el Escribano; el P. Paz hà depuesto, como vimos en el hecho, y repetido en muchas partes de mi informe, llamandose apuntes, ô memoria, pero yá perfectos en orden â la voluntad explicada de el Difunto, y que por ellos se perfeccionò el testamento, y que esta perfeccion de voluntad, es la que buscan los textos, y Authores, aun quando faltassen otras materialidades: luego yà tenemos por deponente, â el mismo testigo, que aprueba la parte de los Herederos.

El Escribano, no puede oy deponer, porque està muerto, y no se puso la demanda quando estaba vivo, y no se satisface, ni responde â lo que importa la fee de su instrumento, â que haziendose mencion en el poder de la memoria, que se inserta en el testamento, por la confianza de el testador, se presume averse el Escribano arreglado â su voluntad, como probè en el antecedente fundamento; y solo se para el Anonimo en las vozes de apuntes, ô memoria, dexando en question de nombre vna, tan de substancia, como la voluntad: con que estos mismos dos testigos, que quieren los Herederos, vno depuso, y pudo, el otro no pudo deponer, pero està la presumpcion â favor de su arreglamiento. Que no se acabasse la memoria, ni se perfeccionasse, no se há probado por los Hetederos: luego ay excessiva prueba, de que se acabó, y se perfeccionò, y de su arreglamiento, aquella que dicen los mismos Herederos, ser posible dar.

Y continuando la falsedad, y estilo de levantar testimomonios, repite no yà con la disculpa de error, (porque la geminacion, arguye deliberacion) y en comprobacion de su assumpto dice: *y sobre todo, el Acessor confiessa, que la razon de no averse prothocolado dichos apuntes, y perseverado in perpetuum, fué porque no se firmaron, ni rubricaron por el Escribano.* Yà respondí, que tal proposicion, ni la dixe, ni pude decirla; yá puse la proposicion literal que dixe; y yá avrá conocido esta Real Audiencia, de qué pie cojea el Anonimo, y su impugnacion, y porqué la quiso hazer reservada, y porquè no se repartió firmada de alguno, porque queria sobre machinas, y suposiciones falsas, dessumbrar la verdad (que Dios no avia de permitir)

La tercera circunstancia, de que se arreglaron los Albaceas â la memoria, dicese, que *no solo no està probado, pero que es improbable, porque no aviendose firmado, ni rubricado, como de contrario se confiessa, no tuvo las señas, que avian de verificar su identidad.* El *confessarse de contrario,* (si lo dice el Anonimo por los Albaceas de Don Juan Gomez) no hè visto semejante confession, y haze mal de

de no citar, donde se confiessa. Si lo dice por el Acessor, dice dos vezes mal, porque el Acessor, no es contrario de ninguno de los litigantes, sino que aviendo vsado de oficio, que toma la naturaleza de Juez, aunque no lo sea propriamente, con sinceridad propone las razones de su dictamen. Y porque tal confession no se hallarà en todo el papel de èl, quien quando piensa que escampa, llueven testimonios (perverso, y malicioso estilo, para la pureza de los juicios.) Y prosigue (sin que por permission de Dios, se le ofrezca especie nueva) â alterar, sobre que la identidad de la memoria â que se arreglaron, no la deponen los testigos, acabando de decir: *que los demàs ignorando lo que se dictaba, aunque viessen escrebir, no podian saber quando estaba fenecida, y perfecta, y que solo podian ser testigos el P. Paz, y el Escribano.* Y de todo lo referido resulta, que lo que haze el Anonimo, es repetir, sin adelantar, suponer falsedades, para hazer la cama â su impugnacion, porque no pudo de otra manera, desentenderse de los demàs argumentos, presumpciones, y pruebas, que deduzgo en este fundamento, y limitar su impugnacion â solo lo que quiso, y no entendiò, con vnas soluciones, que esfuerzan mas los argumentos, distinguiendo las circunstancias de los casos, sin penetrar la identidad de las razones. Y por vltimo, confiesso que el disparo de especies de la impugnacion, es para desconcertar la cabeza mas fuerte, y que mas quisiera apurar la dificultad â los argumentos de el ingenio mas vivo, y delicado, supuesta vna composicion de lugares, y orden perfecta de escrebir, que aver visto semejante papel, para serme forzoso responder, por mi propria defensa.

