



P O R
L O S P O B R E S
DE STA CIU DAD DE GRANADA,
y Matias de Triana en su nombre.

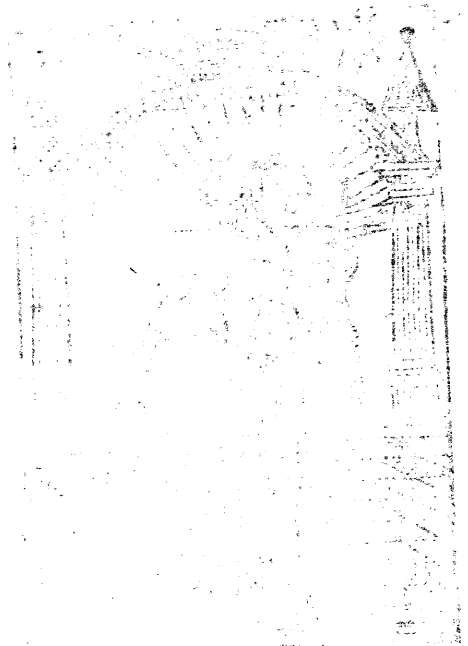
(***) *EN EL PLEITO.* (***)

C O N

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

Impreso en Granada, En la Imprenta Real, Por Baltasar de
Bolibar, en la calle de Abenamar. Año de 1661.

121



4 0 4

201 0930 I

1000 1000 1000

1000 1000 1000

1000 1000 1000

1000 1000 1000

1000 1000 1000

1000 1000 1000

1000 1000 1000

1000 1000 1000

1000 1000 1000



ESTE PLEYTO SE VIDO

en rebista, y se remitió en discordia, y está visto para deponer, sobre confirmar, ó reuocar la sentençia de vista, que confirmala de el Alcalde mayor desta Ciudad, que mandó, que en fuerça de vltimo codicilo, reuocacion del primero, a que se deve 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, preter Jen, que se ha de reuocar la sentençia de vista, y mandat se guarde el codicilo que otorgó el dicho Martin de Torres el dia seys de Nouiembre de cinquenta y nueue, en que mandó el remaniente del quinto, y sus bienes a los pobres desta Ciudad, y por distriboy dor 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 Iuez 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 dezia dificultad que se pueda oponer a la pretension sin satisfacion (como del mismo se reconoce) respecto de auerse hecho el informe para la instancia de vista, y auer sobreuenido en la de rebista nuevas alegaciones, y prouanças, y auerse propuesto por el Abogado contrario en las defensas, que con tanta eloquencia, y erudicion propuso en la Sala, procurando deshazer algunos de los fundamentos propuestos en el informe desta parte, que lo tuvo, no solo para escreuir en derecho: mas asimismo para allegar las respuestas en los Estrados, como se reconoce de las mismas respuestas, y fundamentos contrarios, fundando muchos en hecho incierto: ha parecido

con-

conveniente al Abogado que de brede a los pobres
hazer una adición a la informacion primera, no
porque se falte cosa alguna, ni lo puede imaginar:
si para satisfazer a las agudas respuestas, y furiles de-
fensas de el Abogado contrario, que han obre-
nido, y hecho se nuevamente inam vt inquit Vlpia-
nos int. de arate n. S. ex causa 3. ff. de interre. at. actionibus,
ibi: *Quod ea, que postea emigunt auxilio de iuris*, hazien-
do solo memoria de los lugares, y fidedignos pue-
tos en la informacion de el Licenciado del Juan de He-
rreira Pareja cūplidamente, señalando la parte, dōde
se hallaran, y se vera manifestamente la satisfacion.

4 El hecho deste pleyto es tan dilgado, que a
los señores Iuezes que lo vieron en remision, les pa-
recio conueniente que se hiziesse memorial ajusta-
do, y lo mandaron. Y así no se toca en este informe,
porque solo es para fundar la pretension, y satisfazer
a los fundamentos contrarios, en orden a que la vol-
untad, y codicilo nuncupativo que los contrarios
pretenden otorgò el dicho Martin de Torres, man-
dando el remanente del quinto a los parientes, no
lo es, ni con el quedò reuocado el codicilo que ante
escrivano otorgò en feys 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 inteligēcia, y claridad diuidimos
esta alegacion en tres Articulos.

En el primero se fundarà, que el pretense codici-
lo nuncupativo no lo es por defectos de voluntad
del dicho Domingo Martin de Torres, expreslan-
do los fundamentos que del pleyto individualmen-
te se facan para excluir la voluntad.

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

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

3

elõ 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 distribuidora Matias de Triana.

ARTICVLO 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 eorum saepe 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 preuino el Iuriscoñsuluto 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 aliquam relinquere se bona, cui vassum fuit, & per hoc indicia vera subterrentur.*

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

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

quoque hoc est. sine scriptura testamenta non aliàs
valere sancimus, quam si septem testes, & ut su-
pra dictum est simul uno eodemque tempore colle-
cti testatoris voluntatem, ut testamentum sine
scriptura facientis audierint. Todo lo junta refirié-
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 inferitur, que para la validacion
de qualquier testamento requiritur voluntas, &
propositum testandi, & simul solemnitas, ut affir-
mant DD. in dict. legibus, & in l. si veritas 23. C.
de fideicommissis, Ciriaco Nigro vbi supr.

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

11 Y entonces sera el següdo testamento que
iure perfecto, quando ay proposito de testar, y vo-
luntad del testador, y tiene las solemnidades, y for-
malidad de derecho, y nolo será 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 prouea, ex dict. l. Diuus Adria-
nus, ff. de testament. milit. Socin. iunior. conf. 169.
num.

num. 28. volum. 2. ibi: Et ratio 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 impossibilitatem
 ri testamentum, atque ita, qui vult dicere, aut pre-
 tendere aliquem fecisse testamentum pro se, ex ver-
 bis, quae auditus fuit proferre in sui favorem, neces-
 se habet probare illa dixisse animo condendi testa-
 mentum, optimè D. Francisc. Hieronym. de Leon
 3. tom. decisio. decis. 40. num. 58. ibi: Et praesente est
 necessarium, ut constet habuisse animum testamen-
 ti. Cancerio lib. 1. variar. cap. 4. num. 75. ibi: Re-
 quiruntur 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 per-
 functorie.

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

14 Y la razon desta resoluçio es indefectible,
 y se prouea de la misma palabra, testamenti: quod
 est idem, quod testationis principio. Instituti
 de testament. ordin. l. 1. tit. 1. par. 1. ibi: Testator
 & mens: son dos palabras en latino, que tanto que
 se dexen en romance, como el primero de la volunta-
 tad, y destas palabras fue tomada el nome de testa-
 mento. Y mal se podrá dezir que ay a testamento, y
 testimonio de la voluntad del testador, no remone-
 do animo, voluntad, ni proposito de testar, y estan-
 do este en duda. Font. decis. 40. num. 58. ibi: Et
 la obligacion de cierto que ha de constar de la volun-
 tad, animo, y proposito de testar, prescindiendose que
 el

5
etones, dicta *Diuus Adrianus*, ibi: *Nec ullori
magis interest, quam ipsorum, cuius id priuilegiū
datum est, eiusmodi exemplum non admittit.* Y ef-
to por el riesgo grande de suposicion, y falsedad, q̄
puede sobreuenir, vt notauit *Consultus in dicta de
consibi: Alioquin non diffualter post mortem ab
iuris militis testes existerent, qui affirmarent se
audiuisse dicentem aliquem relinquere se bona cui
uisum fuit.* Et per hoc vera iudicia subtertere-
tur.

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:
assi lo discurre Fontanella en otro caso semejan-
te *lib. 2. decis. decis. 579. num. 23. in fin.*

20 Vltra, 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 referira) no bastan, ni induzen animo, ni volun-
tad de testar en el testador, y era necessario que de-
pusieran los dichos testigos aliquid extrinsecum;
demas de las dichas palabras, para que se entendi-
era auer tenido el testador animo, y proposito de te-
star. *in terminis cum multis Caneer. 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, unde illum animum
deprehenderint, neque ex eorum depositionibus col-
ligi potest, unde dictum animum perceperint, quā*

ex verbis dispositiuis, qua dicunt protulisse dictã
Magdalenam Luxyent, 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 hallarã que depon-
gan mas que las dichas palabras de snudas, con que
se ajusta esta resolucion.

21 Preterea, 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
aunimo 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
externis, 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 deue tener por
testamento, ni codicilo por defecto de voluntad.

