



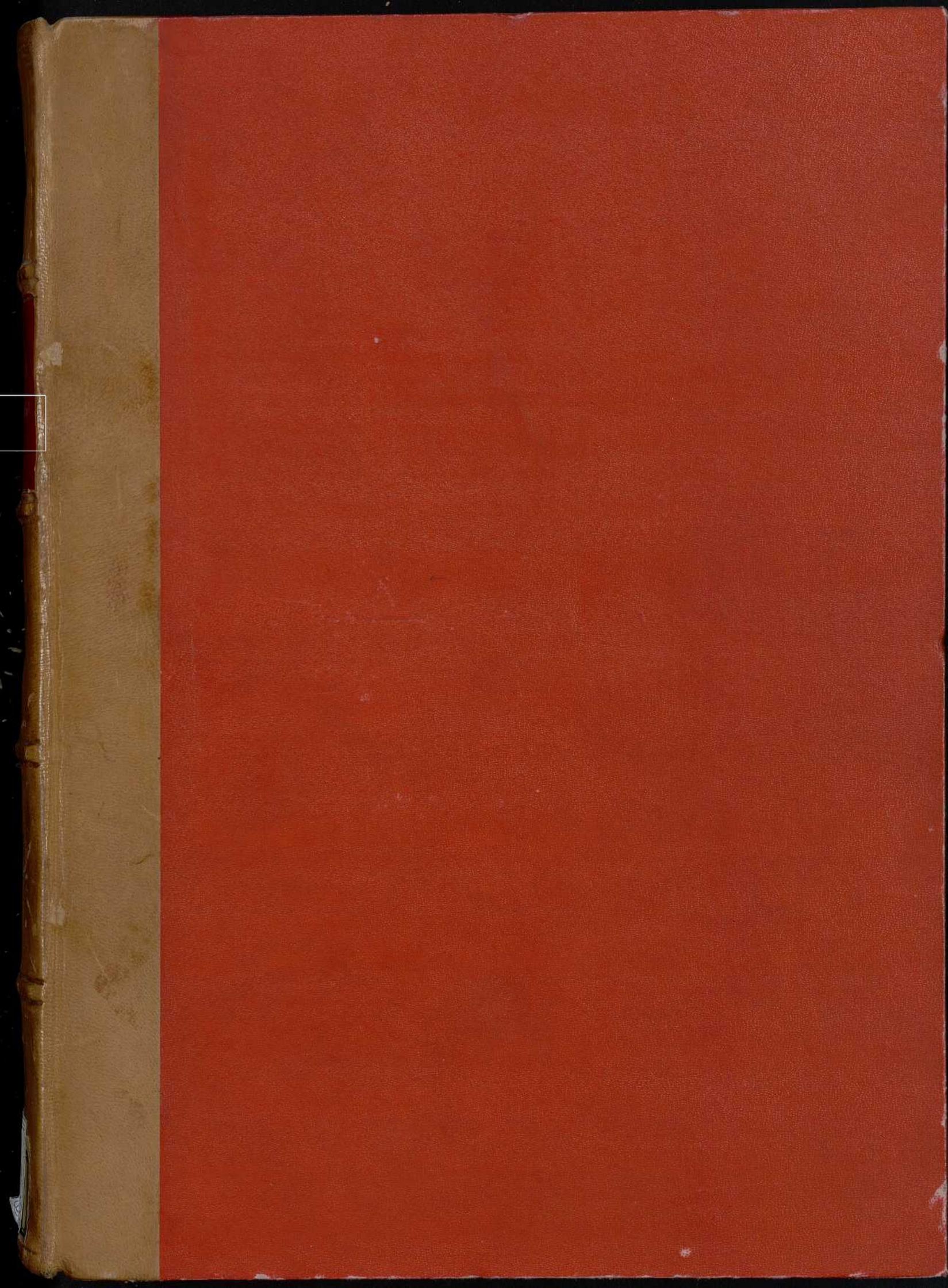
COLECCION
MONTENEGRO

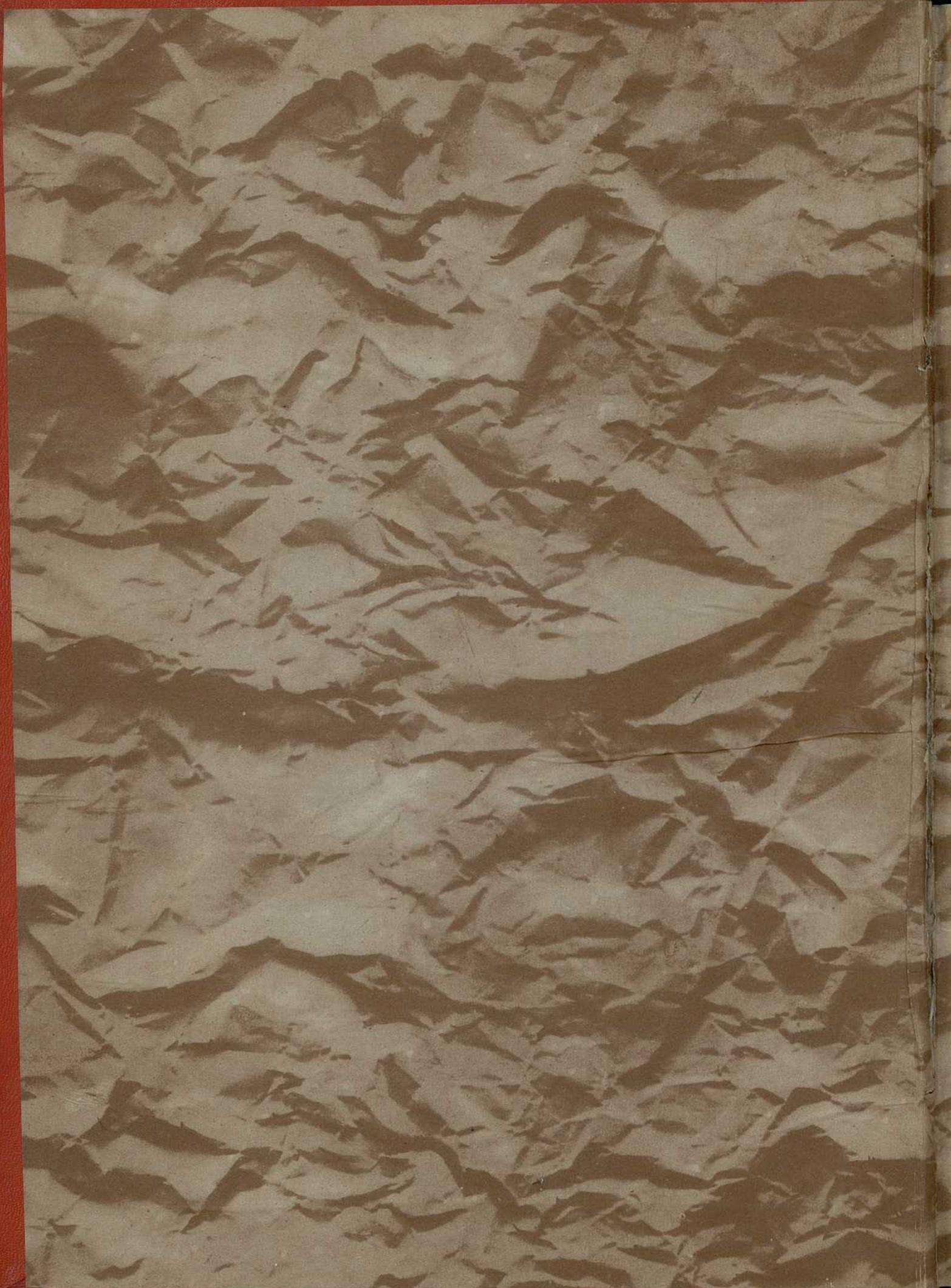


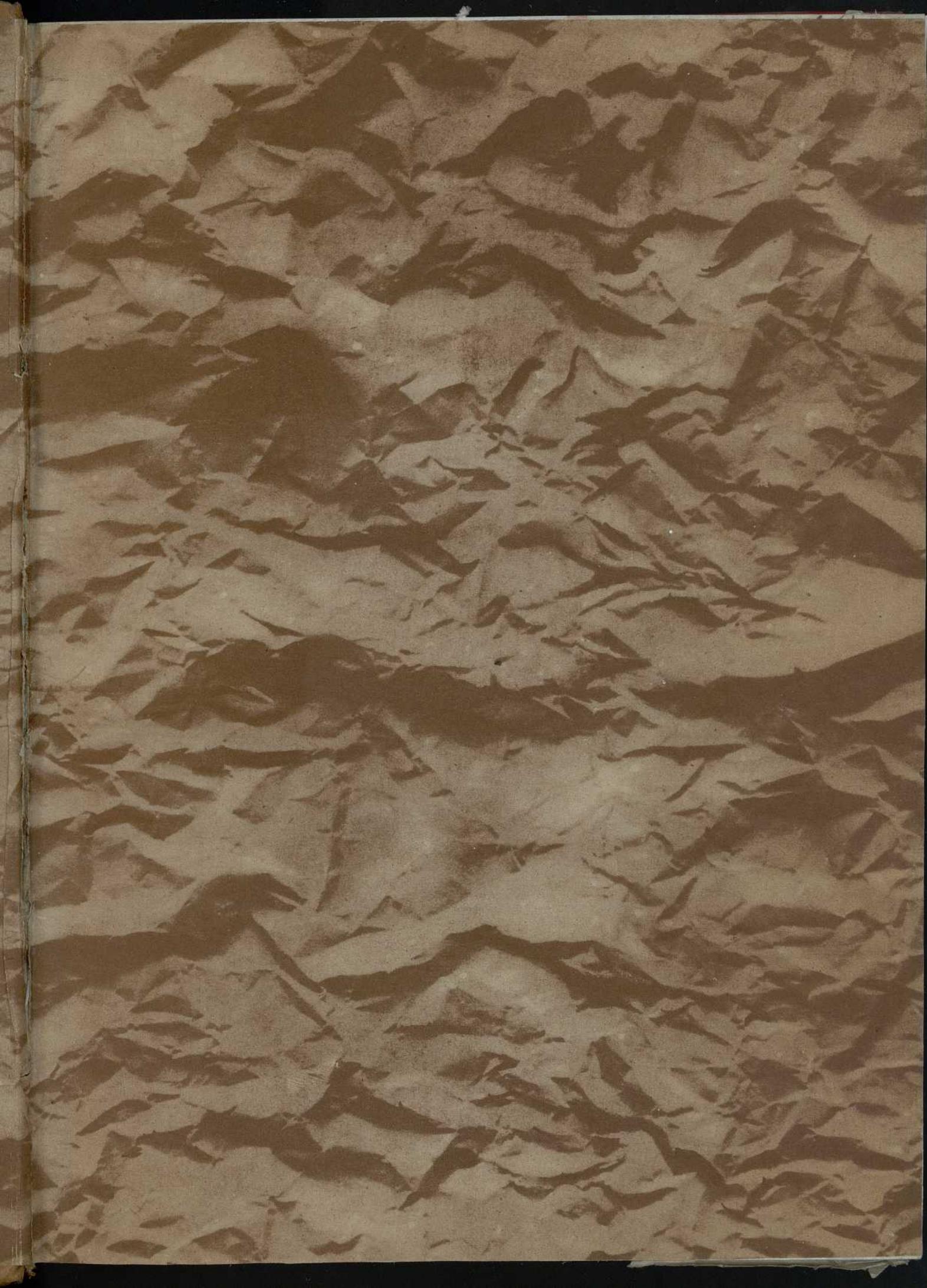
BIBLIOTECA
UNIVERSITARIA



A
44
115







P. Joseph Anselmo Torres Muc.º 2
Puesco

M. R. P. Juan Berrera de la Comp. de Jhs.

~~224
B-37
10
(1)~~

~~Photoby~~

~~2-28 e-civ~~

~~4.~~

~~H-173~~

~~BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
GRANADA
Sala: B
Estante: 37
Número: 10~~

BIBLIOTECA HOSPITAL REAL
GRANADA
Sala: A
Estante: 44
Número: 115 (1)

v.
67-

P. Joseph Anselmo Torres Muc.º 2
Puesco

M. R. P. Juan Berrera de la Comp. de Jhs.

2
B

~~Photo~~

~~2 - 10 - 11 - 12 - 13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18 - 19 - 20 - 21 - 22 - 23 - 24 - 25 - 26 - 27 - 28~~

4
H 13

BIBLIOTECA HOSPITAL REAL GRANADA	
Sala:	A
Estante:	44
Numero:	115 (1)

BIBLIOTECA HOSPITAL REAL GRANADA	
Sala:	3
Estante:	37
Numero:	10

v.º
67-

Sr-N8

e-xv

~~218~~

~~4~~

~~H-73~~

B

~~37-10~~

~~(7)~~

A

44

115 (4)



P O R

DON JOSEPH, Y D. MANVEL DE TORO
y Sotomayor, Menores, hijos, y herederos de Don
Bartholomè de Toro en el matrimonio que contra-
xo en segundas nupcias con Doña Ana Guerrero,
vezinos de la Villa de la Puente de
Don Gonçalo.

EN EL PLEYTO
C O N

EL CONVENTO, Y RELIGIOSOS DE N. Sra.
de Caños Santos, de el orden Tercero de Penitencia
de nuestro Serafico Padre Señor San Francisco de
Assis, sito en el Donadio de Valdehermoso, Ter-
mino de la Villa Olvera.

(☆☆)



P O R

DON JOSEPH, Y D. MANUEL DE TORO
y sobrinos, Menores, hijos, y herederos de Don
Balthasar de Toro en el matrimonio que contra-
xo en segundas nupcias con Doña Ana Guerrero,
vecinos de la Villa de la Fuente de
Don Gonzalo.

