

72

CV #

292



-algos de la soue y al nono de la...
 -santa...
 -de...

POR

E L C O L E

**G I O D E L A C O M P A
 Ñ I A D E I E S V S A D V O C A
 C I O N D E S A N T I A G O D E E S T A C I V D A D**

de Cadiz.

E N

E L P L E I T O C O N D O N F E R N A N D O G O N Z A L E Z
 de Cubas Regidor Perpetuo della.

Núm. **E N** seis de Abril deste año de 1649. doña Isabel Marin de
 Cubas, muger legitima del dicho dō Fernádo de Cubas,
 otorgó su testaméto cerrado ante Pedro Collantes escribano pu
 blico de el numero desta ciudad, en que dejo por su heredero uni
 uersal al dicho colegio de la compañía de Iesus, y por vsufrutuá
 rio de todos sus bienes por los dias de su vida al dicho don Ferná
 do, y que la propiedad de ellos luego que la susodicha falleciese
 fuese, y se transfiriese en el dicho colegio, y que muerto el dicho
 don Fernando, que en trafe a gozar sus frutos, y tentas para que
 se convirtiesen en el gasto de la cera del Santisimo Sacramento,

A

adorno



adorno de la sacristia, prevencion de la roperia, y otros efectos pias-
dosos; con cargo de ciertas Missas y sufragios. Y que en cada vn
año se le diesen al padre Rector que es o fuere, cinquenta ducados
para que los distribuyese entre pobres, y en el locorro de otras
necesidades, dio ciertas libertades, y despues puso la clau-
sula del tenor siguiente.

Yo en declaro, que por quanto desseo que este mi testamento, y lo en el con-
tenido se cumpla, y execute en todo como en el se contiene, por auerlo considera-
do muy de espacio, comunicado con mis confesores, y hombres de ciencia, y con
ciencia, y ser lo mas ajustado a ella para mi saluacion y seruicio de Dios nuestro
Señor, que otro ninguno; porque puede suceder, que movida del respecto, o te-
mor que tengo, y tenido a mi marido don Fernando de Cubas, por la larga expe-
riencia que tengo de su condicion, quiera que yo mude, o haga otro testamen-
to, o de poder al susodicho, o otra qualquiera persona, para por mi, y en mi nom-
bre pueda testar: es mi voluntad que si por las dichas razones, o otras semejantes
yo hiziere otro testamento, o codicilo, o diere poder para hazerlo al dicho mi
marido, o a qualquiera otra persona, sea de ningun valor, ni efecto, y desde agora
para entonces lo revoco, y doy por ninguno: y para que tenga efecto, y sea vali-
do el que despues de este hiziere, a de tener, y tenga clausula especial con que
rogue este testamento que yo hago en treinta de Março de 1649. años, y en ella
a de estar escrita la oracion del Ave MARIA toda entera sin saltarle palabra al-
guna con vn Gloria Patri, y sino tuviere la dicha clausula con dicha oracion refe-
rida es señal cierta que no quiero que valga, y que no a sido ni es mi voluntad, y
desde agora lo revoco y doy por ninguno, y sea de ningun valor ni efecto el testa-
mento, o poder que despues deste se hiziere, y este se quede y esté en su entero ba-
lor y efecto, y se execute como dicho es, y ser esta mi ultima voluntad, y de no tener
la dicha clausula; es señal que è sido violentada para ello, de que hago protesta
en forma quanto de derecho se requiere, y es necesaria; y para mayor firmeza
juro a Dios y a la Cruz de no revocar este testamento en ningun tiempo por general y
especial clausula sino fuere poniendo las dichas palabras referidas del Ave MARIA
con su gloria Patri, la qual oracion la tengo muy en mi memoria para que me sirva
de resguardo si por alguna causa, temor, o respecto me hizieren revocar este testamen-
to. Porque quiero sea notorio a todos que esta es mi voluntad, y no otra, y si lo con-
trario adelante pareciere por testamento, codicilo, o poder se entienda no es, ni a
sido mi voluntad, faltandole la dicha clausula con las dichas palabras referidas de el
Ave MARIA, con gloria Patri, porque tengo entendido que no cumpliendo este
mi testamento no se a de executar lo que desseo para bien de mi alma, y descargo de
mi conciencia, así de Missas, como de las de mas obras pias en el contenidas, y en-

cargo

cargo las conciencias a las justicias y juezes que pueden y deben conocerme, la guarden en lo aqui contenido, y si alguna ley, o leyes ay en estos Reynos que digan basta para renocar este testamento la clausula renocatoria general la renuncio, y quiero no me balga, sino fuere en especial con las mismas palabras a la letra como aqui van referidas, y no en clausulas generales.

2. Veinte dias despues de el otorgamiento de este testamento parece otorgado vn poder para testar, ante Sebastian Perez escriuano publico de el numero de esta ciudad, en que la dicha doña Isabel le da facultad al dicho don Fernãdo de Cubas su marido, para que por ella haga su testamento, y desde luego lo dexa instituido por heredero vniuersal, y en el dicho poder està la clausula siguiente.

Y con lo susodicho renoco, anulo, y doypor ningunos otros qualesquiera poderes que aya dado para testar, y los testamentos que antes deste yo e fecho, y qualesquiera mandas y codicilos, o otras disposiciones que como e dicho antes del se a ya fecho por escripto, o de palabra para que no balgan, ni hagan fe en juicio, ni fuera del, ni se pueda usar dellos en manera alguna, aun que tenga qualesquiera clausulas relevantes, circunstancias que se ayan de repetir en este contrato para su renouacion, y porque yo desde luego los deyo todos anulados, y rebocados, para que no se les de, ni pueda dar cumplimiento, ni balidacion alguna por mi, que mi ultima voluntad queda resuelta, y acabada en esta disposicion y poder, y en el testamento que el día e cho mi marido, otorgare en su virtud, que este solo quiero se guarde, cumpla, y execute, porque assi es mi voluntad.

3. Murio la dicha doña Isauel quatro, o cinco dias despues de la fecha deste poder. El dicho testamento cerrado fue abierto, y publicado con todos los requisitos de derecho; y hallandose el dicho colegio instituido por heredero en el, segun la forma referida, puso de manda al dicho don Fernando Gonçales de Cubas, que trataba ya de disponer de los bienes de la dicha doña Isabel, en que pidio se confirmase el dicho testamento cerrado, y que se declarase que por muerte de la dicha doña Isabel se auian transferido en el dicho colegio, la propiedad de sus bienes: y assi mesmo por nulo el dicho poder, y todo lo que en su virtud se huviere obrado, o dispuesto, o que se obrafe, o dispusiese.

4. Las excepciones de que se a balido el dicho don Fernando son, que el dicho testamento cerrado està defetoso en su otorgamiento, porque en lo intrinseco del no ay firma de la dicha doña Isabel, ni de otra persona en su nombre; que parece escripto de algun religioso de el dicho colegio; que se pudo suponer dise-

833
tente escritura de la entregada por la dicha doña Isabel, al dicho Pedro Collantes al tiempo de el otorgamiento, que este fue, y se hizo en la Iglesia de el dicho colegio: y ultimamente, que el Padre Alonso de Villosa lo exhibió ante el dicho Pedro Collantes para que lo abriese, y publicase, y que así el dicho testamento cerrado es nulo, y que aunque fuese balido quedó reuocado por el dicho poder, en el qual no fue necesario insertar la oracion del Ave MARIA, porque bastó la clausula rebocatoria en que se haze especial mencion de la derogatoria de el dicho testamento, principalmente hallandose instituido en el dicho poder por heredero vniuersal el dicho don Fernando por pariente mas cercano de la dicha doña Isabel que le auia de suceder si muriese a bintestato.

5. La parte del dicho colegio replicó adichas excepciones eran inciertas, porqu eel dicho testamento está otorgado, y publicado con todos los requisitos de derecho. Que para que se rebocase por el dicho poder no fue bastante la clausula rebocatoria deste, porque era necesario que en el se hiziese mencion singular, y individual de la derogatoria del dicho testamento, y del juraméto que contiene insertando la oracion del Ave MARIA. Y que quando esto faltase, el dicho poder contenia nulidad por la incapacidad que el día de su otorgamiento padecio la dicha doña Isabel con la grauedad de su enfermedad, y q para otorgarlo sin auerse escrito cosa alguna a las preguntas del escriuano, y instancias de vnascriadad dijo la, palabra si solamente, por lo qual, y por lo demas q en el discurso deste papel se prepondra, era cierto contenia el dicho poder defectos de solemnidad, y voluntad con que conforme a derecho era ninguno, y no podia rebocar el dicho testamento.

6. El pleito se recio a prueba, y hecha publicacion está concluso para sentencia, y para que se pronuncie en favor del dicho colegio, y se conosca la notoria justicia que tiene, se diuidira este papel en dos artículos.

7. En el primero, que quando el dicho poder estuuiere otorgado con todas las solemnidades de derecho, no se rebocó por el el dicho testamento cerrado. Y en el segundo, que el otorgamiento del dicho testamento, y su publicacion está conforme a derecho practica y estilo comun: y que el dicho poder es nulo, por el defecto de solemnidad que contiene.

ARTICULO PRIMERO.

Aunque regularmente se debe estar en la voluntad de los testadores a la ultima disposicion, y escriptura della, que se debe observar, y executar sin atender a las primeras. l. si mihi 11. §. in legatis ff. de leg. 1. ibi: nouissima scriptura ualent. & infra ibi: nouissima ademptio spectanda est. l. si bene tabula. l. cum in secundo ff. de in iusto rapt. l. si quis priore ff. ad Trebellianum. l. pater filio ff. de hered. instit. l. omnium C. de testam. Y el que se halla con el segundo testamento, y ultima disposicion, tiene la preluncion por si, y fundada su pretension S forcia Odd. Conf. 89. nu. 41. late. D. don Inau del Castillo lib. 3. contro. uer s. cap. 1. nu. 138.

9. Tamen, quando la disposicion, o testamento deroga las que despues se hicieren si es absolutamente que los testadores abdicã de si la facultad de reuocar, y hazer nueva disposiciõ, esta clausula es contra bonos mores. l. stipulatio ista ff. de verb. oblig. y nulla de derecho, y sin embargo se a de estar a lo ultimo que ordenaren y dispusieren, porque la voluntad es de ambulatoria, y variable hasta la muerte l. Quod si 4. ff. de adimend. legat. ibi: Ambulatoria enim est uoluntas defuncti usque ad extremum uitæ exitum l. Cum hic status §. pænitentia ff. de donatiõ inter. cap. cum Marthæ de celebratione Missarum. l. Cum duobus §. idem respondit ff. pro socio. l. Pactum quod dotali C. de pactis. D. D. in §. posteriore instit. quibus. mod. testam. infirm.

10. Pero si los testadores no se impossibilitan de testar, sino solo derogan qualesquiera testamentos, o disposiciones posteriores que no contengan tales palabras, o tales circunstancias, en este caso la clausula derogatoria tiene validacion, y los testamentos, y disposiciones hechas despues sin ellas son ningunas, y de ningun efecto, y la primera es firme que se debe cumplir y executar. l. Si quis in prio. 22. ff. de legat. 3. ibi: suprema uoluntas prior habetur. l. si mihi §. in legatis ff. de leg. 1. ibi: interdum tamen, non posterior sed precedens scriptura ualeat l. 22. ff. 1. p. 6. Y la razon se halla en la ley nihil prohibet ff. de adim. legat. ibi: nihil prohibet priorem scripturam posteriorem corrigere, mutare aut rescindere. esta distincion la haze elegantemente licet his legibus nõ citatis Pater Ludouicus Molina, de inst. & iure 11. disp. 153. n. 21 & passim D. D. sin embargo de la ley Dimi §. licet ff. de iure codicill. la qual explica, y interpreta Espino, in speculo testamentorum glosa 30. anu. 41. uerf. qua opinione.

