PRESENTACIÓN

Esta sección de nuestra revista estará dedicada al rescate de textos jurídicos inéditos o poco conocidos. Con ella buscamos que los lectores puedan familiarizarse con algunos aspectos olvidados del pasado de nuestro actual sistema jurídico. Entendemos que éste hunde sus raíces en los valores éticos y en el *ars* jurídico del mundo occidental –romano, judeo-cristiano y germano–; sin duda, también, en algunas de las costumbres de los pueblos que existían al tiempo de la conquista y colonización de estas tierras. Esta doble tradición, desde luego, nos permite afirmar que la raíz inmediata de nuestro derecho no es el *Code Civil* ni –por más que algunos quisiesen que así fuese– la *Carta Magna*, sino el *Corpus Iuris Civilis*, las *Partidas*, la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias*. Nuestra tradición es la de los pueblos al sur del Usumacinta –hermanos en un sentido que va más allá de la vil retórica política–. El siglo XIX trajo derechos ajenos y, según creemos, es tiempo de replantear su recepción.

El examen de las aportaciones del pasado no debe, por tanto, circunscribirse a los estrechos límites de lo nacional o mexicano, categorías que, por otra parte, no tienen sentido alguno durante casi toda nuestra historia. Tradición en nuestro derecho es Bártolo y Bello, Alfonso X y Solórzano, Lacunza y Pallares; debemos examinar si lo son Laurent y Baudry, y, especialmente, Rousseau y Locke. El análisis no debe quedarse en la esfera del derecho que llamamos privado ni en el mundo de las concepciones técnicas; tiene que tratar lo público, al Estado, a lo político.

El Derecho de hoy está en crisis. Parece ser que está reapareciendo el vulgarismo del posclásico romano. Desde luego, nuestro

PRESENTACIÓN

tiempo comparte muchas de las características de la decadencia cultural de los siglos IV, V y VI, pero la Historia no se repite. A nosotros nos aquejan males propios: una estrecha y epidérmica visión legalista del fenómeno jurídico, la desvinculación de una ética verdaderamente humana del Derecho, la estólida creencia de que el mundo de lo normativo –ético y jurídico– es uno distinto del científico y técnico... En resumen, el distanciamiento cada vez mayor entre nuestras vidas y el Derecho. Frente a este panorama, creemos que los historiadores de lo jurídico tienen una clara misión: recordar que otras formas de entender el Derecho son posibles ya que lo han sido en otros tiempos. Formas justas, sustentadas en una concepción filosófica del hombre acorde con su dignidad, que entienden los problemas sociales –precisamente porque les interesa lo humano– respetuosas de las diversidades étnicas, religiosas y culturales, que coloquen al Estado en su lugar... Pero este Derecho del futuro no puede ser creado *ex novo*, la Historia tiene que contribuir con sus luces.

SOBRE LOS CODICILOS EN LA PRÁCTICA NOVOHISPANA DEL SIGLO XVIII

Alejandro Mayagoitia y Von Hagestein

Sumario: I. Introducción; II. Texto.

I. INTRODUCCIÓN

Hemos escogido un texto de Francisco Javier Gamboa, uno de los más destacados juristas novohispanos, sobre los requisitos que debían tener los codicilos en orden a distinguirlos de papeles cualesquiera. Proviene de las pp. 164-183 (que corresponden a los párrafos 177 a 201, inclusive) de la siguiente alegación:

Por el Coronel/ D. Manuel/ de Rivas-Cacho,/ en el/ pleyto que sobre testamento/ de/ DA. Josepha Maria Franco Soto,/ su muger,/ le há movido/ el BR. D. Juan Joseph de la Roca,/ Prefbytero de efte Arzobifpado de Mexico;/ Para que/ Los Señores de la Real Audiencia/ fe firvan de confirmar la Sentencia de Vifta/ de I. de Junio de efte año: en que declararon/ por ultima Voluntad de Doña Josepha/ el testamento nuncupativo / de 24. de Febrero de 1751. / (Línea de adornos tipográficos). Con Aprobacion, y Licencia de el Superior Gobierno./ En Mexico: En la Nueva Imprenta de la Biblioteca/ Mexicana. En frente de S. Auguftin. Año de 1753 ¹.

¹ La descripción interna de esta pieza es, según José Toribio Medina. *La imprenta en México (1539-1821)*. Santiago de Chile. En Casa del Autor. 1912; ficha 4117), como sigue: Folio.-Portada orlada.-Introducción y presupuestos del hecho, 8 hojas sin foliar + 343 pp., con un filete perpendicular para las apostillas.-Página sin foliar con la Razón del relator + 3 con las erratas, y final blanca.-Suscrita por el Licenciado don Francisco Xavier de Gamboa. Gamboa escribió y dio a la estampa un apéndice del alegato anterior y su descripción, según Medina (op.cit., ficha 4168), es del modo siguiente: Apéndice/ a el Informe de el Coronel/ D. Manuel de Rivas-Cacho/ en el/ Pleyto/ sobre testamento de/ DA. Josepha Maria Franco Soto/ su muger, / y/ Extracto/ de los errores de hecho/ notados en el Informe de el/ BR. D. Juan Joseph de la Roca./ segun/ El Cotejo executado por el Rela-/tor de el Proceffo./ (Cuadro de viñetas). Con licencia en Mexico en la/ Imprenta nueva de la Biblioteca Mexicana./ Enfrente de el Convento de S, Auguftin./ Año de 1754.

Este complejo asunto versó sobre la sucesión de Josefa María Franco Soto que, al parecer, sufrió para testar presiones de distinta naturaleza, que la llevaron a firmar un conjunto de testamentos y memorias de muy diversos contenidos; a saber:

- 1) El 2 de agosto de 1731, en un poder para testar pasado ante la fe del escribano real Juan Francisco Benítez Triguero, instituyó como su universal heredero a su segundo esposo, el coronel Manuel de Rivas-Cacho ².
- 2) El 22 de abril de 1750 realizó un testamento cerrado ante el escribano real Francisco de Rivera Buitrón. En él instituyó como heredero universal al Br. Juan José de la Roca o quienes fueron sus sucesores si éste muriera antes que la testadora. Es de notar que revocó expresamente cualquier instrumento anterior y condicionó la validez de los posteriores a llevar una leyenda piadosa ahí expresada ³.

Este testamento fue abierto el 3 de marzo de 1751, fecha de la muerte de doña Josefa, ante la presencia de su viudo, de los testigos, del mismo escribano Rivera y del juez de provincia, Ambrosio Melgarejo. Fue presentado por el Br. Roca alegando haberlo recibido del P. Agustín de Jáuregui, S.I.

- 3) Sin la presencia de testigos, el 15 de mayo de 1750, se firmó por la dicha Josefa Franco Soto una memoria o cédula. En ésta mandó legados y, en cuanto a la herencia, estableció tres partes: una para Rivas-Cacho, por su vida, ya que después de su muerte debía de tornarse a obras pías; otra para fábrica de algunos templos de la Ciudad de México ⁴; y la tercera, para el Br. Roca (por haber sido el único que no se excusó de ejecutar la voluntad de la testadora por miedo o respeto a Rivas-Cacho).

² Había casado antes con Manuel de Pereda Palacio y no dejó sucesión, ni de este matrimonio ni del celebrado con RivasCacho.

³ «Elijo por mi especialísimo patrón para la hora de mi muerte al castísimo esposo de María Santísima el Señor San José».

⁴ San Fernando o el Convento de Capuchinas o San Juan de la Penitencia.

Es de notar que repitió la cláusula derogatoria de documentos que no contuvieran su cifra piadosa, misma que también se incluyó. Debe repararse en el hecho de que esta memoria o cédula se escribió de letra distinta a la de doña Josefa y que no estaba reconocida su «suscripción».

- 4) El 24 de febrero de 1751 –unos días antes de morir doña Josefa– firmó un testamento nuncupativo ante siete testigos y el escribano real Juan Antonio de Arroyo. Dejó algunos legados y nombró como albacea y heredero universal a su esposo, el coronel Rivas-Cacho. Anuló cualesquiera otros documentos y disposiciones anteriores, sin mencionar expresamente su cifra piadosa, la extendió al instrumento que en ese momento firmaba.
- 5) El último instrumento fue una memoria, fechado el 28 de febrero de 1751, pero que se hizo público diez meses después de comenzado el juicio sucesorio. En éste restableció doña Josefa el valor del testamento firmado en abril de 1750 y, nominatim, repudió el redactado el 24 de febrero de 1751, por haberlo suscrito por temor y reverencia y forzada por su enfermedad. Se realizó sin escribano, pero ante testigos que no firmaron y cuyos nombres no aparecieron en la memoria. Dos días después falleció doña Josefa.

Durante el juicio, el perito de Rivas-Cacho y él mismo, lo declararon falso; desde luego el perito del Br. Roca lo aceptó como verdadero. No se nombró tercero en discordia.

Así los documentos del litigio, éste se inició el 24 de marzo de 1751, cuando el Br. Roca presentó testimonio del testamento cerrado pidiendo posesión hereditaria y licencia de inventarios (también estaba nombrado como primer albacea). El que conoció del asunto fue, como juez de provincia, el alcalde de corte decano

de la Real Sala del Crimen José Messía de la Cerda ⁵, quien mandó procediesen los inventarios y la exhibición de testamento posterior. Así, llegó al conocimiento del juez el testamento nuncupativo –que se extrajo de los registros del escribano Arroyo–. Rivas-Cacho negó la legitimación de Roca y apeló a la Real Audiencia de la decisión de Messía de tener al dicho Roca como parte. En autos de vista y revista de 28 de mayo y de 21 de agosto de 1751, se declararon inapelables los del juez de provincia en cuanto a tener al Br. Roca como legitimado procesalmente, y se suspendió el levantamiento de los inventarios.

Devuelto el proceso, el Br. Roca insistió en la obtención de la posesión hereditaria, y Rivas-Cacho pidió la confirmación de dicha posesión, que ya la tenía adquirida, y que se le declarara heredero de su extinta esposa. En seguida, se proveyó para el desahogo de las pruebas, pero esta diligencia se suspendió cuando Rivas-Cacho pidió la exhibición de la memoria de 15 de mayo de 1750 (documento tercero).

