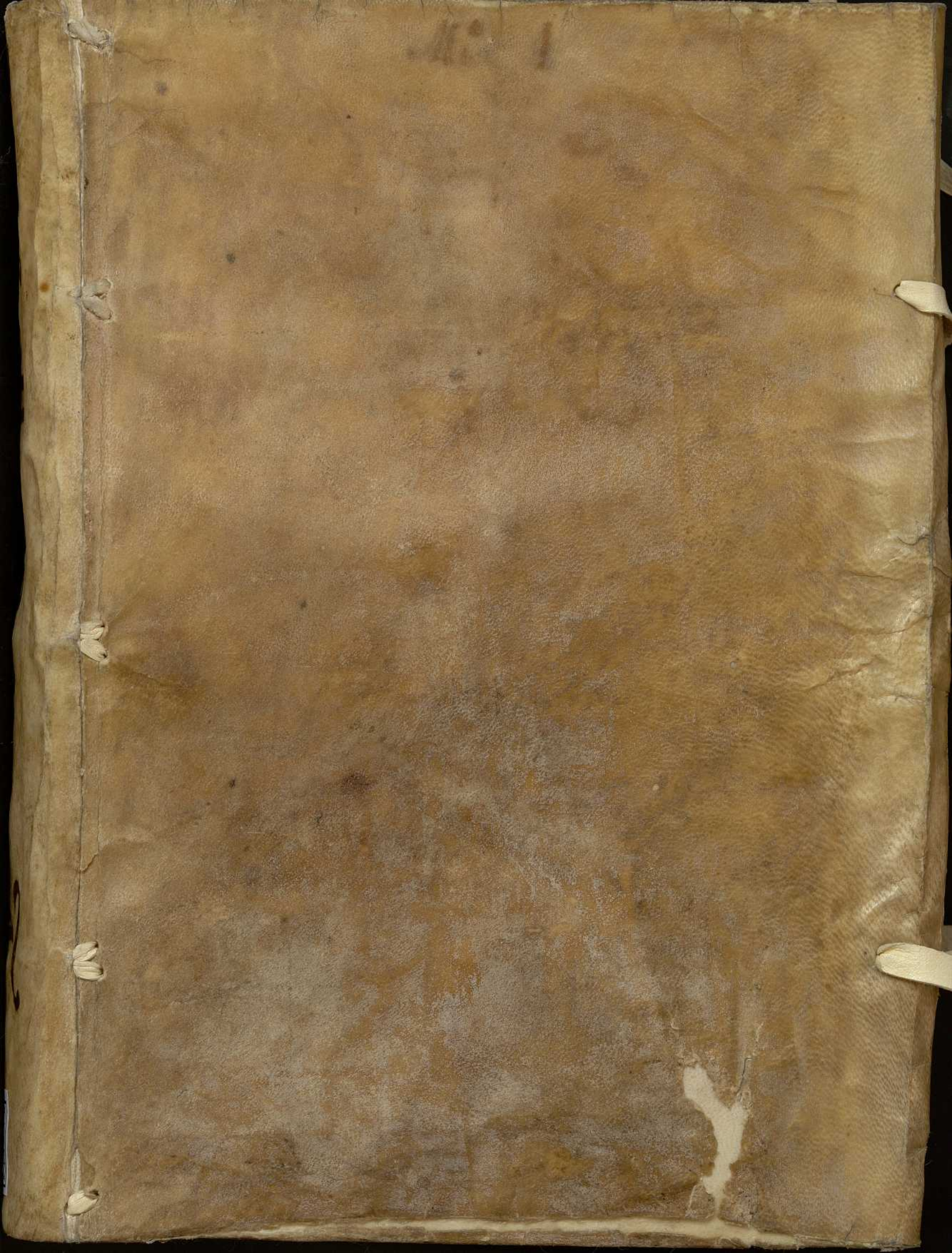


Willelmus Rubeus  
Anno Domini 1502

A  
31-129









Microfilm



A

31

129





Microfilm.



A  
31  
129





157 **Q** Vando 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 vltima 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 entiende, quando no le ay antecedente, ne paganus in testatus decedat. At verò, quando nos hallamos con el que Domingo Martin otorgò, dexando legados, y a su hija por heredera vniuersal, y despues con codicilo solemne ante escriuano, y testigos, en que *dexò el remaniente de el quinto para limosnas, y obras pias*, conque cessa el inconueniente, tunc tratandose, de que este quede anulado, y resuelto por disposicion posterior, y naciendo las dudas sobre la validacion, ò nulidad desta, tunc aduersus illam debet præcisè pronuntiarí, y conseruarse indemne la primitiua voluntad.

159 ¶ Así lo resueluen in terminis Alex. *conf. 4. num. 14. in med. vol. 7. Decius conf. 90. in fin. Ancharr. conf. 151. num. 3. Paris. conf. 61. nu. fin. lib. 2. Crauer. conf. 143. num. 15. Manent. conf. 9. num. 88. Gratian. cap. 48. nu. 24. Dom. Couarr. de test. 2. part. rub. num. 25. Mantic. de coniect. 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, et dubitatur, an per posternis ruptum videatur, nam in dubio secundum testamentum non debet sustineri. Vt prius tollatur.*

160 ¶ Cancer. *tom. 1. var. cap. 4. de testam. num. 238. in med. in 2. edit. D. Castell. lib. 4. cap. 29. num. 17. Fontan. decis. 580. à 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, señor, los fundamentos, que nuestro corto talento ha podido discurrir, segun los autos, y probanças del pleyto, y aunque pudieron mouerse 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 tenido, quando me consta ser bien contraria à la verdad de lo que en esto ha passado la pretension de Francisco Baez, que por la modestia, y perjuyzios graues que puede resultar contra muchos, dexo de prorrumpir. Pero Dios que ha dado lugar a litigio semejante, no permitirá se quite a los pobres el socorro, que mouió a el difunto les dexasse: así lo esperamos, y que se ha de mandar guardar su dicho codicilo. Salva in omnibus tanti Iudicis D. C.

Lic. D. Iuan de Herrera  
Pareja.





**P O R**  
**L O S P O B R E S**  
DESTA CIUDAD DE GRANADA,  
y Matias de Triana en su nombre.

(\*\*\*) *EN EL PLEYTO.* (\*\*\*)

**C O N**

Francisco Baez, y D. Ysabel de la Paz, primos  
de Domingo Martin de Torres, todos  
vezinos desta dicha Ciudad.

---

Impresso en Grana da , En la Imprenta Real , Por Baltasar de  
Bolibar, en la calle de Abenamar. Año de 1661.



7. 11. 17  
1721



P O R  
L O S P O B R E S  
D E S T A C I V I D A D D E G R A N A D A

y Maria de Traz en su nombre  
EN EL REINO  
C O N

Francisco Baez y D. Isabel de la P. Quinto  
de Don Diego Martin de Trazador  
vecinos de la dicha Ciudad

En la Ciudad de Granada, a los 10 dias del mes de Mayo de 1721.  
Yo el Rey.





2  
ESTE PLEYTO SE VIDO

en rebista, y se remitió en discordia, y está visto para determinar, sobre confirmar, o reuocar la sentencia de vista, que confirmala de el Alcalde mayor desta Ciudad, que mandò, que en fuerza de vltimo codicilo, reuocacion del primero, a que se deue estar, aplicaua el remaniente del quinto a los parientes del dicho Domingo Martin, y todo se entregue a los dichos Francisco Baez, y doña Ysabel de la Paz, obligandose a que si parecieren otros, les restituiran sus partes.

2 Los pobres, y Matias de Triana en su nombre, pretenden, que se ha de reuocar la sentencia de vista, y mandar se guarde el codicilo que otorgò el dicho Martin de Torres el dia seys de Nouiembre de cinquenta y nueue, en que mandò el remaniente del quinto, y sus bienes a los pobres desta Ciudad, y por distriboydor a el dicho Matias de Triana.

3 En este pleyto se ha escrito vn informe por los pobres, que lo hizo el Licenciado don Iuan de Herrera Pareja, Abogado en esta Corte, y luez de bienes confiscados del Santo Oficio deste Reyno, y aunque con el pudieramos afiançar la pretension de los pobres, por lo docto, y copioso, y que no deza dificultad que se pueda oponer a la pretension sin satisfacion (como del mismo se reconoce) respeto de auerse hecho el informe para la instancia de vista, y auer sobrevenido en la de rebista nuevas alegaciones, y prouanças, y auerse propuesto por el Abogado contrario en las defensas, que con tanta elocuencia, y erudicion propuso en la Sala, procurando deshazer algunos de los fundamentos propuestos en el informe desta parte, que lo tuuo, no solo para escreuir en derecho: mas asimismo para allegar las respuestas en los Estrados, como se reconoce de las mismas respuestas, y fundamentos cõtrarios, fundando muchos en hecho incierto: ha parecido

con-



conveniente al Abogado que defende a los pobres  
hazer una adición a la información primera, no  
porque le falte cosa alguna, ni lo puede imaginar:  
si para satisfacer a las agudas respuestas, y sutiles de-  
fensas de el Abogado contrario, que han sobreve-  
nido, y hechole nueuamente: nam vt inquit Vlpia-  
nos in l. de etate 11. §. ex causa 8. ff. de interro. at. a. et ionibus,  
ibi: Quod ea, que postea emergunt auxilio indigent, hazien-  
do solo memoria de los lugares, y fúdametos pue-  
tos en la informaciõ de el Licéciado dóluan de He-  
rtera Pareja cūplidamete, señalando la parte, dõde  
se hallaràn, y se verá manifestamete la satisfaciõ.

4 El hecho deste pleyto estan dilatado, que a  
los señores Iuezes que lo vieron en remission, les pa-  
reciõ conueniente que se hiziesse memorial ajustado,  
y lo mandaron. Y asino se toca en este informe,  
porque solo es para fundar la pretécion, y satisfacer  
a los fundamentos contrarios, en orden a que la vo-  
luntad, y codicilo nuncupatiuo que los contrarios  
pretenden otorgò el dicho Martin de Torres, man-  
dando el remaniente del quinto a los pobres, no  
lo es, ni con èl quedò reuocado el codicilo que ante  
escriuano otorgò en seys de Noviembre el dicho  
Domingo Martin de Torres, dexando el remanien-  
te del quinto a los pobres desta Ciudad, y que este  
quedò firme, y se ha de executar.

5 Para cuya inteligéncia, y claridad diuidimos  
esta alegacion en tres Articulos.

En el primero se fundará, que el pretensõ codici-  
lo nuncupatiuo no lo es por defectos de voluntad  
del dicho Domingo Martin de Torres, expressan-  
do los fundamentos que del pleyto individualmen-  
te se sacan para excluir la voluntad.

En el segundo se fundaran los defectos de solem-  
nidad que tiene el dicho codicilo nūcupatiuo, aju-  
stados al hecho del pleyto, y principios de derecho  
comun, y del Reyno.

En el tercero se fundará ex abundanti, que aun-  
calo negado que estuuiessè en forma el dicho codi-  
cilo



3

cilo nuncupatiuo, y voluntad vltima que se ha pretendido verificar por el, no pueden tener lugar al remaniente del quinto, ni a parte del los dichos Frãcisco Baez, y Fernando de Ribera, como marido de la dicha doña Ysabel de la Cruz y Paz, ni con ella se reuocò el codicilo de seys de Nouiembre, en que se mandò el dicho remaniente a los pobres, y nombrò por distribuydora Matias de Triana.

## ARTICULO I.

6 **B**IEN Reconociò el Emperador Iustiano el riesgo que ay en los testamentos, y las falsedades que se suelen cometer en ellos; pues lo afirmò así, y puso por supuesto, *in l. iubemus 29. C. de testam. ibi: Et falsitas in elogijs sapè committitur.* Y lo mismo *in l. fin. C. de fideicommissis.* Y en las especies de testamentos, ninguno mas arriesgado a falsedades que el nuncupatiuo, antes que el Emperador Iustiano lo previno el Jurisconsulto Florentino *in l. Diuus Trajanus 24. ff. de testam. milit. ibi: Alioquin non difficulter post mortem alicuius militis testes existerent, qui affirmarent se audiuisse dicentem aliquem relinquere se bona, cui vssum fuit, & per hoc iudicia vera subtererentur.*

7 Y por ouiar este daño dispuso el Derecho la forma, y modo que auian de tener los testamentos nuncupatios, *dict. l. fin. C. de fideicommissis, ibi: Cum enim res per testium solemnitatem ostenditur, tunc, & numerus testium, & nimia subtilitas requirenda est. Lex etenim ne quid falsitatis incurrat per duos sorte testes compositum testamentum maiorem numerum exposulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reueletur.*

8 Y no se contentò solamente con el número de testigos, mas assimismo con otras formalidades para su validacion, *l. hac. consultissima, §. per nuncupationem, C. de testam. ibi: Per nuncupationem*



quoque hoc est. sine scriptura testamenta non aliis  
valere sancimus, quam si septem testes, & ut su-  
pradictum est simul uno eodemque tempore colle-  
cti testatoris voluntatem, ut testamentum sine  
scriptura facientis audierint. Todo lo junta refiriē-  
do el peligro de falsedad que tienen los testamen-  
tos, y especialmente los nuncupatiuos, y todos los  
requisitos que han de tener, Ciriaco Nigro en la  
controu. 454. n. 12. donde afirma ser mas dificulto-  
sa la prouança del testamento nuncupatiuo que de  
otro alguno, y por esso requerir mayor solemnidad.

9 Ex quibus infertur, que para la validacion  
de qualquier testamento requiritur voluntas, &  
propositum testandi, & simul solemnitas, vt affir-  
mant DD. in dict. legibus, & in l. si veritas 23. C.  
de fideicommissis, Ciriaco Nigro vbi supr.

10 Quibus sic suppositis, aunque es cierto que  
por el vltimo testamento se reuoca el primero, leg.  
sancimus, C. de testamentis, §. posteriore, Inst. qui-  
bus mod. testam. infirm. l. 21. tit. 1. part. 6. Ciriaco  
Nigro controuerf. 168. a num. 18. & 548. nu. 13.  
Esto se entiende siendo el vltimo testamento a que  
iure perfecto, dict. l. sancimus, ibi: Siquidem perfe-  
ctissima est secundum testamenti confectio, vbi nota-  
ter dictio, perfectissima, dict. §. posteriore a que iu-  
re perfecto, dict. l. partita, ibi: cumplidamente, opti-  
mè Anton. Faber de erroribus, tom. 3. decade 68.  
error. 1.

11 Y entonces sera el segūdo testamento que  
iure perfecto, quando ay proposito de testar, y vo-  
luntad del testador, y tiene las solemnidades, y for-  
malidad de derecho, y no lo serà faltando qualque-  
ra de los dos requisitos, animo, voluntad, ò propo-  
sito de testar, ò las solemnidades que requiere la ley.

12 Que se requiere animo, voluntad, y propo-  
sito de testar, y que no basta hallarse hecho testa-  
mento, ni prouarlo sin que conste del dicho animo,  
es constante, y se prueua, ex dict. l. Diuus Adria-  
nus, ff. de testament. milit. Socin. iunior. conf. 169.

num.



num. 28. volum. 2. ibi: Et rata sit similis dispositio constare debet, quod ipse testamentum fecerit, & voluerit disponere. Fontanel. tom. 2. decis. decis. 579. num. 9. ibi: Principalior lex testamentorum est sine dubio animus testandi, sine quo est impossibile dari testamentum, atque ita, qui vult dicere, aut pretendere aliquem fecisse testamentum pro se, ex verbis, quae auditus fuit profferre in sui faborem, necesse habet probare illa dixisse animo condendi testamentum, optimè D. Francisc. Hieronym. de Leon 3. tom. decis. decis. 40. num. 58. ibi: Et præcise est necessarium, ut constet habuisse animum testamenti. Cancero lib. 1. variar. cap. 4. num. 75. ibi: Requiritur tamen, quod enixa constet de voluntate testatoris verbis declarata, & quod verba sint dicta animo, & proposito testandi, & disponendi. Et infra ibi: Sed velle ut constet verba esse prolata animo testandi, & non iocose, adulatione, vel perfunctorie.

13 Y es tan precisso el que conste del animo, y proposito de testar, que si en ello ay duda, ò se puede imaginar prouablemente, non habetur ratio dispositionis. Fontanell. vbi supr. num. 10. ibi: Quod est adeò verum, quod dicat Mantio. de coniect. vol. sim. volunt. lib. 2. tit. 15. num. 14. ut si probabiliter potest dubitari, an defunctus voluerit testari, non habetur ratio dispositionis.