105

11. Y usando desta forma juridica la dicha doña Isabel Marin de Cubas por la clausula citada del dicho su testamento cerrado de seis de Abril deste año, recelosa de que el dicho don Fernado de Cubas su marido con su aspereza de condicion (como lo declara en la dicha clausula) le violentase a que contra su voluntad hiciese otro testamento, o le diese poder para testar, se cautelo, poniendo en el dicho testamento cerrado la dicha clausula derogatoria de otros testamentos, o poderes para testar posteriores, y mandando no se les diese fe, ni credito, sino contuviesen la oracion del Ave MARIA a la letra, con vn Gloria Patri, porque de otra forma no era su voluntad, y lo aseguro con el juramento, y protesta que hizo en la dicha clausula, conque no hallandose, como no se halla en el dicho poder para testar presentado la dicha oracion, ni palabras, ni mencion especial, y individual dellas, es ninguno, y no derogó, ni reuocó el dicho testamento cerrado, antes quedò este en su fuerça y vigor, yes el que sea de observar, y guardar, vt ex legibus relatis est communis, & inconcessa Doctorum resolutio ex d. l. Si quis in principio ff. de leg. 3. ibi: Cuius legauero, semel deberi volo: postea eodem testamento, vel codicillis sciens sepe eidem legauerit. Suprema voluntas prior habetur. Sed hoc ita locum habebit si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi peniguisse, & voluisse vt legatarius plura legata accipiat.

12. Hanc conclusionem sequuntur Mantica, de coniecturis lib. 11. tit. 8. per totum. Iulio Claro, lib. 3. §. testamentum q. 99. §. hoc autem. Rotta, p. 2. in nouissim. decis. 304. Couarrub. de testam. 2. p. Rubrica n. 19. §. 2. con clus. 4. Cancero, 1. p. var cap. 4. n. 11. Pater Thomas Sanchez, lib. 4. Consil. moral cap. 1. dubio 23, n. 4. ibi: quando adest clausula derogatoria solius voluntatis, si in ferendo testamento nulla clausula derogatoria est, tunc primum testamentum non reuocatur. Pater Molina, D. tit. 2. dispul. 153. n. 16. ibi: licet enim testator dum testamentum confecit, nullam possit sibi legem apponere, a qua non possit recedere; quia tamen appositione talis clausulae protestatus est non velle velle. lere quodcumque aliud testamentum condiderit, utique nisi in posteriori testamento apponet aliquid, per quod significet se recedere ab ea voluntate. præsumentum est per posterius testamentum alioqui legitimum non intendisse reuocare prius testamentum.

13. Y la razon es, por que la dicha clausula derogatoria, y protesta que en ella hizo la dicha doña Isabel, in fluyò, y calificò en las disposiciones posteriores que se hallan en suyas defecto de voluntad

ead libere l. in aliena §. fin. & ibi Bart. ff. de acquir. hered. l. 2. §. quis §. pletaque ff. de relig. & sumpt. fun. Alexand. conf. 134. n. 1. vol. 1. Cephalo conf. 375. nu. 4. Federico de Senis, conf. 47. n. 7. Nenizanis, conf. 63. n. 20. Spino de testamentis glos. 13. n. 38. ibi: clausula derogatoria dicitur quedam protestatio, qua quis ostenditur se nolle aliquid facere, licet dicat, se facturum, vel faciat. D. Pichardo, in s. posteriore instit. quib. mod. et. in firm. nu. 62. & 64. ibi: ceterum cum illa protestatione in futura dispositione voluntatem sibi de futuram testator in finiat, & secunda dispositio nulla erit, quia nuda a consensu, & voluntate est in sola forma locutionis, & verborum quæ absque animo nihil operantur, quinimo ea voluntas quam posteriora verba expriment, imaginaria, & simulata intelligitur, cum ex priori protestatione consensus, & vera realisq; voluntas in ea deficiat, vnde nullos operari potest effectus.

14. Por lo qual a semejante disposicion la llamò Nata in auth. hoc inter liberos n. 26. C. de testamentis, voz, y sonido de campana que no explica concepto alguno de entendimiento, o voluntad, como refiere Franciscus Niger Ciriaco, tom. 2. contro. 360. n. 10. ibi: Cumque talis protestatio manifestum faciat posterius testamentum non habere voluntatem defuncti, sed esse veluti cymbalum tinniens dans sine mente sonum.

15. Y asi el dicho poder para testar, se presume hecho sin voluntad de la dicha doña Isabel, sino a instancia y ruego del dicho don Fernando su marido, y por complacerle entendida de que no perjudicava a su deliberado testamento, pues en el dexava puesta la protesta, y clausula derogatoria citada, y en el dicho poder no repetia la dicha oracion del Aue MARIA, ni otra alguna de las demas circunstancias necesarias, con cuya omision manifestò el defecto de voluntad que anullo el dicho poder por ser la voluntad el requisito mas esencial de las disposiciones de los testadores, como consta de su definicion de qua in l. 1. ff. de testam. ibi: Testamentum est voluntatis nostræ iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit: vbi omnes D. D. y el Consulto con las palabras, voluntatis, y velit. dio a entender lo preciffo que es la voluntad en semejantes actos que esto obra la repeticion de las dicciones referidas argumento l. Valitta ff. ad Trebell. la Rea decis. 40. n. 17.

16. Reconociendo la verdad de las doctrinas referidas, el dicho don Fernando de Cubas se vale de que aunque es asi que en el dicho poder para testar no se hallan escritas las palabras de la oracion del Aue MARIA, y que era necessaria mencion especial de ellas

285

dellas para que por el quedase reuocado el dicho testamento cerrado. Pero que las palabras generales q̄ tiene el dicho poder ibi: Sin embargo de cualesquiera clausulas releuantes circunstancias q̄ se debã repetir &c. son bastantes para auer reuocado el dicho testamento cerrado, porque en la vltima disposicion no es necessario que se pongan las calidades, palabras, y circunstancias de la clausula derogatoria indiuidualmente, sino solo que se haga en general mencion especial de la dicha clausula derogatoria, tenent glosa in l. Si mihi s. in legatis ff. de leg. 1. verb. non valebit. Greg. Lopez verb. señaladamente, l. 22. tr. 1. p. 6. Paulo de Castro, Con. 279. in fine volum. 1. Capra, conf. 30. n. 17. Menochio, de presump. presumptione 166. Marta de success. legal. p. 4. q. 4. arti. 7. n. 8. Couarr. de testam. in rubric. conclus. 4. n. 4. Grasciano, discep. for. cap. 48. n. 21. & 22. Ceual. comm. cent. com. q. 211. nu. 6. Pater Molina, dispul. citata. 153. h. 23. P. Thomas Sanchez, lib. 4. Consil. moral. cap. 1. dub. 23. n. 7. Farinacio decis. 721.

17. Y que esto procedera con mas llaneza, hallandose el dicho don Fernando como se halla instituido por eredero en el dicho poder, el qual como pariere mas cercano de la dicha doña Isabel, ei successurus erat abintestato, quo casu, se debe atender a la vltima disposicion, sin embargo de que la primera tenga clausula derogatoria, l. Si duobus s. si prius ff. de bonor. poss. cent. tab. l. hac consul. tissima s. si quis autem C. de testam. l. 20. tr. 1. par. 6. Spino, de testam. glo. 10. n. 113. Et glos. 30. nu. 35. Ant. Gomez, in l. 3. Tauri n. 79. Menchaca, de success. creat. s. 2. in prio. Gutierr. lib. 3. practi. q. 47. per totã. D. Francisco Sarmiento, lib. 4. seledar in l. si filius ff. de liber. & posthum. n. 1. fol. mihi 217. Y que en duda se aya de determinar en fauor del segũdo testamento en que se halla instituido el, que alias successurus erat abintestato, vt ex l. 2. ff. de iustitio rupto. Tradit Simon de Prætis, de interpretat. vltim. vol. lib. 4. interpret. 3. dub. 2. n. 63. ibi: procliuor est sententia pro testamento, in quo est institutus hæres alias successurus abintestato.

18. Pero sin embargo de las doctrinas referidas, y replicas que por ellas se hazen, se debe estar al testamento cerrado, otorgado por la dicha doña Isabel, por la clausula derogatoria que contiene sin hazer caso de la que se halla escrita en el dicho poder para testar, porque ademas que este padece los defectos de solemnidad, que se propondran en el segundo articulo de este papel, no se hallã en el las circunstancias necessarias para que reuocase el dicho testamento. Considerado que en el dicho poder no se haze mencion del escribano ante quien se otorgò el dicho testamẽto, que algu

algunos doctores lleuan, q̄es bastante esta cirentancia para que por ella se reuocase el testamento antecedete sin expresar la clausula derogatoria, Castrensis, in authen. hoc inter liberos n. 4. C. de testat. Bald. conf. 380. in fin. vol. 4. & in l. humanum sub nu. 5. C. de legibus. Barfaro, conf. 307. n. 128. Iulio Claro, in D. §. testamentum q. 99. n. 3. Mantica, de coniectur. lib. 12. tit. 8. nu. 11.

19. Ni menos en el dicho poder se hizo memoria del dia mes ni año del dicho testamento, que pudiera induzir cōjetura de que lo quiso reuocar, Corneo, conf. 174. vol. 1. colum. 3. Bald. in l. si idem ff. de leg. 2. Simon de Prætis, d. lib. 4. dub. 2. nu. 65. & 73. Ni tan poco se halla mencion de los herederos, ni de otra circunstantia de que con certeza se pudiera inferir tuvo animo, o voluntad la dicha doña Isabel de reuocar su testamento por el dicho poder, como lo considero Prætis, d. dub. 2. n. 73. ibi: & clausula de rogatoria mencionis habet expressio facta in secundo testamento, vel de nomine notarij, qui scripsit primum testamentum, vel de nominibus hæredum in eo institutorum, vel nuncupatim de ipso primo testamento per eius certum tempus, vel alias certas eius qualitates exprimendo.

20. Pater Molina, De iustit. & iure d. tit. 2. disp. 153. n. 22. ibi: vt ergote vocetur prius illud testamentum, necesse est vt in posteriori fiat mentio particularis prioris illius testamenti, esto clausula in eo apposita nulla fiat mentio vt si dicatur nolovalete tale testamentum, quod tali die præzente tali tabellione confecti aut aliud simile.

21. De que se colige el defecto de voluntad de la dicha doña Isabel, y que al tiempo de el poder que suena otorgado no tuvo intencion de reuocar el dicho testamento cerrado, que no se puede presumir se vuisse olvidado ta de el todo, que le faltase de la memoria la clausula derogatoria que auia puesto en el dicho testamento del tiempo, lugar, y escriuano ante que lo auia otorgado, y del heredero, que en el auia instituido, y disposicion que auia hechos, porque semejante oluido no se puede presumir de tan corto tiempo, como es el de veinte dias que se passaron del dicho testamento al poder citado, y solo se pudiera admitir esta presuncion, si se vuisse pasado diez años. l. Sancimus C. de testam. Socino. in l. si mihi. §. in legatis. n. 6. ff. de legatis. Cephalo. Conf. 375. n. 20. Menoch. lib. 4. Presumpt. 166. n. 12. & conf. 170. n. 24. Mantica, de coniect. dicto lib. 12. tit. 8. nu. 16. in fine.

22. Y assi siendo, como es cierto que para reuocar testamento de clausula derogatoria, es necesario que en el segundo se haga de ella

689
claro especial mención. **VADD.** unanimiter conveniunt, & affir-
mant: ex dicta: l. si quis in principio ff. de legat. 3. ibi: si specialiter dixerit,
prioris voluntatis sibi poenitisse. no se deuen atender a las palabras de
el dicho poder ibi: Sin embargo de qualesquiera clausulas relesantes circuns-
tancias que se deuen repetir, &c. que es vna generalidad vaga q no tie-
ne la especialidad q se requiere para induzir reuocacion del testa-
mento antecedente. Argum. leg. Item apud Labeonem. S. hoc edictum.
ff. de iur. ibi: voluisse etiam specialiter de eare loqui, ea enim qnz notabiliter
sunt, nisi specialiter noventur, videntur quasi neglecta. Alexand. com. 74. nu. 1.
volum. 1. Beroid. conf. 3. n. 5. volum. 2. Morot. conf. 99. n. 52. Nonius. conf.
22. n. 4. Nebican. conf. 63. nu. 22. & 21. Menoc. l. 4. Presumpt. 166. n. 13. & 16.

