

contraria. Ahora los expondré; pero mientras puede ver D. Manuel, quan falsa, y llena de jactancia es aquella proposicion, que profiere en su alegato de bien (10.) probado. En lo que no hay variedad, ni pareceres, es en la quinta revocacion causada con el juramento, que contiene el Testamento ultimo nunucativo de Doña Josepha: por que esto no lo dicen algunos Autores, como confiesa D. Juan de la Roca, sino todos. De suerte, que el Patron de D. Juan de la Roca vió muchos Autores quando trató este punto en sus escritos, y halló, que unos defienden una opinion, y otros propugnan la contraria, y por eso dixo, y bien, que algunos Autores dicen, que el juramento basta, pero decir, que no hay variedad, ni pareceres, y que todos los Autores patrocinan la opinion de D. Manuel, á más de ser proposicion falsa, buelvo á decir, que es llena de jactancia; por que son quasi infinitos los Autores, que han escrito en la Jurisprudencia, y quasi imposible verlos todos; y si todos se vieron para prorrumpir en tan absoluta falsa proposicion se quisieron ocultar los que favorecen á Roca, como si no los huvieramos de ver.

Rub. Alexandr. Consil. 24. num. 9.

9. Rubeo Alexandrino (11.) defiende, que en nuestro caso, aunque haya juramento (que Doña Josepha no lo hizo) no basta para la revocacion del primero Testamento, en que se puso clausula derogatoria, y es insuperable la razon, en que se funda: por que es cierto, que la clausula derogatoria es protesta de defecto de voluntad, y consentimiento en los posteriores Testamentos, que no contengan la misma clausula derogatoria; de tal manera, que estos no se presumen otorgados por voluntad del Testador, sino por sugerencias del heredero enellos instituido, como funde con la comunissima opinion en el punto 2. § 1. y quando á el acto, sobre que recae el juramento, le falta el consentimiento, de nada aprovecha el juramento. Dice assi: *Nam clausula derogatoria expressa tollit consensum in actu sequenti, & ubi deficit consensus, juramentum nihil operatur.* Haze algunas citas, y concluye: *Quia si ubi in testamento secundo adest juramentum non tollitur primum, multò magis non debet tolli in casu nostro.* En nuestro caso habla; pues no hay juramento; y si quando lo hay, no se quita el primero Testamento, mucho menos debe quitarse en nuestro caso. Dice muy bien, y yo deduzco esta consequencia: luego hay variedad, y pareceres, y no todos los Autores defienden la revocacion por el juramento.

10. Menochio tambien trata la question; y aun que afirma, ser comun la opinion, que defiende, revocarse el Testamento primero por el segundo jurado, aunque en él no se haga mención de la clausula derogatoria del primero; pero despues propone la opinion contraria, cita algunos Autores, que la patrocinan, y concluye, que esta opinion segunda es mas verdadera, que la primera. (12.) *His in eligimus, hanc esse communem sententiam, & si ab ea dissentunt iasonius, Ruinus, Rubeus, Gilielmus Benedictus, & Franciscus Sarmiento, quorum opinio fortè verior est.* Otros tambien (13.) cita Braschio por esta probabilissima opinion, y es expressa la doctrina de (14.) Iranzo hablando de contractos lucrativos, quando precedió protesta, y dice, que solo con la premissa protesta se presume el miedo en los contractos lucrativos, de tal suerte, que el contrahente queda ipso jure libre no solo de la obligacion del contrato, sino tambien del vinculo del juramento: *Quod supra dixi, solum protestacionem metum non probare, limitatur, si actas, seu contractus sit lucrativus, tunc enim protestatio ante actum, v. g. donationis futurum, sine aliquo alio administriculo sufficienter probat metum.* -- *Et consequenter contrahens, hac premissa protestatione, ipso jure liber manet, non solum à contractu lucrativo, quem metu coactus celebraverat, verum etiam à vinculo juramenti, quo lucrativus actus metu interveniente erat roboratus.* Aqui es de advertir, que aunque el juramento hecho (15.) con miedo es valido, y se ha de observar, si no se relaxe; esta regla se limita quando precede la protesta, que remueve en el todo el consentimiento del posterior acto. Con lo qual queda plenamente disuelto este argumento; que tan fuerte, è indissoluble le patecia á D. Manuel.

