



**P O R**  
**MATIAS DE TRIANA;**  
**EN NOMBRE DE LOS POBRES**  
 de esta Ciudad de Granada.



**EN EL PLETO:**



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

N. 1.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

15 *¶* Recibido el pleyto a prucua, y ratificados los testigos menos dos, que se reformaron (como adelante se aduertirà) y examinados otros de nueuo, por ambas partes salìo sentencia del Alcalde mayor, en que mãdò, que en fuerça de vltimo codicilio, reuocacion del primero, a que se deue estar, aplicaua el remaniente del quinto a los parientes del dicho Domingo Martin, y que todo se entregue a Francisco Baez, y a doña Ysabel de la Cruz, obligandose a que si parecieren otros, les restituiran sus partes.

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

17 *¶* Y para que se reuoque, y mande guardar, cumplir, y executar en todo la clausula del codicilio del dicho Domingo Martin de Torres, como en el se contiene, que v̄a puesta à la letra, *supr. num. 7.* hazemos en no. abre, y por los pobres de Granada esta alegacion, reducida à algunos fundamentos, que miran vnos a defecto de voluntad, y otros de solemnidad desta que llaman disposicion vltima, q̄ son los siguientes.

(\*) PRIMERO FVNDAMENTO. (\*)

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

19 *¶* Sic ex l. fin. C. de fideic. ibi: Cum enim res per testium solemnitate ostenditur, tunc, & numerus testium, & minor subtilitas requirenda est, lex etenim, nequid falsitatis incurrat, per duos forte testes compositum testamentum maiorem nume-

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

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

21 ¶ Y así dispuso, que no otorgándose el testamento, ó  
codicilio ante escriuano, sino en presencia de testigos intervinie-  
sen, y se hallassen presentes siete. l. hac consultissima, §. per noncu-  
pat. C. de testam. l. 1. tit. 1. part. 6. Y aunque la l. 1. tit. 4. libr. 5. Re-  
cop. dize: Que si se hiziere sin escriuano publico, que seam hay a lo  
menos cinco testigos, vezinos, segun dicho es.

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

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

24 ¶ Quanto supposito, quod in testamento sufficiunt  
quinque testes secundum dispositionem nostrae legis, sine Tabellio  
ne, volo vos attentos reddere, quod in distincte hoc a lege non per-  
mittitur, sed ita demum si faciliter ex qualitate loci Tabellio Pu-  
blicus inueniri non possit. Et post legis verba prosequitur illic:  
Vnde insertur notabiliter, quod regulariter testamentum nuncupa-  
tium, sine scriptura publica, hodie nullo iure valet, nisi ad sint  
septem testes secundum sus partita, & commune.

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

(\*) SEGUNDO FVNDAMENTO. (\*) 3

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

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

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

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

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

31 ¶ El Padre Pedro Couo, por Religioso, no auiedo tenido licencia de su Superior, tā poco se tiene por legitimo, cap. Monachi 16. quest. 1. cap. super prudentia 14. quest. 2. Specular. tit. de teste, §. 1. column. 11. verb. Item excipitur, quod est Monachus. Ioan. Fab. in §. testes, cobi. apud finem, in quibus, infrig. post se complura testamenta, in quibus testes Monachis scripti sunt. Farin. de testib. quest. 61. a n. 126.

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

33 ¶ Gaspar Luys de la Parra, y Juan Estevan, a el tiēpo de la ratificaciō, en plenario se retractarō, Parra, diziēdo: Que

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

34 ¶ Y Juan Estevan: *Quemo se hallò presente a la renouacion, que dix en hizo Domingo Martin del remaniente de el quinto, y que el motto que tuuo para auerlo dicho en la sumaria, fue por auerfelo oido al Padre Pedro Couo, y a Francisco Baez, y a doña Alfonsa, y a Juan Jimenez.*

35 ¶ Que siendo contrarios entre si mismos, no merecen credito. *l. qui falso 16. ff. de testib. l. eos 27. Sc ibi Bart. ff. ad l. Corn. de fals. gloss. in Auth. de testib. §. Et quia verb. non habebit, gloss. in cap. in presentia, verb. dubium probat eod. tit. Bald. in l. sed et si possessori. §. sed et si rerum, num. 2. ff. de iur. iur. Mascard. de probat. conclus. 367. num. 3. Farinac. de testib. quæst. 67. n. 321. optima l. 41. tit. 16. part. 3. ibi: Mas quando algun testigo fuere contrario a si mismo en su dicho, no deve valer su testimonio.*

36 ¶ Y demas desto invalidan la tal disposicion, por ser necesarios para el cumplimiento del numero que el derecho pide, *gloss. in l. 1. §. si quis neget. ff. quem ad mod. testam. aper. Sõ in. conf. 92. a num. 1. vol. 3. Decius conf. 105. num. 4. Becc. conf. 86. num. 11. Surd. conf. 129. num. 6. late Marta de success. legati, 4. p. quæst. 2. art. 1. num. 1. §. 2. in fin. Thesaur. quæst. forens. 31. libr. 1. a num. 3. Paul. Staiban. resol. 64. num. 24. ibi: *Si unus ex testibus fuit unus ex his, qui interuenierunt in stipulatione dicti testamenti, ut in eius depositione dicit, quo casu etiam si fuisset unus, facit testamentum non valere, Et ratio est, quia quando unus ex testibus ad actum necessarijs contradicit instrumenti, vel testamento, facit illum bacillare, Et corruere. Et iterum, re solut. 68. num. 12. §. 13.**

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

38 ¶ Por manera, que estan encontrados en lo sustancial del acto, que es en el tiempo con los demás, y con la mesma parte; y así no merecen credito, or no saberse à quales se les deua dar, *dict. l. qui falso, ff. de testib. l. eos qui, ff. de falsis, dict. gloss. in auth. de testib. §. Et quia verb. non habebit, Et gloss. in cap. in presentia, verb. dubium de probat. Bald. in l. sed etsi possessori, §. sed etsi rerum, ff. de iur. iur. Farinac. quest. 65. part. 1. n. 2. Dom. Valenc. conf. 78. num. 46. Noguerol allegat. 25. num. 318. Menoch. lib. 5. presump. 23. num. 4. ibi: Efficit etiam hac repugnantia, Et varietas, ut nulla ipsis attestacionibus fides adhibeatur.*

39 ¶ Maximé, en disposicion de vltima voluntad, cuyo otorgamiento ha de celebrarse en vn punto, y tiempo, y no en diuerfa, y separados, como estos testigos dicen, vnos, el día q̄ murió, otro, el día antes: otro, a la noche: la parte, y otros, entre las tres, y quatro de la tarde, aduersus, l. heredes palā, §. fin. ff. de testam. ibi: Vno cōtextu actionis testario oportet: deducitur que ex l. hac consil. tiffisima, ibi: Vno eodemque die, ac tempore conscribentibus, Et cōsignantibus, Et l. si vnus, C. eod.