Y en los terminos deste pleito lo considero Ciriaco. Controv. 360.
n. 17. ibi: & ratio est quia illud dicitur specialiter dictu quod est a generalitate ver-
borum abstractum; cum autem hic facta sit mentio testamenti rogati a tali notario
non potest dici, nisi abstractum a generalitate. Principalmente quando la
clausula derogatoria del dicho testamento es tan especialissima,
como de ella consta, y la de el dicho poder tan general, que aun-
que procede el axioma Genus per speciem derogatur non e con-
tra. Y explicandola Barb. n. 5. inquit hæc verba; Generalis dispositio
sequens non periuicac speciali specificæ, etiam si generalis habeat verba habitia com-
prehendere specialem.

23. Y concurriendo los testamentos, el primero con clausula
derogatoria, es necessario para que quede reuocado que en el se-
gundo este tan clara la clausula reuocatoria de la derogatoria an-
tecedente que no ay duda ninguna, ni trabaje el entendimiento
en conocer la mudança de voluntad, e inteligencia de palabras.
Y inquit Bald. In authentic, Hoc inter liberos in principio, cod. de testam. n. 1.
ibi: Ita debet declarari voluntas derogatoria, vt intellectus non labore in intelligen-
do mentem testatoris, sed ex ipis verbis pateat ita specificacæ quod nulla sit dubita-
tio. Naca. conf. 531. Ciriaco. dicta controv. 360. n. 49. ibi: Præuenerit in con-
cursum primum testamentum, nisi illi derogatum specialiter appareat, & ho-
derogatio debet saliter esse aperta, & ita debet declarari voluntas reuocatoria vt intelle-
tus non labore in intelligendo mentem illius; sed ex ipis verbis pateat ita specifi-
cacæ quod nulla sit dubitatio.

24. De que resulta la malicia y cautela que en si contiene la ge-
neralidad de la clausula del dicho poder, que se escribio a ciegas.
Nan ex cap. Testatrix, que tenia noticia del dicho testamento,
que assi se presume por ser hecho suyo, l. Quam b. ad Deletanum
hno del escriuano, y de los interelados que concurrieron a tramitarlo.

arlo, y fabricarlo. Praxis, dicho suo traq. lib. 4. dub. 2. num. 61. ibi: Ad
frequentius vidi tales clausulas appostas etiam testamētis potius requisitione volun
tate prece non dicat precito, heredum institutorum, ac potius inuentione ex sagacita
te notariorum non curantur, quando que in discrimine ponere cōscientiā pro amico.

23. Conque concurre que en duda no se presumen los testa
dores mudança de voluntad, sino se prueba concluyentemente,

Gemin. Conf. 115. n. 4. Bufato conf. 304. n. 57. Reminando. conf. 108. n. 3.
Azcino, conf. 165. n. 5. Y para ello es preciso se verifique causa de se
mejante novedad, haziendo nueuo testamento, y disposicion di
ferente. leg. Eum qui voluntatem, ff. de probationibus. leg. Si mihi, §. final.

ff. de legatis. l. 1. Caserio. r. parte variarum cap. 4. n. 13. in fine. ibi: Quambis
ego etiam multis interuenientibus coniecturis, testamentum posterius nullum ceseo
ex defectu voluntatis, nisi heres doceret causam aliquam mutationis voluntatis.
Fontanela. decal. 50. n. 12. ibi: Quia nullus, sine aliqua causa presumēdus est velle
a priori voluntate recedere, ac illam mutare, cum nulli rationale oportet hae causa,

26. Y en duda hallandose en las disposiciones testamentales
clausulas amplias, y generales derogatorias de que no se pueda infe
rir con certeza la voluntad vltima de los testadores, se deve estar
a la primera porque no se presume mudança, ni alteracion della

Decio. conf. 90. in fine. Ancarrano. conf. 161. nu. 3. Ioannes Andreas, conf.
21. in fine. Paricio, conf. 61. n. final. lib. 2. Menochio. lib. 6. presump. 37. n. 9.
Gracian. Disceptat forēs, cap. 48. n. 24. ibi: Indubio si non possit cognosce prop
ter clausulas amplas de quibus in primo, & secundo testamēto quod illorum debeac
praeualere, est concludendum pro non mutatione voluntatis.

27. Conque vistas las clausulas derogatorias, y renocatorias de
el dicho testamento y poder para testar, qualquiera hombre ca
paz desnudo de las noticias y circunstancias que interuinieron al
otorgamiento del dicho poder, hallara y conociera en la clausula
reucatoria deste no auer palabras que viuamente presupongan
voluntad determinada en la dicha doña Isabel de reuocar el dicho
testamento, o alomenos no dexara de causarle duda digna de re
parar conque estamos en la resolucion de los DD. referidos, su
pra numero antecedenti, que afirman sea de estar a la primera
voluntad, y testamento de la dicha doña Isabel, y no a lo que con
tiene el poder otorgado despues que es la dudosa.

28. Y aunque por parte del dicho don Fernando de Cubas se a
pretendido probar la voluntad de la dicha doña Isabel su muger,
y que por el dicho poder la tuvo de reuocar el dicho testamento,
tan solamente a presentado dos testigos que son Maria de Mesa, y
Maria

69

María de Villalta, las quales (a demas que padece[n] las tachas y defectos que en el segundo articulo de este informe se propon dran) vistas sus deposiciones se hallará no dizen que el dicho Sebastian Perez elcrivano refirió a la dicha doña Isabel en la reuocacion que puso de otros testamentos que fuesse sin embargo de qualesquiera clausulas relevantes circunstancias que se demiesen repetir para su reuocacion, que son las que se hallan escriptas en el dicho poder, y en las que funda todo su derecho el dicho dō Fernando, por lo qual las dichas palabras y clausula se deben presumir puestas por el dicho escribano, ex consuetudine, supuesto que no fue rogado para ello por la dicha doña Isabel. *Vt eleganter, ex Corneo, Curtio, Ruheo Marcalor, & alijs. resolu[it] Cácerus, lib. 1. cap. 4. n. 19. ibi: vnum tamen est quod si clausula derogatoria specialis posita in posteriori testamento solet ex consuetudine notariis apponi, in distincte nõ coller protestatione facta in priori testameto, que deroget secundo, licet malefaciat notarius, quod huiusmodi clausulas derogatorias apponat: nisi expresse sit rogatus.* Y este vltimo requisito no se a verificado de contrario.

29. Y quando la probança está dudosa por parte del heredero del segundo testamento se a de estar a la voluntad clara y cierta del primero argumento l. non hoc 4. C. vnde legit, l. cum duo in fine ff. de indic. adiection. Socin. conf. 177. n. 4. vol. 2. Ciriaco, d. controu. 360. n. 61. ibi: Cum igitur ceteri finus de voluntate prioris testamenti, incerti autem de voluntate posterioris, probatio Domini Lan franchini tanquam dubia non releuat.

30. Viendo las fuerças destas doctrinas, y consideraciones, el dicho don Fernando de Cubas se a valido de suponer vna causa que obligase a la dicha doña Isabel su muger a reuocar el testamento cenado, y a hazer el dicho poder. Y es que los Religiosos del dicho colegio no le visitaron en la enfermedad de q murió, que fue especie de ingratitude, lo qual se excluye por los mismos autos, y probança del dicho don Fernando, en que sus testigos contestá que el dicho poder para testar se hizo vn dia despues que le dio la dicha enfermedad a la dicha doña Isabel, y en tan corto tiempo no se les puede a los dichos Religiosos imputar culpa de ingratitude, ni omision alguna, ni menos de que no le visitassen en los veinte dias que vbo de intermedio en el otorgamiento del dicho testamento, al que se sabe de del dicho poder. Porque en el tiempo que corria de la epidemia y contagio, estava prohibida la comunicacion de las familias, como la de los demas concurfos. Y los dichos Religiosos prudentemente la excusarian por auerse muerto

muchos

muchos en su colegio del dicho zebaque, y para que se pudiese formar la quexa era preciso se viese verificado por el dicho don Fernando el auerlos llamado y interpelado para que fueren auer a la dicha doña Isabel, y administradole los sacramentos, lo qual no solo no se a hecho, pero ni se alegado; antes consta que se recelaron de los religiosos del dicho colegio, pues passando por el a llamar a el cura pudieron auisar en el, y fuera bien usar de la vrbanidad de la ley. Quidam y herus ff. de sera. vrbana. pced. ibi: qua dicitur uolo cum hithero loquaris ne remulicam faciat. Y la dicha Maria de Mesa testigo del dicho don Fernando dice, que el padre Alonso de Vlloa fue a ver a la dicha doña Isabel, y que no lo dexo entrar: y vltimamente no es verosimil dexasen los dichos Religiosos de verla y asistiria siendo como fue tan afecta al dicho colegio, y señora de tanta calidad como es notorio: quando el dicho don Fernando tiene confessado por sus peticiones que cõ toda caridad, y piedad asistian los dichos Religiosos a los enfermos que los llamauan, cuyas confesiones hazen plena probança en fauor del dicho colegio, l. Cum precum C. de liber. caus. cum vulgatis.

21. Pero quando todo lo referido saltase asiste al dicho colegio la doctrina seguida y defendida por grauissimos autores antiguos y modernos, q vnanimiter resuelbe y afirman, que para quedar reuocado el primero testamento que tiene clausula derogatoria, es necessario y preciso que en la disposicion posterior el testador haga singular y indiuidual mencion de la dicha clausula derogatoria; y de las circunstancias que contiene, que es el defecto que padece el dicho poder para testar, de que se vale el dicho don Fernando, pues en el no se hallan las palabras del Aue MARIA, ni indiuidual mencion de la clausula derogatoria del dicho testamento cerrado, y no es bastante la reuocacion general que se haze en el dicho poder, DD. In d. l. si quis in prib. verb. specialiter ff. de leg. 3. Felix in cap. accedentes n. 5. de consue. & in cap. nonnulli nu. 6. de rescriptis, & in cap. qñ ad agendum de procurat. lib. 6. Cardinalis conf. 136. Paulo de Castro, conf. 268. vol. 1. Calder. conf. 21. et. de privileg. Federico, conf. 233. Jaffon, conf. 17. vol. 2. Deccio, conf. 165. Sclua. de Beneficijs 3. p. q. 14. Tiraqueil. ad leges combialtis glo. 5. in fine. Thomas Grammatico decisi. 20. nu. 6. Casar. de Grass. de test. n. 2. & 2. de test. Menoch. prax. 266. nu. 13. Barbosa. de claus. claus. 4. nu. 9. ibi: restringe tamen vbi testator ponit clausulam quod promittat testamentum non reuocare, & si illud reuocasset, talis reuocatio non valeret in 2. testamento facta nisi in illi verba certa opponatur veluti nisi in eo scribantur articuli fidei, vel ora-

25
cipio dominicus; quia tunc non rumpitur per secundum seu aliud ultimum nisi verba illa in eo ultimo sine in ferta, aut sit expressa mentio facta de illa clausula derogatoria; quia mentio generalis non sufficit.

32. Porque esta es la fuerza de la clausula derogatoria del primero testamento, que si en el segundo, o ultimo no se hallan las circunstancias y oraciones q contiene no se debe tener, ni juzgar por reuocado, vt notabiliter tradit Fontanela decis. 49. n. 20. ibi: Et non potest testamentum iudicari reuocatum, nisi in reuocatione legantur certa orationes de quibus ibi, cuius derogatoria clausula tanta est vis, vt nisi hae orationes ponantur in reuocatione, non possit testamentum iudicari reuocatum.

33. Y esta opinion se halla de el todo acreditada en el caso de este pleito, porque la dicha doña Isabel expreso en el dicho testamento, que el poner en el la dicha clausula derogatoria, fue por que se reuelaua que el dicho don Fernando su marido le violenta se a que hiziese disposicion difinete, o le diese poder para testar, y hallamos que en el presentado de que se vale, esta instituido absolutamente por heredero. Quo casu: no se atiende a la vltima disposicion, que se presume hecha por suggestio, y a ruegos, e instancias, sin voluntad libre; y assi se deve citar al dicho testamento, y no al dicho poder, y vltima disposicion; Nata Conf. 639. column. 2. Riminaldo, conf. 378. n. 11. volum. 3. Rubio. conf. 25. nu. 4. Eleganter Iacobo Cancerio. Prima parte variarum cap. 4. n. 13. ibi: Solum hoc tunc animaduertendum volo, super quo consulti, quod si testamentum posterius factum esset in fauorem eius, cuius odio verisimiliter praesumi posset, inferra clausula derogatoria in priori, non potest valere posterius testamentum, faciens mentionem, licet specificam. Non tamen in diuio priori, si concurrunt coniecturae, quod posterius ad suggestionem illius factum, potius quam ex voluntate testatoris, veluti si domi illius esset factum testamenti, vel. tempore facti testamenti, illi praesens esset, vel cubiculum vbi erat testator frequenter intrando, & exiendo, prout censuit, & codex Fabrianus discolib. 6. tr. 5. de testamentis, definitio. 13.

