo depuesto à la segunda pregunta de el Interrogatorio presentado por esta parte (Piez. 2. fol. 12. B.) *Que hallandose sirviendo à dicha Doña Mariana de Mora en el dia 3. de Octubre del año passado de 722. à oras de la 5. de la tarde, entrò en casas de la susodicha Juan Francisco Guerrero de la Cueva, Escrivano del Numero de esta Ciudad, y entrò en el quarto donde se hallaba enferma la referida, à fin de que otorgasse su testamento, y echò fuera à la familia de la casa, que se hallaba en dicho quarto, y cerrò las puertas de el, y se quedò solo con la enferma hasta poco despues de la Oracion, en cuyo tiempo el testigo advirtió estuvo dicho Escrivano escribiendo el Testamento, lo que infiere*

por lo que oia hablar à dicho Escrivano, y à dicha Doña Mariana, respecto de que se mantuvo en el corredor, donde estava la puerta de dicho quarto, y le movia la curiosidad de si se le dexaba alguna cosa, aplicaba el oido à escuchar lo que passaba. Y que la mañana siguiente de dicho dia estuvo dicho Escrivano en las casas de la Doña Mariana à las 7. y entrò en el quarto de la enferma, habló con la familia, y viendo lo apretada que estava dicha Doña Mariana, que murió à las 8. de aquel dia, pidió para papel, y se le diò para el por Doña Josepha de Aguirre.

36. Despues à la quarta pregunta depuso (Piez. 2. fol. i 3. B.) Que la tarde de dicho dia 3. poco despues de la Oracion salió dicho Juan Francisco Guerrero del quarto de la enferma, donde avia estado, como dexa dicho, salió à la calle, y passado algun rato bolvió à dichas casas trayendo consigo à Don Francisco de Heredia Presbytero, à Alonso Gomez de Aguilera Escrivano Real, y Joseph de Aranda Maestro de Sastre, vezino de esta Ciudad, y todos entraron en el quarto donde estava enferma dicha Doña Mariana, y dicho Escrivano comenzó à leer en voz inteligible, y clara el Testamento, que tenia escrito de la susodicha, y llegando à vna Clausula, que contenia legado de usufructo à favor de Doña Josepha de Escobar su sobrina, de vna Heredad, que dicha Doña Mariana tenia sitio de Torrequebrada, y vn Zumacar en Jabalcuz, la leyò dicho Escrivano con azeleracion, y apresurando mucho la voz.

37. Y diciendo: (y por muerte de la dicha Doña Josepha de Escobar mi sobrina, recaiga en propiedad dicha Heredad, y Zumacar para siempre jamas en el Colegio de la Compania de Jesus de esta Ciudad) à cuyo tiempo dicha Doña Margarita diò vn suspiro, y aplicando la vista el testigo por la juntura de la puerta donde estava escuchando, por la razon que ya dexa dicha, viò que dicha Doña Mariana estandorodeada hazia la gente, que en el quarto avia, se rodeò al otro lado, à cuyo tiempo se levantò dicho Alonso Gomez, y le dixo à dicho Guerrero se fuesse poco à poco; no oyò el testigo las palabras que entre los dos buvo, aunque si advirtió alguna defazon: y viò, y oyò, que dicho Alonso Gomez de Aguilera, llegó à la cama, y preguntò à dicha Doña Mariana: es esto lo que V. md. quiere, que despues de lo: dias de mi señora Doña Josepha de Escobar vaya la Heredad à los Padres de la Compania? A que respondió la dicha Doña Mariana en voz clara, e intelligible: no señor, no es esso lo que yo digo, sino es que despues de los dias de Josepha, vaya à Juanico de Messa en propiedad.

38. Y entonces el dicho Alonso Gomez dixo al Juan Guerrero: està V. md. contento? Ya es menester hazer otro Testamento, ò quitar la Clausula de los Padres de la Compania, en lo que parecia convino dicho Guerrero, y para poderlo hazer pidió este para papel, y por entonces no se le diò; con lo qual se salieron todos, y se fue cada vno à su casa. Y lo mismo que el testigo dexa dicho, lo ha oydo muchas ve-

res referir en casa de Gabriel de Alfaros, à este, à su muger, y à Doña Josepha de Aguirre, y otras personas de la familia, que entonces lo vieron, oyeron, y observaron; lo qual sabe por averse hallado presente, averlo oído, y demás razones que dexa dichas.

39. Y como la deposicion de este testigo confirma con insuperable eficacia las de los testigos instrumentales, para opugnarla, en peticion, que presentó el Colegio en 14. de Mayo de 738. (Piez. 4. fol. 18.) se pretendió, que para que se reconociese, que el dicho Antonio Bernabè Virtudes, ni avia podido oír lo que deponen en su declaracion, ni reconocer lo acaecido en el lanze de la lectura de la Clausula de dicho legado, se hiziese inspeccion de el sitio donde la Testadora tenia la cama en dicha ocasion, lo qual fuesse con asistencia de las Partes, è intervencion de los dos testigos instrumentales seculares, de el Juan Francisco Guerrero de la Cueva, y de Doña Josepha de Escobar, y Doña Josepha de Aguirre, que habitaban en las mismas casas.

40. Y aviendose mandado así, con efecto se practicò la diligencia (Piez. 4. ex fol. 23.) à presencia del Alcalde Mayor de Jaen, y por ante dos Escrivanos del Numero de dicha Ciudad, que lo fueron Balthasar de Alcazar Escrivano Originario de este pleyto, y Blàs Joseph de Burgos su Acompañado, y con intervencion, y asistencia de esta Parte, Joseph Sanchez del Castillo su Procurador,

Alófo Alcazar Procurador del Colegio, Doña Josepha de Escobar, Doña Maria Josepha de Aguirre, el Escrivano Juan Guerrero de la Cueva, y los dos testigos instrumentales seculares, que lo fueron Alonso Gomez de Aguilera, y Joseph de Aranda, y el referido Antonio Bernabè Virtudes; y aviendose recibido juramento à todos.

41. Se pasó al quarto donde tenia la cama la dicha Doña Mariana à el tiempo de la lectura del dicho Testamento, y aviendose puesto los testigos, y el dicho Juan Guerrero en los mismos sitios donde lo avian estado la noche del dia 3. de Octubre del año de 722. y aviendose también puesto à las puertas del quarto, y cortina, que en ellas avia en la propria forma, que los dichos dos testigos instrumentales, y el Antonio Bernabè Virtudes dixeron avia estado en la referida ocasion, estando de la parte de afuera del dicho quarto el referido Virtudes, el Escrivano, Blàs Joseph de Burgos, y otras personas, y leídose por el dicho Juan Guerrero de la Cueva diferentes Clausulas del Testamento de la dicha Doña Mariana en el mismo tono, y voz con que lo practicò à el tiempo en que fuena otorgado el dicho Testamento (sin embargo de que los dos testigos instrumentales, y el dicho Virtudes, afirmaron, que la noche del dicho dia 3. de Octubre avia leído con tono, y voz mas alta) se convenció evidentemente, que el referido Antonio Bernabè Virtudes no solo pudo

do oir desde la parte de afuera de dicho quarto lo que leyò el dicho Juan Francisco Guerrero, y reconvençion, que hizo à la Doña Mariana el Alonso Gomez de Aguilera, y lo que à este respondió la susodicha, fino es tambien aver estado viendo el rostro de dicha enferma, y accion de averse buelto en la cama, que sucediò en dicha ocasion, y asi se puso por diligencia; como tambien el que desde la juntura de las puertas de dicho quarto hasta los pies de la cama de dicha enferma, que es el sitio en que afirmò aver estado el dicho Juan Guerrero, solo avia dos varas, y media de distancia. medidas algo al transverso.

42. Y aviendose substanciado el pleyto, concluso, en 24. de Octubre de 737. se pronunciò sen-

tencia por el Corregidor de dicha Ciudad, con parecer de Affector, que lo fue el Lic. Don Blàs Gozalvo, Abogado en esta Corte, y del Colagio de la Compañia de Jesus de ella: (Piez. 4. fol. 159.) por la qual declarò por valido, firme, y subsistente el dicho Testamento; y que como tal se observassen, y guardassen todas sus disposiciones, clausulas, y legados, asi de usufructo, como de propiedad en el contenidas, y se impuso perpetuo silencio à esta Parte.

43. De la qual por esta Parte se interpuso apelacion à esta Corte, y traídos los Autos originales, por parte de dicho Colegio, se ha pretendido su confirmacion, Don Juan de Messa su revocacion, sobre que se halla legitimamente concluso, y visto.

## HIS IN FACTO SVPOSITIS.

44. **P**ara proceder (con la sumaria concision, y claridad, que apetece el que esto escribe) à la manifestacion de los fundamentos de derecho, que asisten à Don Juan de Messa para conseguir la revocacion de dicha sentencia, se dividirà este Informe en tres Conclusiones, ò Partes principales; subdividiendo cada vna en los medios, ò dispositivos, que pareciessen mas convenientes à facilitar la inteligencia de dichos fundamentos.

45. En la primera se fundarà, que en el caso de este pleyto se ha de estar à lo que resulta de las

deposiciones de los testigos instrumentales, y no à lo que consta de la Cláusula del dicho Testamento en orden à el dicho legado, por que la autoridad de las deposiciones de dichos testigos es prevalente à la fee, que se merece el Escrivano.

46. En la segunda se probaràn las nulidades, que contiene el dicho Testamento, asi por no averse otorgado solemnemente, como por otros notorios visibiles defectos, que padece.

47. Y en la tercera se manifestarà, que à lo menos fue notoriamente supuesta por el Escrivano

vano Juan Francisco Guerrero contra la voluntad de dicha Doña Mariana de Mora, la parte de la Clausula de dicho Testamento, en que quitando à esta Parte la propiedad del legado de la Heredad, y Zumagar, solo suena averse dexado

en usufructo para que passasse à el dicho Colegio en propiedad.

48. Y en cada vna se procurará satisfacer todos los reparos, y objeciones, que se oponen por parte del dicho Colegio.

(\*✕\*)

## CONCLUS. I.

EN QUANTO A LA VERDAD DE LO acaecido en la vltima disposicion de Doña Mariana de Mora, se debe estar a lo que deponen los tres testigos instrumentales, y no à lo que en contrario resulta del Testamento, que suena otorgado por la referida.

49. **E**ntre los actos humanos publicos ninguna cosa puede ocurrir tan seria, y entre los particulares debe ser tan firme, y segura como el Testamento: trate en el de la vltima voluntad de quien no vive, y de quien por esta razon no puede satisfacer las dudas, que acontezcan; y siendo tan evidente el peligro de que por esta causa se cometan muchos fraudes en detrimento de la verdadera disposicion del Testador: Los legisladores atendieron con summo cuydado à cautelar toda especie de dolo, falsedad, y engaño, para que las vltimas voluntades tuviesen cumplido efecto como cosa tan importante à el bien comun de la Republica. *L. Vel negare 4. ff. quem admod. test. am. aperiant. L. 1. C. de Sacros. Eccles. L. fin. C. de fideicomm. Valencia Illustrum lib. 3. tract. 2. cap. 1. num. 3. Cabrer. de Avend. de Meta lib. 2. cap. 20. num. 7. Anno*

Robert. *Rer. iudic. lib. 2. cap. 10.*

50. A este fin establecieron tanta multitud de solemnidades, y circunstancias, q̄ apenas se encórrará otro acto legitimo alguno tan prevenido de adminiculos, y precauciones. Ordenóse el modo, y forma con que se debía practicar el Testamento. Señalóse determinado numero de testigos, que precisamente debiessen concurrir à el. Entre los mismos testigos se apetecieron diversas calidades, que debian contener; y se dió regla a el Escrivano ante quien se debía otorgar: todo ello dirigido unicamente à que constasse siempre con toda certeza la substancia de la disposicion vltima, que consiste en la final determinada voluntad del Testador; pero sin embargo de todo lo referido, no han sido suficientes todas las dichas preveniciones, y cautelas para evitar las falsedades en los Testamentos, como lo convence

E con

con notoriedad el caso de la presente controversia. En la qual hallados contrarios en la narracion del hecho los testigos instrumentales del que suena otorgado por Doña Mariana de Mora, y el Escrivano de quien se halla autorizado, es indispensable, que en ambos extremos no pueda residir igualmente la verdad a un mismo tiempo, y que vnos, ò otros cometan la terrible falsedad de alterar, è immutar lo que fue la verdadera última disposicion de la fudodicha.

51. Afirma el Escrivano, que en el dia 3. de Octubre de 722. se otorgò por la referida el Testamento; cuya copia se halla presentada en Autos, aviendo precedido el leerlo integramente; y sin omitir clausula alguna ante los expresados testigos, y la Testadora, que lo aprobò, y firmò sin reparo alguno. Por el contrario los tres testigos instrumentales expresan como queda referido; que aviendo principiado la lectura del dicho Testamento, y llegado à la clausula, en que se contenia el legado del usufructo de la Heredad, y Zumacar, de que avia de gozar Doña Josefha de Escobar, y que despues passasse en propiedad à el Colegio, à sintio la Testadora, y aviendo hecho cierta demonstracion de su disgusto, y suspendiendose la lectura; le preguntò vno de dichos testigos, que lo fue Alonso Gomez de Aguilera Escrivano Real: si aquello que se avia leído era su voluntad? Respondiò manifestamente, que no lo era, sino

es que despues del fallecimiento de la dicha Doña Josefha passassen los dichos bienes en propiedad à esta Parte; y que aviendo insinuado el Escrivano Juan Francisco Guerrero se necesitaba formar otro Testamento, se quedó en este estado, se fueron todos à la calle, y ni se continuò la lectura, ni el otorgamiento de dicho Testamento.

52. En cuyo concepto la duda, y question de derecho se termina: A quien se debe dàr fee, y credito en estas expresiones; si à el Escrivano, que insiste en lo que resulta de las Clausulas de dicha disposicion; ò à los testigos, que impugnan, y contradizen el contenido del mismo testamento, y forma de su otorgamiento?

53. Para cuya decisison es de suponer: Lo primero, que en los Testamentos, conforme al derecho de España, se observan dos formas substanciales, que son como essencia de la disposicion última completa; la primera consiste en la deliberada voluntad del Testador; y la segunda, en que la expresion de la misma voluntad sea solemne, y circunscripta à las reglas, y limites establecidos por la ley. Tell. Fernand. *in leg. 3. Taur. part. 2. num. 23. Cancr. lib. 1. Var. cap. 4. num. 76. Elcañ. de Testam. cap. 2. num. 2. Orteg. ad D. Covarr. in cap. Cum esses 10. de Testam. n. 22.* y faltando qualquiera de las dos formas referidas, ni ay Testamento, ni se puede dezir, que conste de la última voluntad del Testador. Matienzo *in leg. 2. tit. 4. lib. 5.*

*Recop. Gloss. 4. ex num. 11. Azév. in leg. 2. tit. 1. lib. 5. Recop. num. 60. Guzm. de tit. 15. num. 2. Dom. Covarr. in cap. Cum esses 10. de Testam. num. 14.*

54 Lo segundo: que aunque sea cierto, que el numero de los testigos en el Testamento sea solemnidad, *ex Text. in leg. Qui testament. 20. §. Veteres, ff. de testam. ibi: Eos qui propter solemnia testamenti adhibentur. L. Heredes palam, §. 1. ff. eod. ibi: Sufficit solemnem numerum exaudire. L. Hac consultiissima, C. de testam. L. 1. & 2. tit. 1. part. 6. L. 3. Taur. quæ est 2. tit. 4. lib. 5. Recop. ibi: La misma solemnidad.* Lo es tambien, que esta solemnidad no es accidental, ni extrinseca, sino es tan esencial à el testamento, como que en ella consiste la forma substancial; por lo que faltando vno solo de los testigos prevenidos por la ley, se destruye tambien el Testamento, *ex Text. in leg. Si vnus 12. ibi: Iure deficit testamentum. L. Dicantibus 22. ibi: Testibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis. C. de testam. L. Si quis ita 15. ff. de reb. dub. dist. 1. 3. Taur. in fin. ibi: Los quales dichos Testamentos, y Codicilos, si no tuviere la dicha solemnidad de testigos; mandamos, que no hagan fee, ni prueba en juicio, ni fuera del. Flor. Diaz de Men. lib. 1. Variar. quest. 1. n. 67. D. Francisc. Hyeron. Leo decis. Valent. 40. num. 40. lib. 3. Dom. Covarr. ubi proxim. num. 3.*

55. Y lo tercero: que de lo referido se deduce, que la fee, y autoridad, que se merece el Testa-

mento nuncupativo, que se reduce à Escritura en España, no se debe tan solamente à el Escrivano que le otorga, sino es que tambien principalissimamente depende de los testigos instrumentales, que à él asistien; sin que sea de tanto aprecio la qualidad de intervencion de el Escrivano, que por ella sola quede relevado el Testamento de poderle impugnar por el medio de la justificacion de los testigos instrumentales, ò de otros, que acaso intervinieron, y se hallaron presentes à su otorgamiento: por ser como es cierto; que todo instrumento publico, y su contenido, sin embargo de la fee del Escrivano, admite prueba en contrario, y se puede contradizeir directa, ò indirectamente con las deposiciones de los testigos, que se hallan descritos en el instrumento, ò de otros, que no sean los instrumentales.

56. *Text. in cap. Tertio loco 5. de probationib. cap. Cur Joannes 10. de fide instrument. L. 115. & 117. tit. 18. part. 3. L. 32. tir. 11. part. 5. Cyriac. Controv. tom. 2. controuv. 335. num. 28. Menoch. de Arbitrar. lib. 2. cas. 105. ex n. 1. Mascard. de Probationib. conclus. 619. ex num. 1. Farinac. de Falsit. & simulation. quest. 158. ex num. 1. Dom. Covarr. Var. lib. 2. cap. 13. ex n. 11. Dom. Gregor. Lop. in leg. 115. tit. 18. part. 3. Gloss. 7. in fin. ibi: Et non est ista præsumptio iuris, & de iure, sed iuris tantum unde recipit probationem in contrarium. Bald. in leg. Sive possidetis, C. de probat. & in*

*Rubric. eiusd. tit. Et habetur, & notatur in cap. His qui fidem de spons. Si enim aliter diceretur esset materia fabricandi falsa instrumenta si locus non maneret eis impugnandi de falsitate; & quia ideo testes aponuntur in instrumentis, ut per eos adhibeatur fides instrumento, ut notatur in dict. Authent. de instrum. caut. & fide, §. Si vero, & cum per eos non adhibetur, sed reprobatur fides instrumenti, iustum est quod corruat.*

57. La mayor duda para la resolucion de la propuesta supra num. 52. consiste en indagar, que numero de testigo sera suficiente para que su impugnacion, y contradiccion prevalezca, y supere a la autoridad del Escrivano ante quien se halla otorgado el instrumento. En cuya question se han dividido los Autores en varias opiniones, que dilatadamente refieren. Farin. *vbi proximè dict. quest. 158. & Faria ad Covarr. lib. 2. Var. cap. 13. dict. num. 11.* La mas comun defiende, que dos testigos mayores de toda excepcion, aunque no sean de los instrumentales, son bastantes a reprobear el instrumento, ita Gutierrez. *conf. 38. num. 10. Azev. in leg. 13. tit. 25. lib. 4. Recop. num. 36. Barbosa. in Collect. ad leg. in exercendis, C. de fide instrum. num. 7. Dom. Covarr. Pract. cap. 20. num. 6. vers. Prima conclusio. Gomez Bayo in Prax. lib. 2. part. 3. quest. 140. ex num. 1. vbi plurimi, los quales tambien afirman, que si en favor del instrumento, y por la verdad de su contenido estuviesen dos testigos, serian indif-*

pensables para su impugnacion, y contradiccion, a lo menos las deposiciones de quatro. Bobadilla. *in Polytic. lib. 3. cap. 14. num. 48. Covarr. comm. contr. comm. tom. 1. quest. 43. & quest. 445. Gutierrez. conf. 38. n. 6. Paz in Prax. tom. 1. part. 1. temp. 8. ex num. 3. & in vltima annotatione de Tabellone num. 34. & 35. Cur. Philip. part. 1. §. 17. num. 35. vbi Dominus. cum plurimis.*

58. Otros dixeron: que si por Ley, o Estatuto se necesitasse determinado numero de testigos para la cóprobacion, y validacion de algun acto, entonces como el determinado numero de testigos es indispensablemente necesario para la existéncia del acto la impugnacion, y contradiccion de vno solo de los instrumentales, seria bastante para hazer vacilar la fe del instrumento. Menoch. *de Arbitr. lib. 2. cas. 105. n. 13. & 15. Cyriac. controu. 289. n. 27. Valasc. conf. 183. n. 43. Giurb. conf. 78. n. 2. cum plurimis. Farin. de Falsit. & simulat. q. 108. num. 13. Dom. Covarr. lib. 2. Var. cap. 13. num. 11. vers. Imò vnus tantum testis.*

59. Y que estas reglas se observen igualmente en los contratos, que en las vltimas voluntades, y testamentos, *ex Text. in leg. 1. §. Si quis negot. ff. quemadmodum testam. aperiant. docent Menoch. dict. cas. 105. num. 13. Surd. conf. 414. post num. 18. cum penè infinitis. Farin. vbi proxim. num. 20. el qual en los num. 21. y 22. defiende, que si dos de los testigos instrumentales, que intervinieron en el testamento, o*

mas,



mas, se impugnassen, y contradixessen, quedaria nulo, y sin efecto. D. Greg. Lop. in leg. 115. tit. 18. part. 3. *Gloss.* 7.

60. Pero en nuestro Reyno fuera de las dichas opiniones se arié de principalmente la decisíon del Texto en la ley 115. tit. 18. part. 3. en la qual se necessita para la opugnacion de el instrumento publico, que depongan contra él todos los testigos instrumentales vniformemente; concurriendo con lo referido, el que el Escriuano ante quié fuena otorgado no sea de buena fama, que los testigos sean de buena opinion, y que el hecho sobre que deponen no sea muy antiguo, ibi: *Pero si el Escriuano no fuesse de buena fama, è los testigos fuessem hombres buenos, è la postura, que dize en la carta ouiesse poco tiempo, que fuesse fecha. Estonce acord. indose todos los testigos de la carta en vno, deben ellos ser creidos, è non el Escriuano;* con cuya decisíon afirma D. Covarr. dict. lib. 2. Var. cap. 13. num. 12. aver cessado las opiniones, que antiguamente huvo en esta materia, ibi: *Nobis satis sit, Regis constitutionibus quibus vi tenemur, communes sententias, quas præcipuè potissimum ex posuimus antiquatas, atque repulsas fuisse: quod discretus, prudens, & doctus Iudex animadvertet.* Porque aviendo clara, y expressa decisíon del Reyno, no se necessita de otro adminiculo para la determinació.

61. Y que en el caso presente concurren todas las circunstancias, que previene dicha ley, se manifiesta de ser cierto, que los tres

testigos instrumentales, que lo son el Lic. Don Francisco de Hervás Presbytero, Alonso Gomez de Aguilera Escriuano Real, y Joseph de Aranda, conestres afirman el hecho acaecido à el tiempo de la lectura de dicha Clausula, y que la manifiesta voluntad de la Testadora fue contraria, y totalmente diversa de la que resulta contenida en la Escritura de dicho Testamento en orden à el legado de la Heredad, y Zumacár, y que desde ella, ni se cótinuò su lectura, ni de las demàs clausulas, que restaban, ni se otorgò, ni firmò ante los referidos; y no pudiendose negar el mucho aprecio, que los tres testigos se merecen, así por la relevante calidad de ser el vno Sacerdote, y el otro Escriuano Real.

62. Como porç su intervencion en el dicho Testaméto, no fue casual, ni solicitada, sino es q̄ asistieron à él por averles llamado, y cóbidado el mismo Juan Francisco Guerrero de la Cueva, eligiendoles entre otras personas, que pudo aver citado para el dicho efecto, como èl mismo lo tiene confessado en declaracion de 27. de Noviembre de 734. (Piez. 1. fol. 59.) ibi: *A quienes el que declara bufco, y pidió asistiessem, por juzgarlos sujetos à proposito para el sigilo de dicho Testamento, que pretendia la Testadora, sin llamar oeros de los muchos que avia, y siempre ay en la Plaza de de Señor San Francisco, donde vivia la susodicha, mayormente en aquella hora, que segun haze memoria, era vna hora despues de la Oracion poco mas, è*

menos. Lo qual solo basta para despreciar quantas scabillaciones se han excogitado contra dichos testigos.

63. Y concurriendo con lo referido, que el Juan Francisco Guerrero no es de la mejor opinion en dicha Ciudad; y que el hecho sobre q̄ deponen los testigos no es antiguo, pues aviendo acaecido el lance en el dia 3. de Octubre de 722. y aviendo sido tan especial el caso, que ocurriò al tiempo de la lectura del dicho Testamento, no es inverosimil el que los testigos se acordassen muy bien 12. años despues, y en el de 734. que fue en el que se admitiò la informacion, notablemente quando en el tiempo intermedio refrieron el mismo lance à diferentes personas, como resulta justificado en el pleyto: se infiere, que conforme à la decisison

de dicha ley deben ser creïdo los dichos, y deposiciones de los tres testigos instrumentales, y no el Escrivano, ni lo que resulta de dicho Testamento.

64. Bien reconoce la Parte del Colegio la eficacia de este fundamento, y que como tan legitimo destruye toda la fee, y autoridad del Testamento, que fue na otorgado por la Doña Mariana, y para evadirse de el, recurre à el esugio de inculcar los quatro requisitos, ò circunstancias, que el mencionado Texto previno debià concurrir, para que las deposiciones de los testigos instrumentales fuesen prevalentes à la fee del Escrivano, y de cada vna quiere deducir vna limitacion contra la pretension de Don Juan de Mesa en este litigio.

## OPOSICION I.

65. **E**S la primera, el que en dicha ley se ordena, que para que ayan de ser creïdos los testigos, y no el Escrivano, este ha de ser persona de no buena fama, porque de lo contrario debe prevalecer la fee de este à la de los testigos, ibi: *Estonce dezimos, que si el Escrivano es ome de buena fama, è fallaren en la nota, que es escrita en el registro, que acuerda con la carta, que debe ser creïdo el Escrivano, è con los testigos, è debe valer la carta. Esto es, porque muchas vezes confesce, q̄ los omes son testigos de pleytos de que no se acuerdan despues. Onde pues que la nota acuerda con la*

*carta, è el Escrivano es ome de buena fama, razon es que sea creïdo. Cà por esso escrivien los omes los pleytos, y las posturas, porque maguer aquellos, que las fazen, è los testigos ante quien fueron fechas no se acordassen de ellas, que aunque por siempre remembranza de como passaron, è en que guisa fueron puestas. Y que siendo Juan Francisco Guerrero de buena opinion, y fama, como lo deponen los testigos examinados en la probanza del Colegio à la 9. pregunta de su interrogatorio, y resulta del testimonio del Cabildo celebrado por el Numero de Escrivanos de dicha Ciudad: parece que*  
por

por esta razon debe prevalecer la autoridad del dicho Escrivano a

las deposiciones de los testigos instrumentales del dicho Testaméto.

## RESPUESTA EN EXCLVSION DE esta primera instancia.

66. **P**ero se satisface facilmente dicha argumentacion por muchos medios. El primero : porque no mereciendo aprecio la generalidad con que los testigos presentados por el Colegio depusieron en orden à legalidad del dicho Juan Guerrero de la Cueva, y desconfiando por esta misma razon de que dichas deposiciones no justificaban en el referido la buena fama, y opinion necesaria, para preponderar à los testigos, se usò de el recurso, de que dicho Escrivano presentasse vn Memorial en el Cabildo, que celebrò el Numero de Escrivanos de dicha Ciudad, en el dia 25. de Julio de el año pasado de 736. (pendiente ya este litigio) en que pretendiò se le diese certificacion de su legalidad, y buen credito: y sin embargo de hallarse Gobernador de dicha Hermandad de Escrivanos Blas Joseph de Burgos, (que es el acompañado, que de pedimento del Colegio se diò al Originario de estos Autos) aviendo concurrido muchos de dichos Escrivanos, y conferido, y dado sus votos en razon de dicha pretension; los mas no solo no votaron, que se diese dicha certificacion; sino es que, ò la denegaron, ò la protestaron, como se reconoce del testimonio de dicho Cabildo, que

se ha presentado por el Colegio. (Piez.4. ex fol. 134.)

