Tambien procuro fundar, que la imperfeccion, ô invalidacion de este testamento segundo, no pudo dexar nulla la disposicion de el poder, â fin de que no se pudiesse estimar intestado el Difunto. Con que yà se vee, que no es solo lo que dice el Anonimo.

Impugnacion de el Corollario primero.

§. I. QUE *supongo que huvo memoria, y esto es lo primero que no consta*: porque aunque el testador se hallaba formandola, *no dixo que la tenia hecha*, y que aunque sobrevivió dos dias, *prueba que la pudo hazer, pero no que la hizo*: que los testigos no aprovechan para la identidad de la memoria que refiere el poder, quando ni aun el Padre Paz declara tuviessen los apuntes las señas, que prescribió el testador; y por consiguiente, *no estamos en el caso de no parecer vn instrumento, que ciertamente huvo, sino el de no constar, que huvo tal instrumento, que ciertamente no parece.*

Verdaderamente esta impugnacion no es mas, que vna friolera, en que se pide el principio: porque si el Corollario se reduce, â que si en caso de no parecer el relato, se pueda probar con distinta prueba de su exhibicion especifica, en la harmonia de el papel se conocerá, que primero fundo esta conclusion, y en otro fundamento passo â contraer las pruebas: con que verdaderamente â el impugnante no avia de tocar en este punto lo de si estaba, ô no, probada su existencia, ô su identidad, sino si se podia probar, y vastaba: y el argumento que se haze con las vozes de el testador, de que hallandose formando la memoria, no prueba que la acabò, es tan amphibologico, que tambien me aprovecha, porque tampoco prueba, que no la acabò, porque pudo acabarla; y assi estamos en el caso de *vna memoria, que ciertamente no parece, pero no se puede decir, que ciertamente no huvo.* Antes apartandonos de los testigos, con el mismo poder tengo probado, que se acabò la memoria, porque el poder, y la memoria, se hizieron para precaver el peligro imminente de el testador, y la falta de el tiempo para formar por sí el testamento, reservando para quando estuviesse recobrado executarlo: luego tan vrgente era el poder, como la memoria para esta precaucion, y sin dar perfeccion â la memoria no avia ocurrido â su aprieto, con que debemos presumir, que â el mismo tiempo se executó vno, y otro, y que quando yá recobrado comenzaba â testar por sí, se governaba por la misma memoria; y se hecha de veer mejor combinando el testamento otorgado en virtud de el poder, con las clausulas de el que comenzó â otorgar el mismo testador; esto es lo que deduzgo en el segundo fundamento, que por no averlo conocido el Anonimo se lo dexò tambien en el tintero.

§. II. Impugnase assimismo, porque yo digo, *que la exhibicion de la memoria relata es para la institucion de Heredero, pero no para los legados, sobre que cito â Cyriaco, quien muy al contrario pone por precisa la exhibicion de la Cedula relata, y otras circunstancias para que sea valida indistinctamente en quanto â institucion de Heredero, como à todos los legados, por ser disposicion per nuncupationem implicitam*, que no puede subsistir, si la Cedula referida no se exhibe.

