

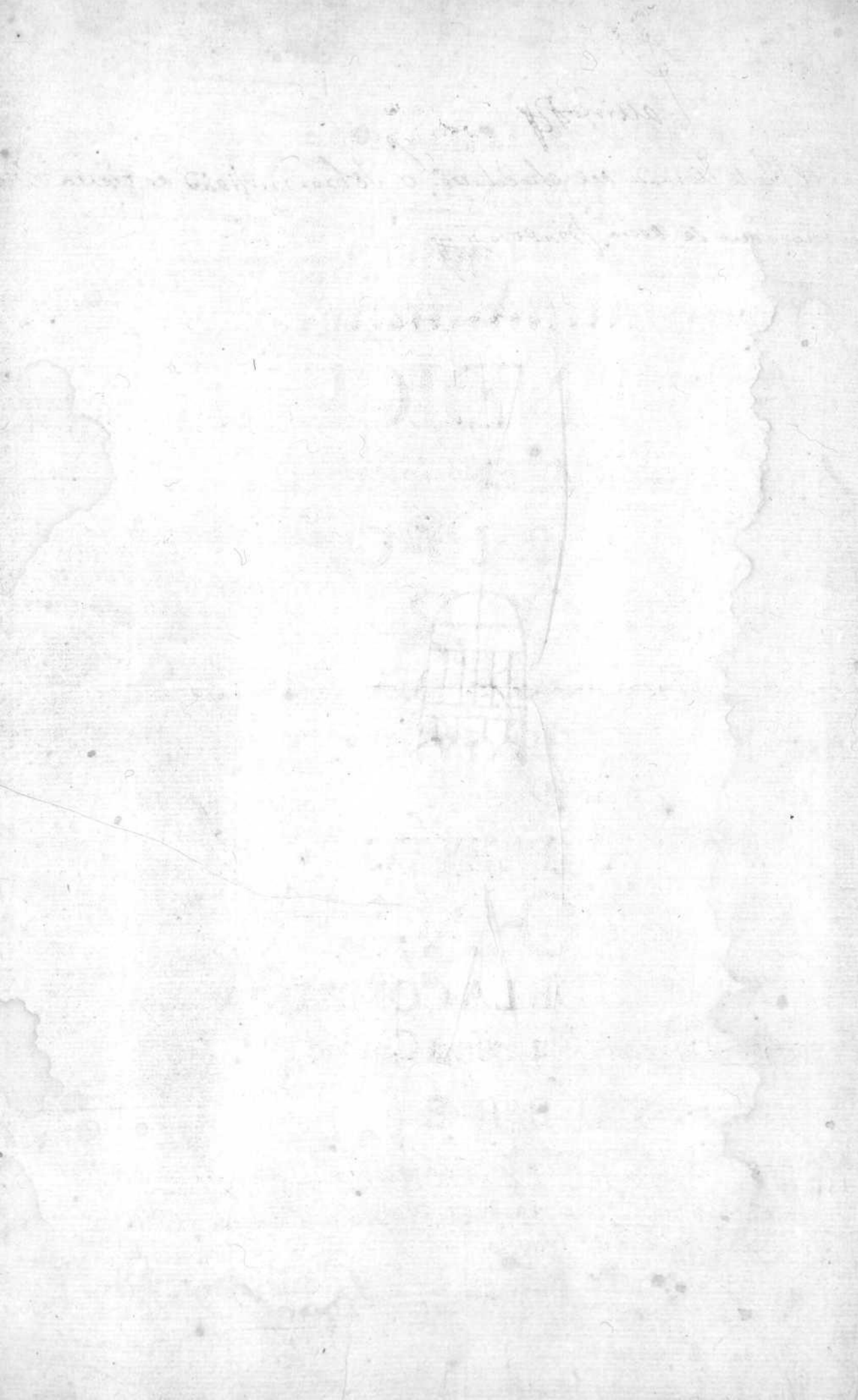
N.º 178

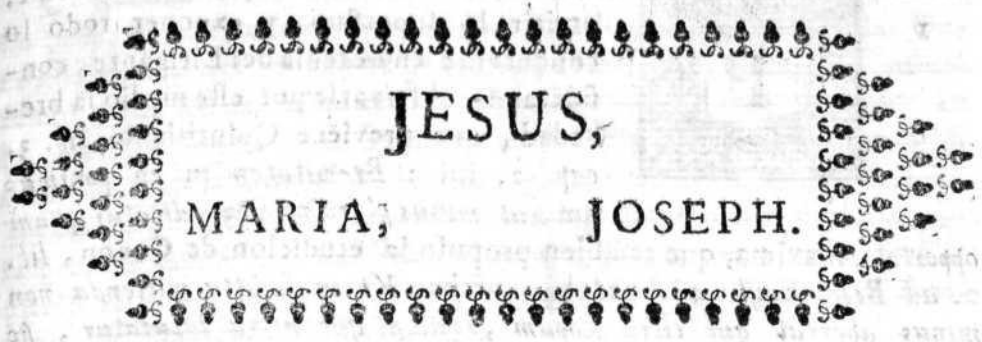
Pattinotti

Sobre el pleito llamado del chocolate, o sobre nulidad de cierta última  
disposicion que se hacia piadoso

Tot. 64504

CB 1036312





JESUS,

MARIA,

JOSEPH.

# APPENDICE,

A EL INFORME ENDERECHO,

## ESCRIPTO

## POR

DON IGNACIO DE LA CRUZ

Berrio, Vezino de la Ciudad de

Segovia.

## EN EL FLEYTO

## CON

EL GOLEGIO DE LA COMPANIA

de JESUS, de la misma Ciudad.

## SOBRE

*LA NULIDAD DE LA ESCHELA, QUE*

*suena hecha por Doña Agustina Narvaez, muger.*

*que fue de dicho Don Ignacio.*

A

PRO-







R O C U R O S E en el expreſſado Informe, omitir lo ſuperfluo, y exponer todo lo conducente en deſenſa del Litigante, conſiderando obſervarſe por eſte medio la brevedad, que previene Quintiliano, *lib. 3. cap. 2. ibi: Brevitatem in eo ponimus non, ut minus, ſed ne plus dicatur quam*

*oportet*, maxima, que tambien propuſo la erudicion de Cenon, *lib. 2. ad Belg. Epist. 49. per hæc verba: Ut in ſagitta mittenda non minus aberrat qui citra ſcopum, quam qui ultra iaculatur, ſic in ſcribendo, quiſquis pauciora quam pro re; aut plura dicit;* conque conſiſtiendo la recta deſenſa en, ni más, ni menos, no alcançamos la aplicacion de el *ſilentium tutum eſſe*; cuya regla ſe nos propone en contrario, con lo que dizen, que decía Alpolonio; que en ſubſtancia, es conſtituir el acierto, y ſeguridad de un buen Informe Juridico, en hacer à lo vivo el papel del mudo.

2 En el nueſtro propuſimos toda la verdad de el Hecho, desde el *numer. 1.* haſta el 26. incluſivè, y desde el 27. à el 40. acreditamos la ſubſiſtencia de el Poder reciproco para teſtar, otorgado entre marido, y muger; averſe obſervado en ſu otorgamiento las ſolemnidades prevenidas por las Leyes de el Reyno, y no contener, ni aun ſombra de involuntariedad de parte de los otorgantes; y aunque el Colegio lo reconoció en ſu primer Papel, y apunta à dudarſe en el ſegundo, desde el *numer. 177.* aplicando quentos de Mudos, no nos embarazamos en reſponderle, por no contener eſpecie, que merezca gaſtar el tiempo en ſu requeſta.

3 Desde el *numer. 40.* haſta el 48. aun en el ſupueſto de que fueſſe diſpoſicion piadoſa la que contiene la Eſchela, fundamos ſe debiera declarar por nula; como deſtituida de las ſolemnidades eſtablecidas por Leyes de el Reyno, aſſegurando, que eſtas deben obſervarſe en las diſpoſiciones Pias, quando el Teſtador es Lego; y propuſimos las razones fundamentales, y textos con que ſe corrobora eſta opinion, y en que ſe aſianzan los mas Clãticos AA. que la ſiguen; haciendole cargo de los Capituloſ *Cum eſſet 10. relatum 11. de Teſtament.* y de las Leyes del Reyno 3. *Taur. 1. y 2. tit. 4. lib. 5. Recop.* Y aora aña dimos, que los AA. que ſe ſubſcriben por la opinion contraria, ſin diſputar el pnto, ni hacerſe cargo de la Ley Real, que aun entre hijos requiere la miſma ſolemnidad, que en la diſpoſicion à favor de eſtraños, *nec augeat numerum*, ni dan authoridad extrinſeca à dicha opinion: Fabio Capicio Galeota, *lib. 1. Contr. contr. 1. numer. 139. Cevall. in Prafat. ad Commun. contr. Commun. numer. 13.*

4 Entre los AA. que citamos, es uno Gomez Bayo, que eſcribió ſobre la practica de ambos Tribunaleſ, y en la *part. 3. quaſt. 2. libr. 2.* con multiplicidad de AA. Regnicolas, decide à nueſtro favor la queſtion, teniendo preſente la Ley Real, y Capituloſ Canonicos; eſpecialmente en el *numer. 6. y 7.* donde propone los mas principales fundamentos, que tenemos expueſtos en nueſtro Informe.

5 Recoxe otros muchos, y con los mismos fundamentos, Escasño, *cap. 6.* en el *numer. 62.* hasta el *67.* donde refiere repetidas Decisiones, así del Senado de Napoles, como de el de Sevilla, afirmando, que los expresados Capítulos Canonicos, solo proceden en los Pueblos sujetos à su Santidad en lo Espiritual, y Temporal, como lo eran la Ciudad de Hostia, y Provincia Vilitrense; à cuyos Juezes se dirigieron sus Decretos; y comprobamos esta opinion con la grande authoridad del Señor González Tellez, en el referido Capítulo *Relatum*, *numer. 14.* donde improbando la sentencia de Duareno, y Uvesembecchio: *Ita ait.*

6 *Sed eorum sententia omissa, verius dicendum est, solemnitate testium iure Casareo inductam in presenti abrogatam esse, non indistinctè, & absolutè, sed tantum in terris subjectis Ecclesie, quoad spiritualia, & temporalia, ut parebat Provincia illa Vellitrensis;* y en este punto no dà distincion entre el expresado Capítulo *Cum esses*, y el *Relatum*, que habla de las Causas Pias, y se dirigió à los Juezes Velitrenses Seculares, *ut ait Pat. Molin. tom. 1. tract. 2. disput. 134. numer. 5.*

7 Siu hacerse cargo de los expresados fundamentos; y disimulando los innumerables AA. de la mayor nota, que con ellos deciden el punto; se nos ha notado de temeridad, ò arroxo en proponerlos, y se ha procurado solo responder à uno en razon, de si su Santidad pudo, ò quiso en los expresados Capítulos Canonicos abrogar las Solemnidades Civiles en los Testamentos *ad Pius Causas.*

8 Y afirmandonos en lo expuesto en nuestro Informe; se añade, que teniendo presente la authoridad de Leon, que refiere el Señor Salcedo de *Leg. Politic. lib. 1. cap. 6. numer. 65.* ibi: *Nec conor ullam à Pontifice amovere potestatem, ab horreat, timeat unusquisque Catholicus illud Leon, Epist. 89. ad Episc. Vien. ipse quoque Beatissimi Petri reverentiam, verbis arrogantibus minuendo, cui cum præceteris solvendi, & ligandi tradita sit potestas, pascendarum tamen ovium cura specialius mandata est, cui quisquis Principatum aestimat denegandum, illius quidem nullomodo potest invenire dignitatem, sed inflatus spiritu superbia semetipsum in inferna demergit.* No hemos dudado, ni podemos dudar, que su Santidad, en lo que concierne à el bien Espiritual *ratione vitandi peccati*, y como Successor de San Pedro, es Principe Supremo; en cuyo sentido procede la interpretacion, que en contrario se cita de el Cardenal Turrecremata, à el Capítulo *Cuncta per mundum causa 9. quest. 3. numer. 9. in fine*, ibi: *CUNCTA de omnibus Clericis, & Laycis quantum ad causas Ecclesiasticas, & quantum ad Animas ratione peccati, ut de judit. Capit. Novit, DE QUALIBET PARTE MUNDI, quoniam totius Orbis est Princeps, Magister, & Rector, PASCE OBES MEAS non has, vel illas, sed universas, ut dicit Bernardus.* Estas son las palabras del Cardenal Turrecremata.

