

res: (114) y de aqui arguyo: por esso el referente no prueba sin el relato, porque todo el tenor, y contenido del relato (115) se entiende imbibido en el referente, y assi no ay substancia de vna disposicion, sino parece la otra; *sed sic est*, que toda la substancial disposicion, y en que vnicamente estriva la explicacion de toda la voluntad, que es el mismo testamento, sino parece admite prueba pare que subsista: luego sino parece el relato, ô no se exhibe, puede darse prueba de que lo huvo para que subsista el referente.

Mejor fundamento que todos es el mismo caso en el exemplo de vn consejo de Craveta, (116) en donde para vna substitucion, se hazia relacion à las tablas de vn testamento, las quales ô se avia perdidio, ô se ocultaban; y vna de las questiones (117) principales de que en el caso se tratò fué, si el sentido de el testamento se podia comprobar con testigos, ô con otra especie de pruebas, y entre los argumentos capitales que excluian esta comprobacion, era (118) el mismo principio de nuestro negocio, de que el referente no puede probar sin el relato, con la authentica de donde se deduce, y prosigue fundando no obstante el referido argumento, y otros, que no solo se podia probar la subsistencia, y disposicion de las tablas testamentarias para que surtieran su efecto, sino que para esto bastaban la fama, (119) y las presumpciones. A cuyo lugar me refiero principalmente en los numeros (120) citados al margen; (que recomiendo por ser muy vivos, y del caso) pero porque de él mismo pretendo valerme para los fundamentos que conducen à la prueba especifica que en este caso baste, y se requiera à que se reducirá el punto siguiente, me parece queda bastante solida la conclusion de nuestro assumpto.

O Y

pleri non potest. Bartholus in leg. in illa in fine ff. de V. O. argumento legis non omnes, s. à Barbaris ff. de re militari. Et n. 32: quibus adiungendum id duximus, coniecturas, atque præsumptiones cumulatissimè ante expositas conferendas in vnum omnes esse ad integrum probationem explendam: quandoquidem res agitur probatu difficilis, testameti tabulis reconditis, aut aliter per emptis. Paulus de Castro in Conf. 143. viro processu, column. 2; scite magis in Conf. 169. viro puncto, column. 3. circa medium, lib. 2. Romanus in Conf. 7. column. 1. & in Conf. 54. visis in fine.

(114) Castillus ibi n. 72. cum Burgos, Salon de Paz ad leg. 3. Tauri in 1. p. n. 804. Mafcardo, concl. 1353. & DD. ab istis citati.

(115) Fontanella, de pactis nuptialibus clausula 4. Glosa 18. part. 2. n. 22. Castillo, controv. lib. 4. Cap. 20. n. 30. Velasco, litt. R. num. 57. Escaño, Cap. 18. de testament. num. 17. Parisiensis, Conf. 19. n. 68. volum. 1. Ruinus, Conf. 84. n. 4. volum. 1. Jasio in leg. Marcellus n. 14. ff ad Trebellianum, Cephalas, Conf. 16. n. 32. Medicis, de regulis juris, reg. 10. n. 102.

(116) Craveta, Conf. 369. tom. 3.

(117) Craveta ibi in pr.: Tertium si sensus testamenti testimonij comprobetur.

(118) Idem vbi sup. n. 6: Quarto adjumentum hæc ad tabulas quasdam testamenti refertur, vt testes narrant, ob id probatio à confessione non fit, si relatum non constat. Auth. si quis in aliquo documento Cod. de ædendo vbi DD.

(119) Idem ibi n. 14: Quinto adjumentum probatio hæc capit à testibus 14. 21. 23. 28. 30. ac 31. à quibus substitutiones has scriptas esse fama, sermonequè Populi celebrari dicitur. Quæ fama vt legitimè, aut exactè non probat, adminiculo tamen est. Cumanus in Conf. 68. column. 2. circa fin. verbo adsunt etiæ multa alia indicia, Cornelius in Conf. 101. column. 2. post medium, v. quin etiam ultra prædicta, lib. 2. Decius, Conf. 63. column. 2. in fine. Et idem Craveta ibidem n. 26: Imo adeo id genus præsumptiones tam efficaces pro scriptura testamenti habentur, perinde, quasi testamētū ipsum prolatum in scriptis esset, Baldus in Conf. 116. Columbinus, column. 2. lib. 1. & Conf. 70. apparent. lib. 1.

