

MANIFIESTO LEGAL

POR

DON JOSEF BERNARDO DE TAGLE Y PORTO-
CARRERO, COMISARIO DE GUERRA, MINISTRO PRINCIPAL DE REAL
HACIENDA DE MARINA, POSEEDOR DE LOS MAYORAZGOS FUNDA-
DOS POR LOS MARQUESSES DE TORRE TAGLE

EN EL PLEITO QUE SIGUE

CON

EL TENIENTE CORONEL DE LOS REALES
Exércitos, Don Pedro Matías de Tagle Isasaga,
del Orden de Calatraba,

SOBRE

LA SUCCESION AL VÍNCULO FUNDADO

POR

EL SEÑOR DON JOSEF DE TAGLE Y BRA-
CHO, OIDOR DECAÑO QUE FUE DE ESTA REAL AUDIENCIA.



LIMA MDCCC V.

Por Don Guillermo del Rio.

INSTITUTO RIVÁ AGUERO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATOLICA DEL PERÚ
BIBLIOTECA
COLECCIÓN
FELIX DENEGRI LUNA

Es indisputable, que lo que se executa contra lo dispuesto por derecho, es de ningun valor ni efecto, y así ha de declararse sin recursos de dilacion, y demora.

LA SUCCESION AL TITULO TERCERO

Dubium non est, id quod contra jus gestum videtur firmitatem non tenere, et sine apellatione posse rescindi. Lex 5. Cod. Quando provocare non est necesse.



LIMA MDCCCIV.

Por Don Gobierno del Río

SEÑOR REGENTE.

Francisco Flores á nombre de Don José Bernardo de Tagle, como mejor proceda en derecho pareşco ante V. S. y digo: que en conformidad de la licencia concedida por el Real Acuerdo ha formado mi parte la defensa en derecho que subscribe, y presento con la solemnidad necesaria en la causa que sigue con el Teniente Coronel Don Pedro Matias de Tagle, sobre la sucesion al Vínculo fundado por el Señor Don José de Tagle, y Bracho. La obra tiene por objeto instruir á los Señores Jueces de la accion, y justicia que le asiste, y deseando que se dé á la prensa para que se haga ménos molesta su lectura, y mejor se recomiende con su autenticidad; en esta atencion =

A V. S. pido y suplico, que habiendo por presentado dicho papel, se sirva en conformidad de lo prevenido en el Capítulo 3.º de la Real Instruccion para los Señores Regentes, concederme licencia para que se imprima por ser así de justicia &c.

Por mi Procurador.

José Bernardo de Tagle.

Lima, y Abril 29 de 1805.

Exámínese por el Relator de la causa en la forma correspondiente la Alegacion jurídica, que esta parte presenta; é informándome de si estan conformes los hechos con los que del proceso resultan, ó contiene alguna expresion menos conforme, ó acatada, se dará providencia.

Arredondo.

SEÑOR REGENTE.

He reconocido con la debida atencion el Alegato jurídico presentado por Don José Bernardo Tagle, Comisario de Guerra, y Marina, á consecuencia del superior decreto de V. S. de veinte, y nueve de Abril último; y advirtiendo en él la moderacion, que previenen las Leyes en semejantes papeles, solo encuentro para la total conformidad de sus hechos con los del proceso á la foxa tercera, que en lugar de las expresiones = *si lo tuviese en adelante por útil, y conveniente* debe decirse = *como, y quando lo tuviese por conveniente*, segun resulta del instrumento de fundacion de foxas una, quaderno primero; y á la foxa treinta y dos buelta, donde se asienta hallarse sin fecha la minuta, aparece la de nueve de Mayo, aunque de distinta tinta, y letra de la del Señor Don José de Tagle, y Bracho, Cidador Decano que fué de esta Real Audiencia. Lima primero de Mayo de 1805.

Gregorio Luna.

Lima y Mayo dos de mil ochocientos cinco.

Concedese á la parte de Don José Bernardo de Tagle permiso para que pueda dar á la prensa el papel jurídico que presenta con fox. 56 útiles, que por mí quedan rubricadas, las que, y no otras imprimirá el Impresor á quien se le entregue esta licencia, sin añadirles ni quitarles cosa alguna, y baxo la calidad de que se arregle á las dos prevenciones hechas por el Relator en su informe de la buelta; y así evacuados copia, y original, se pasarán al Escribano cartulario de la causa de donde dimanar, para que los coteje, y vea si estan, ó no conformes; y estándolo pondrá en seguida certificacion que

lo acredite, sin cuyo indispensable requisito, y el de pasarme el oportuno aviso de ello, no se den á luz, ni repartan en modo alguno.

Arredondo.

Certifico en quanto puedo, y ha lugar, que en cumplimiento de lo mandado en el Auto que antecede, proveido por el Señor Regente de esta Real Audiencia, he cotejado el papel manuscrito, ó Manifiesto Legal hecho por Don José Bernardo Tagle, con los exemplares que ha impreso, y se encuentran conformes, y arreglados á aquel, y aunque los dos reparos puestos por el Relator no se han enmendado en el cuerpo del papel, pero se han salvado en el pliego de erratas, que se halla al fin del impreso; y para que conste pongo esta en Lima, y Mayo ocho de mil ochocientos cinco.

Dr. D. José Antonio Prós



LA IMPORTANTE CAUSA QUE SE presenta para su resolución al esclarecido discernimiento de los sábios Ministros, que componen el respetable Tribunal de estos Dominios, no ha de considerarse por la distincion de las Personas que litigan, ó el valor del objeto que se disputa: semejantes atenciones son del todo indiferentes en los Procesos; pues en ellos decia el primer Maestro de la eloqüencia del foro, solo debe cuidar el Defensor de convencer la justicia que patrocina, separándose de las calidades, y relaciones de las partes que contienen: *nihil ad artem dicendi, nec ad argumenta defensionis Mancini nomen pertinet... hominis aut dignitas, aut indignitas extra quæstionem est (1).* Arreglándonos pues á este juicioso precepto nos traeremos á descubrir la verdad disipando las nieblas

con

(1). — Cicero. Lib. 2, de Oratore Cap. 32.

con que han procurado obscurecerla los sofismas del ingenio, y las estudiadas reflexiones del interés. El punto legal es muy obvio, y común: se trata de decidir si una voluntad seria, y formal depositada por largos años en un instrumento público, y solemne ha de preferirse á un proyecto de disposicion, que jamás manifestó el que se dice otorgarla: que no descubrió al mismo que se titula agraciado: que ignoran los testigos á cuya presencia se asegura extendido; y de cuya autorizacion no puede certificar el Escribano, que en ella interviene; y que fuera del Protocolo queda reducida á un papel simple y privado, desnudo de todas las calidades, que para su legal valor exigen en las Escrituras la ley, y la razon. Pues tal es la extravagante solicitud que promueve Don Pedro Matías Tagle, contra su sobrino Don Josef Bernardo Tagle, sobre la sucesion al Vínculo fundado por el Señor Don Josef de Tagle, y Bracho Oidor Decano que fué de esta Real Audiencia. Sin desviarnos de lo que ordena la ley se observe en las defensas quando dice (2): „ Deben „ poner lo que face al fecho.....con pocas palabras, „ por que los Reyes, é los otros grandes Señores que „ han de ver muchas cosas é granadas, no sean de- „ tenidos por alongamiento de oír muchas razones é „ grandes escritos: “ referirémos con sencillez, y sin adorno el hecho, que dá motivo á la causa, sacando de la misma relacion las fuertes, é invencibles pruebas que descubren la justicia, y buen derecho de Don Josef Bernardo.

El

(2) *Ley 3. tit. 24. Part. 3. lex. 6. Cod. de postulando: non ultra, quam litium utilitas postulat prorrumpant.*

HECHO.

El Señor Don Josef Tagle estimulado del honroso deseo de perpetuar el lustre, y esplendor de su familia, cumpliendo al mismo tiempo con las confianzas encomendadas á su fidelidad por el General Don Luis de Vega, y Celda, por su Madre la Señora Doña Rosa Juliana Sanchez de Tagle Marquesa Viuda de Torre-Tagle, y por su hermano el Prebendado Don Francisco Tagle Bracho, funda un Mayorazgo, ó Vínculo que es lo mismo (3), sobre la Hacienda del primero nombrada Vega-Tagle en instrumento público otorgado en 19 de Marzo de 1756 ante el Escribano Agustin Gerónimo de Portalanza.

En él suponiendo la tasacion del fundo en 65. y 029 pesos en el modo que lo ordenaba el General Don Luis, y situados 10y de principal de la Capellanía que habia éste mandado fundar, 10y por otras dos de la Señora Marqueza Viuda, y 20y de las del Doctor Don Francisco, agrega unas pocas tierras, que segun su misma expresion eran entónces de 12y de valor, que con otras mas que ordena se compren, podrian llegar en adelante á 20y pesos: previene, que si al tiempo de su muerte tiene hijos legítimos, y el tercio de sus bienes pasase de 20y pesos, se destine el exceso á lo que dispusiese en una memoria privada; pero si esta no se encuentra, ó no la extiende se tenga por fondo del Mayorazgo: mas si falleciese sin hijos, la agregacion será de la mi-

B

tad

(3) Castilla lib. 5. Controv. Cap. 145. Et quod vinculum, et majoratus pro eodem accipiatur, et eundem efectum unius, et alterius nominis expresto operetur, notavit etiam D. Christophorus de Paz, De Tenuta Cap. 4. núm. 6.

tad de todos los bienes libres, que formen su sucesion testamentaria (4).

Pasa á extender los llamamientos en su nombre, y como Comisario de las personas indicadas en el orden, y graduacion siguiente: en primer lugar se nombra así mismo, á sus hijos legítimos, y descendientes; en 2.º lugar á la Señora Marquesa Viuda; en 3.º al Doctor Don Francisco; en 4.º á su hermano mayor el Señor Don Tadeo poseedor del Mayorazgo, y título de Torre Tagle, á sus hijos, nietos, y demas posteridad, formando otras varias substituciones, para el caso de faltar esa línea directa, y preferida; y concluye con la reserva de variar estos nombramientos si lo tubiese en adelante por útil, y conveniente. La donacion contenida en este instrumento fué aceptada por los primeros interesados, quedando así (5) revestida de toda la solemnidad, y seguridades, que la hacian perpetua é irrevocable.

Corrido el dilatado tiempo de quarenta años, se insinúa Don Pedro Matías en el espíritu de su Tio el Señor Don Josef, ó por la proporcion de la asidua compañía que le facilitaba su vida desocupada, ó por la conformidad del mismo génio, y carácter; medita aumentar el Mayorazgo con la vinculacion de las Barandas de la Plaza de que era dueño, y variar los nombramientos anteriores llama-
man-

(4) Instrum. de fundacion de f. 1. & f. 12.

(5) Avendaño sobre la ley 44. de Toro Glos. 9. Mieres de Majorat. Part. 1.ª Quest. 24. Cum de natura Majoratus est, quod si acceptetur per primum nominatum non solum quod ad eum irrevocabilis maneat, sed etiam respectu ceterorum, qui substituti, et vocati sunt.

mando en primer lugar á Don Pedro Matías, y su descendencia, prefiriéndolo á Don Josef Manuel Tagle, Primogénito del Señor Marques Don Tadeo, hermano de Don Pedro Matías, y padre de Don Josef Bernardo.

Con este designio extiende una minuta, ó proyecto de disposicion en varios pequeños, y desaseados papeles, que en su mismo desaliño descubren según el sentir de clásicos AA. (6) no haberse formado con ánimo sério, y voluntad verdadera de que se apreciase por deliberacion perfecta, y reflexiva: la entrega al Escribano Mariano Antonio Calero con especial encargo de que á su cuenta, y riesgo no quede en el Protocolo señal alguna, ó vestigio de la Escritura: le ordena no revele su contenido á los testigos, que han de ponerse como instrumentales en el otorgamiento, ni manifieste esa gracia á Don Pedro Matías (7).

El Escribano Calero cumple con la mas exacta escrupulosidad lo mandado: el Señor Don Josef recibe de su mano la Escritura extendida con fecha 9 de Mayo de 785 (8): no la firma en su presencia: nada dice de ella: la oculta misteriosamente: jamás la recuerda; y otorgando cinco meses despues su testamento en 8 de Octubre de aquel año (9), nombra por iguales partes herederos á los dos hermanos Don Josef Manuel, y Don

(6) Barbosa Voto 68. núm. 53. *non solum scriptura debet esse munda sed etiam Charta in qua scribitur. Charta maculata et immunda inducit presumptionem falsitatis.*

(7) Declaracion del Escribano Mariano Calero á f. 65.

(8) Instrum. á f. 61.

(9) Testam. á f. 35.

Don Pedro Matías, conservando el mas profundo silencio, y sin proferir una sola palabra, que aluda ni indique esa variacion de llamamientos, y agregacion al Vínculo.

Muerto el Señor Don Josef presenta Don Pedro Matías el instrumento firmado segun se confiesa de contrario en la obscuridad, y tinieblas de su gabinete; sin asistencia de Escribano, sin la presencia de los testigos, sin que ninguno asegure su otorgamiento ni se encuentre quien pueda señalar el dia, tiempo, y lugar en que fué subscripto; y sin que precediese otra anterior noticia en Don Pedro Matías de su contenido, que encontrarlo en un pequeño caxon en que enseñaba el Señor Don Josef varios papeles, quien no le habia dado otra muestra ó señal de esa opulenta donacion, que las enigmáticas, vagas é indiferentes expresiones = Si me determino, te daré unos papeles que te convienen mucho (10).

Con el apoyo de ellas, y de ese documento privado é insolente intenta Don Pedro Matías la desesperada accion de pretender se declaren derogados los llamamientos contenidos en el instrumento primordial de la fundacion del Mayorazgo: que se agreguen á este las Barandas de la Plaza, que dexó entre sus bienes libres el Señor Don Josef; y que se le ponga en posesion del Vínculo con preferencia á Don Josef Bernardo, hijo Primogénito de su hermano mayor Don Josef Manuel. Y aunque para disfrazar la verdad no sean necesarias grandes

lu-

luces, ni profundos conocimientos (11), se puede asegurar sin recelo, que ni esa débil ventaja puede lograr la pretencion contraria: para convencerlo se demostrará lo 1.º Que el Señor Don Josef Tagle no tuvo facultad de derogar los nombramientos contenidos en el instrumento de fundacion del año de 756 en el modo, y forma con que se pretende haberlo executado; y lo 2.º que no quiso variarlos pues permaneció hasta su muerte firme, y constante en la voluntad que habia manifestado en aquella escritura: Ambas proposiciones apoyadas en las Leyes mas expresas, y las doctrinas mas claras y respetables demostrarán ser superior á toda duda la justicia de Don Josef Bernardo. La difusion sería no solo molesta, sino tambien inútil, hablando á Jueces que instruidos en los principios sólidos de la jurisprudencia, en una sola palabra penetran las necesarias conseqüencias, que se derivan de sus indisputables axiomas (12). *Cum apud Supremos Judices disceptatis, rem solo digito attigisse sat est.*

PROPOSICION 1.ª

Toda disposicion del hombre para que logre un efecto civil, constante é invariable debe ser obra del poder, y la voluntad. „ Quando él la quizo hacer ovo saber, é querer, é poder para facerla dice el „ sábio Rey Don Alonso (13). „ No basta que se

(11) *Authentica de Tabellionibus: nihil inter homines sic est indubitatum, ut non possit (licet aliquid sit valde justissimum) tamen suscipere quandam sollicitam dubitationem.*

(12) *Amato Responsum juris pro Rege Philipo IV.*

(13) *Proemio de la Part. 3.*

quiera disponer, si la ley estorba la determinación, y anula el cumplimiento. De aquí el indispensable principio: *inanis voluntas, nisi adsit potentia*; y los Comentadores explicándolo repiten con entera conformidad, que es nulo, é imperfecto el acto en que no concurren esas dos esenciales calidades, voluntad en el que ordena, y permiso de la ley para ejecutarlo del modo, que se medita. *Quilibet actus perfectionem ex voluntate, et potestate desumit; et quod libet eorum, quod in actu deficiat corruptionem ejus operatur* (14). Pues si nivelamos por estas reglas el derecho al vínculo que se litiga, nos convenceremos que el Señor Don Josef no pudo posponer á los llamados en el instrumento de 756, ni en calidad de Apoderado, ó Comisario del General Don Luis de la Vega, de la Señora Marquesa Viuda, y del Doctor Don Francisco, ni por la agregacion que hizo de su propio caudal á esos Aniversarios.

