

ella ocurrir, ó al Secular, ó al Ecclesiastico, como con muchos textos, y Authores fundó el Señor Carlebal, (54) no obstante que el citado Escaño (55) opinó que la ejecucion de los testamentos tocaban privativamente al Ecclesiastico, con los capitulos de el Derecho Canonico, Ley recopilada, y varios Doctores, y refiere el caso de aver vno instituido á su Alma por heredera, y que aviendo procedido el Juez Secular al Sequestro de los bienes, siendo el mismo Escaño Abogado del Executor, y Albacea, el Ecclesiastico inhibió al Juez Secular, y aviendose llevado á la Audiencia el negocio, por via de fuerza, se declaró no hacerla el Ecclesiastico: porque aunque la ejecucion de los testamentos sea de mixto fuero, en quanto á las causas merè espirituales, no se puede mezclar el Juez Lego.

Y aunque no se pueda negar, que por pertenecer al Juez Secular la insinuacion, y publicacion del testamento quando se trata de nulidad, puede seguirse en este fuero, (56) pero ya una vez insinuado, y publicado, presente, y consentiente el heredero, lo que se trata es de la ejecucion de las obras pias, y ya sea el Juez Ecclesiastico acumulativamente competente; ya lo sea privativo aquello que hizo, y aprobo se debe tener por cosa juzgada. (57) Y mas quando debiendose en alguna opinion (58) seguir distintas reglas en uno, y otro fuero para el jucio de los testamentos de causas piadosas, avriamos de pa-

(54) Carlebal, lib. 1. de iudicijis, tit. 1. disp. 2. n. 333: Illud tamē verum est, & negari no debet, semel publicato testamento apud Sæcularem Judicem si agatur de execuione ipsius causam esse mixti fori, & posse addiri pro ea tam Ecclesiasticum, quā Sæcularem, essequē locum præventioni. Probat text. in leg. hæreditas 50. in fin ff. de petit. hæredit. Cap. si Hæredes 6. vbi notat Glosa, verbo ab Episcopo, n. 1. & 2. Cap. tua 17. Cap. Joannes 19. de testam. Et citat vnam fere Authorum columnam.

(55) Escaño, dict. Cap. 6. n. 67: Secus autem fuisset si ageretur de execuione testameti ad pias cauſas facta, nam tunc pia cauſa instituta privativè pertinet ad Ecclesiasticū cognitio, & voluntatis piæ executio; opera enim pia sunt de foro Ecclesiastico, Cap. Nos quidem, Cap. Indicante. Cap Relatū el primero de testam. Cap. Noverint 10. q. 2. L. 5. tit. 2. lib. 1. Recop. Glot. in L. si quis Titio ff. de legat. 2. Et paucis alijs citatis Gutierrez, lib. 1. Canonicar. Cap. 35. n. 23. Valenzuela Velazquez, Cons. 65. n. 33. volum. 1. Et Anima hærede instituta, ad Ecclesiasticum testamenti execuitionem cōpetere ex multis resolvit ferro Manrique part. 1. quæstionum Vicarialium, quæst. 22 quam resolutionem admisit dictus Senatus Hispalensis in causa cuiusdam Lusitani, qui Animam instituit hæredem, cumque per Judicem Sæculare procederetur ad Sequæstrationem bonorum, me Executoris, seu Commissarij partem patrocinante, Judex Ecclesiasticus inhibuit Sæcularē, & eo ad Senatum causam deferente per recursum violentia non facere vitæ Ecclesiasticum in huiusmodi cognitione decretum fuit. Licet enim execuicio testamentorū mixti fori sit, ex L. hæreditatis ff. de petitione hæreditatis, &c. tamē quo ad pias cauſas merè spirituales Judex Laicus non se immiscet, ex Cap. Decerni. quæst. 84. num. 12. Marta, de iurisdict. 2. Cap. 21. num. 4. &c.

mus de iudicijis, Cevall. de cognit. per viam violentiae 2. part. part. Cap. 10. num. 14. Carpio, de Executorib. testam. lib. 1. Cap. 21. num. 4. &c.

