

(222) su virtud era ésta misma relacion, y así no se puede dudar de que con las mismas circunstancias lo formó, y se há de estar à la fee del instrumento, por el mismo caso que se aprobó la fee del Notario por el testador, mientras no huviere prueba vrgentissima en contrario, como se prueba con otra doctrina del mismo Cardenal de Luca, (221) y otra en el caso, en que quedó vna memoria escrita por mano de vn tercero, y sin subscripcion del testador, que la entregó al Notario, y aunque con algunas mas circunstancias, de sello, y reduccion à publico instrumento, quanta sospecha se alegaba por la facil suposicion, se destruye con la integridad del Notario, y del mismo Escriptor, cuya fee aprobó el testador, y por la principal circunstancia de aver sido instituida vna causa piadosa, en la qual ninguno tenia interés particular, y que sin él semejantes falsoedades, y machinaciones no se presumen. De suerte, que el hecho por lo que toca al Escrivano, se supone, y por lo que toca à el Padre Paz, se afirma, y en uno, y otro está toda la substancia del relato, y la invariable fee de su verdad sin otra prueba.

Supongo tambien, que no se puede discutir captatoria esta disposicion, porque la substancia (222) de ella, no fué la que se cometió, antes el mismo testador lo ordenó, y solo lo que se confió fué la declaracion. Lo segundo, porque el mismo Cardenal, (223) Suarez, y communmente los Doctores, admiten las disposiciones captatorias en las causas piadosas.

Y tambien supongo con el citado Cardenal, (224) (por la equivocacion, ó duda que puede padecer nuestro caso) que la formula de testar, y substentarse las disposiciones por relacion à cedula, ó à otro instrumento, lo mismo es, que

X 2 sea

resolutione 1. quem pro omnibus alegare sufficit. Suarez, dict. de captatoria voluntate, sub n. 17. fallit quarto in relictis ad pias causas: est casus in Cap. cum tibi de testamentis.

(225) Idem Cardenal discursu 1. eod. tract. n. 10. Post hæc scripta, in alia causa, cuius speciem memoria non sugerit contigit dubitari, an dicta testandi formula substineatur, quoties relatio non est, ad schedulam iam confessam, & alicui traditam, sed ad conficiendam, & tradendam. Et infra: verum presupposita bona probatione identitatis; dicebam affirmativam probabilorem videri, quoniam ædem rationes in omnibus militant. &c.

(218)

Farinatius, de simulatione, & falsitate, q. 162. n. 163. Nevizanzius, Conf. 8. num. 63. Cæpolla, tract. de simulatione contracuum, n. 5. verb. fraud, Tiraquellus, de retractu conventionali, in præfatione, num. 18. Decianus, Conf. 2. n. 18. lib. 1. Joannes Baptista Lopus, tract. de usuris, commentario 2. §. 1. n. 11. Menochius, de Arbitrijs, lib. 2. casu 225. n. 28. Maſcardus, de probat. lib. 2. conclus. 444. n. 8. & 10.

(219)

Ripol, ad leg. 2. ff. de condit. & demonſt. pag. mihi, 129. n. 89. & 90. ibi: Si servus vivo testatore fuerit manumisitus, haeres scriptus ad hanc haereditatem admittetur, non quia verē, & legitimè fuerit adimplenta conditio, cum post mortem asciente, & volente impleri deberet, sed quia à iure pro impleta habetur, ex regula, qua disponitur in potestatibus conditionibus, si ipse per casum deficiunt, eas pro impletis haberi, leg. turpia legata, §. sed si servi ff. de legatis 1. Et infra: Inter existere enim, & deficere conditionem, datur medium, nempe, pro impleta haberi, Leg. ex facto 17. §. penult. ff. ad Trebelianum, docet Costa in leg. Gallus, §. & quid si tantum 5. part. n. 61. ff. de liberis, & Posthumis.

(220)

Farinacius, de falsitate q. 154. n. 233.

(221)

Sarmiento, Selectarum lib. 8. ad leg. sitius ff. de legat. 2.