Que el Comisario á quien se le da facultad de elegir sucesores para el Vínculo, no pueda variar el nombramiento una vez hecho en ejercicio del poder que le fué conferido, sin embargo de las cláusulas de reserva, y restriccion con que se halla extendido el primer nombramiento es un principio incontestable de nuestra legislacion. Ella se explica en estas formales palabras (15). „ El „ Comisario no puede revocar el testamento, que hu- „ biere en virtud de su poder una vez fecho: ni pue- „ da despues de fecho hacer Codicilo aunque sea ad pias

„ cau-

(14) Baldo in lege 14. Cod. de Donat. int. virum et uxorem.
 (15) Ley 35. de Tor. Ley 9. tit. 4. lib. 5. de Castilla.

„ causas aunque reserve en sí el poder para lo re-
 „ vocar, ó para añadir, menguar, ó para hacer co-
 „ dicilo, ó declaracion alguna. „

ab Es inútil detenerse en descubrir las razones de esta clara decision, pues la ley para su observancia no necesita exponer los fundamentos, que la motivan: mas los AA. se encargan de demostrar la justicia, que apoya esta determinacion. El Comisario dicen (16) es un delegado del principal ins- tituyente; así su oficio finaliza, y se acaba hecha la eleccion encomendada á su fidelidad: los llama- dos, añaden, en el primer nombramiento no reci- ben la gracia, ó donacion de mano del que elige, sino de aquel, que dispuso esa liberalidad (17), pues no puede el Comisario aplicarse el generoso título de Donante, quando franquea lo que se halla en estrecha obligacion de cumplir: *nom enim facultas necessariae electionis propriae liberalitatis beneficium est; quid est enim, quod de suo videatur reliquisse, qui quod relinquit omnino reddere debuit?* (18)

Por último, concluyen, como la muerte po- ne un irrevocable sello á las disposiciones huma- nas, sin que despues de ella se dé arbitrio de va- riar de voluntad, aunque esta sea mudable hasta aquel postrer instante: siendo los llamamientos que hace el Comisario la final disposicion del que lo facultó para extenderla; habiendo usado una vez de
 ese

(16) Nogueroi Aleg. 9.

(17) Valenzuela Consil 155. Arias de Mesa lib. 2. variar. Cap. 28. *Cum Titius in suo testamento declaret se majoratum ins- tituisse sola succesoris electione executori comissa; tunc enim is cen- setur dare, qui alteri committit, ut nominet, vel eligat non autem is, qui nominat, vel eligit.*

(18) Lex 9. de Legat. 3.

ese poder, no se le permite mudanza, ó arrepentimiento; pues la persona á quien se representa, y en cuyo nombre se executa, se halla en estado de no poder revocar lo que una vez eligió, y dispuso.

Esta prohibicion de variarse la eleccion una vez hecha por el que tubo facultad de nombrar á su arbitrio, se extiende á las herencias, contratos, donaciones, y demas actos en que puede ejercitarse. Nuestros Códigos nacionales son uniformes en este punto.

En las partidas se lee (19), „escogencia otor-
 „gan los testadores á las vegadas á algun ome que
 „escoja de dos cosas que él manda la una qual
 „quiere: é quando la manda es fecha en esta ma-
 „nera decimos, que si escogiese una vez para si al-
 „guna cosa, de aquellas que el testador le oviese
 „mandado, que no se puede despues arrepentir ma-
 „guer quiera dexar aquella cosa que escogió, é to-
 „mar otra. „

En las mismas se nos dice (20): „Qualquier
 „que reciba tuerto, ó deshonra pueda demandar en-
 „mienda de ella en una de estas maneras qual
 „mas quisiere; la primera que faga el que lo des-
 „honró enmienda de pecho de dineros; la otra es
 „manera de acusacion, pidiendo que él, que lo fizo
 „el tuerto que sea escarmentado por ello, segun el
 „alvedrio del Juzgador é de que hubiere es-
 „cogido la una non la puede dexar é pedir otra. „

En el ordenamiento Real se previene á las per-

(19) L. 25. tit. 9. Part. 6.

(20) L. 21. tit. 9. Part. 7.

personas, ó Universidades á quienes se haya hecho la gracia de alguna renta con facultad de elegir el partido en que deben situarse, que no puedan arrepentirse hecha una vez la eleccion (21): y que en las rentas, que en este dicho año nombrare, que en aquellas queden situadas las tales mercedes para dende en adelante; y que no le quede facultad para nombrar, ni variar para otros años.

Por último en la Recopilacion de Castilla (22) se advierte á los recaudadores de Rentas Reales no serles permitida la revocacion del que eligieron por comprador de los bienes de los arrendadores de ellas; y la nominacion (dice) „ que una vez ficieron no se pueda variar.,

Este cúmulo de leyes, autoridades y razones, conspiran á persuadir la verdad de la proposicion que vamos demostrando, de que el Señor Don Josef Tagle como Comisario del General Don Luis Vega, de la Señora Marquesa Viuda, y del Prebendado Doctor Don Francisco, no pudo variar los llamamientos que en uso de las facultades concedidas por dichos Fundadores, extendió en la Escritura del Vínculo, ó mayorazgo en el año de 756.

Sin que pueda servir de fundamento para sostener lo contrario, el ámplio poder que le fue otorgado de nombrar, y elegir á su voluntad, y arbitrio; pues este ni significa entera libertad, sino ordenada por las reglas de la prudencia. (23); ni

D se

(21) L. 31. lib. 6. tit. 2.

(22) L. 20 tit. 7. lib. 9.

(23) Nogueroi Alleg. 9.

se extiende jamás á derogar lo dispuesto por el principal : *Comissarius seu Procurator vel quilibet alius nunquam presumitur constitutus, ut revocet factum domini, seu testatoris* (24); y la disposicion del fundador no se cree legalmente ser otra, que el querer se prefiera, y anteponga la línea del Primogénito á la descendencia del segundo ; por ser esta la ealidad regular de semejantes vinculaciones, que debe seguirse con la mayor exáctitud en las nominaciones, y llamamientos (25): por esto la cláusula de reservarse la facultad de variar en adelante, nada aprovecha ni resguarda, pues despues „de fecho no puede revocar, lo añadir ó menguar „ que son las literales expresiones de la Ley de Toro, y de Castilla.

La perjudicial costumbre de los Comentadores de tomar por regla el derecho comun de los Romanos haciendo muestra de ingénio, y sutileza en la aplicacion de sus principios, ha producido diferentes dudas dirigidas á ampliar las facultades de los Comisarios, para variar la eleccion, ó primer llamamiento. Así distinguen entre el poder conferido para hacer el nombramiento en testamento, ó última voluntad ; y la facultad extendida para verificarlo en contrato, ó algun otro acto entre vivos. En aquel juzgan haber lugar al arrepentimiento, por la razon de ser el instrumento en que se con-

! (24) Tello Fernandez in leg. 34. Tauri.

(25) Palacios Rubios in leg. 31. Tauri. Paz de Tenuta Cap. 84. *Factum Comisarii in se continet meram executionem voluntatis testatoris absque arbitrio extensivo . . . et ratio est quia ultima voluntas collata in arbitrium alterius nulla est, et modificatur ad arbitrium boni viri . . . Arbitrium boni viri continet id quod est de jure, vel consuetudine non autem id, quod est contra legem.*

contiene por su misma naturaleza mudable hasta la muerte : mas en este lo creen firme , é invariable como lo es el mismo acto en que se apoya. *Si elegit per actum inter vivos , sive per contractum aut dispositionem quamlibet , quæ ultima voluntas non sit ; tunc eligens , seu nominans non poterit variare , nec primam nominationem revocare* (26). Pero el sábio Don Christoval de Paz (27), tan respectable en materia de Mayorazgos no duda asegurar, que si la eleccion se hizo llamando al goze de Vínculo, ó Aniversario, no es permitido revocarla aunque se haya executado en Testamento, ó última voluntad : mucho mas quando la vemos aceptada por la Señora Marquesa Viuda, y el Doctor Don Francisco, como primeros llamados de la familia, en cuyo caso se hace perpetua é irrevocable en los mismos términos que contiene la fundacion: deduciéndose de todo que el Señor Don Josef Tagle, no pudo derogar los nombramientos que como Comisario del General Don Luis Vega, de su Madre la Señora Marquesa Viuda de Torre-Tagle, y del Doctor Don Francisco Tagle, hizo en su hermano el Señor Marques Don Tadeo, su línea y descendencia, pues fueron extendidos en donacion, ó acto entre vivos ; lo fueron para suceder en Vínculo, ó Aniversarios, arreglados á la voluntad legal, y presunta de los fundadores, y fueron aceptados por los agraciados en un instrumento público, auténtico, y solemne.

Ni el haberse agregado por el Señor Don
Jo-

(26) Castillo lib. 5. Controv. Cap. 80.

(27) De Tenuta Cap. 34.

Josef esas cortas tierras al fundo principal, le dava facultad, para variar los nombramientos una vez hechos; pues esa agregacion, no podia mudar la naturaleza del Vínculo, sus llamamientos, y demas calidades, por ser un accesorio sujeto á las mismas reglas del principal (28).

Todo lo expuesto recibe una invencible fuerza, advirtiéndose, que el Señor Don Josef era Comisario de Comisarios: la facultad le fué concedida, por el General Don Luis, encargado de las disposiciones de su madre, muger, y hermana; por la Señora Marquesa Viuda, comisionada de sus hijos Don Felipe, y Doña Mariana, y por el Doctor Don Francisco, que lo era igualmente de esa persona desconocida: esas confianzas son de tal modo personales, que aun quando la fundacion del Vínculo, comprenda la cláusula de que el Poseedor elija libremente al que deba sucederle, esta facultad se limita, y estrecha al primer nombrado, sin que pueda transmitirse á los demas incluidos (29) en los llamamientos.

Con la facilidad con que se ha persuadido, que el Señor Don Josef no tuvo facultad de variar los primeros llamamientos en representacion de Apoderado, ó Comisario, convencerémos tambien que no pudo executarlos en su nombre, y en virtud de las agregaciones, que hizo en aquel instrumento de parte de sus bienes al Vínculo de Vega Tagle; pues la derogacion de dichos nombramientos fué de

(28) *Gratian. Discept. Cap. 28. núm. 32. Mieres 2. Part. Quest. 5. núm. 43.*

(29) *Gregorio Lopez in leg. 32. tit. 9. Part. 6. Alvarado de Consect. lib. 2. Cap. 2. Caldas Pereyra Decis. 21. núm. 3.*

de ningun valor ni efecto en la forma, y modo con que se dice intentó practicarla en el año de 1795. Próvida, y cuidadosa la ley en proteger la voluntad libre del hombre resguardándola de los frecuentes riesgos del engaño, y falsedad, ha establecido para la prueba, y subsistencia del instrumento que la trasmite ciertas solemnidades, reglas, y condiciones, sin las quales es de ningun aprecio el documento que la contenga. A proporcion de la importancia, é interes, que en él se trate, han de ser las precauciones, que lo aseguren. Por esto quando se habla de Vínculo, ó Mayorazgo, se exige que la Escritura que prueba la voluntad del fundador, sea clara, evidente, é intergiversable. El Mayorazgo se ha de probar por Escritura que haga fee, son palabras de la ley (30); y el Señor Molina (31) fundado en ella añade, que no debe creerse al Escribano, que asegure haber visto el original sin defecto, ni vicio que lo anule. Examinémos por estas reglas la calidad del instrumento en que se apoya la pretension de Don Pedro Matías.

El se halla fuera del protocolo del Escribano que dice haberlo copiado, y extendido de orden del Señor Don Josef: pues esta sola calidad quando no se reuniesen otras muchas, bastaría para hacerle perder toda su fuerza. La ley previene las reglas, que han de seguirse en el otorgamiento de las Escrituras, y en ella se ordena (32) se coloquen en el protocolo por el Escribano en el modo que allí se señala,

(30) L. 41. de Toro ley 1. tit. 7. lib. 5. de la recop.

(31) Lib. 3. de Primog. Cap. 13.

(32) L. 13. lib. 4. tit. 25. de la recopilac. de Castilla.

la, pues en él deben existir todos los instrumentos sin que de contrario hagan feé, y la que de otro modo se diese sea en sí ninguna.

Es tal la necesidad de que el instrumento exista resguardado en el protocolo, que si este se halla fuera del Oficio, y poder del Escribano, se califica de inútil, y despreciable, perdiendo toda la autoridad, que lograba por su solemne otorgamiento: comparándolo los AA. al pez, que fallece en el instante, que se le extrae de su elemento (33). *Qui quidem DD. ea ratione moventur, nam cum Protocolum residere debeat semper penes tabellionem, et ab ejus dominio et custodia vires asumat; si penes alium quemlibet reperiat spiritum edidit tanquam piscis extra mare.*

No faltaron algunos inclinados al dictamen de que el instrumento signado, y firmado por el Escribano hace feé y prueba, y debe tener todo crédito y aceptación aunque se encuentre en poder de un particular; pero esos mismos escritores exigen por calidad precisa, que se halle colocado en protocolo; y aun con todo, esa opinion prosigue el Autor que acabamos de citar solo puede sostenerse por las reglas del derecho comun, pero es enteramente opuesta á la legislacion nacional. *Conclusio á nobis proposita firmiter tenenda, et practicanda in negotiis emergentibus in his regnis, protocolo que extra rogationes notarii, seu tabellionis reperto nullam fidem adhibendam.*

De tal modo exige el instrumento para su valor que se halle colocado en protocolo, y que este se con-

conserve en el oficio, y guarda del Escribano, que si alguna vez, las llaves con que se custodiaba han existido en poder del que espera utilidad del documento, por solo la presuncion que se origina de esa casual circunstancia pierde toda la autoridad, y crédito legal: *Quod adeo verum est, ut si constet aliquando claves archivi fuisse penes illum, qui utilitatem et interesse reportare desiderat, ex instrumentis in eo reconditis eorum fides, et authoritas ex suplemento loci resultans penitus evanescit* (34). ¿Con qué animosidad pues, se presenta un proyecto de escritura que jamas ha existido en protocolo; que nunca se ha mantenido en guarda, y poder del Escribano; y que se conservaba tan oculto, y reservado, en manos del único agraciado en su crecida utilidad, que solo aparece despues de la muerte del fundador, y de haber tenido Don Pedro Matías á su entera libertad, y disposicion los papeles, y bienes de la herencia?

La parte contraria reconoce (35) la visible nulidad que produce, no hallarse protocolado el instrumento; pero intenta subsanarla asegurando, que las Escrituras de gravámen exígen ese esencial requisito; no las que solo estriban en la gracia, y voluntad del que la otorga: distincion desconocida en la ley, infundada, y caprichosa; y aun quando fuese verdadera inadaptable á nuestra causa; pues no puede darse algun instrumento de mas perjuicio, y gravamen, que el que priva al llamado, y su descendencia del derecho adquirido á un opulento vínculo, transfiriendo su goze á otra línea distinta, y

que

(34) Pareja loc. cit. núm. 34.

(35) Escrito de f. 139.

que fué pospuesta en la misma fundacion.

No se le ocultó al Escribano Calero el defecto substancial de que estamos tratando, y así creyó salvarlo añadiendo al instrumento la cláusula de quedar fuera de protocolo, de cuenta, y riesgo del Señor otorgante; pero semejante arbitrio no es digno de alegarse en juicio, pues las partes por su allanamiento no pueden elevar á la clase de escritura pública, á la que carece de las calidades prevenidas por la ley: *nemo potest in testamento suo cavere, quod leges in suo testamento locum non habeant* (36); y nuestros grandes escritores Don Alonzo Azevedo, (37) y Don Diego Covarrubias (38) asentando que las partes no pueden prestar autoridad con su avenencia al instrumento en que faltan las solemnidades prevenidas por derecho, dan la sólida razon de que estas son establecidas en utilidad pública, no en consideracion privada de los particulares, que contraen.