40 ¶ Exira antiquiores Gratian. cap. 909. num. 1. Petra de iudic. com. ff. quest. 12. a num. 679. Dom. Menchac. de success. creat. §. 22. num. 21. Et §. 3. a num. 11. Ant. Gom. in l. 3. Taur. num. 49. Spin. de testam. 1. part. rubric. num. 11. quis num. 12. recte declarat comprobationem testamenti Hispanica, otorgamiento, dico vnicō tantum contextu testamentū fieri debere. Matienç. in l. 2. tit. 4. lib. 5. gloss. 2. nu. 4. ad med. Cornel. ad Gom. in dict. l. 3. Taur. num. 33. Et 49. D. Fran. Ger. de León decis. 40. a n. 90.

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

42 ¶ Tūm, que no deuen juntarse estos para llenar el numero, respecto de que todas las vezes que se trata de verificar la vltima voluntad del defūto, por solos testigos lo que se deue hazer por el escriuano, o intereffado en ella es, acudir ante la justicia referir el hecho puntual, dezir que se examinen los instrumentales, cō citacion a el tenor del, y que hecha esta diligencia, se ponga en el registro en publica forma, y declare, y tenga por disposicion.

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

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

44 ¶ Menoch. de adipisc. rem. 4. nu. 659. Michael Cras. in §. testamentum, quæst. 71. Mantic. de coniectur. libr. 1. tit. 7. num. 7. Palac. Rub. in dict. l. 3. Taur. num. 42. Burg. de Paz ibidē num. 1054. Didac. Castill. verb. escriuano, Anton. Gom. nu. 46. Matienç. in l. 14. tit. 4. lib. 5. Recop. gloss. 2. nu. 7. Flores de Men. 1. var. quæst. 1. num. 13. & iterum, nu. 57. ibi: *Ultimo pramitto, quod testamentum factum coram testibus, sine scriptura, vel cū scriptura priuata debet publicari, aliàs si testes aliqui ex necessarijs deficiant, deficit etiam, & corrumpit testamentum.*

45 ¶ Tum, porque aun agregandose estos dos a el numero que resta de los nueve, por reprouar, todauia no alcança, no solo a el de siete, que el derecho comun pide, no interuiniendo escriuano. Pero ni aun a el de cinco, segun la l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. simpliciter intellecta, etiam que no se abra fassa la interpretacion (biē literal) que le dan, Cifuent. & Tell. Fern. in dict. l. 3. Taur. vbi supr. num.

46 ¶ Y lo principal, y en que es justo cargar la consideracion. Porque quando excediera el numero a el que la ley requiere, y los señores Iuezes vsado del arbitrio amplio, q̄ el derecho les cōcede, no deuen darles credito alguno auiendo causa, ad textum in l. Lutijs, ff. de his qui not. infam. vbi Bart. sic: *Ultimo potest notari existo: text. practica, l. testium, §. 1. de testib. dum dicit tu magis scire debes, quod posito, quod testes clare probent secundum verba, potest index si sibi videbitur eis non adhibere fidem, ut hic hoc tamen faciendum consulo ex causa.*

47 ¶ Hanc Barth. resolut. communem, & ab omnibus receptam testantur. Felin. in cap. auditis, nu. 13. immed. de prescript. Deci. conf. 91. num. 1. & conf. 105. num. 5. verf. *Scriptus pater*, Franc. Becc. conf. 52. num. 55. lib. 1. Cuit. Iunior. conf. 17. ibi: *Sic intelligitur dictum Bartol. & Angel. in l. Lutijs, vbi volunt, quod iudices possunt ex causa, testibus plene deponentibus fidem non adhibere, Crauet. conf. 75. num. 22. ibi: Et in terminis adduco Bartol. Paulum, Angel. in l. Lutijs, ff. de his, qui notat. infam. vbi quod potest index ex causa testibus plene deponentibus fidem non adhibere.*

48 ¶ Menoch. de arbitrar. lib. 2. cas. 90. nu. 5. ibi: *Hoc esse summo opere notandum, quia potest index ex causa non adhibere fidem testibus. Seraphin. de priuileg. iurament. priuileg. 3. d. num. 9. ibi: Quia probationes sunt iudici, in cuius arbitrio consistit*



3  
413

*fiſtit omnis probatio, eſt ideo dicitur, quod ſi ſibi videbitur, pote-  
rit non adhibere fidem teſtibus, quamuis clare deponant.*

49 ¶ Pinel. in l. 2. C. de reſcind. part. 3. cap. 4. num. 44. ibi: *Probatum hac reſolutio ex notabili doctrina recepta, que in hac materia, ſepiſſime conducit, effectum probationis, pro maiori parte arbitrariam eſſe, ut ſcilicet ex ratione, & alijs adminiculis poſſit iudex circumſpectè recedere ab eo, quod teſtes (fortaſe corrupte, vel decepti) aſſerunt. Surd. deciſ. 105. num. ſin. ibi: Probationes enim omnes ſunt arbitrarie, ita quod iudex poteſt non adhibere fidem teſtibus concludentibus.*

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

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

52 ¶ La ſegunda (y que ſiempre harà gran bateria à todo buen diſcurſo) que auiendo elegido el medio de aſſegurar ſus diſpoſiciones Domingo Martin, aſſi la del teſtamento, como ſu codicilo, con auer llamado a Iuan de Montaluan, eſcriuano, y teſtigos ante quien les otorgò en diuerſos tiempos, parece conſe-  
quente, el q̄ ſi huviera tenido animo de reuocar eſte, y hazer otra vltima voluntad, vſara de la propia ſolemnidad, pidiendo ſe le llamaffe a el meſmo eſcriuano, ò valiera de Diego de Eſcos, que lo

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

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

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

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

56 ¶ Concluditque num. 107. *ibi: Et Iudex potest ex causa non adhibere fidem testibus, plene de ponentibus, ut inquit Bart. in l. Lutus. si testes verosimilia non deponunt: non enim credibile est, quod cum testator predictus potuisset adhibere Notarium, et testes masculos omni exceptione maiores, fecisset testamentum nuncupatiuum coram testibus feminis, et c. Et sic sola, et ta causa era vrgentissima aquieta el animo, y conseruar indemne el codicilo.*