14 Y la razon desta resolució es indefectible, y se prueua de la misma palabra, testamentum, quod est idem, quod testatio mentis principio, Institut. de testament. ordin. l. 1. tit. 1. part. 6. ibi: Testatio, & mens, son dos palabras en latin, que tanto quiere dezir en romance, como testimonio de la voluntad, y destas palabras fue tomado el nome de testamento. Y mal se podrá dezir que ay a testamento, y testimonio de la voluntad del testador, no teniendo animo, voluntad, ni proposito de testar, y estando este en duda.

15 Siendo cierto que ha de constar de la voluntad, animo, y proposito de testar, pretendemos que el



el testamento, y codicilo nuncupatiuo que pretenden Francisco Baez, y consortes hizo el dicho Domingo Martin de Torres, no lo es por defecto de voluntad, y proposito de testar, y que en este pleyto concurren las circunstancias siguientes que excluyen el animo, y proposito de testar.

16 Lo primero, porque por las palabras con q̄ pretenden fabricar el codicilo nuncupatiuo, sobre que se litiga, y que dixo el dicho Domingo Martin de Torres, es segun lo que se colige de los testigos, y de la peticion en cuya virtud se examinaron (que aū que en todo ay contradiccion, y variedad, vt infra ponderabitur) que el dicho Domingo Martin dixo del ante de los Albaceas, y de otras muchas personas, despues de auer otorgado el codicilo de 6. de Noviembre, que su voluntad era: la peticion, que las limosnas, y obras pias en que se auia de distribuyr el quinto, fuesse entre sus parientes: los testigos, que el testador llamo al Padre Pedro Cobo, y que dixo, q̄ era su voluntad que el remaniente del quinto se diesse a sus parientes, y estas palabras, aunque fuessen ciertas, no bastan para hazer vltima voluntad, y testamento. Lo vno, porque de ellas no se colige proposito, ni animo de hazer testamento, y faltando este, *nulla est dispositio*, vt *supr.* fundauimus. *Tum ex l. Diuus Adrianus. 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.* Y esta disposicion, vt videre est in *textu* est respectu voluntatis nuncupatiuae.

Y la razon de esta decisiones, porque semejantes palabras, por si solas, no presuponen animo de testar, *Et potius intelliguntur dicta perfunctoria, et animo blandiendi*, ita *Cornius cons. 232. num. 4. lib. 2. Et cons. 149. num. 8. Et num. 14. Et lib. 1. cons. 232. num. 4.* D. Francisco Geronimo de Leon *lib. 3. decis. 40. n. 58. cum seqq.* *lib. 1. cap. 8. si Ultra*, porque principalmente conviene al testador que no tengan efecto semejantes disposiciones,



ciones, dict. l. *Diuus Adrianus*, ibi: *Nec vllorū*  
*magis interest, quam ipsorum, cuius id priuilegiū*  
*datum est, eiusmodi exemplum non admitti.* Y ef-  
to por el riesgo grande de suposicion, y falsedad, q̄  
puede sobreuenir, vt notauit Consultus in dict. de-  
cis. ibi: *Alioquin non difficulter post mortem alii-*  
*uius militis testes existerent, qui affirmarent se*  
*audiuisse dicentem aliquem relinquere se bona cui-*  
*visum fuit, & per hoc vera iudicia subterren-*  
*tur.*

no 19. Y las mismas palabras dicta l. *Diuus A-*  
*drianus*, y semejantes a ellas son las que Francisco  
Bacz, y consortes pretenden verificar, pues lo que  
viene a dezir los testigos, aunque con varias cir-  
cunstancias, es, que dixo el testador, que el rema-  
niente del quinto fuesse para sus parientes, y se re-  
partiesse ente ellos, si no otra preparacion, y dispo-  
sicion de testar. Y si semejantes palabras no hazen  
disposicion, respecto de vn soldado, que tiene tan-  
tos priuilegios; con mayor razon podemos afir-  
mar, que no lo deuen hazer en disposicion de quiē  
no tiene priuilegio, y que deue testar con todas las  
solemnidades, y preparacion del derecho comun:  
alsi lo discurre Fontanella en otro caso semejan-  
te lib. 2. decis. decis. 579. num. 23. in fin.

20. Ultrá, las dichas palabras: *El remaniente*  
*del quinto sea para mis parientes, y se reparta en-*  
*tre mis parientes*, como las deponen los testigos,  
( si bien con las circunstancias, y variedades que  
se referirà ) no bastan, ni induzen animo, ni volun-  
tad de testar en el testador, y era necesario que de-  
pusieran los dichos testigos aliquid extrinsecum,  
demas de las dichas palabras, para que se entendie-  
ra auer tenido el testador animo, y proposito de te-  
star, in terminis cum multis Cancer. lib. 1. cap. 4.  
num. 76. & 77. ubi in fin. sic ait: *Et non aliter,*  
*quam per extrinseca probari possit, & predicti te-*  
*stes aliquid non exprimant, vnde illum animum*  
*deprehenderint, neque ex eorum depositionibus col-*  
*ligi potest, vnde dictum animum perceperint, quā*



ex verbis dispositiuis, que dicunt protulisse dictã  
Magdalenam Iunyer, qua verba solum puta,  
ego te heredem facio, bona mea tibi relinquo, est  
certum non sufficere, nisi alia coniectura concur-  
rant. Y en todos los testigos de que se valen para  
prouar la dicha voluntad, no se hallará que depon-  
gan mas que las dichas palabras desnudas, con que  
se ajusta esta resolucion.

21 Pretereã, para prouar que el testador dixo  
las dichas palabras con animo de testar, aun no ba-  
stara de que los testigos dixessen que lo dezia con  
animo de testar: optimè Cancer. vbi supr. nu. 76.  
ibi: *Dictus que animus testandi non probatur, li-  
cet testes dixerint, quod habet testator animum tes-  
tandi, nisi reddant aliquam rationem, qua resul-  
tet ex verbis testatoris, vel alijs signis, & actibus  
extrinsecis; ex quibus colligi possit testatorem ha-  
buisse animum testandi, & quod tunc testari in-  
tendebat, prout expresse senatus pronunciauit in  
prafata Regia sententia.* Y de la inspeccion de las  
deposiciones, se manifesta no auer circunstantia  
por donde se descubra el animo de testar: con que  
se ajusta, q̄ las dichas palabras no se deuen tener por  
testamento, ni codicilo por defecto de voluntad.

22 Tùm, pretendiendose, como se pretende  
con las dichas palabras, y voluntad assera, nuncu-  
patiuã, reuocar vna disposicion solemne, como es  
la del codicilo a fauor de los pobres, es mas precis-  
so, y sin duda que ha de constar euidentemente, &  
signis, & actibus externis, del animo de testar, alio-  
quin firmis manet prima dispositio optimè Can-  
cer. vbi supr. nu. 81. ibi: *Dictus animus delibera-  
tus magis apparere debet, vbi agrotans haberet tes-  
tamētum iam antea rite, & recte factum.* Lo qual  
se ajusta à la pretension de los pobres, pues tienen  
disposicion precedente, solemne a su fauor.

23 Deinceps se colige, que Domingo Mar-  
tin no tuvo animo de testar en el assero codicilo  
nuncupativo, de no auer causa, ni auerla tenido el  
dicho Domingo Martin para semejante disposi-  
cion,



cion, ni alterar la prudente la que tenia hecha del remaniente del quinto en favor de los pobres de Granada, y mas por modo tan extraordinario, como por disposicion nuncupatiua; *quia mutatio voluntatis, sine causa non presumitur, l. 3. §. si duobus, ff. de adimend. legat. Mantica de coniect. ultim. vol. lib. 12. tit. 2. num. 2. Menoch. de presumptionibus, lib. 4. presumpt. 167. n. 1. §. 2.* Y no auiendo causa para el dicho assero codicilo nuncupatiuo, y reuocacion del primero, no tiene subsistencia, *ex defectu voluntatis, Cancr. tom. 1. cap. 4. num. 13. ibi: Quamuis ego in predicto cassu, etiam interuenientibus multis coniecturis posterius testamentum, nullum censeo ex defectu voluntatis, nisi haeres docuerit causam aliquam mutationis voluntatis. Idem Cancr. in eodem loco, num. 17. His ad stipulatur, §. alia eorum sententia, quod testamentum, prius habens clausulam derogatoriam, censetur reuocatum per secundum, in quo generalis tantum mentio primi facta est quoties superuenit causa, ex qua potest presumi mutatio voluntatis. Dom. Castell. lib. 3. cap. 1. nu. 186. in fine, ibi: Maximè quando non constat de causa reuocatoria. Ant. Fab. in codice, lib. 6. tit. 5. definit. 13.*

25. Quòd quidem fulcitur, de estar mandado el remaniente del quinto por el codicilo del dia seis, que se pretende revocado por el assero codicilo nuncupatiuo a los pobres, la qual disposicion, y otra qualquier pia se presume ser hecha, pro exornatione conscientiae, notant DD. in cap. tua nobis, de testament. maximè Abbas num. 7. Dom. Gregorius Lopez in l. 3. tit. 10. part. 6. verb. tu uere por bien, Thomas Sanchez de Religioso statu, lib. 7. cap. 16. nu. 34. ibi: *Præterea, quia in omni causa pia versatur salus anime testatoris, §. pietas, super quibus fundatur dicta dispositio.*

26. Y auiendo tenido tan grande causa el testador para hazer la disposiciõ a favor de los pobres, abrazando este modo de satisfacion, y eligiendolo para



para los escrúpulos que tenia, y podia tener de los  
tratos, y contratos que auia tenido desde que tuvo  
uso de razon, hasta que murió en esta ciudad en el  
exercicio de mercader, por menor, y por mayor,  
en que ganó mas de cincuenta mil ducados, q̄ que-  
daró por su fin y muerte, como está verificado con  
eluyentemente, y es notorio, y reconociendo que  
el modo de satisfacer, y de exornar su conciencia  
en lo que podia auer adquirido en los dichos tra-  
tos, y contratos de demasiadamente, ò con causas no  
justas, era repartirlo entre pobres, respecto de la in-  
certidumbre de las personas que les podia ser encar-  
go, y ajustandose a lo dispuesto por derecho; por es-  
ta causa hizo la disposicion a favor de los pobres, q̄  
es el modo de restituir los bienes inciertos adquiri-  
dos, ex contractu Navarro lib. 4. de restitut. part. 2.  
num. 40. f. 74. P. Molin. tom. 3. disp. 746. L. 1. de  
de iust. & iur. lib. 2. cap. 14. dub. 6. num. 49. Bona-  
cina to. 2. de restit. disp. 1. quast. 3. puncto 4. 3. pro-  
posit. nu. 8. ibi: *Bona incerta acquisita ex contrac-  
tu restituenda sunt pauperibus.* De que se infiere  
no auer tenido voluntad el dicho Domingo Mar-  
tin de Torres, para el aserto codicillo nuncupa-  
tiuo, y mas quando se pretende por el revocar la dis-  
posicion solemne, hecha à favor de los pobres, con  
tan grande causa, como la que tiene referida, no te-  
niendola, ni dandola para hazer la dicha revoca-  
cion.

27 Y vistas con cuydado todas las deposicio-  
nes de los testigos, conque se pretende fabricar el  
aserto codicillo nuncupatiuo, la causa que se descu-  
bre, segun las dichas deposiciones que tuvo el di-  
cho Domingo Martin, segun se dize, es, que estan-  
do muy agrauado de la enfermedad, llegó el Padre  
Pedro Cobo, y le dixo: *Aquella manda del quin-  
to que dexò v. m. en su codicilo, para limosnas, y  
obras pias, quiere v. m. q̄ se parta en los parientes de  
su muger; y respondió q̄ no queria entrassen los pa-  
rientes de su muger, porque ya le auia dexado do-  
zientos reales, sino que todo el remaniente del quin-  
to se repartiessse entre sus parientes.* Esta es la deposi-  
cion



7  
cion a la letra de Iuan de Narbaez, ortelano, testi-  
go contrario, y el que mas se alarga à dezir en su fa-  
vor, y de esta causa, y motiuo, no solo no se colige  
animo, y voluntad de disponer, antes se manifiesta  
notorio defecto de voluntad en el dicho Domingo  
Martin, pues semejante disposicion, es facta ad  
interrogationē per eū, qui in extremis laborabat,  
ac per consequens nullius roboris, ac momenti ex  
defectu voluntatis, optimè Cancerio *libr. 1. cap. 4.*  
*num. 139* ibi: *Quod, qui appropinquant morti, li-*  
*cet videantur habere aliquem rationis vssum: si*  
*tamen astantium importunitatibus lacefsiti, &*  
*victi mutant testamentum, & quodam modo cō-*  
*sentissent inuisi, nullum robur habet talis volun-*  
*tas, quia presumitur malitia illorū fecisse potius,*  
*quam suo consensu.* Ciriaco Nigr. *tom. 3. contro-*  
*uers. 549. n. 94.*

28 Y en el caso de este pleyto no era necessa-  
rio que interviniessen las calidades que refiere Can-  
cerio, ni otras algunas, si no meramente que fuesse  
disposicion la asserta nuncupatiua ad interroga-  
cion, como lo fue, que esta precediendole disposi-  
cion solemne, como lo es el codicilo que tienen a  
su favor los pobres no vale, nec præcedens per eam  
reuocatur, in terminis Ciriaco Nigro *dict. contro-*  
*uers. 549. nu. 103.* ibi: *Secundo principaliter, ubi*  
*alias testamentum ad interrogationem, & suggesti-*  
*tionem, cum responsione testatoris per verbum si*  
*valeret, tamen si præcedat aliud testamentum so-*  
*lemne non substinetur, nec illud præcedens per istud*  
*posterius reuocatur.* Castrens. *in l. hac consulti,issi-*  
*ma, §. at cum humana fragilitas* *sub nu. 1. C. qui*  
*testam. sic poss.* Vbi dicit se ita consuluisse, prout ve-  
re respondit *in consil. 155. Paulo antepnem, vers.*  
*Pro hoc etiam benefacit, volumin. 1. Et ita limit-*  
*tat. Gloss. in dict. l. iubemus 29. in verb. quemad-*  
*modum, C. de testament. idem voluerunt Socinus*  
*Patruus cons. 29. sub num. 17. vers. Item ab his,*  
*que gesta sunt in primo actu, volum. 3. Crot. in*  
*l. 1. §. si quis ita, in prima lectura, sub numer. 21.*  
D vers.



vers. Idem est quando precedebat primum testa-  
 mentum solemnne, ff. de verb. obligat. Ruin. cons. 9.  
 sub num. 15. vers. Præterea à isto casu præcessit testa-  
 mentum solemniter factum, vol. 2. Zaz. cons. 3.  
 sub num. 37. circa finem dicti numeri, vers. Tertia  
 alia tamen ratione inuvalidatur: nã constat aliud  
 prius testamentum præcessisse, & sub num. 38. vo-  
 lum. 1. Gabriel de testam. conclus. 2. num. 7. Grã-  
 matic. decis. 73. num. 3. Socinus Junior cons. 183.  
 sub num. 34. & cons. 189. num. 100. volum. 2. ubi  
 dicit, non esse curandum de Decio contrarium te-  
 nente, Crauet. cons. 117. propè finem, Menoch. con-  
 sil. 45. num. 20. & lib. 4. præsumpt. 8. sub nu. 41.  
 vers. Quartum est signum, Bursat. cons. 47. sub n.  
 4. volum. 1. & cons. 307. num. 154. vol. 3. Clarus,  
 §. testamentum, quæst. 37. num. 8. vers. Quarto  
 scias, ubi testatur de magis cõmuni, & quod hanc  
 limitationem iudicando, & consulendo intrepide  
 sequerentur, Cras. §. institutio, quæst. 17. nu. vii.  
 ubi dicit, verissimam conclusionem, Becc. cons. 18.  
 26. & 33. volum. 2. Surdus consil. 373. num. 28.  
 volum. 3. Moroti cons. 99. num. 48.

29 Y la razon de esta resolucion es, por-  
 que semejante disposicion hecha por vn testador,  
 qui in extremis laborat, & ad interrogationem  
 alterius, quãdo por ella altera, ò revoca otra; quod  
 tunc tabis dispositio videtur facta iocose adulate-  
 rie, vel perfunctorie, & non animo testandi, Can-  
 cer. lib. 1. cap. 4. num. 75. Quod quidem maximè  
 procedere asserit, ubi testamentum, vel dispositio  
 tendit in fauorem illorum, qui ei in infirmitate ser-  
 uunt. Lo qual se ajusta al caso de este pleyto, pues  
 con el asserito testamento nuncupatiuo, que fue he-  
 cho ad interrogationem del Padre Pedro Cobos, se  
 pretende revocar el antecedente, solemnne hecho a  
 favor de los pobres, y quitarles el remaniente de el  
 quinto, aplicandolo a Francisco Baez, y consortes,  
 que asistian de ordinario en casa del testador.

