ALEGA
TIONES
JVRIS

II

6597
95 (2)

... prohibo se juegue prendas, alhajas, ù otros qualesquiera bienes, muebles, ò raìces, en poca, ni en mucha cantidad, como tambien todo Juego à credito, al fiado, ò sobre palabra, entendiendose que es tal, y que se quebranta la prohibicion quando en el Juego, aunque sea de los permitidos, se usare de tantos, ò señales, que no sean dinero contado, y corriente, el qual enteramente corresponda à lo que se fuere perdiendo, baxo de dichas penas impuestas en los Capitulos segundo, y siguientes, asi à los que jugaren, como à los Dueños que lo permitiesen en sus casas.

VIII. Declaro, que los que perdieren qualquìera cantidad à los Juegos prohibidos, ò la que excediere del tanto, y suma señalada en los permitidos, y los que jugaren prendas, bienes, ò alhajas, ò cantidades, al fiado, à credito, sobre palabra, ò con tantos, no han de estàr obligados al pago de lo que asi perdieren, ni los que lo ganaren han de poder hacer suya la ganancia por estos medios ilicitos, y reprobados; y en su consecuencia, y observancia de dichas *Leyes octava, y nona*: Declaro tambien por nulos, y de ningun valor, ni efecto los Pagos, Contratos, Vales, Empeños, Deudas, Escripturas, y otros qualesquiera resguardos, y arbitrios de que se usare para cobrar las pèrdidas; y mando, que los Jueces, y Justicias de estos Reynos, no solo no procedan à hacer execucion, ni otra diligencia alguna para la cobranza contra los que se dixeren deudores; sino que castiguen à los que pidieren el pago luego que verificaren la causa de que procede el fingido Credito, con las penas contenidas en esta Pràgmatica, las quales impongan tambien à los tales Deudores, excepto quando estos denunciaren la pèrdida, y pidieren su restitucion; en cuyo caso, y no en otro, les relevo de ellas; y mando, que efectivamente se les restituya lo que huvieren pagado, compeliendo, y apremiando à ello à los ganancioso las Justicias de estos Reynos, è imponiendo à estos las penas establecidas; y si los que huvieren perdido no demandaren dentro de ocho dias siguientes al pago las cantidades perdìdas, las haya para sì qualquiera Persona que las pidiere, denunciare, y probare, con arreglo à la *Ley segunda del expresado titulo septimo, libro octavo de la Recopilacion*, castigandose ademàs à los que jugaren.

IX. Mando se guarde lo dispuesto por las *Leyes catorce, y diez y seis de los mismos titulos siete, libro octavo*, en quanto prohiben, que los Artesanos, y Menestrales de qualesquiera Oficios,

mi Real Servicio, ò fuesen Personas de notable Caracter, se les dè cuenta por la via, que corresponda, con Testimonio de la Sumaria, en caso de dicha tercera contravencion, para las demàs providencias, que Yo tuviere por convenientes.

IV. Los transgresores, que jueguen, y no tuvieren bienes en que hacer efectivas las penas pecuniarias, que quedan referidas, estèn por la primera vez diez dias en la Carcel, por la segunda veinte, y por la tercera treinta, saliendo ademàs desterrados en està ultima, como queda dicho en el Capitulo antecedente, con arreglo à lo establecido en las *Leyes segunda, y catorce de los citados titulo, y libro*; y los Dueños de las casas sufran la misma por tiempo duplicado.

V. Quando los contraventores que jugaren fueren vágos, ò mal entretenidos, sin oficio, arraygo, ù ocupacion, entregados habitualmente al juego, ò tahures, garitos, ò fulleros, que cometieren, ò acostumbraren cometer dolos, ò fraudes, ademàs de las penas pecuniarias, incurran desde la primera vèz, si fueren Nobles, en la de cinco años de Presidio para servir en los Regimientos Fijos; y si Plebeyos, sean destinados por igual tiempo à los Arsenales, en cuya forma sean entendidas, y executadas desde luego las penas de esta clase, de que se hace mencion en los citados Decretos, Cedulas, y Reales Ordenes; y los Dueños de las casas en que se jugaren tales Juegos prohibidos, si fueren de la misma clase, Tablageros, ò Garitos, que las tengan habitualmente destinadas à este fin, sufran las mismas penas respectivamente por tiempo de ocho años.

VI. En los Juegos permitidos de Naypes, que llaman de Comercio, y en los de Pelota, Trucos, Villàr, y otros que no sean de Suerte, y Azàr, ni intervenga Embite: Mando, que el tanto suelto que se jugare, no pueda exceder de un real de vellon, y toda la cantidad de treinta ducados señalados en la *Ley nona de los referidos titulo, y libro*, aunque sea en muchas partidas, siempre que intervenga en ellas alguno de los mismos Jugadores; y prohibo conforme à la misma Ley, que haya travesas, ò apuestos, aunque sea en estos Juegos permitidos; y todos los que excedieren à lo mandado en este Capitulo, incurran en las mismas penas que vàn declaradas respectivamente para los Juegos prohibidos, segun las diferenres clases de Personas citadas en los Capitulos precedentes.

VII. Asimismo conformandome con dicha *Ley nona, y con*

demelas: en vista de todo, por mi Resolucion; publicada en mi Consejo, en primero de este mes, he mandado expedir la presente Pragmàtica-Sancion, en fuerza de Ley, que quiero tenga el mismo vigor, que si fuese promulgada en Cortes: Por la qual mando se guarden las prohibiciones contenidas en los citados Decretos, Cedulas Reales, Ordenes, Autos, y Vandos de la Sala, en la forma siguiente:

I. Prohibo, que las Personas estantes en estos Reynos, de qualquier calidad, y condicion que sean, jueguen, tengan, ò permitan en sus casas los Juegos de Banca, ò Faraòn, Baceta, Carteta, Banca fallìda, Sacanete, Parar, Treinta, y Quarenta, Cacho, Flor, Quince, Treinta y una embiada, ni otros qualesquiera de Naypes, que sean de Suerte, y Azar, ò que se jueguen à Embite, aunque sean de otra clase, y no vayan aqui especificados; como tambien los Juegos del Birbis, Oca, ò Auca, Dados, Tablas, Azares, y Chuecas, Bolillo, Trompìco, Palo, ò instrumento de hueso, madera, ò metal, ò de otra manera alguna, que tenga encuentros, azares, reparos, como tambien el de Taba, Cubiletes, Dedales, Nueces, Correguela, Descarga la Burra, y otros qualesquiera de suerte, y azar, aunque no vayan señalados con sus proprios nombres.

II. Mando, que à los que jugaren en contravencion de la prohibicion antecedente, si fuesen Nobles, ò empleados en algun Oficio Pùblico, Civil, ò Militar, se les saquen los doscientos ducados de multa, que establece la *Ley trece de dicho titulo siete, libro octavo de la Recopilacion*, y la Real Cedula de veinte y dos de Junio de mil setecientos cincuenta y seis, renovada por la de diez y ocho de Diciembre de mil setecientos sesenta y quatro; y si fuere Persona de menor condicion, destinada à algun Arte, Oficio, ò Exercicio honesto, sea la multa de cincuenta ducados por la primera vez; y los Dueños de las casas en que se jugare, siendo de las mismas clases, incurran respectivamente en pena doblada.

III. En caso de reincidencia, quiero que por la segunda vez se exija la pena doblada; y si se verificare tercera contravencion, ademas de la dicha doble pena pècuniaria, como en la segunda, incurran los Jugadores, conforme à la *Ley catorce de dicho titulo siete, libro octavo*, en la pena de un año de destierro preciso del Pueblo en que residieren, y los Dueños de las casas en dos; y mando, que si qualesquiera de ellos estuvieren empleados en

R. 88



POR

DON JUAN ALPHONSO DE SOUSA, y Portugal, vecino de la Ciudad de Cordova, Marquès de Guadalcazar.

EN EL PLEYTO

CON DON LUIS FERNANDEZ DE CORdova, Conde de Torres Cabrera, vecino aſsimiſmo de dicha Ciudad.

SOBRE

PRETENDER DICHO CONDE, QUE EL Marqués trayga à el Depoſito de la Teſtamentaria del Defunto Conde Don Juan Fernandez de Cordova, ſu Padre, 125. ducados.

ARCHIVO HISTORICO PROVINCIAL



)(✠)(

CON LICENCIA:

IMPRESSO EN GRANADA EN LA IMPRENTA de Nicolàs Moreno, en virtud de Auto acordado por los Señores del Real Acuerdo, de que certifica su Secretario de Camara, en 18. de Abril de 1764.

LO DIFUSO, QUE HAN HECHO ESTE Pleyto los diversos particulares dèl, necesitaba de un dilatado examen; y debiendonos ceñir hasta lo permitido, serà preciso omitir muchas circunstancias, que se tocan en lo dilatado del Memorial impresso, quedando à la justa reflexion de los Señores que tienen visto este Pleyto, y como dixo el P. Serr. Relig. Chr. verit. & Defens. exerc.2. num.2. ibi: *Sed pauca seligam, undè cætera nosse liceat.*

1. Don Juan Alphonso de Sousa, Marquès de Guadalcazar, usa en este Pleyto de su defensa, y de propulsar el cargo, que se le hace, de negar un deposito, que se supone tener en su poder, y que se confiò à su buena fè, y reducido à litigio contra su estimacion, y decòro, segun la *ley* 8. *tit.*3. *partit.*5.

2. Y no teniendo mas armas, que manifestar el notorio defecto de prueba, con que el Conde de Torres Cabrera, Actor en este Pleyto, lo hà intentado, se reduce este Informe à manifestar el defecto de justificacion, que aparece, para poder condenar à Don Juan Alphonso de Sousa à la entrega de la cantidad, que se le pide; y por lo que suplica, se revoque la Sentencia del Alcalde Mayor de Cordova, y la del Acompañado, en quanto à la reserva, que en ella se hace (Memor. *num.*261. y 262.)

3. La demanda del Conde de Torres Cabrera fue, que la cantidad de los 12ɱ. ducados se traxessen à el cuerpo de el Caudal de la Testamentaria de su Padre. (Mem. *num.* 29.) El Marquès de Guadalzar, dixo, que no era Parte el Conde, para deducir dicha accion; (Mem. *num.*32.) y aunque se le mandò respondiesse, despues en el progreso del Juicio repitiò, el no ser dicho Conde Parte legitima para su accion. (Memor. *num.*201.)

4. La excepcion de no ser Parte legitima, es anomala, y se puede oponer por excepcion dilatoria, y como peremptoria; y aunque se desprecie como dilatoria, no obsta para que se repita como peremptoria. D. Salgad. *part.* 3. *Labyr. Credit. cap.* 1. *num.* 62. Noguer. *alleg.* 12. *num.* 113. & 114. Surd. *cons.* 312. *num.* 10. Y es tan poderosa, qne aun los Señores Jueces de oficio pueden repeler à el Actor, que no es Parte le-

COMISION PROVINCIAL GRANADA

legitima, para la demanda, que deduce. D. Olea *de Ceſſ. Jur. & Act. tit.6. q.9. nnm.5.*

5. El Conde de Torres Cabrera afirma, que tiene interès, como heredero, y como acreedor, y por haver ſido la Donacion con reſpecto à el quinto, que ſe debia liquidar. (Memor. *num.33.*) Como heredero, no conſta en eſte Pleyto, que lo inſtituyeſſe por tal ſu Padre, ni que eſtè declarado por heredero abinteſtato. Como acreedor, nò puede tener accion para pedir la cantidad ſupueſta del depoſito; porque primeramente debia litigar la invalidacion de la Donacion con los herederos de Doña Ana de Cayzedo, y declarada por nula, reſultando acreedor contra los bienes de ſu Padre, el que ſe le adjudicaſe el todo, ò parte, y por eſta tendrìa accion para pretenderla en juicio. Dom. Olea *de Ceſſ. Jur. & Act. tit. 4. quæſt.4. n.4.*

6. Por el reſpecto á el quinto, era primero, que ſe declaraſe por caudal, que quedò por fin, y muerte de dicho Don Juan Fernandez de Cordova, para poder tener accion los intereſados à dicho quinto. Gomez *in leg.25. Taur. num.1.* ibi: *Undè de rebus, vel bonis ſemel donatis, & poſteà collatis non deducitur, nec detrahitur meliorationem: quia non ſunt propria patris, vel matris tempore mortis.*

7. No obſtante, dixo Don Juan Alphonſo de Souſa, que no tocando eſtas eſpecies à ſu defenſa, ſino es *à que el aſſumpto de dicho negocio era falſo*, (Memor. *num.201.*) paſſamos à deſvanecer todos los medios, de que ſe vale el Conde para ſu demanda, dividiendolo, ſegun las eſpecies de las pruebas.

§. I.

8. ENviſo (dice la ley 39. tit. 2. part.3.) è *acuicioſo debe ſer el demandador en catar, què recabdo tiene, para probar aquello, que quiere demandar, cà ſiempoe hà meneſter de probar lo que demandare en juicio, ſi la otra Parte gelo negare*; porque no probando el Actor, ſe debe abſolver à el Reo. *Leg.4. §. 22. ff. de Vi Bonor. Raptor. Leg. 25. ff. de Jur. Fiſc. Leg.23. C. de Probat. Leg. Qui accuſare, C. de Ædend.* Dom. Covarr. *lib. 1. Var. cap. 1. num.8.*

9. La prueba, como dice la Ley de Partida 39. tit. 2. part.

part. 3. *hà de ser por testigos, ò por Cartas, ò por otra manera, que sea de creer.* Las especies de prueba (que pueden aplicarse à este Pleyto) son la primera, la de instrumentos: *Ex tot. tit. 4. lib. 22. ff. tit. 21. lib. 4. C. tit. 22. lib. 2. Decretal. tit. 18. part. 3.* La segunda la del juramento de la Parte, de que habla *el titulo 11. de la part. 3.* La tercera la de testigos, *tit. 5. lib. 22. ff. tit. 20. lib. 4. C. Novell. 20. tit. 2. tit. 16. part. 3. tit. 20. lib. 2. Decretal.* Y la quarta por presumpciones, de que trata *el tit. 3. lib. 22. ff. tit. 14. partit. 3. tit. 23. lib. 2. Decret.*

§. II.

10. LOs instrumentos presentados en este Pleyto, son la Escriptura de Capitulaciones, para el Matrimonio, que contraxeron el Conde Don Juan, y Doña Ana de Cayzedo, (Memor. *n.* 1.) en la que no se dice cosa alguna de la Donacion de los 12y. ducados, sino solo por Donacion proptér nupcias le ofreciò cinco mil ducados.

11. Otra Escriptura es otorgada por el Conde Don Juan en 20. de *Diciembre de* 1737. constante el Matrimonio con la Doña Ana, (Memor. *num. 3. y 4.*) que se reduce à ratificacion de la Donacion de los doce mil ducados, y aceptacion de la Doña Ana.

12. El instrumento de Poder para las Censuras, (Mem. *num.* 5.) y la declaracion Testamentaria del Conde Don Juan en 5. de Mayo de 1738. (Memor. *num.* 22.) En todos estos instrumentos, ni intervino, ni fue noticioso el Marquès de Guadalcazar; con que *alteri per alterum non debet iniqua conditio inferri. Leg. Non debet. 74. ff. de Diverf. Reg. Jur. Leg. Debitorum pactionibus, C. de Pact.* son de ningun efecto los ocultos, y escondidos instrumentos, que otorgò el Conde Don Juan, sin assenso, ni otorgamiento del Marqués de Guadalcazar. *Leg. 14. tit. 25. lib. 4. Recop.* ibi: *Hayan sido presentes las dichas Partes.* Urceol. *de Transact. quæst. 8. ex num. 1. & num. 5.* ibi: *Et quod incontrahendo contemporaneus ueriusque partis consensus requiratur.*

13. Entre las Personas conjuntas se presume participes del dolo, y fraude en semejantes instrumentos. *Leg. 27. C. de Donat.* ibi: *Quod vel maximè inter necesarias, conjunctasque personas convenit custodiri. Siquidem tlandestinis, ac domesticis fraudi-*

bus

bus facilè quid vis pro negotij opportunitate confingi poteſt , vel id quod verè geſtum eſt , aboleri. D. Vel. *diſſert.* 38. *num.* 8. Todos eſtos inſtrumentos ſon otorgados conſtante el Matrimonio, en el que es natural el amor, y afecto entre marido, y muger. *Leg.* 1. *ff. de Donation. int. vir. & uxor.* ibi : *Nè mutuato amore invicem ſpoliarentur.* Geneſ. cap. 2. num. 24. ibi : *Eterunt duo in carne una.* Eccleſiaſt. cap. 9. verſ. 9. ibi : *Perfruere vitæ cùm uxore quam diligis , cunctis diebus vitæ inſtabilitatis tuæ.* D. Matth. cap. 19. verſ. 5. ibi : *Propter hoc dimittit homo Patrem , & matrem , & adhærebit uxori ſuæ , & erunt duo in carne una.* Tacit. lib. 12. Annal. ibi : *Quam aſſumere conjugem proſperis , dubiiſque ſociam.* De Morib. Germanor. ibi : *Venire ſe laborum , periculorumque ſociam.* Et poſtea : *Si unum accipiunt maritum , quomodo unum corpus ? Unamque vitam ? Nèc ulla cogitatio ultra* ; por lo que luego , que contrae Matrimonio la muger , ſe obumbra ſu progenie , y parentela , paſando à la del marido. *Ex leg.* 10. *C. de Re Militar.* Rox. *de Incomp. part.* 4. *cap.* 3. *num.* 4. Dom. Vell. *diſſert.* 1. *num.* 2. Botiller. *de Succeſſ. cap.* 1. *Theorem.* 2. *num.* 20. y que ſemejantes inſtrumentos no tienen aprecio alguno, y mas en perjuicio de tercero, y tan grave, como atribuirle à el Marquès de Guadalcazar, que falta à la confianza , que hicieron en cantidad tan conſiderable como la de 12ꝟ. ducados. D. Valenz. *conſ.* 78. *num.* 74. D. Greg. Lop. *in leg.* 2. *tit.* 11. *part.* 3. *Gloſſ.* 6. la que ſe debe conſiderar por cauſa grave, como ſe regùla , la que exceda de la cantidad de 42ꝟ779. Rs. *Leg.* 9. *tit.* 20. *lib.* 4. *Recop.* Maldonad. & Pard. *de Secund. Suplicat. tit.* 3. *q. fin. num.* 14. y por lo que tiene tercera inſtancia de ſegunda ſuplicacion.

14. Por igual razon la declaracion Teſtamentaria del Conde D. Juan no merece aprecio; porque aunque à ninguno ſe le preſume *immemor ſalutis æternæ* en el acto de teſtar, como preparacion para la muerte , D. Vel. *diſſert.* 38. *num.* 36. tampoco ſe le hà de tener por un Baptiſta, Dom. Vel. ibi : *Vel ſpe convalecendi diabolica ſugeſtione deceptum, aut alia ex cauſa quicquam mendacitèr affirmare , vel negare:..... quòd non omnis moriens eſt, aut præſumitur Joannes Evangeliſta , vel (ut frequentius dici ſolet) Joannes Baptiſta.* D. Larr. *alleg.* 95. *num.* 11. 12. & 13. y aſsi no ſirve en perjuicio de tercero. *Ex leg. Cumquis decedens* 37. §. *Codicillis* 5. *ff. de Legat.* 3. *Leg. Rationes , C. de Probat.* Ayor. *de*

Par-

Partit. part. 1. *cap.* 5. *ex num.* 12. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 12. *num.* 61. D. Valenz. *conſ.* 86. *num.* 5. *& ſeqq.* mayormente quando dicho Conde Don Juan ſe hallaba ſano, y ſin enfermedad alguna, que le recordaſe lo proximo de la muerte. (Memor. *num.* 196.)

15. Teniendoſe el inſtrumento ſimple en la claſe de tal, Parej. *de Univerſ. Inſtrum. Edict. tit.* 1. *reſolut.* 2. *num.* 16. *& reſolut.* 3. §. 5. colocarémos en eſte lugar la Carta, y borrador de otra preſentadas por el Conde. (Memor. *num.* 102. *y ſiguientes*) La Carta confirma, que dice: *Antonio del Puerto*, y ſe atribuye à el Padre Provincial de la Compañia, y caſo (no concedido) lo ſea, es reſpueſta à otra, que ſe ſupone eſcrita por el Conde Don Juan, y ſegun eſta, reſponde dicho Padre Provincial; por lo que ſin tener preſente la una, no ſe puede hacer juicio de la otra, porque el Padre Provincial no ſabìa, ni podia teſtificar del depoſito, y aſsi reſponde con la generalidad, que manifieſta; cuyas expreſiones no ſon de ninguna atencion. *Leg. fin. ff. de Inſtit. Action.* Urceol. *de Tranſact. q.* 60. *num.* 44. ibi: *Si contineat nimis generalia, quæ ambiguitatem pariunt nullum probationis gradum faciunt*, y podràn perjudicar à el que eſcribe, ſi la reconoce, pero no à otro tercero. Urceol. *dict. q.* 60. *n.* 40. Pareja, *Dict.* §. 5. *n.* 23. *y* 24.

