

34.

luego hallamos en la Memoria disposiciones sobre las Laminas para el Convento de Santo Domingo, y en su lugar quinientos pesos, para que cada año se cante una Missa por comunicado de su primero Marido: y assimismo vemos distribuidos los doce mil pesos de la Clausula 22.

41. En vista de esto no puede dudarse, que hay especial relacion á los comunicados, y por consecuencia á la Memoria secreta, que no contiene otra cosa, que los mismos comunicados: y así esta debe subsistir como dependiente del Testamento cerrado, conforme á las mismas doctrinas; pues una vez, que Doña Josepha se refirió en el Testamento cerrado á los comunicados secretos, estos mediante la dicha relacion se unen, y contienen en el Testamento referente, haciendo un mismo cuerpo con él, como funda el Señor Larrea (57.) con la comun: luego siendo estos comunicados la misma Memoria secreta, en que se expressan, y declaran, esta es parte del Testamento cerrado, y como tal tiene el mismo valor, y firmeza, y goza de las mismas solemnidades. Y aunque dieramos, que en el Testamento no se hacia mencion de esta Memoria, ni en él se confirmaba; pero siendo cierto, que precedió Testamento, y que despues se formó la Memoria para su perfecto cumplimiento, y ejecucion, tiene fuerza, valor, y subsistencia por el mismo Testamento, como expresamente lo define el Jurisconsulto Juliano. (58.) *Testamento factō, etiam si Codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient.*

42. Puede decirse, que esta Memoria es insolemne, y como tal no puede estimarse parte del Testamento cerrado, ni llamarse especie de Codicilo, como se nombra en la Sentencia del Señor Juez de Provincia; pues los Codicilos requieren (59.) para su valor á lo menos tres testigos: luego hallándose esta Memoria sin testigo alguno, no puede llamarse Codicilo, ni como tal tener valor alguno. Respondo lo primero, que los Testamentos, Codicilos, ó qualquiera ultima voluntad ordenada, y dispuesta para causas piadosas no requieren solemnidad alguna, y para su valor basta (60.) que por prueba natural conste de la voluntad del disponente, sin que sean necesarios testigos, no solo para forma, y solemnidad, como en los Testamentos, y Codicilos profanos; pero ni aún para prueba; pues aunque en el *Capitulo Relatum*, citado al margen se enumera el numero de dos, ó tres testigos, esta enunciacion no es

In leg. 3. §. 2. ff. de jur. Codicill. ubi glof. & in leg. Plottiana 18. ff. eod.

L. 3. Taur. ubi Anton. Gomez. Lib. 2. tit. 4. lib. 5. recop. Cast. ubi Matienus, & Azebed.

Ex cap. relatum 11. extra de Testam. ubi Dom. Covarr. & Abbas Panormitan. atque ceteri Canonistæ. Card. de Luc. de Testament. discurs. 13. num. 3. ibi. In his autem disputationibus non dubitabatur per scribentes hinc inde de conclusione, ut in dispositis favore Ecclesie, vel pia causa nulla desiderentur solemnitates à jure positivo inducere, sed quid sola probatio naturalis sufficiat.

35. taxativa, y de necesidad, sino solo demonstrativa, para dar á entender, que qualquiera prueba natural basta, sin ser necesaria solemnidad alguna del detecho positivo: y así concluye el (61.) Cardenal de Luca, que qualquiera prueba, que equivalga á dos testigos, es bastante, assentando por cierto, ser suficiente una Cedula privada escrita, ó firmada por el Disponente, aunque no tenga testigos.

43. Comprueba este assumpto con lo que se halla dispuesto por derecho en los Testamentos, que se hacen entre hijos, que tambien se hallan absueltos de todas las solemnidades, y basta para su valor qualquiera prueba natural de la voluntad, aunque sea (62.) una Cedula simple sin testigos, y lo mismo acontece en el Testamento militar: y aunque en estos puede mover grave dificultad la ley de partida (63.) que requiere precisamente, y por solemnidad formal los dos testigos; pero como quiera, que los Testamentos hechos ad pias causas, y qualesquier otras disposiciones no se sujeten á decisiones Civiles, sino solo á las Canonicas, como expressan los referidos Autores, basta qualquiera prueba de la voluntad, sea de la naturaleza, que fuere, aunque no haya testigos, segun enseña el Cardenal de Luca. Veamos, pues, si hay alguna prueba de esta Memoria? Y es la segunda solucion de este argumento.