30 La tercera circunstancia, y causa que se co-  
 lige de los autos para el defecto de voluntad del di-  
 cho



cho asserito codicilo nuncupatiuo, es auerfe publicado, y abierto el testamento cerrado, que oírgo Domingo Martin de Torres, y assimismo el codicilo a favor de los pobres: luego el dia diez de Noviembre, que fue el dia siguiente de la noche en que murió, y hallandose presentes el dicho Francisco Baez, y confortes, no lo contradixeron, ni hizieron protesta alguna en razon, de que el testador auia ordenado el dicho asserito codicilo nuncupatiuo, de que se reconoce, que no huvo tal codicilo nuncupatiuo, porque no lo tuvieron por voluntad perfecta de testar, Cornio *conf.* 147. *num.* 17. *volum.* 2. D. Francisc. Hieronym. de Leon. *dict. decis.* 40. *num.* 133.

31 Y si fuera cierta la disposicion nuncupatiua, es sin duda que entonces que era su tiempo la declararan, y no aguardaran a hazerlo el dia diez de Diciembre del dicho año, treynta y vn dia despues de la publicacion; y siendo vna cosa que importaua tanto, como el remaniente del quinto, que valdrá mas de seys mil ducados, *ex cuius tarditate inferitur.* Primó la sospecha que trae consigo semejante pretension, *cap. 1. de frigid. §. malef. l. si quis forte, ff. de pœnis,* ibi: *Neque enim rem tam magnam, tandiù reticere debueras.* Menoch. *de arbitrarijs,* *cas. 97. num. 7.* Castrense *conf. 2. num. 3. ibi: Unde si vera esset dicta exceptio, vel allegatio credendū est, quod non tantum distulisset eam proponere, §. presumendum est potius, quod non sit vera, postquam à principio non proposuit.*

32 Lo segundo, ser la dicha pretension dolosa, y maquinacion de los dichos Francisco Baez, y confortes que la han introduzido, *Authen. de qualitat. dot. §. si autem collat. 7. ibi: Quod enim ab initio factum est in toto, sine suspitione est, quod enim postea machinatum est dolum, §. in dicitationem inducit.* Castrense *conf. 2. nu. 5. lib. 1.* Y à qualquier juyzio parece harà fuerça este discurso, y mas siendo tan considerable el dicho remaniente de el quinto, por no ser verosimil, que si fuera cierta la

dis-



disposicion , y la tuvieran por tal los dichos Francisco Baez, y consortes , la dexaran de manifestar luego , y el auerlo hecho despues de tantos dias , se reconoce auer sido maquinacion , y dar tiempo para solicitar los testigos , conforme a los principios que quedan referidos.

33 Y no se satisface con la ley catorce del titulo 4. del lib. 5. de la Recopil. cuyo sumario es: *Que el cabezalero, ò otro qualquiera que tuviere testamento de otro, dentro de vn mes lo muestre ante la justicia, so las penas en la ley contenidas*: pretendiendo con esta ley fundar, que cumplieron con auer intentado su pretension de quando lo hizierõ, pues fue a los treynta dias, ò treynta y vno de la muerte del dicho Domingo Martin de Torres. Por que esta ley no se puede entender, ni habla en el caso del pleyto, y su decission, como della consta, habla en el albacea, ò persona que tuviere en su poder el testamento del difunto, y mãda que lo manifiesten dentro de vn mes ante la justicia, y no lo haziendo, pierden qualquier cosa que por el testamento le estê mandado, y la razon de dezir es la que refiere Azeued. *in dict. l. in principio, ibi: Lex enim nostra solum providere voluit executioni testamentorũ, & ne voluntates defunctorum differantur.* Y con justa razon se impuso la pena à los cabezaleros, y comissarios de quien habla la ley, y en cuyo titulo estã, porque no dilaten el cumplimiento de los testamentos, valiendose de la dilacion para sus intereses, y este es caso separado del de nuestro pleyto, que es querer formar vn codicilo nuncupatiuo para revocar otro solemne, solo para apropiarse a si la manda del remaniente del quinto: y esto si fuera cierto, no es dudable que se manifestara al tiempo de la muerte, y no se aguardara à tanto tiempo, *& à separatis non fit illatio, l. Papini. exuli, ff. de minorib. cum vulgatis.*

34 Ultrã, porque la dicha l. 14. los DD. de nuestro Reyno la entienden, respecto de testamento cerrado, ò nuncupatiuo ante escriuano, y no en el



el testamento, que con testigos despues de la muer  
te se pretende verificar, Diego Perez *in l. 4. tit. 2.  
libr. 5. Ordinam. Azeued. in dict. l. 14. in princip.  
Matheoc. in dict. l. gloss. fin. num. 2.* Y aunque dudò  
si se entendia en testamento nuncupatiuo, absque  
scriptura, se inclina à lo que vamos fundando, pon-  
derando las mismas palabras de la ley, que dizen:  
*Todo hombre que fuere cabeçalero de algun testa-  
mento, muestrelo ante el Alcalde, fasta vn mes, y el  
Alcalde fagalo leer ante si publicamente. quod pre-  
cisè supponit, q̄ ha de ser testamento escrito, pues  
dize la ley: Que el Alcalde lo faga leer ante si publi-  
camente, y no dixo la ley que se examinaran testi-  
gos, ni que se citara la parte, ni que se pusiera en pu-  
blica forma, ibi: Sed tu cogita an hanc pœnam in-  
currat solum, qui testamentum nuncupatiuum,  
absque scriptura publica, factum nõ publicauerit?  
An verò is, qui testamentum nuncupatiuum, vel  
in scriptis in instrumento publico confectum non  
manifestauit coram iudici intra mensem: quia tex-  
tus iste hoc sentire videtur, ibi: Muestrelo ante el  
Alcalde hasta vn mes, è hagalo leer ante si publica-  
mente, nõ dicit textus, quod citetur pars, neque re-  
digatur in publicam formam.*

35 Menos satisfice lo que se propone, de que  
el dicho Francisco Baez, y consortes intentaron el  
hazer la diligencia luego que murió el testador, y  
que lo manifestaron ante el Alcalde mayor, el qual  
no lo quiso por entonces hazer, diziendo, que tien-  
po avria despues para hazerlo, articulando este he-  
cho; y aunque han pretendido verificarlo solo ay  
vn testigo, que lo dize, que no se deue dar credito,  
por ser singular, *capit. causam, de probationibus.  
Farinacio quæst. 64. numer. 33.* Y por ser inye-  
rosimil esta deposicion, pues quien puede creer que  
el Alcalde mayor no aua de admitir qualquier pe-  
ticion que el dicho Francisco Baez, y consortes pre-  
sentassen, y quiẽ si fuesse cierto que dexara el dicho  
Francisco Baez, y consortes, por lo menos de hazer  
peticion, y presentarla. Y la mayor calumnia, y ofe-  
pcha





pecha que tiene la pretension referida , assi en este fundamento, como en lo principal, es querer recuzir a prouança de testigos , lo que auia de constar por instrumentos, ex *l. testium, C. de testibus, Carleual cum multis, tom. 3. disputat. 13. num. 5. ibi: Nam non debet offerre hares se probaturum ista, per testes, quia aduersus eum, qui vul testibus probare, quod potest probare instrumentis presumitur calumnia, & falsitas.*

36 Preterea, no se satisfaze al fundamento referido, con que el dicho Francisco Bacz estaua ocupado en el cargo de Albaçea del dicho Martin de Torres , y que por esso no intentò su pretension en el tiempo que passò, porque esto no le puede excusar la omision en su negocio. Ademas, que Fernando de Ribera, y su muger, colitigantes, no tenian cargo de Albaçea , ni ocupacion para que lo dexaran de hazer, si fuera cierto (y estos fueron quiẽ lo hizieron el dia diez de Diziembre, y no Francisco Bacz, el que se excusa por Albaçea, como consta de la peticiõ, *Mem. fol. 3.*) Con que queda firme, y sin respuesta, a lo menos q̄ sea legitima la presumpcion de la *l. si quis fortè*, y la *Authent. de equalit. dotis*, supra citadas.

37 La quarta circunstancia por donde se colige el defecto de voluntad, y que no la tuvo el testador, para el aserto codicilo nuncupatiuo se colige de la peticion que el dia diez de Diziembre de cinquenta y nueue presentò Fernando de Ribera, parte contraria , intentando esta pretension que el pedimento firmado solo del dicho Fernando de Ribera se refiera a la letra, en el *memor. fol. 3.* en que se haze relacion del testamento, y codicilo que auia otorgado, sin dezir el dia en que se otorgò, y luego dize: *l despues delante de los dichos Albaceas, y de otras muchas personas que el dicho testador dixo, y declarò, que su voluntad era, que las limosnas, y obras pias, en que se auia de distribuir el quinto, fuesse entre sus parientes, &c.*

38 Ex cuius petitionis tenore, & forma, se cõvence



vencé el aserto codicilo nuncupatiuo. Lo primero, porque la dicha peticion se halla presentada solo por el dicho Fernando de Ribera, como marido de doña Ysabel de la Paz, y firmada de su nombre, sin firma de Abogado, ni Procurador, siendo vna cosa tan graue, como la introducion de vna disposicion nuncupatiua, que se auia de mirar, y remirar mucho, y ajustar a los requisitos de derecho, pues se supone que su tenor auia de ser la misma disposicion, numero, & verbis, que dixo el testador, y no hazerse por persona q̄ no fuesse de letras, y de auerse hecho en esta forma, se reconoce la poca firmeza con que se iua, y a la contingencia de que si succedia bien lograr la ocasion, y sino passaria como hecha por la misma parte, y sin quedar nadie notado, en que se deue cargar mucho la consideracion.

39 Lo segundo, y que es de grande reparo, el que en la dicha peticion, quando se refiere la aserta voluntad nuncupatiua, no se expresa dia, ni tiempo, ni nombre de testigos, y solo se dize, *ibi*: *Y despues delante de los dichos albaceas, y de otras muchas personas, dixo, y declarò, &c.* Donde se nota la palabra, *despues*, sin tiempo señalado, que comprehendiò desde el dia seys, en que se otorgò el codicilo a favor de los pobres, hasta el dia nueve de la muerte. De que se colige fraude, y animo con que se iua para la sollicitud de los testigos, y q̄ cupiessen sus deposiciones en el dia seys, siete, ocho, y nueve, y que no se iua cõ firmeza, ni la auia en la dicha disposicion: y si se huviera otdenado el dia nueve, como refieren los testigos, se huviera expresado este dia en la peticion, y no se pusiera la palabra, *y despues*, que es ambigua, y comprehensiuua de todo el tiempo posterior, *Barbol. in dictionib. dict. . 269. 270. & 271.*

40 *Ultrà*, porq̄ en no auer señalado dia, ni tiempo cierto, se faltò a la formalidad de derecho; pues en materia de testamentos es de essencia que se declare el tiempo, lugar, dia, y hora en que se haze, *l. hac consultissima, § per nuncupationem, C. de testam.*



ram. optimè D. Francisc. Hieron de Leon d. ff. de-  
cis. 40. a num. 90. cum sequenti. & maxime, nu-  
mer. 102. & 103.

41 Tùm, porque se deuieron nombrar en la  
dicha peticion los testigos numero, y no con la  
palabra general, *delante de muchas personas*, para  
que el luez tuviera noticia dellas; conque se reco-  
noce que no auia passado tal disposiciõ, ni auia au-  
do testigos, pues no los declarò, y que la forma de  
la peticion se hizo al buelo, y en la forma que que-  
da referida, para si prendia, ò no. Y especialmente se  
deuen nombrar los testigos quando est contentio  
de voluntate, & solemnitate testamenti, como en  
el caso presente, Bart. in l. heredes palã 21. ff. de tes-  
tament. in princip. n. 5.

42 Insuper, si para abrir vn testamẽto solem-  
nemente hecho, es precisso que se nombren todos  
los testigos, y saber quien son, y que vengan, y cõ-  
curran ante el luez, y de otra forma no se puede ha-  
zer, si no es estando muertos, ò ausentes, l. 3. tit. 2.  
part. 6. para hazer el testamento, ex maiori-  
tate rationis, era mas necessario nombrar elos al luez, y à  
las partes a quien se auia de citar, para que el luez  
hiziesse el aprecio, y estimacion que deuiera, y las  
partes interessadas la defen-  
sa que les conuiniesse, y  
en todo se les quitò.

43 Y aunque estos defectos parece que son de  
solemnidad, lo son tambien de la voluntad, por re-  
sultar de la grande, y culpable omision de estos re-  
quisitos, porque el que omite la solemnidad tiene  
contra si gran sospecha de falsedad, l. iubemus, C.  
de testam. vbi Bald. num. 3. asserens hanc presump-  
tionem esse iuris, & de iure, y q̄ no admite pro-  
uacõ en contrario, y en esta tan vrgente presuncion cõ-  
tra el testamento està el defecto de voluntad, pues  
si huuiera sido cierto, se declarara todo.

44 Quibus adijcitur para la incertidumbre  
de la relacion de la dicha peticion, lo q̄ declaran los  
albaceas, que solo se nombraron en ella con la cali-  
dad de que se hallaron presentes, que fueron doña



Alfonso Cobos, y Iuan Ximenez de la Cerda, los  
 quales declaran. La dicha doña Alfonso en la noti-  
 ficacion que se le hizo de la dicha peticion, folio 3.  
 buelta, que el dia en que murió Domingo Martin,  
 estando presente la susodicha, y otras personas, sin  
 dezir quien, ni señalar hora, le oyò dezir al testador  
 lo que contiene el pedimento, y esta declaracion  
 fue sin juramento.

45 Y despues en el juyzio plenario los Acto-  
 res presentaron por testigo a la dicha doña Alfonso,  
 la qual con juramento declarò, que lo contenido  
 en la respuesta, à su citaciõ se lo oyò dezir al dicho  
 su marido el dia de la noche en que murió, siendo à  
 las dos, ò a las tres de la madrugada, estando presen-  
 te el Padre Pedro Cobos, y Francisco Baez, parte  
 contraria, y no se acuerda huviessse otra persona: ni  
 se lo oyò dezir en otra ocasion.

46 Y aunq̃ por las partes contrarias se ha que-  
 rido dezir, que estas dos declaraciones estàn varias,  
 y que se han de estar a la primera de su inspeccion,  
 son conrestes, y no tienen mas diferencia que en la  
 primera no declarar la hora, y dezir que se hallaron  
 presentes otras personas, y en la segunda añadir la  
 hora indiuidualmente, y declarar las dos personas  
 que se hallaron presentes, en las quales se verifica la  
 palabra, *obras*, de la primera declaracion, con que  
 se han de condenar ambas, y se concuerdan sin vio-  
 lencia alguna, y se reduzen a lo que se contiene en  
 la segunda deposicion, *ex cap. cum tu, de testibus.*

47 Y en caso que tuvieran alguna variedad,  
 que no la tienen, siempre se ha de estar a la segunda  
 deposicion de la dicha doña Alfonso, por ser en juy-  
 zio plenario, y auer sido esta con juramento, y la  
 primera no auer sido con juramento, & *testis sine*  
*iuramento deponenti, nihil omnino credendum,*  
*l. iuris iurandi, C. de testib. cap. in nomine domini,*  
*de testib. Farinac. quest. 61. n. 42.*

48 Y aunque por los Actores se âtachado à la  
 dicha doña Alfonso, por dezir que es parte en este  
 pleyto, no se ajusta tal cosa, porque el pleyto no se



ha sustanciado con ella, si no con Matias de Triana, y Iuan Ximenez de la Cerda, que solos lo han seguido, con que no es cierta la tacha. Ademas de que auindola presentado por testigo los dichos Actores, non solum fides eius est approbata, l. 4. tit. 16. part. 3. Sed etiam facit plenam probationem contra los Actores, l. si quis testibus, C. de testibus, Farinac. quest. 62. n. 211. § 237.