9 Y estrañamos su aplicacion à el pleyto, que se confunde la Authoridad Suprema Ecclesiastica, de que habla el Capítulo *Cuncta per Mundum*, con la Potestad Temporal de su Santidad

dad, en que proceden los Capítulos *Cum esses* 10. *Relatum* 11. de *Testament.* debiendo tambien advertir, que no es lo mismo tratarse de Disposicion Píadosa, que de Causa Espiritual, ut ait. Luca de *Testament. disc.* 17. y que en la observancia de las Leyes Reales, que prescriben las solemnidades de los testamentos, no militan la razón *vitandi peccati*, que pueda fomentar su revocacion, de quo videndus, Anguianus de *Legibus*, lib. 2. *Controv. controuv.* 14. per totam signanter, numer 17. circa medium, ibi: *Qua ratione, si contingat aliquas reperiri leges subditorum Spirituali Salutí perniciem, seu detrimentum aliquod afferentes, solent Pontifices Maximi illas abrogare, & antiquare omnino, ut experientia compertum est, atque sancitum in specie; Cap. Fin. de Prascript.* dá la razón este mismo Capítulo; *Cum generaliter sit omni constitutioni, atque consuetudini derogandum, quæ absque peccato mortali non potest observari.*

10 Idem procedit en el Capítulo *Novit* 13. de *Judic.* y en otros muchos que recopila el mismo Anguiano de *Legib. dist. lib. 2. controuv.* 17. tratando de la Suprema Potestad de su Santidad, de la Directa, è Indirecta, y de la Temporal. Y en punto de la abrogacion de Leyes Civiles, siendo su observancia *nutritiva peccati*, despues de asentir en el numer. 66. que el Romano Pontífice *quatenus talis est*, ni tiene, ni exerce Suprema temporal Jurisdicción, *directè, & principaliter*; pero que puede usar de ella, *minus principaliter in temporalibus* en quanto se ordenasse à fin Espiritual, prosigue en el numer. 67. *his verbis*:

11 *Et in primis infero ex supra resolutis, potuisse Sacros Pontifices abrogare Leges admitentes prescriptionem cum mala fide, quia iniusta sunt, & bono spirituali adversantur, & peccatis fabent: Profigue con la abrogacion de las Usuras, y otros exemplos à este fimil, exponiendo repetidos Capítulos Canonicos.*

12 Pero cessando el fin sobre natural *vitandi peccati*, no ligant los Decretos de su Santidad, como Principe Temporal extra de su Territorio, ut congestis pluribus, ait D. Salzed. de *Leg. Politic. libr. 1. cap. 6. ex numer. 24. & 57. cum seqq.* asentando, que en España, y sus Tribunales Seculares, se debe votar por las Leyes Reales; lo que previene tambien la Ley 1. de Toro, supongo que procede quando se conoce con Jurisdicción contenciosa, à distinción de las fuerzas, para cuya determinacion se atiende el Derecho Canonico, y el estílo de los Tribunales Eclesiasticos, que dize el Señor Salgad. 1. de *Reg. cap. 2. §. 3. numer. 1. & 4.* con que, ni el Capítulo *Cuncta per mundum* conduce à el assumpto; ni Turrecremata dice à el, lo que supone el Colegio; y solo sería de el caso para tratar de la apelacion à el futuro Concilio; para cuyo punto le citan todos los AA. Canonistas: juntò muchos el Señor Escolano *elucubrat. 1.* y para la Potestad Pontificia *ratione vitandi peccati* en la 2. *ex numer. 1.* interpretando el Capítulo *Novit* 13. de *Judic.*

13 *Ex quibus se evidencia ser verdadera, fundada en notorios principios de Derecho, en sentir de los mas Clasicos AA. la opinion que hemos defendido, de que en el Testamento de el Legó, etians*



3  
respecto de las Causas Pias se deben observar las solemnidades prevenidas por Leyes de el Reyno; y aunque los Padres en sus dos Informes han citado por la contraria diferentes AA. no han propuesto fundamento alguno, que haga fuerza, ni cosa distinta de lo que tomamos en el de Don Ignacio; pues à el *numer. 48.* les confesamos, que avia muchos, que la defendian,

14 Pero como los AA. se deben peñar, y no contarse, mereciendo mayor aprecio las que tocan la *question expofesso*, haziendose cargo de los fundamentos *pro*, & *contra*, ut ait Pinell. *In Leg. 2. Cod. de Rescindend. Verdition. 1. part. cap. 3. numer. 30.* y asimismo se debe distinguir entre los Italianos, y demàs Estrangeros, que ni olieron nuestras Leyes Reales; cuya interpretacion, y el modo de su practica, es pribativa de los Regnicolas, que dize Luca de *Fideicommiss. disc. 13. numer. Fin. ibi: Doctores Italli qui nunquam in Hispania fuit, nec eius Tribunalia penetraverunt; non est ipsius particulares leges interpretare, aut super eis, observantia, & practica, maturam interponere iudicium.* Y es notorio no merecer aprecio la assercion de Autor alguno en punto de practica, ò observancia, de Tribunales en que no huviesse versado: *Carlev. tit. 1. disput. 2. numer. 62. & 723.*

15 Tambien se ha de distinguir entre los AA. Canonistas, y Legistas; pues siendo de opiniones contrarias, se ha de seguir la de los Legistas en los Tribunales Seculares, *Cevall. in Prafat. ad Commun. contr. Commun. numer. 50. ibi: Praterea octavo pramittendum est, quod aliquando concurrunt duae opiniones contrariae, quarum una procedit de Iure Canonico, altera de Iure Civili; & in hoc casu tenenda est opinio Canonistarum, quando in Foro Canonico de illis duabus contrarijs tractatur; quando autem in Foro Civili, legistarum communem opinionem sequi debemus, & num. 51. ibi:*

16 *Ex quibus colligitur, quod quando ius Canonicum, & Civile contradicunt in materia, qua non concernit peccatum, tunc servandum est ius Canonicum in Terris Ecclesiae, quoad temporalem iurisdictionem; in alijs autem quo ad temporalia, servandum est ius Civile; in materia vero, qua peccatum concerneret ius Canonicum in utroque Foro esset servandum: Refiere à Diego Perez Zifuentes, Burgos de Paz, Gutierrez, y otros.*

17 En el Cotejo de los que hemos citado en nuestro Informe, con Santarel, Mantica, Boso, Tiraquelo, Reinsestuel, Fagnano, y demàs que se citan en el Papel contrario, los graves fundamentos que exponen unos, y los ningunos en que se fundan los otros, asianza Don Ignacio, la determinacion favorable en este punto; sin que le obsten las Decisiones, que tanto se han ponderado, la una del Senado de Sevilla, citada por E scaño, *cap. 6. de Testament. numer. 67.* pues este mismo Autor assienta, que fue contra principios legales, y contra la comun opinion, calificada con muchas Decisiones; dexaba supuestos en los *numer. antecedentes* los expresados principios, y en el *numer. 67. ita proseguitur.*

18 *Obtinuit adhuc testamentum minus solemne ad Pias Causas,*

*múltis ex his non animaduersis ; est enim magis con maris opinio con-  
traria , & múltis decisíonibus fulcita.* Y si en una disposicion noto-  
ja , y totalmente piadosa , otorgada ante el Parrocho , y dos testi-  
gos , instituida la Alma por heredera , en que no podia aver pre-  
sumpcion de fraude , ò sugestion , tiene este Author por extraordi-  
naria , y repugnante esta Decisíon ; no lo es menos , que el Co-  
legio la pondere en comprobacion de la Eschela litigiosa , en que  
no ay recomendacion alguna de las que tenia aquella disposicion.

19 El Señor Don Ignacio Joseph de Ortega , ad D. Covarrub.  
*in dict. Cap. Relatum , numer. 54.* no assienta asertivamente la de-  
cisíon de esta Chancilleria , que en contrario se supone ; solo di-  
ze , que *sic putat iudicatum* , sin individualizar el Pleyto , ni los  
Litigantes ; liendo muy distinto el punto , que toca para indagar ,  
quando la Eschela induce voluntad determinada , *vel quando est in  
gradu velleitatis* ; confundiendo los Padres una , y otra Decisíon ,  
y aplicandola para un mismo assumpto.

20 Y aunque este proprio Author en el *num. 1.* pone por prin-  
cipio la proposicion , de que el Testamento *ad Pias Causas* subsiste  
con dos testigos , se remite à las Doctrinas del Señor Gonzalez, *Fag-  
nano , Barbosa , Acevedo , Espino , Molina , Sanchez , Gomez , Bayo ,  
Mantica , Lefio , Escaño , y Luca* ; de los quales unos defienden , y  
llevan lo opiniuou contraria , y como tales los tenemos citados en  
nuestro Informe , y otros no distinguen entre el Testamento *ad Pias  
Causas* hecho en territorio , sugeto à su Santidad en lo Temporal ,  
ni se hazen cargo de la Ley Real.

21 Y no obstante , que en el mismo *num.* dize , que à su parecer  
confundiò Escaño la Decisíon de el Capitulo *Relatum* , con la de el  
Capitulo *Cum esses* : Yo *salva pace tanti viri* no encuentro seme-  
jante confusion ; pues expíessamente trata de las Causas Piadosas ,  
à que no es aplicable el Capitulo *Cum esses* : y no puede presumir-  
se que este Author que se haze cargo de todos los que cita por su  
opinion el Señor Horteiga , reprobandola en quanto à las disposicio-  
nes piadosas hechas en España , huviesse de confundir sus Doctri-  
nas , y lo substancial de la question que disputaba.

