

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, o 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.

(160) Leg. si pars 10. ff. de inofficio testamento, Castillo lib. 4. controv. Cap. 29. per tot.

(161) Tiraquellus, de privilegijs piæ cause privilegio 12.

(162) Nevizanus, Cons. 26. num. 7. & 8.

(163) Glosa, & DD. in leg. transactione, Cod. de transactionib. Parissius, Cons. 135. n. 12. lib. 2. Cephalus, Cons. 138. lib. 1. Surdus, Consilio 414. n. 40. Menochius, Cons. 224. num. 18.

(164) Escañus vbi proximè num. 7: Et etiam quia maiori onere probationis gravatur, & efficiiores probationes adferre debet, qui præsumptionem habet in contrarium.

(165) Everardus Loco à sentent. ad testam. n. 2: Occurrit nunc locus à Sententia ad testamentum: à quo sumptum argumentum est probabile, forte, frequens, & utile: quia aequiparantur a iure. Leg. Servus hac lege ff. de manum. tit. gen. Præterea: testamento est Sententia, Leg. Hac consultissima, & at cum Natura, Cod. qui test. fac. po. iuncta leg. 1. ff. de testam.

(166) Craveta, de antiquit. temp. 2. part. in pr. n. 4: Advertendum autem hic est, quod licet Bart. & DD. plerique in hac materia simpliciter loquantur, quod tales solemnitates enuntiantur in Sententia præsumantur, quando lata est Sententia præsentibus partibus: nec distinguantur lapsus sit tempus appellandi, vel non: tamen necessario debent intelligi post lapsus tempus ad appellandum. Nam qua ratione ante lapsus id tempus possunt, non censemur approbare Sententiam: eadē neque enunciata in ea. Et n. 5: Secundo quero in hac 2. parte, tu dicas, quod vbi lapsus est tempus appellandi, Sententia dicitur de antiquo, quo ad hoc, & præsumantur solemnitates enuntiantur in ea, quando est lata contra præsentem, vel verè contumacem: quero inquam, an istud procedat indistinctè etiam quod tales solemnitates non enuntiantur in ipsa Sententia. Paul. de Cast. in Cons. 202 p[ro]m. causa confinium, lib. 1. refert Innocentij in Cap. cum iniure de off. Deleg. tenetem quod licet Paulus tam non bene firmat, nisi simus in antiquis, opinio etiam Innocentij, quod præsumantur solemnia Sententia post decursa fatalia, & sic postquam Sententia translavit in rem iudicatam: licet illa non exprimatur salte in antiquis tenet Veronensis in Cons. 20. in 2. dub.

na, sino que ha de ser vna prueba absolutamente plena, y que por necesidad concluia, con Rui-
no, Graciano, Alejandro, una decision de Ro-
ta, Hondedeo, y Guzman, con el propio fun-
damento; porque como la causa del testamento
es favorable, en duda se debe juzgar á su favor,
como con la Ley (160) por todo vn Capitulo
lo fundó el Señor Castillo, y principalmente si
contenga causas piadosas, como fundó Tiraque-
lllo, (161) y assi mismo Nevizano, (162) y como
con mayor fuerza se grave á la prueba el que
tiene presumpcion contra si, deben ser mas ef-
ficas, y concluyentes las pruebas del que impug-
nare el testamento, por vna Glosa, (163) y los
Doctores, Parissio, Cephalo, Surdo, y Menochio,
y assi concluyó literalmente el citado Escaño,
(164) con los referidos Autores.