Cuando al fin se presentaron las pruebas, Roca exhibió el último instrumento por considerarlo «conducente». Después de las alegaciones de bien probado, el 9 de septiembre de 1752, Messía pronunció sentencia que otorgó validez al testamento de 2 de abril de 1750 y a la memoria o «especie de codicilo»; así, autorizó a Roca para entrar en la posesión hereditaria. Desde luego, Rivas-Cacho apeló a la Real Audiencia, misma que sentenció que el instrumento que debía reputarse como el único testamento válido de Josefa Franco Soto era el nuncupativo otorgado ante el escribano Arroyo el 24 de febrero de 1751; por

⁵ Messía conoció por excusa de Ambrosio Melgarejo, quien era compadre de Rivas-Cacho. José Messía de la Cerda y Vargas nació en Jaén, hacia 1696. Tuvo la beca del Colegio de San Bartolomé y Santiago de Granada (1710) y recibió el bachillerato en Cánones de la Universidad de Granada (1716). Ingresó al Colegio de Santa Cruz de la Fe, al que sirvió como rector, en 1718. Sustituyó cátedras en Granada. Fue nombrado oidor de la Audiencia de Granada en 1724, alcalde del crimen de México en 1733, auditor de guerra en 1744. Murió por 1760 como decano de la Sala del Crimen de México. Casó con la novohispana María de Urrutia. No parece que Messía fuera un funcionario ejemplar. Messía fue protector del joven Gamboa (seguimos de cerca a BURKHOLDER, Mark A. y CHANDLER, D. S.: *Biographical Dictionary of Audiencia Ministers in the Americas, 1687-1821*. Westport-Londres. Greenwood Press. 1982; p.212).

tanto, el coronel Rivas-Cacho quedaba como heredero de su esposa. Roca suplicó de esta sentencia y presentó un alegato impreso, escrito por Gabriel de León y Gama, cuya descripción bibliográfica es como sigue:

Informe/ de los meritos de justicia,/ que se promueven/ por parte/ del Br. D. Juan Joseph de la Roca/ Presbytero de efte Arzobifpado, Albacea Tenedor de/ Bienes, y Heredero infituido en el Teftamento cerrado,/ y Memoria fecreta, que otorgó Doña (sic) Josepha/ Maria Franco Soto, Muger lexitima de fegundo/ Matrimonio del Coronel Don Manuel de Rivas-Cacho, Albacea Tenedor de Bienes, y Heredero/ nombrado en el Teftamento nuncupativo de/ la mifma Doña Josepha./ En el pleyto que ambos siguen/ sobre el valor y subsistencia de los/ referidos Instrumentos,/ Para que la Real Audiencia fe firva (revocando fu Sentencia de vifta, en / que declaró por subfiftente el Teftamento fegundo nuncupativo) de confirmar la de primera infancia pronunciada por el Sr. Lic. D. Joseph/ Messia de la Cerda, y Bargas, del Confejo de fu Mageftad, fu/ Alcalde de Corte en la Real Sala de el Crimen de efte Nueva Efpaña./ y Juez de Provincia en efte Ciudad; en que declaró que la efpontanea, pre-/meditada, neceffaria, geminada, permanente, piadofa, libre, ultima voluntad/ de dicha Doña Josepha, es la contenida en el Teftamento cerrado,/ y Memoria fecreta./ (Línea de adorno). Con licencia del Superior Gobierno:/ Por la Viuda de Don Jofeph Bernardo de Hogal./ Año de 1753 ⁶.

Esta defensa se fincó sobre argumentos que dejaban mal parado al coronel: mezquindad para con su esposa y temor reverencial de ésta que vició su última voluntad. León y Gama alegaba, también, que la memoria o cédula no necesitaba de formalidades y que el nuncupativo no era válido porque no se refería a la leyenda piadosa de la testadora.

⁶ Según Medina (**op.cit.**, ficha 4125) la descripción interna es como sigue: 4o.-Port. orl.-v. con un epígrafe de la Biblia dentro de viñetas.-Parecer del doctor don Pedro Padilla: México, 16 de Noviembre de 1753, y licencia del Gobierno, de la misma fecha.-115 pp.-Final bl.-Apostillado.-Suscrito por el Licenciado don Gabriel José de León y Gama. Este León y Gama era natural de la Ciudad de México, estudió en San Ildefonso y fue abogado de la Real Audiencia de México. Dejó, además del alegato arriba descrito, unos comentarios al título de *Judiciis* (manuscrito que se conservaba en la Real y Pontificia Universidad), un trabajo manuscrito sobre contratos que fue muy estimado entre los letrados de su época, y otros dos alegatos impresos, uno defendiendo a José Mateo Herrera en un asunto de capellanías, y el otro a favor de José de Castro Vega y Vic, sobre sucesión en un mayorazgo (pueden verse descritos en bajo los números 1004 y 1013 de nuestras *Notas para servir a la bibliografía jurídica novohispana*). Gabriel León y Gama fue padre del ilustre sabio Antonio León y Gama (BERISTAIN DE SOUZA, José Mariano: *Biblioteca hispano-americana septentrional*. México. Oficina de Alejandro Valdés. 1816-1821; t.II, p.12. No hace más que seguir a OSORES, Félix: *Noticias bibliográficas de los alumnos distinguidos del Colegio de San Pedro, San Pablo y San Ildefonso (hoy Escuela N. preparatoria)*. México. Librería de la Vda. de Ch. Bouret. 1908; t.II, 32-33).

El coronel Rivas-Cacho encargó a Gamboa formular una respuesta, cuyo texto es el que ahora nos sirve. La «Introducción» de este escrito expresa lo siguiente:

No pensaba el coronel D. Manuel de Rivas-Cacho imprimir con otra lámina de satisfacción de su honor y de su justicia en esta causa, que con la ejecutoria y confirmación de la sentencia de vista. Pero como el bachiller D. Juan José de la Roca, al hacerse relación para la revista, obtuvo la licencia de imprimir y publicar sus acciones; ha estrechado al coronel para imprimir y para proclamar sus defensas. Siendo, por eso, este manifiesto una demostración más que voluntaria, forzada.

Sirven los informes, no solamente para reservada instrucción de los señores jueces, sino que trayéndose entre las manos, se exponen a la censura. Y el bachiller D. Juan José de la Roca, consecuente a sus intenciones declaradas en el proceso, exclamará sin duda, ruines miserias y áspero trato del coronel; ponderándolas por causa del testamento cerrado de su mujer: violentas sugerencias, miedo reverencial y ruegos importunos para la formación del nuncupativo; suponiendo frustradas las obras pías y el descargo de la conciencia de la testadora: pues estas son las acciones promovidas en el juicio y con que ha preocupado a todo el vulgo.

¿Y sería justo que, cuando los prudentes y sensatos leyesen iguales exclamaciones, se dejaran sin la satisfacción y convencimiento de ser las más negras imposturas, originadas en quién las arguye, de la falta de confianza y del vivo anhelo para enriquecer de repente?

Diez y ocho años largos conservó el coronel la benevolencia de su muy amada mujer, que reciente el matrimonio lo instituyó por heredero y sucesor en sus bienes. Poco menos tiempo mantuvo estrecha confianza con el bachiller Roca, franqueándole su casa, su conciencia, y su corazón. Y al verlo intruso heredero en un testamento clandestino, sugerido a excusas y con desdoro del marido, del amigo, del confidente, ¿podrá dejarse de ponderar tan rara monstruosidad de infidencia? ¿Cuándo ni en secreto ni en público se ha perdonado al honor y a la estimación del coronel? ⁷.

Como queda claro, el alegato tenía la función de una doble vindicación: jurídica –por tanto especializada y erudita– y pública.

⁷ Hemos modernizado la ortografía y la puntuación de todos los textos que citamos.

Antes de transcribir los pasajes que hoy nos interesan, diremos algo sobre su autor. Francisco Javier de Gamboa⁸ nació en Guadalajara de Indias el 17 de diciembre de 1717. Fue hijo de Antonio de Gamboa y de María de la Puente y Arámburu. Comenzó sus estudios en el Colegio de San Juan Bautista de su ciudad natal. Al morir su padre, el joven Francisco Javier, junto con su madre y siete hermanos, tuvo que enfrentar con escasos bienes de fortuna, la desgracia y la proximidad de la miseria. Gracias al apoyo de familiares y amigos –especialmente del oidor Messía de la Cerda–, Gamboa pudo proseguir sus estudios y acabó por pasar a San Ildefonso de México. Ahí ganó la reputación de ser el mejor estudiante de su tiempo⁹. Recibió el bachillerato en Artes (1734) y en Cánones (1738) de la Universidad de México. Después de una brillante práctica con el famoso letrado José Méndez¹⁰, fue admitido como abogado de la Real Audiencia en 1740. Es de notar que el trabajo con Méndez lo acreditó como uno de los talentos más distinguidos del foro novohispano. La ocasión que le cubrió de gloria fue la siguiente: Méndez murió, repentinamente, mientras se encontraba desahogando una importante información en los estrados de la Real Audiencia, la parte interesada acudió con Gamboa para que éste prosiguiese con el despacho del asunto; nuestro autor realizó el encargo con tanto esmero y exactitud que, después, un contemporáneo suyo exclamó que

⁸ Seguimos la biografía escrita por Mariano Otero y que se encuentra al frente de la edición de «El Derecho» de los *Comentarios a las Ordenanzas de Minas de Gamboa* (México. Talleres de la «Ciencia Jurídica». 1899; reproducida en el apéndice del *Diccionario Universal de Historia y Geografía* de Manuel Orozco y Berra y otros distinguidos autores, México, 1853-1856; fue publicada por primera vez en el t.II del *Museo Mexicano*, México, 1843) y a Burkholder y Chandler (op.cit., pp. 130-131). El que quiera algo más, puede consultar a TRABULSE, Elías: *Francisco Xavier Gamboa: un político criollo de la ilustración mexicana (1717-1794)*. México. El Colegio de México. 1985; y a ESQUIVEL OBREGON, Toribio: *Biografía de don Francisco Javier Gamboa*. México. Talleres Gráficos «Laguna». 1941 (en las pp.142-164 un enjundioso comentario sobre el pleito que estudiamos).

⁹ En San Ildefonso estuvo 14 años y sostuvo el acto de estatuto de Jurisprudencia.

¹⁰ Otero se equivocó apellidándole Martínez. José Méndez Meléndez nació en México y fue uno de los litigantes más célebres de la Nueva España. Estudió en el Colegio de Cristo, fue asesor del virrey Marqués de Casafuerte y del consulado de México. Murió el 5 de marzo de 1742 y se le enterró en el Convento de San Sebastián de Carmelitas Descalzos. Dejó numerosas alegaciones impresas que pueden verse en las fichas 841, 863, 888, 889, 906, 914, 920, 929-931 y 941 de nuestras *Notas para servir a la bibliografía jurídica novohispana*.

SOBRE LOS CODICILOS EN LA PRÁCTICA NOVOHISPANA DEL SIGLO XVIII

de la esfera de un mero practicante, pasó de repente a la reputación de un hábil y elocuente letrado, y su bufete comenzó a verse oprimido desde entonces de innumerables consultas e inmensos volúmenes de autos¹¹.

Gamboa sustituyó algunas cátedras en 1742, al año siguiente se convirtió en abogado de presos del Santo Oficio y, en 1757, consultor del mismo tribunal. En 1758, viajó a Madrid comisionado por el Consulado de México para obtener el regreso del sistema de flotas. Y es que el prestigio de nuestro autor fue tal que, además de recibir importantes encargos tanto de particulares como de miembros de la administración virreinal, fue propuesto por el Virrey, los dos cabildos y la Audiencia para una plaza togada. No sorprende cuando se afirma que esta situación de favor social se debió tanto al saber como a la rectitud y amor por la justicia de Gamboa.

En España, obtuvo el nombramiento de alcalde del crimen de México (1764). De regreso a México realizó tareas tan singulares como arreglar la situación de vejación en que se encontraban los deudores insolventes en los obrajes.

En 1766, intervino exitosamente en la pacificación del levantamiento de los mineros de Real del Monte. En 1770 se le «promovió» a la Audiencia de Barcelona, pero no por otra cosa, sino por su oposición a la política del visitador Gálvez, y a la expulsión de los padres de la Compañía.