23 Fuera de que , no es opinion singular la de Escaño , si bien  
la defienden , y deciden por ella repetidos , y Clasicos AA. no men-  
tando palabra , en punto de la Ley Real quantos propone el Se-  
ñor Horteiga para assentar la proposicion , de que en la 3. de Toro  
no se comprehende la disposicion de las Causas Piadosas , que estas  
*remanent sub dispositione Iuris Canonici* remitiendose à *Fagnano , Mo-  
lina , Barbosa , Mantica , Lefio , Julio Claro , y Boerio* , que no la  
tocan ; sin que sea de el caso el que en la expíessada Ley no se ha-  
ga mencion de las Causas Pias ; pues disponiendo por via de regla  
general , y para evitar fraudes perjudiciales à la utilidad comun , es  
notorio , que comprehende todos los casos , que no exceptua ; pues  
*aliàs* no daríamos Ley Real justa , cuya observancia ligase à los  
Ecleíiaticos , solo porque no se hiziesse mencion de ellos. D. Salgad.  
*de Reg. 1. cap. 1. pralud. 2. numer. 66. y 67.* bastando que así es-



re recibida, y practicada en los Tribunales para que debiese observarse aun en terminos mas estrechos, de que se litigase esta causa ante el Juez Eclesiastico, videndus D. Salgad. de Reg. 1. cap. 2. §. 3. numer 16. cum duobus sequentibus.

24 Finalmente en este punto las Doctrinas genericas, citadas en razon, de que con la solemnidad de el Derecho Canonico, vale la disposicion *ad Pias Causas* en el Fuero Eclesiastico, y Secular, solo pueden proceder, y entenderse en la disposicion Piedadosa, hecha en Territorio sugeto à su Santidad en lo Espiritual, y Temporal; y las que asientan, que se observa *ubi que Terrarum* de la Christiandad, proceden en el caso, de que en qualquier Tribunal se presentase un Testamento *ad Pias Causas*, hecho en Territorio Temporal de el Papa; pues como para la validacion de qualquiera disposicion se han de atender las solemnidades, que se practican en el lugar donde se otorga: ut ait Anton. Gomez in Leg. 3. Taur. numer. 20. plurib. relat. seria repugnante, que en este caso no se atendiese el Derecho Canonico.

25 Asì lo entiende, y lo decide en Señor Gonçalez Tellez in *dict. Cap. Relatum*, numer. 14. in Fin. ibi: *Nec tantum Testamentum ita conditum valet, & effectum sortitur in terris Ecclesie Romanae subiectis, sed ubicumque.* refiere à Arnolde Vinio, lib. 2. *Senleciar. cap. 19.* cuya question es, si el Testamento hecho en Territorio, donde se requieren solo dos Testigos, y Notario, valdrà presentado en distinta Region, donde se requiera mayor numero de testigos; y la decide *afirmative*, por la razon, que dexamos expuesta.

26 *Hinc patet* quan inaplicables, y estrañas del assumpto son las palabras deducidas del *Capitul. Dua sunt 2. caus. 19. quest. 2.* y de el *Capitul. Licet 18. de Regular.* citadas en el numer. 53. del primero Papel del Colegio, ibi: *Qua Spiritu Dei aguntur, non subjacent legibus humanis.* Supongo, que se trassumptò del Señor Horteiga, in *dict. Cap. Relatum, num. 1.* pues los Capitulos no dicen *qua*, dicen *quis*; no hablan de cosa, si de persona; no eximen de la observancia de Leyes Civiles, si de Disposiciones Canonicas.

27 Por estas se previene, que ni el Clerigo salga del Obispado sin licencia de su Obispo, ni el Religioso de la Religion sin licencia de su Prelado: y deciden los expressados Capitulos, que si el Clerigo saliese del Obispado, para entrar en Religion, ò el Religioso à otra mas estrecha, influidos de el Espiritu Santo, no necesitan licencia del Superior, dà la razon el referido Capitulo *Dua: Quia Spiritus Dei lex est, & qui Spiritu Dei aguntur lege Dei ducuntur: & quis est qui Spiritui Sancto possit dignè resistere.*

28 El Capitulo *Licet*, ibi: *Quia tamen ubi Spiritus Dei est, ibi libertas, & qui Dei Spiritu aguntur non sunt sub lege, quia lex non est posita iusto:* en nuestra especie tenemos por cierto, que huvo Espiritu, que influyesse à la Testadora para la disposicion, ( si la hizo ) ò quien la fomentase con pretexto de Espiritu; pero no estãmos obligados à creer, que fuesse el Espiritu Santo.

29 El mismo defecto de commoda aplicacion paceden las palabras

bras de la Ley *Lucius* 88. §. *Lucius* 17. ff. *Delegat.* 2. *hoc meum testamentum scripsi sine aliquo iuris perito* (no sería malo, que se pudiera decir de el presente, *sine aliquo Theologo*) *rationem animi mei potius secutus, quam nimiam, & miseram diligentium*: pues además, de que las solemnidades de la Ley Real, no tocan en las escrupolosidades de el Derecho Comun, si se tuviese por razon de decidir lo que motiva el texto, no hubiera Testamento, que dexasse de subsistir, por defecto de solemnidad, y en el mismo texto se dirió la herencia *contra Testamentum*.

30 Desde el *numer.* 48. hasta el 53. de nuestro Informe fundamos, que *etiam supposito* fuesse Piadosa la presente disposicion, y que se huviesse de gobernar por los Capítulos Canonicos, era nula por no aver intervenido en ella testigo alguno, requiriendo el Capítulo *Relatum*, que concurren à lo menos dos, y reduciendo à este numero el de cinco, ò siete, que requieren las Leyes Civiles, à las que manda el Sumo Pontífice Alexandro III. no se arreglen los Juezes Vellitrenses, si à los *Decretos Canonicos*, poniendo por razon decisiva, la de el *cap.* 19. de el Deuteronomio, ibi: *Quoniam scriptum est; in ore duorum, vel trium fiat omne verbum.*

31 Assentamos tambien, que no se nos daría Capítulo alguno Canonico, que prescribiesse la subsistencia de la disposicion *ad Pias Causas* por Eschela privada sin testigos; y siendo cierto, que no le ay, ni los Padres le citan en sus Papeles, no encontramos, como se ha de salvar el que los Juezes voten *secundum Canones*, como manda el Sumo Pontífice, *secundum Divinam Scripturam, testantem, in ore duorum, vel trium stare omne verbum*, que es en lo que se funda la decisíon, y que no ayan de tener Capítulo Canonico, ni Authoridad de la Sagrada Escripura à que arreglarse, para declarar por valida una Eschela privada sin testigo alguno.

32 Decimos mas, que, ni los Padres podrán darnos Glosa alguna de Capítulo Canonico, que defienda semejante validacion; pues considerando ser apreciable su Authoridad, quando no se opone à lo decretorio de el Texto, y que merece mayor estimacion, que la opinion de los Authores, aun quando por multitud de ellos se aya hecho comun, que dize juntando muchos Parej. *tit.* 7. *resolut.* 10. *numer.* 39. y 46. Hemos procurado registrar con algun cuidado quantas pueden ser conducentes à el assumpto, pero nada menos que defender, ni aun tocar la subsistencia de la Eschela privada *ad Pias*: Vease la Glosa *Magna* à los Capítulos *Cum esses* 10. *Relatum* 11. de *Testament.*, y se encontrará, que quanto propone es à favor de Don Ignacio de la Cruz, y afianza los fundamentos, que llevamos propuestos.

33 Preguntamos agora, el que subsista la disposicion *inter liberos per Schelam privatam*, no depende absolutamente de las Leyes Civiles? *ex Authent. quod sine subscriptione, Cod. de Testament. Leg. Fin. Cod. Famil. Erscise.*

34 El modo de comprobar por cotejos no depende del Derecho Civil, *ex Leg. Comparationes* 20. *Cod. de Fide Instrument.* & de

modo que los Peritos no juran *de veritate dicenda*, si solo de exponer lo que alcançassen segun su Arte, siendo facilissimo el errar, que dize el Señor Amaya en la 2. *Cod. de Iur. Fisc. numer. 16. y 26.* Pues si el Capitulo *Relatum* dice, que en las Causas Pias nada ha de haver de Leyes Civiles; *non secundum Leges Civiles* todo se ha de regular por Decretos Canonicos; por que quere el Colegio aprovecharse de las Disposiciones Civiles, quando no encuentra Capítulos Canonicos olvidandose de las palabras de la 22. *Cod. de Sacrosanct. Eccles.* que cita en su primero Papel *num. 53. Cur enim non faciamus discrimen inter res Divinas, & Humanas?*

35 Dicese por los Padres, que los dos, ò tres testigos, que requieren los Capítulos Canonicos, no son de effencia, y que con otra prueba equivalente se salva la disposicion; porque las probanzas no se deben coartar; à que respondemos, que, ni tienen probanza equivalente *ex iam dictis*, ni aunque la tuviesen les podía aprovechar, por ser de forma substancial la que se prescribe en dichos Capítulos Canonicos, D. Covarrub. *diEt. Cap. Cum esses, numer. 14. ibi:*

36 *Licet proprie substantia à solemnitate diferat, tamèn assumendo substantialem formam alicuius actus pro ea, sine qua actus ipse non valet, nec effectum habere potest, testium solemnitas, & numerus in testamentis erit forma substantialis, non tantum probatoria: & inferius: Si verò hæc solemnitas substantialis est, nil refert voluntatem testatoris ex alio exteriori testimonio probari:* y poniendo el exemplo en el mismo Capitulo *Cum esses*, en caso que se huviesse otorgado testamento con dos testigos, pero sin el Parrocho, decide, que es nula la disposicion, por requerirse *pro substantia* en dicho Capitulo la afsistencia de el Parrocho: cita à Baldo, y otros AA. y profigue:

37 *Quorum opinio eo magis placet, quod testamentum factum coram duobus testibus, iure Pontificio, quod legi Divina pro prius accedit, & animarum saluti diligentèr consulit, asique Presbytero paraciali non tenet, nec ex eo iuste potest quis hereditatem, aut legatum possidere, ut est hic egregia, & insignis decisio, & tamèn iure Divino, & naturali hæc solemnitas ultra duorum testium fidem non est necessaria.*

38 Y no pudiendo darse razon formal, para que siendo de effencia en el Capitulo *Cum esses* la presencia de el Parrocho, dexé de serlo en el Capitulo *Relatum* la concurrencia de dos testigos, se convenze, que sin ella es nula la disposicion: sin que sea de aprecio la pariedad aducida en contrario en punto de que se pueden confederar à mentir dos testigos; pues tambien se pueden confederar siete, y setenta; sin que por esso se infiera la consequencia de que la Eschela privada pueda competir con un Testamento solemne otorgado ante siete testigos.

39 No es nuestro animo difundirnos, ni causar molestia; y asfi en esta question concluimos, como en la primera, sobre que se pefsen las razones, y AA. que tenemos propuestos, con los que se han



deducido en contrario : añadiendo , que aunque confesásemos , ( *quod absit* ) no requerirse *pro substantia* Los dos testigos en el *Capitulum Relatum* , era falsa la consecuencia , que se deduce en contrario en punto de que valdria sin ellos la disposicion : *ex traditis ab Anguiano de Legib. lib. 3. Controvers. contro. 4. ex numer. 17. y 21. y en la contro. 19. numer. 33. cum seqq.* donde cita otros muchos.