49 Y el dicho Iuan Ximenez en la declaraciõ que hizo el dia treze de Enero de seyscientos y sessenta, que estã en el memorial, folio 14. declara, q̄ el dia en que murió el dicho Domingo Martin de Torres, estando en la sala oyò, que el Padre Pedro Cobos le dezia al dicho Domingo Martin: hermano tendrà v. m. gusto que se dê a los parientes de D. Alfonso esto que se ha de repartir? el qual le respondió, que ya le dexaua 200. reales, y que no oyò otra cosa. De cuyas declaraciones del dicho Iuan Ximenez, y de la dicha doña Alfonso, se reconoce no ser cierta la relacion de la peticion, ni la disposicion nūcupatiua que en ella se refiere, y que si lo fuera, los dichos albaceas (pues en la dicha peticion se dize, que se hallaron presentes) lo declararan, y mas con juramento, y no teniendo, como tienen, interese alguno propio en que el quinto se dê a los pobres, ò a los Actores.

50 La quinta circunstancia para el defecto de la voluntad, y que no lo es la del asserto testamento nuncupativo, se colige de la pregunta segunda que hazen los Actores en plenario, donde se articula: *Que aunque Domingo Martin de Torres dispuso en su codicilo, que sus albaceas distribuyessen el remaniente del quinto de sus bienes en limosnas, y obras pias, despues la tarde del dia que murió, declaró, que su voluntad era que se distribuyesse el dicho quinto entre sus parientes, repitiendolo muchas veces delante de muchas personas, y pidiendoles fuessen testigos dello.*

51 De donde se nota. Lo primero, que en la pregunta se señala dia, no auindole señalado en el  
pedi-



pedimento, añadiendo a la palabra despues, *la tarde del dia que murio*, y no poniendo hora fixa, y efecto para dezir que eran contestes los testigos de la su-  
 maria, que vieron para formar la pregunta. Lo se-  
 gundo, alla verba: *Repetiendolo muchas vezes de-  
 lante de muchos testigos*. Y esto fue por comprehen-  
 derlos todos, y no ay cosa que mas los destruya. Lo  
 vno, por la razon de la *l. hac consuli.issima 21. §.  
 per nuncupationem, C. de testam. ibi: Per nuncupa-  
 tionē quoque, hoc est sine scriptura testamenta, non  
 alias valere sancimus, quam si septem testes, simul  
 uno, eodemque tempore collecti testatoris volun-  
 tatem audierit*. Y mal se podrá dezir, que tienen es-  
 ta formalidad en la forma que está la pregunta, co-  
 mo deponen los testigos con la palabra, *repetien-  
 dolo muchas vezes*.

52. Lo otro, por lo que discurren los Doctores  
 en este punto, considerando las mismas palabras  
 de la pregunta; porque, ò se ha de dezir, que vnos lo  
 oyeron vna vez, y otros otra, y en esta considera-  
 cion fueran singulares, y no pruevan, ò se quiere de-  
 zir que en todas las ocasiones lo oyeron auia de pre-  
 ceder en todas las solemnidades del derecho, y en-  
 tonces no fuera vn testamento, si no muchos, y el  
 primero se revocara por el segundo, y el segundo  
 por el tercero, &c. Y esto no es verosimil se hizies-  
 se, ni nadie lo haze, y auiedo se de dar, y provar, dia,  
 hora, lugar cierto, y vn mismo contexto en los tes-  
 tigos, qual de stos dichos, y de qual de stos tiempos  
 es el que se aya de tener, y publicar por testamen-  
 to, ni los testigos lo dizen, ni nadie lo sabe, y por es-  
 ta incerteza se auia de viciar todo argumēto, *l. duo  
 sunt Titij, ff. de testam. tutel. in terminis Ant. Go-  
 mez in l. 3. num. 49. ibi: Prima, quia tunc proba-  
 tur testamentum per omnes illos testes, contestes, &  
 uniformes, quando deponunt vno, eodemque tem-  
 pore loco, & contextu, alias verò essent particula-  
 res, & singulares testes, & non contestes. Secunda  
 ratio potest esse; quia si diuersis temporibus, & lo-  
 cis testator ostenderit voluntatem suam iam essent  
 plu.*



plura testamenta, & non unicum testamentum, vel saltem semper ultima voluntas derogaret priori, & esset unicum testamentum posterius, quod semper proualeret, & priora essent sublata, & non valerent. Fontanel. tom. 2. dee. f. 578. num. 11. ibi: Secundo considerarem, si una vice tantum, aut pluribus id homo dixerit, de quo volunt conficiendum sacramentale testamentum, quia non est presumendum, quem toties testari voluisset in fauorem unius, & eiusdem persona, & animum toties testandi habuisse, nam si voluisset ei bona relinquere per modum testamenti, sufficiebat una vice dixisse, ut una vice de eis fieret testamentum, aliter magna confusio facere, tot testamenta passim, quod non est verosimile.

53 Et num. 13. ibi: Deinde si multis vicibus dixit, quo die dicemus dictum, & de quo die conficiemus testamentum? Cum tamen exprimendus de necessitate sit. Optimè idem Fontan. decis. 580. num. 7. ibi: Præterea dicunt testes verba protulisse defunctum, non una vice, nec una die, sed pluribus, sed cum non constet magis de una vice, quam de alia declarasse se habuisse animum testandi, quid est, quod voluerit aduersans magis confici testamentum ex una vice, quam ex alia, ex uno die, quam ex alio; sed conclusio erat facienda, tot vicibus id dixit: ergo non animo testandi, cum non possit, ut vicibus testari, & testes, qui variant in die, in hora, in his, quæ erant in cubiculo, poterunt consiliari loqui unumquemque de sua vice, & sic erunt omninò singulares; ubi: Quæso iusta hæc potest considerari dies ille certus pro testamento qualis exprimendus est aperte? Hæres dicebat die Iobis, testes de die Mercurij, & omnes, quod pluribus horis. Totum confusio, totum perplexitas, ex quo nihil certi. Cum his defectibus poterit dici probatum istud testamentum? Minime. Cum ijs inquam defectibus? Non credo. Parece que este lugar es expresso para nuestro caso, conforme al pedimento, y preguntas de los Actores; pues en el pedimento



mento dizen sin señalar tiempo, y despues delante de los dichos albaceas, &c. Y en los articulos, que la tarde del dia en que murió, sin señalar hora, repitiendo muchas vezes, *totum confusio, totum perplexitas*. Como dize Fontanel. D. Francisc. Hieron. de Leon *dict. decis 40. num. 91. & 92. & maximè, nu. 102.* Todo lo qual se aplica à nuestro caso, conforme a lo articulado, para el defecto de voluntad que vamos fundado, pues no la ay conocida, ni determinada.

54 La sexta circunstancia por donde se infiere el defecto de voluntad del dicho aserto codicilo nuncupatiuo, es de no auerse hecho ante escriuano, haziendose en Granada, donde ay tantos de el numero, y Reales, y donde el estilo, y forma comùn de testar, siẽpre es ante escriuano, y nũca, y rara vez, *per nuncupationem solum*, y muy insolito. Y esto es bastante para la presuncion, de que no tuvo voluntad para el aserto codicilo nũcupatiuo, pues no es verosimil, q̄ si la tuviera dexara de hazerlo en la forma ordinaria, y ante escriuano. *Fraus enim, & dolus arguitur ex insolitis dispositionibus, & suspitio falsitatis: cū multis Barbof. in clausulis, clausul. 73. per totam.*

55 Y mucho mas en el caso de este pleyto, atendiendo a todas las disposiciones que hizo Domingo Martin, que todas fueron ante escriuano, como consta de los autos, y no es creible, que siendo este el modo, y forma q̄ tenia de disponer, lo auia de dexar, y se auia de passar à vn modo tan insolito, y extraordinario, como el mero nuncupatiuo. & ex opinionẽ cuiusque presumitur voluntas. & forma disponendi, *l. cum delationis, §. assinam, ff. de fando, Inst. D. D. Ioan. del Castell. tom. 4. cap. 9. q̄ numer. 60.*

56 Rursus, porque aunque es verdad que yno de los modos para testar es, *per nuncupationem*, y q̄ vale el testamento nuncupatiuo, assi por derecho comun, por derecho de nuestro Reyno; esto se ha

de



de entender con las calidades, que lo entienden los Doctores, que es que valga el testamento nuncupatiuo con cinco testigos donde no huviere escriuano: pero donde ay copia de escriuanos, parece que la ley del Reyno primera del titulo 4. del *libr. 5. de la nueu. Recop. veif. Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos*, quiso que fuesen siete: y assi lo resuelve Cifuent. *in l. 3. Tauri, num. 6.* Tello Hernandez, *in dict. l. 3. part. 2. numer. 14.* Y se alargò a resolver, que no solamente se requería este numero de testigos, si no que el que pretendiere que valga testamento nuncupatiuo, y tenga lugar, ha de probar, que en aquel lugar donde se hizo no auia copia de escriuanos. Esto, ni lo han hecho los Actores, ni pudieran hazer en este pleyto, pues no ay calle en Granada donde no aya vno, dos, ò tres escriuanos.

57 Y Antonio Fabro *in C. libr. 6. tit. 5. de fin. 27. a num. 11.* que respeto de que el modo ordinario de testar es ante escriuano, y no sin el, y que era interresse del disponete, y de los interessados el que assi se hiziesse, y aunque no niega el valor del testamento nuncupatiuo sin escriuano, resuelve, que nunca le difirria, ni atenderia al testamento nuncupatiuo, si no es que huviessse alguna grauissima causa para que no se pudiesse llamar escriuano, por que de otra manera no se presume que nadie ha de dexar el vso ordinario, y cierto, y irse à vna cosa tan escusada, y estraordinaria, Fontan. *decis. 558. tom. 2. num. 6. in fin. ibi: Certè non est verosimile cum satis ei daretur locus, si voluisset testari reliquisset modum ordinarium, & ad istud, quasi subsidiarium recurrisset.*

58 Y la razon para esta resolucion es juridica, quia cum in elogijs, & testamentis, sæpè falsitas committatur, maximè in nuncupatiuis, vt supposituit Imper. *in l. iubemus, C. de testam. & cognoscunt omnes DD maximè Ciriac. Nigr. controuers. 444. per totum, D. Francisc. Hieronyma. de Leon dict. decis. 40. num. 48.* Id. ò se deuen mirar con toda sutileza, y diligencia, aun las menores circun-



tancias, y escrupulizarse quanto pudieren semejantes testamentos para evitar las suposiciones, y falsedades, que facilmente se pueden hazer, como lo dixo el Confulto *in dict. l. Divus Adrianus, ff. de testam. milit. ibi: Cum non difficulter post mortem alicuius milites testes existerent, quia affirmarent se audivisse dicentem aliquem, relinquere se bona cui visum sit, & per hoc iudicia vera subterterentur.* Fontanel. 2. tom. de *is* 576. numer. 8. *ibi: Nec dicas nos scrupulari multum notando, tot apices in testibus, ut eorū fidem tollamus, ita quidem, quia sic convenit ad vitādum falsitates, quae in his possunt committi.*

59 Preterea se califica lo que vamos fundando, atendiendo que toda la tarde del dia en que murió el dicho Domingo Martin de Torres, desde las dos de ella asistiō en la casa Diego Marquez de Escos, escrivano de el numero desta ciudad, hasta las nueve de la noche, como le de pone, y afirma el susodicho en su deposicion, *Mem. fol. 27.* que por ser de hecho propio ella sola, facit plenam probationem, *ex l. quaro, § fin. ff. de edil. edict. Farin. q. 63. num. 207.* Y mas siendo persona de credito tan notorio, y que no tenia interese alguno, ni lo tiene, en que el quinto se dē a los pobres, ni a los Actores, y antes deuia estar por los dichos Actores, por conocerlos, y aver sido ellos parte, para que previniese las cuentas del dicho Domingo Martin de Torres.

60 Hazese mas notoria la deposicion de el dicho Diego de Escos con la de Joseph Ximenez de la Cerda, testigo presentado por parte de los pobres, que està en el *Memor. fol. 33.* donde afirma, que por mandado de su padre fue a llamar al dicho Diego de Escos el dicho dia, y que vino cō él, y entrò en la casa del dicho Domingo Martin de Torres a las dos y media de la tarde, donde le viò asistir hasta las doze de la noche.

61 Y aunq̄ por los Actores se ha querido ofuscar este hecho notorio de la asistencia del dicho

Diego



Diego de Escos, y dizē, q̄ aunq̄ asistió aquella tarde, fue desde las quatro de ella, y no antes, afirmando que Iuan Ximenez de la Cerda lo declara a sí en su segunda declaracion, que está en el memorial, fol. 22. ni lo han verificado, ni tal cosa consta por la declaracion, y se suplica à V. S. y a estos señores se sirva de passar los ojos por ella, para que se vea, como contesta con las deposiciones del dicho Diego de Escos, y del dicho Ioseph Ximenez de la Cerda. Pues dicen, que el Padre Pedro Cobos antes q̄ olearan al dicho Domingo Martin de Torres le dixo, q̄ fuesse a llamar al dicho Diego de Escos, y que fue (y quando olearon al susodicho fue a las dos de la tarde, como lo depone el Licenciado don Gabriel del Castillo, que llevó el Santo Olio, *Memor. fol. 33. buelta*) y lo embió a llamar con su hijo, y que quando bolvió la segunda vez à casa del dicho Domingo Martin de Torres, que fue a las quatro, hallò en ella al dicho Diego de Escos.

62 Siendo cierto, que en esta ciudad ay tanta copia de escrivanos, y estando el dicho Diego de Escos en la casa del dicho testador toda la tarde, en que se pretende auer se hecho el asserto codicilo nū copativo, es presuncion vrgentissima, que ni se hizo el dicho codicilo, ni el dicho Domingo Martin tuvo voluntad de hazerlo, optimè D. Franc. Hero. de Leon *dict. decis. 40. numer. 70. ibi: Præterea, quod dictus Petrus Solanus, non habuerit animum testandi, ex eo colligitur: nam ut ex processu resultat, Ioannes Conca, Notarius, erat scriba. Et infra, ibi: Et si dictus solanes habuisset animum testandi, potuisset ante ipsum notarium condere testamentum, & reuocare, quod annis retro elapsis, condiderat in scriptis, quodcum non fuerit, credendum est noluisse testari.* Y califica esta decisison con vna decisison del Senado, que pone a la letra, y el caso de la decisison, y el que resuelue don Francisco Geronimo de Leon, son mas apretados que el nuestro; porque el de la decisison fue solo el tener la testadora conosciēto de los escrivanos, por auer sido testigos;



15

rigos ; y esto fue solo motiuo para que no se estu-  
viese al testamēto nuncupatiuo. Y el de Leon fue,  
que a lugar donde viuia el testador , fue vn escri-  
uano, como tenia de costumbre, y fue vn dia à visi-  
tar el enfermo ; y esto fue causa para presumir que  
no tuvo animo de testar en el testamento nuncu-  
patiuo que se queria introducir : y nuestro caso no  
solo hubo copia de escriuanos, y tenia el dicho Do-  
mingo Martin conocimiento con muchos, y espe-  
cial con los que auia otorgado su testamento , y  
codicilo antecedente ; mas asimismo concurre la  
circunstancia de auer estado el dicho Diego de Es-  
cos toda aquella tarde en su casa : conque con ma-  
yor razon procede la resolucion referida, y no avrá  
quien pueda imaginar que tuviese animo de hazer  
el codicilo el testador , y si lo tuviera , lo hiziera  
ante escriuano, pues lo tenia tan a la mano, Fonta-  
nela *decis. 580. num. 11. in fin. tom. 2. ibi: Non nē  
reperiebatur ibi vnus notarius, & vnus rector,  
qui poterant testamētum recipere si voluisset illud  
facere defunctus? Ita.*

63 Y aun caso negado que el dicho Diego de  
Escos no estuviese en la casa del testador , si no es  
desde las quatro aquella tarde, en que no ay contro-  
uerfia, y lo reconocen los Actores, todauia corre la  
resolució que se ha referido de D. Francisc. Heron.  
de Leon, pues la dicha hora de las quatro, y poste-  
riores que estuvo, eran bastantes para que ante él se  
otorgara el codicilo si tuviera voluntad de hazer-  
lo el testador, y mas quando los testigos no señalan  
hora en ninguna deposiciō, aun q̄ los que mas indi-  
vidualmente dicen a fauor de los Actores, afirman,  
que sucedió la tarde del dia en que murió, y tarde  
es a las quatro, y a las horas posteriores, y bastara es-  
ta generalidad de los testigos, para reconocer la su-  
posicion de ellos, y cautela de los Actores, y  
mas quando se articula, que aquella tarde repitió  
muchas vezes el testador su voluntad, como se di-  
xo en el fundamento antecedente.