16. El borrador (Mem. *num.* 105.) ſe afirma es eſcrito por el Conde D. Juan, lo que certificò el Eſcrivano Amoraga, (Mem. *num.* 109.) cuya diligencia no hace plena prueba. D. Valenz. *conſ.* 183. *num.* 9. D. Larr. *allegat.* 95. *num.* 10. D. Covarr. *Pract. cap.* 22. *num.* 6. & ibi Far. *num.* 34. *Leg.* 111. *&* 119. *tit.* 18. *part.* 3. y quando lo hiciera, es hecho por el miſmo intereſado, à quien le obſtan los reparos propueſtos à los demàs inſtrumentos que hizo en eſte aſſumpto, ni conſta, ſi ſacò en limpio la Carta, y la remitiò à el Padre Provincial; pues pudo formarla en algun rato deſocupado, por diverſion, ù otros fines. Eſcañ. *de Teſtam. cap.* 16. *num.* 14. ibi: *Et ita vulgare eſt axioma, quod verba generalia, adulatoria, & complacentiæ cauſa prolata diſpoſitionem, aut obligationem minime inducunt.*

§. III.

§. III.

17. LA prueba de testigos, en la que pretende fundar el Conde de Torres Cabrera su intencion, en general es tan sospechosa, como dice la *ley* 18. *C. de Testib.* ibi: *Testium facilitatem per quos multa veritati contraria perpetrantur.* Carlev. *de Judic. tit.* 2. *disput.* 3. *num.* 28. ibi: *Esse verò expositas probationes omnes falsorum testium periculo non tollit, quin regula Doctoribus, & legibus traditæ servandi sint in probationibus, quæ item tradunt multa juditia, & conjecturas quibus testes falsi haberis sunt discernendi, judicesque reddunt cautos, & provisos circa fidem testimonijs adhibendam, eorumque authoritatem examinandam:::: quod significare velit Pax; in istis causis produci solet testes falsos id calamitati temporum attribui debet, non causarum generi, in quibus certè multotiès timendum est, nè sint falsi testes.* Debiendo para ser dignos de aprecio, el que concurran las circunstancias, y calidad de las Personas, que previene la *Ley* 3. *ff. de Testib.* ibi: *Testium fides diligentèr examinanda est. Cap.* 1. & 7. *de Testib. cap.* 39. 2. *q.* 7. D. Gonzal. *in cap.* 1. *de Consang. & afinit. num.* 2.

18. En primer lugar se producen las declaraciones de los testigos examinados, en virtud de las Censuras obtenidas à nombre de la Doña Ana de Cayzédo, muger del dicho Don Juan Fernandez de Cordova.

19. No es muy estraño de presumir, que deseando Don Juan Fernandez de Cordova conseguir por su muger à la dicha Doña Ana, le supusiesse ofertas, que imaginase posibles para lograr su intento: que contraìdo yà el Matrimonio aparentase, para cumplir con la correspondiente estimacion, que deseaba, le tuviesse su muger, el afirmarle, y assegurarle lo cierto de la Donacion, y dispusiesse el Poder, para que à pedimento de la Doña Ana se pidiessen las Censuras, sin que esta tuviesse otra noticia, ni intervencion, conocimiento, ni aprobacion, que lo que dispuso su marido, como declara la dicha Doña Ana, (Mem. *num.* 24. 25. *y* 26.) y lo persuade el borrador de Carta (que dice el Conde de Torres Cabrera es de su Padre) (Mem. *num.* 105. *y* 106.) en el que se descubre el empeño, con que procedia en los Autos de las Censuras.

20. Los testigos de ellas son el Conde Don Juan Fernan-

nandez de Cordova, (Mem. *num.* 7.) el que ninguna fee merece. *L.* 15. *p.*3. ibi: *Nin el marido por ſu muger en pleyto que ellos demandaſen.* Y por ſer el que intervino en el Poder, que eſta diò, y licencia, que le concediò para proceder à la juſtificacion, *y pedir para ello Cartas de Cenſuras.* (Mem. *num.*5.)

21. Es de notar eſta prevencion, de dar principio por las Cartas de Cenſuras, porquè en las circunſtancias del Marquès de Guadalcazar en la grande confianza, que ſuponen tuvieron de èl, aſsi en el caſamiento, como en el del Conde actual de Torres Cabrera, gaſtos, y correſpondencias, que ſiempre tuvieron, era polytica, y juſticia, que primeramente le huvieran reconvenido. Gutierr. *de Juram. Confir. p.*1. *cap.* 56. *n.*2. y en el caſo de negar, ſe procedieſſe à el medio de las Cenſuras, y que eſto, como preciſo antecedente de qualquiera Juicio, lo refirieſſen; y por no haver tenido efecto, ſe uſaſe de los demàs medios, que juzgaſen competentes para la juſtificacion; de lo que evidentemente ſe infiere, fue todo diſpueſto, y preparado por el Don Juan Fernandez de Cordova, por ſus fines particulares.

22. Para perſuadir ſu dicho, dice el referido D. Juan Fernandez de Cordova, *que ſiendo ſabidor de todo eſte hecho el Padre Maeſtro Pedro de Buſtos, de la Compañia de Jeſus; por cuya direccion ſe havia hecho la Donacion con plena juſtificacion, para que no excedieſſe del quinto, ſe havia valido el Declarante de ſu interpoſicion, para que alcanzaſe del Marquès conteſtàra con la declaracion de dicha Donacion.* Y proſigue con otras expreſiones, y de que à el miſmo Padre ſe lo havian oìdo el Eſcrivano Juan de la Vega, Don Alphonſo de Meſa, Don Bartholomé de Pineda, y *D.* Franciſco Molina, (Mem. *n.*8.) omite el expreſar à D. Euſebio Serrano Salvage, que depone eſte lance de la concurrencia del Padre Buſtos; (Mem. *num.*94.) y ſiendo Perſona, que para eſte fin ſe llamò, y para que authoriſaſe el acto, por eſtar exerciendo la Juriſdiccion, es muy notable olvido.

23. No merece fee el teſtigo referente, ſin que conſte del Relato. *Leg. Aſſe toto, ff. de Hæredib. Inſtit. Leg. Si ita ſcripſero, ff. de Condit. & Demonſt.* Eſcañ. *de Teſtam. cap.* 18. *n.*17. y que Franciſco Molina dice, que en el expreſado lance, que eſtuvo oyendo, *ſe ratificò con diſtincion, y claridad dicho Padre.* (Memor. *numer.*95.) No ſe compadeçe con lo dice en ſu Carta ut infrà n.35.

24. Antes de notar lo que dicen las otras Perſonas citadas por el Conde Don Juan, es preciſo conſiderar lo que dice la dicha pregunta quarta del Conde. (Mem. *num.*90.) Se reduce à articular, que el Padre Pedro de Buſtos era ſabidor de la Donacion, que paraba en poder del Marqués, que aſsi lo havia confeſado en preſencia de dicho Padre, *y à eſte oìdo otras Perſonas referir eſte hecho, y confeſion de dicho Marquès.*

25. El Conde Don Juan cita à dichos teſtigos, cuya variedad aparece de ſus dichos, y la ninguna fee que merecen. El Eſcrivano Vega refiere el lance, que oyò oculto: La pregunta del Conde, y la reſpueſta de el Padre Buſtos, que fue, *que para què le preguntaba dicho Conde lo que ſabìa?* (Mem. *num.*96.)

26. Don Bartholomè de Pineda, parece haver fallecido, y el otro teſtigo, que es Don Alphonſo de Meſa, conteſta ſubſtancialmente con el antecedente en la reſpueſta del Padre Buſtos; *ſi V. S. lo ſabe, para què lo pregunta?* (Memor. *num.*97.) El Don Euſebio Salvage padece el defecto del oìdo, con que es mal teſtigo para deponer de oìdas. *Leg.* 4. *tit.* 4. *part.* 3. ibi: *Ni el ſordo, porque no oirìa lo que ante èl le fueſſe razonado.* Spino, *Specul. Teſtam. Gloſſ.* 31. *n.* 19. Farinac. *de Teſtib. tit.*6. *q.*61. *num.*36. *& ſeqq.*

27. Se puede decir, que la concurrencia para oir al Padre Buſtos fue el año de 739. y eſta declaracion fue el de 50. y que aquel año pudo no eſtar ſordo, y eſtarlo quando depuſo el año de 50. Eſta reflexa ſe queda en los terminos de que pudo en aquel tiempo no padecer el defecto de el oído, que no es ſuficiente, *nec probat hoc eſſe, quod ab eo poteſt ab eſſe,* D. Valenz. *conſ.* 100. *n.*9. porque el Actor debe fundar la habilidad, è integridad de los teſtigos. *L.*3. *ff. de Teſtib.* ibi: *Nam ſi careat ſuſpitione.... admittendus eſt.* Y reſultando, que era ſordo el año de 50. debia el Conde de Torres Cabrera haver probado la habilidad al tiempo que concurriò al hecho que refiere. *Ex L.*5. *ff. de Probat.* D. Vela, *diſſ.*3. *n.*36. Carlev. *de Jud. tit.*3. *diſc.* 34. *n.* 18. ibi: *Quoniam unuſquiſque tenetur probare fundamentum ſuæ intentionis.*

28. No obſtante el Conde de Torres Cabrera, ſin reparar en eſte defecto, lo preſentò por teſtigo, (Mem. *n.*79. *y* 94.) y en el lance de que vamos hablando no conviene, ni

con

con lo que dice el Conde Don Juan, ni con lo que dice el Escrivano Vega: el Conde afirma, que el Padre sabìa la Donacion, havia sido el director de ella, y que se lo havian oìdo decir el Escrivano Vega, y los demàs que cita; (Memor. *num.*8.) y Don Eusebio Serrano, lo que dice, que expresò el Padre Bustos fue, *que el Marquès de Guadalcazar le havia confesado ser cierto haver recebido los doce mil ducados*, (Memor. *num.*94.) y esto no es afirmar, que el Padre Bustos lo sabìa, *ni que por su direccion se havia hecho la Donacion*, como refiere el Conde Don Juan.

29. El Escrivano Vega no dice, que el Padre Bustos respondiò, que el Marquès le havia confesado cierto el recibo de los doce mil ducados, sino es que *para què le preguntaba dicho Conde lo que sabìa?* (Memor. *num.* 96.) con lo que conviene el otro testigo Mesa. (Memor. *num.* 97.) Y aunque dice Vega, que passaron en la conferencia otras razones, de que no hace memoria; y Mesa, que por el mucho tiempo no puede hacer cabal memoria de si passaron mas razones, que las que refiere, es de ningun efecto, porque se queda en los terminos de que ignoramos quales fueron las razones de que no hace memoria Vega, ni las que passaron, de que tampoco hace cabal memoria Mesa, *con el dilatado tiempo que ha mediado.* (Mem. *num.*97.)

30. Si atendemos à lo que dice Don Eusebio Serrano, que testifica haverse hallado à el lance de la pregunta, que el Conde Don Juan hizo à el Padre Bustos; lo que depone es, que el Padre respondiò, *que el Marquès de Guadalcazar le havia confesado, ser cierto havia recebido los doce mil ducados*, (Memor. *num.*94.) lo que no queria declarar juridicamente, ni otorgar instrumento.

31. Este dicho se reduce de unas oìdas à el Padre Bustos, refiriendose à lo que el Marquès havia dicho extrajudicialmente; y para que esta referencia fuesse digna de aprecio, necesitaba el que huviesse dos testigos, que la depusiessen. Gutierr. *lib.*3. *Pract. q.*12. Guacin. *Defens. Reor. defens.* 33. *cap.* 14. *num.*16. Noguer. *alleg.*12. *num.*180. Anton. Gom. *tom.*3. *Var. cap.* 13. *num.* 18. Cortiad. *decis.* 98. *num.* 34. Y aunque los huviesse, reduciendose à una extrajudicial, no merece aprecio para inducir obligacion. Gutierr. *de Juram. Confirm. p.*1. *cap.*

54. *n.*12. Gom. *tom.*2. *Var. cap.*11. *n.* 6. *verſ. fin.* ibi: *Non ut producat actionem, & obligationem.* D. Vel. *diſſert.*23. *à n.*15.

32. No obſtante la diverſidad de eſtos teſtigos, en el modo de reſponder del Padre Pedro de Buſtos, à la pregunta del Conde Don Juan, y que unos à otros ſe deſvanecen. D. Marc. cap.24. verſ.56. ibi: *Multi enim teſtimonium falſum dicebant adverſus eum, & convenientia teſtimonia non erant. Leg.* 16. *ff. de Teſtib.* ibi: *Vel variè teſtimonium dixerunt.* D. Valenz. *conſ.* 102. *n.*13. Farinac. *de Teſtib. q.*66. *n.*56. y dado, y no concedido, que la reſpueſta del Padre Buſtos huvieſſe ſido *ſi V. S. lo ſabe, para què me lo pregunta?* No fue afirmarla, ſino dexarlo en duda, y ſin reſpueſta à la pregunta.

33. Refiere el Evangeliſta San Juan en el cap. 21. de ſu Evangelio, verſ.15. que Chriſto Señor Nro. dixo à San Pedro: *Diligis me plus his?* San Pedro reſpondiò: *Etiam Domine, tu ſcis, quia amo te.* En cuya reſpueſta no dixo, ni ſe atreviò San Pedro afirmar, que amaba mas que los otros Diſcipulos, y por eſto lo omitiò, como dice el Padre Menochio en eſte lugar, ibi: *Non audet reſpondere, ſeplùs alijs dilligere ſed tantùm quod diligat. Lapſus enim eum modeſtiorem fecerat.* Nicol. de Lyr. ibi: *Non fuit auſus ultrà ſe efferre in Chriſti dilectione.* Cornel. Alapid. ibi: *Non audet dicere Petrus, amo te plus cæteris.* De que ſe manifieſta claramente, que reſponder à el que pregunta, que lo ſabe, no es afirmar lo que dice, ſino dexarlo à el juicio, y conſideracion del que pregunta, lo que advertidamente diſcurre el Carden. Tolet. en ſu Comentar. ann. 6. ibi: *Jàm non dicto Chriſti contradicit, immò nec interroganti audet abſolute reſpondere.* Calmet en el meſmo lugar, ibi: *Dicere non audet, Magiſtrum magis à ſe amari quam à cæteris.*

34. Diſcurro, que la prudente, y religioſa veracidad del Padre Buſtos ſe hallò ſorſprendida con la pregunta, como le ſucediò à Tiberio con la que le hizo Aſinio Gallo. Tacit. lib.1. Annal. ibi: *Interrogo (inquit Cæſar) percurſus in proviſſa interrogatione Paulum retiquit, dein collecto animo reſpondit.* Conſiderò, que ſi le reſpondia, que no ſabìa nada, à una Perſona de las circunſtancias, y repreſentacion del Conde, era imprudente reſpueſta, como dixo Cayo Piſon á el Ceſar. Tacit. lib. 1. Annal. ibi: *Vereor me imprudens diſcentiam.* Si le decia, que sì, faltaba à la verdad, que no le era licito. Cap.8. c.22. q.2.

in

in fin. ibi : *Quisquis autem esset aliquod genus mendatij, quod peccatum non sit putaverit, decipiet seipsum turpitèr.* Por lo que dexò dudosa la respuesta, que pudo hacerlo con prudente simulacion. Cap. 21. dict. c. etq. ibi : *Utilem simulationem in tempore assumendam*, como practicaba Tiberio quando no queria explicar su sentir. Tacit. lib. 1. Annal. ibi : *Suspensa sempèr, & obscura verba.* Y el que duda, no afirma, ni concede. P. Thom. Sanch. *lib. 1. in Summ. cap. 9. num. 2.* ibi : *Dubium, quando intellectus pendet inæquilibrio, inneutram partem potius inclinans.* Dieg. Perez *in leg. 1. tit. 3. lib. 3. Ordinam.* vers. *Non abrem quærit. fol. 523.* ibi : *Certum juris elementum est, quod qui dubitat, nihil firmat, nec negat.* Y esto que aqui dexò en duda, lo explicò claramente en la Carta, que escriviò à el Marquès. (Memor. *num. 99. 100. y 101.*)

35. Esta Carta es con fecha de 7. de Junio de 750. en la que (dice) no sabìa, ni jamàs havia sabido la Donacion, aun haviendo tenido influxos no comunes en los tratados Matrimoniales, y Capitulaciones de dicho Conde : y tambien expressa lo de las Censuras, y diligencias, que practicò para que declarase ; y que haviendole respondido, que con la licencia de su Superior lo executarìa, *con la qual respuesta desamparò el Conde la instancia, quizàs persuadido, à que no sabiendo yo, como no sabìa cosa alguna sobre el assumpto, serìa mi dicho contra producentem* ; y continùa insinuandole, que la especie llegò vulgarmente à esparcirse, cuyas voces no fueron apreciables entre las Personas prudentes, y que nadie podia decir con verdad, que havia dicho, ni dado à entender, que sabìa que se huviesse hecho semejante Donacion, y mucho menos, que el Marqués de Guadalcazar se la huviesse confesado ; *pues como llevo expressado, ni lo sè, ni jamàs lo he sabido.*

36. Todas las declaraciones hechas en consequencia de las Censuras no merecen fee alguna, por ser ante Juez incompetente. Escob. *de Purit. & Nobilit. p. 1. q. 13. §. 3. n. 42.* D. Larr. *decis. 98. num. 49.* Anton. Gom. *tom. 3. Var. cap. 12. num. 8.* & ibi Ayll. *n. 9.* y sin citacion de la Parte. D. Gonzal. *in cap. 2. de Test. n. 3.* Noguer. *allegat. 25. n. 297. & allegat. 36. n. 41. & 42.* Parej. *de Univ. Inst. Edict. tit. 7. resolut. 12. n. 14.* Narbon. *in leg. 82. tit. 5. lib. Recop. n. 3.* Trentacinq. *Variar. Resolut. lib. 2. resolut. 5. de Testib. n. 3.* ibi: *Testes jurare debent citata parte:::*

& debent jurare eodem die, & eadem hora, pro quibus pars citatur ad illum actum non autem post. Lo que està dispuesto por el Derecho del Codigo, *ex leg. Si quando* 19. *C. de Testib. Leg. Judices* 18. *C. de Fid. Instrum.* por el Derecho de las Authentic. *Novell.* 90. *de Testib. cap.* 9. por el Derecho Canonico. *Cap.* 2. *& cap. Significavit* 41. *de Testib.* por las Leyes de la Partida. *Leg.* 23. *tit.* 16. *part.* 3. y por las Leyes de la Recopilacion. *Leg.* 8. *tit.* 6. *lib.* 4. *Recop.* y assi dixo bien Paz en su Practica, *p.* 1. *tom.* 1. *Octav. Temp. num.* 54. ibi: *Quia prædicta citatione non præmissa, depositio testium erit nullius momenti.* Y por lo que en el termino competente se deben ratificar con citacion. Villadieg. *in Polyt. cap.* 3. *num.* 290. Herrer. *Practic. Crimin. lib.* 2. *cap.* 2. §. 1. *n.* 3. & §. 2. *num.* 2. Cur. Philipic. *p.* 3. §. 15. *num.* 2. & ibi Doming. *num.* 2. *Leg.* 34. *tit.* 16. *part.* 3. Gutierr. *Pract. lib.* 1. *q.* 54. Parej. *de Univ. Inst. Edict. tit.* 7. *resolut.* 6. *n.* 16. Farinac. *de Testib. q.* 80. *n.* 60. & *seqq.* Hontalv. *de Jur. Supervenient. q.* 3. *n.* 69. & *q.* 10. *num.* 6. ibi: *Immò nè probant examinati post terminum, etiam parte non opponente.* D. Gonzal. *in cap. Fraternitatis* 17. *de Testib. ex num.* 1.

37. Doña Maria de Mesa no solo no està ratificada en su declaracion, sino es que niega haver dicho lo que en los Autos de las Censuras se refiere; y solo sì, que sin leer lo que se havia escrito firmò, sin haver tenido otro antecedente, que lo que le manifestò el Conde Don Juan; *y en esta consequencia, sin assistencia de Recetor, ni Notario, se le traxo una, que dixeron ser su declaracion, la que sin leer firmò la testigo, &c.*

38. No son nuevas estas confianzas, pues aun la *ley* 17. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recop.* refiere en materia de mas gravedad el *darse Arbalaes falsos, ò firmados en blanco, ò por otros trafagos, ò mudanzas de verdad.* D. Vel. *dissert.* 25. *num.* 36. ibi: *Subscriptionem non nocere ei, qui cum subscriberet, quæ scripta sunt, non legit.* Villadieg. *in leg.* 2. *tit.* 5. *lib.* 2. *For. Juzg. n.* 5. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 66. Cost. *de Fact. Scient. & Ignor. distinct.* 45. Alv. Peg. *Resolut. Forens. tom.* 1. *cap.* 1. *num.* 74.

39. Y en qualquiera concepto, que se considere el testigo no ratificado no merece aprecio, como queda fundado en el *num.* 36. *in fin.* Barbos. *vot.* 126. *num.* 345. D. Matth. *de Re Criminal. cont.* 25. *n.* 35. y mas el primero dicho en un examen nulo; y aunque no lo fuesse, la variedad debilita, y desvanece la fee de testigo, *sup. num.* 32.

El

40. El tercero teſtigo es Don Franciſco de Fuentes, (Memor. *num.* 11.) eſte lo que dice es, que el Don Juan Fernandez de Cordova llegò à ſus Caſas, diciendole, ſe ſirvieſſe de admitir en ſu poder por via de depoſito la cantidad de cinco mil y ſeiſcientos peſos, para que con otros diez y ſeis mil y quinientos reales, que el Conde tenia en poder del declarante, los guardaſe para cierta dependiencia, *de cuyas cantidades, que aſsi recibiò el declarante de el dicho Conde, le hizo Vale.* El Fuentes dice, que à èl ſe le entregò, *que aſsi recibiò de dicho Conde*; y el Conde refiere, que ſe le entregaron por el declarante por mano de ſu Secretario, y Mayordomo Don Pedro Martinez de Herrera, y de Luis Fernandez, y continùa otras expreſsiones, que no convienen, ni refiere dicho Fuentes.