En 1774 fue promovido a oidor de México, plaza que sirvió hasta que ocupó la regencia de la Audiencia de Santo Domingo (1780)¹². Después de la muerte de Gálvez, Gamboa regresó a México a ocupar la Regencia de su Audiencia (1788). A pesar de la animadversión que por él sentía el II Conde de Revillagigedo, ocupó este puesto hasta su muerte (1794).

¹¹ Antonio de Alzate en sus *Gacetas de Literatura* (t.III, p.377) de la edición de Puebla; citado por Otero (p. XIV).

¹² Burkholder y Chandler afirman que esta promoción fue en contra de la voluntad de Gamboa. Algo sobre la estancia de Gamboa en Santo Domingo en MALAGON BARCELO, Javier: «Pleitos y causas en la Audiencia de Santo Domingo durante el siglo XVIII». *En Estudios de historia y derecho*. Xalapa, Ver. Universidad Veracruzana. 1966; pp.171 y 172.

Gamboa casó con María Manuela de Urrutia y Subyare (muerta en 1789) y hubo con ella tres hijas y un hijo ¹³.

Se dice que no hubo asunto importante del que nuestro jurista no conociera; así, además de los antedichos, formó las ordenanzas de la Audiencia de Santo Domingo, arregló puntos de policía respecto a las panaderías, pulquerías, aguas, y loterías ¹⁴.

Como alcalde del crimen de México, rondaba las calles por la noche. Salvó de la ruina a los colegios de Naturales, Inditos de Guadalupe y San Gregorio de México. Participó en asuntos importantísimos pertenecientes a patronos que, como Rivas-Cacho, constituían la élite novohispana ¹⁵. Se opuso a prácticamente todo lo que hizo Gálvez ¹⁶.

Gamboa logró reunir una selecta biblioteca. Dejó, además del alegato arriba descrito y de su apéndice, los trabajos siguientes ¹⁷.

– *Memorial ajustado sobre la erección de la Colegiata de Nuestra Señora de Guadalupe de México* ¹⁸.

¹³ El hijo fue prebendado de la Catedral Metropolitana de México y participó en los juicios de Morelos. En 1753, es decir algo después de publicado el alegato en defensa de Rivas-Cacho, Gamboa vivía en la plaza del Colegio de Niñas junto con su esposa, suegro, cuatro hijos, dos huérfanos recogidos, ocho criados y un cajero; parece que no le iba mal. Véase BAEZ MACIAS, Eduardo: «Planos y censos de la Ciudad de México, 1753 (segunda parte)». En *Boletín del Archivo General de la Nación*: 2ª Ep., VIII, 3/4. México, 1967; p.688.

¹⁴ Fue juez conservador de la Lotería y en 1780 descubrió un fraude superior a los 25,000 pesos. Como regente de la Audiencia de Santo Domingo se le atribuyó a Gamboa la autoría del *Código Negro*, hoy sabemos, gracias a las investigaciones de Javier Malagón Barceló, que el verdadero autor de este fracasado cuerpo legal fue Agustín de Emparan y Orbe (ver MALAGON BARCELO, Javier: *Código Negro Carolino* (1784). Santo Domingo, R.D. Editora Taller. 1974; p.LXI y sigs.).

¹⁵ Así en pleitos de los Radas, Medinas y Torres, condes de San Mateo Valparaíso y Fagoagas.

¹⁶ También a la fundación del Tribunal de Minería con jurisdicción independiente del Colegio de Minería.

¹⁷ BERISTAIN DE SOUZA, José Mariano: op.cit., t.II, p.14.

¹⁸ Este trabajo de Gamboa debe ser el mismo que Beristáin (op.cit., t.I, pp. 37-38) atribuye a Juan Alarcón y Ocaña. El gran polígrafo chileno, José Toribio Medina, no vio el memorial por lo que consignó el título que trae Beristáin, que es como sigue: *Memorial ajustado de los autos que han girado sobre la erección de una iglesia colegiata en el santuario de Ntra. Sra. de Guadalupe, extramuros de la ciudad de México*. Por D. Juan Alarcón y Ocaña. Imp. en Madrid 1749, Fol.

SOBRE LOS CODICILOS EN LA PRÁCTICA NOVOHISPANA DEL SIGLO XVIII

- *Nuevas ordenanzas para el gobierno de la Real Lotería de la Nueva España.*
- *Defensa de Fr. José Torrubia* ¹⁹.
- *Defensa del Dr. D. Juan Antonio Alarcón, Abad de Guadalupe* ²⁰.
- *Erección de la Congregación de Aranzazú y Colegio de San Ignacio.*
- *Dictámenes reservados y sobre inmunidad.*
- *Alegaciones por los carmelitas de México* ²¹.
- *Alegaciones sobre impartir auxilios.*

¹⁹ Fr. José Torrubia nació en Granada a fines del siglo XVII o a principios del siglo XVIII. Perteneció a la provincia de San Pedro Alcántara de Granada de los franciscanos descalzos. Pasó a Filipinas como misionero (1720) y en tal calidad permaneció en el archipiélago por 15 años. Torrubia fue secretario y procurador a Roma y Madrid de la provincia de San Gregorio de Filipinas, presidente del Convento de Polo, calificador del Santo Oficio, secretario general de las provincias franciscanas de la Nueva España y Filipinas, cronista general de las de Asia y provincial de México. Viajó extensamente por Asia, América y Europa. Torrubia se hizo notar por sus importantes investigaciones en los campos de las ciencias naturales, la historia y la apolo-gética. Dejó numerosas obras que pueden verse en Beristáin (op.cit., t.III, pp.219-221; le atribuye un poema en honor de San Juan Nepomuceno que realmente es del abogado Reyna Zevallos) y en las fichas correspondientes de las obras que sobre Filipinas dejó José Toribio Medina (*Bibliografía española de las Islas Filipinas (1523-1810)* y *La imprenta en Manila desde sus orígenes hasta 1810*).

Torrubia y Gamboa fueron amigos y la defensa que éste escribió debe relacionarse con el largo pleito que sostuvo aquél en contra de su hermano de hábito Fr. Bernardo de Santa María. Torrubia se oponía al pase de los poderes que habían sido conferidos a Santa María (véanse las fichas 980, 990A, 990B, 992A, 1160A, 1160B, 1160C, 1127A y 1252-1253A de nuestras *Notas para servir a la bibliografía jurídica novohispana*).

²⁰ Según Beristáin (op.cit., t.I, pp. 37-38), Juan Alarcón y Ocaña nació en La Habana. Fue abogado y doctor por la Universidad de Ávila. Además de haber sido el primer abad de la Colegiata de Guadalupe, sirvió como consultor de la Nunciatura de España. Murió en México en 1757 a los 67 años de edad.

²¹ Gamboa, según Esquivel Obregón (op.cit., pp.102-120) escribió varias veces para defender a los carmelitas novohispanos: en un asunto también sucesorio, en otro sobre la aplicación de las reglas del Carmen, en un tercero sobre cuentas del Convento de Jesús María de México y, por último, buscando la nulidad o rescisión de un contrato. Es de notar que parece ninguno de estos trabajos fue impreso.

- *Alegaciones sobre el pleito de la Compañía de Jesús con Rada* ²².
- *Sobre el pase de la patente de visitador.*
- *Comercio de México.*
- *Opúsculos varios* ²³.

Todos formaban 17 tomos, y se encontraban en la biblioteca de la Catedral de México. Cuando Otero los buscó –y recuérdese que publicó su nota sobre Gamboa por primera vez en 1843– ya no los pudo ver debido a que el gobierno había dispuesto de ellos y de muchos otros volúmenes.

Gamboa es más conocido por sus *Comentarios a las Ordenanzas de Minería* (Madrid, 1761) ²⁴, que han merecido varias ediciones y los elogios de todos los que algo han tenido que ver con los minerales mexicanos y su derecho. Otero ²⁵ afirma sobre este trabajo:

La obra del Sr. Gamboa reúne cuanto tiene relación con la minería, y en las variadas cuestiones que en ella se contienen, se encuentra cuanto sobre ellas se sabía en aquella época. Los Comentarios de las Ordenanzas comienzan con la historia de la legislación de minería, y abrazan todo lo que ella ha dispuesto sobre la naturaleza de su propiedad y sobre el modo de adquirirla, conservarla y perderla. La teoría y condiciones del denuncia; la concurrencia de varios denunciantes que pone en cuestión a quién debe declararse el derecho; la clase de trabajos que sea necesario hacer para conservar la propiedad; el despueblo, que hace perder la mina adquirida; las obras a que está obligado el minero, ya en beneficio público, ya en el de las minas inmediatas, y la naturaleza y procedimiento de todos los recursos que pueden servir para dilucidar esos derechos, todo se encuentra allí tratado con sencillez, claridad y solidez que hemos dichos formaban el carácter de sus obras. En aquella época

²² No parece que se haya impreso.

²³ Esquivel Obregón (op.cit., pp.138-142) menciona un dictamen, al parecer manuscrito, sobre la situación jurídica de los bienes de la sucesión del Lic. Juan Picado Pacheco.

²⁴ Descrito en MEDINA, José Toribio: *Biblioteca hispano-americana (1493-1810)*. Santiago de Chile. En Casa del Autor. 1898-1907; ficha 3959. Fue traducida al inglés y publicada en Londres en 1830.

²⁵ **Op.cit.**, pp. XXX-XXXI.

SOBRE LOS CODICILOS EN LA PRÁCTICA NOVOHISPANA DEL SIGLO XVIII

regían aún las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, las cuales eran con mucho inferiores a las que después formara el sabio Velázquez de León, y admira por lo mismo, cómo el Sr. Gamboa guiado con su alta inteligencia y sus profundos estudios, completó aquella legislación imperfecta. Aclaró lo oscuro, suplió lo defectuoso, combinó lo que estaba en discordia y promovió las reformas cuya utilidad demostrará el tiempo. ¿Qué más podía pedirse de un juriconsulto?

Pero como el Sr. Gamboa no era sólo abogado, vio que las leyes relativas a la minería, arreglando los modos de medir y trabajar las minas, entraban en pormenores verdaderamente científicos sobre la topografía, la geometría y la mineralogía: comprendió la importancia de estos conocimientos en el progreso de aquel ramo, y juzgó que no se podía ni alegar como abogado ni fallar como juez en aquellas materias sin conocerlas, y deseando no sólo dejar esta instrucción, sino guiar a los peritos mismos, de cuya ignorancia se quejaba justamente a cada paso, escribió un tratado de geometría subterránea que forma algunos capítulos de sus doctos Comentarios.

Si consideramos esta parte de la obra comparándola con su tiempo, veremos que sobre reunir todos los conocimientos adquiridos en aquella época, su exposición es tan sencilla, tan metódica y tan adaptable, que debió considerarse como un excelente manual práctico.

