le arguia. Con este mismo dicho de Arroyo se viene en claro conocimiento de que D. Manuel tambien sabia de este Testamento cerrado; pues aunque lo negó en la (30.) declaracion, que hizo á pedimento de D. Juan de la Roca, expressando no aver sabido, que tal Testamento cerrado avia otorgado su Muger, ni tuvo noticia de sus Clausulas, y disposiciones, ni de la derogatoria, y que ninguno se lo reveló, ni noticiò en tiempo alguno, hasta la noche del dia del fallecimiento de su Muger, con el motivo de aver passado el Señor D. Ambrosio Melgarejo à que se abriesse, se convence claramente assi con el dicho de Arroyo á el Padre Jauregui, como, porque el Amanuense del mismo Arroyo Joseph Francisco Delgado, y Landa, declara, (31.) que el Padre Terreros le intimò â Arroyo, que pusiera la Clausula de revocacion con quanto vigor, y fuerza pudiera, revocando en ella todos, y qualesquiera Testamentos, que Doña Josepha huviesse hecho, aunque se contuviessen en ellos algunas palabras, como Psalmo, Hymno, Verso, ù Oracion: *A que respondiò el mencionado Arroyo, que segun se deducia de las palabras de dicho Rdo. Padre Terreros, avia algun Testamento, que este para mejor formalidad se traxesse para romperlo.* Y como quiera que D. Manuel se hallaba presente à estas disposiciones del Padre, y Arroyo, como este tiene afirmado en su citada declaracion, manifiestamente se descubre la verdad de que D. Manuel sabia, y tenia noticia cierta de aver Testamento cerrado, ò yà fuesse, porque el Padre se lo comunicó, ò porque Arroyo se lo revelò, ó porque otra persona alguna se lo noticiara.

(30.) Fox. 5. buelt. y 6. quad. 3.

(31.) Fox. 28. quad. 4.

23. Pero lo cierto es, que todos tres, el Padre, D. Manuel, y Arroyo lo supieron, y aviendose dirigido, ordenado, escrito, y formalizado el Testamento posterior nuncupativo por todos tres, yà se dexa entender, como se procuraria revocar el anterior cerrado, excogitandose, y estudiandose por Arroyo en Siguenza las Clausulas mas fuertes, y apretantes, para insertarlas en la revocacion, como le previnieron el Padre, y D. Manuel. Y en estas circunstancias podrèmos decir, que Doña Josepha no se acordó de las palabras de la Clausula derogatoria, y que por esto no se pusieron â la letra? De ninguna manera. Arroyo en toda su estudiosa declaracion no afirma, ni si quiera enuncia, averle dicho Doña Josepha, que pusiera las Clausulas mas fuertes de la revocacion, ni que no se acordaba del tenor

nor de la derogatoria, sino que D. Manuel, y el Padre se lo dixeron: luego esto fue pensamiento de entrambos, y no voluntad de Doña Josepha, que yà estaba bien assegurada con su anterior protesta.

24. Fuera de que de ninguna manera se há probado, que Doña Josepha se olvidó de las palabras de la Clausula derogatoria, tenemos contra este olvido dos pruebas admirables, la una de derecho, y la otra de hecho. El derecho no presume este olvido, sino es con el largo transcurso de (32.) diez años, de tal suerte, que en breve espacio de tiempo nunca se presume el olvido, y aun hay entre los Autores controversia sobre si passando ocho, ò nueve años de Testamento â Testamento se pueda presumir olvido? Y la mas probable opinion es, que no se presume, si no se passare integro el decennio. La prueba de hecho es evidente por los Autos, que ministran varias ciertas conjeturas de que Doña Josepha no se olvidò de la Clausula derogatoria, y aviendo estas conjeturas, (33.) menos puede presumirse el olvido.