41. Para continuar en la forma, que deponen los demàs teſtigos, dirèmos las tres eſpecies de ſingularidades, que pueden oponerſe à los teſtigos. La primera obſtativa, la ſegunda diverſificativa, y la tercera adminiculativa: la primera es quando los teſtigos ſe oponen, de forma, que no ſe pueden conciliar en el tiempo, ni en las circunſtancias. Farinac. *de Teſtib. q.* 64. *n.* 5. *&* 8. Balgar. *de Dol. lib.* 4. *cap.* 8. *n.* 52. *& ſeqq.* Flor. Diaz de Men. *lib.* 3. *Variar. q.* 22. *n.* 38. D. Gonzal. *in cap. Veniens* 10. *de Teſtib. n.* 5. y por tanto ſe calificaron por falſos los teſtigos contra Suſana; porque uno dixo haver ſido debaxo de un Lantiſco, y el otro baxo de una Encina. Daniel. *cap.* 13. *verſ.* 54. *&* 58. baſtando para decirſe contrarios el que dèpongan dos coſas, que no pueden ſer à un tiempo. Farinac. *de Teſtib. q.* 66. *num.* 5.

42. La ſingularidad diverſificativa ſe verifica quando los teſtigos ſon ſingulares en los hechos, que deponen; porque ſiendo preciſo, que en cada indicio, ò hecho hayan de concurrir dos teſtigos, Gutierr. *lib.* 3. *Pract. q.* 12. *n.* 5. Guac. *Defenſ. Reor. defenſ.* 33. *cap.* 14. *n.* 16. Noguer. *allegat.* 12 *n.* 180. Gom. *tom.* 3. *Variar. cap.* 13. *n.* 18. Cortiad. *deciſ.* 98. *num.* 34. no conviniendo en eſta forma, queda en los terminos de que aunque haya mil teſtigos, ſe reputa por uno. Vargal. *de Dol. lib.* 3. *cap.* 13. *n.* 44. Eſcob. *de Purit. & Nobilit. p.* 1. *q.* 9. §. 3. *num.* 1. y la adminiculativa, como dice el Sr. Gonzalez *in dict. cap.* 10. Veniens *de Teſtib. num.* 5. ibi: *Teſtes ſingulares ſingularitate adminiculativa aliquando ſemiplene probant, ſcilicet cum duos al-*

tem

tem in una ſententia conjunguntur, ex quibus reſultat ſemipiena probatio. Flor. Diaz de Men. *dict. q.22. n.46.* Marant. *Ordin. Judic. p.6. de Confeſſ. n.13. & 14.*

43. Supueſta eſta doctrina, paſſamos à el tercero teſtigo de las Cenſuras, que es Don Proſpero de Torquemada, (Memor. *num.12.*) aſſegura, que el año de 31. ſin hacer memoria ſi por Mayo, ò Junio fue à las Caſas de Don Franciſco de Fuentes, y le entregò tres, ò quatro mil peſos; y el Fuentes dice le parece ſeria por Julio, ò Agoſto, *y que determinò el Don Proſpero tomar las tales cantidades*; y por tanto *las entregò recogiendo ſus papeles*, lo que no es compoſible con lo que afirma el Don Proſpero de haver recebido tres, ò quatro mil peſos, y el reſto diò orden à el Don Franciſco para que con un Harriero ſe conduxera à Madrid, como ſe perſuade cotejadas con reflexion las dos depoſiciones, (Mem. *num.11.* y 12.) y añade de oìdas: *Y que ſupo el declarante, que dicho Conde havia hecho la dicha Donacion*, Farinac. *de Teſtib. q.70. n.145. & 146.* ibi: *Non eſſet bonam rationem teſtis dicentis ſcio quoniam iſta eſt.*

44. El quarto teſtigo es Don Diego Solís, eſte en el contexto de ſú declaracion dice, que la cantidad, que el Fuentes tenia en ſu poder, la havia entregado *por mano de diferentes Perſonas à el Marquès de Guadalcazar*; (Memor. *num.13.*) y el Fuentes dice, que el entrego fue à el Don Proſpero de Torquemada, ibi: *Por lo qual determinò el Don Proſpero tomar las tales cantidades, y el declarante las entregò recogiendo ſus papeles.* (Mem. *num.11.*)

45. El otro teſtigo, que depuſo en virtud de las Cenſuras, fue Don Diego Gutierrez Ravè, (Memor. *num.14.*) con cuya diſpoſicion no convienen, ni el Don Franciſco de Fuentes, ni Don Diego de Solìs; el primero no dice coſa alguna, ni nombra à el Don Diego Ravé; (Memor. *num.11.*) el ſegundo refiere, que llegò à las Caſas del Declarante el dicho Ravè, y le entregò el Vale, que havia hecho à favor del Conde, y otro papel de conſentimiento (de eſte papel no dice coſa alguna Ravé). Continùa el Solìs, que haviendole entregado el Vale, y papel de contenta *dichos treinta y un mil quinientos nueve Rs. como los entregò à el Ravè, recogiendo ſus papeles*; en lo que dà à entender, que à el miſmo tiempo de la entrega del Vale, diò el dinero; y Don Diego Ravè afirma, que quando le entregò

el

el Vale, no le diò el dinero, ſino otro Vale de la miſma cantidad, *y deſpues ſe lo ſatisfizo à el Declarante*, (Memor. *num.* 14.) y no dice, que llevaſe tal papel de contenta.

46. Don Diego Ravé depone, que el alcance, que tenia contra el Marquès de Guadalcazar, era *en mas de cinquenta mil Rs.* la expreſion *mas* es en corto exceſo. *Leg. Hæc adjectio* 192. *ff. de Verbor. ſignific* Lar. *de Aniverſ. lib.* 2. *cap.* 8. *ex num.* 4. Menoch. *de Arbitrar. q.* 95. D. Vel. *diſſert.* 24. *num.* 15. Barboſ. *Diction. Uſufreq. dict.* 264. *à num.* 1.

47. Y el Solìs dice, que le dixo dicho Ravè, que en parte de pago *de ochenta, y tantos mil Rs.* en que lo havia alcanzado de ultimas quentas, y la expreſion de mas de cinquenta mil Rs. haſta ochenta, y tantos mil Rs. no es compoſible, y eſtas variedades, y contradiciones deſvanecen, y turban la fee, y firmeza de los teſtigos, como dexamos fundado.

§. IV.

48 EN quanto à el punto del pleyto, eſto es, que à el Marquès de Guadalcazar ſe le entregaron los doce mil ducados para el fin de la ſupueſta Donacion, ninguno de dichos teſtigos lo dice de forma, que merezca fee, ni haga prueba. Don Franciſco de Fuentes dice, *que en quanto à el deſtino, y aplicacion de las referidas cantidades, no ſabìa coſa alguna mas, que haver oìdo ſe convirtieron dichos Caudales, recebidos por parte del Marquès en la Donacion de* 12ɱ. *ducados.*

49. Dixo bien, *que no ſabìa coſa alguna*, porque el teſtigo debe dar razon de ſu dicho, por lo que percibiò por alguno de los cinco ſentidos. *Leg.* 26. *&* 29. *tit.* 16. *part.* 3. Eſcob. *de Purit. & Nobilit. p.* 1. *q.* 9. §. 4. *num.* 1. ibi: *Teſtes debent deponere de his, quæ perceperint ſub aliquo ex quinque ſenſibus corporeis.* Y por tanto el teſtigo, que depone de oìdas vagas, no merece aprecio alguno. *Leg.* 28. *tit.* 16. *partit.* 3. ibi: *Mas ſi dixere, que lo oyera decir à otro, no cumple lo que teſtigua:::: tal Teſtimonio non debe valer, porque el teſtigo depone de oìdas. Leg.* 29. *eod. tit. & partit.* D. Caſtill. *tom.* 5. *Controv. cap.* 122. *n.* 3. *& ſeqq.* D. Valenz. *conſ.* 141. *n.* 11. Garc. *de Nobilit. Gloſſ.* 18. §. 1. *n.* 15.

50. El miſmo reparo tienen los otros teſtigos, pues ninguno afirma, que ſe hallò preſente à la Donacion, ni que el

Marquès de Guadalcazar, à presencia de ellos, se constituyesse por depositario, ni hiciesse Escriptura de tal obligacion, como requisito precisso para la prueba de la responsabilidad. *Leg.* 119. *tit.* 18. *part.* 3. ibi: *Probar con dos testigos buenos sin sospecha, que juren, è digan, que vieron aquel, cuyo nombre està escrito en ella facer aquella Carta, ò mandarla escrevir.* Y concurre el ningun aprecio, que merecen los dichos testigos, por no haverse examinado en la forma debida de derecho, ni con citacion de la Parte interessada, como queda fundado; y por tanto los testigos examinados sin citacion de la Parte fuera del termino de prueba, que es el proprio para el examen de los testigos en los pleytos ordinarios, *cap. Licet de Probat. tot. tit.* 14. *part.* 3. no merecen aprecio, se deben examinar con citacion de las Partes, y con tanto rigor, que no basta quando se ratifican el que se remitan à el primer dicho, sino que se les debe leer, y no se presume se les leyesse, si no consta de la diligencia. D. Covarr. *in cap. Relatum de Testibus n.* 16. vers. *Quibus apertissimè.* Farinac. *de Testib. q.* 66. *num.* 39. Vel. *de Mod. Procedend. in Caus. Criminal. cap.* 8. *num.* 9.

51. Por cuya razon los testigos examinados en virtud de dichas Censuras ningun aprecio, ni fee merecen, y como si tales deposiciones no se huviessen hecho, siempre que no se ratifiquen con citacion en el termino de prueba. Noguer. *alleg.* 23. *n.* 77. ibi: *Et etiam in tali casu necessum est, quod in ratificatione non solum eis depositio legatur, sed quòd de novo deponant ad tenorem articulorum sæcularis judici tanquam si aliam depositionem non fecissent.*

52. Haviendo llegado el caso de recebirse à prueba este Pleyto, havian fallecido Don Francisco de Fuentes, y D. Diego Ravé, por lo que pidiò el Conde de Torres Cabrera se admitiesse informacion de abono, la que se practicò. (Mem. *n.* 73. y 74.)

53. Supuesta la precisa necesidad, como llevamos fundado, para que haga fee el testigo, el que haya de poner, ò ratificarse con citacion de la Parte, no hemos visto Ley, ni disposicion, que prevenga, el que con abonar à el testigo muerto, quede con la aprobacion, y fee, como si huviera depuesto en el termino substancial de prueba; porque era necesario, el que huviesse Ley, que derogase las disposiciones tan repetidas

de

de todos derechos, que no exceptùan à los teſtigos muertos, y la revocacion de la Ley nunca ſe preſume. *Leg. Sancimus* 27. *C. de Teſtament. Leg. Præcipimus, C. de Apellat.* Gutierr. *lib.* 3. *Pract. q.*15. *à num.*33. D. Vel. *diſſert.* 21. *num.* 54. Carlev. *de Judic. tit.*1. *diſp.*2. *num.*62. y no haviendo Ley, que tal diſponga, no ſe debe admitir lo contrario, *ex leg.*5. *C. de Repud. Leg.*64. §.9. *ff. Solut. Matrimon. Leg.*28. §. 2. *ff. ex quib. Cauſ. major. vigint. quinq. ann. Leg.*43. §.1 *ff. de Procurator. Leg.*1. §.1. *& leg.*13. *ff. de Teſtib.* Pignatel. *tom.*9. *conſult.*186. *num.* 8. Authent. *de Non Eligen. ſecund. nubent. cap. Cum igitur* 3. ibi: *Ne quælibet eſt lex aliquid tale dicens. Leg.*2. *tit.*14. *part.*3. ibi: *Monſtrando, ò averiguando la Ley, ò el derecho, que vieda, ò defiende.* Y el Sr. Gonz. *in cap.*2. *de Teſtib. num.* 10. afirma, que los teſtigos muertos, ſi no eſtàn ratificados no hacen fee, ibi: *Illud tamen ſummè cavendum eſt, ut teſtes ſint examinati, & ratificati, alias ſi in ſummario judicio tantùm deponant, & poſtea morte, aut alio caſu ratificari nequeant, fidem non faciunt, nec ſufficiunt ad torturam.* El miſmo requiſito de la ratificacion enſeñan los demàs Authores, y de los que hemos viſto ninguno pone la limitacion, de que haviendo muerto baſte el abono.

54. Entre los Criminaliſtas, el Herrera *Practic. Crimin. lib.*2. *cap.*2. §.1. *num.*9. dice, que ſi ſe han muerto los teſtigos, ſe abonen, pero no dice la fee, que con el abono merezcan, eſto es, ſi hagan plena prueba, ò ſe quedan en los terminos de ſemiplena, ibi: *No diſputò la fee, que ſe ha de dar à el teſtigo abonado, ò con quien ſe toman los temperamentos referidos, pues toca à la judicatura,* ò ſolo que ſirvan para inſtruccion, ò alguna leve preſumpcion, como dixo el Guacin. *de Defenſ. Reor. defenſ.*24. *cap.*9. *num.*16. verſ. *Contrariam opinionem*, entendiendolo *maximè in Criminalibus.*

55. Es tambien de diſtinguir quando el teſtigo eſtà examinado en el Juicio ſumario ante Juez competente, ò el examinado en un juicio no ante Juez competente, y que por sì no merece fee, como ſon las depoſiciones hechas en virtud de Cenſuras, Noguer. *dict. allegat.* 23. *num.* 27. y aſsi no puede ſervir el teſtigo no ratificado, ni aun para el mas leve indicio: eſta diſtincion la hizo el Guacin. *dict. cap.*9. *n.* 16. verſ. *Aliqui autem*, ibi: *Secùs ſi fuiſſent recepti coram arbitratore, qui procedit ſine figura judicii parte non citata, & idem dicit quando eſſent recepti*

prò informatione Curiæ, & sic non ad probationem, sed ad instructionem judicis. Y esto es por lo que la *ley* 38. *tit.* 16. *part.* 3. dixo, que los testigos muertos examinados ante el Juez arbitro, hacen fee ante el Juez Ordinario, porque el Juez arbitro pendiente su conocimiento es Juez legitimo, y competente para examinar testigos; y aunque pase el Proceso à el Juez Ordinario, quedan en su fuerza las Probanzas, y demàs Actas del pleyto, y consiguientemente la fee de los testigos examinados con citacion de la Parte. Guacin. *dict. vers. Aliqui autem*, ibi: *Ut si fuerint recepti coram arbitro citata parte, ipsi mortuis probent coram Judice Ordinario.*

56. Y por otra razon se persuade està verdad, la deposicion hecha en virtud de las Censuras es nula para perjudicar à la Parte; y por esto dicen los Authores, que ha de deponer de nuevo en el termino de prueba, y con citacion de la Parte, y que no basta el que se refiera à dicha deposicion. Villadieg. *in Polytic. cap.* 3. *n.* 292. Menoch. *lib.* 2. *de Arbitr. cas.* 109. Farin. *de Testib. q.* 66. *n.* 45. *& 48. & ex citat. num.* 50. con que si viviendo el testigo, no basta, que se refiera à el primer dicho, sino que ha de deponer de nuevo, ò à lo menos que se le lea, y ratifique; con quanta mayor razon se deberà excluir un testigo, que no puede hablar, ni explicar su concepto, solo porque lo apreciemos por hombre veridico?

57. No pudiendo encontrar el Conde de Torres Cabrera prueba suficiente para su demanda, procurò esforzarla con mas prueba de testigos, para lo qual presentò dos Interrogatorios; y antes de reconocer lo articulado, y quanto deponen los testigos, es cierto, que todo lo que contengan los Interrogatorios, que no estuviesse alegado por el Conde de Torres Cabrera, es de ningun aprecio, y no puede perjudicar à el Marquès de Guadalcazar. *Leg.* 31. *tit.* 16. *part.* 3. ibi: *Otrosi decimos, que los testigos non deben firmar sobre otras cosas si non en las que tañen en aquel pleyto::: cà si sobre otra cosa firmasen, que non fuesse en fecho de aquel pleyto, non deben ser creìdos.* Villadieg. *in Polyt. cap.* 1. *num.* 17.

58. Asimismo lo que pretende cobrar el Conde de Torres Cabrera, y necesita para poder obtener en su demanda, es un deposito hecho en el Marquès de Guadalcazar de los doce mil ducados, que se figuran.

El

59. El depoſito es contrato, Anton. Gom. *tom. 2. Variar. cap. 6. n. 1. Leg. 1. tit. 3. part. 5.* qualquiera contrato, ò convencion es *duorum, pluriumvè inidem placitum conſenſus, ex leg. 1. §. 2. ff. de Pact.* con que neceſita probar la convencion entre el Conde Don Juan, y el Marqués de Guadalcazar, en el uno de dar la cantidad por via de depoſito, y en el otro de recebirla por la miſma cauſa; y faltando qualquiera de eſtos requiſitos, no eſtà perfecto el contrato, ni ſe puede pedir ſegun ſu naturaleza con tanto rigor, que aun quando intervinieſſe la eſtipulacion, no haciendo clara, perfecta, y expreſa la promeſa, es de ningun efecto. Anton. Gom. *tom. 2. Variar. cap. 11. n. 7.* con que con mayor razon quando no ay, ni ſe prueba promeſa, oferta, aceptacion, ni reconocimiento de haverſe recebido tal depoſito, por lo que es preciſo, que los teſtigos concluyan, y aſſeguren de viſta, ò por otra razon legitima, que el Conde D. Juan, y el Marqués de Guadalcazar ſe convinieron en dicho contrato; y por eſta razon, y no por otra recibiò en ſu poder los doce mil ducados, y no de oìdas, ni por otra vulgaridad, como deponen todos los teſtigos de la Probanza del Conde de Torres Cabrera, como dexò diſpueſto el Emperador Juſtiniano en la *Novell. 90. de Teſtib. tit. 2. cap. 2.* ibi: *Hæc autem inania, & ex tranſitu perhibita teſtimonia, nulla modis omnibus valere ratione, & hujuſmodi quædam fingere teſtimonia, ut propter aliud quodam opus ad inveniens audiat aliquos dicentes accepiſſe ab aliquo aurum, aut debere alicui. Hæc namquè apertè nobis ſuſpecta ſunt, ex nulla digna ratione.*

60. En la ſegunda pregunta de ſu primer Interrogatorio, (Memor. *num.* 78.) articulò dicho Conde ſobre dicha donacion, y que ſe cobraron los 125. ducados por diſpoſicion del Marquès de Guadalcazar, *à quien los fiaron Don Martin de Cayzedo, y Doña Maria de Meſa, para que los mantuvieſſe en depoſito à favor de la Doña Ana ſu hija*: y ſegun lo que ſe nota en el Memorial *num.* 77. eſta confianza del Don Martin de Cayzedo, y ſu muger, aunque eſtaba alegada antes de la prueba con nombre de depoſito confidencial, pero no como nacida de Don Martin de Cayzedo, y ſu muger.

61. Diez teſtigos depuſieron ſobre eſta pregunta, el mas eſpecial que ſe nota es el Eſcrivano Juan Fernandez de Ve-

ga, (Memor. *num.*79.) dice, que el Conde Don Juan, antes de su Matrimonio ofreciò hacer la dicha donacion, no dà razon porque sepa el referido ofrecimiento antes de el Matrimonio; pues el que se refiera à la Escriptura, no es suficiente documento, como otorgada por el mesmo Don Juan Fernandez de Cordova, y despues de contraìdo el Matrimonio; y el testigo para hacer fé, debe dar razon de su dicho, como dexamos notado suprà num. 49. porque el deponer solo de la ciencia no es apreciable. *Leg. Qui interrogatus* 12. *ff. de Hæredit. petition. Leg.* 26. *tit.* 16. *part.* 3. ibi: *Faciendole decir por què razon lo sabe.* Mascard. *de Probat. concluſ.* 1375. *n.*44. Farinac. *de Testib. q.*68. *n.*33. *& q.*70. *num.* 145. Noguer. *allegat.* 26. *num.* 77. *& allegat.* 32. *num.*70.

62. Prosigue este testigo el otorgamiento de la Escriptura ante èl, que es la referida en el Memorial *num.*3. Don Alphonso de Mesa, y Don Eusebio Serrano Salvage deponen de oìdas vagas, y sin dar Author sino es al Conde Don Juan, por lo que no hacen fé alguna, como dexamos fundado.

63. Don Pedro Polo dice, que fue publico, y notorio, el que el Conde havia hecho la donacion de los 12ꝟ. ducados, y los havia entregado à la disposicion de el Marquès; cuya notoriedad se confirmò despues del Matrimonio, y siempre la oyò por cierta à muchas Personas. (Memor. *num.*80.)

64. Esto de fama, ò notoriedad es muy falible, y de un corto principio crece, y se aumenta, lo que no ay, y assi no siempre la voz del Pueblo acierta con la verdad. Rut. *cap.*1. *vers.* 19. ibi: *Velox apud cunctos fama per crebruit.* Tacit. lib.3. Annal. ibi: *Ut mos famæ in majus creditæ.* Et lib.4. Historiar. ibi: *Veraque, & falsa more famæ in majus in notuere.* Es notable el caso de David, *secund. Reg. cap.*13. *vers.* 30. de que la fama, ò noticia, que llegò à David, fue que Absalòn havia quitado la vida à todos sus hijos; à cuya noticia hizo el correspondiente sentimiento, y el muerto solo havia sido uno, *vers.* 32. ibi: *Amnon solus mortus est.* Por cuya razon es tan falax, que no es digna de que se dè la mayor recomendacion, ni entera fé à sus voces. *Leg. Decurionum filii* 12. §.1. *C. de Pœn.* ibi: *Vanæ voces populi non sunt audiendæ, nec enim vocibus eorum credit oportet, quando aut noxium Crimine absolvi, aut innocentem condenari desiderant.* Zevall. *Comm. contr. Comm. q.*302. *num.*3. & 4.