Impugnacion á el Corollario primero de el quarto fundamento, en que se resuelven las objeciones que se podian ofrecer contra la integridad de los testigos, para destruir, ò debilitar su fee.

SIguiendo su estilo el Anonimo de cortar las palabras, y con medias proposiciones querer responder â lo que và escogiendo; para entendernos, es menester sumar yo el Corollario, y que se conozca lo que impugna. En èl, pues, lo primero siguiendo el justo assumpto de ser confidenciario el Padre Paz, pretendo

pro-

probar, que â la integridad de ſu depoſicion, y la de el Padre Manuel Laſſo, no les obſta el interès que de las diſpoſiciones reſulta â el Colegio de la Sagrada Compañia de Oaxaca, donde fueron moradores: pruebo con tres capitulos expreſſos, y vna ley de partida, que el derecho ſecundario de el individuo de la Communidad que teſtifica por ella, no debilita, ni excluye ſu fee; y porque ſiempre â la verdad ſobran razones, me hago cargo de vna doctrina de el Cardenal de Luca, para que aun aquella remota ſoſpecha que el juicio humano puede formar contra ſemejantes depoſiciones, ſe purifica con los adminiculos, y añado; que aun eſtando â la doctrina, y no â los textos, ſobran adminiculos: y lo que haze el Anonimo, es con gran freſcura, *con la facilidad que el compás paſſa de vna coſta â otra ſobre la carta*, paſſarſe ſobre los textos que cito, ſin ſaludarlos, y porque no les halló ſolucion, ſe aferra â la doctrina de el Cardenal, que le dí de varato, y que ſi no ſe la huviera apuntado no la huviera viſto, y paſſa â la impugnacion de eſtos adminiculos, y preſumpciones.

Para adminicular, pues, la ſinceridad de las depoſiciones, hago el argumento, de que aplicando â el Colegio de Goathemala 6ꝟ. peſos, los miſmos ſe aplican â San Auguſtin, 12ꝟ. â el Convento de Bethlen de aquella Ciudad; y en 140ꝟ. que ſe ordenan diſtribuir en obras pias, no ſe buelve â mencionar la Sagrada Compañia de Jesvs: de que infiero, que no dirigiò la afeccion â el Padre Paz, pues ſi la inclinacion â ſus Communidades le moviera, no les aplicara otro tanto, ni mas â las otras; y la friolera que ſe reſponde es: *que eſto prueba, que fuera igual el commodo, pero no para que no es intereſſado el Colegio, que es el fundamento de la repulſa de la idoneidad.* Señor Anonimo, y mis textos? Y la ley de partida con que pruebo que eſte derecho ſecundario no obſta â los teſtigos de la Communidad, donde ſe quedan? Qué ſe les reſponde? Y para eſto ſe toma la pluma, para deſentenderſe de las dificultades? Bien veo, que eſte intereſſe ſecundario, ſi fuera obſtaculo, fuera mucha, ó poca la cantidad, ſiempre lo avia: pero no entendiò el Anonimo la fuerza de la preſumpcion, que yo no la tomo de la *depoſicion*, ſino de la *diſpoſicion*: porque ſi procediera con afeccion el Padre Paz, deſpotico, y ſin arreglarſe â la voluntad de el Difunto, lo manifeſtara en la miſma diſpoſicion, aplicandole mas â ſus Communidades, que â las otras, y de aî arguyo, que quien diſponiendo, no manifeſtò afeccion, deponiendo por la miſma diſpoſicion, ſe preſume ſinceridad, y deſinterès.

Añado mas por vna convincente preſumpcion; que lo que

que ſe aplicò â los Colegios, yà eſtaba aplicado por el miſmo teſtador, en el teſtamento que comenzó â formar, y aſsi en lo que fué voluntad expreſſa de el Difunto, mal ſe puede arguir afeccion. Aqui haze el Anonimo, lo que hizo con los referidos textos, tragaſe el argumento, y no reſponde vna palabra.