(56) Idem Escaño ibi n. 66. circa fin.: Quia cum dubitatur de valore testamenti à Sæculari confecto, tunc Judex Sæcularis competens est cum publicatio, & insinuatio testamenti ad Sæcularem pertineat.

(57) Text. in Cap. cum quidam, de except. lib. 6. Cum quidam Sæculares Judices (dum coram eis excipiunt de re per Ecclesiasticū Judicem iudicata, in casu quo ad eum pertinet cognitio de consuetudine, vel de iure) recusent excipientes audire, in derogationem iurisdictionis Ecclesiasticae, & contemptum decernimus ut per censuram Ecclesiasticam ab iniuritate coērcentur huiusmodi, & ad admittendum exceptionem eandem (vbi alias de iure debet admitti) à locorum Ordinarijs compellantur. Similiter Ecclesiastici Judices si coram ipsis excipiatur de re per Sæcularem Judicem iudicata exceptionem ipsam admittant. Videntur Oliva, de foro Ecclesiæ 2. part. quæst. 28. præsertim num. 3.

(58) Julius Clarus, §. testamentum. q. 57. n. 2. Antonius Pichard. in §. sed cum paulatim n. 11. inst. de testam. ordinandis, Marta, de Successione legali tom. 2. part. 4. q. 1. art. 8. n. 29. & alij. Licet contraria opiniō velint cum alijs Diana, part. 7. resolutionum moralium, tract. 6. resolut. 2. Tannerus, in Defensione Ecclesiasticae libertatis, lib. 2. Cap. 8.

(53) Escaño, de testam. Cap. 6. n. 1: Testamentum ad pias cauſas factum dicitur, vel quando ipsa pia cauſa principaliter instituitur, vel via successionis piæ cauſæ appetitur, vt si substituta sit, vel quando legata pia absorbent maiorem partem hæreditatis, vt ex Graffis, Decis. 3. de testam. & alijs plenè tradit Marta de Successione legali, tom. 2. part. 4. q. 8. artic. 2. Greg. Lop. in L. 4. tit. 11. part. 6. Glos. 2. Spino, in Speculo testament. Glos. 31. num. 31. Covarrubias, Espino, y con estos, y otros Escaño. (53)

Tambien es inconcluso, que una vez publicado el testamento por el Juez Secular, la ejecucion es de mixto fuero, y que se puede por ella

de el hecho (sin torcer so verdad vn apice) que D. Gaspar de Somoza, consintió, y aprobó las disposiciones, y que este consentimiento, y aprobacion yá voluntario, yá por necesario efecto del auto del Ecclesiastico, que passó en cosa juzgada, obstante, y debió obstar á los herederos, y successores del mismo D. Gaspar.

Fundamento segundo, que no considero el Acessor defecto de voluntad, vicio, nulidad, ni obstaculo insuperable en el testamento otorgado en virtud de el poder de Don Francisco de Somoza, por sus Albaceas.

(66) Ex Conf. Gozadi 3. sub num. 17. Cyriacus, controv. 444. per Corneum in leg. hac consultissima 21. §. per nuncupationem in fine, Cod. de testam. Parisiensis, Conf. 19. n. 46. volum. 3. quo casu quādo adest confessio partis cessat omnis dubitatio: loquitur de validitate testamenti per relationem ad scripturam,

Supuesto el antecedente punto fueran todos los demás apices despreciables, y no se debiera proceder á indagar otro principio, destruida la accion, impedito el ingreso á la demanda, y necessitado el Juez á determinar por el consentimiento de el interessado por la Ley de Partida, (66) por la cosa juzgada, ó por lo menos por la legitima prescripcion á favor de las obras pias, que todos son meritos, que si no obstaron por no deducidos en el referido ingreso de la demanda, deben obstar en la determinacion de la causa. Pero porque no parezca que faltó al Acessor conocimiento cerca de lo principal, validacion, ó invalidacion del testamento, y sus disposiciones, me haré cargo en este fundamento de lo que discurri, y pude alcanzar, y para proceder con claridad, desembarazarme de algunos puntos que pueden confundir á la prosecucion de este informe, y separacion de las dificultades.