67. Pues Gabriel Manuel Amo de Vilches solo afsintió, à que se diese la certificacion pedida, si esta votacion no era de *justicia*, sino es de *gracia*. Matheo Joseph de la Barrera, dixo: que el Juan Francisco Guerrero era buen Cristiano temeroso de Dios, ibi: *Por lo qual, y de estar vsando su oficio, y concurriendo en los casos, y juntas, que se le ofrecen al Numero, es de sentir se le de la certificacion QUE CONVenga, sin que à ninguno de los Compañeros se le perjudique en cosa alguna.* Andrés Antonio Salido concluyò, se diese por entonces este Cabildo, *para poderse informar de todo lo conveniente, mayormente quando no se avia citado para el à otros Escrivanos, que expresa Jnan Gabriel de Bonilla, fue de sentir, que la certificacion pedida no se diese por el Numero, sino es como particulares cada vno, y de lo contrario protestò no le parasse perjuizio, y la nulidad de el Cabildo, y lo pidió por testimonio.* La misma protesta hizo Balthasar Alfonso de Alcazar, Escrivano originario de estos Autos; afirmando, que el Juan Francisco Guerrero frequentaba los Sacramentos, y *exercia su Oficio*; y que ref-

respecto de aver poco mas de dos años, que vivia en dicha Ciudad, pidió à la Cofradia, ibi: *Difera la resolución de dar providencia al memorial, ò que se determine, que cada vno separadamente exponga su sentir sin darlo por el Numero; protestando de lo contrario la nulidad: y lo pidió por testimonio.*

68. Y sin embargo de que algunos de los Escrivanos, y el Governador de la Hermandad fueron de dictamen, que se diese la certificacion, que pedia el Juan Guerrero de la Cueva, fenecido el Cabildo se hizo vna proposicion por el Gabriel Manuel Amo de Vilches, y requirió à dicho Governador, ibi: *No ponga en execucion ninguno de los puntos expuestos, POR LO QUE VARIAN LOS DICTAMENES, y particular por el sentido de si esta votacion es de gracia, ò de justicia, y pide, y suplica à dicho señor Governador, y Cofradia lo consulten con Abogado, y que lo que diese por su parecer lo exponga al Numero, para que se acuerde lo conveniente, sobre lo qual repitió su protesta; y no obstante el dicho Governador mandò llevar à debido efecto lo acordado, y cada vno de los votantes se afirmó en sus dichos.*

69. De que se infiere, que si en vn acto como el expressado, tan solicitado por el Juan Fráncisco Guerrero, y en el q̄ presidia el dicho Blás Joseph de Burgos, tan de la confianza del Colegio, sin aver concurrido otros Escrivanos de el mismo Numero, à quienes acafo estudiosamente se dexò de citar pa-

ra el referido Cabildo, porque no se opusiesen à la pretension de dicho Juan Cuerrero, no logrò vna tan regular, entre Compañeros de vna misma profesion, y Hermandad, como que se le diese la certificacion, que pedia de su legalidad, y antes si hubo la grande contradiccion, que queda expressada; manifestandose claramente del cinphasis con que se reclamò dicha pretension, que el susodicho no tiene tan buena opinion, y credito, como se quiere persuadir de contrario: atendiendo singularmente, à que el Escrivano que mas se esfuerça afirma, que el susodicho es hombre de bien, y frequenta los Sacramentos, y que *exerced su Oficio*, aunque no dizen como, es claro, que contra su buena fama ningun documento podrá manifestarse tan eficaz, como el dicho testimonio, el qual aviendose presentado por el Colegio le obsta plenamente: *Ex Text. in leg. Pluvit. §. fin. ff. de posu. Cap. Cum olim de censib. Pareja de Instrum. Edit. tit. 1. resol. 3. §. 3. num. 47. & 48. Escob. de Pavit. part. 1. quest. 15. §. 2. ex num. 30. D. Salg. in Labyr. part. 2. cap. 6. ex num. 24.*

70. Lo segundo: porque la mala fama, y opinion de el dicho Escrivano, la ha probado esta Parte, con las deposiciones de muchos testigos examinados à la octava pregunta de su Interrogatorio, que afirman las diferentes ilegalidades cometidas por el dicho Escrivano, como lo son Don Juan Lescano, Notario de la Au-

Audiencia Eclesiástica de Jaen, el qual fue oficial de el dicho Juan Guerrero de la Cueva; y via (Piez. 2. fol. 30. B.) que el susodicho, así en Escrituras, como en declaraciones recogió muchas firmas en blanco, y después llenaba los instrumentos, de forma, que en algunas ocasiones por no estar à satisfaccion solia quitar pliegos en Autos, y Escrituras, y trasladar otros à plana, y renglon; y en vna ocasion estando el testigo preso en la Carcel Real de esta Ciudad, fue el dicho Juan Guerrero à que vn preso le firmasse vna declaracion, el qual aviendo la leído, por llevarla estendida, oyò el testigo, que le dixo: no es esso lo que yo he declarado, sobre lo que tuvieron quimera, y el testigo los medio, y compuso se quitara dicha declaracion, y se escribiera de nuevo, y la firmò dicho preso: no haze memoria del tal preso por aver mucho tiempo que sucedió.

71. Y asimismo sabe por averfelo dicho Don Francisco de Medina su vezino, como D. Juan de Medina su primo hermano al tiempo que se fue à Madrid, otorgò su testamento ante el dicho Juan Guerrero, y que tuvieron vn disgusto en razon de vna clausula, en que constaba en ella disposicion, que no avia ordenado dicho Don Juan de Medina.

72. El dicho D. Francisco de Medina dixo: (Piez. 2. fol. 46.) Que aviendo llegado el caso de otorgar su testamento Don Alonso de Medina Clerigo de Menores Ordenes, que ya es difunto, ante el dicho Juan Guerrero de la Cueva, este fue, y lo dispuso en vna minuta, y avendolo llenado en papel sellado, fue, y lo otorgò, y dicho

Don Alonso le dixo à el testigo, fuera, y le pidiera à dicho Juan Guerrero la minuta, que así avia hecho, que queria ver si estava el dicho testamento lleno en la conformidad, que avia dispuesto; y aunque el testigo fue diferentes vezes à que le diera dicha minuta para dicho efecto, no pudo conseguirlo, y no supo si estava, ò no conforme dicha minuta.

73. Y asimismo sabe, que el dicho Juan Guerrero tiene costumbre de otorgar algunas Escrituras de venta de algunas personas, que à estas les llaman retrovendendi, y con las calidades de poner sus plazos, y pagas à diferentes tiempos, y esto lo haze sin pagar las partes el Real Alcabala, que se causa en dichas ventas, y que la vna fue de Doña Maria Pachon, viuda de Francisco Escrivano, que avrà tiempo de 5. à 6. años, y que esto fue sin consentimiento de la susodicha, y que aviendo llegado el caso à: quererle quitar la possession, que avia comprado, y de que recibiera el dinero; no lo consintió, à causa de que no era aquello lo que se avia tratado, sino es de venta perpetuamente: y sabe, que le quitaron dicha possession; lo que sabe por averfelo dicho la referida. Y tambien ha oydo dezir de otras Escrituras de esta calidad, como son vna de vna Huerta de Francisco Simon à la Magdalena.

7. Y à la pregunta nueve contesta la cita del testigo antecedente, (Piez. 2. fol. 47.) ibi: Que en el año passado de 31. ò 32. (à lo que haze memoria) dispuso su testamento Don Juan Manuel de Medina, vezino, y Veintiquatro de esta Ciudad,

para aver de hazer viage à la Corte de Madrid, en el qual hizo diversas disposiciones; y aviendo hecho diferentes llamamientos, al tiempo de estender el testamento en minuta antes de otorgarlo, el dicho Juan Guerrero administrador à dicho Don Juan Manuel, para que al fin de los assi llamados fuesen los bienes al Colegio de la Compañia; lo que dicho Don Juan replicò, que no era su voluntad por ningun motivo aquello: A lo que se hallò presente Don Pedro de Medina Presbytero su primo, à quien se lo ha oyo dezir.

75. Don Juan Pedro Trifitan, vezino, y Mercader de dicha Ciudad, dixo: (Piez. 2. fol. 36.) Que lo que puede dezir es, que teniendo vn pleyto el Colegio de la Compañia con Doña Cathalina Salazar, viuda de D. Joseph Cachiprietò, ante Juan Francisco Guerrero contenido en la pregunta, por el pago del arrendamiento de vna haza, que tenia sembrada la dicha Doña Cathalina de zevada, fue à tomarle vna declaracion dicho Juan Guerrero, de orden de Don Francisco Antecha, Alcalde Mayor que fue de esta Ciudad, y aviendole hecho saber el Auto, y pedimento al testigo, declaró sobre el assumpto lo conveniente, y aviendo de firmar dicha declaracion la leyò el testigo, y hallò diferentes cosas distintas de lo que avia declarado, por cuyo motivo no firmò dicha declaracion; y reconviendole à dicho Guerrero Don Miguel de las Pozas, Don Juan Gonzalez Aguado defuntos, y Don Francisco Castejon con lo que el testigo avia declarado. Respondió irritado: Esta es la que ha de fir-

mar; que para ello pondré yo aqui vn testimonio, y verè al señor Alcalde Mayor; y con efecto se fue dicho Guerrero su firmar el testigo la declaracion.

76. Y à poco rato fue vn Ministro de orden de dicho señor Juez à llamar al testigo, para que fuesse à casa de dicho señor Juez, como con efecto fue; y aviendole visto, y enterado el testigo de lo que avia passado, le mandò à dicho Escrivano quitar aquella declaracion, y estenderla con las mismas voces, que el testigo lo dezia, como con efecto se executò, y entonces la firmò: à cuyo pleyto se remite.

77. Don Joseph Gallego, Maestro mayor de la obra de la Santa Iglesia de dicha Ciudad, dixo: (Piez. 2. fol. 53.) Que avrà tiempo de 4. años à corta diferencia, que le nombraron como tal Maestro para el reconocimiento de vna casa sobre darle luzes, y otras cosas, de que hubo pleyto entre Don Miguel de Herrera, y Juan de Tapia, que pasó ante Juan Guerrero de la Cueva Escrivano, en el qual asistió como acompañado Gabriel de Vilches, Escrivano de este Numero, y aviendo el testigo hecho su reconocimiento, estendió su declaracion en vn papel, para que de aquella forma la pudiesen dichos Escrivanos en dicho pleyto; y aviendo passado à el Oficio del dicho Juan Guerrero à hazer dicha declaracion, aviendole preguntado, dixo el testigo se pudiese en la forma que la llevaba escrita; à lo qual el dicho Juan Guerrero le dixo al testigo, que no se avia de poner, ni querria como lo dezia, lo que dixo en presencia de dicho Gabriel de Vilches, y el

el testigo, discurrió sería el motivo de no querer ponerla así, como la llevaba, por no ir à su satisfaccion, y à favor de otra la parte; à lo q el dicho Gabriel de Vilches le dixo, se pusiesse como lo dezia el testigo, reconviendole das vezes, y el testigo le pidió à dicho Gabriel de Vilches le dixra testimonio, de como el dicho Guerrero no queria poner dicha declaracio como lo dezia, y con efecto en fuerza de las instancias se puso dicha declaracion en la forma que el testigo dixo.

78. Tambien depusieron diferentes testigos à la dicha ocho pregunta, que el dicho Juan Guerrero otorgò el Testamento, y Codicilo de Doña Manuela Romero y Anguita de estado doncella, vezina de dicha Ciudad, que se hallan presentados en los Autos, siendo así que la referida estava demente, y decrepita, y algunos años antes de su fallecimiento por incapaz no recibia los Santos Sacramentos, y sin embargo, de que D. Martin Lope Mexia Presbytero, Cura de la Iglesia Parroquial de San Juan de dicha Ciudad expresa, que poco antes de morir la referida se le administrò el Sacramento de la Extrema-Uncion, y que se le huviera administrado el de la Eucharistia si la enfermedad no huviera sido aploplexia, que la dexò incapaz de poderlo recibir; Manuel de Armenteros Sacristàn Mayor de dicha Iglesia Parroquial, afirma absolutamente, que de mas tiempo de dos años antes de morir no confessaba, ni comulgaba, ni cumplia con los preceptos Eclesias-

14.  
ticos anuales por estar fatua, y que por esta misma razon no recibió los Santos Sacramentos en la vltima enfermedad de que murió.

79. Asimismo se ha presentado testimonio dado por el dicho Juan Guerrero, de Autos que pàran en su Oficio, en los quales aviendo recebido cierta declaracion à Don Diego Amador de Torres Presbytero, la qual la llevò estendida dicho Escrivano, y la firmò sin leerla el susodicho, y despues aviendole recebido la misma declaracion ante el Juez Eclesiastico, se reconociò, que el dicho Juan Guerrero avia puesto en dicha primera declaracion lo que avia querido, y no la verdad, que debia contener dicha deposicion.

80. De todo lo qual se convence notoriamente, no solo la mala fama, y opinion del dicho Escrivano, sino es que publicamente se halla difamado de ilegal, lo qual por si solo es bastante à perjudicar la fee de dicho Testamento de Doña Mariana de Mora, y à hazerlo sospechoso de falsedad; porque como esta es de dificil probança, y basten para fundarlo indicios, conjeturas, y presumpciones. Noguez. *alleg. 26. ex num. 143.* Parej. *de Instrum. Edition. tit. 1. refol. 3. §. 2. num. 27.* Peg. *Resolut. Forens. tom. 2. cap. 19. num. 18.* Dom. Larr. *alleg. 96. num. 2.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 5. præsumpt. 20.* especialmente en juizios civiles, como lo es este. Mascard. *de Probationib. conclus. 739. num. 4.* Dom. Gregor. *Lop. in leg. 11. tit. 4. part. 3. Gloss. 3.*

Barbof. *not.* 68. n. 4. & 7. cū plurim;  
 D. Vel. *dissert.* 38; n. 24. *Vbi quod in  
 civilibus presumpcio falsitatis pro fal-  
 sitate habetur.* Siempre excita vehe-  
 memente indicio contra la fee de el  
 instrumento, el que el Escrivano  
 ante quien suena otorgado sea sos-  
 pechoso, y de no acreditada fee, *ut  
 docent omnes proximè citati.*

81. Para lo qual no es  
 menester, que se aya pronunciado  
 sententia, en que se aya declarado,  
 que el tal Escrivano es falsario, y  
 que ha faltado à la fee publica, sino  
 es que basta el que lo referido se  
 pruebe con deposiciones de testi-  
 gos, que afirmen, que ha solido  
 cometer lo referido. Barbof. *dict.*  
*not.* 68. numer. 39. *ibi: Ad quam  
 suspicionem inducendam non requi-  
 ritur sententia contra Notarium, sed  
 sufficit per testes, & per famam  
 probare illum fuisse solitum ea facere.*  
 Mascard. *de Probat. conclus.* 740.  
*num.* 26. & *conclus.* 1094. *num.* 20.  
 Menoch. *de Præsumpt. lib.* 5. *præ-  
 sumpt.* 20. *num.* 27. Bayard. *ad Jul.  
 Clar. lib.* 5. *Sentent.* 8. *Falsum, num.*  
 256. & 257. *ibi: Item adde, quod si  
 Notarius nondum esset cōdemnatus de  
 falso; sed valde esset suspectus, &  
 difamatus, instrumenta ab eo confecta  
 essent suspecta. Cum plurim. Farin.  
 de Falsit. & simulat. quæst.* 156. *p.* 4.  
*num.* 154. & 155. *Vbi quod non est  
 necesse quod Notarius fuerit condem-  
 natus, seu eius nomen fuerit receptum  
 inter reos, sed sufficit hanc malam fa-  
 mam sic per testes probari: & quod  
 infamia Notarij etiam sine condemna-  
 tione sufficit ad tollendum fidem ins-  
 trumento: quando non agitur de pu-*

*niendo, sed solum de tollendo fidem ins-  
 trumento.* *Surd. conf.* 163. *ess. n.* 21.

82. Es así, que los testi-  
 gos presentados por esta Parte, de-  
 ponen no solo la mala fama de di-  
 cho Escrivano, sino es tambien di-  
 ferentes casos individuales, en que  
 ha faltado à la obligacion de su  
 empleo; sin que por parte del Co-  
 legio se aya probado, ni justificado  
 lo contrario: Luego à todo con-  
 cepto se manifiesta, que en el di-  
 cho Juan Guerreto de la Cueva se  
 halla la qualidad de no bien opi-  
 nado, que estimò la ley, para que  
 prevaleciesen contra el Escrivano  
 las deposiciones de los testigos in-  
 strumentales.

83. Y lo tercero: porque  
 aunque todo lo referido cessasse, y  
 aunque el dicho Escrivano fuessè  
 de la mejor opinion, y fama, y que  
 esta circunstancia se huviesse pro-  
 bado plenissimamente por parte  
 del Colegio; todavia en el caso  
 presente se debe dar mas credito  
 à las deposiciones de los testigos  
 instrumentales, que à la assercion  
 del referido Escrivano; porque  
 fundandose el Texto en la dicha  
 ley 115. *tit.* 18. *part.* 3. en la pre-  
 sumpcion, de que los testigos in-  
 strumentales pueden no acordarse  
 de lo que se escriviò en el instru-  
 mento, por lo qual establece debe  
 ser creïdo el Escrivano de buena  
 fama; y no las deposiciones con-  
 trarias de dichos testigos: *ibi: E-  
 esto es, porque muchas vezes confesse,  
 que los omes son testigos de pleytos de  
 que no se acuerdan despues: onde pues  
 que la nota acuerda con la carta, el*



*Escrivano es ome de buena fama; razon es que sea creído.* Es claro, que acordándose como de hecho se acuerdan los tres testigos del dicho testamento, y aun algunos mas, del verdadero hecho, que acaeció al tiempo de su otorgamiento, cessa por configuiente toda la decision de dicho Texto: porque siempre que la ley se funda en presumpcion, faltando esta, falta tambien la decision de la ley. Anton. Gom. in leg. 3. Taur. num. 4. & 124. Carlev. de iudic. tit. 3. d. spm. 8. sect. 5. num. 75. Doim. Vel. dissert. 37. num. 10. Dom. Covarr. in cap. Cum esses 10. de test. am. num. 16. y es opinion de quatro Theologos los mas célebres de la Compañia de Jesus, P. Francisc. Suar. de Legib. lib. 3. cap. 23. P. Salas de Legib. disp. 10. sect. 4. num. 18. P. Gabriel. Vazq. 1. 2. tom. 2. disput. 163. cap. 2. num. 8. P. Molin. de iust. & iur. tract. 2. disp. 404. num. 9.

84. Y por esta misma razon defiende Dom. Gregor. Lop. in dict. leg. 115. Gloss. 7. que sin embargo de que el Escrivano sea per-

sona de la mejor opinion, y fama, siempre queda en el arbitrio del señor Juez dar mas fee, y autoridad à los testigos instrumentales, si cessa la presumpcion del olvido, que es en la que se funda dicha ley, ibi: *Intellige etiã quod per dispositionẽ huius legis, non existimo totaliter tolli iudicis arbitrium, quin possit ipse attendere legalitate, & bona fama testium deponentium contra instrumentum, & alijs circumstantis facti, detrabere fidei instrumenti, QUANTUMCUMQUE BENE FAMATUS SIT TABELLIO, ET VOCE VIVA ATTESTETUR PRO EO: quia lex ista se fidat in presumptione obliobionis in testibus: unde si ex alijs presumptionibus, & coniecturis ista tolleretur, non haberet locum huius legis dispositio: quia presumpcio recipit probationem in contrariũ per aliam presumptionem. Gloss. notabilis in cap. Dixit Dominus 32. quæst. 1. Bald. in cap. 1. in princip. colum. 5. quib. mod. feud. amit. Leg. Cum de in debito, ff. de probar. L. Divus, ff. de in integr. restit. L. 1. cum ibi notatis, C. ad leg. Corneli. de scar.*

## OPOSICION II.

85. **L**A segunda limitacion se pretende fundar, en que la dicha ley apetece, que los testigos sean hombres buenos, ibi: *Es los testigos fueffen omes buenos:* Es assi, (dize la parte del Colegio) que los tres instrumentales del dicho Testamento no lo son, y antes si contienen diferentes defectos: Luego en el caso presente no debẽ

prevalecer à la fee del Escrivano, y debe se creído este, y no dichos testigos. La prueba de la menor la funda la parte del Colegio, de lo que resulta de sus probanças à la 10. y 11. preguntas, en que articulò, que el Alonso Gomez de Aguilera tiene mucha ligereza, y poca estabilidad en sus palabras, y que por su demasiada inclinacion al

vino, se suele perturbar de forma, que no se acuerda lo que pasó de un día à otro en las diligencias judiciales, que se le encarga; y que la misma ligereza, y afición al vino, se observa en Joseph de Aranda; y que Don Francisco Hervás, Clerigo Presbytero, contra la obligación de su estado, tiene facilidad de

murmurar de personas de todas esferas, y que tiene odio, y enemistad con Juan Guerrero de la Cueva: Sobre cuyos particulates depone los testigos con la variedad, que se dirá despues; pero que todo este concepto en nada perjudique à la fée, y autoridad de dichos testigos, se manifiesta en la siguiente

## RESPUESTA EN EXCLUSION DE esta segunda instancia.

86. **A** Ntes de satisfacer à la objeccion antecedente, se haze preciso manifestar la contradiccion, y repugnancia con que en ella se embuelve la parte del Colegio; porque si Juan Guerrero de la Cueva, como de contrario se quiere suponer, es hombre tan buen christiano, tan legal, y de conciencia tan arreglada; que apenas encuentran voces suficientes para ponderarlo los testigos presentados por parte del Colegio, aviendo buscado el mismo à su arbitrio à los tres testigos instrumentales, y eligidos entre otros muchos, que pudo llamar à este fin, como lo tiene declarado *suprà* num. 62. no es verosimil, ni creible, que huviesse solicitado para el dicho efecto à tres hombres de tan estragada vida, y costumbres, como agora los quiere persuadir el Colegio, figurando en los dos seculares dos hombres tan llevados del vicio de la embriaguez, que no fuesen capaces de razon, y memoria, y en el Eclesiastico un Aristarco mur-

murador, y enemigo capital de dicho Escrivano.

87. Porque aviendo usado el Juan Guerrero de la Cueva de los dichos testigos instrumentales, aviendolos buscado, y aun elegido entre muchos, para que asistiessen al referido Testamento, por el mismo hecho fue visto aprobar sus personas, como capaces para el dicho ministerio; y mediante dicha aprobacion, no puede oy tacharlos, ni impugnarlos, sino es que justificasse con pruebas evidentes, que todos tres eran sus enemigos capitales. *L. Siquis 17. C. de testib. ibi: Siquis testibus vsus fuerit, idemque testes adversus eum in alia lite producantur, non licebit ei personas eorum excipere, nisi ostenderit inimicitias inter se, & illos postea emerfisse, ex quibus testes repelli leges precipiunt.* Cap. Si quis testibus 3. *quest. 3. L. 20. in fin. ff. de optione legat. Menoch. conf. 23. num. 1. Sard. conf. 60. num. 12. & 13. Duñ. in lectis comm. liter. A. num. 291.* Y es la razon, porque lo que vna vez se apro-

aprobó no se puede reprobár des-  
pues. *L. Pomponius, ff. de neg. gest.*  
*Giurb. decis. 24. num. 29. P. Sanch.*  
*de Matrim. lib. 9. disput. 6. num. 9.*  
*Gratian. Discept. Forens. tom. 5. cap.*  
*941. num. 20.*

88. De que se infiere, que  
si el Juan Guerrero les buscó con  
los mencionados defectos, no es  
el susodicho de tan buena fee, ni  
de tan arreglada conciencia como  
se afirma de contrario, pues llevò  
vnos testigos incapazes de poderlo  
ser en dicho testamento: y si no los  
contenian? porque el mismo los  
folicitó, ò este no ha de ser creído  
en la deposicion, que haze en la  
probança del Colegio, en que de-  
clara conforme à lo articulado en  
dichas preguntas 10. y 11. ò si se  
aprueba la persona del dicho Es-  
crivano, por el mismo hecho es  
preciso aprobar la eleccion, que  
hizo de los dichos testigos instru-  
mentales.

89. Pero además de lo re-  
ferido se excluye todo el concepto  
del Colegio en este assumpto por  
muchos fundamentos. El primero,  
porque aunque algunos Autores  
afirmaron, que los testigos que im-  
pugnassen el instrumento, debian  
ser mayores de toda excepcion; como  
esta qualidad solo se halla en aque-  
llos *quibus nihil prorsus potest opponi,*  
*& superant etiam omnem frivolam*  
*exceptionem, & undique sunt in vul-*  
*nerabilis;* es cierto, que apenas po-  
drà encontrarse testigo alguno,  
que contenga todas las dichas cir-  
cunstancias, por lo que exclama  
*D. Math. de Re Crim. controvers. 2.*

*num. 25. & contror. 28. num. 14. cum*  
*Sapient. Quis est hic, & laudavimus*  
*eum?* Y así solo se debe estar à la  
calidad, que la ley apetece, ibi: *E*  
*los testigos fuessen omes buenos.* Lo  
qual nada importa mas, que el que  
secan idoneos, aunque se pueda opo-  
ner alguna cosa contra ellos, y  
aunque no puedan superar toda  
frivola excepcion, que se les quiera  
oponer. *Narbon. in leg. 82. tit. 5.*  
*lib. 2. Recop. Gloss. 2. num. 56. & 57.*  
*Escobar de Purit. 1. part. quest. 6. §.*  
*5. n. 106. ibi: Tum etiam quia qua-*  
*litas idoneitatis, & maioritas omni*  
*exceptione plurimum diferunt, ex Fa-*  
*rim. dict. quest. 62. num. 3. & quando*  
*idoneitas requiritur non plus exposcit*  
*res quam ius commune.*

90. Y como todo testigo  
se presume siempre idoneo. *P. Mo-*  
*lin. de iustit. & Jur. disput. 134.*  
*vers. In dispositionibus. Fagnan. in*  
*cap. Cum esses de testament. num. 34.*  
*Menoch. de Presumpt. lib. 6. pre-*  
*sumpt. 92. num. 9. Garc. de Benef.*  
*part. 6. cap. 2. num. 244. & part. 12.*  
*cap. 2. num. 136.* algunos fueron de  
opinion, que sin embargo de que  
por ley, ò constitucion se necesite  
el que los testigos, que ayan de  
concurrir à algun acto, fuessen  
idoneos, no es preciso probar es-  
pecificamente esta qualidad, por-  
que basta la presumpcion de De-  
recho, que està en favor del testi-  
go. *Dom. Covarr. ad tit. de Testa-*  
*ment. cap. 11. num. 9. y 10. vbi Or-*  
*teg. cum plurim. num. 12. Escob. de*  
*Purit. part. 1. quest. 8. §. 2. num. 30.*  
*& 31.*

91. Pero otros afirmaron,  
que

que siempre que la ley apetebiesse en el testigo la qualidad de idoneidad, debia articularse, y probarse esta específicamente. Bobadill. lib. 5. Polyt. cap. 1. num. 22. D. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 6. num. 30. vbi Addent. cuyas opiniones reducen otros à concordia, distinguiendo casos, y especies, vt sunt Narbon. ad leg. 31. tit. 7. lib. 1. Recop. Gloss. 16. ex num. 20. & in leg. 82. tit. 5. lib. 2. Gloss. 2. ex num. 37. Escob. de Purit. quæst. 6. §. 5. part. 1. ex n. 103. & quæst. 10. §. 4. ex num. 31. Flor. Diaz de Men. lib. 1. quæst. 4. ex num. 19. Pero en el presente parece mejor la distincion, de que vsa Dom. Gregor. Lop. in leg. 117. tit. 18. part. 3. Gloss. 2. en la qual se expresa, que el instrumento publico se puede impugnar por quatro testigos hombres buenos, y leales, cuya calidad afirma el señor Gregorio Lopez se debe articular, y probar, por quanto los testigos de que trata este Texto, no son los instrumentales, sino es otros no escriptos en el instrumento, ibi: *Vnde consilium est, quod fiat articulus de idoneitate, & legalitate testium :::: & adverte, quia loquitur ista lex cum contradicitur instrumento per testes in eo non descriptos; si vero contradiceretur ei per testes descriptos vide leg. 115. supra eod.*

92. Pero sin embargo de todo lo referido, esta Parte ha articulado, y probado con crecido numero de testigos à las preguntas 17. y 18. de su Interrogatorio, la idoneidad de dichos testigos instrumentales, asì por lo respec-

tivo al Alonso Gomez de Aguilera, y Joseph de Aranda, que son hombres arreglados, ocupados siempre en sus empleos, sin que jamás se les aya notado, ni advertido falta de razon por embriaguez, ni por otro defecto alguno; y que el Don Francisco de Herbàs Presbytero, es vn Ecclesiastico de notoria virtud, y prendas, muy modesto en sus palabras, y acciones, sin que jamás se le aya oydo murmurar de persona alguna, y antes si, si alguno ha murmurado en su presencia, le ha reprehendido caritativamente, siendo en todo sugeto muy exemplar.