(120) Numeris proximè citatis, & n. 27: Consequens fit lepidissimis, ac scitissimis valde dictis, Judicis animum ad vnicam probationis speciem adiungendum non esse; at indicij quoque, atque præsumptionibus in iudicij faciendis vti eum debere. Et n. 28: Propterea illud in sermone sepe est instruendum Judicis animum à vehementi opinione, vbiunque probatio liquida im-

mos q̄ la perfecion de la voluntad admite prueba: luego en faltando el instrumento relato, todavía se podía probar este. Menos mal: todas las veces que se admite prueba sobre la voluntad perfecta, se debe admitir prueba de todo aquello que fuere medio, para calificar su misma perfecion, la memoria relata es el medio que califica la perfecion de la voluntad referente: luego el relato, y la memoria admiten prueba.

Todo esto supuesto, el referido principio se haze inconcluso, y casi con pudor me estiendo à tan prolixas expressiones: porque sabiendo todos, que las Leyes (111) conspiran à mantener, y conservar las vltimas voluntades, en quitandoles las pruebas naturales, mas parece que tiraramos à subvertirlas, y destruirlas, que à mantenerlas: pero porque no parezca que me quedo en terminos de logico, y en discursos, y actos de entendimiento, sigo el assumpto con los mismos Doctores Juristas, vease al Señor D. Juan del Castillo (112) en el lugar de el margen, donde abundantemente se hallará probado desde el primero numero, que quando no ay question sobre la voluntad, y disposicion del testador, y solo se trata de probar alguna calidad, ô circunstancia extrinseca, aunque sea substancialmente conducente à su validacion dos testigos bastan, y no se puede desear, ni pedir otra cosa, con vna columna de Autores de gran nota, estendiendo generalmente esta doctrina à todas, y qualesquier qualidades, y circunstancias extrinsecas. Y para que no se dude, que se comprehende en estas el mismo instrumento substancial que contiene la voluntad, no puede ser mas viva (113) especie que la del propio testamento: y siendo así que como cosa de hecho, no se presume celebrado, sino se prueba; el que dice que se otorgó el testamento, está obligado à probarlo, y manifestarlo, pero para probar que se hizo bastan dos testigos; y lo mismo en el testamento que no parece, con la sentencia de muchissimos Auto-

res:

(111) Leg. vel negare 4. ff. quemadmodum testamento aperiantur, Lex 1. Cod. de Sacrosanctis Ecclesijs, Authétiko de Nuptijs §. disponat collatione 4. Petrus Greg. lib. 41. sintagmatum §. 1. ex n. 5. Valentia illust. quæst. lib. 3. de adquirenda hæreditate, Cap. 1. & alij quam plures.

(112) Castillo, lib. 4. controv. Cap. 20. ex n. 1: Et quidem de voluntate, & dispositione testatoris vbiunque quæstio non est, nec agitur de ea probanda, sed duntaxat de probanda aliqua qualitate, sive circumstantia extrinseca, etiam si sit de substancialibus pro validitate dispositionis, duo testes ad eius probationem sufficient, nec maior testium numerus desideratur.

(113) Castillo ibi n. 3: Et hinc sanè èo (vt exēpli rem hanc demonstremus, & specificè magis loquamur) quod testamentum ab aliquo conditum, cum de eius successione agitur, quavis non presumatur; quoniam condere testamentum est quid factis ea autem quæ facti sunt non præsumuntur, &c. Idcirco, qui testamentum conditum dicit id probare, atque testamentum ostendere debet: tamen (vt à proposito nostro non discedamus) ad probandum quod testamētum conditum fuerit, duo tantum testes sufficient.