34. Y esta doctrina esta ajustada con las deposiciones de Alonso Gomez Cueto escriu: de Martin Sanchez el hardinero, y de mas testigos presentados, que conuienen, en que el dicho do Fernando hizo instancia a la dicha doña Isabel su muger para que le diese el poder para testar, y el mesmo fue quien llamo al dicho Alonso Gomez Cueto, y despues llamo, y lleuo al dicho Senastia Perez ante quien parece otorgado el dicho poder.

35. Prosiguiendo este punto, y dificultad el mesmo Iacobo Cancerio, dicto cap. 4. nu. 14. como tan grande abogado, y experi;

primentado en negocios, conosciendo las malicias, que en semejantes disposiciones de muger casada machinan los maridos, por quedarle con la hacienda, casi previniendo nuestro caso, con grãde energia, y magisterio, refuelbe; que no se á de atender a la última disposicion, sino es que esta tiene individual, y singular mención de la clausula derogativa, contenida en el testamento antecedente, y que no basta la general, ni especifica para que quede revocado. (inquit enim hæc verba) Certum siquidem est, quod talis clausula derogatoria concepta secundum modum assueti (ve nempè, quod si aliud testamẽtum fecero, volo nihil valere, nisi servaretur certa forma in priori præscripta, vel in eo inserantur verba aliqua in priori inserta.) cõsentur apposita, quia suspicatur testator ne in mortis articulo, vel alias confanguineis, vel amicis instigetur, aut subornetur ad faciendum ultimum testamentum. Vt notat Bartolus, in extrabaganti, ad reprimentũ, versic. 9. obliãti. Socinus in l. si mihi, & tibi §. final ff. de legatis 1. Cræbeta cons. 25. n. 11 (qui ob id dicit.)

Cui præcedit testamentum cũ clausula derogatoria, posterius non carere suspitione; si igitur hoc est verum, prout est, si coniciatur, clausulam derogatoria in fuisse appositam; timore subornationis, aut suggestionis alicuius, veluti si sit vxor, que testata est causa mariti, quem aparet, odio habuisse, clarum est, quod dictum prius testamentum fecit cum clausula derogatoria, quia existimabit fortè ve tempore mortis instigaretur à marito, ve testamentum faceret in sui favorem, & quod si ipsa faceret, recularet in dicta infirmitate, & in sanitate, si conalesceret, negligetur ab eo, & sic quia prævidit futurum, ve teneatur conficere aliud testamentum, non ex voluntate, sed gratia blandiendi marito, illud tunc fecit cum dicta clausula derogatoria, in qua clausula derogatoria est certum dictam particularem formã non esse alio animo præscriptam, nisi quia videbat futurum illud testamentum, quod autem ab & faciendum ad subornationem mariti erat faciendum in ampla forma, faciendo mencionem specialem clausularum derogatariorum; & certè si istud testamentum, posterius derogaret priori, solum faciendo mencionẽ, non individuã sed specificã de clausula derogatoria est certũ clausulas derogatorias in individuo conceptas, nihil adiumenti sic testantur, alacuras, quod, quã absurdum sit dicere ipsa experientia, & naturalis ratio docet.

36. Lugar es este que de el todo acredita y alegura la pretension del dicho colegio, y excluye la del dicho do Fernado, por ser decisivo en propios terminos de las circunstancias deste pleito, y assi no se deuen atender las palabras generales derogatorias de el dicho poder, quando por el poco tiempo que passo de vn otorgamiento a otro, que apenas fueron veinte dias, no se puede presumir olvido, y teniendo lo debio protestar la dicha doña Isabel no acordarse de la formalidad de la dicha clausula, como lo confideran

685
deran Federico de Cenis, conf. 47. n. 1. & conf. 233. vers. Modo
Benedictus Calderino. conf. 12. de preuilegijs vers. neque obli-
tat quod sufficiat Iulio Claro in §. testamentum quæ. 99. vers.
sed Quæro. Graciano cap. 48. nu. 22. Geronimo Laurencio decis.
81 n. 3. Marta de successione legali 4. parte q. 4. art. 7. nu. 13. ibi:
Item quando verba reuocatoria derogatoriæ sunt valde prægnantia, tunc semper
illis derogatum censetur, si testator protestetur se non recordari de qualitate verbo-
rum in derogatorijs appositorum, & ita fuit iudicatum. Agustin Barbosa,

post tractatum de pensionibus voto decisiuo 11. num. 6. Ibi:
Responderetur enim in dicto secundo testamento adesse sufficientem derogationem
ex quo testator in eo dixit, quod valere debeat, non obstante quouis alio testamento,
habente clausulam derogatoriam subdens, sub quibusvis verbis derogatorijs, de qui-
bus modo non recordor, & si recordatus fuerim, ea de verbo ad verbum expressissem.

37. Conque concurre que la dicha doña Isabel, en la clausula
derogatoria de el dicho su testamento cerrado, preuiniendo esta
controuersia, por las vltimas palabras renunciò las leyes, y doctri-
nas que disponian fuesse bastante la clausula general reuocatoria,
y semejantes renunciaciones tienen fuerza de leyes, por ser volũ-
tad expressa de los testadores. Authent. de nuptijs §. disponat.
collatione 4. cum vulgatis. sin que se pueda ajustar la prohibi-
cion de la ley, nemo potest ff. de leg. 1.

38. Y para mas notoriedad de la justicia del dicho colegio, se
à de atender a la clausula derogatoria del dicho testamento, don-
de se halla jurò la dicha doña Isabel no reuocarlo, ibi: Y para ma-
yor firmeza jurò a Dios, y a la Cruz, de no reuocar este testamento en ningun ti-
po por general, o especial clausula, sino fuere poniendo las dichas palabras referidas
de el Ave MARIA &c. Y para que quedase reuocado por el dicho
poder, era necessario hiziesse mencion en el de el dicho juramèto
y le falta este requisito, conque està en su fuerça el dicho testa-
mento. Bartolus, In leg. si quis in principio ff. de legatis. 1. Hason. In lege
final C. si contra ius. Felino, in cap. 2. n. 20. de sponsalibus. Alexand. conf. 38. vo-
lum. 3. & conf. 27. lib. 1. Segura, in repetitione leg. si filius ff. de verb. obi. n. 25.
Graciano, cap. 48. n. 19. Simon de Pretis, de interpret. vic. volunta. lib. 4. inter-
pret. 3. dubio 2. n. 38. in fine. Pichardo, in §. posteriori, nu. 68. Instituta. Quibus
mod. testam. infirmetur. Plures alios refert, & sequitur, el señor Pie-
drec Cobarrubias. In rubrica de test. 2. parte, n. 15. versio. secundo infir-
matur. Ibi: Quibus exactè perpensis ira erit necessaria in secundo testamento mentio
iuramenti, vt non sufficiat mentio facere primi testamenti, & derogatoriæ clausulæ
specialiter per illa verba estum, & irritum decernens quodcumque aliud testamētũ
quibus

quibuslibetque verbis derogatorijs a me conditum.

39. Gaudieret; De iuramento confirmatorio a. p. cap. 1. nu. 6. ibi: Quo fit ita esse iuramentum nisi in secundo testamento mentionem iuramenti, ut non sufficiat mentionem facere in primo testamento, & derogatorie clausula, specialiter per illa verba, casum, & irrevocabile meum, quodcumque aliud testamentum, quibuscumque verbis derogatorijs a me conditum, nisi expressim fiat mentio iuramenti. **Et inferius eod. n. 6. dicitur adit. libi:** Nos recto agimus de testamento iurato reuocando, quod casu, communi opinio est, cum in praedictis glossis, quod nunquam extendatur ad id reuocatio, quod adducitur fiat nisi de iuramento fiat mentio. Quamquidem opinioem communitatem ipse sequi malo, unde indistincte teneo, quod nullo modo possit reuocari primum testamentum iuratum, nisi in derogatione specialissima, (vt ita dicam) fiat mentio de iuramento, & haec sit vera, & communis resolutio.

40. Nouissime; Gomezus Baio in sua praxi Eccl. & saecul. lib. 3. ca. 18. lite. 1. n. 16. ibi: Testamentum spirituum factum cum iuramento, non reuocatur per secundum, habens clausulam generalem derogatoriam nisi expressse mentio fiat de iuramento.

41. Esta misma resolucion sigue, y afirma, dando el fundamento della el Padre Molina. De iustitia, & iure, dicto tract. 2. disp. 153. nu. 37. & 38. ibi: Hinc facile intelligitur, iuramentum promissorium, quo testamentum confirmatur, actionem vim clausula derogatorie sequentium testamentorum habere, quacumque derogatoria, nisi clausula formaliter testamento apposita, idque ad effectum, vt nunquam reuocatus censeatur, nisi in posteriori testamento expressa mentio reuocationis iuramenti fiat, quidquid enim sit de clausulis derogatorijs superiorum, comparatione inferiorum, qui ipsorum iuramenta, & rationabili causa possunt relaxare, vt rursus scilicet, absque expressa iuramenti mentione, aliquibus verborum formis, eorum statuta, aut alia iuramento confirmata, reuocare censeatur, de quare alibi disputatum est: certe quando absque periurii reatu, quippiam reuocari non valeat, vt in re, de qua disputamus certitur, nullius verborum formis censendum est reuocatum, nisi licet clarins constet, qui ita reuocat, intendisse id cum periurii reatu afficere. Quare est testator de quo loquimur, in posteriori testamento dicat casum, & irritum decernens, quodcumque aliud meum testamentum, quibuscumque verbis derogatorijs, a me conditum, quae hic forent referenda, & pro relictis haberi volo, nisi expressam de iuramenti reuocatione faciat mentionem, censendum non est tale testamentum reuocasse eo quod, vt dictum est, de nullo sit praesumendum incidere, vel in periurii reatum praesertim, actu mortis ad ea propinquo.

42. Supuestos los fundamentos referidos, no es de consideracion la replica que se haze por el dicho don Fernando, de que siendo heredero ab intestato por pariente mas cercano de la dicha doña Isabel la muger, y hallandose instituido por heredero en el poder

E para

para testar referido, en conuiso de el dicho primero testamento
á de quedar se reuocado, y si como en institucion de quo supra n.
42. Porque esto se cae lo ye, con que las dos últimas que esta pro-
ceden quando tiene el testamento segundo, en que esta institucion
el heredero ab intestato algun defecto de solemnidad; pero no
quando es de voluntad de los testadores, que en este ultimo caso
aunque sea el testamento inter liberos, no ad pias causas, que es
mas privilegiado, no derogar el primero, que se halla con todos re-
quisitos de solemnidad, y voluntad. Ino, que visto por sí solo no
tiene validacion Castrensis, 1. de leg. 3. ubi de omni causa Cod. de testam.
Nata, in dicta leg. 3. ex imperfecto, nu. 37. Menchero, conf. 450. nu. 88. Hibi,
communium opinionum lib. 1. opin. 359. Boerio, de iur. 26. nu. 5. Menchero, de
suec. nonum creatione, lib. 3. S. 2. institutio 12. Surdo, decij. 20. nu. 14. Cobar,
in cap. relato de testam. nu. 9. Alvaro Velasco, consultat. 74. nu. 14. Castillo, de
ciss. 39. nu. 29. & 60. Dicus, Castillus, lib. 4. controu. cap. 21. n. 83. & sequentibus.
Fontanela, de ciss. 51. nu. 6. Antonio Gomez, in leg. 3. tauri, nu. 105. Tello Fern-
andez, eadem leg. 3. parte, nu. 18. Ibi: testamentum imperfectum ratione volun-
tatis, inter liberos, vel ad pias causas, est nullius momenti. Graciano cap. 76. n. 25.

