

no saliendo al locutorio la susodicha para que se hiziese la notificacion, se cumpliesse con entregar el escrivano traslado de dicha apelacion, y auto a ella proueydo a la portera, ò tornera, ò otra qualquiera Monja, y el escrivano llamo a doña Ana Marañon, Monja professa, y por no querer salir al locutorio doña Geronima de Pereyra, le entregò el dicho traslado para que se le diesse, y dixo se le daria, y por no responder se le acusò la rebeldia, y el auto fue por acusada y concluso, y se proueyò auto, *en que se remitió el dicho pleyto a el Alcalde mayor desta ciudad, para que nombrasse defensor a los bienes sobre que es este pleyto, para los efectos que huuiere lugar de derecho, y se declaró no auer lugar la prueua ofrecida por parte de don Tomas de Castro, y todo se mandó despachar sin embargo.*

¶ Y con este auto el dicho don Tomas de Castro pidió ante el Alcalde mayor que nombrasse dicho defensor, y nombrò a Gaspar de Espinosa, diciendo: *Que le nombrara para los efectos que huuiere lugar en derecho, que es conforme a lo proueydo por los señores de esta Real Chancilleria,* y el dicho Gaspar de Espinosa la aceptò, y jurò en forma.

¶ Y hecha la dicha citacion, el dicho don Tomas de Castro presentó peticion ante el dicho Alcalde mayor, firmandose en la apelacion interpuesta ante los señores Presidente y Oydores de esta Real Chancilleria, y pidió que se hiziese como en ella se contenia, y que se recibiesse a prueua, para que pudiesse justificar lo que en ella alega, de que se mandò dar traslado a el dicho defensor, el qual respondió, *que no tenia obligacion de responder,* porque solo era nombrado para los efectos que huuiere lugar en derecho, y que no podia auer efecto alguno de derecho para que en el pudiesse exercitar el cargo de defensor, y otras razones. Y concluso, el auto fue, *responda derechamente, de que apelò el dicho defensor, alegando lo mismo, y que los bienes que quedaron por muerte de don Alonso Pereyra, no estauan yacantes, ni la herencia yacente, y que los estaua poseyendo dicha doña Geronima de Pereyra, Monja professa, y Abadesa, y*

Priora

Priora del dicho Conuiento de S. Catalina de Sena, y que con ella se auia de sustanciar el pleyto, y no con el dicho defensor, y otras razones, y se ofreció a prouar, de que se dió traslado a el dicho don Tomas, el qual concluyó sin embargos. Y está visto sobre el dicho articulo de prouea.

7 ¶ Y para que se reconozca la notoria justificacion con que en esta excepcion dilatoria procede el dicho defensor, y que no ay, ni puede auer efecto de derecho en el estado presente, que le obligue a responder, ni menos que justifique su asistencia en juyzio en lo que mira a la accion intentada por la parte contraria, se diuidirá este papel en tres articulos.

8 ¶ El primero, en que se ajustará, que la apelacion interpuesta por el dicho don Tomas de Castro del auto de la apertura del testamento, es injusta, y prohibida por derecho, y que no puede introducir instancia de apelacion.

9 ¶ El segundo, en que se ajustará que el dicho defensor no puede, ni tiene facultad de derecho, no estando la herencia yacente para defender los bienes que posee la dicha doña Geronima, y que sobre esto es preciso recibir el pleyto a prouea.

10 ¶ El tercero, en que se ajustará, que ni la dicha doña Geronima tiene obligacion de salir a este pleyto, ni lo que se determinare en el podrá tener efecto de cosa juzgada contra la susodicha.

ARTICULO I.

11 ¶ Regla constante es regular y cierta, q̄ desuanece en la rayz toda la pretension contraria el q̄ del auto en que se manda abrir el testamento, no ay, ni se permite por derecho el remedio de apelacion (q̄ es el intentado por el dicho don Tomas) *l. vltim. ff. de appellat. recipiend. vel non sibi: Si res dilationem non recipiat, non permittitur appellare, ne vel testamentum aperiatur, Sc. l. quisquis. 6. C. quorum appellat. non recipiunt. & ibi Gotofred. lit. M. Paulus 5. sententiar. 3. §. 2. & 1. sententiar. 6. §. 3. Bartol. Bald. Salicet. Paulus de Castr. & communiter*

DD.

3

DD. in dist. l. quisquis 6. Gratianus in s. decreto, in cap. ult. verf. Si quis etiam ausus fuerit 2. quest. C. Innocentius in cap. Pastoralis 28. n. 3. circa finem, verf. Ad hoc ita, de officio, & potestat. iudic. delegat. Marantz in speculo aureo abtu 2. part. 6. principio in verb. Et quando ne appellatur, n. 3 22.