64 Ultra, porque es constante que se llamó al



dicho Diego de Escos a las dos del dia, para que vni-  
niessa a preuenir las cuentas luego que muriesse el  
testador, y assimismo lo es, que por auerse ido el di-  
cho Diego de Escos a las nueue de la noche, por vi-  
uir, como todauia viuia quando muriò, que fue a  
la media noche, lo embiaron a llamar, y leuantarò  
de su cama para lo referido: de que se infiere, que si  
fuera cierto el codicilo nuncupatiuo, que se preten-  
de introducir lo huviérá llamado para que lo otor-  
gasse, aun quando no estuviessa, como estubo en la  
casa, ò de parte del testador, ò de los Actores inte-  
ressados, pues no es imaginable que llamassen e scri-  
uano para la preuencion de cuentas, y con tanto  
cuidado, y tan repetidas vezes, y a deshoras, siendo  
negocio de tan poca importancia, y que lo dexas-  
sen de llamar para otorgar el dicho codicilo, cosa  
de tanto peso, como se cõsidera por derecho, si fue-  
ra cierta: lo qual es digno de notar para el defecto  
de voluntad, y suposicion para el dicho codicilo.

65 Reconociendo los Actores quanto les da-  
ña este fundamento, y asistencia del escriuano en  
la casa del testador la tarde del dia en que muriò; há-  
tachado al dicho escriuano, opuniendole, que do-  
ña Alfonsa Cobos, viuda del testador, le diò, y hizo  
cessiõ de vna vida q̄ quedaua del officio de Alguacil  
de la Inquisiciõ, y q̄ respecto dello dixo este dicho,  
por complacera la dicha doña Alfonsa, que es alba-  
cca, y interessada en que se guarde el codicilo a fa-  
uor de los pobres.

66 Aunque es cierto que le diò la dicha bara  
al dicho Diego de Escos, no lo es, que por esse res-  
pecto dixesse su dicho el dicho Diego de Escos. Lo  
vno, porq̄ esto no se presume, ni hasta aora se ha ve-  
rificado, especialmente en vn hombre de los credi-  
tos del dicho Diego de Escos, y que tan notorios  
son. Lo otro, porque la dicha doña Alfonsa no tie-  
ne interresse alguno, en que el quinto se de a los po-  
bres, ò a los Actores, ni hasta aora se ha propuesto.  
Lo otro, y principal, porq̄ la dicha D. Alfonsa tiene  
negocio proprio, y muy considerable con el dicho



Diego de Escos, que es el passar ante el las cuentas, y particion de los bienes del dicho su marido, en q̄ es interessada en su dote, y mitad de multiplicado, que se le ha de dar por si, y como tutora de su hija, lo es en todos los demas bienes, que este es negocio proprio. Y respecto del quinto, lo mas q̄ se puede considerar, que tendrá la dicha Alfonsa, si sale a favor de los pobres, es la intervencion, como vno de quatro, tres albaceas, y vn distributor, que es Matias de Triana, y esto no como negocio propio, sino como ageno, y de comision. Conforme lo referido, quien podrá dezir que la dadiua del oficio seria por el negocio ageno, y de tan poca importancia, y no por el negocio propio, y particular, y que tanto le importa el bueno, y breue despacho en las cuetas, nadie lo podrá dezir, porque lo resiste el derecho: *Nam actus in dubio semper prasumitur nomine proprio factus, es non alieno, l. Es magis, ff. de solut. l. 5. Papin. ff. mandati, l. si ita stipulatus fuero, §. Ciresogonus, ff. de verbor. obligat. l. pro hered. ff. de acquir. hered. Tiraquel. de retract. leg. §. 10. glos. 1. num. 3. Gutierrez de tutel. part. 2. cap. 10. num. 1.*

67 La septima circunstancia por donde se le colige el defecto de voluntad, y que se infiere de los autos, es el no auer rogado, ni convocado los testigos con quien se quiere verificar el aserto codicilo nuncupatiuo, lo qual consta. Lo vno, de los mismos testigos que refieren las palabras de la pretensa disposicion, diciendo, que se hallaron presentes, sin deponer que fuessen llamados, ni rogados por el dicho testador. Lo segundo, por la misma declaracion de Francisco Baez, parte contraria, que está en el memorial, fol. 2. 1. donde declara, que los mas de los testigos fueron a casa de Domingo Martin, acompañando el Santo Olio, y por esta razón se quedaron, y hallaron presentes, y no porque el susodicho de oficio los embiasse a llamar. Y esta declaracion de la parte judicial, hecha por mandado de la Sala, es la mayor prouança que el derecho confide-



ra, l. 1. l. certum 6. in princip. Et in §. si alia, ff. de  
confesio, l. 5. tit. 21. lib. 4. Recopilat. Contra la qual  
no se puede admitir prouança, l. 4. tit. 7. lib. 4. Re-  
copil. ibi: Y que sobre las posiciones confessadas por  
qualquiera de las partes, los Letrados no hagan  
preguntas, y si las hizieren, paguen de pena tres mil  
maravedis cada vno.

68 Qui quidem rogatus, & convocatio tes-  
tium per testatorem præcisè requiritur in disposi-  
tionibus nuncupatiuis ad hoc, vt cognoscatur ani-  
mus, & voluntas disponendi, l. Diuus Adrianus  
24. de testament. militar. ibi: Si ergo miles conuo-  
catis ad hoc hominibus, vt voluntatem suam tes-  
taretur, ita loquutus est, vt declaret, quem vellet,  
sibi heredem esse, Et cui libertatem tribuere potest  
videri, sine scripto hoc esse testatus, l. hac consultes-  
sima, §. per nuncupationem, C. de testament. l. iube-  
mus, C. eodem, l. Paphilo. §. propositum, vbi glof.  
verb. assercitis, ff. de leg. 3.

69 Y despues de convocados, resolvió Man-  
tic. de coniect. lib. 2. tit. 11. num. 14. que ha de decir  
el testador a los dichos testigos, ibi: Vos sitis testes  
ad hoc meum testamentum, Et quod ita se habet co-  
suetudo. Todo lo qual no se presume, y se ha de pro-  
uar precissamente, Leon dict. decis. 40. num. 52.

70 Estan necessario este requisito de llamar  
los testigos en semejantes disposiciones, que no ay  
otro mas proprio para conocer el animo de testar,  
y juzgar si las palabras que dixo el testador son dis-  
positiuas, o no, optime Fontanel. decis. 578. penita-  
tam, maximè num. 16. ibi: Adque ideo, vbi hac nõ  
concurrunt in opinione senatus suspecta res, Et  
vbi adsunt res firma: quia testium conuocatio est  
præcipuus modus per quem cognoscitur animus  
disponendi, Et decis. 579. a num. 11. Et num. 12.  
ibi: Ista conuocatio testium, quam rogatum lato  
sumpto vocabulo dicimus iuxta l. heredem palam,  
§. in testam. ff. qui testamta fac. pos. est propria  
ad declarandum animum testandi, Et pro discer-  
nendo, an aliquis testandi animum habuerit, vel  
non



non statim recurritur ad istam conuocationem. Et  
 num. 13. in fin. ibi: Si leges omnes tam sollicita fue-  
 re de hac specie rogatus, qui consistit in conuocatio-  
 ne testium, & explicatione voluntatis, coram  
 eis faciendam mentionem facere: inde cogimur di-  
 cere, illam necessariam sine dubio ad hunc effe-  
 ctum.

71 Y en el num. 17. refiere quatro decisiones  
 de quatro pleytos, donde aunque los testigos afir-  
 maron las palabras dispositiuas, por no constar de  
 que fuessen convocados, ni rogados para la disposi-  
 cion, se determinó contra el testamento, y disposi-  
 cion, teniendolo por requisito necesario, para que  
 conste del animo, y voluntad de testar, sin el qual  
 no ay testamento, vt supra diximus lo mismo, y cō  
 mas latitud funda, y afirma D. Francisc. Hieron. de  
 de Leon dict. decis. 40. à num. 47. cum sequentib.  
 & num. 61. refiere otras muchas decisiones.

72 Y si ex dict. l. Diuus Adrianus, en el testa-  
 mento del soldado que es tan priuilegiado, se re-  
 quiere este requisito para proponer la voluntad, cō  
 quanta mas razon avrá de interuenir dicta conuo-  
 catio, & rogatus testium, en la disposicion presen-  
 te, que no tiene priuilegio alguno, y por ella se  
 quiere reuocar, y alterar otra solemne, y tan priui-  
 legiada, como tienen los pobres, Fontanel. decis.  
 579. nu. 24. ibi: Si in testamento militis, tam alias  
 priuilegiato, rogatus tam necessarius? Cur non  
 etiam in alijs non priuilegiatis, vel priuilegiatis  
 etiam.

73 La octaua circunstancia por donde se re-  
 conoce el defecto de voluntad, es tantos testigos  
 como se han presentado por parte de los pobres, q̄  
 se hallaron presentes toda la tarde del dia nueve de  
 Diziembre en casa del dicho Domingo Martin de  
 Torres, que son el Padre Fr. Ioseph de San Gabriel,  
 Religioso de Nuestra Señora de Gracia, memorial  
 fol. 19. buelta, que estuvo a su cabecera, como lo



afirma doña Iuana de Guzman, testigo contrario, *Mem. fol. 13*. Doña Elena de Zuñiga, viuda de Gerónimo de Morales, a quien cita la dicha D. Iuana de Guzman. Francisco de la Torre, criado de Iuan Ximenez, que se hallò, como lo afirma Francisco Baez, parte contraria en su declaracion, *fol. 21. buelta*. Diego de Escos, *Mem. fol. 27*. y citado por muchos. Bartolome de Narvaez, *fol. 28*. Manuel Rodulfo, caxero del dicho Domingo Martin de Torres, y que viuia en su casa. Doña Alfonsa Cobos, y Iuan Ximenez de la Cerda, citados por todos los contrarios, que son ocho testigos de mucha fee, y credito, y afirman lo contrario, y que no oyeron semejante disposicion, dando por razon, que si huiera pasado lo huieran visto.

74 Y aunque estos testigos deponen de negatiua, coartandose como se coartan al lugar, y tiempo cierto, siendo como son idoneos se les deue dar credito. *Farin. de testib. quest. 165. num. 122. cum sequentibus*. Especialmente quando el hecho que se trata de verificar, *est magni ponderis*, y digno de repararse, como lo fuera el codicilo nuncupatiuo, que se pretende, si se huiera hecho, *Farina. ubi supra, num. 229*.

65 Y quando concurre con la deposicion de los testigos de negatiua la presuncion de derecho: *Tunc magis creditur testibus negantibus, quam affirmantibus*. *Farinac. ubi supra, num. 238. Et idem procedit quando testes negantes, rem verò similiorem deponunt, numer. 229. Et 242. ibi: Quia testibus negantibus magis creditur, quam affirmantibus, quando negantes deponunt verosimiliora*. Y para que se entienda que no se otorgò, ni hizo el dicho asserto codicilo nuncupatiuo; ay tantas presunciones, y inverosimilitudes, como las que quedan ponderadas, y se refieren en la informacion del Licenciado D. Iuan de Herrera Pareja, desde el n. 50. con los siguientes.

Quod



76 Quod etiam procedit, quando testes negantes deponunt pro causa fauorabili, como lo son los pobres, y obras pias, a quien defendemos; quia tunc eis magis creditur, quam affirmantibus, Fari-  
*nac. ubi supr. num. 43.* Tum, porque los dichos testigos de negatiua dan razon de sus dichos, dizien-  
do, que si huvieran passado semejantes palabras, como las que afirman los testigos contrarios, lo supie-  
ran, por auer asistido en la misma sala donde se pre-  
tende se dixeran. Y no dando razon todos los testi-  
gos, de que se valen los Actores para la fabrica de el  
asserto codicilo; porque solo refieren, y deponen  
las palabras de la disposicion, desnudas, y sin mas ra-  
zon, *ex l. filam, C. de testibus,* y en los terminos de  
testamentos nuncupatiuos no basta que digan so-  
lo la disposicion, y palabras, *ex quibus pretenditur  
conficiendum testamentum.* Y es preciso que den  
razon, añadiendo, aliud ad extra, optimé Fontanel.  
*dict. decis. 579. num. 20. ibi: Secundo dicimus ani-  
mum testandi non esse colligendum ex his, quae di-  
xit testator per illa verba, ex quibus pretenditur  
conficiendum testamentum; quia hoc satis clarum  
videbatur, in dict. l. Diuus; sed est necessarium  
aliud ad extra, ultra verba predicta, ex quo vo-  
luisse testari deprehendatur. Corneo cons. 149. nu.  
8. § num. 14. & videndus idem, cons. 233. nu. 4.  
lib. 1. & etiam videndus Socin. cons. 179. ex nu. 21.  
cum sequentibus, Cancer. lib. 1. cap. 4. a num. 76.  
cum sequentibus.*

77 Coadjuba este fuudamento, que se aya de  
estar a la prouança de los pobres, aunque sea de ne-  
gatiua la deposicion hecha en este pleyto por el  
Doctor don Francisco de Acosta, testigo presenta-  
do por las partes contrarias, que su dicho se refiere  
en el *Mem. fol. 15.* en el qual afirma, que asistió el  
mismo dia en que murió el dicho Martin de Tor-  
res todo el dia, hasta las nueue, ò las diez de la no-  
che, y este testigo no dize la disposicion nuncupati-  
ua, y si fuera cierta la dixera, y por ser testigo de cõ-  
trario presentado, facit plenam probationem con-



tra producentem, *l. si quis testibus, C. de testibus, Farinac. quest. 62. num. 211. § 237.* y configuientemente se haze sospecha la prouança, conque se quiere fabricar el dicho assero codicilo nuncupatiuo, y es de notar la cabilacion de que vsaron los contrarios, presentandolo solo en la tercera pregunta donde se articulò, que el testador estaua en su cetero joyzio el dia en que murió, y no lo presentaron en la segunda pregunta, donde se articulò la disposicion, ò por no atreuerse a dezirle, que dixera lo q̄ no passò, ò porque si se lo dixeron, no lo pudieron conuencer. Ex quibus pretenden los pobres tener prouado los defectos de voluntad que contiene el pretenso codicilo nuncupatiuo.

## ARTICULO II.

78 **N** Este manifiestan los pobres a V. S. y à estos señores los defectos de solemnidad, que se reconocen de los autos, contiene el assero codicilo nuncupatiuo, para que no se aya de estar à el.

79 Las solemnidades que se requieren en el testamento nuncupatiuo se refieren, *in l. heredes palam, § in omnibus fuit § ff. qui testamenta fac. possunt, § nihil hac consultis. 21. §. per nuncupationem, C. de testam. y en la l. 1. tit. 1. part. 6.* Y faltando qualquiera de las solemnidades no vale la disposicion, *dict. §. per nuncupationem, ibi: Nō aliās valere sancimus.* Flores Diaz de Mena *lib. 1. var. quest. 1. num. 60. § 67. § 68.*

80 Y aunque por la ley de el Reyno primera, *tit. 4. lib. 5. Recopil.* Alterò el numero de los testigos, no tocò a las demas solemnidades, antes expressamente mandò, y manda que se guarden, *ibi: Teniendo las otras calidades que el derecho requiere.* Y la *l. 2. del mismo tit.* se dispone, que en los codicilos interuenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupatiuo, mandando expres-



pressamente que no valgan, no teniendo la dicha solemnidad. Ex quo sequitur, que los Actores para que tenga fuerça el asseito codicilo nuncupatiuo, precissamente deuen verificar, que tiene todas las solemnidades que por derecho se requieren, assi en quanto al numero de testigos, como a la contextura de ellos, tiempo, y lugar, y las demas expresadas in dictis iuribus.

81. ¶ Y aunque en el numero de testigos no se puede considerar defecto, por ser de los que se vale la parte cōtraria onze, ora se cōsidere la disposiciō de la ley del Reyno, que requiriō cinco testigos sin escriuano, o la opinion de Cifuentes, y Tello Hernandez in l. 3. Taur. que afirman, que el lugar donde huviere escriuano, haziendo fin el el testamento nuncupatiuo, ayan de ser siete los testigos, en quanto al numero, en los dos medios caben en los que han presentado los Actores, y assi no ay defecto en el numero.

82. ¶ El defecto de solemnidad esta en la calidad de los testigos, forma con que deponen en el tiempo y lugar, y modo con que se han examinado; y discuriendo por los mismos testigos, con ellos se hallaràn los defectos siguientes.