En cuanto a los litigantes podemos decir lo siguiente. El Gral. Manuel de Rivas Cacho nació en Peñacastillo (Santander) y fue bautizado el 24 de julio de 1685. Era hijo de Domingo José de Rivas y Astoriza (nacido en 1653) y de Celedonia de Cacho Herrera, quienes casaron en 1669. Pasó a Nueva España y casó en primeras nupcias con María Manuela Pablo Fernández –de las marquesas de Prado Alegre– y tuvo de esta señora a Ana María de Rivas Cacho, a María Francisca de Rivas Cacho y a María Ana de Rivas Cacho²⁶. A la muerte de su primera esposa, ocurrida en 1729, casó con María Josefa Franco Soto, quien era viuda de Manuel de Pereda; con esta señora no tuvo sucesión. Fue creado Marqués de Rivascacho²⁷, y murió en mayo de 1768.

²⁶ Seguimos a FERNÁNDEZ DE RECAS, Guillermo S.: Los mayorazgos de la Nueva España. México. Instituto Bibliográfico Mexicano-UNAM. 1985; pp.176-177. Las dos últimas hijas fueron monjas y la primera casó y tuvo descendencia.

²⁷ Existe discrepancia sobre la fecha en que se otorgó el título: Ricardo Ortega afirma que fue en 1744, mientras que otros dicen que fue en 1764 (ORTEGA Y PEREZ GALLARDO, Ricardo: *Estudios genealógicos*. México. Imprenta de Eduardo Dublán. 1902; p.71. *Diccionario Porrúa de historia, biografía y geografía de México*. México. Editorial Porrúa. 1986; t. III, p.2474).

Sobre Roca sólo podemos afirmar que, según el censo de la Ciudad de México de 1753, era presbítero y vivía con ocho primas y tres criadas en la calle de Capuchinas 28.

El texto que a continuación transcribimos fue escogido por tratarse del punto central de una alegación de Gamboa, es más, de una de las pocas, salidas de la pluma de este importantísimo autor criollo, que vieron la luz pública. Además, se trata de un asunto sucesorio, y como hemos demostrado en otro trabajo, estos litigios ocuparon un lugar importante dentro de los tópicos de la literatura judicial impresa novohispana. Es, por otro lado, un pasaje que ilustra a las mil maravillas cómo argumentaban los letrados de aquellos días. En orden a este punto nos parece que vale la pena tener presente cuál era la concepción que se tenía sobre las fuentes formales del Derecho. Cualquier abogado contemporáneo se sorprenderá ante la escasa utilización de la legislación frente a las abundantes citas de autores. En términos generales, la práctica jurídica en tiempos de Gamboa todavía se encontraba vinculada a la consideración de que el Derecho se formaba también con el saber de los juristas, y éstos gozaban de suficiente *auctoritas* para que sus opiniones pudieran ser alegadas y tomadas en cuenta por los jueces. Así, el equilibrio entre el saber docto de los juristas y la actividad legislativa del Estado, *i.e.* entre el Derecho entendido como conocimiento y el Derecho como coacción estatal o producto de la pura voluntad del legislador, todavía no se había roto. Tampoco se había terminado del todo con la interdependencia entre la alta cultura jurídica adquirida en las universidades y la práctica forense. Es cierto que los juristas de la época de Gamboa reflejan una cada vez mayor independencia respecto de las antiguas autoridades y confianza en la función de la ley. Esto, entre otras razones, propició el alejamiento entre, por un lado, cátedras y estudiantes, y, por otro, letrados y jueces; también trajo el deterioro del otrora rico intercambio entre saber y práctica –asunto éste del todo indispensable para el esplendor del Derecho en cualquier tiempo–. Pero a mediados

²⁸ BAEZ MACIAS, Eduardo: op.cit., p.956. El coronel Rivas-Cacho vivía, junto con algunos dependientes, huéspedes y 9 criados, sobre la misma calle de Capuchinas (p.949).

del siglo XVIII todavía podemos encontrar, al menos entre la élite de los juristas, muchos elementos de aquellos que habían llevado a la ciencia jurídica española a la altura a la que llegó en los siglos XV y XVI: creatividad, abundamiento científico, sentido de lo bueno y justo, criterio práctico.

II. TEXTO

«Para que merezcan fe los codicilos deben tener, según la ley y autores del reino, la misma solemnidad que el testamento nuncupativo. Y siendo la memoria de que vamos a tratar una cédula 29 simple sin escribano, sin testigos, sin identidad y sin que hasta el día de hoy conste la mano que la escribió, no puede titularse por *especie de codicilo*, sino por un modo de testar extraño y desconocido por las leyes del Reino».

«Las que previniendo las solemnidades por el bien público del Estado, no sólo para prueba de las últimas voluntades sino por precisa forma substancial, por haber contemplado los legisladores, que siendo tan sospechosa la materia, debía ocurrirse a cualquiera especie de fraude, es consecuente que esta forma substancial no admite equipolencia 30 de una memoria simple 31 y desnuda de las precisas solemnidades del derecho común y real».

«No puede dudarse de esta verdad por ser tan clara, pero se le arrostra ³² con decir (como sin controversia ni duda) que la memoria o cédula es parte del testamento cerrado, haberse solemnemente publicado y estar identificada. Y a la verdad, que se ha deducido tan de paso éste, que debía ser uno de los más bien cimentados puntos, que no encontramos ni humo del más leve fundamento en que estribe o consista igual solemnidad, ni menos la razón de la identidad».

²⁹ Cédula, en su sentido más general, significa:

«Hoja o tira de papel escrita, o por escribir. Puede también ser de pergamino, u otra materia para escribir el ella; pero usual y comúnmente se entiende por la de papel».
(REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de autoridades*. Madrid. Editorial Gredos. 1976; t.I, sub voce).

³⁰ Equipolado es un adjetivo que proviene de la heráldica y...

Se dice del tablero ajedrezado, que sólo tiene nueve escáques.
(REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: op.cit., t.II, sub voce). Nuestro autor emplea equipolencia como sinónimo de equivalencia.

³¹ Memoria, en este sentido es:

«...el escrito simple a que se remite el testador, como parte de su testamento».
(REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: op.cit., t.II, sub voce).

³² Se le admite o acepta.

«Es constante que nuestros autores regnícolas y extranjeros admiten el testamento por relación a cédula privada, pero es menester que se haga mención de ella en el testamento o ante testigos, designando el lugar o la persona y, entonces, lo dispuesta en esa cédula se juzga estar contenido en el testamento referente, como asienta el señor Castillo con cerca de cuarenta autores³³. Pero es precisa la circunstancia del referente y la existencia del relato en tal lugar o persona, pongo por ejemplo el guardián de San Francisco, que es el que toma el Sr. Castillo³⁴, Gutiérrez³⁵,

³³ Este Castillo no debe confundirse con Diego del Castillo ya que se trata de Juan de Castillo Sotomayor, quien murió hacia 1634. Dejo:

–*Quotidianarum Controversiarum Iuris*, son ocho tomos en folio publicados por separado entre 1603 y 1658 y están distribuidos del siguiente modo: *De usufructu* (1603, 1619 y 1645), *Variarum in iure quaestionum* (1605), *Quaestionum praesertim circa repraesentationem in fidei commisis & primogeniorum successione* (1611), *De tertiis Catholicis Hispaniae Regibus ex fructibus & rebus omnibus, quae decimantur debitis* (1634), *De alimentis* (1658 y 1667) y *Repertorium generale materiarum quae in octo libris continentur* (1686). Todo se reimprimió bajo el título de *Opera omnia*, con adiciones de Juan Pablo Melii, y con un estudio de Nicolás Antonio (10 volúmenes en folio, 1726-1728 y, otra impresión, en 11 volúmenes, 1753-1754). Seguimos a PALAU Y DULCET, Antonio: *Manual del librero hispano-americano*. Madrid. Julio Ollero Editor. 1990; t.II, sub voce.

³⁴ Véase la nota anterior.

³⁵ Este Gutiérrez debe ser el doctor en Cánones Juan Gutiérrez. Nació en Plasencia en 1530. Estudió Cánones y Leyes en Salamanca. Ejerció la abogacía en Salamanca y en su tierra natal. Sirvió como canónigo doctoral en Salamanca y parece que también fue canónigo de Ciudad Rodrigo. Murió en Madrid en 1618. Su obra es muy vasta:

–*Practicarum quaestionum civilium libri IV, super novae collectionis Hispanae legis* publicada por partes del siguiente modo: Salamanca, 1589 (libros I y II); Madrid, 1598 (libros I y II); Madrid, 1593 (libro III); Francfort, 1607 (libros III, IV y V); Madrid, 1611 (libro IV); Madrid, 1612 (libros V, VI y VII); Francfort, 1615 (libros V, VI y VII). Existen otras ediciones que Palau incluye, pero cuyo contenido no nos queda claro, la obra llegó a tener nueve partes.

–*Repetitiones sex & quatuordecim iuris allegationes* (Salamanca, 1592; Madrid, 1604; Madrid, 1618; Colonia, 1730).

–*Tractatus de iuramento confirmatorio* (Salamanca, 1585-1586; Alcalá, 1589; Madrid, 1597).

–*Canonicarum utriusque fori tam exterioris quam interioris animae quaestiones* (Madrid, 1597; Madrid, 1608; Venecia, 1609; Salamanca, 1617-1618).

–*Concilia varia LII* (Salamanca, 1587; Salamanca, 1595; Madrid, 1604).

–*Repetitiones et allegationes sive consilia plura et informationes iuris* (Colonia, 1730).

–*De gabellis tractatus, sive practicarum quaestionum libri V* (Madrid, 1612).

–*Praxis criminalis, civilis et canonici, in librum octavum Novae Recopilationis Regiae* (Madrid, 1592; Francfort, 1595; Turín, 1593; Lyon, 1602; Salamanca, 1611; Salamanca, 1634).

–*Tractatus de tutelis et curis minorum* (Salamanca, 1602; Francfort, 1606; Francfort, 1650).

–*Opera omnia civilia, canonica et criminalia* (Amberes, desconocemos otros particulares; Francfort, 1629-1669, Lyon, 1647-1670; Lyon, 1730; Ginebra, 1730-1731).

Seguimos a: MALAGON-BARCELO, Javier: *La literatura jurídica española del siglo de oro en la Nueva España*. México. Instituto Bibliográfico Mexicano-UNAM. 1959; pp. 59, 62, 68-71, 75, 78, 83 y 110 (a esta obra nos referiremos sólo como LITERATURA). PALAU Y DULCET, Antonio: t.III, sub voce. *Enciclopedia Ilustrada Europeo-Americana*. Madrid-Barcelona. Espasa-Calpe. 1930-1988; t.XXVII, sub voce. CORTES, Juan Lucas (FRANCKENAU, Gerardus Ernestus de: op.cit., pp.33 y 68-69). BRAVO LIRA, Bernardino: *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1989; n. 87, p.62.

SOBRE LOS CODICILOS EN LA PRÁCTICA NOVOHISPANA DEL SIGLO XVIII

Covarrubias ³⁶, Matienzo ³⁷, y Pareja ³⁸, y ha de ser indubitable y sin controversia la cédula relata, por ser lo mismo expresar el nombre del heredero, que manifestarlo por signo indubitable, y tanto vale ser cierta por sí la cosa, que por relación a otra. Y es punto tan obvio y sin disputa, que sería ocioso detenernos en lo que es autorizada sentencia de todos los autores del Reino y fuera de él, que citan y alegan en esos lugares».