12 ¶ Donde puesta la regla de que la apelacion es siempre permitida, si no es en caso de ley que expressamente la prohiba, pone algunas limitaciones, y la 1. 4. es que no se admite apelacion a pronunciacion de aperiendo testamento, Menochius de adipiscend. remede 4. nu. ibi: Quod Imperator Adrianus prohibuit appellare a decreto de tabulis aperiendis, Speculator. in tit. de appellationibus, §. in quibus, num. 10. verf. Octavo, lib. 2. Rebuff. tract. de appellat. art. 9. glof. unic. num. 10. tom. 3. Scaccia de appellat. lib. 3. cap. 2. quest. 17. limit. §. per totam.

13 ¶ Y la razon desto es, vna, porque el testamento, y su apertura y publicacion pide celeridad, l. 2. tit. 2. part. 6. ibi: E abrillo luego, y no causa perjuizio, ita Bald. in d. l. quisquis, ibi: Quia apertura testamenti desiderat celeritatem, & quia nemini prejudicatur, idem in cap. 1. §. naturales filij si de feudo fuerit controuersa, Salicetus in eadē l. vbi hanc duplicem rationem alsignat Scaccia ubi supra, num. 2.

14 ¶ Menochio dà otra razon en el lugar citado, siguiendo a Iulio Paulo lib. 6. receptar. sententiar. tit. 6. ad finem, y a Cujacio, ibi: Quod non sit magis equum per causam testamenti clausi heredibus, aut legatarijs mora fieri.

15 ¶ Y yo añado otra razon muy propia de el caso presente, y exclusiua de la intencion, y animo con que se ha bulcado, y se ha querido introducir este remedio de apelacion de la apertura del testamento, mezclando en ella, y en la conclusion de la peticion de apelacion, no solo que se reuoque el auto de la apertura del testamento, si no lo principal que en consecuencia se dà por nulo el dicho testamento, suponiendo, que la apertura, y nulidad son consigüentes, siendo así, que aunque el testamento fuessè nulo, ni la apertura le hiziera valido, ni porque fuessè nulo se auia de dexar de abrir, porque la apertura, y la nulidad son medios muy separables, y distintos, y que no tiene el

vno dependencia de el test.º, antes para dezir de nulidad, es bien se abra el testamento, y se sepa lo que en el se contiene, l. 1. ff. quemadmodum testam. aperiunt. ibi: *Per veritas exquiri possit ex his controversijs, que ex testamento oriri possunt.* Y el edicto de tabulis exhibendis, es aperiendis, compete por el testamento nulo, y imbalido, que en la apariencia del está cerrado. con las solemnidades ordinarias, ita Bartol. in l. 2. §. penult. in summo. ff. quemadmodum testam. aperiunt. Francisco Nigro Cinaco controu. forens. 444. num. 127. es seqq. qui num. 127. ait: *Aperitio fieri videtur, ut cognosci possit an testamentum sit approbandum, vel improbandum, quia ad incognitum nulla habetur affectio, ut inquit Angel. in cons. 78. num. 2. alia sequeretur, quod si filius curaret aperiri patris testamentum, es reperiret se preteritum non possit illud impugnare, quod absurdum est dicere.* Gregor. Lopez in l. 1. glof. 1. tit. 2. part. 6. Anton. Gomez in l. 3. Taur. num. 36 Matienç. in l. 14. tit. 4. lib. 5. Recop. gl. 2. num. 3. ad finem.

16 ¶ Y assi ò el Licenciado don Tomas de Castro pretende que se declare por ninguno el testamento, y reuindicar por este medio los bienes que posee doña Geronima, y esta es vna demanda ordinaria que la deue intentar contra la poseedora en su fuero, vt dicam infra in 3. art. y para esta accion no le será de perjuizio el auerse abierto el testamento, ni se le ha causado daño alguno, pues le queda salva su accion: ò apela solo de auerse abierto el testamento quatro años antes de la apelacion, queriendo que todo este tiempo huuiesse estado cerrado, y se huuiesse faltado a las obras pias que en el se contienen; y a las Misas y sufragios del difunto, y esto contiene demasiada importunidad, como dize la l. quisquis, C. quorum appellat non recipiant. Y anade, que no se deue admitir por el Juez superior, y cõdenaua, assi a el q apelaua; como a el q admitia la apelaciõ (en aquele derecho delCodigo) en 20. libras de plata por modo de multa, ibi: *Viginti librarum argenti multa, es litigatorum, qui tam importunè appellauerit, et iudicem, qui tam remissam cognozentiam adhibuerit, in hoc via. Rebut, vbi supra. no. 15. 11. Scaccia loco citato, num. 3.*

4
17 ¶ Y en consideracion de dicha pena di-
ze Fachineo en el lib. 1. de sus controuersias, cap. 96.
que la prohibicion de la dicha *l. quisquis*, en que denie-
ga la apelacion, se entiende en ambos efectos, suspen-
siuo y deolutiuo, ibi: *Argumentum ex hoc textu sumitur*
in hunc modum: nam est appellans, est iudici appellacionem
admittenti pena irrogatus, nullo discrimine adhibito, sequitur
indistincte appellacionem esse prohibitam: quia si permisa esset
quoad effectum deolutiuum, neque appellans, neque iudex pu-
tiendus esset, liceret enim aliquo modo, et appellari, et appella-
tioni deferre, idem tenent Augustinus Boer. quest. 44.
Petrus Bemintend. decis. 79. num. 6. Ioseph. Ludouil.
decis. Persuisa 20. num. 10. quos ipse refert.