(32.) Ex leg. sancimus Cod. de Testam. Julius Clar. Mantica. Menoch. & cæteri supra relati, & specialiter Ciriacus. *num.* 97. *& seqq.* ibi. *Nec quidquam pariter turbat quartum objectum propositum num.* 31. *de lapsu annorum novem, ex quibus præsumatur oblivio, quia communis opinio est, non nisi lapsum decennij integri sufficere in proposito isto.*

(33.) Idem Ciriac. alios referens, *num.* 98. ibi. *Præterea objectum procedit in dubio, & ex conjecturis: unde cessare debet, si simus in claris, vel saltem in contrarium adsint aliæ præsumptiones.*

25. La primera conjetura es, porque Doña Josepha, no solo era especialissima devota de su Santo Patriarcha Señor San Joseph, sino que por instantes imploraba su patrocinio para la hora de su muerte, lo qual està plenissimamente probado por una, y otra parte; porque assi D. Juan de la Roca, como D. Manuel articularon en sus interrogatorios esta pregunta, y los testigos de una, y otra prueba contestan en esta especial, y continua devocion, y aunque los mas no se acuerdan de averle oído decir las especificas palabras de la Clausula derogatoria, porque no pondrian cuidado; pero la Madre Sor Maria Josepha de la Santissima Trinidad testigo 28. de la prueba de D. Manuel, declarando sobre la pregunta 12. de su interrogatorio, dixo: (34.) *Que Doña Josepha era especialissima devota del Patriarcha Señor San Joseph, y que siempre decia distintas palabras de amor à el Santo, y que le parece dixo en algunas ocasiones las que refiere la pregunta.* Que son á la letra las de la Clausula derogatoria. Y si siempre estando sana tenia esta devocion tan especial, y aún con las especificas palabras de la Clausula derogatoria, còmo hemos de creer, que en su ultima enfermedad, quando mas necessitaba su especial patrocinio para conseguir el dichoso fin de una buena muerte, se olvidàra? No es verosimil.

(34.) Fox. 125. buelt. y 126. q. 5.

26. La

26. La ſegunda conjetura es, que aviendo cerrado ſu Teſtamento el dia 22. de Abril del año de 50. deſpues el dia 15. de Mayo del miſmo año repitiò en ſu Memoria ſecreta las miſmas formales palabras: de que reſultan dos conſequencias, la una, que las ſabia de memoria, y la otra, que con ellas regularmente imploraba el patrocinio de ſu Santo Patriarcha: y aſſi aviendolas conſervado en ſu memoria haſta el dia 15. de Mayo, no es creible, que en menos de un año, que paſſó haſta el dia 23. de Febrero de 51. en que ſe ordenò el Teſtamento nuncupativo, las haviera olvidado. Ni baſta decir, que las tendria eſcritas, quando formó la Memoria ſecreta, y que por eſto las repetiria en ella, ó que D. Juan de la Roca las tendría, y por eſſo ſe inſertarían; porque eſtos diſcurſos deſnudos de toda prueba, no pueden prevalecer à la legal conjetura, de que en tan corto tiempo no puede preſumirſe olvido.

27. Y quando pudiera en algun modo diſcurrirſe, que ſe le avia olvidado la forma eſpecifica de las palabras, y que por eſſo no las dixo, es creible, que ſe le olvidára, que ſe dirigian â implorar el patrocinio de Señor San Joſeph para la hora de la muerte, que tenia yá à los ojos? Es impoſſible creerlo. Pues por què no ſe puſieron ſi quiera eſtas ſeñas? Por qué no ſe dixo, que el Teſtamento ſe cerró en la Sacriſtia de la Igleſia de las Capuchinas? Por què no ſe expreſſó, que revocaba el Teſtamento, que junto con la Memoria ſecreta puſo en depoſito en poder del Padre Auguſtin de Jauregui? Si ſe ſe quiſiere decir, que de todo eſtaba olvidada, veaſe el Teſtamento nuncupativo, en que Arroyo dà fee de eſtár en ſu cumplida memoria, y ſe conocerà, no ſer compatible tanto olvido con una memoria tan cumplida, y ſi no la tenia, eſtaba incapaz de teſtar, y fue nulo el Teſtamento nuncupativo, y aſſi no pudo revocar el antecedente cerrado. Y yá que todo eſto ſe omitiò, por què aviendo advertido Arroyo á el Padre Terreros, que ſe traxera el anterior Teſtamento para romperlo, no ſe traxo? Para què fue eſtudiar en palabras generales, y en que ſe puſiera juramento, para que ſaliera un Teſtamento muy fuerte? No era muy facil, que Doña Joſepha le huviera comunicado á el Padre Terreros, que ſu Teſtamento cerrado, y Memoria paraban en poder del Padre Jauregui? No pudo facilmente rogarle, que paſſára con todo ſecreto à recogerlo? No pudo averſelo dicho â Arroyo? Pues por què ſe omitiò? Porque Doña Joſepha no quiſo,