57 ¶ La segunda, porque segun los testigos contrarios, que afirman auerse hallado presentes a este acto, vienen a exce-

der

6  
443

der de catórcete, ò diez y feys (cosa bien inüerosimil) Y aunque en  
posiciones con juramento, por mandado de la Sala, dize Francisco  
Bacz: *Que la mayor parte auian ido acompañando, el Santo  
Olio, que se dio a Domingo Martin, y que se quedaron allí, en su  
ya presencia declaró, &c.*

58 ¶ Es más incierto, e increíble. Porque con el Santo  
Olio, solo va el Cura, Sacristan, y vn acolito, que es lo visitado en  
Granada, y sia la verdad fueron acompañandolo, gran descortesia, y  
aun groseria y faron en no boluer, alsitiendolo hasta dexarlo en  
la Yglasia de donde le lleuaron, quæ cum in visitata, & in verosimi  
lia sint falsitatis imaginem habent, *dict. l. ob carmen, §. fin. ff. de  
test. l. 40. tit. 40. part. 3. Bald. in l. 1. C. de seru. fugit. n. 1. Gramm.  
decis. 28. in princ. Crauet. conf. 61. num. 9. Tiraq. in l. si vnquam,  
num. 9. C. de recoc. don. Menoch. conf. 1. num. 58. Mascard. concl.  
740. num. 34. Barbof. axiom. 223. num. 5.*

59 ¶ La tercera, porque no consiste la cèrteza, y valog  
de el acto, y disposicion testamentaria, en que solo asistan los tes  
tigos en la casa, y sitio donde el enfermo està, no, si no en que oigã  
de su mesma boca el tenor, y forma de toda la contextura de su  
voluntad hasta el fin, *l. hered. palam 21. l. qui testamenta, §.  
veteres, ff. de testam. l. iubemus, C. eod. illic: Quod si non fuerit ob  
seruatum, & nomen heredis. vel heredum non fuerit manu testa  
toris scriptum, vel vocerom testibus nuncupatum, hoc testa  
mentum stare minime patimur.* Consonat, *l. 6. tit. 3. part. 6. Pa  
ris. conf. 33. num. 28. lib. 2. D. Menchac. de succ. creat. §. 22. nu.  
91. Mainet. de testam. succes. lib. 4. tit. 4. nu. 3. D. Franc. de Barri.  
de substit. lib. 1. tit. 1. de testam. num. 37. D. Franc. Ger. de Le. de  
cis. 40. lib. 3. n. 110. Roder. Suar. alleg. 2. n. 24. Matienç. in l. 1. tit.  
4. lib. 5. Recop. gloss. 4. n. 1. & 2. vbi inquit: *Nec satis esse omnes  
testes interuenisse, nisi omnia disposita perceperint, ita vt nullã  
particulam, etiam minimam percipere desinant.* Stajl. resolut.  
for. 54. num. 5.*

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

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

personas que nombra, y otras muchas que dize huvò, pudieron concurrir juntos cercados de la cama, y oir la disposicion de boca del enfermo, estando tan a lo vltimo de su vida con el parasismo que auia passado, ya oleado, y que a pocas horas espirò, puede ser cierto: Y mas quando otros, sin tacha, ni sospecha, que alli concu- rieron, de quibus infra, no lo vieron, ni oyeron; considerent, & pē- sissent oecularissimi, & integerrimi Iudices, de cuyo arbitrio pē- de todo, *dict. l. 3. de test. & l. Lutus, ff. de his qui notant inf. m. & DD. sup. à num. 46. dict. l. ob carmen 21. §. fin. illic: Confirma- uitque Index motu animi sui, ex argumentis testimonijs, ea que rei aptiora, & verò proximiora esse competerit.* D. Franc. de Leon *dict. decis. 40. num. 106. ibi: Et quando depositio testis est in ve- rosimilis ei non creditur. Et Index potest ex causa non adhibere si dem testibus, plenè de ponentibus.*

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

63 ¶ Tantum distat, que entonces la hiziesse(n auien- do asistido en su casa, y muerte) que dexaron passar mas de vn mes, sin intentar cosa alguna, ex cuius tarditate, malam causam fouere præsумitur, & non esse verum, *l. si quis forte, ff. de poen. cap. 1. de frig. & malefic. Crauet. conf. 28. num. 6. & conf. 7. n. 9. Offic. decis. 117. num. 9. Afflict. decis. 13. num. 17. Menoch. de arbitr. cas. 91. num. 7. Castrenf. conf. 2. n. 2. num. 3. ibi: Vnde si vera esset dicta exceptio, vel allegatio, credendum est, quod non tantis distulisset eam proponere, & præsумendum est potius, quod non sit vera, postquam à principio non preposuit.*

64 ¶ La quinta, y vltima. Porque contra las deposicio- nes de los testigos presentados por Francisco, y Vaez, y Confor- te, dize(na fauor desta parte.

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

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

67 ¶ Bartolome de Naruatz, mercader de sedas, cu-ñado de doña Alfonso, dice: *Asistió en las casas de Domingo Martin*

7

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

68 ¶ *Diego de Escos*, escriuano Publico, que estuyo desde las dos de la tarde, del dia, en cuya noche murió Domingo Martin en sus casas en el corredor, y saliendo, y entrando en la sala donde estaua enfermo, y nunca le oyò dezir, que lo que sobrasse del quinto se diese a sus deudos, ni que reuocaua la manda hecha à les pobres, ni menos lo oyò dezir a persona alguna de la casa, y si hubiera, pasado aquella tarde, le parece lo huuiera oido dezir, ò tratar, por auer asistido hasta que tocaron las Animas, &c.

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

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

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

72 ¶ A cuyas deposiciones deue inclinarse el arbitrio, por ser de personas sin sospecha, niteres, y de mas autoridad, l. 3. in princ. ff. de test. l. fin. ff. de fid. instrument. Bald. in l. ad testium, num. 21. C. de test. Menoch. de re scind. rem. 3. num. 719. & de arbit. casu 526. num. 21.