18 ¶ Y si pretende que huuo defectos en la
apertura del testamento, y que de no auerse hecho la
apertura legitimamente, resulta nulidad del testamē-
to, de manera, que la nulidad esté en la apertura nula,
porque la publicacion y apertura sean precisas solemnidad
para que el testamento valga, por la *l. publicati 2. C. de testamentiis, et quomodo testamenta ordinentur*. Esta
solemnidad era necessaria de derecho. antiguo quā-
do los testamentos cerrados se hazian cō testigos sin
escruiano, porque antes de la publicacion no eran ins-
trumento publico, vt ad text. in *l. tabularum testamenti*
2. in princip. ibi: Quia potius publicum est instrumentum, ob-
seruat Accursius in verbo, publicum, diciendo, que el
testamento hecho sin escruiano era en la utilidad pub-
lico, y que desta publicidad habló a quel texto, pero
no de lo publico en la autoridad judicial, y la ley 2. y 3.
de test. 2. de la part. 6: que dan forma en la apertura de el
testamento, tambien hablan en el testamento cerra-
do hecho sin escruiano en la forma de el derecho co-
enun, con sus firmas, y sellos pendientes, vt obseruat
Greg. in dist. l. 3. verb. dependens monstrat, glos. q. ibi: Quan-
do testamentum in scriptis sit sine tabellione, debent ita seruari,
si ruerit sine tabellione, prout communiter hodie fiunt in istis
R. regni, maxime post legem 3. Taur. ista non requiruntur, cum
propter auctoritatem tabellionis ipsa scriptura sit publica, et si-
dem fuerit, prout voluit glos. not. d. h. l. quae communiter appro-
batur in l. 2. in princip. in verbo publicum, ff. quae modum
testam.

testa. aperiantur, tenet etiam *glos. in l. quatio nem sin. ver-
bo ostenditur, C. de fideicommiss.*

19 ¶ Y prosigue, que es error el publicar
precisamente, y guardar esta forma de publicacion ju-
dicial en los testamentos hechos ante escriuano pu-
blico, y que esta diligencia aunque se fuele acostum-
brar no es necessaria, ibi: *Et hoc nota, quia errant aliqui,
qui talia instrumenta facta coram tabellione faciunt coram iu-
dice publicari, ut aliquando vidi, nam non est necessarium.*

20 ¶ Y aunque esta distincion era por dere-
cho comun, y antes de la ley de Toro asentada y cor-
tiente, que las solemnidades de la apertura, y publica-
cion del testamento no eran necessarias quando se o-
torgaua por instrumento publico ante escriuano, es
mas ajustada y corriente despues de la *l. 3. de Toro*, que
da forma a el testamento cerrado hecho ante escriua-
no, vt in terminis huius legis tenet Greg. Lopez vbi
supr. Ant. Gomez in dict. *l. 3. num. 668. § 1035. cum
pluribus Matienç. in l. 14. tit. 4. lib. 5. Recopilat. glos. 2. in
princip. donde desde el num. 3. refiere toda la forma,
y solénidad de la apertura del testamēto, y su publica-
cion, diciendo, que ha de constar lo primero de la
muerte de el testador, lo segundo, que los testigos
comparezcan ante el Iuez, y reconozcan sus firmas, y
que el Iuez pronuncie sobre que se reduzgan a publi-
ca forma, y a registro, y en el num. 7. concluye, que to-
do esto se entiende en el testamento hecho sin escriu-
ano a el vso del derecho ciuil Romano: pero que en
el testamento, en que conforme a nuestras leyes Rea-
les, assiste a el otorgamiento escriuano publico, no es
necessaria esta solemnidad, y solo dize que se obserua-
rà en España en los testamentos auiertos que se hazē
sin escriuano, en que habla la ley 15. del mismo titulo
y libro quando para leer, y publicar el testamento, se
llaman aquellos a quien el interesse compete, donde
la ley no dize para abrir, si no para leer, y publicar, su-
poniendo primero la lectura, y luego la publicacion,
y no la apertura, suponiendo que habla de testamen-
to auierto, no publico, optime Azeuedus in *l. 2. tit. 4.
lib. 5. glos. Los quales ayran de firmas num. 14. § 16. Mon-
teroso**

Montcroso pone la forma de la apertura de testamentos cerrados, y su publicacion, 7. *tratt. de escrituras publicas, fol. 182.* y concluye estas diligencias, aunque no se hagan, no dexa de valer el testamento.