No es el único defecto que hace despreciable el instrumento otorgado en 795, para solicitar por él la preferencia en el Vínculo. La Escritura para hacer fee, debe ser auténtica; esto es, hecha ante Escribano; „ e hay otra Escritura que llaman instrumento público, que es fecho por mano de Escribano „ público del Consejo (39).“ Así las leyes 54, y 55, y con relacion á esta la 114 del Título 18, Part. 3., dan por regla invariable en todo instrumento, que el Escribano cierre su contenido con la cláusula:

Yo

(36) *Lex 55. D. de Legat. et fideicommissis 1.*

(37) *Sobre la Ley 19. tit. 25. lib. 4. de la recopilacion.*

(38) *Pratic. Quest. Cap. 19. conclusio 4.*

(39) *Ley 1. tit. 18. Part. 3.*

yo fulano presente fuí, y estuve delante á todas estas cosas: que es expresion igual á la que se practica en nuestros tiempos; así lo otorgaron ante mí: siendo por estos principios trivialísima, y constante la doctrina que enseña, que la certificacion del Escribano de que así lo otorgaron, no hace fe sino añade el Ante mí: pues faltando esa presencia al tiempo de recibir por la subscripcion del que la otorga su última firmeza la Escritura, no puede como testigo público, y autorizado (40) asegurar de lo que no ha visto, ni oído: declarando pues el Escribano Calero (41) que no firmó el Señor Don Josef en su presencia; que lo haria en la soledad de su Gabinete, cuya obscuridad como la de la noche es bastante para excitar sospechas de falsedad (42) y engaño, y en la imposibilidad de señalar el dia, hora, y lugar en que lo executase, queda reducido el llamado Instrumento, á la clase de un papel privado creido civilmente supuesto por la esencial falta de autorizacion del Escribano público.

Lo es mas por la falta de testigos, é ignorancia de los que se suponen haber asistido á su otorgamiento. Contextes, y uniformes han declarado (43) que jamás oyeron hablar del Instrumento, y les es enteramente desconocida la disposicion que contiene. La ley antes citada se explica de este modo: „ así como fueren escritas las tales no-

F

tas,

(40) *Ley 3. tit. 19. Part. 3. E son los Escribanos testigos públicos en los pleitos, que los omes facen entre sí.*

(41) *A f. 61.*

(42) *Hinc secunda conjectura, dolo factam quando fuit confectum noctis tempore. Menochio lib. 4. Præsumpt. 12.*

(43) *Don Tomás Valverde, en su declaracion á f. 62. dice:*

tas, los dichos Escribanos las lean presentes las partes,
 y los testigos . . . y mas abaxo añade : no den es-
 critura signada con su signo sin que primeramente
 al tiempo del otorgar de la nota hayan sido pre-
 sentes las dichas partes , y testigos , y firmadas co-
 mo dicho es habiéndolas leído antes (44).“

Por igualdad de razon concuerda la ley de Partida quando dice (45) „ E despues que fué todo enderezado debelo facer leer al testigo , y la de Castilla (46) expresando :“ Que el Escribano la torne á leer , y ponga en el fin de la deposicion como se la leyó delante palabra , por palabra ; sin que se admita la presuncion de haberseles leído : *nec præsumitur in dubio fuisse lectum* (47) debiendo constar de un modo claro , y especifico su cumplimiento ; pues faltando esa calidad no podrian asegurar el contenido de las obligaciones , que presenciaron , mucho mas ignorando como declaran al presente la existencia del documento en que se les nombra por testigos , y la disposicion , que en el se comprende.

De tal modo se exige por derecho la lectu-

ra

Que ignora se le hubiese puesto por testigo : que no vib firmar al Señor Don Josef , y que esté nada le dixo.

Don Josef Villamar 2. testigo á f. 63. dice : Que no supo jamás de tal Instrumento , y solo despues de la muerte del Señor Don Josef , le dixo el Escribano Calero , que lo habia puesto por testigo : Don Francisco Ayala 3. testigo declara á f. 64. Que nada sabe del Instrumento , sino que Calero le dixo , he puesto á V. de testigo de una Escritura.

(44) Ley 13. tit. 25. lib. 4. de Castilla.

(45) Ley 26. tit. 16. Part. 3.

(46) Ley 8. tit. 16. lib. 4. de la recopilacion.

(47) Matienza in leg. 1. tit. 4. lib. 5.

ra del Instrumento á los testigos, que las disposiciones entre los hijos, y las mandas piadosas privilegiadas, y exentas de muchas solemnidades, están sujetas á esta precisa condicion, sin la qual no se tienen por válidas, ni producen efecto alguno. Es doctrina expresa de Antonio Gomez (48): *tale testamentum non valet etiam inter liberos, vel ad pias causas attenta superiori ratione*; que es la que con la ley de Partida habia antes recordado, de que si la Escritura no se leyese á los testigos, no podria asegurarse por estos, que su contenido era la voluntad verdadera del otorgante, quedando expuesta á la criminal subrogacion, de extenderse y lo contrario que deseava disponer: *Quia nisi Instrumentum, vel Scriptura non legatur, potest aliud continere quàm testator dixit.*

Es muy débil recurso asegurar, que esas solemnidades pueden suplirse por otras pruebas, que sirvan á manifestar la voluntad del que dispone; pues quando establece la ley las reglas, que dan forma al acto, se deben observar con tal exáctitud, que su menor falta lo vicia de modo, que no pueden substituirse otros arbitrios, ni medios de sostenerlo. Es muy expreso el lugar de Villadiego (49) hablando de la pena de las mil, y quinientas doblas para la segunda súplica: „ Y requierese (dice) tanta „ puntualidad en estas diligencias, que aunque el su- „ plicante haya otorgado dicha obligacion, y fianza den- „ tro de los veinte dias, y asimismo dentro de ellos,

no

(48) *In leg. 3. Tauri núm. 108.*(49) *Política Cap. 4. núm. 240.*

„ no la hubiere presentado , no será admitido despues ;
 „ porque la forma dada por ley , ó estatuto se debe
 „ guardar efectivamente , y faltando en algo es nulo
 „ todo lo que se hiciere “ ; que es lo mismo que te-
 nia dicho el Matienzo : *ut non satis sit formam ad-
 impleri per equipollens , cum ejus omissio , in quali-
 bet vel minima parte vitiat actum* (50).

En vano se ha insinuado , que la costumbre y
 práctica autorizan el disimulo , y dispensan de esa
 lectura del Instrumento á los testigos que lo or-
 ganizan (51) : pues semejante abuso opuesto á una
 ley promulgada en beneficio público , dirigida á
 resguardar la verdad , y firmeza de los contratos ,
 evitando los imponderables fraudes , y gravísimos
 perjuicios , que pueden originarse de la ménos for-
 malidad , en el otorgamiento de las Escrituras , nun-
 ca puede ser derogada por contraria costumbre (52) ;
 y el autor mas franco , que hé leído , y puede encon-
 trarse (53) para permitir la omision de fórmulas ,
 y solemnidades , limita y retracta sus opiniones , siem-
 pre que por la falta de algun requisito , se dá lugar
 y ocasion á semejantes engaños : *Decet igitur , ut his
 falsitatibus locus non detur , quod ex consuetudine non
 omittatur in scripturis solemnitas , que det causam fa-
 bricandi falsitatem , et ideo si omittantur testes , vel
 tabellionis subscriptio , vel aliud simile de substantia
 talis consuetudo non valeret* : en cuyo sentir ván tam-
 bien

(50). *In leg. 1. tit. 4. lib. 5.*

(51). *Escrito de Don Pedro Matias á f. 144.*

(52). *Solorzano de jure Indiar. lib. 1. cap. 4.*

(53). *Mieres de Majorat. Part. 1. Quest. 62. núm. 28.*

bien conformes el Señor Presidente Covarrubias (54), y el Cardenal de Luca (55). Se dice tambien, que esas recomendables precauciones, solo deben observarse con tanta estrechez, y rigor en los testamentos, y últimas disposiciones, por ser el riesgo de fraude frecuente en ese momento, y mayor la dificultad de convencerlo, por lo imposible de que el difunto enuncie su verdadera voluntad, é impugne la que con falsedad puede suponersele. Pero esta sutileza es diametralmente opuesta al mismo tenor de la ley (56), que no señala ni pone diferencia entre ellas: del mismo modo comprehende al testamento que á los demas contratos, y obligaciones, y con absoluta generalidad le intimó al Escribano = „ Que debe escribir su nome en „ esta manera: Yo fulano, Escribano público de tal lugar, estaba delante, quando los que son escritos en „ esta carta, hicieron el pleito, ó la postura, ó la „ vendida, ó el cambio, ó el testamento. „ Y aunque es verdad, que algunos de los actos, que se mencionan en la ley, no exigen para su perfeccion la necesidad de Escritura pública, mas siempre que el otorgante quiso reducirlos á instrumento, no puede subsistir la disposicion, sino se reúnen esas indispensables solemnidades: *nec quidquam refert an is actus necessario, ac præcise scripturam exigat; nam utcumque sit, ubi fit alicuius actus instrumentum, ad ejus probationem oportet id legi testibus, et ipsis eundem actum agentibus, ut postmodum fides*

G

instru-

(54) *Practic. Quæst. cap. 20.*(55) *Discurso 78. de testam. núm. 12.*(56) *Ley 54. tit. 18. Part. 3.*

instrumento adhibeatur, licet is actus non esset necessario per scripturam conficiendus (57). Convenciéndose por todo, que el Señor Don José Tagle no pudo revocar los llamamientos primeros en la forma, y modo que aparece del documento de 795, pues para impugnarlo diremos con el Jurisconsulto Gayo (58): *non secundum leges civiles testatus est*; siendo esa falta causa bastante, para que el instrumento no merezca aceptación legal, ni pueda de su contenido deducirse acción de pedir: *nullatenus exequatur dictum instrumentum, quia non habet solemnia publicorum instrumentorum.* (59)

Desvanecida la ilusión producida por el documento, y demostrado con tanta claridad su ningún valor, fuerza, y eficacia, para derogar la fundación primera, aumentar el capital del Anniversario, y formar por lo tanto en esa parte un nuevo Vínculo; se confiesa llanamente, que él no tiene la autoridad de una Escritura pública, pero si el de una prueba completa de la voluntad del Señor Don José: prueba reconocida, admitida, y contestada por los interesados, quando han confesado ser verdadera firma la que se halla al pie del instrumento, y de su misma letra la minuta entregada al Escribano para extenderlo (60), y expresando la ley (61): Que el Mayorazgo se pruebe por Escritura, ó testigos que depongan en la forma que el

(57) Covarrubias in Cap. relatum núm. 11.

(58) Lex. 4. D. Qui testam. facere poss.

(59) Avendaño. Declarat. ad leg. 4. tit. de las exep. t.

(60) Escritos de Don Pedro Matias á f. 86. y f. 145.

(61) Ley 41. de Toro.

derecho quiere del tenor de dicha Escritura , estamos en el preciso caso de su resolucion; y así en vano se ha trabajado en convencer la insubsistencia del instrumento otorgado ante Mariano Antonio Calero, quando su contenido se justifica por un medio legal, auténtico, y no disputado.

Tal es en toda su fuerza el gran discurso , con que se recomienda la accion de Don Pedro Matías ; no se ha disimulado, ni encubierto lo que puede presentarlo en su mayor vigor ; y aunque á primera vista aparece revestido de energía, y eficacia, aseguramos con confianza, que es solo un débil apoyo de una causa desesperada ; y que ni como prueba de la voluntad del Señor Don José Tagle , ni como memoria privada , ni en virtud del reconocimiento de su firma , y letra puede derogar los primeros nombramientos , aumentar el Vínculo , y posponer la línea predilecta del Señor Marques Don Tadeo. Así esa prueba en nada daña, y debilita el buen derecho de Don José Bernardo , quien con los Emperadores Diocleciano , y Maxímiano , podrá decir á la parte contraria: la prueba que con tanto aparato proclamas, y ensalzas, y con tanto esfuerzo has solicitado, en nada favorece á la accion, que agitas, y promueves: *Erga probationem laborare non convenit, si quidem licet hujusmodi probetur factum, tamen intentioni nullum præbet admniculum* (62).

Tenemos insinuado , que quando se trata de bienes de Mayorazgo , debe ser la prueba de la mas calificada exepcion, superior á la que se necesita en los

los demas contratos (63); y aunque no se exija por necesario requisito , que esta sea en instrumento público , pues el vínculo puede fundarse en esqueta privada , ó de otro qualquier modo : *non solum valere majoratus institutionem in scriptura privata cum partis subscriptione factam, sed etiam in schedula privata, manu institutoris, vel alterius scripta* (64); con todo los AA., que estan conformes en la verdad de esa doctrina , lo están tambien , que para que esa esqueta privada , é insolemne prueve la existencia del vínculo , las condiciones del mayorazgo , y preferencia de los llamados es preciso , que el fundador , en otro Instrumento público , autentico , y solemne haya mandado guardar , lo que en la memoria privada se previene. El mismo Señor Molina de quien es la anterior doctrina , la explica , y esclarece en los términos que transcribimos = *Dum tamen institutor illius primogenii formam in alia scriptura authentica observari preceperit, ad ipsam que schedulam dispositionem ipsam retulerit; constetque liquido eam schedulam esse illam ad quam institutor suam voluntatem, atque dispositionem direxit.* Lo mismo enseñan Pelaez Mieres (65) en su tratado particular de Mayorazgos , Covarrubias (66), Gutierrez (67), y el Antonio Gomez.

(63) Pareja tit. 1. resolut. 3. Quando excede del valor de una libra de oro, lo que se disputa, el cotejo ó comparacion de letras, ni el dicho de los testigos pruevan sin otros convencimientos. Novela 73. Cap. 9.

(64) Molina de Primogeniis lib. 2. Cap. 8

(65) Quæst. 48. Part. 1. núm. 219.

(66) In Cap. Cum tibi de testament.

(67) Practic. Quæst. lib. 3. Quæst. 41. núm. 5.

mez (68). Preséntese pues, y señálese el documento solemne en que el Señor Don José manda guardar, y cumplir la disposición contenida en la Minuta, producida en los Autos, quando sin esa calidad no es digna de la aceptación judicial. Los mismos AA. enseñan tambien, que quando se permite por la ley de Toro probar el Mayorazgo de otro modo, que por un solemne documento, solo es en el caso de que el fundador no haya demostrado voluntad de querer se reduzga su disposición á pública Escritura; pues si tal fué su ánimo, faltando esta, nada se cree que se ha executado, y por necesaria consequencia es inadmissible qualquiera otra prueba, que se substituya (69): añadiendo, que lo que se concede probar por testigos no es la fundacion del Mayorazgo, sino que este estaba ya establecido, y que testifican solo del tenor del Instrumento, que por su antigüedad, ó descuido no pueda encontrarse, por ser literal la expresion de la ley: pruebese (dice) por escritura, que haga fee, ó por testigos que depongan en la forma que el derecho quiere (notese bien) del tenor de dichas escrituras: así Don Christobal de Paz acerrimo defensor de la opinion, que concede á los bienes de mayorazgos poseidos por costumbre antigua, y sin título el remedio de tenuta, confiesa, que no tiene lugar quando la disputa recae, sobre si existe, ó no la vinculacion (70).

H es

(68) *In leg. 41. Tauri.*

(69) *Hermosilla in leg. 6. Part. 5. tit. 5. núm. 20. Gomez lib. 2. variar cap. 2. núm. 17. Castillo lib. 5. Controv. cap. 67. núm. 50.*

(70) *Cap. 27. de Tenuta.*

Pero como la minuta presentada en los Autos es toda de la letra del Señor Don José, y la firma con que se halla subscripto el instrumento, que meditaba extender se ha reconocido por verdadera, propia, y legítima del fundador, y la calidad del reconocimiento dá fuerza de escritura pública al papel privado diciendo la ley (71): „ Debe valer bien „ así como si fuese fecha por mano del escribano público; „ es preciso asegurar, que esa memoria informe, y no autentica, se ha elevado á la clase mas solemne, por la confesion de las partes interesadas, y reconocimiento de la firma, y letra del otorgante.

Se nos presenta esta reflexion, como el Aquiles de la justicia, que patrocina la solicitud de Don Pedro Matías, y la mas inexpugnable trinchera de su defensa; pero á mi modo de entender nada mas débil, é inconducente podia producirse en juicio; capaz solo de alucinar á los que arrastrados de las primeras impresiones, no las analizan, ni conforman con las reglas mas obvias de la legislacion.

Repetimos lo que anteriormente dexamos asentado, que la expresa voluntad del Señor Don José fué hacer instrumento de esa nueva disposicion que meditaba; y que en ese caso la falta del documento solemne, no se suple por reconocimiento de testigos: *Quamvis credere homini fidedigno, et legali praestet bonam fidem, et excusationem; non tamen ejus aseveratio, licet jurata supplet scripturam* (72); aseguramos tambien, que el reconocimiento, y comparacion de letras, no califica la identidad del do-

CU-

(71) Ley 5. tit. 21. lib. 4. de Castilla.