yor sinceridad, y verdad, porque lo que no se hizo, pudiendose facilmente hazer, arguye menos malicia, como por el contrario, la nimia cautela, (218) y prevencion arguye dolo: el P. Paz tenia facultad libre de exhibir la memoria firmada, y hecha de su mano; si el Escrivano estaba coludido, y si sin aparente vicio queria formar el testamento, con solo que el P. Paz la formasse, y él la rubricasse, protocolada, avia de permanecer *in perpetuum*, y no huvierea tenido entrada en el pretenso derecho de los herederos de D. Gaspar: luego lo que no se hizo, pudiendose hazer facilmente, no solo excluye la colusion, y malicia, sino es, que se debe dar por executado, es doctrina de Ripol, (219) hablando en terminos de condiciones, y de testadores, que quando el testador, no solamente huviesse atendido à el efecto de su disposicion, sino tambien à el modo, si en la substancia no se huviesse faltado, el modo de la condicion se entiende cumplido: y es la razon, porque en donde no aparece si la condicion fué legitima, ó ilegitimamente cumplida, (y mas si es potestativa) se dá por cumplida, porque entre existir, ó faltar la condicion, se dá el medio, de estimarse por cumplida, con vn texto elegante, y con vna doctrina de Costa. Y para que lo que se puede executar por facil modo excluya la presumpcion de fraude, vease à Farinacio. (220)

Ni es de reparar el aver de estar la memoria rubricada de el Escrivano, porque en este caso, lo mismo que dixe del R. P. Paz, en quanto à la confianza de su formacion, digo del Escrivano, en quanto à la confianza sobre las mismas rubricas: porque si en manos de dicho Padre estaba hazerla, en manos del Escrivano estaba rubricarla, y aunque uno, y otro se tenga por condicion, con la doctrina de Sarmiento, (221) eran una, y otra potestativa, y facil, y sabiendo el Escrivano, como ante quien se otorgó el poder, que esto pedía el testador, quando assentó en el mismo testamento que se procedia en virtud de el poder à su formacion, no pudo ignorar, que

su

Cardinalis de Luca, citato discurs. 2. 1. parte de testam. n. 6: An credendum sit soli Notario, nec ne, dum in eius libitu, & potestate repositum est, alteram schedulam confidere, ac supponere; Et nihilominus etiam isto casu magis comunis, & recepta opinio est, deferendum esse Notario, cuius fidem tam lex, quam ipsomet testator probarunt, ideoquæ attendendam esse, donec probetur contrarium, ita vt sola possilitas falsitatis, vel suppositionis, huiusmodi fidē adimere non debeat. Et eodem n. circa fin. quod si lex confidit de Notario in testamētis mere nuncupativis, quæ eadem memoria causa in folio volanti adnotantur, ita vt possit pro libito variare, aliud folium ex integrō confidendo, nō videtur tubesse congrua ratio, cur in isto casu eidem Notario deferendum non sit. = Et discurs. 3. n. 5: ponderando circa huiusmodi suspicitionis cessationem, integritatē tam Notarii, quam lauri scriptoris, quorum fidem testaror probaverat, aliasquæ circumstantias, illam praesertim resultantem ex institutione pia causa, in qua nemo habebat notablem interessē particulare, sine quo fallitates in tot machinationibus cōmitti non solent.

(223)

Suarez, dicto tract. de captatoria voluntate n. 21. §. & quod dicta lege: Nihil de substantia dispositionis commisit testator in voluntate, seu dispositione haeredis, sed ipsum testator disposuit, quod probatur ibi: voluntari mortuorum prop̄sidentes. Et ibi: à fideicommissō relieto. Et ibi: ab eo relietum.

(224)

Cardinalis de Luca, eod. tract. de testam. discursu 45. n. 3. Secus autem ubi dicenda veniret pia, (vt probabilius videatur) cum tunc, sive sit incerta, sive in alienam voluntatem collata, semper valitura sit, & adimpta, vel ex dispositione text. in Cap. cum tibi de testam, vel ex ea concludenti ratione, de qua plures in præcedentibus, quod pia causa subiecta non est iuris possitivi dispositionibus, ac subtilitatibus, sed cum solo iure naturali, eiusque veritate inspecta regulanda est, vt de captatoria valitura favore pia causa, ex professo, Trentacinquis lib. 1. variarum, tit. de pia causa

sea de futuro; esto es, cedula que despues se avia de escrevir, ó de la yá escrita; y solo lo que parece nos reduxera á los rigorosos terminos de la confianza, y á la invariable fee del R. P. Paz, fuera, el que como el testador se reduxo á vna memoria que avia de dexar, firmada del dicho Padre; si no huviera avido lugar de rubricarse por el Escrivano (despues de hechas las communicaciones) avia de perecer la voluntad, quando en estos casos, como probamos arriba, aunque faltara la forma especifica, no se presume, que el testador eligio medio, para subvertir su disposicion, sino antes para conservarla, y mantenerla: en el caso figurado, y no concedido, en los terminos, y especie del Cardenal de Luca citado, entraran los de la Ley que habla de la confianza, y dicho de la persona en quien confió el testador, aun con relacion á memoria: luego en semejante caso, verdaderamente el R. P. Paz, en la substancia era el relato, á quien privadamente se fizieron las comunicaciones, y per accidens, secundariamente, y como por mas facil modo de recuerdo, era la relacion á la memoria; en todos los actos lo que principalmente se atiende, es la final intencion, y no lo que viene per accidens, y en consequencia: luego en nuestro caso, no podemos decir que faltó, ni ha faltado el relato, con la existencia de la misma persona confidencial: y no siendo tampoco presumible (demás de la presumpcion que tiene á su favor el acto solemne) que de decoro, y de memoria, como si fuese leccion de estudiante, que huviese estudiado muy á punto, supiese el P. Paz todas las disposiciones, siendo tantas, y en tan diversas cantidades, aun para fingirlo, y dictarlo de repente (no aviando para qué) sin vna ligera instruccion, vnos breves apuntes, ó cosa tal que pudiera exitar las especies: como puede aver entendimiento humano que se persuada á que no aviando faltado el relato substancial de la persona, faltara el accidental, y secundario materialissimo de los mismos apuntes,