22 Tùm, pretendiendose, como se pretende
con las dichas palabras, y voluntad asserta, nuncu-
patiuã, reuocar vna disposicion solemne, como es
la del codicilio 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 antearite, & 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 asserto codicilo
nuncupativo, de no auer causa, ni auerla tenido el
dicho Domingo Martin para semejante disposi-
cion,

ción, ni alcerar lo prudente, la que tenia hecha del re-
maniente del quinto en favor de los pobres de Gra-
mada, y mas por modo tan extraordinario, como
por disposición nuncupativa; *quia mutatio volu-
tatis sine causa non presumitur*, l. 3. *¶ Si duobus off.
de adimend. legat.* Mantica de connect. ultim. vol.
lib. 4. tit. 2. num. 2; Menoch. de presumptionibus

lib. 4. presump. 167. n. 1. *¶* 24. Y no auiendo causa para el dicho aserto
codicilo nuncupativo, y reuocacion del primero,
no tiene subsistencia, ex defectu voluntatis, Cancr.
tom. 1. cap. 4. num. 13. ibi: *Quamuis ego in predic-
to casso, etiam interuenientibus multis coniecturis
posterius testamentum, nullum censeo ex defectu
voluntatis; nisi haeres docuerit causam aliquam
mutationis voluntatis.* Idem Cancr. in eodem lo-
co, num. 17. *Heres ad stipulatur, et alia eorum sen-
tentia, quod testamentum, prius habens clausula
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.
de finit. 13.

25. Quòd quidem fulcitur, de estar mandado
el remaniente del quinto por el codicilo del dia seis,
que se pretende revocado por el aserto codicilo nú-
cupativo a los pobres, la qual disposición, y otra
qualquier pia se presume ser hecha, pro exornatio-
ne conscientiae, notant DD. in cap. tua nobis, de te-
stament. maximè Abbas num. 7. Dom. Gregorius
Lopez in l. 3. tit. 10. part. 6. verb. tuuere por bien,
Thomas Sanchez de Religioso statu, lib. 7. cap. 16.
nu. 34. ibi: *Præterea, quia in omni causa pia ver-
satur salus animæ testatoris, et pietas, super qua-
bus fundatur dicta dispositio.*

26. Y auiendo tenido tan grande causa el tes-
tador para hazer la disposició 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 quedaró 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 tratos, y contratos de demasiadamente, ò con causas no iustas, era repartirlo entre pobres, respecto de la incertidumbre de las personas que les podia ser encar go, y ajustandose a lo dispuesto por derecho; por esta causa hizo la disposicion a favor de los pobres, q̄ es el modo de restituir los bienes inciertos adquiridos, ex contractu Navarro lib. 4. de restitut. part. 2. num. 40. § 74. P. Molin. tom. 3. disp. 746. L. 5. de iust. § iur. lib. 2. cap. 14. dub. 6. num. 49. Bonacina to. 2. de restit. disp. 1. quaest. 3. puncto 4. 3. proposit. nu. 8. ibi: *Bona incerta acquisita ex contractu restituenda sunt pauperibus.* De que se infiere no auer tenido voluntad el dicho Domingo Martin de Torres, para el asserto codicillo nuncupatiuo, y mas quando se pretende por el revocar la disposicion solemne, hecha à favor de los pobres, con tan grande causa, como la que tiene referida, no teniendola, ni dandola para hazer la dicha revocacion.

27 Y vistas con cuydado todas las deposiciones de los testigos, con que se pretende fabricar el asserto codicillo nuncupatiuo, la causa que se descubre, segun las dichas deposiciones que tuvo el dicho Domingo Martin, segun se dize, es, que estando muy agrauado de la enfermedad, llegó el Padre Pedro Cobo, y le dixo: *Aquella manda del quinto que dexó 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 parientes de su muger, porque ya le auia dexado doziientos reales, sino que todo el remaniente del quinto se repartiessse entre sus parientes.* Esta es la deposicion

ciona la letra de Iuan de Narbaez, ortelano, testigo contrario, y el que mas se alarga à dezir en su favor, 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, licet videantur habere aliquem rationis vssum: si tamen astantium importunitatibus lacecessiti, & victi mutant testamentum, & quodam modo consentissent inuisi, nullum robur habet talis voluntas, quia praesumitur malitia illorū fecisse potius, quam suo consensu.* Ciriaco Nigr. *tom. 3. controuers. 549. n. 94.*

28 Y en el caso de este pleyto no era necessario que interviniesen las calidades que refiere Cancerio, ni otras algunas, si no meramente que fuesse disposicion la assera nuncupatiua ad interrogacion, como lo fue, que esta precediendole disposicion solemne, como lo es el codicilo que tienen a su favor los pobres no vale, nec praecedens per eam reuocatur, in terminis Ciriaco Nigro *dict. controuers. 549. nu. 103.* ibi: *Secundo principaliter, ubi alias testamentum ad interrogationem, & suggestionem, cum responsione testatoris per verbum se valeret, tamen si praecedat aliud testamentum solemne non substinetur, nec illud praecedens per istud posterius reuocatur.* Castrens. in l. hac consulti, *si ma. §. at cum humana fragilitas* sub nu. 1. *C. qui testam. sic poss.* Vbi dicit se ita consuluisse, prout verer respondit in consil. 155. Paulo, ante suam, *2. vers.* Pro hoc etiam benefacit, volumin. 1. *Et ita limitat.* Gloss. in *dict. l. subemus 29. in verb. quem admodum. C. de testament. idem voluerunt* Socinus *Patrius cons. 29 sub num. 17. vers.* Item ab his, quae gesta sunt in primo actu, volum. 3. *Crot. in l. 1. §. si quis ita, in prima lectura, sub num. 21.*

D vers.

vers. Idem est quando precedebat primūm testa-
 mentum solemnē, ff. de verb. obligat. R. in. conf. 9.
 sub num. 15. vers. Præterea isto casu præcessit testa-
 mentum solemniter factum, vol. 2. Zaz. 1. conf. 3.
 sub num. 37. circa finem dicti numeri, vers. Tertia
 alia tamen ratione inualidatur: nã constat aliud
 prius testamentum præcessisse, & sub num. 38. vo-
 lum. 1. Gabriel de testam. conclus. 2. num. 7. Gra-
 matic. decis. 73. num. 3. Socinus Iunior conf. 183.
 sub num. 34. & conf. 189. num. 100. volum. 2. ubi
 dicit, non esse curandum de Decio contrarium te-
 nente, Crauet. conf. 117. præpe finem, Menoch. con-
 sil. 45. num. 20. & lib. 4. præsumpt. 8. sub nu. 41.
 vers. Quartum est signum, Bursat. conf. 47. sub n.
 4. volum. 1. & conf. 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. 12.
 ubi dicit, verissimam conclusionem, Becc. conf. 18.
 26. & 33. volum. 2. Surdus consil. 373. num. 28.
 volum. 3. Morosio conf. 99. num. 48.

X La razón de esta resolución es, por-
 que semejante disposición hecha por un testador,
 qui in extremis laborat, & ad interrogacionem
 alterius, quando por ella altera, & revoca otra, quod
 iunctalis dispositio videtur facta iocose adulate-
 rie, vel perfunctorie, & non animo testandi, Can-
 cer. libr. 1. cap. 4. num. 75. Quod quidem maxime
 procedere asserit, ubi testamentum, vel dispositio
 tendit in favorem illorum, qui ei in infirmitate ser-
 viunt. Lo qual se a justa al caso de este pleyto, pues
 con el aserto testamento nuncupativo, que fue he-
 cho ad interrogacionem del Padre Pedro Cobos, se
 pretende revocar el antecedente, solemnē hecho a
 favor de los pobres, y quitarles el remeniente de el
 quinto, aplicandolo a Francisco Bacz, y con sortes,
 que asistian de ordinario en casa del testador.

cho assero codicillo nuncupatiuo, es averse publicado, y abierto el testamento cerrado, que otorgó Domingo Martin de Torres; y asimismo el codicillo 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 conforres, no lo contradixeron, ni hizieron protesta alguna en razon, de que el testador auia ordenado el dicho assero codicillo nuncupatiuo, de que se reconoce, que no hubo tal codicillo 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 de clararan, y no aguardarari a hazerlo el dia diez de Diciembre del dicho año, treynta y vn dia después de la publicacion; y siendo vna cosa que importaua tanto, como el remaniente del quinto, que valdra mas de seys mil ducados, *xx cuius tarditate inferatur.* Primó la sospecha que trae consigo semejante pretension, *cap. 1. de frigid. & malef. l. si quis forte. ff. de penis, ibi: Neque enim rem tam magnam, tandiu reticere debueras.* Menoch. *de arbitrarijs, cas. 97. num. 7.* Castrenf. *conf. 2. num. 3. ibi: Unde si vera esset dicta exceptio, vel allegatio credendum est, quod non tantum distulisset ea proponere, & presumendum est potius, quod non sit vera, potius quam à principio non proposisset.*