21 ¶ Y la *l. cum ab initio, ff. quemadmodum testam. aperiant.* que pone la solemnidad de la apertura del testamento cerrado, y *la l. 2. y 3. tit. 2. p. 6.* con concordante para la apertura del testamento, no requieren citacion de los interesados, sino que se llamen los testigos, y reconozcan sus firmas, y si algunos, o todos estan ausentes, basta que el luez le abra en presencia de personas fidedignas, y que despues de abierto reconozcan sus firmas, quando parezca los testigos, *Matienc. vbi supra, n. 5.*

22 ¶ Luego resulta por necessaria consecuencia, que no puede introducirse nulidad del testamento, por defecto que se oponga a la apertura y publicacion, porque esto no es de substancia para el efecto y valor de la voluntad del testador, y su testamento, que quedò publico y exequible por el otorgamiento, y forma de la *l. 3. de Toro.*

25 ¶ Y configuientemente aun quando la materia fuera apelable, no auia materia, ni agrauio en que pudiera fundarse la justificacion de la apelacion, quanto mas quando en estas materias, no es permitida la apelacion, ni instancia de ella, como se ha fundado.

24 ¶ Y para mayor conuencimiento de q̄ esta pretension còtraria solo mira a introducir ençuetro de Tribunales, y que la apelacion de la apertura del testamento es vn achaque buscado para emboluer en el la pretension de la nulidad del testamento, se adierte, que el luez en la apertura de este testamento guardò la forma obseruada y guardada, y conforme a la *l. 2. tit. 2. p. 6. & quid dixim' n. 20.* y a todo el *tit. ff. quemadmodum testamenta aperiantur,* donde se ordena, q̄ se llamen los testigos del otorgamiento, que reconozcan sus firmas, y hecha esta diligencia, luego se abra el testamento, sin que requiera mas solemnidad, y así se hizo, y los testigos instrumentales dixeron sus dichos,

ellos, y como estando en su entero juyzio y capacidad, otorgó don Alonso Pereira su testamento, y en esta forma el Iuez lo mandó abrir: conque es euidente, y cierta manifestacion del animo de don Tomas, que este medio de la apelacion de la apertura solo es medio, para por el (a su parecer) conseguir el desaforzar a la persona Eclesiastica de su fuero, alterar las reglas de la jurisdiccion; a que no es justo se delugar en Tribunal que tanto mira por la conseruacion de la jurisdiccion Eclesiastica.

ARTICULO II

25 **E**L nombramiento de curador, como se adierte en los num. 4. y 5. fue para los efectos que huiera lugar en derecho, y pretēde Gaspar de Espinos, que no solo no tiene efecto al gundo de derecho que le obligue a responder, sino que antes todos los que asisten a este pleyto le obligā precifamente a la dilatoria que ha intentado, de que no tiene obligacion, ni puede responder en el.

26 ¶ Y porque parte de los fundamentos de justicia que le asisten, consistē en el hecho que ha de resultar de la prouançā, se ha ofrecido a prouar, y sobre este articulo de prueua está visto el pleyto.

27 ¶ Y para justificacion del, y de la dicha excepcion principal se ponderan los fundamentos siguientes.

28 ¶ El primero, que aunque es cierto que se puede dar defensor a los bienes del difunto, o quando no ay heredero, o quando está la herencia iacētes pero de herencia aectada, y bienes que posee el heredero como tal, no conoce el derecho efecto, ni causa en que pueda subsistir el nombramiento de defensor y curador. Angel. *in dispur. quz incipit Astensis miles, in colum. 1. es. cons. 334. in princ. Roman. cons. 202. Sebast. Bantius de nullis et sentent. es. defectu mandati, num. 174. et num. 171. D. Salgad. in laborum creditur. 1. par. cap. 32. nu. 9. vbi, quod curator datus nullus erit momenti, Et. *num. 14. & sequentibus*, donde por todo el capitulo funda copiosa-*

profamente, que los defensores que de derecho se dan a la herencia, se entien de quando no esta aceptada, y quando no ay heredero.