40 Desde el *numer. 54.* hasta el 80. de nuestro Informe fundamos con el Cardenal de Luc. Cyriac. Gracian. Jul. Caponio , y otros muchos Autores , que la Eschela destituida de primordio de verdad , ( y acreditamos ser de esta especie la litigiola ) no era capaz de subsistir , aunque se coadyuvasse con testigos *deponentes de nota manu* , ò por comparacion; y cotejo; mayormente si lo que se controvirtiese , excediese el valor de una libra de Oro , por ser disposicion expresa de la *Authentic. Atsi contractus Cod. de Fid. Instrument.* cuya decission procede por Derecho Canonico , segun lo testifican los referidos Autores.

41 Y no se nos negando estas Doctrinas , solo se excepciona , que no proceden en las Causas Piadosas , para las cuales es suficiente qualquiera prueba , ò certidumbre Moral , por no militar contra ellas presumpcion de fraude : en cuyos terminos cessa la restriccion del valor de libra de Oro , que previene la *Authentica atsi contractus*.

42 Esto es en substancia retirarse à Sagrado , y acogerse à la Regia Clave , que llama ò titula el Señor Hortega *in dist. Cap. Relatum* , *numer. 46.* toda la controversia en que se interesa la Causa Piadosa *quia fraudis praesumptio cessat*. Supongo , que este mismo Author , *numer. 3. in fin.* asienta no solo , que no cessa , si bien , que se dà positiva presumpcion de fraude , quando se toma por pretexto la Causa Pia , y se dà à otro tercero la utilidad , *ibi : Limitandum tamen est , cum praetextu causa pia emolumentum alicui relinquatur , tunc enim fraudis praesumptio intervenit ;* refiere à Carolo , Anton. de Luc. y à el Cardenal de Luc. en los Discursos que le tenemos citados en nuestro Informe , *numer. 182. y 183.*

43 Y es constante , que son estos los precisos terminos de la controversia presente , conque sin otra presumpcion era inaplicable la Regia Clave para nuestro Pleyto ; pero tenemos expuestas otras onze presunciones , desde el *numer. 88.* hasta el 105. sin que respondan à ellas los Padres mas de que son cerebrinas , y cabilosas , no hazien se cargo de que todas , ò las mas son las mismas , que proponen los Clasicos Autores con que las autorizamos , y que estos se contentan con solo dos para que se tenga por nula , y fraudulenta la disposicion.

44 Con que no acreditandose en contrario , que solo porque suene Causa Pia es privilegiada la disposicion , aunque *aliàs* contenga presunciones de fraude , y la utilidad redunde à beneficio particular , lo qual es improvable , pues el Cardenal de Luc. no solo en el *discurs. 6.* citado en contrario , si tambien en el 16. se funda en que cesse la presumpcion de fraude , y no asienta que siempre cessa , si solo que *regulariter* en las Causas Piadosas , porque no hay

en ellas interés particular; *audiendus dict. disc. 16. numeri 7. Verf. Ac etiam, ibi: Hac autem suspitio regularitèr cessat in Pij's Dispositio- nibus ob cessationem privati interesse.*

45 Con que si se dà interés particular, ò concurre otra presumpcion, cessa el Privilegio de la Causa Piadosa, y queda la prueba de *nota manu*, ò por comparacion en el concepto de *facilissima*, y despreciable, que la dà el mismo Luca, *dict. disc. 6. numer. 6. Verf. Altera Schedula Species.*

46 En punto de la libra de Oro, que dicen los Padres ser despreciable, y creo que no lo sientan así, debe tenerse presente que los Authores que hemos citado van llanos, en que la *Authenticat si contractus* procede tambien de Derecho Canonico, que tiene lugar en los testamentos hechos por los Cardenales *ex indulto speciali* por Eschela privada, igualmente que milita en estos la nulidad de la disposicion contenida en la Eschela quando destituida de primordio de verdad, solo se comprueba por cotejo, y testigos *deponentes de nota manu.*

47 Tambien se debe advertir, que para la subsistencia de la disposicion hecha por Cardenales *per Schelam privatam*, solo se requiere la certidumbre Moral, ò prueba natural, que asientan los Padres ser suficiente para la Causa Piadosa, sin que esta se circunscriba à cierta especie de prueba en sentir de Luca, *dict. disc. 6. en donde poniendo la pariedad de la disposicion inter liberos, y ad Pias Causas, prosigue num. 4. ibi: Cum enim de iure non dubitetur, ut Princeps remittere possit quamcumque iuris positivi solemnitatem, hinc proinde ista sublata, atque remanente solo iure naturali, nil prohibet, quim per unam, vel alteram speciem hæc probatio fieri possit. Potissimè quia impletisque indultis exprimi solet, ut sola Schedula sufficiat, etiam si nullo teste munita sit, y asienta en el Verfic. Quamvis de el mismo numer. que aunque no contenga el indulto esta clausula: *ite in est dando la razon, per hæc verba: Si enim quacumque iuris posuisti solemnitas remissa est, atque res redacta ad terminos probationis naturalis: ergo sufficit, ut ista in una, vel altera specie habeatur: Son palabras, y fundamentos precisos de que se vale para defender la subsistencia de la disposicion ad Pias sin los dos testigos que requiere el Capitulo Relatum.**

48 De que se infiere, que bastando solo la prueba natural, ò certidumbre Moral, en las disposiciones de Cardenales por Eschela privada sin testigos, y no teniendo por suficiente la que se comprueba por deposicion de *nota manu*, ò cotejo, sin que tenga primordio de verdad, segun fundamos en nuestro Informe; sin este primordio no haze prueba natural, ò certidumbre Moral el reconocimiento, ò comparacion de la Eschela, aviendo de proceder lo mismo en la Causa Pia, à menos que tambien se quiera persuadir su validacion, sin certidumbre Moral, ò probanza natural.

49 Esta *non se habet pariformitèr* en todas las Causas Privilegiadas, pues aun en la disposicion entre hijos *per Schelam privatam*, quando incluye desigualdad considerable, se requiere mayor

probanza ; y lo mismo en la Causa Piadosa ; quando contiene alguna presumpcion , que dize el mesmo Luca *dict. , dijursj. 6. numer. 11.*

50 Por esto en el *Capitulo Relatum* , que trata de la prueba de testigos no se prescribe una misma en toda especie de Causa Piadosa , si bien para algunas se requieren tres , bastando dos para otras ; ut ait , ibi Summus Pontifex : *Secundum decretorum statuta tractetis , tribus , aut duobus legitimis testibus requisitis , quoniam scriptum est in ore duorum , vel trium testium stat omne verbum.*

51 Y no se pudiendo dar superfluidad , nec in syllaba en el Divino Oraculo , que dize Luca , *dict. disc. 6. numer. 13.* Verfic. *Quare es preciso confessar , que no siempre bastan dos testigos : Si enim generaliter ( prolixe Luca ) ac indefinite duo sufficerent superflua est tertij adiectio , qua tamen mysteriose facta est , quoniam ob facti circumstantias non semper ordinaria probatio sufficit , vel necessaria est , sed quando que imperfecta sufficit ; quando que vero rigorosa , & plusquamperfecta desideratur.*

52 Y para que se requiera mayor , entra el valor de la libra de Oro ; pues quanto es mas grande la utilidad , es mas facil la sospecha de fraude , y para evitarla se dispuso por la citada *Authentic. Atsi contractus* , no se admitiessa comparacion por cotejo en causa que excediessa de esta cantidad , y aunque la disposicion se deba de regular por el Derecho Canonico , milita esta prohibicion ; *quia nunquam habet locum comparatio literarum , quando causa que disceptatur excedit similem valorem* como dizen Luca , Julio Caponio , Cyriaco , y demàs AA. que citamos en nuestro Informe , los quales , ni alguno de ellos se aparta de esta opinion , ni la limita por favor de la Causa Piadosa.

53 Pues el Julio Caponio citado en contrario , en el *tom. 4. disceptat. 291. dub. 3. numer. 17. 18. y 20.* solo trata de la equidad de la Eschela *inter liberos , & Causam Piam* , si se entiende contener clausula codicilar , si valdra como testamento nuncupativo , refiriendo las opiniones de muchos AA. à cerca de su comprobacion , siendo assi , que siguiendo los mas Clasicos , de los que allí cita , y otros que dexaba citados en el *tom. 3. disceptat. 202. ex numer. 5.* decide : que ni la disposicion entre hijos *per Schelam pribatam* , ni la de el Soldado , ni la de el Cardenal , no obstante que se haya de regular por los Capítulos *Cum esses 10. Relatum 11.* pueden subsistir sin dos testigos que la huviessen visto escribir.

54 Pero , ni en el expressado *dubio 3.* ni en otro algun lugar de los muchos en que le hemos visto se aparta de la limitacion de la referida *Authentic. Atsi , contractus* ; como , ni tampoco el Cardenal de Luca , cuyas palabras citadas à el *numer. 80.* del Papel contrario , ibi : *Verum , ut dictum est remanent hodie huiusmodi quaestiones , ac ponderationes Academicas , vel Scholastica ad ingenia exercenda cum in foro id passim receptum est* , no son applicables à el assumpto , pues recaen sobre la question , si la facultad de testar probiene del derecho natural , y de gentes , ò del positivo , y si en el segundo caso se ha



7  
ha de atender solo à la persona que dispone, sin distinguir de causas à que se dirija la disposicion; cuya qnestion trata latamente el Señor Gonçalez Tellez, in cap. 2. de Consuetudine.

55 En el numer. 80. de nuestro Informe propusimos, que la declaracion de Don Diego Ochoa de Hondategui en punto de la Esche-la, solo podria conceptuarse por de testigo deponente de *nota manus*; y desde el 83. hasta el 87. que D. Ignacio de la Cruz no la tiene reconocida, ni se puede assentar hallarse corroborada con la confesion de la parte; pues sobre que en su declaracion concluye, *no reconocer por de su muger el Papel que se le mostrò*; en el cuerpo de ella solo dize: *Que le parece se parece la letra de el à la que solia hazer la referida su muger*, y fundamos, que semejante declaracion *per verbum videtur* denota impropiedad, è incertidumbre; en cuya comprobacion citamos à Mascard. de Probat. lib. 1. conclus. 459. Agustin Barbof. in Cap. Quoties 5. de Testib. numer. 6. la Ley 2. tit. 7. lib. 4. Recopil. y en ella Aceved. numer. 9.

56 Y aunque se dize en contrario, que la Ley, y la Doctrina de Acevedo es contra Don Ignacio; pues segun ellas al que responde con duda, se le tiene por confesso: depende de que se confunden los terminos, arguyendo de el caso, en que à uno se le toma juramento en materia de hecho proprio, en que no se puede dàr, à lo menos no se presume, ignorancia, como dize el mismo Acevedo en el numer. 4. cum seqq. à el caso en que se pide reconocimiento de letra agena; en el qual, ni el resistirse à practicarle, ni el hazerle con duda, puede influir se le tenga por confesso à quien se le pide.