93. Tambien se articulò por esta Parte à la pregunta 10. de su Interrogatorio, q los dichos tres testigos instrumentales antes, y despues del lance del otorgamiento de dicho Testamento, son, y fueron buenos christianos, temerosos de Dios, y de su conciencia, que han cumplido siempre cada vno con la obligacion de su empleo, portandole con la mayor verdad, y legalidad en quanto les ha ocurrido. Que además de la recomendacion, que Don Francisco de Herbàs tiene por Sacerdote, se le han conferido por el Dean, y Cabildo de la Santa Iglesia de dicha Ciudad algunas conveniencias, y se le han encargado dependencias de grãve importancia, que ha desempeñado à toda satisfaccion. Que el Alonso Gomez de Aguilera, además de su Oficio de Escriuano, ha tenido à su cuydado muchas dependencias, y negocios de vezinos par-

particulares, y Comunidades, y entre ellas la administracion, y cobro de los bienes, y caudal de el Convento, y Monjas de Señora Santa Clara el Real de dicha Ciudad, y la agencia de sus pleytos, y negocios. Y que lo mismo succede con el Joseph de Aranda Maestro de Salitre.

94. A la qual deponen contestes su contenido de vista, trato, y conocimiento proprio 18. testigos vezinos de dicha Ciudad, los mas de ellos personas de distincion, como lo son Don Manuel Sanchez Pinilla Jurado, Don Joseph Benito Callejon y Pozo Veintiquatro, Don Juan de Lescano, Notario de la Audiencia Eclesiastica, Don Fernando Soto Davila, Don Juan Gabriel de Bonilla Escrivano del Numero, D. Manuel Geronimo Delgado Escrivano Mayor de Cabildo, Don Francisco de Medina, Don Luis Solis Contador de su Magestad, Don Andrés Santos de la Torre Presbytero, Prebendado de la Santa Iglesia Cathedral, y otras personas de esta esfera, los que vniformemente concuerdan el contenido de dicha pregunta.

95. Y aun para mayor justificacion se ha presentado certificacion dada por la Abadesa, y Monjas de dicho Convento de Santa Clara, en que afirman (Piez. 4. fol. 1.) que desde el año pasado de 726. el dicho Alonso Gomez de Aguilera ha sido, y es Agente cobrador de las rentas, y caudal de dicho Convento; que consiste en

grueffas cantidades de dinero, y granos; y que asimismo ha estado à su encargo la agencia de los pleytos, y que en vno, y otro se ha portado siempre con la mayor verdad, fidelidad, y desinteresse, desempeñando su obligacion, y la confianza, que de él se ha hecho, en tanto grado, que su buen obrar les avia obligado, y obligaba à conservarles en el manejo de dichas cobranzas, y negocios, ibi: *En los quales siempre hemos advertido, y conociendo muy puntual, y prudente, caminando con todo conocimiento, y reflexion, sin aver jamás notado en el susodicho descuydos, y omisiones, ò ser fulto de memoria, ni menos el que aya perdido la razon por embriagar se, sin embargo de la frecuencia, que ha tenido, y tiene en este Real Convento, sus Locutorios, y Contaduria; siendo constante, que si el dicho Don Alonso Gomez de Aguilera, padeciera dichos defectos, ò alguno de ellos, no le buvieramos consentido, ni consuntieramos en negocios, y dependencias de tanta importancia. Y està firmada de la Abadesa, y de otras diez Monjas en 2. de Mayo de 736.*

96. Y asimismo se ha presentado certificacion dada por D. Francisco Rodriguez del Campal, Notario, Secretario del Dean, y Cabildo de la Santa Iglesia Cathedral de dicha Ciudad en el mismo dia, mes, y año, en que afirma, (Piez. 4. fol. 2.) que el Lic. D. Francisco de Herbàs Presbytero, Esclavo del Santissimo Sacramento, y Maytinero de dicha Santa Iglesia, ha servido en ella mas tiempo de

24. años; y en el discurso de ellos se le han hecho por el Cabildo algunos encargos, y puesto à su cuidado la administracion de diferentes haciendas de Capellanias, y la de la Cofradia del Dulce Nombre de Jesus, ibi: *Y de todas ellas ha dado buena cuenta, y razon, procediendo con la mayor verdad, legalidad, è integridad correspondiente à su persona, y estado Sacerdotal à satisfaccion de los dichos Señores Dean, y Cabildo, por cuya razon, y la que ha tenido de su obrar, y buen proceder en los encargos referidos, y otros que han puesto à su cuidado; ha servido tambien el empleo de Solicitador, por enfermedad, ò ausencia del Lic: Don Estevan Dominguez; y últimamente oy dia de la fecha le nombraron al dicho Don Francisco de Herbàs por Administrador de los bienes, y predios de la Capellania, que en esta Santa Iglesia fundò Juan de Ribera.*

97. Y concurriendo con todo lo referido, que la recomendacion de la Dignidad Sacerdotal, que obtiene el dicho Don Francisco Herbàs, haze su deposicion tan apreciable, que en el Derecho se estima por las declaraciones de dos testigos. *Gloss. in cap. Monachus 77. distinct. Menoch. cons. 92. num. 89. Capic. Larr. decis. 12. num. 14. cum plurim. Virceol. Consult. Forens. cap. 88. num. 19. Mascard. de Probat. conclus. 306. Sabell. in Summ. tom. 1. §. Clericus 18. num. 50. verf. Quod testimonium.* Es cierto no ay motivo de dudar de la certeza de lo que tiene depuesto en este litigio. Sucediendo lo mismo en quanto al

dicho Alonso Gomez de Aguilera; porque siendo como es Escribano, equivale por esta causa su deposicion à la de dos testigos. *Cap. Quoniam contra, de probat. Cap. Cum parati 19. de appellationib. Matienz. in leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. Gloss. 3. num. 6. & Gloss. 7. num. 3. & in leg. 2. sequenti, Gloss. 4. num. 5. Dom. Covarr. in cap. Cum esses de Testam. num. 2. Escaño de Testament. cap. 23. num. 6.*

98. Mayormente quando, como acontece en el presente caso (en que se trata de probar la certeza, ò incertidumbre del dicho Testamento, por la Escritura en que suena otorgado) el dicho Alóto Gomez no concurre como Escribano ante quien se otorgò, sino es como testigo instrumental, que asistió à èl, por lo que no es dudable equivale su deposicion à la de dos testigos. *Mascard. de Probat. concl. 1358. num. 55. Marra de success. leg. al. tom. 2. part. 4. quest. 2. artic. 1. num. 7. & 8. Azeved. in leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. num. 30. Menoch. de Arbitr. lib. 2. centur. 2. cas. 105. num. 39. Flor. Diaz de Men. Variar. lib. 1. quest. 1. num. 18. & 78. cum alijs. Escaño. vbi prox. n. 8.*

99. Lo segundo: porque los defectos, que se han querido imputar por el Colegio à los dichos testigos instrumentales son inciertos, y no los convencen las deposiciones de los testigos presentados de contrario; pues reduciendose los opuestos à los dichos Alonso Gomez de Aguilera, y Joseph de Aranda, à que se embriagan frecuen-

quensamente, y que por esta causa carecen de razon, y memoria, y que el dicho Aguilera es ilegal en su oficio. Reconocida la probanza del Colegio, solo deponen en este particular diferentes testigos, de los quales Don Sebastian Francisco de Medina solo dize, (Piez. 2. fol. 203.) que el dicho Aguilera le hizo vna citacion de remate sin averle visto, y que despues la hallò puesta en los Autos, y que le consta, que està viciado en el vino, y nada dize del Joseph de Aranda. Doña Maria Juana, muger del testigo antecedente, dize lo mismo de oydas, y tampoco dize cosa alguna del dicho Joseph de Aranda. (Piez. 2. fol. 204. B.) Don Juan de Medina solo dize, que el dicho Aguilera en vnos Autos executivos, que se siguieron contra este testigo, practicò vnas diligencias de embargos en dia de Fiesta, y despues las hallò puestas en dia de trabajo anticipada la fecha; y en quanto à lo demàs que contiene la pregunta, no puede dezir cosa alguna. (Piez. 2. fol. 208.)

100. Don Melchor Calanchó dixo (Piez. 2. fol. 210.) sabe la mucha inclinacion, que el Aguilera tiene al vino, y le ha visto algo perturbado en ocasiones; y por lo q̄ toca à Joseph de Aranda le ha visto varias vezes salir del puesto de Aguardiente; pero nunca le ha visto fuerade juicio. Don Diego Domesola solo sabe, que Aguilera con facilidad se olvida de las diligencias, que practica, que tiene aficion al vino, y Joseph de Aranda al aguar-

diente, y que à este le ha visto en vna ocasion llevarlo de vn brazo à su casa, por ir perturbado de la cabeza. Francisco Navarrete sabe, que Aguilera, y Aranda tienen alguna inclinacion al vino, aunque no ha visto beber à Aguilera (Piez. 2. fol. 213.) pero si ha visto beber al Aranda de todos licores, y en funcion lo ha visto beber muy bien, y ponerse algo alentado, aunque no lo ha visto falto de sentido; y que ajultando vna quenta de ropa, que avia cosido, dixo, era falto de memoria. Otros testigos afirman aver visto borrachos à los referidos, y fuera de sentido en diferentes ocasiones que expresan, y otros solo lo afirman de oydas.

101. Pero la temeridad de vnos, y otros, y la notoria contemplacion, con que han de puesto en este assunto, faltando à la verdad, se manifiesta de la justificacion, y probanza hecha por esta Parte con tãto numero de testigos, sugetos todos de mayor excepcion, y asimismo de la certificacion, que queda referida en orden al dicho Aguilera. Sin que sean de aprecio los reparos, que se han querido oponer à la legalidad de este, suponiendo que hizo citaciones, y las escriviò sin averlas practicado, porque como en este particular no ay mas justificacion, que el dezirlo dichos testigos, se hà de estar à la diligencia judicial, que se halla escrita en Autos, y se hà de creer al Escrivano, q̄ dà fee de averla executado; por lo que en Autos judiciales no necessita el Escriva-

no poner testigos instrumetales en las diligencias que executá. Dom. Valenz. Velázq. *conf.* 26. *num.* 14. & *conf.* 33. *num.* 195. Dom. Salg. de Retent. *Bull. part.* 2. *cap.* 30. §. 4. à *num.* 16. *cum plurim.* D. Matth. de Re Crimin. *controv.* 28. *num.* 58. & 59.

102. Ni obsta à lo referido el testimonio presentado por el Colegio, de que aviendole encargado al dicho Aguilera hiziesse cierta notificacion al Cabildo Eclesiastico, se hallò puesta en dia en que no se celebrò Cabildo; porque esto se evaqua con la declaracion, que hizo el mismo, (Piez. 2. fol. 227) en que afirmó, que no hallandose con vestido decente para entrar en el Cabildo à hazer dicha notificacion, entregò los Autos al Secretario para que la hiziesse, y pudiesse la notificacion, como lo executò, y aviendose los buelto los llevó à el Oficio de Blás Joseph de Burgos, para que estendiesse la diligencia, y este mandò à Juan de Poveda su oficial lo hiziesse, y avièdo pasado el Aguilera à vnas diligencias fuera de Jaen, à la buelta firmò la referida en la forma que estava. Además de q̄ nada de lo expressado conduce à disminuir la fee de este testigo, en quanto à la deposicion de lo acaecido en el Testamento de Doña Mariana de Mora.

103. Y en quanto à el D. Francisco de Herbás, siendo el principal reparo, que se le opone, el dezir, tiene enemistad con Juan Francisco Guerrero de la Cueva,

por razon de vn pleyto, que tuvo en su Oficio, sobre que tambien deponen diferentes testigos à la Pregunta 11. del Interrogatorio de el Colegio; porque además de que, aunque el dicho Don Fráncisco huviesse tenido alguna defazon por razon de dicho litigio, siendo como es Sacerdote, y celebrando el Santo Sacrificio de la Milla todos los dias, no es presumible, que conserve odio, y enemistad con el susodicho, y antes si se debe presumir reconciliado.

104. Escierto, que aunque cessasse lo referido, la enemistad que se alega no es capital, ni de aquella naturaleza, que puede impedir al dicho Don Francisco certificar contra el expressado Juan Guerrero de la Cueva, mayormente en vna materia civil como lo es esta; en la qual no basta qualquiera enemistad para repeler al testigo, sino es que debe ser gravissima, y capital, y de aquella especie, que enuncia la ley 22. tit. 16. part. 3. ibi: *Et por ende defendemos, que ningun ome, que sea omiciado con otro de gran enemistad, que no pueda ser testigo contra el en ningun pleyto, si la enemistad fuere de pariente, que le aya muerto, ò que si aya trabajado de matar à el mismo, ò se le oviesse acusado, ò infamado sobre tal cosa, que si le fuera probado oviera de recibir muerte por ello, ò perdimiento de miembro, &c.* L. 6. tit. 33. part. 7. ibi:

105. *Et por qualquiera de estas razones, que ome sea enemigo de otro, è testimoniare contra el, puede desfechar su testimonio, mas los otros, que*



que son sus mal querientes, por alguna otra razon no los podria assi desfechar.

Dom. Greg. Lop. in dict. leg. 22. tit. 6. part. 3. Gloss. 2. ibi: *Nam pro levi inimicitia non praesumitur quis dejerare.* Mascard. de Probat. conclus. 899. & 1049. Menoch. de Praesumpt. lib. 3. praesumpt. 37. ex n. 26. Ant. Gom. lib. 3. Var. cap. 12. n. 14. vbi cum Gutierrez. Farin. P. Sanch. Dom. Larr. & plurim. Ayll. num. 15. Sabell. in Summ. §. Inimicitia, num. 4. ibi: *In civilibus tamen debet esse capitalis, & gravis.* D. Matth. de Re Crim. controv. 76. num. 20. ibi: *Sed non sufficit dicere testem inimicum esse, sed probare cum causa gravi ex odio privato.* Todo lo qual falta en el caso presente, manifestandose, que la vociferada enemistad de el dicho Don Francisco con el Juan Guerrero, ha sido solo excogitado pretexto para opugnar la fee de este testigo; y siendo como es la causa, que para lo referido se enuncia puramente afectada, y fraudulenta, se debe despreciar a todo concepto, vt cum plurimis docet Escobar de Purit. part. 1. quæst. 12. §. 1. num. 27. y 28.

106. Y dexa sin duda todo lo referido, el que sin embargo de que los testigos presentados por parte del Colegio en su probança, deponen la enemistad de dicho D. Francisco con el Juan Guerrero, motivandola en el pleyto, que en el Oficio de este siguió contra D. Christoval de Mendieta, el dicho Escrivano, ni en las muchas declaraciones que ha hecho en Autos, ni en la deposicion que hizo en la

probanza del Colegio (Piez. 2. fol. 201. B.) dize cosa alguna de dicha enemistad; argumento evidente de que no la ay, pues de otra forma no huviera omitido esta circunstancia, quien siempre ha de puesto en favor del Colegio, y para esculpar su hecho proprio; por lo que dichos testigos no merecen fee, ni aprecio alguno, como referentes todos al hecho de dicho Escrivano, el qual nada depone en orden a dicha referencia. *L. Affetoto, ff. de heredib. instit. Perg. de Fideicommiss. artic. 16. num. 111. Vbi quod depositio referens ampliatur, & limitatur ad terminos relatæ depositio- nis.* Noguier. allegat. 20. num. 113. & 114.

107. Meteciendo igual desprecio el otro medio, que se ha excogitado contra el referido de dezir, que es murmurador; porque además, de que esto nada conduce para la especie de este pleyto, y que se halla convencido con la declaracion de Don Francisco Antonio Lombardo Presbytero, presentado por el Colegio, que afirma (Piez. 2. fol. 258. B.) ibi: *No sabe tenga el defecto de censurar, y murmurar, que se le atribuye, ni jamás le ha oydo dezir mal de persona alguna.* Cuya deposicion prueba plenamente contra producentem. Gratiano Discept. Forens. cap. 552. num. 9. & cap. 967. num. 15. & cap. 625. n. 8. cum plurim. Sabell. in Summ. §. Testes, num. 28. Es cierto, que todo lo excogitado contra este Eclesiastico, no es otra cosa, que vna manifesta calumnia, queriendo por me-

dio de ellas disminuir la fee, y autoridad, que su deposicion merece, y lograr con dichas imposturas acreditar la fee del Testamento, y del Escrivano.

108. Mayormente quando para excluir al testigo por criminoso debe ser su delito notorio, y manifesto, y aun tambien que aya precedido sentencia contra el. *L. 3. §. Lege Julia, ff. de testib. Farin. de Testib. q. 56. n. 129. & 226. Mascard. cnoclus. 65. num. 7. in fin. vers. Intellige tamen, cum plurim. Gratian. Discept. Forens. tom. 3. cap. 468. num. 21. & 22.* Lo que no se encuentra, ni en el dicho Don Fran-

cisco, ni en los dos seculares Aguilera, y Aranda, los quales siendo como son los testigos instrumentales del testamento en que se funda el Colegio, no los puede impugnar. *Card. Thusc. lit. T. conclus. 288. Menoch. de Arbitr. cas. 105. num. 6. Gratian. Discept. Forens. cap. 586. num. 36. cum alijs Sabell. in Samin. §. Testes, num. 30.* porque de dicha contradiccion, y de ser cierto, que los referidos contienen los defectos que se les oponen; por el mismo hecho se debe declarar nulo el dicho Testamento, como otorgado ante tres testigos incapaces de poderlo ser.

### OPOSICION III.

109. **E**sta se funda en la otra calidad, que se apetece por la Ley de Partida, para que se aya de creer a los testigos, y no al Escrivano: Scilicet, q̄ el hecho sobre que deponen no sea muy antiguo, ibi: *Es la postura que dize en la carta oviesse poco tiempo que fue fecha.* Y como desde el dia 3. de Octubre de 722. en que suena otorgado

dicho Testamento hasta el dia 11. de Septiembre de 734. en que hizieron sus deposiciones los dichos testigos instrumentales, passaron 11. años, 11. meses, y 7. dias: Parece es clara la limitacion de dicho Texto en el caso presente; porque en el decurso de tanto tiempo no es verosimil se acuerden los referidos de lo que afirman.

### RESPUESTA EN EXCLVSION DE esta tercera instancia.

110. **P**ero se excluye facilmente: Lo primero, porque el tiempo, que passò desde el otorgamiento de dicho Testamento, hasta las deposiciones de dichos testigos, ni estan excessivo, ni tan dilatado, que commodamente no se pudiesen acordar de

lo que acaeció en dicho lance; pues respecto de los testigos, solo se dize tiempo antiguo, el que toca en 60. años, para q̄ pueda existir alguna presumpció, de q̄ no se acuerdá de lo q̄ acaeciden tá dilatado transcurso. *Garc. de Benef. 5. part. cap. 9. num. 91. & part. 12. cap. 2. n. 262.*

*Farin. in Prax. Crim. part. 1. q. 47. num. 16. in fin. & de Testib. q. 69. num. 145. Barbol. de Potest. Episcop. 3. part. alleg. 62. num. 55. in fin. & alleg. 72. num. 38. Parcj. de Instrum. Edic. tit. 7. resol. 9. sub num. 68. cum plurim. Escob. de Purit. 1. part. q. 10. §. 3. num. 18. & quest. 15. §. 3. n. 51. la qual está muy lexos del caso de lo presente controversia, así por el corto tiempo de dichos 11. años, 11. meses, y 7. dias, como porque aviendo sido tan especial, y circunstanciado el caso, que aconteció à el tiempo del dicho otorgamiento, no es de admirar lo huviesen conservado en la memoria, en la qual es muy vulgar tenerse con mayor teson los casos memorables, y singulares. Gratian. Discept. Forens. tom. 3. cap. 468. num. 26. ibi: Et regulariter testes probant, quando applicant memoriam ad aliquod factum memorabile.*

111. Y lo segundo: porque la razon en que se funda el dicho Texto, para que el tiempo que aya pasado desde el caso hasta la deposicion no sea excelsivo, es solo la presumpcion del olvido en los testigos; y faltando esta, como de hecho falta en el caso de este pleyto, cessa por configuiente la decission de esta ley en quanto à esta circunstancia, como queda fundado *suprà num. 83. & 84.* mayormente quando en los dichos 11. años refirieron el mismo lance à otras muchas personas; pues además de lo que resulta de la informacion hecha de pedimento de esta Parte en el año pasado de 735. *suprà num. 25.* depuso tam-

bien à la segunda pregunta de el Interrogatorio de esta Parte Don Juan Lescano, Notario de la Audiencia Eclesiastica de Jaen, (Piez. 2. fol. 29.) que aviendo muerto D. Juan Perez Lescano su Padre en el dia 2. ò 3. de Octubre de el dicho año de 722. pasó à darle el pefame Alonso Gomez de Aguilera, y aviédo hablado de diferentes cosas, ibi: *Le preguntò, què era aquello, que se dezia sobre el Testamèto de Doña Mariana de Mora? A que le respondiò à el testigo el dicho Don Alonso.*

112. *Que yendo por la Plaza de San Francisco, salio à èl Juan Guerrero de la Cueva, Escrivano del Numero de esta Ciudad, y le dixo: que si le queria hazerle merced de ir à servir de testigo juntamente con D. Francisco de Hervàs Presbytero, y Joseph de Aranda, quien asimismo iban à servir de lo mismo, y que con efecto avian ido; y que aviendo entrado en la sala donde estava la enferma, avia dicho Guerrero echado de dicha sala las personas de la casa, que en ella avia; y que aviendose quedado solos, pasó à la otorgacion, y aviendo leído todo el Testamento desde el principio aceleradamente, llegó à una Clausula de èl, que dezia, que una Viña, y Zumacar proprio de la otorgante, se la dexaba en usufructo à Doña Josepha de Escobar, muger de Don Gabriel de Alfaro, y despues de sus dias la dexaba en propiedad à el Colegio de la Còpañia de Jesus de esta Ciudad, con lo qual la dicha Doña Mariana de Mora diò un bufido, y se rodèò hazia la pared, y que entonces le dixo à dicho Guerrero, que fuera de espacio, y dicho*

*Guer-*

Guerrero le dixo, que si era el de Escrivano, ante quien se otorgaba el Testamento à A. que le replico; soy testigo instrumental, y es preciso sepa yo la voluntad de la otorgante; con lo qual se arrimò à la cama, y le dixo: Señora, es esso lo que V. md. ha mandado? Y que la referida se rodeo, y dixo: No es esso lo que yo mando, sino es que despues de los dias de Josephba, vaya dicha Viña, y Zumacar en propiedad à Juanico de Messa; y que entonces le dixo à Guerrero: Esta vsted contento, las cosas se hazen en conciencia, y no en perjuizio de nadie?

113. El dicho Guerrero se acelerò, y dixo: que avria mudado de dictamen; y que se quedò el Testamento en aquel estado sin averse otorgado, con lo qual se fue el dicho Aguilera, y los demás testigos, y dicho Guerrero, el que pidió dineros para dos pliegos de papel para hazerlo nuevamente, y que le avian dado dos de plata, y se fueron todos; y sabe el testigo, que el dia siguiente temprano murio la dicha Doña Mariana de Mora, y no sabe el testigo hiziesse otro Testamento. Y à la quarta pregunta del Interrogatorio de esta Parte deponen aver oydo lo mismo Juan Martinez à los dichos de Aguilera, y Aranda; Micaela Francisca à Antonio Bernabè Virtudes; Andrés de Estremera à Doña Josephba de Escobar, y à Aguilera; Juan Ambrosio Diaz à la dicha Doña Josephba de Escobar, y à la familia de la casa de Doña Mariana de Mora; y D. Fernando de Soto à muchas personas de la dicha Ciudad, todos en diferentes tiempos, y ocasiones: con que

no es mucho, que con la repetición del expresado lance lo huviesse tenido tan presente los testigos instrumentales para deponerlo, ni era facil se olvidassen de el por lo escandaloso, que fue en dicha Ciudad, sobre que tuvo lance el Corregidor de ella con el mismo Juan Guerrero, de que deponen la dicha Doña Josephba de Escobar, Don Gabriel de Alfaro su marido, y Juan Antonio de Escobedo, Escrivano de dicha Ciudad, y auel mismo Juan Guerrero.

114. El qual en declaracion, que se le recibio en 27. de Noviembre de 734. de pedimento de esta Parte al primero capitulo, refiere el mismo lance, sobre que deponen los testigos instrumentales; pues afirma, (Piez. 1. fol. 39.) que à el tiempo de la lectura de dicho Testamento, y llegando à la Clausula de el legado de la dicha Heredad, y Zumacar, ibi: *En cuya ocasion el referido Alonso Gomez testigo de dicho Testamento, interrumpio al que declara con el motivo de: alguna muestra de sentimiento, que la dicha Testadora manifestó, ò por los dolores de su enfermedad, ò porque consentia como avia consentido al tiempo de la disposicion de dicho Testamento en el usufructo, que concedia al dicho Don Juan de Messa (por quien para que la Testadora hiziesse este enramamiento, le pidió el Rmo. Jubilado Cobo, y el que declara, le atendiesse por caridad, y atencion à su pobreza) à cuya interrupcion propuesta por dicho Aguilera, el que declara le respondió, que callasse, pues su obligacion era la de testigo,* que

que es oír, ver, y enterarse, y no mas, principalmente por saber mas bien su obligacion el que declara, y este fue el motivo de interrupcion, sin hazer memoria el que declara de la relacion, que haze en su deposicion, que se le ha leído del dicho Aguilera, porque la tiene dicha deposicion por falsa, y sin fundamento ninguno de verdad.

115. De cuya deposicion se evidencia, que el dicho Juan Guerrero de la Cueva se acuerda muy bien de el lance de dicha interrupcion, sin embargo del tiempo, que ha pasado desde el año de 722. con que del mismo modo se pueden acordar los tres testigos instrumentales sin reparo alguno; sin que sea de aprecio la causa excogitada por el susodicho para la interrupcion de que afecta tener ignorancia; porque es inverosímil quanto en esta razon expresa, como se reconoce de dicha declaracion, pues afirma, que al leer dicha Cláusula del legado, le interrumpió el Aguilera por vno de dos motivos; videlicet, ò por alguna muestra de sentimiento, que manifestó la Testadora por los dolores de su enfermedad; ò porque consentia, como avia consentido, al tiempo de la disposicion del Testamento en el usufructo, que concedia à esta Parte, y vno, y otro carece de fundamento, y se halla convencido por la misma disposicion.

116. Lo primero: porque no enunciandose, que al tiempo que la Testadora manifestó dicho sentimiento huviesse hablado pa-

labra alguna, sino es manifestado: lo por demonstracion que hizo: es cierto, que los dichos dos motivos los depone el Juan Francisco Guerrero por su dictamé proprio; y de mera credulidad, por lo que no merece fee. L. 29. tit. 16. part. 3. Gom. 3. Variar. cap. 3. num. 27. & cap. 12. num. 10. Dom. Vela, dissert. 24. num. 17. Malcard. de Probat. conclus. 1363. ex num. 1. Gratian. Discept. Forens. cap. 461. ex num. 22. & cap. 736. num. 48. & cap. 848. num. 4. Conciol. Resol. Crim. verb. Testis, quoad dicta resol. 13. ex n. 4. Sabell. in Summ. §. Periti, num. 4. & §. Testes, num. 19.

117. Lo segundo: porque si la dicha interrupcion fue motivada de sentimiento natural por los dolores de la enfermedad, que padecia la Testadora? Què conexion tiene con lo referido la respuesta tan agria del dicho Guerrero, diciendole al Aguilera, que callasse, porque su obligacion era oír, ver, y enterarse, y no mas, mayormente quando sabia mas bien su obligacion el dicho Guerrero? cuya expresion manifiesta evidentemente, que en dicha interrupcion hubo algo mas, que la mera manifestacion del dolor, que padecia la Testadora por su enfermedad, y que intervinieron otras razones entre el Aguilera, y Guerrero, que dieron causa à este, para que se formalizasse, y enojasse, profiriendo la referida respuesta.