83. Doña Iuana de Guzman, y Maria de los Santos, por ser mugeres, ipso iure repelluntur, y no pueden ser testigos de testamento, l. qui testament. 20. §. mulier, ff. qui testam. sic. pos. l. fin. §. lex, C. de iudicomm. l. 1. l. 9. titul. 1. part. 6. l. 16. titul. 16. part. 3. Dom. Molin. libr. 2. cap. 8. num. 26. Dom. Couarr. de sponsalib. 2. part. cap. 8. §. 4. num. 13. Ec plures referuntur in prima informat. a numer. 26. cum seqq.

84. Iuan Luys de la Parra, y Iuan Esteuan, estos aunque en sumario dixeron de afirmatiua los dichos que estan en el memorial, el de Iuan Luys de la Parra fol. 7. B. y el de Iuan Esteuan, mem. fol. 11. afirmando el hecho de que deponen: despues presentando los Actores para que se ratificassen, dizen: que lo que dixeron de afirmatiua no era assi, y que



21  
solo lo oyeron dezir al Padre Pedro Cobos, con que  
están retratados, y despues en las declaraciones que  
se les tomaron, y confesiones que hizieron cada  
vno, otras dos vezes se afirma en el dicho de plena-  
rio, que fue dezir de oidas al Padre Pedro Cobos, y  
que no fue cierto lo que dixeron en sumario; y está-  
do, como están contrarios, no se les deve dar credi-  
to, *l. qui falso 16. ff. de testibus, l. eos 27. ff. ad leg.  
Corn. de fals. multa in prim. informat. num. 35.  
¶ 36.*

85 Y aunque por el Abogado contrario quie-  
re salvar estos dos testigos con dezir, que en ocur-  
rencia de dos dichos, se ha de estar al primero, y no  
al segundo, y que no le puede perjudicar a la parte  
la variacion en el segundo, trayendo para esto a Fa-  
rinac. en la *quest. 66. num. 127. cum seqq.* y otros  
Autores: respondemos,

86 Lo primero, con el mismo Farin. *in dict.  
quest. 66. num. 125.* donde afirma, que en el caso  
supuesto, *ne uti dicto credatur*, citando para ello  
muchos Autores. Lo segundo, por ser testigos que  
dixeron en el plenario, presentados por la parte cō-  
traria, *ex l. si quis, C. de testibus.*

87 Lo tercero, por ser el segundo dicho mas  
verosimil que el primero: *Et alijs coniecturis, ¶  
presumptionibus admniculatum, nunc tunc at-  
tenditur illud, ¶ non primum*; y es limitacion del  
fundamento propuesto de contrario, Farinac. vbi  
*supr. num. 751.* Y en el caso presente pretendemos,  
que ay muchas presunciones contra el asserito co-  
dicilo nuncupatiuo, y aun evidencias.

88 Lo quarto: *Attenditur secundum dictum,  
¶ non primum, quando primum est sine reditione  
rationis, vel si cum ratione non concludente, ¶ se-  
cundum est, cum reditione concludentis rationis.*  
Farinac. vbi *supr. num. 150.* Y en la inspeccion de  
los dichos se reconocerà que el primero fue sin dar  
razon, y el segundo dandola concluyente.

89 Lo quinto: *Quando secundum dictum  
emanauit animo corrigendi primum, tunc non pri-  
mum*



*num, sed secundum dictum attenditur.* Bart. in l. eos, C. ad leg. tom. de fals. num. 4. cum multis Farinae. vbi supr. num. 142. Y en los mismos dichos se manifiesta, que los segundos dichos fueron; *animo secorrigendi.*

90 Lo sexto, porque siendo el segundo dicho en plenario, attenditur, & non primum, Farinae. vbi supr. num. 152. y aunque en el 153. refiere algunos que lleuaron lo contrario en el num. 54. afirma concordando las opiniones: *Quod nec primo, nec secundo dicto standum sit.*

91 Lo septimo, porque estando los segundos dichos de los dichos Iuan Esteuan, y Iuan Luyz de la Parra geminados con otras dos declaraciones, y ratificaciones de cada vno hechas despues, quedan firmes los segundos dichos, y no los primeros, *ex vi, & natura geminationis, l. 1. §. sciendum in fin. ff. de adilit. adict. l. Balista, ff. ad Trebel. Valenc. Velazq. conf. 102. num. 102. & conf. 187. num. 47. & 49. Farinae. in terminis dict. quest. 66. num. 141.*

92 Lo octauo, porque la regla, y limitaciones referidas proceden en lo regular, no empero en testamentos, porque en los testigos de los testamentos se admite la contradiccion, y variacion, y esta obra, *Glos. in l. 1. §. si quis negat, ff. quem adm. testament. aper. cum citatis in prima informatione, num. 36.*

93 Vltra, no obsta el fundamento que se haze de contrario de la l. 35. de Toro, donde el Comissario para testar, vna vez hecho el testamēto, no puede añedir, ni quitar, trayendolo por argumento, para fundar, que no pudierō variar estos testigos, porque la razon es muy distinta, respecto de que el Comissario, *operatur nomine alieno:* y vna vez hecha la disposicion, y elecciō no puede variar, *ex l. apud stupidum, de opt. legat. cum vulgat.* Y el testigo, *operatur nomine proprio, & à separatis non fit illatio.*

94 Vltra, tampoco perjudica, ni es de fundamento el que se quiere sacar de la l. 4. tit. 2. parti. 6.



52  
y de la *l. publicati*, *C. de testament.* puniendo por conclusion, que qualquier accidente que venga á la publicacion, no perjudica el testamento, considerando por accidente a la variacion de estos testigos: y la ley de la partida el accidente que propone, que si despues de auerse examinado los testigos del testamento nuncupatiuo muriesen todos, ó alguno de ellos, valdria el dicho, y el testamento como si fuera cumplidamēte acabado, ibi: *E maguer que muriesen los testigos todos, ó alguno de ellos, despues que esto huuiessen fecho, valdria el dicho, è la escritura de ellos, bien assi como si fuesse testamento acabado, seyendo las personas de los testigos a tales, que no las puedan desechar.* Y antes la ley dexò el caso de la variacion, y contradiccion del testigo a la disposicion del derecho, pues no lo decidiò, y por derecho, como dexamos fundado, *ex dict. gloss. in l. 1. §. si quis neget*, se admite la variacion, y contradiccion del testigo, y invalida el testamento, *ex quo sequitur*, que no son, ni se puedē numerar por testigos los dichos Iuan Luys de Parra, y Iuan Estevan antes de sus mismas deposiciones, se saca congetura para la suposicion de los demas testigos.

95 Præterea, porque quitados los quatro testigos referidos, quedan siete, y estos tienen los defectos de solemnidad siguientes.

96 Primùm, porque deuiendose examinar luego que se manda hazer la informacion, trayendose los testigos ante el Iuez, *ex dict. §. per nuncupationem, è ex l. 4. tit. 2. part. 6. & supponit Francisc. Hieron. de Leon dict. decis. 40. num. 89.* no se hizo lo referido, antes consta de las deposiciones de los testigos, que se examinaron con grande intervalo de tiempo, y en la forma siguiente. Luys de Acosta en 11. de Diziembre de cincuenta y nueue, el Padre Pedro Cobos, y Baltasar de los Reyes, el dia diez y seys de Diziembre, Fernando Bacz Brauo, el dia 30. de Diziembre, Diego Martin, el dia 13. de Enero, Iuan de Narvaez mas de quatro meses despues, pues fue en plenario, Francisco Rodriguez  
Seco,



Seco, más de vn año despues, pues fue en la instancia de vista en el termino de restitucion, y esto siendo vn acto continuado, la informacion que se auia de hazer, y que no se podian ignorar los testigos; pues todos eran conocidos, y que segun se refiere en sus deposiciones, sabia quien eran todos, Francisco Baez, parte contraria, porque todos lo citan, y afirman que se hallò presente, y estando todos los dichos testigos en esta Ciudad.

97 De que resulta. Lo vno, el defecto de solemnidad. Y lo otro, la grande sospecha de suposicion de los dichos testigos, que nace del intervalo, y dilacion de sus presentaciones, y que se presume que se iuan presentando, como los iuan previniendo, y induziendo, pues si no fuera asì, no auia causa para que se dexaran de examinar luego continuamente, y no con tantos intervalos, pues en alguno passò mas de vn año: argument. text. in *l. si quis forte, ff. de pœnis*. Menoch. *de arbitrar. cas. 91. n. 7.* Crauet. *conf. 28. num. 6. Et conf. 72. num. 9.*

98. Aumentase esta presuncion. Lo primero, con que en la peticion que se diò por Fernando de Ribera el dia diez de Diziembre, quando se pide se haga la dicha informacion, no se nombran los dichos testigos. Lo segundo, de que el Padre Pedro Cobos) que fue el autor de esta pretension) no cita á ninguno de los testigos en su deposicion, y Doña Alfonsa su hermana solo citò al Padre Pedro Cobos, y a Francisco Baez, parte contraria, afirmando, que no se acuerda se hallasse otra persona, memo. fol. 3. B. Lo tercero, que los dichos testigos entre si no se citan vnosa otros, y aunque citan algunos, eran los que estauan examinados, lo quales de reparar para la inducion, y suposicion.

99 Ex quo etiam resultat, que siendo el examẽ de los testigos la publicacion del testamento nuncupatiuo, aun en caso que tuvieran los Actores termino de vn mes para hazerlo, y procediesse en estos terminos la ley, *l. 14. tit. 4. libr. 5. Recop.* de que se valen, y que dexamos ponderada en el primer artículo,



ticulo, adhuc, no cumplieron en el termino de vn mes, pues los testigos no se examinaron, ni en el dicho mes, ni en el termino de la ley, ni en dos, ni en tres meses, ni en vn año, con que incurrieron en la pena de la ley, que es auer perdido lo que pretenden les mandò el testador.

100 El segundo defecto de solemnidad se saca de la *l. 4. titul. 2. part. 6.* que dispone, que el Iuez por su persona deue recibir juramento a los testigos del testamento nuncupatiuo, y examinarlos por su persona, ibi: *Deue el Iuez, fazerlo assi, è desde que los testigos fueron venidos ante el, deue los fazer jurar que digan verdad, è de si deue fazer escruir lo que dixeren.* Yes de notar la palabra, *debet,* de la disposicion de la ley tan repetida, la qual *ex sua natura inducit necessitatem,* *l. Prator, ff. de edendo, l. 1. §. qui Magistratum, ff. quod cuiusque iuris, cap. proposuit, §. super quo, & cap. oblata, de appellat. Quod maxime procedit quando verbum debet refertur ad iudicem.* Bobadill. *libr. 15. capit. 12. num. 40.* Barbof. *in dict. dict. 77. num. 4.* ibi: *Amplia secundo pariter necessitatem importare quando refertur ad iudicem.* Y la dicha informacion, como de ella consta, no se hizo ante el Iuez, sino la hizo Esteuan de la Calle, escriuano Real, faltandose a la forma de el derecho, y en materia tan graue, y que tantas prevenciones hizieron las leyes para cuitar las falsedades, y en que quisieron que se escrupulicasse hasta los menores apices.

101 Tercero defecto de solemnidad, es, el no auer sido rogados los testigos, requiriendose por la *l. 1. §. 2. tit. 1. part. 6. l. 32. tit. 16. part. 3. l. 8. tit. 5. lib. 3. fori, & dicta in prima informat. à numer. 91.* vbi latè de hoc: y aunque este defecto se puso por de voluntad, lo es tambien de solemnidad.

102 El quarto defecto de solemnidad que se considera, es, porque los testigos del testamento nuncupatiuo, han de ser *omni exceptione maioribus,* *l. 4. titul. 2. part. 6.* Decio *cons. 105.* Dom. Gregor.



gor. Lopez *in l. 1. tit. 1. part. 6. verb. ante siete testigos*, optimè Leon *decis 40. num. 68. & num. 79.* y en los dichos siete testigos se hallan, Luys de Acosta, Baltasar de los Reyes, Fernando Baez Brauo, Francisco Rodriguez Seco, son de la misma nacion que los Actores, y por esto se considera en ellos afecto.

103. El quinto resulta, de que los testigos del testamento deuen ser contestes de vn mismo tiempo, *dict. §. per nuncupationem*, *ibi: Simul vno eodemque tempore collecti*, y en los dichos siete testigos ay grande diuersidad. Porque Luys de Acosta dize, que el dia que murió por la tarde, el Padre Pedro Cobos lo mismo, Baltasar de los Reyes no dize quando, ni señala tiempo, Francisco Baez Brauo dize el dia antes que falleciesse, no dize por tarde, ni mañana, Diego Martin, dixo, que el dia antes que muriesse, y luego dixo, que el mismo dia, sin dezir por la tarde, ni por la mañana, Iuan de Narvaez en plenario dize, que la tarde del dia en que murió, Francisco Rodriguez Seco, examinado en vista, en el termino de restitucion, no señala tiempo, antes dize, que no se acuerda fixamente la hora, por auer tanto tiempo.

104. Y esta variedad, y no concordar, ni deponer en tiempo especifico, es gran defecto de solemnidad, porque el tiempo es de substancia del testamento, *ex dict. §. per nuncupationem*. Leon *decis 40. num. 90. & 91. & 102. & cum sit de substantia actus diuersitas testium in tempore inducit singularitatem, & testibus fidem tollit* Farin. *quæst. 64. num. 67.*

105. Y deuieron los dichos testigos deponer contestemente el tiempo fixo, y señalado, y no se puede dezir tiempo fixo el que deponen, no señalando vno dia, y otros diziendo vn dia antes de la muerte, y otros el mismo dia en que murió, y de estos, vnos sin señalar tarde, ni mañana, y otros la tarde de aquel dia, y vno, que no se acuerda del tiempo; variedad que la reconoció Leon, *vbi supr. nu. 92.* y cō ella afirma, que los testigos son singulares, & con-



& conſequenter no ſon conteſtes, y tienen eſte defecto.

106 Por que los teſtigos del teſtamento han de deponer del miſmo dia, tiempo, y hora, y no baſtará que convengan, y depongan del dia, tarde, ò mañana, lo qual ſe prueua *ex dict. l. hac conſultiſſima 2. 1. ibi: Vno eodemque die, ac tempore, Et in dict. §. per nuncupationem, ibi: Simul vno, eodemque tempore colecti.* Donde ſe ha de notar tanta reduplicacion, como pone el Emperador, en que ſea el miſmo tiempo, no contentandose con auer dicho, *vno eodem die, Et simul vno tempore*, ſino añadiendo: *reduplicatiue eodemque tempore*, que parece que quiſo dezir en la miſma hora, y instante, y no quiſo la ley que los teſtigos ſolo depuſieſſen del miſmo dia, pues ſi eſto quiſiera, baſtaran las palabras, *vno eodemque die*, y auiendo añadido: *ac eodem tempore*, preciffamente ſe ha entender de la miſma hora, pues no ſe ha de entender que ay palabra ſuperflua en la deciſion, *l. 3. ff. de iur. iurand. l. si quando, de legat. 1.*

107 Y eſta inteligencia ſe ajusta á la razon de zir de la ley, que fue por eſcuſar las falſedades que ſuelen cometerſe en los teſtamentos, *l. iubemus, C. de teſtament.* y nunca mas expueſtos a la ſuſpicion, y falſedad, que quando los teſtigos no deponen de vna miſma hora, y tiempo cierto, y deponen ſolo del dia, ò tarde, como eſtos ſiete teſtigos, que ninguno ſeñala hora, ni tiempo, porque el dia tiene tarde, y mañana, y la tarde tiene muchas horas, y es grande cautela de poner deſta forma, y no dezir la hora, porque con eſſo es dificultoſo el verificarles, que en todo aquel dia, ni en la tarde no ſe hizo la diſpoſicion; lo qual ſe hiziera facilmente ſi dixeran la hora, y tiempo ſeñalado. Y eſto es lo que quiſo remediar el derecho, poniendo tantas ſolemnidades, y eſpecialmente la del dia, y del miſmo tiempo, y hora, de que han de deponer los teſtigos. De que ſe ſigue no ſer los teſtigos cõteſtes, y deuerſe tener por ſingulares. Y mas quando ſe ve experimentada eſta cautela por los contrarios, queriendo para que ſe



tengan por contestes los testigos en vn mismo tie-  
po juntarlos que dicen *por la tarde del dia en que*  
*murió*, con los que *dizen en el dia en que murió*, sin  
señalar tarde, ò mañana, y con los que no señalan  
tiempo, y no puede ser otra la razon, si no que la tar-  
de cabe en todo el dia, á que no se ha de dar lugar.