Pobre de mi papel en semejantes manos, qué destrozos no padecerà en quien lo impugna con el fatal achaque de no entenderlo, y por esso levantandome tan â las claras tan falsos testimonios! mi papel anda impresso, busquese en este Corollario si yo digo tal proposicion, *de que la memoria relata por nuncupacion implicita, solo sea necessaria en la institucion de Heredero, y no en los legados*; lo que digo es, *que los estrechos terminos en que los Authores ponen la materia de relaciones â otros instrumentos, y que hà de constar de su fee, y de su identidad, sin que pueda quedar duda alguna*, (esto es lo que mutilò el Anonimo) *es porque todos los casos en que los citados Authores hablan, y otros muchos que transcribe, y cita el referido Cyriaco, es en el de la institucion de Heredero por relacion*; son palabras formales â la fox. 23. en el §. *y pruebo el assumpto.* Esto no es decir, que no es necessaria la Cedula en los legados, sino es que no es tan estrecha la prueba de su identidad, porque como voy con el assumpto de la prueba que vasta, era necessario distinguir entre el rigor de lo que es fundamento de el testamento, como la herencia, y lo que tambien sin escriptura podia dexarse, que no penetrò el impugnante. Vease en dicha foxa buelta, el §. *De aqui*, en que digo: *De aqui resulta, que en los de vna, y otra sentencia, aquella identidad de la Cedula, ô escriptura á que se refiriò el testador, no se puede probar por comparacion de letras (que llamamos cotejo) porque de ella no puede resultar prueba indubitada, por ser muy falax, y peligrosa, y en que se hàn cometido muchas falsedades, como dixo el Emperador Justiniano.*

Y mas abaxo en el §. immediato, que comienza: *pero bolviendo: pero bolviendo los ojos â los legados, hallarèmos todo lo contrario: porque en ellos, como se requiere menor solemnidad, vasta menor prueba, como con la sentencia de Bartholo sintiò Aretino, Fabro, Claro, y Graciano â quienes cita Cyriaco, y pongo â el margen las palabras de este Doc-*

tor,

tor, y si son falsas, y dixo muy â el contrario, porque no pone el Anonimo â la letra las que son, como yo hago, tragase el argumento q̃ traigo en el §. *pero*; la ley 10. *Cod. de fide instrumentor.* que cito â el num. 100. y passa â la tercera impugnacion.

§. III. Que el fin que llevo es fundar, que la falta de la memoria relata se puede suplir por testigos, que vastan dos, segun Escaño, (ponese la cita) y que este Author lo que dice alli es, que caso de que se aya el testamento reducido â escriptura, y no se dude de las disposiciones, que en él se escrivieron, sino solamente, se dude si el testador tuvo, ô no perfecta, y absoluta disposicion, &c. *vastaran dos testigos. Y que en nuestro caso se versa la question no solo sobre si el testador perfeccionò, y absolvió la memoria comenzada, sino tambien sobre quales son las disposiciones de ella? Y que no ay testigos, que sobre lo vno, ni sobre lo otro depongan*, que cito â el Señor Castillo en el lugar que dice, que para probar que se hizo testamento vastan dos testigos: pero que añade, que para probar la voluntad de las disposiciones son menester siete, y prosigue: *con que lo que sacamos de estas dos authoridades es, que para probar que se hizo memoria, y que la perfeccionò el testador vastaran dos testigos: pero para probar las disposiciones son menester siete, y ni para aquellos siete, ni para estos dos se encontrarán.* Que la doctrina que se citó de Escaño en el Cap. 3. num. 14. & 15. para probar que no es necessario exhibir el relato en forma especifica no es adaptable â nuestro caso, en que la memoria se dispuso *pro forma* para la disposicion de la memoria testamentaria, como se funda en el informe por los Menores, y que fuera de esso en los casos de las leyes que se citan parecieron los relatos existentes â el tiempo de la controversia, y con todo, si no se prueba la substancia de la voluntad contenida en los relatos no valen, que es condicion expressa de dichos textos, y de la doctrina, ibi: *Si de epistolæ fide constaret. Habita fidei illius legitima probatione. Si testatoris fuisse probentur.* Y en nuestro caso no ay tal memoria relata, ni consta que se huviesse acabado, ni ay prueba de su contenido.

