ay escrito, y con pocas citas basta para comprobarse.

Lo tercero, porque en lo especifico de nuestro caso el instrumento â que se refiriò el testador, y como debe constar (aqui es vn mar immẽso, y no bastara vn tomo para comprobarlo) todos concuerdan en que debe no solo aparecer, sino identificarse por la delicadeza de las vltimas voluntades, (74) el peligro de fraudes, y sospechas de falsedades, â que tanto procuraron las Leyes ocurrir por todos los reparos posibles. Brevemente haré reseña de los Doctores que en este assumpto con mas claridad lo explicaron; el primero Aretino, (75) que quando el testador se refiriò â otro instrumento aya de ser la relacion indubitable, el Señor Covarrubias, (76) que se ha de estàr al relato si este tenga vna invariable fee, y no se pueda controvertir, ni dudar ser aquel de quien el testador hizo mencion, el Parisiense (77) sobre la misma materia: es mas que necessario el que conste que aquella cedula, ô escritura sea la misma â que se refiriò el testador, y que si esto no consta concluyen todos vniformemente, que la tal disposicion es nula, y que no puede aver modo, ni camino alguno para su subsistencia, lo mismo Claro, (78) Rolando del Valle, (79) Menochio, (80) Mantica, (81) Vulteio. (82) Y Graciano (83) que añade que en aquellos casos en que es licito segun la costumbre testar por relacion â otro instrumento, se debe entender quando el relato es indubitado, y tan cierto que no pueda admitir controversia. Y sobre todo con plena mano sin poderse dessear mas explicacion me remito â el lugar del Señor D. Juan del Castillo, (84) y â la resolucion del Señor Pareja (85) para no hazer prolixo, y mas dilatado de lo que se requiere este informe.

Este

(74) §. Sed cum paulatim inst. de testamentis: Propter testamentorum sinceritatem, leg. iubemus 29. in pr. Cod eod. ibi: Et falsitas in elogijs committitur, quam vt exul fiat à Republica nostra, maximè in testamentorũ confectione cupiẽtes, hanc Ædictalem legem in orbem terrarũ ponimus, & hic Paulus de Castro, eodem de testam. leg. fin. sub n. 2. leg. fin. Cod. de fideicommissis. Lex etenim, ne quod falsitatis incurratur per duos forte testes compositum, maiorem numerum testium postulat, vt per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. Parisiensis, in Causa Mantuana, Cons. 19. num. 28. volum. 3. Surdus, Cons. 129. n. 23.

(75) In leg. hæredes palam 21. in princ. columna 2. in pr. de testam.: Illa relatio debet esse indubitata.

(76) Covarrub. in Cap. cum tibi 13. sub n. 5. de testam.: Satis tamẽ crederem esse etiam quo ad hæredis institutionem, si res illa, ad quam relatio fit sit indubitata, nec controvertatur eã esse cuius testator meminit.

(77) Parisiensis, Cons. 19. n. 5. 6. 26. 29. & 48. & dicto n. 26: Tamen plus quam necessarium est quod constet illam schedulam, & scripturam quæ producitur, certo esse eam, ad quam testator se retulit. Si enim hoc non constat, omnes vno ore cõcludunt talem dispositionem esse nullam, nec posse valere aliquo modo, nec via.

(78) Julius Clarius, §. testamentum, quæst. 36. ℣. illam tamen: Vt procedat modo liquidè constet illam schedulam, vel scripturã quæ exhibetur esse illam, ad quam testator se retulit, aliàs dispositio esset penitùs nulla.

(79) Rolandus, Cons. 36. sub num. 2. & per totum volum. 1.

(80) Menochius, Cons. 313. n. 40. vol. 4.

(81) Mantica, de coniecturis, lib. 1. tit. 7. sub num. 7.

(82) Vulteius, inter Consilia Academiæ, Marpurgensis, Cons. 34. sub n. 34. vol. 1.

(83) Gratian. discept. forensi 973. n. 33: Additur quod in casibus in quibus ex consuetudine licitum est ex cõsuetudine licitum est testari per relationem, semper hoc debet intelligi dummodo res illa ad quam fit relatio, sit indubitata, & adeo certa, vt de ea non controvertatur.