Y mucho mas quando siguiendo el argu-
mento que arriba apunté validissimo (165) de las
Sentencias á los testamentos, enseña (166) Cra-
veta, que todas las solemnidades que se enunciá
en la Sentencia, se presumen aver intervenido
cuando ya está pronunciada, y mucho mas si sea
presentes las partes, y si esté pasado el termino
de la apelacion, porque se dice entonces la Sen-
tencia antigua, en las cuales se presumen todas
las solemnidades enunciadas, y aun las que no se
enuncian que sean de las necesarias para su vali-
dacion: de suerte, que convirtiendo estas doctri-
nas á el testamento, el ya otorgado, publicado,
consentido, y aprobado por las partes, se puede
decir lo mismo que de la Sentencia, en que ó ex-
pressamente, ó por el lapso de los fatales confin-
tieron las partes, ó pasò en cosa juzgada, y se
dirà de las cosas antiguas, y se presumirá aver
intervenido todos los requisitos que se enuncian,
y aun los que no se enunciaren, y huvieren sido
indispensables; y siendo la memoria la enuncia-
da, la relacion á ella, la supuesta, y la que debió
intervenir, se debe suponer, y se presume aver
intervenido, y por consiguiente tener los here-
deros de D. Gaspar de Somoza, esta presumpcion

mas contra si, y aver sido de su cargo la prueba,
y no estar obligados los Albaceas con presump-
cion á su favor, á la averiguacion de el relato,
añadiendo Craveta en comprobacion de este es-
trechissimo assumpto, que se cree á la Sentencia
assi solemnizada, y pronunciada, (167) si se refie-
ra á los autos, aunque los autos no parezcan, por
la presumpcion de averlos avido, aun quando no
se refieran: con que el relato presumpto dexa la
obligacion de probar á el que niega, aunque no se
exhiba, ni patezca en forma especifica.

Lo otro: porque quando el testamento por
solo su aspecto aparece válido, y perfecto, como
es aquel que se halla en forma de publico instru-
mento por Notario rogado, como quiera que el
mismo instrumento publico es prueba probada,
el Albacea sin otra diligencia tiene fundada su
intencion, y assi los que huvieran de venir *ab intestato*, y arguyen contra el testamento falsoedad,
demencia, coaccion, u otro qualquiera defecto
con que pretendan anularlo, no solo han de
probar, sino concluyentemente: que es casi tra-
ladada literalmente esta doctrina de el de Luca,
(168) como se reconocerá de las palabras de el
margen: y solo se libertaran de este gravamen de
prueba, quando se trata de vna escriptura priva-
da, informe, por su aspecto imperfecta, y de
ninguna fee, sino es que se verifique: luego por
solo la simple demanda de los herederos de D.
Gaspar, no podian, ni ellos libertarse de la prue-
ba, ni sujetar á los de D. Juan Gomez á dar otra

sobre el fundamento de su intencion,
yá verificado.



(167) Craveta ibi sub dict. num. 5: Ulta etiam prædicta idem videtur tenere Corneus in Cons. 333. lib. 1. vbi quod creditur Sententia antiquæ, licet acta non producan-
tur, maxime si acta refert: ergo idem videtur
velle, licet acta non referat. Idem & clare
voluit Gozadinus in Cons. 69. y. 6. ad-
duco, vbi quod præsumitur pro Sententia,
&c. quinimo vnu est casus, vbi præsumi-
tur pro decreto in antiquis, etiam quo ad
solemnitates in eo non expresas, &c.

(168) Cardinalis de Luca, Disc. 6. de testam. n.
16. Quando ageretur de testamento, quod
ex sola sui facie, absque alio extrinseco ad-
iutorio esset validum, ac perfectum, vt est
illud, quod in forma instrumenti publici
per Notarium rogatum est, tunc enim,
quia publicum instrumentum facere dicitur
probationem probatam, idcirco testa-
mentarius absque alia probatione suam in-
tentionem perfecte fundatam haber, ideo
quæ venientes ab intestato, qui actum, vel
ex capite falsitatis, vel dementiæ, seu coa-
ctionis, aliquæ defectu illum destruere
volunt, concludenter probare debent sua
oppositionis fundamentum. Secus autem
vbi agitur de scriptura privata, in formi ex
sui facie imperfecta, & nullius fidei, nisi
formiter verificetur, &c.