EN EL PLEYTO

C O N

EL CONVENTO, Y RELIGIOSOS DE N. Sra.
de Cañazales de el orden Tercero del convento
de nuestro Señor Padre Señor San Francisco de
Asis, sito en el Donadio de Valdebarrosa, Ter-
mino de la Villa Olvera.

(*) (*)

N. 1. **S**uplican à V. S. D. Joseph, y D. Manuel de Toro y Sotomayor, se firma de declarar por valido, y subsistente, y no revocado el Testamento, que otorgò Fr. Nicolàs de San Geronymo, llamado en el siglo Don Nicolàs de Toro, en 26. de Febrero de 1717. y por nula, y de ningun valor, ni efecto la Renuncia, que se dize hecha por el susodicho en 14. de Março de 718. y las ratificaciones, que se dizen hechas de dicha Renuncia en 24. de Febrero, y en 31. de Diziembre de 728. declarando assimesmo en este caso por nula, y de ningun valor, ni efecto la Escripura de transaccion, que por estas Partes, y el dicho Convento se celebrò en el dia 29. de Março de 730. Y assimismo pretenden los referidos Don Joseph, y Don Manuel, que en caso de que por alguna causa se declare por valida, y firme la Renuncia hecha à favor de el mencionado Convento de N. Señora de Caños Santos; se mande, que este estè, y passe por lo pactado, y convenido en la expresada transaccion en lo tocante à los 69050. reales.

2. Y para fundar vno, y otro intento, es preciso referir las disposiciones, que otorgò el referido Padre Fray Nicolàs ya en el siglo, ya estando proximo à la Profesion, y ya despues de aver professado; y assimismo parece preciso hazer relacion de la transaccion, y de lo justificado en los Autos, y de las pretensiones, que se han deducido, para que bien informado el animo, pueda con mas facilidad hazer concepto, por no aver Memorial ajustado.

3. En cumplimiento de lo qual no se duda de los Autos, que el dicho Don Nicolàs de Toro en 26. de Febrero de 1717. otorgò su

Testamento en la Villa de la Puente de Don Gonçalo, ante Francisco Hidalgo de Aguilar, Escrivano de ella, sirviendo de testigos D. Juan Antonio Hidalgo, Ignacio Astudillo, y Sebastian Martin Toledano, vezinos de dicha Villa, en que expusò ser hijo legitimo de Don Bartholomè de Toro Sotomayor, y de Doña Josepha Fernandez de la Fuente defunta, vezinos de la Villa de la Puente de Don Gonçalo, de donde dixo tambien ser vezino el dicho Don Nicolàs; y que por quanto estava proximo para tomar el Avito de la Descalcèz de la Tercera Orden de N. Padre San Francisco en el Convento de N. Señora de Caños Santos (que està en despoblado en el Termino de la Villa de Ostuña) y por quanto su desso era, y avia sido el poner en execucion el entrar en dicha Religion, y perseverar en ella hasta el fin de su vida, passa à otorgar el dicho Testamento con licencia de su Padre, quien, estando presente, se la concediò.

4. Y despues de diferentes Clausulas, y disposiciones, instituye por su vniversal heredero de todos sus bienes, derechos, y acciones à el dicho Don Bartholomè de Toro su Padre; y revoca, y anula otra qualquiera disposicion: y despues dize assi hablando de su Testamento: *Porque es el que quiero se guarde, cumpla, y execute por mi ultima, y final voluntad, sin contravenir à ella en la forma, ò substancia, porque assi lo es la mia, aunque despues de este haga otro, ò otros Testamentos, Escripturas, Renuncias, aunque sean con autoridad de Prelado, ò otras ultimas disposiciones, como dicho es, si en lo que despues hiziere no intervinieren las palabras de el Psalmo 37. de David de el quarto verso, que dizen: Quoniam iniquitates meae super grassae sunt caput meum. Et sicut*
onus

onus grave gravate sunt super me.

5. Asimismo consta, que el dicho Fray Nicolàs en 14. de Março de 1718. estando en la Villa de Olvera en el Hospicio, y Enfermería de el Convento de Caños Santos, expressando ser natural de la Ciudad de Montilla, è hijo de los dichos Don Bartholomè, y Doña Josepha, dixo, que aviendo deliberado ser Religioso, y estando para passar à dicho Convento en vno de los dias del mes de Febrero del año de 1717. la noche inmediata à el dia, en que desde dicha Villa de la Puente passò à el Convento, su Padre le llevò à las casas de Francisco Hidalgo, Escrivano Publico della, y sin averle dicho antes cosa alguna, ni saber el fin à que iba, le preguntò dicho Escrivano, si renunciaba lo q̄ tenia en el dicho Don Bartholomè su Padre; y aviendo respondido este, que aquella era la renuncia que hazian todos los que iban à ser Frayles: respondiò el Fray Nicolàs, que si, sin saber, ni conocer lo que executaba, ni aver premeditado, como debia, solo por el gran temor, y miedo, que tenia à su Padre, especialmente desde que contraxo segundo matrimonio, desde cuyo tiempo le tratò con el mayor rigor, y aspereza.

6. Y tambien por rezelarse, que no haziendo la Renuncia le castigaria de palabra, y obra, como lo solia executar, y que no tendria efecto, à lo menos por entonces, el ser Religioso; de cuya Renuncia se otorgò Escripura la referida noche ante dicho Escrivano, sin que interviniessen mas palabras, que las referidas, ni concurriessè à ella con entera libertad, ni voluntad, si solo por el temor, y miedo referido, y sin que entendiesse el Fray Nicolàs por su corra inteligencia, y menor edad, la calidad, naturaleza, y efectos de dicho instrumento; por lo

qual, conociendo la notoria nulidad, que padecia el referido instrumento, por los motivos expressados. Y hallandose dentro de los dos meses antes de la Profesion, con licencia que se inserta del Ordinario en dicha Escripura, declarò estar en su entera libertad, y no aver sido compulsò, apremiado, inducido, ni aconsejado por sus Prelados, ni Religiosos, ni por otra persona alguna, y dispone, que la legitima que le tocò, y perteneciò de Doña Josepha Fernandez de la Fuente su madre, como à su hijo vnico, se divida en dos partes iguales, la vna para Don Bartholomè su Padre, y la otra para dicho Convento.

7. Y la parte que tocasse à dicho su Padre, dispuso la heredesen los dichos Don Joseph, y Don Manuel de Toro sus medios hermanos; y no teniendo estos hijos, ò entrando en Religion, la parte referida avia de recaer en el mencionado Convento, previniendo se hiziesse la division luego que profesasse.

8. Y por lo tocante à la parte, que le tocaba como à vno de quatro herederos de Doña Luisa de la Fuente su tia, se la dexa à su Padre, y por el fallecimiento de este à sus dos medios hermanos, y à el Convento en caso de no tener estos hijos, ò entrarse en Religion.

9. Y por lo tocante à los bienes, y legitimas, que le pudiesse tocar, y pertenecer por muerte de su Padre, y demàs derechos de ascendientes, y transversales, los renunciò en el susodicho.

10. Y para que todo tenga cumplido efecto, (prosigue diciendo) desde luego revoco, anulo, y doy por ninguna, rota, y chancelada la mencionada Escripura, que hize ante el dicho Francisco Hidalgo en la Villa de la Puente, de qualquiera calidad que sea, por averla otorgado

como

como llevo dicho, sin conocimiento, deliberacion, ni entera voluntad, y solo por el miedo grande, que à el dicho mi Padre tenia, y por no experimentar el rigor en su castigo, para que no valga, ni haga fee en juicio, ni fuera de el; porque sololo en esta Escripura mencionado es lo que quiero que valga, por ser mi ultima, y determinada voluntad, y sirva por tal en aquella via, y forma, que mejor puedo, y aya lugar por derecho para su firmeza, y validacion, y revocacion de la otorgada Escripura en la Villa de la Puente, y de otro qualquiera instrumento, que antes de aora aya hecho, porque todos los doy por ningunos.

11. Asimismo consta, que el dicho Fray Nicolàs de San Geronymo en 30. de Diziembre de 721. hallandose ordenado de Subdiacono, y en la Villa de la Puente de D. Gonçalo, ante Francisco Hidalgo, Notario Publico, y Apostolico de dicha Villa, y en presencia de quatro testigos, que lo fueron, D. Pedro Manuel Guerrero, D. Juan Antonio Hidalgo, Pedro Onofre Roldàn, y Juan Macias, y firmando el dicho Fray Nicolàs, declaró con juramento, que à el tiempo de su Profesiõ, su Maestro el Padre Lector Fr. Francisco de San Geronymo le instò, y persuadiò con instancias à que renunciasse en su Orden su legitima materna, y para ello convencido el declarante por las comminaciones, que le hizo el dicho P. Ministro, de que le avia de quitar el Avito, movido el declarante de la dicha persuasion, y de el deseo de servir à Dios N. Señor en la dicha Religion, fue compulsado, y apremiado à hazer la Renuncia, y que para qualesquiera efectos, que conduxessen à la verdad, hazia esta declaracion, que era cierta so cargo de su juramento.

En 24. de Febrero de 728. el dicho Fray Nicolàs estando

3.
en la Sala Capitular de el Convento de N. Señora de Caños Santos, otorgò otro instrumento ante Balthasar Bernardo de Pazos, Escrivano que se dize fer de Cabildo de la Villa de Setenil, cuyo instrumento està tambien firmado de Fr. Gabriel de San Christoval, Ministro de dicho Convento, quien se expresa concediò licencia para otorgarle à el dicho Fray Nicolàs; y en èl expresa el otorgante, ser natural de la Villa de Aguilar de la Frontera, è hijo legitimo, y natural del dicho Don Bartholomè, y Doña Josepha defunta, vezinos que dixo eran, y avian sido de la dicha Villa, y así mismo expresó, que dos meses antes, à corta diferencia, de su Profesion otorgò su Testamento, y ultima voluntad, y en èl hizo diferentes declaraciones; y à lo que se queria acordar, fue Escripura de Renuncia, en que tenia declarado claramente lo que se debia practicar en orden à los bienes, y caudal, que le pertenecian por su legitima materna, y à los que le podian tocar por la paterna, y para que en ningun tiempo huviesse duda, queria se estuviessse, y passasse por el dicho Testamento, ò Renuncia, y para quitar dudas, y discordias dixo, que de su libre, y espontanea voluntad aprobaba, y ratificaba dicho Testamento, ò Renuncia, y queria se executasse, y guardasse en la forma, que en dicho Testamento, y Renuncia se contenia; y en caso necessario, avia por inserta en este instrumento la dicha Renuncia, ò Testamento. Y si entondes, ò de allí adelante en contrario de lo que dexaba declarado, pareciesse alguno contrato, papel, Testamento, Codicilo, ò otra qualquier Renuncia en contrario, desde luego para quando llegasse el caso, declaraba no aver concurrido à ellos, ni averlos hecho, ni otorgado en manera, ni modo

alguno, en cuya consequencia los declaraba por nulos, para que de esta forma no huviesse dissensiones, pleytos, ni gastos sobre la declaracion de dichos contratos; y pidió, que en caso de acacer alguna duda en qualquier Tribunal, se tuviesse presente esta su declaracion, y lo que tenia declarado en los dichos Testamento, ò Renuncia.

14. Asimismo en 31. de Diciembre del dicho año de 728. el dicho Fray Nicolàs hizo otra declaracion ante Bernardo Gonçalez, Escrivano de la Villa de Olvera, firmada tambien de el dicho Fray Gabriel de San Christoval, Ministro, con intervencion de tres testigos, que se dixo ser moradores, y asisistentes, como en la inmediata antecedente Escripura de dicho Convento.

15. En ella expresa, ser natural de la Villa de Aguilar de la Frontera, y ser hijo legitimo, y natural de los dichos Don Bartholomè, y Doña Josepha su primera muger, naturales ambos de la Ciudad de Montilla, por lo que solia dezir el otorgante serlo èl tambien de dicha Ciudad; y asimesmo se expresa en dicha Escripura, que estando en la Celda en medio de las tres, que ay en el Claustro de dicho Convento, pidió licencia à dicho Ministro para hazer en ausencia suya declaracion jurada para descargo de su conciencia, y se dà fee de averse pedido, y concedido la dicha licencia, y de averse ausentado dicho Ministro dexando à Fray Nicolàs solo, y en su libertad, sin que huviesse quedado en el quarto mas que el otorgante, testigos, Escrivano, y Escriviente.

16. Y continua diciendo: que dentro de los dos meses proximos à la profesión, otorgò Escripura de Renuncia, en la que hizo su vltima, y final determinacion

de todos sus bienes, titulos, y derechos, dexando parte à el dicho Convento, y parte à su Padre, y hermanos, y anulò, y revocò vn instrumento, que por miedo de el dicho su Padre otorgò antes de tomar el Avito, ante Francisco Hidalgo, y todo lo hizo de su libre, y espontanea voluntad, como constaba de dicha Renuncia, cuyo traslado avia visto, y leído en dias passados antes de esta Escripura, y confesò estar legal, y con las mismas determinaciones, y declaraciones, que lo avia otorgado; y que aviendo profesado baxo de esta voluntad, estando despues en dicha Villa de la Puente en casa de el referido su Padre, le hizo cargo, y diò quexas de que huviesse otorgado la citada Renuncia en el modo declarado.

17. Y rezeloso de que le tratasse con el rigor, y aspereza, con que solia tratarle antes que tomasse el Avito, perturbado con este temor, y sin reparar lo que dezia le respondió, que su Maestro de Novicios le avia amenazado de quitarle el Avito, si no renunciaba en el Convento, y que por no experimentar este desayre tan sensible, otorgò la dicha Renuncia violenrado con dicha amenaza; lo qual oydo por su Padre, llamó à dicho Francisco Hidalgo, y el otorgante en presencia de èl, y de otros testigos, declaró lo mismo, que avia dicho antes à su Padre.