quiſo, arguye la (35.) ley, pues ſi aſſi lo huviera querido, ninguna dificultad tuvo para executarlo. Y aſſi no fue de ſu voluntad todo el artificio del Teſtamento nuncupativo: quiſo que ſe otorgára ſin la expreſſion de las palabras de la Clauſula derogatoria, que no le revelò â el Padre Director; porque quiſo, que fuera ſolo una caña vacía, y hueca, que algo le pareciera á D. Manuel para libertarſe de ſus ſugeſtiones; y no revocar el anterior Teſtamento, y Memoria ſecreta, en que conſiſtian los deſcargos de ſu conciencia, y beneficio de ſu Alma.

28. Solo con el hecho de aver recogido Doña Joſepha ſu Teſtamento; que paraba en poder del Padre Auguſtin de Jauregui, y averle roto la atadura, y cubierta, en que conſiſtia toda ſu ſolemnidad de firmas ſuya, y de los teſtigos, y fee del Eſcribano, ſe conſeguia el fin de revocarlo, como dicen las (36.) Leyes, y enſeñan (37.) los Autores, ſin que fuera neceſſario ponerſe à eſtudiar Clauſulas de revocacion; pues eſta es una de las conjeturas de la mutacion de voluntad, como por el contrario lo es de ſu permanencia el mantener, ó en el depoſito, ó en poder del Eſcribano el Teſtamento, y por eſſo en caſo de hacerſe Teſtamento nuncupativo, que original queda en el Prothocolo, aunque el Teſtador rompa, ò queme la copia, que de él le diò el Eſcribano, ſi en poder de eſte, y en ſu Prothocolo queda el original ileſo, (38.) no ſe preſume mutacion de voluntad, ſino ſu permanencia: y aſſi aviendo conſervado Doña Joſepha en el miſmo depoſito ſu Teſtamento cerrado, y Memoria ſecreta, quiſo, que ſubſiſtiera, y no tuvo voluntad de revocarlo por el poſterior nuncupativo, que otorgò ſolo por dar vana ſatisfaccion á D. Manuel, y al Padre Terreros: *Pro quadam ſatisfaccione inani hæredum in ea iſtitutorum*, (39.) que dixo Ciriaco.

29. En la materia de ultimas voluntades, y eſpecialmente en el particular de la revocacion de la Clauſula derogatoria eſpecifica pueſta en el primero Teſtamento, todos los Autores han trabajado en poner conjeturas para indagar la voluntad del Teſtador, como que es la Reyna de ſus diſpoſiciones: *In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaquè regit conditiones*, que dixo el Juriſconſulto en la *Ley in conditionibus ff. de condit. & demonſtrat.* Y es la ley, que ſiempre debe obſervarſe, como eſcribe el Emperador en la *auth. de nupt. cap. 2. collat. 4. Diſponat itaquè unuſquiſque ſuper ſuis,*

(35.) L. unic. §. ſin autem Cod. de caduc. tollend. ibi. *Nam ſi contrarium volebat, nulla erat difficultas, conjunctim ea diſponere.*