32 Lo segundo, ser la dicha pretension dolosa, y maquinacion de los dichos Francisco Baez, y conforres que la han introduzido, Authen. *de qua litat. dos. §. si autem collat. 7. ibi: Quod enim ab initio factum est in toto, sine suspitione est, quod enim postea machinatum est dolum, & medicamentum inducit.* Castrenf. *conf. 2. num. 5. lib. 1.* Y á qualquier juyzio parece hará fuerza este discurso, y mas siendo tan considerable el dicho remaniente de el quinto, por no ser verosimil, que si fuera cierta la dif-

disposicion , y la tuvieran por tal los dichos Francisco Baez, y confortes, 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 decisio[n], 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 haciendo, pierden qualquier cosa que por el testamento le estè 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 està, 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, *& separatis non fit illatio, l. Papini. exult. ff. de minorib. cum vulgatis.*

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

9
el testamento, que con testigos despues de la muer
te se pretende verificar, Diego Perez *in l. 4. tit. 2.
libr. 5. Ordinam. Azueved. in dict. l. 14. in princip.
Matienc. in dict. l. gloss fin. num. 2.* Y aunque ducò
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 cabecalero 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, pacs
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, e hagalo leer ante si publica-
mente, nõ dicit textus, quod citetur pars, neque re-
digatur in publicam formam.*

35 Menos satisface lo que se propone, de que
el dicho Francisco Baez, y confortes 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, diciendo, que tiem-
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 quasi. 64. numer. 33.* Y por ser inye-
rososimil esta deponcion, pues quien puede creer que
el Alcalde mayor no aua de admitir qualquier pe-
ticion que el dicho Francisco Baez, y confortes pre-
sentassen, y quiè si fuesse cierto que de xara el dicho
Francisco Baez, y confortes, por lo menos de hazer
peticion, y presentarla. Y la mayor calumnia y ofen-
da

pecha que tiene la pretension referida , assi en este fundamento, como en lo principal, es queier recuzira 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 heres 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 Baez estaua ocupado en el cargo de Albaçeaigo 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 tenían 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 Baez, el que se excusa por Albaçea, como consta de la petició, *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 assero codicilo nuncupativo se colige de la peticion que el dia diez de Diziembre de cincuenta 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 dice: *l despues delante de los dichos Albaçea, 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, fuese entre sus parientes, &c.*

38 *Ex cuius petitionis tenore, & forma, se cõ*
vence

vence el *asserto codicilo nuncupatiuo*. Lo primero, porque la dicha petición 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 disposición 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 disposición, numero, & verbis, que dixo el testador; y no hazerfe por persona q̄ no fuesse de letras, y de auerfe hecho en esta forma, se reconoce la poca firmeza con que se iua, y a la contingencia de que si sucedia 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 petición, quando se refiere la *asserta* 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 declaró, &c.* Donde se notá 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 cupieffen sus deposiciones en el dia seys, siete, ocho, y nueve, y que no se iua cõ firmeza, ni la auia en la dicha disposición: y si se huviera ordenado el dia nueve, como refieren los testigos, se huviera expresado este dia en la petición, 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 *Ultrá*, 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.*

*tam. optimè D. Francisc. Hieron de Leon d. d. de-
cis. 40. a num. 90. cum sequen. ib. § 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 reconoce que no auia passado tal disposiciõ , ni auia auido testigos , pues no los declarò , y que la forma de la peticion se hizo al buelo , y en la forma que queda 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 2 i. ff. de testament. in princip. n. 5.*

42 Insüper , si para abrir vn testamêto solemnemente hecho , es precisso que se nombren todos los testigos , y saber quien son , y que vengan , y cõcurran ante el luez , y de otra forma no se puede hazer , si no es estando muertos , ò ausentes , *l. 3. tit. 2. part. 6.* para hazer el testamento , ex maioritate rationis , era mas necessario nombrarfe los 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 defenfa 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 resultar de la grande , y culpable omision de estos requisitos , porque el que omite la solemnidad tiene contra si gran sospecha de falsedad , *l. iubemus , C. de testam. vbi Bald. num. 3.* asserens hanc presumptionem esse iuris . & de iure , y q̄ no admite prouaca en contrario , y en esta tan vrgente presuncion cõtra el testamento està el defecto de voluntad , pues si huiera sido cierto , se declarara todo .

44 Quibus adijcitur para la incertidumbre de la relacion de la dicha peticion , lo q̄ declaran los albaccas , que solo se nombraron en ella con la calidad de que si hallaron presentes , que fueron doña

Al-

Alfonſa Cobos, y Iuan Ximenez de la Cerda, los quales declaran. La dicha doña Alfonſa en la notificación que ſe le hizo de la dicha petición, folio 3. buelta, que el día en que murió Domingo Martin, eſtando preſente la ſuſodicha, y otras perſonas, ſin dezir quien, ni ſeñalar hora, le oyó dezir al teſtador lo que contiene el pedimento, y eſta declaración fue ſin juramento.

45. Y deſpues en el juyzio plenario los Actores preſentaron por teſtigo a la dicha doña Alfonſa, la qual con juramento declaró, que lo contenido en la reſpueſta, à ſu citación ſe lo oyó dezir al dicho ſu marido el día de la noche en que murió, ſiendo a las dos, o a las tres de la madrugada, eſtando preſente el Padre Pedro Cobos, y Francisco Baez, parte contraria, y no ſe acuerda huviere otra perſona: ni ſe lo oyó dezir en otra ocaſion.

46. Y aunq̄ por las partes contrarias ſe ha querido dezir, que eſtas dos declaraciones eſtán varias, y que ſe han de eſtar a la primera de ſu inſpeccion, ſon conteſtes, 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 declaración, con que ſe han de condenar ambas, y ſe concuerdan ſin violencia alguna, y ſe reduzen a lo que ſe contiene en la ſegunda de poſicion, *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 de poſicion de la dicha doña Alfonſa, por ſer en juyzio plenario, y auer ſido eſta con juramento, y la primera no auer ſido con juramento, & *teſtis ſine iuramento deponenti, nihil omnino credendum, Liuris iurandi, C. de teſtib. cap. in nomine domini, de teſtib. Farinac. quaſt. 61. n. 42.*

48. Y aunque por los Actores ſe à tachado à la dicha doña Alfonſa, por dezir que es parte en eſte pleyto, no ſe ajusta tal oſa, porque el pleyto no ſe

ha sustentado con ella, sino con Matias de Triana,
y Juan Ximenez de la Cerda, que solos lo han se-
guido, con que no es cierta la racha. Ademas de que
auiendo la presentado por testigo los dichos Acto-
res, non solum fides eius est approbata. / 4. tit. 16.
part. 3. Sed etiam facit plenam probationem con-
tra los Actores. / *si quis testibus, C. de testibus, Faxi-
nac. quest. 6 2. n. 211. f. 237.*

49. Y el dicho Juan Ximenez en la declaraci-
on que hizo el dia treze de Enero de seyscientos y se-
senta, que esta en el memorial, folio 14. declara, q-
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, herma-
no tendrà v. m. gusto que se dé a los panientes de D.
Alfonso esto que se ha de repartir? el qual le res-
pondiò, que ya le dexaua 200. reales, y que no oyò otra
cosa. De cuyas declaraciones del dicho Juan Xime-
nez, y de la dicha doña Alfonso, se reconoce no ser
cierta la relacion de la peticion, ni la disposicion n-
cupatiua que en ella se refiere, y que si lo fuera, los di-
chos albaceas (pues en la dicha peticion se dize, que
se hallaron presentes) lo declararan, y mas con ju-
ramento, y no teniendo, como tienen, interese al-
guno propio en que el quinto se dé a los pobres, ò
a los Actores.