108 El sexto defecto de solemnidad que tiene  
el dicho aserto codicilo nuncupatiuo resulta de la  
variedad, con que deponem los testigos en las pala-  
bras, y deponer de toda la disposicion, deuiendo ser  
contestes, *d. §. per nūcupationem, & iuribus supra*  
*allegatis*, Simon de Pretis *de interpretat. ultim.*  
*volunt. lib. 2. solut. 3. num. 4.* Fontanel. *decis. 578.*  
*num. 12.* *Et debent deponere de toto tenore testa-*  
*menti nuncupatiui vniuniformiter.* Ciriaco Nigr.  
*controuers. 444. numer. 15. ibi: Et ij omnes septem*  
*testes debent examinari, & deponere de toto tenore*  
*testamenti.* Leon *decis. 40. num. 94. ibi: Necessse est*  
*quod testes deponant de toto tenore testamenti, ac*  
*etiam sint contestes super circumstantijs.*

109 Vnde infertur, que si vnos testigos dicen  
mas, y otros menos no son contestes, ni en lo me-  
nos en que concuerdan Leon, *ubi supr. num. 95.*  
*ibi: Vnde non probant, ex quo aliqui deponunt*  
*plus, & aliqui minus.* Et *ibi: Nam si aliqui pro-*  
*bant plus, & aliqui minus, illi qui minus depo-*  
*nunt, non videntur esse testes legitimi, ex quo to-*  
*tum nesciunt, prout requiritur, ut illud probent.*  
Et *ibi: Quod si vnus testis deponit plus alter verò*  
*minus, nec in eo probant, in quo sunt contestes,* y  
discurriendo por las deposiciones de los testigos se  
hallará, que vnos deponen mas, y otros deponen  
menos, *ut patet ex eorum inspectione.*

110 Luys de Acosta examinado en onçe de  
Diciembre del año de cinquēta y nueve, *Mem. fol.*  
*4. afirma: Que Domingo Martin de Torres el dia*  
*q̄ murió por la tarde* (y esta palabra por la tarde es-  
tá enmendada, y dize claro, por la noche) en presen-  
cia de este testigo, y de Iuan Ximenez, y Francisco  
Baez, y Iuan Estevan, y Luys de la Parra, y otras



muchas personas, y mugeres, llamó al Padre Pedro Cobos de Valseca, de la Compañia de Iesus, que era su confessor, y cuñado, y le dixo como auia mandado por su codicilo, que lo que sobrasse del quinto de sus bienes se repartiessse entre pobres, lo reuocaua, y mandaua, que se repartiessse entre parientes suyos, porque essa era su determinada, y ultima voluntad, y el P. Pedro Cobos le replicò, y dixo, si auia de llevar parte doña Pretonila, por ser pobre, y el dicho Domingo Martin de Torres le respondió que no, que ya le auia hecho vna manda de dozientos reales, que era su voluntad fuessen solo sus parientes. Este testigo dize, que solo llamó al Padre Pedro Cobo, y no a los demas que alli estauan, y no dizen esto los demas, y añade este testigo la palabra, *reuoca*, que apela sobre el codicilo a favor de los pobres, y esto no lo dizen los demas, ni ninguno dellos.

111 El P. Pedro Cobos (*Mem. fol. 5. B.*) examinado el dia 16. de Diziembre, por Esteuã de la Calle, escriuano Real, dize: *Que el dia ultimo de su vida por la tarde, estando el testigo asistiendole, como su confessor les llamó a los que alli estauan, y les 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 que fuessen preferidos los suyos, y el testigo le dixo, que si queria que tambien gozassen los parientes de doña Alfonsa su muger, y respondió, que ya tenia hecha vna manda, aunque corta, à vna hermana suya.* Este testigo no dize q̄ lo llamó a él, como de pone el testigo antecedente, y dize que el testador dixo: *Porque gustaua que fuessen preferidos los suyos, que no lo dixo el testigo antecedente, y tambien dize que él le dixo al testador, que si queria que gozassen tambien los parientes de su muger, y el testigo antecedente dixo en esto solo, que el Padre Pedro Cobo preguntò; que si auia de llevar parte doña Petronila, por ser pobre.*

112 Baltasar de los Reyes examinado el dicho dia



dia 16. de Diziembre, Mem. fol. 6. dize: Que están en la sala de las casas del dicho Domingo Martin con otras muchas personas, q̄ de las que se quiere acordar, eran el Padre Pedro de Cobos, Iuan Ximenez, de la Cerda, Francisco Baez, y doña Alfonso de los Cobos, y Luys de Acosta, y otras muchas personas. el dicho Domingo Martin de Torres llamó al Padre Pedro Cobos, y a las demas personas que allí estauan, y dixo, que supiesse como era su ultima voluntad, de que la manda que hazia en un codicilo que otorgò en que mandaua, que todo el remaniente del quinto de sus bienes se le repartiessen entre pobres, y obras pias, su voluntad era, que el dicho quinto se diesse a sus parientes despues de cumplidas las mandas de su testamento, y el dicho Padre Pedro Cobos le replicò, que si se auia de entender con los parientes de su muger, y doña Petronila su hermana, y el dicho Domingo Martin le respondió, que no, que ya le dexaua una manda, que solo queria, y era su voluntad fuesse solo, y se repartiessen entre los parientes del dicho Domingo Martin de Torres, y assi hizo testigos a todos los que se hallaron presentes. Este testigo dize, que llamó al Padre Pedro Cobos, y a los demas, y les dixo, que supiesse que era su ultima voluntad, y que hizo testigos a los que se hallaron presentes. Circunstancias q̄ no deponen los testigos antecedentes, y no dize las dozientos reales, que dixo el testador dexaua a su cuñada.

113 Fernando Baez Brauo, examinado el dia 30. de Diziembre ( Mem. fol. 6. B. ) dize: Que estando en la casa de la morada, el dia antes que falleciesse, visitandole como muy amigo suyo, y estando presentes otras muchas personas, que de las que se quiere acordar son, Iuan Esteuan, mercader, y un Padre de la Compania de Iesus, que dezian ser su cuñado, y Luys de Acosta, y Francisco Baez, y otras muchas personas: el dicho Domingo Martin de Torres dixo, que sin embargo, que auia mandado por un codicilo, que el remaniente del quinto de



de su hacienda se repartiessse entre pobres, y obras pias, que auia acordado, y era su vltima voluntad, que todo lo que sobrasse, se repartiessse, y diessse a sus parientes. Y replicandole el Padre de la Compañia de Iesus, si queria que entrasse su cuñada, y hermana de su muger, y suya, en aquella manda que aora ordenaua, le respondiò en su perfecto iuzio: no Padre mio, porque a mi cuñada le dexo una manda de docientos reales, y esto que sobrare del quinto, mando, y es mi voluntad vltima, que se reparta, y de a mis parientes, sin que entre otra persona en ello, sino solo los parientes mios. Este testigo de pone del dia antes de la muerte, y no dize, q̄ Domingo Martin de Torres llamó al Padre Pedro Cobos, ni a los demas, y añade la palabra, que auia acordado, y en la pregunta del Padre Pedro Cobos, dize: En aquella manda que aora ordenaua, y en la respuesta del testador: No Padre mio, porque a mi cuñada; y asimismo añade: Sin que entre otra persona en ello: todas las quales claufulas no las dize otro.

114 Diego Martin (Mem. f. 7.) examinado el dia 13. de Enero, dize: Que estádo en las casas de la morada del dicho Domingo Martin, en compañía de otras muchas personas, q̄ de las que se quere acordar son, su hermano Iuã Esteuã, Iuan Ximenez de la Zerda, Frãcisco Baez, el P. Pedro Cobos y otras muchas personas, el dicho Domingo Martin un dia antes que muriessse, y luego dixo, que el mismo dia llamó al dicho Padre Pedro Cobos, y a las demas personas, y les dixo, como estáua disgustado cõ la manda que auia hecho del quinto de sus bienes, en que se repartiessse entre pobres, y obras pias, y que supiesssen que era su vltima voluntad fuessse el remaniente del quinto para sus parientes solamente. Y el dicho Padre Pedro Cobos le replicò, si se auia de entender con los parientes de su muger, y doña Petronila, y el susodicho le respondiò, que no, que ya le dexaua una manda de docientos reales, y solo queria fuessse todo para sus parientes. Este

tel-



testigo dize con variedad, y equiuocacion del dia, añade, que el testador dixo: *Como estaua disgustado con la manda que auia hecho del quinto a los pobres: cosa que ninguno lo dize, ni era verosimil que lo dixera.*

115 Iuan de Naruaez, mem. f. 17. B. examinado en plenario, dize: *Que estando el testigo la tarde del dia en q̄ murió el dicho Domingo Martin de Torres en la sala donde estaua enfermo, por ser su cōpadre, y hortelano de su huerta, viò que el Padre Pedro Cobos, de la Compañia de Iesus, y hermano de su muger, le dixo al dicho Domingo Martin: Aquella manda del quinto, que dexò v. m. en su codicilo para limosnas, y obras pias, quiere v. m. que se reparta en los parientes de su muger de v. m. por ser pobres, y que entre la hermana de su muger de v. m.? Y respondiò el dicho Domingo Martin: Que no queria que entrassen los parientes de su muger, porque ya le auia hecho una manda a Doña Petronila, hermana de su muger, si no que todo el remaniente del dicho quinto, y sobrasse del, pagadas las mandas, se diesse, y repartiessse entre sus parientes de el dicho Domingo Martin, y esta es su voluntad, lo qual manifestò estando presentes Iuã Estevan, y Iuan Ximeuez, y Francisco Baez, y doña Alfonsa su muger, y otros hombres, y mugeres, y lo viò ser, y passar assi. Este testigo auiendo se hallado presente, segun dize, como los demas; no dize lo principal que todos, ni las circunstancias que quedan referidas, y afirma, que empezò la disposicion por la pregunta de el Padre Pedro Cobos, con extraordinarias circunstancias: cosa que nadie lo dize.*

116 Francisco Rodriguez Seco, Memor. fol. 25. examinado en la instancia de vista en el termino de restitucion, dize: *Que estando en casa de Domingo Martin de Torres, no se acuerda fixamente la hora, vido que el dicho Domingo Martin de Torres dixo al Padre Pedro Cobos de la Compañia de Iesus su Confessor, en presencia deste testi-*



go, y de otro numero de personas, que le parece serian mas de doze, y entre ellos Iuan Ximenez, de la Cerda, aluazea, y otros, que no se acuerda con el transcurso de tiempo, que su voluntad era, que el remaniente del quinto de sus bienes, que tenia mandados a los pobres de esta ciudad, se repartiessse entre sus parientes pobres. A que le respondio el dicho Confessor: Hermano, y no entraran tambien en este repartimiento del quinto de sus bienes los parientes de su muger, que tambien son pobres. A que respondio el dicho Domingo Martin levantando la cabeza, mirandole a la cara: No, si no a los mios. Este testigo no señala tiempo, ni dize que el testador llamò a los presentes, ni al Padre Pedro Cobos, ni cita à mas que a Iuan Ximenez, y dize vna circunstancia bien particular, que no la dizen los demas, que es: leuantando la cabeza al testador, y mirandole a la cara respondio, no si no a los mios. Cosa que nadie la dize.

117 Bien se reconoce de la inspeccion de estos testigos que se aplica la resolucion arriba referida, pues vnos dizen mas, y otros menos, y con tanta diuersidad en cosas substanciales, y los mismos defectos, y mayores tienen las dos mugeres, y los dos retractados, como se puede ver de la inspeccion de sus dichos, que no se ponen, por no alargar, y parecer que es bastante para repelerlos el ser mugeres, y estar retractados, cò que no son contestes en lo substancial de sus dichos.

118 Vltra, porque leydas las dichas deposiciones, se hallarà que todos dizen con diuersidad casi en todas las palabras, y para que no sean contestes los testigos, ni de sus deposiciones se pueda hazer testamento nuncupatiuo, es bastante que se diferencien en la forma, y corteza de las palabras, aunque en la substancia digan lo mismo, para que no sean contestes, Corneo *conf.* 149. *num.* 21. *volum.* 2. Simon de Prætis *lib.* 2. *de interpretat. ultim. volunt. illat.* 3. *num.* 48. § 54. Ant. Fabro *in suo codice,* *lib.* 6. *tit.* 7. *def.* 2. *ibi:* *Cum denuncupatiua institutione*



tione per testes probanda agitur, quod evenit quo-  
 ties nuncupatum testamentum, sine scriptura  
 factum proponitur, ij soli testes fidem faciunt, qui  
 de verbis institutionis, sic testantur, ut non tantum  
 in substantia voluntatis, sed etiam in verborum  
 figura, & cortice consentiant: alioquin non possunt vi-  
 deri cōtestes, & de vna tantum institutione sensisse:  
 quando quidem si scriptum testamētum fuisse vna tantum  
 institutionis formulam reperiretur. Ita Senatus in  
 causa Petri, & Hūberti, Roux cōtra Claudiā vio-  
 lat 8. idus Martij 1591. & in alia causa de qua  
 testatur, idem Faber. lib. 6. tit. 22. definit. 15. Por  
 este fundamento en los mismos terminos resolviō  
 lo mismo Leon in dict. decis. 40. nu. 115. & 116.  
 vbi adducit decisionem en propios terminos de la  
 Real Audiencia de Cataluña, declarādo la diferēcia  
 q̄ huvo en aquel pleyto, q̄ fue solo in figura, & cor-  
 tice verborum, y esto en vna cosa muy leue, como  
 se puede ver in dicta decis. Fontan. decis. 580. nu. 5.  
 adducta in i. informat. a n. 75. vsque ad 90. Can-  
 cer. lib. 1. cap. 4. num. 85. & num. 87. affirmat hanc  
 esse communem opinio.

119 El octauo defecto de solemnidad resulta  
 de no convenir las deposiciones de los testigos con  
 la forma que se expressò en la peticion presentada  
 por Fernando de Ribera el dia diez de Diciembre  
 para examinarlos, cuyo tenor dice assi: Y despues  
 (sin señalar dia, ni hora) delante de los dichos al-  
 baceas, y de otras muchas personas, el dicho testador  
 por via de declaracion, dixo, y declarò, que su vo-  
 luntad era, que las limosnas, y obras pias en que se  
 auia de distribuir el dicho quinto, fuesse entre sus pa-  
 rientes y replicando vna persona que alli se hallò,  
 si auia de ser tambien entre los parientes de su mu-  
 ger, dixo el dicho testador, no sino entre los mios, y  
 assi lo declarò. Comparādo esta forma de palabras  
 con las deposiciones de los testigos: bien se recono-  
 ce la diferencia y diuersidad que contienen, assi en  
 la substancia, como en la forma.

120 Y todas las vezes que la parte que preten-  
 de



de auerle hecho testamento nuncupatiuo, y por su peticion expressa la forma, y palabras de la disposicion: tunc, qualquier diuertidad en los testigos, y peticion, aunque sea en la forma, los haze singulares, & consequenter non probant, nec faciunt testamentum, optimé, & cum multis Cancer. vbi supr. num. 87. ibi: *Veritas est, quod vbi pars in sua petitione se restrinxit ad certa formalia verba, vel iudex de formalitate verborum interrogasset, quod eo casu discordia inter testes super formalitate verborum induceret singularitatem, quae testibus fidem auferet, & hoc casu procedere communem sententiam.* Fontan. dict. decis. 580. num. 6. Lo qual se ajusta à nuestro caso, pues la parte en su peticion exprelsò la forma de la disposicion, y en los testigos examinados ay la diferencia, y diuertidad que de su inspeccion se manifiesta, y que se hã referido, y deuiendose estar a la forma confessada por la parte en la peticiõ, l. cum præcõ, C. de lib. caus. cum dictis in l. inform. num. 115. podemos afirmar que no ay prouança, pues los testigos no son conformes, ni contestan con la dicha peticion.

121 Y aunque el Abogado contrario reconociendo quan expresas son a fauor de los pobres las cinco decisiones de Fontanela, desde 576. hasta 580. propuso, que sin embargo de los fundamẽtos puestos por Fontanela, perdiò el pleyto, y saliò a fauor del testamento nuncupatiuo, no fue por defecto de los fundamẽtos, porque estos son indefectibles, y todos estan autoriçados con decisiones que se refiere en los numeros donde dexamos citado a este Autor, sino porque cõstò, que el testador tuvo animo, volũdad, y proposito firme de testar, como expresasamente se puso por motiuo en la determinacion que se refiere, in dict. decis. 580. num. 17. y en nuestro caso, no solo no consta que Domingo Martin de Torres tuviesse animo de testar, pero lo contrario. Con que falta el motiuo que moviò a los Iuezes de la Audiencia de Cataluña aquella determinacion.