De-

65. De ben concurrir muchos requisitos para ser digna de alguna atencion. Farin. *Prax. Crimin. tom. 1. q. 47. ex num. 208.* Noguer. *allegat. 12. n. 178. & allegat. 24. num. 121.* lo que latamente trata el Escobar *de Purit. & Nobilit. p. 1. q. 10. §§. 2. y 3.* donde refiere el verso de Ovidio, *& minimo sua per mendatia creseit*; por lo que dixo bien el Señor Vel. *dissert. 38. num. 46.* ibi: *Ubi etiam in Civilibus fama, neque semiplenam inducit probationem.*

66. Es tambien de notar la diferencia, que se encuentra entre fama, y voz publica, que esta nunca es apreciable, Carlev. *de Judic. tit. 2. disput. 3. n. 11.* ibi: *Vanæ voces populi non sunt audiendæ.* Noguer. *allegat. 23. n. 96.* ibi: *Et omnes testes de auditu vago deponunt, & Authores, vel rationem suarum depositionum non assignant, nec etiam de fama faciunt mentionem, sed quòd ità publicè audierunt.* D. Castill. *de Tert. cap. 27. n. 13.*

67. Ningun testigo depone de fama, sino de notoriedad, y oìdas vagas, que es de ningun aprecio, y deben deponer, de que lo oyeron antes de principiado el Pleyto, y segun la deposicion del Don Pedro Polo, (Memor. *num.* 80.) el que adelanta, que al tiempo de tratarse el Matrimonio, y antes de celébrarse, fue publico, y notorio, y como tal se referia en las conversaciones la dicha donacion, sin que aparezca esta publicidad para que sirva de algun documento, y prosigue, *se confirmò en la comun, y general voz con motivo de haverse publicado Censuras*, en cuyo concepto es del todo despreciable. *Leg. 20. tit. 9. part. 4.* ibi: *E aunque dixesse, que lo oyò à muchos despues, que el Pleyto fue comenzado.* Mascard. *de Probat. tom. 1. concluf. 69. n. 6. & concluf. 410. n. 4.* Farin. *dict. q. 47. num. 172.* Noguer. *dict. allegat. 23. num. 97. & allegat. 25. num. 289.*

68. Como el testigo para ser creìdo, debe dàr razon de su dicho, y las oìdas posteriores, à moverse los Autos, son despreciables, debe deponer de la fama, ò notoriedad anterior, de otra forma queda sin aprecio su dicho, como dexamos fundado; y debiendo el Actor probar concluyentemente, para obtener todo lo que es fundamento de su intencion, *ex leg. 5. ff. de Probat. cap. Ultim. de Solution. Leg. 1. & 2. tit. 14. part. 3.* D. Gonzal. *in cap. Si diligenter 17. de Præsumpt. n. 8.* D. Vel. *dissert. 3. n. 36.* Carlev. *de Judic. tit. 3. disp. 34. num. 18.* Anton. Gom.

tom.3. Variar. cap. 3. n.25. D. Covarr. *lib. 2. Variar. cap. 6. n.2.* Para que fueran apreciables las depoſiciones de dichos teſtigos, havian de expreſar, ſi la tal notoriedad, ù oídas eran anteriores à la Eſcriptura, que ſe otorgò por el Conde Don Juan en 20. de Diciembre de 1737. (Memor. *num.3.*) ò de el Teſtamento, que eſtando ſano, (Memor. *num.196.*) y en continuacion de la dicha Eſcriptura otorgò en 28. de Marzo de 1738. (Memor. *num.22.*) y de la publicacion de las Cenſuras; y no haciendolo aſsi los teſtigos, queda dudoſa la prueba, y con ella no ſe debe condenar à el Reo. *Leg. Favorabiliores, ff. de Reg. Jur.* Barboſ. *Axiom. Jur. axiom.204.*

69. Dicho Don Pedro Polo dice: que à el tiempo de tratarſe el Matrimonio, y antes de celebrarſe, fue publico, y notorio, *y como tal ſe referia en las converſaciones*, que es la razon en que funda lo publico, y nototio, y como las converſaciones familiares padecen tanto engaño, y fomentan lo que no ay, es manifieſtamente un principio vicioſo de lo notorio, y publico. *Leg.35. tit.7. lib.1. Recop. cap. 2.* ibi: *Otroſi, que las palabras que ſe ayan dicho en pendencia, ò extrajudicialmente en corrillos, ò converſaciones.* Eſcob. *de Purit. & Nobilit. p. 2. q. 3. num. 12.* ibi: *Verba in Rixis, conventiculis, & privatis prolata locutionibus, quantumcumque in plurium prævolaverint aures, fidem non efficiant, nec teſtes illa in ſuis afferentes teſtimoniis robur habeant.* Y como dixo Juſtiniano en la Novell.90. *de Teſtib. Alia verò pronuntiantes, aut quæ non ſunt dicentes: hoc ipſo confitentur, quia ea quæ verè ſciunt, neque volunt patefieri, neque ſecundùm ea proferre judicia.* Sobre cuyo aſsumpto eſcriviò el P. Feijò el Diſcurſo primero de ſu Theat. Critic. y dixo bien en ſu demonſtracion el Padre Sarmiento, num.15. ibi: *La falacia de la voz del Pueblo ſe origina de ſu indeferencia à la verdad, y à el error, y de ſu propenſion à creer, ſin examen quanto oye.*

70. Franciſco de Molina depone la pregunta, (Mem. *num.81.*) ademàs de ſer publico, y notorio, por haverlo oìdo à el Conde Don Juan repetidas veces judicial, y extrajudicialmente. Eſta expreſion *de judicialmente* es notoriamente contra el hecho de la verdad; porque quando ſe puede decir, que judicialmente lo dixo el Conde Don Juan, fue quando hizo la declaracion en virtud de las Cenſuras, y à eſta declaracion no

conſ-

conſta ſe hallaſe preſente el dicho teſtigo, porque la recibieron el Rector de la Parroquia de el Salvador, y un Notario: (Memor. *num.* 7.) La Eſcriptura, que ſe refiere otorgada por dicho Conde Don Juan en 20. de Diciembre de 1737. (Mem. *num.* 3.) en la que ſe dice eſtà por teſtigo un Don Franciſco de Molina, (Memor. *num.* 4. *in fin.*) quando ſea eſte teſtigo no es acto judicial, para que à èl ſe puedan remitir las oìdas de dicho teſtigo, lo que no pudo ignorar, por ſer, como dice, Eſcrivano.

71. Las oìdas extrajudiciales à el Conde Don Juan, ſon de ningun aprecio, por tratar de ſu proprio intereſe, y derecho. *Cap. Licet ex quadam, de Teſtib.* ibi: *Cum ſatis videretur abſurdum illos admiti quorum repelerentur Authores.* Surd. *conſ.* 135. *num.* 96. Farinac. *de Teſtib. q.* 69. *num.* 1. Conciol. verb. *Teſtis, reſolut.* 4. *n.* 1. Noguer. *alleg.* 25. *n.* 289.

72. Proſigue eſte teſtigo haverlo tambien oìdo à el Padre Maeſtro Pedro de Buſtos, de la Compañia de Jeſus, *que en preſencia del teſtigo, y otras Perſonas expreſsò haver ſido el mediador, ò conductor de dicha cantidad de doce mil ducados à el Marquès de Guadalcazar, aſſegurando una, y muchas veces, que por coſa cierta no lo podia negar eſte.* (Memor. *num.* 81.)

73. Eſto parece ſe refiere à el lance, que expreſan Don Euſebio Serrano, (Mem. *n.* 94.) Juan de la Vega, (Mem. *num.* 96.) Don Alphonſo de Meſa, (Memor. *num.* 97.) y dicho Franciſco de Molina. (Mem. *num.* 95.) Se reconoce la animoſidad de eſte teſtigo en ſemejantes expreſiones, aſſegurando, *que en preſencia de el teſtigo, y otras Perſonas, &c.* lo que no fue aſsi; porque el Padre Buſtos convienen todos los teſtigos, y el miſmo Franciſco de Molina, *que no eſtaba à viſta de ellos*, eſto es, que el P. Buſtos, ni el Conde no los veìan, por haverſe entrado en otro Quarto immediato, y corrido una Cortina, en cuyo caſo es muy ſoſpechoſa la fé de los teſtigos, Farin. *de Teſtib. q.* 69. *n.* 180. & 196.

74. Tambien aſſegura, que el Padre Buſtos expreſsò *haver ſido el mediador, ò conductor*, y ninguno de los otros teſtigos lo dice con tanta reſolucion; pues Don Euſebio Serrano lo que depone, que dixo el Padre fue, que el Marquès de Guadalcazar le havia confeſado, *ſer cierto haver recebido los doce mil ducados*, pero no que havia ſido *mediador, ò conductor de la cantidad*: Los otros dos teſtigos Vega, y Meſa (Memor. *num.* 96. y 97.) tampoco dicen, que el Padre afirmaſe, que havia ſido

mediador, ò *conductor de dicha cantidad*, sino lo que dexamos yà notado en el *num.* 26. *y* 27. de que se prueba la animosidad con que este testigo se arrojò à deponer, por lo que no merece fé, ni aprecio alguno. Farin. *de Testib. q.*60. *n.*35. *&* 36. ibi: *Tunc dicitur testis animose deponere, quando in favorem producentis constanter aseverat, illud quòd certitudinaliter scire non poterat:::::: quòd testis dicitur animose deponere, quando probat cum sua depositione omnes articulos partis etiam de præsenti.* Menoch. *de Præsumption. lib.* 2. *præsumpt.*55. *n.*3. Noguer. *alleg.*25. *num.*33. *&* 34.

75. Atento, que este testigo Francisco de Molina se refiere con tanta seguridad à las oìdas de el Padre Bustos, y que como dexamos dicho en el *num.* 23. el relato no hace fé sin el referente, està convencido àsi con los demàs testigos, que refieren esta conversacion del Padre Bustos, como con el mismo Padre, el que niega haver sabido tal donacion, y demàs que dicen los testigos.

76. Don Pedro Caxa, Capellan actual de el Conde de Torres Cabrera, (Mem. *num.*82.) (tacha, que le inhabilita para hacer fé. *Leg.* 18. *tit.* 16. *part.* 3.) refiere la donacion de oìdas à el Conde Don Juan; y como este no era testigo admisible, no lo puede ser el que à semejantes oídas se refiere, *ex dict. cap. Licet ex quadam*, que dexamos citado, y tambien se refiere à la notoriedad, y conversaciones, que dexamos tocado en los *numeros* 69. *y siguientes*, y fenece haverlo oìdo el testigo à el defunto Conde, *à los que llevaron el dinero*, y à los Criados de sus Casas (Memor. *n.*82. *in fin*). Estos que llevaron el dinero, entendiendose por D. Diego Perez, y D. Martin de las Heras, que dexa referidos, se reconoce no convenir con lo que dice Fuentes, (Mem. *num.*11.) y no explica la intencion, que en esto tuvo Solìs, à cuya Casa no llevaron dineros algunos de las del Conde Don Juan, como lo declara el mismo Solis, (Mem. *num.*13.) dice: que por quentas particulares, que tenia con la Marquesa de la Puebla, le embiò à decir esta hiciesse Vale à favor del Conde su Padre de treinta y un mil quinientos nueve reales, que despues le satisfizo dicha Marquesa; con que la incertidumbre, y perplexidad con que deponen, persuade mas, y mas su ningun aprecio. Farinac. *de Testib. q.*68. *num.*1. ibi: *Regula sit, testis obscuram, dubiam, seù in certam depositionem, nihil prorsus probare.* Consolo. *Resolut. Crimin. verb. testis resolut.*13.

Luis

77. Luis Fernandez, que estaba en aquel tiempo en asistencia de el Conde Don Juan con el Empleo de su Secretario, (Mem. *num.* 83.) refiere la donacion, pero no dice, que se hallò presente quando à el Marquès de Guadalcazar se le entregò el dinero; porque aunque à el fin de la declaracion afirma, haver estado presente à el entrego del dinero, fue à el D. Francisco de Fuentes, y lo demàs lo depone de oìdas à el Conde Don Juan; con que este testigo no concluye cosa alguna en el punto del recibo de el Marquès de Guadalcazar, y que se constituyesse depositario.

78. El D. Diego Perez no afirma cosa alguna mas, que del entrego, à que asistiò de los 5ȳ600. pesos, que compusieron 84ȳ. Rs. hecho à Fuentes, lo demàs lo dice de oìdas vagas: el otro testigo, que concurriò con este à la entrega de los 5ȳ600. pesos, fue Don Martin de las Heras, (Mem. *num.* 85.) refiere la entrega del dinero en cantidad de ochenta, y tantos mil Rs. y de oìdas à distintas Personas, *que era parte de* 12ȳ. *ducados, de que el Conde hizo donacion à Doña Ana Caycedo, para el Casamiento, que entre los dos se trataba por entonces, y que havian de estar à disposicion del Marquès de Guadalcazar, à quien despues supo, y entendiò en las Casas de el mismo Fuentes, se havian entregado*; no dice en *deposito*, porque es cosa muy distinta el real, y verdadero entrego para constituirse depositario, ò el mero hecho del arbitrio, ò disposicion para el destino de la cantidad, y en esta misma expresion conviene Don Juan Antonio Gallardo. (Mem. *num.* 86.)

79. Dicho Don Juan Antonio Gallardo es el que fue Juez, que examinò los testigos de las Censuras; por lo que dice, se persuadiò à la realidad de la donacion, pero yà se le advierten las equivocaciones de esta declaracion. (Mem. *num.* 87.) No se contuvo este testigo en lo referido, sino que tres dias despues de hecha la declaracion presentò un Pedimento, reformandola en muchos particulares, (Memor. *num.* 87.) lo que lo constituye en la calidad de vario, y ninguna firmeza, que pueda tener en sus deposiciones, y que le comprehende lo que dice la *ley* 30. *tit.* 16. *partit.* 3. ibi: *Mas si el testigo despues que huviesse acabado su Testimonio, è se tirase delante de el jubgador, fablase con alguna de las Partes, è de si, que tornase, è dixese, que havia en su dicho alguna cosa de mejorar, è de menguar non gelo debe el jubgador caber en ninguna manera. Cap. Præterea, de Testib. cogend.* ibi: *Secùs*

autem erit si correctioni suæ interposuerint intervallum. D. Gregor. Lop. *in dict. leg. Gloss.2.* ibi : *Nota quòd ista lex ut velle quod dicat incontinenti corrigere, quando non fuit locutus cum aliqua ex partibus ; sed suplendo intelligerem, esse idem, si tantum tempus præterit, quod verisimile sit, quod potuit cum ea, vel eis locui.*

80. Articulò dicho Conde (Memor. *num.*88.) à la tercera pregunta del Interrogatorio la lectura de las Censuras, y que se leyeron por negarse el Marquès á restituir los 12ỹ. ducados. En quanto à esto, el Escrivano Molina (Mem. *num.*89.) lo dice de oìdas à el Conde Don Juan : Luis Fernandez tambien depone de oìdas, y afirma, que luego que el Conde Don Juan tuvo dos hijos en su tercero Matrimonio, hizo muchas diligencias *à instancia de la Doña Ana su muger, para recobrar los doce mil ducados de dicha donacion* : Tan contrario à el hecho es, que la Doña Ana huviesse hecho tales instancias, que ni aun noticia de la tal donacion tuvo, como expresa en sus declaraciones. (Memor. *num.*24. 25. 26. *y* 28.)

81. Este Luis Fernandez dice las diligencias, que el Conde Don Juan luego que tuvo dos hijos, hizo para recobrar los 12ỹ. ducados de dicha donacion, *con el deseo de emplearlos en Possesiones, lo que empezò à practicar en la compra de unas Tierras, y Olivares, que el testigo passò ha hacer à la Puente de Don Gonzalo.*

82. De esta expresion se infiere, que los 12ỹ. ducados se solicitaban para emplearlos, y que con efecto se *empezò à practicar la compra de unas Tierras, y Olivares*, à el parecer segun este testigo en vida del Conde Don Juan, lo que no es composible con pedir à el Marquès toda la cantidad de los 12ỹ. ducados en este Pleyto, si yà se havian empezado à gastar en la compra de unas Tierras, y Olivares ; con que los testigos del Conde deponen à bulto, sin reflexar la verdad de los hechos.

83. Prosigue dicho testigo la resistencia del Marquès à la entrega, por lo que se leyeron las Censuras, *todo lo qual refiriò à el testigo dicho Conde* : fenece su declaracion con que no fue necesaria su deposicion, por tenerla hecha Don Francisco de Fuentes, y demàs que entregaron el dinero, *el qual, y su recibo por dicho Marquès* : queda la duda, si el recibo era de los que entregaron el dinero, ò de el Marquès ; y sea de unos, ò sea de otro, tal recibo no parece ; y si lo quiso decir por recibo de el Marquès, en el contexto de todo el Pleyto siempre el

Con-

Conde de Torres Cabrera dice, que nunca diò tal recibo, ni quiso darlo.

84. Concluye este testigo, *que estaba plenamente justificado*, si esta expresion es con referencia al Don Juan, es del todo de ningun aprecio, porque ni los testigos, ni los interesados pueden calificar lo justificado de la causa, y si los Señores Jueces harán el juicio, que corresponda para la Sentencia. *Leg. Ob carmen*, § 3. *ff. de Testib.* D. Castill. *tom.*4. *Cont. cap.*28. *num.*28. Paris. *volum.*3. *cons.*88. *n.*56. ibi: *Potius videtur judicare, quàm deponere, quo casu non probat.*

85. En la ultima pregunta articulò dicho Conde la noticia, que el Padre Bustos tenia de dicha donacion: (Memor. *num.* 90.) à esta pregunta algunos de los testigos deponen de oìdas sin dar Author, por lo que son de ningun aprecio; y asimismo deponen el Licenciado Don Eusebio Serrano, Francisco de Molina, el Escrivano Juan Fernandez de la Vega, y Don Alphonso de Mesa, sobre el lance, que passò estando en Cama el Conde Don Juan, y la pregunta, que hizo à el Padre Bustos, que dexamos tocada *supr. num.*26. *& seqq.*

86. Don Pedro Polo fenece su declaracion, que por cuydar el Padre Bustos de la Congregacion de la buena Muerte, *se decia por alabar su cuydado, y celo, que sacaria parte, ò limosna de los doce mil ducados para la misma Congregacion.* (Memor. *n.* 92. *in fin.*)

87. No distingue este testigo, de quién havia de sacar la parte, ò limosna, si del Conde Don Juan, si conseguia tomar los doce mil ducados, ò del Marquès de Guadalcazar, si se quedaba en aquel estado: si del primero es reconocidamente inverosimil, pues aun no ha concurrido dicho Padre, ni querido concurrir à semejante declaracion; y esto mismo persuade, que el Padre Bustos vencido de la verdad, es preciso, que le valanceasse mas en su Christiandad, que no el mayor interés. Cardin. de Luc. *de Donat. disc.*16. *num.* 4. ibi: *Omnimodæ inverosimilitudinis, ut vir doctus ac integerrimæ vitæ reputatus:::::: alicui pio loco pro ejus animæ suffragio relinquenda, voluisset cum manifesto peccato, ac propriæ animæ perditione illam uni Ecclesiæ auferre, ut alteri Ecclesiæ dare.*

88. Y si lo entiende del Marquès, es mas inverosimil, pues no es capàz de presumir en su calidad, ni posible en

el Padre Buſtos, que concurrieſſe por ningun fin piadoſo, à que no ſe reſtituyeſſe lo ageno ; por lo que eſte teſtigo, no es digno de ſer atendido. *Leg. fin. ff. quod met. cauſ. cap. Quia veriſimile* 10. *de Præſumpt.* D. Valenz. *conſ.*97. *num.*2. Maſcard. *de Probat. concluſ.*85. *num.*4. Eſcob. *de Purit. & Nobilit. p.*2. *q.*9. §.2. *n.*12.

89. En el ſegundo Interrogatorio lo articulado à la ſegunda pregunta, (Memor. *num.* 111.) no conduce à la realidad del entrego de los doce mil ducados, pues que el Marquès de Guadalcazar, como pariente tan immediato de Doña Ana de Caycedo, y por ſu authoridad, y repreſentacion concurrieſſe à el Matrimonio, es muy proprio de ſemejantes actos, como con Robert. *Rer. Judicat. lib.* 4. *cap.* 1. *in fin.* dice Fontanel. *de Pact. Nupt. clauſ.*5. *Gloſſ.*8. *part.*12. *num.*57. ibi: *Inter ſunt parentes, atque propinqui.* Rip. *de Noturn. Temp. cap.*105. *n.*10.

90. En la tercera pregunta articulò, el haver tratado el Marquès, como preciſo requiſito para ello, havia de preceder la dotacion de los doce mil ducados, y lo demàs que contiene eſta pregunta, (Memor. *num.*112.) en la que no adelantan los teſtigos mas, que lo que tenian dicho en el primer Interrogatorio.