29 ¶ Y la razon de esta conclusion es muy viva, porque la causa de darle curador en diferentes casos de derecho, es por faltar legitimo contradictor, y persona intercellada que defienda los bienes, como en los curadores del menor que no es capaz de administrar sus bienes, y asistir en su yz, toto tit. ff. de administrat. tutor. 25. in. de uacatib. et curatorib. datis ab his, tit. institut. de curatore, en el prodigo y furioso, toto tit. ff. de curatore furioso, es prodigi; del deudor que haze cesion de bienes, l. si debitor, in fin. ff. de curator. bonis dand. en la herencia no aceptada, y que esta iacente, la l. i. ff. de curat. bonis dand. Porque el nombramiento de defensor es vn remedio subsidiario para que los bienes no quedé sin defensa, quando no ay persona que tenga derecho a hazerla, y auiedo persona capaz, y a quien toca principalmente la defensa, no puede auer causa de derecho que justifique el quitar la defensa a quien le toca, y darla a vn curador, o defensor, l. si seruus 4. ff. de bonis auctoritat. iud. posside. l. ibi: Si quis tamen se heredem respondendo, vel actiones paciendo defuncti in defenda; & ibi glos. verb. si quis; ibi: Licet et verum sit bona heredis possideri si tamen existet defensor, non erit defensor.

30 ¶ Y la causa de darle curador a la herencia iacente, es porque falta quien la defienda, y por q representa la persona del difunto; & non est in rerum natura, y no puede defenderse, ni dar poder, y luego que se acepta dexa de hazer esta representacion del difunto, y representa la persona del mismo heredero, l. hereditas in multis 6. 1. ff. de acquir. rerum domin. l. captam, ff. de suscipionib. Gutierrez lib. 2. pract. quest. 46. num. 2. Carleual de iudicijs, tom. 1. tit. 1. disputat. 2. quest. 3. num.

328. ¶ Y de estas proposiciones saca consecuencia el señor Salgado, vbi supra, num. 3. que dar curador a la herencia aceptada es dar curador de nadie, porque ya el difunto no es persona en si, ni por representacion, y el defensor no lo puede ser del heredero

dero sin poder suyo, y así no ay persona de quiẽ pue
da ser curador, ni defensor, ibi: *Quia dicitur curator, &
procurator nullius, quem possit, prout debet representare.*

32 ¶ Et infra, num. 9. *Datur enim curator he-
reditatis sub qualitate, quod sit iacens, si qualitas deficiat, deficiit
dispositio, Glor. in l. mancipia, verb. auocandum, C. de seruis fu-
gitiuis. Fuluius Patianus, Menoch. Surd. & alij, quos
ibi refert.*

33 ¶ Y no obstará dezir, que auiendo auto
que se mandó despachar sin embargo, para que se
nombrasse el dicho defensor, obra efecto de cosa
juzgada.

34 ¶ Lo vno, porque la sentencia, ò deter-
minacion que se funda en presupuesto y causa incier-
ta, no obra efecto de cosa juzgada, como en termi-
nos de nombramiento de defensor son textos expre-
sos, l. tutor si petitus, l. Seia egressa, ff. de tutoribus & curat. da-
tis ab his, donde el curador nombrado, a quien se dize
pupilo, & tanquam pupillo, que en la verdad no lo es,
no tiene subsistencia ni valor: lo mismo prueua la ley
si putas, C. de petit. hereditatis, vbi cõmuniter Bald. Odo-
fredus, Cynus, Albericus, Guido Papz conf. 169. An-
gelus, Alex. Iason, Imola, Aretinus; & Zacius ad l. is
cui bonis, C. de verb. obligat. Ioan. Faber in §. furiosi, Inst. de
curat. D. Salgad. vbi supra, n. 10.

35 ¶ Lo segundo, porque el nombramien-
to fue para los efectos que huuiesse lugar de derecho,
que equiuale a la clausula, *prout iuris est, vel fuerit*, y la
parte que quiere valer se del dicho defensor, a de justi-
ficar los efectos de derecho en que pueda exercitar su
oficio, quando es cierto, que los principios de dere-
cho le estan resistiendo, y la sentencia, ò comission cõ
la calidad, *prout iuris fuerit*, no haze exequible lo q̃
no lo es, ni justifica lo que ahiás no tiene justificacion,
sino cõserua el derecho en su naturaleza primordial,
& stat conditionaliter, & restrictiue, fra caso hiziere
efectos de derecho en que se pueda verificar; argum.
text. in l. pater quod bon. fide, vbi glor. & Aretinus, C. de
pater, Roman. conf. 36. num. 3. Felanus in cap. 2. coluon. 4.
vers. Scias etiam quod aliquando in hincis, de rescriptis. Pe-

