

(70.)

Idem Cardinalis *discurs.* 1.
de *Testam.* num. 9. ibi. *Veritas schedula,* ad quem *Testator in causa,* de quo igitur, habuit relationem, erat indubitate. *Primò ex notorio caræctere Testatoris comprobato per duas alias schedulas.* Et *discurs.* 6. num. 8.

moria à las demás, que se tuvieron presentes de Doña Josepha 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.

PUNCTO II.

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

In leg. 22. ff. de probation.
Concordant. tex. in leg. 3.
ff. eod. & in leg. fideicom-
missa 11. s. si rem 12. ff. de
leg. 3. ubi glossæ.

(2.)
§. Posteriore quoque insit.
quib. mod. testam infirmit.
ubi Institutarij omnes. L. 21.
tit. 1. part. 6. ubi Gregor.
Lopez, & in legibus sequen-
tibus. Omnesque Sribentes
ad materiam de Testam.

(3.)
Gemin. *Consil.* 115. num. 4.
Bursat. *Consil.* 304. num. 17.
Riminald. Jun. *Consil.* 108.
num. 3. Aretin. *Consil.* 165.
num. 5. Socin. *in leg. si mihi,
ex tibi 12. §. in legatis ff. de
legat.* 1. Simon. *de Præt. de
interpret. ultim. volunt. lib.
4. interpret. 3. dubit. 2. nu-
mer. 69.*

I. **E**N 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 revocacion de la voluntad contenida en el primer Testamento es el segundo (2.) solemnemente otorgado: *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 expressaencion 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 praesumitur, nisi concludenter probetur --- quae hic non probatur; quia huic posteriori voluntati deest consensus, propter protestationem precedentem, cuius vigore lex praesumit, Testatorem non paenituisse, 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 Josepha el segundo Testamento nuncu-

pativo,

39.

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

§.

PUSO DOÑA JOSEPHA EN SU TESTAMENTO cerrado la Cláusula específica derogatoria, para que el Testamento último nuncupativo no tuviera valor, ni efecto.

2. Para 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 quitará 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 viéndose el Testador libre de la opresion de la enfermedad, y de las agonias de la muerte, y previendo, que en aquella hora turbado 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, & favorabilem, ut potè orientem ex parte ipsius testatoris, qui cum in statu maioris valitudinis, vel libertatis pro ejus determinata voluntate disponat, previdendo, quod in statu, in quo morbo pressus, vel mortis cogitatione turbatus, concussionibus, vel seductionibus, & suggestionibus faciliter subjectus est, seu quod alias invitus ad diversimode disponendum inducatur, vel cogatur, ita prudenter occurrat, dando hujusmodi signum, tanquam sue determinatae voluntatis cifram, vel demonstrationem.* Por esta razon no de-

(4.)

Julius Clarus, lib. 3. Sententiar. 5. Testamentum quest. 99. num. 2. ibi. Debes enim scire, quid clausula derogatoria potest dupliciter concipi --- Primo per verba resipientia potentiam, puta, nolio, me posse condere aliud Testamentum, vel, nollo posse hoc Testamentum revocare. Secundò concipi potest per verba resipientia voluntatem, puta, si considero aliud Testamento, nollo illud valere --- Cum enim nemo possit sibi auferre liberam facultatem testandi, talis clausula derogatoria potentia nihil operatur, et pranon apposita habeatur. Simon de Praetis, Consil. 173. num. 5. Cardinal Mantica, de conjectur. ultim. volum, lib. 12. tit. 8. Menoch. de presumptiōnib. lib. 4 presump. 166. Ciriacus, controvers. 360. q. 5. ibi. Indeque clausula derogatoria potestatis mutandi Testamentum, puta, quando Testator in primo Testamento protestatur, quod non vult posse facere aliud Testamentum, neq; penitere de illo primo, non habetur in consideratione, quin ea non obstante, possit sine aliqua revocatione facere Testator. secundum Testamentum validum. Et num. 7. ibi. Verissimum tamen est, etiam posse saltem impedit Testatore secundum Testamentum per clausulam derogatoriā voluntatis positam in primo ad futura, declarando simpliciter, nolle valere aliud Testamentum fiendum, 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 soc. &
leg. 4. ff. de adim. legat. Et
relati proximè Auctores scri-
psere.