91. Lope de Calatrava añade, lo que oyò à el Marquès en preſencia de Joſeph Antonio de las Doblas, que ya es defunto, (Memor. *num.*113.) contra eſte teſtigo ſe oponen los reparos alegados por el Marquès; (Memor. *num.* 208.) y concurre aſsimiſmo ſer teſtigo unico de ſemejantes oìdas, que no merece aprecio, *ex dict. ſupr. num.* 31. *&* 49. traer por teſtigo à un muerto, y de oìdas extrajudiciales, que no ſe profieren, ni deben atender, como obligatorias, y aun muchas veces por otros fines de la complacencia de una converſacion, que no ſe diſcurre ha de llegar à la ſeriedad de un juicio. Eccleſiaſt. cap. 19. verſ. 16. ibi : *Eſt qui labitur lingua ſua, ſed non ex animo. Leg. Non ſolum* 31. *ff. de Obligat. & Act. Leg. Famoſi*, §.3. *ff. ad leg. Jul. Majeſt. Leg.*19. §.3. *ff. de Ædilit. ædict.* ibi : *Ea autem dicta, ſivè promiſſa admitenda ſunt, quæcumque ſic dicuntur, ut præſtentur, non ut jactentur.* Anton. Gom. *in leg.*50. *Taur. num.*12. ibi: *Quia eſt verbalis tantùm, & facilitèr, & inconſideratè quis verbo ſe obligaret.* D. Caſtill. *tom.* 4. *Contr. cap.* 40. *num.*16. Menoch. *de Arbit. caſ.*496. *num.*43. *& ſeqq.*

92. Es unico en eſta converſacion el Lope de Cala-

tra-

trava, pero aunque fueſſen dos teſtigos los que la oyeron, y mayores de toda excepcion, no conſtituye obligacion no ſiendo preſente la Parte, y con aceptacion de eſta. Gutierr. *de Juram. Confirmat. part.* 1. *cap.* 54. *num.* 12.

93. En la quarta pregunta repite, el que confiadamente ſe havian de poner los doce mil ducados en poder de el Marquès, ſin hacer inſtrumento, y demàs que contiene la pregunta. (Memor. *num.* 114.) Eſta pregunta (aunque ſe añaden en ella algunas circunſtancias) es ſubſtancialmente lo articulado en la ſegunda pregunta del primer Interrogatorio con menos expreſiones, (Memor. *num.* 78.) y eſtando prohibido, que por las miſmas preguntas, hechas en la primera inſtancia, ſe examinen teſtigos en la ſegunda, *ex leg.* 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *Recop.* porque ſe preſume el ſoborno, è inducimiento de los teſtigos. Aceved. *in dict leg.* 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *Recop. ex num.* 1. Cur. Philip. *tom.* 5. §. 3. *num.* 3. *p.* 1. & ibi: *Dominq. num.* 2. con mayor razon no ſe deberà permitir, que en la miſma inſtancia ſe repitan con alguna interpoſicion de dias los miſmos, y ſubſtanciales hechos, yà articulados, y ſobre que han depueſto los teſtigos.

94. Lo que ſe acreditò en eſte ſegundo examen: dexamos dicho *num.* 79. que con algun intervàlo no puede el teſtigo bolverà deponer ſobre lo que yà tiene dicho, y como el Rector Gallardo reformò ſu depoſicion por un Pedimento; (Mem. *num.* 87.) no conviniendo eſte con lo que havia dicho, para en algun modo querer reparar eſte notorio defecto, ſe bolviò à preſentar por teſtigo, remitiendoſe à el expreſado Pedimento, (Memor. *num.* 115.) lo que arguye la premeditacion, y diſpoſicion para ello.

95. El Procurador Caſtro depone de oìdas à el Conde Don Juan, (Memor. *num.* 115.) con que no es de ningun aprecio. El Eſcrivano Calatrava depone de oìdas à Perſonas, que no expreſa, (Memor. *num.* 116.) y aſsi queda en los terminos de oìdas vagas, que no ſon apreciables, *ex dict. ſupr. n.* 49.

96. El contexto de la pregunta quinta de dicho Interrogatorio, de que ſe leyeron Cenſuras por la reſiſtencia del Marquès, el Rector Gallardo ſe remite à las oìdas de Doña Maria de Meſa, (Memor. *num.* 118.) y eſta no contexta en ſemejante converſacion, como reſulta de ſu declaracion, que queda tocada en el *num.* 37. y ſe refiere en el Memor. *num.* 75.

La

97. La deposicion de Luis Fernandez, (Memor. *num.*121.) ademàs de lo que tenemos dicho en el *num.*77. y lo que contra este testigo se alega por el Marquès, (Mem. *n.*211.) se refiere tambien à la Doña Ana, y à Doña Maria de Mesa su Madre, y por estas dos se acredita la falta de verdad del testigo; pues ni la Doña Ana, ni la Doña Maria, su Madre, en sus deposiciones contextan tal noticia, ni que huviessen tenido motivo de quexarse de los procedimientos del Marqués, y assi no merece fé sin el relato, *ex dict. supr. num.*23.

98. La deposicion del Procurador Castro, està tambien falcificada con las declaraciones de la Doña Ana, y Doña Maria de Mesa, y tiene los reparos alegados por el Marquès, (Memor. *num.*212.) y que advierte en su declaracion. (Memor. *num.*125.)

99. Las expresadas conversaciones del Calatrava, y del Castro, siendo en distintos tiempos, y que no concurrieron los dos en un mismo hecho, son testigos singulares, con singularidad diversificativa, que no hace fé, *ex dict. supr. n.*41.

100. Por no haver depuesto en el Interrogatorio del Conde Pedro Prieto, Notario, que fue ante quien se examinaron los testigos de las Censuras, solicitò à su parecer evaquar este reparo; y pendiente yà el Pleyto en la Sala, ocurriò ante el Provisor de la Ciudad de Cordova, pidiendo, que reconociesse un Testimonio, que demostrò de las Censuras, y declarasse, si era cierto haver assistido à la declaracion de Doña Maria de Mesa, y pasado segun, y en la forma, que en dicho Testimonio se contenia. (Memor. *num.*267.) El Pedro Prieto hizo la declaracion, contextando en la certeza de la tal declaracion, en que se ratificò en virtud de Real Provision. (Memor. *num.*269.)

101. El proprio termino para el examen de los testigos es el de prueba, el que por derecho està establecido para ello, *ex leg.*1. *tit.*15. *& leg.*34. *tit.*16. *part.*3. y haviendo tenido el Conde tanto tiempo para presentar testigos, y valerse del referido, queda en los terminos, que aunque fuesse apreciable, no adelanta nada en la Probanza; pues solo contexta, en que Doña Maria de Mesa declarò ante un Juez incompetente, y que no se ratificò, como tenemos dicho.

102. Lo demàs articulado por el Conde se termina

à

à las otras quentas, que se dice tuvo el Conde Don Juan con el Marquès de Guadalcazar, (Memor. *num.* 127. *y siguientes*) à lo que està respondido abundantemente por el Marquès de Guadalcazar, y satisfecho con lo articulado, y probado por dicho Marquès. (Memor. *num.* 144. *y siguientes.*)

§. V.

103. ENtre las demàs especies de prueba, que ay en el derecho, es la de presumpciones, *ex tot. tit.* 14. *part* 3. y en los Decretales *lib.* 2. *tit.* 23. se reducen à las presumpciones *juris*, *& ab jure*, *juris*, *& ab homine.* D. Gonz. *in cap.* 2. *de Præsumpt. num.* 12. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 1. *q.* 12. *num.* 2. *& seqq.* De las primeras, no tenemos alguna, que pueda aplicarse à este Pleyto; de las ultimas, estàn todas à favor del Marquès de Guadalcazar.

104. La primera es, que ningun hecho se presume, si no se prueba. *Leg. In bello* 12. §. *Facti* 2. *ff. de Captiv. & de Postlim. & redempt. ab host. Leg.* 1. *C. de Probat. Leg. Asseveratio*, *C. de Non numer. pæcun.* Gonz. *ad Reg. Octav. Chancell. Gloss.* 43. *num.* 95. y no haviendo probado concluyentemente el Conde de Torres Cabrera su intencion, tiene contra sì la presumpcion de derecho, la que favorece à el Marquès de Guadalcazar, *ut supr. num.* 8.

105. La segunda se infiere de lo que dexamos dicho en el *num.* 13. y es, que de derecho entre conjuntas Personas se presume el dolo, y fraude en suponer donaciones; y assi es preciso requisito, el que aya de intervenir instrumento.

106. La tercera, que debiendo ser la Sentencia la que pone fin à los Litigios, atendida la verdad, siempre que aya motivo de duda, es como dice el *Cap. Gravè, caus.* 11. *q.* 3. ibi: *Gravè satis est*, *& indecens*, *ut in re dubia certa detur sententia.* D. Gonz. *in cap.* 3. *de Sponsal. & Matrimon. num.* 5. Rox. *de Incomp. p.* 2. *cap.* 3. *num.* 43.

107. La quarta, porque en caso de duda se ha de pronunciar por el Reo demandado, como dexamos dicho, pues à el Reo le basta poner dudosas, y obscuras las Probanzas del Actor. Cardin. de Luc. *de Testam. disc.* 6. *num.* 5. *& de Locat. &*

Conduct. disc. 10. *num.* 4. ibi: *Per quàm probatio reddebatur dubia, cum Reo sufficiat reddere dubias, & obscuras probationes Actoris, ut vincat::::: alio etiam axiomate sufragante, quod probatio concludens, & perfecta, quæ per Actorem facienda nunquam dicitur talis, quoties contraria possibilitas est.* D. Salg. *p.*2. *Labyr. cap.*9. *num.*9.

108. La quinta, porque como diximos en el *num.*88. fuera atribuir à el Marquès de Guadalcazar un delito, como era el quererse apropriar la cantidad de los doce mil ducados, y faltar à la fé de la confianza, que se hizo dèl, lo que repugna à todo derecho. Menoch. *lib.*5. *præsumpt.* 3. *n.* 30. Farinac. *Prax. Crimin. p.*3. *q.*89. *num.*2. Barbos. *in cap.*20. *de Rescript. num.*19. Mostaz. *de Caus. Pijs, tom.*1. *lib.*3. *cap.*2. *num.* 23. vers. *Hæc Sententia.*

109. La sexta, porque como la obligacion es tan odiosa, siempre los Señores Jueces se inclinan à la absolucion del Reo. *Leg.*47. *ff. de Obligat. & Action.* ibi: *Ubi de obligando quæritur, propensiores esse debere nos si habeamus ocasionem, ad negandum. Ubi deliberando, ex diverso, ut facilior sis ad liberationem*: y como dice el Alv. Peg. *de Majorat. tom.* 2. *cap.* 9. *num.* 17. vers. *Res adeò*, ibi: *O felix Reorum, & possidentium, beatitudo! O beata eorum felicitas! Vincunt sine armis, sine copijs, & sine labore.*

110. Dexamos dicho en el *num.* 88. que lo verosimil es lo que tiene à su favor la presumpcion, como lo inverosimil es *imaginem falsitatis.* Escob. *de Pur. & Nob. p.*2. *q.*9. §.2. *n.*11. Farinac. *de Falsit. & simulat. q.*153. *n.*176. Conciol. *Resolut. Criminal.* verb. *Confessio, resol.*17. *n.*2. D. Valenz. *cons.*97. *n.*2. no puede ser creible, ni verosimil, que el Conde D. Juan, una Persona tan advertida, que se aplicò mucho à los Libros Juridicos, y aun sobre los intereses de sus hijos, para manifestar la justificacion, con que procedia, escriviò un Informe en Derecho, que omitiesse en una cantidad tan considerable el tomar algun recibo, ò resguardo del Marquès por mayores confianzas que tuviesse, como en semejante especie dice el Robert. *Rer. Judicat. lib.* 2. *cap.*10. *Pro Mevio Patre*, ibi: *Prima ut unusquisque sibi tuta, & facili securitate cabeat, siquis enim alterius fidem absque ulla cautionis, scriptura secutus desipiatur, is sibi imputare debet, quòd minùs fidelem amicum elegerit. Laudanda est ejus prudentia, qui acepto Chirographo, certaque & perpetua scripturæ cautionis probatione.* Y de no haverlo hecho se manifiesta lo inverosimil de el supuesto Deposito.

Leg.

Leg.25. ff. de Probat. ibi: *Nunquam ita re ſupinus eſt, ut facile ſuas pecunias jactet, & in debitas effundat.*

111. La ſeptima ſe deduce, de que las depoſiciones de teſtigos por sì ſolas no merecen aprecio alguno, como dice la *ley* 4. *C. de Teſtib.* ibi: *Sola teſtatione prolatam, nec alijs adminiculis legitimis cauſam aprobatam, nullius eſſe momenti, certum eſt.* Eſtos legitimos adminiculos tienen reſpeto à las razones concluyentes, que dèn los teſtigos, y tambien á que ſe adminiculen con los documentos, que puede haver, y no manifeſtandoſe ſe preſume *calumnia, & falſitas*, Carlev. *de Judic. tit.2. diſp.3. num.35.* y aſsi en muchos caſos no ſe admiten. *Leg.* 25. §. *fin. ff. de Probat. Leg.3. C. ſi min. ſe major. dix. Leg. Generalitèr, C. de Non numer. pæcun. Leg. Necui, C. locat. & conduct. Leg. Teſtium facilitatem, C. de Teſtib. & remiſivè*, D. Olea *de Ceſſ. Jur. & Action. tit.* 1. *q.*5. *n.*30. Valer. *de Tranſact. tit.*1. *q.*6. *num.*27.

112. El Eſcrivano Franciſco de Molina, teſtigo, que dice ſe hallò à el lance con el Alcalde Mayor en las Caſas de el Conde Don Juan, y concurrencia del Padre Buſtos, dice, que ſe formò Teſtimonio del lance, que firmò eſte teſtigo, y el Alcalde Mayor, y otros, (Memor. *num.*95.) y conviene el Eſcrivano Vega, (Memor. *num.*96.) y tal Teſtimonio, ni acto juridico no ha parecido.

113. Los teſtigos que deponen, que el Marquès de Guadalcazar embiò por el dinero à las Caſas de Don Franciſco de Fuentes, y de Don Diego de Solìs, tienen la inverosimilitud, de que ſiendo preciſo, que eſtos tomaſſen algun reſguardo, tampoco ha parecido; de que ſe manifieſta, que todo ha de quedar à la fé de los teſtigos, que han depueſto con tanta variedad, y ſin otra razon, que las oìdas vagas, y publicidad, à lo que ſe les puede aplicar lo que dice la *ley* 18. *C. de Teſtib.* ibi: *Teſtium facilitatem, per quos multa veritati contraria per petrantur.*

114. Se pretendiò por el Conde de Torres Cabrera, para corroborar, que el Marquès de Guadalcazar havia tomado los doce mil ducados, el que por aquel tiempo havia dado à cenſo ocho mil ducados ſobre el Mayorazgo de la Palmoſa; cuya impoſicion ſe refiere en el Memorial *num.* 137. lo que no puede ſer argumento, que tal perſuada; y aſsi reſpondiò muy bien el Marquès, (Memor. *num.*249.) que le era *facil, mediante ſus caudales, y rentas, ſuperabundantes para eſte, y mayores empleos,*

ſiem-

siempre que quisiesse hacerlos; y aunque no tuviera las crecidas rentas, que le producen sus Mayorazgos, nunca es presumpcion, de que ninguno se valga del dinero ageno, para convertirlo à su utilidad, y beneficio, y siempre se presume, que por otros medios licitos, y probables lo adquiriò, y expendiò. *Leg.* 10. *C. Arbitr. Tutel.* ibi: *Nec enim pauperibus industria, vel augmentum Patrimonij, quod laboribus, & multis casibus quæritur, inter dicendum est.*

115. Alegò el Marquès, (*Memor. num.* 255. *in fin.*) y con mucho fundamento, que de la donacion, que hizo el Conde Don Juan à la Doña Ana de Caycedo de los cinco mil ducados, (*Memor. num.* 1.) pudo nacer el aumentar hasta los doce mil, y estenderse en el vulgo, sin otro fundamento, como dixo Ovidio, apud Escob. *de Purit. & Nobilit. p.* 1. *quæst.* 10. §. 3. *num.* 2. *Eminimo sua per mendatia crescit*, que podemos numerar por octava conjetura.

116. Y no es menos de atencion, el que haviendose leìdo las Censuras publicamente, y remitiendose todos los testigos à lo notorio, y publico del caso, solo parecieron à declarar seis testigos, y entre ellos el Conde Don Juan interesado, y Doña *Maria de Mesa*, que negò el contexto de la deposicion à el tiempo que se le fue à ratificar, como dexamos notado en el *num.* 37.

117. La especie del texto en la *ley* 25. *ff. de Probat.* prueba, y persuade lo que llevamos expuesto en este Informe: es la especie de uno, que decia haver dado una cantidad, y pretendia repetirla por condicion indebiti, propone el Jurisconsulto, à qual pertenece el probar su intencion, y distingue, si el que recibiò la pecunia negasse el que era indebida, sino que la recibiò por alguna razon de debito, tiene legitima excepcion.

118. El Conde de Torres Cabrera dice, que su Padre confiò à el Marquès de Guadalcazar doce mil ducados, y se los entregò sin deberselos: el *Marqués* dice, que si recibiò algunas cantidades, fue en pago de otros encargos, que se le hicieron por el Conde Don Juan, en atencion à la buena correspondencia, que entonces tenian, y apuntò en su declaracion, (*Memor. num.* 55. 58. 59. *y* 60.) y articulò en su Probanza. (*Memor. num.* 146.)

119. Teniendo estas justas causas para percebir algu-

nos

nos maravedis, que se presuma, ni entienda semejante donacion, ni que diesse la cantidad sin el resguardo correspondiente, como diximos en el *num.* 110. tiene reconocida resistencia, y assiste à el Marquès de Guadalcazar una legitima, y peremptoria excepcion, que excluye la pretension de dicho Conde, *ex dict. leg.* 25. *ff. de Probat.* ibi: *Sin verò abinitio confiteatur quidam succepisse pæcunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, præsumptionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemò dubitat.* Con lo que conviene la *ley* 6. *tit.* 14. *part.* 3. la *ley* 29. *tit.* 14. *part.* 5. ibi: *Dubda podria avenir sobre la demanda, que alguno ficiesse à otro, diciendole, que pagara por yerro, lo que non debia, si el otro dixesse, que non era assi, qual de las partes debe probar lo que dice el demandador, ò el demandado. E por ende decimos, que si aquel à quien facen la demanda, conoce la paga diciendo, que fue fecha verdaderamente, è non por yerro, que estonce el demandador debe probar el yerro.*

120. Siempre que no estè prescripta la accion, se puede usar de ella en juicio, con lo que pretendiò el Conde de Torres Cabrera evadirse del argumento, que produce la omision de no haver pedido desde la muerte del Conde D. Juan, (Memor. *num.* 168.) pero en los terminos de presumpcion, y conjetura, es poderosissima contra el Actor, que difiere el usar de su accion. Judic. cap. 11. vers. 26. ibi: *Quare tanto tempore nihil super hac repetione tentastis? Cap. 1. de Frigid. & Maleficiat.* ibi: *Quia si pro clamare voluit, cur tandiu tacuit. Cap. Exposuit, de Dilat. Cap. Ex parte* 12. vers. *Usque dolo, de Rescript. Leg. Maximè, ff. de Administr. Tutor. Leg. Si quis forte, §. 1. ff. de Pæn.*

121. Es tambien poderoso el fundamento, de que haviendo el Conde de Torres Cabrera pedido, que el Marquès de Guadalcazar declarasse sobre lo cierto del deposito, lo negò baxo de juramento, (Memor. *n.* 43.) ibi: *Que estando todo hombre obligado, como Christiano, à decir verdad, actuado de la citada clausula; y siendo absolutamente falso, que el Conde Don Juan huviesse entregado à el declarante los* 12*y. ducados, que en ella referia,* que es poderosissimo documento para la absolucion del Marquès, *dict. leg.* 25. §. 3. ibi: *In omnibus autem visionibus, quas præposuimus licencia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate jus jurandum inferre, prius ipso pro calumnia jurante: ut Judex juramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, jure referenda Religionis ei servando.*

§. VI.

122. EL acompañado en su Sentencia absolviò à el Marquès de Guadalcazar de la pretensiòn de los 12ȳ. ducados, y reservò à el Conde de Torres Cabrera su derecho, sobre las cantidades, que constaba haver entrado en poder del Marquès, y su distribucion, para que usasse dèl como le conviniesse; por cuya reserva pide el Marquès la revocacion en este particular. (Memor. *num.* 263.)

123. La reserva es de grave consideracion, y quando no aya justo motivo, no se puede hacer, porque es como dice Gonz. *in regul.* 8. *Chancell. Gloss.* 31. *n.* 5. *Ita fortis, & potens, quod sit gladio an cipite penetrabilior*; pues aquel à cuyo favor se hace la reserva, piensa probable el inquietar à su contendor, quando reconoce, que el Juez hizo dictamen, de que tenia derecho de que usar, y el otro se halla amenazado de un Pleyto, que se le puede intentar; por lo que aunque se dice, que la reserva no dà, ni quita derecho. D. Salg. *Labyr. p.* 2. *cap.* 6. *n.* 64. no obstante se tiene por gravamen de tanto perjuicio, que es apelable, no solo de un Juez inferior, pero aun de una Sentencia de Revista. Maldonad. & Pard. *de Secund. Suplicat. tit.* 1. *q.* 4. *num.* 7. con el Sr. Salgado, Nogùerol, y otros.

124. Para manifestar el ningun motivo, que assiste para dicha reserva, ni que el Conde de Torres Cabrera tenga derecho para ella, es (para no dilatarnos) la decision del texto en la *ley Procula* 26. *ff. de Probat.* pues haviendo vivido el Conde Don Juan algunos años, fenecido yà el motivo de la correspondiencia, y figurando haver entregado 12ȳ. ducados, con mayor razon, si el Marquès le debiera algunas cantidades, se las huviera pedido, ibi: *Nunquàm id à fratre quamdiu vixit desideratum.* Por lo que fue visto, que el Conde Don Juan no tenia que pedir en este assumpto; y por consiguiente, ni el Conde actual por qualquiera otro respero. Cardin. de Luc. *de Emption. & vendit. disc.* 9. *n.* 8. Escob. *de Ratiocin. cap.* 37. Por lo qual espera el Marquès la determinacion à su favor. S. I. V. D. C.

