tante) Lo ſegundo, la formacion de la memoria. Y lo tercero, el arreglamiento â ella para las diſpoſiciones: porque quererſe averiguar por teſtigos, que lo que contenia la memoria, y contiene el teſtamento, fué lo miſmo que el teſtador quiſo, â el tiempo que ſabemos que no huvo otro teſtigo de eſto, que el miſmo Padre Paz, fuera buſcar vn hecho impoſsible, fuera ir contra las diſpoſiciones de Derecho (267) cerca de la confianza, y negar â los teſtadores la facultad de cometer la declaracion de ſus voluntades, y demás de eſto, ir contra la miſma voluntad que no quiſo tener otro organo, que el miſmo Padre Paz. Y lo que dá temor es, que eſte Sacerdote Religioſo, y Confeſſor del Difunto; añade, que eſtas diſpoſiciones eran *del deſcargo de ſu conciencia*, como vimos, y por eſto, con quanto detrimento ſe procederà â la determinacion de enriquecer con ſu caudal â quien no quiſo, y por las afectadas dudas, y rezelos imprudentes de falſedad, y por los apices deſpreciables, dexarle â la miſma conciencia los cargos, â los que quiſo el teſtador, defraudados, y al proprio dueño del caudal, deſnudo de todo provecho. Verdaderamente, que ſola eſta conſideracion me moviera â la reſolucion, quando no huviera otro fundamento: pues cargos, y deſcargos de conciencia, quien los puede ſaber mejor, que el Confeſſor? Y entre declarar nulas las diſpoſiciones, ô válidas, ay eſta diferencia, que ſubſiſtiendo, como quiera que ſon obras pias, (aun quando fueſſen otras de las que el teſtador quiſo, que no ay de donde poderſe colegir) ſiempre reſultaban â favor del miſmo teſtador Difunto; (267) y declarandoſe nulas, y el Derecho â favor de los herederos *ab inteſtato*, ibamos contra el miſmo Difunto, â quien no aprovechara, y con el peligro de defraudarle del deſcargo de ſu conciencia: y en vna palabra, ſi ſe declararan válidas las diſpoſiciones, el mayor rieſgo, en la mas nimia eſcrupuloſidad, ſería ir fuera de ſu voluntad, pero no contra ſu provecho;

(266) Citata Leg. Theopompus, vbi Barth. & communiter DD. ff. de Dote prælegata.

(267) Ex dict. diſc. 45. ſub. num. 3. in fi.: dum certus eſt Deus, ſeu certa eſt Anima teſtatoris, quorum vni vel alteri legatum fieri dicitur.

y en

y en el caſo contrario el rieſgo fuera ir contra ſu provecho, y contra ſu voluntad, veaſe qual es mayor inconveniente, y el fundamento grande que ay para el privilegio de las cauſas piadoſas, y que en caſo de duda ſe juzgue por ellas, como arriba fundé.

Bolvamos, pues, â lo que quedò pendiente de el ſegundo articulo que neceſsitaba averiguarſe, que fué la formacion de la memoria; y por ſu verdad, exiſte lo primero de la declaracion, ô reſpueſta de D. Juan Gomez (268) Marquez, dada â los veinte y nueve de Diziembre de el año paſſado de ſetecientos y ocho, â la notificacion que ſe le hizo del auto del Juez Ecleſiaſtico para que exhibieſſe la memoria teſtamentaria, en que expreſsó, que las diſpoſiciones del Difunto Somoza, avian quedado â la direcciõ, y encargo del P. Pedro de Paz, quien le aſsiſtiò haſta la vltima hora, y como tan immediato â las communicaciones tuvo en ſu poder la memoria; pero que con ella en compañia del citado Padre formaron los Albaceas el teſtamento, que ſe cotejò, concluido por el miſmo Padre, y el Eſcrivano, en preſencia de los teſtigos, y Albaceas clauſula por clauſula de las que contenia la memoria; y aſsi por quedar ſu contexto en el miſmo teſtamento, como porque yá no ſervia, no la quiſo ſoltar el citado Padre, y no ſabìa ſi ſubſiſtia, y lo juró.