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

(7.)
Ciriaco, *controvers.* 360. n.
112. ibi. *Nec verum est quod*
dicit clausula sit odiosa, qui-
nino debet judicari favora-
bilis, prout favorabile est de-
fectorum voluntates juxta
ab eis disposita observari.

(8.)
L. 1. *Cod. de Sacrofanti. Ec-*
clesie.

(9.)
Bartolo in *leg. si quis in prin-*
cipio ff. de legat. 3. Menoch.
lib. 4. de *prajumpt. presumpt.*
166. Julius Clar. §. *Teſta-*
mentum quæſt. 99. Simon de
Prætis, *Conf.* 133. Cardin.
Mantic. de *conjectur. ultim.*
volunt. lib. 12. tit. 8. Ciriaco.
controvers. 360. num. 8. Ja-
cob. Cancer. *variar. resolut.*
part. 1. cap. 4. num. 10. Et
passim Doctores hac de re
diferentes.

(10.)
Barrolo in *ruber. leg. 6. §. fin.*
ff. de acquir. hered. ibi. Pro-
testatio precedens actui sequen-
ti contraria facit, ut subse-
quens actus nihil operetur.

(11.)
Natt. in *Auth. hoc inter li-*
beros Cod. de Testam. num. 26.
et *Conf.* 639. num. 3. rela-
tus a Ciriaco *controv.* 360.
num. 11.

(12.)
Barrolo in *Auth. hoc inter li-*
beros Cod. de Testam. num. 26.
et *Conf.* 639. num. 3. rela-
tus a Ciriaco *controv.* 360.
num. 11.

(13.)
Ciriaco, *controv.* 360. n.
112. ibi. *Nec verum est quod*
dicit clausula sit odiosa, qui-
nino debet judicari favora-
bilis, prout favorabile est de-
fectorum voluntates juxta
ab eis disposita observari.

be estimarse odiosa en el derecho la Cláusula derogatoria específica, sino antes favorable, como que se excogitó para conservar la voluntad libre de los Testadores, como dice (7.) Ciriaco; pues si es favorable conservar, y cumplir la libre voluntad: (8.) *Nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quam quod eorum supremæ voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, & licitum, quod iterum non reddit, arbitrium.* Porque han de estimarse odiosos los medios utiles, y proporcionados, que se dirigen, y encaminan à este mismo fin.

3. La comun (9.) de los Autores llama esta Cláusula específica derogatoria protestacion de defecto de voluntad en los posteriores Testamentos, de tal manera, que por el mismo caso de ponerla el Testador en su Testamento primero, protesta, que los posteriores, en que no se halle inserta, no son de su voluntad, no son libres, ni validos: *Et non est* (dice Ciriaco) *qui in hoc contradicat; quia hoc in casu talis Cláusula non est per modum inducendæ novæ solemnitatis, vel adimendi liberum arbitrium testandi, sed per modum protestationis cuiusdam declaratoriae suæ voluntatis circa futura Testamenta, ut non valeant, nisi appareat eum poenituisse de primo.* --- *Cum quæ talis protestatio faciat, posterior Testamentum non habere voluntatem defuncti.* --- *Eo non attento, in concursu prævalet,* & *habet locum dispositio primi conditi cum prædicta Cláusula derogatoria.*

4. Esta protesta antecedente buelve nulos los posteriores Testamentos, como dixo (10.) Bartolo; porque estos, una vez, que precedió la protesta en el primero, son como una campana, que suena, y hace mucho ruido; pero sin entendimiento, como explica Natta: (11.) *Sed esse veluti cimbalum tinniens dans sine mente sonum.* De suerte, que de la apacion, ó insercion expressa de la Cláusula específica derogatoria resultan varios efectos, y todos influyen en la nulidad de las posteriores disposiciones. El primero el defecto de la voluntad en ellas, el segundo, que del mismo hecho de no expressarse la Cláusula derogatoria, se presume por derecho, que el posterior Testamento se hace solo por dar una vana satisfaccion à los herederos en el instituidos, como quien dá una caña vacía, y hueca, que parece mucho, y nada es. Y el tercero, que tambien se presume, que el ultimo Testamento es hecho por sugerencias de el heredero en el instituido. Oígamos à Ciriaco, y vean:

(12.) veanse los del margen: *Solēt apponi à Testatoribus, qui dubitant, à suis consanguineis blanditys, vel aliter induci ad eos instituendos, quibus, & si aperte contradicere nolunt, in effectu tamen non intendunt, eos habere suam hereditatem, nec discedere à priori dispositione; unde, ut possint apparen- ter eis satisfacere, & ut dicitur, dare illis arundinem vacuam, præmittunt protestationem declaratoriam sue voluntatis, per quam deinde arguit lex, factam esse, & simulatam posteriore- rem dispositionem, & factam pro quadam satisfactione inani heredum in ea institutorum.* --- *Ubi inquit, quod lex tunc præsumit, secundum Testamentum factum suisse ad suggestionem.* --- *Id circo, ut supra dicebam num. 12. prævalet in concursu primum Testamentum, nisi illi derogatum specialiter appareat.*

5. Estando, pues, esta presumpcion à favor del primer Testamento, que se formò con la Cláusula específica derogatoria, se requiere para su revocacion una tan clara expression, que no dese duda al entendimiento, prosigue Ciriaco con las palabras de (13.) Baldo: *Et hæc derogatio debet taliter esse aper- ta, & ita debet declarari voluntas derogatoria, ut intellectus non laboret in intelligendo mentem illius, sed ex ipsis verbis pateat ita specificatè, quod nulla sit dubitatio.* Porque en aviendo qualquiera duda, mas bien se presume la perseverancia, y permanencia de la voluntad, que su mutacion, aunque de esta pudieran resultar efectos mas favorables; mientras con total certeza, y con clara evidencia no se hace constar, como prueba bellissimamente (14.) Braschio.

6. Y si solo por la aposition de la Cláusula derogatoria, sin otra expression alguna, se presume, que el segundo Testamento es hecho por sugerencias, y no por voluntad del Testador, quanto mas fuertemente debe presumirse en nuestro caso, quando Doña Josepha en la Cláusula derogatoria expresa, que no quiere en su ultima enfermedad hacer Testamento con las tropelias, enagenamientos, y respectos, que en tales casos, y trances ocurrén? Y quando tambien en la Memoria secreta previene, que se entienda qualquiera otra Memoria hecha por temor, respecto, ó veneracion? Supuesto, pues, que para que pueda tener valor el posterior Testamento, y revocar el anterior, en que se halla inserta la Cláusula derogatoria, es necesario, que se haga tan cierta, abierta, y clara la revocacion, que no dese duda al entendimiento sobre la voluntad de revocar, veamos

por

L

como

(12.)
Ciriaco, *citat. controvers.* 360.
num. 46. ubi, pro le afferit Ale-
xandri, Parisi. Nevifan. Ruin.
Gozadin. Durand. & alios. Ju-
lius Clar. §. *Teſta-*
mentum quæſt. 99. num. 3. in fine, ibi. *Illa*
enim clausula derogatoria in
primo Teſtamento apposta fac-
tit prejumi, secundum Teſta-
mentum, in quo non sit illi
clausula derogatum, sive con-
ſectum potius ad suggestionem,
vel importunitatem alterius,
quam ex voluntate ipsius Teſta-
mentis. Cardin. Mantic. ci-
tat. lib. 12. tit. 8. n. 3. ibi.
Sed cerèrē leviſe est conjectura;
quia ſolem aliquando virietia
ſapiētes cum clausula deroga-
toria facere Teſtamento.
--- Ne, ſciliſe, inſig-ni-
bus, & deceptiōnibus conſan-
guineorum, vel aliorum poſea
in mortis articulo inducātur
ad faciendū aliud Teſtamen-
tum. Cancerius, variar. reſo-
lut. part. 1. cap. 4. num. 10.
ibi. *Eſtque certum, ſi duo Teſta-*
menta adiungit, quorum prius
ſit derogatorium posterius, ne
in posteriori clausula illa ad-
ſit ſpecialis, que priori deroga-
*tet, Teſtamento posterius nul-*lum* eſt ex defectu voluntatis,*
quia clausula deroga-toria, que
*in priori Teſtamento contine-*re**
*tur, facit, ut in posteriori vo-*lun-**
*tatis Teſtatoris deſſe videa-*re**
tur. Et cum Rotæ deciſio-
ne in novissim. 304. part. 2.
concludit. *Ubi habetur, clau-*
ſalam deroga-toriā inducere
proteſtationem defectus volun-
tatis in ſequenti diſpoſitione,
nisi expreſſe ſit revocatio. Pe-
trus Peclius de *Teſtam.* cor-
jug. lib. 1. cap. 10. Braschius
decif. 2. *Sacra Rota,* & plu-
res ab ipsis relati.