50. La quinta circunstancia para el defecto de
la voluntad, y que no lo es la del aserto testamen-
to nuncupativo, se colige de la pregunta se gunda
que hazen los Actores en plenatio, donde se articu-
la: *Que aunque Domingo Martin de Torres d-
puso en su codicilo, que sus albaceas destribuyessen
el remaniente del quinto de sus bienes en lim. suas,
y obras pias, despues la tarde del dia que murió, de-
clarò, que su voluntad era que se destribuyesse el di-
cho quinto entre sus parientes, repitiendolo muchas
veces delante de muchas personas, y pidiendolo
fuesen testigos dello.*

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

pedimento, añadiendo a la palabra después, *la tarde del día que murio*, y no poniendo hora fixa, y efecto para dezir que eran contestes los testigos de la fúneraria, que vieton para formar la pregunta. Lo segundo, a la verba: *Repitiendolo muchas vezes delante de muchos testigos*. Y esto fue por comprehender los todos, y no ay cosa que mas los destuya. Lo vno, por la razon de la *l. hoc consulti sumus 2. §. per nunciacionem, C. de testam. ibi: Per nunciacionem quoque, hoc est sine scriptura testamenti, non alias valere sancimus, quam si septem testes, simul uno, eodemque tempore collecti testatoris voluntatem audierint*. Y mal se podrá dezir, que tienen esta formalidad en la forma que está la pregunta, como deponen los testigos con la palabra, *repitiendolo 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 vn solo oyeron vna vez, y otros otra, y en esta consideracion fueran singulares, y no pruevan, ò se quiere dezir que en todas las ocasiones lo oyeron auia de preceder en todas las solemnidades del derecho, y entonces 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 hiziesse, ni nadie lo haze, y auiedo se de dar, y provar, dia, hora, lugar cierto, y vn mismo contexto en los testigos, qual de stos dichos, y de qual de stos tiempos es el que se aya de tener, y publicar por testamento, ni los testigos lo dicen, ni nadie lo sabe, y por esta incerteza se auia de viciar todo argumêto, *l. duo sunt Titij, ff. de testam. tutel. in terminis Ant. Gomez in l. 3. num. 49. ibi: Prima, quia tunc probatur testamentum per omnes illos testes, contestes, & uniformes, quando deponunt vno, eodemque tempore loco, & contextu; alias verò essent particulares, & singulares testes, & non contestes. Secunda ratio potest esse; quia si diuersis temporibus, & locis testator ostenderit voluntatem suam iam essent plu-*

plura testamenta, & non unicum testamentum, vel saltem semper ultima volūtas derogaret priori, & esset unicum testamentum posterius, quod semper praualeret, & priora essent sublata, & non valerent. Fontanel. tom. 2. dec. §. 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? Mini ne. 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, e pije dolo muchas vezes, *totam confusio, totum perplexitas*. Como dize Fontanel. D. Francisc. Hieron. de Leon *dict. decis. 40. num. 91. & 92. & maxime, 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 asserito 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 comu de testar, siempre es ante escriuano, y nunca, y rara vez, *per nuncupationem solum*, y muy insolito. Y esto es bastante para la presuncion, de que no tuvo voluntad para el asserito codicilo nuncupatiuo, pues no es verosimil, q si la tuviera dexara de hazerlo en la forma ordinaria, y ante escriuano. *Fraus enim, & dolus arguitur ex insolitis dispositionibus, & suspitio falsitatis: cum multis Barbof. in clausulis, clausul. 73. per totam.*

55. Y mucho mas en el caso de este pleyto, añadiendo 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 q tenia de disponer, lo auia de dexar, y se auia de passar à vn modo tan insolito, y extraordinario, como el mero nuncupatiuo, & ex opinionone cuiusque presumitur voluntas, & forma disponendi, *l. cum de lanionis, §. a suam. ff. de fando, Inst. D. D. Ioan. del Castell. tom. 4. cap. 9. q. numer. 60.*

56. Rursus, porque aunque es verdad que vno de los modos para testar es, *per nuncupationem*, y q vale el testamento nuncupatiuo, así 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 nuncupatio 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 nuev. Recop. veis. Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos*, quiso que fuesen siete: y asi lo resuelve Cifuent. *in l. 3. Tauri, num. 6.* Tello Hernandez, *in dict. l. 3. part. 2. numer. 14.* Y se alargó a resolver, que no solamente se requería este numero de testigos, si no que el que pretendiere que valga testamento nuncupatio, y tenga lugar, ha de provar, 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, ó 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 él, y que era interesse del disponete, y de los interessados el que assi se hiziesse, y aunque no niega el valor del testamento nuncupatio sin escriuano, resuelve, que nunca le difiriria, ni atenderia al testamento nuncupatio, 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, yirse á vna cosa tan escusada, y extraordinaria, Fontan. *decis. 558. rom. 2. num. 6. in fin. ibi: Certè non est verò simile cum satis ei daretur locus, si voluisset testari reliquisset modum ordinarium, & ad istud, quasi subsidiarium recurrisset.*

58 Y la razón para esta resolucio es juridica, quia cum in elogijs, & testamentis, sepe fallitas committatur, maxime in nuncupatiuis, vt suppositum Imper. *in l. iubemus, C. de iuram. & cognoscunt omnes DD maxime Cuiac. Nigr. controuers. 444. personum, D. Francisc. Hieronyma. de Leon dict. decis. 40. num. 48.* Ideo se deuen mirar con toda sutileza, y diligencia, aun las menores circun-

tancias, y escrupulizarse quanto pudierén semejantes testamentos para evitar las suposiciones, y falsedades, que facilmente se pueden hazer, como lo dixo el Confulto *in dict. l. Dicus Adrianus, ff. de testam. milit. ibi: Cum non difficulter post mortem alicuius milites testes existerent, quia affirmarent se audiuisset dicentem aliquem, relinquere se bona cui visum sit, & per hoc iudicia vera subterterentur.* Fontanel. 2. tom. de of. 576. numer. 8. ibi: *Nec dicas nos scrupulari multum notando, tot apices in testibus, ut eorū fidem tollamus, ita quidem, quia sic conuenit ad vitā dūm falsitates, qua 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 Martín de Torres, desde las dos de ella asistió 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. quarto, §. fin. ff. de adil. adict. 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 de a los pobres, ni a los Actores, y antes de uia estar por los dichos Actores, por conocerlos, y auer sido ellos parte, para que preciniefse las cuentas del dicho Domingo Martín de Torres.

60 Hazese mas noteria la deposicion de el dicho Diego de Escos con la de Ioseph Ximénez de la Cerda, testigo presentado por parte de los pobres, que está 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 con él, y entró en la casa del dicho Domingo Martín de Torres a las dos y media de la tarde, donde le vió 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 dize, q̄ aunq̄ asistió aquella tarde, fue desde las quatro de ella, y no antes, afirmando que Iuan Ximenez de la Cerda lo declara a si 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 Joseph Ximenez de la Cerda. Pues dizen, que el Padre Pedro Cobos antes q̄ olearan al dicho Domingo Martin de Torres le dixo, q̄ fuese a llamar al dicho Diego de Escos, y que fue (y quando olearon al susodicho fue a las dos de la tarde, como lo deponen el Licenciado don Gabriel del Castillo, que llevó el Santo Olio, *Memor. fol. 33. b.uelta*) 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, halló en ella al dicho Diego de Escos.

62. Siendo cierto, que en esta ciudad ay tanta copia de escrivanos, y citando el dicho Diego de Escos en la casa del dicho testador toda la tarde, en que se pretende auer se hecho el aserto codicilo nū coparivo, es presunción yrgentissima, que ni se hizo el dicho codicilo, ni el dicho Domingo Martin tuvo voluntad de hazerlo, optimè D. Franc. Hero. de Leon *dist. decis. 40. nūmer. 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 solanus habuisset animum testandi, potuisset ante ipsum notarium condere testamentum, & renouare, quod annis retro elapsis, condiderat in scriptis, quod cum non fuerit, excedendum est notuisse testari.* Y califica esta decision con vna decision del Senado, que pone a la letra, y el cabo de la decision, y el que se fue don Francisco Geronimo de Leon, son mas apretados que el nuestro; porque el de la decision fue solo el tener la testadora con conocimiento de los escrivanos, por auer sido testigos;

tigos ; y esto fue solo motiuo para que no se estu-
 viese al testamēto nuncupatiuo. Y el de Leon fue,
 que a lugar donde vivia 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 huvo copia de escriuano, 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 conurre la
 circunstancia de auer estado el dicho Diego de Es-
 cos toda aquella tarde en su casa : conque con ma-
 yor razon procede la resolucio referida, y no avrà
 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-
 neta decis. 580. num. 11. in fin. tom. 2. ibi: *Non nã
 reperiebatur ibi vnus notarius. Et vnus rector,
 qui poterant testamētum recipere, si voluisset illud
 facere defunctus? Ita.*