Voy por su orden desatando esta algaravia. Lo mismo que dice la primera parte de el argumento, digo yo, si se reflexiona el contenido de mi papel fox. 24. buelta. §. *el assumpto se prueba: porque demàs de que el testamento se presume en caso de duda perfecto en razon de la voluntad para su mejor reconocimiento, se recurre â los testigos, como dixo Tello Fernandez, y aun â las congeturas en el caso apretado, como es aver comenzado el testador el testamento, y no acabarlo, que figura el Jurisconsulto Jaboleno, y enseña Escaño.* Y mas abaxo

y en otro Capitulo, (hablo de Escaño) *que la perfeccion, ô imperfeccion de la voluntad por el impedimento superveniente se puede probar por solos dos testigos.* Leyó â bulto el Anonimo, y no entendiò el argumento â que se dirigian estas doctrinas, y pudo con facilidad, porque como todo el assumpto de este Corollario es, que se puede probar por testigos el relato que no parece, â la misma fox. 24. en el §. *mas*, que está immediato â la cita de Escaño, digo lo siguiente: *por esso sin el relato no pudiera admitirse prueba en quanto â los legados, porque faltando el relato, ô no exhibiendose se induxera imperfeccion, en la voluntad de el testador, pues faltaba la disposicion en aquellas cosas sobre que se referia; es cierto, que sobre la perfeccion, ô imperfeccion de la voluntad se admite prueba, aunque no sea el instrumento, ni otro documento instrumental, y vasten dos testigos: luego sin el relato, esto es, quando no parece, ni se exhibe se puede suplir por la prueba.* La menor pruebo con la citada doctrina de Escaño, y otras, y contextos. Y â la fox. 25. §. *y se prueba, ℣. y buelvo*, aclaro mas el argumento: *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 purè interna sin llegar â actos perfectos de su explicacion, y el acto extrinseco es objeto mas claro, y que mas perfectamente pueden percebir los sentidos:) luego si la voluntad, y su perfeccion se puede probar por testigos, el acto extrinseco de la misma voluntad mas facilmente se podrá probar por estos; la memoria, ô el instrumento relato es acto extrinseco de la misma voluntad: luego se puede probar por testigos.* Hè aqui, que yo no digo dos testigos, ni tres, ni veinte, sino testigos; porque en probando, que el relato se suple por la prueba, acabé el assumpto de el Corollario con felicidad. Y lo que se impugna por el Anonimo, es solo el numero en que no me paro sobre si hàn de ser dos, ô siete.

Antes bien en vista de su impugnacion hallo confessado quanto avia menester en el citado §. III. que và referido, dice estas palabras: *con que lo que sacamos de estas dos authoridades es, que para probar que se hizo memoria, y que la perfeccionò el testador vastan dos testigos; pero para probar las disposiciones son menester siete*: y yo digo: *con que para probar la memoria ô en su substancia, ô en su identidad (iam perte) vastaban los testigos: luego el defecto de el relato en la solemnidad, ô en la substancia se suple por la prueba*: cosa, que si la huviera leìdo antes escusara el Corollario; pues si está probado, y con quantos, y si pudieran saber siete lo que se revelò â vno (como el informe que hize lleva su orden natural) està en otro lu-

gar donde se toca la prueba, y su suficiencia, y aquel es el proprio de la calificacion de testigos â que me refiero.

Que la doctrina de Escaño en el Capitulo tercero, num. 14. y 15. para probar, que no sea necessario exhibir el relato en forma especifica, no sea adaptable â nuestro caso, lo funda el Anonimo, en que la memoria se dispuso *pro forma*, como se funda en el informe de los Menores â la fox. 38. y 39. Pero no se haze cargo de que en las leyes que cito en los numeros 131. y 133. tambien disponen *pro forma* los relatos. En la ley final *de legat.* 2. porque quiso alli el testador, que se tuviera por codicilo aquel instrumento, que dexasse sellado, y en la ley *Divi 6. §. licet ff. de iur. codicill.* añade mayor circunstancia para la forma, que fuè no querer el testador, que valiessen los codicilos, menos que no estuviessen sellados, y firmados de su mano; y en vno, y otro caso, se resuelve subsistir lo que quedò en la carta no sellada, y en los codicilos ni sellados, ni subscriptos por el testador: luego la solucion de aver quedado por forma en nuestro caso la memoria (que todavia tenia mucho que disputar) no es de el caso para que sea necessaria la exhibicion en forma especifica. Y lo que se adelanta de que en los casos de las citadas leyes parecieron los relatos, es solucion, que buelve â pedir el principio, de si pueden ser los relatos los que aparecen de otra forma, de la que dispuso el testador? Y si se me replica, que tambien aunque no constaban en la forma dicha, constaba de su fee, queda el argumento mas fuerte, pues no siendo aquellos los instrumentos relatos especificos, la fee de ellos solo podia assegurarse por los testigos: luego toda la substancia de los referidos relatos, consistia en la prueba de los mismos testigos, y por consiguiente estàn bien aplicadas las doctrinas de Escaño, y las decisiones de los textos â el presente caso, y â lo demàs no se responde, y con solo lo demás se convence.