(12.) Cardin. Mantic. de conjectur. lib. 12. tit. 8. num. 26.
-- Menoch. citat. presumpt. 166. num. 42. & plures alij ab eis relati, atque á Ciariaco congregati in eadem controvers. 360. ex num. 24. estque communis opinio.

(13.) Iason. in leg. si mibi, & tibi, §. in legis de legat. 1.
Ruini in Consil. 6. n. 9. lib. 2.---Rubeus in Consil. 24. num. 9.---Guilielm. Benedict. in cap. Raynuntius. in verbo Testamentum num. 19. de Testam. & Franciscus Sarmientus. libr. 3. select. cap. 14. num. 19. quos refert Menoch. presumpt. 166. num. 35. in fine.

(14.) Braschi. de pleno arbitr. cap. 9. num. 6.

(15.) Iranzo in prax. protestation. cap. 27. num. 26.

Ex cap. 5 viro 8. de jure jurando.

opinion tiene muchos Autores, que la siguen, tambien hay otros varios, que defienden la contraria, y absteniendome de disputar sobre qual de las dos sea la mas verdadera, assiento con los de la primera, que quando es grande el amor, y muy particular, entonces puede tomarse alguna presumpcion por el segundo Testamento, y contra el primero: assi se explican, *nimiris dilectus*, y de este modo no ha probado D. Manuel haver sido querido de Doña Josepha; pues el mismo no le daba lugar à este demasiado amor, aunque como tan Christiana lo amaba en Dios, con un amor comun, que todos debemos tener, aun á nuestros enemigos por (17.) precepto Divino: *Diligite inimicos vestros.* Y por esto procuró hazerle el bien de dexarle en la Memoria secreta el usufructo de la tercera parte del remaniente de su caudal. *Et benefacite his, qui oderunt vos.*

(17.)
D. Matth. cap. 5. v. 44.

(18.)
A fox. 35. quad. 5.

12. El quarto argumento se forma con la prueba, que diò D. Manuel sobre la pregunta 14. de su Interrogatorio, en que articulo: *Si saben que despues de aver firmado Doña Josepha el citado Testamento nuncupativo, exclamò diciendo: gracias á Dios, que he salido de este cuidado, ahora venga lo que Dios fuere servido.* Con lo qual se manifiesta el consuelo que le quedó à Doña Josepha de aver otorgado el segundo Testamento, y revocado el primero. En este particular (como en todos los demás) se quedó D. Manuel sin prueba. Un solo testigo (18.) que es el quinto, Doña Anna Manuela Rodriguez depone de aquellas palabras ultimas, *Aora que venga lo que Dios quisiere:* y que esto es lo unico, que le oyó à Doña Josepha, y assi no dice cosa alguna de las otras palabras: *Gracias á Dios, que he salido de este cuidado:* y aunque ay otros dos testigos que lo deponen de cídas á la misma Doña Anna, hazen la misma fé, que esta relata; y otros dos que lo oyeron à otros testigos no examinados no merecen fé alguna, por hallarse sin relato. Pero yo doy que sea cierto el contexto de la pregunta, y que Doña Josepha le diò gracias à Dios, despues de firmado el Testamento nuncupativo, de averla sacado de aquel cuidado. De esto no se prueba averse alegrado de su otorgamiento, sino de que este no se hizo como queria D. Manuel. Pusola en grave cuidado, que la persuadiera, y molestara sobre que fiziera Testamento. Dióle gran cuidado que el Padre Terreros, que avia visto el Testamento cerrado, y su clausula derogatoria, era el Director del nuncupativo, y que podia