(72) Velasco de jure Emphiteut. Quest. 7. núm. 19.

cumento, que se pretende comprobar, pues el papel simple, ó privado no se convence ser de aquel de quien aparece subscripto, sino concurriendo dos testigos contestes, que aseguren haber estado presentes, y á su vista haberse firmado por la persona á quien se atribuye: es doctrina expresa de Burgos de Paz (73) conforme, y apoyada en la ley (74) quando dice; „ en tal caso como este decimos, que non „ debe ser creido fueras ende, si pudiese probar por „ dos testigos buenos sin sospecha, que el otro fizo „ aquella carta, ó la mandó escribir: “ y el comentador de las partidas (75) añade, que en España no puede sostenerse la opinion contraria, aunque el interés que se disputase fuese de poca consideracion; y el cotejo, y reconocimiento se haya practicado comparando otros documentos que verdaderamente sean del otorgante: *non credo de jure nostri regni.....procedere dictum Bartoli, quod posset esse tanta vis comparationis, quod possit ei judex dare plenam fidem, cum ista lex dicat contrarium.*

Ni con propiedad jurídica puede titularse reconocimiento de letra, el que por extraños se hace de la subscripcion, y firma agena: Don José Véla (76) fundado en la ley que expresa: (77) *Recognoscere nihil aliud est, quam scripturam propriam, per relectionem approbare*, y el ilustrador de la Curia (78) solo se extienden á considerar por tal, el que hace el

(73) *In leg. 3. Tauri.*

(74) *Ley 119. tit. 18. Part. 3.*

(75) *Gregorio Lopez in hac leg. Glos. 6.*

(76) *Dissert. 42. núm. 34.*

(77) *Ley 56. D. de verb. significat.*

(78) *Dominguez Part. 2. Juicio Ejecutivo §. 6. núm. 6.*

el heredero del otorgante ; pero aun este sentir lo rechaza el Parladorio (79) asegurando, que ni á este puede obligarsele á que reconozca la firma del finado, pues escucha asegurar á Marcelo, y Ulpiano, que es iniquo jurar sobre un hecho ageno : *cum iniquum sit de alieno facto alium jurare* (80).

Mas como no es sola la comparacion de letra, la que afianza la certeza de la minuta, y firma del Instrumento, sino la misma confesion de la parte, que en su declaracion asegura, ser de puño, y mano del Señor Don José ; ella ha adquirido por ese medio, la eficacia de público, y auténtico documento.

Así sería sino se tratase de vínculo, ó mayorazgo, exceptuados por la ley de la generalidad de esa regla comun : ved aquí la razon obvia, decisiva, é indisputable ; el poseedor del mayorazgo no es dueño libre del Vínculo, es un usufructuario obligado á conservarlo, en toda su integridad ; no puede gravarlo ni disminuirlo, pues los sucesores no lo reciben en su propio nombre, sino en calidad de representantes del primer fundador (81) ; su administracion, y acciones son pues personalísimas, que en nada pueden perjudicar á los demas llamados á su goze ; así el reconocimiento y confesion, que hiciere le dañará al mismo sin trascendencia alguna á los demas nombrados : *nec ta-*

men

(79) *Lib. 2. rer. Quotid. Part. 1. Cap. fin. §. 5. núm. 9.*

(80) *Lex. 11. D. Rerum anotarum.*

(81) *Paz de Tenuta Cap. 37. Nihil enim accepit ab ultimo possessore : qui enim in Majoratu succedit, non ab ultimo possessore sed à fundatore rem habere dicitur.*

men ideo sequentium causa, propter superiores in posterum laedi debet (82); al modo que por no salir de la objecion que se nos forma, el reconocimiento del vale, ó pagaré, solo produce execucion contra el que lo confiesa, pero no contra los demas que en él se incluyen (83), ni causa daño á los otros acreedores del deudor comun: *licet confessio debiti sit debiti probatio, intelligitur contra contententem, qui sibi ex sua confessione, aut recognitione potest præjudicium afferre* (84).

Demostremos la solidéz con que vamos discutiendo en este punto con una reflexion comun en el derecho: todos saben que las transacciones entre las partes, que litigan, son recomendadas por la razon, y aconsejadas por la ley, como un prudente medio de evitar las inquietudes, incertidumbres, y molestias de un penoso litigio (85); con todo el poseedor del vínculo sin expresa Real facultad la misma, que necesita para gravar el fundo, no puede transar los derechos litigiosos del mayorazgo; porque su condescendencia no há de perjudicar á los sucesores, ni disminuir el derecho adquirido por el primer llamamiento: *In bonis majoratus nec transigi, nec etiam compromitti valeat. Quia bona majoratus subjecta alienari prohibita sunt* (86).

I

Por

-
- (82) *Lex. 70. D. de Legatis 2.*
 (83) *Olea de Cessione tit. 3. Quest. 3. núm. 13.*
 (84) *Salgado Laberynt. Part. 3. Cap. 13. núm. 13.*
 (85) *Petronii Satyric. Cap. 14. Placet emere quamvis nostrum sit quod agnoscimus, et parvo ære recuperare potius thesaurum, quam in ambigam litem descendere.*
 (86) *Molina de primogenitis lib. 4. Cap. 9. núm. 7.*

Por el mismo principio la confesion, y reconocimiento, que há hecho el padre de ser villano, ó pechero, no deroga la nobleza de los hijos, ni perjudica á su posteridad; porque no puede privarlos de un derecho, que les es derivado de sus Abuelos; de tal modo, que aun proférída sentencia declarándolos por plebeyos, pueden en todo tiempo abrir la causa, y clamar contra el perjuicio, que intentó el Padre inferirles por su reconocimiento: *Cum hanc nobilitatis prerogativam non ducat filius à patre, sed à majoribus suis, à patre eis auferri non potuit* (87); doctrina, que aplica á los mayorazgos Don Fernando del Aguila, en las adiciones á la obra de su Abuelo Don Hermenegildo de Roxas: *si quidem verum de jure est, quod sententia lata contra majoratus possessorem successoribus non præjudicat*; fundado en la razon indicada anteriormente; de que semejantes gracias, y donaciones no se derivan del último, que posee, sino del primero, que formó la vinculacion; y el hecho extraño, pues así debe nombrarse el reconocimiento del usufructuario temporal, no há de extenderse á derogar la voluntad del fundador, ni á perjudicar el interes de los llamados á su goze.

Convengámos pues, de que el reconocimiento de la minuta, y letra del Señor Don José no puede elevar ese papel privado á la clase de público, y auténtico, ni á darle eficacia, y fuerza para que por él se ponga la descendencia, y línea primogénita del Señor Marques Don Tadeo, abue-

abuelo de Don José Bernardo ; pues aun la confesion, y reconocimiento hecho por los padres de la escritura privada, en que han pactado no mejorar á sus descendientes, no perjudica á los demás hijos interesados en la herencia, y sucesion de los bienes (88).

Mas es indisputable, se añade en la defensa contraria (89), que según el comentario de los AA. á la ley 54. tit. 18. Part. 3. basta para las donaciones la firma del Escribano, y donante ; y numerándose los mayorazgos en esta clase, estamos en el caso, que se declare por tal la que contiene la minuta presentada, é instrumento firmado por el Señor Don José, y de cuya entrega testifica el Escribano Mariano Antonio Calero.

Aceptamos la doctrina en la parte, que titula donacion al llamamiento del mayorazgo : nos conformamos en que se le dé ese nombre, y logre los efectos de esa gracia ; pues nada se rebaja al buen derecho de Don José Bernardo, ni logra ponerse de mejor condicion la solicitud de Don Pedro Matías : mas entiéndase, que de ningun modo por este allanamiento confesamos la verdad del principio, que de contrario se proclama, pues nos es enteramente extraño, nuevo, y desconocido.

La ley 54. que se cita ni una sola palabra trahé de donaciones, ni en su célebre Glosador se encuentra el menor rasgo, que aluda á ella ; el epigrafe es en estos términos : „ Como deben ser fechas

(88) Castillo lib. 5. Controv. Cap. 149.

(89) Escrito á f. 151.

„ chas las notas , e las cartas de los Escribanos pú-
 „ blicos ; “ y en su interior se prescriben las reglas,
 que han de observar en los otorgamientos ; la ley
 105 de ese título es la que trata del modo de
 donar los hijos mortis causa, y dice : „ E debe ser
 „ fecha la carta de tal donacion como esta ante cin-
 „ co testigos : “ número , que el mismo derecho de
 las partidas exige para las donaciones hechas por
 qualquier otro hombre , que tenga libre administra-
 cion de sus bienes (90). „ Ca tal donacion
 „ debese facer delante de cinco testigos á lo menos : “
 ¿ dónde se halla pues esa ley , que con solo la
 firma del donante , y Escribano autoriza esas libe-
 ralidades ?

Se insinúa de contrario , que esa solemnidad de los cinco testigos es para las donaciones mortis causa , por otorgarse á manera de testamentos ; mas no para las que se celebran inter-vivos, pues para estas no es necesario ese número , sino la voluntad del que dá , y la aceptación del que recibe ; y de esta especie es la que intentó hacer el Señor Don José Tagle á su sobrino Don Pedro Matías.

Estamos acostumbrados á condescender en todo , y es preciso llevar hasta el extremo esa complacencia : es verdad , que la donacion aunque se haga por el enfermo , y moribundo se titula inter-vivos, si no hay recuerdo del peligro, y riesgo de la muerte en el instrumento que se otorga (91) ;
 pe-

(90) Ley 11. tit. 4. Part. 5.

(91) Gutierrez Part. 1. Cap. 12. núm. 18. *Debet in donatione hac fieri mentio mortis, vel periculi, ut dicatur donatio causa mortis; neque enim eo ipso, quod moriens donet, videtur donare causa mortis.*

pero no es menos incontestable, que no hay donacion entre vivos, ni puede alegarse ésta, y pedirse por ella quando el Donante no há hecho saber al agraciado el beneficio, que le hace, y le há cerciorado de su liberalidad, no de un modo indirecto, enigmático, y obscuro, sino con la mas clara, y manifiesta expresion de lo que le quiere donar. Así lo decide la ley de Partida quando advierte, que el que hace la generosidad la avise al agraciado: Por mensagero cierto, que le envie á decir señaladamente lo que le dá (92); repitiéndose lo mismo en otra ley (93): enviando á prometer, ó decir por su carta, ó mensagero: por lo que aun quando se tenga cierta noticia de la donacion por otros conductos, y avisos, no siendo por el mismo donante, ó por el que especialmente há encargado para el efecto, la donacion es nula, y nada puede pedirse por ella: es expresa doctrina de Don Fernando Menchaca (94): *nec sufficeret, ut donatarius aliunde hujus rei notitiam haberet, etiam si eam acceptaret*; y el César Capicio (95) asegura, que no es permitido separarse de esta sentencia, en el juicio, y decision de las causas, lo que el Gregorio Lopez recomienda por cierto, é indubitable (96) aun despues de la promulgacion de la ley del ordenamiento (97), de cuyas palabras quisieron algunos valerse para poner en duda esta firme, y fundada opinion; cuya solidez estriva en que la aceptacion per-

K

fi-

-
- (92) Ley 4. tit. 4. Part. 5.
(93) Ley 3. tit. 11. Part. 5.
(94) Lib. 2. Contrav. Cap. 15. núm. 8.
(95) Deciss. 180. núm. 8.
(96) Glos. in leg. 4. tit. 4. Part. 5.
(97) Ley 3. tit. 8. lib. 3.

ficiona esa gracia : ántes [de ella no puede decirse , que se há cumplido todo lo que se intentaba hacer ; ni la valida , el que se acepte muerto el donante , pues habiendo pasado por su fallecimiento el dominio de los bienes á otras manos , la aceptacion causaria el perjuicio á esos poseedores de despojarlos de lo que tenían adquirido (98).

A vista de estas legales determinaciones , y de la declaracion de Don Pedro Matías , que nada sabia , que jamás le dixo el Señor Don José de esa opulenta donacion ; de la del Escribano Calero , que le hizo especial encargo el Señor otorgante , de que ocultase su disposicion al mismo agraciado en ella : ¿ se podrá sostener por donacion ese informe papel , daremos crédito á la segunda declaracion de Valverde (99) , en que asienta que Don Pedro Matías le dixo que el Señor Don José le dexaba Barandas , y Chacra ; pues quando no fuese enteramente falsa , y digno el que la produce de sufrir todo el castigo , que impone la ley al perjurio , yá por ser opuesta á su primera declaracion , y con tiempo sobrado para haber tratado con la parte contraria (100) , yá por serlo igualmente á la ignorancia , que el mismo Don Pedro Matías há confesado tenia del beneficio , que se le hacia ; en cuyo caso se há de preferir este dicho al de todos los

(98) *Gregorio Lopez in leg. 4. ctt. Glos. 2. Burgos de Paz. Quest. Civil. Quest. 10. num. 36.*

(99) *A. f. 128.*

(100) *Gregorio Lopez in leg. 30. tit. 16. Part. 3. Sed si testis post depositionem cum aliqua partium locutus est , et redeat ad dictum suum corrigendum ; non est ferendus á giudice.*

testigos, que se produxesen (101) ? No le preguntaríamos siempre á Don Pedro Matías, qual es el mensagero ? Qual es el nuncio ? Qual la carta, ó aviso, que le dió el Señor Don José de que le nombraba á ese vínculo, y le distinguia con esa donacion ?

Pues no sea pacto, no sea donacion (se dice), pero á lo ménos ha de sostenerse por última voluntad del Señor Don José en favor de la qual las leyes se explican con tanta equidad, que sin ser necesarias solemnidades, ni requisitos, la protejen, y apoyan, ordenando observarla puntualmente, y cumplirla con exâctitud.

Es la reflexion mas especiosa, y aparentada, que há podido producirse, pero de igual debilidad que las otras, que dexamos desvanecidas. Exâminémosla por el mismo método, que hemos observado en las demas, y quedará manifiesta la poca atencion que se merece.

Asentamos por principio seguro, que aunque en los contratos, y demas actos que celebran los hombres, sea por derecho suficiente número el de dos testigos; pero el mismo exceptúa al testamento de esa regla general (102), porque la prueba de la última voluntad há de ser privilegiada, y superior á toda excepcion. Así la ley de Castilla (103) ordena sean tres los testigos, que aseguren haber oido al

(101) *Barbosa in leg. Cod. de Fid. Instrum. Ubi verò testes contradicunt dicto, et confessioni ipsius partis, nihil probant, sed statur ejusdem partis confessioni, quando in ejus præjudicium tendit.*

(102) *Ley 32 tit. 16. Part. 3.*

(103) *Ley 1. tit. 4. lib. 5. de la recopilacion.*

al que dispuso , que esa era su formal determinacion; y el Guzman nos advierte (104) se tenga muy á la vista esta resolucíon, quando se trata de calificar la última voluntad, pues ninguna otra puede encontrarse mas clara, y decisiva: *en expressum textum, ubi voluntas morientis, tribus vicinis testibus comprobata valere debet, ut ultima voluntas; nota hanc distinctionem, et divisionem, nam fortè non facile hac claritate alibi inveniri valebít*; lo que repiten Azevedo (105), y Cancerio (106). No habiendo pues un solo testigo, que asegure haber oido al Señor Don José ser su voluntad se cumpliese, y guardase lo contenido en la minuta, é instrumento, como há de calificarse de su última, y postrimera disposicion?

Con otra reflexion igualmente sólida se convence la verdad que vamos demostrando. Si el hombre gravado de la enfermedad, ó sorprendido por algun otro imprevisto accidente, no há logrado perficionar su disposicion, la equidad de la ley ocurre á su socorro, y quiere tenga efecto su voluntad; y constando esta de qualquier modo insolemne, cuida de que se guarde, y observe; porque ese testador hizo lo que pudo, y no estuvo en su arbitrio revestirla de las legales condiciones, prevenidas para aquel acto (107): *Si in infirmitate gravatus non perfecit, voluntas debet substineri*; de modo que el fundamento, y razon de ese privilegio es la imposibilidad de poder solemnizar su disposicion: *Suppletur, et dispensatur solemnitas propter superveniens im-*
pe-

(104) *Theat. Vexif. 15. núm. 3.*

(105) *Coment. in ea leg.*

(106) *Lib. 5. variar. Cap. 4.*

(107) *Akursio in leg. 21. D. de testam.*

pedimentum, dicen unánimemente los AA (108). Apliquemos pues esta doctrina á la presente causa : el Señor Don José determina hacer un público instrumento, tiene sobrado tiempo para ejecutarlo; no hay embarazo, que se lo impida, ni enfermedad, que lo estorve : cinco meses despues extiende su testamento : en él nombra herederos por iguales partes á Don Pedro Matias, y á Don José Manuel padre de Don José Bernardo : no hay diferencia en la institucion, que haga presumir mas afecto, y aprecia al un sobrino, que al otro (109); ámbos son llamados al goze y sucesion de su rica herencia, y quantiosos bienes ; en ello dá una completa prueba, que en su ánimo ocupan el mismo lugar (110), y que su inclinacion no es preferir el hermano menor al primogénito, sucesor de la casa ; y poseedor del título de la familia : en esa final disposicion ni una sola palabra habla, ni la mas corta expresion se encuentra, que aluda á esa minuta, y proyectado instrumento ; pues, ¿ qué prueba mas clara, de que se arrepintió, y no quiso se cumpliese lo que tenia meditado ? *Quando diu supervixit, et nihil egit ; tunc dicitur illius destinationis pœnituisse* (111); doctrina, que recibe

L

la

(108) Gomez in leg. 3. Tauri. Matienzo in leg. 1. tit. 4. lib. 5. recopilat. Glos. 4. Flores Mena lib. 1. Quæst. 3. Escañõ de testament. Cap. 22.