Ya vimos las declaraciones del citado Padre ſobre averla formado; y ſigue la declaracion de D. Franciſco Daza (269) Carrillo, dueño de Trapiche en terminos de Nexapa, que moraba en la miſma caſa en que murió el Difunto, quien dice, que aviendo ſolicitado eſte le aſsiſtieſſe el R. P. Rector de la Sagrada Compañia, por ſu enfermedad lo hizo el P. Pedro de Paz, por lo que tocaba â ſu Alma, y â las diſpoſiciones de ſu caudal, que otorgó el poder, y que quando eſto ſe tratò, oyó decir *â el miſmo Difunto, que queria dexar por*

(268) *Fox. 27. y ſiguientes.*

(269) *Dicha fox. 60.*

ſu

su heredero â D. Juan Gomez Marquez, ô à D. Juan Francisco Gutierrez, y se escusaron de serlo, y aviendo propuesto nombrasse â su Hermano D. Gaspar: respondiò, *que le avia echado por aî mucho caudal, que era vn perdido*; y aviendole instado D. Juan Francisco, le persuadiò â que le hiciesse vna manda de 6ꝟ. pesos, y 2ꝟ. â cada vna de sus hijas, y â que le dexasse por heredero en el remaniente. Y que para hazer el testamento conforme â sus disposiciones, *hizo vna memoria de ellas, que la escriviò dicho P. Paz, que hasta aqui es lo que viò*: con que este testigo lo fué de vista de la misma memoria perfeccionada. Y que con ocasion de estár dentro de la misma casa, de cierta ciencia supo averse echo el testamento conforme â la memoria, y assi lo oyó â el mismo P. Paz, y â los Apoderados, y que avia assistido el Licenciado D. Francisco Manuel Gonzalez, y que vió que assistiò el Escrivano Benayas, y su oficial Rodriguez.

(270) *Fox.* 40.

Este fuè otro testigo, que hizo dos declaraciones: la primera, (270) en que dice, aver sido factible fuesse testigo en el testamento otorgado ante dicho Escrivano Benayas, aunque fixamente no se acordaba, y que solo tenia presente, que el director de las disposiciones fuè el P. Pedro de Paz; y que no hazia memoria cierta de otra cosa para poder declarar con el seguro de conciencia, que pedia la religion del juramento.

(271) *Dicha fox.* 61.

Otra hizo (271) despues â pedimento de los Albaceas, en que expressa, que la primera avia hecho sin reflexa alguna, por aver sido improvisamente, y aora que se acordaba (272) refiere, que como escriviente de Diego Benayas Escrivano, fué en su compañia â la casa de D. Thomàs Fernandez de la Cuesta, en donde se hallaba enfermo D. Francisco de Somoza, assistido del Padre Pedro de Paz, *con quien le dixo al Escrivano tenia communicada su voluntad, y disposiciones testamentarias*, que por el peligro de su accidente, se resolviò â hazer vn poder, *y que en el interin*

(272) Quod non obstat ad eius fidem, ex dictis à Farinacio de testib. quæst. 66. n. 355. in fortiori casu, vbi *testis primo dicit se scire* deinde dicit se nescire, nunquid iste testis possit aliquomodo concordari? Dic quod sic. Et n. 363: dummodo testis supervenientis novæ scientiæ probabilem causam alleget, aliter secus.

fuesse haziendo dicho Padre vna memoria, ô apuntes en substancia, de lo communicado, como assi se executò, dedicandose â solas con dicho Padre â ir disponiendo la memoria, y dicho Escrivano el poder, el qual concluido, y assegurado el peligro, que por este medio se avia tirado â reparar por el temor del enfermo. Y prosigue refiriendo, aver querido despues por sí testar, y no aver concluido por averle prevenido la muerte; y añade, que de lo que se le ofrecian algunas especies, era, de que â el otorgamiento del testamento concurrió con los Albaceas el Padre Paz, ê intervino el citado D. Manuel Gonzalez; aunque no se avia podido acordar de si despues de lo referido se rompió, ô no *la memoria, pero que tampoco se le ofrecia duda alguna, en quanto â que dicho testamento se dispuso arreglado â ella, y â la vltima voluntad del Difunto*, que probablemente se persuade â que el testamento original estaria de su letra, y que se assentaria por vno de los testigos de su otorgamiento.

Don Juan Francisco Gutierrez, otro de los Albaceas, declarò en virtud (273) del despacho, mandado librar por esta Real Audiencia (â el tiempo que hizo exhibicion de la citada carta, ô communicacion del fideicommisso de los 140ꝟ. pesos, y de los conocimientos de las remissiones hechas por el citado D. Juan Gomez, de que despues haré mencion) *que el testamento que en virtud del poder se otorgó por el declarante, y sus Coalbaceas, fuè arreglado en todo à la voluntad del Difunto, communicada al Padre Pedro de Paz, expressada en la memoria, y apuntes que escriviò, con orden de dicho testador, los quales se tuvieron presentes â el tiempo de otorgarse dicho testamento*, y que el no aver quedado en el registro del Escrivano, ante quien se otorgó, fuè porque ni este lo advirtió, ni el Abogado con quien se communicò.