Lcdo. Don Christoval de Espinosa Ocampo.



DISCURSO LEGAL, POR

DON JOSEPH GREGORIO ALTAMIRANO y Carbajal, Marquès de Alhendin de la Vega, vezino de la Ciudad de Granada.

CON

LA JUSTICIA, Y VEZINOS DE LA VILLA de Alhendin, à que ha salido el señor Fiscal del Real Consejo de Hazienda.

SOBRE

EL TANTEO DE LA JVRISDICION Civil, y Criminal, Señorio, y vassallaje, y demàs derechos jurisdiccionales de la referida Villa de Alhendin, que comprò de la Real Hazienda Don Geronimo de Escobedo Altamirano, ascendiente del Marquès, en conformidad de las reglas de factoria, en el año passado de 1627.

DISCURSO LEGAL,

POR

DON JOSEPH GREGORIO ALTAMIRANO
y Carbajal, Marqués de Albendin de la Vega,
vezino de la Ciudad de Granada,

CON

LA JUSTICIA, Y VEZINOS DE LA VILLA
de Albendin, a que ha salido el señor Fiscal
del Real Consejo de Hazienda,

SOBRE

EL TANTEO DE LA JURISDICION
Civil, y Criminal, Señorio, y vasallaje, y demás
derechos jurisdiccionales de la referida Villa de
Albendin, que compró de la Real Hazienda
Don Gerónimo de Escobedo Altamirano, al-
cendente del Marqués, en conformidad de las
reglas de Factoría, en el año pasado de 1627.

Num. 1. PRESUPUESTAS las pretensiones reciprocas de las partes, y el hecho de este pleyto, de que se halla formado Memorial Ajustado, con asistencia de todas, y con formal expresion de lo que cada vna solicita; descendemos desde luego al recuerdo de las principales consideraciones, que en lo legal patrocinan la justicia del Marquès, para que se deseestime la demanda de tanteo de la Villa, tanto por reglas, y condiciones de factoria, como por comunes disposiciones de derecho, remitiendonos para su comprobacion en el hecho, à los Numeros de el Memorial, como medio mas breve, aunque inescusable, yà porque de èl nace el derecho; *ex vulg. leg. In plagis, §. Inclivo, ff. ad leg. Aquil. leg.* 1. *de rer. iud.* y yà porque el hecho es vn lienço en donde se vè delineado el derecho, ibi: *Respondi in causa ius esse positum.*

POR REGLAS DE FACTORIA.

2 Quando los contratos, y disposiciones tienen leyes especiales, y particulares para su govierno, estimacion, y subsistencia, es necessario que los discursos se goviernen por ellas para la decision, Gutierr. *pract. lib.* 3. *q.* 17. *à num.* 40. Parex. *tit.* 6. *res.* 3. *à num.* 141. *leg. Cum Pater, §. Dulcissimis, de legat.* 3. *Leg. Si de certa re, Cod. de transs.*

3 No se puede negar, que aviendose celebrado, y ajustado la venta, y enagenacion de Alendin, con Don Geronimo Escobedo Altamirano, por la Real Hazienda, en conformidad de las reglas de factoria, por ellas, y no por otra ninguna disposicion juridica, se debe juz-

juzgar, y conceptuar esta dependiencia; y assi lo tiene resuelto, y mandado su Magestad como dueño, y origen de la Ley, y de la Jurisdicion, Covar. *pract. cap.* 1. D. Salg. *De supplic. part.* 2. *cap.* 33. *num.* 31. *idem in part.* 1. *cap.* 14. *&c.* por la Cedula de 31. de Março del año passado de 626. *Memor. num.* 13. en la qual confirma las precedentes, y derogando las Leyes, Fueros, Privilegios, condiciones de Millones, y demàs que ay en contrario, establece lo siguiente, ibi: *Que siempre, y en todo tiempo sea firme, y valida, y se conserve, quanto por el Consejo de Hazienda se hiziere, contratare, y executare en virtud desta mi Cedula, sin que pueda oponerse capitulo del servicio de los Millones, Leyes, Fueros, ò Privilegios que puedan ser en contrario*; prosigue mandando à los señores Juezes, y Ministros del Consejo, que indispensablemente juzguen las ventas por estas Cedulas, y no por otras Leyes, &c. Y concluye, ibi: *Por quanto su Magestad les quita qualquier poder, facultad, ò jurisdicion que tengan los dichos Fueros, Privilegios, y Tribunales*: de calidad, que no ay arbitrio, ni capacidad para separar el dictamen, ni el discurso del contexto de aquestas Cedulas, mandadas guardar como Ley en lo especifico de estos contratos.

4 Examinadas, pues, en el todo, y en lo particular, quanto al dubio presente, sobre el tanteo intentado por la Villa, se hallarà, que no es admisible semejante pretension, respecto de que los tiempos, y casos, en que por beneficio de los mismos Lugares se les concede por ellas el tanteo, son solo dos, y vno à las Cabeças de Partido, Villas, ù Ciudades à quienes estàn sujetas, que no expressamos, por no ser necessario para esta controversia.

5 La eleccion de vno, ù otro, se confiere por su Magestad à los compradores, *iusta, quæ notat*, D. Olea. *tit.* 3. *de ces. iur. quæst.* 7. *à num.* 15. hablan-

blando de los remedios alternativos, *leg. Quod in haredem, §. Eligere de tributo act. leg. Cum proponas, C. de transf. leg. Quamvis, ff. de pignoribus*, como parece de la de 22. de Septiembre de 1627. *Condicion septima, Memor. num.* 14. en donde ponderando las posturas, y mejoras, que se pueden hazer en Vassallos, y Jurisdiciones, y el valor, y crecimientos à que pueden subir los del distrito de vna, y otra Chancilleria, prosigue: *Sin que se pueda recibir otra puja de ningun particular, ni de ninguna Vniversidad, aunque sea la Ciudad, ò Villa cabeça de Jurisdicion, de cuya venta se tratare, se vse de la dicha venta de vno de dos medios, el que escogiere el comprador.*

6 El primero es, quando este haze solo la postura, y deposita la tercera parte de lo que monta la Villa, ò Lugar, que trata de comprar, la qual por particular favor, y gracia, que su Magestad quiere hazer à las mismas Villas, ò Lugares, manda se les haga saber (no dize por quien) para que si quisiere por si eximirse, lo pueda hazer dentro de quarenta dias, contados desde el dia que se les haga saber, pujando dos por ciento mas de lo que montare la venta; *Y que passado el termino, quede perfecta la venta à favor del particular, y que el Lugar no tenga ningun derecho à la compra de su jurisdicion, ni por puja, ni por tanteo, ni en otra forma*, como parece de la *Condicion septima*, copiada à la letra en el *Memor. num.* 15.

7 El segundo, es, quando el comprador passa à celebrar, y ajustar la venta, y à pedir se le dè la possession de la jurisdicion, y vassallaje, y que la toma con efecto; que entonces por particular merced, y gracia concedida al mismo Lugar vendido, y enagenado, se le permite, que se pueda tantear dentro de sesenta dias siguientes al de la notificacion, que se le hiziere de la venta, y possession; y que passados, no le quede recurso

alguno, *vt patet ad oculum* de la Cedula de 22. de Septiembre de 627. *Condicion octava, Mem. num.* 16. ibi: *El otro medio serà, si le escogiere el comprador, que luego, que se celebre la venta en favor del particular comprador del Lugar, se cede la posseſsion de su jurisdicion, y vassallaje; y por especial gracia se conceda, como concedo à la Villa, ò Lugar, cuya venta se huviere hecho, se le dè su jurisdicion por el tanto, si con efecto huviere depositado dentro de sesenta dias primeros siguientes al de la notificacion, que se le hiziere de esto, otra tanta cantidad, &c.* Et infra: *Pero si el Concejo del Lugar, que se tratare de vender, no huviere cumplido con lo referido dentro de los dichos sesenta dias, &c. Aviendo passado este termino, que de perfecta esta venta en el particular comprador, y al Lugar no le quede derecho para eximirse, ni comprarse, ni tantearse, ni vsar de la gracia, que por este Capitulo se le concede; y los dichos dos terminos de quarenta, y sesenta dias, no se puedan prorrogar, ni prorroguen, ni contra el lapso de ellos aya, ni pueda aver restitucion.*

8 Don Geronimo Altamirano, eligiò las formalidades de ambos medios; y assi luego, que tratò de la compra de Alhendin, con el señor Factor General Don Bartholomè de Espina, y que se hizo la Escritura de concierto baxo de las reglas, y condiciones de factoria, insertando todas las que queria se le guardassen à la letra, que vna de ellas, es, la Septima de la Cedula de 22. de Septiembre de 627. *Memor. num.* 15. y que en la Escritura de concierto, otorgada en 30. de Octubre de 627. que està en los Autos, y se cita en el *Mem. num.* 29. (aunque sin expresion de todo su contexto) se puso por octava; se passò à la medida, y averiguacion de termino, y vezindad, cuyas diligencias, y amojonamientos, se hizieron citando, y haziendo saber la compra al mismo Lugar de Alhendin, y à todos los Concejos del contorno.

9 Y Despues se bolviò à repetir la intimacion especifica de la Escritura de concierto, y ajuste à los Alcaldes, y Justicias de Alhendin, por Auto, que proveyò Don Pedro de Oterga, su Alcalde Mayor, en 12. de Octubre de el año de 1628. notificado el dia 13. siguiente; y ademàs hizo sentar, y sentò en los Libros Capitulares, y de Ayuntamiento, para que nunca pudiesse la Villa alegar la ignorancia, que oy pondera la mencionada *Condicion octava*, de la Escritura de venta, como parece todo de el *Mem. num.* 369. de calidad, que no solo entonces, sino es despues, y aun continuadamente, ha sido la Villa sabidora de sus derechos, porque sus mismos Libros se los han estado notificando, y la compra, que de la Villa hizo Don Geronimo Altamirano, *leg. Non est ferendus*, vbi Baldus *in secunda lectur. ff. de transf.* Menoch. *de presump. presump.* 23. *num.* 61. Surd. *decis.* 4. *num.* 9. *novissimè cum alijs pluribus*, Parex. *de edit. inst. tit.* 10. *resol.* 5. *n.* 22.

10 Lo mismo hizo executar el Juez, que en virtud de comision del Consejo passò à darle la posseсion de la jurisdicion, señorio, y vassallaje, como parece del *Mem. num.* 369. cuyos actos repetidos comprueban las multiplicadas citaciones, que se hizieron à la Villa, tanto quando se tratò del concierto, y ajuste, quanto despues de perficionado, pagado el precio, y dado à Don Geronimo de Escobedo la Escritura, comisiones, y despachos, que pidiò, consiguientes à la misma venta.

11 Y nunca puede la Villa con verdad dezir, que los ha ignorado, y solo esto bastaria para que se diesse por hecha la citacion, *ex leg. Item veniunt*, §. *Petitam*, & §. *A quo*, *leg. Quidam decedens*, §. *Ex quo innotuit*; *alias pater tutelam*, *ff. de adminis. tutor.* Surd. *consil.* 2. *in num.* 12. Parej. *de edit. tit.* 2. *resol.* 5. *num.* 76. & 77. Y el que està certificado de lo que se exe-

cu-

cuta, se le estima por legitimamente citado, *Clementina causam de elect.* Rota Rom. *decis.* 42. *num.* 23. *part.* 2. *in novissim.* Infiriendose de todas estas circunstancias la legal resistencia, que tiene el tanteo, que solicita; porque no solo se han passado los quarenta dias, que prescribe la ley de factoria en la *Condicion septima*, y los sesenta de la *octava*, sino es mas de 87. años. Y assi entra excluido de la ley especial de este contrato, *leg. Observare, §. Post hac de Offic. Proconsul.* Gamma, *decis.* 337. *num.* 4.

12 Reconociendo la Villa lo expresso, y literal de la reglas de factoria en los Capitulos antecedentes, *leg.* 4. *§. Toties de damno infecto. leg. Quod constitutum de militari testam. leg. Non aliter deleg.* 3. *cap. ult.* vbi Glos. *de V. sig.* pondera diferentes medios, ò reparos, que deduce de ellas mismas, para dàr à entender, que no le han corrido, ni podido correr los terminos de quarenta, ni sesenta dias, que señalan para vsar del remedio del tanteo, en qualquiera de los dos casos, que figuran, *leg. Nec ignorans, C. de donat. leg. Mater de inofficios. testam.* Surd. *decis.* 25. *num.* 37. *& consil.* 52. *num.* 80.

13 Consiste el primero, en suponer, que no se la hizo saber el trato, ni la compra, ni la constò de el derecho, que las mismas Cedulas la dispensan, y conceden; con lo qual pondera, que ni le ha corrido el termino, ni el transcurso de tanto tiempo le puede perjudicar por su ignorancia, y aver sido de la obligacion, ò yà del comprador, ò yà del vendedor el intimarselo todo, *leg. Quandiu, C. qui admitti ad bon. poss. poss.* Surdo, *consil.* 371. *num.* 86. Costa, *de facti. scient. etign. inspect.* 87. *num.* 5. *conducit la ley annus 6. de calumniat.* Pereg. *consej.* 28. *num.* 12.

14 Pero este escrupulo, es incierto en el hecho, y en derecho.

En

15 En hecho, porque como llevamos notado *ſuprà num.* 7. y parece de el *Mem.* del Relator, *num.* 368. *y* 369. ſe hizo ſaber à los Alcaldes, y Regidores, y ſentaron en los Libros del Ayuntamiento la *Condicion octava* de la Eſcritura de concierto, que es la *ſeptima* de la Cedula de factoria del año de 27. la qual permanecia en ellos el año de 685. y ademàs al tiempo, que à Don Geronimo Altamirano y Eſcobedo, ſe le diò la poſſeſsion de la juriſdicion, ſe juntò el Ayuntamiento, y vezinos particulares en Concejo abierto, ſe les hizo ſaber la comiſsion à todos, en que iba inſerta la compra, y titulo, por donde le pertenecia el ſeñorio, y tambien à la Ciudad de Granada; la qual tomò, y en ſu cumplimiento nombrò Juſticias, y Regidores, que quedaron exerciendo ſin ninguna contradicion: cuyos repetidos actos, y diligencias comprueban la incertidumbre, que en el hecho tiene la dificiencia de citacion, que ſe pondera, pues lo contrario es notorio, porque aſsi reſulta de los Autos, D. Salgad. *de reg.* 1. *part. cap.* 2. *num.* 101. *&* 3. *part. cap.* 9. *num.* 35. Y porque executandoſe todo eſto à ſu viſta en el miſmo Lugar, y en ſu proprio termino, ni la Villa, ni los vezinos pudieron ignorarlo, ni dexar de ſaberlo, Garcia, *de nobilit. gloſ.* 4. *num.* 26. ibi: *Nam quiſque præſumitur ſcire, quod publice in ſua Civitate fit, & in num.* 17. hablando de lo que ſe haze publicamente; y que eſto ſe tiene por notorio, dize aſsi: *Notorium, & publicum omnes præſumuntur ſcire: ſcilicet ſe eſſe annumeratum ignobilibus, cum illud ſit factum publicum, & notorium.* Vltra, que todas eſtas formalidades ſe preſumen cumplidas, y ſatisfechas, atendiendo el tranſcurſo de tanto tiempo, como el que ha paſſado, D. Solorçan. *de iure Indiar. lib.* 2. *cap.* 8. *num.* 49. Maſcard. *de probat. concluſ.* 290. *num.* 7. 8. *&* 9. Gracian. *cap.* 268. *num.* 1. *&* 2. Aloiſius Manſ.

tom. 2. consult. 184. *à num.* 15. D. Olea, *tit.* 4. *quæst.* 1. *num.* 33. *vers. Ad secundum.* Y aunque ay disputa entre los Autores, que tiempo sea necessario; la comun resolucios, es, de que bastan 30. años, Gracian. ybi suprà, Sabeli *verbo citatio*, *num.* 36. *vers. Qualiter*, vbi citat Rotam, Vantium, Baronium, *de citatione*, *& alios.* Y mas siendo esta citacion extrajudicial, porque es general regla, no solo en materia de citacion, sino es de otras qualesquiera solemnidades, que se presumen, executadas, y celebradas con todos los requisitos prevenidos por derecho, por el transcurso de este tiempo, D. Olea, *eod. tit.* 4. *quæst.* 1. *num.* 33. *vers. Vltra quod, vbi dat alios*, D. Molin. *de primog. lib.* 4. *cap.* 10. *num. fin.*

16 En derecho, porque aunque fuera cierta la falta de citacion, (que no lo es) y que las diligencias de la venta fuessen en autos contenciosos, que no eran: *Circa quod videndus* Cardinalis de Luca, *disc.* 95. *de feud. num.* 3. Sarmien. *select. qq. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 3. Gracian. *discep.* 704. *num.* 14. Mascard *de prob. conclus.* 879. *num.* 31. *&* 39. siendo el fin de esta diligencia, y el à que se dirigen las citaciones, el dàr noticia, y que la tengan los interessados del derecho, que les compete, ò de lo que se les demanda, y pide, si antes de intimarsele se dàn por noticiosos, y sabidores de ello, estima el derecho por hecha la citacion, y les causa el mismo perjuizio, que si personalmente se huviesse executado, Parej. *de edit. inst. tit.* 2. *res.* 5. *num.* 76. ibi: *Habitu effectu scientiæ non est curandum de modo, Sabeli, verb. denuntiatio, num.* 7. *Aloisi. Mansi. tom.* 2. *consult.* 268. *à num.* 15. Y aun basta, que la noticia, ò ciencia sea presumptiva, Parej. *vbi proximè, num.* 77. *& Authores num.* 13. *laudatos*; y en tantos años, despues de tantos pleytos, y controversias, como la Villa ha excitado al Marquès, y à sus Autores, en que

se

se han presentado titulos de la pertenencia de la jurisdicion, señorio, y vassallaje, y otros; se haze increible la ignorancia, que afectan aver tenido; y antes bien se comprueba la noticia, y ciencia cierta, en que han estado de todo ello, Mascard. *de probat. conclus. 879. num. 21. vbi dicit, quod ex facto sepius discusso arguitur scientia, leg. Procula, D. de probat. leg. Si patronus. ff. De confirmat. tut.* Idem Mascard. *conclus. 1231. per totam*, Vivio, *comm. oppin. opp. 695. per totam*, Saveli, *verb. scient. n. 8. & in d. concl. 879. n. 16.* Ait, *Quod facti publice facti non potest allegari ignorantia, quia tunc est nimis crasa, & supinat, & qui eam allegat, dolum præsumptum allegat. leg. Nec supina, ff. de iuris, & fact. leg. Qui ignorans, ff. de sicarijs, & equi paratur scientia.* Et num. 31. dicit, *Quod qui hac ignorantia allegat non fuisse citatum habetur pro citato. Facit*, Tiraquel. *de retract. §. 35. Glos. 4. num. 33.* Surdo, *consil. 49. num. 12. & cons. 150. num. 28.* Mayormente, quando para formalizar la venta, y que su Magestad eligiesse el precio, ò por vezindad, ò por termino, precedieron en el mismo año de 28. como parece del *Mem. num. 29.* las averiguaciones, medidas, y numeraciones de vno, y otro, à vista de todos los vezinos, y pobladores de Alhendin, sus Justicias, y Regidores.

17 Pero prescindiendo, sin perjuizio de la verdad de lo antecedente, y atendiendo solo à lo mismo, que confiessan la Villa, y sus vezinos, por ello estàn excluidos del tanteo; pues el Concejo abierto en que resolvieron proponerle, con el presupuesto, y noticia de las reglas de factoria, (aunque afectando hasta entonces su ignorancia) fue en dos de Febrero del año passado de 1711. y la demanda, no la presentò hasta 2. de Mayo siguiente de el mismo año; con que no solo passaron los quarenta dias precisos, que señala la regla,

gla, desde el en que ellos mismos se dàn por notificados de la venta, y derechos, si no es noventa; y assi todavia les obsta el derecho de la misma disposicion, y regla, *Mem. num.* 15. ibi: *Pero si dentro de los dichos quarenta dias, no huviere cumplido, &c. El Lugar, no le quede, ni tenga ningun derecho à la compra de su jurisdicion por puja, ni tanteo, ni en otra forma, &c. Leg. Scire opportet, §. Consequens, ff. de excusat. tut.* ibi: *Non aliter audiri, si non fuerit observatum constitutum tempus. Leg. Vbi lex* 101. *ff. de reg. iur.* D. Salgad. *in labirint.* 1. *part. cap. fin. num.* 44. *&* 47. *in fin. conducit,* Vela, *disert.* 18. *per totam.*

18 Mas la merced, y gracia, que su Magestad por estas reglas concede à los Lugares, para que se tanteen en los terminos de quarenta, ò sesenta dias, es con la precisa, è indispensable calidad, que dentro de ellos mismos ayan de aver depositado las cantidades, que depositò el particular comprador en reales de plata doble, y mas el aumento de dos por ciento, en el primer caso de los dos, que vàn figurados *suprà num.* 4. 5. *&* 6. De calidad, que aunque el tanteo lo proponga en tiempo, si no lo pide en forma; esto, es, aviendo depositado dentro del mismo las proprias cantidades, que el particular comprador, ni se le oye, ni puede oìr, ni admitir, aunque lo haga despues, *vt videre est ad oculum, Mem. num.* 15. *Condicion septima,* ibi: *Y por particular favor, y gracia, que es mi voluntad hazer à las mismas Villas, y Lugares, de cuya venta se tratare, &c. Et infra, para que si quisiere eximirse lo puede hazer, &c. Et paulò post; y que esta puja la haga dentro de quarenta dias primeros siguientes al de la notificacion, y deposite dentro del mismo termino en reales de plata doble, de contado, la misma cantidad, que huviere depositado el particular, &c.* Et in fine, ibi: *Pero si dentro de los dichos quarenta dias, no huviere*

cum-

cumplido el Lugar con todo lo referido, passado este termino, quiero, y mando, &c. Y que al Lugar no le quede, ni tenga ningun derecho à la compra de su jurisdicion, por puja, ni tanteo, ni en otra forma.

