

(88) El principio general como diximos es, que el referente no prueba sin el relato, y lo q procuré solicitar saber para la determinacion fué. Lo primero, si alguna vez sin el relato pueda subsistir el referente, si alias 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; ó que aun todavia sin su exhibicion verdaderamente conste de aquello mismo á 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 á 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 á favor de la voluntad, del arregloimiento al relato, y expresso reconocimiento, y confession del heredero á quien podia perjudicar como vi-

mos

mos en el primero fundamento, cuyo assumpto es transcendental, y para mi sirve de norte á todos los demás, porque supuesto que el principal interessado no dudo del relato, y confessó la voluntad del testador en las disposiciones de los Albaceas, toda la demás prueba es superflua, (88) sobre el relato, vease el margen, y estuvieran todos los instrumentos del Mundo sujetos á que esperandose por las posteridades á que los Protocolos se consumiesen, ó que los primordiales, y radicales documentos se perdiessen, no quedaría contrato, 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 á 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 á otra escritura, ó instrumento: porque segun la Ley del Codigo, (90) para que valga el testamento nuncupativo deben oír los testigos el nombre del heredero, nuncupandolo el testador publicamente, tanto que la expression explicita se requiere *pro forma*, (91) y assi no basta la expression implicita, y por relacion á otro instrumento.

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

(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 haberit, relato nō exhibito ad referentis perniciem. Et aliquibus citatis addit: id circa confessione accidente, nihil est cur probationis quicquam praeterea desideremus, mayor enim confessio est instrumento quocumque, testimonijsquè cūctis, Baldus, in Cons. 192. proponitur, column. 2. circa finem, lib. 2. per textum in leg. sed & si Possessor, §. penult. ff. de iure iurando.

(89) Cyriacus, dicta contròv. 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.

(93) L. 1. & 2. ff. de liberis, posthu. Rebuffus, in leg. Nominis, column. 3. in fin. y. vnde nominatum, ff. de V. S.

(94) Leg. iubemus 29. C. de testam. ibi: Iubemus omnino testatorem, si vires habeat, ad scribendum nomen heredis, vel heredum in sua subscriptione, vel in quacunque parte testamenti ponere, sin autem ex Morbi acerbitate, vel litterarum imperitia, hoc facere minimè potuerit, testibus testamenti præsentibus nomen, vel nomina heredis ab eo nuncupari, vt omnimodo sciant testes, qui sunt scripti heredes, & ita certo heredis nomine successio procedat. Et infra: Quod si non fuerit observatum, & nomen heredis, vel heredum non fuerit manu testatoris scriptum, hoc testamentum stare minimè patimur, vel in totum, si tota heredum nomina fuerint prætermissa, vel in eius heredis institutione, cuius nomen, nec lingua, nec manus testatoris significaverit.

(95) Cyriacus, & quos citat dicta controv. 444. num. 117: Amplius cum dictæ leges loquantur in relatione facta ad codicilos, nō potest deduci argumentū prædictum quod testamentum possit fieri per relationem ad aliam scripturam: quia relatio, & dispositio censetur facta in eodem testamento, ex quo codicili sunt pars testamenti, & dicuntur eadem, & vñica dispositio cum ipso testamento, & disposita in codicilis, etiam longe post conditis, habentur ac si ordinata fuissent in testamento, Leg. 2. §. codicilorum, & Leg. quidam 14. ff. de iure codicilorum, &c.

(96) Cyriacus, vbi prox. n. 82: Cum autem superius late firmaverim identitatem huius schedulari in qua continetur testamentum testibus, & Notario secretum, debere esse indubitatum, sequitur quod non possit comparari per comparisonem litterarum: quia ex ea nō potest resultare probatio indubitata ex quo est multum fallax.

(97) Imp. Justi. in Auth. de instrumentorum cautela, & fide in pr. iuncta leg. comparationes 19. Cod. de fide instrum. Marfilius in Rubr. Cod. de probationib. num. 318. Menochius, Conf. 94. sub. num. 24 Aretinus in leg. heredes palam 21. in pr. y. sed tu adverte, volum. 1. ff. de testament. Corneus in leg. hac consultissima, §. per nuncupationem in fin. Cod. de testam. & alij quos refert.

nacion que se haze con expressa declaracion del nombre, y apellido, como lo prueban dos textos, (93) y Rebuffo.