57 Y no es practicable la compulsion de reconocimiento, pues como dize el Señor Don Joseph de Vela, dissertat. 42. numer. 34. con la Ley Cognoscere 56. de Verbor. Significat. *Recognoscere nil aliud est, quam scripturam propriam per relectionem approbare*; y no se dà reconocimiento de letra agena, sino es que se proceda contra el heredero de el deudor, *ut ait plurib. relat.* Don Joseph Manue. Dominguez, en la Ilustracion à el Aut. de la Curia Philipica 2. part. Juycio Ejecutivo, §. 6. numer. 6.

58 Y aun de esta opinion se apartan muchos Autores por la razon, que dà el Consulto in Leg. *Marcelus* 11. §. 2. ff. *Rerum Amot.* ibi: *Cum iniquum sit de alieno facto alium iurare*: Parlador. lib. 2. *Rer. quotid.* Cap. Fin. 1. part. §. 5. numer. 9. y aunque este Author dice en el numer. 6. citado por los Padres, que *nihil interest an quis dicat se credere suam esse subscriptionem, an dicat scire esse suam*; es impertinente esta doctrina para la declaracion de Don Ignacio; pues procede solo en el reconocimiento de letra propria, y dicho Don Ignacio declaró de letra agena, sin decir que creyesse ser de su muger, si solo con dos dudas, y notas de impropiedad, *que le parecia, que se parecia*: siendo igualmente fuera de el assumpto lo que se dize en contrario en el numer. 119. en razon de que los referidos Don Ignacio, y Don Diego declararon en cosa tocante à pericia, è arte, y que por lo mismo hazen prueba con-

eluyente; pues no sabemos por donde se les puede aplicar el título de Peritos, ni que huviesfen depuesto, como tales, sino es que los Padres quieran hazer Peritos en el Arte de Letras à todos los que ven, y oyen; pues assi arguyen en su segundo Informe *numer. 110.*

55 Tambien se confunde la confesion con el reconocimientò; siendo assi que se diferencian *tanquam genus, & species*, que dice el mismo Señor Don Joseph de Vela, *ubi proxime numer. 35. y 36.* donde junta otros muchos.

56 Se ha ponderado en contrario, en su segundo Papel, *num. 87.* para sinceridad de la Eschela, el caractèr, y circunstançias del Padre Clemente Recio, que dizen la hallò, y presentò; en punto de que la hallasse, no ay mas justificacion, que el decirlo dicho Padre; en razon de que la presentasse es incierto, pues quien la presentò fue el Colegio.

57 Y sin disputarle à el Padre Recio sus prerrogativas, ni oponernos à ellas, tenemos fundado en nuestro Informe, *numer. 67.* con doctrinas terminantes del Señor Menchaca, del Cardenal de Luca, y de Noguero, no ser estimable su deposicion, aunque jurada, assi por testigo singular, como por el interès de su Comunidad.

58 Sin que sea del assumpto la doctrina de Luca, citada en contrario *discurs. 2. numer. 10. Versic. E converso*; pues en aquel caso el Parrocho, que asistiò à la disposicion de Cathalina de Fabis; y aun la escribiò, cumpliò con la obligacion de su empleo; y no reportò interès inmediato, ni secundario en la expresada disposicion; esta se entregò à Notario fidedigno, contenia Legados Piadosos; y otros verosimiles, que influian à su sinceridad; y sin embargo por la primera sentencia; en cuyo estado quedò el litigio, se estimò el abintestato, por defecto de prueba de la identidad de la Eschela.

59 Tampoco son seguras, ni ciertas las doctrinas, que se citan de Farinacio, Otero, y Acevedo, para probar, que en Causas concernientes à su Comunidad puede ser testigo qualquier Individuo de ella, como en interès de qualquiera Universidad, son Idoneos los Vecinos en causa que no les toca, *ut singulos, sed ut universos*, lo que se assienta ser comun, y notorio, y Yo tengo por tal lo contrario, con los mismos AA. pues aunque Farinacio en la *quest. 60. de opposit contra person. test. numer. 471.* pone por via de ampliacion la regla propuesta por los Padres, la limita en los *numer. 473. 475. 481. y 484. ut solum procedat*, en subsidio, quando se trata de probar, lo que solo pueden saber los individuos de la Comunidad, de modo que *nec actu, nec habitu* puedan deponer otros terceros; y quando à los Individuos, ni se les sigue, ni se les puede seguir interès; de modo, que una Tunica, una Capa, que se les mande por la disposicion à favor de quien deponen, les quita el concepto de Idoneos.

60 Y tambien se limita quando se trata del propio facto, *de laude aut vituperio* del que depone, no mereciendo aprecio, porque sería testigo en causa propria, y aun para esto tiene por suficiente Acevedo, en el lugar citado por los Padres, el que se siga el Pleyto à

voz de Comunidad, y con Poder de sus Individuos, como sucede en el presente litigio, que se sigue por el Rector, y Colegio, en que son litigantes todos, y cada uno de sus Individuos, y por lo mismo aunque no versasse interes particular no serian testigos Idoneos, de esta misma opinion es Otero en el *cap. 32.* citado por los Padres à el *numit. 8.* en que sin distincion de el interes *ut singulos, vel ut universos* tiene por despreciables las deposiciones de los Individuos de la Comunidad, quando esta litiga, *ut supra* ol *araq; sib*

61 Y no podemos dexar de estrañar, que los Padres tengan por tan Idoneo à un testigo Individuo de su Colegio, que depone de causa propria, en punto de aver hallado la Eschela, cuya disposicion se dirige, no solo à la utilidad de su Comunidad, si tambien à la de algunos Particulares de ella, tocandole el interes comun, y pudiendole tocar el particular; y que en el *numer. 150.* de su Papel expressen no ser Testigo Idoneo para deponer à favor de Don Ignacio, el Doctor Baldivieso, solo porque es su Medico; ni Don Juan de Frias, y Doña Ursula Muñòz, su muger, porque el referido Don Ignacio fue Padrino de tres hijos de estos, y que asienten que bastan menos defectos para que no merezcan fee los testigos, citando para esto à Noguero, *alegat. 26. numer. 117.* cuyas palabras, no solo no prueban la proposicion, si bien todo lo contrario, *audientus Noguero. dict. numer. 117. ibi: Et hi Religiosi de Scheda deponentes, integra fidei, & probata oppinionis ad hoc non sunt, ad quod sufficit quod contra eos aliquid opponatur.*

62 En punto de que el Medico sea sospechoso; no se hallará doctrina, ni pensò en semejante excepcion el Farinacio en su difuso tratado de *Opposit. contr. person. test.* antes bien es testigo qualificado, ex traditis ab Escaño de *Testament. cap. 21. numer. 102.* donde refiere otros.

63 Tampoco lo es la Compaternidad, ò parentesco Espiritual, que se contrahe por ser Padrino en el Baptismo, no solo deponiendo, como deponen los Padres del Baptizado, pero aunque depusiesse este à favor de su Padrino, Farinac. *dict. Tract. de Oppos. contra pers. testium, quæst. 54. numer. 198.* y tratando de la recusacion del Juez, es lugar lleno el de Fontanel. en el *tom. 1.* de sus Decisions en la *decif. 15. ex numer. 22.* donde trata tambien, si se podrá recusar al Juez en la causa de su Confessor, remitiendose à la doctrina de Juan Baptista Toro, en el Compendio de las Decisions de Napoles, *Verbo: Suspicio*, la que tambien cita à nuestro assumpto Don Geronymo Basílico en el *tom. 1.* de las Decisions de Sicilia, *decif. 11. numer. 3.*

64 Y aunque tambien se ha opuesto, que los expressados Don Juan de Frias, y Doña Ursula Muñòz, son interessados porque à un hijo se le dexa un legado en el Testamento, otorgado por Don Ignacio, en virtud de el Poder de Mancomun, no hallamos, que esta sea excepcion; pues no depusieron à cerca de el Testamento, ni son ellos los Legatarios; en cuyos terminos disputan la question los DD.



8  
cira muchos Escañõ de *Testament. cap. 24. ex numer. 2.* pero estamos muy distantes para que se pueda aplicar à el caso esta disputa.

65 Ya diximos, que los Padres solo responden à las preßumpciones deducidas contra la Eschela, que son cerebrinas; pero por quanto assientan en el *numer. 128.* que las propusimos sin distinguir de grados, y las dibiden en urgentes, violentas, leves, y temerarias; assentando, que estas solo sirven para hazer humo, y confundir; para lo qual se cita el *consej. 100. numer. 84.* de el Señor Valençuel. Velazq. totalmente extraño de la materia; pues solo dize, que las Escrituras privadas no hazen fee, aunque se saquen de Archivo, y que los Instrumentos, que no se hallan en forma probante, aunque sean antiquissimos *faciunt fumum* mayormente si traen origen de personas sospechosas: yo creo, que es confundir, y hazer humo el traer esta doctrina para la distincion de grados de preßumpciones.

66 La misma desproporcion tienen las doctrinas de Mantica *lib. 1. tit. 2.* y del Señor Castillo *lib. 4. cap. 18. numer. 8.* donde solo tratan de las congeturas para interpretar la voluntad dudosa de el Testador, y de hazer consecuencia de lo que expreso en un caso, à lo que querria en otro, deduciendo de la expresa voluntad, congeturas, ò preßumpciones para la tacita.

67 La de Alvarado de *Coniecturat. Ment. Defunet. lib. 1. cap. 4. numer. 14.* que tambien se cita, para probar, que quando se duda si el Testador dispuso alguna cosa, *nil opperantur* las preßumpciones *hominis vel facti*, es igualmente inconducente; pues solo procede, quando se trata de probar, que el Testador quiso lo contrario de lo que se contiene, y expresa en su disposicion; para lo qual es cierto, que no bastan las preßumpciones *hominis*, sin embargo de que sean suficientes, quando recae la duda sobre la incertidumbre de el Legatario, ò de la cosa legada, *idem Alvarad. dist. lib. 1. cap. 3. ex numer. 7.* debiendose tambien tener presente, que este mismo Author en el expreso *cap. 4.* despues de distinguir entre las preßumpciones *juris*, las preßumpciones *juris, & de jure*, y las preßumpciones *hominis, vel facti* assienta en el *numer. 13. versic. supradicta*, que en las disposiciones, y factos ocultos (y de esta especie es la que se controvierte) bastan dos preßumpciones *hominis*, y constituyen plena probanza.

#68 A cerca de los grados de preßumpciones, aun quando se trata contra Instrumentos Publicos, es lugar lleno el de el Señor Crespi, *observat. 23. quast. 1.* y por depender su estimacion de el arbitrio judicial, ni me detengo, ni toca à los Padres el darlas el grado de urgentes, violentas, leves, ò cerebrinas à las que propusimos en nuestro Informe; pues su graduacion dependerà de la Impresion que hiciessen en el animo de los Señores Juezes.