18. Y prosigue diciendo: quedò con el conocimiento de aver faltado à la verdad, y contravenido gravemente à su conciencia con gravissimo escrupulo, y con el mismo vivia affigido algunos años, ocultando siempre de sus Ministros este caso, hasta que por Febrero del año de 28. el Padre Ministro, à instancias que muchas vezes le hizo el otorgante, le concediò licencia, y con ella ratificò la Renuncia, y anulò,

lò , y revocò qualquiera papel simple, ò juridico, que pareciesse, por no ser fuyo, ni aver concurrido a el, y por parecerle, que con esto satisfacia à su obligacion, y por el rubor que le impidiò, ocultò todavia la declaraciõ hecha ante el dicho Francisco Hidalgo, y no hizo expressa mencion de ella para revocarla, juzgando que con la referida general anulacion quedaba falsificada, y de ningun valor.

19. Pero aviendo considerado, que su obligacion se extendia à mas, y que mientras expressamente no la retractasse, declarando la verdad de lo sucedido, no cumplia para con Dios, desseando exonerar de el todo su conciencia, y ocurrir à los daños, que à el credito de el comun de su Convento, y à el particular de su Maestro de Novicios podian sobrevenir, y evitar asimismo los pleytos, que entre su Convento, Padre, y hermanos se podian originar: por tanto, aceptando nuevamente la licencia de su Prelado, y de ella usando, declarò, y jurò in verbo Sacerdotis, que todo lo que llevaba referido era la misma realidad, cada cosa como avia sucedido, y que la declaracion hecha ante el referido Francisco Hidalgo, era falsa, y contraria en la substancia, y modo à la verdad, y la hizo por el temor grande, que siempre tuvo, y tenia à su Padre, por cuyas razones la daba por nula, rota, chancelada, y de ningun valor, ni efecto, para que no se le diese credito en juicio, ni fuera de el.

20. Y asimismo declarò, y jurò, que la Renuncia, que otorgò siendo Novicio ante Antonio de la Barrieta, era cierta, y verdadera, y la otorgò de su libre, y espontanea voluntad, sin que el dicho Maestro de Novicios, ni otra persona alguna Religiosa, ni Seglar le violentasse, amenazassen, ò le induxessen, y por

4.
que entonces fue su voluntad, que lo en ella dispuesto se observasse perpetuamente; suplicaba à todos los señores Juezes, ante quienes esta declaracion se presentasse, que atendiesen à ella, y no permitiesen se contraviniesse en el modo, ni en la substancia à lo por el dispuesto en dicha Renuncia; y antes si hiziesen se llevasse à debido, y entero cumplimiento, como en ella estava ordenado, y asì lo declaraba, y juraba, sugetandose à todas las penas impuestas contra los perjuros.

21. Supuestas las referidas Escripturas, y disposiciones por lo tocante à la dote de la dicha Doña Josepha de la Fuente, consta, que el Don Bartholomè su marido constante su matrimonio con la susodicha, otorgò Escriptura, en que confesò aver recebido en diferentes bienes apreciados diez y seis mil y quinientos reales, y le ofreciò en Arras mil ducados, cuya cantidad se la remitiò en su Testamento la dicha Doña Josepha su muger.

22. Y tambien consta, que por el fallecimiento de Don Geronimo de la Fuente, Padre de la dicha Doña Josepha, le tocaron de legitima, y herencia del susodicho 26y682. reales.

23. Y por el Testamento, que otorgò en 28. de Julio de 729. y baxo de cuya disposicion murió el dicho D. Bartholomè, declarò, que de el Matrimonio, que contraxo con la dicha Doña Josepha, tuvo por su hijo legitimo à el dicho Fr. Nicolas, el qual antes de la entrada en su Religion, otorgò su Testamento ante el dicho Francisco Hidalgo, por el qual le instituyò por su heredero vniversal, y à el tiempo de su Profesiõ los Religiosos de dicho Convento le precisaron con amenazas de prision, y otras à que renunciase en el; y aunque violento, tenia noticia el Testador hizo algun acto de

Renuncia en favor de dicho Convento; pero luego que se ordenò de Orden Sacro, hizo papel jurado, y firmado de su mano, en que voluntariamente declaró, que su vltima, y determinada voluntad era, el que dicha Renuncia avia de fer, y entenderse en favor de dicho su Padre, y en fuerça del Testamento en que le instituyò por su heredero.

24. Asimismo consta de testimonio, que el dia 3. de Agosto à las quatro de la mañana de èl, en el año de 729. falleció el dicho D. Bartholomè de Toro; y por otro testimonio consta, que en el dia 5. de dicho mes, y año fue sepultado su cadaver en el Convento de Señor San Agustín de la Ciudad de Montilla.

25. Tambien es constante, que en 9. de Março del año de 1730. estas Partes, precedida informacion de vtilidad, y la de el Convento, precedida licencia del Ministro Provincial, celebraron transaccion, en que se haze relacion de la Renuncia, que hizo Fray Nicolàs à favor de su Convento, de la distribucion de su legitima materna, y de lo que le podia pertenecer por la herencia de Doña Luyfa de la Fuente su tia; y se transigen por 6y050. reales, que se consideraron por la mitad de la dote de la expressada Doña Josepha, haziendo remision de lo demás, que pudiesse importar, à causa de aver salido algunas deudas, y averse hecho otros gastos, reservando el derecho à la Comunidad, asì à la otra mitad de la legitima materna, como à la herencia, que tocò à dicho Religioso por muerte de Doña Luyfa su tia; y en fuerça de la transaccion se impusieron à censo sobre bienes de los Menores los 6y050. reales.

26. Y es de advertir, que en el poder que se otorgò por la Religion para la transaccion al Padre

Fray Joseph de la Concepcion, Lector de Theologia, ~~en~~ se expresa, que el dicho Fray Nicolàs avia cumplido exactamente los cargos, que le avian pertenecido despues de su Profesion hasta el dia dos de Agosto del año de 729. en que falleció el susocho.

27. Celebradà la dicha transaccion en el dia que se ha referido; por el Padre Fray Joseph de la Concepcion, Lector de Theologia, en virtud del poder, que le fue dado por el dicho Convento, el mismo Fray Joseph en quatro de Mayo del mismo año, presentando la Escripura de Renuncia del año de 18. y las declaraciones hechas por dicho Religioso en el año de 728. y haziendo relacion de ellas, y de que debia subsistir la dicha Renuncia, y de que se avian hecho las particiones entre los Menores sin su citaciò, pidió se despachasse mandamiento de execucion por la mitad de la dote, arras, y herencia de la dicha Doña Josepha, contra los bienes inventariados, para lo qual pidió se hiziesse liquidacion.

27. De que se diò traslado à Don Joseph, y Don Manuel; quienes pretendieron, se declarasse por valido, y subsistente, y no revocado el Testamèto otorgado por el dicho Fr. Nicolàs, à favor de su Padre Don Bartholomè, y asimismo se declarasen por nulas las Escripturas de Renuncia, y demás, y en otro pedimento pretendió la subsistencia de la dicha transaccion; y por el Convento se pretendió, se declarasse por nula la dicha Escripura de transaccion.

29. Y aviendose alegado por el Convento, que intervino miedo en el otorgamiento de el Testamento otorgado à favor de D. Bartholomè, y en la declaracion, que hizo Fray Nicolàs en la Puente de Don Gonçalo; y aviendose alegado asimismo por dichos Menores, que

la persuasión, amenazas, miedo, y violencia se hizieron, para que se otorgasse la Escritura de Renuncia, y las demás hechas à favor de dicho Convento, se recibió el pleyto à prueba.

30. Y por la parte de dicho Convento no se hizo prueba alguna; pero los Menores hizieron su probança con seis testigos, y en ellos se comprehenden los tres instrumentales de el Testamento, y el Escrivano ante quien se otorgò: y estos quatro deponen de vista, que el Testamento, en que instituyó à su Padre por heredero el Fray Nicolàs, le otorgò este de su libre, y espontanea voluntad; y el Escrivano añade, que aviendo explorado su voluntad, dixo, que vna, y mil vezes queria, que su Padre fuesse su heredero; y los otros dos testigos dicen, que tienen por cierto, y sin duda, que otorgaria el Testamento de su libre, y espontanea voluntad.

31. Y en lo tocante à la declaracion, que hizo Fray Nicolàs en la Puente de Don Gonçalo, Don Juan Antonio Hidalgo, quien la escribió, depone, que la hizo libremente el Fray Nicolàs, y sin alguna persuasión; y los demás testigos dicen tienen por cierto, que la declaracion la hizo el dicho Religioso de su espontanea, y libre voluntad.

32. Por lo tocante à aver muerto antecedentemente el Religioso, que su Padre, tambien se hizo articulo, y los testigos deponen de ciencia cierta el fallecimiento de el Don Bartholomè, el dia 3. de Agosto por la mañana de el año de 729. y aver oydo dezir à los Religiosos, que el dia dos de Agosto de dicho año murió el Fray Nicolàs; y ya queda dicho, como en el poder de la Religion para la transaccion, se confiesa aver muerto el dicho Fray Nicolàs el dia dos de Agosto de 729.

5.
33. Y substanciado el juicio, se pronunciò sentencia por la Justicia de la Puente de Don Gonçalo en 21. de Junio de 731. en que absolvió, y diò por libres à Don Joseph, y Don Manuel de Toro de la demanda, y pretensiones deducidas por el Convento, imponiendole à este perpetuo silencio, y no aver intervenido lesion en la Escritura de transaccion, y mando se observasse, y guardasse por vnas, y otras partes, como en ella se contenia.

34. De cuya sentencia se interpuso apelacion por la parte de dicho Convento, y en esta Corte ha pretendido su revocacion, y que en conformidad de la Renuncia se le hiziesse pago de las cantidades, que legitimamente se le debiesse; y sobre la transaccion alegò, ser limitada à la dote, afirmandose en la lesion, que tenia alegada ante la Justicia, y haziendo diferentes alegatos sobre la subsistencia de dicha Renuncia.

35. Por los Menores, reconociendose que ante la Justicia à el mismo tiempo, que se pretendia la subsistencia, y no revocacion de el Testamento otorgado à favor de D. Bartholomè su Padre, se intentaba tambien la validacion de la Escritura de transaccion: en esta Corte se ha pretendido tambien la firmeza, y no revocacion de dicho Testamento, y la nulidad de la Renuncia; y que en este caso se declare tambien por nula la transacciò; y en caso de que por algun titulo, se pueda considerar valida la dicha Renuncia, se confirme la sentencia del Inferior, en quanto declaró por valida la dicha transaccion; por lo respectivo à los seis mil, y mas reales, que quedaron impuestos à censo sobre bienes de los Menores à favor de dicho Convento.

36. Supuesto este verdadero hecho, que consta de los Autos

en la forma que se ha referido, se reducirà este Informe à dos Artículos. En el primero se fundará, que el Testamento en que fue instituido Don Bartholomè de Toro heredero por su hijo, no quedò revocado en virtud de la Renuncia, que hizo à favor de el Convento, por defecto de voluntad de el Religioso; cuyo defecto de voluntad se induce de no aver revocado el Testamento en la forma, que pueda persuadir la revocacion, y de aver intervenido

miedo al tiempo de la Renuncia, y de los demàs actos que hizo à favor de su Convento.

37. En el segundo se fundará, que en caso de poder tener subsistencia la renuncia, solo pudo el Religioso disponer de el tercio de sus bienes; y que en este caso debe subsistir la transaccion celebrada entre los Menores, y el Convento solo en los 6y050. reales, que quedaron impuestos à censo sobre bienes de los Menores.

ARTICULO I.

EN QUE SE FVND A, QUE EL PRIMER Testamento, que otorgò Fr. Nicolás, en que instituyò por heredero à su Padre, no quedò revocado por la Renuncia, que hizo à favor de su Convento.

38. **A** Qualquiera se es licito disponer de sus bienes antes de el ingreso en la Religion. Auth. de Monachis. §. Illud quoque, collat. 1. Illud quoque decernimus, qui in Monasterium introire voluerit, antequam ingrediatur, licentiam habere suis vti, quo voluerit modo. Auth. nunc autem, C. de Episcop. & Cleric. cap. Si qua mulier. §. Nunc autem 19. quæst. ult. de tal calidad, que el Testamento otorgado antes de el ingreso en la Religion, es valido, y no se rompe por el posterior ingreso.

39. Lo que sucede no solo quando alguno entra en Religion incapaz de poseer bienes inmuebles. DD. in leg. 1. ff. de Testam. Jul. Clar. lib. 3. Receptar. sentent. §. Testamentum, quæst. 28. vers. Sed reverentia. Dom. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 9. num. 43. Gutierr. Canon. quæst. lib. 2. cap. 1. num. 1. sino es tambien quando la Religion es

capaz de poseer los dichos bienes, con la distincion, de que en este ultimo caso de capacidad en el Monasterio, se requiere que se otorgue el Testamento cum cogitatione ingressus in Religionem, para que mediante la profesion quede irrevocable. Costa in cap. Si Pater, part. 2. verb. Testatore mortuo, num. 7. de Testam. in 6. Didac. Perez in leg. 1. tit. 2. lib. 2. Ordinam. pag. 67. & 68. Menchac. de Succes. creat. §. 20. num. 29. Dom. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 9. num. 44. Gutierr. Canon. quæst. lib. 2. cap. 1. n. 3. 8. & 10.