118. Y lo tercero: porque si la Testadora (como supone el dicho Guerrero) avia consentido

à el tiempo de la disposicion de el Testamento por empeño suyo , y del Padre Gobo en dexar el legado de usufructo à esta Parte: Como es verosimil , que la dicha demonstracion de sentimiento huviesse sido , *porque consentia, como avia consentido.* Además de que es incierto, que la Testadora huviesse dexado à esta Parte el dicho legado de usufructo , como se manifestará despues: con que por razon de inverosimilitud no merecé fee la deposicion del susodicho. *Farin. de Testib. quest. 65. num. 144. Noguer. alleg. 32. num. 67.*

119. Calificándose de lo referido , que son ciertas las deposiciones de los testigos instrumentales , y que el verdadero motivo de dicha interrupcion fue como estos lo tienen declarado , la demonstracion de sentimiento , que manifestó la Testadora al oír leer la dicha Clausula , por aver entendido se dexaba despues de los dias de Doña Josepha de Escobar el dicho legado en propiedad al Colegio ; siendo así , que no era su voluntad la referida , sino es que luego passasse en propiedad à esta Parte , cuya expresion , que hizo la susodicha , dió causa al Juan Guerrero , para que se alterasse viéndose frustrada su idea , y huviesse respondido al Aguilera con tanta acrimonia.

120. Sin que obste el particular , con que concluye su deposición el dicho Guerrero ; pues aviéndole leído la declaracion de Alonso Gomez de Aguilera , dixo , *ibi: Sin ha-*

*zer memoria el que declaró de la relacion, que haze en su deposicion, que se le ha leído del dicho Aguilera, porque la tiene dicha deposicion por falsa, y sin fundamento ninguno de verdad. Lo primero: porque si supone, que no haze memoria de el contenido de la declaracion de el dicho Aguilera? con que fundamento tiene por falso lo que ignora que aconteció, y el modo como sucedió; de que te manifiesta su animosidad en dicha deposicion, por lo qual es acreedora de desprecio. Farin. de Testib. quest. 60. num. 35. & 36. Noguer. allegat. 25. num. 33. & 34. Mayormente quando el referido no dà razon de su dicho por especie, que huviesse adquirido por los sentidos, como lo practican los testigos instrumentales, sino es por mera presumpcion, ibi: Porque la tiene la dicha deposicion por falsa. Gom. 3. Var. cap. 12. num. 9. & 10. Don. Vela, dissert. 38. num. 43. Escob. de Purit. part. 1. quest. 6. §. 4. ex n. 12.*

121. Y lo segundo: porque en quanto à deponer , que la declaracion del dicho Aguilera es falsa , y que la tiene por sin fundamento de verdad , no merece fee el dicho Juan Guerrero ; porque en lo referido trata de su interesse , y de su propria exoneracion , y defensa , y para evitar el desdoro , que se le sigue de aver supuesto el dicho Testamento , y Clausula ; en cuyo concepto es acreedora de el mayor desprecio su deposicion. *Farinac. de Testib. quest. 60. ex n. 16. ad 22. Gratian. Discept. Forens. cap. 144. num. 4. & cap. 727. n. 8. & cap. 796.*

num. 2. & cap. 998. num. 5. Mascard. conclus. 1357. ex num. 1. Noguer. alleg. 26. num. 64. cum plurim. Sabell. in Summ. §. Portator, num. 1. & §. Testes, num. 7. Cytiae. conrov. 487. ex num. 1. Giurba observ. 81. ex n. 1. Y antes si se debe dar todo credito à los tres testigos instrumentales, y à Antonio Bernabè Virtudes, que de vista, y hecho proprio deponen

contra la negativa de dicho Escrivano, expresando afirmativamente el hecho verdadero, que acaeçió, ex latè traditús à Farin. de Testib. q. 65. ex num. 200. Paz, Jord. Lucub. tom. 3. lib. 14. tit. 18. num. 1344. & seqq. cum alijs Sabell. in Summ. §. Testes, num. 18. Garcia de Nobil.

Gloss. 34. num. 2.

(\* \* \*)

## OPOSICION IV.

122. **E**sta limitacion consiste en las palabras finales de la dicha Ley de Partida, que previene, que los testigos instrumentales, que depongan contra el instrumento, ayan de ser contestes en el hecho, que deponen, ibi: *Estonce acordandose todos los testigos de la carta en vno, deben ellos ser creidos, è non el Escrivano.* Es asì (arguye la parte del Colegio) que los referidos tres testigos de el dicho Testamento no solo no estàn contestes, sino es varios, y discordes: Luego sus deposiciones no deben prevalecer à la fee del Escrivano. La menor de este fylogismo estan decantada por parte del Colegio: que el Assessor del Corregidor de Jaen la puso por principal fundamento de su sentencia (Piez. 4. fol. 159.) ibi: *Fallo atento à los Autos, y meritos del processo, y à las demás circunstancias, contradiciones, y oposiciones de los tes-*

*tigos instrumentales, pues vnos dizen en vn mismo acto, que la enferma estava con mucho aliento sentada en la cama, y hazjendose ayre con vn abanico; y otros, que estava acostada, como es Don Francisco Herbàs; y añade Antonio Virtudes, aunque no testigo instrumental, que la vio acostada, y muy fatigada; y asimismo à la variedad de Michaela Francisca en las deposiciones, que tiene hechas, asì en favor del Colegio, como del dicho D. Juan de Messà, que todo lo referido manifiesta el olvido natural, que han padecido los dichos testigos, procedido del transcurso de el tiempo de doze años: atento à lo qual, y à los demás motivos, que resultan de los Autos, debo de declarar, y declaro, &c. Pero que todo lo referido sea incierto, y excogitado, à fin de dar algun colorido à la injusticia de dicha sentencia, se manifiesta concluyentemente*



# RESPUESTA EN EXCLUSIÓN de esta última instancia.

123. **L**O primero: porque respecto del hecho principal en razón del lance, que sucedió al tiempo de la lectura de dicho Testamento, y que aviendo referido el Escrivano la Clausula, que contenia el legado de la Heredad, y Zumacar, que la Testadora dexaba en usufructo à Doña Josepha de Escobar, y que por el fallecimiento de esta passasse en propiedad al Colegio, interrumpió Alonso de Aguilera el acto à vista de cierta demonstracion, que reconoció en la susodicha; y q̄ aviendo preguntado à esta, si era aquella su voluntad? A que respondió, que no lo era, sino es que despues de la muerte de dicha Doña Josepha passassen los bienes del dicho legado en propiedad à esta Parte, con lo qual se cesó en aquel acto, y no se continuó en la lectura de dicho Testamento, y se fueron à la calle el Escrivano, y testigos, sin acabarse de otorgar el referido Testamento; están vniformes, y contestes en vn todo los tres testigos instrumentales, y Antonio Bernabè Virtudes, sin diversificarse, oponerse, ni contradizirse en cosa alguna: como se reconoce de sus deposiciones referidas sup. ex n. 14.

124. Y no solo están conformes en quanto à las reconvençiones, que passaron entre los dos Escrivanos Guerrero, y Aguilera, sino es tambien en quanto à las pa-

labras, con que expresó su voluntad Doña Mariana; pues el dicho Aguilera afirma dixo suprà n. 16. *No es effo lo que yo digo, sino es que despues de los dias de Doña Josepha, vaya à Juanico de Messa en propiedad.* Joseph de Aranda sup. n. 19. *Que no era aquella su voluntad, sino es que despues de los dias de dicha Doña Josepha, fueran à Juanico de Messa en propiedad.* Don Francisco de Herbas Presbytero sup. n. 24. *No es effo lo que yo quiero, ni ordeno, sino es que despues de los dias de Josepha, vaya en propiedad à Juanico de Messa.* Antonio Bernabè Virtudes sup. n. 37. *No señor, no es effo lo que yo digo, sino es que despues de los dias de Josepha, vaya à Juanico de Messa en propiedad.* Succediendo lo mismo en quanto à las otras reconvençiones, y palabras, que passaron entre el Aguilar, y Guerrero.

125. En cuyo concepto es claro, que los dichos testigos están contestes, y conformes, porque deponen vniformemente en quanto à la substancia del acto, sin embargo de que en las voces con que se explican aya alguna variedad. Cancer. lib. 1. Var. cap. 8. n. 89. & 90. Cyriac. contro. 407. n. 155. & 219. Flor. Diaz de Men. Var. lib. 1. quest. 1. num. 57. ver. *Sed singulariter est advertendum.* Guzm. verit. 15. num. 36. & 37. Escañ. de Testam. cap. 16. num. 31. ibi: *Viverò pars non formalitatem verborum,*  
sed



*sed substantiam facti attendisset, sufficit quod testes concordant in substantia, licet in verbis discrepent.* Todos los quales fundan la celebre distincion en esta materia, de que, ò se necesitan probar las formales palabras, que dixo el Testador, porque en ellas consiste la duda, ò tan solamente qual fue la disposicion de su voluntad; porque en el primero caso se deberán probar las dichas palabras, y deponerlas los testigos formalmente, sin repugnar vno à otro, sin que por esta razon incurran en la sospecha de aver depuesto por vna misma premeditada oracion: Pero en el segundo caso basta, que depongan la substancia de lo acaecido concordemente, no obstante que no lo hagan por vnas mismas formales palabras; porque entonces, como conuengan en lo principal, son sinonomas todas las voces, con que explican vn proprio concepto, vt animaduertit Guzmàn vbi proxime dict. num. 37. ibi: *In secundo vero casu, quando agitur de probanda substantia dispositionis, sufficit si testes concordent in ea etiam si per diversa verba explicentur, synonyme enim loquantur, nisi verba contraria sint, & non tendant ad eundem finem.*

126. Y aunque en el caso de la presente controversia, se nos quisiera poner en precisión de, eufemizar las mismas identicas voces, que acaecieron, y se hablaron en el lance de la lectura de dicho Testamento, tambien estan conformes los dichos testigos, vt videre est en sus deposiciones, y modo de

explicar el motivo, con que el Alonso de Aguilera interrumpió à el Juan Guerrero; pregunta, que el dicho Aguilera hizo à la Testadora; respuesta, que esta le dió; reconvencion, que el mismo hizo al Guerrero; alteracion de este, y conclusion de aquel acto, sin aver pasado adelante; sin que discrepen en cosa substancial, ni se encuentre la menor oposicion, ò contrariedad, y estando como lo están tan conformes en quanto à lo principal del referido hecho, nada importa el que diversifiquen en alguna otra circunstancia accidental, y no conducente à la substancia: porque entonces la dicha diversidad, ni es *obstativa*, ni *diversificativa*, que son las que constituyen al testigo en singularidad, vt docent Gutierr. *Pract. lib. 3. q. 12. ex num. 6. præsertim num. 8. Quod sufficit testes conveniri in num, & eundem rei finem, licet in alijs discrepent.* Farin. *de Testib. quæst. 64. p. 1. num. 20. ibi:*

127. *Hanc secundam limitationem procedere, quando testes concordent in substantia negotij, discordant in qualitatibus, & circumstantijs, vel accessorijs remotis, extrinsecus imperinentibus; & non substantialibus: tunc enim talis contrarietas, aut varietas testibus fidem non tollit. Et n. 22. ibi: Eandem regulam non procedere, quando testes concordarent in substantia negotij, licet discordarent deponendo per diversa verba: verborum enim diversitas in testium depositionibus illis fidem non tollit, quando eiusdem depositionis substantia est eadem.*

Mascard. de Probationib. concil. 856.  
num. 18. & 21. & conclus. 126 r.  
Menoch. de Præsumpt. præsump. 23.  
num. 17. Cardin. de Luc. de Iudic.  
disc. 32. num. 31. & 60. Optimè D.  
Greg. Lop. in leg. 28. tit. 16. part. 3.  
Gloss. 3. ibi:

128. *Et nota etiam, quod si testes non sunt contrarij in facto principali, licet in aliquibus accessorijis sint contrarij, adhuc valet dictum eorum :: Falsitas enim que non contingit negotium principale non facit ut dicta testium reprobentur Bald. & ibi Salicet. dicens, quod quotidie in practica clamant Advocati in leg. penult. C. de transact. & idem tenet Sanctus Thomas 2. 2. q. 70. artic. 2. ubi tradit de tempore an fuerit nebulosum, vel domus an esset picta, quod discordia in talibus non prejudicat testimonio: quia non consueverunt homines circa talia multum sollicitari, unde facile à memoria elabuntur, quinimo secundum eum aliqua discordia in talibus facit testimonium credibilis: ut Chrysost. dicit. sup. Math. Quia si in omnibus concordarent etiam in minimis viderentur ex conditio eundem sermonem præferre, quod tamen dicit, prudentia Iudicis relinqui discernendum: & dicit August. in lib. de Consens. Evangelist. non debere nos arbitrari mentiri quem quam, si pluribus reminiscens rem quam audierunt, vel viderunt, non eodem modo, atque eisdem verbis eadem res fuerit indicata; & tradit Sanct. Thom. 2. 2. q. 110. artic. 3. ad 1.*

129. Es así, que estando como lo están conformes los tres testigos instrumentales, y el referi-

do Antonio Bernabè Virtudes, en quanto à lo principal, y substancial del hecho acaecido en el lance de la lectura del dicho Testamento, son accidentales, inutiles, y extrinsecas todas las circunstancias, en que pretende fundar la diversidad del Colegio, como lo acredita la expresada por motivo de la dicha sentencia supra num. 122. de si la enferma estava con mucho aliento sentada en la cama, y habiendose ayre con vir abanico, ò acostada, y muy fatigada: Luego la dicha diversidad en nada perjudica à la fee, que se merecen los dichos testigos en exclusion del Escrivano.

130. Ademàs de que la expresion, que se refiere en dicha sentencia, se funda solo en la declaracion, que hizieron Aguilera, y Aranda en el dia 14. de Mayo del año pasado de 736. con la ocasion de el reconocimiento, que se hizo del quarto de la Testadora, para averiguar si Antonio Bernabè Virtudes pudo oir lo que depone: en cuya ocasion el Alcalde Mayor para imponerse en la capacidad, que la enferma tenia en dicho tiempo, y si pudo perceber, ò no lo que leia Guerrero, y la pregunta, que le hizo Aguilera: mandò, que los testigos declarassen, (Piez. 4. fol. 26. B.) ibi: Si la referida Testadora al tiempo del otorgamiento de el dicho Testamento se hallaba bien despierta, y expedita, sin señales de azelearse su muerte, y experto el oyo para oir lo que se le dezia en voz proporcionada? A que dixeron, ibi: *Ayer visto en la*

ocasion expressada à la susodicha con cabal juicio, y entero sentido, oyendo, y percibiendo todo quanto se leia, y hablaba, y sin señal alguna, de que se pudiera azelerar su muerte, respecto à que en dicha ocasion se estaba haciendo ayre con vn abanico. Y no expresando los dichos testigos, si la referida estubo en dicha forma todo el tiempo, que durò la lectura del dicho Testamento, no importa contradiccion alguna, el que aviendola visto en dicha forma à el principio de la dicha lectura, despues à el tiempo de leerse la dicha Clausula se huviesse recostado, y buuelto del otro lado hazia la pared, ò por el contrario.

131. Por que lo que los dichos testigos deponen en este assumpto se reduce, à que Alonso Gomez de Aguilera afirma, que luego que el Escrivano Guerrero leyò la Clausula, en que despues de la muerte de Doña Josepha se dezia dexarse el legado en propiedad al Colegio sup. num. 15. ibi: *La dicha Doña Mariana enferma, à quien estava mirando, dando vn suspiro, y demudandose el semblante con grande alteracion, ò enojo bolvió el rostro hazia la pared.* Joseph de Aranda sup. n. 19. ibi: *Y à esta razon la referida enferma diò vn suspiro, y se bolvió del lado, que estava la cara hazia la pared.* Don Francisco de Herbàs sup. n. 23. ibi: *Al pronunciar dicho Escrivano estas vltimas palabras de la sobredicha Clausula, diò la enferma vn suspiro bien sentido, y bolvió la cara hazia la pared.* Antonio Bernabè Virtudes sup. n. 37. ibi: *Vio*

24.  
*que dicha Doña Mariana estando rodeada hazia la gente, que en el quarto avia, se rodeò al otro lado. Y aun refiere lo mismo el Juan Guerrero de la Cueva sup. n. 114. ibi: En cuya ocasion el referido Alonso Gomez, testigo de dicho Testamento, interrumpió al que declara CON EL MOTIVO DE ALGUNA MUESTRA DE SENTIMIENTO, QUE LA DICHA TESTADORA MANIFESTO, ò por los dolores de su enfermedad, &c.*

132. Y siendo como es todo lo referido muy compatible, con que antes de dicho lance huviesse estado la Doña Mariana incorporada en la cama (no sentada, como falsamente se supone en la cabeza de dicha sentencia) haziendose ayre con vn abanico, y buelta la cara hazia los circunstantes, y que con la defazon, que le causò la lectura de dicha Clausula, por reconocer, que el Escrivano contra su volunrad huviesse puesto, que passasse el legado en propiedad al Colegio, que ella queria fuesse è esta Parte, huviesse dado el suspiro, y buuelto la cara hazia la pared; es cierto no se enquantra en lo referido oposicion, contradiccion, ni repugnancia alguna.

133. Mayormente, quando además de que la referida discrepancia es accidental, y tan inconducente à lo principal; como de ella se reconoce, los testigos no deponen lo que queda expressado en vn mismo acto (como falsamente se supone tambien en la cabeza de di-

dicha sentencia) porque aunque la lectura, y otorgamiento de dicho Testamento se pueda estimar por vn acto moral, que durò todo el tiempo, que los testigos instrumentales, y el Escriuano estuuiéron dentro del quarto de dicha enferma; como el dicho tiempo (aunque huiera sido breve) contuvo muchos instantes físicamente divisibles, en ellos pudo muy bien acontecer en diversos actos todo lo que han de puesto los testigos instrumentales en dicho assumpto. Y es la razón: porque en las deposiciones de los testigos se debe hazer toda interpretacion para evitar contradicciones entre ellos, reduciendolos à concordia, aunque sea presumiendo multiplicidad de actos, y hechos. *Text. in cap. Cum tu, de Testib. Mascard. de Probat. conclus. 1361. num. 10. Menoch. de Presumpt. lib. 5. presump. 29. num. 23. Jul. Clar. in Prax. §. Falsum, vers. Scias tamen cum plurim. Farin. de Testib. quest. 65. part. 2. num. 37. y 38. ibi: Regula sit, quod omnis interpretatio faciendâ est in depositionibus testium, ut inter illos contrarietas evitetur. Amplia primò hanc regulam, ut testes contrarij omnibus modis sint concordandi, etiam per multiplicationem actus, & sic etiam presumendo pluralitatem factorum.*

134. Y muy proprio del caso de este pleyto al num. 271. ibi: *Quæ. 10. undecimo. Duo sunt testes, vnus dicit vidisse Titium sanum, alter autem dicit eodem die, eundem Titium vidisse in firmum, nunquid isti testes possint à contrarietate ali-*

*quo modo saluari? Responde, quod sic, prout consuluit Ancharr. in consil. 385. in pluribus testibus hinc inde receptis super quadam renuntiatione beneficij facta per Clericum, quorum aliqui dicebant, ea die, qua facta fuit renuntiatio, Clericus erat sanus, & quod cum viderunt sanum; alij vero dicebant, quod erat in firmum eadem die, & concludit, quod invigilando salvationi testium, possunt interpretationi, quod omnes verum dicant, primi scilicet, quod in prima parte diei dictus Clericus erat sanus, alij autem alia parte diei: neque enim inconuenit QUOD QUIS CERTO TEMPORE SIT SANUS, ET ILLINC AD MODICUM TEMPUS FACTUS SIT IN FIRMUM.*

135. Y que todo lo que en la cabeza de dicha sentencia se denomina contradicciones, y oposiciones de los testigos instrumentales, no sea alguna de ellas en lo substancial del acto, y lance sobre que deponen los dichos testigos, sino es accidentales, y extrinsecas, y por ello muy despreciables, se acredita de las notas, y reparos, que se han hecho por parte del Colegio en este assumpto; como lo son: La primera: que Alonso Gomez de Aguilera expressa (Pie. 1. fo. 4.) que luego que entraron en el quarto de la enferma, sacò Guerre-ro el Testamento, q̄ llevaba escrito, y pidiendo atencion, comenzò à leer; y que esta circunstancia de aver pedido atencion, no la dizen los otros testigos. La segunda: que en el modo de la lectura afirma el dicho Aguilera, (Piez. 1. fol. 4.) ibi:

ibi: *Yendo el dicho Don Juan Guerrero velocissimo en leer, y casi atropellado el dicho Testamento: Y que los otros testigos no ponderan tanto esta festinacion, porque el Joseph de Aranda solo dize, (Piez. 1. fol. 5. B.) Leia con mucha priessa. Y D. Francisco Hervàs, (Piez. 1. fol. 16.) ibi: Yendo en la lectura de el con grande celeridad, y ligereza. Y Antonio Bernabè Virtudes (Piez. 2. fol. 13. B.) ibi: La leyó dicho Escrivano con aceleracion, y apresurando mucho la voz.*

136. La tercera: que el dicho Aguilera expresa, que al leerse la Clausula referida, notò, que la dicha Doña Mariana, à quien estava mirando (P. 1. fol. 4.) dando vn suspiro, y demudandose el semblante con grande alteracion, ò enojo bolvió el rostro hazia la pared; siendo asì, que aquel de la demudacion del semblante, y de la alteracion, ò enojo, no lo deponen los otros testigos de el mismo modo; porque Aranda solo dize, (Piez. 1. fol. 5. B.) que la enferma diò vn suspiro, y se bolvió de el lado, que estava, la cara hazia la pared. Don Francisco de Herbàs, (Piez. 1. fol. 16. B.) ibi: Diò la enferma vn suspiro bien sentido, y bolvió la cara hazia la pared: y à el mismo tiempo el dicho Don Alonso Gomez de Aguilera, aviendo notado (ademàs de lo dicho) otros movimientos, ò ademanes de sentimiento en el rostro de la dicha otorgante (segun despues dixo) detuvo al dicho Escrivano Don Juan Guerrero, &c. Y Antonio Bernabè Virtudes, (Piez. 2. fol. 13. B.) ibi: *A cuyo tiempo dicha Doña Mariana diò vn suspiro, y aplicando la vista:*

*viò, que dicha Doña Mariana estando rodeada hazia la gente, que en el quarto avia, se rodeo al otro lado*

137. La quarta: porque dicho Aguilera expone (Piez. 1. fol. 4.) que despues del lance antecedente, y aviendo hecho juicio, que la Clausula que se avia leído no era del gusto, ni voluntad de la Testadora, dixo al Juan Guerrero, que continuaba leyendo con velocidad, ibi: *Tengase V. md. señor Don Juan; à que le respondió con enfado: V. md. viene à otorgar el Testamento, ò yo? A que le replicò el testigo: Soy testigo instrumental, y quiero saber mejor la voluntad de esta señora, y asì sirvase V. md. de bolver atrás, y repetir esta Clausula. Y que aviendo buuelto à repetir la Clausula, aunque con repugnancia, llegando à las mismas palabras de dicha Clausula se bolvió el testigo à la enferma, y le dixo: Señora Doña Mariana es esto lo que V. md. diz: y quiere por su vltima voluntad, que despues de los dias de mi señora Doña Josepha vaya la Heredad à los Padres de la Compañia? A que le respondió la susodicha: No es esto lo que yo digo; sino es que despues de los dias de Josephina vaya à Juanico de Messa en propiedad.*

138 Cuyo dialogo (se dize por el Colegio) lo expresan los otros testigos de distinto modo: porque Aranda afirma, que en dicha ocasion el Aguilera dixo à Guerrero (Piez. 1. fol. 5. B.) *bolviesse à leer dicha Clausula; à lo que respondió: Si iba à otorgar dicho Testamento, ò el? A lo que dixo: Era*

testigo instrumental, y queria hazerse capaz de lo que se hazia, y dezia la enferma. Que el Guerrero bolvió à leer la Clausula, y Aguilera dixo à Doña Mariana: Si era aquello lo que queria, que despues de los dias de la Doña Josepha fueran dicha Heredad, y Zumarar à los Padres de la Compañia? A que respondió la referida: Que no era aquello su voluntad, &c.

139. Don Francisco de Herbàs (Piez. 1. fol. 16. B.) que aviendo buuelto Doña Mariana el rostro à la pared, detuvo Aguilera à Guerrero, ibi: Lo que el susodicho tomó muy à mal, y con mucho desfabrimiento le dixo al referido Don Alonso: que si era el, el que avia de otorgar el Testamento? A que le respondió: Que era para enterarse mejor de su contenido, y que siendo testigo le precissaba à hazerlo. Que Guerrero bolvió à leer la Clausula, y Aguilera dixo à la enferma: Señora Doña Mariana, es esto lo que V.m.d. quiere, y ordena, que despues de los dias de la señora Doña Josepha la Heredad vaya à los Padres de la Compañia? A que le respondió sin detenerse, y en voz alta: No es esso lo que yo quiero, ni ordeno, &c. Y Antonio Bernabè Virtudes (Piez.2. fol. 13. B.) que aviendose rodeado la enferma del otro lado, se levantò Aguilera, y dixo à Guerrero: Se fuesse poco à poco; no oyò el testigo las palabras, que ent: los dos buvo, aunque si advirtió alguna desazon: y que Aguilera preguntò à la enferma: Es esto lo que usted quiere, que despues de los dias de mi señora

Doña Josepha de Escobar, vaya la Heredad à los Padres de la Compañia? A lo que respondió en voz clara, è inteligible: No señor, no es esso lo que yo digo, &c.

140. La quinta: que tambien depone el dicho Aguilera, que despues de la respuesta antecedente de la Doña Mariana, bolvió à Guerrero, y le dixo: (P. 1. fol. 4. B.) Está usted contento? Ya es menester hazer otro Testamento, ò quitar enteramente la Clausula de los Padres de la Compañia. A que respondió Guerrero: Era necessario, como el testigo dezia, hazer nuevo Testamento; para lo qual en presencia del testigo, y de los demás, pidió à la familia de la casa le traxessen dos pliegos de papel sellado. Y que del mismo modo exponen esto con variedad los otros testigos; porque Aranda dize, que Aguilera dixo à Guerrero: (Piez. 1. fol. 6.) Si estava contento? Que era menester ir despacio en aquellas cosas, y que necesitaba de hazer otro nuevo Testamento, ò quitar aquella Clausula de los Padres de la Compañia. A lo qual dicho Guerrero, pidió à la familia de la casa para papel.

141. Don Francisco de Herbàs (Piez. 1. fol. 17.) que en dicha ocasion Aguilera dixo à Guerrero: Está usted contento? A lo que dicho Guerrero respondió: Que respecto de la nueva circunstancia, era ya precisso hazer otro nuevo testamento, pues no servia el hecho, y para este fin en presencia de los testigos pidió à la gente de la casa, le traxessen dos pliegos de papel sellado. Y Antonio Bernabè Virtudes (Piez.2. fol. 14.) que

que Aguilera dixo à Guerrero: *Es-  
tà usted contento? Ya es menester ha-  
zer otro Testamento; ò quitar la Clau-  
sula de los Padres de la Compañia, en  
lo que pareció convino dicho Guerrero,  
y para poderlo hazer pidió este para  
papel, Y POR ENTONCES NO SE  
LE DIO.*

142. Con cuya deposi-  
cion se convina todo lo que dicen  
los testigos instrumentales en or-  
den à que no sabén si se le dió, ò  
no al dicho Guerrero para el pa-  
pel que pidió, y lo que depuso Do-  
ña Josepha de Aguirre en este  
assumpto en la informacion, y aña-  
dió en su ratificacion, que queda  
referido sup. n. 28. y 29.

