

otras pruebas, la deficiencia de vn instrumento material, y de vna solemnidad extrinseca de vn Protocolo, ya expressada la voluntad por el rational organo del mismo confidenciario, quien avia de ser instrumento de el mismo instrumento, o de la memoria material, memoria en el nombre, y en la substancia, para solo el recuerdo, y la memoria; como era posible que dexara invalidas las disposiciones contra la verdad natural?

Mas mucha mayor es la omission, en el Escrivano dexando de escrevir en el testamento lo que el testador le dictó, que la de protocolar vna memoria de estraña mano, que pudo tener presente á el tiempo de su otorgamiento, y mas si concurre la explicacion del confidenciario de quien avia de estar hecha la memoria, como se hará patente á la consideracion, y sino se quisiere tener por mayor caso, á lo menos no se podrá negar, que es igual la omission de no escrevir en el testamento, que la de no protocolar la memoria como parte del mismo testamento; *sed sic est*, que lo que el testador dictó, y el Notario no escribió se puede probar por testigos, como fundó Paulo de Castro: (154) luego lo que el Escrivano no protocoló, y debió protocolar, tambien puede probarse por testigos.

COROLARIO QVARTO.

Que la prueba incumbia á los herederos de Don Gaspar Somoza.

Y por la predicha, y otras conclusiones confieso, que la exornacion de este punto ha sido prolixa, y superabundante, porque en los terminos de el presente negocio, nunca estime, que la prueba de la deficiencia del relato, ó existencia á el tiempo de la celebracion del testamento podia incumbrir á las obras pias, ni á los Albeceas, sino que tocaba principalmente á los herederos

rederos de D. Gaspar, que oy demandan, y que no aviendola dado, debí absolverlos, y en su consequencia declarar validas las disposiciones. No solo por el principio general de ser actores, y (155) que no probando, el reo se absuelve, sino porque esto viene mejor estando las disposiciones en possession de validas, las obras pias en la de su derecho adquirido, la parte interessada, quieta, y satisfecha de su validation, confessando, y aprobando con tan repetidos actos como hemos visto su misma substancia, y quando esto pudo nacer, y naceria de averle constado la existencia de la memoria al tiempo de la celebracion de el testamento, pues se presume que supo todo quanto en el hecho debió saber, y llevo fundado (156) solo probando error en el mismo D. Gaspar (si tuvieran derecho para exitar lo que él calló, é impugnar lo que él consintió) pudiera aprovecharles; la causa del error estaban obligados á justificar como principal fundamento de su intencion: (157) luego les incumbia la prueba; y siendo el pretexto del error en su causante, (aunque no de este derecho) la deficiencia de la memoria, esta deficiencia debian aver probado.

Y esta conclusion de mas de lo dicho, la persuade la doctrina de el referido Escaño, (158) con muchos Authores, bajo de la regla, de que á aquel que dice que el testamento es imperfecto, ó es invalido le incumbe la prueba, con vna Glosa, y communmente los que escriven sobre la Ley, Mantica, Mascarado, y Galeota: y es la potissima razon, porque el testamento tiene á su favor la presumpcion de estar perfecto, y asi transiere el peso de la prueba en el contrario; y se ha de entender esta regla respecto del testamento vna vez otorgado.

La otra regla es, segun el citado, (159) que la prueba no solo ha de darla el que lo impug-

R 2 na,

(155) Leg. extat. 25. ff. de iure fisci, Leg. vlt. Cod. de rei vendicat. leg. qui accusare, Cod. de Aedendo. Leg. Actor 23. de probat. leg. Cod. de alienatione iudicij mutandi causa facta, & alijs quam plurimis vulgatis iurib. probant communiter DD.

(156) Sup. num. :Mascardus, de probationib. conclus. 850. à n. 1: Et quidē in hanc itum est Sententiam à cunctis scribentibus, hæredem extraneum præsumi habere scientiam fideicomissi, & cæteroru in instrumento contentorum: ita communi consensu traditum est à iuris interpretibus præscriptum à Bartholo in leg. qui Romæ, §. duo fratres, n. 15. ff. de V. O. &c. Et n. 2: Hanc quoque conclusionem ea ratione corroboro, nam cum extraneus hæres esse nequeat, nisi ex testamento, ferendus ne est, si postquam adiverit, neget ignorasse contenta in testamento? Non est certe ferendus, ut censuit Celsus jurisconsultus in leg. non est ferendus ff. de tractat. & prosequitur numeris sequentibus.

(157) Intentionis suæ fundamētū quilibet probare tenetur, leg. Actor, Cod. de probationib. leg. qui accusare, Cod. de Aedendo, Josephus Ludovicus, tom. 30. communium opinionum tit. de probationib. conclus. vñica cum vulgatis, &c.

(158) Escaño citato, Cap. 16. num. 2: In primis constituendum est, certissimum esse, ei qui dicit testamentum imperfectum, incumbere onus probandi, dupli ratione: 1. quia dicenti testamentum invalidum regulariter onus probandi incumbit. Glosa, & communiter scribentes in leg. si post divisionem, Cod. de iuris, & facti ignorantia, Mantica, de Coniecturis, lib. 2. tit. 9. n. 1. Mascardus, conclus. 1359. n. 1. Capizius Galeota, lib. 2. controly. 60. num. 1. Et qui testamentū imperfectum dicit, iuxta lidum dicit: 2. quia cum præsumatur testamentum perfectum, præsumptio rejicit probandi onus in Adversarium, leg. generaliter, §. si præsumum in fin. de fideicommissariis libertatib. Leg. Nuptura in fin. ff. de iure Dotium, leg. fin. si quod metus causa, Mascardus, cōc. 1274. Menochius, Conf. 224. n. 17. vol. 3: Et hoc tantum procedit in testamento iam condito, quod agitur impugnandum.

(159) Idem Escaño vbi proxime n. 5: 2. etiā considerandum est testamentum ut declaretur imperfectum ratione voluntatis, & consequenter invalidum, probationem debere existere omnino plenam, & quæ concludat per necesse; ut ex Ruino, Conf. 15. num. 19. lib. 1. tēner Stephanus Gratianus, discept. forensis tom. 3. Cap. 550. n. 53. Alexander, Conf. 109. lib. 7. in fin. Rota, decisi 1724. n. 16. & 6. part. 2. Homededeus, Conf. 77. lib. 1. n. 11. Guzman, veritates iuris 15. n. 23.