A que conduce con mas clara, y terminante decision lo que previene otra Ley, (94) de que absolutamente el testador esté obligado a escribir el nombre del heredero, o en su firma, o en qualquiera parte de su testamento, si esto le sea facil; pero si o con la acerbidad del achaque, o por impericia no pudiere cumplirlo, esté obligado a expressar el nombre, o nombres de los herederos, presentes los testigos; de suerte, que queden ciertos, y sabedores de quales sean los insituidos, y assi cierta, y seguramente por el nombre proceda la succession. Y concluye: que si esto no observare, y el nombre del heredero, o herederos no fuere escrito por mano del testador, sea nulo, a lo menos en aquella parte en que no se significó el nombre, ni por la mano, ni por la lengua del testador. Y los que llevan esta sentencia (95) se hazen cargo de las Leyes que validan las disposiciones que se refieren a los codicilos, y responden, que como estos sean parte de el testamento es vna misma la disposicion, y por ello se veo que los codicilos subsisten, o pericen, si perece el mismo testamento.

De aqui resulta, que en los de vna, y otra sentencia aquella identidad de la cedula, o escriptura a que se refirió el testador no se puede probar por comparacion de las letras (que llamamos cotejo) porque de ella no puede resultar prueba indubitada, (96) por ser muy falaz, y peligrosa, y en que se han cometido muchas falsedades, como dixo el Emperador Justiniano, (97) y se comprueba con otra Ley, y comunmente los Doctores: pues veo aqui, que en caso que el testador se refiera a la cedula en la institucion de heredero, ciertamente ay cedula, pero despues resultando su invalidacion por no justificada, queda como si no la hubiera avido, y falta absolutamente el relato, y per consequens perece la institucion.

Pero

24
Pero volviendo los ojos a los legados, hallaremos todo lo contrario: porque en ellos como se requiere menor solemnidad, basta menor prueba, como con la sentencia de Bartholo, sinto Aretino, Fabro, Claro, y Graciano, a quienes cita Cyriaco, (98) y asi basta la comparacion, y los adminiculos. Y mas a mi proposito el Señor D. Juan del Castillo, (99) con Fabro, que el nombre del heredero, aunque no esté escrito en el testamento, por lo menos ha de estar escrito en otra parte, y no basta que el testador diga, *aquel serám mi heredero que yo dixere a Ticio*: lo qual en los legados no es asi: porque como estos se puedan dexar fuera del testamento, por la voz, o por otra qualquiera manera admite prueba, porque aunque faltara la solemnidad del instrumento por qualquier accidente no variaba la substancia, y solo le faltaba a la solemnidad extrinseca.

Pero no es esto lo que corona el concepto, sino la expressa decision de la Ley del Codigo, (100) con esta demostracion; ya hemos visto de todas las doctrinas citadas, que la diferencia que ay entre la institucion de heredero, y entre los legados es, que aquella pide substancialmente escriptura, y los legados valen de qualquiera manera que se dexen, y por ello debe constar del relato, especifica, clara, e indubitablemente; la Ley nos enseña, que en donde no se requiere necesariamente instrumento, aun sin el no se puede quitar la substancia a la verdad, y aunque sea cierto que sobre ello se aya celebrado: luego el relato que no parece *in scriptis*, y que alias, no necessitaba escriptura, mantiene la substancia de la verdad, la qual se verifica por qualquiera de las pruebas establecidas por Derecho.

Mas: por ello sin el relato no pudiera admitirse prueba en quanto a los legados, porque faltando la memoria, o no exhibiendose se induixerá imperfeccion en la voluntad de el testador,

N pues

(98) Cyriacus, controv. 444. n. 115. Bartholus loquitur in legatis in quibus non requiritur formalis expressio facta coram testibus, non autem in institutione heredis, est idem observarunt: Faber, de errorib. pragmati- corum part. 3. Decad. 69. err. 3. Clarus, §. testamentum, quæst. 36. Gratianus, discep- tatione forensi 973. num. 5. Et ibidem Cyriacus, n. 92: non obstat, quod Bartholus in leg. si ita scripsero de Condit. & demonstrat. velit sufficere comparationem litterarum pro iustificanda simili schedula, quia ut advertit Aretinus in leg. heredes palam 21. in pr. column. 1. y. sed tu adverte ff. de testam. Bartholus loquitur in legatis in quibus minor solemnitas a iure requiritur, non autem in institutione heredis, in qua maior est necessaria, & maius viget periculum, & ideo eius dictum ad eam extendi non debet.

