

guna controversia entre los Doctores, es porque  
nada pacifico quisieron dexar en el Derecho, pero  
asiente á poderlo ser, y quando mas substenta la  
integridad de los mismos testigos legatarios, con  
solo los adminiculos; no siendo el Padre Paz, y su  
compañero legatarios, ni deviendo ser excluidos  
por testigos de la comunidad, aviando tantos  
adminiculos como hemos visto, y ni la mas ligera  
sospecha de affección, è interés, ó hemos de creer  
los, ó oprimir la verdad por solo oprimirla, siquie  
ra sin vn apparente color.

(288) Quedan por testigos de los mencionados los  
mismos Albaceas; y la primera objeció que se ofre  
ce contra la de D. Juan Gomez Marquez, es la res  
puesta jurada, que dió á la notificacion que se le  
mandó hacer por el Ecclesiastico, para que exhibi  
biesse la memoria, en que dixo que el P. Paz no  
avia querido soltarla, por quedar sus clausulas en  
el testamento, y no servir, y que no sabia si subsistia  
la memoria en poder del mismo Padre, siendo así, que  
este expressa averla roto en presencia de los Albaceas.

Pero esto tiene facil combinacion: la prime  
ra, que bien pudo romperla en presencia de los  
Albaceas, y no ser á su vista; pues no aviando clau  
sulas que superfluamente se ayan inventado, pa  
ra convencer vna plena absoluta ciencia, vfan los  
Juristas estas vozes á su vista, ciencia, y paciencia,  
que cada vna tiene distinta significacion, porque  
puede vno estar presente, (289) y no saber, y tam  
bién estarlo, y no veer; á vna vuelta de espaldas  
de el P. Paz, puesta la atencion de los Albaceas  
en lo substancial de el negocio, pudo romper la  
memoria, sin que lo entendiesen, ni conociesen  
los Albaceas, y estaba verificado, aver sido en pre  
sencia de D. Juan Gomez, y este no saberlo. La

(289) Argumento deducto ex dictis à Farinacio  
de testib. quæst. 66. n. 364: limita quanto  
conclusionem non procedere, quando te  
stis in prima depositione, in qua afferit se  
nescire, dixerit etiam se fuisse presentem  
in illo actu, de quo nihil scire affirmat.  
Tunc enim non potest ex intervallo dicere  
se scire, & si hoc dixerit, dicitur varius, &  
contrarius nihil probat. Ergo quando pra  
fens est, & dicit se nescire non est contrarius.  
(290) Cardinalis de Luca, disc. 64. n. 4: cum  
decennij spatium consideretur ob regula  
deductam ex textu in Leg. peregrin  
ff de acquirenda possessione, vbi Barth. &  
alij, super præsumpta oblivione, circa quā  
præcissa regula temporis non cadit, quo  
nam stant simul, vt ea neque per quinde  
cum, vel viginti annos inducatur in uno, &  
in altero inducatur per minus tempus de  
cennij, ideoquè dicitur materia arbitria  
adnotata per DD. in eadem Leg. peregrin  
ff de quibus Menochius de arbitrijs casu  
26. &c.

po, pues el que no se presume en uno por quin  
ze, ni veinte años, se presume en otro por me  
nos tiempo, á lo menos se tiene por caso arbi  
trario, para que atendidas las circunstancias se  
pueda discurrir averlo sido. Quando se otorgó el  
testamento fué en treinta de Septiembre del año  
de seis, la primera declaracion del P. Paz en que  
dixo aver roto la memoria presentes los Albaceas,  
fué en veinte y siete de Agosto de setecientos veinte  
y tres; tiempo era bastante para olvidarse el de  
diez y siete años (no digo de romper la memo  
ria, que era hecho notable) si no de la circunstan  
cia de la presencia de los Albaceas, que era extrin  
seco, y menos substancial adminiculo: cuya doc  
trina sirve tambien para el olvido que motivó en  
su deposicion segúndia el testigo Juan Antonio Ro  
driguez. Y quando los testigos basta que con  
cuerden en lo substancial, aunque no sea asi en  
lo accidental, è impertinente, (291) la misma dis  
sonancia, y discrepancia en el aver roto la memo  
ria, que resulta de no averlo expressado D. Juan  
Gomez, arguye mas la sinceridad de el acto, y la  
pureza en la substancial de la verdad; y es la tazon:  
porque concordando uniformemente en la exi  
stencia de la memoria, y arregloamiento en las dis  
posiciones, si hubiera sido por collusion la hubie  
ran prevenido para en caso que se preguntasse por  
ella: (que todo esto adelanta la malicia) con que  
quando vn Albacea ignora si está existente, y el  
confidenciario afirma averla roto, excluye la col  
lusion para el contexto de lo que se avia de res  
ponder en este caso, y el animo premeditado de  
aver maquinado la trama de falsas disposiciones.