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

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

(\*) **TERCERO FVNDAMENTO.** (\*)

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

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

77 ¶ Así lo resueluen in casu Bel. in l. cum antiquitas, C. de iur. deliber. num. 5. Anton. de Butrio in cap. nihil. 7. de verbor. significat. num. 2. illic: Et pro tanto vidi dubitari de isto, duo testes fuerunt producti ad probandum, quod Titius institui. seius herede, & vnus dixit: Seio quod audiui, & quod dixit, Seius herede instituo. Alius dixit, quod dixi Seius heres sit. Et terminatum fuit de facto, quod essent testes contrarij, aut singulares, & nõ probarent; quia recitabant verba, et ab alio prolata, ideo debuerunt concordare in verbis predictis.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

90 ¶ Sic ex Felin. in cap. licet ex quadam, de test. n. 17. Roland. conf. 33. num. 11. Mascard. conclus. 856. num. 19. Petra de fideicom. quasi. 12. num. 12. 92. Fa rinac. de testib. quasi. 64. n. 6. D. Franc. Geron. de Leon dict. decis. 40. lib. 3. a nu. 110. videntur, vbi num. 114. inquit in hæc verba: Testes dicuntur singulares, non solum quando discordant in factò, et in substantia, sed etiam si discordant in verbis; vbi tamen agitur de formalitate verborum, tunc in verbis discordantes minimè probant, etiam quod in sensu conueniant. In casu autem nostro testes discordant in verbis, vnus testatur, quod Solanes dixit uxori: tibi relinquo omnia; alius enim dixisse: quod eam faciebat heredem: alius vero deponit; quidquid habeo tibi relinquo, et heredem facio: alius ita dixisse: volo quod bona mea sint tua. Quæ omnia verba, licet in effectu idem significant, tamen discordant in cortice, quo casu non probant testamentum nuncupatum.

(\*) QVARTO FVNDAMENTO. (\*)

91 ¶ Tambien esta defectuosa, ratione solemnitatis, esta llamada disposicion; siquidem es forma precissa del derecho, que los testigos para testamento nuncupatio, limitado a solas sus deposiciones, sean rogados, y llamados, sin que bastè el hallarse presentes casualmente.

92 ¶ L. heredes palam, §. in testam. ff. de testam. ibi: In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat:



9  
 fiat: alterius rei causa forte rogatos ad testandum non dōneos, pla-  
 cet. Et ibi Gloss. verb. rogati. Authent. rogati. C. de testib. ibi. Ro-  
 gati, ut in testamentis non fortuiti, vel transmissi, & non nisi  
 Gloss. verb. in. testamentis. in ultima. in sen. C. de codicil. l. haec con-  
 sultissima, in princip. C. de testam. r. §. 2. tit. 1. part. 6. h. 2. l.  
 tit. 16. part. 3. ibi. Oportet de iure quae pley ro de testamento rea  
 que atque suffesse ab hac de par heredo, que se habet de probar por  
 fiete testigos rogados. l. 8. tit. 5. lib. 3. for.

93  
 Paul. Gratios. ad tit. h. hac consulti. §. 1. m. num. 2. C.  
 de testam. Aliquand. conf. 70. num. 2. l. lib. 2. Iulius Clar. in §. testa-  
 mentum. §. 2. num. 1. illic. Licet enim regulariter in actib. ac-  
 tibus humanis non requiratur, quod testes sint rogati, tamen in  
 testamentis, in quibus, ut saepe dictum est, maxime subest timor  
 fraudis, & falsitatis, voluit lex adhiberi testes, sed ad id in specie  
 rogatos, ut diligentius ad ornata animaduertent.

94  
 Mantio. de consuet. vltim. volunt. Vltim. tit. 1. num.  
 8. ibi. Et hoc autem de dicit, quod si testes non moniti redepon-  
 nant, se fuisse presentes, quando talis fuit testam. in illa  
 forma, non probant legitime factum esse testam. in q. si etiam  
 dixerim, se fuisse rogatos, qui haec potuissent esse fortis.

95  
 Stephan. Gratian. in §. cap. 93. num. 2. ibi. Quia  
 de testamento subest maior timor falsitatis fraudis, & suppositio-  
 nis, ideo cautius agendum, adhibendo rogatum testam. per quod  
 tollitur omnis suspitio argum. l. P. Apilo. §. propositum. ff. de le-  
 gat. 1. Maxime, quia rogatus testam. in testamentis, requiritur  
 ut appareat, verba proferri a testatore, animo deliberato non per  
 functoria, aut blandimenta. D. 1. de iur. testam. r. in chow  
 Farinae. de testib. quest. 6. num. 3. Jul. Clar. ad tit. in sen. r. m.  
 quae. §. 8. num. 1.

96  
 D. Ger. de leon. dict. decif. 40. r. num. 1. vbi. r. 44.  
 ibi. Licet enim regulariter in alijs actibus humanis non requira-  
 tur, quod testes sint rogati, tamen in testamentis, in quibus, ut sa-  
 pe dictum est, maxime subest timor fraudis, & falsitatis, vo-  
 luit lex adhiberi testes non fortuitos, sed ad id in specie rogatos,  
 ut diligentius ad ornata animaduertent.

97  
 Cuncta maiora importante, que Barth. in l. Dy-  
 Trajan. de iur. testam. nos la a conseja por cautela. ibi. Quo-  
 niam testes, qui producuntur ad testamenti comprobationem, si  
 deponant se audisse Testam. in illa esse tale heredem, & non  
 dicant se adhibitos, §. rogatos ad hoc, nihil probant. Vñ ad delicta  
 go. Et hoc tene menti, quando habes probat. testam. per tes-  
 tes, & sis cantus in formando annulas.

98 ¶ Angel Areti. in §. fin. Instit. de testam. ubi affirmat: Se assistentem Peritū vidisse, Peritum advocatum in hoc errasse, & adeo causam amisisse.

99 ¶ La qual tambien se induze de nuestras leyes Reales, dicit. l. 1. tit. 4. lib. 5. Recopil. illic: Teniendolas otras calidades que el Derecho requiere. Greg. Lop. in dict. l. 1. tit. 1. part. 6. verb. que sean llamados, y rogados. Palac. Rub. in l. 3. Tauri, nu. 66. ibi: Testes, qui interveniunt in testamentis debent rogari, deficiente autem testium rogatione testamentum est nullum, non solum in testamento inscriptis, sed etiam in nuncupatio, Burgos de Paz in dict. l. 3. Tauri, num. 550. Alborad. de coniectur. lib. 3. §. 2. cap. 2. num. 13. Spino de testam. gloss. 31. num. 29.