(109). *Ex eo quod quis est magis honoratus ; ex hoc enim presumitur magis dilectus.* Menochio lib. 4. præsumpt. 16.

(110). *Æqualitatem affectionis ad hunc effectum deducit solum, ex eo quod plures vocati fuerint sub nomine colectio, et eo non citato.* Palmi Alegac. Posthum. 70.

(111). Castillo lib. 5. Controv. cap. 26. num. 6.

la mayor fuerza á vista de las expresiones, que contiene el instrumento otorgado el año de 95; pues en él se dice por el Señor Don José, que se reserva poder revocarlo por su testamento, ó última voluntad, que está para hacer; en lo que demuestra, que de ese último acto hace depender la subsistencia del primero.

Si todo lo expuesto es de una incontestable certeza legal, lo es mucho mas á vista del mismo documento; pues en él se trata de anular lo dispuesto en un Instrumento público, y auténtico, aumentar nuevas posesiones al vínculo derogando sus primeros llamamientos, y posponiendo la línea directa, y preferida; gestiones, que no pueden practicarse sino por una Escritura de igual fuerza, y solemnidad, clara, decisiva, y expresa.

Es un dato seguro, que el último Instrumento debe comprehender cláusula derogatoria, en la que se revoque, é invalide el primero (112). El defensor de obras pias, que en desempeño de su cargo promueve con energía la subsistencia de la minuta, lo confiesa así, quando asienta (113); que la revocacion exige por su naturaleza expresa mencion del acto revocado: léase pues con el mayor cuidado esa memoria, y esa informe escritura, y en toda ella no se encontrará un solo rasgo, una sola palabra, ni el menor recuerdo del Instrumento auténtico del año de 756: para nada se habla, ni trata de él; no se enuncia su derogacion
aun

(112). *Fontanella Decis* 51. *Salgado de regia protet. part. 3. cap. 10. num. 91.*

(113). *Escrito de f. 173.*

aun con la general, y comun cláusula, que contiene todo Instrumento; pues solo se deduce estar revocado el primero, por consecuencia del orden que el vínculo de Vega-Tagle corra unido al que se funda en las Barandas, y que este lo posea Don Pedro Matías, y su descendencia; pero con claridad no lo dice, ni lo manda, y aunque tácitamente se comprenda, no es bastante esa indirecta voluntad para excluir á los primeros nombrados, porque siendo la exclusion del vínculo una verdadera exheredacion, y un despojo, y apartamiento del derecho que se tenia adquirido por los llamamientos anteriores (114); para que esta subsista, y valga, há de ser expresa, clara, y determinada, no por inferencias, deducciones, y consecuencias (115).

Resumiendo todo lo expuesto, queda demostrado, que el Señor Don José Tagle no tuvo facultad de variar los nombramientos de la fundacion contenida en el Instrumento del año de 756, ni en su propia representacion, ni como Comisario del General Don Luis de la Vega Celda, de la Señora Marquesa Viuda de Torre-Tagle, y del Doctor Don Francisco Tagle: que el Instrumento en que pretendió hacerlo, es de ningun valor ni efecto para derogar los primeros llamamientos: que el reconocimiento de la letra, y firma no es prueba bastante para elevarlo á la clase de escritura pública, y auténtica: que no habiendo hecho recuerdo de su contenido el Señor Don José en algun otro documen-

(114). *Molina lib. 1. de Primogeniis cap. 9. num. 10.*

(115). *Gregorio Lopez in leg. 3. tit. 7. Part. 6. Van de Poll de exheredatione romana, atque hodierna.*

to, es incapaz de destruir la primordial fundación: y por último, que la equidad dispensada por la ley para apoyo de las últimas voluntades no le protege, ni alcanza; pues esa minuta no la hizo gravado de enfermedad, oprimido de accidentes, y sin ocasión de perfeccionarla, quando tuvo el dilatado tiempo de cinco meses para ratificarla en modo legal, como lo hubo para extender el testamento con todas las necesarias solemnidades; guardando en él un profundo silencio sobre el aumento del vínculo, y derogaciones de los anteriores llamamientos. Reflexiones todas, que hacen incontestable la verdad de nuestra primera proposición, de que no tuvo poder el Señor Don José Tagle para revocar lo vinculado en el año de 756; pasando á demostrar, que tampoco quizo variar los nombramientos, pues permaneció firme, y constante en aquel animo, deseando se conservasen sin alteracion alguna, que es lo que vamos á convencer en el

2.º PUNTO.

No hay expresion mas comun, y repetida, que la de ser el hombre supremo arbitro, y señor absoluto de sus bienes: Disponga, y sea ley su voluntad, es el respetable proverbio derivado á nuestros tiempos de los fragmentos de las elogiadas doce tablas de los Romanos; mas este principio cierto, y seguro es invadido por el baxo interés, que patrocinado de serviles, y venales plumas como las nombra el Cardenal de Luca (116):

Quo-

Quorum scripta conductitia sunt, atque venalia; se empeñan en persuadir ser sería deliberacion las expresiones mas obscuras, y los actos mas indiferentes.

Solo hay dos medios de descubrir el hombre los interiores sentimientos de su espíritu, las palabras, y los hechos; aquellas son los órganos seguros, que la naturaleza (117) le há franqueado para manifestar los árcanos de su corazon; estas las señales no equivocadas de su firme voluntad: faltando voces, y acciones, sería atentar á los sagrados derechos de la divinidad, atribuirse el conocimiento de las reservadas intenciones: cien testigos, que lo asegurasen, se castigarían por falsos, ó se despreciarían por insensatos: *etiam si hoc probaret per centum testes; ratio, quæ infert in proposito est, quia redibit testimonium de intentione, quæ soli Deo est cognita* (118).

Pues no es otra la solicitud de Don Pedro Matías: sin demostraciones ni palabras, que puedan persuadir derogados los primeros llamamientos, y preferida su persona, y línea; sin acto alguno, que convenza la variacion de los anteriores nombramientos, promueve esa extraordinaria accion, pretendiendo destruir un instrumento público, auténtico, y solemne.

En efecto no encontramos otras expresiones en los Autos, que puedan adaptarse á la intencion de Don Pedro Matías, que las obscuras, vagas, é inciertas

M

tas

(117). Castillo lib. 4. Controv. cap. 6. *Verba sunt naturalia instrumenta, quibus intentio cordis exprimitur.*

(118). Castillo lib. 2. Controv. cap. 4. num. 60.

tas de = si me determino, te entregaré unos papeles que te convienen mucho. Si no es lícito apartarse del sentido propio de las palabras, sino quando es constante, que el que las profiere quiere dar á entender cosa distinta de lo que ellas enuncian: las palabras „ dice la ley, (119) deben ser entendidas llanamente así como ellas suenan, e non se debe el „ Juzgador partir del entendimiento de ellas: “ si la inteligencia de las voces debe deducirse de su general, y comun uso; y sobre todo de lo que quiso significar el que las profiere, pues debemos acomodarlas á su idéa: *verba ideis exprimere eorum, qui eadem adhibent: igitur non ex propriis ideis ex sua quadam cogitandi ratione ea accipiat; sed loco ejus, qui verba facit, aut aliquid scriptum reliquit se ponat, illius veluti personam gerat, et recte mentem ejusdem, atque sententiam intepretabitur* (120): ¿ cómo puede aspirarse á que esas expresiones: si me determino te daré unos papeles, que te conbienen mucho, quieren decir: yo revoco la vinculacion hecha el año de 756; pospongo la línea predilecta, y preferida de mi hermano el Marques Don Tadeo, y agregando al mayorazgo, que tengo fundado el cúmulo de mis bienes raizes, te llamo con antelacion á su goze, anteponiendo tu descendencia á la del primer agraciado? En verdad, que para deducir de aquellas palabras este discurso, es preciso revestirse del sublime don de penetrar los corazones: escollo facil de evitarse si-
M
guien-

(119). Ley 5. titi 3. Part. 7.
 (120). Cesar Baldinoti De rect. humani ment. institut. lib. 4.
 cap. 12.

guiendo la natural interpretacion de las voces, y no los delirios de una imaginacion acalorada por el interes: *inhærendum est potius verbis, quam menti imaginariæ, et incertæ* (121).

Pero seamos generosos hasta un extremo, que no puede esperarse; seamos francos hasta la prodigalidad: concedamos á Don Pedro Matías que las expresiones = „ si me determino te entregaré unos papeles que te „ convienen mucho, “ no tienen otro sentido, ni admiten mas significacion, que la que quiere adaptarles, y es conforme á sus designios; aun así yo aseguro, y voy á demostrarlo, que en ese favorable caso; en esa alagueña hipótesi, está excluido por su mismo tenor; pues ellas convenzen, que el Señor Don José no se resolvió á derogar la fundacion primera, y que su voluntad se mantuvo suspensa, é indiferente hasta el cumplimiento de la condicion, que incluian, y que jamás llegó á verificarse; siendo igual no disponer, que hacerlo baxo una condicion, que no tiene efecto: *paria nanque sunt nihil fieri, vel fieri sub conditione, quæ non purificatur* (122).

Porque si atendemos á los términos con que se define la condicion, hallaremos ser esta un acontecimiento, que suspende el acto que se exercita, para valorizarlo, ó destruirlo segun su falta, ó existencia: *conditio est quidam actus, vel eventus futurus, in quem dispositio confertur validanda, vel infirmanda* (123): así toda condicion aunque solo explique un caso in-

clu-

(121). Castillo lib. 2. Controv. cap. 4. núm. 60.

(122). Ripa lib. 1. respons. cap. 2. núm. 23.

(123). Gómez lib. 1. Variar cap. 12. núm. 59.

cluye ambos: lego á Ticio ciento, si fuere elegido Cónsul. Si este legado incluye el caso positivo de la condicion, comprehende tambien el negativo: si no fuere elegido Cónsul, nada lego á Ticio (124): del mismo modo quando el Señor Don José expuso; si te doi unos documentos, que tengo reservados, lograrás el beneficio, que en ellos se contiene; comprehendía la contraria alternativa; si no te los entrego, no es mi voluntad disfrutes esa gracia.

Se demuestra con mas claridad este pensamiento analizando las palabras, que asienta Don Pedro Matias le dirigió el Señor Don José como manifestacion de su voluntad: si me determino, te daré unos papeles, que te convienen mucho: *si* en el uso comun de nuestra lengua es una partícula, ó conjuncion condicional (125), del mismo modo que en el latin. (126) La ley de partida se explica de este modo: (127) „ las condiciones se fazen por esta palabra *si*“: su efecto no es otro, que suspender la voluntad; si ella se cumple se dá por concedida la cosa sobre que recae: si no se verifica, se tiene por negado lo prometido: „ e por ende, prosigue la ley, fasta, que sepan „ en cierto, si la condicion se cumple, o non; esta el „ pleito principal sobre que es puesta en pendencia: „ y en otra se repite: condicion es fecha con esta palabra *si*; como si dixese uno á otro: „ prometo de te „ dar cien maravedis si fueres á tal lugar por mí“.

Prosigamos: „ me determino „ ; determinacion acto de

-
- (124). *Ley 6. D. Quand dies legat.*
 (125). *Diccionario de la lengua Castellana.*
 (126). *Lex. 2. D. de Condit. et Demonstrat. Lex, 109. D. cod.*
 (127). *Ley 1. tit. 4. part. 4.*

de la voluntad, que resuelve la indiferencia: *determinar*, resolver lo que se há de executar (128): con que el Señor Don José estava indiferente, y no resuelto á entregar á Don Pedro Matías lo que le convenía.

Y en que circunstancias asegura, que no estaba en ánimo de que se verificase su disposicion? Quando yá tenía firmado el instrumento, y habia extendido la minuta, que la contiene: así no dice; si me determino otorgaré una escritura; haré una memoria, cuyo tenor te importa, y beneficia: sino, se enuncia expresando; te daré unos papeles formados, y yá existentes, que retengo, porque no estoi resuelto, á que se cumpla, y execute lo que en ellos se dispone: la prueba de que hé vencido la indiferencia, é irresolucion en que al presente me hallo, es la tradicion, que te haga de esos documentos: mientras no se realiza esa entrega, nada hé resuelto, nada hé determinado. Si en ningun tiempo pues franqueó el Señor Don José esos papeles, que por sus mismas palabras, era la señal segura de estar resuelto, y decidido; es indudable, que no se cumplió la condicion, que suspendía la voluntad, y que no la hubo en el Señor Don José de agraciar con esa donacion á Don Pedro Matías; pues si en el caso positivo de darle los documentos se determinava á nombrarlo sucesor del vínculo de Vega Tagle; en el negativo de no entregarlos, quedaba excluido del mayorazgo, y aumento que proyectava agregar, enseñandolo así el Jurisconsulto Florentino quando dice: lo que se quita

N

ba-

bajo una condicion, se concede en su contrario extremo: *si sub conditione adimatur, sub contraria datum intelligitur* (129).

No se le oculta á la parte contraria la inexpugnable fuerza de esta reflexion; así deseoso de eludiria, cae en unas contradicciones tan claras, y manifiestas, que solo el descubrirlas, es el medio mas sólido de refutarlas. Yá se nos dice (130): con que Have hubiera abierto esa arca (en la que estaban los papeles), si el mismo enfermo no se la hubiese quitado de su propio cuerpo en que la tenia, para remitirla á mi parte, en testimonio del desapropio, que hacía de sus bienes, y de su final confianza, y amor: yá se retracta ese modo con que se quiere persuadir la entrega asentando (131): que fuera de su sentido el Señor Don José como lo advirtiéron á Don Pedro Matías los Religiosos auxilian- tes, se contentó este con llamar al negro Manuel, que asistia al finado, y preguntandole por la llave de aquella arca, y sacandola debajo de la almoha- da del enfermo la manifestó, y entónces se le pre- vino por Don Pedro Matías en presencia de los mismos PP. la mantuviese en su poder sin entre- garla á persona alguna. Pueden dárse relaciones mas contrarias, idéas mas inconsiliables, y hechos menos conformes á la verdad? Si el Señor Don José vo- luntariamente entrega la llave del arca, en que se custodiaban los papeles, si la separa de su cuerpo (que

(129). *Lex. 14. D. de Adimend. Legat.*

(130). *Escrito de Don Pedro Matias á foxas 83.*

(131). *El mismo escrito á foxas 84.*

(que es la expresion , y estraña pintura que hace Don Pedro Matias de su difunto tio , dibujandolo en cama , y al tiempo de morir , colgada ella como unas santas reliquias , que amava con ternura , y de que no podia desprenderse sin dolor) ¿ cómo se espera el momento en que desfallecido , y casi muerto pueda el negro Manuel substraerla del lugar en que la habia colocado ? Son datos , que no puede combinar nuestro ingenio , y que le hubiera sido mas decoroso á Don Pedro Matías , no haber proclamado en su defenza.

Mas no solo las palabras descubren la resolucion del que las pronuncia ; hay otro modo de manifestarla , dice el sábio Rey Don Alfonso (132) : „ ca naturalmente las semejanzas , e los contenentes , que los omes muestran de fuera en sus fechos , fazen entender , quales son sus voluntades , e todas sus obras : “ y aun ellas suelen ser mas eficaces , que las voces para demostracion de la voluntad , pues no pueden producirse sino por un reflexivo consentimiento : *imo voluntas melius , expeditius , et fortius datur perintelligi rebus ipsis gestis , seú factis , quám verbis : quoniam facta efectum ipsum ostendunt , et magis deliberaté sunt* (133). Reflexionemos pues sobre los hechos , que se alegan , y quedará convencido ; que todos ellos conspiran á poner en la mayor evidencia , que el Señor Don José no tuvo ánimo de variar los nombramientos de la fundacion primordial , ni preferir en la sucesion del vínculo á Don Pedro Matías , y su descendencia.

Es

(132). Ley 39. tit. 5. Part. 1.
 (133). Castillo lib. 5. Controv. cap. 107. Roxas Almansa Disput. 2. Quest. 8.

