gar donde se toca la prueba, y su sufficiencia, y aquel es el proprio de la calificacion de testigos à que me resiero.

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 à nuestro caso, lo funda el Anonimo, en que la memoria se dispuso pro forma, como se funda en el informe de los Menores à 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. anade mayor circunstancia para la forma, que fue 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 tenía mucho que disputar) no es de el caso para que sea necessaria la exhibicion en forma especisica. Y lo que se adelanta de que en los casos de las citadas leyes parecieron los relatos, es solucion, que buelve à 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 estan bien aplicadas las doctrinas de Escaño, y las decisiones de los textos à el presente caso, y a lo demas no se responde, y con solo

Autes bien convence de de la local de la l

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

Impugnase à 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 à el tiempo 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 suturum, pues siempre que se quisiera examinar la validacion, no se pudiera probar por testigos: porque estos sueran referentes à el instrumento, como parece, y tampoco probaran sin el relato, y que para ello se vea el informe de los Menores à la fox. 27. num. 50. y siguientes.

Toda la proposicion primera de esta impugnacion, no tiene mas authoridad, que la de el que lo escribio, que parece que se acordo 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, alias, immanente, como en el homicidio, robo con estrago, y efraccion, y semejantes; y aunque no lo penso alsi el Anonimo, si lo pensara, le hiziera mas fuerza, porque hallaria Doctores, que sintieron, que aun quando no le consta à 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 à muerte con la prueba de restigos de el mismo delicto: vease à 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 à vn vivo la muerte, quanto mas vastarà para darle à 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, û 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 à 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 à otro, y de los testigos que prueban esse relato; que el instrumento reserente tiene su substancia en el relato, pero el relato que se prueba tiene su subs-

tancia en los testigos, porque lo que se prueba, no se refiere, sino que se asirma, y se supone. Vease quan alucinado procede el Anonimo en la impugnacion que niega la prueba de los testigos solo, porque piensa, que estos se referian à el instrumento, y que

no probaban sin el relato. monobile o el sentimo e aveilino el sup en

tancia

Y visto el papel de los Menores sobre este punto à el numero 52. de la fox. 27. nada funda contra lo dicho: porque habla de los testigos, que solo se refieren à el instrumento, porque entonces refunden toda su deposicion en el relato, como el instrumento referente; pero quando no se refieren, sino que testifican, y afirman el relato, es lo contrario, porque reciben, y refunden toda su substancia en sus deposiciones. Y tampoco prueba contra lo dicho el num. 50. y 51: porque aunque la memoria sea vtil en todo tiempo, y aunque anadamos el que sea necessaria, no podremos decir, que lo sea despues de el arreglamiento à ella, para la validacion, sino para la prueba de la misma validacion, y arreglamiento; y siendo solo prueba, si no parece, no se han de extinguir las demás naturales, pues las muchas que el Derecho dispone, se inventaron à fin de que lo que no se haze por vna, se pueda hazer por otra.

La vltima impugnacion no es de este Corollario, pues aqui solo se toca si vastó la existencia entonces, ô se necessita aora indispensablemente, y la impugnacion se reduce à si estaba, ô. no entonces perfecta, y lo que se debe probar cerca de esto; con que quando lleguemos à la prueba, que es su lugar, si alli

se bolviere à tocar, bolvere yo a retocar este punto.

le à ve muerto la vida? Y antes el fer condicion formal, como

Impugnacion á el tercero Corollario, en quanto á no inducir nullidad el no averse prothocolado la memoria.

Ragase el impugnante lo mas nervoso de los fundamentos, que este Corollario contiene, como lo haze en todo lo demas de mi papel, y solo assumpta aquello que le pareciò mas facil de digerir : y porque à la fox. 31. buelta, digo: que se me de ley para que el instrumento, ô contracto, ô disposicion testamentaria no se pueda probar, menos que con el prothocolo, y me rendire: se me impugna, con que yo mismo la traigo, que es la ley 13. tit. 25. lib. 4. de la Recopilacion de Castilla, que anulla los instrumentos sin prothocolo. Passo por el argumento, que se quiere hazer

con mi misma solucion, de que la memoria suè instrumento, que no suè de el Escribano, arguyendoseme con que aviendo de averse rubricado por el Escribano, passó ante el mismo, y debio prothocolarla, que es bien estraña especie de argumento, contra la misma evidencia, de que vna memoria reservada por communicaciones secretas, y confidenciales, hechas à vn Sacerdote, y que vastaba estar firmada de su letra, se persuada vn entendimiento, à que por solo la circunstancia de estàr rubricada de el Escribano, era inftrumento suyo, aun sin aver sido rogado para que la authorizasse, hiziesse, ni oyesse su contenido: y sacamos de este desastrado argumento, que quando en los Tribunales se pide en algun pleyto, que el Escribano rubrique, y señale algunos instrumentos presentados, seanse vales, escripturas, ô libros para su fee, y que se assegure el no poderse adulterar, ô mudar, se tengan por instrumentos de el Escribano; de tal manera, que los aya de prothocolar en su archivo. Vease si es assumpto tolerable, y si es proposicion, que puede passar sin causar risa; pues lo mismo se ha de considerar en la memoria en que se pedia la rubrica, no para su substancia, sino para su mayor seguro, ê impedimento de la mutacion; y esta seguridad no respecto de el P. Paz, de quien no avia disidencia, y que como la diesse se avia de rubricar, sino es para que si el P. Paz faltasse, no se dudasse de su identidad : con que quedamos, en que la memoria no era instrumento de el Escribano, ni de los que habla la ley de prothocolo para la necessidad de la validación, sino apenas para la veilidad de la mejor prueba; y por esso se traga el Anonimo la Ley de partida que cito. Tambien la doctrina de Azevedo singularissima, y muy de el proposito, para que aunque los instrumentos que deben prothocolarse se anullen por este desecto, lo que queda sin vigor son los instrumentos, pero no la verdad de los contractos, que puede verificarse por otras pruebas.