(273) *Dicha fox.* 380. *y siguientes.*

El citado Padre Manuel Lasso de la Vega, Coadjutor examinado (274) â pedimento de las obras pias, dice, avia ido en compañia del citado Padre Paz, con quien D. Francisco de Somoza

(274) *Fox.* 408.

communicó sus disposiciones testamentarias, rogandole escriviesse vna memoria de ellas, para que se executasse su contenido; *y que con effecto la escriviò â modo de apuntes, porque no se le olvidara lo que avia dispuesto por la precission de la enfermedad, y que viò el testigo los apuntes en mano del Padre Paz, despues de fallecido D. Francisco, aunque no supo lo que contenian hasta despues de su muerte, quando se otorgò el testamento; y que aunque no se acordaba de todo lo que se leyò entonces en la memoria, oyó explicar mucho caudal del susodicho para obras pias, y algo al Colegio de la Compañia de Oaxaca,* y que no solo el testigo, sino todos los que se hallaron presentes al testamento vieron la memoria en manos del Padre Paz, y que con vn Abogado que entonces se hallaba en Oaxaca, se consultò el testamento, *y no le quedaba â el testigo, la menor duda, de que se haria en buena conciencia, y conformandose en todo con lo que D. Francisco de Somoza avia dispuesto en dicha memoria*, que si se huviera advertido que avia de quedar esta en poder del Escrivano, ninguno lo huviera resistido. Que quando se dispuso el poder para testar estaba el testigo con los Albaceas, y el Padre Paz en la misma pieza del Enfermo, *y no queria dexar por su heredero â su hermano D. Gaspar, diciendo, que le avia echado por aì mucho cauldal.* Que se escusaron de ser herederos, dandole palabra de que cumplirian con sus disposiciones, y juntandose al punto de la memoria, la mencion que de ella se haze en los inventarios, que se hallaron en el juzgado general de bienes de Difuntos, cuyo testimonio se halla presentado, y se haze mencion en el hecho, no parece que se puede dudar aver avido tal memoria. De estas declaraciones resultan seis deposiciones contestes con la del Padre Paz, de la confianza, y communicaciones de averse formado la memoria, y tenidose presente al otorgamiento del testamento, cō cierta ciencia, siēdo todos (como fueron) testigos oculares, pues Daza dice, que viò escrebir la memoria, y de cierta ciencia, que se hizo por ella el testamento, Rodriguez tambien de vista al tiempo de la formacion de la memoria, y lo mismo el Padre Manuel Lasso; y aunque en la del citado Rodriguez, y del citado Padre Manuel, se quiera tropezar en la generalidad con que dicen, que no les queda duda alguna, en que se haria arreglado el testamento â la citada memoria, y que esto no concluye, porque es deposicion conjetural, y de credulidad, yo antes la llamo deposicion cordata, y Christiana, y que mas prueba su propria sinceridad; pues lo que supieron, y pudieron deponer sin temeridad, y lo que solo importa para el caso, es, que huvo memoria, y que se tuvo presente; pero no sabiendo, ni pudiendo saber el contenido de la memoria, como pudieran deponer averse arreglado â ella en el testamento, si no fuera con arrojo, y animosidad, que tambien lo huvieran hecho, si huvieran depuesto en lo demás falsamente.

Y aqui si se incurriera en la misma Doctrina en que se ha fundado la parte de los herederos de D. Gaspar de Somoza en el caso distantissimo del Cardenal de Luca (275) quando los testigos detrás de la cortina oyeron las disposiciones, â quienes reprehende por la propria torpeza que estos avian cometido, y el hecho injusto de aver sabido lo que el testador no quiso que supiessen, pues aunque en los testigos no se dessee el formal ruego como solemnidad, si no es para que se sepa, que el testador quiso hablar delante de ellas; pero ni aun esto es necessario en donde el testador cree, que està hablando con vno solo, secreta, y confidencialmente, como todo lo dixo el citado Cardenal; y por consiguiente si en el caso nuestro los testigos pudieran saber mas, que de la substancia de la memoria, y expressaran individualmente las clausulas de ella, deviera reprehenderlos la parte de los citados herederos, porque sabian lo que el testador no quiso que supiessen, como se notó en el caso

(275) Disc. 13. de testam. n. 14: dictiquè testes, qui sub cortina dictum colloquium audierunt, turpitudinem allegabant, maleque gestum contra intentionem testari volētis. Et infra eod. num. & 15: non quia desideretur formalis rogitus tanquam solemnitas, sed ad excludendum ne verba casualiter coram aliquibus dicta, dispositionem inducant, & sic quod testator sciat loqui coram eis tanquam suæ volūtatis testibus, nullatenus vero vbi credit, cum vno tantum confidencialiter, ac secreto loqui.