Supongo, pues, que otorgado el poder para testar por D. Francisco de Somoza, comenzó á formar vn testamento, en que dispuso algunas clausulas, y legados que suspendió por la gravedad

26  
dad de su accidente; y citando al Escribano para que bolviese otro dia, quando con efecto bolvió le halló muerto; quedando en aquel estado imperfecto lo que tenia dispuesto, como certificó el mismo Escribano, y puso el testamento comenzado á continuacion del poder para testar, su fecha veinte de Septiembre del citado año de setecientos y seis.

La ocasion que tuvo el testador para esta segunda disposicion, fué el que quando otorgó el poder se hallaba apretado del accidente, como en el mismo lo motiva, y asi al tiempo que lo celebraba con el Escribano estaba el P. Pedro de Paz formando la memoria; y despues yá recordado pareciendole que podria solemnizar por sí el testamento comenzó á otorgarlo: esto es lo que depuso Antonio Rodriguez (67) amanuense del Escribano Benayas, ante quien passaban estos actos, y añade, que asegurado con el poder, y con la memoria, el peligro que por este medio se avia tirado á reparar, por el temor del enfermo se determinó el que se fuese disponiendo el testamento, con la mira de que si tuviese tiempo lo otorgasse por sí, y que asi se dió principio á su formacion, la que no se pudo conseguir en el todo, por aver muerto antes de su conclusion, y quedó en aquel estado.

Y se comprueba esta deposicion, con el tenor del proprio poder para testar, cuyas palabras son: *que por quanto la gravedad de mi achaque no me dá lugar á hacer al presente mi testamento con el espacio que se requiere, y deseando ponerlo por obra luego que de dicha mi enfermedad tenga algun alivio, y en el interim por lo que pueda suceder, me hallo formando una memoria de todas mis disposiciones, bienes, y dependencias, y demás cosas de que se ha de componer dicho mi testamento. En cuya atencion, &c.* Estas clausulas expressan bien todo lo que conduce para no confundir este negocio: porque el testador, y el testigo dicen, que á el tiempo de estarse otorgando el poder, se estaba formando la memoria;

(67) Fox. 61. buelta.

L memoria;

moria; con que esta memoria no puede padecer equivoco, con aquel testamento que despues comenzò á formar, para que se discurra aver quedado imperfecta: lo uno porque de su mismo contexto no era memoria: y lo otro, porque si la memoria confiesa el testador que la estaba formando quando otorgó el poder, no puede ser aquel testamento que comenzó tiempo despues de estar otorgado.

Lo segundo que se deduce es, que el mismo testador confiesa el animo que tenia de testar por sí, y que se prevenia con el poder, y con la memoria, por lo que sucediese, y por si no lo pudiesse perfeccionar, y effectuar, y así declaró ser su animo morir debajo de vna, u otra disposicion, si pudiesse testar por sí, de su testamento, y si no pudiesse executarlo, de su poder: con que en ningun caso se podia considerar defecto de voluntad de parte del testador.

Por lo qual confieso, que ni por la imaginacion me passó pararme á meditar la validacion, ó invalidacion de este segundo acto, ó testamento: porque fuera de faltarle todas las solemnidades de derecho (según su substancia, y sin relación á otro instrumento) supuesto el animo de testar *in scriptis*, contenía el defecto de voluntad constante en lo absoluto, no en lo respectivo, porque respecto á la memoria, y á el mismo poder, yá parece que la voluntad estaba explicada, y aunque no faltaba campo en la Ley Capital (68) que habla de estos impedimentos supervenientes, y en lo que los interpretes discurren sobre quando en estos casos se pueda decir la voluntad perfecta, ó imperfecta, para conocer, y aun para defender la segunda disposicion, era muy fuera de el propósito, porque ó quando comenzó el testador á hacer el testamento quiso confirmar las disposiciones del poder, ó las quiso revocar: si lo primero, no puede ser contra la voluntad, ni invalidar la expressa, el acto que miró á su continuacion; y si las quisio revocar no aviendolo per-