36 ¶ *Trus Surdus, qui alius refert conf. 379. n. 33. C. 34.*
 ¶ Justifica su excepció en dezir, que no solo está la herencia aceptada por doña Geronima de Pereira, y la susodicha en posesion de los bienes: pero que es constante y verdadero hecho, que don Tomas de Castro pidió posesion de los bienes q̄ quedaron por muerte del dicho don Alonso Pereira: pretendiendo que era su heredero abintestato; y la dicha doña Geronima, y el Conuento de santa Catalina de Sena suscitò Iuez conservador en virtud de las Bulas que para ello tiene la Ordē de santo Domingo, al Arceobispo de esta santa Iglesia, y procedió a inhibición contra la justicia seglar, y se hizo contradiccion por dicho don Tomas, y el defensor de la jurisdiccion Real, y se formò instancia, y se recibió el pleyto a prueba; y se hizieron prouanças; y de ellas publicacion; y concluso y visto se declaró por Iuez, y mandò, que la justicia seglar se inhibiesse, y le remitiesse los autos, de que por el defensor de la Real justicia se apelò, y se truxo el negocio a esta Chancilleria por via de fuerça de conocer y proceder, y se declaró por auto de los señores de la Real Chancilleria, que en conocer, y proceder no hazia fuerça el Iuez cõseruador, a quien la Justicia Real remitiò los autos originales.

37 ¶ Este hecho se ha ofrecido a prouar el defensor nombrado, para justificar dicha excepcion dilatoria, y siendo releuante se deue admitir esta prueba, *ex his quæ scribunt DD. ad text. in l. ad probationem, C. de probat.*

38 ¶ Y que sea releuante es notorio; *ex his quæ a principio huius articuli dicta sunt.*

39 ¶ Y porque para criar defensor a los bienes, es necesario, que la persona que lo pide expresse la causa con que justifica su pedimiento, y el nombramiento de defensor judicial se limita, ò amplia cõforme a la necesidad de la causa. *Bart. in l. actor, la. 2. col. 1. verfi. Secundo quero ff. rem ratam haberi, per text. in l. decreto, ff. de administrat. tutor. l. solent, in fin. ff. de iurel. §. fin. Inst. de curat. Decius conf. 674. lib. 5. Vantius de nullit. ex defectu inhabilitatis, num. 174. Monteleone in prax. lib. 1.*

Ep. 7. num. 29. & 31. y la facultad del curador no se de ue tanto entender por las palabras del poder, como de la causa de su nombramiento, *Tusch. lit. C. conclud. 1197. num. 3. & quod eius potestas reguletur à causa. Angelus cons. 193. per totum:* y no constando de causa legitima en el juyzio, los autos de la creacion de curador y defensor, y con el hechos, son nulos, *Bald. cons. 323. vers. Quando autem ven. lib. 5. Fulgof. cons. 113. in princip. Tusch. lit. C. conclud. 1104. num. 12. & 13.*

40 ¶ Y así le fue preciso a Gaspar de Espinosa para entrar en la defensa deste pleyto considerar y explorar la causa de su nombramiento, y conforme a ella ver los efectos que en derecho le pudieran corresponder, y en estos introducirse, y no en otros contrarios, porque ni a ellos le asistia la causa, ni menos el decreto le correspondia, pues limitadamente se ha lla nombrado para los efectos que huuiere lugar en derecho; y hallando en la exploracion de la causa vn hecho como el que se ha referido, en que totalmente se excluye el poder obrar, ni asistir en juyzio a la contestacion de la nulidad del testamento intentada, justamente lo propone, y se ofrece a prouarlo, y se deue sobre ello recibir a prueua.

41 ¶ Especialmente considerando, que para el dicho nombramiento de defensor no precedió conocimiento en forma bastante de si la herencia estava iacente, o acetada, y que ajustandose aora por la prueua ofrecida, que esta aceptada, y possyda por persona Eclesiastica, aun quando a el principio subsistiera el nombramiento; auia de cessar reconocida la aceptacion del heredero que esta en possession de los bienes. *D. Salgad. vbi supr. n. 13. & in eodem laborint. §. 3. n. 16. n. 74.*

42 ¶ El tercero fundamento y mas indiuidual del articulo, es, que la apelacion del defensor fue del auto del Alcalde mayor, en que le mandò, q respondiesse derechamente ante el a la afirmatiua de dō Tomas de Castro, que diò ante el dicho Alcalde mayor, en que se afirmò en lo dicho y alegado en la petition de apelacion interpuesta ante los señores Presidente

dente y Oydores, y pidió, que el dicho Alcalde mayor lo recibiese a prueva, auto que notoriamente es injusto por defecto de jurisdiccion, porque estando pendiente la apelacion en esta Real Chancilleria, la instancia della no la podia proseguir el Alcalde mayor, ni ser luez de apelacion de los autos de su Tribunal para confirmarlos, o reuocarlos por apelacion: *appellatio enim est prouocatio de minori ad maiorem iudicem*, l. 1. *S. si quis in appellations*, ff. de *appellations*, Scaccia de *appellations*, cap. 2. *quest. 1. art. 3. num. 1. es num. 14.* ni la comisiõ que huuo de los señores de la Sala fue para mas que el nombramiento de defensor, y hecho lo deuio remitir a dichos señores, y no passar a proueer el auto, en que mandò, que Gaspar de Epinosa respondiessè derechamente a dicha afirmatiua, vt per se notum est.