44. Principalmente quando en el primero testamento esta in-
stituido el dicho colegio, para que los bienes de la dicha doña Ilsa-
bel se distribuyan en obras pias, como de eleonta, quo casu. No
solo quando en el segundo testamento estan instituidos los here-
deros ab intestato, sino aunque sea obra pia sea de estar al prime-
ro testamento, vt affirmat doctissimus Oldradus. conf. 113. in fine;
ibi: Præterea attendatur quod in priori testamento solenni est instituta causa pia
vnde testat omne privilegium, quod dici potest de verbi dispositioni secundæ. Por-
que, aunque los herederos ab intestato se hallen con algun privi-
legio, se tiene tambien el dicho colegio, por la obra pia; y así
conquasatur privilegium, & negotium reducitur ad ius commu-
ne. Françhis, de ciss. 234. in fine. Thesauro, de ciss. 177. nu. 9. Martha, de suc-
cessione legali 4. parte. quest. 4. artic. 7. n. 26. Vulgari regula privilegiatus
contra preuilegiatum non gaudet privilegio. in casu Scipion
Rouitus conf. 93. nu. 8.

45. Y no es de consideracion lo que se opondre por el dicho do-
n Fernando contra la clausula derogatoria de el dicho testamento
que no es vniuersal que las circunstancias grandes que conuie-
nen las preuinieste, y dispusiese la dicha doña Isabel, que no se presume
me fuesse tan practica de negocios, q. las dispusiese, y alcançasse,
y que así se debe juzgar escrita a instancia de los herederos, y no
expres-

care, se per verba quæ dubitari possint, an sint deliberate prolata. l. v. in q. 1. q. 2.

49. Y así se presume, que el auerdado la dicha doña Isabel a quel sí, sería mas por librarse de la molestia que en su enfermedad le causarían semejantes instancias y preguntas, que no estese voluntad de dar tal respuesta, ni hazer nueva disposición, como son muchos doctores en este mismo caso lo ponderan. Esteñor don Luandel Castillo, Lib. 4. contra. cap. 27. nu. 55. ibi: Tunc enim minima consideratione interrogantis, & aegrotantis constituitur in articulo mortis plane vehemens oritur suspicio falsitatis, seu defectus voluntatis quasi quod ita respondit ad suggestionem potius interrogantis, & ad submouendam molestiam, quam propter morbum affigitur, quam quod ita disponere voluerit.

50. Y aunque no muriese la dicha doña Isabel incontinenti, sino tres, o quatro dias despues de la fecha del dicho poder, como se prueba de contrario, sin embargo, por la breuedad, y grauedad del achaque que le quitó la vida, se deve juzgar estaua in mortis articulo, Albercio, l. 1. filiz. mez. m. 3. ff. solut. mat. et ex Thesauro Menochio, & alijs. idem tenet Cancr. lib. 1. Var. cap. 4. nu. 79.

51. Para suplir el defecto de la clausula reuocatoria que contiene el dicho poder, el dicho don Fernando la puso con todas sus circunstancias, y requisitos en el testamento que otorgó en virtud del despues de comenzado este pleito, y visto la clausula derogatoria del testamento cerrado, a la qual no se debe atender, porque el comissario no tiene facultad para reuocar las disposiciones anteriores de los testamentos, l. 34. Tauri, ibi: El comissario por virtud del poder que tubiere para hazer testamento no puede reuocar el testamento que el testador auia hecho en todo, ni en parte. eadem verba leguntur, l. 8. tit. 4. lib. 5. recopil. Vbi omnes Regnicolæ.

52. De que resulta quan sin substancia es la pretencion del dicho don Fernando de Cubas fundada en su poder para testar, que por aquel sí que se a referido quiere suponer voluntad en la dicha doña Isabel su muger, y con el quiere disponer de su hacienda, sin atender a que le falta el requisito principal que es la voluntad de la susodicha, que la excluye la protesta q hizo por la clausula derogatoria del dicho testamento cerrado, y las doctrinas citadas, y en otorgarle semejante poder fue darle vna caña vacia en que no puede estribar, ni asegurar su pretencion, ni adquirir su herencia, y fue por satisfacerle al dicho don Fernando su deseo: ut eleganter in terminis notat, & ponderat Franciscus Niger Ciriacus. Controuersia 360. nu. 45. ibi: Solet enim apponi a testatoribus, qui

dubi.

substanti ad usum sanguinis et blanditijs vel licet induci ad eos institutos quibus
& si aperte contradicere nolunt in eadem tamen non intendunt eos suam hereditate
habere pre dicere a priori dispositione. Unde vt possint apparere eis satisfacere
& vt dicitur dare illis arundinem vacua pramittit profectionem declaratoriam
sive voluntatis per quam de inde arguitur si iam esse & simulatam posteriorem dis-
positionem, & factam pro quadam satisfactione inani heredum in a institutorum.

ARTICULO SEGUNDO.

53 LA resolució del primero artículo alegura ta del todo la jus-
ticia, y pretencion del dicho colegio, q para conseguirla no
era necesario llegar al segundo en fundar la nulidad de el dicho
poder para testar, y los defectos de solemnidad que contiene que
son notorios de los autos, por lo qual aunque el dicho testamen-
to cerrado no tuviesse la clausula derogatoria protesta, y jurame-
to que lo asiancan, sin embargo se avia de declarar por firme y va-
lido, y que no quedo reuocado por el dicho poder, respecto de la
nulidad que contiene DD. 101. si iure ff. de leg. 3. ibi: ita de iure apri-
o te testamento recedi, si posterius valiturum sit. l. 2. ff. de in iust. irr. c. tr. l. hac
consultissima. S. sin autem C. de testam. plures authores refert, & sequi-
tur, Surd. conf. 373, nu. 23. ibi: secundum autem testamentum in validum non
reuocatur primum validum. Y esta es conclusión asentada por todos los
juristas.

54 Para ajustar la nulidad del dicho poder para testar se supo-
ne por cosa llana, y sin ninguna duda que requiere la misma so-
lemnidad en su otorgamiento que qualquiera testamento, l. 39.
Tauri, ibi: omnes tauristæ quæ hodie est, l. 13. tr. 4. lib. 5. recopil
vbi Masien. glo. 1. & 3. Acced. & alij Regnicolæ; Méthaca, de success. creat. lib. 1.
§. 4. nu. 3. Spino, en speculo testam glo. 5. per totam. Modernus Bayo, in sua pra-
xi eccles. lib. 1. cap. 25. ibi: mandatum ad testandum eandem solemnitate habere
opporret, quam testamentum, & sic eadem solemnitas, quæ in testamento requiritur.

55 Y el primero requisito necesario para la validacion del tes-
tamento es la capacidad y sanidad de entendimiento en la perso-
na que testa, l. 2. ff. de testam. ibi: integritas mentis nec corporis sanitas exi-
genda est leg. senium. C. qui testam facer. poss. leg. sanum. C. de Trantanch.

Y este fatto en el otorgamiento del dicho poder, porque aunque
es assi que el dicho Sebastian Perez al principio del entra hazien-
do relacion de que la dicha doña Isabel estaba en su buen juicio
natural, no se debe estar a ella, DD. in leg. 2. ff. de it. & in D. leg. sanum
Men

Menchaca de success. creat. lib. 2. §. 7. nu. 34. Mantica, lib. 2. de comedi. tit. 5. n. 19.

Plures refert, & sequitur Castillo lib. 4. controu. cap. 28. nu. 41.

Principalmente quando los tres testigos instrumentales que fueron del dicho poder estan examinados, y afirman concientemente que la dicha dona Isabel al tiempo que concurrio el dicho Sebastian Perez para otorgarlo no estava en su juicio sabah, antes dementada con la grauedad de su enfermedad, quo casu, hazen plena probança para desvanecer y anular el dicho poder, y su otorgamiento, y excluyen qualquiera dificultad aunque depogan de erencia, y de juicio que hizieren Decio, Conf. 489. Menoch. conf. 45. nu. 39. & 46. Cephalic. conf. 546. nu. 98. Canceri. r. p. vari. cap. 4. nu. 138. velt. & quod ibi: Testes instrumentarij qui erant duo deposuerunt eos iudicatos a caricem non esse sane mentis tempore confectionis testamenti, quod mouet omnem difficultatem. Nec ob est, quod testes loquuntur de suo iudicio quia probatio sane mentis, vel non sane non potest directo per sensum testis percipi quia id constituit, & in intellectu, & eo casu sufficiunt testes de credulitate.

56 Y en los terminos de este pleito quando se trata de reuocar otro testamento es comun resolucion con mas de veinte doctores que prosigue citando el mismo Cancerio, que se a de estar al primero testamento, y no al segundo, que padece la duda, ibi: Et de iure predicta magis procedere dixi, cum ageretur de reuocatione alterius testamenti iam antea mature, & deliberate facti, & ita bene ordinari, ut a quolibet ordinari posset quod est magnae considerationis.

57 Y aunque es assi, que don Pablo de Villalua vno de los dichos testigos instrumentales se retrato de su primera deposicion ante Francisco de la Barrera escribano, no se a de atender a su segunda declaracion por ser extrajudicial, sino a la primera que fue juridica, en cuya virtud a el dicho colegio se le adquirio derecho, que no le pudo priuar del despues por la segunda, aun quando fuele tambien judicial, omnes in l. Qui falso ff. de testibus, & in cap. sicut nobis de testibus. Egidius, Bossius in tr. de oppos. contra testes nu. 5. Alciato, de presumption. regul. 2. praesump. 29. nu. 6. & 7. Iulio Clar. §. fin. q. 53. versic. predicta au tem. Villalouos, in comm. opin. lit. T. nu. 49. Covarr. lib. 2. var. cap. 23. nu. 8. Menoch. de arbitrar. lib. 2. casu 103. nu. 9. & de praes. lib. 5. praesump. 5. nu. 17. Farinacio, de testib. q. 66. nu. 24. cum seqq. ibi: Regula sit quod quando testis in vno examine dixit contrarium eius quod dixerat in alio tunc non secundum sed primum dicendum attenditur. Y la razon se halla, in l. generaliter C. de non dumer. pecun. ibi: Nimis enim iniquum iudicamus ut quod sua quisque voce dictum de protestatus est, id in eundem casum infirmare testimonio que proprio resistere.

88 **mo** No me nos se a de conceder a la relacion que el dicho don Pe-
 die las es la segunda declaracion, en la qual el dicho Francisco es la
 Barrera de que le induxo, y persuadieron dos Religiosos del
 dicho Colegio a que depusiese el primero dicho ante el dicho Pe-
 dro Collantes, por que en adelante que sobre ello se querello el dicho
 Colegio, y esta peca el dicho don Pablo, (lo que dicho por phoca-
 jero que como en la segunda declaracion, esta no merec ser)
 atrevido alguno; **DD** *de ap. sine no habido senten. ubi. in casum*
monum. prallo. ordinem per incipit. al. quare. mas. ad. n. ad. n. Parina. et. pro. p. l. a.
ab. s. tratis; Thom. Aquin. qu. 2. y en los siguientes. ref. de. et. y. q. a.
 firmo, no haze semejante declaracion, ni aun el dicho contra los
 dichos Religiosos, y le ay muy grande contra el dicho don Fer-
 nando y confortes que le induxeron, pues el dicho Francisco de
 la Barrera firmo que el licenciado Nans de Aosta abogado del
 dicho don Fernando en este pleito, y don Jacome Centis (que co-
 mo interellado, y citado en el lo solicitó) llevaron al dicho don
 Pablo a las ocho y media de la noche a que la hiciese, y luego in-
 continentemente se pidio traslado de ella que es el presentado, Argum.
1. 2. 3. de. iur. f. de. lere. f. f. c. Henck. conf. 10. nu. 5.

59 Martin Sanchez jardinero, aunque le pretende por el dicho
 don Fernando que le retrato, y esta contrario en sus deposiciones
 es incierto, porque vistas le hallara esta muy conformes, porque
 en la segunda explica lo que dixo en la primera de la infamia que
 le hizo el dicho don Fernando a la dicha dona Isabel su muger so-
 bre que le diess el poner para testar, que fue quando le llevo al di-
 cho Alonso Gomes Cueto escrivano que no lo quiso otorgar por
 hallarla demetada y semejante interpretacion por la justa causa
 que tiene de aver sucedido todo en un dia, se debe admitir para ex-
 cluir la contradiccion que en la verdad no la padece, Bart, *1. non*
solum. 5. sed. ve. pro. bari. nu. 3. ff. de. opor. nov. nunt. Felino, & alij. in. cap. cum. tu.
de. testibus. Farinacio, eodem. tr. q. 66. nu. 17. Grauato, discip. for. tom. 4. cap.
797. nu. 31.