101.
podia en él, insertar à la letra las palabras de dicha clausula. Pusola por ultimo en gran cuidado, que Arroyo tenia la misma noticia, y que assimismo podia expressar las mismas palabras. Se hallaba con estos temores demasiadamente contristada; pero assi que vió, que las tales palabras no se hallaban expresas en este ultimo Testamento, y que assi lo firmó, se vió libre de aquel cuidado, que tanto le optimia su corazon, è inquietaba su conciencia: y assi no fuera mucho, que exclamara dandole à Dios gracias de averla sacado de aquel cuidado, que no era poco viendo sujeta su libre premeditada voluntad, à una involuntaria revocacion, pendiente solo de la contingencia de que el Padre Director se acordara de las palabras derogatorias, como tiene declarado, y llevo advertido.

13. El quinto argumento se hace con la declaracion de Arroyo (19.) en que afirma, que quando le hizo la pregunta à Doña Josepha: *De la revocacion de otros Testamentos nuncupativos, ó aunque fuesen cerrados, respondió haciendo con la mano diestra en circulo, todo, todo lo revoco:* y assi con esta repetition se manifiesta su voluntad de revocar el antecedente Testamento cerrado. Y mas quando despues de hecho, y firmado el nuncupativo, y juntos los testigos de su solemnidad, mandó Doña Josepha llamar à su marido D. Manuel, para que se hallara presente à éstlo leer, como que él lo avia de cumplir: y aviendosele leido echó menos la clausula de su sepultura, que queria fuese en la Iglesia del Colegio de San Fernando, à que se le satisfizo, con decirle, que assi se haría. Y tambien echó menos un legado de quinientos pesos, à favor, de una de las Legatarias, y tambien se le satisfizo, y se le leyó el dicho legado. De todo lo qual se convence, aver sido libre su disposicion, y que fue su animo otorgar este segundo Testamento, y revocar el anterior; por que sino, todo fuera superfluo, è irrisorio, lo qual no puede presumirse en un acto tan serio, y en una persona tan christiana, y que se hallaba proxima á morir. Yo digo, que no fue superfluo, sino todo muy necesario para darle satisfaccion à D. Manuel, y à el Padre Terreros. *Pro qua-dam satisfactione inani heredum in ea institutorum. Gratia blandiendi marito. Ut à suggestionibus liberaretur.* Como ya lo llevo todo preocupado, y prevenido en el antecedente punto con corrientes doctrinas.

14. El sexto argumento, tambien se puede formar en las conjecturas, que nacen de la clausula revocatoria del Testamen-

(20.)
Menoch. in ead. præsumt. 166. num. 45. ibi. Sepuimma est conjectura, quando in secundo Testamento dixit Testator, se velle, ipsum secundum Testamentum præcisamente valga, que de el todo se cumpla, que como mejor aya lugar en derecho tenga valor. Y estas palabras: *Præcisse, omnino, meliori modo:* son conjeturas de la voluntad de revocar el anterior Testamento, aunque en el segundo no se haga mencion de la clausula derogatoria, como assienta (20.) Menochio con muchos que cita.