63. Y aun caso negado que el dicho Diego de
 Escosno estuviere en la casa del testador , si no es
 desde las quatro aquella tarde, en que no ay contro-
 versia, y lo reconocen los Actores, todavia corre la
 resolucio que se ha referido de D. Francisco Hieron-
 de Leon, pues la dicha hora de las quatro, y poste-
 riores que estuvo, eran bastantes para que ante el
 otorgara el codicilo si tuviera voluntad de hazer-
 lo el testador, y mas quando los testigos no señalan
 hora en ninguna deposicio, aun q̄ los que toman indi-
 uidualmente dicen a favor de los Actores, afirman
 que sucedió la tarde de h̄sta en que murió, y tarde
 es a las quatro, y a las horas posteriores, y bastan a
 la generalidad de los testigos para conocer la su-
 posicion de ellos, y cautela de los Actores, y
 mas quando se articula, que aquella tarde repitio
 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-
niesse a preuenir las cuentas luego que muriese el
testador, y asimismo 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 murió, que fue a
la media noche, lo embiaron a llamar, y leuanta-
do de su cama para lo referido: de que se infiere, que si
fuera cierto el codicilo nuncupatiuo, que se preten-
de introducir lo huviéramos llamado para que lo otor-
gasse, aun quando no estuviéramos en la
casa, o de parte del testador, o de los Actores inte-
ressados, pues no es imaginable que llamassen escri-
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 considera 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 murió; ha-
tachado al dicho escriuano, opuniéndole, que do-
ña Alfonsa Cobos, viuda del testador, le dió, y hizo
cesión de vna vida q̄ quedaua del oficio de Alguacil
de la Inquisición, y q̄ respecto dello dixo este dicho,
por complacera la dicha doña Alfonsa, que es alba-
tea, y interressada en que se guarde el codicilo a fa-
uor de los pobres.

66 Aunque es cierto que le dió la dicha bara
al dicho Diego de Escos, no lo es, que por este 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 cre-
ditos 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, o 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
Dic-

Diego de Escos, que es el pasar ante él las cuentas, y particion de los bienes del dicho su marido, en q es interessada en su dote, y mitad de multiplicado, que se le ha de dar por sí, y como tutora de su hija, lo es en todos los demas bienes, que este es negocio proprio. Y respecto del quinto, lo mas q se puede considerar, que tendrá la dicha Alfonsa, si sale a favor de los pobres, es la intervencion, como y no de quatro, tres albaccas, y yn distributor, que es Matias de Triana, y esto no como negocio proprio, sino como ageno, y de comision. Conforme lo referido, quien podrá dezir que la dadiua del officio seria por el negocio ageno, y de tan poca importancia, y no por el negocio proprio, y particular, y que tanto le importa el bueno, y breue despacho en las cuéras, nadie lo podrá dezir, porque lo resiste el derecho: *Nam actus in dubio semper presumitur nomine proprio factus, & non alieno, l. 5. maris, ff. de solui. l. 5. Papin. ff. mandati. l. si ita stipulatus fuero, §. Carefognus. ff. de verbor. obligat. l. pro hered. ff. de acquir. hered. Tiraguel. de retract. leg. §. 10. glaf. 1. num. 3. Gutierrez de tutal. 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 testamento nuncupativo, lo qual consta. Lo yno, de los mismos testigos que refieren las palabras de la pretendida disposicion, diciendo, que se hallaron presentes, sin deponer que fuesen 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. donde declara, que los mas de los testigos fueron a casa de Domingo Martin, acompañando el Santo Oficio, y por esta razón se quedaron, y hallaron presentes, y no porque el susodicho de officio 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-

ta, l. 1. l. certum 6. in princip. Et in §. si alia, ff. de
confessis, 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 real
maravedis cada vno.

68 Qui quidem rogatus, & convocatio tes-
tium per testatorem præcisè requiritur in disposi-
tionibus nuncupatiõis 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, & cui libertatem tribuere potest
videri, sine scripto hoc esse testatus, l. hac. consulte-
sima, §. per nuncupationem. C. de testament. l. iube-
mus, C. eodem, l. Paphilo. §. propositum; vbi glof.
verb. asserctus, ff. de leg. 3.

69 Y despues de convocados, resolvió Mar-
tic. de coniect. lib. 2. tit. 11. num. 14. que ha de decir
el testador a los dichos testigos, ibi: Vos scitis testes
ad hoc meum testamentum, & quod ita se habet ca-
sualmente. Todo lo qual no se presume, y se ha de pro-
uar precissamente. Leon. dict. de r. 40. num. 5. 200

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 de
positiuas, o no, optime Fontanel. de r. 578. per. 12.
dem, maxime num. 16. ibi: Adque ideo, vbi ha cõ
concurrunt in opinione senatus suspecta res, &
Abad sunt res firma: quia testium conuocatio est
p̄cipuus modus per quem cogitur animus
disponendi, & de r. 579. a num. 111. Et num. 12.
ibi: Ita conuocatio testium, quam rogantur testato-
sumpto vocabulo dicimus in xia. l. heredes. patam.
§. in testam. ff. que testam. fac. potest propria
ad declarandum animum testandi, & pro discer-
nendo, an aliquis testandi animum habuerit, vel

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 dis-
 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 fuesen convocados, ni rogados para la disposi-
 cion, se determinó contra el testamento, y disposi-
 cion, teniendo por requisito necesario, para que
 conste del animo, y voluntad de testar, sin el qual
 no ay testamento, vt supra diximus lo mismo, y cõ
 mas latitud funda, y afirma D. Francisc. Hieron. de
 de Leon dict. decis. 40. a num. 27. 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, cõ
 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 solemnne, 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 nueue de
 Diziembre en casa del dicho Domingo Martindo
 Torres, que son el Padre Fr. Joseph de San Gabriel,
 Religioso de Nuestra Señora de Gracia, memorial
 fol. 19. buelta, que estuvo a su cabezera, como lo

afirma doña Juana de Guzman, testigo contrario, *Mem. fol. 13*. Doña Elena de Zuñiga, viuda de Gerónimo de Morales, a quien cita la dicha D. Juana de Guzman. Francisco de la Torre, criado de Juan 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 Narvaz, *fol. 28*. Manuel Rodolfo, caxero del dicho Domingo Martin de Torres, y que vivia en su casa. Doña Alfonso Cobos, y Juan 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 huviera pasado lo huvieran visto.

74 Y aunque estos testigos deponen de negativa, coartandose como se coartan al lugar, y tiempo cierto, siendo como son idoneos se les deve dar credito. *Farin. de testib. quast. 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 nuncupatuo, que se pretende, si se huviera hecho, *Farina. ubi supra, num. 229*.

65 Y quando concurre con la deposicion de los testigos de negativa 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. § 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 nuncupatuo; ay tantas presunciones, y inverosimilitudes, como las que quedan ponderadas, y se refieren en la informacion del Licenciado D. Juan 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 eismagis creditur, quam affirmantibus, Fauiac: *vbi supr. num. 43.* Tum, porque los dichos testigos de negatiua dan razon de sus dichos, diciendo, que si huvieran passado semejantes palabras, como las que afirman los testigos contrarios, lo supieran, por auer asistido en la misma sala donde se pretende se dixeron. Y no dando razon todos los testigos, de que se valen los Actores para la fabrica de el aserto codicilo; porque solo refieren, y deponen las palabras de la disposicion, desnudas, y sin mazarazon, *ex l. silam, C. de testibus,* y en los terminos de testamentos nuncupatiuos no basta que digan solo 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 animam testandi non esse colligendum ex his, que dixit 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 voluisse testari deprehendatur.* Corneo *conf. 149. nu. 8. § num. 14. & videndus idem, conf. 233. nu. 4. lib. 1. & etiam videndus Socin. conf. 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 denegatiua la deposicion hecha en este pleyto por el Doctor don Francisco de Acofta, testigo, presentado 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 Torres todo el dia, hasta las nueue, ò las diez de la noche, y este testigo no dize la disposicion nuncupatiua, y si fuera cierta la dixera, y por ser testigo de contrario presentado, facit plenam probationem con-

tra producentem, l. si quis testibus, C. de testibus, Farinac. *quasi*. 62. num. 211. *es* 237. y consiguié-
tamente se haze sospecha la prouança, conque se
quiere fabricar el dicho assero codicilo nuncupa-
tiuo, y es de notar la cabilacion de que vsaron los
contrarios, presentandolo solo en la tercera pregun-
ta donde se articulò, que el testador estaua en su en-
tero juyzio el dia en que miriò, y no lo presentaron
en la segunda pregunta, donde se articulò la dispo-
sicion, 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
pretense codicilo nuncupatiuo.