69 Y aunque en el *num. 163.* assientan, que si se diera lugar à semejantes preßumpciones, serian nulas todas las disposiciones per *Schellam: cum impossibile videatur adeo certam, & concludentem probationem*

*tionem facere, ut impossibilitatem falsitatis, vel suppositionis exclu-*  
*dat*, citando para ello à el Carden. de Luc. de Testament. disc. 2.  
*numer. 4.* es inconducente para este litigio; pues en el discurso de  
 Luca se trataba de una disposicion nuncupativa *nuncupatione impli-*  
*cita* por relacion à la Eschela Testamentaria, que se avia entregado  
 ante Testigos à el Escrivano; y lo que impugna este Author, es la  
 opinion de Ciryaco, y otros, que por sola la posibilidad de que el  
 Escrivano la huviesse mudado, poniendo otra en su lugar, defienden  
 la nulidad de la disposicion por defecto de prueba de identidad; va-  
 liendose de los casos sobre que escriviò Parysio, y el Señor Burges  
 de Páz, citados en nuestro Informe *numer. 64.* y en este sentido di-  
 ce Luca, que no se ha de proceder con tanta escrupulosidad, y ri-  
 gurosa censura; pero faltando el primordio de verdad, no solo no  
 excluye, si bien tiene por suficientes las congeturas *hominis* mas  
 leves (que las que propulimos) para anular la disposicion.

70 *Etiam* en el supuesto, que constasse de la verdad de *facto* de  
 la litigiosa, fundamos desde el *numer. 108.* debia declararse por nu-  
 la por defecto de voluntad, asentando que esta debe ser absoluta-  
 mente libre, independiente de blandicias, y sugestiones; pues estas  
 hazen involuntaria la disposicion, mayormente quando quien dispo-  
 ne es muger pusilanime, el Sugestor sagaz, à quien se debe reveren-  
 cia: De modo, que con facilidad pueda atraer à su voluntad. Y  
 propusimos, que entre las personas à quien se debe reverencia lo es  
 el Confessor, para todo lo qual se citaron doctrinas puntuales, à  
 que solo respondieron los Padres, *transcat.*

71 Y concretandolas à el litigio, desde el *numer. 115.* hasta  
 el 124. se aplicaron las circunstancias del Hecho, el genio escrupu-  
 loso de Doña Agustina, y lo que resulta de los Capítulos de Cartas  
 compulsados, que convencen el manejo que el Padre Loyola con  
 titulo de Confessor tuvo con la referida, no solo en punto de direc-  
 cion espiritual, si tambien en razon de bienes temporales, tra-  
 tando de circunscribir las limosnas que hazia, mandandola ven-  
 der las alhajas, que tenia en prendas por algunos emprestitos,  
 aviendola persuadido solicitase à Don Diego Hondategui, para  
 que hiziesse alguna Fundacion en su Colegio, y estado con ella à so-  
 las por espacio de una hora, en el tiempo, que suena hecha  
 la litigiosa.

72 Y por quanto los Padres solo responden en punto de coar-  
 tacion de limosnas ser alegacion indigesta, y exagerada pueden bol-  
 ver à leer el Capitulo de la Carta de 3. de Noviembre, en que se  
 la dize à Doña Agustina, *que la limosna era mucha, especialmen-*  
*te en las circunstancias, que bastaba la mitad;* y porque no se  
 podia recuperar lo que se avia dado, concluye, *por lo pasado bien*  
*hecho está.* Yo ereo que sin ser exagerada alegacion; esto es, dàr  
 norma para limitar lo venidero; pero resulta de las declaraciones de  
 dicho Don Joseph Carmona, y Ursula Doña Muñoz, que tambien se  
 puso precepto à Doña Agustina para que no socorriesse à su her-  
 mana Religiosa, dando por causal, que tenia bastantes convenien-  
 cias

}  
 }  
 }  
 #

#

#

cias para Monja, como si los Padres no las tuvieran para Religiosos.

73 En punto de la solicitud para que fundasse Don Diego, dicen los Padres, que fue en chanza, segun la deposicion de Doña Ursula Muñoz; siendo así, que de ella no se puede inducir solicitud, que no sea de veras, la que no se excluye, porque Doña Agustina respondiessé, no era bueno su Cuñado para irle con semejantes chanzas; y es extraño en la seriedad de los Padres, que respondan con semejante puerilidad, que intenten bautizar con titulo de chanza la solicitud de bienes temporales, que asienten no está prohibido el persuadir à un hombre rico emplee su caudal en Fundaciones, y que de estas persuasiones están llenas las Vidas de los Santos, olvidandose de sus propias Constituciones, que les citamos en nuestro Informe, *numer. 130.* queriendo hazer generica la solicitud de Fundaciones, que se dirigian especificamente à su Colegio segun lo depone Don Joseph Carmona, siendo cierto, que las Vidas de los Santos, especialmente Religiosos, no solo no aprueban solicitudes à favor de sus Comunidades, pero aun en lo que espontaneamente se dispone à favor de estas, persuaden el mayor agrado de Dios en el socorro de los parientes pobres, como propusimos y probamos en nuestro Informe desde el *numer. 166.*

74 Tambien responden, que Don Joseph Carmona, y Doña Ursula Muñoz lo deponen de oídas à la Testadora, y que à esta no se la puede examinar, olvidandose de que Doña Bernarda Narbaez, y Manuela del Campo, cuyas declaraciones pusimos en nuestro Informe, *numeros 35 y 36.* y exponen los Padres en el suyo, desde el *numer. 178.* depusieron de oídas à Doña Agustina; y que à esta tampoco se la podia examinar para aquella especie, en que dicen los Padres, hazer prueba los Testigos de oídas; con que les conviene mas bien el *memoria labilis*, que aplican desproporcionadamente al *numer. 197.*

75 Desde el expreffado *numer. 124.* hasta el *132.* acreditamos con doctrinas de AA. Theologos, Moralistas, y Canonistas, con Autoridades de Santos Padres, y con Estatutos de la siempre grande Religion de la Compania, ser repugnante, que los Religiosos, especialmente Confessores, se mezclen en las ultimas voluntades, indecoroso el persuadir, ò aconsejar se les dexé algun interes, que se deben portar, de modo, que conozcan todos, que su unico fin es el bien de las Almas, y que no buscan conveniencias temporales; pues semejante intervencion en los Testamentos es contra su Profesion, y Estatutos, que lo prohiben.

76 Y sobre resultar con notoriedad aver practicado lo contrario el Padre Loyola, propusimos hasta el *numer. 145.* otras seis presunciones de sugestion para comprobar el defecto de libre voluntad, y sobra de fraude, ò astucia en la disposicion. Y no siendo nuestro animo pararnos en cada una de ellas, especialmente quando no las satisfacen los Padres, solo les responderemos en razon de algunas doctrinas, aunque pocas, que han pretendido notar de mal entendidas, ò de inciertas.



77 Diximos en el expreffado *num. 132.* que el averfe manteni-  
do à folas el Padre Loyola , por espacio de una hora con Doña  
Agustina , à el tiempo que suena hecha la Disposicion , era sufi-  
ciente para arguir el fraude , y citamos las palabras de la *Ley Pen-  
ult. Cod. de Interd. matrim. int. Pap. & Tut.* ibi : *Fraudem te-  
gere laboravit.* Las de el *Cap. Vnic. Vt Eccles. Benef. sine dim.  
confer.* ibi : *Porro cum donatio fuisset occulta , & ideo suspitione non  
careat.* La *decis. 6.* à el Tratado de *Testam.* de el Cardenal de Luc.  
*num. 13.* vertic. *Ex hac* , ibi : *Domitila dicta vit Patri Federico con-  
sanguineo dispositionem testamentariam , non in secreto , neque clam ,  
ut regulariter fieri solet ubi machinationes interueniunt , sed palam ,  
& ostio aperto , ita ut cuncta publice audirentur , immò cuique pa-  
teret liber ingresus ad testatricem :* Citamos à Escaño , *cap. 21. nu-  
mer. 40.* que recoge otros para probar el fraude , quando intervie-  
ne sollicitud , ò persuasion *secretò , & occultò.*

78 Omitiendo todas estas Doctrinas , excepto la *Ley Penult.  
Cod. de Interditi. Matrim.* dizen los Padres en su segundo Infor-  
me , *num. 241.* *Que este Texto , y lo demás , que se cita en dicho  
num. 132. no lize tal cosa.* Dan la razon limitada à el expreffado  
Texto , porque alli se trata de un Tutor , que casando con la Pu-  
pila , sin impetrar venia , se presume aver sollicitado esta conjun-  
cion , con animo de cubrir el fraude de la Administracion. De es-  
ta respuesta , se convence ignorar los Padres , que los Textos prue-  
ban por lo que deciden ; y prueban tambien por la razon de deci-  
dir. Refiere muchos Don Francisco Bermudez de Pedraza en su Tra-  
tado *Arte Legal , cap. 14. rudimento 13.* Con que arguyendoles con  
la razon de dezidir de la expreffada Ley , es fuera de proposito res-  
ponder con la Decision. Fuera , de que si los Padres no han visto las  
Doctrinas de el Cardenal de Luca , Escaño , y demás AA. que pro-  
pusimos en el expreffado *num. 132.* las quales , por lo que deciden ,  
y por la razon de decidir , praeaban ser fraudulenta la disposicion ,  
que se haze con clandestinidad , y ocultacion , ò no tienen que res-  
ponder à ellas , si las huviesfen visto , pudieran omitir el notar la  
incertidumbre , que no tienen.

79 En el *num. 134.* propusimos , que aviendo sido Doña Agus-  
tina persona tan Christiana , y timorata , como resulta de Autos ,  
y assienta el Padre Clemente Recio en su Declaracion , es increhi-  
ble , con esta circunstancia , la fraudalenta revocacion de el Poder  
otorgado de Mancomun ; y que privando à el Marido de la espe-  
ranza de succeder , en caso de premorir ella , se assegurasse para si  
en caso de premorir el , la succession de todos sus bienes , para lo  
qual citamos à *Pechio de Testamentis conjugum , lib. 1. cap. 12.* y la  
*Ley Vlt. §. Vlt. de Legat. 2.*

80 Dizen los Padres en el *num. 245.* que la Doctrina de Pechio ,  
y la Ley ; uno , y otro es incierto , y contrario à lo que se aplica.  
Respondemos , que nuestra proposicion contiene dos partes : La pri-  
mera , que el rebocar el Testamento clandestinamente , con oculta-  
cion del Marido , es engañarle , defraudandole de la futura succession

en los bienes de la Muger, si premuriessse esta; para lo qual es terminante la Doctrina de Pechio, en el expressado *capitulo* 12. donde trata de la secreta mutacion del Testamento hecho por uno de los Conyuges; y poniendo el caso, de que el marido le huviesse revocado con ocultacion de la muger; y haziendose cargo de la razon de decidir de el Consulto, *in dist. Leg. Vlt. §. Vlt. ff. de Legat. 2.* prosigue en el *num. 3. his verbis.*

81 *Rationem autem in dicta Lege Vltima, Scavolam movisse hanc puto, quod maritus uxorem suam spe concepta hereditatis clam fraudaverit; & inferius: dolosus maritus subrogavit.* De modo, que en sentir de Pechio es fraude, dolo, alevofia la oculta revocacion de el Testamento, en perjuycio de el Conyuge, à ei que lo executa, le demuestra con el nombre de fraudulento, y doloso; cuyas qualidades son bien contrarias à la virtud no vulgar de Doña Agustina, haziendose evidente, que esta no huviera incurrido en semejante nota, à no averse governado totalmente por ageno arbitrio.