143. La sexta: que el mis-  
mo Aguilera deponé, que despues  
de dicho lance reconociendo, que  
el Testamento no servia por no ser  
valido, ni quedar otorgado (Piez.  
1. fol. 4. B.) *se despidió*, y los otros  
dos testigos, y se salieron à la calle,  
y que no sabe si el nuevo Testa-  
mento, que dixo Guerrero iba à  
hazer, y era precifso, se avia otor-  
gado, ò no, y si tuvo otros distin-  
tos testigos, que sirviessen en él,  
solo si que à este testigo *no lo bolvió  
à llamar para el nuevo Testamento;*  
Tambien se quiere arguir diversi-  
dad en esta expresion; porque  
Aranda dize: (Piez. 1. fol. 6.) *Que  
sin quedar otorgado Testamento algu-  
no en aquella ocasion; se despidieron  
todos, y Guerrero quedó en avisarles,  
assi al testigo, como à los demás, para  
la nueva otorgacion del nuevo Testa-  
mento, y q̄ à este testigo no se le llamó,  
ni avisó.* Don Francisco de Herbàs,

(Piez. 1. fol. 17.) que aviendo Guer-  
rero pedido para papel para el  
nuevo Testamento, el que auti-  
que este testigo juzgò ser muy ne-  
cessario, ibi: *Y aunque el declarante  
ofreció, que si fuesse necessario bolve-  
ria à servir de testigo en el nuevo Tes-  
tamento, que se iba à hazer, no le bol-  
vieron à avisar mas.* Y Antonio Ber-  
nabè Virtudes concluye su decla-  
racion (Piez. 2. fol. 14.) ibi: *Con lo  
qual salieron todos, y se fue cada vno  
à su casa.*

144. La septima: que Jo-  
seph de Aranda dize, (Piez. 1. fol.  
5. B.) que al tiempo que entraron  
en el quarto de la enferma los tres  
testigos instrumentales, y el Escri-  
vano, este *echó fuera del quarto la  
gente, que en él avia, y cerró la puer-  
ta: cuya circunstancia no dize  
Alonso Aguilera; pero si la dize  
Doña Josepha de Aguirre sup. n.  
27. y Don Francisco de Herbàs;  
(Piez. 1. fol. 16.) ibi: Por no aver, co-  
mo no avia, otra persona alguna den-  
tra del quarto.* Y en la diligencia,  
que se hizo del reconocimiento de  
el quarto donde falleció dicha Do-  
ña Mariana, que queda referida  
sup. num. 41. el mismo Juan Guer-  
rero confesò, que en dicho lance  
avia cerrado dichas puertas; en lo  
q̄ tambien convinieron los testigos  
instrumentales Aguilera, y Aran-  
da, y Antonio Bernabè Virtudes,  
aunque no en la forma, que dicho  
Guerrero suponia; porque dixo,  
que las avia cerrado con la aldava,  
y corrido toda la cortina: y el  
dicho Virtudes dixo, (Piez. 4. fol.  
24.) ibi: *Que dichas puertas se avian  
que-*

quedado solo entornadas la vna con la otra, y como dos, o tres. dedos entre-abiertas. Que fue la forma en que se practicó la diligencia de dicho reconocimiento. Y el mismo Guerrero en declaracion, que hizo de pedimento del Colegio al segundo capitulo in fine (P. 2. fol. 131.) confesó lo mismo, ibi: *Se otorgó enteramente el Testamento cerradas las puertas por el que declara.*

146. Y la octava: que Don Francisco de Herbàs (Piez. 1. fol. 16.) afirma, que al leer Guerrero la Clausula, en que la Testadora ordenaba se dixesse cierta porcion de Missas, que parte de ellas se avian de celebrar por Sacerdotes, que se nombraban, Guerrero le dixo en voz baxa: *V. md. perdone, que no se me ha ocurrido, ni hecho memoria de vsted, que à averla hecho, le huviera dexado tambien Missas, pero en otra ocasion le sirviere: lo que el que declara le agradeçio.* Cuya expresion tan solamente la haze este testigo, y no otro alguno de los instrumentales.

147. Estas son todas las pretensas contradicciones, oposiciones, y repugnancias, en que la parte de el Colegio se funda, para arguir de varios à los testigos; cuya voluntariedad no necessita de mas satisfaccion, que la inspeccion sola de las expresiones, que hazen en dichos lances, en las quales, ni aun atomo de contradiccion se encuentra, sino es tan solamente la variedad de voces, y modos con que se explican; lo que no solo no les puede obltar de modo alguno,

sino que acredita la mayor verdad, y sinceridad, con que han depuesto lo que sabian, y lo que se acordaban de lo acaecido en dicho assumpto; y antes si, si no se encontrasse la dicha variedad de palabras, y terminos, serian sospechosas sus declaraciones, como hechas *per eundem præmeditatum sermonem*: argumento con que Señor S. Juan Chriftotomo comprueba la verdad de los Sagrados Evangelistas, en la Historia que escribieron de la Vida de Christo Señor nuestro, *Homil. 1. in cap. 1. Matth. ibi:*

148. *In multis enim diversi inter se inveniuntur, ac diffori. Imò hoc ipsum, maximum est testimonium veritatis. Si enim ex toto, & in omnibus consonarent, & cum nimia diligentia, atque cura ad tempora, ac loca omnia vsque ad singula equaliter verba cõcurrerent, nemo inimicus credidisset vnquam, quin illi, communi ad decipiendum consilio congregati, quasi ex humana quadam conspiratione Evangelium condidissent. Non enim simplicitatis fuisse tam sollicitam consonantiam indicarent. Nunc verò, que videtur in rebus exiguis dissonantia, ab omni illos suspitione defendit, & satiscare scribentium, existimationem tuetur. Si verò aliqui de temporibus, ac locis varie dixerunt, nihil quidem dætorum præiudicat veritati.* Y con esta autoridad reassume la misma argumentacion contra los incredulos el Padre Ignacio Jacinto Arnalde Graves. celebre Dominicano de *Vit. & Myster. Christi tom. 1. dussert. 2. prolusor. §. 1. vers. Altera veritatis nota, pag. mibi 73.*



Succediendo lo mismo en quanto à lo que algunos testigos expressan, que otros omiten: porque esta no es contradiccion, ni repugnancia, como no lo es entre los Sagrados Evangelistas, entre quienes acontece lo mismo, como lo notò Señor San Agustín *sermon 87. de divers. ibi: Ideo necessarium est vt legantur omnes, quia singuli non dixerunt omnia; sed que alius pretermisit, alius dixit, & quodammodo sibi dederunt locum omnes, vt necessarij essent omnes.* Y lo ponderò el Padre Theoph. Raynaud. doctissimo Jesuita in *Trivat. Patriarch. in vita Sancti Brunonis, pumel. 3. num. 8. ibi: Ipsimet Evangelistæ, non omnes omnia de Christo scribunt :::: ac proinde adhibita est cabilandi ratione, fas esset, vnius Evangelistæ autoritate, silentium cæterorum sollicitare.*

150. Lo segundo: porque el otro motivo expressado en la cabeza de dicha sentençia, para arguir contradiccion, y variedad en las deposiciones de Michaela Francisca, que se criò en las casas de Doña Mariana, es igualmente despreciable, y asegura el que esto escribe, estava en animo de no tocar dicha especie en esta Alegacion; pero precisado de la defençia de esta Parte, y para satisfacer la argumentacion, que en ella funda el Colegio, ha sido indispensable tratarla, pudiendose disculpar con San Geronimo *Epist. 14. ad August. ibi: Si in defensionem mei aliquid scripsero, culpa in te est qui me provocasti, non in me quia responderi compulsus sum.* Y lo que de estos Autos resulta es lo siguiente.

Que en 27. de Noviembre de 734. la parte del Colegio ocurriò ante el Alcalde Mayor de Jaen, y ante otro oficio de Escrivano, que lo fue Andrès Garcia Miranda, y Robledo, el qual, ni era Escrivano originario destes Autos, ni su Acópañado, y ofreciò informació *ad perpetuam rei memoriã,* sobre diferentes particulares conducentes à este litigio, sin embargo de que ya estava principiado; y por vn otro se pidió, que en atencion à que los mas de los testigos eran mugeres, Religiosos, y fugeros de distincion, y crecida edad, y otros accidentados, se diese comission à dicho Escrivano para el examen de los testigos: la qual se admitiò por el Alcalde Mayor, y se diò comission à dicho Escrivano para el examen de ellos, y que fecha se entregase original al Colegio. (Piez. 2. fol. 127. B.) En fuerza de lo qual dicho Escrivano recibì declaracion de diferentes testigos, entre los quales fue Juan Guerrero de la Cueva, de quien se halla vna muy dilatada declaracion; y tambien se examinò à dicha Michaela Francisca, de esteado soltera, en las casas de Don Miguel de Quesada, de la qual afirma dicho Escrivano aver recibido juramento, y pregunta da sobre los particulares del dicho pedimento, à el segundo depuso (Piez. 2. fol. 155.) ibi:

152. Que el dia 3. de Octubre del año pasado de 722. con orden expressa de la citada Doña Mariana de Mora Davalos, asistió en las casas

de su morada el M. R. P. Jubilado Fr. Manuel Geronimo Cobo, Guardian que fue del Convento de N. Padre Señor San Francisco de esta Ciudad en dicho año, y Don Juan Guerrero Escrivano del Numero de ella, y con asistencia de los dos hizo, y ordenò la expressada. Doña Mariana de Mora su Testamento, el que escribió dicho Escrivano en presencia del citado M. R. P. Guardian, y Testadora, y despues de averse escrito, el dicho M. R. P. Guardian se retirò à su Convento siendo à hora de las oraciones de dicho dia, y aviendo estado en dichas casas desde que se acabaron las Vísperas de Santo, como llevaba declarado, solos en el quarto donde estava la enferma, y con la puerta entreabierta, por donde lo mirò, y registrò.

153. Y aviendose ido el R. P. Guardian, salió despues à poco rato el dicho Don Juan Guerrero à buscar testigos para otorgar el citado nuevo Testamento, y estando todos en la dicha sala, y quarto donde estava enferma la referida Doña Mariana, empezó dicho Escrivano à leer el Testamento, que así avia escrito, dispuesto, y ordenado la dicha Doña Mariana con la asistencia del expressado M. R. P. Guardian, y llegando à la Clausula del usufructo de dicha viña, ò porque Don Juan Guerrero no lo leyò, ò no lo entendió la otorgante, le preguntò, si avia puesto el usufructo de la dicha Heredad por los dias de la vida de la dicha Doña Josepha de Escobar, muger de Don Gabriel de Alfaro, su sobrina, y Don Juan de Messa, y la propiedad de la citada Heredad despues de estas dos vidas, que fuese al Co-

legio de la Compañia de Jesus de esta Ciudad; y la testigo, à lo que haze memoria, bolvió à leer dicho Escrivano, y quedò entendida, y enterada, de que dicha Clausula estava puesta; aviendo antes los testigos dicho: pues señora, si así es su voluntad de V. md. que se estienda la Clausula (y esto es, que acaba de dezir, que el Testamento estava ya escrito) y aviendola leído como lleva declarado, quedò entendida, por lo que hubo vna poca de interrupcion.

154. Y despues firmò dicho Testamento la dicha Doña Mariana, (esto no solo lo niegan expressamente los testigos instrumentales, sino es que ni aun el Escrivano Juan Guerrero se atrevió à afirmar lo assertivamente en la declaració, que se le recibió en 27. de Noviembre de 734. (Piez. 1. fol. 60.) ibi: En quãto à presencia de personas no haze memoria por averse passado tantos años, si los testigos esperaron, AUNQUE PRESUME DE SU CORTESIA, QUE ESPERARIAN A QUE EL QUE DECLARA CONCLUYESSE SU OFICIO, Y A SU PRESENCIA FIRMASSE LA TESTADORA.) Continúa la Michaela, quien sabe, que al dicho Don Juan de Messa no queria dexarle dicho usufructo, por las muchas, y repetidas vezes, que oyò dezir, que al dicho Don Juan de Messa no le tenia obligacion alguna, porque Don Fernando de Messa su marido, le avia dado mucho caudal al Padre de dicho Don Juan de Messa, y que si se ajustassen quantas, tenia que bolverle muchos dineros. Y continuando otras

expresiones de esta especie, concluye, ibi: *Todo lo qual sabe la testigo por aver estado à la puerta de dicha sala oyendo el dicho Testamento hasta que se acabò de leer, y le firmò la dicha Testadora, en el que le dexò à la testigo cierto legado, y entre el fue vna alfombra, y diferentes trastes, LA QUE NO SE LEYO EN DICHO LEGADO AL TIEMPO DE EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO.*

155. Tambien declarò à otros capitulos, que la Doña Mariana tuvo repugnancia en dexar à esta Parte el dicho legado de usufructo; que esta Parte entendió desde luego la disposicion de la Testadora, y que teniendo noticia la queria presentar por testigo el Colegio, la persuadiò que no declarasse.

156. Pero examinada la dicha Michaela Francisca en la probanza de esta Parte à la segunda pregunta dixo: (Piez. 2. fol. 19.) *Que con el motivo de hallarse la testigo el año passado de 722. en las casas de Doña Mariana de Mora Davalos, haze memoria, que la vispera del dia de Señor San Francisco como à hora de las quatro de la tarde, fue à dichas casas Juan Francisco Guerrero de la Cueva Escrivano del Numero de esta Ciudad, y entrò en el quarto donde tenia la cama la dicha Doña Mariana, la que se hallaba enferma gravemente, y le habló al oyo à dicha enferma en secreto, no sabe, ni oyò lo que tratò, solo si que aviendo acabado de hablar, sacò papel, y dixo à la testigo, y à Doña Josepha de Aguirre, que se hallaba*

*en dicho quarto, se saliesse fuera de el, como lo executaron, quedandose el dicho Juan Guerrero escriviendo junto al balcon del quarto, y siendo como las cinco entrò à ver dicha enferma el P. Fr. y Manuel Cobo, Guardian del Convento de San Francisco de Afsis de esta Ciudad, à quien se cuydaba en dicha casa, y estuvo en dicho quarto hablando con dicha enferma, y el dicho Guerrero como tres quartos de hora, y despues se retirò à su Convento, quedandose solo dicho Guerrero.*

157. *Quien despues de las Oraciones salió à la calle, dixendo iba à buscar testigos para otorgar el Testamento de dicha enferma, y à poco rato bolvió con Don Francisco de Herbas Presbytero, Alonso Gomez de Aguilera Escrivano Real, y Joseph de Aranda, y todos juntos entraron en el quarto de dicha Doña Mariana, y hizo bolviessen à salir à la testigo, y à dicha Doña Josepha de Aguirre, y aviendo estado tiempo de media hora, bolvieron à salir los mismos, y à el dicho Alonso de Aguilera le oyò dezir la testigo, esto no està bueno, es menester que bolvamos à la mañana, y el dicho Juan Guerrero pidió à dicha Doña Josepha para dos pliegos de papel sellado, no oyò la testigo para que efeció, y por no hallarse con dinero no se le diò aquella noche hasta el dia siguiente por la mañana à hora de las siete, que por dicha Doña Josepha, en presencia de la testigo, se le dieron dos reales de plata, y à hora de las ocho, y media la dicha Doña Mariana falleció, sin aver visto la testigo, que el dicho Juan Guerrero, ni los testigos huviesse buuelto.*

158. A la quarta pregunta dixo: Avia oyo dezir à vn mozo de la casa, que se llama Antonio, que avia estado en los corredores oyendo leer el Testamento de dicha Doña Mariana, como al tiempo de llegar à la Clausula del Colegio de la Compañia de Jesus, que dicha enferma avia dado vn suspiro. Y à la pregunta 11. que la Doña Mariana de Mora dixo à la dicha Doña Josefha en la misma mañana que falleció, ibi: Que en bolviendo dicho Juan Guerrero à enmendar dicho Testamento, pusieran por mas manda à la testigo vna alfombra encarnada, y veinte ducados, los que avia de perceber despues de los dias de su Padre de Don Juan de Messa; lo que no se puso por no aver buuelto à enmendar dicho Testamento.

159. Y en interrogatorio añadido que se presentó por esta Parte, declaró la dicha Michaela Francisca à la quinta pregunta: (Piez. 2. fol. 21. B.) Que por parte de dicho Colegio, y sus Agentes Religiosos, y assimismo por parte de dicho Juan Guerrero se le han hecho à la testigo diferentes beneficios, y agasajos, como son averle embiado por parte de dicho Colegio tiempo de cinco meses el puchero con pan, y dandole en diferentes ocasiones hasta tres pesos; y el dicho Juan Guerrero combiandola à comer à su casa en varias ocasiones, quien assimismo en dos de ellas le ha dado vn real de à ocho; y en vna hallandose la testigo en las casas de Doña Mariana Valderrama, concurrìo en ellas el Padre Tolosa, Procurador de dicho Colegio, y aviendo en su presencia dicho la testigo, que se

le ofrecia ir con Doña Geronima, muger de Don Francisco Rebollo del Villar, le dixo el referido Padre, que con esse motivo necesitaria de vn guardapies; à que respondió la testigo, que era verdad, que de no tenerlo, iria sin el; à lo que el Padre Tolosa le dixo: Aqui cerca venden las Palominas vn guardapie de raso, y si lo dieran con conveniencia se le mercaria à V. md. à lo que la testigo dixo, que no queria tal guardapie de raso.

160. Y que por los mencionados se le persuadió à la testigo, que en vna declaracion, que avia de hazer, afirmasse, que la dicha Doña Mariana de Mora no le tenia cariño à dicho Don Juan de Messa; y que tambien dixera, que quando fueron à la Vna los Padres Andrés Ramos, y Francisco Chacón, avia sido con el motivo de ver las tierras, y Heredad, porque los dexaba por herederos de ella la dicha Doña Mariana; y aviendo entrado el Padre Rector de dicho Colegio, y el Padre Tolosa en casa de Don Manuel de Quesada, Presbytero de esta Ciudad, donde estava declarando la testigo ante Andrés de Miranda, Escrivano de el Numero de ella, se puso en los terminos, que dexa dicho; y no sabe, si fue por declaracion, ò para tomar alguna noticia, y respecto de no averle recibido juramento, ni averse hallado ningun señor Juez presente, y aversele dicho, que en declarando ante el señor Alcalde Mayor, podria añadir, ò quitar lo que le pareciera.

161. En comprobacion de lo referido se han presentado tambien diferentes testigos, que han

han depuesto en la probança de esta Parte; como lo son Don Juan Martinez, quien à la quinta pregunta del Interrogatorio añadido de esta Parte (Piez. 2. fol. 11.) dixo: *Que vn dia, que no haze memoria si fue por tarde, o por mañana, entrò el testigo en casa de Don Juan de Messa, donde se hallaba la dicha Michaela, à la qual ya conocia el testigo, y estando todos juntos, Don Matheo Barranco, Clerigo de Menores, tio del Don Juan, que vive con el, le dixo à dicha Michaela: que hazias ayer con el Padre Rector de la Compañia? A que respondió la susodicha: yo no he estado con el Padre Rector; y dicho Don Matheo le replicò: como dizes effo, pues passè yo tan immediato, que se apartò el Padre Rector para que passasse, y me pareció eras en el habla, y lo preguntè à vn sugeto (que no haze el testigo memoria el que expreso) si eras tu, y me dixo, que si? Y à esto respondió dicha Michaela: que era cierto aver estado con dicho Padre Rector, y que le avia embiado à llamar à fin de saber, que podia dezir en este pleyto à favor de dicho Colegio; y que ella avia respondi-dole no tenia nada que dezir en contra de Don Juan de Messa, porque no se avia de condenar por el Padre Rector, ni otra persona, y que le avia dado dicho Padre Rector dos reales, y dichole no passasse necesidad, y que hallandose con ella acudiesse la socorreria.*

162. Y Don Juan de Messa en la misma conversacion le preguntò à dicha Michaela, dixera como avia sido el lance, que avia passado sobre la alfombra en presencia de ella, y de Antonio, quien se lo avia contado; y la

dicha respondió, que la mañana antes de morir dicha Doña Mariana, effa avia llamado à la dicha Doña Josepha, y le avia dicho, que quando fuesse el Escrivano à acabar el Testamento, que la alfombra de tal color, que no haze memoria el testigo el que dixo, se avia de mandar à la dicha Michaela; y que avia respondido dicha Doña Josepha: dexese V. md. de effo, que quedando yo en el mundo, no le harà nada falta à Michaela; y por dicho D. Juan se le preguntò, si podria jurar effo? Dixo que si, que lo haria siempre, que fuera menester. Y que despues avia oydo dezir, que la dicha Michaela se avia retirado de la casa, y amistad de Don Juan de Messa, y se avia puesto de parte del Colegio, y que avia como quinze dias la viò entrar con otra muger en las casas de Juan Guerrero.

163. Antonio Bernabè Virtudes à la misma pregunta dixò: (Piez. 2. fol. 18.) *Que la dicha Michaela, sirviente que fue de la dicha Doña Mariana, le dixo vn dia al testigo, si vn hombre fuera Racionero, como yo soy Racionera, lo passaras muy bien; à que el testigo le dixo: que en que forma, ò manera era Racionera? Y entonces le expreso al testigo, como el Padre Rector de la Compañia la avia llamado, y la avia regalado con dos panetes blancos, y vna libra de carnero, y que antes le avia dado dos reales, y dichole, no passasse necesidad, porque sièpre que la tuviesse ocurriese, y la socorreria, y que le avia dicho avia de dezir en este pleyto lo que supiesse à favor de dicho Colegio, y contra de Don Juan de Messa; y cerrò*

diziendole al testigo, no se avia de con-  
denar por nadie: y sin embargo sabe el  
testigo, que la referida se ha buuelto en  
contra de Don Juan, y en favor de el  
Colegio, pues se ha separado de ir à sus  
casas, y frequentar las de Juan Guer-  
rero, donde el testigo la ha visto sen-  
tada.

164. Maria Francisca de  
la Linde à la misma pregunta (P. 2.  
fol. 30.) dixo: Que avrá vn año con  
poca diferencia, que se mudó la testigo  
como vezina à las casas de Michaela  
Francisca, moza que fue de Doña Ma-  
riana de Mora, à la qual sabe, y le  
consta, que los Padres del Colegio de la  
Compañia de Jesus de esta Ciudad le  
daban de comer todos los dias embian-  
dole el puchero, y pan que avia de co-  
mer, y que algunos dias fue por el pu-  
chero de orden de dicha Michaela, Ana  
Maria Garcia su hija, y que la dicha  
Michaela dezia, q̄ dichos agassajos, y  
mantenimiento le hazia el Colegio, por-  
que declarasse à su favor en el pleyto,  
que traia con dicho Don Juan de Mes-  
sa; y que en vna ocasion fue la testigo  
con dicha Michaela al Colegio, por aora  
haze vn año, y le regalaron el Rector  
de dicho Colegio muy bien, y le dió pa-  
ra la testigo vna libra de carne, y vn  
pan, y à la dicha Michaela otro pan, y  
como dos libras de carne en vna espor-  
rilla; y q̄ en otra ocasión fue à sus mismas  
casas Juan Guerrero de la Cueva Es-  
crivano, y llamó à solas à la dicha Mi-  
chaela, à quien en el portal de dichas  
casas le dió media pescada de bacalao,  
y vn real de plata, y despues subió dicha  
Michaela diciendo, que dicho Guerre-  
ro le avia dado aquello, que se lo em-  
baban los Padres; y sabe asimismo,

que muchos dias la combidó à comer di-  
cho Guerrero en sus casas, donde fue.

165. I que vna tarde la em-  
biaron à llamar los Padres de la Com-  
pañia à dicha Michaela en la Calle de  
las Escuelas, en casa de Don Manuel  
de Quesada Clerigo, y estuvo en ellas  
haziendo vna declaracion toda la tar-  
de, y mucha parte de la noche, à donde  
le embiaron los Padres la cena muy  
buena, segun ella dixo; y sabe asimis-  
mo por aver selo dicho la susodicha, que  
despues de aver becho la dicha decla-  
racion fue la dicha Michaela à confes-  
sar, y aviendo dicho lo que avia passa-  
do, no la quisieron absolver, motivo  
porque perdió la amistad con dichos  
Padres, y con dicho Juan Guerrero, y  
no le embiaron de comer despues de  
aver passado lo susodicho, porque dixo  
dicha Michaela le avian dicho, que se  
desdixera, porque de no, no la podian  
absolver. Y que en otra ocasion sabe,  
fue la testigo con dicha Michaela casa  
dicho Don Manuel de Quesada donde  
esta el Padre Procurador, y aviendo  
hablado, le dixo este, que con el dicho  
que avia depuesto dicha Michaela avia  
de perder à dicho Don Juan de Messa,  
lo qual passo en presencia de dicha Mi-  
chaela, y la testigo.

166. Maria de Nava à la  
misma pregunta dixo: (Piez. 2. fol.  
39.) Que con el motivo de ser vezina  
de su casa la dicha Michaela de Mo-  
ra, esta le dixo à los Padres de la tes-  
tigo, si querian hazerle merced, de que  
la testigo fuera à la Compañia de Je-  
sus por la olla, y pan que avia de comer,  
que le embiaban los Padres, y con efec-  
to aviendole dado la licencia, fue tres,  
ò quatro dias con vn papel que le daba

al dicho Colegio, y se lo entregaba al Portero, y este se lo daba al Procurador, cuyo nombre no sabe, si que es gordo, y chato, y con esto baxaba dicho portero unas vezes, y otras dicho Procurador, y le entregaban vna olla, y vn panete blanco unas vezes, y otras bazo, para que comiesse, y lo llevaba à dicha Michaela que lo tomaba; y despues de muchos dias con el motivo de que dicha Michaela fue à confessar, perdió la amistad con el Colegio, y esta dixo à su madre, como los regalos que le avian hecho en el Colegio avian sido, porque avia hecho vn juramento falso à favor de dicho Colegio en este pleyto; y que aviendo ido à confessar se lo avian reprehendido, y que le precisaba hazer otra declaracion diziendo la verdad, porque si no, no le querian absolver.

167. Tambien en la dicha informacion ad perpetuam hecha por el Colegio, la dicha Michaela Francisca al sexto capitulo (Piez. 2. fol. 158.) declaró, que aviendo pasado con Maria de la Linde à pedir siete pesos, que le debia Don Juan de Messa, este avia encargado à la referida no declarasse cosa alguna contra él: por lo qual la Parte del Colegio presentò tambien por testige à la dicha Maria de la Linde, que contestò la cita (Piez. 2. fol. 163.) pero en la ratificacion se retrató la referida (Piez. 2. fol. 198.) reformando la declaracion, que avia hecho en favor de dicho Colegio.

168. Pero dexa sin duda todo lo referido el averse presentado en estos Autos por parte del di-

cho Colegio diez papeles escritos por la dicha Michaela Francisca, los ocho al Padre Rector de dicho Colegio, y los otros dos à Juan Guerrero de la Cueva, los que pidió reconociesse la referida, y declarasse; como era cierto, que hasta despues que hizo la deposicion en las casas de Don Manuel de Quefada, no se le avia dado cosa alguna, ni se le avia persuadido, ni inducido, y solo habládole, para que dixesse la verdad de lo que supiesse en razon de dicho Testamento; y que la limosna, que se le avia dado, avia sido en vista de la necesidad, que por dichos papeles avia manifestado tener. Lo qual se mandò asì.

169. Los referidos papeles no tienen fecha; con que no se puede venir en conocimiento del dia en que se escribieron, y los seis primeros se reducen à pedir la dicha Michaela vn focorro, ò limosna à dicho Padre Rector, sin otra expresion alguna: pero el septimo, y octavo, que son dirigidos tambien à dicho Padre Rector, son en la forma siguiente. El primero: (Piez. 4. fol. 38.) Señor: por amor de Dios socorrame vsted con vna limosna por amor de Dios: Don Juan de Messa le dixo à mi vezina, que toda mi declaracion la avia de desmentir, y que me avia de acordar de él, que se avia de vengar de mi; pero yo estando vsted de por medio, no me dà cuidado de él. Y el segundo (Piez. 4. fol. 39.)

170. Señor: Don Juan de Messa me dixo la otra noche, que ya sabia como yo avia declarado, y que me

me avia de hazer, q̄ declarasse por su parte, y yo le dixè, que ni por parte suya, ni por parte del Colegio tenia que dezir nada, y me dixo, que me castigarian por perjura: le preguntè, que quien le avia dicho que yo avia declarado, y dixo, que quien lo oyò se lo dixo, con que me dixo lo que quiso en mi cara: la otra muger es menester, que yo la vaya acordando, porque dize, que no se acuerda, y que no quiere; con que yo verè si puedo hazer, que se acuerde, y avisarè: por amor de Dios, que no salga mi declaracion hasta que me pague, porque dize, que no me ha de pagar, que en pagandome yo avisarè, porque me dixo, que yo era la Capitana de los embustes del Colegio. Señor: si tiene vsted, que embiarme vna limosna por amor de Dios, porque oy no he tenido providencia ninguna. Michaela.

171. De los papeles escritos à Juan Guerrero, en el vltimo trata tambien de las amenazas, que dize le hazia Don Juan de Messa, y le pide dos reales. (Piez. 4. fol. 41.)

172. La Michaela Francisca reconociò con efecto los dichos diez papeles, (Piez. 4. fol. 43. B.) que eran de su puño, y letra, y que los avia escrito el dicho Padre Rector, y Escrivano; y declarò, que hasta despues de la declaracion, que hizo en las casas del Don Manuel de Quesada, no se le avia dado cosa alguna por el Colegio: q̄ dicho Padre Rector en dos, ò tres ocasiones avia hablado en razon del Testamento de la dicha Doña Mariana, y que aunque no se acordaba las palabras que passaron, ibi:

Es cierto, que la declarante hizo juicio, que quando le preguntaba en razon de dicho Testamento, seria, porque quando declarasse dixesse à su favor; y que la limosna, que la declarante pedia à dicho Padre Rector en los papeles, que llevaba reconocidos, en el año proximo passado, era à instancia del referido Juan Guerrero Escrivano, que le aconsejaba, para que pidiese quanto se le ofreciese.