44. Yà dixe, y es constante de su tenor, que toda se reduce á expressar los comunicados secretos hechos por Doña Josepha á su primero Albacea D. Juan Joseph de la Roca: luego solo hemos de desechar, para hacer constar la certeza de esta Memoria, y voluntad en ella comprehensa, y explicada, aquella prueba, que sea necesaria, y suficiente para la certeza de los dichos comunicados secretos. Y si no prescindiendo de la Memoria, y haciendones cargo de que no se escribió, ni la hay en el Mundo, como se podia probar la verdad de los comunicados? Alguna prueba ha de aver para su constancia; pues esta misma es la suficiente para la Memoria, que no contiene otra cosa, que los mismos comunicados. En este caso, pues, se halla establecido por derecho, que baste la declaracion de aquel Fiduciario, á quien le comunicò su voluntad el Testador. Es expressa, y terminante la Ley Theopompus 14. ff. de dot. præleg. con sus (64.) concordantes, con las cuales el Cardenal de Luca, y la comun de los Autores assientan, que aunque es cierta la regla general de que ninguna causa puede determinarse por

(61.) Card. de Luc. discurs. 14. num. 5. ibi. Reflexiendo ramen ad veritatem agnoscere, quid vera esset conclusio, que deducebatur per Scribentes in contrarium, atque in causa decisione admisso fuit, ut quoties non obiectus deficiens recognitionis, vel aliter imperfectionis voluntatis, ut infra, sola schedula disponentis manu scripta, vel subscripta sufficiat, abq; necessitate testimoniis quo dicitur Decretalis enunciata demonstrativa, non autem taxativa, ita judicando, quid sufficiat sola probatio naturalis, absque alia juris positivi solemnitate. Hoc enim posito, mirat quamcumque alia species probatorum naturalis, que illi facili per duos testes equipollent.

(62.) Auth. quod sine subscriptione Ccd. de Testamente ibi. Quod sine subscriptione ita procedit, si parent litteras edictus manu propria, non signis, sed litterarum consequentia declaret, & tempus, & liberorum nominis, item & uncianarum numeri, seu signa rerum specialium, in quo & alijs legari, ex fideicommissi, & libertas relinquunt potest. Explicatio traditur in Auth. de Testam. imperfect. collat. 8. §. nos igitur omnia. Cardin. de Luca, discurs. 13. 14. 26. 27. et 75. ubi optimè comprobatur tum juris dispositionibus, tum Sacrae Romanae Rotæ decisionibus, quas referit.

(63.) L. quem heredi ff. de heredo. insit. cum alijs. Cardin. de Luca de fideicommissi. discurs. 182. num. 6. ibi. Hinc proinde, neglectis premissis, ut post extraneis, atque evagatoriis, advertebam, veros, ac proprios controversia terminos effe illos textus in lego Theopompus ff. de dot. prælegat. & in cap. cum tibi de Testam. ubi Canonistæ, & Civilistæ in eadem lego Theopompus, & in leg. quem heredi ff. de heredo. insit. quibus terminis attentis dispositio directa, ac immediata in ipsa certa, & determinata persona fieri dicitur per ipsum Testatorem: gravatus autem dicitur simplex organum, seu instrumentum, quo mediante dicta voluntas alijs non publicata patitur, cadente solam interscribentes questione, an dictus gravatus, seu Fiduciarius arbitrii, seu compromissarij, vel

36.

potius testis personam gerat, assistente magis communi, & vera opinio juxta hanc secundam partem, ut gerat personam testis, cui, licet unico, ob ejus fidem à Testatore probatam ad perfectam, & confidentem probationem deservendam sit. Et alibi saepe Plures textus, & auctoritates congent Gratianus disceperat, fo- rense, cap. 540, num. 34, ubi etiam Carolus Antonius de Luca. Videatur necon Spi- no in specul. Testamento, glos. 5, ex num. 9, latè compro- bant, aliquique ab eis plena ma- nu collecti.

(65.)

Cardin. de Luca discurs. 2. de Testam. num. 5, ibi. Solum que inter hujusmodi casus aliqua differentia est circa faciliorem, vel difficultatem probationem identitatis schedula: quoniam ubi illa relicta est penes tertium, de quo Testator confidit, tum quia ejus fidem probavit, assertio ejusdem junctis administris, sufficiens vi- detur, juxta mentem Bartoli.

- Et sic quoad probatio- nem solemnem ipsius Testamen- ti omnium dictorum trium ca- suarum eadem est regula, quod vero ad formam probatoriam identitatis schedula minor probatio desideratur in primo ob probatam fidem tertii conservato- ris afferentis, eam esse schedulam, quam Testator sibi conservandam tradidit, ita ut intrare videantur termini textus in leg. Theopompos.