Fundamento tercero, que segun las circunstancias de el presente caso no se puede decir, que há faltado el relato, aun no pareciendo la memoria, y que verdaderamente consta de lo mismo á que el testador se refirió en el poder.

DE lanze en lanze me he entrado en lo mas estrecho de este negocio, porque con la confusion de los casos, y accidentes humanos vestidos con varias circunstancias, y que en todos tiempos han acontecido, con las diversas determinaciones de los Tribunales, y Juzgados, se haze vn confuso labirinto el de la presente materia, que en no procediendo con separacion para conocer el especial en que estamos, apenas avrà entendimiento que pueda abarcar sin zozobra la maquina dispersa en immensos volumenes. Y aqui recuerdo la autoridad citada de el Cardenal de Luca, (169) que dixe arriba, teniendo por especie de estulticia constituir regla general, y vuniforme, y traer como en uno todas las decisiones, que sobre la validacion, ó invalidacion de los testamentos han resultado aplicandolas á qualquiera caso; siendo todas questiones de hecho, que se deben decidir por las individuales circunstancias de los mismos casos, sirviendo los adminiculos, y conjeturas, por documétos, vnas veces de la falsedad, y en otras de la verdad; y que por esto sobre vna misma materia sin vicio de superfluidad, sea necesario anotarse muchos casos que se disputaron debajo de vnas mismas conclusiones, para que se reparen bien las circunstancias que en el proposito se han de atender, por las cuales vna misma conclusion que en un caso es aplicable, y verdadera, no pueda ser verificable en otro.

Asi, pues, he considerado el presente, que con

con el motivo de aver avido relacion del testador á vna memoria, todo aquello que en los casos especiales de memoria, y de relacion á ella han ocurrido, bien pueden confusamente amontonarse, y bien puede desprenderse de vna, ó otra circunstancia la aplicacion al presente caso, para impugnar el testamento de D. Francisco de Somoza, por trozos de otros hechos; pero con el lleno de las circunstancias todas de este, ni es facil que sean aplicables, ni otras resoluciones pueden servir de exemplar, y aun es dificil, que se pueda aver hallado, porque no aviendo perdonado mi fatiga veer aun aquellos Authores, que por remota dependencia pudieran aver tratado del asumpto, no encontré caso, que se le pudiera parecer, no digo con todo el lleno, sino con la mayor parte de las circunstancias que concurren.

Dificil empressa fuera recopilar todos los casos en que por los testadores ha avido relacion á memorias, y cedulas privadas; pero no es muy dificil hazer reseña de aquellos Authores, que por los casos que ellos figuran citando á otros, casi no dexan que dessear; porque de los mas principales hizo mención el citado Cyriaco, (170) figurando sus mismas especies, y terminos en que los trataban.

Comienza con Bartholo, (171) que trae vn testaméto entregado á el Notario, reconocido delante de él, cuya cedula, de tal suerte se hallaba cerrada, y sellada, que no pudiera mudarse, y alterarse sin notable lesion. Paulo de Castro (172) en otro caso, habla de otra cedula firmada del propio testador, y de los testigos; y el mismo en otro habla de otra cedula de vn Hebreo entregada á vn Notario, que despues se reduxo á publico instrumento, y se publicó como testamento nuncupativo. Alejandro (173) habla de vn testador, que declaró estar la cedula escrita de su mano, firmado de los testigos, y sellado. Aymon Craveta (174) en otro consejo, figura el caso en el

S 2 testa-

(170) Cyriacus, citata controv. 444. à num. 57.

(171) Bartholus in leg. tabularum 2. in pr. sub n. 2. y. quoddam est testamentum ff. quæ admod. testam. aper.

(172) Castrensis, Conf. 93. vol. 1. sub n. 1. & column. 2. num. 3. & Conf. 377. in pr. vol. 2.

(173) Alexander, Conf. 76. sub n. 5. vol. 3. & doctrina Bartholi in leg. si ita scripsero ff. de condit. & demonstrat.

(174) Craveta, Conf. 114. num. 6.