³⁶ Diego de Covarrubias y Leyva, el **Bártolo Español**, es el más distinguido jurista castellano de todos los tiempos. Nació en Toledo en 1512. Estudió en Salamanca y fue colegial de Oviedo. Obtuvo los grados de licenciado y doctor en Cánones; fue su maestro el famoso jurista Martín de Azpilcueta. Comenzó a enseñar cánones a la temprana edad de 22 años. Tras una carrera docente en Salamanca y Oviedo, sirvió como oidor en la Real Chancillería de Granada (1548). Fue electo para el arzobispado de Santo Domingo, silla primada de las Indias, pero nunca la ocupó. En 1559 fue nombrado obispo de Ciudad Rodrigo y, con tal calidad asistió al Concilio Ecueménico de Trento (aquí colaboró con la redacción de los decretos de reforma eclesiástica). En 1564 pasó al obispado de Segovia. También sirvió a la monarquía como miembro del Consejo de Castilla (desde 1572, dos años después ocupó su presidencia). Murió en Madrid el año de 1577 y era entonces obispo electo de Cuenca. Entre las muchas obras que dejó destacan:

-*Variarum ex iure... resolutionum libri III* (Salamanca, 1552; Francfort, 1573 -con las *Quaestionum practicarum*-; Venecia, 1580).

-*Clementinae si furiosus, de homicidio relectio* (Salamanca 1554; Salamanca, 1560).

-*In Gregorii Noni titulum de Testamentis comentarii* (Salamanca, 1563).

-*Practiarum quaestionum liber unus* (Salamanca, 1556; Francfort, 1573 -con las *Variarum Resolutionum*-; Lyon, 1594; Valencia, 1765 -reelaborada por Berní y Catalá-).

-*Veterum collatio numismatum, cum his, quae modo expendentur publica et regia auctoritate* (Salamanca, 1562; Cervera, 1775; parece que también hubo una edición del año 1594).

-*De testamenti commentari et de sponsalia* (Salamanca, 1566).

-*Sub Carolo V... rege decisiones* (Salamanca, 1566).

-*In quartum librum Decretalium epitome* (Venecia, 1568).

-*Variarum ex iure pontificio, regio et caesare resolutionum libri IIII* (Salamanca, 1570).

-*In caput, quamvis pactum, de pactis lib. VI Decretalium* (Salamanca, 1573).

-*Relectiones in varios civilis ac pontificii iuristitulos* (Venecia, 1571).

-*Relectio regulae possessor malae fidei, de regulis iuris, lib. VI* (Salamanca, 1553; Salamanca, 1557).

-*Regulae peccatum. De regulis iuris lib. VI, relectio* (Salamanca, 1553 -aunque la portada dice 1554-; Salamanca, 1558; Venecia, 1568).

-*De frigidis et maleficiatis* (Francfort, 1573).

-*De sponsabilibus epitome ac de matrimoniis* (1545).

-*Opera Omnia* (Lyon, 1574; Venecia, 1581; Zaragoza, 1583; Lyon, 1586; Venecia, 1597; Francfort, 1599; Venecia, 1604; Lyon, 1606; Venecia, 1614; Amberes, 1614-1615; Amberes, 1627; Amberes, 1638; Amberes, 1658; Lyon, 1661; Ginebra, 1679; Ginebra, 1724; Ginebra, 1762).

Diego Ibáñez de Faria, fiscal de la Audiencia de Buenos Aires y oidor de la de Guatemala, escribió unas *Addiciones, enucleaciones, et notae ad libros variarum resolutionum* (Madrid, 1659-1660; Madrid, 1660; Lyon, 1688; Lyon, 1701; Ginebra, 1726; Ginebra, 1728; Ginebra, 1762) (ver a Palau, op.cit., t.IV, sub voce). Seguimos a la *Enciclopedia Ilustrada Europeo-Americana* (t.XV, sub voce), Palau (op.cit., t.II, sub voce), LITERATURA (pp. 59, 62, 68, 104-105). ROBERTS, A. A.: *A South African Legal Bibliography*. Pretoria. Wallach's P. & P. 1942; sub voce. Para abundante bibliografía sobre nuestro autor puede verse el prólogo de Manuel Fraga Iribarne a COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego de: *Textos jurídico-políticos*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1957.

«El gran Cardenal de Luca ³⁹ establece dos especies de testar por cédulas, la una es la misma de nuestros autores del Reino ya citados y dice que esta especie de cédulas tienen origen de verdad porque consta que el testador quiso referirse a ellas y consta también del relato existente en aquella persona o lugar que designó. Y habiendo duda en la identidad basta la comparación o testigos de conocimiento de mano para fundarla».

«La otra especie de cédula es la que se halla en algún lugar o se aparece con la pretensión del que la produce que es escrita o suscrita por el testador; en cuyo caso dice que carece de todo origen de verdad, sin que ni los testigos, ni la comparación de letras (que es falacísima prueba) puedan servir para la identidad ni para la constancia de la voluntad, previniendo que, en este caso,

³⁷ Juan de Matienzo nació en Valladolid por 1510. Tras servir como relator de la Chancillería Real de Valladolid, pasó a Indias donde llegó a ser oidor y presidente de la Audiencia de Charcas. Sirvió como corregidor de Potosí y en la visita general que hizo el virrey del Perú, Francisco de Toledo. Murió como oidor de Charcas en 1579. Dejó:

-*Gobierno del Perú* escrito hacia 1567 y editado recientemente por Guillermo Lohmann Villena (París-Lima, 1967).

-*Commentaria in librum V Recollectionis Legum Hispaniae* (Madrid, 1580; Madrid, 1596; Madrid, 1613; hay quienes afirman la existencia de ediciones de 1594 y 1611, pero nada sabemos de ellas).

-Con el licenciado Polo de Ondegardo cooperó a redactar las muy célebres *Ordenanzas* llamadas del virrey Francisco de Toledo.

-*Tractatus de mutatione legum* (Madrid, 1639); esta obra le es atribuida por la *Enciclopedia Universal* pero no sabemos si realmente se debe a su pluma.

-*Dialogus relatoris et advocati Pintiani Senatus, sive de munere renuntiatorum advocatorum et iudicum, eorumque dignitate et eminentia* (Valladolid, 1558; Valladolid, 1604; Francfort, 1618; Francfort, 1623 como *De refrendariorum advocatorum iudicum officio*).

-La *Enciclopedia Universal* atribuye a nuestro autor la siguiente obra: *Repetitiones tredecim in varia iurisconsultorum responsa imperatorum sanctiones, et pontificium decreta* (Amberes, 1627); pero realmente fue escrita por un nieto suyo que se llamaba Juan Matienzo de Peralta.

Seguimos a *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana* (t.XXXIII, sub voce), Juan Lucas Cortés (op.cit., pp.65-66 y 87-88), Palau (op.cit., t.V, sub voce). También puede verse a ALCOCER Y MARTINEZ, Mariano: *Catálogo razonado de obras impresas en Valladolid (1481-1800)*. Valladolid. Imprenta de la Casa Social Católica. 1926; fichas 216 y 465. PEREZ PASTOR, Cristóbal: *Bibliografía Madrileña*. Madrid. Tipografía de la «Revista de archivos, bibliotecas y museos». 1891-1907; t.II, ficha 1237. ALVAREZ Y BAENA, Joseph Antonio: *Hijos de Madrid ilustres en santidad, dignidades, armas, ciencias y artes*. Madrid. Oficina de Benito Cano. 1789-1791; t.III, sub voce.

³⁸ Gabriel Pareja y Quesada nació en Alcaraz (Albacete) en 1601. Ejerció la abogacía en su natal Alcaraz –a la cual defendió con un memorial dirigido al monarca en solicitud de una rebaja fiscal (1649)– y fue prior de su Hermandad de Nobles. También fue abogado de pobres del Santo Oficio. No se sabe la fecha de su fallecimiento. Dejó: *Praxis edendi sive de universa instrumentorum editione tan a praelatis quam a iudicibus ecclesiasticis et secularibus litigatoribus* (Madrid, 1643-1649; Lyon, 1667-1668; Lyon, 1726; Lyon, 1751). Seguimos a la *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana* (t.XLII, sub voce) y a Palau (op.cit., t.VI, sub voce).

SOBRE LOS CODICILOS EN LA PRÁCTICA NOVOHISPANA DEL SIGLO XVIII

procedan las doctrinas de Ciriaco, Graciano ⁴⁰, y otros. aunque quisiera ofrecerse una sincera prueba de testigos de conocimiento de mano, porque ella por sí sola no bastara cuando no consta del origen de la verdad ni que el testador quiso testar en esa forma. Con que, no refiriéndose el testamento cerrado a la memoria, ni constando que doña Josefa dijese que la dejaba en poder de algún tercero o en lugar destinado, no puede decirse ni parte de su testamento ni menos ser relato incontroverso y, sin duda, como los autores piden, cuando por esos defectos carece del principio y origen de verdad».

³⁹ El cardenal Juan Bautista de Luca nació en Vaccosa, Italia en 1614 y falleció en Roma en 1683. Su origen era muy humilde, a pesar de ello estudió leyes y practicó la abogacía. Inocencio XI le otorgó, tras una brillante carrera eclesiástica, el capelo cardenalicio (*Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*: t.XXXI, sub voce). Dejó múltiples obras. La edición que tenemos a la mano de sus *Opera Omnia* se encuentra distribuida del siguiente modo:

T.I: *De feudis et bonis iurisdictionalis, ac Bulla Baronum*, etc.

T.II: *De regalibus, hoc est de officiis venalibus, locis montium*, etc.

T.III: *De iurisdictione et foro competentis. De praeminentis et praecedentiis sub quibus de iure cathedratico, metropolitico, nobilitate, civilitate*, etc.

T.IV: *De servitutis paedialibus, usufructo et utroque retractu. De emphyteusi. De locatione et conductione*.

T.V: *De usuris et interesse. De cambiis. De censibus. De societatis officiorum*.

T.VI: *De dote, lucris dotalibus et aliis dotis appenditiis*.

T.VII: *De donationibus. De emptione et venditione. De alienationibus et contractibus prohibitis. De tutoribus, curationibus, administratoribus*.

T.VIII: *De credito et debito, creditore et debitore*.

T.IX: *De testamentis, codicillis et ultimis voluntatibus. De haerede et haereditate. De Regilina. De trebellianca et aliis detractationibus*.

T.X: *De fideicommissis, primogenituris et maioratibus*.

T.XI: *De legatis. De successionibus ab intestato. De renuntiationibus*.

T.XII: *De beneficiis ecclesiasticis in genere. De canonicis, et dignitatibus, capitulo, electione, et actibus capitularibus. De parrocho et parochis*.

T.XIII: *De iurepatronatus. De pensionibus ecclesiasticis*.

T.XIV: *De regularibus et montalibus. De matrimonio, sponsabilibus et divortio. De decimis, oblationibus et elemosynis. Miscellaneum ecclesiasticum. Annotationes practicae ad S.C. Tridentini in rebus concernentibus reformationem et forensia*.

T.XV: *De iudiciis et de praxi Curiae Romanae. relatio Romanae, Curiae forensis, eiusque tribunalium et congregationum. Conflictus legis et rationes cum opusculo «Dello stile legale»*.