(66.)

Idem Cardinal de Luca discurs. 3. de Testam. num. 6, ibi. Nihilominus tanta machinatio presumenda non est, neque cestantibus urgentibus administris admenda est Notarii fides à lege, ac à Testa- tore probata.

(67.)

el dicho de un solo testigo; pues son necessarios á lo menos dos, ó tres: *In ore duorum, vel trium stat omne verbum;* pero esta regla no procede en el Fiduciario, á quien solo le reveló el Testador su voluntad, para que la declarara, y cumpliera despues de su muerte, sin que pueda aver otro algun testigo, que la sepa, ni pueda declararla, siendo la eficaz razon, porque en este caso el Fiduciario no es mas que un organo, y conductor, por donde el Testador quiso explicar su voluntad; y porque quiso, que á él solo se le dé fe, y credito, como que á él solo le comunicó sus secretos. Luego declarando D. Juan de la Roca, como declara, y tiene tacitamente confessado con el mismo hecho de defender esta Memoria, ser ciertos los comunicados en ella declarados, por consecuencia afirma, ser cierta la Memoria, y se debe estar á su declaracion, sin que sea necessaria otra prueba.

45. Respondo lo tercero, que hay prueba bastante de la certeza, è identidad de esta Memoria; porque Doña Josepha la puso en poder del Padre Augustin de Jauregui, junta, y atada con el Testamento cerrado en deposito, guarda, y custodia, como queda advertido, el Padre Depositario la entregó á D. Juan de la Roca, y al Escrivano Rivera Butron, este, quando se abrió, y publicó el Testamento cerrado, la rubricó, guardó, conservó, y mantuvo en su poder hasta que la exhibió á pedimento del Coronel D. Manuel. Pues, qué mayor prueba de la identidad? El citado Cardenal de Luca tratando sobre la prueba, que sea necesaria para la identidad de la Cedula privada, á que el Testador se refiere en su Testamento, (65.) pone varios casos, y el primero es, quando se refiere á una Cedula, que no mostró á los testigos, sino que la puso en deposito en poder de alguna persona de su confianza, y en este caso afirma, ser muy facil la prueba de la identidad solo con la declaracion del tercero, de quien para el deposito se confió el Testador, y mas si concurren otros administricos, como los tenemos en nuestro caso; pues no hay razon para presumir, que el Padre Augustin de Jauregui variara la Memoria, que Doña Josepha le entregó, ni que supusiera otra en su lugar, por ser un Sugeto tan recomendable por todas sus circunstancias bien publicas en Mexico, y en todo el Reyno.

46. Bien conozco, que no se quiere atribuir á el Padre Jauregui esta falsedad, y lo que se dà á entender es, que en po-

der del Escrivano Rivera Butron se cometió, pues se alegura, que despues de aver fallecido Doña Josepha se formó esta Memoria, por tenerlo comprado con los dos mil pesos de aquel pagare, que no quiso D. Manuel probar; porque los testigos le vendian la prueba. Què buenos serían ellos, pues vendian sus juramentos! Y ya que D. Manuel lo consideró asi para no probar este punto, tambien lo pudo reflexar para no afirmar como cierto el pagare, contra la buena opinion, y fama del Escrivano, y la fee, que le dan las Leyes por su oficio, y no pude de (66.) quitarle sin graves conjecturas. Menos puede presumirse, que D. Juan de la Roca fingiera esta Memoria. Lo primero, por ser publica, y notoria su christiandad, y desinteres.

Lo segundo, porque refitiendose en el Testamento cerrado, que á él solo le hizo Doña Josepha los comunicados secretos, no tenia necesidad de formar, y fingir Memoria, en que no se contiene otra cosa, que los mismos secretos comunicados. Y lo tercero, y mas principal, porque en el Testamento cerrado estaba D. Juan de la Roca universalmente instituido heredero, y en la Memoria viene á reducirse la universal institucion á sola la tercia parte consumiendo quasi todo el caudal de Doña Josepha en Legados, y obras piadosas: y asi no es verosimil, que D. Juan de la Roca la fingiera, y formara despues de muerta la Testadora. Es conjectura, que admirablemente pondera el mismo Cardenal de Luca, (67.) preponderando en su maduro juicio á otras contrarias en la prueba de la identidad de la Cedula privada, quando se arguye contra ella de falsedad, y corrupcion del Escrivano, como en nuestro caso ha querido sin fundamento legal arguir D. Manuel con unas levissimas conjecturas puramente de hombre, y no de ley, como es necesario en sentir del mismo (68.) Cardenal.