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

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

102 ¶ Y este defecto, no solo no se ha negado por Francisco Baeza, antes el mesmo en possisiones, con juramento de pedimiento de esta parte, y por mandado de la Sala afirma: Que los mas de los testigos fueron a casa de Domingo Martin, acompanyando el suenio Olio, y por esta razon se quedaron, y hallaron presentes, y no porque el susodicho de oficio los embiasse a llamar.

103 ¶ Que es la mayor probança que el Derecho confiere, l. 1. l. centum 6. in princip. & in §. si alia, ff. de confess. l. 1. Cod. l. 5. tit. 2. lib. 5. Recopil. cum vulgaris.

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

penas que las leyes ponen, l. 4. tit. 7. lib. 6. Recopil. ibi: *Y que sobre las posiciones confesadas por qualquiera de las partes, los Letrados no hagan preguntas, y que si las hizieren, pague de pena cada uno tres mil maravedis, es como se declara en el articulo 105.*

(\*) QUINTO FUNDAMENTO. (\*)  
104 **S**i se opusiere, que Domingo Martin no trató de hazer nueva disposicion, si no de declarar lo que cōtenia su codicillo, para que sus parientes llevassen lo que los Albaceas, y Matias de Triana auian de repartir en limosnas, y obras pias sup. num. 7. lo qual no necesitó de mas formalidad, que lo que algunos testigos depusiesen.

105 ¶ *Veluti deducitur ex l. haredes palam, §. sicut postea ff. de testam. ubi Bart. num. 4. Castrenf. num. 13. Burg. de Paz. in l. 3. Taur. num. 8. 13. Cerbant. num. 182. Alvara de consuetur. lib. 1. cap. 3. a num. 7. Dom. Castell. lib. 4. cap. 19. n. 28. Respondemos.*

106 ¶ *Que, o quieren Francisco Baez, y Consorte, que los parientes que se hallaren, y huviere de Domingo Martin se estén comprehendidos, y ayan de participar de las limosnas, y obras pias que se han de repartir del quinto, a voluntad de sus Albaceos, y de Matias de Triana. Y esto nunca se podrá negar por estas partes, ni sus Abogados lo há cōtradicho, antes, si siempre conformado en ello. Y mas quando el propio Fráncisco Baez es vno de los tales Albaceas, que puede aplicar la suya a los tales parientes.*

107 ¶ *Que su ánimo es, de quitar absolutamente las limosnas, y obras pias a los pobres de Granada, y el arbitrio de repartirlas a los tales Albaceas, y a Matias de Triana, y que el codicillo que daxe totalmente revocado por nueva, y vltima disposicion contraria a él, como en la verdad lo pretēden, cōtrato de ahogo, y codicia, que en la segunda peticion que presentaron ante el Alcalde mayor, concluyeron.*

108 ¶ *Deberse distribuir todo el remanente del quinto entre ambos ados, como sus parientes mas cercanos sup. n. 14. Y a que correspondió la sentencia del susodicho: En que declaro por revocado el primer codicillo, en fuerza de otro vltimo, y que todo el remanente lo lleuen las otras partes sup. n. 15.*

109 ¶ *Al para en este caso, ninguno ha puesto en disputa, que dexa de ser necesario probar con la solemnidad del Decreto, y numero bastante de testigos, la vltima disposicion en la forma que dexamos considerado, y probado en los fundamentos antecedentes.*

110 ¶ *Et expresé notant extra Antiquiores, Dom. Cobarr. in rubric. de testam. 2. part. num. 19. v. c. ff. Quarta conclusio, Burg.*

Burg. de Paz in l. 3. *Quar. in l. 8. r. 3. Alvarad. de coniect. libr. 1. cap. 3. in princip. Sira de Præc. de interpretib. 1. fol. 17. num. 28. Mart. de coniect. lib. 12. tit. 13. Peregrin. conf. 34. num. 4. lib. 3. Burg. de Paz iun. conf. 27. num. 7. Surd. conf. 129. num. 43. libr. 1. quam plurimos conuenit. Dom. Castill. libr. 4. cap. 19. num. 29. ibi: Si enim tendit ad aliam dispositionem, siue queratur probari alia qua dispositio de nouo, vel addendum, vel minuendum, aut addendum, vel corrigendum, vel aliquo modo alterando dispositionem iam apparentem; ostenses requiruntur, quod sunt necessaria ad probationem dispositionis. mod. et in p. v. d. l. 1. in p. d.*

III ¶ Y porque como el legado de lo que se haze de quinto de los bienes de Domingo Martin, lo dexó el testador para distribuir en limosnas, y obras pias a voluntad de sus Albacás, y de Matias de Triana, in codicilo ante escritura, y testigos supra num. 7. Para auer de quedar este renouado en el todo, y aplicarse dicho quinto a solos sus parientes: es necesario, que esto sea por otra disposicion, e que solemne, alias enim nullius erit momenti.

III 2. ¶ L. 2. ff. de in iust. rupt. l. sancimus, C. de testament. §. posteriore. In d. in quib. mod. testam. in fin. notabiliter text. in l. si iure 18. ff. de leg. 3. l. 21. tit. 1. part. 6. lib. 1. Et primero testamento se puede desair por otro que fue hecho después cumplidamente, ybi Get g. lit. A. de pasci DD. de hic non iustiora nunc re tam manifesta et sol. 1. 7. l. nulli q. d. b. q. u. p. a. c. u. d. l. 1. in l. 1. l. 1. (\*) et in d. EXITO FUNDAMENTO. (\*)

III 3. ¶ Consideramos por cosa digna de toda atencion que ver, que en el dicho cauqui no fue go que traxió Domingo Martin (quid non nobiles quando la verdad se manifesta) si no auisando dexado passar varios dias de tiempo, en que pudo influir la preuencion de testigos, maquinacion, y fabrica para la maquinacion deste pleyto, vt inquit Imperator in Auth. de qualitat. dot. §. si autem mulierabili: Quod enim ab initio factum est, in tunc sine suspitione est: quod autem postea et in obsequium est contra creditores, hoc ipso introducit iudiciali rationem, et hoc non nisi al. obsequium mod. 1. p. 5. y 10. 1. 4. y 11.

III 4. ¶ Todavia en la primer peticion que dió origen a este pleyto, donde se obligacion de venir a la parte instruya para el juicio de ningun manera dize, ni como en la béca, que Domingo Martin renouasse el codicilo, por lo que por via de declaracion dixo, y declaro, que su voluntad adtra a que las limosnas, y obras pias en que se hizo de dicho cauitat quinto fuesse entre sus parientes, sin hazer mencion del dia, ni hora en que esto passasse, ni para ninguno de los dichos parientes.