82 La segunda parte es, que privasse à el marido de la esperanza de succeder, en caso de premorir ella, y que se asegurasse para si la succession, en caso de premorir el; y aunque los Padres responden con la Doctrina de Parladorio, *quasi. 7. Quotid. Reifensf. lib. 3. Decretal. tit. 26. de Testam. num. 382.* que por el mismo hecho de revocar uno de los Conyuges su disposicion, queda tambien revocada la de su Consorte, aunque se halle ignorante de la revocacion; y que por lo mismo, en ningun caso aseguraria para si Doña Agustina la succession en los bienes de su Marido, si este huviesse premuerto, debe advertirse, que en los terminos de el presente litigio, no pueden proceder las expressadas Doctrinas, por aver revocado Doña Agustina su Testamento; no solo de modo, que lo ignorasse el Marido, si tambien de forma, que no lo pudiesse haber persona alguna, sigilando la Eschela litigiosa, con el aparente titulo de Confesion, imposibilitando à los herederos de Don Ignacio, caso que este huviesse premuerto, deducir en Juycio su Derecho, para lo qual no basta la certidumbre de la Ley, ò que *per rerum naturam*, fuesse cierta la revocacion hecha por su Muger, si bien se requiere *positiva scientia apud homines*, y que se haga constar à el Juez la expressada revocacion: *Ex Leg. 3. ff. Si pars hereditatis petat. Leg. Si pater 36. ff. de Solut. Leg. Sed etsi 28. §. Fin. ff. de Iudit. D. Henao Otta Salmant. lib. 1. otio 1. num. 37. & 38.*

83 En cuyos terminos importaria poco el que *ex potestate legis* se destituyesse el Testamento de el Marido, no pudiendo aparecer la destitucion, y entra la regla *eandem esse potestatem non certium, & non apparentium*, que prescribe el §. *Si adversus 12. instit. de Nuptijs*, el mismo Señor Henao *dist. otio 1. num. 6.* Con que no pudiendo dudarse, que si Doña Agustina no huviesse revocado, heredarja los bienes de su Marido, premuriendo este, es igualmente cierto, que se aseguró el derecho de heredar, haziendo la revocacion, de modo que no pudiesse aparecer,

84 Sin que sea de aprecio la ponderacion, que se haze de su virtud, y que movida de la conciencia, se abstendria de los bienes de el marido; pues sobre no ser de la esfera de las controversias forenses el punto de conciencia, assi como esta no la impidió para defraudar à el marido viviendo, tampoco le obstaría para perjudicar à sus herederos, ni acaso la faltaria direccion, y consejo para fundar con los bienes de estos otra Obra Pia, igual à la que se disputay mayormente, quando en sentir de los Padres, *num. 212.* de su Papel segundo, no està obligado à acertar el Director, y tenia menos dificultad el acierto, en razon de aconsejarla, que en caso de revocar su disposicion, lo hiziesse con buena fee, noticiandosele à el Marido, para que este usasse de su derecho, y libertad de Testar, que el tener presente la tacita destitucion de el Testamento de el Conyuge *ex co* solo, que revocasse el suyo su Conforte.

85 Y es cosa bien estraña, que el Colegio proceda con tanta variedad, que unas vezes assiente, solo respondió consultado en punto de la Memoria el Padre Loyola, dudando otras, que se le consultasse; y añadiendo, que el cautelarla, cerrandola con la Confesion General, no fue obra de los Jesuitas, *ut patet* de su segundo Papel, *num. 212. 220. y 256.* en que se demuestra no aver tenido presente el *basta cerrar el Papel con la Confesion General*, direccion que dió el Padre Loyola en la Carta escrita à Doña Agustina, con fecha de 6. de Octubre de 736.

86 Esta direccion tiene mas de persuasiva, y sujection, que de consejo; pues yo no encuentro en todos los Autos indicio, ni los Padres han presentado Papel alguno, ò Carta de Doña Agustina, para acreditar, que esta consultasse à el Padre Loyola, sobre el contenido de la Memoria, si bien officiosamente dicho Padre la dize en una Carta, que firme el Papel, lo qual prueba el trato anterior sobre su contenido, y la indeterminacion de Doña Agustina en firmarle despues de escrito; y por otra, la prepara el modo de cautelarle: Pero aun demos caso, que solo fuesse consejo; dexaria de ser fraudalento en perjuizio de el marido, y de los parientes pobres, que tenian adquirido derecho en virtud de el Testamento de Mancomun? Por donde se evitaria el ser opuesto à las Constituciones de los Padres, citadas en nuestro Informe, *num. 130.* por las quales se previene, que no puedan persuadir, ò aconsejar à estraño alguno, que à ellos se les dexen limosnas, y no à otros pobres.

87 Y si aun en caso menos escrupuloso, como lo es el de un Tutor, que *ad proprium commodum* aconseja à el Testador, que le dexé à él lo que queria dexar à el Pupilo, le pribava el derecho de la herencia, en sentir de muchos AA. que junta Gutierrez de Tutel. 2. part. cap. 14. Baeza de Decima Tutor. cap. 2. *ex num. 129.* Qué diremos en el caso presente de uno, que con titulo de Confessor, y como tal, Tutor de la conciencia de Doña Agustina, la aconsejó, que con fraude de su marido, y parientes pobres, à quienes no lo queria instituir, si bien avia ya instituido, mudasse la Disposicion *a d*



*Proprium commodum*, en utilidad de su Colegio, y de otros individuos particulares de él.

88 Desde el *num.* 158. fundamos no ser Causa Pia lo mas de lo que contiene la Memoria, como son los 600. reales de el Padre Loyola, el Chocolate de los Padres Provincial, Rector, y los que huviesfen de hazer las Platicas, probando con Agustin Barbosa, Tiraquelo, Ciryaco, Mostazo, Mantica, Bobadilla, y el Card. de Luca, que lo que se dexa con pretexto de familiaridad, ò lo que se manda al que no es pobre, aunque sea Religioso, y aunque se expresse ser por amor de Dios, y en bien de el Alma de el Testador no es Causa Pia: Y aunque se confiesfan estas Doctrinas en el primero Papel de los Padres, *num.* 24. con las de Santarèl, Tusco, y Bosio; à el mismo tiempo se assienta probar con un sylogismo *in Darij*, ser piadoso todo el contenido de la Memoria.

89 Proponese el sylogismo en el *num.* 27. *in hunc modum.* Disposicion *ad Pias*, es quando todos, ò la mayor parte de los bienes se dexan para Obras Pias, *in honorem, & gloriam Dei*, ò por titulo universal de herencia, ò por particular *ex causa legatorum; at qui* por la Memoria Testamentaria de Doña Agustina, todos, ò la mayor parte de sus bienes se dexan para Obras Pias *in honorem, & gloriam Dei*: Luego esta Memoria Testamentaria es Pia.

90 Otro de la misma especie se propone en el *n.* 84. y sobre que la materia de este Pleyto no es para que los Padres formen tantos sylogismos en *Darij*, se debe tener presente, que en esta figura los ay *evidentèr* verdaderos, probables, y erroneos; dividelos el Logico en demostrativo, thopico, y sophístico; el demostrativo llamado así *quia generat scientiam*, y procede de premissas evidentemente verdaderas: pone el exemplo *omne totum est majus sua parte; mundus est totum: Ergo est major sua parte.* El Thopico es, *qui generat opinionem*; porque procede *ex probabilibus tantum*: V. gr. *Omnis habitus est simplex qualitas; logica est habitus: Ergo est simplex qualitas.* El Sophístico es, *qui generat errorem*, porque procede *ex apparenter, veris*: V. gr. *Omnis canis est latrabilis; sydus est canis: Ergo sydus est latrabilis.* Si à los que han formado los Padres, aplicamos la segunda especie, les hazemos bastante favor, pues tocan mas en la tercera; respecto, de que en la mayor de el que queda supuesto, no se distingue entre el caso, que la Causa Pia se halle instituida, ò substituida, ni entre las especies de substitucion, en que ay gran diferencia.

91 Y aunque se assienta en el *num.* 29. que *nil interest*, el que la causa piadosa se halle instituida, ò substituida; y que llamada en segundo, ò tercero lugar, se tiene por substitucion directa, para lo qual se cita por texto claro el Capitulo *Si pater de Testament. in 6.* Este Capitulo no contiene especialidad alguna à favor de Causa Pia; pues aunque la substitucion se huviesse hecho en el à favor de qualquiera extraño, el substituto pupilar excluïria à la madre, *ex Leg. 2. Leg. Sed etsi plures 10. §. Ad substitutos 5. ff. de Vulgar. &*

*Pupilar. Anton. Gom. 1. Var. cap. 4. num. 7. verfic. Sed his non obstantibus.* Donde se haze cargo de el expressado Capitulo.

92 En la menor se haze supuesto de la dificultad, asentando ser piadoso el Legado de el Padre Loyola, Provincial, Rector, y Missi<sup>o</sup>ros; afirmando à el mismo tiempo, no serlo, lo que se dexa à el que no es pobre, ò con pretexto de familiaridad, y sin tener presente, que aunque suena la Manda de 1377. ducados, à favor de el Colegio, el producto de ellos, ò de la mayor parte, cede en beneficio de particulares individuos, y no de todos, cuya distincion propone Farinacio *de Opposit. contr. pers. Test. quasi. 60. ex num. 499.* tratando de la utilidad en comun, y en particular, y esta distincion, haze inaplicable la aauthoridad de el Santo Concilio Tridentino, *sess. 25. cap. 3. de Regularib.* con la que confunden los Padres en su segundo Papel, desde el num. 36. la capacidad de adquirir las Religiones en comun: *Vt necessaria tribuantur individuis,* con la prohibicion de los Religiosos en particular, además de no ser necesario el Chocolate, ni ceder en beneficio de todos los individuos del Colegio.