que

que fuera indispensable, aunque no quisiesse.
Y buelvome á la citada autoridad de el Cardenal de Luca (porque yá dixe, que con ella avia de probar el assumpto,) y supuesta la confianza, que con el mismo llevamos probada, y aprobacion de la persona del R. P. Paz, pregunta, si se ha de creer solo al Notario en cuya libre facultad consista alterar, y mudar vna memoria, V. g. en los testamentos nuncupativos, en que para que no se olvide, y en vn pliego volante, ó suelto, saca el mismo vnos apuntes, que puede despues mudar en otra oja: y sin embargo con la comun resuelve, que aquella confianza, y fee, que aprueba la Ley en el Escrivano, no se puede vencer, con esta, ni sospechas semejantes, y que se estará á su assertion, mientras no se pruebe lo contrario. Pues vee aqui, que de la misma suerte, los apuntes afirma el P. Paz aver sido de la propria manera, para que no se olvidaran las disposiciones, averse temido presentes, averse arreglado el testamento á ellas en su misma presencia, y siendo dicho R. P. de quien el testador confió, y per consequens confió la Ley, porque esta quiere, que se esté á la assertion del confidenciarico: luego mientras no huviere vna plenissima prueba en contrario, hemos de decir que tuvo relato, y que hasta aora existe el de las proprias disposiciones.

Mas, y que comprehende todo quanto he dicho en este discurso: quando el testador se refundió en el P. Paz, quien avia de hazer la memoria, el P. Paz fué relato del testador, y este referente immediato de la misma memoria: de suerte, que aunque la memoria fué relata de el testador, fué mediante la relacion del P. Paz, que tenia embebidas las comunicaciones de el difunto: de calidad, que el P. Paz, quedó en lugar del testador para referir su mente, y la memoria; y asi este fué el principal instrumento, y los apuntes, y memoria el relato; no ay cosa mas sabida, aun en los principios de que se han

Supra num. 222.

Y valido

que alias faltaran todos los Derechos que la favorecieren. Y en otra Epistola (228) escriviéndole á Sabino su coheredero le advierte á vna pregunta que le hizo sobre la libertad de Modesto esclavo del testador, que contra la opinion comun se devia la libertad, como si se hallasse escrito lo que la testadora Sabina creyo que se avia de escrevir, intimandole la religion con que acostumbraba dar cumplimiento á las voluntades, y que no importaba menos en ellos como ejecutores la honestidad, que en otros la necesidad del cumplimiento; y asi que callarian para que se gozasse el legado, y la libertad como si todas las solemnidades diligentissimamente se hubieran observado.

Y para que se conozca con mas claridad la fuerza de la prueba, y presunciones que relucen en el testamento otorgado, supuesta que es la verdad sola la que se busca en los Juzgios, y la que prevalece en Tribunales tan superiores como esta Real Audiencia, en donde por ella, y no por las subtilzas, y apices de Derecho se deben determinar los pleytos, como previene la Ley del Reyno, (229) procederé sentando algunos principios generales, para fundar despues en lo especifico de las pruebas el vigor de cada vna, y la consonancia de todas.