(13.)
Bald. in *Auth. hoc inter li-*
beros Cod. de Teſtament. in
principio. *Deponit. M. D.*
(14.)
Brasch. de *pleno arbitri.* cap.
24. per totum, & præcipue,
num. 20. ibi. *Nam pro per-*
ſeverantia voluntatis debet
annis interpretatio sumi, do-
nece de vera illius ceſſatione
conſet, ſive inde ſequatur ef-
fectus magis, ſive minus fa-
vorable. --- *Etsi in aliquo*
caso res ambigua eſſet inter
mutationem voluntatis, vel
errorem, potius præsumendus
eſt error, quam ipsius volun-
tatis mutationes. *Et hoc*
aliqui de innumera-
bus mera iobis
potius. *Quia, cum la evita-*
re

como ha de ser esta revocacion, y si la hay en el Testamento nuncupativo otorgado por Doña Josepha en 24. de Febrero del año de 51. por ante Juan Antonio de Arroyo, Escribano Real.

^(15.)
Cardinal Mantica, citat. lib. 12. iii. 8. num. 6. ibi. Scindum est etiam, posse a iquid exprimi tribus modis, primo quidem generaliter. Secundo specialiter. Tertio singulariter: nam & genus reperitur, & individuum. -- Nam si deinceps Testator dixerit in posteriore Testamento: volo hoc Testamentum valere, non obstante quoque alio Testamento, hujusmodi revocatio clausula derogatoria facta dicunt generaliter. Quid si Testator dixerit: volo hoc Testamentum valere, non obstante, quoque Testamento, & clausula derogatoria, intelligitur revocatio specialis. Si autem dixerit: non obstante illa clausula derogatoria, quid si fecero aliud Testamentum non valeat, nisi in eo fuerit expressum, Salve Regina, talis revocatio intelligitur facta singulariter, hoc est, in individuali. Videatur Ciriacus citata controveri. 360. ubi idem explicat, & plures laudat. Sed praecepit Bartolus, in leg. si quis in principio ff. de legat. 3. ubi inquit. Ego dico sic. Aliquid potest ex primi tribus modis, quandoquid generaliter, quandoquid singulariter, quandoquid particulariter, sicut est dare genus, speciem, & individuum, &c.

^(16.)
Bartol. eod. loc. Cardin. Mant. Ciriac. plures Auctores referentes. Simon de Pratis, Conf. 173. Julius Clar. §. Testamentum qusft. 99. Rubeus Alexandrinus, Conf. 24. Barbosi. Clausul. 43. Menoch. lib. 4. presumpt. 166. Dom. Covarrub. in rubr. de Testam. part. 2. num. 19. Pat. Molin. de justit. ex jur. tractat. 2. disp. 153. Spino. de Testam. glof. 30. num. 39. & seqq. Anton. Gom. in leg. 3. Taur. ex num. 92. Dom. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 3. num. 30. & 33. Gutierrez. de cuitam. confirmat. 2. part. cap. 1. Curs. Salmantin. tom. 3. tractat. 14. punct. 9. ex num. 132. Gregor. Lop. in leg. 22. tit. 1. part. 6. Peneque in numeri ab ipsis relat. & vendendi etiam apud Brachium de pleno arbitr. cap. 8. & seqq.

§. II.

EN EL TESTAMENTO POSTERIOR nuncupativo no hay suficiente revocacion del Testamento cerrado.