Es un dato consentido por nuestra parte, no negado por la contraria, y constante en los autos, que el Señor Don José proyectaba aumentar el vínculo con las posesiones de las Barandas, y llamar á su goze á Don Pedro Matías; lo es tambien, que era su voluntad se solemnizase su disposicion en un instrumento público, y auténtico; pues para ello extendió de su puño, y letra la minuta entregada al Escribano Calero, aunque con el esencial defecto de no hallarse con fecha, lo que la excluye de servir de prueba de esa disposicion: *schedula debet continere diem, qua facta est: alias nihil probat, nihilque operatur* (134); lo es igualmente, que el mayorazgo para fundarse, no exige de necesidad público instrumento: pero no es menos cierto como se ha insinuado anteriormente, que quando el que dispone, ó contrahe, quiere que su resolucion se reduzga á escritura, hasta que esta se perficione, y revista de todas sus calidades, no hay voluntad, ni se puede pedir cosa alguna en fuerza de esa determinacion, ó pacto: „ quiero, son palabras de la ley (135), que „ sea de esta vendida carta fecha: e la vendida, que de „ esta guisa es fecha, maguer se avengan en el precio „ el comprador, e el vendedor, no es acabada fasta, „ que la carta sea fecha, é otorgada.“

De tal modo se dice no tener voluntad el que quiere disponer por escrito, si este no se perficiona

(134). *Escaño de testam. cap. 7. La fecha de la minuta, que corre á foxas 95. es de distinta tinta, y diversa letra de la del Señor Don José.*

(135). *Ley 6. tit. 5. Part. 6.*

na, y solemniza; que si há prevenido para mayor autorizacion, que dos escribanos subscriban el instrumento, si aparece firmado de uno solo no tiene fuerza legal, ni se juzga su contenido deliberacion verdadera del otorgante. El Señor Covarrubias propone la duda (136), y aunque no la resuelve, nos remite á Nicolas Boerio el que la decide del modo expresado (137); y lo mismo asienta Guido Pappo (138) por estas palabras: *sic etiam ubi partes ab initio contractus, ut majore solemnitate contrahant, et falsitatem evitent, duos notarios adhibent; non valet instrumentum super ipso contractu confectum, nisi per ambos notarios fuerit debite visum, ac signatum.*

Y la razon legal es muy clara; pues el que quiere disponer baxo cierta, y determinada forma, no tiene resolucion decidida, y constante, sino condicional, y suspensa del cumplimiento de esa calidad: no se puede decir, que há dispuesto, si no que se há preparado á disponer; siendo preciso, que proceda realmente á dar perfeccion á lo resuelto, para que pueda llamarse su voluntad verdadera: *solam sententiam, aut voluntatem non esse idoneam, neque efficacem ad producendum aliquem effectum dispositivé, nisi ultra testator processisset ad dispositionem faciendam* (139).

Es muy digno de recordarse en este punto el caso, que propone el célebre Oldrado (140). Un testador (nos refiere) habia dispuesto de sus bienes

O á

(136). *Practic. Quæst. 21. núm. 3.*

(137). *Deciss. 21.*

(138). *Quæst. 122.*

(139) *Castillo lib. 4 cap. 11.*

(140) *Consil. 119.*

á favor de una devota imágen: llama despues dos testigos, y un amanuense (el texto dice un Clerigo; *per quemdam clericum fecit scribi*: mas yo traduzgo así, porque en los siglos oscuros de la baja latinidad, en que escribia Oldrado la palabra Clerigo significaba letrado, ó escribiente (141);) y extiende una minuta en que nombra á los pobres sus herederos: manda, que el escribano reduzga á público instrumento esa disposicion; el muere al siguiente dia sin llegar á solemnizarse la escritura. Dudóse, si sería última voluntad esa determinacion, y la minuta tendría subsistencia; y responde Oldrado que no debe apreciarse como tal, porque no hay voluntad perfecta, quando no se ha revestido de la calidad de auténtica, que deseaba el testador; que es el fundamento en que apoyan su sentir los DD. que le siguen en esa opinion: *quia magis dabatur prævia quædam dispositio postea redigenda, quàm voluntas disponendi in effectu* (142). Llegando el sábio Cardinal de Luca hasta el extremo de ponderar, que sabiendose por revelacion de un Angel ser la memoria escrita, y extendida por el otorgante ni aun á favor de la causa piadosa se há de tener por voluntad perfecta, como lo tenia decidido Oldrado en el lugar que acabamos de citar. = *Data veritate dictæ schedulæ ita, ut ex Angeli revelatione certi essemus quod illa scripta esset á testatore, adhuc dicebam, id non sufficere....cúm sæpius hujusmodi scripturæ*
fi-

(141) Ducangè Glosar. *Mediæ et infirm. latin. verb. Clericus. Clerici præterea dicuntur Scribæ, Actuarii, et Amanuenses judicum.*

(142) Escañó de testam. cap. 13.

fieri soleant ad preparationem futuræ voluntatis adhuc ambulantis adeo, ut etiam in testamentis ad pias causas... exigatur ista perfectio, quam favor piæ causæ non supplet juxta consilium 119 Oldradi (143).

Pero nadie há tratado mejor esta materia, que el Señor Don Christoval Crespi-Valdaurra (144): pone tres conclusiones entre otras varias, que son unos inexpugnables fundamentos de la proposicion, que estamos persuadiendo. 1.^a Si el otorgante no estando en el acto de disponer declara su voluntad, á presencia de suficiente número de testigos; esa declaracion no há de sostenerse, porque no es voluntad de disponer, sino preparacion para ejecutarlo: *non est testamentum, sed præparatio.* 2.^a Si extiende la minuta de todo lo que determina hacer, para que el escribano la reduzga á público instrumento, y fallece ántes de que se extienda, no se sostendrá esa memoria ni en favor de una manda piadosa, porque no solo falta la solemnidad de la escritura, sino tambien la voluntad del otorgante, contra la qual no hay dispensa, ni privilegio: *non tamen extenditur privilegium ad id, ut sustineatur in ejus favorem testamentum imperfectum defectu voluntatis, sed tantum defectu solemnitatis.* 3.^a Si há querido se extienda por escrito su disposicion, no hay voluntad verdadera, ántes de que se concluya, y publique el instrumento, pues es suspensa, y condicional su deliberacion hasta verificarse el solemne otorgamiento; *quia censetur voluntas suspensa usque ad illam publicationem:* de modo que

(143) *De testament. Dicurs. 6. núm. 17.*

(144) *Observat. 52. Conclus. 2. 3. et 7.*

que al la minuta, ni su entrega al Escribano, ni las expresiones de que así quiere disponer, convengan voluntad perfecta; pues esta solo se reconoce, quando solemnizado el documento con todos los requisitos, que lo hagan público, y auténtico firma el que lo otorga en presencia de testigos, y Escribano, y ponga este la cláusula: *así lo otorgó*. Es lo que enseña Castillo, siguiendo la doctrina de Tello Fernandez (145): *dici perfectum ex clausula notarii, cum tabellio apposuerit illa verba, quæ apponi solent communiter: actum est*: pues entónces se há llegado al término, que intentava el otorgante, y nada mas resta, que hacer para que quede concluida, y perfecta su voluntad: *Ultima enim voluntas tunc dicitur perfecta, quando testator devenit ad actum testandi, qui eo instanti, aut momento perficitur, absque eo quod perfectionem spectet ab altero futuro actu, in quem collatus sit; ita, ut dicatur voluntas conclusiva, quæ non sit in via, sed in termino* (146).

Estas doctrinas no son nuevas, ni desconocidas; son apoyadas en las mas claras decisiones del derecho comun. Desde las Instituciones sabemos, que el soldado para disfrutar el privilegio de testar militarmente, há de hallarse en el acto mismo de disponer, llamados los testigos, que hán de testificar de su voluntad: *convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur* (147); de modo, que si fuera de la ocasion en que se dedi-

(145) *In leg. 3. Tauri núm. 19.*

(146) *Luca de testament Discurs. 12. núm. 15.*

(147) *Lib. 2. tit. 11. § 1. Lex. 24. D. de testam.*

ca á perficionar su disposicion , dixese delante de testigos : te dexo mis bienes , te hago mi heredero ; no se cumplirán esas expresiones por ánimo verdadero , y sério : *non oportet hoc pro testamento observari* ; pues no es acto de disponer la entrega de la minuta , para que se extienda el instrumento , sino es solo preparacion para otorgar , por la que nada se puede pedir , aunque se trate de un fideicomiso , cuya naturaleza admite interpretaciones benignas , y recomendables. *Ex ea scriptura , quæ ad testamentum faciendum parabatur.....nec ea , quæ fideicomissorum verba habent peti possunt* (148).

Pero á ese papel simple , á esa minuta de la mano , y letra del Señor Don José , aunque se le declare por instrumento informe , nulo , é insubsistente no podrá despojarse de la calidad , de ser una incontestable prueba de la voluntad del otorgante.

La reflexion se forma de contrario con estas literales palabras (149). Los AA. están uniformes , que aunque se declare por nula una Escritura , el contrato siempre se deberá declarar por válido , y subsistente , porque aunque Dios sujetase al Principe las leyes , pero no sujetó á él los contratos ; y así la declaracion hecha en tal instrumento no se viciará , aunque el tal instrumento se vicie : porque aunque el legislador esté sobre la cabeza del derecho civil , pero tambien está bajo los pies del derecho de gentes , y porque el derecho natural es

P

mas

(148) *Lex. 29. D. qui testam. facer. poss.*

(149) *Escrito de Don Pedro Matias á foxas 153.*

mas poderoso, que el derecho del principado.

Confieso que no entiendo este largo periodo: ó él no encierra dificultad alguna, ó ella es muy superior á mis alcances; que es lo que en iguales circunstancias contextava un conocido Escritor (150) añadiendo, que en ambos extremos siempre su causa estava muy segura, y afianzada: *Ego ut verum fatear, hujus oppositionis vim non intelligo; ideoque arbitrator aut nullam difficultatem in se obtinere, aut tantam subtilitatem, quæ ingenii mei captum excedat; utcumque res se habeat causa nostra erit in tuto.*

Despojado el argumento, que de contrario se forma de todo el aparato de esas insignificantes voces, él queda reducido á la sencilla expresion; que del acto nulo se califica, y prueba la voluntad del que lo extiende: question que exámina detenidamente el Señor Castillo (151), y en la que despues de transcribir una dilatada lista de AA., que unánimemente sobstienen, que el instrumento imperfecto demuestra la deliberacion del que lo otorga, concluye apoyando esa sentencia con graves, y sólidos fundamentos; la que sin embargo de tan recomendables testimonios, aseguro sin rezelo ser inadaptable á la presente causa.

No se crea, que poseido del necio orgullo con que se explicaba Paulo de Castro (152) repita con él: *yo lo digo, y soy bastante á formar autoridad: sufficit autoritas mea, qui video et cognosco prædicta*

(150) Rosa Consult. 19. núm. 3.

(151) Lib. 5. Controv. cap. 108.

(152) Lib. 2. Consil. 434.

omnia vera esse, et veritate fulciri; pues el mismo Señor Castillo siguiendo la doctrina de Peralta (153), y de Alvarado (154) asienta, que del acto inválido se comprueba la voluntad del que dispuso quando ella no se oponga, ni dirija á derogar lo que tiene manifestado en alguna Escritura pública, y solemne. Sus palabras son muy decisivas: *ac denique generaliter observandum, superiora omnia, quod voluntas testatoris declaretur, et interpretetur ex testamento nullo, et invalido, declaranda ac temperanda ut procedant nisi tractetur de tali voluntate probanda, aut elicienda ex testamento, ad revocationem alterius expressæ, et sollemnis: nam eo casu non probatur, neque desumitur ex tali testamento, vel dispositione nulla, aut inutili* (155). Con que sin exponerlos á sufrir la menor nota sobsteniamos, que la voluntad del Señor Don José no podia deducirse de ese instrumento insolemne, pues se dirigía á revocar, y destruir la Escritura pública, y auténtica de la fundacion del vínculo formalizada el año de 756. Pero hay un hecho, que de contrario se repite (156), y proclama por demostracion la mas clara, y decisiva de la firme, y constante voluntad del Señor Don José, y declaracion, y aun pública entrega del fundo vinculado; este es la orden de que librase Don Pedro Matias cierta cantidad de pesos con-

-
- (153) *In leg. 89. D. de Legat. 2.*
 (154) *De Confect. ment. Defunct. lib. 3. cap. 2.*
 (155) *Loc. ant. cit. núm. 24.*
 (156) *Escrito de Don Pedro Matias á foxas 147 y fox. 157.*

contra el arrendatario de las barandas de la Plaza, lo que así se verificó por dos veces.

Es preciso deslindar este hecho como últimamente se há producido, para convencer hasta la evidencia la inverosimilitud, contradiccion, y falsedad que en sí envuelve. El gran Valverde á pesar de todos los elógios con que se le quiere recomendar por Don Pedro Matías, apto para entrar en qualquier maniobra, perjuro, y criminal en todas sus declaraciones (157), como se há insinuado anteriormente, asienta en la que hizo á solicitud suya, que el Señor Don José le mandó extender los libramientos: que quando salió Don Pedro Matías á escribirlos le dixo al declarante: esto lo hago para que se vaya conociendo su firma en las partes que corresponde: que en la duda de como se titularía, le aconsejó pusiese como Apoderado del Señor su tio; mas que dicho Señor se incomodó mucho de la expresion *Apoderado*, diciéndole debia haber puesto como dueño, pues eran suyos propios aquellos bienes, como se lo tenia dicho privadamente en distintas ocasiones: mas el primero,

y

(157) No es una infundada invectiva la que asentamos sobre este testigo: sus declaraciones son un tejido de contrariedades desmentidas por los mismos Autos. A foxas 63. dice: que vió entrar á Calero, y que este le dixo al Señor Don José: *yá está acabado aquello, y en estado de que V. S. lo firme, y me diga quienes son los testigos.* Calero en la que produce á foxas 61. dice: que llevó al Señor Don José el instrumento con los borradores diciéndole: *están puestos por testigos Tomas Valverde, y mis dos oficiales segun el mandato de V. S. para el mayor secreto.* ¿Cómo le preguntaba pues quienes habian de ser los testigos, quando estaban nombrados, puestos, y señalados por orden, y voluntad del Señor D. José?

y segundo libramiento corrieron con la representacion de Apoderado.

Aunque todo este compasado relato tuviese el mas firme apoyo en suficiente número de testigos; aun quando Valverde no fuese único sobre este hecho, y por tanto de ningun aprecio su testimonio; la misma contradiccion que en sí enbuelve, convencería la falsedad con que se produce.

El objeto del Señor Don José segun Valverde era, que á Don Pedro Matías se le reconociese por dueño de las barandas; ¿pues cómo dexa correr los libramientos con el título de *Apoderado*, quando esta representacion destruía, y ocultaba la idéa, que se le supohe? ¿Cómo se reconocería la firma de Don Pedro Matías baxo la calidad de Señor de las barandas, quando por ella misma se calificaba, que solo era encargado del Señor su tio? El principal arrendatario Don Francisco Alarcon con un libramiento, que se le presentaba, para el pago baxo de ese nombre, y título, jamas podría presumir mas de lo que estos significan: toda otra inteligencia era estraña, inadmisibile, y superior á su conocimiento (158). No solo en el primer libramiento sino tambien el segundo, quando ya se dice habia manifestado su disgusto el Señor Don José de que se nombrase *Apoderado*, y no Dueño, lo extiende usando del propio término: asi los inquilinos solo podian reconocer á Don Pedro Matías por cobrador de ellas, y el Señor Don José no hubiera dexado correr los libramientos.

(158) *Omnis intellectus, qui non consonat auribus vulgi, tamquam extraneus rejiciendus. Ex Baldo Molina lib. 1. cap. 4. núm. 36.*

mientos en el modo en que se hallan, ni hubiera tenido ánimo de transferirle el dominio, y darle posesion de las Barandas; ni Don Pedro Matías hubiera extendido el segundo en esos términos sabida la intencion, y disgusto del tio. Le dirémos pues como en otro tiempo unos antiguos Emperadores: lo que de-claras, y aseguras se opone, y desvanece lo mismo, que deseas, y solicitas: *Professio, et desiderium tuum inter se discrepant* (159).