III 5. ¶ Confesion a que se ha de estar por hecha en la de manda

manda que dá principio a el juyzio, *l. cum præcum, C. de liber. caus. l. 2. C. de instit. & substit. cap. fin. de confess.* Mascard. *conclus. 368. à num. 4.* Menoch. *de arbitr. cas. 279. num. 4.* Farin. *quest. 5. num. 25.* Gratian. *decis. 19. numer. 21.* Gutierrez. *de iuram. 1. part. cap. 47. num. 14.* D. Valenc. *cons. 27. num. 32.* Cancr. 3. *variar. capit. 7. num. 348.*

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

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

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

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

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

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

F  
super

Super formalitate verborum, induceret singularitatem, que testi-  
bus fidem aufert, & hoc casu procedere communem sententiam.

122 ¶ Tum, porque auendo Domingo Martin en su tes-  
tamento acordado de *Francisco Baez*, y *doña Isabel de la Paz*,  
sus primos, dexandoles legados tan considerables, como 600. duc-  
dos a cada vno, ademas de los vestidos supr. a num. 2. vsque ad 6.  
y mandado, que a *Matias de Triana* se le entregassen 111. Rs. para  
que el solo los repartieste entre pobres a su voluntad en los ocho dias  
primeros despues de su muerte supr. num. 4. e instituydo por su vni-  
uersal heredera a su hija.

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

124 ¶ No es creible, ni menos digno de persuadir a nin-  
gun buen juyzio q se incline a la razon, q dos dias despues, por vnas  
palabras tan dudosas, y equiuocas, como las que contiene el pedi-  
miento cõtrario, quisiesse alterar lo q cõ tato acierto, y por discargo  
de su cõciencia auia dispuesto, y q todo el remanente del quinto lo lle-  
uen absolutamente sus parientes, quitando el repartimiento a los  
*Albaccas*, y a *Matias de Triana* de quien lo auia fiado, y dexado los  
111. reales en el testameto a sola su voluntad, sicuti optimè Imperator  
in l. si quando, C. de in offic. testam. ibi: Nec enim credendum est huius-  
modi, verbo tota obseruatione multis vigilijs excogitatum, at que  
inuentam auertere velle, c. Ecclesia vestra 57. de election. Don Iuan  
*Francisco del Castillo* tom. 2. decis. 153. a nu. 43. ibi: Ideo benedixit  
*Raudens*, variar. resolut. cap. 40. nu. 38. & conf. 35. nu. 69. 70. &  
89. ridiculum esse per vnum verbum, velle cludere ordinationem  
tanto audio factam *Bimio* conf. 302. num. 40. vsque ad 45. vol. 1.  
& conf. 116. num. 10. volum. 2. *Surd.* decis. 210. num. 11. *Casanat.*  
conf. 15. num. 42. *Petr. Leonio* volum. 2. ultim. voluntat. conf. 2.  
num. 28. vbi ait: Nefas esse propter vnum verbulum euertere, &  
presumere totam dispositionem.

125 ¶ Tum, & notatu dignissimum. Porque siendo la ma-  
da de lo que sobrasse del quinto para repartir en limosnas, y obras  
pias, en que se comprehenden, y son interessados en primer lugar  
los enfermos, y desualidos que yacen en los Hospitales, sin poderse  
ayudar de sus personas, por los impedimetos que padecen, a que nos  
deuemos inclinar, vt optimè admonet *Iustinian.* in l. si quis ad de-  
clinandam 49. C. de Episcop. & Cleric. §. vbi autem 3. In hæc  
verba,

Vbi

26 ¶ Vbi autem in distincte pauperes scripti sunt hære-  
 tibi xenonem eius ciuitatis omnimodo hereditatem nancisci,  
 per xenodochim in agro tantes fieri patrimonij distributionem,  
 Et infra: Quis enim pauperior est hominibus, qui, & inopia tenti  
 sunt, & in xenone repositi, & suis corporibus laborates, necessarium  
 victum sibi non possunt af. frere?

127 ¶ L. 20. tit. 3. partit. 6. ibi: Dixitendo el testador: esta  
 blezco por mi heredero a los pobres, ò mado por anima, qui sean de  
 dos mis bienes a pobres: porque dudariam algunos en quales pobres  
 deuen ser repartidos. Dezimos, que los deuen auer, è dar à aquellos  
 que fueren fallados en aquellos Hospitales de aquella ciudad, ò vi  
 lla, que el testador mandò, è señaladamente à aquellos que por al  
 gunas enfermedades en que yacen non pueden salir de los Hospita  
 les a pedir de que viuan: asfi como contrechos, ò los cojos, ò los cie  
 gos, ò los niños desamparados que orian en ellos, ò los muy viejos, ò  
 los que ouiesen otras enfermedades a tales, porque non pudiesen  
 andar, nin salir de los Hospitales, porque estos lo ban mas menester,  
 que los otros que puedan andar a pedir donde binan: vbi Greg.  
 plura notabilia animaduertit.

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

129 ¶ Y también para los vergonçates honrados, que se de  
 xaran perecer antes que llegara à pedir, y auiendo tenido caudal ca  
 yeron en pobieza, vt considerat Diu. Ambros. lib. 1. de offic. cap. 30.  
 cuius verba refert Gratianus in cap. consideranda 17. dist. 86. ibi:  
 Consideranda est etiam in largiendo atas, adque debilitas, non nã  
 quam etiam verecundia, qua ingenios prodis natales: vt senibus  
 plus largiaris, qui sibi labore iam non queunt victum quarere: si  
 militer, & debilitas corporis, & hæc iubanda promptius: tunc si  
 quis ex diuitis cecidit in aegritatem.