(84) Castillus, controv. lib. 4. Cap. 43. per totum.

(85) Pareja, tit. 7. de instrum. Æditione resolut. 9. per totam.

Este argumento en lo aparente me pudiera aver hecho vacilar, y poner en consternacion apartandonos de lo contenido en el primero punto, pero tuve miedo de incurrir, en lo que notò el Cardenal de Luca, (86) que con el motivo, y pretexto de las fraudes, y falsedades que se pueden cometer en los testamentos se suelen traer exemplares, casi irrisibles de otros negocios, constituir reglas generales para todos con ilaciones tan abiesas de vnos â otros casos, que aquellos miserables testadores que se fatigaron para morir testados por estos rigores indiscretos mueren sin testamento; pues será raro el que se reduzga â toda su perfeccion, y validacion, y que de esta suerte queda mas en manos de los que juzgan, que en las de los proprios testadores disponer de lo ageno, y exclama que ojala, y no aconteciera esto tan frequentemente.

No entro con las communes soluciones que se dán â esta regla general del relato por sus mismas limitaciones, porque aunque alguna, ô algunas pudieran adaptarse, no â todos los entendimientos quadra la aplicacion, y como la mas minima circunstancia del hecho que se comprehenda con distinta figura, se excluye con facilidad, queda la dificultad en pie; y asi lo que me parece es, proceder con la distincion de las doctrinas, segun la diversidad de los casos, con lo que me enseña el Doctissimo, ê Illustrissimo Caramuel, (87) de que las Leyes aunque establecen sobre los hechos es sin definir sus circunstancias, las quales segun concurren hazen que las Leyes, ô se mitigen, ô se agraven, ô algunas vezes muden especie, y como la variedad de las circunstancias en los casos sea casi infinita, no ay Leyes que basten â comprehenderlas: y asi el rigor de sus principios si se practica con demasiada tiesura, venimos â inducir injuria de la misma Justicia, pues el summo derecho lo es; y mas contra actos tan delicados, como los testamentos.

El

(86) Cardinalis de Luca, discurs. 2. de testam. n. 8. ℣. & quidem: Verè irridibiles videtur aliquorum traditiones, quatenus ex firmatis in vno casu, regulas generales pro omnibus constituere velint, vel illationes facere ab vno ad alterum, dum ita penè omnes qui testati decedere volunt, ita ex huiusmodi indiscretis rigoribus, intestari decedere cogerentur, dum vnquam, vel raro testamentum ad suam perfectionem, ac validitatem redigi posset, atque potius in iudicantium, quam in testantium facultate, ac arbitrio repositum esset, de alienis disponere (quod vtinam frequenter non contingeret.)

(87) Illmus. Caramuel Theologiæ fundamentalis, lib. 1. fundamento 5. num. marginali 810: Si omnia ad legum rigorem examinarentur iniuria fiet plurimis, leges enim de factis statuunt nulla circunstantiarum varietate definitis: facta vero singula circunstantijs suis descripta sunt, quibus vel mitigantur, vel aggravantur (imo etiam aliquando mutantur specie) quarum cum penè infinita sit varietas, nullis vnquam legibus illa comprehendi possunt.

El principio general como diximos es, que el referente no prueba ſin el relato, y lo q̃ procuré ſolicitar ſaber para la determinacion fué. Lo primero, ſi alguna vez ſin el relato pueda ſubſiſtir el referente, ſi aliás de otra ſuerte que con ſu miſma expreſsion, y exhibicion pueda probarſe. Y lo ſegundo, ſi en nueſtro caſo, aun con no parecer la memoria, podamos decir que no conſta del relato; ô que aun todavia ſin ſu exhibicion verdaderamente conſte de aquello miſmo â que el teſtador ſe refirió en el poder?

COROLARIO PRIMERO
DEL II. FUNDAMENTO:

Si en el caſo de no parecer el relato alguna vez puede probarſe con diſtinta prueba de ſu exhibicion en forma eſpecifica?