Y lo mas donoso es, que aqui dexando el assumpto de prothocolo, siendo el de la impugnacion, haze recuerdo de que no se puede probar de otra manera la disposicion, que exhibiendo la memoria, cuya especie queda yà atras bien digerida, y se cita el informe de los Menores à la fox. 38. y 39. en donde se dice, que hallaré los textos, y doctrinas que pido (que como và visto en este Corollario los pido para que vna disposicion, ô contracto no se pueda probar de otra manera, que con el prothocolo.) Y aviendo visto las citadas foxas, y algunas antes, y despues, por si fuesse equivoco, no encontrè tales textos, ni tales doctrinas, y

se me ahorrò el trabajo de responder. Y vitimamente à el lugar de el Cardenal de Luca, que es tan expresso citado en mi informe à el numero 151. en punto de prothocolo se remite el impugnador à el fundamento quarto, en donde dice, que demonstrará, que este, y otros lugares son contra producentem,

y como es desafio para aquel lugar, solo respondo, que allá nos veeremos.

Impugnacion á el Corollario quarto, en que fundo, que la prueba incumbia á los Herederos.

Estando en mi informe desde la soxa 32. buelta, este Corollario lleno de especies, y authoridades, solo se impugna con que los Herederos tienen su intencion sundada, y que el testamento que hizieron los Albaceas en su aspecto tiene su nullidad, pues ni se prothocolò la memoria, ni hizieron la menor mencion de ella en el testamento, y que quando las nullidades son tan patentes, es supervacanea otra prueba; y que tambien lo es la de el Cardenal de Luca que se cita, y que el silencio de Don Gaspar de Somoza, y lapso de el tiempo yà quedaba respondido, como el supuesto falso de la aprobacion de el testamento.

Tener fundada su intencion los Herederos con el poder para la nulidad, no se funda, sino es que se dice no mas: y si el fundamento es el tenerse por nullidad visible, y aparente el no averse prothocolado la memoria, es como las demás proposiciones de el impugnante dignas de compassion: porque el prothocolo es el registro, y llamarse visible, y aparente el desecto de estar prothocolada la memoria, es decir, que el registro de el Escribano que tiene en su casa muy guardado, es aparente, y visible, con solo veer el testamento. Que ni los Albaceas, ni el Escribano hizieron la menor mencion de la memoria, es falsissimo: porque se insertó en el testamento el poder para testar, y en este poder se haze mencion de la memoria, con que quando el testamento supone el poder, supone la memoria, y por consiguiente el defecto de ella, no es vicio aparente, y visible, ni funda la intencion de los Herederos, sino antes la de los Albaceas, y por esto son de el caso las authoridades que cito sobre q la prueba de la nullidad incumbia à dichos Herederos, y principalmente la authoridad de el Cardenal de Luca, citado por mi en el num. 168. en su discurso 6. num. 16. que llama instrumento perfecto, y sin vicio aparente solo, aquel que está hecho en forma publica, y por Escribano rogado: Quando ageretur de testamento, quod ex sola sui facie, absque alio extrinseco adiutorio esset validum, ac perfectum, vt est illud, quod in informa instrumenti publici per Notarium rogatum est, tunc enim, quia publicum instrumentum facere dicitur probationem probatam, idcircò testamentarius absque alia probatione suam intentionem perfette fundatam habet. Y no vee el Anonimo como se encuentran vnos argumentos, con otros de los milmos en que se funda: porque si yo le concediesse, que en el testamento, y en su proprio aspecto estaba su nullidad aparente, clara, y visible (que es lo que alega en la impugnacion de este Corollario) no reconoce, que lo tenia convencido, contra lo que alega en la impugnacion de el primero fundamento? Pues mire si es verdad: alli dice, que aunque Don Gaspar supo que avia testamento, pero no supo si era testamento nullo: num sic: ô supo de el testamento, que tenia el vicio, y la nullidad visible, y aparente, ô su nullidad ni era aparente, ni visible : si lo primero : luego quando supo el testamento, supo la nullidad, pues tan patente era la nullidad, como el testamento: luego quando hizo todos los actos de aprobacion de el testamento, sué con ciencia, y conocimiento de la nullidad, que es lo mismo que yo probe en dicho fundamento primero. Y si no la supo, ni la conoció: luego no era nullidad aparente, y visible, y es contra la presente impugnacion, con que el miserable Anonimo entre Scylla, y Charybdis, es preciso, que se halle consternado por su poca reflexa, y por impugnador a bulto. En

lo demàs que se dice de tener yá respondido, respondo, que tambien tengo yá replicado.

Impugnacion á el tercero fundamento, en que me hago cargo, de que no se puede decir falto el relato, aun no pareciendo la memoria, y que verdaderamente consta de aquello á que el testador se resirio,

A impugnacion que se haze à este, y los demás puntos, es con tal desproporcion, que ni se conoce lo que se impugnador quiere decir, ni la consequencia que se saca, y lo que se haze es, soltar proposiciones vagas, cortandose las especies, que produce vna confussion imponderable. Y assi es menester brevissimamente exponer la serie de lo que digo en el fundamento tercero, para darle alguna luz à la impugnacion.

En el citado fundamento hago memoria de algunos ca-