Bolvamos, pues, á la circunstancia de Al  
baceas para la integridad de sus deposiciones, es  
ta pues no les perjudica segun la doctrina de Flo  
res de Mena (292) con el texto expresso del Co  
digo, para que á los que dictan el testamento,  
que son propriamente los fideicomissarios, y  
á los mismos testigos para probar la voluntad, les  
puede dexar el testador el legado, y fideicomis  
sarios.

(291)

Farinacius, tractatu de testibus, quæst. 65.  
a num. 17. & seq. vbi num. 20: sublimita  
hanc secundam limitationem procedere,  
quando testes concordes in substancial negotijs discordant in qualitatibus, & circum  
stantijs, vel accessorijs, remotis, extrin  
seco, impertinentibus, & non substancialibus:  
tunc enim talis contrarietas, aut va  
rietatis testibus fidem non tollit. Et prose  
quitur cum DD. hanc conclusionem fo  
ventibus.

(292)

Flores de Mena, Variarum, lib. 1. quæst.  
1. n. 25: Octavo præmitto quod legata  
rii, fideicomissarii, executor testame  
ti sunt idonei testes in testamento, & in co  
dicillis dummodo sit cœfecta scriptura pu  
blica, vel si non est cœfecta, & agitur de  
probando testamento per testes non agitur  
causa inter eos, & hæredem. Textus in  
Leg. dictantibus Cod. de testam. &c.

(293)  
Vt sup. num;

(294) Petrus Stockmans, Decis. Brabantæ 7. n. 3: Sed distinguere oportet duplices generis executores testamentarios, quidam nullo instituto hærede, iubentur bona omnia testatoris distribuere inter certas Personas, veluti inter Pauperes, huiusmodi vñiversales executores, manifestum est loco heredum esse habendos. Barth. in dict. Leg. alio hærede n. 6. ff. de Alimentis, & cibarijs legatis. Vbi addit id etiam obtine-re, etiam li Pauperes ipsi sint hæredes instituti ex Leg. si quis ad declinandum Cod. de Episcop. & Cleric. Cum etiam in hoc casu totius dispositionis, & hæreditatis arbitrio sit executor. Consequenter cum negari nequeat hunc esse iuris successorem, & quasi hæredem fideicommissio gravatum, non potest testis adhiberi. Alij sine ampla hac potestate distribuendi, nudi sunt Ministri ad præstanta legata, & fideicommissa his quos nominavit testator, scripto etiam alio hærede de quibus agitur in Leg. 17. ff. de Legat. 2. Leg. 107. eod. Leg. 78. §. 1. Ad Senatus Consult. Trebellian. Hi non video cur testes adhiberi nequeant, cu nullum ex suo testimonio commodum, sed onus potius referant, & nequam dicit possit iuris successores, aut hæredum loco esse, & minor omnino ratio sit eos repellendi, quam legatarios, ideoque testes esse posse. Citat Angelum Vbefembekium, & Barberium. Itaque iudicatum.

so que quisiere, que es lo mismo que decir, que ni la confianza del dictar, ni el interés del legado excluyen á el commissario, ni á el legatario de testigos; y aunque distingue el citado Flores con otros Doctores, entre el caso de averse celebrado escriptura publica del testamento, ó no averse celebrado, y tratarse pleito entre el heredero, y los mismos Albaceas, para que en el primero caso puedan testificar estos, y en el segundo no, estamos en los precisos terminos del primero, porque ay testamento otorgado, y lo que los testamentarios deponen, es en hecho (293) proprio, que dá mas fee á sus deposiciones, y mas quando la declaracion del citado Don Juan Gomez, no solo la hizo, y la juró quando no avia pleito pendiente, sino es quando estaba contento, y satisfecho el propio heredero, que fué por el año passado de setecientos y ocho; y dirigiendo esta demanda principalmente contra el citado Don Juan Gomez, y sus Albaceas, por aver sido en quien entró el caudal, y por cuya mano corrió la distribucion, los otros Albaceas en el pleito no se pueden considerar interessados, porque no les viene daño, ni provecho de su vencimiento, y así para con ellos, se versa el primer caso de el citado Flores de Mena, y tienen fee integra para poder testificar.