130 ¶ No puede quedar reuocado por la clausula posterior  
 general, ratione priuilegij cause pie. Probatur clare, ex l. libertis  
 18. §. Posthumis, ff. de alimēt. & ciuar. legat. Dõde vn testador en  
 tre otros muchos legados q̄ dõ por su testamēto, mandò se die f  
 sen

Sen ciertas cantidades annuas a libertos suyos , para que se alimen-  
tassen. Despues auriendole nacido vna hija, hizo codicilo , y porel  
quitò la tercia parte de todos los legados que auia dexado por el tes-  
tamento: y la mandò a la tal hija. Muerto el testador, dudose si la di-  
minucion general de la tercia parte de todos los legados que aplicò  
a la hija, comprehendia tambien los annuos de los alimentos de los  
libertos, y responde el Còsulro, ibi: *An etiam, cibariorum, & ves-  
tiariorum, tercia pars, et per fideicommissum data esse videatur?*  
*Respondit, non videri.*

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

132 ¶ Tiraquell. de priuilegijs pia causa, priuileg. 19. So-  
cin. regul. 382. in regulario d'uerform, priuileg. 26. qui praefacta  
verba transcribunt Nicolao Eberard. in topicis legalibus, loco 59.  
*ab alimentis ad piam causam. num. 6.*

133 ¶ Guillerm. Benedict. in cap. reinuntius, verb. testa-  
mentum el tercero, num. 63. de testam. ibi: *Vnum tamen singulari-*  
*ter menti tenetis, quod ad emptio, vel diminutio relictorum in tes-*  
*tamento, facta in codicillis per verba generalia, non est enditur ad*  
*relicta ad pias causas: quinimò integraliter debebuntur, nisi speci-*  
*fice fuissent reuocata: textus singularis in l. libertis, & c.*

134 ¶ Surd. de aliment. tit. 7. priuileg. 20. num. 7. & 8.  
Merces de maiorat. 2. part. in initio, nu. 288. Franc. Barry in tract.  
de successiõib. lib. 10. tit. 1. de resolut. testament. num. 27. vbi hac  
opinionem iudicatum refert Tholosse, ex decif. Gerard. Maynard.  
ibi: *Restat nunc de tertio, quod est testamentum ad pias causas, vt*  
*dicit Maynard. lib. 5. cap. 21. sic Tholossa iudicatum primum hu-*  
*iusmodi testamentum ad pias causas p'uta pro Xenodochio factum,*  
*sue ageretur de institutione, sue de legatis, non censei reuocatum*  
*per aliud, quod duodecimo die post factum fuisset, licet istud poste-*  
*rius contineret clausulam generalem casans, & reuocans tous, aut*  
*tres testaments.*

135 ¶ Tum, porque si esto procede auiendo segundo tes-  
tamento con clausula general, reuocatoria del primero: quid dice-  
mus, quando el codicilo donde se dize: lo que sobrare del quinto,  
para reparir en limosnas, y obras pias, fue ante ceteriano, y testi-  
go: y esta tal disposicion posterior, en que los contrarios se fundan,



Es imperfecta y menos solemne. Tunc etenim, neque aquam, se deue tener por reuocado.

136 ¶ Ad textu in l. proximo 3. ff. de his qui in testamento delentur. Donde auiendo vno formado testamento, con institucion de herederos, y dexado libertades a esclauos, y otros legados, se abrio despues, y echandole vnas rayas, refendó algunas cosas, hallo se tambien testado el nombre de vn esclauo: dudose si quedaria reuocada cõ lo rayado su libertad, ibi: *Nomen serui, quem liberum esse misse rat induxit.* Y salio de determinacion de que no favore libertatis, illic: *Antoninus rescrip. et liberu cum, nihilominus fore, quod videlicet favore constituat libertatis.*

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

138 ¶ Licet los que se fundan en la vltima disposicion sean parientes del testador, vt in punto Ant. Fab. in C. libr. 1. tit. 2. diffin. 39. per tot. ibi: *Prae causa privilegium illa dicitur, ut siquid relictum sit in vltima voluntate solenni, qua reuocata sit, per subsequens testamentum non solemne, in quo scripti sunt agnati proximiores ab intestato successori, nõ tamen reuocatum censetur, quod praecausa legatum fuerat.*

139 ¶ Tũm, porque (quando lo antecedente fuera disputable) el mayor privilegio de los parientes, para introduziñe por el legado general en lo que sobrar de el quinto, no ha de ser para quitar absolutamete el repartimieto de limosnas, y obras pias que a los Albaceas, y a Matias de Triana se auia dexado por el codicilo, si no a que en la distribucion q̄ huvieren de hazer se les de parte a ellos, & quod magis est, que los prefieran a los estraños, cap. non satis 86. distinct. Glos. inc. 1. de cohabit. Cleric. & mulier. Surd. de aliment. tit. 1. q. 93. num. 2. cum seqq. Menoch. conf. 321. n. 3. lib. 4. ibi: *Et cum eleemosina est distribuenda alijs, primo eligendi sunt pauperes ex sanguine, Agust. Barbof. de potest. Episcop. 2. p. allegat. 83. nu. 17. ibi: Deputatis ad certabona distribuenda inter pauperes, aliqua aduertendum duxit, & in primis, quod huiusmodi eleemosina prius debent dare illis, qui sunt ex sanguine.* Peralt. in l. siquis Titio 17. num. 15. ff. de legat. 2.

140 ¶ Y el darles prelación, no solo no es excluyr otras limosnas, y obras pias, antes admitirlas, y conseruarlas de spues de socorridos los tales parientes, l. Luitius, Titius 85. ff. de her. in i. l. 3. §. posse, & §. emancipate, ff. de asig. liber. l. ubi autem non oportet, ff. de V. l. 2. §. 1. vers. Cum enim esset prelatio, ff. ad Tertul. l. cum filius 76. §. pater, cum filia, ff. de legat. 2. Auth. cessante, C. de legat. har.

141 ¶ Bald. in l. fratres, nu. 13. C. de inoffic. testam. Menoch. conf. 106. num. 247. Alvar. libr. 4. cap. 3. nu. 36. Thefaur. decis. 98. num. 5. ibi: *Cum rotatur I. C. ibi, verb. prelationis, quod esse non potest, sine expressa uocatione, D. Molin. de primog. lib. 2. cap. 17. apostila 1. ibi: Nota, quod masculus praefertur femina, no ipso facta admessa videtur.* Peregr. de fideis. m. 1. num. 51. Ioann. Ant. Bell. conf. 72. a num. 30. usque ad 36.