60 Y para credito de la verdad que depusieron los dichos testi-
 gos, y demas examinados sobre la temeraria de la dicha dona Isa-
 bel, se a de hazer reparo en la deposicion del licenciado Juan Mon-
 vero de Porrás cura de esta santa Iglesia, que la afirma, y testifica, y
 depone la halló incapaz por la dicha causa de el Sacramento de
 la penitencia, y por la autoridad del Sacerdote es testigo mayor
 de toda excepcion, y que vale por muchos. Glo. *In. cap. i. testis. de*
probat.

en el dho. testamento. Por lo qual de sí en su nombre se toma
in nomine de in casu, de lo qual se cree atender mucho a la disposi-
cion de la dha. materia, cada uno. Graceta, conf. 17. ubi socii
conf. 17. ubi socii. Mito de conf. 15. ubi socii. conf. 17. ubi socii. Agullin Bar
conf. 17. ubi socii. In fine. principalmente quando ay mas tes-
tigos que concurren en la dha. materia de la dha. doña Isabel.

61. El segundo de hecho de el dicho poder para estas es que no
esta prouado su otorgamiento en la forma que se halla escrito,
porque aunque es asi que consta del pos. escritura publica, esta
no merece, ni credito, lo primero, porque no consta que se ef-
ectuasse en presencia de la dicha doña Isabel, y siendo como es
disposicion nunupatua coram rebellionem, era preciso que des-
pues de escrita se leyese a la testadora en su presencia, y de los tes-
tigos, y de otra manera no es valido. Vide commiss. 17. §. quous
de legat. 2. l. 103. re. 18. Partim, que tal testamento debe ser leido. Ant. Gomul.
3. Tauri nu. 107. Tello Ego, cad. lege. pa. nu. 19. Rodrig. Suarez alleg. 1. n. 10
Covar. in cap. de testam. 1. de testam. nu. 11. Matenco in l. 1. r. 4. lib. 5. recop. Glo.
3. nu. 2. late D. Castillo lib. 4. controu. cap. 21. nu. 89. ibi: de iure etiam huius
regni potestates Tauri, & noue recollec. Regia id ipsum pro forma requisiti in testa-
mento nuncupatio coram rebellionem facta, nempe vt legat. coram testibus, & tes-
tatore nec alias, & cetera. Idem repetit, & animar. numeris seq. precipue nu. 44.

62. Y consta por la declaracion del dicho do Pablo de Villalua
testigo instrumental, que su firma la echo en blanco sin auerle ef-
ectu cola alguna en su presencia, con que justamente se presume
fraude, que es el que confidero el tenor don Juan de el Castillo,
D. nu. 89. ibi: ob defectum solemnitatibus, que seruanda est ob publicam utilitatem,
nempe ob fraudes rebellionem sustentari, & certior sit eorum fides.

63. Por lo qual reconociendo el dicho don Fernando el que los
testigos instrumentales del dicho poder estauan contrarios a el,
y lo desuacion. Bald. in l. 1. §. si quis si. quem adm. tr. aper. nu. 6. Fein.
in cap. cum Ioannes nu. 46. de fide instrum. Covar. lib. 3. var. cap. 11. num. 10
se a valido de otros testigos para prouar el tenor del dicho poder
que son los Maria de Villalua y Maria de Mesa, las quales omi-
tan el que en el dicho poder, y el otorgamiento que se diere in-
durar se dixesse, reuenen a la dicha doña Isabel los testamentos an-
tercedentes, sin embargo de qualquiera plausulas relevantes cir-
cunstancias, que se debiesse repetir para su reuocacion, que son
las que se halla escritas, y asi no se debe estar a ellas, ni a la dicha
escritura, y lo prueba ex Saliceto, Corneo, Alex. Soccin, & alius

Marta. De success. legal. 4. p. q. 2. artic. 1. nu. 18. ibi: quam obrem si testes rem nar-
gent aliter quam in instrumento scripta fuerit, illud reprobare dicuntur, quoniam tes-
tes coadiuvantes instrumentum debent illud idē deponere quod instrumento scriptum est.

Y de aqui nace la verdad de la doctrina de Simon de Prættis alega-
da num. 24. deste informe que las dichas palabras en que fun-
da toda su pretension el dicho don Fernando se escribieron,
ex proprio capite tabellionis, & non ex mente testatricis.

64. Ademas que las dichas Maria de Mesa, y Maria de Villalta
padecen lastachas de ser criadas de el dicho don Fernando, y por
su sexo estan excluidas de testificar en materia de testamentos, y
vltimas disposiciones, l. qui testamenta S. mulieres C. de testamentis: l. qui
testamento S. mulier ff. eodem titulo. Spino, in specul. testam. Glos. 31. num. 11.
plures alios regnicolas ex lege partitæ Flores Diaz de Mena, lib. 1.
var. q. 1. nu. 22.

65. Con que concurre ser legatarias en el testamēto que en vir-
tud del dicho poder otorgó el dicho don Fernando de Cubas, a
las quales dexa ciertas viuitendas por los dias de su vida, y que le
les acuda con parte de la renta del patronato que fundó, y por es-
ta causa no merecen fe, ni credito, sin embargo del, §. legatarijs
instit. de testam. que se entiende solamente en los testamētos cer-
rados, pero no en los nuncupativos como es el dicho poder, relin-

In cap. in super 6. nu. 11. de testib. Mascard. de prob. conclus. 973. n. 386. Farinac.
de testib. q. 66. nu. 244. Gracian, tom. 3. cap. 895. nu. 8. ex pluribus resol-
uit Cevallos, q. 797. nu. 38. in fine, ibi: & sic resolutiue tenes in hac doctorā
varietate, quod tam de iure communi, quam de nostro Regio siue inspiciamus dispo-
sitionem legum partitarum siue ordinamenti nunquam legatarius in testamento nū-
cupatiuo erit idoneus testis, quando principaliter siue accessorie in causa deponit.

66. Y para credito de su pretension, el dicho don Fernando pu-
diera auer presentado por testigo al dicho Sebastia Perez como
escribano ante quien fue na otorgado el dicho poder para excluir
los testigos q̄ an depuesto cōtra el, y suplir el defecto de probaçā,

1. Domicius labeo ff. de testam. vbi Glos. verbo adhibitis, l. hac consultissimā,
S. ac cum humana fragilitas, vers. sed quia tabulariorum C. de testam. Covarr. in
cap. relatum 1. nu. 11. vers. 3. conclus. eodem tractata. Burgos de Paz, in l. 3. Tau-
p. 5. nu. 829. Flores de Mena, dicta q. 1. num. 78. Et his non citatis tradit
Marta. D. et. de success. legal. p. 4. q. 2. artic. 1. nu. 7. Y no pudo conseguir
el dicho don Fernando que el dicho escribano depusiese como
testigo, forte ob religionem iuramenti qua strictus erat veritatem canere.

67. El terçero defecto que contiene el dicho poder es, que no
consta

Consta fuere llamado, ni rogado el dicho Sebastia Perez el rra-
no de la dicha doña Isabel para que otorgase el dicho poder que
es requirito prescifo. s. nos autem ubi Glos. verb. in iungantur aut tit. de ca,
bellion, Bald. in l. 1. nu. 7. C. plus valer. quod ag. etc. Mantica de coeclur. lib. 2
tt. 12. nu. j. fufio Claro. de testam. q. 58. circa finem, Menstaca, de success. crece
lib. 2. §. 15. Regiff. 18. nu. 122. Sciro. cont. 414. nu. 2. ibi. & licet testes sufficiat
a quocunque fuisse rogatos notamus a solo testatore debet rogari, & rogatus nota
ri non potest in dubio. D. Castillo. lib. 4. cap. 27. nu. 27.

68. El quarto defecto no es el menos substancial, sino el mas pre-
ciso, porque leidas las deposiciones de todos los testigos, asi pre-
sentados por el dicho colegio, como por el dicho don Fernando,
rio afirma que la dicha doña Isabel le nombrafe proprio ore por
heredero, como se halla escrito en el dicho poder, y era necesario
y preciso para su validacion. l. Haredes palam ff. de testam. ibi. haredes
palamita vax audit. possint occupandi sunt, l. iubemus C. de testam. ibi. sin autē
ferit ex modo a cerbitare, vel literarum imperitia hoc facere minime poterit
testibus testamēti presentibus nomen, vel nomina haredis, vel haredum ab eo nun-
cupari, vt omnino sciant testes qui sint scripti haredes, l. 6. tt. 3. p. 6. Covarr. in
cap. cum tibi de testam. nu. 3. Aluq. de coniectur. hent. de fute lib. 3. cap. 2. §. 1.
nu. 2. Matienzo in l. 1. tt. 4. Glos. 16. nu. 2. lib. 5.

69. Reconociendo el dicho don Fernando este defecto tan gra-
de de su institucion de heredero, le valdra de la Glosa de la dicha
ley iubemus, que afirma es valida la institucion, aunque el testa-
dor no escriba, ni nombre la persona de el heredero, porque basta
que proponiendofela en forma de pregunta responda la palabra
Si, que esta sera poderosa a haze la legitima, que fue lo mismo
que passó al otorgamiento del dicho poder, como sus testigos lo
deponen, quam glossam sequuntur plures doctores antiqui, &
ex recētioribus, Ant. Gomes, in l. 3. Tauri nu. 109. Matienzo, d. Glosa
x6. nu. 6. Recalta in rubrica de hared. instit. nu. 81. plures alios refert Dom,
Castillo. lib. 4. §. 27. nu. 54.

70. Pero sin embargo, aunque nos pudieramos valer de la opi-
nion contraria que tiene por si Doctores grauisimos que la sigue
no hazemos fundamento en ella, sino en que todos los autores de
vna y otra opinion conuenien, y contestan en que si el testador,
non est sanē mentis, de manera que se duda si tenia la capacidad
vazante para el otorgamiento del testamento, si este lo haze ad
interrogationē respondiendole la palabra si, hallandote agrauado
de la enfermedad es nulo, y no se le debe dar fe, ni credito, DD.
sigua

10^o, quoniam indignum C. de testam. Socino, conf. 178. nu. 26 vols. Ruffo, conf. 9. nu. 14. vol. 2. Beccio, conf. 26 nu. 21 Simon de Præcis, de interpretat. vltim. vol. lib. 2. dubit. 2 solut. 2 nu. 53, & 54. Mantica, de coniect. lib. 2. tit. 6. nu. 10. Isidoro Claro, de testam. q. 37. nu. 6. Surd. conf. 414. nu. 58 & 59. Paschalis, de virib. par. potest. 2 p. cap. 8. nu. 52.

71 Y la dicha Glosa de la ley Iubemus procede quando se manifiesta la voluntad del testador de disponer su testamento, pero no en caso de que se le hagan instancias, y persuaciones, que son las que constan de los autos le hizieron las criadas del dicho don Fernando a la dicha doña Isabel, la qual dio a entender no era su voluntad otorgar el dicho poder con voluerse de vn lado al otro de la cama sin responder cosa alguna en mucho rato, como lo depone Martin Sanches testigo instrumental en su segunda declaracion, que está folio 128. en cuyos terminos no tiene validacion el testamento hecho, ad alterius interrogationem per verbum si, Castreñcis, conf. 156 in prio. lib. 1. Menoch. conf. 45 nu. 18. ibi: magis ac magis vera demonstratur hæc sententia ex illa doctrina eorum, qui dixerunt, quod quando interrogatus testator modo in hæc, modo in alteram partem lecti, in quo moribundus iacebat, se vertit ostendens ægre ferre quod in ea perturbacione ægritudinis, & anxietatis de his molestia afficiatur, non valet testamentum ad alterius interrogacionem factum.