T.XVI: *Tractatus de officiis venalibus vacabilibus Romanae Curiae. Tractatus de locis montium non vacabilium urbis* (este tomo no tiene indicación de ser parte de la colección, ni número de seriación, ni haber sido tomado en cuenta para la confección del índice general).

T.XVII: *Repertorium seu index generalis*.

La *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana* también menciona *De pluralitate hominis legale et unitate plurium formalium* y el libro italiano *Il dottor volgare*.

⁴⁰ Este Graciano es el célebre canonista italiano del siglo XII. Fue monje camaldulense en el Monasterio de los Santos Mártires Félix y Nabor de Bolonia. Enseñó derecho canónico en dicha ciudad y, a mediados del siglo, dio a conocer su importante colección de cánones llamada *Decretum Gratiani*. Murió, al parecer, antes de 1159, fecha en que ocupó el pontificado su discípulo Alejandro III. Seguimos a la *Enciclopedia Ilustrada Europeo-Americana* (T.XXVI, sub voce).

De Ciriaco, además de que escribió una obra llamada *Controversias*, nada sabemos.

«El interés de adquirir herencias ha dado materia a las controversias y a las plumas: son insondables los profundos escritos de los autores sobre punto de memorias, constancia y prueba de las últimas voluntades. En el eminentísimo señor de Luca, en Afflictis ⁴¹, Graciano, Ciriaco y otros, se encuentran multitud de casos en que, según sus circunstancias, se convence unas veces la sospecha y falsedad, y otras la verdad y constancia de la última voluntad, porque querer una regla para todos es necedad que siempre nota el gran juicio del Sr. Cardenal ⁴², siendo todas las cuestiones más de hecho que de Derecho. Y volviendo la atención a las circunstancias de la memoria que vamos tratando, o han de faltar las reglas inconcusas de los autores más amplios, o ella no puede merecer la menor fe, ni aprovecharle al Br. Roca aunque no hubiese testamento nuncupativo posterior».

«La primera circunstancia. Que si el ánimo de la testadora fue remitirse a esta cédula, así como para el testamento se dispusieron escribano y testigos veinte y tres días antes, se hubieran también prevenido para la cédula. Y no vemos un testigo en cuya presencia la escribiese la testadora y, por el contrario, en los autores se pide que diga que está escrita o suscrita de su mano ante los mismos testigos, y en su presencia la entregue o exprese el lugar donde la deja, o el notario o persona a quien la entrega. Y por el contrario aparece por la única aserción del R.P. Mtro. Jáuregui ⁴³ que la testadora se la entregó enviándolo citar con el

⁴¹ Mateo de Afflito o Matthaues de Afflictis Nació en Nápoles en 1448. Fue profesor de Cánones y Leyes en su ciudad natal. Sirvió a Fernando I y al Duque de Calabria como presidente de la Cámara Real. Murió en 1528. Dejó:

-*Decisiones Sacri Regii Neapolitani Consilii* (1548).

-*De iure prothemiseos* (Speyer, 1622).

Seguimos a ROBERTS, A.A.: op.cit., sub voce. La primera edición de las obras anteriores son, según Hain, como sigue:

-«*Decisiones Regii Concilii Neapolitani per excellentifs. Virum Matthaueum de Afflictis collectae*, etc. (1499)».

-«*Matthaues de Afflictis et Baldi de Perusio tractatus de iure prothomiseos cum commentario*. Venetiis per Alovifium et francicum de rubeys, 1499. die 27 Iulii».

(HAIN, Ludovici: *Repertorium Bibliographicum, in quo libri omnes ab arte ctypographica inventa usque ad annum MD*. Stuttgart-París. J.G. Cottae y Jul. Renouard. 1826-1838; vol.I, parte I, sub voce).

La *Enciclopedia Ilustrada Europeo-Americana* (t.III, sub voce) dice que nació en 1430 y que murió en 1510. Nada trae sobre las obras anteriores, pero agrega las siguientes:

-*Commentaria super tribus libris feudorum*.

-*De usurpatione legum principis*.

-*Singularis lectura de omnibus sacris constitutionibus regnorum utriusque Siciliae*.

⁴² Se trata del cardenal de Luca, véase la nota 38.

⁴³ Este personaje asesoró al Br. Roca. Nació en la Ciudad de México el 9 de septiembre de 1686. En junio de 1702 ingresó al noviciado. En 1708 lo encontramos ocupado en los estudios de metafísica y filosofía en el Colegio de San Ildefonso de Puebla. Recibió el las órdenes en 1711. Pasó a México donde enseñó Filosofía en el Colegio Máximo (1717 y 1719). Profesó solemnemente en la Compañía de Jesús en 1720. Parece que pasó el resto de su vida en diversas ocupaciones en la Casa Profesa de México. Murió en la Ciudad de México en 1760; dejó alguna composición poética (véase a ZAMBRANO, Francisco y GUTIERREZ CASILLAS, José: *Diccionario bio-bibliográfico de la Compañía de Jesús en México*. México. Varias editoriales. 1961-1977; t.XV, sub voce).

La memoria se redactó en la sacristía del Convento de Capuchinas; sin duda, a espaldas de las religiosas.

SOBRE LOS CODICILOS EN LA PRÁCTICA NOVOHISPANA DEL SIGLO XVIII

heredero para el Convento de las Capuchinas, sin que el compañero que llevaría se haya examinado sobre este punto, que no es de creer que se hubiera omitido».

«La segunda. Que para ir a recibir testamento y memoria consta que citó al escribano Rivera Butrón el día que murió doña Josefa ¿pues cómo omitió el citarlo siéndole fácil para dar fe de la entrega al depositario? Otras veces se conoce la sinceridad en haber omitido lo que hubiera sido fácil ejecutar, pero si se usa de la cautela de llamar al escribano para ir a recoger el testamento ¿por qué no se usaría para verlo entregar la memoria?».

«La tercera. Que todo el fin de la nuncupación implícita y de estas cédulas es el ocultar la voluntad, y teniendo hecho el testamento cerrado se arguye de sospechosa la cédula por superflua, pues no contiene asunto alguno que no pudiese haberse practicado en el testamento».

«La cuarta. Que la obra del testamento se dice haber durado dos años con aquellos pareceres y consultas del heredero y Ortuño ⁴⁴, y vemos dentro de veinte y tres días salir una memoria cuasi tan difusa como el testamento, y con unas cláusulas y expresiones, con unas cautelas y noticias, como las que ya antes hemos ponderado, y restan que referir».

«La quinta. Que fiándose la ley del notario cuando no consta infidelidad, aun en caso de que la testadora entregue la cédula al notario delante de testigos, deben éstos, o suscribir, o tener algún signo indubitable del conocimiento de la cédula, y al notario solo no se le ha de creer la identidad ni a su instrumento se le cree sin testigos; de otra suerte, de nada servirían los testigos, pues al notario, en materia de testamentos, no se le da más crédito que a un testigo solo, a quien en juicio no se defiende, que son las doctrinas de Ciriaco con la mayor exornación de elegantes textos y doctores».

«La sexta. Si una cédula que no se leyó a testigos, ni suscrita por ellos, ni signada, ni vista escribir, ni menos oídole el testador de qué mano estaba escrita, dice Ciriaco con Graciano y los que éste cita, estar desnuda de valor y certidumbre; no tiene otras mejores señas para indicarnos la cédula de nuestro caso su patente nulidad».

⁴⁴ Este personaje se llamaba Nicolás de Rivera Ortuño y era tan amigo del Br. Juan José de la Roca que le sirvió de confidente y, en este y otros litigios, de agente de negocios y amanuense. Rivera Ortuño escribió el testamento de Da. Josefa al gusto de su amigo y, en el juicio, desde luego, atestiguó a favor de él. Según Gamboa, este sujeto era:

«...un hombre pobre, sin caudal, oficio, ni entretenimiento conocido, y que no es versado en papeles...».

«La séptima. Que la mano que escribió la cédula no se sabe, y cuando sería su autor un testigo de gran peso para probar, el no haberse dicho ni descubierto es para que no se desenrede ovillo ⁴⁵ semejante al de Ortuño, quien verá cómo responde al argumento de que sólo su secreto fue elegido por la testadora, cuando tenemos otro secretario de una memoria tan larga».

«La octava. Que el R.P. Mtro. Agustín de Jáuregui preguntado repetidamente cuándo y cómo se le entregó esta cédula, omitió la primera vez el decir cuándo se le entregó. Volviósele a preguntar del tiempo, no se acordó del día ni del mes, sólo del año de 1750 y que se le entregó uno y otro (después de que se cerró). Pues ya se ve porque antes no se le podría entregar. Pero esta palabra (después de que se cerró) en principios legales denota que la entrega fue inmediatamente siguiente a la clausura del testamento, que es lo que da a entender. Y de otra suerte, ¿para qué se añadió la palabra «después de que se cerró»? Que es argumento nada menos de la ingeniosidad del señor Barbosa ⁴⁶. Cuando el Br. Roca dijo que el testamento cerrado quedó depositado en el R.P. Mtro.

⁴⁵ El vocablo ovillo tiene varios significados, los que interesan para el sentido correcto de nuestro texto son los siguientes:

«Globo u pelota redonda compuesta de hilo, seda o lana, devanada en ella, del tamaño que se quiere... Figuradamente se dice de las cosas que están enredadas y forman figura redonda... Metafóricamente se toma por montón o multitud confusa de alguna cosa, sin trabazón ni arte». (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: op.cit., t.III, sub voce).

⁴⁶ Suponemos que este Barbosa es el canonista y legista portugués Agustín Barbosa. Nació en 1590, hijo del jurista Manuel Barbosa (1570-1630). Visitó las más importantes universidades de España, Italia, Francia y Alemania. Fue un eclesiástico distinguido: protonotario apostólico, abad de Mentrestido, tesorero mayor de la Catedral de Grimaraes. Su afición a la causa española durante la independencia de Portugal (1640) le valió el obispado de Ugento en Nápoles. Murió en 1649. Entre sus muchas obras se cuentan las siguientes:

-*Formularium episcopale, in quo continentur formulae ad episcopalem iurisdictionem rite exacteque administradam, quas ex actis Ecclesiae Mediolanensis et archiepiscopatus Bononiensis collegit, nonnullis acceptis a Iulii Lavori formulario universali* (Lyon, 1631).

-*Pastoralis sollicitudinis, sive de officio et potestate tripartita descriptio* (Roma, 1622; Roma, 1632).

-*De canonicis et dignitatibus aliisque inferioribus beneficiariis cathedralium ecclesiarum eorumque officio, tam in choro quam in capitulo tractatus* (Roma, 1634).

-*Collectanea doctorum, tam veterum quam recentiorum in ius pontificium universum* (Lyon, 1648).

-*Iuris ecclesiastici universi lib. III* (Lyon, 1634; Lyon, 1718).

-*Collectanea bullarii aliarumve summorum pontificum constitutionum, nec non praecipuarum decisionum, quae ab apostolica Sede ac sacris congregationibus S. R. E. Cardinalium Romae celebratis usque ad annum MDCXXXIII emanarunt* (Lyon, 1634).