ESTA es la ſubſtancia del negocio preſente, y aunque parece ardua ſu empreſſa, para ella dá luz la miſma verdad, que es lo que ſe buſca en todos eſtos, y ſemejantes negocios, y para lo que inventaron las Leyes, y las ſanas doctrinas, los aprietos, las ſolemnidades, requiſitos, apices, y circunſtancias, como dixe en el fundamento paſſado, aunque no tenemos en nueſtro aſſumpto demaſiada fatiga para buſcar el relato, porque el que lo huvo tiene â ſu favor la confeſsion del teſtador, y las aſerciones de los teſtigos, y Albaceas, y del citado R. P. Paz, perſona de quien confió la diſpoſicion, como deſpues veeremos en el immediato fundamento; de ſuerte, que en el caſo que oy nos hallamos es, el de no aparecer aquel inſtrumento que ciertamente huvo, con el additamento tan grave de tantos años de poſſeſsion â favor de la voluntad, del arreglamiento al relato, y expreſſo reconocimiento, y confeſsion del heredero â quien podia perjudicar como vimos

mos en el primero fundamento, cuyo aſſumpto es tranſcendental, y para mi ſirve de norte â todos los demás, porque ſupueſto que el principal intereſſado no dudò del relato, y confeſsó la voluntad del teſtador en las diſpoſiciones de los Albaceas, toda la demàs prueba es ſuperflua, (88) ſobre el relato, veaſe el margen, y eſtuvieran todos los inſtrumentos del Mundo ſujetos â que eſperandoſe por las poſteridades â que los Protocolos ſe conſumieſſen, ô que los primordiales, y radicales documentos ſe perdieſſen, no quedaria contracto, ni diſpoſicion ſegura con el abuſo de ſemejantes reglas.

Y pruebo el aſſumpto, lo primero: porque aquellos eſtrechos en que los Authores ponen (como vimos en el fundamento antecedente) la materia de las relaciones â otros inſtrumentos, y que ha de conſtar de ſu fee, y de ſu identidad, ſin que pueda quedar duda alguna, es porque todos los caſos en que los citados Authores hablan, y otros muchos que tranſcribe, y cita el referido Cyriaco (89) es en el de la inſtitucion de heredero por relacion, y como eſta es la cabeza, y fundamenio de todo el teſtamento, aun huvo ſentencia de graviſsimos Authores que opinaron, no poder valer, ni ſubſiſtir la inſtitucion de heredero, hecha por relacion â otra eſcriptura, ô inſtrumento: porque ſegun la Ley del Codigo, (90) para que valga el teſtamento nuncupativo deben oîr los teſtigos el nombre del heredero, nuncupandolo el teſtador publicamẽte, tanto que la expreſsion explicita ſe requiere *pro forma*, (91) y aſsi no baſta la expreſsion implicita, y por relacion â otro inſtrumento.

Lo qual ſe comprueba aſsi miſmo con otro texto, (92) en cuya eſpecie ſe requiere en la inſtitucion del heredero, ô en la exheredacion del hijo de familias ſoldado, la miſma eſpecial nominacion que ſi fuera pagano, lo qual no ſe compadece con la relacion â otro inſtrumento: porque aquello ſe dice hazerſe con eſpecial nomi-

nacion

(88) Craveta, Conſ. 365. n. 30. vol. 3: Planè confitentis tantum iactura hic verſatur, cui propterea damno ſua confeſſio eſt, etiam ſi relatum prorſum non oſtenditur, Leg. generaliter, Cod. de rebus creditis: Atque in ſpecie hac fidem referenti haberi, relato nõ exhibito ad referentis perniciem. Et aliquibus citatis addit: id circo confeſſione accedente, nihil eſt cur probationis quicquam præterea deſideremus, mayor enim confeſſio eſt inſtrumento quocumque, teſtimonijsquè cũctis, Baldus, in Conſ. 192. proponitur, column. 2. circa finem, lib 2. per textum in leg. ſed & ſi Poſſeſſori, §. penult. ff. de iure iurando.

(89) Cyriacus, dicta controv. 444. à n. 23.

(90) Lex hac conſultiſſima 21. §. per nuncupationem, Cod. de teſtam.

(91) Cap. penult. vbi Abbas de iure iurando Cap. per tuas de Sent. excommunic.

(92) Lex hæredes palam 21. ff. de teſtam.