122 Vltiã, porque de cinco luezes, los dos fueron contra el testamento, y aunque los tres lo aprobaron en la vltima sentencia, fue por el motiño referido, y por ser la causa muy antigua, y parecerles a los dichos tres luezes, que los que auian dado las primeras sentencias quãdo el negocio empeçaua, conocian la calidad de los testigos, y porque la possessiõ la tenia mucho tiempo auia el heredero, en virtud del testamento sobre que se controvertia, y assi en lo vltimo de la decisiõ, sic ait: *Et ideò non debes, ob istud exemplum, desperare de victoria, si forsam in alia causa cõtinget tibi agere aduersus aliud testamentum sacramentale, ex defectibus, qui notabantur in isto, aut ex aliquo eorum, sicut alias in alijs causis in superioribus relatis, fuit toties decisum, et per nos in precedentibus satis sufficienter comprobatum.*

123 Y lo mismo propuso el Abogado contrario de la decis. 40. de don Francisco Hieronimo de Leon, diziendo, que assimismo hubo sentencia en contra en aquella decisiõ. Y esto es incierto, porque lo que passò es, como consta al principio de ella, que sin citaciõ de parte se examinaron los testigos del testamento, y se mandaron poner en el archiuo, y dar la possessiõ, y teniendo noticia los interesados, apelaron del auto del luez ordinario para la Audiencia de Valencia, y estando pendiente se concertaron las partes sin llegar a sentècia, ya lo vltimo de la decisiõ, en el num. fin. dize D. Francis Hieron. de Leon, ibi: *Hac causa non venit ad sententiam, quia partes concordarunt, voluit tamen, quod ad eius decisiõnem obseruaueram in scriptis reddigere. Et semper habui pro indubitato dictum testamentum nullum esse, et ita iudicarem si ad sententiam causa peruenissetur.*

124 Estos son los defectos de solemnidad, y voluntad que padece el asserto codicilo nuncupatiuo, y parece que se puede proponer por ellos lo q̄ dixo Fontanel. in dict. decis. 580. num. 7. in fin. ibi: *Cum his defectibus poterit dici probatum istud tes-*



*tamentum? Minimè, cum his inquam defectibus?*  
*non credo.*

125 Y quando no fueran tan notorios, y juridicos, quien podrá dezir, que con ellos por lo menos no està muy dudoso el dicho aserto codicilo nuncupatiuo, pues basta que tenga qualquiera duda para que no se aya de estar a èl, y que quede firme el codicilo a fauor de los pobres, optimè Mantic. *de coniect. ultim. volunt. libr. 2. tit. 15. nu. 16. ibi: Aliud est si in testatus non decedat veluti si prius fecerit aliud testamētum, & dubitatur an per posterius ruptum videatur, nam indubio secundum testamentum non debet sustineri, ut prius tollatur, & ideo multo facilius sustinetur testamentum quando aliud non precedit, quam si aliud precedat.* Cancer. *libr. 1. cap. 4. num. 83.* Dom. Castill. *libr. 4. cap. 29. numer. 16. & 17.* Casanat. *conf. 48. num. 52. & 53.* Fontan. *dict. decis. 580. numer. 9.* optimè D. Fràncisc. Hieron. de Leon *dict. decis. 40. num. 120. cum seqq.*

### ARTICVLO III.

126 **E**N Caso que fuesse disposicion nuncupatiua la que se pretende pro-  
uar por los Actores, y estuvièsse  
prouada en la forma que el dere-  
cho pide (que no lo està) adhuc,  
pretendemos, que en ella no son comprehendidos  
el dicho Fràncisco Baez, y consortes, ni por ella pue-  
den pedir cosa alguna, ni esta disposicion no revo-  
cò el codicilo a fauor de los pobres, ni lo pudo reuo-  
car.

127 Lo que se pretende por los dichos Fran-  
cisco Baez, y consortes, es, que Domingo Martin el  
dia ultimo de su vida hizo el dicho aserto codicilo  
nuncupatiuo por via de declaracion, en que se pre-  
tende mandò, que el remaniente que auia dexado  
a los pobres, fuesse para sus parientes, y deuiendose



tener en caso que valga este por codicilo, no reuocandose expressamente por él el codicilo antecedente, quedò firme el codicilo a favor de los pobres; pues se puedè hazer muchos codicilos, *l. Diuus, §. codicili, ff. de iure codic. §. codicilos, fin. Inst. de codicil.*

128 Y aunque esta regla se limita en caso que sean contrarias las disposiciones de los codicilos incompatibles, que entonces el postrero reuoca el primero, *l. cum proponatis, C. de codicil. Minling. in dict. §. fin. Inst. de codicil. n. 1.*

129 Esta limitacion no se ajusta à los terminos de nuestro caso. Lo primero, porque para que revoque el vltimo codicilo, ò testamento al antecedente, es necessario que el postrero tenga la misma solènidad, que el primero; *Et sit æquè iure perfectum*, y el codicilo pretense, siendo nuncupatiuo, non est æquè iure perfectum, que el que tienen los pobres, que fue solemne, y ante escriuano, y por èl no se reuocò en los mismos terminos, y por la misma razon propone Antonio Fabro *de errorib. prag. 3. tom. de cad. 68. err. 1.* que la disposicion nuncupatiua no reuoca la solemne, y hecha ante escriuano, diziendo, que esta se ha de observar, porque la nuncupatiua solo se introduxo, *ad fauorem testatoris, & vt testatus decedat, sed non ad euertendum testamentum solemne*, D. Franc. Hier. de Leon *dict. dec. 40. n. 71. 72. maximè, n. 119.*

130 Lo segundo, porque no son contrarias las disposiciones, pues aunque los testigos dizen, que el remaniente de el quinto fuesse para los parientes del testador, y esto que fue por via de declaracion, como lo dizen las partes contrarias en su peticion; las dichas palabras se han de entender, *secundum ius, & secundum subiectam materiam*, *l. 3. §. si quis heredi, ff. de statut. liber. Barbof. axiom. 227. per totum; maximè, num. 30. & 40.* Y la sujeta materia de que se trata es, de auer dexado el testador para pobres el remaniente del quinto, y en esta disposicion, aunque no se nombren parientes, confor-



forme a derecho, si concurrieren se les deue repartir, y dar parte de las limosnas en primero lugar, *cap. nō satis 86. dist. glos. in c. 1. de cohabit. Cleric. & mul. Surd. de alim. tit. 1. q. 93. n. 17. cū seqq. Barb. de pot. Episc. alleg. 83. nu. 17. & d. in 1. inf. n. 139.*

131 Y esta prelación no ha de ser para excluir otras limosnas, ni darselo a los parientes, ni a vno, ni a dos, *l. Lutus, §. Titius. ff. de hered. instit. cum adduct. in prima informat. num. 140. & 141. quibus addo al señor Gregor. Lopez in l. 3. tit. 10. part. 6. verb. tu viere por bien, qui cum Psalmo 111. ibi: Dispersit dedit pauperibus, dicit: Quod sitestator iubet bona sua distribui interpauperes, quod ille non potest vnum eligere, & dare ei omnia.* Y así hemos de entender las dichas palabras, que solo fueron declaratiuas de la disposición de derecho, y que no dispusieron cosa contraria; *& hoc ex vi declarationis, quæ non d. sponit,* ni altera las disposición antecedente, si no la declara, *l. hered. palā, §. si qui, ff. de testam. l. adeo 7. §. videtur, ff. de acquir. rer. domin. Dom. Valenc. cor. f. 27. nu. 137. D Castill. tom 6. cap. 182. à num. 41. cum sequent.* Lo qual mayormente se deue abrazar, y restringirle a este sentido las dichas palabras quando es juridico, y no vilento, y conueniente a la sujeta materia, y cosa de que se trata, y que de no hazerlo, se seguian tantos inconuenientes, y admitian tantas especialidades, como el que por esta disposición nuncupatiua se reuocasse la primera sin intencion, animo, ni voluntad del testador, y sin las solemnidades de derecho, *quod iure non permittitur ex l. 1. C. de dot. promiss.* En los mismos terminos Leon *decis. 40. num. 85.* Et verba, vt euitetur inconueniens, & absurdum debent restringi, *l. scire oportet, §. alio, ff. de excusationibus tutor. l. 1. ff. nequid in loco publico, Thufcolitt. V. concl. f. 130.*

132 Aun teniendo efecto la disposición nuncupatiua en todo, ò en la parte en que deuen ser preferidos los parientes del testador en lo que dexa para limosnas, no tienen accion alguna el dicho Francisco



cisco Baez, y consortes; pues lo que se ha pretendido verificar (y no se ha hecho, vt de iure requiritur) es, que el remaniente del quinto se dé a los parientes del testador, sin que se nombre a los Actores, ni a otros algunos.

133 Lo vno, porque no están llamados, ni nõ brados en la clausula, & rectè, se les opone de tenõ loquitur substitutio, que es excepcion legitima, *l. ad probationem, C. de probationib.* Dom. Molin. *lib. 1. cap. 4. num. 5.* Dom. Solorçan. *de iur. Indiar. lib. 2. cap. 19. num. 3.* Dom. Valenç. *Velazq. conf. 113. n. 19.*

134 Ultra, porque aunque sean parientes los Actores de el dicho Domingo Martin de Torres, auiedo el testador en el testamento anterior cerrado, dexadoles los legados tan considerables, como fueron todos sus vestidos, y al vno seyscientos ducados, y al otro quinientos, no se comprehendē, ni pueden comprehendere en la disposicion general: nam in toto iure generi per speciem derogatur: *latè in 1. informat. n. 143. cum sequent.*

135 Quibus additur D. D. Ioan. de el Castillo *lib. 5. cap. 95. qui num. 23. 24. & 25. affirmat procedere hanc regulam in ultim. volunt. & in legatis. Et num. 30. & 41.* Afirma, que procede la regla quando el legado especial se comprehende, y es del legado general, como en el caso presente, que los legados de los Actores son del quinto.

136 Y aunque por el Abogado contrario se propuso, que esta regla tiene tantas limitaciones, que hazen reglas de por sí, y que todo se deja a la voluntad del testador expresa, ò conjeturada, y que esta asiste ha los Actores por el parentesco, que tenian con el testador, y por que el dicho Francisco Baez le asistió, y siruio, y acudiò a ganar la hazienda, trayendo el lugar del señor D. Ioan del Castillo arriba citado: Esto no puede impedir la preteension, q̄ vamos fundando.

137 Lo primero, por que la asistencia, y seruicio que el dicho Fracisco Baez auia hecho al testador, se la pagò con abundancia, como consta de la carta de



pago, y finiquito que està en los autos, con que cesò la causa, y conjetura de voluntad que por este medio podia tener, ex jurisprincipijs.

138 Lo segundo, porque la voluntad del testador asiste a los pobres, para que corra la regla que queda sentada, y no se comprehendan los Actores en la disposicion del asserito codicilo nuncupativo, atendiendo a lo que vniformemente dizen los testigos en la dicha asserita disposicion, de que el dicho Domingo Martin de Torres no quiso, que entrasse en la disposicion general Doña Pretonila Cobo su hermana, y cuñada. Porque ya le avia dejado docientos reales, pues si por legado tan corto especial declarò q̄ no se comprehendia en el general la dicha doña Pretonila, siendo tan conjunta, como hermana de su muger: *A maiortate. rationis* de uemos conceder, y afirmar, que no se comprehenden ni pueden comprehēder en la disposicion general los Actores, ex voluntate testatoris: que quidem cognoscitur, & demonstratur ex antecedentibus, & consequentibus, *l. si seruus plurium, §. final. de leg. 1. cum adductis in prima informat. num. 146.* Et etiã cognoscitur voluntas in legatis ex modo, & opinione legandi a testatore, *l. cum de lanionis, §. Asinam, ff. de fund. instrum. D. D. Ioan. del Castell. lib. 4. cap. 9. num. 60.* cum sequent ibi: *Quod quando in vna parte testamēti appareat quomodo testator verbum aliquod acceperit eodem modo censeari debet acceptam in alia parte.* Et num. 61. ibi: *Voluntas testatoris ex vicinis escripturis, hoc est ex eis, que procedunt, & sequuntur declarari debent.*

139 Et voluntas, quæ colligitur ex prædictis coniecturis, es evidens, especialmente siendo tan videntes, *l. Imperator, ff. de leg. 2. optimè D. Molina, libr. 3. cap. 4. num. 38. 39. & 40.* Y no es verosimil, ni nadie lo podrá discurrir, que auiendo disposicion de que se dè a los parientes vna parte de bienes ( como aqui se pretende ) fue el quinto, teniendo los dichos Frãscisco Baez, y consortes, legados tan grandes, se les aya de dar mas.

140 Lo otro, y principal, porque ay disposiciõ de ley de el Reyno en terminos para que no se compre-

pre-



prehendan los Actores en la dicha disposicion general, que es la ley 3. tit. 10. Partit. 6. ibi: Si el fazedor de el testamento mandasse dar a personas ciertas de lo suyo algunas cosas señaladas, o cierta quantia de maravedis; e todos los otros bienes que obiese, dexasse en mano de alguno que estableciesse por su testamentario, otorgandole poder, que segun su albedrio los distribuyesse entre pobres, el tal no pueda dar a ninguna de aquellas personas ciertas, aunque viesse que era muy pobre, y conuenia darle mas de aquello que le auia mandado el testador. Vbi D. Gregor. verbo le mandò dar señaladamente. Optimè Pater Thom. Sanchez, & interminis, in cons. moral tom. 2. lib. 4. cap. 1. dubio 5 7. num. 2. & num. 3. ibi: Nota, quod dispositio in hac lege procedit quãdo dispositio especialis precedid, & sequitur generalis, ut si diceret prius testator, lego centum Petro meo consanguineo, & postea legaret mille distribuenda inter suos consanguineos: tunc enim nihil posset illi consanguineo, scilicet Petro amplius dari. Et cum sit casus legis, y entendido por Authores de tanta autoridad en parientes, que es el caso del pleyto; non est locus coniecturis: text. in l. ille, aut ille, s. cum in verbis, de legat. 1.

141 Últimò. Si litigando vn pobre, en duda se à de determinar à su fauor, vt affirmat Valasc. de priuileg. pauper. 1. part. quest. 55. num. 18. Salcedo de lege Politic. lib. 1. quest. 9. num. 38. Litigando en este pleyto todos los Pobres de esta Ciudad, y teniendo tantos fundamentos, y tanciertos, esperamos que se ha de reuocar la sentencia de vista, y determinar à su fauor.  
S. V. D. C. &c.

Lic. Don Pedro  
de Hinihofa.







✠

**I H S**

**MEMORIAL**

**DEL PLEYTO QUE**

**FRANCISCO BAEZ, Y FER-**

**NANDO DE RIBERA, COMO MARIDO**

**de doña Ysabel de la Cruz y Paz, tratan con Juan**

**Ximenez de la Cerda, albacea testamentario de**

**Domingo Martin de Torres, difunto. Y con**

**Matias de Triana, distribuydor de el remanien-**

**te de el quinto de los bienes del dicho Do-**

**mingo Martin, juntamente con los**

**demas albaceas, vezinos**

**de esta ciudad.**

**Y ESTA VISTO EN REVISTA**

**por su Señoria el señor Presidente, y señores don**

**Marcelino Faria de Guzman, don Martin de**

**Oña, y don Sancho de Villegas. Y remitido, y**

**visto en remission por los señores don Pedro**

**Messia de la Portilla, don Fernan-**

**do Queypo, y don Lu-**

**lian de Ca-**

**ñas.**

**S O B R E**

**CONFIRMAR, O REVOCAR LA SENTENCIA DE VISTA, QUE**

**CONFIRMO LA DE EL LICENCIADO DON FERNANDO DE**

**ANAYA, ALCALDE MAYOR QUE FUE DE ESTA CIUDAD, EN**

**QUE DECLARÓ POR VALIDA, Y SOLEMNE LA DISPOSICION**

**Y ULTIMA VOLUNTAD DEL DICHO DOMINGO MARTIN**

**DE TORRES, EN QUE DIXO, Y DISPUSO, QUE EL REMA-**

**NIENTE DEL QUINTO DE SUS BIENES, DESPUES DE PAGA-**

**DO**

*Sentencia del Al-  
calde mayor.*







[Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page. The text is arranged in several paragraphs.]