(36.) Ex leg. 1. §. ſi linum ff. de bonor. poſſeſ. ſecund. tabul. ibi. *Si linum, quo ligatæ ſunt tabulæ, inciſum ſit, ſiquidem alius contra voluntatem Teſtatoris inciderit, bonorum poſſeſſio peti poteſt, quòd ſi ipſe Teſtator id fecerit, non videntur ſignatæ, & ideo bonorum poſſeſſio peti non poteſt.* Concordant. l. ad teſtium §. ſi ſigna ff. de Teſtam. l. 1. §. ſi hæres ff. ſi tabul. Teſtam. nul. extabul. l. noſtram 39. Cod. de Teſtam. ibi. *Siquidem Teſtator linum, vel ſignacula inciderit, vel abſtulerit, utpotè ejus voluntate mutata, Teſtamentum non valere.*

(37.) Laudati à Braſchio *de pleno arbitr. cap. 25. ex num. 17.* ibi. *Mutatio quoque voluntatis præſumitur ex eo, quòd Teſtator recuperaverit Teſtamentum ſolemniter confectum de manu Tabellionis, cui illud conſignaverat: ipſumquè ſic recuperatum, diſjectis ſigillis, lineisquè, quibus claudebatur, confractis, aperuit.--- Amotio namque ſolemnitatum inducit pœnitentiam, & mutationem prioris voluntatis.*

(38.) Ex leg. fin. ff. de his, quæ in Teſtam. delent. Braſch. eodem *cap. 25. num. 28.* ibi. *Ceſſaret tamen præſumptio revocationis voluntatis in Teſtamento nuncupativo, tametſi Teſtator amoviſſet, vel fregiſſet ſignum Tabellionis illi appoſitum: quippè cùm aliud originale Teſtamenti non fractum, & illæſum remaneat apud Notarium, & ſi Teſtator fregerit copiam autenticam ſibi à Notario datam: non tamen videtur revocatum Teſtamentum.*

(39.) Ciriac. *controv. 360. num. 36.*

suis, ut dignum est, & sit lex ejus voluntas. Por esso el Cardenal de Luca tratando sobre la Clausula derogatoria, y el modo de su revocacion, y despreciando las muchas declaraciones, ampliaciones, y limitaciones de los Autores, afirma, que esta question es mas bien de hecho, que de derecho: (40.) *Hinc proinde neglectis tot declarationibus, seu ampliationibus, & limitationibus desuper à Doctoribus traditis, verius est, ut ista sit quæstio potiùs facti, quàm juris.* Y assi, si tenemos clara la voluntad de Doña Josepha, que no quiso sujetar su primero Testamento cerrado, y Clausula especifica derogatoria à revocaciones generales, ni especiales, sino que quiso precissamente, que se insertara á la letra, y que en individuo se revocára, esto se debiò observar en el Testamento nuncupativo para su perfeccion, y valor, y para que fuera suficiente à revocar el cerrado: luego no aviendose hecho mencion individual de la Clausula derogatoria, queda el primero valido, como no revocado por el segundo.

(40.) Cardin. de Luc. *de Testam. discurs.* 76. *num.* 2.

30. En la Clausula 54. (41.) del Testamento cerrado previno Doña Josepha la nulidad del Testamento nuncupativo con estas palabras: *Y si acaso en mi ultima enfermedad otorgare otro Testamento, Poder, ò Codicilo, desde ahora lo anulo, y quiero, que no tenga valor alguno, si no es, que como este, tenga expressas estas palabras:* E L I J O, &c. Tener expressas estas palabras, es, que à la letra se insertáran, no que se comprehendieran tacita, y virtualmente en la revocacion general, ò la que llaman especial de la Clausula derogatoria indifinidamente, quiso, que se expressaran las palabras, no que se entendieran: y assi fue su expressa voluntad, que para revocarse se avia de hacer expressa individual mencion de ellas. De que resulta, que la revocacion general no puede tener efecto; porque no la quiso assi la Testadora, y la que quiso no se pronunció, pues no hay revocacion, resuelve el (42.) Jurisconsulto Paulo, y queda subsistente el primero Testamento: *In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat, quod volumus. Itaquè qui aliud dicit, quàm vult, neque id dicit, quod vox significat; quia non vult, neque id, quod vult; quia id non loquitur.*

(41.) Fox. 12. quad. 1.