40. De que se sigue, que aviendo otorgado en el siglo el Fr. Nicolás su Testamento cum cogitatione Religionis, (ibi: X que por quanto estava proximo para tomar el Dito de la Descalzes de la Tercera Orden de N. P. S. Francisco en el Convento de N. Señora de Caños Santos) no se pudo revocar, ni por el ingreso, ni la profesion en la

Re-

Religion; sin que à esto pueda obstar el que el Monasterio *succedat loco filij*, porque se tiene por hijo ficto, civil, è improprio, y solo se admite como tal *in casibus à iure expressis*, cap. *In presentia de probat. Auth. de Sanctissim. Episc. 5. Sed, & hoc presenti*, collat. 9. Mier. de *Maiorat. 2. part. quest. 3. num. 3.* Dom. Molin. de *Primog. lib. 2. cap. 9. num. 45.* Gutierr. *lib. 1. Canon. quest. cap. 3. 2. num. 56. & lib. 2. Canon. cap. 1. num. 8.*

41. Sentados estos principios, dirà la parte de el Convento, que no pretende los bienes del Religioso por el ingreso, y profesion *simpliciter*, sino en fuerça de la Renuncia, que otorgò con licencia del Ordinario, y dentro de los dos meses proximos à la profesion, y por averse esta subseguido, y que mediante la resolucion del Concilio de Trento, quedò sin eficacia alguna el mencionado Testamento, *sess. 25. de Reformat. cap. 16. ibi: Nulla quoque renunciatio, aut obligatio antea facta, etiam cum iuramento, vel in favorem cuiuscumque cause pie valeat, nisi cum licentia Episcopi, si de eius Vicarij fiat intra duos menses proximos ante professionem, ac non alias intelligatur effectum suum sortiri, nisi secuta professione; aliter verò facta, etiam si cum huius favoris expressa renunciatione, (etiam iurata) sit irrita, & nullius effectus.*

42. Y no obstante, que no se puede dudar, que el referido capitulo habla de las Renuncias, y obligaciones, que se hazen despues de el ingreso en la Religion, y que es mas que probable, que el Novicio puede otorgar Testamento sin las solemnidades prevenidas en el referido capitulo del Concilio de Trento, vt tenet Gutierr. *lib. 2. Canon. quest. cap. 1. à num. 20.* Add. ad D. Molin. de *Primog. lib. 2. cap. 3. n. 27.*

6.
verf. *Limitatur*. Dirà tambien la parte de el Convento, que aunque sea cierto lo referido, no puede perjudicarle à su intencion, porque en virtud de la dicha Renuncia, que se tiene por vltima voluntad, quedò revocado el Testamento, en que Fr. Nicolás instituyò à su Padre por su vniversal heredero.

43. Para lo que se valdrà el Convento de el elemental, y cierto principio, de que el Testamento *vsque ad supremum vitæ spiritum*, se puede mudar, corregir, y revocari; porque siendo la voluntad de ambulatoria hasta este vltimo termino, ninguno se puede imponer ley, de la qual no le sea licito se apartar. *Leg. 4. ff. de adim. legat. L. Si quis in principio Testamenti, ff. de legat. 3. L. Cum hic status, 5. Pœnitentiam, ff. de donat. inter vir. & uxorem, cap. Vltima voluntas 13. quest. 2. cap. Cuius Marthe, de celebrat. Mis. Gloss. in verb. Non valet. L. 25. tit. 1. part. 6. Que ningun home puede facer Testamento tan firme, que lo non pueda despues mudar quando quisiere fasta el dia que muera.* Gutierr. de *Iuram. confirmat. 2. part. cap. 1. n. 1.* D. Covarr. de *Testam. 2. Rubricæ part. n. 1. & alij.*

44. Por ser de tal calidad la libertad, que compete para revocar qualquiera testamentaria disposicion, que aunque se aya celebrado interyiniendo la autoridad del Principe, se puede revocar libremente. *Leg. 44. Taur. quæ est lex 4. tit. 7. lib. 5. Recop.* y porque no se puede dar vltima voluntad, que no sea revocable, si acaso se constituye vltima disposicion con clausulas de irrevocabilidad, dexa la naturaleza de final disposicion, y se viste de la de contrato. *Argum. Text. in leg. Vbi ita donatur, ff. de donat. caus. mort.* Dom. Molin. de *Primog. lib. 1. cap. 12. num. 21.*

45. Pero no obstante lo referido-

ferido, que es indubitable, tambien es cierto, que la disposicion de Derecho abrio camino, quando no para hazer irrevocable el Testamento, (por oponerse la irrevocabilidad a la substancia, y naturaleza de esta disposicion) para que no se entienda revocado el primer Testamento, como es la cautela de usar de las clausulas derogatorias, no haziendose expresion de ellas en el segundo Testamento.

46. Con que aviendo otorgado Fray Nicolás de San Geronimo su Testamento en el año de 717. con las expresiones, y clausula derogatoria especial, y circunscripta; que se ha referido; y no aviendo en la Renuncia, que otorgó el siguiente año, que equivale a ultima voluntad, hecho individual mencion de la dicha Clausula, ni aun expresado, que valiesse la dicha Renuncia, no obstante qualquiera Clausula derogatoria, inferiremos bien, que no fue su animo, ni voluntad el que quedasse revocado el Testamento, en que dexó a su Padre instituido por su vniversal heredero, y que solo quiso la subsistencia de el ya mencionado Testamento.

47. Grave disputa, y contienda ay entre los Autores, sobre si aviendose prevenido en el Testamento clausula derogatoria circunscripta alguna oracion, ó verso, se entienda esta revocada por posterior disposicion, en que se revoque la antecedente, no obstante qualquiera Clausula derogatoria; porque vnos quisieron, que para que se entendiesse hecha la revocacion, era preciso, que individualmente; y por las mismas palabras de la Clausula derogatoria se hiziesse mencion, y revocacion de ella, y de esta opinion fueron, fundados *in leg. Certū, ff. si certum perat. Clem. appellanti, de appellat. & cap. Qui ad agendum, de Procur. in 6. Tiraq. de Iur.*

marit. Gloss. 5. ad fin. Thom. Grammat. decis. 20. Felin. in cap. Accedentes, de prescript. & in cap. Nonnulli, de rescript. Selva de Benef. 4. part. quest. 14. Dec. cons. 165. column. 2. & cons. 373. & alij citati a Dom. Covarr. de Testam. 2. Rub. part. num. 61. Cancer lib. 1. Variar. cap. 4. num. 14. Por lo qual el Cevallo comm. contra comm. quest. 211. num. 3. dize, que esta es comun opinion; pero a el num. 4. cum Ant. Gom. in leg. 3. Taur. n. 93. & 94. Alvarado de Coniect. ment. defunct. lib. 3. cap. 2. num. 33. Julio Claro. Testamentum, quest. penult. & D. Covarr. qui multos alios congerie 2. part. Rub. de Testam. num. 61. vers. Sic rursus, dize, que es mas comun la opinion de que basta la revocacion con la expresion de no obstante qualquiera Clausula derogatoria, para que quede sin efecto el primer Testamento.

48. Sin embargo de lo qual el Cardenal de Luca de Testam. lib. 9. part. 1. discurs. 76. num. 4. dize, que es mas comun la opinion, de que para la revocacion se necessita de especifica, é individual mencion de la Clausula derogatoria.

49. En consideracion de lo qual, y para dar inteligencia de la revocacion de la primera disposicion, se empenan los Autores en figurar distintos casos de Clausulas derogatorias, y distintas formas de revocacion de ellas; ya limitando, y ya ampliando las disposiciones, coci biendo especiales, y generales clausulas de derogacion, y proponiendo la formula de expresiones, que las revocan, de las quales junto muchas Menoch. lib. 4. de Presumpt. presump. 166. per totam, y el señor Covarr. in 2. part. Rub. de Testam. a num. 58.

50. En consideracion de lo qual el Barbosa en el lib. 1. de suis votis, vot. 1. num. 5. a donde trata

de revocacion de primer Testamento, con Clausula derogatoria especial, y circumscrip̃ta à estas palabras *Ave Maria gratia plena*, dize, que se entiende revocado este primer Testamento, porque en el caso que trataba avia suficiente derogacion en el segundo, y dà la razon, ibi: *Ex quo testator in eo dixit quod valere debeat, non obstante quod in alio Testamento habente clausulam derogatoriam subdens: sub quibusvis verbis derogatorijs, de quibus modo non recordor, & si recordatus fuerim, ea de verbo ad verbum expressissem.* De donde parece se inferre, que para la revocacion de Testamento, que contiene clausula derogatoria reducida à cierta forma, se requiere individual derogacion de ella, ò à lo menos, que ordene el Testador valga el segundo Testam̃to, no obstante qualesquier clausulas derogatorias, expressando, que no se acordaba de ellas, y que si se acordasse las referiria individualmente.

51. Pero no necesitado estas Partes de empeñarse en fundar, que sea necesaria la individual revocacion por bastarle, el que no aya la especial de *non obstantibus quibuscumque clausulis derogatorijs*, que es la forma en que se explican los Doctores, se fundarà, que no quedò revocado el primer Testamento por la renuncia conuinadas, de vna, y otra disposicion, las circunstancias.

52. Y para el presente assumpto es preciso suponer dos conclusiones: la primera, que quando el primer Testam̃to tiene simple clausula de derogacion de los posteriores, y en la segunda disposicion, se haze revocacion del primer Testamento, aunque no se haga mencion de la clausula derogatoria, queda revocada la disposicion primera.

53. La segunda conclusion

es, que quando se otorga el primer Testamento con especial derogacion del segundo, reducida à cierta oracion, ò verso, no es suficiente la especial revocacion del primero, ni que se haga mencion de el, ni que se dè por irrito, y nulo, porque es preciso, que à lo menos se diga, que se revoca, casa, y anula, no obstante qualquier clausula derogatoria.

54. Y en esta consideracion el señor Covarr. *de Testam. 2. rub. p. num. 58.* tratando de la primera conclusion afirma, que se revoca por el segundo, el primer Testamento, quando este contiene la simple derogacion, y el segundo la especial revocacion, ibi: *Atque exempli gratia fit derogatio in primo Testamento in hanc modum concepta quod si aliud Testamento fecero, nullo illud valere, specialis autem mentio primi in secundo hoc modo fit: non obstante priori Testamento quod presente f. Notario condidi est enim hac mentio necessaria, & sufficiens.* Y cita à Bartulo *in leg. Si quis in principio. ff. de legatis 3. num. 8.*

55. Lo mismo afirma Sanch. *lib. 4. Cons. Moral. cap. 1. dub. 23. num. 6.* ibi: *Aut enim clausula derogatoria in primo Testamento inserta erat simplex, ut si fecero aliud Testamentum nullo illud valere, & tunc satis est dicta revocatio.* Y para que se entienda qual sea la revocacion de que trata, lo dexa antecedentemente dicho en el referido numero, ibi: *Non obstante tali Testamento quod tale die feci, vel quod feci coram tali Tabellione, vel in quo talem heredem institui.*

56. Es constante, que el dicho Fray Nicolàs, como queda referido à el *num. 10.* expressò, que avia hecho el Testamento ante Francisco Hidalgo, y que queria, que valiesse como su vltima, y determinada voluntad la mencionada renuncia, dando por nulo, y de ningun

valor, ni efecto el mencionado Testamento; pero de aqui no se infiere, que tuviese voluntad de revocarle, ni que quedasse revocado; porque aunque haze mencion de el Testamento, Escrivian ante quien se otorgò, sitio de su otorgamiento, y heredero que dexò instituido, no fue simple la derogacion prevenida en la primera disposicion, para que mediante la revocacion hecha en la renuncia quedasse revocado el mencionado Testamento, porque la clausula derogatoria de el primer Testamento fue especial, y circunscripta à ciertas palabras, y no basta, para que en este caso se entienda revocado el primer Testamento, el dezir, que lo revoca, y anula, pues esta expresion tuviera virtud de revocacion, quando el primer Testamento contuviese solo la clausula derogatoria simple de otra qualquiera disposicion, *ex doctrina supra relata.*

57. Y tratando el mismo señor Covarrubias de la segunda conclusion en el mismo num. 58. *versic. Tertia conclusio*, afirma, que el primer Testamento, en que se halla de el siguiente clausula derogatoria, no simple, y general, sino es especial, y circunscripta à ciertos limites, se revoca por el segundo, en que se haze general mencion de el, y commemoracion indefinida de la clausula derogatoria, (esto es non obstantibus quibuscumque clausulis derogatorijs) porque entonces se haze mencion especial de la primera voluntad, aunque no se repitan en especie las palabras de la clausula derogatoria, citando para ello diversos Autores, *vt ibi videre est.*

58. Y dudando *verum ex vera iuris dispositione* sea necesario, que en este caso se haga especial mencion de las palabras de la clausula derogatoria, que el Testador previno en el primer Testamento,

que parece que es la individual mencion, resuelve, *ibi: Sed Doctorum sententia ex illis amplissimis verbis defenditur, non obstante quocumque Testamento à me condito, quaecumque verba derogatoria habente, hic enim fit mentio specialis clausule derogatoria, quamvis ad verbum non repetatur.*

59. Y de aqui infiere à el num. 59. en corroboracion de la precedente assercion, que no basta la mencion del primer Testamento, sino huviere hecho à lo menos mencion el Testador de la clausula derogatoria, *ibi: Nec sat erit dicere volo hoc Testamentum valere non obstante alio quocumque Testamento per me facto, seu casum, & irritum faciens quodcumque aliud Testamentum.* Y prosigue à continuacion diziendo: *Opportet siquidem addere sub quibuscumque verbis derogatorijs conditum.*

60. Idem tenet Sanchez, *lib. 4. Cons. cap. 1. dub. 23. num. 6. & 7.* lo mismo defiende Bayo *Prax. Eccl. pars. 3. lib. 1. cap. 25. num. 32.* no obstante, que parece se ciñe à mas estrechos terminos: y aunque la mayor parte de el referido numero està en Idioma Castellano, ha parecido conveniente referirlo por ser de el intento.