-*Remissiones doctorum super varia loca Concilli Tridentini* (Lisboa, 1618).

-*Collectanea ex doctoribus, tum priscis tum recentioribus in Codicem Iustiniani* (Lyon, 1648).

-*Vota decisiva et consultiva canonica* (Barcelona, 1635).

-*Repertorium iuris civilis et canonici* (Lyon, 1688).

-*Opera Omnia* (Lyon, 1648-1688; Lyon, 1679; Lyon, 1712).

Seguimos a LITERATURA: pp.59, 60, 63, 67, 71, 74, 82 y 100. *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*: t.VII, sub voce. ROBERTS, A. A.: op.cit., sub voce. CORTES, Juan Lucas (FRANCKENAU, Gerardus Ernestus de): pp.319-320.

SOBRE LOS CODICILOS EN LA PRÁCTICA NOVOHISPANA DEL SIGLO XVIII

Jáuregui para dar a entender que luego al punto que se cerró se le entregó, lo convencimos con el irrefragable argumento de que habiéndosele entregado memoria y testamento juntos –según se dice– no podía ser inmediata la entrega, porque era la memoria veinte y tres días posterior al acto de cerrar el testamento. Aplicamos ahora esta sólida razón para que la memoria no se pudo entregar después que se cerró el testamento, según la significación de estas palabras y la mente de quien las profirió, porque de otra suerte las hubiera tenido superfluas».

«La nona. Que sea lo que fuere de la entrega de doña Josefa al depositario de los instrumentos, fue tan a satisfacción del heredero, que éste lo citó para que recibiera, y si el depósito sería para que apareciese la confianza de la testadora en el depositario, era natural que lo exhibiese ante juez o ante notario y testigos, de otra suerte de nada importa ese depósito cuando vemos que se le entrega llana y lisamente al heredero, tan sin respecto al escribano, que no asentó diligencia aunque iba de compañero. Otro caso trae el Cardenal de Luca en que se exhibió ante notario y testigos, no como quiera, sino con juramento de que era escritura del testador y firmado por su mano. No se practicó así en el nuestro, y de ahí tomó ocasión el escribano y el heredero de retener por nueve meses la memoria sin publicarla, hasta que por el rumor de la noche de la apertura, al cabo de más de nueve meses, costó trabajo el que la exhibiera: pues habiéndolo pedido el coronel, omitió el responder, dejó recibir a prueba el pleito, y fue preciso suspenderla y hacer nueva instancia para que lo hiciese, y entonces salimos con el disimulo de que estaba en el escribano, del cual se usó también según tiene alegado el coronel al tiempo de informar en estrados sobre el artículo de la formación de inventarios. Todos estos efectos acreditan por vana la confianza del depósito y por cierta la que el piadoso genio del depositario tuvo del heredero; porque de otra suerte, siendo el depósito para que después de la muerte pueda constar de la identidad del instrumento y de que aquella es la última voluntad, mirándose frustrados estos fines, y retenida la memoria por el heredero, más parece la confianza de éste que no de la testadora».

«La décima. Que abusó tanto de ella el heredero, que suprimió la memoria en el escrito en que presentó el testamento, y cuando citó al R.P. Mtro. Jáuregui como depositario de él, no dijo que lo había sido de la memoria. ¡Oh, y qué grande satisfacción la de este heredero en presentar y litigar un testamento y retener el relato, que ha confesado, y en que a otros se les aplican intereses! Si en todos los autores hasta aquí citados, la existencia de la cédula en el depositario es parte de su identidad cuando la exhibe ¿diremos que por impericia se pasaría esta circunstancia donde de tantas cautelas se han apurado?».

«La undécima. Qus sin ofensa de la religiosa verdad del R.P. Mtro. Jáuregui es único testigo de quien ha salido la noticia de que la testadora le entregó la memoria. Y como único, no prueba en el sentir del eminentísimo señor de

Luca, especialmente cuando las circunstancias del hecho hacen ver su inclinación y afecto al heredero y a sus causas. Y si la doctrina del cardenal procede en religioso regular que exhibe memoria para causas pías, donde la prueba natural de dos testigos basta (según estilo de Roma y no por leyes de España) ¿con cuanta mayor razón en una institución profana para enriquecer sólo al heredero, como dejamos demostrado? Ninguna divina ni humana ley por el testimonio de un testigo, el más idóneo, condena ni justifica, según los cánones. Las leyes dicen que aunque reluzca en su persona el mayor honor. En Roma jamás se creyó a un testigo aunque fuera de clarísima dignidad. San Jerónimo ⁴⁷, ni a Catón solo creía, como con profunda erudición establece N.S.P. Benedicto XIV ⁴⁸, que trae los raros casos en que a un solo testigo se defiere, pero no en donde versa perjuicio de tercero, no nos parece

⁴⁷ San Jerónimo o Sofronio Aurelio Jerónimo nació en Estridón (quizá sea la actual Grahovo Polje, Dalmacia) entre el 331 y el 340. Fue bautizado en Roma –ciudad donde estudió– por el Papa Liberio en el 363. Hasiado del siglo, se retiró (373) al desierto de Cálcida para hacer vida de penitencia. En el 378 abandonó la vida solitaria de estudio y oración del desierto; poco después, en Antioquia, recibió el sacerdocio. Estudió en Constantinopla con San Gregorio Nacianceno. Pasó a Roma por invitación del Papa Dámaso, del cual se convirtió en consejero. A la muerte de Dámaso (389), San Jerónimo viajó a Tierra Santa estableciéndose en Belén. Murió en el 420. Sus abundantes escritos lo hacen uno de los más prolíficos padres de la Iglesia. Además de su célebre traducción al latín de la Sagrada Escritura y de su no menos importante revisión del Salterio, San Jerónimo dejó sendos volúmenes dedicados a la exegética, a la teología, a la historia, a la homilética y a la apologetica. En fin, su pluma trató sobre casi todas las ciencias de su tiempo: no en balde es uno de los doctores de la Iglesia que gozan de mayor fama.

Seguimos a la *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana* (t.XXVII, sub voce). También pueden verse BARDENHEWER, O.: *Patrología*. Barcelona. Gustavo Gili, Editor. 1910; pp.469-487. CADIZ, Luis M.: *Historia de la literatura patristica*. Buenos Aires. Editorial Nova. 1954; pp.463-470 (ambos con abundante bibliografía).

⁴⁸ Benedicto XIV nació con el nombre Próspero Lorenzo Lambertini en Bolonia el 31 de marzo de 1675. Gobernó la Nave de San Pedro desde el 17 de agosto de 1740 hasta su fallecimiento ocurrido el 3 de mayo de 1758. Su pontificado fue uno en donde las letras eclesiásticas alcanzaron un gran esplendor, y ello no es de extrañarse ya que él mismo era uno de los más brillantes astros de la pléyade de escritores católicos que entonces existía. Aun los más grandes enemigos de la fe romana eligieron a este Papa; así Voltaire quien compuso el siguiente dístico para un retrato de Benedicto: Lambertinus hic est, Romae decus, et pater orbis Qui mundum scriptis docuit, virtutibus ornat.

(«Éste es Lambertini, ilustre hijo de Roma y padre del orbe, que enseñó al mundo con escritos y lo hermosea con sus virtudes»). Benedicto XIV escribió gran cantidad de obras, entre ellas destacan:

-*De servorum Dei beatificatione et de beatorum canonizatione*.

-*Institutiones Ecclesiasticae*.

-*De synodo diocesano*.

-*Casus conscientiae*.

-*Thesaurus resolutionum Sacrae Congregationis Concilii*.

-Existen varias ediciones de sus obras completas, la que pudo tener a la vista Gamboa es la romana en 12 volúmenes en folio publicada entre 1747 y 1751. También se realizaron compendios de sus escritos más notables; estos epítomes gozaron de gran popularidad. Tenemos a la vista el resumen de las obras completas que realizó el P. Manuel de Azevedo, S.I., en cinco tomos (Roma, 1766). *Brevitatis causa* y por ser este pontífice un personaje muy conocido, no remitimos a bibliografía.

SOBRE LOS CODICILOS EN LA PRÁCTICA NOVOHISPANA DEL SIGLO XVIII

poderse hallar ni más puntual lugar que el del Cardenal de Luca para el caso, pues aunque la memoria fuese para causas piadosas (que es la idea que se ha seguido por la parte contraria) de ninguna suerte estaría identificada. ¿Pues qué será cuando sólo sirvió la memoria para refinar y alambicar más su interés personal el heredero?».

«La décima segunda. Que cuando se entregó al escribano y al heredero esta memoria, sólo iba atada con unos hilos (así lo están todas las cosas de los hombres). Pero tan mal cerrada como que se halla en los autos con sus obleas ⁴⁹ en la cubierta, y estuvo nueve meses –según se ha querido decir– en poder del escribano. En sentir de Menochio 50 que refiere Ciriaco, sólo el estar mal cerrada, y por cuatro días en poder del notario, produce sospecha y no leve. Qué sería por nueve meses y en un escribano que, debiéndola haber publicado, la suprimió. Y como no se sabe quién la escribió ni su sobre escrito, infiérase de ahí lo que omitimos».

«La décimatercia. Que su publicación debió ser con el testamento. Y aunque en la hecha a los nueve meses y más, se halló sin lesión y con rúbricas a lo largo sobre las obleas, por lo ancho no las tenía, y primero es probar que la cédula fuese de la testadora para decir que se halló sin lesión. Aunque el coronel no asistió a aquel acto por su indisposición de salud –como dejamos dicho– hasta hoy se ha quedado la firma sin reconocer y la letra de la memoria sin identificar. Y el actor que se funda en ella debió de haberlo hecho, especialmente siendo un instrumento tan deforme como dicen las leyes y el Sr. de Luca; pues al coronel le basta llamarla sospechosa y fingida como lo manifestó en su último alegato de bien probado, que fue cuando de ella corrió traslado. Y la comparación de letras y la identificación de la firma se omitió, aunque de nada hubiera servido no constando el origen de la verdad de la cédula, como dejamos fundado».

⁴⁹ Por oblea se entiende: «Hoja muy delgada hecha de harina y agua, que se forma en un molde, se cuece al fuego. Sirve para diversos usos, y a la que ha de ser para cerrar las cubiertas de las cartas, se le mezcla un poco de color rojo».
(REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: op.cit., t.III, sub voce).

⁵⁰ Jacobo Menochio o Iacobus Menochius nació en Pavía en 1532 y murió ahí mismo en 1607. Después de enseñar derecho en Mondoví, Pisa, Padua y Pavía por 23 años, recibió de Felipe II de España una plaza en el Consejo de Milán, del cual luego fue presidente. Escribió:

-*De adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione doctissima commentaria. Item, responsa causae Finariensis* (Colonia, 1587; Colonia, 1624).

-*De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis centuriae sex* (Lyon, 1583; Lyon, 1605; Venecia, 1605; Colonia, 1615; Colonia, 1628; Colonia, 1630).

-*De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis commentaria: in sex distincta libros* (Venecia, 1590; Colonia, 1597; Colonia, 1615; Colonia, 1628; Colonia, 1636; Ginebra, 1670; Ginebra, 1676; Ginebra, 1685-1686; Ginebra, 1724).