Mas supongámos la verdad del mandato en el modo, y circunstancias que se expresan: ¿ podrá con todo deducirse de ese encargo, llamamiento al vínculo anterior, y fundacion de uno nuevo? Quando por la comision de que cobrase cierta cantidad de pesos adeudada de los arrendamientos, se probase que queria manifestarle translacion del dominio de esa finca, solo se persuadiria lo que despues se verificó; que dexando la mitad de las Barandas entre sus bienes libres, y nombrándolo heredero en igual porcion con su hermano Don José Manuel, era dueño partidario de ellas, y con derecho á sus productos; pero es una consequencia extravagante, é infundada; reflexionar de este modo: El Señor Don José le manda á Don Pedro Matías libre contra los alquileres de las Barandas de la Plaza: luego lo nombra sucesor del vínculo de Vega Tagle fundado quarenta años ántes, y en tiempo que ni aun habia adquirido esas Barandas; las agrega al Mayorazgo, y pospone la línea primogénita, y preferida de su hermano el Marques Don Tadeo á la persona

sona, y descendencia de Don Pedro Matías. ¿Qué consonancia tienen entre sí estas proposiciones enteramente contrarias á las palabras, y mente del que las pronuncia (160)?

Deducciones mas jurídicas, y legales podemos extraer de los mismos hechos, que aparecen en los autos, y destruyen la solicitud de Don Pedro Matías. Sin desviarnos del que estamos tratando, la ley nos dice (161), y sus intérpretes con ella: Que aun quando el padre compre un fundo á nombre del hijo, y coloque á este en el instrumento que se celebra, no se juzga que quiso donarlo, sino le há hecho entrega, y puesto en posesion de la finca. ¿Cómo pretende pues Don Pedro Matías, que por habersele mandado librar contra el arrendatario de las Barandas se tenga por dueño absoluto de ellas, y de un modo que sujetándolas á Mayorazgo derogue otro vínculo anterior, y solemne?

Si contra el que presenta instrumento auténtico para apoyo de su accion, no se admiten presunciones, y conjeturas, que lo anulen, y destruyan (162): si por ellas no puede calificarse mudanza en la voluntad, y derogacion de lo dispuesto (163): ¿cómo por vagas, y obscuras enunciativas solicita Don

Pe-

(160) *Nec verbis, nec voluntati defuncti accommodata est. Lex. 63. D. de Legatis. 1.*

(161) *Lex 18. Cod. familiae erciscundae. Barbosa Collect. in hac leg. Verus intellectus est, quod in dicta lege non agitur de præsumentia donatione, sed tantum de rebus emptis per patrem nomine filiae, quae reperiuntur in hereditate patris, et ideo veniunt mero Jure dividendae inter cohæredes.*

(162) *Leg. 18. Cod. de Probat. Pareja tit. 1. resolut. 2. núm. 12.*

(163.) *Lex 22. D. de Probat. lex 1. D. Qui sustidare cogantur, Barbosa Axioma 230.*

Pedro Matías ser preferido á la sucesion del vínculo de Vega Tagle ?

Si el retener el instrumento en su poder la parte que lo otorga , si el no entregarlo al Escribano para que lo publique , es un legal convencimiento , que su voluntad se halla incierta , y dudosa ; que no ha deliberado tenga cumplimiento su contenido : *Testamentum dixi imperfectum ratione voluntatis , si post scriptam a notario dispositionem , testator publicationem distulit in aliud tempus* (164) : ¿ por qué confesando Don Pedro Matías , que el Señor Don José extrajo del poder de Calero la Escritura mandada extender : que difirió firmarla en su presencia , y con la expresion que despues le avisaría , retenéndola hasta su muerte sin devolverla para que se colocase en el Protocolo en que debía existir , há de reclamar por voluntad verdadera esa informe minuta , ó proyecto de disponer ?

Y por último ; si no hay prueba , que persuada de un modo mas claro , y constante el no tener ánimo formal de executar , y cumplir lo que se há meditado , que tener oculto , y reservado largo tiempo el documento , que contiene la disposicion , silenciándolo de los que por la calidad de testigos deben autorizarlo , y estar instruidos de su contenido (165) : ¿ cómo se há de persuadir , que el Señor Don José quiso derogar los primeros nombramientos , formar otros distintos , y preferentes ; y aumentar considerablemen-

(164). Castillo lib. 4. Controv. cap. 21.

(165). Nogueroi Allegat. 10.

mente el vínculo, quando ni por palabras, ni acciones há dado la menor señal de esa determinacion? Si tuvo tal designio, le preguntaremos á Don Pedro Matías ¿porqué lo ocultó tan largo tiempo, y muere sin haberlo jamás manifestado? *Nec enim debebat, nem tum magnam tandiu reticere* (166).

Pero esas mandas piadosas, concluye Don Pedro Matías (167), dejadas por el fundador á favor del culto divino, de los pobres, y huérfanos con el fin sobre-natural de merecer la gracia, y gloria, ó en satisfaccion de sus pecados, ó exõneracion de su conciencia; ¿no las sostendrá V. A. á quien por la ley de Indias toca inmediatamente la conservacion de estas obras pias como Protector de ellas? Interpelo su justificacion, para que atendidos estos recomendables motivos, y en fuerza de los sólidos, y eficaces fundamentos, que anteriormente ván deducidos, se sirva declarar por legítimo, y subsistente dicho Instrumento.

No hay arbitrio, que no se haya apurado para recomendar la accion de Don Pedro Matías; pero este como todos los demas anteriormente desvanecidos se produce con igual desgraciado sucesso. Á pretexto de religiosidad, y con el disfráz de obras pias se pretende sostener un documento inválido, apoderándose de un opulento vínculo, por unas escasas erogaciones (168). El Defensor de legados
mas

(166) Cap. 1. de *Frigidis, et Maleficiatis.*

(167) Escrito de f. 93.

(168) Luca de *Testament. Discurs. 17. núm. 4. Quod pietas esset color quæsitus ad fraudandam legem, et colorandam falsitatem, quia nempe volens aliena bona captare... detracto eo modico sumptu, qui ad illud pium opus explendum necessarius est, reliquum ad proprium prophanum commodum sibi appropriat.*

mas circunspecto, y reglado prescinde en su respuesta del valor, ó nulidad de la Escritura; pues para el apoyo de las subsistencias de esas mandas piadosas, creé haber suficiente prueba en esa minuta privada (169) por los privilegios con que el derecho distingue semejantes legados; mucho mas, quando la mente del Señor Don José aún considerada en su origen fué disjunctiva entre los extremos de memoria privada, ó instrumento auténtico, como significa la cláusula citada de f. 6. vuelta.

Se há tratado mucho de dicha cláusula para persuadir, que el Señor Don José en la misma Escritura de fundacion de 756 disponía, que qualquier minuta, ó papel aunque insolemne fuese bastante á transmitir su voluntad sobre la révocacion del vínculo, y sus llamamientos; así es preciso desvanecer ese aparentado paralogismo, por el tenor literal de ella misma. Sus palabras son estas: „ Declaro que lo „ que hoy sube, y lo que creiere en adelante el tercio „ de mis bienes de dichos veinte mil pesos (en que entónçes computaba la agregacion hecha á los Aniversarios de que se habló al principio) se apliquen „ para lo que yo dispusiere en una Memoria privada, „ ó Instrumento auténtico, que pienso otorgar sobre este particular; pero si no lo hiciere, ó haciéndola no se manifestase dicho Memoria, se entenderá aumentado, y unido el mencionado exceso á este mi Mayorazgo, el que se empleará en fincas seguras, y de aprobación de mis Testamentarios, y sus poseedores.“

En esta prevencion como se advierte por su mis-

misma lectura, nada se reserva el Señor Don José sobre revocar el vínculo, y variar sus llamamientos en memoria privada, é insolemne; solo trata del destino, que habian de tener parte de sus bienes, en caso de exceder de veinte mil pesos al tiempo de su fallecimiento, y en fuerza de su literal contexto tenemos pedida la agregacion de la mitad de los bienes libres; ¿por qué pues quiere extenderse lo que no há dicho, ni há mostrado ser su voluntad, quando semejantes interpretaciones, como que de ellas se origina daño, y perjuicio de tercero, deben ser rechazadas en los juicios?

Ni aun en el fuero interior de la conciencia hay obligacion de entregar, lo que se exige por un documento nuplo, é insolemne (170). La ley de Castilla es muy decisiva en este punto aún hablando del caso en que no se duda del consentimiento de los otorgantes, pues solo por el defecto de no hallarse en papel sellado el Instrumento, dice: „los irritamos y anulamos, para que en ningun tiempo hagan feé, ni puedan presentarse ni admitirse en juicio, ni fuera de él, dar ningun título ni derecho á las partes; „antes por el mismo hecho pierdan el que pudieran tener.“

Por estos fundamentos el Señor Covarrubias reprueba el sentir contrario (171) asegurando contra el Panormitano, que ni aun venialmente delinque, el que retiene lo que otro exige por instrumento

(170) Ley 44 tit. 25. lib. 4.

(171) In Cap. Cum esses de testament. núm. 10.

inválido, aunque no ignore, que baquella fué la vo-
 luntad dell que dispuso. *Nec veniale crimen committi,
 ipsumque agentem non teneri, ad restitutionem ejus,
 quod ex dicta actione fuerit consecutus. . . sup quæ ve-
 rissima mego la existimo, metiam si agens certo sciat
 illam fuisse voluntatem testatoris.*
 Ni se diga, que esa doctrina no se extiende á
 las obras piadosas, las que han de sostenerse sin
 necesidad de solemnidades; pues los legados, ó man-
 das no se anulan por la ley del Reyno (172), aun-
 quando se invalide el Instrumento, que las comprehen-
 de. Principio general no adaptable á la presente cau-
 sa; siendo así que las donaciones religiosas se conservan
 quando faltan las calidades civiles, que las autorizan;
 pero no si carecen de la prueba natural de dos tes-
 tigos, que nos aseguren de la voluntad del que dis-
 puso. En esas circunstancias como son las presentes,
 pues solo testifica de la deliberacion del Señor Don
 José el Escribano Calero; no tienen subsistencia las
 mandas piadosas, ni lo religioso de su destino las
 protege, y patrocina. Oigase á Burgos de Paz, co-
 mo se explica en este punto (173): *Sed animad-
 vertendum est, quod si testamentum ipsum, etiam
 quoad legata ad pias causas, jure non fuerit solem-
 ne (nempe quia duos non habeat testes, sed unum)
 quo in casu et jure canonico etiam quoad legata pia,
 ipsum diruitur testamentum, ut in Cap. Relatum de
 testamentis; quod et tunc hæres ab intestato, interio-
 ri in foro ipsa legata pia solvere non erit adstric-
 tus.*

Pero

(172) Ley 1. tit. 4. lib. 5. de Castilla.

(173) In leg. 3. Tauri.

Pero el Señor Don José, se dice por último, (174) dexaba esos legados á favor del culto divino, de los pobres, y huérfanos, para exoneracion de su conciencia, y satisfacer algunos cargos legítimos que pudieran oprimirle; y siendo las mandas de esta naturaleza una verdadera confesion de débito, el que insta por su paga; de qualquier modo que lo declare el deudor, debe sostenerse el instrumento en que se contienen semejantes declaraciones.

El Señor Don Juan de Solorzano trata la cuestión, ante que Juez debe solicitarse el cumplimiento de los legados, que dexan los Encomenderos á favor de los Indios (175): asienta que la duda ocurrió no una sola vez en esta Real Audiencia siendo Ministro de ella: *et semel et iterum me pro tribunali sedente, quæstio incidit*: nos dice haberse decidido, que ante el Eclesiástico podia pedirse el cumplimiento como legado piadoso, y formando la reflexión, que son esas mandas unas deudas confesadas, y por tanto no pueden decirse legados, ni obra pia, la esclarece añadiendo: Que eso debe entenderse, quando el que dispuso declaró con formal expresion, que era deudor de la cantidad, que con este título religioso donaba, ó de otro modo constase de esa obligacion; pero no quando usa de palabras generales, y de una expresion universal: *Nam hoc intelligitur ubi testator id expressé fateatur, vel alias constet de debito*. No habiendo pues usado,

S

do,

(174) Escrito de Don Pedro Matias á f. 167.

(175) De jure Ind. lib. 2. cap. 24.

do ni aun de generales expresiones de estar obligado el Señor Don José, no se despoje á su disposicion del religioso carácter de obra, y manda piadosa, para revestirlo del aparentado título de rigorosa deuda.

Contextando de este modo sobre las mandas piadosas, nos conformamos con las ideas de la parte contraria, que sigue y adopta el Defensor de legados; no porque en nuestro modo de pensar, ese título las sostenga contra la infraccion de las solemnidades señaladas por la ley, ni deba sin discernimiento darseles siempre una interpretacion favorable, y extendida, que claramente no se deduzga de la voluntad, y palabras del que dispone.

Los Escritores extranjeros, cuya autoridad no debe considerarse en los tribunales de España, como lo confiesa sin reparo el que por su dignidad, y doctrina há merecido ser escuchado con aprecio en todas las naciones (176), fundados en las decisiones de dos Capítulos de las Decretales (177) se empeñan en proclamar ese privilegio de la causa piadosa de subsistir, y valorizarse aunque se halle destituido el instrumento, que la transmite de los requisitos, que exige la ley civil. Algunos nacionales dis-

(176) *Luca de fideicomiss. Dic. 13. núm. fin. . . . Ideo species temeritatis eset illa Doctoris Itali, qui nunquam in Hispania fuit, neque illa Tribunalia practicavit, desuper maturum judicium interponere, dictasque leges interpretari, cum etiam in ipsamet Italia nedum aliquos modernos levis armaturæ, sed etiam antiquos gravissimos auctores, ipsaque magna Tribunalia in gravia, et clara incidisse æquivoca super interpretatione statutorum, vel legum municipalium diversorum principatum, vel civitatum ejusdem Italiæ videamus.*

(177) *Cap. 10. y 11. de testament.*

discurrieron tambien del mismo modo; pero los dos sábios Españoles Melchor Cano (178), y Don Manuel Gonzalez Telles (179) advierten juiciosamente, que esas resoluciones promulgadas por el Papa Alexandro III., como Señor temporal del territorio de Hostia, y Velébri á cuyos jueces se dirigen, no pueden reglar, y mucho menos destruir lo establecido por los demas Príncipes en sus Reynos. *Verius dicendum est solemnitate testium, jure Cæsareo inductam a præsentí abrogatam esse, non indistincte, et absolute, sed tantum in terris subjectis Ecclesiæ, quoad spiritualia, et temporalia, ut parebat Provincia illa Velitrensis, ut supra in inscriptione probavi; é Inocencio III. dá bien á conocer, que no se há de interpretar con benignidad, y extension la manda piadosa, quando contextando á los Obispos de Salamanca, y Zamora les escribe: (180) Que los exáctores del voto de Santiago, en la duda de que medida se han obligado á pagar los contribuyentes, reciban la menor, sin poder serlo á la mas considerable. *Cúm ergo non constet ad quam mensuram antecessores eorum prædicta vota persolverint volentes solvere ad minorem, non sunt cogendi, ut ad majorem persolvant.**

No se crea tampoco, que nos producimos en los términos propuestos, por el interesado designio de impedir el cumplimiento de esos recomendables legados. En los nueve años corridos desde el fallecimiento del Señor Don José deben estar acumu-

(178) *De locis Theologic. lib. 6. Cap. 8.*

(179) *In Cap. relatúm 11. de testament. núm. 14.*

(180) *In Cap. 18. de Censibus.*

mulados los diez, y ocho mil pesos, que destinó para su capital, y mandó señaladamente, y con exclusion de otro ramo (181) separar de los arrendamientos de las Barandas. Sobsténganse pues esas proyectadas fundaciones piadosas, á cuyo valor concurre mi generoso allanamiento; pero nada adelanta por esta condescendencia la accion de Don Pedro Matías. El instrumento será subsistente en quanto á las obras pias; inutil, y despreciable en la variacion de los llamamientos, y derogaciones que contiene: al modo de las sentencias consentidas en unos capitulos, y apeladas en otros, firmes é irrevocables en aquellos, y sin efecto ni fuerza en estos: *potest valere pro parte quoad unum capitulum, licet non quoad aliud* (182); mucho mas quando sabemos, que la subsistencia del legado piadoso no hace regla, ni consecuencia para el profano (183).

Todo lo que hemos expuesto, lejos de debilitarse con la prueba producida en la causa por Don Pedro Matías, se eleva á la clase de un victorioso convencimiento de nuestra justicia, y buen derecho. Cinco son los testigos presentados en los Autos, y un breve análisis de sus dichos demuestra hasta la evidencia, que el sentido natural de sus palabras, y la interpretacion legal de sus expresiones concurren á manifestar, que el Señor Don José no quiso variar la fundacion primordial del vínculo, y hacer aumentos, y agregaciones á favor de Don Pedro Matías,

El

-
- (181) Instrumento á f. 52.
 (182) Salgado de Suplicat. Part. 2. Cap. 13. núm. 30.
 (183) Ortega ad D. Covarrub. in Cap. Rekatum núm. 2.