Y pruebase mas: porque quando no se encuentra el relato , si el acto pueda valer de algun modo, y substentarse, de aquel modo se ha de mantener , y hacer que valga , y no que Perezca ; fundalo el insigne Florentino Medicis (121) con vna Ley, con Paris, y Ripa; es cierto que no pareciendo el relato no se puede hacer que valga, y se mantenga el acto, y la disposicion, sino se prueba, pues entonces sera menos constante, y no avra camino para verificarlo: luego en algun caso puede comprobarse, y justificarse aunque no aparezca.

(121) Sebastianus Medicis, de regulis ruris, reg.
10. n. 10. in principio: Quinto nota quod
quando relatum non reperitur, si actus ali-
quo alio modo p̄est valere valebit, ad
hoc, ut potius valeat, quam pereat. Leg.
quoties ff. de rebus dubijs, Paris, Cōs. 133.
n. 12. vol. 4. Ripa, lege admonēdi n. 36.
ff. de iure iurando.

(122) Medicis, vbi proximè, verbo absolutio, n.
5: Actus dummodo constet, licet non ap-
pareat contentum in eo, si relatio fiat ad
ipsum verificabitur sita in terminis per hanc
regulam docet, Paris, Conf. 133. n. 12.
Doctores in leg. institutio ff de Conditionib.
institution. Bartholus in leg. vbi au-
tem §. aliud ff. de V. O. Jaffon, leg. Mar-
cellus, num. 14. ff. ad Trebellianum, leg.
placet, num. 22. ff. de liberis, & Posthu-
mis, Alexander in leg. ait Prætor §. si Ju-
dex num. 2. ff. de re iudicata, Decisio Pe-
dam. 23. num. 41.

(123) Idem ibi, verbo libellus num. 72: Libellus si refertur ad instrumentum, quod non reperitur, si contenta in eo aliter probantur, valebit, alias non, Glosa leg. ad inonendi, vbi Jasio num. 33. ff. de iure iurando, &c. Romanus, Coni. 21. &c.

(124) Medicis, vbi proximè num. 64. instrumento non creditur alterum referenti, nisi constet de relato, &c. vnde instrumentum desperditum probari debet, non solum de amissione, sed etiam de illius tenore, & de eius solemnitatibus, Abbas Cap. 1. de fide inst. Ripa leg. 1. num. 84. ff. si certum pectatur, Alexander, Conf. 196. volum. 2. Craveta, Conf. 157. num. 4. & sequenti.

Pruebase mas: porque mientras consta del acto de que se haze relacion, aunque no aparezca se verifica su contenido , esta es proposicion que funda el citado Medicis, (122) con el mismo Paris, y communmente los Doctores sobre vna Ley, Bartholo, Jaffson, Marcelo, Alexandro, y vna decision ; *sed sic est*, que sino aparezca el contenido en el relato, no puede constar de otra manera que con prueba: luego quando no aparece es capaz de probarse.

Mas: si el libelo se refiere à el instrumento que no se halla, se admite prueba del contenido en el instrumento relato, y vale el referente, como assi mismo funda el citado, (123) con vna Glosa, y vn consejo de Romano: luego el relato admite prueba.

Mayormente quando es sabido, que el instrumento perdido, ó que por otra razon no parece admite prueba, que consiste no solo en la amission, sino tambien en su tenor, que con la misma regla de no creerse al relato sin el referente trae, y funda el citado Medicis, (124) con el Abbad, Ripa, Alejandro, y Craveta. Y esto es natural: porque quando la regla dice, que el relato se ha de exhibir para que pruebe el referente, que no se cree este sin aquel, no excluye las demás especies de prueba, ni se dará texto expresso que lo diga, y assi hemos de recurrir á las equipolencias, ó yá por las reglas generales de

instrumento perdido, y la de no obligar el caso impossible, principalmente quando reduciendo-
lo à vn hecho incapaz, y fuera de la humana fa-
cultad, fuera estrechar las puertas à la verdad ,
dexarla inaveriguable contra lo que enseñan los
Doctores, (125) para que surtieran contrario ef-
fecto los actos à la intencion de los contrahen-
tes, y de los que disponian, y que no pocas ve-
zes se valiera de este pretexto la malicia, pues con
la substraccion de los mismos instrumentos rela-
tos, lograran sus fines maliciosos muchos , que
con aparecer no pudieran lograrlo ; y no puede
ser el fin de la Ley , y de la razon , el que para
evitar vnas sospechas se franquee, y abra camino
para otras malicias.