Seguimos a la *Enciclopedia Ilustrada Europeo-Americana* (op.cit., t.XXXIV, sub voce) y a A. A. Roberts (op.cit., sub voce).

«La décima cuarta. Que en tener las rúbricas del escribano en lo largo de la cubierta sobre las obleas desgracia mucho esta cédula. Ella no se entregó por doña Josefa al R.P. Mtro Jáuregui ante el escribano ni testigos. El R.P. Mtro. Jáuregui dice que la entregó atada con aquellos hilos: con que ahí tampoco la rubricó, la noche que se abrió el testamento, según dice, cortó los hilos y no se mencionó la memoria, ni se mandó rubricar por el señor juez, ni se asienta diligencia sobre ello; con que la de las rúbricas fue una diligencia oficiosa para interponer su autoridad privada el escribano en acto que no se rogó ante él, ni se le mandó».

«La décima quinta. Que la retardación de exhibir esta cédula, y el disimulo con que se consintió en su exhibición después de cuarenta días que el coronel la había pedido, acredita la sospecha. No se ha de tolerar el heredero extraño (dice la ley) que supone ignorar lo contenido en el testamento, y mucho más cuando la cédula reza que estaban “comunicadas de palabra las cosas” que refiere “con el Br. Roca”. Y éste la exhibe con el disimulo «de que podía acontecer que sus cláusulas condujesen al fin del litigio». Fue preciso este disimulo porque ya se había tardado tanto tiempo en suprimirla y retenerla en su poder como se está manifestando, por lo que se valió de echarle la culpa al escribano para evitar la sospecha; pues como funda Feliciano ⁵¹ y Boerio ⁵², si el protocolo solemne se halla en poder del acreedor, labora en él vicio de sospecha. ¿Pues qué deberá decirse de una memoria privada? ¿Es posible que los encargos más confidenciales de la testadora –que supone el Br. Roca– los dejara en el escribano, sino fuese para dificultar la sospecha del instrumento que por tantos meses retuvo?».

«Últimamente el Real Consejo de Indias con adjuntos del Supremo de Castilla, pronunció a favor de la Santa Iglesia Catedral de la Ciudad de Guadalajara de Indias, en la causa de expolios del Ilmo. Sr. D. Fr. Juan del Valle, contra el Monasterio del Sr. S. Benito de Valladolid de España, que se

⁵¹ Este Feliciano es el catedrático de prima de Cánones de Alcalá de Henares, Dr. Feliciano de Solís. Nació en Madrid y murió en La Coruña, de cuya audiencia fue oidor. Floreció durante el reinado de Felipe II. Dejó:

-*Commentarii de censibus quatuor libris fere omnem materiam de censibus complectentes* (Alcalá, 1594).

-*Appendix ad priores de censibus commentarios de censibus, seu secundus tomus* (Madrid, 1605). Seguimos a: PEREZ PASTOR, Cristóbal: op.cit., t.II, ficha 925. ALVAREZ Y BAENA, Joseph Antonio: op.cit., t.II, p.8. LITERATURA: p.123. CORTES, Juan Lucas (FRANCKENAU, Gerardus Ernestus de): op.cit., pp.84 y 254.

⁵² Nicolas Boyer o Nicolaus Boerius nació en Montpellier en 1469. Litigó y enseñó en Bourges. Fue presidente del Parlamento de Bourdeaux. Murió el 10 de junio de 1539. Se le considera una de las máximas autoridades del derecho romano-holandés. Dejó:

-*Decisiones Supremi Senatus Burdegalensis* (Francfort, 1599; Francfort; 1665). Seguimos a ROBERTS, A. A.: op.cit., sub voce.

SOBRE LOS CODICILOS EN LA PRÁCTICA NOVOHISPANA DEL SIGLO XVIII

fundaba en una cédula aun firmada de cuatro religiosos: por la clandestinidad de su celebración, contrariedad de sus cláusulas, haberse producido después de la muerte, estar sin escribano cuando había muchos y era cosa de gran momento, y que había habido multiplicidad de actos para aparecerse, con otros que trae Nogueroel en su célebre alegación⁵³. ¿Pues, cómo ha de tener lugar una cédula sin testigos, sin escribano, tan tardamente producida –después de nueve meses de comenzado el pleito– cuando están forzando estas pruebas a conocer la ninguna fe que merece?».

«Ni es de omitir, que al mentar tres veces al primer marido de doña Josefa se le dice (Peredo), que es fuerte argumento de no haberla dictado cuando sabía bien el sobrenombre de su marido, que era (Pereda); pues aunque el error en

⁵³ *Por el Deán y Cabildo de la Santa Iglesia de Guadalajara en los Reinos de la Nueva España, cuyo derecho coadyuua el Señor Fiscal del Consejo Real de Indias, Contra el Convento de San Benito el Real de Valladolid, cuyo derecho Coadyuua el Señor Fiscal del Consejo Real de Castilla en Respuesta de Su Información.*

Según Ignacio Dávila Garibi (DAVILA GARIBI, J. Ignacio): «Controversia entre el Convento de San Benito el Real de Valladolid, España y Mitra de Guadalajara». En *Memorias de la Academia Mexicana de la Historia, correspondiente de la Real de Madrid*: 19. México, 1960; pp.104-108) el título que arriba transcribimos es una nota manuscrita que suple la portada de un impreso madrileño –de la imprenta de la Viuda de González– en folio (30x20 cms.) de 16 hojas sólo numeradas por el anverso e impreso por 1633, que vio en la biblioteca del historiador tapatío José Cornejo Franco.

El asunto versa –según el mismo Dávila Garibi– sobre el espolio del obispo de Guadalajara Fray Juan del Valle y Arredondo quien, tras gobernar su diócesis ocho años, renunció a la mitra, pasó a España y murió en Madrid en 1622. Antes de su deceso había ofrecido donar sus bienes a la comunidad benedictina de San Benito el Real de Valladolid, pero como no dejó testamento donde constara tal ánimo, surgió un pleito entre la Diócesis de Guadalajara y los monjes. Éstos reclamaban el espolio, y además, el reembolso de los gastos que la comunidad había tenido que realizar para que Fray Juan pudiese ir a tomar posesión de su silla neogalaica. El cabildo tapatío fue condenado a pagar 10 000 ducados a los benedictinos en la sentencia de vista y el impreso arriba mencionado corresponde a la petición de revocación de sentencia por parte del dicho Cabildo. No sabemos si la alegación a la que se refiere Gamboa como obra de Nogueroel sea la que arriba describimos, pero es muy probable que sí.

Este Nogueroel es Pedro Díaz Nogueroel quien dejó dos alegatos en defensa de la Catedral de Guadalajara que aparecen bajo los números 26 y 27 la colección de sus alegatos (DIEZ NOGUEROEL, Petri: *Allegationes Juris in quibus quamplurimae quaestiones* etc. Lyon. Sumptibus Laurentii Arnaud, Petri Borde, Ioannis & Petri Arnaud. 1676, pp.253-288). La primera se presentó para que su parte obtuviese la confirmación de la sentencia que a su favor pronunció el Consejo de Castilla el 13 de julio de 1629; y la segunda, para la enmienda de la de 9 de octubre de 1634. El siguiente impreso también se refiere a los espolios de Fr. Juan del Valle:

Señora. /El Licenciado Don Iuan Cerrato y Cañas, Arcedidia- /no de la fanta Iglefia de Guadalajara de los Reinos /de la Nueva-Epaña, Dize, que por muerte de don Fray /Iuan de Oualle, Obifpo que fue de la dicha fanta Iglefia, /etc.

Es una hoja en folio impresa en papel sellado de 1667; seguramente se trata de un escrito procuratorio. Medina lo vio en el Archivo de Indias (tomado de MEDINA, José Toribio: *Biblioteca Hispano-Americana (1493-1810)*. Santiago de Chile. En Casa del Autor. 1898-1907; t.VI, ficha 6363).

del nombre no vicie el acto (si se conoce de la persona que habla) no es regular que los cónyuges ignoren sus verdaderos nombres y sobrenombres».

«Ni obstará el decir que el coronel aprobó la memoria pidiendo su exhibición, porque fue con protesta de no aprobarla ni darle más fe que la que pudiera tener por Derecho, y con el error de haber oído que estaba dentro de la nema⁵⁴ del testamento; y el pedir la apertura no es aprobar el instrumento. En el caso de Ciriaco pidieron la publicación de la cédula las que la impugnaban, y dice que la simple petición de la apertura no aprueba lo que es nulo. El hijo usa del edicto para pedir la exhibición de las tablas, sean nulas o válidas, y si la petición la aprobara, no podía quejarse si se hallase pretérito, lo cual es absurdo, como puede verse también en Gómez⁵⁵. Y el coronel pidió esa memoria para evitar que, ganando el pleito, se le moviese otro nuevo por el Br. Roca. Pues no debiera haberla suprimido si fuese cierta cuando tenía en ella interés el coronel».

⁵⁴ Según el *Diccionario de Autoridades* (t.II, sub voce) de la Real Academia Española, nema significa:

«La cerradura, o sello de las cartas que porque los antiguos la cerraban con hilo, y después la sellaban, se le dio este nombre, que es griego, y significa el hilo».

⁵⁵ Antonio Gómez, o latinizado Antonius Gomezius, nació en Talavera de la Reina a principios del siglo XVI. Estudió y enseñó en Salamanca. Fue arcipreste de Toledo y se le conoció como **príncipe de los jurisconsultos**. Dejó las obras siguientes:

-*Commentarium variarumque resolutionum iuris civilis, communis et regii, tomi III (también Variarum resolutionum iuris civilis, communis et regii libri III)* (Salamanca, 1552; Francfort, 1572; Salamanca, 1589; con notas de Manuel Suárez de Ribeira: Venecia, 1572; Francfort, 1573; Salamanca, 1579; Francfort, 1584; Francfort, 1597; Venecia, 1582; Venecia, 1602; Lyon, 1602 y Amberes, 1615; Colonia, 1622; Ginebra, 1631; Lyon, 1733; con notas de Manuel Suárez de Ribeira y de Juan de Ayllón Láynez: Lyon, 1744; Madrid, 1768; Madrid, 1780; Madrid, 1794).

-*In leges Tauri commentarius absolutissimus* (Salamanca, 1555; Salamanca, 1575; Salamanca, 1598; Venecia, 1591; Francfort, 1591; Colonia, 1616; Amberes, 1617; con adiciones de Diego Gómez Cornejo: Lyon, 1602 y ahí mismo en 1674, 1701, 1733 y 1744, y en Ginebra, 1607, y en Amberes, 1624, y en Madrid, 1764, 1768, 1776, 1780, 1788 y 1794; compendiado y traducido al castellano por Pedro Nolasco de Llano: Madrid, 1785).

-*De iustitia et iure* (Dordrecht, 1659).

-*Opera Omnia* (Lyon, 1661; Lyon, 1701; Venecia, 1747; Remondini, 1759; Madrid, 1768; Madrid, 1780).

Seguimos a Palau (op.cit., t.III, sub voce), Roberts (op.cit., sub voce), LITERATURA (pp. 75, 87 y 108), a la *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana* (t.XXVI, sub voce), y a Juan Lucas Cortés (op.cit., pp.47-48 y 74).