47. Tiene tambien por esta razon mas facil comprobacion esta Memoria; porque siendo todo su contexto dirigido á disposiciones piadosas, y descargos de conciencia, facilmente se repelen, y desvanecen las contrarias leves conjecturas de D. Manuel, sin requerirse otras pruebas sujetas á solemnidades, y rigor del derecho positivo, dixolo (69.) asi el mismo Cardenal. Y por ultimo tiene, tal qual, la conjectura, ó administriculo de la comparacion de letras, en la que hicieron los Peritos nombrados por ambas partes de aquel papel simple, de que hablare en su lugar, y de ella resultó, parecerse la firma de esta Me-

37.

1. Idem Cardinal de Luca discurs. 3. de Testam. num. 6, ibi. Nihilominus tanta ma- chinatio presumenda non est, neque cestantibus urgentibus adminiculis admenda est No- tarij fides à lege, ac à Testa- tore probata.

(67.)

Idem Cardinal, discurs. 2. num. 11. de Testam. ibi. Et de num omnium clarius hanc suspicionem omnino tollebat in- verisimilitudo refutans à sa- tis bene regulata dispositione, pluribusque legatis, & grava- minibus, tam pjs, quam pro- phanis maiorem hereditatis partem absorventibus. Falsi- tas enim fieri non solet ab iugis magna utilitate, quæ cassan- te, cessat suspicio. -- Si enim scripsit heres tam magnam, ac praordinatam machinatio- nem facere voluisse, corrumpo la tam Norarium, quam parochum -- utique ordinasset schedulam, in qua liberè in- situgetur, ut ita integrum hereditatem habueret, neque se gravasset tot legatis, ac one- ribus, que maiorem partem absorverebant!

(68.)

Idem, discurs. 3. de Testam. num. fin, ibi. Ideoque non suis curarum de contrariis suspi- cionibus, cum ad effectum in- fringendi Notarij fidem à le- ge, ac à Testatore probatam conjectura, vel suspiciones esse debeat urgentes, ac legis; non autem hominis.

(69.)

Idem, discurs. 4. de Testam. num. 7, ibi. Cum enim eadem oppositiones deducuntur pro parte venientium ab intestato, facilis sublate fuerint, stan- te favore pte causa duplice operationem in propposito fa- ciente. Unam, scilicet, cestan- sis suspicionis falsitatis, dum non agebatur de aliquo pri- vato interesse, sine quo non de facili presumenda est hu- jusmodi delicti perpetratio. Et alteram; quia pia causa non subiacet solemnitatibus, & rigoribus juris positivi,

K

memoria

(70.)
Idem Cardinalis discurs. 1.
de Testam. num. 9. ibi. Veritas schedula, ad quem Testator in causa, de quo igitur, habuit relationem, erat indubitate. Primo ex notoria certe Testatoris comprobato per duas alias schedulas. Et discurs. 6. num. 8.

moria à las demás, que se tuvieron presentes de Doña Josephia Maria Franco Soto, menos à la del Testamento nuncupativo, que es dissimil à todas. No siendo este adminículo en la materia despreciable en el cuerdo juicio del mismo (70) Cardenal de Luca. Con lo qual queda libre de toda sospecha la certeza, è identidad de esta Memoria secreta.

PUNTO II.

En que se prueba, que la permanente ultima voluntad de Doña Jesephia es la contenida en el Testamento cerrado, y Memoria secreta.

EN el derecho siempre se presume permanente la voluntad, cuya mutacion con claras pruebas no se manifiesta, nos dexó escrito (1.) Ulpiano: *Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere.* Y aunque es tambien cierto, que la mejor prueba de la mutacion, y revocation de la voluntad contenida en el primer Testamento es el segundo (2.) solemnemente otorgados *Posteriore quoque Testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur.* Pero esta regla no procede, quando en el Testamento primero se pone Clausula derogatoria, que anula, y revoca los Testamentos posteriores, que no hicieren expressa mencion de ella; pues les falta el consentimiento del Testador por la precedente protestacion, como dice Ciriaco (3.) con varios Autores, que cita en la controversia 360. num. 46. ibi. *Et tanto magis, quia mutatio prioris voluntatis, ejus revocatio, vel penitentia non presumitur, nisi concludenter probetur --- quae hic non probatur; quia huic posteriori voluntati deest consensus, propter protestationem precedentem, cuius vigore lex presumit, Testatorem non poenituisse, licet apparenter fecerit aliam dispositionem.* De que resulta, que ayriendose puesto en el Testamento cerrado aquella expressa Clausula derogatoria, ó revocatoria, y anulatoria de los posteriores Testamentos, que está á la letra en el Hecho, no basta para probar la mutacion de voluntad de Doña Josephia el segundo Testamento nuncupativo,