(99) Castillo, lib. 4. contr. Cap. 43. sub n. 17. y. illud: Illud tamen præcisè requirit Faber ipse, vt scilicet, heredis nomen, quod in testamento scriptum non est, alicubi scriptum sit; nam cu testamētum, sive in scriptis, sive per nuncupationem factum, ab institutione sola vires accipat, Lex quod per manus 10. ff. de iure codicilorum: in scriptis testatus videri non potest is, qui heredis sui nomen nullibi scripsiterit, quare concludit, quod si testator in testamento solemnii per scripturam condito ita scripsiterit: quem Titio dixero, velle me heredem mihi esse, illi heres mihi esto: nō valitum testamētum, vt ex eo possit esse heres is, quem testator dixerit, quavis manifeste cōstet, quem Titio dixerit, velle se sibi heredē esse: in eoquè observat differentiam inter institutionē, & legata: & si enim nō magis legata extra testamentum dari possunt, quam hereditas relinquī; nihil tamen vetat, ita relinquī legatum in testamento in scriptis, vt relatio fiat non ad scripturam aliquam, sed ad id quod testator voce nuda alicui dixerit: Ratio est, quia cum non perinde ex legis, sicut ex institutione testamentum astimetur, fieri facile potest, vt legata debeantur tanquam ex testamento in scriptis, etiam si neque in eo testamento scripta sint, neque ad aliam scripturam relata, sed tantum voce alicubi nuncupata.

(100) Lex 10. Cod. de fide instrumentoru: Cum instrumentis etiam non intervenientibus venditio facta rata maneat: consequenter amissis etiam quæ intercesserant, non tolli substantiam veritatis placuit.

(101) Tellus Fernandez in leg. 3. Tauri 2. part. num. 19.

(102) Jabolenus in leg. si quis cum testamentum 25 ff. de testamentis.

(103) Escaño de testamētis, Cap. 26. per totum, præsertim n. 19. vsque ad 22. & ibidem n. 30. & quod sufficiat quod testes sint concordes in substantia facti tenent Riminaldus Senior, Cons. 549. volum. 3. Corneus, Cons. 77. n. 6. volum. 4. Flores de Mena variar. quæst. 1. n. 57. Cyriacus, controv. 407. n. 155. & 219. & idem sub n. 31: vbi vero pars non formalitatem verborum, sed substantiam facti attendisset, sufficit quod testes concordent in substantia.

(104) Idem Escaño, Cap. 22. n. 1. & ad id probandum duo testes sufficiunt; & n. 2: Ratio est, quia quando agitur de probanda testatoris voluntate non dispositiva, sed declaratoria, & inducta duo tantum testes sufficiunt ut est communis resolutio.

(105) Ibidem Escañus n. 11: Sed si scriptura testamenti neque facta, neque incæpta sit, quia aut si scriptura testator nuncupavit suam voluntatem, & morte præventus est; aut si scriptura testamenti cæpta fuit, sed non completa, & non solum est dubium de perfectione voluntatis, sed de omni dispositione testatoris, quia negatur non solum perfecisse testamentum, sed & quod facere cæpisset: quo casu tam perfectio testamenti, quam testamentum ipsum, sive dispositio testatoris per testes probada est, ut tanquam nuncupativum testamentum sublineatur, supplingo solemnitates ob impedimentum superveniens.

(106) Acurius in leg. hæredes palam, s. sed quid post ff. de testam. verbo posse, Bartholus ibi n. 1. & 4. Paulus de Castro n. 11.

(107) Paulus de Castro ad dictam legem ad fidē ff. de testibus, quem citat Escañus ibi n. 2. loquens de Paulo ait: notat quod non est necesse ut isti duo testes sint rogati, quia non adhibentur ad solemnitatem, sed ad veritatem probandam.