perfeccionado, no quedó revocado, conforme á la Ley expressa de Partida, (69) que decide que el testamento posterior imperfecto, no revoca el anterior perfecto: *Acabadamente aviendo algun ome fecho su testamento, si despues de esso queriendolo revocar comenzasse á facer otro, è non lo acabasse por algun embargo que le viniesse, ó por otra razon, non se embargaria por ende el testamento primero. Câ de recto es, que el testamento que es fecho acabadamente ante siete testigos, non se desate por otro que non fuesse cumplido.*

Cuya inteligencia inconclusa, y para que proceda llanamente esta decision de la Ley, enseñaron Peralta, (70) y Escaño, interpretando la del Derecho Civil, que quando en el segundo testamento no ay institucion de heredero, ó constare, y se probare, (aun aviendola) que todavía el testador queria proceder á otras disposiciones fuera de las hechas en el segundo testamento, el ultimo no revoca al primero, y por el mismo caso que este es nulo por defecto de voluntad, queda el primero subsistente: luego aunque infaliblemente sea el testamento que comenzó á otorgar D. Francisco Somoza nulo, no pudo quedar intestado, porque quedó el poder subsistente, y lo que vnicamente queda disputable es, si el testamento otorgado en virtud de este poder por sus Albaceas fué valido?

Toda la dificultad de este punto consiste en averse referido el testador á vna memoria que no parece: de que resulta lo primero, el apparente exceso en la formacion de el testamento, pues conforme á la Ley de Toro, (71) por el poder para testar, los Albaceas no se pueden estender á mas de aquello que expressamente se les ordena por el testador.

Lo segundo por la regla general de la Ley, (72) y comun sentir de los Doctores, (73) de que el referente no prueba sin el relato, cuyo argumento como abundantissimo, *per se nota*, fuerá prolixidad fundar con todo lo que sobre ello

(69)  
L. 23. tit. 1. part. 6.

(70)  
Peralta, in Leg. si quis in pr. testam. n. 39. ff. de legat. 3. Alvaradus, de conjecturata mente Defuncti, lib. 3. Cap. 2. §. 1. n. 14. Gratianus, disceptationum, lib. 3. Cap. 550. n. 39. Curtius iunior, Conf. 12. in pr. Capiclus Latro, Decis. 140. lib. 2. n. 10. citati ab Escaño, Cap. 4. de testam. n. 1: Quibus non obstantibus certissimum est secundum testamentum coepit, non completum in casu de quo loquimur, prium ex omni parte perfectum rumpere, dummodo hoc secundum testamentum contineat hæredis institutionem. Et num. 17: Ad secundam ex L. 23. tit. 1. part. 6. respondet Peralta in dict. Leg. si quis in pr. testament. n. 44. vbi illam ad litteram scribit, quod debet intelligi, & verificari, quando in secundo testamento non est hæredis institutio adscripta, vel si fuisse, probaretur per hæredem in primo testamento adscriptum, quod testator volebat procedere vterius ad alia disponenda, præter illa quæ iam disposita per illū fuerant in eodem secundo testamento: his nāque duobus casibus procedere potest decisio illius legis, vt per secundum testamētum imperfectum ratione voluntatis, præcedens testamētum soleme, ac perfectum non tollatur.

(71)  
Lex 31 Tauri: En quanto á las otras cosas señalando para que le dā el poder, y en tal caso el Commissario pueda hazer lo que especialmente el que le dió el poder señaló, y mandó, y no mas.

(72)  
Auth. si quis in aliquo documento Cod. de edendo.

(73)  
Romanus, Conf. 305. Afflictis, Decis. 48. Castrensis, Conf. 139. n. 3. lib. 1. Oldradus, Conf. 121. Craveta, Conf. 273. n. 6. Angelus Aretinus, Conf. 72. in casu supradicto n. 16. & 17. y. tertio sunt etiam.