7. **T**Res revocaciones del primero Testamento explican en la materia los (15.) Autores, una general, otra especial, è individual otra. La primera se hace por aquellas palabras generales, que en todos los Testamentos se ponen: Y por el presente revoco, anulo, doy por de ningun valor, y efecto qualesquier otros Testamentos, &c. La segunda, si el Testador diga: Revoco los anteriores Testamentos, y la Clausula derogatoria en ellas puesta, ó aunque tengan Clausula derogatoria. Y la tercera, si diga: Revoco el antecedente Testamento, en que puse esta Clausula derogatoria, Salve Regina, ó Ave Maria, &c. Supuesta esta falsissima division, disputan, qual de estas tres revocaciones sea necessaria, y suficiente para revocar el anterior Testamento, en que se contiene expressa Clausula especifica derogatoria? Si baste la general? Si sea suficiente la especial, ó sea necessaria la individual? La comun (16.) opinion es, que no basta la revocacion general, ni es necessaria la individual, sino solo la especial.

8. Sin embargo de esta communissima opinion, me atrevo à decir, que todos los Autores, que hacen la citada division de revocaciones, han procedido con notorio equivoco en la Jurisprudencia, y que la revocacion, que las Leyes llaman especial, es propria, y rigorosamente individual, numerica, y singular: y assi para que el Testamento primero, en que se puso Clausula especifica derogatoria, se revoque por el posterior, es necessario, que en este se expresse, è inserte en individuo la misma Clausula derogatoria, sin que basten otras Clausulas, aunque se concibian, y formen con las palabras, que quisieren y por consecuencia deduzgo, que no estando en el Testamento nuncupativo otorgado por Doña Josepha ante el Escribano Juan Antonio de Arroyo, inserta à la letra aquellas palabras: EL IJO

POR

^{43.}
POR MI ESPECIALISSIMO PATRON, &c. es nulo este segundo Testamento nuncupativo por defecto de voluntad de la Testadora, y como tal no puede revocar el anterior cerrado, y queda permanente, y ultima la voluntad en él contenida, y explicada en la Memoria secreta.

9. No faltan (17.) Autores para esta opinion, pero sobran claros textos, y convincentes razones, y mas, si las contrahemos, como se debe, á nuestro caso. En la Ley: Si quis in principio 22. ff. de legat. 3. el Jurisconsulto Hermogeniano con las siguientes expressas palabras affirmta esta Conclusion: Si quis in principio Testamenti ad scripsiterit, cui bis legavero, semel deberi volo: postea eodem Testamento, vel Codicillis sciens sepè eidem legaverit. suprema voluntas potior habetur: nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut à priore ei redere non liceat. Sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis se paenituisse, & voluisse, ut legatarius plura legata accipiat. Si en el principio de su Testamento diga el Testador, no quiero, que reciba muchos Legados, sino solo uno, aquel á quien apareziere, que le dexo dos. Hè aqui la Clausula derogatoria de los dos Legados, y la protesta anterior del defecto de voluntad en su recepcion, ó multiplicidad posterior; pero sin embargo de ella en el mismo Testamento, ó en Codicilos le dexó por via de Legado á Ticio un Caballo, y al mismo Ticio un Libro, pregunta Hermogeniano, si á Ticio se le deberá solo un Legado en fuerza de aquella Clausula derogatoria, y anterior protesta, ó se le deberán los dos Legados por la posterior voluntad? Y responde, deberse ambos Legados, si el Testador especialmente dixere, que se arrepiente de aquella primera voluntad, y quiere, que el Legatario reciba los dos Legados.

10. Pues no basta, con que repitiera los Legados, y dixerat, que se arrepentia de aquella primera protestativa voluntad? Pues para qué es la expression de que quiere, que el Legatario reciba los dos Legados? Para qué? Yo lo diré: dice, que la revocacion de la primera voluntad, en que hay Clausula derogatoria, ha de ser especial, Si specialiter dixerit. Y como debe entenderse esta revocacion especial? Cómo? No solo expressando el arrepentimiento de la protesta, sino con claridad diciendo, que quiere, que se dé dos veces el Legado, y no solo una vez, como tenia protestado. Esto es ser la revocacion individual, y esto