142 **¶** Advertiendo, que los parientes que pueden introducirse, y pretender derecho al repartimiento, seran los que lo fueren de Domingo Martin, y puestos edictos (si llego el caso) lo verifiquen, no empero, Francisco Baeza, ni doña Isabel de la Baza, de los quales se acordó en su testamento, y beneficio tanto, como dexados a esta 600. ducados para criar sus hijos, y a aquel 500. y mas otros 100. por Albalá, y los vestidos para que los repartiessen entre si, *supra annu-mer. 23. & 5.*

143 **¶** Con que teniendo legados especiales para sus socorros, no están comprehendidos, ni pueden serlo en el general de la vltima disposicion a favor de sus parientes. *de cobaredi. §. qui patrem. ff. de vulgar. Melior text. in l. alimenta. §. Basilia. ff. de aliment. Et cibari. legat.* Donde vn testador dexó a Basilia su libertad, para que de las ysuras que de los procediessen se alimentasse, despues por otro legado general dixo, que a todos sus libertos, y libertas se le diessen *cibaria, & vestimenta, & habitacionem*: dudose si se deustian tambien a Basilia, y dice el *I. C. respondit, secundum ea qua proponerentur, non deberi, nisi hoc quoque edictum probaretur. Claudius, quia destinaverat alimentis eius, usuras pecunia.*

144 **¶** Probatur etiam ex *l. Stichus 20. in princ. ff. eod. tit. de aliment. Et cibari. legat.* vbi dando libertad vn testador a Sticho, y mandandole de cem annos deinde inquit text. *alio capite libertis omnibus, qua vivus praestabat dari us sit. Quaro an Stichus praeter suum legatum, & alimenta percipere possit? Respondit secundum ea, qua proponerentur, non posse. Bart. in dict. l. alimenta, §. Basilia. Et Gotyfr. ibidem.*

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

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

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

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

149 **¶** Y aun, Francisco Baeza querido dar a entender, que Domin-

go Martin le estau en obligacion, por auerle ayudado a ganar la hacienda, y los testigos se alargan en esto: ha presentado Matias de Triana carta de pago, y finiquito: que el año de 56. otorgó Francisco Baez, en que con 400 reales que recibí de Domingo Martin, lo dá por libre de todas quantas empleos, compañías, y viajes que ha hecho. Y tambien de pone Martuel Rodulfo, caçero, oyó a Domingo Martin, que despues que Francisco Baez salió de su casa tenía hacienda.

S.EPTIMO FVNDA.MENTO.

150 **Q** Vando Domingo Martin pretendien dixo: queria que sus parentes llenassen el remaniente del quinto, si no en tiempo que el tratasse de hazer otra disposicion, si no respondiendo a la pregunta que le hizo el Padre Pedro Cobo, de si quera se repartiessa en los hermanos de su muger parte del quinto que suia mandado en su testamento: assi lo concluye. Quando Natuacaz, testigo, supr. num. 7. que siendolo presentado por las otras partes le perjudica en todo, licet vnicus sit.

151 **¶** Veluti in casu ex Iass. in l. admonendi, ff. de iur. iur. Paris. cons. 88. num. 12. lib. 3. Gratian. disceptat. cap. 765. num. 58. Menoch. cons. 60. tit. 1. 18. lib. 1. Roman. cons. 104. num. 6. Mascard. de probat. com. l. 241. an. 1. Farin. quast. 62. lim. 10. num. 237. Stayban. resol. 54. n. 21.

152 **¶** Y auiendo sido esto despues de recibida la extrema unction passado vn parafismo, en que entendieron se auia quedado, y á acabando, y tiempo en q solo pensaria en la muerte, y agonias della, y que a pocas horas despues falleció, no es posible estuuiesse para semejante acto, ni atendiera a lo que se le preguntaua.

153 **¶** L. hac consultissima, §. ad cum humana, C. de testam. ubi: Ad eam humana fragilitas, mortis precipue cogitatione perturbata minus memoria possit res plures consequi. Plat. lib. 1. de legib. ibi: Deliramus prorsus, & fracto quodam modo animo iacemus, plerique cum iam, iam, mori, arbitramur.

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

155 **¶** Conque semejantes disposiciones, hechas en esta ocasion, ya in terrogacion de otro, se juzgan turbulentas, y por feqturas, como lo consideran So cin. Sen. cons. 32. num. 18. vol. 3. Castren. in 9. l. hac consultissima, §. at cum hu mana, num. 2. Tiber. Decian. respons. 61. num. 4. Polid. Pip. de actu in mort. act. cap. 6. num. 6. Mantie. de coniectur. lib. 2. tit. 6. num. 5. Gaspar Anton. The saur. lib. 2. for. quest. 99. n. 9.

156 **¶** Y sujetas a falsedades, e insidias, dict. l. inbemus, C. de testam. ibi: Et falsitas in eloys committitur, ubi Bar. num. 1. D. G. Mag. regist. lib. 11. cap. 36. ibi: Cessent testamentorum insidia, in minuta, animusque paruem validus, Angel. in l. in fraudem, §. sicut au. in 3. ff. de testam. mi. lib. Ann. Robert. rer. iudic. cap. 10. fol. 438. per verba delata, n. 20.

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

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

159 ¶ Así lo resueluen in terminis Alex. conf. 4. num. 14. in med. vol. 7. Decius conf. 90. in pn. Ancharr. conf. 151. num. 3. Paris. conf. 61. nu. fin. lib. 2. Crauet. conf. 143. num. 15. Manent. conf. 9. num. 88. Gratian. cap. 48. nu. 24. Dom. Couarr. de test. 2. part. rub. num. 25. Mantie. de consuet. lib. 2. tit. 15. num. 16. ibi: *Decisio legis, si pars de in officioso testam. debet restringi, ut procedat quando testator decederet in testatus, aliud est si in testatus non decedat, veluti si prius fecerit aliud testamentum, & dubitatur, an per posternis raptum videatur, nam in dubio secundum testamentum non debet subsumri. Vt prius tollatur.*

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

161 ¶ Estos son, señer, los fundamentos, que nuestro corto talento ha podido discurrir, segun los autos, y probanças del pleyto, y aunque pudieramos uerfe otras dificultades, y puntos a la vista del, por no hallarme presente, no me opongo dellas, hizierame escrupulo no auer reduzido a escrito los presentes en este limitado tiempo que he pasado, quando me consta ser bien contraria à la verdad de lo que en esto ha passado la preterusion de Francisco Baez, que por la modestia, y perjuyzios graues que puede resultar contra muchos, dexò de prorrumpir. Pero Dios que ha dado lugar a litigio semejante, no permitirá se quite a los pobres el focorro, que mouió a el difunto les dexasse: así lo esperamos, y que se ha de mandar, como se dize en dicho codicilo. Salua in omnibus tanti Iudicis D. C.

Lic. D. Iuan de Herrera  
Pareia.