(42.) In leg. 3. ff. de reb. dub.

31. En la Memoria secreta reforma algunas Clausulas de Legados, y disposiciones del Testamento certado, y explica, y declara, que aunque en èl tiene universalmente instituido heredero

redero à D. Juan de la Roca, pero que esta institucion universal fue en confianza, y la viene à reducir â sola la tercia parte, aplicando las otras dos à D. Manuel, y al Colegio de San Fernando, y concluye, que pueden los comunicados de esta Memoria ser en algun modo contrarios á las Clausulas del Testamento cerrado, y assi para que tengan valor, y no se eche menos la condicion de la Clausula derogatoria, la inserta à la letra, y pone en individuo las palabras del patrocinio de Señor San Joseph: luego quando Doña Josepha puso en el Testamento cerrado la Clausula especifica derogatoria, fue su voluntad, que ninguna otra posterior disposicion valiera, ni pudiera tener efecto, si no contuviera en individuo la misma Clausula derogatoria; pues ella misma se explica en la Memoria secreta expressando, que para que pueda tener valor, repite las palabras de la Clausula derogatoria, y quando tenemos clara la voluntad del Testador, (43.) no hemos de solicitar conjeturas para su interpretacion; pues siempre la voluntad expressa (44.) prevalece à la presumpta.

(43.) Ex leg. hæredes palam 21. §. sed etsi notam ff. de Testam. Optimè Menoch. de præsumpt. lib. 1. quæst. 26. num. 15. ibi. *Ea est ratio; quia dispositio quantumvis perfecta recipit declarationem ad ipso suo conditore.* Et num. 17. ibi. *Sextus, & ultimus est casus, quando voluntas disponentis fuit quidem expressa, sed verbis adeo dubijs, & obscuris, ut intelligi nequeat, quid disponere voluerit. Hoc in casu recurrendum est ad interpretationem judicis.*

(44.) Ex leg. cùm ex filio 39. §. filio ff. de vulg. & pupill. substit. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 87. n. 2. ibi. *Est autem certum, quòd voluntas expressa anteponitur præsumptæ.*

32. Registrando la Clausula 34. del Testamento cerrado, hallarèmos tal forma, que en los Derechos no nos dexe duda. Dice Doña Josepha estas formales palabras hablando del Testamento, que considerò avia de otorgar en su ultima enfermedad: *Lo anulo, y quiero, que no tenga valor alguno, sino es, que como este, tenga expressas estas palabras.* Esta diccion, *sino es,* ò *nisi,* importa condicion, es modificativa, y taxativa, y prescribe cierta forma, como explica (45.) Barbosa, y equivale à esta otra, *non secus,* no de otra manera, no de otro modo. De suerte, que tanto quiso decir Doña Josepha en las referidas palabras, como si huviera expressado, para que el Testamento posterior pueda tener valor, há de contener en individuo estas palabras, y de otro modo no ha de valer. Mas lo explica con las immediatas palabras, *sino es, que como este, tenga expressas estas palabras;* porque esta diccion, *como,* ó *sicut,* explica el mismo (46) Barbosa, que importa una omnimoda semejanza, è identidad, hace tambien relacion, denota forma, modo, y disposicion limitativa, y relativa, de forma, que por virtud de esta relacion aya de ponerse la Clausula derogatoria en el segundo Testamento, como se halla puesta en el primero; porque si no, no se verificàra la identidad, ó semejanza omnimoda, que significa con propriedad aquella palabra, *como,*

(45.) Barbos. dict. 217.

(36.) Idem Barbos. dict. 366. num. 1. ibi. *Importat hæc dictio omnimodam similitudinem, & identitatem* Et pluribus comprobat. Et num. 3. ait. *Aliquando importat relationem, & limitat totam dispositionem secundum relatum. --- Quòd denotat formam, modum, & dispositionem limitativam, & relativam. --- Quòd facit repetitionem, qualitatem, & conditionem præcedentis legati, & dispositionis in sequentem.*