ARTICULO II.

78 **N** Este manifiestan los pobres a V. S.
y à estos señores los defectos de so-
lemnidad, 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, es in omnibus suis q̄. ff. qui testamenta
fac. possunt, es nihil hac consulti. f. 21. q̄. per nuncu-
pationem, C. de testam.* y en la l. 1. tit. 1. part. 6.
Y faltando qualquiera de las solemnidades no vale
la disposicion, *dict. q̄. per nuncupationem, ibi: Nō
alias valere sancimus.* Flores Diaz de Mena *lib. 1.
var. quasi. 1. num. 60. es 67. es 68.*

80 Y aunque por la ley de el Reyno primera,
tit. 4. lib. 5. Recopil. Alterò el numero de los testi-
gos, no tocò a las demas solemnidades, antes ex-
pressamente mandò, y manda que se guarden, *ibi:
Teniendolas otras calidades que el derecho requie-
re.* Y la l. 2. del mismo *tit.* se dispone, que en los codi-
cilos interuenga la misma solemnidad que se requie-
re en el testamento nuncupatiuo, mandando ex-
pres-

pressamente que no valgan, no teniendo la dicha solemnidad. Ex quo sequitur, que los Actores para que tenga fuerza el asseito codicilo nuncupatiuo, precisamente 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. *J.* Y aunque en el numero de testigos no se puede considerar defecto, por ser de los que se vale la parte contraria onze, ora se considere la disposiçion de la ley del Reyno, que requirió cinco testigos sin escruiano, ó la opinion de Cisuentes, y Tello Hernandez in l. 3. *Taur.* que afirman, que el lugar donde huviere escruiano, haziendo sin él el testamento nuncupatiuo, ayan de ser siete los testigos, en quanto al numero, en los dos medios caá benen los que han presentado los Actores, y assi no ay defecto en el numero.

82. *J.* El defecto de solemnidad está en la calidad de los testigos, forma con que deponen en el tiempo y lugar, y modo con que se han examinado; y discutiendo por los mismos testigos, con ellos se hallarán los defectos siguientes.

83. Doña Juana 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. fac. pos. l. fin.* §. *lex.* *Ci. de iudicomm. l. 1. l. 9. titul. 1. part. 5. 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. Ee plures referuntur in prima informat. a numer. 26. cum seqq.*

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

solo lo oyeron dezir al Padre Pedro Cobos, con que estan 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 plenario, que fue dezir de oidas al Padre Pedro Cobos, y que no fue cierto lo que dixeron en sumario, y estando, como estan contrarios, no se les deve dar credito, *l. qui falso 16. ff. de testibus, l. eos 27. ff. ad leg. Corn. de fals. multa in prim. informas. num. 35.*

86

85 Y aunque por el Abogado contrario quiere salvar estos dos testigos con dezir, que en ocurrencia de dos dichos, se ha de estar al primero, y no al segundo, y que no le puede pejudicar a la parte la variacion en el segundo, trayendo para esto a Farinae en la *quast. 66. num. 127. cum seqq.* y otros Autores: respondemos,

86 Lo primero, con el mismo Farinae *in dict. quast. 66. num. 125.* donde afirma, que en el caso supuesto, *neutri dicto credatur*, citando para ello muchos Autores. Lo segundo, por ser testigos que dixeron en el plenario, presentados por la parte contraria, *ex l. si quis, C. de testibus.*

87 Lo tercero, por ser el segundo dicho mas verosimil que el primero: *Et alijs coniecturis, Et presumptionibus admaniculatum, nunc tunc attenditur illud, Et non primum*; y es limitacion del fundamento propuesto de contrario; Farinae. vbi *supr. num. 751.* Y en el caso presente pretendemos, que ay muchas presunciones contra el aserto codicilo nuncupatio, y aue evidencias.

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

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

118
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 desfechar.* Y antes la ley dexò el caso de la variacion, y contradiccion del testigo a la disposicion del derecho, pues no lo decidì, y por derecho, como dexamos fundado, *ex dict. gloss. m. 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 vienen 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 nuncipationem, es 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 cinquenta y nueue, el Padre Pedro Cobos, y Baltasar de los Reyes, el dia diez y seys de Diziembre, Fernando Baez 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,

Secó, mas de vn año despues, pues fue en la instantia 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 induciendo, pues si no fuera asi, no auia causa para que se dexaran de examinar luego continuamente, y no con tantos intervalos, pues en alguno no pasó 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 A entase esta presuncion. Lo primero, con que en la peticion que se dió 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 Alfonso su hermana solo citó 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 qual es 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 articulo,

titulo,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 fa- ca de la *l.4.titul.2.part.6.* que dispone, que el Iuez por su persona deue recibir juramento a los testi- gos del testamento nuncupatiuo, y examinarlos por su persona,ibi: *Deue el Iuez, fazerlo assi, è de f- de que los testigos fueron venidos ante el, de uelos fazer jurar que digan verdad, è de si deue fazer e f- creuir 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 eden- do, l. 1. §. qui Magistratum, ff. quod cuiusque iu- ris, cap. proposuit, §. super quo, §. cap. oblata, de ap- pellat. Quod maxime procedit quando verbum de- bet refertur ad iudicem.* Bobadill. *libr. 15. capit. 12. num. 40.* Barbof. *in dict. dict. 77. num. 4. ibi: Am- plia secundo pariter necessitatem importare quan- do refertur ad iudicem.* Y la dicha informacion, co- mo de ella consta, no se hizo ante el Iuez, si no la hizo Estuan de la Calle, escriuano Real, fal- tándose 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 qui- sieron que se escrupulicasse hasta los menores api- ces.

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. *a 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 maio- res, *l. 4. titul. 2. part. 6. Decio conf. 105. Dom. Gre- gor.*

gor. Lopez *in l. 1. tit. 1. part. 6. verb. ante siete testigos*, optimè Leon *decif. 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 uno 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 fallecièsse, 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 término 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 *decif. 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 deuiéron los dichos testigos deponer contestemente el tiempo fixo, y señalado, y no se puede dezir tiempo fixo el que deponen, no señalando vnos dia, y otros diziendo vn dia antes de la muerte, y otros el mismo dia en que murió, y defectos, 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-

& conseqüenter 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. hæc 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 de pusiesse del mismo dia, pues si esto quisiera, bastaran las palabras, *vno eodemque die*, y auiendo añadido: *ac eodem tempore*, precisamente se ha entender de la misma hora, pues no se ha de entender que ay palabra superflua en la decission, *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. in bemus. C. de testament.* y nunca mas expuestos a la suposicion, 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 deverse 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 tiẽ po juntarlos que dizen *por la tarde del dia en que murio*, con los que diz, *en en el dia en que murio*, sin señalar tarde, ó mañana, y con los que no señalan tiempo, y no puede fer 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 assero codicilo nuncupatiuo resulta de la variedad, con que deponem los testigos en las palabras, y deponer de toda la disposicion, deuiendo ser contestes, *d. 6. per nuncupationem, & iuribus supra allegatis*, Simon de Pretis *de interpretat. vltim. volunt. lib. 2. solut. 3. num. 4.* Fontanel. *decif. 578. num. 12.* *Et debent deponere de toto tenore testamenti nuncupatiui vniformiter.* Ciriaco Nigr. *controuerf. 444. numer. 15. ibi: Et ij omnes septem testes debent examinari, & deponere de toto tenore testamenti.* Leon *decif. 40. num. 94. ibi: Necessè est quod testes deponant de toto tenore testamenti, ac etiam sint contestes super circumstantijs.*

109 Vnde infertur, que si vnos testigos dizen mas, y otros menos no son contestes, ni en lo menos en que concuerdan Leon, *vbi supr. num. 95. ibi: Vnde non probant, ex quo aliqui deponunt plus, & aliqui minus.* Et ibi: *Nam si aliqui probant plus, & aliqui minus, illi qui minus deponunt, non videntur esse testes legitimi, ex quo totum nesciunt, prout requiritur, vt illud probent.* Et ibi: *Quod si vnus testis deponit plus alter verò minus, nec in eo probant, in quo sunt contestes, y discurrendo por las deposiciones de los testigos se hallará, que vnos deponen mas, y otros deponen menos, vt patet ex eorum inspectione.*