* * A R T I C V L O III. * *

43 ¶ Principio, y regla de la jurisdicciõ Ecclesiastica es, que el Clerigo, o Religion essempta no puede ser citado como Reo necesario por Tribunal secular. Y que el que intenta contra el acciõ, deue seguir el fuero Ecclesiastico, *cap. denique 5. cum alijs 96. distinet. cap. decernimus, cap. as si Clerici, cap. cum nõ ab homine, es cap. qualiter de iudicijs, cum multis Carleual de iudicijs, tom. 1. disput. 2. quest. 6. sect. 1. num. 392. cum seqq.* Y aunque es permitido el mandar citarle, *si sua putauerit interesse*, que es a lo que mira el pedimento de don Tomas, y auto proueydo: todauia esto se entiende quando el Clerigo, o persona Ecclesiastica puede tener algun derecho de accion: pero no puede subsistir esta citacion quando el interes es de posesiõ, que el Ecclesiastico tiene en los bienes, sobre que se pretende citar por el luez secular, porque aunque el auto de la citacion sea con la clausula, *si sua putauerit interesse*, es Reo necesario y dicha clausula no le puede dar valor a la citacion para traer al Clerigo poseedor al Tribunal secular: quia quomodo cunque consideretur citatio, siendo el Clerigo poseedor, es Reo necesario, ita Vicentio de Franchis *decis. 5. 23. num. 15. es 16. Marta de iurisdic. par. 4.*

cent. 1. cas. 37. num. 16. Giurba decis. 1. num. 51. in fin. Anton. Amato variar. resolut. resolution 32. à num. 4. & sequentib. D. Franc. del Castillo decis. 2. num. 8. 9. & 10. Tuleh. conit. 239. n. 55. lit. l.

47 ¶ Y de aqui es, que si el Clerigo toma la possession de los bienes de la herencia quando otro tercero no ha preocupado la possession (lo qual hizo, y pudo hazer legitimamente doña Geronima de Pezreya; potest enim hæres ingredi possessionem bonorum hæreditatis iacentis auctoritate propria, vt copiose prosequitur D. D. Ioannes del Castillo *lib. 3. contr. cap. 24. a num. 5. cum seqq.*) si alguno pretende contra dezir esta possession, y reuindicar los bienes, ò intentar otro remedio; ò accion contra el testamento, ha de intentarlo ante el Iuez Eclesiastico, ita Zuchardus *in l. fin. C. de edito Diui Adrian. tollend. num. 315. Menoch. de adipiscend. remed. 4. num. 475. & 476. & de recuperand. rem. 15. n. 119. cum duobus seqq. Gutierrez lib. 1. Canon. cap. 34. n. 32. & 33. & conf. 48. num. 9. & 10. Marta de iurisdic. 4. p. cas. 34. D. Salgad. de prote. 3. part. 4. c. 8. nu. 148. & 149. Nogueroal alleg. 31. nu. 33. & 34.*

45 ¶ Y aunque la possession la huiesse obtenido el Clerigo ante el Iuez seglar, si despues finiesse inquietado en la propiedad y nulidad del titulo de su possession, ha de ser conuenido ante el Iuez Eclesiastico, ex dispositione text. *in cap. fin. de iudicijs, & ibi Barbof. num. 2.*

46 ¶ Sin que obste el *cap. 1. de causa possess. & propriet.* donde la causa de propiedad pertenece al Iuez que lo fue de la possession, porque como aduierte Barbof. *in dict. cap. 1. num. 5.* no se entiende esta continenencia, quando el poseedor es de diferente fuero, como lo es en este caso.

47 ¶ O quando la possession fue absoluta, y sin las clausulas, sine preiudicio tertij, ò otras clausulas que pòdera Carleual *de iudicijs, tom. 1. disp. 2. nu. 950. D. Salgad. in suo labyrin. part. 2. cap. 6. nu. 51. & seqq.*

48 ¶ Y aqui no se halla nada desto, si no vna possession adquirida independiente de la jurisdiccion Real por facultad propia concedida por derecho, vt *ex D. Castell. diximus num. 44.*

Y no

¶ Y no obstante lo dicho. El pretendido don Tomás que la apelación de la apertura del testamento, gradatim, toca a la Real Chancillería, como Tribunal superior de el Alcalde mayor que mandó abrir el testamento, ex his que observat Carleual de iudicijs, tom. 1. disp. 2. n. 97.

¶ Lo vno, porque como se ha fundado en el artículo primero, no se admite apelacion de la apertura del testamento, y el apelar y otorgar la apelacion, es materia impermente, y culpable, como dize la l. quisquis, C. quorum appellat. non recipiantur. Y asi not autiendo grado de apelacion en este caso, fructa, se aplica la resolución de Carleual, que dize que la apelacion licita y justa, ha de ser al Tribunal superior de el Iuez apelado.