173. Tambien se le leyeron de orden del Alcalde Mayor las dos declaraciones, que avia hecho, la vna en la informacion del Colegio, y la otra en la probanca de esta Parte; y en su vista dixo, ibi: No tenia que exponer en razon de lo que contienen cosa alguna, respecto de que en la que hizo à pedimento de Don Juan de Messa, tiene expresados los motivos, que tuvo para hazer la primera, como tambien à lo que lleva dicho en esta en el particular de los papeles, que ha reconocido, y lo demás, que se le ha preguntado, sin acordarse de otra cosa mas sobre el contenido de dichas preguntas.

174. Este es el hecho puntual, que de los Autos resulta en razon de las deposiciones de Michaela Francisca: cuya expresion, aunque difusa, no hemos omitido, solo à fin de promover la admiracion, à vista de que el Corregidor de Jaen, y su Acompañado en la cabeza de su sentencia (sup. n. 122.) huviesen querido motivar con la variedad de las declaraciones de esta testigo la validacion del Testamento, retorciendo contra esta Parte el argumento de dichas con-



tradiciones, el qual en el caso que sea apreciable, tan solamente pugna contra la pretension del Colegio en este litigio; porque ni consta, ni se ha justificado de modo alguno, que Don Juan de Messa huviesse sobornado à la referida, para que declarasse, ò que con el color de limosna le huviesse dado cosa alguna, ni menos, que para su retratacion la huviesse inducido.

175. Además de que hallandose contrarias las dos declaraciones hechas por la referida Michaela Francisca, en el caso concreto de este pleyto se debe estar à la segunda, que hizo en la probança de esta Parte, en que se ratificò en la tercera, y vltima, y no à la primera, que executò en la informacion ad perpetuam del Colegio: porque aunque sea cierto, que regularmente, quando el testigo en el examen segundo, que haze, depone lo contrario de lo que avia dicho en el primero, entonces se debe estar à su primera declaracion, y no à la segunda, Jul. Clar. in Prax. §. fin. quest. 53. vers. Prædicta autem. Menoch. de Arbitr. lib. 2. cas. 108. num. 9. y 10. Cevall. comm. contr. comm. quest. 803. per tot. Dom. Covarr. lib. 2. Var. cap. 13. num. 8. vers. Tertium est. Vbi Far. cum plurim. num. 88. Farin. de Testib. quest. 66. part. 4. num. 124. Aunque otros dixeron, que à ninguna se debía dar fee.

176. Lo es tambien, que la referida regla entre otras solemnes limitaciones, q̄ padece, lo es vna,

quando la primera deposicion contuvo nulidad, ò porque no se executò solemnemente, ò porque no se recibì juramento à el testigo, ò porque consta en el processo notoriamente de la inverosimilitud, ò falsedad de la dicha primer deposicion, porque entonces no se debe creer la primera, sino es se debe estar à la segunda, que hizo el testigo jurado, y con las solemnidades de derecho, y que resulta de los Autos, sea vnas verosimil, y cierta, ita cum plurim. Far. ad D. Covarr. lib. 2. Var. cap. 13. num. 90. Farinac. de Testib. dict. quest. 66. part. 4. ex num. 147. ad 155.

177. Es asì, que la primera declaracion hecha por la Michaela Francisca, es notoriamente nula, inverosimil, sin que se le huviesse recebido juramento para ella, y hecha sin formalidad alguna de derecho: Luego en el caso presente se debe estimar tan solamente la segunda, que la referida hizo en la probança de esta Parte. La menòr de este sylogismo se prueba de ser cierto, que la informacion ad perpetuam solo se puede hazer en los casos establecidos por el derecho, ex Text. in leg. 3. de Testib. L. 4. C. eod. cap. Quoniam frequenter 5. Vt lite non contest. cap. Significavit 41. cap. Albericus 43. de Testib. L. fin. vbi Dom. Greg. Lop. Gloss. 2. & 3. tit. 10. L. 2. vbi Dom. Gregor. Lop. Gloss. 4. & 6. cum legib. sequentib. tit. 16. part. 3.

178. Y entre otros esenciales requisitos, que deben concurrir, lo es vno, el que se haga con



# CONCLUS. II.

*MANIFIESTANSE LA FALSEDAD, Y NULIDADES, que contiene el aserto Testamento, que suena otorgado por Doña Mariana de Mora.*

181. **L**as nulidades del referido Testamento se reducen a dos clases distintas, porque unas nacen de la peculiar naturaleza del mismo instrumento; y otras de los muchos indicios, conjeturas, y presunciones, que persuaden su falsedad, y suposición,

no solo en quanto à la Clausula del legado, que dà motivo à este litigio, sino es tambien en quanto à toda la expressada disposicion; por lo que trataremos ambas especies con separacion, dividiendo esta Conclusion en dos Partes.

## PARTE PRIMERA.

*NULIDADES, QUE PADECE EL DICHO Testamento.*

182. **E**S la principalissima no averse otorgado ante el Escrivano, y testigos, ni averse leído integramente delante de estos, y de la Testadora; porque como deponen todos los instrumentales, y Antonio Bernabè Virtudes, tan solamente se leyò hasta la Clausula 22. (*supr. relata n.8.*) y aviendo acaecido el lance de la interpelacion hecha por Alonso Gomez de Aguilera, manifestando la Testadora qual era su voluntad en dicho assumpto, no solo no se continuò la lectura de las quatro Clausulas siguientes, sino es que sin oirlas se fueron los testigos, y el Escrivano, quedádo diferido el otorgamiento para otro dia, como resulta de las declaraciones hechas por dichos testigos *supr. ex n. 14.* & num. 143.

183. Para lo qual es de suponer, que aunque sea question celebre entre los Autores, si la lectura de el Testamento nuncupativo reducido à Escritura, sea tan esencial, que por su defecto se aya de declarar el Testamento nulo? En la qual se han dividido en varias opiniones; afirmando unos, que por dicha causa el Testamento es nulo por defecto de voluntad. *Mantic. de Coniect. ultim. volunt. lib. 2. tit. 4. num. 6. Mascard. de Probat. conclus. 1358. num. 74. Gasp. Ant. Thesaur. question. Forens. lib. 4. q. 28. per tot. Ant. Gom. l. leg. 3. Taur. num. 107. Tell. Fernand. ibid. p. 2. num. 19.* defendiendo otros, que la falta de leccion, y publicacion es de sola solemnidad, y que esta puede suplirse por impedimento, que

fobrevenga al Testador , por lo qual *constando plenamente de la voluntad de este*, el Testamento no se rã nulo por el defecto de dicha lectura. Alvarad. *de Coniect. ment. de-funct. lib. 3. cap. 2. §. 1. num. 14.* Burg. de Paz *in leg. 3. Taur. part. 1. n. 202.* Guzm. *verit. 15. num. 14.* Flor. Diaz de Men. *lib. 1. Variar. quest. 1. n. 37.* Dom. Castill. *lib. 4. Controv. cap. 21. num. 24. 90. & 112. & cap. 22. ex num. 119. cum plurim.* Escañ. *de Testam. cap. 14. ex num. 7.*

184. Pero para la inteligencia de estas doctrinas, y evitar la equivocacion, que resulta de la generalidad, con que se explican algunos de los dichos Autores, es de advertir, que el Testamento nūcupativo, aunque sea *in scriptis*, puede otorgarse de dos modos. El primero, expressando el Testador toda su voluntad completa delante del Escrivano, y los testigos, la que despues reduce à Escripura el mismo Escrivano; ò ya sea que el Testador fue notando à este su disposicion delante de los dichos testigos. El segndo, quando aviendo-se formado el Testamento por solo el Escrivano, y à presencia del Testador, ò por su orden, pero sin hallarse presentes los testigos instrumentales, despues son llamados estos para oir leer el dicho Testamento delante de el Testador, y otorgarlo.

185. Porque en el primero es cierta la segunda referida opinion, à causa de que constando ya à los testigos la plena voluntad del Testador, que manifestò delante

de ellos, entonces la lectura de el mismo Testamento es de pura solemnidad, y su defecto no influiria vicio de nulidad en la disposicion. Pero en el segundo, como à los testigos no puede constar, si lo que sin su asistancia escriviò el Escrivano en el Testamento, es, ò no la verdadera voluntad de el Testador, se haze tan indispensable su lectura integra delante de los dichos testigos, y à presencia de el Testador, que por su defecto se deberà declarar nulo el Testamento.

186. Con cuya distincion de casos se convinan todas las opiniones, que sobre punto de lectura suscitan los Autores, vt animadvertit Flor. Diaz de Men. *vbi prox. num. 43. ibi: Notandum etiam est, quod secundum supradictas resolutiones, de substantia scripturæ Testamenti ad hoc vt sit publica, est lectio, & consensus, vel (otorgamiento) testantis, vt in dict. leg. 13. de substantia verò ipsius Testamenti nuncupativi, non est dicta lectio, sed solum publicatio integra, & perfecta voluntas Testatoris, coram testibus audientibus, & intelligentibus facta: que substantia in omnibus Testamentis privilegiatis, & non privilegiatis est necessaria; aliàs erunt imperfecta ex defectu voluntatis, & sic cessant plures specialitates à DD. assignatæ in materia lectionis, & publicationis.* Y son de este mismo dictamen. Azev. *in leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. num. 64.* Martienz. *ibid. Gloss. 6. num. 4.* Don. Covarr. *in cap. Cum esses 11. de testam. ex num. 16. vbi Orteg. n. 35. cum plurim.* Escañ. *de Testam. vbi pro-*

proximè num. 20. ibi: Verum esse iure communi, Testamentum nuncupativum de quo per Notarium facta fuit scriptura legendum esse, si vè publicandum coram testibus, & testatore. Et num. 26. ibi: Si testamentum nuncupativum reducatur ad scripturam propter faciliorem probationem, si non fuerit lectum, & publicatum non utique valebit: quia iure communi, & regio lectio illius requiritur, **VT FRAUDES LABELLIONUM, EVITENTUR, ET CERTIOR SIT PUBLICA FIDES.**

187 Sed si ob impedimentum superveniens Testatori testamenti scriptura non fuerit lecta, valebit utique testamentum, **SI TESTANTIS PERFECTA FUIT VOLUNTAS**; quod ex clausulis, & ipsa scriptura testamenti demonstrabitur, & talis voluntas ex testibus probari poterit, testes etenim quia principio usque ad finem fuerunt presentes, **ET TOTAM VOLUNTATEM TESTATORIS AUDIERUNT**, dicere debent an testator habuerit, vel non dispositionem suam perfectam, & quæ in scriptura continentur ex mente, & voluntate testatori fuerunt, & sic testibus probata voluntas, ut Testamentum nuncupativum sustinebitur.

188. Y fundan la misma opinion Mart. de Succes. Legal. part. 4. quæst. 1. artic. 7. n. 48. Guzm. verit. 15. num. 16. Spin. de Testam. Gloss. 31. n. 21. & 22. ibi: Quod verum intelligo, quando tale Testamentum fuit factum à Testatore, & postea vocabis Tabellionem, & testes, & tradidit illum Tabellioni dicendo, illud esse suum testamentum, & ultimam vo-

33.  
luntatem, **VEL QUANDO SIMUL CUM LABELLIONE PRIVATIM FECIT, POSTMODUM ACCERSISTI FUERUNT TESTES AD TALE TESTAMENTUM REQUISITI**: quo casu requiritur, ut legatur per Tabellionem coram testibus, & quod postquam lecta fuerit, Testator dicat illam esse suam ultimam voluntatem, prout Tabellionem expresserit, cum legerit illud. At verò si testamentum à sui principio, & eius exordio factum est presentibus testibus, & videntibus Testatorem dictantem, & Tabellionem scribeutem prout Testator dicit. Tunc non est necesse, ut postmodum legatur ab ipso Tabellione. Mascard. de Probat. concl. 1352. num. 59. Burg. de Paz in dict. leg. 3. Taur. ex num. 214. cum plurim. D. Castill. lib. 4. Controv. cap. 2. n. 108. ibi: Id circo ipsis testibus presentibus, & voluntatem Testatoris audientibus, adque intelligentibus, probari poterit testamentum, & si ante eos lectum non fuerit.

189. Y es la razon: Lo primero, porque los testigos de el Testamento deben afsistir à todo el, oyendo la disposicion del Testador, y lo que este determina. L. Casus 8. L. Cum antiquitas 28. C. de testam. Mart. de Succes. legal. tom. 2. part. 4. quæst. 1. artic. 10. num. 33. cum alijs Elcañ. de Testam. cap. 25. n. 20. ibi: Requiritur quod testes dicant de voluntate testatoris, & quod perceperunt, & intellixerunt quidquid ipse disposuit. Y es cierto no se podrá verificar lo referido, si aviendose escrito antes el Testamento por el Escrivano sin afsistencia de los tes-

R tigos,

rigos, después no se leyese à su presencia, y lá del Testador.

190. Y lo segundo: por que siempre que consta, que el Testador quiso testar *in scriptis*, aunque nuncupativamente, no admite controversia, que la lectura del Testamento delante de los testigos es tan esencial, que su defecto viciara el Testamento, y se deberá declarar nulo por defecto de voluntad, la que no se puede decir perfecta, si no concurren los requisitos establecidos por Derechos para ello, vt *in terminis* docent Rlor. Diaz de Men. *Variar. lib. 1. quest. 1. num. 38.* Dom. Castill. *lib. 4. Controv. cap. 21. num. 115.* verfi. *Quarta denique conclusio.* Elean. de *Testam. cap. 14. num. 12.* ibi: *Verum communis opinio aliquas patitur limitationes: Prima est, quando Testator in scriptis, & non in alia forma vult testari: tunc ergo necessaria est lectio, & approbatio Testatoris, non propter solemnitatem testamenti, sed ob perfectionem voluntatis, quæ non dicitur perfecta donec scriptura sit lecta, & approbata; nam antea poterat Testator adere, & minuire.*

191. O à lo menos se deberá declarar nulo por defecto de vna solemnidad substancial, como lo es la lectura del Testamento, sin la qual no se podrá denominar este instrumento publico, *ex Text. in leg. 103. tit. 18. part. 3.* ibi: *È tal testamento debe ser leído, è fecho ante siete testigos.* L. 54. eiusd. tit. ibi: *È quando el pleyto, ò la postura facen ante el, deben ser delante de so vno aquellos, que han de ser testigos, è apercebidos, è mostrarlos quien*

*son aquellos, que facen la postura; è en que manera la ponen, leyendo la nota ante ellos todos.* L. 13. tit. 25. lib. 4. *Recop. ibi: Los dichos Escrivanos lean presentes las partes, y los testigos.* Roder. *Suar. alleg. 1. num. 39.* Azeved. *in leg. 2. tit. 4. lib. 5.* *Recop. num. 48. & 58.* Gutierrez. *lib. 1. Pract. quest. 140. num. 141. & 142.* Novissimè Orteg. *ad Dom. Covarr. in cap. Cum esses 11. de Testam. 36.* ibi: *Vbi alicuius actus instrumentum fit ad probationem, siue in contractibus, siue in vltimis voluntatibus, partibus legi debet, vt fidem habeat; etiam si actus gestus ad eius substantiam, vel formam scripturam non exigat: hoc autem non ideo stabilitur, quia ante scripturæ lectionem actus sit imperfectus defectu voluntatis, sed imò defectu solemnitatis, quæ seruanda est ob publicam vilitatem; UT FRAT. DESTABELLIONUM EVL-TENTIUR, & vt certior sit eorum publica fides.*

192. Es así, que como consta de toda la serie de los Autos, los testigos instrumentales no se hallaron presentes à el tiempo de la Escritura de el Testamento de Doña Mariana de Mora, ni oyeron à esta notar su disposicion al dicho Escrivano; pues como se ha justificado plenamente à la segunda pregunta del Interrogatorio da esta Parte, y à la tercera del Interrogatorio de el Colegio con mucho numero de testigos, entre los quales lo es el mismo Juan Fráncisco Guerrero de la Cueva, la tarde del dia 3. de Octubre de 722. entrò este en las casas de la Doña

Ma-

Mariana; y aviendo hecho salir del quarto donde estava la referida las personas, que en èl estavan, y cerrado las puertas, se quedò solo con la enferma, y en esta forma escribió de su puño el dicho Testamento; y aviendole fenecido poco despues de la Oracion, salió à la calle à buscar los testigos instrumentales, que traxo; y aviendo comenzado à leer dicho Testamento en presencia de la enferma, y llegado à la Clausula 22. y acaecido la interrupcion, y lance, que contestes deponen los tres testigos instrumentales, y Antonio Bernabè Virtudes, no solo se no còtinuò la lectura, sino es que quedandole en aquel estado, todos se fueron à la calle, sin aver oydo los dichos testigos las Clausulas siguientes, en que se hallan la institucion de herederos, y otras disposiciones, y sin que puedan deponer los referidos de modo alguno, si lo escrito en las Clausulas 23. 24. y 25. fue, ò no la vltima voluntad de la dicha Doña Mariana.

193. Luego à todo concepto el dicho Testamento es notoriamente nulo por el defecto de dicha lectura, ya sea porque no consiste de la voluntad perfecta de dicha Testadora, ò ya por el defecto de la dicha leccion, que era de solemnidad effencial, y de substancia en el dicho caso, así por no estar informados los testigos antecedentemente de la disposicion, y vltima voluntad de la dicha Doña Mariana, como no lo estavan; como tambien, porque

no puede dudarfe, que la referida quiso testar *in scriptis*, pues à este fin avia consentido, que el Escrivano le huviesse estado escribiendo en su quarto la tarde antecedente, y alsimismo asintió à que se llamasen testigos para que se otorgasse, y leyese ante ellos, como lo depone el dicho Juan Guerrero de la Cueva presentado por el Colegio (Piez. 2. fol. 131. B.) donde aviendo referido, como la tarde de dicho dia 3. de Octubre aviendo pasado à ver la enferma, y dispuesto el Testamento, à que dize concurrió el Padre Jubilado Cobo, ibi:

194. *El qual el que declara escribió, y lo llenò por sí mismo, sin averse valido de oficial, por el sigilo que la dicha Doña Mariana encomendò desde su principio, y concluido, entrada ya la noche se despidieron dicho Rmo. Padre Jubilado, y el testigo, previniendole à la Testadora, QUE SOLO FALTABA OTORGARLO EN PRESENCIA DE TESTIGOS; à lo que la dicha Doña Mariana respondia, estava cansada, que al siguiente dia se haria aquella diligencia; con lo qual despidiendose tambien el que declara, se fue, y llegó al umbral de la puerta de la calle para irse à su casa; pero haziendo reflexion de ser tan poco LO QUE FALTABA PARA PERFECCIONAR EL TESTAMENTO, bolvió à sub., y dixo à la enferma: Señora, quien verá à mañana? Pues yo estoy bueno, y no sé si llegaré à mi casa; no será mejor, que usted aora otorgue el testamento, pues es cosa tan facil LO QUE*  
FAL-

*FALTA: A que dicha Testadora respondió: que como quisiese; à que replicó el testigo: pues voy à buscar testigos; à que la Testadora replicó: que cuidado no se supiera; à que tambien el testigo dixo: que aquella diligencia quedaba de su cuidado; y con efecto buscó, y pidió los testigos sin salir de la Plaza de San Francisco, &c.*

195. Y siendo cierto, que siempre que el Testador determina, y quiere, que su voluntad, y disposición se publique, y sea delante de los testigos, entonces la lectura, y publicacion es tan de esencia del Testamento, que faltando ella, se debe declarar nulo por imperfeccion de la voluntad. Menoch. de *Presumpt. presumpt.* 5. num. 7. Gasp. Ant. *Theaur. quest. Forens. lib. 4. quest. 28. num. 6.* Gratian. *Discept. Forens. cap. 550. n. 5. & 6.* D. Covarr. in *cap. Cum esses 11. de testam. num. 12.* cum alijs Escañ. de *Testam. cap. 14. num. 14.* ibi: *Secundo limitatur, quando Testator ipse destinasset, quod sua ipsa voluntas, & dispositio publicaretur coram Notario, & testibus, iuxta leg. Fideicommiss. §. 1. de legat. 3. Nam tunc publicatio est de substantia testamenti, & illa deficiente testamentum erit nullum ex imperfectione voluntatis.* Y es la razon: porque aunque las solemnidades no sean necesarias, siempre que el Testador determina usar de ellas, su defecto haze nulo el Testamento por razon de la imperfeccion de la voluntad, vt in terminis docet Fontan. *decis. 50. num. 22.* Gutierr. *Præct. lib. 3. q. 47.* Azeved. in *leg. 2. tit. 4. lib. 5.*

*Recop. cum alijs Escañ. vbi proxime num. 16.* Luego el dicho Testamento es absolutamente nulo.

196. Además, de que los tres testigos instrumentales, y Antonio Bernabè Virtudes concuerdan, en que despues de leida la Clausula 22. y dicho la Testadora, que lo leido en ella no era su voluntad, sino es que despues de los dias de Doña Josepha passassen la Heredad, y Zumacar à esta Parte en propiedad, convinieron todos, assi los testigos, como el Escrivano, en que era preciso hazer otro nuevo Testamento, ò quitar enteramente la Clausula de los Padres de la Compañia, por lo qual el Juan Guerrero pidió para papel, y afirma Joseph de Aranda, que el dicho Guerrero quedò en avitarles assi à este, como à los demàs testigos para el nuevo Testamento, que se avia de otorgar; y D. Francisco de Hervàs, que se ofreció, à que si fuesse necesario bolveria à ser testigo en el nuevo Testamento, que se avia de hazer; aunque à ninguno de ellos se bolvió ò llamar, como consta de sus deposiciones (*supr. ex num. 140. vsque ad 144.*) Y asimismo depone Michaela Francisca, que al salir la referida noche los testigos, y el Escrivano del quarto de la enferma, oyò dezir à Alonso Aguilera: *Esto no està bueno, es menester que bolvamos à la mañana (supr. num. 157.)* y q̄ la Doña Mariana de Mora huviesse quedado en el mismo concepto, y que en el dia siguiente se avia de bolver à otorgar el Testamento.



mento, lo expreso ella misma la mañana siguiente en que falleció, diciendo à Doña Josepha de Escobar, que en bolviendo dicho Juan Guerrero à enmendar dicho Testamento, se pudiesse otro legado à la dicha Michaela Francisca. (Supr. n. 158.)

197. Es así, que siempre que por consentimiento del Testador se difiere la publicación, y lectura de dicho Testamento hasta otro día, entonces la dicha lectura es de substancia del Testamento, y sin ella no se puede dezir perfecta la voluntad de el Testador. *Surd. decis. 292. num. 11. Menoch. de Præsumpt. præsumpt. 5. num. 7. vers. Verum. Palchal. de Virib. patr. potest. part. 2. cap. 8. num. 66. Genoa de Script. privat. lib. 6. cap. 1. n. 168. vsque ad 172. Dom. Castill. Contror. lib. 4. cap. 21. num. 54. cum alijs Escañ. vbi prox. num. 17. ibi: Tertio limitatur, quando post scriptam à Notario dispositionem, Testator publicationem distulit in aliud tempus: tunc ergo publicatio est de substantia testamenti, & sine illa voluntas dicitur imperfecta :: & ideò cum distulerit in aliud tempus id facere, quod tunc potuisset facere videtur NON HABUISSE ILLAM VOLUNTATEM PRO PERFECTA: ad quid enim procrastinaret negotiũ iam deliberatum?* Luego no aviendo buuelto los dichos testigos, como no bolvieron al siguiente dia, no se publicò ante ellos el dicho Testamento, y por cósiguiente es evidente nulo también por esta causa.

198. Y ultimamente de todo lo referido se infiere, q̄ avien-

dose ido los testigos instrumentales, como se fueron despues de el lance acacido en la lectura de dicha Claus. 22. ni asistieron al otorgamiento de dicho Testamento: ni estuvierò presentes à èl, sièdo así, q̄ esta presècia està establecida expresamente por la ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop. ibi: *Si alguno ordenare su testamento, ò otra postrimeria voluntad con Escrivano Publico, DEBEN SER PRESENTES A LO VER OTORGAR TRES TESTIGOS A LO MENOS.* Ant. Gom. in leg. 3. Taur. num. 49. & 50. Flor. Diaz de Men. in addit. ad decis. 46. Gamm. ibi: *Nota, quod testes debent esse presentes simul tempore absolutiois testamenti, quod (otorgamiento) dicitur. Matienz. in dict. leg. 1. Gloss. 4. ex num. 1. præsertim num. 2. ibi: Nec satis est eos esse presentes, nisi omnes intelligant, & percipiant, quæ in testamento nuncupativo scripta sunt, ITA UT NULLAM PARTICULAM ETIAM MINIMAM PERCIPIERE DESINANT: non enim sufficit testes omnes testamento esse presentes, nisi præterea omnia, quæ ibi acta fuere plenè intellexerint.*

199. En cuyo Texto la palabra deben importa necesidad, y forma substancial, por lo qual su defecto viciaria el acto, y influiria visible nulidad en el Testamento; vt in terminis docet Matienz. vbi prox. num. 6. 7. y 8. y que la palabra deben importe necesidad en el acto, es comun, ex Text. in cap. Præposui, §. Super quo, & cap. Oblat & de appellat. L. Prætor in princip. ff. de edend. P. Thom. Sanch. de Ma-

*trim. lib. 4. disput. 23. num. 2. & in Præcept. Decalog. tom. 2. lib. 6. cap. 4. num. 36. P. Vazq. 1. 2. q. 96. art. 4. disp. 158. cap. 3. num. 21. P. Azor Instit. Moral. part. 1. lib. 5. cap. 6. quæst. 5. Dom. Vela, dissert. 2. n. 29. cum plurim. Barbof. in Dictionib. vju freqq. diction. 77. ex num. 1. Y así poniendose por precisión, y forma en dicha ley la presencia de los testigos al otorgamiento del Testamento, no es disputable, que por su defecto es notoriamente nulo.*

200. Y no aviendo justificado de modo alguno la parte del Colegio en estos Autos, el que se huviesse leído, y otorgado el dicho Testamento; siendo así, que por fundarse en él, le incumbe esta obligacion. Matienz. *in leg. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. Gloss. 3. num. 4. Anton. Gom. in leg. 3. Taur. n. 107. Dom. Castill. Controv. lib. 4. cap. 21. num. 89. vers. Onus autem. D. Covarr. in cap. Relatum, de Testam. num. 11. vers. Prima. Orteg. ad eund. cap. 11.*

num. 37. Subsisten sin contradiccion alguna todos los fundamentos expuestos, sin que obste la Clausula final, que se halla escrita en dicho Testamento, en que suena averse otorgado ante dicho Escrivano, y testigos (*suprà num. 12.*) Lo primero: porque hallandose contra la expresion de dicha Clausula las contestes deposiciones de los testigos instrumentales, prepóderan estas, y se debe estar à ellas, y no à dicha expresion, como queda fundado en la Conclusion primera. Y lo segundo: porque en dicha Clausula final no da el Escrivano fee de averse otorgado en la forma, que alli se enuncia, ni tampoco de conocer à los otorgantes; porque solo dize, *ibi: Doy, conozco, &c.* debiendo decir *doy fee*, pero como era incierto el contenido, se omitió cuydadamente, por no faltar dicho Escrivano en todo à el testimonio de verdad.

## PARTE SEGUNDA.

### PRUEBASE, QUE EL DICHO TESTAMENTO es falso, y supuesto.

201. **L**A falsedad, suposicion, y simulacion de los instrumentos, pareció à algunos era de tan difícil probança, que apenas en lo humano podia conseguirse justificacion perfecta de dichos defectos; pero sin embargo, por esta propria dificultad convienen los Autores, en que para fundarla bastaban indicios, con-

jeturas, y presunciones, especialmente en materias civiles, en las quales sola la presuncion de falsedad se tiene por convincente prueba de ella misma, *vt fundatum manet sup. num. 80.* y concurriendo tantas en el presente caso, parece no queda duda de la suposicion de dicho Testamento, como resulta de los indicios siguientes.