Es cierto, que algunos Autores assí lo afirman, pero (21) muchos mas llevan la contraria, que defiende admirablemente Ciriaco, y con evidentes razones, y muy adaptables, y aun proprias de nuestro caso; por que tenemos constante, que D. Manuel le dixo à Arroyo, que avia un Testamento cerrado, y que era necesario hacer uno muy fuerte, y de la misma suerte le dixo el Padre Terreros, que pusiera la clausula de revocacion con las palabras mas apretantes: y en vista de este encargo lo que hizo Arroyo, fue estudiar las palabras mas fuertes, y Clausulas mas apretantes, y todas las que halló las puso en la Clausula de revocacion; pero no consta, que huviera cerciorado del efecto de cada una de ellas (que quizá él tambien ignorará) à Doña Josepha, y estas Clausulas, que de estylo, y por los formulistas ponen los Escribanos, no se entienden puestas de voluntad de los Testadores, si no se les cerciore de su virtud, eficacia, y efecto: y en toda la dilatada prueba, que dió Don Manuel, y en las Declaraciones de Arroyo, de su Amanuense, la del Padre Terreros, su Compañero, y demás testigos del Testamento nuncupativo, no hay constancia alguna, ni palabra, por donde inferir, que Arroyo le explicara à Doña Josepha las clausulas comprehensas, y amontonadas en la de revocacion; y lo que si tenemos cierto, constante, y confessado por el mismo D. Manuel es, que á Arroyo no se le dieron apuntes para la Clausula de revocacion, como consta de su declaracion, y de la de su Amanuense, (22.) Delgado, sino que solo se le hizo el encargo de Testamento muy fuerte, y clausulas muy apretantes, quedando á su advitrio poner las que se le antojó, supo, ó halló en Siguenza; pero no hay por donde rastrear, que fueran de voluntad de Doña Josepha puestas estas Clausulas, ni que de su efecto, y eficacia se huviese cerciorado. Y aunque consintiera en su aposicion, este consentimiento no fue libre, ni voluntario, como lo manifiesta la precedente protesta; y assí del mismo modo, que quiso testar en lo apparente

Secundo respondeo: Quod clausula omni meliori modo secundum aliquos ponitur de stylo, & confutidine Notariorum in omnibus testamentis: Quia & si post publicationem testamenti videatur aposita de voluntate testatoris, tamen earatione, qua motus fuit ad morem gerendam instituto in faciendo testamento, pariter motus fuit ad conformandum clausulas postitas in eo per Notarium. Sed addo, qd ubi testator est persona idiotica, qualis est

102.

to nuncupativo, en que haze expression Doña Josepha, de que quiere que este Testamento precisamente valga, que de el todo se cumpla, que como mejor aya lugar en derecho tenga valor. Y estas palabras: *Præcisse, omnino, meliori modo:* son conjeturas de la voluntad de revocar el anterior Testamento, aunque en el segundo no se haga mencion de la clausula derogatoria, como assienta (20.) Menochio con muchos que cita. Es cierto, que algunos Autores assí lo afirman, pero (21) muchos mas llevan la contraria, que defiende admirablemente Ciriaco, y con evidentes razones, y muy adaptables, y aun proprias de nuestro caso; por que tenemos constante, que D. Manuel le dixo à Arroyo, que avia un Testamento cerrado, y que era necesario hacer uno muy fuerte, y de la misma suerte le dixo el Padre Terreros, que pusiera la clausula de revocacion con las palabras mas apretantes: y en vista de este encargo lo que hizo Arroyo, fue estudiar las palabras mas fuertes, y Clausulas mas apretantes, y todas las que halló las puso en la Clausula de revocacion; pero no consta, que huviera cerciorado del efecto de cada una de ellas (que quizá él tambien ignorará) à Doña Josepha, y estas Clausulas, que de estylo, y por los formulistas ponen los Escribanos, no se entienden puestas de voluntad de los Testadores, si no se les cerciore de su virtud, eficacia, y efecto: y en toda la dilatada prueba, que dió Don Manuel, y en las Declaraciones de Arroyo, de su Amanuense, la del Padre Terreros, su Compañero, y demás testigos del Testamento nuncupativo, no hay constancia alguna, ni palabra, por donde inferir, que Arroyo le explicara à Doña Josepha las clausulas comprehensas, y amontonadas en la de revocacion; y lo que si tenemos cierto, constante, y confessado por el mismo D. Manuel es, que á Arroyo no se le dieron apuntes para la Clausula de revocacion, como consta de su declaracion, y de la de su Amanuense, (22.) Delgado, sino que solo se le hizo el encargo de Testamento muy fuerte, y clausulas muy apretantes, quedando á su advitrio poner las que se le antojó, supo, ó halló en Siguenza; pero no hay por donde rastrear, que fueran de voluntad de Doña Josepha puestas estas Clausulas, ni que de su efecto, y eficacia se huviese cerciorado. Y aunque consintiera en su aposicion, este consentimiento no fue libre, ni voluntario, como lo manifiesta la precedente protesta; y assí del mismo modo, que quiso testar en lo apparente

para

103.
para satisfacer á su Marido, quiso, que se pusieran las demás clausulas, que amontonó Arroyo á su arbitrio, á contemplacion de D. Manuel, y á gusto del Padre Terreros, satisfaciendo á sus encargos, é instancias.