Hasta aqui no me avia querido hazer cargo de lo especial que contiene esta causa á favor de las obras pias, porque se viera que en los terminos communes, y principios generales entre los no privilegiados podia el Acessor aver subs- tentado su dictamen , sin subsidios extraordina- rios; pero porque es del caso , y viene aqui á el proposito, se comprueba el assumpto , y funda- mento presente, con lo que acontece en las cō- diciones de los Legados , que se deben cumplir en forma especifica , como prueban dos textos claros: (126) y aun viene mejor en este caso ; porque vna de las razones de no probar el referente sin el relato , es porque el relato se tiene (127) por condicion de el referente ; y es (128) privilegio especial de las obras piadosas , el que las condiciones , no sea necesario cumplirse en forma especifica: de que arguyo: no se puede cū- plir en forma especifica la condicion del relato,sin exhibir el mismo relato específico; en las obras pias se puede cumplir la condicion sin que sea en for- ma especifica : luego en las obras pias se puede cumplir la condicion sin exhibir el relato espe- cifico ; no exhibiendose el relato específico , no puede aver otro por donde se cumpla la condi- cion, y que conste , sino es por la prueba : luego

O₂ quan-

(125) Aimon Craveta, citato Conf. 365. dicto num. 27. & num. 25. in fine: Evidenter indiciorum hoc, aut conjecturarum genus à natura ipsa est, vnde veritas palam fiat: Veritati enim omnia contentiunt, ab ea quæ nihil discentit, si verum modo lumen intuemur, Baldus, dicto Conf. 249. lib. 1. Et infra num. 26: Argumentorum speculationem necessariam nequaquam fore, si oculo divino mortales essent in veritate prospicienda; sed enim ad noctis oras accedunt oculi in qua obtusum est lumen quod veritatem appellamus. Et Pacianus de probationibus lib. 1. Cap. 43. num. 7. & sequentibus: Probatio est fitex veri rei demonstratio, rei dubiae declaratio, oratio, vel attestatio, seu ratio veritatem deducens in lucem, dicitur propalatio per testes duos lumen plenissimum perfecta æquiparatur luci, &c.

(126) Leg. Mævius, & Leg. qui hæredi in pr.
ff. de Condit. & demonstrat.

(127) Medicis, vbi sup. reg. 10. num. 27. Conditionem importat relatio, Ripa in leg. ait Praetor §. si Judex num. 5. & ibi Alexander num. 2. ff. de re iudicata, Decius, Conf. 532. Gratianus, discept. 105. n. 3. lib. 2. Ruinus, Conf. 183. num. 1. vol. 2. & alij plures.

(128) Tiraquellus, de privilegijs piæ causæ privilegio 83. ibi: Hoc tamen fallit in legatis ad pias causas, in quibus debetur legatum conditione impleta, licet non in forma sp̄cifica, ut voluit Romanus in leg. si ita stipulatus ff. de V. O. per textum singularem in Leg. Paulus, §. Caius Seius ff. de liberali causa. Et sequitur Socinus in dicta reg. 310. in ultimo privilegio.

(128) quando se versan causas piadosas puede probarse el relato por otras especies de prueba que no sea el mismo instrumento, y su exhibicion.

Y tambien para que se reconozca que en materia tan obscura, y tan dificil como las ultimas voluntades, no ay principio en que afixar quando se trata de invertir las disposiciones, y que los argumentos contrarios que me opuse con las doctrinas de muchos Authores, è innumerables que estos citan, y porque se entienda, y penetre bien su fragilidad, hago este breve recordo: conspiran communmente los Doctores (129) en que del relato debe constar en forma especifica, para que pruebe el referente, y esto con vna evidencia irrefragable; por lo menos para la institucion de los herederos, à distincion de los legados, que como no requieren escriptura, pudiera admitir prueba su relato. Pues aora buelvo à fundar brevemente, que ni aun este principio es seguro, y en continuacion de mi assumpto fundare, que tanto prefiere la verdad, y tanto atienden las Leyes à substentar las voluntades, que ni aun el relato en forma especifica es necesario, y que aunque sea en otra distinta de la que el testador dispuso, prueba, y valida la disposicion del referente, assi lo probó Escaño, (130) no menos que con los textos muy especiales para la conclusion.