61. *Ibi: Primum testamentum sive nuncupativum, sive inscriptis, iure, & rite factum, in quo fuit apposita clausula de non revocando, salvo si en el segundo fuere inserto el Miserere, ò otro Psalmo, ò Oracion Dominical, no se revoca por el segundo, ò demás Testamentos; que despues hiziere à donde no fuere puesto el dicho Miserere, ò Oracion, que dixo en el primer Testamento, aunque en el segundo, ò otro posterior, que despues hiziere, diga, que revoca el primero, y todos los demás, que antes de aquel huviere hecho: mas esto se limita quando in secundo vel alio*

alio quovis posteriore Testamento, dize, que este ultimo quiere, que valga, sin embargo de qualquier clausula derogatoria, que aya mandado poner, y este puesta en los Testamentos, o Codicilos, que antes de aquel huviere hecho; y lo mismo sera si hiziere en este segundo expressa mencion de como para poder revocar el primer Testamento, dixo en el, que no se revocasse por otro, que despues hiziesse, salvo si en el fuesse inserto el Miserere, o otro Psalmo, porque agora es su determinada voluntad, que aquel no valga, si no el que a el presente haze, y assi manda a el Escrivano ingiera en este el dicho Psalmo de verbo ad verbum, y en este caso, y en los que declaramos de limitacion, se revocara, y no de otra manera. Y cita en confirmacion de lo referido muchos Autores.

62. Y en confirmacion deste concepto el Escaño de Testam. en el cap. 1. a el num. 16. dize, que el Testamento, que contiene semejante clausula derogatoria no se revoca por el posterior, quando a lo menos no se haze la referida expresion, y revocacion, porque se entiende, que el segundo padece el defecto de voluntad, fundandose in dict. leg. Siquis in principio, ff. de legat. 3. y la ley Si mihi 12. §. Ultim. ff. de legat. 1. y cita a el señor Covarrub. vbi supra Gratian. y otros muchos, que ocupan quasi vna columna.

63. De que se infiere, que segun esta conclusion, generalmente admitida, y aprobada por los Autores, no se pudo revocar el Testamento, en que fue instituido heredero el Padre de estas Partes, en virtud de la renuncia, y vltima voluntad, que se otorgò el año siguiente, pues encontramos manifestamente la especial clausula de derogacion, circunscripta a las determinadas palabras: Quonia iniquitate mea super gressus sunt caput meum, & quasi omnes

grave gravata sunt super me; y hallamos, que en la renuncia, no solo no se haze individual mencion de ellas, sino que no contiene la revocacion de no obstantibus quibuscumque clausulis derogatorijs, que a lo menos se requiere segun los supra citados Autores, todas las vezes, que interviene en la primera disposicion la referida clausula especial.

64. A que se puede añadir el Cancer. Var. Resol. part. 1. cap. 4. a num. 11. donde refiere, que segun la comun resolucion, para la revocacion de el primer Testamento, que contiene clausula derogatoria especial, no basta la mencion in genere de la clausula derogatoria, sino es que se necessita de que sea especifica, aunque no es precisa individual; sin embargo de que a el num. 12. dize: que se limita esta conclusion todas las vezes, que no se puede presumir, que el Testador se olvidò de las palabras de la clausula derogatoria, y con Ferreto, y Guido Papa dize, que el Testador ha de jurar no acordarse de las palabras de la clausula derogatoria, y que entonces se presume, que no se acuerda, quando ha pasado el transcurso de diez años, despues de la primera disposicion.

65. Con que en el caso de este litigio, no aviendo pasado el transcurso de diez años de vna a otra disposicion, sino el de treze meses no cabales, aun quedaba duda si se debia entender revocado el primer Testamento por la especifica revocacion de la clausula derogatoria, que no ay.

66. El Cardenal de Luca, lib. 9. de Testament. part. 1. disc. 76. proponiendo vn caso, en que cierta viuda otorgò Testamento con clausula derogatoria de otro posterior circunscripta a la Salutacion Angelica, disponiendo de sus bienes con igualdad entre sus hijos, y despues por Codicilo declarò, que vno de ellos

ellos le avia alimentado algunos años, y dispuso, que el importe de los alimentos se le pagasse de sus bienes à el alimentante, y defendiendo el referido Autor, que se debia dividir la herencia en conformidad de el Testamento, en virtud de la clausula derogatoria, à el *num.* 5. dize con la solidèz, que acostumbra, que para la congrua determinacion de question de esta classe, se ha de recurrir à la razon, ò fin, que moviò à introducir semejante cautela de clausulas derogatorias, regulandolo todo por la qualidad de las personas, que hazen semejantes disposiciones, tiempo, lugar, y otras circunstancias, para venir en conocimiento de si ay, ò no mutacion de voluntad.

67. Y à el *num.* 6. afirma, que à semejante cautela le suelen asistir dos causas, vna justa, y favorable, que tiene su origen *ex parte Testatoris*, quien hallandose en el estado de mas salud, ò de mayor libertad, discurriendo, y previendo, que en otro estado puede sugetarse facilmente à sugestiones, persuasiones, è importunos ruegos, y que se puede ver precissada su voluntad por influxo de miedo, y violencia à disponer diversamente de lo que es su animo, voluntad, è intencion, advertidamente ocurre, para que quede propulsado semejante riesgo, y sin efecto la execucion de la persuasion, miedo, ò violencia, à vsar de la clausula derogatoria especifica, è individual en su primera disposiciò, en cuyo caso, dize à el *num.* 8. se necesita tambien para la revocacion de especial, è individualmencion de la clausula derogatoria; porque en este caso se està en el de la regla general, y no en el de la limitacion.

68. Otra de las causas, que expresa el mencionado Autor, que suele intervenir para vsar de la clausula derogatoria, dize, que es injusta,

porque no està de parte del Testador, sino es de los Testamentarios, ò de otros, à cuyo influxo se pone la clausula derogatoria, para quitarle indirectamente la facultad de revocar, que sucede: quando ignorandolo el Testador, y sin hazer reflexion sobre la clausula derogatoria, se inserta esta en su Testamento; y en este caso (que dize sucede frequentemente con los ignorantes, mugeres, y gravemente enfermos) dà à entender, que para la revocaciò de la primera disposicion, bastara no ran especifica, è individual mencion.

69. Supuestas las dos referidas causas, parece consiguiente indagar qual de ellas fue la que intervino para el otorgamiento del primer Testamento de este pleyto, y registrar las qualidades de las personas, y demàs circunstancias; y parece, que atendidas todas se haze demonstrable al sentido, y se sujeta à persuadirse el animo, y discurso, que la primera causa, y que està de parte del Testador, fue la que le moviò à hazer el Testamento con la clausula derogatoria; pues hallandose proximo à entrar en la Religion, en estado de libertad, y discurriendo, que dentro de ella sus Prelados, y Religiosos le podian persuadir, y atemorizar, recelando de esto, como se infiere del primer Testamento, instituye por su vniversal heredero à su Padre, y manda insertar las palabras de el Psalmo *quoniam iniquitates meae, &c.* y assimismo ordena, que aunque despues hiziesse otro Testamento, Escritura, ò renuncia, aunque fuesen con autoridad de Prelado, no valiesse no insertandose el mencionado verso.

70. Demàs de lo referido, se convence con evidencia, que la referida clausula no se pudo suministrar por otro, que el Testador; pues considerando ser las palabras de la clausula de-

derogatoria latinás, y que solo esta-
va instruido en la latinidad el Testa-
dor, y dedicado à cosas espirituales;
es totalmente inverosmil, y aun re-
pugnante, el que el mismo Testador
proprio ore no huviesse subministra-
do la referida clausula: y mas repug-
nancia tiene, que si huviesse sido su
animo revocar el Testamento, no
huviesse repetido en la renuncia las
mismas palabras de la clausula de-
rogatoria; porque siendo Psalmo, y
siendo asimismo general instruto
de las Religiones, que los Novicios
aprendan el Psalterio, y en èl se in-
struyan, tendria tan presente al tiem-
po de la renuncia las palabras de el
Psalmo, como al tiempo del Testa-
mento primero.

71. Con esto concurre, el
que la institucion, que hizo de uni-
versal heredero à su Padre, podia
evitar qualquiera sospecha; pues
siendo su legitimo heredero abintesta-
to, y ex Testamento precisso en las
dos tercias partes de los bienes, na-
turalmente se persuade, que la insti-
tucion, y todo lo demàs contenido
en el mencionado Testamento, fue
hecho con entera, y libre voluntad.

72. Y en esta consideracion
no se puede presumir, que intervi-
niessse la segunda causa, que propone
el Cardenal de Luca; y con especia-
lidad, quando à el Testador no son
adaptables las circunstancias, que
refiere, pues ni era muger, ni igno-
rante, ni estava enfermo gravemen-
te, y si varon advertido, y con cabal
salud, por lo que parece, que la sos-
pecha que le falta à esta disposicion,
le assiste à la renuncia, mayormen-
te con la prevencion, que se hizo en
dicho Testamento, de que podia ser
la otorgasse con autoridad de sus
Superiores, como en otro caso lo
dixo el Cancr. lib. 1. Var. cap. 4.
num. 14. ibi: *Vbi præcedit testamen-
tum cum clausula derogatoria poste-
rius non carere suspitione: si gisur*

9.
*hoc est verum, prout est si coniciatur
clausulam derogatoriam fuisse ap-
positam timore subornationis, aut
suggestionis alicuius, veluti si vxor,
que testata est causa mariti. Y po-
co despues: Clarum est quod dictum
prius testamentum fecit cum clau-
sula derogatoria, quia existimabat
fortè, vt tempore mortis instigare-
tur à marito, vt testamentum face-
ret in sui favorem.*

73. Y parece, que lo que fue
temor, y recelo à el tiempo del otor-
gamiento del Testamento, en orden
à la persuasion, importunos ruegos,
y miedo, que se temia el Testador
de sus Prelados, y Religiosos, no se
quedò en estos terminos, sino que
con efecto se llegó à practicar todo
para conseguir se hiziesse la renun-
cia en la forma, que se ha propues-
to.

74. Lo que se acredita de la
declaracion jurada, que hizo en la
Puente de Don Gongalo en el año
passado de 721. hallandose ya orde-
nado de Subdiacono, en que afirma,
que Fray Francisco de San Gerony-
mo su Maestro, le instò, y persuadiò
à que renunciassse en su Orden su le-
gitima materna, y que le comminò
el Padre Ministro, con que le avia
de quitar el Avito sino lo executa-
ba, y concluye, con que fue com-
pulsò, y apremiado para otorgar la
dicha renuncia.

75. Y no obstante, que por
la parte de el Convento se ha alega-
do, que la dicha declaracion es nu-
la, y que no puede producir efecto
valido alguno, por estar hecha sin
licencia de su Superior, y porque el
Religioso, ò Monge, despues de su
Profesion, se entiende muerto à el
mundo, cap. *Placuit* 16. *quæst.* 1. y
porque no tiene *velle aut nolle*, cap.
Si Religiosus de electione in 6. aun-
que se confessasse, q̄ lo era; con todo
esso en el caso presente debe obrar
efecto, porque del acto nulo, è inva-

lido se deduce, y declara la voluntad, *leg. fin. ff. de reb. cor. Pareja de Aedit. Instr. tit. 5. resol. 2. n. 20. D. Castell. lib. 5. Controvers. cap. 108. per tot. Dom. Vela dissert. 47. num. 20. D. Olea de Cess. Jur. tit. 2. quest. 5. num. 21. à la manera, que de la enagenacion nula, ò invtil adempcion del legado se induce su revocacion, leg. Plane. 34. ff. de legat. 1. L. Et si transferam 20. ff. de adim. legat. Gloss. in cap. Si duo Procuratores, de Procurat. Dom. Olea de Cess. Jur. dict. tit. 2. quest. 5. num. 24.*

76. En virtud de lo qual debe hazer fee la mencionada declaracion, junto con lo que resulta de los Autos, para probar, que precisado de las persuasiones de su Maestro de Novicios, y afligido con las amenazas de su Prelado otorgò contra su voluntad la mencionada Renuncia; y todas las vezes, que con immodicas persuasiones alguno se reduce à hazer Testamento de este, ò el otro modo, ò à revocar el que tenia otorgado, se presume, que lo hizo inducido de dolo, porque tienen mas eficacia las persuasiones importunas, que la misma violencia, *leg. 1. ff. de ser vo corrupto: Persuadere est plusquam compelli, & cogi sibi parere. Extravag. Execrabilis de preb. & improbitas impertuna petentium à nobis, & predecessoribus nostris, non tam obtinuisse quam excorsisse plerumque noscuntur. Cap. fin. de Rescript. in 6. Quia per ambitiosam iuportunitatem petentium. Leg. 1. C. de petit. bon. Sublatorum, in ve recunda petentium inbiatione constringimur. Leg. 1. tit. 19. partit. 7. Como manera es de fuerza soffacar. Sanchez de Sponsalib. lib. 4. de Consensu Coacto, disp. 7. num. 4. Dom. Castell. lib. 3. Controv. cap. 1. à num. 105. Barbof. lib. 2. vot. 16. num. 31.*

77. Y si semejantes persuasiones tienen eficacia, y virtud, para

que se diga, que son compelidos los Pontifices, Emperadores, y otros varones fuertes, que se dirà de vn Novicio à quien el poder de su Maestro, y autoridad de su Prelado le influian con persuasiones, y le afligian con amenazas, de que se le avia de quitar el Avito, sino revocaba el Testamento, y otorgaba la Renuncia à favor del Convento?