72 Y mas quando se junta a esto el que la dicha doña Isabel no llamo al dicho Sebastian Perez el criuano, antes consta por los autos, que quien lo lleuo fue el dicho don Fernando su marido, y le insto por dos vezes a que el dicho Alonso Gomez Queto entrase en el quarto de la susodicha para que ante el se otorgale el dicho poder, como consta de su deposicion, y por hallarla dementada de la enfermedad, y como enjoyada (así lo depone) se voluio a salir, y en su lugar lleuo el dicho don Fernando al dicho Sebastian Perez, en cuyos terminos es limitacion conocida de la dicha Glosa, que el testamento otorgado por la palabra si, a las preguntas hechas a el testador es nulo y de ningun efecto, Bald. In d. iube-mus Cortico, conf. 73. col. 3. Menochio, conf. 45. nu. 17. Beccio, conf. 26. nu. 36 Surd. cum alijs conf. 414. nu. 10. ibi: secundo limitatur dicta conclusio, et non procedat, quando notarius non fuit adhibitus a testatore sed ab hærede, vel alio illius domesticis submissus, quia tunc non valet testamentum factum ad interrogationem.

73 Conque concurre que el dicho Sebastian Perez no escribio el dicho poder de orden, ni voluntad de la dicha doña Isabel, antes consta, como lo deponen los testigos instrumentales no se escribio

escribio cosa alguna, y los DD. que siguen la opinion de la dicha
Glosa, d. leg. iubemus, la entienden quando el escribano de vo-
luntad y consentimiento del testador escribio el testamento, y des-
pues se lo lee, y pregunta si lo otorga en aquella conformidad, y
responde que si. Pero no quando interviene las circunstancias
de este pleito, que el dicho Sebastian Perez no escribio, ni leyó co-
sa alguna, vt pluribus relatis resoluit D. Castillo lib. 4. controv.
cap. 27. nu. 72. ibi: praeterea obseruandum est sententiam Glosae in d. leg.
iubemus limitari, & restringi, vt scilicet doctrina superior, testamentum ad alterius in-
terrogationem conditam valere procedat duntaxat, quando nocens de scientia, &
voluntate testatoris testari volentis testamentum scripsit, & postea reddit ad eum,
& sua voluntate, & dispositione, quam sibi prius testator ipse exposuerat lecta, eum
interrogans, an velit ita testari, nam eo casu si responderet, quod sic, vtique valet quod
scriptum est, sed si quis in iusu testatoris testamentum aliquod ordinaverit atque scrip-
serit, & postea coram ipso, & etiam coram testibus lecto tali testamento interroget
testatorem an ita velit, & testator respondeat, quod sic, tale testamentum nihil peni-
tus valebit.

74. Este lugar es adecuado al hecho que paso al otorgamiento
de el dicho poder, porque ni la dicha doña Isabel ordeno al di-
cho Sebastian Perez lo escriuiese, ni se lo leyó, sino de carta le
hizo vna pregunta, a que respondio el si, sacado por fuerza con las
instancias de las criadas, quo casu, ajusta el lugar citado de señor
don Juan del Castillo. Y mas quando el dicho don Pablo de Vi-
llalva de pone que su firma la echo en blanco, y que en su presen-
cia, ni de la testadora, ni testigos se escribio cosa alguna, y despues
a parecido tan pleno, y con clausulas relevantes, y extra ordinarias,
y el successo fue el que ocaiono al señor Castillo a la deçisio ci-
tada, inquit enim nu. 89. cap. 21. ibi: Quae solemnitas obseruanda est ob
publicam utilitatem, nempe ut fraudes rabejionum evitentur, & certior sit eorum
fides, de quo supra nu. 62.

75. Y las doctrinas referidas proceden con mas llaneza, y se-
guridad quando se trata de alterar, y reuocar, per testamentum
factum ad interrogationem, otro que a precedido solemnemente iuri-
dico, y con los requisitos de derecho, que en tonces el primero se
a de obseruar y cumplir sin hazer caso de el segundo, otorgado,
per verbum sic Anton. Gabriel Michael Graff. Ruin. Thelauto,
lib. 2. q. 56. nu. 10. & lib. 2. q. 99. num. 12. Clar. in 5. testam. q. 35. in fine. Paz,
consejo 11. nu. 22. D. Castillo, d. cap. 27. nu. 74. ibi: Deinde obseruandum quo-
modo fuerit sententiam Glosae d. leg. iubemus limitari vt quod dicitur testamentum
condi-

conditum ad alterius interrogacionem valere; minime procedat, quando esset primus ante naldem, & solemniter confecti reuocatorium. Tunc nam que per posterius sic conditum illud primum non reuocaretur.

76 Por lo qual hallandose como se halla el dicho colegio con el dicho testamento otorgado con todos los requisitos de derecho (como se fundara despues) en tiempo que la dicha doña Isabel estaba con salud, y en su buen juicio y entendimiento natural, no se a de atender al dicho poder otorgado sin escribir cosa alguna, sino solo con el si, que forçada respondio a las preguntas que le hazian, que son los terminos del señor Castillo. Sinque sea de consideracion lo que se opone por el dicho don Fernando contra el dicho testamento cerrado, y su otorgamiento en la forma siguiente.

77 Lo primero, que en lo intrinseco del no está firmado de la dicha doña Isabel, ni de otra persona por ella, y que sea este defecto no alcanzo en que lo funde la parte del dicho don Fernando quando halla que en el otorgamiento firmó por la susodicha don Juan Inacio Polanco testigo instrumental, que si no le viera hecho sino pútole la firma al fin del dicho testamento en lo intrinseco del, tubiera mucha duda su validacion conforme a la ley, 2. tt. 4. lib. 5. recop. que expresamente dispone que el testador, o otro por el aya de firmar encima del testamento, inquit enim lex. Pero en el testamento cerrado, que en latin se dize inscriptis, mandamos que interuengan alomenos siete testigos con vn escribano, los quales ayan de firmar encima de la escriptura del dicho testamento, ellos, y el testador si supiere y pudieren firmar y sino supieren, y el testador no pudiere firmar que los vnos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escriuano, Vbi nota; verbum, Encima, que sola excluye el dicho defecto del todo.

78 Lo segundo, es, el dezir que el dicho testamento cerrado está escrito de mano de vn religioso de la compañia. Y en quanto a esto, en los autos no solo no ay prouança, pero ni articulo mas de la simple alegacion de la parte del dicho don Fernando, y por ser materia penal, vt ex l. 1. §. testamenta, l. diuis ff. ad leg. com. de falsi. l. 1. & totoct. C. de his qui in testam. sibi adscrib. & ex pluribus, Farinac. de falsitat. & simul. q. 150. a nu. 175. cum seqq. no se presume semejante calidad de hallarse instituido por heredero el dicho colegio, l. merito ff. pro sortio y aunque es excepcion quien la opone la debe verificar, porque en quanto a ella se reputa actor, l. In exceptioni ff. de probat. ibi in exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere, ipiam que exceptio

sem vel ut intentionem implere, & docere debet. Late el señor don Fran:
cisco de Amaya Int. 1. C. de iurefici lib. 10. à n. 37. cum seqq.

79 Y quando sin perjuizio de la verdad concedieramos que
alguno de los dichos Religiosos vuisse escrito el dicho testamé-
to, ni incurria en pena, ni menos se auia de priuar de la herencia
al dicho colegio, porque aunque es assi que se reputa por hijo, y
estè en el testamento que escribe, no puede hazer credito al pa-
dre, neque è contra Farinacio, d. q. 150. nu. 176. procede por que
se reputan y tienen per vna misma persona, l. fio. C. de impub. & alijs
sublit, ibi: cum, & natura pater, & filius eadem esse persona intelligantur. Pero
entre el Religioso, y el colegio ay distincion de persona, por cuya
causa aunque no se puede aplicar nada de lo que se le entrega por
los testadores para distribuir, puede darlo a sus conventos y cole-
gios qualquiera Religioso dellos. Pater Eman. Rodrig. tom. 3. q.
Regul. q. 70. artic. 4. alios refert, & sequitur Carpio, de execut. & testam.
lib. 1. cap. 5. nu. 41. ibi: quintus casus quod etiã si monachus sit solus suo monaste-
rio largiri poterit, quia iam distinctio personarum datur inter dantem, & accipientem.

80 Y en terminos que los Religiosos puedè hazer, y escribir tes-
tamentos en que sean interesados sus conuètos y colegios, sin que
se incurra en la prohibicion de los Cenados consultos Libonia
no, & cætera Tenèr Hostièsis, in cap. cum inter de re iudicia lasos, in l. r
S. huiusmodi ff. de iustitia, & iure. Tiraquelo, de privileg. pia causa priuil. 93. ibi
etiam prelati Ecclesie potest adscribere sue Ecclesie, & valet legatum, nec punitur.
Gabriel Pereira decif. 32, nu. 27. in fine ibi: an, autem sic Liboniano locus
in monacho suo monasterio ad scribente ex regula legis de eo ff. de falsis cum seruus,
& monachus æqui parentur, & placuit nõ esse, quia non æquiparantur per viam re:
gulæ sed in aliquibus.

81 Lo tercero, es alegar se otorgò el dicho testamèto en la Igle-
sia del dicho colegio de la copañia, y este no solo no es defecto,
antes es credito, y confirma el miedo justo que la dicha doña Is-
abel confesò tener del dicho don Fernàdo su marido, por lo qual
por otorgarlo libremente ocurriò al sagrado del templo, y su im-
munitad toto titulo, de immunitate Ecclesiarum, & toto tr. C. de his qui
ad status Princip. confug. y en las Iglesias no està prohibido oter-
gar testamentos, antes permitido, Paulo de Castro, Conf. 53. col. 1.
lib. 2. Silua conf. 18. nu. 4. Simon de Præcis, de interp. vit. vol. lib. 2. interpret. 2.
solut. 3. nu. 13. ibi: ne demum dicitur testamentum in ecclesia conditum valere.

82 Y hallandose la dicha doña Isabel con el miedo y temor re-
sido salio de su casa a otorgar el dicho testamento como hizo

otra

otra matrona que refiere Ancharrano in cap. si pater de testam. in. 6. y lo pondera Roderic. Suarez, Allegat. l. nu. 13. ibi: commemorat diebus suis fuisse dubitarum a pud venerandum concilium venetorum de quadam muliere amaro molestata, vt eundem heredem institueret, quæ accessit ad domum con sanguinei, & narrauit, quæ sibi acciderant cum marito, & fecit in domo eius testam. exprimendo causas molestationis cum cæteris clausulis derogatorijs, & rediens ad domum fecit testamentum ad libitum mariti, refert Petrus Ancarranus esse pronunc. andum in fauorem illius primi testamenti.

83 Lo ultimo que se pondera por el dicho don Fernando contra el dicho testamento cerrado es, que quien lo exhibio fue vn religioso del dicho colegio, en cuyo poder paraba, y que su otorgamiento y firmas de los testigos instrumentales, y del dicho escribano estaban en el papel sellado que se auia puesto sobre los papeles en que estava escrita la disposicion de la dicha doña Isabel, por cuya causa está sospechosa, porque se pudo suponer diferente testamento, y resiste la ley de partida, y otras que se citaran despues.

84 En quanto a lo primero se responde, que los testamentos cerrados no es preciso, ni se hallará ley que disponga ayan de estar en poder de los escriuanos, antes puede el testador retenerlos despues del otorgamiento, o dexarlos en poder de otra qualquiera persona, aunque sea la instituida por heredero, y despues de su muerte lo puede exhibir para que se abra, y publique en la forma ordinaria, y basta para su validacion no esté roto ni chancelado, ni en parte sospechoso, q̄ es el caso de Oldrado, conf. 119. in prior. ibi: Dicitur executores aucti Beate MARIÆ de Biterris heredes petuor se immiti in professionem bonorum dicti testatoris per iudicem ordinarium ostendentes & exhibentes dictum testamentum non cancellatum non vitium, &c. donde resuelue en fauor deste testamento, sin embargo de auer otro posterior que estava defectuoso en la solemnidad de su otorgamiento, y escluye la sospecha que sin fundamento se opone de contrario el auerse reconocido por v. m. y por los testigos instrumentales el dicho testamento cerrado, y por hallarlo sin vicio, ni sospecha se mandó abrir y publicar, y que se protocolase en forma de escriptura publica como lo está, y que se diese entera fe y credito, vt considerat Graciano discept. for. cap. 429. nu. 1. Y aun quando vnieste alguna duda que se niega siempre se auia de interpretar en fauor de su validacion, l. Si pars ff. de in officio ff. testam. l. cã celauerat in fine ff. de his que in testam. delent. ibi: in ambiguo tamen interpretandum erit legata debent, & cohæredum institutionem non esse infirmam.