(131) Lex fin. in pr. ff. de legatis 2: Quero cum testamento significaverit, si quid obsignatum receperisset, id vice codicillorum valerer: Epistola autem non sit obsignata: an quæ Epistola continentur ad filium pertineant? Respondi, si fides Epistolæ reliæ constaret, deberi quæ in eam dare se velle significavit,

El primero: (131) en donde el testador dispuso, que aquel instrumento que dexasse sellado, y signado, avia de valer, y tenerse en lugar de codicilos de su disposicion; hallóse vna carta abierta, que no estaba sellada, ni signada, pregunta Scevola, si se deberia cumplir aquello que se contenia en la carta: y Responde, que si consta de la fee de ella, y de su verdad, no se tendra cuenta con las señas que dió el testador para que valiese. Vee aqui el caso, en donde el testador se refirió à vn instrumento de vna manera, este resultò de otra distinta: luego no constaba en forma especifica del instrumento à que se refirió el testa-

testador: luego puede valer la disposicion sin que conste del relato en forma especifica; esto no puede provenir de otra cosa, sino es porque la verdad averiguada prefiere à la figura material del relato, segun el sentido de la Ley: (132) (constando de su fee) luego se sujetá a prueba, y se suple por ella el defecto del mismo relato.

Y por otro texto semejante (133) se prueba tambien, y aun con mas aprieto, en cuyo caso vn testador dispuso que no queria que valiesen sus codicilos, si no estuviesen sellados, y firmados de su mano; no los sellò, ni firmò, y se pregunta si valdrán estos codicilos? La Ley resuelve que valen. Vee aqui vn relato, que no solo no resultò en forma especifica, sino es que aun no queriendo el testador que valiesen de otra forma valieron, solo porque se probò, y constó que eran del testador: luego aquella forma especifica que enixamente el testador dispone en el relato, es dispensable quando ay prueba de la verdad. Y la razon es: porque no se ha de presumir que el testador quiso elegir camino, è inventar modo por donde se destruyera, y aniquilara su disposicion: (134) y con esta misma razon buelvo à arguir: si siempre hubiera de constar de el relato en forma especifica, y que esta fuera indispensable disposicion de los testadores, ó de las Leyes, siempre que ó por desidia, ó por malicia, ó por ignorancia del relato no pareciese quedaba destruida la voluntad del testador no pudiendose suplir con otra prueba; sed sic est, que porque se interpreta que los testadores no elige camino para subvertir su voluntad, quando no aparece el instrumento relato en la forma especifica, suple la prueba, y la verdad, y se conserva la disposicion como en el caso de la citada Ley: luego todas las veces que el instrumento relato no aparece por qualquiera de los accidentes referidos prevalece la verdad, y si se justifica suple el relato, cuyos textos me serviran para otro punto.

P

Y

(132) Ibi si fides Epistolæ reliæ constaret,
Lex Divi. 6. §. licet ff. de iure codicillorum: Licet in confirmatione codicillorum Pater familias adiecerit, vt non alias valeat, quam sua manu signatos, & subscriptos: tamen valent facti ab eo codicilliis licet neque ab eo signati, neque manu eius scripti fuerint.

(133) Lex Divi. 6. §. licet ff. de iure codicillorum: Licet in confirmatione codicillorum Pater familias adiecerit, vt non alias valeat, quam sua manu signatos, & subscriptos: tamen valent facti ab eo codicilliis licet neque ab eo signati, neque manu eius scripti fuerint.

(134) Eicauus ibi num. 15. supposita prædicta lege: Quia non est præsumendum velle eligere quis viam, per quæ iudicium suum subvertatur, & corruat, Leg. si Miles 3. y. nec credendus ff. de Militari testam. Lex quoties 13. ff. de rebus dubijs.