78. Cuya amenaza de quitarle el Avito, como se dirigia à privarle de la carrera, que avia conceptuado de su salvacion cierta, y à vulnerarle su estimacion, y honra, causa igual miedo, que si se le amenazasse con la amission de la vida, *leg. Iusta, ff. de manumiss. vid. y no se estima menos que la vida, la honra, Barbof. vot. 16. num. 42. y para que se conceptue tal miedo basta el temor probable, de que se pueda practicar, y no le requiere la real execucion, y esto basta, para que se tenga por justo miedo, leg. Nec timorem 7. ff. quod metus causa. L. 3. cum duabus seqq. ff. de donat. caus. mort. L. 15. tit. 2. partit. 4. ibi: Ole quisessent dar algunas penas. Guerrer. conf. 16. à num. 4. Sanchez, lib. 4. de Consensu Coacto, disp. 1. num. 17. D. Salgad. de Regia Protect. 1. part. cap. 4. num. 8. & 9. Cabrerros de Metu, lib. 1. cap. 8. num. 91. Dom. Castell. de Alim. cap. 59. num. 21.*

79. Esto se confirma tambien de la declaracion testamentaria, que hizo Don Bartholomè seis dias antes de morir, que queda referida al num. 23. en que afirma la violencia, y miedo, que intervino en la Renuncia, cuya declaracion, aunque por si no prueba, no se puede presumir, que no sea cierta, por no presumirse, que alguno haga declaracion contra su propria conciencia, *nec sit inmemor salutis aeternae, cap. Sancimus 1. quest. 7. y demàs de esto, quando con semejante declaracion concurren otros indicios,*
ha-

hacen plena prueba, Gom. *in leg.* 83. *Taur. num.* 15.

80. Con que si à esto se llega la declaracion jurada, que hizo Fray Nicolás en el año de 721 las demás presunciones, que resultan de el Proceso, y aun las mismas declaraciones de el año de 728. con que quiere el Convento comprobar su derecho, se debe persuadir el animo, à que la Renuncia se hizo por causa de temor, y miedo, porque como este sea de difícil prueba, *Gloss. Magn. leg. Item sicum, §. In hac actione, ff. quod met. caus. Fontan. de Pact. nuptiar. claus. 7. part. 5. Gloss. 2. num. 39. Cevall. Commun. contra Commun. quest. 825. num. 5. Menoch. de Arbit. lib. 2. casu 116. n. 17. Garc. de Nobil. Gloss. 17. num. 32. & 40. Hermosill. in leg. 56. tit. 5. partit. 5. Gloss. 1. num. 63. se puede probar, y se prueba por indicios, conjeturas, y presunciones. Menoch. lib. 3. *presumpt.* 4. num. 5. Gutierr. *conf.* 16. num. 4. Hermosill. *in dict. leg.* 56. tit. 5. partit. 5. Gloss. 1. num. 63. Dom. Castill. lib. 3. *Controv.* cap. 1. num. 69. & 72. & de *Alim.* cap. 59. num. 25. todo lo qual se dexa a el arbitrio de los señores Juezes, para que pesadas las qualidades, y circunstancias, ya de las personas metum inferentes, y ya de las personas metum parientes, arbitren sobre si intervino, o no justo miedo, Dom. Castillo de *Alim.* cap. 59. num. 17.*

81. En consideracion de lo qual, no solo no excluyen el miedo, que intervino en la renuncia las declaraciones, que hizo el mencionado Religioso en 24. de Febrero, y 31. de Diciembre de 728. sino es que le confirman, pues no es verosimil, que si la declaracion hecha en el año de 721. no huviesse sido con plena, y espontanea voluntad, huviesse dexado, luego que se restituyó à su Convento, de dar noticia de la

declaracion, que hizo dicho año de 21. de lo que se infiere, que el Prelado, y Religiosos luego que fueron sabidores de la dicha declaracion, passados siete años, le amenazaron, y atemorizaron, para que hiziesse las que constan en el año de 728. de cuya serie, y contexto se convege tanto el dolo, como el miedo, que intervino en dichas declaraciones.

82. Y no obstante, que en ellas confirma, y ratifica la dicha renuncia, esta confirmacion, y ratificacion no es de algun efecto; porque durando, y existiendo la causa del miedo, se entienden estos actos en el mismo vicio, *Text. in cap. 1. Gloss. verbo Post modum de his qua vi. Menoch. lib. 3. *presumpt.* 4. num. 22. & seq. & *presumpt.* 126. num. 28. Surd. *conf.* 513. à num. 41. Garc. de Nobil. Gloss. 17. num. 47. Hermosill. *in leg.* 56. tit. 5. partit. 5. Gloss. 1. à num. 20. porque permaneciendo la causa de miedo, *nullus consensus presumitur libera voluntatis*, y el nuevo consentimiento, no es consentimiento, si no claro dissenso, aunque aya acto externo declarativo de espontanea voluntad. Pignatell. *com.* 9. *consult.* 173. num. 21. *ibi: Durante causa metus durat metus, quamvis in actu externo appareat libertas, & fiant positivi actus ratificationem inferentes, in quos cum influat permanens causa metus, presumuntur, & ij meticolosi, commentitij, & ficti.**

83. Sin que à esto puedan obstar la geminacion de los actos, el juramento que intervino en ellos, ni las multiplicadas clausulas, que se expressaron para su validacion, y firmeza, porque quando permanece la causa de el miedo, ni los actos geminados, ni la aparente libre voluntad, que se propone, purgan el miedo, sino es antes bien le confirman. *Theaur. quest.* 51. lib. 1. n. 19. & seqq. Sanchez de *Matrim.* lib. 4. disp.

disp. 18. num. 7. Farinac. decis. 263.
per totam, & decis. 286. num. 4.
Hermosill. in leg. 56. tit. 5. partit. 5.
Gloss. 1. num. 26. y 27.

84. Y no es de atencion alguna el juramento, porque aunque este se interponga en el mismo acto, ò despues se subliga, permaneciendo la causa de miedo, no produce efecto alguno, cap. ad Audientiam 4. Cap. Cum dilectus 6. de his que vi. Cap. Cum contingat 28. de iure iur. Cap. Quamvis pactam, de pact. in 6. D. Covarr. de Spons. cap. 3. §. 5. n. 1. Gutierr. de Iuram. Confirm. part. 1. cap. 1. num. 15. Hermosill. in dict. leg. 56. tit. 5. partit. 5. Gloss. 1. num. 29.

85. Y todas las cautelas, que se contienen en dichas dos declaraciones, y especialmente en la de 31. de Diciembre de 728. como es la de averse ausentado el Ministro para extender la declaracion, expressar, que la renuncia la hizo dicho Religioso de su libre, y espontanea voluntad, la de suponer, que su Padre le atemorizó à el tiempo de el otorgamiento del Testamento, y à el de la declaracion de el año de 21. la de estar gravada su conciencia, y la de estar vulnerada la estimacion de su Maestro de Novicios, Prelado, y Religiosos, son claro argumento de el miedo, y dolo, con que se procedió en las dichas declaraciones; porque la demasiada cautela, y cuydado en afiançar su seguridad, arguye manifesto dolo, leg. Ita, ff. de iure fisci, Gloss. 1. in leg. Siquis sub conditione, ff. de condit. institut. Bald. in cap. Ex literis, de consuetud. vbi dicit: Quod vbi abundantiore villatio, ibi evidentior est fraus. Menoch. lib. 5. præsumpt. 3. num. 102. ibi: Decima octava est coniectura doli quando quis vsus est nimia diligentia, & cautela atque ita plus fecit quam fieri consuevit. Malcard. tom. 1. de Probat. conclus.

532. Num. 108. D. Valenc. Vela & q. conf. 100. num. 53.

86. Y no se debe omitir para confirmacion del miedo, y dolo, y para persuadir, que la renuncia, y declaraciones del año de 28. se extendieron à arbitrio del Convento, suministrando la relacion sus Religiosos, la diversidad de domicilios, y naturalezas, que se constituyen à los Padres de Fray Nicolàs, y à este en los instrumentos; pues en el primer Testamento se supone, que los Padres de el otorgante, y el mismo eran vezinos de la Puente de Don Gonçalo, que es lo cierto: en la renuncia se afirma, que el Religioso era natural de la Ciudad de Montilla: en la declaracion, que hizo en 24. de Febrero de 728. se expresa ser dicho Religioso natural de la Villa de Aguilar, y que sus Padres eran, y avian sido vezinos de dicha Villa: y en la de 31. de Diciembre de el mismo año se dice ser natural el Religioso de la Villa de Aguilar, y sus Padres naturales de la Ciudad de Montilla; con que si para el miedo, y dolo ay la confesion del Religioso, y de su Padre, indicios, presunciones, y argumentos, que lo comprueban, y no estando precisados los señores Juezes à que aya de intervenir esta, ò la otra especie de prueba, por no ligarse los animos à cierto genero de ella, por no distinguirse especifica en la disposicion de derecho, Callistrat. in leg. 3. §. Tu magis, ff. de testib. ibi: Que argumenta ad quem modum probanda cuique rei sufficiant nullo certo modo satis distinguere potest. Et Paulo post: Hoc ergo solum tibi scribere possum summam, non veique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari deberi sed ex sententia animi tui te existimare oportere qui aut credas, aut parum probatum tibi opineris. Parece, que estavamos en la primera parte de el disuncto,

qui

qui aut credas, y no en la segunda, aut parum probatum tibi opineris.

87. Aora resta satisfacer à lo que se ha querido dezir, sobre que Don Bartholomè de Toro, Padre de estas Partes; y del Religioso, le atemorizò, y violentò para otorgar el Testamento, en que le instituyò por heredero, y para hazer la declaracion del año de 27. y supuesto, como se ha referido, que sobre este assumpto no se ha hecho probança alguna por el Convento, y que solo este se vale de las expresiones, que hizo dicho Religioso en la renuncia, y en las declaraciones del año de 28. actos todos, que están calificados por meticulosos; de el mismo hecho de aver instituido por heredero à su Padre, se excluye el dolo, y miedo.

88. Pues vna de las conjeturas, que trae el Menoch. de Presumpt. lib. 4. presump. 12. num. 10. para que aya dolo, induccion, ò miedo en el otorgamiento de el Testamento, es quando el Testador instituye por heredero à aquel à quien no estava obligado à instituir por derecho: Luego si hizo la institucion à quien por derecho estava obligado, se infiere bien, que en el acto de otorgar el Testamento no intervino miedo, ni dolo, argumento à contrario sensu quod validum est in iure, leg. 1. §. Huius rei, ff. de offic. eius cui mandata est iurisdictio, cap. Cum Apostolica de his que fiunt à Prælati cum vulgatis, mayormente quando no se sigue absurdo, ex leg. 2. de condict. insertis cum vulgat.

89. Y aunque esto no mereciesse aprecio, no se puede dudar, que ay plenissima prueba en orden, à que el Testamento se otorgò con libre, y espontanea voluntad de dicho Religioso, y sin miedo, ni violencia alguna, porque todos los testigos instrumentales del Testamento

deponen, y el Escrivano, ante quien se otorgò, certifica, que estando en el siglo otorgò el Fray Nicolàs el dicho Testamento con plena, deliberada, y espontanea voluntad; y otros testigos coadyuban tambien este mismo assumpto, por no presumir, que Don Bartholomè, por su justo, y bien ordenado proceder, intentasse en manera alguna violentar la voluntad de su hijo.

90. Con que parece, que no se debe dudar, en que el dicho Testamento se otorgò con libre, y espontanea voluntad, y que sobre esto ay plenissima justificacion; pues llegandose à preguntar, què prueba sea suficiente para la qualidad, ò circunstancia extrinseca, aunque sea de las substanciales para la validaciõ de la disposicion, quando no se duda de esta, es comun resolucion, que bastan dos testigos, Mascard. de Probat. tom. 1. conclus. 406. num. 2. Surdo, cons. 229. num. 29. Alvarado de Coniect. ment. def. lib. 1. cap. 3. à num. 2. Burg. de Paz in leg. 3. Taur. ex num. 804. Dom. Castell. lib. 4. Controvers. cap. 20. num. 1.

91. De donde se infiere à maioriore rationis, que aviendo en este caso tres testigos instrumentales, y la certificacion de el Escrivano coadyubada de otros testigos, que concluyentemente comprueban la libertad, y espontanea voluntad del Testador, se prueba, no solo la dicha qualidad de libertad, sino es que probaràn tambien la substancia de la disposicion con todas sus qualidades.

92. Y no obstante, que huviesse, que no ay, justificacion alguna de miedo, aunque se quisiesse suponer, que huviesse algun testigo, ò testigos (que no ay) que lo declarasen, quedaràn desfroncados con la prueba, que se ha referido; lo que se comprueba de la question, que tocò el señor Castillo de Aliment.

cap. 59. num. 28. à donde suscita la
 question vulgar, de que hazen mas
 prueba dos testigos, que depongan
 de miedo, y violencia, que mil que
 declaren sobre la libre, y exponta-
 nea voluntad, y cita para esto à el
 versiculo *Sic sanè* de el referido nu-
 mero, muchos Autores, y à el versic-
 culo *Econtrario* cita a otros, que
 tienen, que no merecen mas fee los
 testigos, que deponen sobre el mie-
 do, que los que deponen sobre libre
 voluntad, *ex eo quia voluntas, &
 consensus excludit omnem violentiã
 compulsivam, & voluntas spontanea
 probatur per actum extrinsecum fac-
 ti, vel verbi, leg. Potuit, C. de iure
 delib. & leg. De quibus, ff. de legib.*
 Pero a el versic. *Ego sanè* del mismo
 num. 28. resuelve, que vno, y otro
 assumpto no se puede entender in-
 dultinta, y absolutamente, y que es
 agena de toda razon la proposicion
 de que se aya de creer mas à dos
 testigos, que depongan sobre mie-
 do, que à mil que afirmen la libre
 voluntad, ibi: *Aliquando nanique
 potius vnusquam alijs testibus pro
 qualitate rerum, & personarum,
 & circumstantijs, quæ occurrunt
 fides adhiberi debet, sive prometu
 sive pro spontanea voluntate depo-
 nant.*

93 Y prosigue diziendo, que
 esto se dexa a el arbitrio de los seño-
 res Juezes, para que resuelvan segun
 las circunstancias; y poco despues:
*Et sapè definit testibus pro libera
 voluntate deponentibus magis cre-
 dendum esse quam prometu, ut pu-
 ta si testes delibera voluntate depo-
 nentes haberent pro se aliquam præ-
 sumptionem, qua verisimiliter me-
 tus præsumptio excludi deberet, vel
 etiam iidem testes allegarent ali-
 quam circumstantiam ex quibus ve-
 risimiliter deprehendi posset actum
 fuisse libera voluntatis, & non
 meticulosum.*

94 De que es preciso inferir,
 q̄ aviendo testigos de circunstancias
 tan apreciables, que comprueban la
 espontanea voluntad à el tiempo de l
 otorgamiento de el Testamento; y
 no aviendo justificacion alguna, que
 pueda persuadir à que hubo miedo,
 y violencia à el tiempo del otorga-
 miento de la expressada disposicion,
 ni indicios, conjeturas, ni presump-
 ciones, que puedan afiançar este
 concepto, y antes si contiene toda
 inverosimilitud lo que se expresa en
 la renuncia, y en las declaraciones
 de el año de 728. y siendo tambien
 cierto, que lo que no es verosimil se
 presume falso, Menoch. *cons. 1. num.
 258. & cons. 2. num. 300.* Mascard.
*de Probat. conc. 700. num. 35. &
 conc. 1364. num. 4.* Surd. *de Alim.
 tit. 8. quest. 18. num. 24.* queda
 excluido el miedo para el otorga-
 miento del Testamento, y compro-
 bado de cierto para la renuncia, y
 declaraciones hechas à favor de el
 Convento.