Y en el mismo assumpto Pedro Stockmans (294) en vna de las decisiones de Brabancia, distingue dos generos de executores testamentarios, vnos que sin institucion de heredero han de entrar en todos los bienes del testador, para distribuirlo entre cierto genero de personas, V. g. entre Pobres; y á este genero de executores, considera con Bartholo en lugar de herederos, aun quando los mismos Pobres son instituidos, porque es vn arbitrio el executor de toda la disposicion, y herencia, y consiguientemente como sucesor de el Derecho, y quasi heredero no podrá testificar. El otro genero de executores, es de aquellos que son vnos desnudos Ministros, y sin

otra

56  
otra amplia potestad de distribuir, que entregar los legados, y fideicommissos á aquellos mismos que el testador nombró, y expresó: y en estos, como no resulte commodo, sino antes trabajo, no ay por donde discurrirse que no puedan ser testigos, antes para serlo ay mucha mas razon, que para los legatarios, y asi fué juzgado en el caso de la precitada decision, en donde vno de los testigos fué el executor del testamento.

Demás, que es expresso el parrafo de instituta, (295) q los tiene por testigos idoneos, como á los legatarios, citando la constitucion, en que se les concedió poderlo ser, por no tenerse por sucessores; y añade la Glosa dando solucion á la Ley (296) del Codigo, que prohíbe ser vno testigo en causa propria, que en el caso del parrafo de instituta se testificaba á favor del testamento en el pleito que se trataba contra su validacion; y así no en su causa, sino en la causa del propio testamento testificaba el Albacea, que con mucha mas razon se contrae á los desnudos ejecutores, que no tienen mas proyecho, que el trabajo, y oficio de piedad.

Pero se podrá decir, que así el R. P. Paz, como los Albaceas, yá que no tengan otro interés, por lo menos tienen el de conservar su propio hecho, y llevar adelante lo que vna vez ejecutaron, (supongo que esto no se puede decir por D. Juan Gomez Marquez, porque quando declaró no se disputaba su hecho, y con el contentamiento del heredero no podía tener temor de averlo) y así veamos que está escrito sobre este assumpto.

Lo más que mi diligencia ha podido reconocer, en la congoja del tiempo, y multitud de puntos de este negocio, fué la doctrina, verdaderamente celebre de Blas Flores Diez de Mena (297) en vna de sus addiciones á Gama, en las decisiones de Portugal, con Burgos de Paz, Menochio, Crasso, Mantica, Mascarado, y Simon de Pretis, para que aquellos testigos que lo fue-

F f ron

(295) §. Legatarijs de testam. ordinand.: Legatarijs antem, & fideicommissarijs, quia non iuris successores sunt, & in alijs Personis eis coniunctis testimonium non denegamus:imo in quadam nostra Constitutione, & hoc specialiter eis concessimus.

(296) Leg. Omnib. Cod. de testib. Glosa damus: hic agitur de viribus testamenti inter hæredem, & alium agentem contra testamentum. Vel dic hoc speciale vt coniunctus pro coniuncto admittatur quasi in re sua, favore testamenti, & ultimæ voluntatis, quæ debet dominari. Et Glosa in dicta Leg. Omnibus, verbo *in re propria*: sed contra huic Legi Institut. de testam. §. Legatarijs. Sed ibi in causa testamenti, non sua fert testimonium.

(297) Blasius Flores Diez de Mena, additione ad Decisionem Lusitaniam 98. postquam ad materiam citat Burgos de Paz, Conf. 11. per tot. Menochium, Conf. 45. a n. 22. lib. 1. & tract. de præsumptionib. lib. 6. præsumpt. 45. per tot. Michaëlem Crassum in tract. Sententiarum, §. testamētum, quæst. 21. Manticam, de Coniecturis, lib. 2. tit. 5. n. 17. & tit. 6. Mascarum de probatio-nib. 2. part. conclusionib. 824. 25. 26. & 27. Simonem de Pretis, lib. 2. interpretat. 1. dubio 1. solut. 4. a n. 1. air: & nota vnum singulare quod Author hic dicit, scilicet, sex testes testamenti, qui interfuerunt tempore consecuti testamenti non probant sanam mētem, nec sunt testes idonei, etiam cum alijs: quia interest sua ne testamentum subvertatur ex defectu testat- tis, sed Ego hanc doctrinam, nisi alia contra testes concurrent suspectam puto, & contranotata per Authores dictos, maximè Simonem de Pretis, qui etiam Notario, ni si alia concurrent aliquam fidem tribuit: Et in propriis terminis nunquam vidi praædicari, nec mihi appetet, quod probable interesse testes prætendere possint, nec quod sex, nisi sint consanguinei, famuli, aur prætatio corrupti debeant contra conscientiam deponere, maximè si alia iudicia eis faveat, vnde ab hac doctrina cavendum puto.