El primero, que en las disposiciones piadosas se ha de proceder segun el Derecho natural, y Canónico, y no por las subtilzas del Derecho Civil, atendiendo solo á la verdad desnuda, aun por las conjeturas, y verosimilitudes de aquello que el testador sintio, y se pudiere probablemente conjeturar aver querido disponer, como sienta Rubeo, (230) el Addicionador á Bartholo, y Fagnano sobre dos Capitulos, con innumerables Doctores, que por no ser prolixo no refiero, bastando los citados, para que por sus remisiones, y razones se comprehenda mejor la verdad de este principio, y de los que de él deducen. Y el citado Fagnano, (231) despues de

Y 2 las

(226) Discursu 47. eod. tract. de testam. n. 15: dum id quod Ducissa gessit per eius litteras, non ex eius voluntate, vel arbitrio gessit, sed tanquam organum, per quod loquuta est testatrix, ita solum explicando, qualis esset eius intentio in isto casu dubio.

valido los demandantes, sino que quando en el instrumento referente se contenga el relato, no se puede decir que falta, y prueba sin su exhibicion: luego quando en la persona confidencial, que era el P. Paz, como instrumento, y organo del proprio Difunto, se contenian virtual, y eminentemente, y aun formalmente las disposiciones comunicadas, y que avia de declarar de orden del Difunto, por la misma memoria: la memoria existe, mientras el P. Paz existe, y con el mismo hecho de mantenerse el instrumento solemnizado debajo de su firma, aviando concurrido á la misma explicacion del relato, que el mismo como principal instrumento contenia, leanse las palabras del mismo Cardenal, (226) en otro discurso de el margen.

Fundamento quarto, en que se haze patente, que en las circunstancias de el presente negocio, por sus pruebas naturales, y presunciones vehelementes está averiguada la verdad á favor de los Albaceas, y disposiciones del testamento, á que sin temeridad, no pudo dexarse de rendir el Acessor, sin aver encontrado entonces, ni aora la mas ligera presumpcion contra ellas.

En el supuesto de las precedentes conclusiones llegamos ya á la averiguacion de la misma verdad por las pruebas naturales, pues siendo la voluntad de los testadores mas antigua que el proprio Derecho, como dixo Plinio el moderno, (227) aun aquella disposicion, alias, irrita, y no solemne quiso defender, constituyendose á sí mismo la Ley de la conservacion, y observancia de la voluntad como perfecta, aun-

que

(227) Plinius junior, lib. 5. Epist. 7. Voluntatem Defuncti iure irritam, & non solemnē defendit ex eo, quod sibi de voluntate, quæ iure antiquior est constitit. Et lib. 2. Epist. 16: Ego propriam legem quandam mihi dixi, ut Defunctionum voluntates, etiam si iura deficerent quasi perfectas tuerer.

(228) Lib. 4. Epist. 10: scribis mihi Sabinam, quæ Nos reliquit hæredes, Modestum terum suum nusquam liberum esse iussisse: idem tamen sic adscriptisse legatum Modesto, quem liberum esse iussi. Queris quid sentiam, contuli cum prudentibus, convenit inter omnes, nec libertatem deberi: quia non sit data, nec legatum, quia servo suo dederit, sed mihi manifestus error videtur: ideoque puto nobis, quasi scripsissent Sabina faciendum, quod ipsa scripsisse te credidit: confido accessum te sententia mea, cum religiosissime soleas custodire Defunctorum voluntatem, quam bonis hæredibus intellexisse pro iure est. Neque enim minus apud Nos honestas, quam apud alios necessitas valet. Moretur ergo in libertate finitibus nobis, fruatur legato, quasi omnia diligentissime caverit.

(229) Lex 10. tit. 17. L. 4. Recop. Cast.: Sellido ballada, y probada la verdad del jecho por el proceso, en qualquier de las instancias que se viere, sobre que se pueda dar cierta Sentencia, que los jueces que conocieren de los pleytos, y los ovieren de librars, los determinen, y juzguen, segun la verdad que hallaren probada en los tales pleytos.

(230) Rubeus, in suis resolut. practi. Cap. 11, n. 630. & 631: & quatenus huic rationi stare recuset, consideret quoque praedicta conclusionem procedere secundum ius Civile, iuxta quod omnino conclusiva dispositio ad validitatem actuum requiritur, non autem secundum ius naturale, quale tantum servandum venit in dispositionibus pjs, nā iuxta dictum naturale, non est de apicibus iuriis disputandum, sed attenditur nuda veritas, etiam ex coniecturis, & verisimilitudinibus habita, & sic quid testator sentit, vel probabiliter coniici potest voluisse disponere. Additionator ad Barth. Conf. 6. v. contulit beneficium, col. 2. Fagnan. in Cap. cū esles, & in Cap. Relatū de testam.

(231) Fagnan, in dicto Cap. cum esles num. 42: item ipsa veritas, quæ Deus est, & in omnibus prævalet, 2. Esdras 10. in fin.: Sed pro opinione contraria, est lux humana, pernicioſa subtilitas, & timor falsitatis, vt Leg. fih. Cod. de fideicommissis. Cuius ergo potiora sunt iura; utique primæ: ergo ei standum est, &c. Nec recipienda est per Judicem subtilitas, quæ veritatem ludit, Leg. sicut re corporali, §. antepenult. ff. quib. mo. pig. vel hypoth. solv.