95. Menos reparo se puede
 oponer à la declaracion de el año
 de 721. pues ademàs de que ay tes-
 tigos tambien, sobre que este acto
 se practicò con espontanea, y libre
 voluntad, se haze repugnante à el
 sentido poderse inclinar, à que inter-
 vinièssè miedo; pues en el tiempo de
 dicha declaracion, se hallaba libre
 el Religioso de la patria potestad,
 y fugeto solo à los Prelados de su
 Religion, por lo que se persuade el
 animo, à que el acto de la dicha de-
 claracion fue libre, espontaneo, y
 configuiente à el libre otorgamiento
 de el Testamento, en que instituyò
 à su Padre por heredero, y con èl
 mirò à quitar qualquiera reparo,
 que mediante la dicha renuncia, à
 el primer Testamento se le pudiera
 oponer; y por ser esto, assi restitui-
 do à su Convento, no tratò de hazer
 contrario acto à dicha declaracion,
 hasta que teniendo noticia, como se
 de-

dexa crear, su Prelado, y Religiosos, despues de siete años le compeliéron, à que hiziesse las dichas dos declaraciones.

96. Respecto de lo qual, sin alguna violencia, parece se convençe el animo, à que la dicha renuncia no pùede, ni debe producir en favor del Convento efecto alguno valido por dos capitulos: el primero por el defecto de voluntad del Religioso, pues à causa de tenerle, no revocò el Testamento primero en la forma, que quedasse revocado: y el segundo por el miedo, que intervino à el tiempo de la renuncia, y demás actos, que se hizieron à favor de el Convento.

97. Debaxo de cuyos supuestos parece consiguiente, que en el caso de declararle por valido el dicho Testamento, en que se instituyò à el Padre de estas Partes por heredero, se debe declarar por nula la transaccion, que celebraron con el Convento por la falsa causa, que intervino para su otorgamiento, la qual es cierto, que vicia el contrato, legado, institucion, rescripto, libelo, sentencia, y todo genero de disposicion, Vrrutigoiti *de Ecclcsijs Cathed. cap. 8. num. 59.* Sanchez *de Matrimon. lib. 8. disp. 21.* Mieres *3. part. de Maiorat. quest. 14. à num. 29. & 4. part. quest. 15. num. 149.* Dom. Castell. *tom. 6. Controv. cap. 172. à num. 27.* Gutierr. *Canon. lib. 2. cap. 15. à num. 14.* Dom. Olea *tit. 8. quest. 1. num. 5.*

98. Y consiguientemente vicia, y anula la transaccion, *leg. Computarem 36. ff. fam. hæcisc. ibi: Non enim transactum inter eos intelligitur cum ille cohæredem esse putaverit.* Y en terminos propios de transaccion Mantic. *de Tacit. & Ambig. lib. 16. tit. 8. num. 29.* Fe-

licius *de Soc. cap. 38. num. 79.* Cyriac. *lib. 4. contr. 586. num. 15.* D. Salgad. *3. part. Labyr. cap. 1. à num. 90.* Dom. Olea *tit. 8. quest. 1. num. 5.* Valer. *de Transact. tit. 6. quest. 3. num. 1.*

99. Además de la falsa causa, concurre tambien para la nulidad de la transaccion en el caso, que se ha propuesto, la lesion enormissima que intervino; pues siendo cierto, que mediante la subsistencia del dicho Testamento, en que quedò instituido heredero Don Bartholomé de Toro, no pudiendo tocarle cosa alguna à el Convento por razon de la legitima materna de el mencionado Fray Nicolàs, en fuerça de la dicha transaccion viniera à percibir lo mismo, ò quasi lo mismo, que le pudiera pertenecer si tuviesse la renuncia validacion, por lo qual, y no deber esta tener subsistencia alguna, està manifesta la lesion enormissima, que resulta contra los menores, y consiguientemente por ella se haze nula la dicha transaccion. Nogueroi, *allegat. 18. n. 190.* Dom. Castell. *de Tertijs, cap. 18. à num. 92. & lib. 3. Controv. cap. 2. num. 4.* Barbof. *lib. 2. vot. 25. num. 66. & alij multi citati, per Valeron de Trans. tit. 6. quest. 2. num. 31.*

100. Y competiendoles, como les compete, à estas Partes como menores el beneficio de la restitucion in integrum contra la transaccion, *tit. C. si adversus transact.* Mauric. *de in integrum restit. cap. 210.* Caldas *in leg. 3. C. de in integrum restit.* Valer. *de Transact. tit. 6. quest. 2. num. 38.* para en este caso han pedido los menores el beneficio de la restitucion *in integrum adversus prædictam transaccionem.*

ARTICULO II.

EN QUE SE FVND A, QUE EN CASO de poder tener subsistencia la Renuncia, solo pudo disponer el Religioso del tercio de sus bienes, y que en este caso debe subsistir la transaccion solo en los
64050. reales.

101. SE ha sentadò à los numeros 24. y 26. deste Informe, como Fray Nicolàs murió el dia dos de Agosto, y su Padre el dia tres de el mismo mes de el año de 729. y de aqui es preciso confessar, que aunque en el concepto de V.S. se pueda entender revocado el primer Testamento por la posterior renuncia, aun en este caso no puede tener esta subsistencia en la forma, que suena otorgada, pues ya queda referido à los num. 7. y 8. que la mitad de la legitima materna la dexò dicho Religioso à su Convento, y la otra mitad à su Padre, la que dispuso, que despues de su muerte heredassen estas Partes, medios hermanos de el Religioso, con el gravamen, y condicion, de que no teniendo estos hijos, ò entrando en Religion, avia de te caer en dicho Convento, y la misma disposicion hizo, imponiendo el mismo gravamen, en la parte de herencia, que le tocasse de su Tia Doña Luysa.

102. Cierta principio es, que para la subsistencia, y validacion de todo acto se necessita conjunctim los dos inevitables, y precisos requisitos de voluntad, y potestad, en el que se practica de tal calidad, que faltando qualquiera de estos dos esenciales requisitos se vicia el acto, *leg. Multum inter est, C. si quis alteri, vel sibi, leg. Sive enancipatis, C. de donat. Leg. In ambiguo, ff. de rebus dubijs. L. Cum te, vbi Baldus de Donat. ante nuptias, cap. Super*

Abbatia, de offic. & potest. Iudic. de legat. Mieres 1. part. de Maior. rat. quest. 1. num. 169. Fontan. decis. 46. n. 1. Dom. Molin. de Primog. lib. 1. cap. 24. num. 24. Dom. Salgad. 1. part. de Retentione, cap. 10. n. 78. Dom. Castell. lib. 2. Conzro. cap. 26. num. 4. & lib. 4. cap. 5. num. 9. Carleval de Iudicijs, tit. 1. disp. 2. num. 127. Roxas de Incompatib. in Introd. sui operis num. 54.

103. Es assi, que dicho Fray Nicolàs careciò de facultad para disponer de los bienes *quorum ius ei delatum erat* en la referida forma: Luego se infiere bien, que no puede tener subsistencia la expresada renuncia; lo que se prueba, de que assi como el Padre que entrò, y profesò en la Religion, no puede perjudicar à sus hijos en su legitima, *Authent. si qua mulier. C. de Sacros. Eccles.* de la misma manera el hijo, por el ingreso, y profesion en la Religion, no puede perjudicar à su Padre en la suya, que le compete por derecho, *leg. Si parentibus, ff. de inoffic. testam. L. Scripto, ff. unde liberi;* mayormente, quando la Religion, y la Iglesia, *quæ est cultrix iustitie, cap. Per tuas, de donat. cap. 2. de Alienat. feud.* no debe pretender cosa en perjuizio de tercero, y con especialidad quando la legitima merece mas favor, que la pia causa, *cap. Quicumque 17. quest. 4.* Luego no pudiendo perjudicar el dicho Fray Nicolàs à su Padre en su legitima, careciò de facultad

rad para disponer de sus bienes en el modo, que consta de su renuncia.

104. Y que el Padre deba obtener la legitima de el hijo, que entrò, y profesò en Religion, no solo se queda en terminos de argumentacion, sino que es general, observada, y practicada opinion; porque à lo mas que podrà extender el hijo Religioso su disposicion, teniendo Padre, y superviviendo, serà à eltercio de sus bienes. Valasco. tom. 1. consule. 24. num. 5. in fin. ibi: Denique secundum hanc communem opinionem vidi non semel iudicatum in Senatu, & dumtaxat Monasterio remanere tertiam de bonis que Monachus secum attulit, & alias duas partes dari matri, vel avia superstite post mortem Monachi quoniam illa tertia est libera ad disponendum. Y aunque habla el Autor de decissionses del Reyno de Portugal, en el, como refiere, ay Ley Real en que se le señala, como en este Reyno, à los ascendientes por legitima las dos tercias partes de los bienes de los descendientes.

105. Sin que à esto puedan obstar los fundamentos, que de contrario se pueden proponer, que acaso serà el primero, Authentico. ingressi, C. de Sacros. Eccles. ibi: Ingressi Monasteria, ipso ingressu se, suaque dedicant Deo, neque ergo his testentur ut pote nec domini rerum. Cap. Quia ingredientibus 19. quest. 3. el legundo, que el Religioso adquiere para el Monasterio, aunque tenga Padre, ò hijos, cap. 18. quest. 1. cap. Cum olim, de Privileg. el tercero, que el Monasterio habetur loco filli, §. Sed & hoc presenti Auth. de Santiss. Episcop. collat. 9. Auth. nisi rogati, C. ad Treb. cap. in presentia, de probat

106. Porque à el primer fundamento se satisface, con que el Auth. ingressi tendrà lugar en lo que fuere licito, y permitido por derecho, no perjudicando à los Pa-

dres en las legítimas, que siempre se deben conservar illesas, tit. C. de inoffic. donat. leg. Quoniam in Priorib. C. de inof. testam. a el segundo se responde, que el Religioso adquiere para su Monasterio existentibus parentibus vel filijs, quando la adquisicion es despues de la profesion, y no antes, porque en los bienes adquiridos antes de la profesion no puede el Religioso perjudicar à ascendientes; ni descendientes; porque la adquisicion se entiende sin perjuizio de tercero, cap. Saper eo, de offic. delegati ubi notant Doctores, à el tercero se responde, que el Monasterio se tiene por hijo civil, impropio, y ficto, y solo succede in casibus à iure expressis, ut cum Auth. de Santiss. Episcop. §. Sed & hoc presenti, collat. 9. D. Molin. Mieres, & Gutierrez, dictum est supra num. 40.

107. Lo mismo que el Valasco, resuelve el señor Gregorio Lopez, in leg. 17. tit. 1. partit. 6. Gloss. verb. Descendissent, à donde refiriendo la opinion de Azou, y siguiendo la de Placentino, dize: Et ista opinio quod & parentibus debeat legitima, & non excludantur in hoc à monasterio videtur verior, & equior. Ideia tenet Dom. Molin. de Primogen. lib. 2. cap. 9. num. 64. Avendaño in leg. 6. Taur. Gloss. 9. Cevallos Commun. contra Commun. quest. 806. num. 36. ibi: Ex qua verissima resolutione infero quod intantum est verum, quod Monasterium non succedit in bonis Monachi contra Testamētum ipsius antea factum, quod si moriatur vivente patre, quod nec ipse tamquam legitimus hæres privabitur legitima successione; quod est menti tenendum quia sæpè contingit de facto.