93 Y aunque jamás hemos dudado ser cosa piadosa, y Santa la Predicacion de Misiones, propuimos en el num. 163. que sobre no comprehender à el Padre Loyola, à el Rector, ni à el Provincial, no contenian gravamen apreciable, por ser proprio de el Instituto de los Padres; para lo qual se citò el cap. 2. §. 13. de la sexta parte de sus Constituciones, referido por el Padre Thomàs Sanchez *in præcepta Decalogi, tom. 2. lib. 6. cap. 18. num. 4.* donde se previene, que *si mitantur ad laborandum in vineam Domini, nullum viaticum petere possint, sed se liberaliter representent.*

94 Dizen los Padres en el num. 20. que arguir con esta Constitucion, es aplicar la conservacion à el Texto, y no el Texto à la conversacion; lo cierto es, que ellos, sino con mas acierto, à lo menos con mas utilidad aplican la conversacion à el Texto, *ut patet,* de la que tuvo el Padre Loyola por espacio de una hora con Doña Agustina, aplicandola à el Texto de la Escuela, por la que piden 2877. ducados; y sobre que teniamos entendido, que Predicar Misiones en Segovia, era trabajar en la Viña del Señor; y que por esto *absque distinctione,* no se podia pedir remuneracion, en cuyo sentido aplicamos la Doctrina de el Padre Thomàs Sanchez, y Capitulo de Constitucion, acreditamos este pensamiento, con la Doctrina de el Padre Antonio Rossi, que sin limitarlo à los Jesuitas, que se embian por su Santidad *ad Turcas, vel Infideles,* decide absolutamente, que ni por Confessar, ni por Predicar, ni por razon de Missas, pueden recibir cosa alguna, por prohibirlo sus Constituciones: asi lo asienta en la Disceptacion que escrivio contra Julio Caponio, citada en nuestro Informe, num. 144. con que no sabemos à que se ha de aplicar lo Pío de la Memoria litigiosa.

95 En punto de gananciales se haze preciso tocar una Question, y antes de proponerla supongo, que el Colegio solo pretendio en su Demanda, que Don Ignacio afianzasse por razon de ellos, recon-

ciendo; que él, y sus hijos, si los tuviese, eran los principales Legatarios; y que en su defecto lo era el expresado Colegio. Así lo confiesa este en su primer Papel, *num. 2. y 26.* y en el segundo, *num. 142. y 144.* expresando, que los 130. ducados, mandados à el Colegio tenían cavimiento en el Capital de bienes Dotales, y hereditarios de Doña Agustina, extra de los gananciales, que de estos dispuso à favor de su marido, y sus hijos, si los tuviese; y en su defecto, *remotè, & mediatè*, los distribuyó en Obras Pias.

70 96 Nunc, la Question acerca de la subsistencia de este Legado, y de la Especie de substitucion, ò llamamiento que tiene à su favor el Colegio. Notoria es la diferencia entre la Disposicion *ad Pias Causas*, hecha por via de institucion, à la que se haze por via de Legado, en la primera especie, por ser la institucion la que rige, y gobierna, como principal, se vísten de su naturaleza, como accesorios los Legados, y subsisten aunque sean prophanos, instituida la Causa Piedadosa en Testamento menos solemne: Lo contrario sucede en la segunda especie; pues disponiendose por el Testador, no en fuerza de institucion, si de Legados particulares, cada uno de ellos subsiste por sí, ò se vicia por defecto de solemnidad, sin que la subsistencia del Legado Pio, haga consecuencia para que la tenga, ò dexé de tenerla el prophano. *Cardinalis de Luc. de Testament. discurs. 17. num. 5.* D. Covarrub. in *Cap. Relatum 11. de Testam. num. 2. & 3.* Pat. Molin. de *Iustit. & Iur. tom. 1. tract. 2. disp. 134. numer. 1. y 2.* Cancer. 1. part. *Variar. cap. 4. numer. 102.* Pat. Thom. Sanchez, *lib. 4. Consil. Moral, cap. 1. dub. 7. numer. 2.* Leg. 7. tit. 1. part. 6. refiere muchos Agustín Barbof. *lib. 3. de Vniuers. Iur. Eccles. cap. 27. numer. 96.* D. Orteg. in *dict. cap. relatum 11. de Testament. num. 2. y 3.*

97 Con que aunque confessásemos valida en lo restante la Disposicion litigiosa, es preciso se reconozca su nulidad, en quanto à el Legado de gananciales, que se dexa à el marido, y sus hijos, respecto de no hallarse instituida la Causa, que se dize Pia, y averse dispuesto en la Eschela de todos los bienes de Doña Agustina por via de Legados particulares.

98 *Hoc supposito* la substitucion con que se halla llamado el Colegio, es puramente fideicomissaria, respecto de que Don Ignacio tiene el primer llamamiento en propiedad, *ut patet* de la primera Clausula de la Memoria, ibi: Y así dispongo de trece mil ducados, dexando todo lo demás, que pueda pertenecerme por bienes gananciales à mi marido, y Señor Don Ignacio de la Cruz. Atendiendo asimismo, à que à dicho Don Ignacio se le gravò con carga de restitucion à favor de sus hijos de segundo Matrimonio, si los tuviese; y en su defecto, en ultimo lugar, à favor del Colegio, *ut patet* de la penultima Clausula, ibi:

99 *Tambien es mi voluntad, que si nuestro Señor me llevaré en tiempo, que mi señor, y marido Don Ignacio de la Cruz vuelva à tomar estado, y Dios le diere hijos, sean para estos los bienes gananciales, que le dexo; pero sino tuviere hijos, dichos bienes ganancia-*



ciales se entreguen despues de su muerte à el Colegio. Cuyos terminos son los precisos de substitution fideicomissaria, y convencen, que el Legado de dichos gananciales, dexado à el marido, no fue en usufructo, como asienta el Colegio en su Papel primero, n. 26. si de propiedad con gravamen de fideicomisso, ò restitution, para que son Textos puntuales, ( aun en caso menos claro que el que se controvierte ) la *Ley Fin. ff. de Vsufr. era. rer. quo usu consum. Leg. Filios heredes 39. ff. de Vsufr. Legat. Leg. species 15. ff. de Aur. & Arg. Legat. D. Castell. tom. 1. de Vusufruct. cap. 30. ex num. 20. Tondut. Resolut. Civil. cap. 87. ex numer. 1. qui alios congerit.*

100 Y siendo preciso para la subsistencia de dicha substitution, el que se radique el derecho de suceder, y aun el que suceda con efecto el primer llamado gravado *onere restitutionis*; pues caducando este grado, se vician, y caducan los ulteriores, *ex Leg. Apud Iulianum 11. S. Idem Iulianus 1. Leg. Ille aquo 13. S. Quid ergo 3. ff. Ad S.C. Trebell. Leg. Eam quam 14. Cod. de Fideicom. Peregrin. de Fideicom. art. 15. num. 19.* poniendo la distincion de el caso de la vulgar à el caso de la fideicomissaria, *ibi: Hac autem penitus diversa est à vulgari, immò est illi contraria, nam vulgaris, ut locum habeat, requirit & quod primus rem non habeat, & in eum casum, quocumque modo contingat, aperitur locus substituto, tam in hereditatibus, quàm in legatis, & fideicommissis: Fideicommissaria vero presupponit, illum, qui gravatur dare, rem habere, quia alias dare non posset: Leg. traditio, ff. de Acquirend. Rer. Dom. D. Valencia, Illustr. lib. 3. tract. 1. cap. 7. num. 21. Fuffario de Substit. quest. 469. numer. 16. & 34. plures referens.*

101 Aun en terminos mas estrechos, de que suceda con efecto el instituido, por sola la caducidad de el primer grado de la substitution fideicomissaria, defiende caducar las ulteriores substitutiones: el Cardenal de Luca refiriendo muchos en el *Tratado de Fideicom. disc. 107. ex num. 3.* asentando en el *num. 12. y 13.* que en punto de evitar la caducidad, no se dà Privilegio alguno à favor de la Causa Piadosa.

102 Fabio Capicio Galeota, distinguiendo entre el llamamiento, *per viam oneris*, ò en forma de substitution en el *lib. 2. Controv. 26. numer. 22. ibi: Quarto nam nullo modo filij Hieronymi aliqui deinceps vocati, defecto, vel caducato precedenti gradu subintrare possunt in locum defectum, cum per verbum commune substitutionem denotans non sint vocati, sed mere per modum oneris, ita ut secundus, & tertius gradus substitutionis, videantur rogati de restituendo tertio gradu, & isto casu si secundus, vel primus gradus est pro non scripto, vult quoque ultimus gradus, Leg. Abeo, Cod. de Fideicommiss. Refiere à Corn. y Trentacinc. dando la razon de diferencia en el *num. 24. his verbis.**

103 *Diversitatis ratio est, quia substitutio difert à fideicomisso; in fideicomisso etenim disponit Testator, ut alius faciat. Leg. Pater filium, S.*

*Fin. ibi: Peto ut velis, Leg. Lucius; ff. de Legat. 3. Et propterea substitutus alterius ministerio non eget, quod secus est, quando per modum oneris fit, quia locum obtinere non potest secundus gradus, si precedens non impleatur: Leg. Ille à quo, §. Si de Testamento, in fin. ff. ad Trebel. Et sic caducato priori gradu, quando non est substitutio formalis, per verbum commune substituo, ut in casu nostro defecto priori gradu, necessario ruit secundus tamquam ab eo dependens. Así sucede en el caso presente, pues no ay substitucion expressa à favor del Colegio, si solo gravamen de restituir impuesto à Don Ignacio, en caso de no tener hijos: Y aunque en sentir de Julio Caponio, y de otros AA. que recopila, tom. 3. discept. 205. cap. 7. num. 8. pudiesse el segundo grado de substitucion, subrogarse en el primero, hoc caducato, solo procederia en los terminos, que propone de averse radicado la sucesion en el primer gravado, cuyo caso es totalmente contrario à el de nuestra controversia.*

104 Con que sin recurrir, à que aun subsistiendo la Eschela no recaian *per necesse* los ganaciales en la Causa Pia, por estar llamada *sub conditione*, de que no tenga hijos de segundo matrimonio Don Ignacio, cuya condicion espiraria, si naciesse alguno (aun premuriendo en tiempo de su Padre) en la mas comun opinion, que juntando muchos, defiende Fussario de *Substitut. quasi. 414.* distinguiendo entre la condicion, *si sine liberis decesserit*, *si liberos non haberit*, y la condicion afirmativa *si liberos habuerit*; en cuyo ultimo caso, que es el de nuestra especie, *ut patet* de la penultima Clausula de la Eschela, la natiuidad de qualquiera hijo, aunque premuera en tiempo de su Padre, haze que falte la condicion de la substitucion, y que se excluya *in perpetuum* el substituto; para lo qual es decision puntual la *Ley Cum uxori 4. Cod. Quando dies legat*, ibi: *Cum uxori usufructus fundi legatur, et eius proprietas cum liberos habuerit: Nato filio statim proprietatis legati dies cedit: Nec quidquam obest, si is decedat.* Videndus Fussarius, *diēt. quasi. 414. num. 5. plures referens.* Por sola la destitucion de la disposicion en el primer llamado queda viciado, y sin efecto el llamamiento dado à favor de el Colegio, en punto de ganaciales; y así funda de Derecho Don Ignacio, para que se le absuelva *in totum* de la Demanda; y quando esto cesse, se supla la Sentencia de Vista, en quanto por ella se manda cumplir el contenido de la Eschela litigiosa, en todos los bienes de Doña Agustina, incluyendo en ellos los ganaciales: *Ita speramus. S. T. S. S.*

*Lic. Don Manuel Patiño.*

R.54155