19 Lo mismo se establece, y manda en la *Condicion octava* siguiente, ibi: *Y por especial gracia se conceda, como concedo à la Villa, ò Lugar, cuya venta se huviere hecho, se le dè su jurisdicion por el tanto, si con efecto huviere depositado dentro de sesenta dias, &c.* Et infra: *Y los dos terminos de quarenta, y sesenta dias, quiero, y mando, que no se puedan prorrogar, ni contra el lapso de ellos aya restitucion, &c. si no es, que los dichos terminos sean precisos, y por ellos queden precisament e excluso las Villas, y Lugares, sin que les competa, ni pueda competir otro remedio, ni recurso alguno contra la enagenacion, que de ellos se huviere hecho.* Con que aun quando no se les huviesse notificado, ni hecho saber aquestas condiciones, en tantas ocasiones, y tiempos, como constan de los Autos; y que solo se estime hecha la intimacion, desde el dia que ellos se dàn por noticiosos de ellas, y que en su consequencia vsan del remedio del tanteo, yà sea haziendo la quenta desde el dia citado 2. de Febrero, en que le acordaron en Concejo abierto, ò yà desde el dia 2. de Mayo de 711. en que formal, y judicialmente pusieron la demanda; debe desatenderse su pretension, pues no solo dentro de los quarenta, ò yà sean sesenta dias, pero ni hasta aora aviendose passado mas de quatro años, no han depositado en reales de plata doble, lo que depositò, y pagò el comprador; pues fuera oponerse à la ley lo que no se permite, ni es justo, *iuxta dicta in fine numer.* 13. *& num.* 3. *post principium.*

20 El segundo reparo de la Villa, es, aun mas ineficaz, que el precedente, y consiste en alegar defecto de titulo en el Marquès, por dezir, que à sus ascendien-

tes, no se les librò, ni despachò Escritura de venta; y esto tambien es incierto en el hecho, y de ningun modo necessario en el derecho.

21 Carece de verdad en el hecho, porque consta al *Mem. num.* 29. del informe de los Libros de la razon, que por Escritura de 30. de Octubre de 627. se vendiò esta Villa, su jurisdicion, señorio, y vassallaje, por el Factor General à Don Geronimo de Escobedo; cuya expresion, y Libros, son de tan inalterable firmeza, que no admiten la menor duda, ni impugnacion. Escalona *in suo Gazophilatio lib.* 1. *part.* 2. *cap.* 6. *num.* 16. *& seqq.* Solorç. *lib.* 6. *politic. cap.* 16. *fol. mihi* 1029. *vers. Y de aqui*; con que aunque el reparo fuesse essencial, (que no lo es) falta en el hecho el supuesto de èl; y por el consiguiente, no procede su aplicacion.

22 Lo mismo persuaden los papeles, y testimonios presentados por el Marquès, de que se haze relacion en el *Mem. num.* 368. *y* 369. por donde consta aver exhibìdo la Escritura de compra de el señorio, y vassallaje de la Villa de Alhendin en el año de 628. à los Alcaldes, Regidores, y vezinos de Alhendin, congregados en Concejo abierto, assi para tomar la possession del señorio, y vassallaje, como para que se pusiesse razon de todo, y sentasse, como se hizo en los Libros de Ayuntamiento; y señaladamente la *Condicion octava* de la Escritura de venta, de la Cedula de factoria de el año de 1627. cuya real, y autentica exhibicion, supone per necesse, que se librò, y despachò; pues de otra suerte, no se pudiera presentar, *leg.* 2. *ff. de iurisdict. omn. iudic. cap. Praterea de offic. de leg. Cum vulgarib.*

23 Y aunque al principio, el Concejo, y vezinos redarguyeron estos testimonios, aviendo pedido el Marquès termino para comprobarlos con citacion de

los vezinos, estos se apartaron de la redarguicion, *Mem. fol. 87. B. vers. En este estado*; con lo qual los dexaron aprobados, y tampoco importaria, que no se huviessen desistido, constando del informe de los Libros Reales el otorgamiento de la Escritura, como llevamos dicho al num. antecedente.

24 No es tampoco necessaria la Escritura por derecho, por no ser de la forma, ni substancia de este contrato, y conducir solo à la mayor prueba, y evidencia de la venta, *novissimè plures referens*, D. Olea, *tit. 1. quæst. 5. per totam, sed punctim. num. 23. cum* Tason *de antefacto observ. 2. num. 7.* Con esta juridica legal disposicion, se confirman las Cedulas de factoria; pues en la de 22. de Septiembre de 627. *Condicion nona, Mem. num. 17.* dize: *Que con la resolucion de su Magestad à lo consultado por el Consejo, sobre la venta que se hiziere, quede perfecta, en quien se hiziere el remate.* De calidad, que los memoriales, conciertos, y ajustes prebios, que firmaron los compradores, y el señor Factor General, para que el Consejo los consultasse à su Magestad, son las Escrituras, que perficionaron la venta, y el remate, y desde cuya aprobacion corrian, y han corrido los plazos para las pagas, y obligaciones, quedando desde este dia con derecho el comprador para que se le despache en mas ampla forma, y con la Mayor extension de las condiciones estipuladas, y que hazen à su favor el privilegio de la compra; pero solo si èl lo quisiere, y pidiere por conveniencia suya, no empero de el vendedor; y assi todas las clausulas, en que se haze mencion de las Escrituras de estas ventas, no es porque para su perfeccion se necesite de otra alguna que la del concierto, y aprobacion, si no es porque ninguno es tan descuidado, que dexe de sacarlas, como instrumentos, que hazen à su favor, y de su posteridad, y en que se halla mas

ex-

explicada la substancia de lo ajustado, y assi se vè, que las Cedulas quanto à esto, nada disponen, y solo se limitan à lo que previene la *Condicion nona*, yà citada de la Cedula del año de 27.

25 Y en lo particular desta venta estipulò Don Geronimo de Escobedo Altamirano, comprador, en la *Condicion quinta* de su concierto, que despues de darle la posseision del señorio, y vassallaje, se le avia de despachar privilegio de su Magestad, de la venta de Alhendin, con todas las calidades, firmezas, y atamientos, que quisiesse, y con las que se vendieron las onze Villas de Beetria al señor Cardenal Duque de Lerma, con otras prevenciones; con que aunque no huviesse sacado este privilegio, y Escritura, siendo para su mayor seguridad, y por solo beneficio suyo, lo pudo renunciar, y suspender, *leg. Cum pater, §. Libertis, ff. de leg. 2. leg. Si quis in conscribendo, C. de pactis cum vulgaribus,* Anton. Gom. *tom. 2. var. cap. 13. num. 17. ibi* Ayllon. Pero no por esso dexaria de ser legitima la venta, que se le hizo de Alhendin, teniendo pagado el precio, hecho, y aprobado el concierto por su Magestad, y tomado la posseision, en virtud de Real Cedula, y despacho suyo. Y assi se haze preciso reconocer, que el reparo de la Villa, no tiene tampoco fundamento en lo legal; sin que la respuesta, que diò en estos Autos en Agosto de 711. el señor Fiscal de el Consejo, que era entonces, *Mem. num* 36. previniendo se podia mandar admitir el tanteo en la forma regular, y dàr traslado al Marquès, para que alegasse de su derecho, la pueda la Villa ponderar à su favor; porque como se estaba en el ingresso del juizio, y no constaba enteramente de las razones, que vnas, y otras partes podian tener, fue justa providencia el pedir, que se admitiesse la demanda en la forma regular, como el que el Marquès la contestasse, por no poder

embarazar, ni ſuſpender el pleyto ninguna excepcion dudoſa de hecho, ò que mira à los meritos de la cauſa principal, *text. in leg. Nam poſtea 9. in princip. & ibi Gloſ. verb. Exceptioni, ff. de iur. iur.* Gregor. Lop. *in leg. 1. tit. 3. part. 3. gloſ. 1.* Azebed. *in leg. 1. tit. 5. lib. 4. Recop. à num. 33.* Giurba *deciſ. 21.* Carleb. *tit. 2. diſp. 5. per tot. ſed punctim à num. 13.* Y no ay duda, que quantas oponia el Marquès, y deducia la Villa, aſsi de defecto de citacion, ſaca de Eſcrituras, paga del precio, ſatisfacion de media annata, vſurpacion de juriſdicion, la de ſevicia, malos tratamientos, y otras; ninguna eſtaba clara, y neceſsitaban de prueba, y examen; pero oy, que ſe ha hecho, y que la Real Hazienda eſtà pagada, y que el comprador cumpliò, ſe halla el ſeñor Fiſcal en la preciſion de defender la venta celebrada à favor del Marquès, porque aſsi ſe manda en la Cedula de 15. de Enero de 1626. *Mem. num.* 12. de las reglas de factoria, ibi: *Y el mi Fiſcal ſaldrà à la cauſa en favor de los compradores, defendiendolos, y amparandolos en las dichas ventas de vaſſallos, y en todo lo que por razon de ella ſe concede.*

POR COMVNES DISPOSICIONES de derecho.

26 Deſconfiando, pues, de los remedios, que ha alegado con atencion à las reglas de factoria, (y juſtamente) paſſa la Villa à valerſe de otros, fundandolos en las reglas de derecho comun: y en los que preſupone le diſpenſa las opreſiones, violencias, vſurpaciones, y malos tratamientos, y otros abuſos, que imputan al Marquès actual de Alhendin, à fin, de que los terminos limitados de quarenta, y ſeſenta dias, que preſcriben las reglas para el tanteo, ſean perpetuos ſin limitacion, ni preſcripcion de tiempo. Pero en todo ello

procede con mayor infelicidad, que en los discursos antecedentes, quanto à la prueba, y estimacion, porque examinadas con juizioso, y legal entendimiento, se hallarà, que el derecho, que tenian los Pueblos, *ex Edicto Pratoris*, para reclamar su enagenacion de la Corona, y pedir restitucion de la lesion, que en esto se les causaba, solo era de quatro meses. Y el legal concedido à iure de treinta años, *vt docent* Tondotus *q. q. civiles cap.* 34. *num.* 1. *& cap.* 91. Castill. *de tert. cap.* 17. *num.* 10. D. Larr. *allegat.* 45. *num.* 17. D. Olea *de cesion. iur. tit.* 3. *q.* 6. *num.* 43. y mejor que todos Villadiego *in forma libellandi, num.* 141. Con que aunque no nos hallassemos en los estrechos, y precisos terminos, que prescriben, y señalan las reglas, y condiciones de factoria; y en los terminos de que no se huviessen expedido, y que fuesse necessario governar esta dependiencia por los establecidos por el derecho pretorio, y comun; todavia debe desestimarse el tanteo, que solicita la Villa; pues no solo los quatro meses, ò treinta años, sino es mas de ochenta han corrido desde su venta, y enagenacion de la Corona.

27 Y aunque por las Condiciones de Millones, no se predifine tiempo, el derecho lo limita al de diez, ò veinte años, teniendole este por perpetuo, *ex glos. in cap.* 1. §. *Tituis si de feudo defunct. contr. fiat*, que cita, y sigue con Decio, Paulo de Castro, Giurb. y otros D. Larrea *de allegat.* 45. *num.* 20. sin embargo de aver escrito esta alegacion à favor de los Pueblos, y de el derecho del retracto. Demàs, que este beneficio de las Condiciones de Millones, que tampoco hablan sobre retracto de jurisdiciones, està derogado expressamente por la Cedula de factoria de 31. de Março de 1626. *Mem. num.* 13. ibi: *Para lo qual manda su Magestad, que en todo lo que tocare à dichas causas; y à esta Cedula, y lo contenido en ella, los Señores de el Consejo, &c.*

ayan

ayan de juzgar por ella, y no por el capitulo de los servicios de Millones, ni por leyes, fueros, ò privilegios contrarios, &c.

28 Menos pueden valerse los vezinos de Alhendin del beneficio de la restitucion *adversus lapsum termini, vel ex capite Ignorantiæ, vel causatæ lasionis*, no solo porque tambien lo prohibe la Cedula de factoria de 22. de Septiembre de 627. *Memor. num.* 16. ibi: *Y los dichos terminos de quarenta, y sesenta dias quiero, y mando, que no se puedan prorrogar, ni prorroguen en manera alguna, ni contra el lapso de ellos aya, ni pueda aver restitucion, por razon de ser Concejo, ni por otra qualquiera causa de las que el Derecho tiene por justas, para conceder restitucion à los mayores*; sino es porque solo se puede pedir *intra quadrienium* contado desde el dia que se celebrò el contrato, ò que se causò la lesion, *cap. Ad nostram, de rebus Eccles. leg.* 10. vbi Gregor. Lopez, *gloss.* 2. *&* 7. *& leg.* 11. *gloss.* 3. *tit.* 23. *part.* 3. Covarrub. *varianr. lib.* 1. *cap.* 3. *à num.* 10. Garcia *de nobilit. gloss.* 6. §. 1. Fontanel. *decis.* 118. *per quam vele*, Gomez *variar. lib.* 2. *cap.* 14. *à num.* 7. D. Cresp. y contra el lapso de este quadrienio dentro de treinta años, omnes proximè cum Cancerio, *lib.* 1. *cap.* 1 *num.* 240.

29 Sin que las violencias, opresiones, y malos tratamientos del Marquès (aun quando fuessen ciertas, que no lo son, como probarèmos despues) puedan fortalecer la razon de la Villa, para obtener en el tantèo que solicita, ni para pretender por ellas, que el tiempo no les aya corrido, respecto de que aunque la sevicia, ò crueldad del dueño de la jurisdicion, à quien solo se le constituye padre, tutor, y guardador de sus vassallos; pero no despotico de sus libertades, para que los trate como esclavos, es tan grave, que se haze intolerable, puede el Rey privarle del Se-

ñorìo de ellos, vt docent Boerius, *deciſ.* 304. Julius Caponius, *tom.* 3. *diſcept.* 199. Ciriaco, *controverſ. controv.* 78. 243. & 378. D. Gregor. Lop. *in leg.* 22. *tit.* 13. *part.* 2. verb. *Deſaforare*, Villadiego *in dict. forma libellandi, num.* 141. verſ. *Y es la razon*, Hermoſill. *in leg.* 3. *gloſſ.* 5. *tit.* 5. *part.* 5. Bobadilla, *lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 82. con otros infinitos, que eſtos citan.

30 Eſto ſolo ſe entiende, y debe practicar por el limitado tiempo de la vida de aquel Dueño, ò Señor, que los maltrata, y no mas, Anton. Gomez, *variar. tomo* 2. *cap.* 2. *num.* 51. verſ. *Ex quo infertur*, ibi: *Ex quo infertur, quod ſi dominus temporalis, vel Iudex ſeveritèr, & cum nimia aſperitate tractat ſubditos ſuos poteſt privari eorum iuriſdictione, & poteſt compelli eam vẽdere; & ſi forte eſſent bona maioratus, vel prohibita alienari ſaltem privaretur per tempus cuitæ ſuæ*; eius addition. Ayllon cum Hermoſilla, Gironda, Barboſa, y otros; & notant omnes DD. *in leg.* 2. *ff. de his, qui ſunt ſui, vel alieni iuris, leg. vnica, Cod. ſi quacumque præditus poteſt, cap. Litteras, de reſtitution. ſpoliat.* y juſtamente, por no ſer tranſcendentes las coſtumbres à los demàs ſuceſſores, ni deberſe caſtigar à vnos por los defectos de los otros, *nam pœna ſuos debet tenere authores, cap.* 2. *de his, quæ fiunt à maior, leg.* 9. *tit.* 31. *part.* 7. Et quod dicit Scriptura apud Ezequielem, *cap.* 18. ibi: *Filius non portabit iniquitatem patris, ſed vnuſquiſque in iniquitate ſua morietur*; *cap.* 1. & 2. *cap. Crimen, vel pœna paterna*, 6. *cap. Iudæi*, 7. *cap. Itaque*, 8. *cap. Non imputentur, cauſ.* 1. *quæſt.* 4. D. Covarr. *lib.* 2. *variar. cap.* 8. Barboſ. *de conſtitut. cap.* 2. *à num.* 15. Solorç. *lib.* 5. *Politic. cap.* 11. *fol.* 850. verſ. *Dando*, Riccius, *part.* 3. *Collect.* 725. & *part.* 7. *Collect.* 2810. P. Marquez *de Gubernat. lib.* 1. *cap.* 31. Roxas *de Incompatib. part.* 3. *cap.* 1. *à num.* 55. Farinac. *tom.* 1. *in praxi, quæſt.*

quæst. 24. Y aunque esta regla tenga alguna, ò algunas limitaciones, ninguna de ellas se adapta al caso presente, *vt videre est* de los Autores citados, y parece de la *ley* 9. *tit.* 31. *part.* 7. D. Covarrub. *vbi proximè*, Solorçano *de iure Indiar. tom.* 2. *lib.* 1. *cap.* 14. *à numer.* 68. *&* 71. Barbos. *dict. cap.* 2. *num.* 16. Anton. Gomez *in leg.* 40. *Tauri, numer.* 91. vers. *primo, secundo, & tertio*; Gutierrez *lib.* 2. *Canonicar. qq. quæst.* 30. Roberto, *lib.* 2. *rer. iudicat. cap.* 9. *fol.* 153. *B.* Torreblanca de Magia, *lib.* 3. *cap.* 11. *& de regula eius limitationibus*, Antunez *de donation. Reg. part.* 2. *cap.* 29. *per totum, & punctim, à num.* 125. vbi alios plures citat.

31 Y aun todavia antes de proceder à la temporal privacion, ò suspension, debe ser amonestado, y requerido, que haga buen trato à los vassallos, primera, y segunda vez, y que conste, que no se ha enmendado, ni dado seguridad suficiente de que en adelante la cumplirà, Azebedo *in leg.* 8. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recop. à num.* 5. Bobadilla *vbi proximè, lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 82. Capicio Latro, *decis.* 69. *num.* 28. *cap. Litteras, de restitut. spoliat. cum vulgat.* De calidad, que aun quando estuviessemos en los terminos de que el Marquès cometiesse (quanto con menos verdad ha querido ponderar la Villa) solo podia privarsele por el tiempo de su vida; pero nunca diferirse al tanteo, y esto prevenido, y requerido primera, y segunda vez para el buen trato, y que no huviesse cumplido; porque de otra suerte tampoco llega el caso de privarle del Señorìo, y Vassallaje viviendo.

32 Pero adonde està la crueldad, opresion, y tirania del Marquès? Si no se engaña nuestra cortedad, està tan lexos (quando no fuesse notorio lo contrario) de que en los Autos no solamente no ay la mas remota comprobacion de lo que la Villa, y vezi-

nos pondèran, ſino es antes bien vn evidente convencimiento de la ſinrazon de los vezinos; y diſcurriendo en lo general de los teſtigos que han preſentado, debemos notar, que todos ellos, excepto

ſon vezinos de la miſma Villa, y partes formales en eſte pleyto, por aver dado poder con los demàs para el tantèo; cuya circunſtancia, por sì ſola, baſta para la deſeſtimacion de q̃nto deponen; pues fuera ſerlo en ſu propria cauſa contra, lo que enſeñan D. Covarrub. *pract. cap.* 18. *num.* 4. Gomez, *lib.* 3. *variar. cap.* 9. *num.* 1. Farinacio *in praxi, tom.* 2. *de teſtib. quæſt.* 60. por la regla de los *capitulos* 6. 12. 20. 22. 24. 39. 44. *y* 51. *de teſtib. leg.* 18. *tit.* 16. *part.* 3, & paſsim DD.

33 Diximos en ſu propria cauſa; porque aunque el vezino, por ſolo ſerlo, no eſtè eſcluìdo de deponer à favor de ſu comunidad, Bobadilla, *lib.* 3. *Politicar. cap.* 8. *à num.* 96. Eſcobar *de puritat. part.* 1. *quæſt.* 11. §. 1. *ànum.* 37. Menochio *de arbitrar. lib.* 2. *caſu* 106. Julio Caponio, *diſcept.* 55. todos eſtos ſe limitan lo primero quando la conveniencia ſobre que ſe litiga es para todos, y para cada vno; *cap. Numptias, de teſtib.* y en eſte caſo no ay duda, que el beneficio que pondèran de la libertad, le pretenden, y ſolicitan por de todos, y para cada vno.