## INDICIO I.

202. **P**Ara el qual es de suponer, que el instrumento puede dezirse ya falso, ò ya sospechoso de falsedad: Lo primero, quando consta, que lo relacionado en él, pasó de diverso modo, que en él se lee: Y lo segundo, quando faltando cócluyente prueba de lo referido, existen verosimiles indicios, y conjeturas de su falsedad. *L. 2. ff. de fide instrum. L. Inbemus, C. de probationib. cap. Inter dilectos de fide instrum. Parej. de Edit. Instrum. tit. 1. resol. 3. n. 26. Farinac. de Falsit. quest. 152. ex num. 1. Barbosa. vot. 68. num. 2.* Y como los testigos instrumentales del Testamento de Doña Mariana deponen contestes, que lo contenido en el que se halla presentado en Autos no fue la voluntad de la referida, sino es otra cosa diversa; es claro, que este no se debe llamar indicio, sino es evidencia de falsedad, y el dicho Testamento no se deberá denominar sospechoso, sino es absolutamente falso.

203. Por ser conclusion cierta, que siempre que los testigos instrumentales contestes deponen contra el contenido del Testamento, ò otro instrumento semejante, de tal fuerte le dimuneyen la fee, que solo por este hecho se haze gravamente sospechoso de falsedad. *Mench. de Arbitr. caf. 107. ex num. 1. cum plurim. Giurb. conf. 78. ex num. 2. Cyriac. Controv. Forens. controv. 107. ex num. 153. & controvers. 409. num. 16. Parej.*

*de Instrum. Edit. tit. 1. resol. 3. §. 2. ex num. 17. y queda fundado sup. ex num. 57. cum Dom. Covarr. Dom. Gregor. Lop. & plurim. ex Text. in leg. 15. tit. 18. part. 3. ibi: Estorze acordandose todos los testigos de la carta en vno deben ellos ser creidos, è non el Escrivano.* Como tambien el que contra los dichos testigos instrumentales, ni ay, ni se ha probado defecto, que demodo alguno pueda enervar sus deposiciones, *suprà ex n. 85.*

204. Y esto con superioridad de razon, quando sola la variedad, y repugnancia entre los testigos del instrumento induce contra el presumpcion de falsedad. *Farinac. quest. 64. de Testib. num. 67. Menoch. de Præsumpt. præsumpt. 23. ex num. 1. Dom. Valenz. Velazq. conf. 92. num. 132. Dom. Larrea, alleg. 96. num. 33. & 34.*

## INDICIO II.

205. **E**Ste resulta de averse escrito el dicho Testamento por Juan Guerrero de la Cueva, el qual no es de buena fama, *vt fundatum mavet sup. ex n. 66.* lo qual induce presumpcion de falsedad. *Mench. de Præsumpt. lib. 5. præsumpt. 20. num. 27. Malcard. de Probat. conclus. 740. num. 30. cum alijs Barbosa. vot. 68. ibi: Septima falsitatis præsumptio, vt de fide suspectum sit instrumentum, oritur, si rogatum fuerit à Notario nutantis fidei, & valde suspecto. Alvar. Peg. Resolut. Forens. tom. 2. cap. 19. num. 31. y 32.* los quales defienden, que para este

efec-

efecto no es menester, que aya precedido sentencia condenando al Escrivano por falsario, sino es que basta probarlo por testigos, ò fama publica, lo que tambien queda fundado *cum plurim. supr. num. 81.* Y siendo tambien transcendental esta presumpcion à el que escrivio el instrumento. *Genoa de Scriptur. privat. lib. 1. quest. 6. dubit. 7. Mascard. de Probat. conclus. 741. n. 26. Dom. Larr. alleg. 96. num. 36. Peg. vbi proximè num. 44. ibi: Decima cõiectura oritur ex mala qualitate scribentis.* No dudandose, que el dicho Juan Guerrero escrivio de su puño el Testamento: es cierto, que por esta causa no es leve la conjetura de suposicion, que resulta.

### INDICIO III.

206. **S**iempre que consta, que el Escrivano ante quien fuena otorgado el instrumento, tenia estrecha amistad con el q se funda en èl, y pretende su validacion, por esto resulta vehemente presumpcion de falsedad contra dicho instrumento. *Cyriac. controvers. 410. ex num. 49. Farin. in Prax. Crimin. part. 2. quest. 52. ex num. 8. Barbos. dict. vot. 68. num. 42. ibi: Nona falsitatis presumpcio oritur ex suspitione, que à familiaritate magna inter adversarium, & Notarium intercedit. Pegas vbi proximè num. 35. Farinac. de Falsit. & simulac. quest. 152. p. 10. num. 214. & 215. ibi: Etiam quandoque propter solam amicitiam committitur falsitas: & sufficit quod quis credebatur reportare commodum, licet non reportaverit.*

207. Es assi, que la demasiada familiaridad del Juan Francisco Guerrero con los Padres de la Compañia de Jesus de dicha Ciudad de jaen, se ha probado plenamente por esta Parte à la pregunta 9. de su Interrogatorio, en que articulò la especial inclinacion, que el susodicho ha tenido, y tiene à dichos Padres, facilitandoles en quanto podia, y tenia arbitrio, lo que era de su conveniencia, beneficio, y vtilidad, lo que deponen contestes diez testigos, y entre ellos Don Juan de Lescano, Oficial que fue de el referido, el qual añade, (*Piez. 2. fol. 31.*) ibi:

208. *Que siempre ha tenido especial afecto à los Padres del Colegio de la Compañia de Jesus, con el motivo de querer entrar en èl à vn hijo suyo, y lograr el despacho de las dependencias del Colegio; y asimismo sabe por aversele dicho el hijo Clerigo de Don Alonso Castañeda Reloxero: que estando vn dia en conversacion vn Cavallero cruzado de esta Ciudad (cuyo nombre no expreso) con èl, y otros Estudiantes hablando del hecho de estos Autos, dixo dicho Cavallero, le avia referido vn Padre de la Compañia, que el dicho Juan Guerrero avia ido à dicho Colegio, y les avia dicho à los Padres, que como le dieran à su hijo la Sotana sin que le costara nada, haria que Doña Mariana de Morales dexara la Viña, y el Zumacar. Y aunque por esta Parte se presentó por testigo à Don Francisco Castañeda hijo del dicho D. Alonso, citado por el testigo antecedente, no pudo deponer por hallarse enfer-*

termo, como consta de certificación del Médico presentada por esta Parte. (Piez. 2. fol. 82.)

209. Y Don Matheo Baranco Clerigo de Menores, depuso (Piez. 2. fol. 79.B.) ibi: *Que Juan Francisco Guerrero tenia estrecha amistad con los Padres de la Compañia, y que pactò con ellos le recibiesen à su hijo Ignacio, à el que le hizieron forana, y bonete; y que avia de ser Escrivano del Colegio, como lo fue. Y referir otros lanzes de familiaridad con dichos Padres. Cuya inclinacion, y afecto se convence tambien con lo que deponen Don Francisco de Medina sup. n. 74. y 75. con que no es dudable la referida presumpcion en este caso.*

210. De la qual resulta otra no menos eficaz; como lo es el que el otorgamiento de dicho Testamento, y Clausula en el puesta en favor de dicho Colegio, cediò en vtilidad del mismo Escrivano Juan Guerrero, que por sus fines particulares, è interessès procuraba complacerlos en todo. Gayt. de Credit. cap. 2. num. 3056. Dom. Larr. alleg. 96. num. 25. & decis. 56. num. 7. Dom. Castill. lib. 8. Controv. cap. 20. num. 32. Fontanell. decis. 257. num. 16. cum plurim. Peg. dict. cap. 19. num. 62. ibi: *Trigesima secunda præsumptio oritur, quando contractus est factus in vtilitatem, illius, qui dicitur facere falsitatem. Y dà la razon, ibi: Falsitas enim semper præsuntitur facta per illum, qui habet vtilitatem illius, & acta in sua potestate habuit.*

(\* \* \*)

## INDICIO IV.

211. **C**onsiste en la grande cautela, con que se versò el Juan Guerrero de la Cueva para escribir, y otorgar dicho juramento: pues para elcrivirlo la tarde del dia 3. de Octubre de 722. se entrò en el quarto de la enferma, cerrò las puertas, y quedò solo con ella, cessando en lo que hazia, siempre, que alguna criada entraba en dicho quarto à cosa de la asistencia de dicha enferma: lo que deponen de vilita tres testigos, Doña Maria de Aguirre *suprà n. 26.* Antonio Bernabè Virtudes *suprà n. 35.* y Michaela Francisca de Mora *suprà n. 156.* y la misma diligencia practicò à el tiempo, que se fue à otorgar ante los testigos instrumentales, que lo deponen, y el dicho Antonio Bernabè Virtudes; y aun el mismo Guerrero *sup. n. 144.* cuyo grande recato, y ocultacion, arguye vehemente presumpcion de falsedad en dicho Testamento. Menoch. de Præsumpt. lib. 3. præsumpt. 124. num. 40. & lib. 5. præs. 20. num. 36. Peregrin. de Iur. Fisci, lib. 5. tit. 1. Rubric. de public. honor. n. 162. cum plurim. Facin. de Falsit. q. 162. p. 4. n. 205. Mantie. de Tacit. & ambig. conv. L. 8. tit. 20. n. 41. Escañ. de Testam. cap. 2. n. 40. Peg. Resol. Forens. cap. 19. n. 78. Nog. alleg. 76. n. 121. ibi: *Prima provenit ex depositionibus Patrum Vega, & Albigistur, dum dicunt eos solos cum Episcopo clausos fuisse ad dicta schedule constructionem, ex hac enim clandestinitate præsuntur falsitas.* Mascard.

T

card. de *Probat. conclus.* 445. n. 1.  
& 2. ibi: *Nam qui clam aliquid faciunt, censentur habere tantam fidem: & hanc presumptionem adiuvat illud vulgare testimonium veritatis; qui male agit odit lucem.*

212. Sin que pueda servir de esugio el excogitado por dicho Juan Guerrero para evadirse de este indicio, como lo es suponer, que la Testadora le avia encargado el sigilo; porque además de que esta especie no se ha probado de modo alguno, es inverosimil, atendida la disposición, en la qual nada se encuentra especial, que pudiesse avernovido à la Testadora para la prevención de tanto recato, y ocultacion en vn Testamento abierto, que precisamente se avia de leer ante tres testigos: además, de que no conduciendo de modo alguno para el expressado fin la precipitacion, y aceleracion, con que principió à leer dicho Testamento à presencia de dichos testigos; que lo deponen *suprà* n. 135. es claro, que el animo de el susodicho en el atropellamiento de dicha lectura, no fue otro, que el de solicitar por este medio, que la Testadora, y los testigos no entendiesen, ni percibiesen bien lo que el mismo clandestinamente, y con tanta precapcion avia escrito aquella tarde à su arbitrio en dicho Testamento.

## INDICIO V.

213. **P**orque la firma de Doña Mariana de Mora, que se halla en dicho Testamento, es

falsa, y supuesta, y muy diferente de las que acostumbraba hazerla referida; lo qual induce vrgentissima presumpcion de falsedad, *ex Text. in cap. Cum gravi; & in cap. Licet 5. de crim. fals. Pegas Resolva. Forensi. cap. 19. num. 100. D. Larr. cum plurim. alleg. 96. num. 26. & 27.* Para cuya certeza es de suponer.

214. Lo primero: que en 29. de Octubre de 734. se hizo reconocimiento de el dicho Testamento de pedimento del Colegio, por Andrés Garcia Miranda y Robledo, y Andrés Rodriguez, Escrivanos del Numero de Jaen, ante los quales exhibió Juan Guerrero (Piez. 1. fol. 43.) vn Registro de Escripturas publicas, otorgadas ante el referido, que estava por encuadernar, y constaba de tres quadernos del dicho año de 722. que se componia de *dozientas y quarenta y seis fojas*; y al fol. 156. se reconoció el dicho Testamento de la dicha Doña Mariana, y cotejada la firma de esta, que en el se halla, con otra de la referida, que se halló en vn quaderno de Autos, que exhibió dicho Guerrero, de la quenta, y division de los bienes, que quedaron por muerte de Don Fernando de Messa marido de la susodicha, y con otra asimismo, que se halló en vna Escriptura de nombramiento de Contador, fecho por la expressada en Francisco Manuel de Messa, Padre de esta Parte, para dicha particion, en 7. de Enero de 716. y con otra de vna Escriptura de imposicion de censo otorgada por la dicha, y su marido en 7. de

Octubre de 1699. dixeron dichos Escrivanos.

215. Les parecia, que la firma de dicho Testamento, y las demás, que avian tenido presentes, eran de vna mano, pulso, y letra, segun el ayre, y forma de ellas.

216. Lo segundo: que de pedimento de esta Parte en 4. de Noviembre del mismo año reconocieron todo el Testamento Gabriel Manuel Amo de Vilches, y Balhasar Alfonso de Alcazar, Escrivanos ambos del Numero, y este ultimo originario de estos Autos, el qual se hallaba en dicho Registro *sin enquadernar*; y declaró, (Piez. 1. fol. 32.) que se componia dicho Testamento de cinco fojas, y acababa al fol. 160. B. a pliegos enteros *cosidos vno en pos de otro*, y que estava escrito de vna misma letra, y pulso, sin tener enterreglonados, ni marginados algunos, y que la tinta con que parece se escribió, era vna misma.

217. Lo tercero: que despues en primero de Septiembre de 735. se hizo cotejo formal à presencia de el dicho Alcalde Mayor por seis Escrivanos Peritos nombrados por las Partes, tres por el Colegio, que lo fueron Diego Colmenero del Castillo, Manuel de Guzmán, y Francisco Joseph Cobo Mogollón; y tres por parte de Don Juan de Messe, que lo fueron Juan Gabriel de Bonilla, Gabriel Manuel Amo de Vilches, y Balhasar Alfonso de Alcazar, Escrivano originario de los Autos: los quales declaró separadaméte.

218. Y los tres nombrados por el Colegio depusieron (Piez. 3. fol. 73. B.) contestes, que el Registro dóde se hallaba el Testamento se componia de *de doze ntas y veinte y seis fojas*, y que en la primera lla va de dicho Testamento tiene vna nota, que dize, ib: *Dè traslado à la parte de el Colegio de la Compañia de Jesus el primer pliego de pobres, y lo demás comun, que corresponde en 11. de Octubre de 1722. Guerrero.* Y que à continuacion ay otra, ibi: *Al fin de este Registro ay Autos, que conducen à Don Gabriel de Alfaro. Que dicho Registro està à pliegos acabados, que es la practica, que ay en dicha Ciudad: que en quanto al pliego segundo, en que està la Clausula del legado del Colegio, no se les ofrecia reparo, porque todas cinco fojas, en que està escrito, se manifestaba ser del pulso, y letra de Guerrero: que en quanto à los renglones no tienen desigualdad notable, ni la tinta, y pluma con que se escribieron.*

219. Y que en quanto à la firma de la Doña Mariana, aviéndola cotejado con otras, que se les hizieron presentes de la referida, no han encontrado deformidad, ibi: *Excepto en la del poder, que diò para testar la referida en el año de 1708. ante Miguel de Cachiprieto, Escrivano del Numero, à quien sucediò dicho Juan Guerrero, la que se halla caracterizada con el mismo ayre de letra, que las demás; pero con EL PULSO MAS TREMULO; y en las seis firmas, que han visto, inclusa la del mencionado poder para testar, y*  
la

la del citado Testamento, solo se encuentra en las quatro firmas, que las dos de ellas, que son las de dicho poder, y Testamento, las rr. las figura de esta manera r y las de las otras dos firmas las figura de esta manera . Y continúan expressando, que aunque la firma del Testamento, segun sus caracteres, manifiesta no la mayor firmeza; esto consiste en la disposicion del pulso, que es vario, segun las conyunturas; y concluyen, ibi:

220. *Que no han encontrado en otro alguno instrumento del dicho Registro, en que el Escrivano diga como lo expreso en el mencionado Testamento, componer se de tantas fojas, y el averse hecho en el de la dicha Doña Mariana, lo atribuyen los declarantes; y les parece seria para dar motivo à bolver con los renglones à la buelta de la foja, para que las firmas se echassen con mas libertad, y por la misma razon està mas abultada la letra de los renglones del final de dicha llana.*

221. Los tres Escrivanos nombrados por esta Parte, expresaron, (Piez. 3. ex fol. 76.) ibi: *Que detestando todo respecto, y insinuacion, y mirando por la salvacion de nuestras almas, que es el unico fin à que aspiramos, sin otro particular de atenciones.* Y continúan refiriendo el reconocimiento, que hizieron de diferentes firmas de la dicha Doña Mariana en diversos papeles, è instrumentos. que en todas fueron 6. y afirmó, concordaban en ayre, y piso, y manifestaban ser de vn pulso; y que aunque en algunas

avia variedad de algun ligamento, y en otras de falta de rubrica, se conocia por el ayre, y fisonomia ser de vn mismo pulso; y que la que diferenciaba en tamaño de letras, y pulso tremulo sin guardar caracter, ni linea derecha, era la del poder, que para testor dió la dicha Doña Mariana en 12. de Noviembre del año pasado de 708. ibi: *La qual corresponde à pulso de enfermo escrito en cama, como lo enuncia dicho poder lo estava la susodicha, por cuyo motivo, aunque parece dicha diferencia, somos de sentir fue de su pulso con las demás citadas.*

222. Y que cotejadas dichas firmas con la del Testamento, que dà motivo à este pleyto, que se hallaba en vn Protocolo enquadernado, y forrado en badana, no como antes lo avian reconocido dichos Vilches, y Alcazar; continúan, ibi: *Vista por nos todos tres Escrivanos la dicha firma, que en dicho Testamento nombra la dicha Doña Mariana Mora Davalos, comprehendemos es de pulso distinto de todas las demás, que arriba llevamos citadas, por manifestarlo su ayre, y pulso de esta ultima, la qual parece escrita con diferentes plumas, por ser vnas letras delgadas, y otras mas recias, y manifestarse de dicha firma, que el pulso con que se hizo era de sano, y firme, y no tremulo, ni correspondiente à 71. años, vn mes, y 11. dias, que parece tenia la dicha Doña Mariana hasta el dia de su muerte, segun lo enuncia la Fe de su Baptismo, que està en estos Autos, y fecha de la citada, que lo fue à los 5. de Septiembre del*



del año pasado de 1651. la que enuncia nació à 22. de Agosto de dicho año al fol. 62. de la 2. Pieza.

223. Ni à lo enferma, que se considera estava, pues vivió hasta la mañana siguiente de la noche, en que se dize otorgó dicho Testamento. Ni tampoco corresponde à la firma, que debió echar en cama: pues manifiesta esta, de que se va hablando, líneas derechas, y estar formadas sus letras, y perfiles con estudio, y cuydado para formar sus dicciones, y hazer sus letras, borrando algunas de ellas para imitar ser firmas de enfermo, lo acredita, el que la firma, que se halla en el poder testandi citado, està muy borrosa, sin formar sus dicciones derechas, ni sus letras cabales para pronunciar el nombre de Doña Mariana de Mora Davalos, y toda ella de pulso tremulo, y correspondiente à enfermo, siendo así, que à el tiempo que la escribió, tenía cinquenta y siete años, catorze menos de quando se dize formó la firma, de que se trata en el dicho Testamento, de que por consiguiente se evidencia no estar tan gravada de enfermedad, como quando murió.

224. Por todo lo qual somos de sentir, no es de pulso de dicha Doña Mariana de Mora, sino es de otro distinto, fingido, y asimilado, que la quiso hazer, y escribir en dicho Testamento redarguido de falso, y así lo sentimos, y dezimos de vn acuerdo, y conformidad, y lo damos por nuestro comprehender, y entender en este encargo.

225. Y continuando la inspeccion de dicho Testamento declaran, que el pliego de la Clau-

fula, sobre que es el pleyto, ibi: Parece es de diversa tinta, que el primero, y en el està duplicado el legado de cien arrobas de mosto, que habla à favor del Convento de Señor San Francisco de Afsis de esta Ciudad. Y que al margen de dicho Testamento se hallan las dos notas, que quedan expressadas, con la diferencia, de que en la primera dezia se avia dado el traslado al Colegio en 8. de Octubre de 722. y concluyen expressando, que aunque la diligencia de este reconocimiento la avian practicado juntamente con los tres Peritos del Colegio, à quienes avian propuesto conferenciassen antes de exponer el dictamen, los motivos, que tenian de pro, ò en contra para hazerlo, se avian escudado, y no avian querido assentir.

226. Y en vista de lo referido, aviendo nombrado por el Alcalde Mayor por tercero à Manuel Joseph Gonzalez oficial de vna de las Notarias de la Audiencia Eclesiastica de dicha Ciudad; se conformó con el dictamen de los Peritos del Colegio. (Piez. 3. fol. 87. B.)

227. De todo lo qual resulta, que aun por las deposiciones de los Peritos del Colegio se encuentran en dicho Testamento los reparos siguientes. El primero, que desde el año de 722. en que suena otorgado, no se avia cosido, y formado Protocolo, sino es que este se componia de tres quadernos sueltos sin encuadernar, como lo depusieron los Peritos del dicho Colegio en dicha declaracion de 29. de Octubre de 734. y en la

que hizo el Perito de esta parte en 4. de Noviembre del mismo año, y lo notaron los Peritos de esta parte en la declaracion de 1. de Septiembre de 734. por la novedad, que ya entonces tenia de hallarse enquadernado, cosido, y forrado en badana; cuya omision en 1.º aver puesto dicho Protocolo en forma desde luego, cosiendo, è intercalado en el dicho Testamento, y los demás instrumentos, que le correspondian, induce presuncion de falsedad. Pegas *Resolat. Forens. cap. 19. num. 54. & 55. Dom. Larr. alleg. 96. num. 28.* como tambien, porque el no estar cosido, y enquadernado el dicho Protocolo es irregular, y contra el estilo, y practica de los Escrivanos, que al fin de cada año los componen, cosen, y enquadernan, por lo que tambien esta circunstancia es conjetura de falsedad. Mascard. *de Probat. conclus. 741. n. 38. Farin. de Falsit. q. 153. n. 159. & guer. alleg. tit. 26. num. 127.* Pegas *vbi proxime num. 61. ibi: Trigesima prima presumptio oritur ex actu, & modo in solito, & facto contra consuetum stilum.*

228. El segundo, porque en el dicho dia 29. de Octubre de 734. declararon los Peritos de el Colegio, aver reconocido el Registro en que se hallaba dicho Testamento, que constaba de tres quadernos, y todos se componian de 246. fojas; y en la declaracion, que hizieron en el dicho dia 1. de Septiembre de 735. afirmaron constar de folas 226. fojas, veinte menos

de las que antes avian reconocido, lo que evidencia el desorden de dicho Escrivano, y el motivo por que tenia desenquadernados, y descosidos los instrumentos de dicho Protocolo, que no era à otro fin, que para quitar, y poner à su arbitrio lo que le pareciesse.

229. El tercero, resulta de la nota que se halla por dicho Juan Guerrero puesta al margen de la primera plana de dicho Testamento, en que afirma aver dado traslado de el al Colegio en el dia 11. de Octubre de 722. como lo afirman conestes los tres Peritos del Colegio, ò como los de esta Parte leyeron, el dia 8. del dicho mes; pero de vna fuerte, ò de otra se infiere todo lo que queda fundado en orden à el animo, que el referido tuvo en suponer la Clausula del legado, que dà motivo à este litigio; pues la copia de dicho Testamento, que se halla presentada en Autos, no solo no està anotada en dicho Protocolo, sino es que como de ella consta la diò dicho Escrivano de pedimento de D. Gabriel de Afaro en el dia 14. del dicho mes de Octubre, como lo manifiesta la Clausula del con cuerda, (Piez. 1. fol. 29. B.) *ibi: Yo el dicho Juan Francisco Guerrero de la Cueva, Escrivano Publico del Numero perpetuo de esta dicha Ciudad de Jaen, à el otorgamiento de Escrip. de Testamento, de donde fue sacado este traslado, à lo que de mi se haze mencion, fuy presente con la otorgante, y testigos de ella, y con cuerda con su original, que queda en mi Registro de*

*Es scripturas publicas à que me remi-  
to, en fee de ello lo signe, y firme al  
presente de pedimento de Don Gabriel  
de Ogaray, y Alfaro, vezino de esta  
dicha Ciudad de Jaen, en ella à 14. de  
Oftubre de 1722.*

230. De que se acredita, que la primera diligencia, y la primera intencion del Juan Guerrero fue congratular à la parte del Colegio por sus fines particulares, para lo qual le facò copia, y se la entregò, antes de hazerlo à la parte interesada, como lo era el dicho Don Gabriel. Y siendo como es regular, que el primer traslado, que se facò del Protocolo, y se llama el original, no se anota en èl, y solo si se anota el segundo traslado, y los demàs, que se vãn dando; el dicho Juan Guerrero invirtió este orden, anotando en dicho Registro el primer traslado, y original, que diò al Colegio, y omitiendo la anotacion del que diò à dicho Don Gabriel, cuya inversion en el estílo, y practica arguye falsedad, *ex Text. in cap. Licet. §. Illos quoque, de crimine falsi. Barbof. vot. 68. n. 54. Pegas vbi proximè num. 45.*

231. El quarto: por hallarse el dicho Testamento escrito en pliegos sueltos acabados, y no metidos vno dentro de otro en forma de quaderno; lo que aunque los Escrivanos afirman es practica en la Ciudad de Jaen no puede negarse es medio muy à proposito para cometer muchas falsedades, haciendo un pliego, y copian-  
dolo à plana renglon, introduciendo en el cosa diversa de lo que có-

tenic, como creemos se practicò en el referido, quitando el pliego, que contenia dicha Clausula, que estava en otra forma, como desques se fundarà, poniendolo en el estado, que oy se halla; para lo qual conduce, el que los Peritos del Colegio aviendo reconocido los renglones de dicho pliego no se atrevieron à afirmar, que no contenian desigualdad alguna, fino es que se contentaron con dezir, que la que avian reconocido *no era notable.*

232. El quinto: porque vnos, y otros Peritos estàn confes-tes, en que la circunstancia, que se contiene en el final de dicho Testamento, en que se enuncia constar de cinco fojas, (*Piez. i. fol. 29.*) *ibi: Salvo este, que aora otorgo ante el presente Escrivano, y testigos, que se compone de cinco fojas con esta.* No se enuentra en otro alguno de los instrumentos de el dicho Protocolo otorgados por el dicho Juan Guerrero; cuya especialidad manifiesta el grande cuydado, y diligencia con que lo escrivió el referido, para que constasse, y valiesse; lo que produce indicio de falsedad. *Menoch. de Præsumpt. lib. 5. præsumpt. 20. num. 28. cum alijs Pegas vbi proximè num. 73. ibi: Quadragesima prima præsumptio oritur ex immodica diligentia, & sollicita cura.*

233. Y el sexto: que por lo respectivo à la firma de la Doña Mariana, es falsa, y supuesta, sin embargo de estar en contrario los Peritos de el Colegio, porque  
ellos

estos para lo qual afirman no dar razon de su deposicion, como lo practican los de esta Parte, que las dan tan plenas, y convincentes, como de ellas mismas resulta, por lo que se deben atender, y merecen todo aprecio. *Text. in leg. Ob carne: 21. §. Si testes, ff. de testib. Auth. de Testib. §. Licet, collat. 7. ibi: Causam testimonij forte faciunt manifestam. Farin. de Testib. quest. 65. part. 3. ex num. 1. vbi Volpin. Cardin. Thusc. lit. T. conclus. 240. & 255. cum seqq. M. noch. de Arbitr. cas. 526. ex num. 19. cum plurim. Sabell. in Summ. §. Testes, num. 17. ibi: Reudentibus dationem sui dicti. In terminis Ant. Leoncill. in Decisionsib. Ferrariens. decis. 5. num. 19. ibi: Quia magis creditur testibus adducentibus rationem dicti: etiam quando non requiritur reditio cause, sed rationis. Gab. dict. conclus. 4. de Testib. n. 40. Vbi quod inter aducentes rationem, magis creditur aducentibus meliorem. Y en terminos de Peritos Sabell. §. Peritia, num. 7.*

234. Sin que obste la deposicion del tercero, que nombrò el Alcalde Mayor, el qual se formò con los del Colegio: Lo primero, porq̄ dicho Tercero solo es vn oficial de Notario, en el qual no es de presumir la correspondiente pericia para dar dictamen en vna materia tan ardua, sobre que avian depuesto seis Escrivanos del Numero de dicha Ciudad: Y lo segundo, porque hallandose discordes en este asunto por los Peritos nombrados por las Partes, y constando las fundamentales ra-

zones, con que depusieron los de esta Parte, dando convincentes causas de su dictamen, pudo, y debió seguirlo la Justicia de Jaen, sin embargo de la deposicion del dicho Tercero. Aarias Pinello in leg. 2. C. de rescind. vendit. part. 3. num. 4. ibi: *Ex eisdem variantibus sequetur Iudex arbitrium eius qui sit fidedignior, vel meliorem rationem afferat.* Petr. Fation. de Locat. & conduct. cap. 34. ex §. 5. n. 94. ibi: *Potest enim ipse sequi opinionem vnus ex peritis discordantibus, qui sit fidedignior, vel meliorem rationem afferat: Et eidem permissum est relationes ipsas peritorum corrigere, delendo, vel supplendo, si injustas, vel improbas cognoverit.* P. Thom. Sanch. de Matrimon. lib. 7. disp. 113. num. 25. & 26. Sperel. decis. 54. ex num. 32. cum plurim. Sabell. in Summ. dict. §. Peritia 19. sub num. 4. vers. *Quando, ibi: Si sint plures discordantes, potest sequi relationem, quam magis iuridicam arbiatur, ETIAM SI FUERIT ELECTUS TERTIUS.*

235. Con que à todo concepto se manifesta la falsedad de la dicha firma, que consta no la echò la Testadora à presencia de los testigos instrumentales, ni legò este caso; sino es tambien la suposicion, y subplantacion del pliego de dicha Clausula del legado de la Hereditad, y Zumacar, por las razones que individualmente expresan los Peritos de esta Parte, que son tan convincentes, que no permiten lugar à la duda: además de que en quanto à la dicha firma el Escrivano no dà fee, de que la

huyesse puesto la Doña Mariana, como se reconoce de la Clausula final suprà num. 12. ibi: *Eyo el Escriuano doy conozco à la otorgante, que lo firmò en el Registro de esta Escripura.* De que se reconoce quan cuydadosamente omitiò el dezir como debieta, daba *fee* de lo referido, (ex dict. sup. num. 200.) no por otra causa, sino porque era incierto, y faltando la dicha *fee*, como de hecho falta, no solo no merece aprecio el instrumento, sino es que es sospechoso de falsedad por saltarle la principal solemnidad de derecho, que consiste, en que el Escriuano lo autorize, dando *fee*, de que pasó como en el se contiene, Farin. de *Falsit. quest.* 153. num. 191. Pegas *vbi proxime* num. 24. Barbof. *vo.* 68. n. 17. Genoa de *Scriptur. Privat. lib.* 1. *quest.* 6. *dub.* 7. num. 40.