Arguyo mas: que no teſtificando el Padre Paz por las diſpoſiciones, reſultaba mayor vtilidad â la Sagrada Compañia, porque deſtruido eſte teſtamento, por el vltimo que debia ſubſiſtir, ſe ordenaba la fundacion de vn Colegio de la miſma Sagrada Cõpañia: luego no procedió con afeccion. Tragaſe tambien eſte argumento, y con vna deſordenada mezcolanſa, introduce la memoria, y la rotura de la memoria, paſſandoſe en blanco otros tres §§. de mi manifieſto, que ſolidan el precedente aſſumpto, y haze el argumento de lo que dixo el Padre Paz, de aver roto la memoria en preſencia de los Albaceas, y lo que dixeron los Albaceas (que ſolo fué D. Juan Gomez) ſobre la duda de la exiſtencia de la memoria, haze vna algaravia, y dexa intacta la reſpueſta que doy en el §. *quedan, fox.* 54. *buelta*, de mi manifieſto, y las doctrinas de Farinacio, Luca, Bartholo, Menochio, y otros.

A otra doctrina de Farinacio, que traigo al num. 291. para que no ſe debilite la fee de los teſtigos, quando concuerdan en la ſubſtancia de el hecho, aunque diſcorden en las qualidades, circunſtancias, acceſſorios, coſas remotas, extrinſecas, impertinentes, y no ſubſtanciales, para perſuadir, que la variacion de las referidas depoſiciones, no les obſtaba, cerca de la rotura, ô no rotura de la memoria; ſe reſponde con todo lo contrario, pero no ſe funda en texto, ni doctrina, y lo que ſe dice es: *que las vozes, los caractéres, y las ſeñas, ſon coſas accidentales, y no obſtante ſin eſtas coſas, es impoſsible ſe pruebe la ſubſtancia de la verdad.* Paſſo por no ſer de el caſo eſtas, puramente, vozes de el Anonimo, porque aqui no tratamos de los caractéres, y de las ſeñas (arreglefe â los medios de los argumentos) ſi no es de vna diverſidad entre los teſtigos, ſobre sì el Padre Paz rompiò la memoria, y ſi lo pudieron veer, ô pudieron no veerlo. Pero ſin ſer de el caſo, es falſa la propoſicion, porque ſin las vozes, ſe puede probar la ſubſtancia de la verdad, pues aunque ſe varíen, puede quedar la miſma verdad averiguada, y ſin las ſeñas, y caractéres, tambien puede quedarlo, como en el homicidio, que ſin que los teſtigos digan las ſeñas de el matador, ni los colores de los veſtidos, ni las vozes, y palabras con que ſe trataron el homicida, y muerto, puede reſultar averiguado el homicidio, que es la ſubſtancia, con que en

en diciendo los testigos que huvo memoria â que se arreglaron, y â que debian arreglarse, porque no avia de ser otra, que la que el Padre Paz produxesse, vnico sabedor de las disposiciones, como yá lo confiessa el mismo Anonimo, está probada la substancia de el hecho en la forma que es capàz de probarse, conforme â derecho. Y en punto de testamentos, para que vea que la substancia no se prueba por las señas, responda â *la ley final. in princ. de legatis 2. y la ley Divi 6. §. licet ff. de iur. Codicillor.* que cito en mi manifiesto â los num. 131. y 136. en donde las señas, no solo no existieron, sino las contrarias, y se tuvo por averiguada la verdad de las disposiciones. Yá dixe que no saldria el Anonimo de esta materialidad, y de vna misma respuesta en todo su papel, y por esso me canso, y causa fastidio, estár repitiendo, y respondiendo â vna misma cosa.

De aquella diversidad de los testigos en el Padre Paz, que dice aver roto la memoria, y en los Albaceas no saber su paradero, saco la presumpcion de la sinceridad, porque coludidos, concordaran. â que solo se dice: *que no se diera caso en que vn reconvenido en vn hecho, fuesse convicto; porque en arguyendole con las deposiciones contrarias â las suyas, con decir, que ni vnos, ni otros avian premeditado lo que avian de responder, yá tuviera satisfecho.* Y yo respondo, *que en aviendo perfecta colusion, no se diera caso en que vn reconvenido en vn hecho, fuesse convicto por los mismos coludidos, porque no llegara el caso de deposiciones contrarias, ni podian decir, que no avian premeditado, pues yà lo tenian pactado, y prevenido*; que esta es la que se llama colusion, â distincion de la que es pura accidental concurrencia â el delicto, ô al hecho, sin prevencion, ni cautela.