Impugnacion á el Corollario segundo, en que fundo, que no se necessita oy de el relato, y vasta aver existido á el tiempo de el testamento.

IMpugnase â el ayre, y con solas las vozes, diciendo: *que quando las disposiciones tienen tracto successivo, como las de el testamento, no solo es necessario, que el relato que las contiene exista â el tiempo de la*

de la faccion de el testamento, por ser condicion formal, y voluntaria, y por tanto precisa, (y no se que se quiere decir *con condicion formal, voluntaria, y precisa*, que necessitaba mas larga explicacion de el que lo dice) *sino que es menester, que persevere in futurum, pues siempre que se quisiera examinar la validacion, no se pudiera probar por testigos: porque estos fueran referentes â el instrumento, como parece, y tampoco probaran sin el relato*, y que para ello se vea el informe de los Menores â la fox. 27. num. 50. y siguientes.

Toda la proposicion primera de esta impugnacion, no tiene mas authoridad, que la de el que lo escribiò, que parece que se acordò de aquellas palabras de el Verso theatral, *digolo porque lo digo, y no lo digo por mas*; alguna luz tuvo de lo que los Doctores llaman hecho *transeunte*, y hecho *immanente*, en que aun los Criminalistas en las justificaciones de cuerpos de delictos paran la consideracion, para la justificacion que vaste, quando no consta de el cuerpo de el delicto, aliás, *immanente*, como en el homicidio, robo con estrago, y efraccion, y semejantes; y aunque no lo pensò assi el Anonimo, si lo pensara, le hiziera mas fuerza, porque hallaria Doctores, que sintieron, que aun quando no le consta â el Juez *per evidentiam facti* de el delicto por hecho immanente, como el homicidio en que el reo dice aver arrojado el cuerpo muerto al mar, todavia se pueda condenar â muerte con la prueba de testigos de el mismo delicto: vease â Caballo en el caso 254: luego el tracto successivo, y la immanencia no excluye (quando por algun accidente falta) la prueba de testigos, y si esta vasta para darle â vn vivo la muerte, quanto mas vastarà para darle â vn muerto la vida? Y antes el ser condicion formal, como se dice, arguye que cumplida en su tiempo, no necessita immanencia, pues bien puede tener la disposicion tracto successivo, y no tenerlo la condicion, como en el exemplo que puse en el citado Corollario, de venir la Nave de Asia, ô subir â el Capitolio; que cumplido lo vno, ù otro no es menester que persevere el Capitolio, ô la Nave para que se entienda cumplida la disposicion, aunque ella tenga tracto successivo; y si faltando la Nave, ô el Capitolio se probara por los testigos, como era preciso, que avia venido la Nave, tambien se referian â la misma Nave, y faltando el relato, probaban los testigos sin el mismo relato, porque el relato no es relato de los testigos; y esta es la diferencia que ay entre el instrumento que se refiere â otro, y de los testigos que prueban esse relato; que el instrumento referente tiene su substancia en el relato; pero el relato que se prueba tiene su subs-

 tancia