## INDICIO VI.

236. **E**ste se deduce de la inverosimilitud, que contiene toda la disposicion del dicho Testamento, y sus Clausulas, la qual induce presumpcion de falsedad. Farin. de *Falsit. quest.* 153. num. 176. Malcard. de *Probat. conclus.* 740. Sesse *decis.* 117. num. 17. & 18. Pegas *vbi proxime* num. 29. Barbof. *dict.* *vo.* 68. num. 31. ibi: *Sexta presumptio est inverosimilitudo; fides enim adhibenda non est scripturae, & non caret falsitatis suspitione.* Lo qual se conuençe: Lo primero, de la repeticion de la Clausula del legado hecho al Conven-

to de San Francisco, el qual aviendo puesto en la Clausula 5. suprà num. 5. despues se repite en la 15. suprà num. 6. y en el mismo pliego donde està el legado de la Heredad, y Zumacar, y que no huviesse sido por olvido, se acredita de la expresion de la dicha Clausula 15. ibi: *Segun llevo ordenado, y mandado.* Lo que evidencia, que dicha repeticion se hizo con cuidado, y reflexion.

237. Lo segundo: que aviendo en las Clausulas 6. 7. y 8. hecho diferentes legados à el Convento de Señor San Francisco, y Orden Tercera de dicha Ciudad suprà num. 5. despues en otras Clausulas se contienen otros legados diversos; y despues en la 16. que es la inmediata subsequente à la repetida, se le haze otro legado al mismo Convento, y Orden Tercera, de vna alfombra, suprà num. 6. Lo tercero, que en la Clausula 14. se haze vn legado de 100. reales à la hermana Mariana Lopez suprà num. 6. siendo asì, que quando el Juan Guerrero entrò en las casas de Doña Mariana con los testigos instrumentales la noche del dicho dia 3. de Octubre, en cuya ocasion no se duda estava ya escrito el Testamento, no estava en el dicho legado, como lo conuençe la deposicion de la misma Mariana Lopez, testigo presentado por el Colegio en su informacion ad perpetuam, donde à el cap. 2. declaró, (Piez. 2. fol. 149.) ibi: *Y siendo acaecido à lo que haze memoria, yendo à su casa viò subir por la*

escalera de las de dicha Doña Mariana à el dicho Don Juan Guerrero, à quien hizo el encargo de que dixesse à la dicha Doña Mariana declarasse lo que le estava debiendo, QUIEN LE OFRECIO LO HARIA ASSI, lo que discurre executò, arento à que por dicho Testamento mandò la dicha Doña Mariana se le entregassen à la testigo 100. reales de vellon, los mismos que le diò, y pagò Don Gabriel de Alfaro.

238. Lo quarto: porque es muy notable la eficacia, con que significò en la Clausula 22. la circunstancia del usufructo del legado, que avia de gozar la dicha Doña Josepha, ibi. *En usufructo por los dias de su vida, y no mas.* Y lo mismo repite en el caso de entrar en esta parte, ibi: *La aya en la misma forma por los dias de su vida en usufructo, y no mas.* Pero es mas especial que todo, la disposicion de que huviesse de passar al Colegio el dicho legado en propiedad, para que se llevasse à el vn fugeto mas para las Escuelas Mayores, y que huviesse vn Maestro mas que leyesse Phylosophia, esto ibi: *Por la experiencia, que tengo de la falta que haze otro con el que ay.* (Sup. n. 9.) Cuya Clausula por si sola manifiesta notoriamente la suposicion, y falsedad de dicha disposicion; porque que experiencia podia tener la Testado de la falta, que hazia el Maestro de Phylosophia, ni de lo demàs expressado en dicha Clausula? Donde se reconoce la voz, y estilo del Escrivano, que es el que solo disponia.

239. Y vltimamente no es de omitir la expresion de la vltima Clausula (sup. n. 121) ibi: *En cuyo testimonio otorgo la presente Escripura en la Ciudad de Jaen à 3. del mes de Octubre COMO DICHO ES del año de 1722.* Cuya expresion como dicho es supone, que en otra parte del dicho Testamento llevaba hecha mencion de la fecha, siendo assi, que en todo el no se enuentra tal cosa. Y siendo como es todo lo referido tan inverosimil, no queda duda à este indicio de falsedad.

## INDICIO VII.

240. **P**ORQUE constando de la declaracion de Juan Guerrero, de la qual se ha tratado (sup. ex num. 114. vsque ad 221.) que se acordaba del dia, y hora en que se otorgò dicho Testamento, y de lo que acaeciò al tiempo de su lectura, y de la interrupcion, que causò Alonso de Aguilera, es no presumpcion de falsedad, sino evidencia de ella, el que diga no haze memoria de lo que respondiò la enferma; y de como dispuso, que despues de la Doña Josepha passasse el legado en propiedad à esta Parte; siendo assi, que este lance fue tan memorable, y tan acreedor de la recordacion, ve in terminis docet Alvar. Pegas *diel. cap. 19. num. 80. ibi: Et etiam falsi suspectus est qui de die, & hora facti recordatur, & tamen factum cum memorabile fuerit, negat.* Et Narbona, in *Florograph. Jur. Hor. 1. num.*

num. 144. ibi: Subiungam item, illum falsitatis nimis suspectum haberi, qui ignorare dicit factum iam diu secutum, cum tamen recenseat diem, & horam illius adhibitis circumstantijs vberat, quid fecit, quod edit, & vixit, quos sermones habuit, & cum quibus. Nam & si quis non teneatur recordare de tempore, si tamen ait non recordari de facto memo: ando, & de non memorandis adamusim recordari dicat, verisimiliter suspectus est.

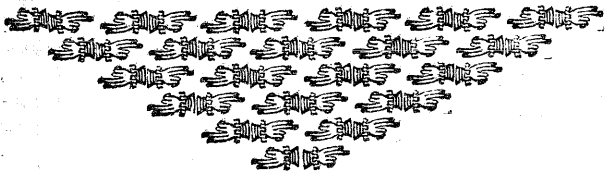
INDICIO VIII.

241. **E**ste se deduce, de que en la Clausula de el dicho Testamento se halla instituido en propiedad el Colegio en el dicho legado, dexando a esta Parte tan solamente el usufructo: siendo asi, que tiene la recomendacion de ser nieto de Don Fernando de Mesa marido de la dicha Doña Mariana, y de quien esta avia adquirido la dicha Heredad, y Zumarcar: lo que arguye vigente presumpcion de falsedad, Menoch. de Presumpt. lib. 4. præsumpt. 12. num. 10. Mier. de Maiorat. 1. part. quest. 25. num. 8. cum plurim. Escañ. de Testam. cap. 21. num. 31. ibi Decima coniectura suggestionis est, si insti-

tuti non sint heredes, quos Testator institueret debeat ut sunt filij, & consanguinei magna enim presumpcio est falsitatis. Y da la razon num. 33. ibi: Naturalis enim ratio, & omnia iura clamant pro filijs, & consanguineis, & semper presumendum est Testatorem propinquos suos instituire velle. L. Cum abbus, ff. de condit. & demon. L. Cum acutissimi, C. de fideicom. L. pe:ult. ff. de iur. codicil.

242. Todos los quales indicios, y otros muchos, que omitimos, por no prolongar mas esta Alegacion, convenceri notoriamente la falsedad, y suposicion de dicho Testamento, para lo qual si cada vno separadamente no fuese bastante, lo sera el cumulo de todos juntos, conforme a el dictamen de Escañ. de Testam. vbi proxime num. 51. ibi: Sed si plures coniectura suspicionis, & falsitatis concurrerint, facilius obtinebis ex huiusmodi allegatione; quia multa fraudis, & suggestionis coniectura rem redunt verisimilem; & consanat lumini intellectus, ita ut Iudex suggestionem intervenisse precise debeat iudicare. Certissimum quidem est axiomata, quod singula quae non prosunt multa collecta iubant.

\* \* \*



CON(\* \*)

CON.

# CONCLUS. III.

*A LO MENOS LA PARTE DE LA CLAUSULA en que suena dexarse à esta Parte el legado en usufructo, y que despues passe en propiedad al Colegio, fue notoriamente supuesta por el Escrivano contra la expressa voluntad de Doña Mariana de Mora.*

243. **Q**uando lo fundado en la conclusion antecedente pudiera admitir alguna duda, que no alcanzamos, y que se huviesse de declarar por valido, y firme el Testamento otorgado por la susodicha; no la tiene el que la parte de la referida Clausula, en quanto por ella suena conferido à esta Parte solo en usufructo el legado de la Heredad, y Zumacar, para que despues passe en propiedad al Colegio, fue suplantada por Juan Guerrero de la Cueva contra la expressa voluntad de la Testadora, que manifestó, y quiso, que despues de el usufructo, que avia de gozar Doña Josepha de Escobar, passasse todo lo referido en propiedad à esta Parte.

244. Para lo qual es de suponer, que la tarde del dia tres de Octubre de 722. en que dicho Escrivano escrivio el Testamento en el quarto donde estava enferma la Testadora, no contenia dicha Clausula la especie, de que dicho legado huviesse de passar à esta Parte en usufructo, ni en propiedad, sino es tan solamente, que

despues del fallecimiento de Doña Josepha, que avia de gozar el legado en usufructo, passasse en propiedad al Colegio. Cuyo concepto se acredita no solo con las deposiciones de los testigos instrumentales, los quales aviendo oydo leer la referida Clausula la noche del dicho dia tres, deponen con testes, que en ella no se hazia mencion alguna de esta Parte en orden à el dicho legado, como se reconoce de sus deposiciones (sup. ex num. 14.) sino es tambien con las deposiciones de tres testigos presentados por parte del Colegio, que asi lo afirman.

245. Es el primero, el Padre Fray Francisco Cabeza Marroqui, de el Orden de Señor San Francisco, Predicador, y Vicario de Coro Jubilado de dicha Ciudad, el qual al tercero capitulo dixo (Piez. 4. fol. 160.) ibi: *Sabe, que en el dia 4. de dicho mes ya citado murió la dicha Doña Mariana de Mora, en cuyo dia oyó publicamente dezir, como por su Testamento avia dexado por su universal heredera à Doña Josepha de Escobar, muger legitima de D. Gabriel de Alfaro, vezina de esta*  
Ciu-



Ciudad, y que tambien la dexaba en usufructo la Heredad, Viña, y Zumar por los dias de su vida, y despues en propiedad al Colegio de la Compañia de Jesus, y que esto avia sido su ultima voluntad.

246. El segundo, el Padre Fray Pedro Salinas, Predicador de dicho Convento depuso al mismo capitulo (Piez. 1. fol. 161.) que la Doña Mariana avia muerto en los brazos de este testigo à la hora que en su Convento se repicaba para recibir la Comunidad de Señor Santo Domingo, que iba à hazer la Fiesta; y que despues oyò dezir publicamente en su Convento, ibi: *Dexaba la dicha Heredad en propiedad al Colegio de la Compañia de Jesus de esta Ciudad.*

247. Y el tercero, Fray Mathias Martinez Religioso Lego en el mismo Convento, el qual à el segundo capitulo dixo (Piez. 2. fol. 161. B.) ibi: *Sabe, y es cierto, que el dicho dia 3. de Octubre del año pasado de 722. de orden de la Doña Mariana de Mora el M. R. P. Jubilado Fray Manuel Geronimo Cobo, Guardian que à la sazón era de dicho su Convento, asistió en las casas de la morada de la susodicha toda la tarde de dicho dia, y no se retirò à dicho Convento hasta la noche, à donde tambien asistió Juan Guerrero Escrivano del Numero de esta Ciudad, y en dicha tarde la susodicha con asistencia de los dos otorgò su Testamento, el que se escribió, y llenò en presencia de los tres, y despues de escrito se retirò dicho Padre Guardian à su Convento, y dicho Escrivano salió à buscar testigos para*

otorgarle, como con efecto se otorgò dicho Testamento.

248. Y aviendo el testigo llegado à la Celda de dicho Padre Guardian con la noticia, que tenia por averfelo dicho la dicha Doña Mariana, de que queria dexar la Heredad à la Orden Tercera, le preguntò con cuydado, si dicha Heredad se la dexaba por dicho Testamento à dicha Orden Tercera: à lo que le respondió, que no, que la dexaba en usufructo à Doña Josepha de Escobar, muger de Don Gabriel de Alfaro, por los dias de su vida, y despues en propiedad à el Colegio de la Compañia de Jesus de esta Ciudad.

249. Lo mismo confesò el Colegio en la primera peticion, q̄ presentò ante el Alcalde Mayor de Jaen en este pleyto (Piez. 1. fol. 39. B.) en la qual entre otras cosas dixo: ibi: *Por ser cierto, que quando se llenò dicho Testamento no dexaba la Testadora usufructo alguno de dicha Heredad à la contraria, y al tiempo del otorgarlo, y verlo en presencia de dichos testigos, fue la voluntad de dicha Testadora, que lo gozasse tambien despues de los dias de dicha Doña Josepha, y despues se consolidasse con la propiedad, que dexò à mi Parte. Cuya confesion por sí sola prueba plenamente la certeza del referido concepto, ex Text. in leg. Iubemus 41. C. de liberal. caus. L. Generaliter 13. C. de non numerat. pecun. Cap. Per tuas 10. de Probat. D. Valenç. Velazq. conf. 169. ex n. 83.*

250. Y teniendo confesado el Juan Guerrero de la Cueva à el 5. capitulo de la primera

declaracion, que se le recibì (Piez. 1. fol. 60.) que despues que se fueron los testigos, ibi: *No estendiò de nuevo, ni entrerrenglonò Clausula alguna de usufructo, ni escriviò otra cosa que los nombres de los testigos, y fee de conocimiento, que lleva declarado.* Se califica con evidencia: Lo primero, el defecto de verdad con que afirma lo referido contra el comun assenso de los testigos instrumentales, del Antonio Bernabè Virtuades, de los tres Religiosos presentados por el Colegio, y de la literal confesion de este, porque estando conformes todos, en que al tiempo de llenar el Testamento aquèlla tarde no se hizo mencion alguna de esta Parte; porque el legado passaba desde el fallecimiento de dicha Doña Josepha inmediatamente al Colegio en propiedad, y hallandose la novedad en dicha Clausula de estar substituido esta Parte à la Doña Josepha en dicho usufructo, no pudo ser esto de otra forma, q̄ alterando el Escrivano la referida Clausula.

251. Y lo segundo, que tambien es incierto lo que expresa en orden à que la tarde de dicho dia se empenò con la Doña Mariana, para que dexasse à esta Parte el usufructo, y que por ello, y los officios, que tamb. en passò en este assumpto el Padre Jubilado Cobo, assintió, aunque con repugnancia, la Doña Mariana, porque ni tal se escriviò aquella tarde, ni si huviera acaecido pudiera dexarlo de saber el dicho Padre Jubilado, quien aviendo entendido de lo que le

manifestaria dicho Escrivano, que el legado era en usufructo à la Doña Mariana, y despues en propiedad al Colegio, lo expresó en la misma conformidad en su Convento, por cuya razon lo supieron los tres Religiosos, que lo han de puesto en estos Autos.

252. Además, de que si el concepto en que los testigos, y el Escrivano quedaron à el tiempo de la lectura no huviesse sido como lo expresan, el que à lo menos era preciso quitar la Clausula, que trataba del Colegio, y ponerla arreglada à la volúntad de la Testadora, que avia manifestado, de que despues del fallecimiento de dicha Doña Josepha passasse el legado en propiedad à esta Parte, ni el Juan Guerrero lo huviera expresado assi aquella noche, pidiendo para dos pliegos de papel, ni huviera insistido en lo mismo el dia siguiente por la mañana, pidiendo con instancia, como con efecto se le dieron dos de plata por Doña Josepha de Aguirre. Y conviniendo todo lo referido con el dictamen de los tres Peritos nombrados por esta Parte para el reconocimiento de dicho Testamento, los quales afirman suprà n. 225. ser el pliego en que se halla dicha Clausula de diversa tinta, y contener otras especialidades, que manifiestan aver sido suplantado, y supuesto posteriormente por el dicho Juan Guerrero: no queda duda de la dicha falsedad.

253. Y que el contenido, que en ella se lee, sea contrario à la

voluntad expreſſada de dicha Doña Mariana, ſe evidencia de ſer cierto, que la referida manifeſto delante de los tres teſtigos instrumentales, y del Antonio Bernabè Virtudes, que lo que queria, y ordenaba era, *que despues del fallecimiento de Doña Joſepha de Eſcobar, el legado paſſaſſe en propiedad à eſta Parte.* Y no aviendo alterado, ni mudado eſta diſpoſicion hafta ſu muerte, debe prevalecer, y ſubſiſtir à lo menos nuncupativamente, ſin embargo de q̄ el Eſcrivano no lo huvieſſe querido eſcribir aſi, porque eſte, ni otro qualquiera impedimèto, que huviera ſobrevenido, pudiera obſtar para el complemento de la voluntad vltima, ſiempre que conſtaſſe plenamente de eſta por teſtigos, Ayor. de Partit. 3. part. quaſt. 24. num. 69. Ciſuent. in leg. 3. Taur. num. 19. Dom. Covarr. in cap. Relatum de Teſtamentis n. 18. verſ. Tertia concluſio. Dom. Caſtill. lib. 4. Controv. cap. 21. num. 115. ibi:

254 Siquis in extremis conſtitutus, coram legitimis teſtibus, & notario, nuncupaſſet ſuam voluntatem, ſed antequam lectum fuiſſet teſtamentum, deceſſiſſet; tanquam nuncupativum validum eſſet teſtamentum, teſtibus illud ante Judicem comprobantibus, cum ad nuncupativum teſtamentum ſcriptura opus non ſit, ſed teſtes tantum ſufficiant. Cum plurimis Eſcaño de Teſtament. cap. 15. n. 20. & 21. ibi: Teſtamentum probatur per teſtes, ſi ſcriptura eius non valet, & quod voluntas teſtatis deficere non videtur, ſi instrumentum teſtamenti

*ſolemne non fiat, quia licet ſcriptura invalida ſit, diſpoſitio probabitur per teſtes.*

255. Por ſer concluſion cierta, que aviendo el Teſtador manifeſtado ſu voluntad à preſencia de los teſtigos, y el Eſcrivano, lo omitido por eſte, ò el error, que cometio en la Eſcriptura contra la voluntad del Teſtador en la Eſcriptura de Teſtamento, ſe puede probar por teſtigos, y vale del miſmo modo que lo demàs, que ſe contienen en dicho Teſtamento, Mascard. de Probat. tom. 3. concluſ. 1344. ex num. 1. Cardin. Mantic. de Coniect. vltim. volunt. lib. 12. tit. 16. num. 1. Surd. conſil. 129. ex num. 2. cum plurim. Dom. Caſtill. Controv. lib. 4. cap. 19. ex num. 1. ibi: *Observandum erit primo loco, certissimi iuris eſſe, quod ea, que dicta fuerunt à Teſtatore, & à Tabellione pretermiſſa, per teſtes poſſunt probari, ut ita ſuum effectum ſortiantur; quia interdum minus ſcriptum, & plus nuncupatum eſt. L. Quoties, §. 1. ff. de heredib. inſtit. L. Cum proponebatur, ff. de legat. 2. L. Errore, C. de teſtam.*

256. Y que en eſte caſo tratandose de coſa perteneciente à la ſubſtancia de la diſpoſicion, en la qual, ò error, ò omitio el Eſcrivano, deban concurrir los miſmos teſtigos, que ſe necesitan para la validacion del Teſtamento, es opinion inconcuſa entre los Autores del Reyno, quos citatos ſequitur Eſcaño de Teſtam. cap. 22. num. 13. Dom. Caſtill. Controv. lib. 4. cap. 6. per tot. maxime ex n. 18. & cap. 19.

ex num. 12. & cap. 21. num. 107.

257. Es así, que no solo los tres testigos instrumentales; que son necesarios para el Testamento nuncupativo, sino es tambien Antonio Bernabè Virtudes, con otros deponen, que la voluntad, y disposicion de Doña Mariana de Mora fue, no que el dicho legado passasse de modo alguno al dicho Colegio de la Compañia, sino es que precisamente despues del fallecimiento de Doña Josepha succediesse en él esta Parte en propiedad: Luego à todo concepto se halla justificado convincentemente la omision, ò error, que padeció el Escrivano en aver estendido dicha Clausula en la forma; que oy se halla, y por consiguiente se debe declarar esta nula, y mandar, que en conformidad de la última disposicion de la dicha Doña Maria, el dicho legado pertenece en propiedad à esta Parte despues de los dias de Doña Josepha Escobar.

258. Este argumento, que es terminante de las doctrinas de los Autores citados, se haze mas eficaz à vista, de que por parte de el Colegio nada se ha justificado en contrario, que directamente destruya la grande fee, y autoridad, que se merecen dichos testigos; porque toda su defensa se ha terminado en este pleyto à proporcionar vnos medios indirectos, y remotos, que ni conducen, ni se pueden adaptar à el caso presente para infringir la plena justificacion, que esta Parte ha hecho de

la última voluntad de la dicha Doña Mariana.

259. Porque reduciendose el primero à querer dezir, que la Testadora tenia aversion à esta Parte, y à su familia, y que por esto no solo no es verosimil le dexasse la propiedad de dicho legado, sino es que aunque para dexarle el usufructo fue menester empeños; esta idea se halla desvanecida no solo de las probanzas hechas por esta Parte, sino es tambien de el mismo Testamento; pues aviendo dexado en él vn legado vitalicio à Don Francisco de Messa Padre de esta Parte, de veinte ducados anuales, y à esta Parte otros para vnos avitos, es claro, que dicha Testadora no les tenia la aversion, que se supone.

260. Y siendo el segundo el ponderar, que la dicha Doña Mariana expreso en su vida diferentes vezes queria dexar la dicha Heredad, y Zumacar à el Colegio, y que à este fin llevò vna tarde à ella algunos Padres para que la reconociesse: Además, que esto es incierto, ni la Testadora tuvo tal animo, ni lo manifestó jamás, como por esta Parte se ha justificado: es cierto, que dichas expresiones nada sirven como no hechas en el acto formal de testar, que es en el que les debian de deponer los testigos; porque como dize Escañon de Testament. cap. 16. num. 17. ibi: *Multi in vita heredes instituire promittunt aliquos, quibus in morte nec minimam rem legarunt: & ita verba que per iactantiam dicuntur, &*

*maximè que referantur in tempus futurum minime probant, ut textus est in leg. fut. ff. de heredib. instit. quia in illis nec animi deliberatio, nec simplex voluntas datur.*

261. Y así las palabras adulatorias, ò de corteſia, que el Teſtador profiere en ſu vida, ni prueban, ni conducen para eſtablecer la vltima voluntad. Menoch. de Arbit. lib. 2. centur. 1. caſ. 88. num. 16. Dom. Vel. diſſert. 12. num. 62. Dom. Caſtill. Controv. lib. 4. cap. 40. num. 16. Mantic. de Conſuet. vltim. volunt. lib. 4. tit. 4. ex n. 1. cum plurim. Elcò. vbi proxim. n. 14. Y así, ni el que Doña Mariana en ſu vida huieſſe manifeſtado inclinacion à dexar dicho legado al Colegio, ò en no dexarlo à eſta Parte, nada conduce para el eſtablecimiento de la vltima determinada voluntad de la ſuſodicha, que es la que manifeſtò à preſencia de los quatro teſtigos.

262. Y vltimamente es deſpreciable el tercero, que conſiſte en afirmar, que eſta Parte tuvo noticia deſde luego de dicho Teſtamento, y aun ſe aquietò à él recibiendo el legado, que le dexò la Teſtadora, por lo que afirma no puede oy reclamarlo, mayormente aviendo paſſado el dilatado tiempo de 11 años deſde ſu otorgamiento, haſta que principió eſte litigio: porque à todo lo referido ſatisfizò eſta Parte plenamente en la declaracion, que ſe le recibió de pedimento del Colegio en 25. de Octubre de 734. (Piez. 1. fol. 42.) en que afirmó avia eſtado en la

inteligencia de que no padecia deſfecto alguno el Teſtamento, haſta q̄ por noticia que le avian dado los teſtigos, avia entédido las muchas nulidades, que contenia, por lo que avia depueſto la demanda.

263. Además, de que no teniendo eſta Parte eſpecial intereſſe en el còtenido de dicha Clauſula haſta el fallecimiento de Doña Joſepha de Eſcobar, pudo aver omitido haſta entonces principiar eſte litigio, ſin que ſu ſilencio pudiera cauſarle perjuizio alguno, como no ſe lo puede cauſar el hecho particular de los dichos Doña Joſepha, y Don Gabriel de Alſaro ſu marido, ni que eſtos huieſſen aſentido à la diligencia, que ſe practicò de reconocer la dicha Heredad, y Zumacar, y ſu eſtado, para que llegado el caſo ſe reſtituyeſſe ſu propiedad indemne al Colegio; porque del miſmo modo, que los dichos Don Gabriel, y ſu muger, ni tienen, ni tuvieron facultad alguna para inmutar, ò infringir la vltima expreſſa determinada voluntad de la dicha Doña Mariana, que fue la que deponen los teſtigos instrumentales: así tambien incapazes de cauſar perjuizio alguno al derecho, que à eſta Parte aſiſte para perceber el dicho legado en propiedad deſpues de el fallecimiento de Doña Joſepha, que fue lo que ordenò, y quitò la Teſtadora.

264. Eſtos ſon los fundamentos, con que Don Juan de Meſſa pretende la revocacion de la ſentencia del Corregidor de Jaen,

y su Acompañado, y que ya sea declarando nulo el dicho Testamento, o à lo menos suplantada, y supuesta la Clausula del dicho legado, se mande cumplir la final expresa disposicion de Doña Mariana de Mora: y aunque en su manifestacion nos hemos dilatado mucho, ha sido la causa lo difuso del hecho, que con tanta fidelidad, como puntualidad se ha referido en este Informe, à el que conviene

lo que referiviò Plinio el Menor, *Epist. 6. in fin. ibi: Non Epistola quam scripsi, sed villa que describitur magna est.* No aviendonos sido posible mas concision, por lo mucho que hemos deseado exponer la defensa de esta Parte, quien no tanto en ella, como en la grande justificacion de V.S. espera la determinacion más favorable. S.S.I.O. T.S.D.C. Granatæ die 24. Jullij anni Domini 1739.

Lic. D. Bruno Berrueta

Durán.

Con las notas por mi ~~compu~~uestas, y separada-  
mente impresas, esta con forme. Granada  
y mayo 12. de 1741. =

L. Pizarro