Dicese, que quiero fundar, *que los Albaceas son testigos idoneos, que cito textos, y Authores que no suffragan, y son contra producentem, que el lugar de Flores de Mena, dice que para que puedan testificar los Executores, es menester que sean testigos rogados, y que no se siga el pleyto entre ellos, y el Heredero; y que en nuestro caso el pleyto se sigue con ellos, y no fueron testigos rogados, ni no rogados de la memoria, y su contenido, ni le oyeron disposicion alguna â el testador.* En la segunda parte, leyò mal â Flores el Anonimo, como lo haze con todos, porque la qualidad de el ruego, no la pide quando ay escriptura publica, sino es quando sin ella se trata de probar el testamento con testigos que lo fueron de el mismo testamento: porque como estos hán de ser rogados, para èl la qualidad de Executores, y Albaceas, no les excluye la necessidad de el ruego; y no estamos en el caso, de que fuessen testigos de el testamento.

Que

Que no lo puedan ser en el pleyto que se trata entre ellos, y el Heredero, está bien: pero respondase si quando juró Don Juan Gomez, avia semejante pleyto? Y si estaba satisfecho, y contento el Heredero? Y respondase tambien, si el pleyto es mas que con los Albaceas de D. Juan Gomez? Respondase tambien adequadamente, y con vigor juridico â la decision de Bravancia 7. que cito al num. 294. en que distingue las especies de los Executores: *Alij sine ampla hac potestate distribuendi, nudi sunt Ministri ad præstanda legata, & fideicommissa, his quos nominavit testator, scripto etiam alio hærede, &c. hi non video cur testes adhiberi nequeant, cum nullum ex suo testimonio commodum, sed onus potius referant, & nequaquam dici possint iuris successores, aut hæredum loco esse, & minor omnino ratio sit eos repellendi, quam legatarios, ideòque testes esse possunt. Itàque iudicatum.* Respondase tambien con inteligencia â el §. *legatarijs*, y â la Glosa en la ley *omnibus*, *Codice de testibus*, ibi: *In causa testamenti non sua fert testimonium, nec propter hoc quod valeat testamentum, sequitur quod valeat legatum.* Y aunque añade la Glosa la declaracion, de que se diga *propria* la causa que vno trata *por sí*: (que no es limitacion como el Anonimo piensa, sino explicacion â el argumento que se opone) no es el sentido, que solo por tratar vna causa por sí, sea causa *propria*; si no es que sea *por sí*, y *para sí*. Y para que vea que esto es verdad, registre la Glosa de la ley *nullus ff. de testib.* en donde el *in re sua*, que es de lo que habla, y cita por concordante, explica: *principaliter sua, secùs si secundario. Nam potest legatarius esse testis in causa testamenti.* Con que yà tiene explicado, que el correr con vn negocio, y defenderlo, no es hazer suyo el interés, sino la causa, y que tratar por sí vna cosa, se puede decir suya, ô *principaliter*, ô *secundario*; pero quando se trata *secundario*, no impide el testimonio, porque há de ser *per se, pro se, & principaliter.* La solucion que se le quiere dar â la doctrina de Farinacio, con él mismo, tampoco es adaptable, porque habla en otra limitacion, y en el caso de commodo, ô interés que resulte â los testigos, y lo que se hà procurado fundar es, que no ay este commodo, ni interès, en los Albaceas. Responda tambien â la doctrina de Angelo, â el Voto Cameral de Klock, â las doctrinas de Thomasio, y lo demàs que se dexa en el tintero, como es su estilo.

Por vltimo concluye, *que aunque conceda, que los Albaceas puedan ser, y sean testigos idoneos, sería potencia frustranea, porque lo que vamos buscando, es la prueba de la voluntad de Somoza, y ellos ni la oyeron, ni supieron, y que nada aprovecha que puedan ser testigos,*

sino