El 1.º P. Don Manuel Mendoza de la Congregación de San Felipe asienta ; que habiendo muerto el Señor Don José á las once de la noche , al siguiente dia á las tres de la tarde le dixo Don Pedro Matías , que le acompañase á sacar unos papeles , que le habia ordenado su Tio recogiese luego que falleciese.

El 2.º Don Eugenio Vergara conforme con esta declaracion expresa ; que los llamó Don Pedro Matías para leerles esos papeles , que estaban en la gaveta ; asegurándoles , que su Tio le habia dicho hacer á su favor , y que era original.

No deslustremos la probidad de Don Pedro Matías ; respetemos en nuestras reflexiones su honradéz , y buena fée: aunque sea muy estraña la indolente , y fria tranquilidad de dexar correr casi un dia entero sin acercarse á registrar esos papeles , de cuya importancia , y utilidad se tenian avisos tan seguros , y anticipados , que aun la circunstancia de no estar en protocolo el documento se expresaba por la palabra *original* , que se aplicaba á la calidad del instrumento : papeles , que el Señor Don José habia encargado á Don Pedro Matías , como este lo refiere á los testigos , los sacase de ese lugar en que se hallaban luego , que falleciese : papeles en fin , que tan misteriosamente anunciados , aun quando no se tratase del propio interes debian excitar á su reconocimiento á la curiosidad mas apatica , é indiferente : no recordemos tampoco el contraste , que se descubre entre la declaracion de Don Pedro Matías (184) de

T
igno-

ignorar la existencia, y contenido de ese documento, con lo que expone al P. Mendoza, y Vergara quando los convoca para la apertura de la gaveta: omitimos tambien advertir, que la llave de esta, aún antes de morir el Señor Don José, estaba en poder de Don Pedro Matías, y por lo tanto con entera libertad de abrir, y cerrar, sacar, é introducir á su voluntad, y arbitrio todo lo que le conviniese; pues solo debemos contrahernos á lo que deponen los testigos en sus declaraciones.

Dos cosas distintas, y separadas se nos aseguran en ellas; la una, que concurrieron á la abertura de la gaveta, que esta se hizo en su presencia, y en ella se encontraron los papeles de que se trata: y este es un hecho, que no contextado en los Autos, y admitido por verdadero por nuestra confesion, y consentimiento dispensaba de toda prueba. En el supuesto de existir esos documentos, y haberse encontrado entre los papeles del Señor Don José corre la causa, y se há extendido la defenza. Pero lo que añaden esos testigos de la noticia comunicada á Don Pedro Matias del contenido de esos papeles, de que le interesaban, y los recogiese; es lo que disputamos con esfuerzo, y lo tenemos legalmente por falso, y supuesto, y sin crédito, ni aprecio judicial; pues esos testigos no aseguran, que oyéron decir tales expresiones al Señor Don José, sino que Don Pedro Matías les refirió, que el Señor su tio le habia hablado de ese modo. Así toda la veracidad, y certeza de esa asercion está reducida á la que se merece Don Pedro Matías; la que si en qualquier otro acto pudiera admitirse sin rezelo, siendo parte en la presente demanda, pierde todo valor su dicho, y el de los que sencillamente, y sin disfráz refieren lo que
al

al mismo interesado le oyeron decir (185).

El 3.º testigo Don José Matías Elizalde expresa ; que persuadiendo al Señor Don José á que se dispusiese como lo exigía el riesgo en que se hallaba , lo encontró muy dócil á cumplir con todos los deberes, que ordena la Religión en ese lance : mas excusándose por estar fatigado á tratar de los negocios temporales dejándolos para el siguiente día , le dixo el enfermo : „ lo principal yá está hecho : “ y que Calero entregó á Don Pedro Matías el testamento diciendole : el Señor Don José me manda entregue á V. este.

Quantas interpretaciones quieran darse á esta declaracion no tienen una repugnancia evidente con las palabras , y expresion : „ lo principal está yá hecho : “ y solo es excluida la inteligencia de querer comprehender en ella á la minuta , y documento informe extendido ante Calero.

Porque el Señor Don José para excusarse de las regladas, y amistosas insinuaciones de Don José Matías , podría dar á entender en „ lo principal yá está hecho : “ que ya habia reglado su conciencia , reconciliándose con Dios por la confesion , y penitencia , y preparadose con la recepcion de los demás Sacramentos. Este preferente deber del Christiano , que en todos los momentos de su vida le urge , y estrecha , en aquel lance le obliga por un riguroso precepto con propiedad pues decia el Señor Don José practicadas esas religiosas prevenciones „ lo principal está yá hecho . “

Si

(Si quiere contraerse la expresion á los asuntos temporales: diremos, que como la mas interesante de sus disposiciones era la fundacion del vínculo, y el desempeño de las que dejaron encargadas á su cuidado el General Don Luis Celda, la Señora Marquesa viuda, y el Doctor Don Francisco: extendido el instrumento público, auténtico, y solemne ante Agustin Gerónimo Portalanza en 756, podia decir muy bien y con alusion á él: „lo principal está ya hecho.“ Si á tiempo menos distante, si á lo que se trataba hacer en el dia se há de contraer esa expresion; igualmente se excluyen de su sentido la primordial fundacion del vínculo, y la minuta, y documento del proyectado aumento, y variacion de llamamientos: pues ambos instrumentos no eran obra de aquellas circunstancias; ambos estaban formados de antemano, el uno con todas las solemnidades que exige la ley, y el otro con los vicios, y defectos que se hán demostrado.

Pudiera tambien entenderse, y con la mas clara naturalidad, esa expresion „lo principal está ya hecho“ del testamento cerrado, que otorgó el Señor Don José, y que segun declara Don José Matías, le entregó á Don Pedro Matías el Escribano Calero de orden de su Tio: pues aunque ninguna de estas interpretaciones sea evidente, y exclusiva de qualquier otra, todas ellas no encierran la contradiccion, y repugnancia, que era preciso adaptar para aplicarla á la minuta, é instrumento ilegal, y privado, que se hallaba en la gaveta: pues este no colocado en protocolo, ignorado de los testigos, no autorizado por el Escribano, no comunicado al agraciado, no era disposicion verdadera, sino inhabil á que sobre él re-

cayese legalmente la expresion del Señor Don José:
 „ lo principal está yá hecho.“

La entrega del Escribano Calero á Don Pedro Matías del testamento cerrado del Señor su Tio, de que habla Don José Matías sin que en él se halle una sola palabra de vínculo, y llamamiento, gaveta, y papeles es una demostracion de lo que sostenemos con esfuerzo de que el Señor Don José jamás quizo variar de voluntad, ni derogar lo dispuesto en 756.

Porque ¿qué razon se nos dá de esa misteriosa reservacion, que ocultaba su disposicion? Ninguna otra, que la de no manifestarla ántes de su muerte, para evitar los disgustos, que podia causarle la desavenencia, que produciría entre los dos sobrinos. Pues el mismo sigilo, é ignorancia de su voluntad se lograba declarándola, ó insinuándola en ese testamento: no es otro el objeto, que se propone la ley quando permite esas disposiciones cerradas. „ Si por aventura (186), dice, lo quisiere facer en „ poridad (esto es secreto), que non sepan ninguno „ de los testigos lo que es escrito en él puedelo „ facer de esta manera.“ Quando el Señor Don José pues, que por ese modo de testar se hallaba libre, y á resguardo de que se publicase su disposicion nada dice, ni habla del contenido de la memoria insolemne hallada entre sus papeles, que otra cosa convence sino, que no quizo derogar los nombramientos anteriores?

V

EI

(186) Ley 2. tit. 1. Part. 6. Lex 21. Cod. de testam. *Licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt ea, quæ in eo scripta sunt, consignatam, vel ligatam, vel tantum clausam, involutamque proferre scripturam.*

El 4.º testigo P. Julian Larrea de los Clérigos agonizantes asienta; que habiendo pasado á cumplir con las obligaciones de su instituto, auxiliando al Señor Don José, le dixo este: Vm. vendrá embiado por mis sobrinos; yá todo está hecho, y en esa gaveta están los papeles de mis disposiciones.

No puede deducirse de estas palabras, que el Señor Don José habló de la minuta, é informe documento, que se custodiaba en aquel lugar: al contrario apoyado en esta declaracion, y en los principios mas obvios de derecho yo aseguro, que la clara voluntad del Señor Don José de sostener su primera fundacion se manifiesta al descubierto en esas mismas palabras.

Atendamos para esto á lo que dice el testigo Vergara producido por Don Pedro Matías, y convocado por él para presenciar la abertura de la gaveta. En ella, dice, se encontraron dos fundaciones; una volumosa, que contenia la fundacion de la Chacra de Vega-Tagle, y la otra en un pliego, que era la que se disputa; pues vé aquí descubierto sin embozo el oculto sentido de lo „principal está hecho,“ con que se explicó el Señor Don José hablando con Don José Matías Elizalde: y de „en esa gaveta están mis disposiciones,“ que es lo que comunica al P. Larrea.

Porque sin una caprichosa interpretacion opuesta á lo que quiso significar el Señor Don José, y recomienda el derecho, no pueden entenderse de la minuta presentada esas palabras dirigidas al P. Larrea, mis disposiciones están en esa gaveta; pues dicho Señor creía, que la venida de este Religioso la motivaba

un especial encargo de sus sobrinos para que dispusiese de sus bienes de un modo auténtico, y solemne : así contextar diciendo , que yá estaba hecho , que en aquella gaveta se encontraría lo que deseaban , es hablar de la vinculacion del año de 756 , no de un informe Instrumento, que no se hallaba revestido de esas esenciales calidades ; pues aún en la duda, y aunque sus palabras descubriesen una contradiccion aparente , la ley interpreta , y decide ; que semejantes expresiones se profieren para demostrar lo que se executa con arreglo, y en observancia de lo que se ordena por ella , y no para señalar lo que se aparta de sus preceptos, y solemnidades (187), siendo este axioma uno de los indisputables en derecho. *Ex dictis nunc , atque inferius dicendis comprobari, et deduci decantatissimam, et vulgatissimam scribentium omnium traditionem, et regulam illam: testatorem in dubio præsumi voluisse suam ipsam dispositionem esse conformem, atque consentaneam juris communis, et legis dispositioni ; et secundum illud accipi, regulari, atque explicari debere.*

El 5.º testigo Don Fernando Piélago refiere, que hablando de las cuentas, que tenia pendientes con el Señor Don José, le dixo este : con Pedro Matías no tendrá V. novedad, á él le dexo todo.

Si las seductoras persuasiones del interés no alucinan á la parte contraria ; es seguro , que en esa expresion solo reconocerá la calidad de coheredero , y primer Albacea en que fué nombrado por el Señor su Tío: pues tratándose de liquidar unas
cuen-

cuentas pendientes ; esta última investidura era la única, que daba personería á Don Pedro Matías para el exámen, y arreglo de ellas : siendo indiferente en esa operacion su llamamiento , ó exclusion del vínculo, ó mayorazgo ; y así sería importuna la respuesta del Señor Don José á Don Fernando Piélagó , que las aclarase con el sucesor al fundo de Vega-Tagle ; y muy sensata, y conforme al asunto de que trataba, decirle : con el que es mi Albacea, y á quien hé confiado todo el manejo de mis bienes , á ese há de ocurrirse para la cancelacion de lo que se me deba ; pues es una regla general adoptada en todo fuero, que las palabras dudosas se entienden, y deben explicarse con relacion á la materia, y objeto de que se trata (188).

Regula prædicta, quod verba intelligantur secundum subjectam materiam, et theologica, et philosophica, et procedit in omni materia.

Tales son las razones, que patrocinan la defensa de Don José Bernardo Tagle, contra la ilegal accion de Don Pedro Matías. La hemos reducido á la mayor brevedad , excusando largos períodos , vanas exclamaciones , y una inútil affluencia de palabras. Extenderíamos hasta lo prolixo la ramificacion de cada verdad jurídica, que se há insinuado , sino hubiésemos conocido desde el principio, que dirigidas nuestras reflexiones á los sábios Ministros , que han de juzgar la causa ; indicar los principios , las leyes , y autoridades era el único trabajo de que debiamos

en-

(188) Castillo Lib. 5. de Conject. Cap. 87. núm. 4. Salgado Laberint. Part. 1. Cap. 13. §. 1.

encargarnos. Así solo repetiremos, que se solicita preferir á una voluntad solemne, pública, y auténtica, otra incierta, ignorada, y sin apoyo; á una clara disposicion, otra obscura, y enigmática; á un instrumento incontestable una privada minuta, dividida en desaseados, é inmundos papeles: diferencia tan esencial, y notable, que aun quando pudiera abanzarse por la parte contraria el que solo se dudase del valor del instrumento de 795, no podia haber incertidumbre en resolver á favor de la escritura de 756, que nadie disputa, y en cuya autenticidad están todos convenidos. Así lo recomiendan los AA., y lo ordena la ley (189) de la que no es permitido apartarse en los juzgamientos: *sufficit enim parti habenti prius testamentum, ut pro eo judicari debeat, esse dubium an fuerit per posterius revocatum: dubium autem non poterat esse majus ex tot defectibus supra notatis; quæ dubietas licet in alio casu quando non præcedit aliquod aliud testamentum, potuisset tolerari, quod adhuc negabatur; non tamen ad tollendum illud solemne.*

Recordamos por último, que el Señor Don José Tagle no era de aquellas personas privilegiadas, á quienes las leyes por su impericia, y falta de conocimientos les dispensan el exácto cumplimiento de las solemnidades legales. (190) Era un profesor del

X

(189) Ley 3. tit. 14. Part. 6. Gregorio Lopez in hac leg. Cas-tillo lib. 5. Cap. 129. Fontanella Decis. 580. núm. 19.

(190) Lex 31. Cod. de testament. Cum enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta sit: homines rustici, et quibus non est litterarum peritia, quomodo possunt tantam legum subtilitatem custodire in ultimis voluntatibus?

derecho, un antiguo Magistrado, que despues de las luces adquiridas en la Academia, reunia la dilatada práctica de cerca de sesenta años de juez en los primeros tribunales del Reyno: no ignoraba, que la minuta, y el instrumento en el modo que se manifiestan, no podian apreciarse por determinada voluntad, ni tener fuerza, y valor para derogar los llamamientos, que de un modo auténtico, y solemne habia extendido en la primordial fundacion del vínculo; el no se había resuelto á variarlos, y así tranquilo fallece sin recelar, que esos informes documentos pudiesen dar apariencia á la solicitud de Don Pedro Matías.

Descansando en las pavorosas sombras del sepulcro, su voz muda no puede articular expresion alguna; más en los mismos instrumentos, nos há transmitido su deliberacion, y voluntad. *In sepulchro est, loqui nescit, mentem tabulis concredidit, inde ipse loquitur.* Nos clama, y repite, que solo se proteja lo que expresa, y solemnemente há manifestado en un documento auténtico, y legal; y que se desprecie, y rechaze todo lo que en el no se contenga. *Aperiantur illæ, et quod clara voce sonant, recipiamus: quod non sonant, aversemur.* Los esfuerzos, concluye, de una imaginacion débil, é infundada no hán de prevalecer al derecho, que resulta de mi verdadera disposicion: todo lo que á ella quiera añadirse, es una suposicion falsa, y criminal, que no há de patrocinarsé en el Témplо respetable de la justicia. *Nihil valet imaginatio, et ejus comes credulitas, ubi veritas ex verbis metienda: hic quidquid suppletur, ab iniquo est.* (191).

Pues

Pues solo deben resonar en sus muros los acentos de la inexorable imparcialidad; no pudiendo esperar de ella otro oráculo Don Pedro Matías, que el pronunciado en otro tiempo por los Emperadores Severo, y Antonino: no encontramos razon, que favorezca, y sostenga tu infundada solicitud. *Non habet rationem postulatio tua* (192).

Lima, y Marzo 7 de 1805.

José Bernardo Tagle.

(192) *Lex. 17 D, Tutelæ, et rationibus distrahendis.*

CORRECCIONES.

Pag. 4. lin. 14 dice: si lo tuviese en adelante por conveniente
lease: como, y quando lo tuviese por conveniente.

Pag. 5. lin. 22. dice: 785, lease 795.

Pag. 50 lin. 10. dice hallarse sin fecha la minuta, entiéndase sin
fecha de la misma tinta, y letra del Señor Don José.

Lima, y Marzo 7 de 1802

José Bernardo Taglia

(1802) Mar 17 D. Taglia, et aliorum diversorum

[1802] D. Taglia, et aliorum diversorum