108. Gutierrez lib. 2. Canon. cap. 1. n. 95. ibi: Similiter id ipsum poterit facere filius respectu parentum, seu aliorum ascendentium

quod si id non fecerit, ascendentes debent obtinere integram legitimam. Y à el num. 96. cita diferentes Autores, que afirman, ibi: *Hanc opinionem communem esse profiterentur, & eam esse communem Legislatarum, & Canonistarum.* Dom. Castill. lib. 1. *Controvers. cap. 65. n. 2.* ibi: *Id quod evidentius constabit si præmitamus dubium esse apud Doctores communiter utrum Monasterium excludat ascendentes à successione Monachi professi, an vero mortuo filio seu descendente Monacho pater, & mater, aut ascendentes alij præferri debeant Monasterio in bonis quæ ipse Monachus secum attulit, vel habebat quando Religionem professus est, & licet num. 5. quem sequuntur multi relati à referendis infra existimaverint Monasterium excludere debere ascendentes ea ratione præcipue quod Monasterium loco filij habeatur: tamen in contrarium est communior, & verior sententia Monasterium per ascendentes excludi: inde est, ut quemadmodum pater, qui Religionem proficitur præiudicare non potest filijs suis in legitima, ita nec filius aut filia possit.*

109. El Padre Thomàs Sanchez in *Præcepta Decalogi*, lib. 7. cap. 9. num. 19. dize así: *Quinta conclusio sit ascendentibus illis debetur sua legitima, in illa quæ præferuntur Monasterio.* Y cita en comprobacion de esta conclusion innumerables Autores, que la figuen, y por pene ultimo à Luis Lopez lib. 2. de *Contract. cap. 39. quæst. 3. notabil. 5.* que asegura, que segun esta opinion, viò se juzgò muchas vezes en el Senado; y finalmente los señores Add. à el señor Molina de *Primogen. lib. 2. cap. 9. num. 64.* para afiançar mas esta opinion cita à el Padre Molina de *Iust. & Iur. disp. 40. column. 5. versic. Hoc tantum*, que

asegura, que estava en practica en el Reyno de Portugal, y concluyen los señores Add. diciendo: *Idque sine controversia procedit extante, leg. 6. Tauri.*

110. Cuya decision de la ley 6. de Toro, que es la primera, tit. 8. lib. 5. *Recop.* quita qualquiera duda, que sobre lo referido se pudiera conceptuar, ibi: *Los ascendentes legitimos por su orden, y linea derecha succedan ex Testamento, & ab intestato à sus descendientes, y les sean legitimos herederos, como lo son los descendientes à ellos en todos sus bienes de qualquiera calidad, que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos, descendientes legitimos, ò que ayan derecho de les heredar.*

111. Y en aquellas palabras, ò que ayan derecho de les heredar, no se puede comprehender el Monasterio por los fundamentos arriba referidos; y porque el Monasterio se tiene por hijo ficto, y solo succede en los casos expressos de derecho, y porque las dichas palabras se entienden con respecto à los hijos naturales, quienes por lo que mira à la madre son herederos ex Testamento, & ab intestato, aunque la madre tenga ascendentes, leg. 7. tit. 8. lib. 5. *Recopil.* que es la 9. de Toro; y por lo que mira à el Padre, aunque tenga ascendentes, les puede dexar lo que quisiere de sus bienes, leg. 8. tit. 8. lib. 5. *Recop.* que es la 10. de Toro.

112. Con que de todo lo referido se infiere bien, que el dicho Fray Nicolàs careció de facultad para otorgar la renuncia, dexandole à su Padre la mitad de la legitima materna, con el gravamen de aver de recaer en sus hijos; y muertos estos sin ellos, ò entrando Religiosos en el Convento, practicando lo mismo con la parte de herencia, que le tocasse de su Tia Doña Luyfa de la Fuente. *no tribuitur on. ordo Cu.*

113. Cuya disposicion tiene resistencia legal: lo primero, porque lo mas de que pudiera disponer el dicho Religioso, seria del ^{tercio} de sus bienes; y lo segundo, porque es indubitado, que qualquiera condicion, ò gravamen no es admisible en la legitima, *leg. Quoniam in Prioribus, C. de inoffic. testamento*, ibi: *Ipsa conditio vel dilatio, vel alia dispositio, moram, vel quodcumque onus introducens tollatur, & ita res procedat quasi nihil eorum testamento additum esset. Leg. 1. & 4. tit. 11. partic. 6. L. 17. tit. 1. eadem partica, & leg. 11. tit. 4. partica eadem.* Dom. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 1. num. 29. & seqq. & ibi Add. Dom. Valencia, lib. 3. Illust. cap. ultimo, num. 3. Dom. Castell. lib. 5. Controvers. cap. 107. num. 36. Dom. Larrea, decis. 36. n. 8. D. Salgad. part. 2. Labyr. cap. 16. num. 16. & 17. Roxas de Incomp. 1. part. cap. 1. num. 54. Antunez de Donat. tom. 1. prelud. 2. §. 1. n. 57. Aquila ad Roxas de Incomp. 1. part. cap. 1. num. 36.

114. Y tiene tal resistencia legal el referido gravamen, que no se puede tolerar sino es interviniendo la suprema autoridad de el Principe, ò el expreso consentimiento de las personas à quienes se les grava la legitima: y aun algunos quisieron, que este consentimiento se huviesse de afiançar con el juramento, Dom. Molin. de Primogen. lib. 2. cap. 3. num. 7. Dom. Castillo, tom. 5. Controvers. cap. 67. num. 52. & cap. 107. ex num. 46. Gutierrez in cap. Quamvis pactum num. 27. Add. ad Dom. Molin. dict. lib. 2. cap. 3. num. 7.

115. Con que no aviendo consentido este gravamen expressamente el Don Bartholomè, Padre del Religioso, pues hasta que murió estuvo justamente persuadido, à que todos los bienes del dicho Religioso

eran suyos, ni aviendo tampoco consentimiento tacito, que pudiera servir para el concepto de si el gravamen fue *in qualitate, vel in quantitate*, que no es del presente assumpto, no podrá tener subsistencia la dicha renuncia.

116. Y si solo quedará la duda en si se ha de viciar en el todo, ò podrá subsistir en el tercio, de que pudo disponer el Religioso, no obstante de tener ascendientes, *ex leg. 6. Taur.* ibi: *Pero bien permitimos, que no embargante, que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ò hazer qualquier ultima voluntad por su alma, o en otra cosa qual quisieren.*

117. Y parece, que subsistiendo la dicha renuncia (lo que no se prometen estas partes) valdrá en el tercio, porque todas las vezes, que se haze disposicion *ultra vires potestatis* se vicia en el exceso, y permanece dentro de los limites de la facultad, *leg. Sancimus, C. de donat. L. Generali, §. Vxori, ff. de usufructu. L. 26. Taur. que est 10. tit. 6. lib. 5. Recop.* ibi: *E si de mayor valor fuere, mandamos, que vala hasta en la cantidad de el dicho tercio, y quinto, y legitima.* Dom. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 8. num. 19. Dom. Castell. lib. 5. Controv. cap. 100. ex num. 6. D. Paz de Tenuta, cap. 34. ex num. 142. Dom. Salgad. 2. part. Labyr. cap. 4. num. 47.

118. Supuesto lo referido, es preciso bolver à tocar sobre la transaccion, que se celebrò entre el Convento, y los menores, è inquirir (si subsistiendo la dicha renuncia) se debe entender esta valida por lo tocante à los 6050 reales, que quedaron impuestos à censo à favor de el Convento, que fue en la forma, que parece la entendió el Inferior en su sentencia, sin la reserva de derechos

à la mitad de la legitima materna, que dexò dicho Religioso à sus hermanos, y sin reserva à la herencia de Doña Luyfa de la Fuente.

119. Y la dicha transaccion no se puede entender valida con la sagacidad, y acuerdo, que la quiso conceptuar el Convento, reservando para si los mencionados derechos, porque en este caso permaneceria, y subsistiera el gravamen en la legitima de Don Bartholomè, que como queda expressado, resiste toda disposicion legal; por lo qual, considerandole efecto à dicha renuncia, solo se debe tener por valida la transaccion en los 6050. reales, porque de otra forma claudicàra con el vicio de lesion enormissima en perjuizio de los menores, contra quienes aun la enorme no es admisible.

120. Que deba subsistir solo la transaccion en la dicha cantidad, y no mas en el mencionado caso, se comprueba, de que en esta forma no padeciò lesion el Convento, y si padeciò alguna no fue enormissima, porque como queda probado, la disposicion del Religioso solo pudo extenderse à el tercio de sus bienes; por lo que es preciso hazer computo de lo que le podia tocar por razon de el tercio, y ver la parte, que se le ha aplicado à el dicho Convento en la mencionada transacciò, y de aqui resultará el perjuizio, que tan sin causa, y la lesion enormissima, que tan sin fundamento ha voceado el Convento. La dote de la madre, como se ha referido, se regulò en la transaccion por doze mil y cien reales, de que se le aplicaron à el Convento 6050. la herencia de la madre de el Religioso importò 26682. reales, y juntas ambas partidas componen 38783. reales; en consideracion de lo qual, el tercio de todo importa la cantidad de 12927. reales, y 23. maravedis: con que si de lo que pudo disponer

dicho Religioso, fue de los dichos 12927. reales, y à el Convento se le aplicaron de estos 6050. resulta solo de agravio la cantidad de 6877 reales.

121. Con que no se puede arguir, que de la dicha transaccion le resultase lesion enormissima à el dicho Convento; y si solo à lo mas enorme segun la diversidad de regulaciones, que por los Autores se dan à la lesion enormissima, porque unos quieren, que exceda las dos partes de tres, ò otros tres de quatro, iuxta traddita à Menezes *in leg. 2. C. de rescind. vendit. num. 48.* D. Molin. *de Primog. lib. 2. cap. 3. num. 18.* Dom. Larrea, *decis. 68. num. 8.* Escobar *de Ratiocinis, comput. 6.* Fontan. *decis. 61. à num. 2. & decis. 65. à num. 7.* Parlador. *diff. 114. num. 4. & 9.* Giurba, *decis. 110. num. 3.* Menoch, *cons. 1. num. 249.* Dom. Castillo, *lib. 7. Cont. de Tertijs cap. 18. à num. 83.* y aunque la lesion enormissima, como dize el señor Castillo, *'dict. cap. 18. de Tertijs, num. 91.* se dexa à el arbitrio de los señores Juezes, para que segun la qualidad, y condicion de las personas, cosas, y otras circunstancias, arbitren prudentemente si se debe considerar lesion enormissima, ò enorme; parece, que à ninguna luz, en este caso, podrá regular el arbitrio, que aya enormissima lesion.

122. En cuyo supuesto entra agora la questio vtrum, la transaccion se rescinda por la lesion enorme; y que no se rescinda por lesion de esta classe, *tenent innumeri Doctores post Glossam in leg. Lucius, §. fin. ff. ad Trebell. cap. Cum causam, de empt. & vend. Pinelus in leg. 2. C. de rescind. vend. Matienço in leg. 1. tit. 11. Gloss. 8. num. 58. versic. Et partem negativam, lib. 5. Recop. Peregrino de Fideicom. art. 52. & consil. 102. num. 41. Cevall. Comm. contrà Comm. quest. 72. versic. Sed his*

his non obstantibus. Dom. Valenc. Velazq. *consil.* 88. *num.* 7. Gutierr. *lib.* 2. *Pract. quest.* 141. *num.* 2. *ad finem*. Parlador. *diff.* 44. *num.* 7. & alij innumeri quos citat Valeron de *Transact.* *tit.* 6. *quest.* 2. *num.* 29.

123 Y fundando el Valeron la practicada opinion, de que la transaccion se vicia *ratione lesionis enormissimæ*, llegando à interponer su juizio sobre la lesion enorme, *dict.* *tit.* 6. *quest.* 2. *num.* 46. dize assi: *Ego quidem in praxi veriore iudico distinctionem proxime traditam scilicet ex enormi lesione transaccionem non rescindi favore eius, lizium que minuendarum*. Y poco despues: *Ex enormissima vero lesione posse rescindi, quam distinctionem in nostro Pintiano Pratorio receptam, & pro ea sæpius iudicatum testamur, eiusdemque praxis in hoc pratorio testis est Matienzo in Dialogo supra hancque opinionem æquiore ac tutiorem esse, & pro ea sapiissime iudicatum agnoscunt supra dicti Doctores, qui ea defendunt*.

124. Y continua diciendo: *Qui omnes docent lesionem in hoc casu esse estimandam ex dubio litis eventu inspectis, utriusque partis iuribus ac si transactum non esset, & ex iniuria unius alterius lesionem stimandam fore*. Con que si para contemplar la lesion se ha de estimar el dudoso suceso del pleyto, y el derecho de cada vna de las Patres como si no se huviesse interpuesto transaccion, aunque se pudiesse inclinar mas el animo à la subsistencia de la renuncia (que à el parecer contiene dificultad summa) nunca quedara sin recelo de la no subsistencia de ella.

151
125. Despues de estar dado à la estampa este Informe, se advirtió, que en los 26682. reales, que le tocaron à Doña Josepha de la Fuente, por muerte de Don Geronymo de la Fuente su Padre, parece estàn incluidos los 16500. reales de la dote; y siendo esto assi, solo del tercio desta cantidad pudo disponer dicho Religioso, que son 8842. reales, y de aqui se sacara, que aviendose transigido el Convento con los menores en 6050. reales, solo resulta de agravio contra el Convento la cantidad de 2844. reales: y no equivaliendo esta porcion à la tercia parte de los 8844. reales, de que pudo disponer el Religioso por razon del tercio de sus bienes, aunque se pudiesse rescindir la transaccioa (que no puede como queda fundado) por la lesion enorme, no se enquenta, ni aun lesion de esta classe.

126. Y assi atendiendo, à que la renuncia no pudo obrar efecto valido à favor de dicho Convento, por los fundamentos en el primer articulo propuestos, ò à que el Convento tuvo presentes los instrumentos, en que constaban los bienes pertenecientes à dicho Religioso, ò à lo menos se informò de los que le podian tocar, y à que queda utilizado con los 6050. reales.

127. Esperan estas Partes, que ò se declare por valido, y subsistente el Testamento, en que el Religioso dexò por heredero à su Padre, y en este caso por de ningun valor, ni efecto la mencionada renuncia, y transaccion, ò que permanezca esta solo en los 6050. reales, assi lo esperan. Salva in omnibus T.D.C.

Lic. D. Estevan Corvalàn
de Robles.