39.
pativo, y es necesario, que D. Manuel pruebe claramente la mutacion de la voluntad. Este punto es el principal de este pleito, y asi para poderme explicar, me ha parecido precisamente dividirlo en los siguientes paragraphos.

§. I.

PUSO DOÑA JOSEPHA EN SU TESTAMENTO cerrado la Clausula especifica derogatoria, para que el Testamento ultimo nuncupativo no tuviera valor, ni efecto.

2. **P**Ara mas asegurarse los hombres en sus libres, y voluntarias disposiciones, y libertarlas de ruegos, sugerencias, violencias, y otros iniquos medios, que la codicia há inventado para adquirir la hacienda agena, discurrieron ordenar las con Clausula derogatoria. Esta puede entenderse de dos modos, conviene à saber, derogatoria (4.) de potestad, ó de voluntad, la primera es reprobada; pues si subsistiera, se quitaría la libre voluntad, y expedita facultad, que los hombres tienen para testar, y disponer de sus Bienes hasta el ultimo instante de la vida, siendo en todo su discurso (5.) deambulatoria su voluntad. La segunda es no solo valida, y licita, sino provenida de sano consejo, y dictada de la prudencia; porque viendose el Testador libre de la opresion de la enfermedad, y de las agonias de la muerte, y previendo, que en aquella hora turbada su espíritu podrá con facilidad padecer su libre voluntad algunas sugerencias, ó engaños, para disponer del modo, que no quiere, antepone la Clausula derogatoria, como signo, y cifra de su voluntad. Son admirables las palabras del Cardenal (6.) de Luca *Duplicem enim rationem, seu causam hujusmodi cautela habere solet, unam justam, & favorablem, ut pote orientem ex parte ipsius testatoris, qui cum in statu maioris valitudinis, vel libertatis pro ejus determinata voluntate disponat, previendo, quod in statu, in quo morbo præsus, vel mortis cogitatione turbatus, concussionibus, vel seductionibus, & suggestionibus faciliter subjectus est, seu quod alias invitum ad diversimode disponendum inducatur, vel cogatur, ita prudenter occurrat, dando hujusmodi signum, tanquam sue determinatae voluntatis cism, vel demonstrationem.* Por esta razon no de-

(4.)
Julius Clarius, lib. 3. Sententiæ. 5. Testamentum quasi. 99. num. 2. ibi. Debet enim scire, quod clausula derogatoria potest dupliciter concipi. --- Primum per verba recipientia potentiam, puta, nolo, me posse condere aliud Testamentum, vel, nolo posse hoc Testamentum revocare. Secundum concipi potest per verba recipientia voluntatem, puta, si considero aliud Testamento, non illud valere. --- Cum enim nemo possit sibi auferre liberam facultatem testandi, talis clausula derogatoria potentie nihil operatur, & non apposita habetur. Simon de Praet. Consil. 173. num. 5. Cardinal Mantica. de conjectur. ultim. volunt. lib. 12. tit. 8. Menoch. de presumptionib. lib. 4. presump. 166. Ciriacus, controvers. 360. n. 5. ibi. Ininde clausule derogatoria potestatis mutandi Testamentum, puta, quando Testator in primo Testamento protestatur, quod non vult posse facere aliud Testamentum, neque patire de illo primo, non habetur in consideratione, quia non obstante, possit sine aliqua revocatione facere Testator secundum Testamentum validum. Et nam, 7. ibi. Verissimum tamen est, etiam posse falso impedire Testatore se, secundum Testamentum per clausulam derogatoriæ voluntatis positam in primo ad futura, declarando simpliciter, nolle, valere aliud Testamentum fidendum, vel cum conditione, nisi in eo fuerit descripta salutatio Angelica, vel aliqua alia oratio. Et passim Doctores de hac clausula derogatoria tractantes.

(5.)
Ex leg. cum duobus 52. §. idem respondit ff. pro loc. & leg. 4. ff. de adm. legat. Et relati proximè Autores scripere.

(6.)
Cardin. de Luca, discurs. 76, de Testamentis num. 6.