110 Luys de Acosta examinado en onçe de Diciembre del año de cinquẽta y nueue, *Mem. fol. 4.* afirma: *Que Domingo Martin de Torres el dia q murio por la tarde (y esta palabra por la tarde está enmendada, y dize claro, por la noche) en presencia 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 replicó, y dixo, si auia de llevar parte doña Petronila, por ser pobre, y el dicho Domingo Martin de Torres le respondió que no, que ya le auia hecho una manda de dozientos reales, que era su voluntad fuesse 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 Estreua 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 fuesse 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 una manda, aunque corta, a una hermana suya.* Este testigo no dize q̄ lo llamó a él, como depone el testigo antecedente, y dize que el testador dixo: *Porque gustaua que fuesse 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 preguntó; 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 estando 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 llamo al Padre Pedro Cobos, y a las demas personas que alli estauan, y dixo, que supiessem como era su ultima voluntad, de que la manda que hazia en un codicilo que otorgo 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 diesses a sus parientes despues de cumplidas las mandas de su testamento, y el dicho Padre Pedro Cobos le replico, que si se auia de entender con los parientes de su muger, y doña Petronila su hermana, y el dicho Domingo Martin le respondo, 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 llamo al Padre Pedro Cobos, y a los demas, y les dixo, que supiessem 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 Bravo, 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 Estevan, 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. Treplicandole el Padre de la Compañia de Iesus, si queria que entrasse su cuñada, y hermana de su muger, y su ya, en aquella manda que aora ordenaua, le respondio en su perfecto su- zio: no Padre mio, porque a mi cuñada le dexo vna 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 llamo 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 afsimismo añade: Sin que entre otra persona en ello: todas las quales clautulas 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 quicre acordar son, su hermano Iuã Esteuã, Iuan Ximenez, de la Zerda, Fracisco Baez, el P. Pedro Cobos y otras muchas personas, el dicho Domingo Martin vn dia antes que muriessse, y luego dixo, que el mismo dia llamo al dicho Padre Pedro Cobos, y a las demas personas, y les dixo, como estaua disgustado cō la manda que auia hecho del quinto de sus bienes, en que se repartiessse entre pobres, y obras pias, y que supriessen que era su vltima voluntad fuesse el remaniente del quinto para sus parientes solamente. El dicho Padre Pedro Cobos le replico, si se auia de entender con los parientes de su muger, y doña Petronila, y el susodicho le respondio, que no, que ya le dexaua vna manda de docientos reales, y solo queria fuesse 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 Naruacz, 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, vió 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 dexó 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 respondió 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 diessé, y repartiessé entre sus parientes de el dicho Domingo Martin, y esta es su voluntad, lo qual manifestó estando presentes Iuã Estuan, y Iuan Ximeuez, y Francisco Batz, y doña Alfonsa su muger, y otros hombres, y mugeres, y lo vió 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 empezó la disposicion por la pregunta de el Padre Pedro Cobos; con extraordinarias circunstancias: cosa que nadie lo dize.

116 Francisco Rodriguez Seco, Mem. 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 de este testi-*

go, y de otro numero de personas, que le parece serã
 mas de doze, y entre ellos Iuan Ximenez, de la Cer
 da, aluaz ea, y otros, que no se acuerda con el trans
 curso de tiempo, que su voluntad era, que el rema
 niente del quinto de sus bienes, que tenia manda
 dos a los pobres de esta ciudad; se repartiessse entre
 sus parientes pobres. A que le respondió el dicho Cõ
 fessor: Hermano, y no entraràn tambien en este re
 partimiento del quinto de sus bienes los parientes
 de su muger, que tambien son pobres. A que respon
 dió el dicho Domingo Martin leuando la cabe
 za, mirandole a la cara: No, si no a los mios.
 Este testigo no señala tiempo, ni dize que el testa
 dor llamó a los presentes, ni al Padre Pedro Cobos,
 ni cita à mas que a Iuan Ximenez, y dize vna cir
 cunstancia bien particular, que no la dizen los de
 mas, que es: leuando la cabeza a el testador, y mi
 randole a la cara respondió, no si no a los mios. Co
 sa 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 di
 uersidad en cosas substanciales, y los mismos defe
 tos, y mayores tienen las dos mugeres, y los dos re
 tractados, como se puede ver de la inspeccion de
 sus dichos, que no se ponen, por no alargar, y pare
 cer que es bastante para repelelos el ser mugeres, y
 estar retractados, cõ que no son contestes en lo sub
 stancial de sus dichos.

118 Vltra, porque leydas las dichas de posicio
 nes, 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 diferen
 cien 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. Si
 mon de Præcis *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 institu*
 tione

rione per testes probanda agitur, quod euenit quo-
 ties nuncupatiuum testamentum, sine scripturis
 factum proponitur, ij soli testes fidem faciunt, qui
 de verbis institutionis, sic testantur, ut non tantũ
 in substantia voluntatis, sed etiam in verborum
 figura, & cortice cõsentiãt: alioquin nõ possunt vi-
 deri cõtestes, & de vna tantũ institutione sensisse:
 quando quidẽ si scriptũ testamẽtũ fuisse vna tantũ
 institutionis formula reperiretur. Ita Senatus in
 causa Petri, & Hũberti, Roux cõtra Claudiã 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 resolviõ
 lo mismo Leon in dict. decis. 40. nu. 115. & 116.
 vbi adducit decissionem en propios terminos de la
 Real Audiencia de Cataluña, declarãdo la diferecia
 q̃ huvo en aquel pleyto, q̃ 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 1 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 conuenir las deposiciones de los testigos con
 la forma que se expresõ 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. Comparãdo 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 auerle hecho testamento nuncupatiuo, y por su
 peticion expressa la forma, y palabras de la disposi-
 cion: tunc, qualquier diuertidad en los testigos, y
 peticion, aunque sea en la forma, los haze singula-
 res, & consequenter non probant, nec faciunt testa-
 mentum, optimè, & cum multis Cancer. vbi supr.
*num. 87. ibi: Veritas est, quod vbi pars in sua peti-
 tione se restrinxit ad certa formalia verba, vel iu-
 dex de formalitate verborum interrogasset, quod
 eo casu discordia inter testes super formalitate ver-
 borum induceret singularitatem, quae testibus fi-
 dem auferet, & hoc casu procedere communem sen-
 tentiam.* Fontan. *dict. decis. 580. num. 6.* Lo qual
 se ajusta à nuestro caso, pues la parte en su petición
 expresó la forma de la disposición, y en los testi-
 gos examinados ay la diferencia, y diuertidad que
 de su inspección se manifiesta, y que se hã referido,
 y deuidose estar a la forma confessada por la par-
 te en la petición, *l. cum practi, C. de lib. caus. cum dic-
 tis 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 recono-
 ciendo quan expressas son a fauor de los pobres las
 cinco decisiones de Fontancla, desde 576. hasta 580.
 propuso, que sin embargo de los fundamētos pue-
 tos por Fontancla, perdió el pleyto, y salió a fauor
 del testamento nuncupatiuo, no fue por defecto
 de los fundamētos, porque estos son indefectibles,
 y todos estan autorizados con decisiones que refie-
 re en los numeros donde dexamos citado a este Au-
 tor, sino porque cõstò, que el testador tuvo animo,
 volũtat, y proposito firme de testar, como expre-
 samente se puso por motiuo en la determinacion
 que se refiere, *in dict. decis. 580. num. 17.* y en nues-
 tro caso, no solo no consta que Domingo Martin
 de Torres tuuiesse animo de testar, pero lo contra-
 rio. Con que falta el motiuo que movió a los lue-
 zes de la Audiencia de Cataluña aquella determi-
 nacion.