¶ Lo segundo, porque la conclusion de esta apelacion es, que se declare por ninguno el testamento, y aver muerto abintestato el dicho don Alonso de Pereyra, y esta nueva accion no puede tener concernencia, ni conexidad con la apelacion de la apertura del testamento, porque como se fundo en el artículo primero la apertura del testamento, no conduce, ni aprovecha, ni perjudica a la nulidad, o valor del, ni la excepciõ de demecia, de que se vale la parte contraria, pretendiendo que don Alonso Pereyra estava incapaz al tiempo del testamento, es excepcion del juyzio sumario de la apertura del testamento, no menos del remedio possessorio de el edicto de Divo Adriano, que es sublequente a la apertura, vt bene observat Menochius, de remedijs, remedio. 4. ex numer. 7. 26. Canalcanus, decis. 20. ex num. 24. cum seqq. Dom. Castill. lib. 3. cap. 24. num. 123.

¶ Y aun quando incidiera la nulidad en la apertura siendo Iuez incapaz de la excepcion incidente, el seglar no podia conocer de ella por la dicha incidencia, DD. in l. si quæstio, C. de ordine iudiciorum, o quando se puede determinar la causa principal de la apelacion sin dependencia de lo incidente, vt observat Barbol. in l. ad lite Presitem. i. C. eodem, num. 2.

¶ A q se alega, q considerados los bienes

de don Alonso Peregira, o como jacetes, o como hereda-
dos, y possedydos por doña Geromima, o como preté-
dedo Tomas de Castro, adquiridos por el abintestato.
siempre se considera bienes Eclesiasticos, y escriptos de
la jurisdiccion Real en los dos ultimos casos, pates, por
que don Tomas y doña Geromima, y el Conuento
de Santa Catalina de Sena son Eclesiasticos, y gozan
del preuilegio del fuero, en si y en sus bienes.

54. ¶ En el primero caso tambien, porque
don Alonso Peregira, difunto, de cuya succion se
trata, era Clerigo de menores Ordenes con Capella-
nia colada, y los bienes que dexó, no solo en su goza-
uan del preuilegio del fuero, si no que los auia hereda-
do con el mismo preuilegio de don Alonso Pe-
reyra su padre legitimo y natural, que por muerte de
su madre del dicho don Alonso se ordenó de orden
Sacro, y siendo herentia jacente, de difunto Clerigo
representa, *vi dixi num. 30.* la persona y calidad, Cle-
rical, y gozan los bienes del fuero Eclesiastico, ita Pe-
trus Barbo. *in l. heres absens in princ. num. 180. El segg.
de iudicio, Cautier lib. 2. pract. c. 49. à n. 3. Marta de iurisd.
4. part. cent. 2. casu 122. num. 14. Carleual. de iudicio, to-
m. 1. tit. 1. disp. 2. quest. 5. ex num. 322. Dom. Salgad. in
laborant. part. 1. cap. 32. num. 32.*

55. ¶ Y así no ay causa para introducir en
la Real Chancilleria el pleyto principal del valor del
testamento de la reivindicacion de los bienes Eclesias-
ticos, y possedydos por personas Eclesiasticas, y lo que
mases estando radicado el conocimiento ante el Juez
conseruador, y calificado con el auto de los señores
desta Real Chancilleria, que declararon, que en cono-
cer, y proceder no hazia fuerza.

56. ¶ Estos reparos ha hecho el defensor no
brado a la entrada deste negocio, porque deuiendo
explorat en si, y en los bienes de su defensoria la legi-
timacion de persona, y efectos de derecho para que
fue nombrado, ha reconocido, que estos efectos
que aduente en este papel son los que le ha tocado re-
presentar, procurando escusar la nulidad de autos de
tan gran Tribunal, considerando que de las cau-
las

las Eclesiásticas la jurisdicción Real, no puede conocer, y si conociera, y huviera carta executoria, y se huviera de executar por mano de los Iuczes Eclesiásticos, cierto es que no los executarían, como in casu simili, dize Diana, *part. 1. tract. 2. resol. 25.* con Bonacin. y otros, *sequeretur magnum incómbeniens, quod secuta sententia condemnatoria contra Clericum ista sententia serviret deventio postquam exequi non posset nisi per iudicem Ecclesiasticum, qui non teneretur dictam sententiam exequi.*

57 ¶ Ex quibus, espera esta parte que se ha de determinar como tiene pedido. G. S. C.

Lic. Don Juan Antonio
Rozado.

...de la ... de ...
 ... de ... de ...
 ... de ... de ...
 ... de ... de ...
 ... de ... de ...

... de la ... de ...
 ... de ... de ...

Lic. Don Juan ...
 ...