15. Aquí se puede decir, que todas las clausulas puestas, y otras muchas, que se huvieran insertado, todas fueron de voluntad de Doña Josepha, porque queriendo otorgar su segundo Testamento, y revocar el primero se valió para ello del Padre Terreros, para que como sabio dirigiera esta revocacion, y le pusiera para su valor las clausulas, que le párecieran convenientes. Una de las conjeturas, que traen los Autores (23.) para la voluntatia revocacion del primero Testamento, aunque en el segundo no se haga mencion de la clausula derogatoria, es quando el Testador quiso otorgar el segundo Testamento: *Ad consilium sapientis;* porque con esto solo basta para discutir, que quiso, que el Sabio pusiera las Clausulas de revocacion con las palabras mas firmes, y assí quiso de su voluntad, revocar el primero Testamento. Y assí aviendo querido Doña Josepha, que su segundo Testamento se fiziera en el modo, y forma, que el Padre dixerá, como se lo expuso á Arroyo, y este lo declara, todas las dichas clausulas, que quiso el Padre, que se pusieran, son de consentimiento, y voluntad de Doña Josepha, y suficientes á revocar el Testamento cerrado. Responpo lo primero, que muchos (24.) Autores escribieron, y defendieron la contraria opinion, como mas probable. Respondo lo segundo, que en aquellas palabras generales, que dice Arroyo, *Como lo dispusiere el Padre,* solo se comprehende una concession general, en que no se incluye la especial revocacion de la clausula derogatoria contra la clara voluntad de Doña Josepha. (25.) *In generali concessione non veniunt ea, que quis non effet verisimiliter in specie concessurus.* Respondo lo tercero, que Doña Josepha no le concedió al Padre la facultad de dictar el Testamento con plena libertad, sino por temor de su Marido, como queda antes probado, y por sugerencias del mismo Padre, como se manifestará en el siguiente §.

16. El septimo argumento se deduce de que en el Testamento nuncupativo se repiten algunos especificos legados del Testamento cerrado, como el de quattro mil pesos á Doña Maria Josepha Franco. Dos mil pesos á D. Angel Franco para que

mulier, que non intelligit virtute hujus clausule, junc nō operatur aliquid, nisi constet testatorem fuisse certificatum de ejus viribus: De qua certificatione cum non appareat in hoc testamento, nec presumatur, sequitur, qd nihil valat operari ad derogandum protectione precedentis.

(22.)
A fox. 28, quad. 4.

(23.)
Menech. plurib. relatis in ead. præsumpt. 166. n. 55. ibi. *Decima tercia conjectura est, quando in secundo Testamento adjecta sit hac clausula: Et predictus Testator volunti, hoc suum Testamentum extendi debere ad consilium sapientis. His sane verbis significavit Testator, se velle recedere à primo Testamento habente Clausulam derogatoriam speciem.* Brasch. de plen. arbitr. cap. 10. n. 12. & seqq. ibi. *Etecum invocans patrocinium sapientis videtur velle, ut suo Testamento cuncta illa particula, atque i Clausula apponantur, per quas validū fiat, & omnino subsistat, si forte ipse Testator illas nesciret.*

(24.)
Barthol. in leg. *Illa institutio. ff. de hered. instituenda.*
--- Rub. Alexandr. Confil. 24. num. 12. in fin. ibi. *Non obstat, quod sapiens debuisse posse addere Clausulam derogatoriam speciem; quia dico, quod dato, quod fuisse, apposita Clausula ad dictam sapientis, quod tam non posset ponere, cum concernat voluntatem testantis.*
(25.)
Cap. 81. de regnl. juris in 6. in cuius explicatione plura jura, & pend innumeris casus congerit Pecunius.