122. Ultra, 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, conocieran la calidad de los testigos, y porque la possession la tenia mucho tiempo auia el heredero, en virtud del testamento sobre que se controvertia, y así en lo vltimo de la decission, sic ait: *Et ideo non debes, ob istud exemplum, desperare de victoria, si forsam in alia causa cōtinget tibi agere aduersus aliud testamentum sacramentale, ex defectibus, qui notabantur in isto, aut ex aliquo eorum, sicut alias in alijs causis in superioribus relatis, iust toties decissum, et per nos in precedentibus factis sufficienter comprobatum.*

123. Y lo mismo propuso el Abogado contrario de la deciss. 40. de don Francisco Hieronimo de Leon, diciendo, que asimismo hubo sentencia en contra en aquella decission. Y esto es incierto, porque lo que passò es, como consta al principio de ella, que sin citacion de parte se examinaron los testigos del testamento, y se mandaron poner en el archiuo, y dar la possession, y teniendo noticia los interessados, 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 decission, en el num. sin. dize D. Francisco Hieron. de Leon, ibi: *Hac causa non venit ad sententiam, quia partes concordarunt, voluit tamen, quod ades us decissionem obseruaueram in scriptis reddigere. Et semper habui pro indubitato dictum testamentum nullum esse, et ita iudicassem si ad sententiam causa peruenissetur.*

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

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 asserito 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, et dubitatur an per posterius ruptum videatur, nam indubio secundum testamentum non debet sustineri, ut prius tollatur, et ideo multo facilius sustinetur testamentum quando aliud non precedit, quam si aliud precedat.* Cancr. *libr. 1. cap. 4. num. 83.* Dom. Castill. *libr. 4. cap. 29. numer. 16.* § 17. Casanat. *corf. 48. num. 52.* § 53. Fontan. *dict. decis. 580. numer. 9.* optimè D. Fràncisc. Hieron. de Leon *dict. decis. 40. num. 120. cum seqq.*

ARTICULO III.

126 **E**N Caso que fuesse disposicion nuncupatiua la que se pretende prouar por los Actores, y estuuiesse prouada en la forma que el derecho pide (que no lo està) adhuc, pretendemos, que en ella no son comprehendidos el dicho Fràncisco Bacz, y consortes, ni por ella pueden pedir cosa alguna, ni esta disposicion no reuocò el codicilo a fauor de los pobres, ni lo pudo reuocar.

127 Lo que se pretende por los dichos Fràncisco Bacz, y consortes, es, que Domingo Martin el dia vltimo de su vida hizo el dicho asserito codicilo nuncupatiuo por via de declaracion, en que se pretende 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 puede hazer muchos codicilos, *l. Dimus, §. 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 postero 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 necesario que el postero tenga la misma solemnidad, 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 él no se revocò en los mismos terminos, y por la misma razon propone Antonio Fabro *de errorib. prag. 3. tom. decad. 68. err. 1.* que la disposicion nuncupatiua no revoca la solemne, y hecha ante escriuano, diciendo, 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 dicen, que el remaniente de el quinto fuesse para los parientes del testador, y esto que fue por via de declaracion, como le dicen las partes contrarias en su peticion; las dichas palabras se han de entender, *secundum ius, Et secundum subiectam materiam, l. 3. §. si quis heredi, ff. de statut. liber. Barbof. axiom. 227. per totum; maximè, num. 30. Et 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, con-

forme a derecho, si concurrieren se les deue repar-
tir, y dar parte de las limosnas en primero lugar, *ca-
p. nõ satis 86. dist. gl. 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 darlo a los parientes, ni a vno, ni
a dos, *l. Luttus, §. Titius. ff. de hered. instit. cum ad
duct. in prima inform. mat. 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 si testator
iubet bona sua distribuere inter pauperes, quod ille
non potest vnum eligere, & dare ei omnia.* Y así
hemos de entender las dichas palabras, que solo fue
ron declaratiuas de la disposicion de derecho, y que
no dispusieron cosa contraria; *& hoc ex vi declara-
tionis, qua non d. sponit*, ni altera las disposicion an-
tecedente, si no la declara, *l. heredes palā, §. si qui,
ff. de testam. l. adeo 7. §. videtur, ff. de acquir. rer.
domin. Dom. Valenç. co. f. 27. nu. 137. D Castill.
tom 6. cap. 182. a num. 41. cum sequent.* Lo qual
mayormente se deue abrazar, y restituirse 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 disposicion nuncupatiua se re-
uocasse la primera sin intencion, animo, ni volun-
tad del testador, y sin las solemnidades de derecho,
quod iure non permititur ex l. 1. C. de dot. promif.
En los mismos terminos Leon *decif. 40. num. 85.*
Et verba, vt euitetur inconueniens, & absurdum
debent restringi, *l. scire oportet, §. alio, ff. de excusa-
tionibus tutor. l. 1. ff. nequid in loco publico, Thuf-
colit. V. concl. f. 130.*

132 Aun teniendo efecto la disposicion nun-
cupatiua en todo, ò en la parte en que deuen ser pre-
feridos los parientes del testador en lo que dexa pa-
ra limosnas, no tienen accion alguna el dicho Fran-
cisco

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 te nõ loquitur substitutio, que es excepcion legitima, *ad probationem, C. de probationib. Dom. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 5. Dom. Solorgan. de iur. Indiar. lib. 2. cap. 19. num. 3. Dom. Valenz. Velazq. conf. 113. n. 19.*

134. Vltra, porque aunque sean parientes los Actores de el dicho Domingo Martin de Torres, auiendo el testador en el testamento anterior cerrado, dexados los legados tan considerables, como fueron todos sus vestidos, y al vno seycientos ducados, y al otro quinientos, no se comprehendè, ni pueden comprehender en la disposicion general: nam in toto iure generi per speciem derogatur: *late 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. Afirmo, 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, o conjeturada, y que esta a sí se ha los Actores por el parentesco, que tenían con el testador, y por que el dicho Francisco Baez le asistió, y sirvió, y acudió a ganar la hacienda, trayendo el lugar del señor D. Ioan del Castillo arriba citado: Esto no puede impedir la pretesion, q. vamos fundando.

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

138. pago, y finiquito que está en los autos, con que cesó la causa, y conjetura de voluntad que por este medio podia tener, ex jurispricipijs.

138. Lo segundo, porque la voluntad del testador asiste a los pobres, para que corra la regla que queda sentada, y no se comprendan los Actores en la disposicion del aserto codicilo nuncupatiue, atendiendo a lo que vniformemente dizen los testigos en la dicha aserta 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 declaró q̄ no le comprendia en el general la dicha doña Pretonila, siendo tan conjunta, como hermana de su muger: *Amaturnitate rationis* de uemos conceder, y afirmar, que no se comprenden, ni pueden comprehendē en la disposicion general los Actores, ex voluntate testatoris: que quidem cognoscitur, & demonstratur ex antecedentibus, & consequentibus, *l. si feruus plurium, §. final: de leg. 1. cum adductis in prima informat. num. 146.* Et etiā cognoscitur voluntas in legatis ex modo, & opinione legandi a testatore, *l. cum de lamionis, §. Asnam, ff. de fund. instrum.* D. D. Ioan. del Castill. *lib. 4. cap. 9. num. 60: cum sequent. ibi: Quod quando in vna parte testamōri apparet quomodo testator verbum aliquod acceperit eodem modo censeri debet acceptam in alia parte.* Et *num. 61. ibi: Voluntas testatoris ex vicinis escripturis, hoc est ex eis, que precedunt, & sequuntur declarari debent.*

139. Et voluntas, quæ colligitur ex prædictis cōiecturis, es evidens, especialmente siendo tan vigen-tes, *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 dē a los parientes vna parte de bienes (como aqui se pretende) fue el quinto, teniendo los dichos Frãsc̄o Baez, y consortes, legados tan grandes, se les aya de dar mas.

140. Lo otro, y principal, porque ay disposiciō de ley de el Reyno en terminos para que no se com-
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, ó cierta quantia de maravedis; & todos los otras bienes que obbiese; dexasse en mano de alguno que estableciesse por su testamentario; otorgándole 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 ouia mandado el testador. Vbi D. Gregor. verbo le mandò dar señaladamente. Optimè Patèr Thom. Sanchez, & interminis, in cons. moral tom. 2. lib. 4. cap. 1. dubio 57. num. 2. & num. 3. ibi: *Nota, quòd dispositio in hac lege procedit quàdo dispositio specialis præcedit, & 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, & enecodido por Authores de tanta autoridad en parientes, que es el caso del pleyto; non est locus coniecturis: text. in l. ille, aut ille, §. 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 primilieg. pauper. 1. part. quest. 55. num. 18. Salcedo de lege Politic. lib. 1. quest. 9. num. 33. Litigando en este pleyto todos los Pobres de esta Ciudad, y teniendo tantos fundamentos, y tan ciertos, esperamos que seña de reuocar la sentençia de vista, y determinar à su fauor:
S. V. D. C. &c.

Lic. Don Pedro
de Hinihofa.