(108) Oldradus, Cons. 297. n. 7. & 8. Mantica de coniecturis, lib. 3. tit. 1. n. 12. & 13. Burgos de Paz in leg. 3. Tauri 1. part. num. 813.

pues faltaba disposició en aquellas cosas sobre que se referia; es cierto que sobre la perfecció, ó imperfecció de la voluntad se admite prueba, aunque no sea el testamento, ni otro documento instrumental, y basten los testigos; luego sin el relato, esto es, cuando no parece, ni se exhibe, se puede suplir por la prueba.

El assumpto se confirma: porque demás de que el testamento se presume en caso de duda perfecto por razon de la voluntad, para su mejor reconocimiento se recurre á los testigos, como dixo Tello Fernandez, (101) y aun á las conjeturas en el caso tan apretado, como es aver comenzado el testador el testamento, y no acabarlo, que figura el Jurisconsulto Jaboleno, (102) y enseña Escaño (103) en vn Capitulo entero, como se ha de probar, yá la voluntad perfecta, yá la misma imperfecció de la voluntad; añadiendo, que quando se trata de probar la voluntad perfecta, basta que los testigos concuerden en la substancia del hecho, sin que sea necesario que expreslen las palabras formales de el testador. Y en otro Capitulo, (104) que la perfecció, ó imperfecció de la voluntad por el impedimento superveniente se puede probar por solos dos testigos, y aun en otro caso, (105) que es quando ni aun escriptura del testamento se hizo, porque quando quiso hacerse previno la muerte, en el qual arguyen, que no solo no procedió testamento, pero que ni lo empezó á hacer, y determina que en todos estos casos basta que los testigos digan de la voluntad, con Oldrado, Alejandro, y Corneo, que habla sobre el examen de tres testigos que deponian aver tenido el testador por perfecta su voluntad; y Acurcio, (106) que quando se trata de probar la voluntad del testador declaratoria basitan dos testigos, y alli Bartholo sobre la misma Ley, y Paulo de Castro (107) adelanta mas, que estos dos testigos no es necesario que sean rogados, porque no se presentan para la solemnidad, sino para la verdad. Y el mismo Oldrado, (108)

Mantica

25
Mantica, Burgos de Paz, y otros muchos que cita el mismo Escaño, hasta las mugeres pueden servir de testigos.

Y se prueba mas con vn texto, (109) en donde se refiere que el testador empezó á ordenar su testamento ante el Notario, y antes que lo perfeccionara murió, y resuelve el Jurisconsulto Paulo, que valdrá el testamento si se compruebe con testigos. Cuyo texto así, y para este fin entendió Escaño, con lo mucho que trae en otro Capitulo. Y vltimamente me remito á todo lo que en dos Capitulos enteros (110) escribe el citado sobre este assumpto con innumerables Authores. Y buelvo á solidar mas las proposiciones antecedentes: mas dificil es la prueba de la voluntad perfecta, que la prueba de la solemnidad extrinseca de la misma voluntad, porque la voluntad es la misma potencia, la misma virtud que puede quedar pura interna, sin llegar á actos perfectos de su explicacion, y el acto extrinseco es objeto mas claro, y que mas perfectamente pueden percibir los sentidos: luego si la voluntad, y su perfecció se puede probar por testigos, el acto extrinseco de la misma voluntad mas facilmente se podrá probar por ellos; la memoria, ó el instrumento relato, es acto extrinseco de la voluntad: luego se puede probar por testigos. Mas yá se veo que la voluntad en quanto potencia, quedando puramente interna, es improbable, y solo se puede justificar por actos externos que expliquen aquella voluntad, probándose no por los mismos actos externos que yá passaron, sino por la memoria de ellos, y porque sobre ellos depongan los testigos; el instrumento á que se refiere el testador es acto externo que explica su voluntad: luego este instrumento sino aparece se puede probar con testigos.

Explicome mas: toda la dificultad de admitirse prueba del relato pudiera consistir en que sin él la voluntad estaba conocidamente imperfecta; de todo lo antecedentemente dicho saca-

(109) Textus in leg. Lucius 41. ff. de militari testamento, Escaño, Cap. 3. tract. de testam. num. 13. vbi de casu dictæ legis ait: vbi refertur, quod testator incæpit ordinare testamentum ante Notarium, & ante quam perfecerat decessit, quo casu, inquit Paulus testamētum valere si testibus comprobetur.

(110) Escaño, Cap. 16. & 22.