68

85. Y en quanto a lo ultimo en que se insiste q̄ el otorgamiento del dicho testamento está defectuoso por hallarse en papel sellado dividido de los pliegos en que estava escrita la disposicion de la dicha doña Isabel se ponderara la ley 2. tit. 1. p. 6. donde se dispone dexé el testador tanto papel blanco en que se puedan escribir los nombres de los testigos, ibi: Despues que fuere escrito debe doblar la carta, e poner en ella siete cuerdas con que se cierre de manera que finque cogadas para poner en ellas siete sellos, e debe dexar tanto pergamino blanco de fuera en que puedan los testigos escriuir sus nombres.

86. A que se satisface con que la dicha ley está alterada y derogada por la tercera de Toro, y por la 2. tit. 4. lib. 5. recopil. donde se da nueva forma sin que sean necessarias las cuerdas y sellos, sino solo q̄ interuengá siete testigos q̄ firmé, y el testador, y escriuano encima de la escritura del testamento. cuyas palabras se ponderará de contrario para probar que no se debio, ni pudo cubrir el testamento con el dicho papel sellado en que se escribió el otorgamiento, sino que este se debio poner en el ultimo pliego de el dicho testamento, pero esta interpretacion se excluye con que Tello Fernandez in d. l. 3. tauri p. 5. n. fin. afirma no es este requisito esencial del dicho testamento, ibi: Et ideo lex nostra ibi: ayan de firmar encima de la escritura, non tamen de essentia testamenti hoc est, vt ex verbis eiusdem legis colligitur. Y por esta causa Azebedo, in explicat. d. legis, 2. nu. 13. supone se pueden poner las firmas, y el otorgamiento sobre el papel blanco en que se encierre el testamento que es la duda presente en la question que controuierte ibi: Sed est dubium optimam quid si testator non subscribat super testamentum in scriptis, puta quia non est inuolutum papiro alba super eo imposita, sed testator ipse coram testibus in fine testamenti subscriptionem fecit, an valebit tale testamentum, & videbatur quod non quia est quadam praeposteratio sed hic requirere videtur quod testator super testamentum subscribat. Sed his non obstantibus contrarium est tenendum imo quod ex hoc non viciatur testamentum, quia ex quo coram testibus testator se subscripsit in eodem contextu per ipse de est acti super ipso testamento, & papiro finali super imposita se subscriberet. Lo qual resuelve tambien Gregorio Lopez in d. leg. 2. tit. 1. p. 6. Glos. fin. Y assi no está defectuoso el otorgamiento del dicho testamento, antes tiene en su fauor las autoridades referidas.

87. Sin que sea de consideracion la doctrina de Burgos de Paz in l. 3. tauri no. 1161. a quien sigue Matienzo in d. l. 2. tit. 4. lib. 5. Glos. 5. nu. fin. que afirma se debe escribir el otorgamiento de el testamento cerrado en el mismo, y no sobre el papel blanco en que se cubre y encierra, pero esto solo dize que es mas probable, y reco-

noce la duda que las leyes de Toro, y Recopilacion citadas tienē
 inquit enim d. n. r. 161: & quidem nobis hæc posterior pars probabilior videtur.
 Y en la verdad esta opinion es contraria a la disposicion de dere-
 cho comun que se halla in l. ad testum §. fin. ff. de testam. donde ré-
 suelue el consulto no ser necessario que las subscripciones y sellos
 se pongan, y sijen sobre el mismo papel, o pergamino del testa-
 mēto, que basta lo esten en el lienzo en que se embuelbe y encier-
 ra, verba dicti s. sunt. Signatas tabulas accipi oportet, & si lineæ, quæ tā-
 dita intoluta sunt signa impressa fuerint. y lo mismo sup. de el Empera-
 dor Justiniano in l. hæc consuetissima C. de testam. verb. in voluntatibus sic
 pre la duda que se ofreciere en las leyes del Reyno se debe inter-
 pretar conforme las del derecho comun, que son la verdadera y
 afinada iuris prudēcia, y de donde dim. anaron las leyes Reales.

88 Supuestas las doctrinas referidas, y entendido el hecho que
 pasó al otorgamiento de el dicho testamento, se hallará se debe
 tener y juzgar por legitimo respecto de que la dicha doña Isabel
 entregò al dicho Pedro Collantes el dicho testamento para que
 como escribano publico pudiese el otorgamiento, el qual viendo
 que el vltimo pliego en que se auia dexado blanco para escritura
 no era de papel sellado, dixo que es conforme a la prematica no
 podia hazer otorgamiento, sino era en papel sellado que pidio, y
 traído en presencia de la testadora y testigos, cubrio el dicho tes-
 tamento con el dicho papel sellado, y luego lo cosió todo junto,
 y lo selló con sus obleas en la forma que se acostumbra ponien-
 dolo diferentes nemas, y despues lo entregò a la dicha doña Isabe-
 l, la qual se lo voluio, diziendole que aquel era su testamento
 y vltima voluntad, y entonces escriuio el otorgamiento, y firma-
 ion los dichos testigos, y vno por la testadora, y el escriuano lo sig-
 nó y firmò como lo tiene declarado, y asimismo los testigos ins-
 trumentales. Este fùe el hecho, y del nace que auindose cosido,
 serrado, y sellado el dicho testamento con el papel sellado referido
 quedò todo tan vno, que no era posible se pudiesse sacar el dicho
 testamento, y suponer otro debajo del dicho papel sellado como
 se conuence de la prouança hecha por el dicho don Fernando, el
 qual auiendo hecho articulo todos los testigos con vista del dicho
 testamento, contestemente deponen que no se pudo quitar el di-
 cho testamento y poner otro, sin que se viesse y reconociese al tie-
 po de la publicaciõ, en el qual se hallò sano sin vicio, ni sospecha,
 y esta es limitacion de el mismo Burgos de Paz, In d. l. 3. taurin. n. 1163

ex l. t. s. fin. ff. de honor. post. secund. tabul. & ex Parisio, conf. 19. lib. 3. **inquit enim Burgos de Paz**, Testamentum in scriptis ita esse claudendum, & colligandum, ut in eo aliud supponi non valeat, nec inde verum testamentum nisi in visis cordibus educi queat, & Paulo Inferius ibi: testamentum in scriptis ita esse colligandum, & claudendum quod aliud in ibi subiici queat nec ligamen illud citra eius effractionem dimoueri. & idē Paz, nu. 1165. affirmat hoc ipsum ibi: & tali modo testamentum est colligandum, quod testamentum aliud subiici non valeat prout potest quando papitum prorsus aibam testamento ipsi huius suntur, & non ita ex act. & acriori ligamine est alligatum. **Y assi no autendole podido, como consta no se pudo diuidir y sacar el dicho testamento del papel sellado que se le passo sin cortar los hilos, y romper las ne- mas: conque estava colido y sellado no ay materia de escrupulo quando los padres del dicho colegio por Sacerdotes, y tan ajustados como es notorio, tienen por la presuncion de no hazer falsedad de tate. perjuizio, y escluye qualquiera que se quiera adiu- nar arg. legis diuus ff. de ininteg. restit.**

89 Y de qualquiera forma que se considere contra la opinion de Burgos de Paz y Matienzo esta la de Gregorio Lopez Acevedo, y Tello Fernandez, y la practica y estilo desta ciudad despues de la publicacion de la prematuca del papel sellado, de que todos los testamentos se otorgan en la misma forma que lo esta el de la dicha doña Isabel, y esta costumbre quien la deponen (on todos los escrivanos que presentò por testigos el dicho don Fernan- do de Cubas, por lo qual no los puede impugnar, y se debe deter- minar por ella, l. Quod si nolit S. qui assidua ff. de edilit. actio, ibi: ea enim que sunt moris, & consuetudinis in iudicijs debent venire, l. 3. C. de edifi. prius, ibi: Preses probaris his que in oppido frequenter in eodem genere seruata sunt cau- sa cognita statuit, l. si quis donaturus ff. de usu fruct. ibi: usitatum est. Fontanella decif. 78. nu. 15. D. la Rea, decif. 100. nu. 6.

90 Et in specie testamentorum quod stilus, & consuetudo ci- uicatis sit obseruandus traducit Spino, de testam. 3. p. Rub. nu. 2. Gra- tianus cap. 79. nu. 2. & cap. 312. nu. 14. Flores dias de Mena, lib. 1. var. q. 1. nu. 58. Jacobo Concer. 1. p. var. cap. 4. nu. 91. qui alios plures refert, & sequitur.

91 De que resulta que esta costumbre, y obseruancia en la for- ma de los otorgamientos cerrados desuanece la opinion de Bur- gos de Paz, y Matieso, y acredita la de Acevedo, y Gregorio Lo- pez, porque la duda que tubieron sobre la inteligencia de la ley de Toro, y recopilada ibi: en cima de la escriptura de el testamento, la in-

ter

terpretó y resolvió la costumbre y observancia que es la verdad
 la explicacion y inteligencia de las leyes DD. In l. minime ff. de le-
 git. 1. §. 6. ff. 2. p. §. ibi: que así como acostumbraron otros de la entended así, de-
 ber ser entendida, & ex Peregrino Burgos de Paz Honded. Menoch.
 Castinat furdo, & alijs late docet, & comprobat D. Castillo,
 lib. 6. controu. cap. 125. a nu. 29.

92 Sinque sea necesario que la dicha observancia y costum-
 bre este legitimamente precripta por tiempo immemorial con
 diferentes actos judiciales, porque esto solo procede quando se
 trata por la costumbre de encuvar la ley por ser directamente có-
 traria a ella, pero no quando se alega la costumbre para interpre-
 tar la duda que la ley contiene como en este caso que entonces,
 ni es necesaria antigüedad de tiempo, ni prescripcion alguna, lo
 qual resuelve por cierto con mas de treinta doctores, el señor Sal-
 gado de retent. Bull. 1. p. cap. 9. num. 9. ibi: per obseruantiam declaratur
 ius dubium quia dicitur consuetudo interpretatiua, quæ quidem nec temporis diu-
 tioritatem requirit. Y para que la costumbre interpretatiua quita to-
 das las dudas de las disposiciones legales sin que se requiera pres-
 cripcion ni antigüedad es lugar copioso el de el señor don Iuan
 del Castillo, lib. 5. controuers. cap. 93. §. 7. per totum.

93 Y vltimamente pretender el dicho don Fernando anular
 el dicho testaméto cerrado de la dicha doña Isabel su muger, por
 auerse escrito su otorgamiéto en el papel sellado, que se cosio, ser-
 ro, y sellò en la forma que se acostumbra en esta ciudad, es que-
 rer se originen grandes pleitos, y difenciones en ella, poniendose
 demandas por los parientes de los testadores a los herederos inf-
 tituidos en los testaméto cerrados que se an otorgado en la mis-
 ma forma, y estan auiertos, publicados, y protocolados, y por o-
 biar este inconueniente que es digno de gran reparo, aun quando
 no tubiera por si el dicho testaméto la solemnidad de las leyes Rea-
 les q todas se adequa y ajusta a su otorgamiéto, este se aua de de-
 clarar por legitimo, vt interminis mirabiliter considerat Cácerius
 Ad l. p. Var. c. 4. n. 123. ibi: Quib. stipulatur, quod si dictu testametu ex dicto capite
 evertetur publica quies apud homines illius tertæ impeditur infinitis litibus,
 quæ de necessitate inter eos erant suscitandæ, quia eo irritato ex dicto defectu innu-
 mera alia essent irritanda quo casu licet alias de iure sustineri non posset, esset sub-
 tinendum. Y el mismo Cancerio refiere se decidio así en el Sena-
 do por esta consideracion. De que resulta se debe confirmar el
 dicho

dicho testamento cerrado de la dicha doña Iñabel, declarando por ninguno el dicho poder para testar, y el testamento que en la vida hizo el dicho don Fernando después de pendiente este pleito, y que por la muerte de la dicha doña Iñabel, le transfirió en el dicho colegio la propiedad y dominio de todos los bienes que dexò, con la aceptación, y acto de heredero que a hecho, poniendo este pleito, libérase de adquirir hereditaria, sin necesidad de otro acto de aprehension, ni diligencia. Cum hered. ff. de acquir. posses. fin. C. de sacros. ecclies. Y así lo esperamos, salva, &c.

El L. don Juan Ignacio de Truxillo.