34 Lo ſegundo, quando la cauſa es grave, y ardua, como de honor, ò ſobre juriſdicion de la Univerſidad, que entonces tampoco ſon teſtigos idoneos, ni pueden deponer à favor de ſu comunidad, omnes ſuprà proximè cum Noguerol, *allega.* 26. *num.* 37. porque todos ſe preſumen intereſſados, y que tienen afeccion à la cauſa, y conſiguientemente los reputa el Derecho por inhabiles para teſtificar en ella, Valenç. *conſej.* 77. *num.* 50. Giurba, *conſ.* 51. *num.* 39. *& obſervat.* 81. Carleval *de Iudicijs, diſput.* 4. *num.* 9. Ma-

theu

theu *de re crimil. controverſ.* 18. *num.* 53. *& controv.* 61. *num.* 4. Con que ſiendo, como es, eſte pleyto ſobre tantèo de la Juriſdicion, Señorío, y Vaſſallaje, es grave, y graviſsimo por Derecho, y aſsi los teſtigos vezinos, y naturales de la Villa, que han depueſto, ſon intereſſados en comun, y en particular, y partes formales, mayormente atendidos los poderes, que cada vno ha otorgado para eſte litigio; y aſsi conſiguientemente no ſon idoneos teſtigos, ni nada de quanto deponen merece eſtimacion, ni aprecio.

35 Y no obſtante contrayendo el diſcurſo à lo particular de los hechos que expreſſan, ſe hallarà, que la ſegunda pregunta no conduce para perſuadir los malos tratamientos, que imputan al Marquès, y à ſus predeceſſores; antes bien perſuade lo contrario. Por lo que mira à la tercera, quarta, quinta, y ſeptima procede lo miſmo; pero ademàs llevamos hecho evidencia *ſupr. num.* de que es incierto quanto en todas ellas ſe articùla, y ſe deſvanece inſtrumentalmente con la miſma eſcritura de venta, con las diligencias de medida del termino, y numeracion de vaſſallos, con la Cedula para la poſſeſsion, que ſe diò al primer comprador, la intimacion que de todo ello ſe hizo à la Villa, y à la Ciudad de Granada; con el aſsiento hecho en los libros de Ayuntamiento de Alhendin; con los pleytos que ha litigado con el Marquès, ſobre Juriſdicion, ſobre la ſilla en la Igleſia, y otras; y ſiendo inſtrumental eſta probança, prevalece à otra qualquiera contraria de teſtigos, Carleval *de Iudicijs, tit.* 3. *diſp.* 13. *num.* 5. D. Salgado *de Reg.* 4. *part. cap.* 3. *à num.* 188. *& de retent.* 2. *part. cap.* 6. §. 1. *à num.* 19. Pareja *de edit. tit.* 9. *reſ.* 4. *à num.* 23.

36 El contenido de la *octava*, ſobre ſer de derecho de tercero, que no puede alegar la Villa, y tambiem impertinente para el tantèo, *leg. Locicorpus*, §. *Com-*

Competit, ff. si servitus vendicetur; leg. Si quis emptionis, §. Sin verò nullum, Cod. de præscript. Anton. Thesaur. *decis.* 4. *per totam, leg.* 7. *tit.* 14. *part.* 3. Barbosa *in leg.* 37. *num.* 43. *de Iudicijs,* Vela, *disert.* 12. *num.* 4. D. Salgado *de Reg.* 3. *part. cap.* 6. *num.* 64. es incierto por su misma probança, pues las mismas historias de que se valen para persuadir que huvo Castillo en aquella Villa, le dàn arruinado, *vt videre est* en el *Memor. numer.* 71. 72. y siguientes. Y en quanto à la Escrivania, se le vendiò expressamente, como anexa à la jurisdicion, y es fruto de ella, Lagunez *de fruct.* 1. *part. cap.* 19. *num.* 25. *& per totum.*

37 A que se llega la concluyente probança hecha por el Marquès à su segunda pregunta, exclusiva de la de la Villa, quanto à la insubsistencia del Castillo, y que ni lo ay, ni ha avido en ella desde que los ascendientes del Marquès la compraron, y siendo todos ellos mayores de excepcion, personas graves, y de toda verdad, debe estàrse à sus deposiciones, Escobar *de Purirat. part.* 1. *quæst.* 9. Gomez, *variar. lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 8. Curia Philipic. §. 17. *prueba num.* 27. Carlev. *de Iudicijs, tit.* 2. *disp.* 3. *num.* 21. Y porque aunque sea arbitrario el concepto de las probanças, no debe ser libre, sino es arreglado à las leyes, Carleval *de Iudicijs, tit.* 2. *disp.* 3. *num.* 27. Narbona *in leg.* 31. *gloss.* 16. *num.* 35. *& sequentib. tit.* 7. *lib.* 1. *Recop.* Escobar *de Puritat. part.* 2. *quæst.* 6. §. 6. *num.* 27. Menochio *de Arbitrar. lib.* 2. *casu* 90. Y lo que todas previenen, es, que se estè à lo mas verosimil, à lo mas natural, y al que de su parte tiene la presumpcion de la verdad, Garcia *de Nobilit. gloss.* 35. *num.* 8. Castillo *de Tertijs, cap.* 3. *&* 12. Roxas *de Incompatib. part.* 7. *cap.* 5. *num.* 19. y que lo sea lo que afirman los testigos del Marquès, parece notorio respecto de que à aver tal Castillo, lo huvieran prevenido los Juezes, y

Mi-

Miniſtros, que entendieron en las medidas, y averiguaciones, y en dàr la poſſeſsion al primer comprador, por advertirſeles, como ſe haze deſta circunſtancia, y ſino lo hizieron, fue porque no lo avia, como afirman los teſtigos del Marquès, cuya aſſercion es la que ſe debe creer, *ex leg.* 40. *tit.* 10. *part.* 3. Curia Philip. vbi ſupra.

38 La nona, dezima, y vndezima, eſtàn calificadas de falſas, por la Executoria ganada por el Marquès en contradictorio juizio con la Villa, en el año paſſado de 700. teniendoſe preſente en ella, y preſentadoſe en el proceſſo la *Condicion octava* de la compra, que hizo de la Villa, y ſu juriſdicion Don Geronimo de Eſcobedo Altamirano, *ſeptima* de la factoria del año de 27. Con que aviendo coſa juzgada, yà ſe reconoce el deſprecio deſtas preguntas por inſubſtanciales, y por ſupueſtas, *leg. Si non ſortem, §. Hæredi, ff. de condit. in debiti, leg. Cumputarem, ff. famil. herciſc. leg. Res iudicat. de reg. iur. cum ſimilibus*, D. Salgad. *in labyrint.* 3. *part. cap.* 1. *num.* 71.

39 La doze, treze, catorze, quinze, diez y ſeis, y diez y ſiete, en lo miſmo, que ſuponen tocante al poſito, y à ſu govierno, quando fueſſen ciertas las particularidades, que articulan, (que no lo ſon, ni lo prueban) con lo miſmo que ſuponen ſe deſvanecen la opreſion, violencia, y falta de adminiſtracion de juſticia, que ponderàn; pues aſſeguran, que el aver corrido algun tiempo la adminiſtracion del poſito al cuidado del Marquès, fue en virtud de proviſion, y Cedula del Conſejo Real de Caſtilla, en cuyos terminos no cabe las violencias, y vſurpaciones, que tanto ſe decantan, Acuña *cap.* 6. *num.* 1. D. Solorçan. *in Politic. lib.* 5. *cap.* 15. *fol.* 900. Add. *ad* D. Molin. *de prim. lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 14. *& iuſte facit, qui lege permitente, aut Iudice mandante facit, leg. Gracus, C. ad leg. Iul. de*

 adult.

adult. leg. Iuste possidet, de adq. poss. facit, leg. Si quis 7. *D. de iurisdict.* 4. §. 4. ibi: *Dolimali autem ideo in verbis edicti fit mentio, quia si per imperitiam, vel rusticitatem, vel AB IPSO PRÆTORE IVSVS; vel casu aliquis fecerit, non tenetur*; ni menos son ciertas las desigualdades, que suplican en el repartimiento del trigo, ni el vso de sus caudales, yà porque los testigos de que se vale la Villa, aunque incapazes de hazer fee, ni credito, no lo concluyen, yà por lo que contestemente deponen los del Marquès à su quinta, y nona preguntas; assegurando, que nada hizo, dispuso, ni librò, que no fuesse con dictamen, y parecer de Assesor, siendolo siempre los primeros Abogados de Granada, circunstancia, que aun haziendo agravio le escusaria; Giurba *concil.* 31. *per totum, & punctim àn.* 8. Carlebal *de Iuditijs in Apol. num.* 2. *in fine, & seqq. leg.* 1. *&* 2. *tit.* 21. *part.* 3. *& ibi* Gregorio Lopez; y assi, esta mayor fee, contrapuesta con la ninguna que merecen los presentados por la Villa, los haze à estos desestimables.

40 Fuera de la inverosimilitud de quanto publican, pues quando el Consejo de Castilla tomò la providencia, de que en aquellos años de carestia, y falta de pan corriesse el govierno del posito al cuidado de el Marquès, seria como fue, hallandose plenamente informado de ser esto lo que convenia, *quia vt refert* D. Salgad. *de rent.* 1. *part. cap.* 5. *num.* 63. *circa medium*, ibi: *Hi scientia, experientia, zeloque Christianissimo melius cognoscunt, quod vtilitati Reipublicæ, & Regi magis sit aptius, &c.* Y prosigue por los numeros siguientes, señalando grandes elogios para la satisfacion que se debe tener del Consejo, y sus Ministros.

41 Sin que quepa en el desafecto, que los vezinos de Alhendin professan al Marquès, que à ser cierto lo que oy ponderan, no se huviessen quexado en el

Con-

Consejo, ò en la Chancilleria de Granada, de donde solo dista Alhendin vna legua, pues el passar en silencio agravios, siempre ha sido dificil de creer, Tacito *in Agricola*: ibi: *Sententiam omnem pariter cum voce perdidissemus, si tàm in nostra potestate esset, non sentire, quàm tacere.*

42 Y lo que es mas, que tomandose las quentas en el año de 709. por Don Francisco de Torres, Contador Mayor de la Ciudad, en virtud de comission particular del Presidente de la Chancilleria, quien la tuvo del Consejo de Castilla, *Mem. num.* 276. de los caudales de este posito, su distribucion, y govierno hasta entonces, y señaladamente de los años en que el Consejo lo puso al cargo del Marquès, ni los vezinos tuvieron que sindicarle, ni las Justicias à quien se daba traslado de las quentas todos los años, nada que reparar; siendo cierto por el examen, y ajustamiento de las quentas, que no solo le dexò el Marquès enterado de todos los caudales, y granos; sino es acrecidos con los aumentos, que expressa el mismo testimonio; cuya instrumental autentica verdad, no admite prueba en contrario, Azeved. *in leg.* 22. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop. num.* 3. Escob. *de Ratiocinijs cap.* 11. *n.* 1. *& seq.* Curia Philip. *lib.* 2. *comerc. terr. cap.* 9. *n. fin.* Infiriendose, que la que ha ideado la Villa, es cabilosa, y motivada de su falta de razon en el todo de este pleyto, *arg. text. in cap. Nihilominus, gloss. ad capit. Cupientes*, Vers. *Malignantium, de Elect. in* 6. *cap. Pura Cau.* 3. *q.* 9. Mascard. *de probat. concl.* 742. *numer. fin.* Garcia *de nobilit. gloss.* 25. *num.* 3. Alciat. *tom.* 3. *addit. de transf. fol. mihi* 588. *&* 589. *num.* 31. idem Mascard. *concl.* 743. *num.* 2.

43 Y vltimamente, quando el Marquès huviesse faltado en algo, que no sucediò, ni cabe en sus costumbres, obligaciones, y christiano proceder, todo

ello

ello quedò examinado, purgado, y satisfecho en la quenta formal, y judicial, que diò, y se le tomò de este encargo, la que se le aprobò en el todo, dexandole este testimonio calificada legalmente su verdad, Escalon. *lib.* 1. *Gazofi cap.* 42. D. Solorç. *lib.* 5. *politico, cap.* 10. *fol.* 846. Covarrub. *in cap.* 8. §. 1. *à num.* 7. *de Matrim.* Gutierr. *lib.* 1. *pract. q.* 35. y por el consiguiente notoriamente convencida la temeridad de lo articulado por la Villa.

44 A la dezimaoctava, se descubre mas claramente el encono de los vezinos, pues sobre no conducir para cosa alguna, quieren atribuir al Marquès los descuidos de su Alcalde Mayor, debiendo repararse quan increible se haze su contexto à vista del silencio de la Villa, Garcia *de nobilit. gloss.* 8. §. 1. *n.* 5. *& gloss.* 11. *n.* 71. vers. *Præterea.* Covar. *practic. cap.* 15. *n.* 5. Cyriac. *controv.* 779. *Et quoniam taciturnitas eius, quod fari expediebat semper est in iure nociva,* Vela *dissert.* 25. *n.* 34. quando tenian tan inmediato el recurso à la Chancilleria para la quexa, y que no lo practicaron, que à ser verdad, y que lo pudiessen probar sin exponerse à la pena de la calumnia, no lo huvieran disimulado. *Leg. fin. C. in quib. caus. restit. in int. non est nec. leg.* 1. *C. quando liceat vnicuique sine iudic. se vind. ex quibus deducitur, quod melius est in tempore ocurrere, & c.* Mantica *de tacit. & ambig. lib.* 21. *tit.* 8. *n.* 10. Cardin. Tusc. *tom.* 6. *litt. P. concl.* 648. Garcia *in cap.* 1. *de ordine cognit. num.* 3. *sententia,* Senec. *de ira lib.* 1. *cap.* 7. ibi: *Primum facilius est excludere pernicioſa, & c. quam admissa moderari.*

45 En las preguntas diez y nueve, y veinte, continuan los vezinos el deseo de añadir defectos sin substancia contra el Marquès, y su Alcalde mayor, imputandoles, que tomaban la carne de la carniceria sin pagarla, que por esto permitian al cortador, que la pe-

pesasse como quisiesse, que se llevaban lo mejor, que el Marquès compraba carneros, que los traìa con los de la Obligacion, que hazian daños, y no los pagaban, con otras imposturas à este modo; y aunque algunos de los testigos de la Villa lo contestan, los presentados por el Marquès afirman lo contrario à la septima pregunta de su interrogatorio; y no seria repugnante à derecho el que de la Carniceria tomassen lo mejor, ex his, quæ tradit Bobadilla cum Platea, & alijs, *lib.* 3. *cap.* 8. *à num.* 32. pero quanto al ganado asseguran, que quando mas traía el Marquès con el de la Obligacion, hasta vna dozena de carneros, de los quales si mataba alguno en tiempo de frio, se lo llevaba por mitad en dos Semanas; que si acaso hazian algun daño, ha pagado lo que le ha tocado; que en el peso de la carne no ha tenido èl, ni su Alcalde Mayor la menor intervencion, por estàr esto al cuidado de las Justicias; con que sobre la desestimacion, y ningun aprecio, que debe hazerse de los testigos de la Villa, por su inhabilidad, Antonio Gomez *variar. lib.* 3. *capit.* 12. *num.* 23. tenemos la prueba contraria exclusiva de la de la Villa, Garcia *de Nobilit. gloss.* 25. *num.* 6. à que se debe estàr.

46 Y porque es la que contiene mayor verosimilitud, Curia Philipic. *juizio civil*, §. *Prueba*, 17. *num.* 27. Carleval *de Iudicijs*, *tit.* 2. *disp.* *num.* 21. tanto por no aver dado quexa sobre esto nunca de el Marquès, ni su Alcalde Mayor en la Chancilleria, quanto porque viviendo, como vive, en Granada, y passando à Alhendin solo en algunas temporadas, y entre año, y deteniendose allì por pocos dias, no es ahorro, que le podia desempeñar la practica de lo que le imputan los vezinos, indigno de atencion, Narbona *in leg.* 30. *tit.* 7. *lib.* 1. *Recopil.* Vela, *disert.* 23. *à num.* 46. Carleval *de Iudicijs*, *tit.* 1. *disp.* 4. *num.* 38.

Roxas *de Incompatibil. 2. part. cap. 1. à num. 27. & quoniam minima pro nihilo reputantur.*

47 Continuando la Villa lo mal fundado de sus quexas, presupone en la veinte y vna pregunta, que el Marquès ha vsurpado la jurisdicion, apropriandosela, especialmente poniendo silla en la Iglesia, y haziendo otras muchas cosas, faltando à la administracion de justicia; lo que se halla desvanecido con dos Executorias, vna de la Chancilleria, sobre punto de jurisdicion, de que llevamos hecha memoria *supra à numer.* y otra del Ordinario Eclesiastico, manteniendole con la possesion de la Silla; cuyo testimonio se halla en los Autos, *Memor. numer.* 153. de que nacen diversas ilaciones, que desvanecen mas, y mas la pretension de la Villa, comprueban la temeridad de sus testigos, y la poca estimacion, que se debe à sus probanças; yà por la autoridad de la cosa juzgada, Valençuela, *cons.* 69. *num.* 78. Otero *de Pasc. cap.* 22. *num.* 11. Guzman *de Evict. quæst.* 30. *num.* 22. Larrea, *allegat.* 71. D. Salgado *in labyrint.* 3. *part. cap.* 1. *à num.* 174. yà porque como dueño de la jurisdicion, debe tener silla, y asiento preheminente en la Iglesia, tradit lata manu novissimè Lagunez *de Fruct. lib.* 1. *cap.* 30. §. 1. *per totum, sed punctim à num.* 11. vbi per quam infinitos refert.

48 La primera ilacion es, porque, ò los testigos tenian noticia de estas determinaciones, ò no? Si la tenian, descubren su arrojo en afirmar por cierto lo contrario, que resulta de ellas, siendo solo esto la verdad, *leg. Si non sortem*, §. *Hæredi, ff. de condition. in debiti, leg. Ingenuum, ff. de statu homin. leg. Res iudicata, de regul. iuris cum similibus*, Marcardo *de Probation. conclus.* 1296. Farinacio *in praxi crimin. quæst.* 21. *num.* 35. si no la tenian, se manifiesta su pasion, y que depusieron lo que no sabian; si era cierto, faltando

do à la religion del juramento, Authentica *de instrumentor. caut. & fid. in princip. collat.* 6. Bargalius *de Dolo, lib.* 5. *cap.* 13. *num.* 15. Surdo, *consil.* 149. *num.* 1. Farinacio *de Falsit at. quæst.* 150

49 La segunda, que quien depone con tan poco reparo en lo que se le puede convencer con instrumentos, lo haria mejor en lo demàs, que no se le podia dàr igual satisfacion, *argumento text. in leg. Filius familias, §. fin. ff. de donat. leg. Marcellus, ff. de donat. caus. mort. leg. Non debet, de reg. iur. cap. Si gens Anglorum,* 56. *distinct.* Alciat. *de Præsumpt. reg.* 2. *præsumpt.* 7. Cregorio Lopez *in leg.* 1. *tit.* 18. *part.* 6. verb. *Procurando.* Y la tercera, que aviendo faltado en vnas cosas à la verdad, se presume lo mismo para con las demàs, *cap. Semel,* 8. *de regul. iur. in* 6. Menoch. *de Præsumption. lib.* 5. *quæst.* 33. Mascardo *de Probation. conclus.* 1003. *num.* 17. Garcia *de Nobilit. glossa* 25. *numer.* 5. vbi plura iura, & Authores refert.

50 El contexto de la veinte y dos, veinte y tres, y veinte y quatro, se reduce à atribuìrle, que ha ajado à los Eclesiasticos; que ha querido empadronar algunos vezinos, y puesto por Alcalde Mayor à vn Capatàz, criado suyo, hombre sobervio. No solo son inciertas, porque no las concluyen, ni contestan sus testigos, sino es por lo que afirman los de la probança de el Marquès à la octava, nona, y vndezima pregunta de su interrogatorio, *Memor. numer.* 302. 287. y 320.

51 Y porque en lo que es probable especificamente, como el lance del Sacristan, que expressa la Villa en su pregunta veinte y dos, se hallan convencidos de falsos sus testigos con las deposiciones de los Ministros de la Iglesia Eclesiasticos, especialmente del Fiscal, *Memor. num.* 301. que depone aver passado

por

por ante èl eſte caſo, cuyas depoſiciones deben prevalecer, Carleb. *de Iudicijs tit. 2. diſp. 3. num. 21.* Curia Philip. *§. Prueba 17. num. 27. cum citatis ab eis.* Mayormente ſiendo Eccleſiaſticos, *cap. Nobiliſsimus de privil. in 6.* Y de aqui ſe arguye la incertidumbre de los demàs que pondera la Villa, y ſe deſcubre, que los Autores de eſte pleyto ſon las Familias de Miñarros, y Morenos, para lograr hazerſe dueños de ſu govierno; lo que ſe acredita mas con el poder de catorze vezinos de la miſma Villa, que contradizen el tanteo con el fixo conocimiento de ſer eſtos los motivos, y los motores.

52 En la 25. ſobre la viña, que dizen ha criado el Marquès en ſecano, y que èl, y ſu Alcalde Mayor la riegan, quitando el agua à los vezinos, ſe halla deſcubierta la falſedad de ſu contexto, y de ſus teſtigos inſtrumentalmente, *Memer. uum.* pues conſta, que la viña pertenece al Vinculo, y Patronato de Doña Maria de Cuellar, fundado 47. años antes, que D. Geronimo de Eſcobedo Altamirano compraſſe la juriſdicion de Alhendin, y que le toca el agua de los Miercoles, *Mem. num. 251. y 252.* debiendo cauſar admiracion la animoſidad de los teſtigos de la Villa en deponer à todo, como ſe les preguntaba, ſin el reparo à eſtos convencimientos, D. Valenç. Velazq. *conſil. 121. à num. 11.* cum pluribus ab eo citatis, Noguer. *allegat. 25. num. 33. & ſeq.* cum Farinac. *de teſtib. quaſt. 60. num. 35. & 36.* Rolandus à Valle *conſil. 27. tom. 3. vbi num. 21. loquens inſimili caſu.* Ait: *Profecto mirandum eſt deces, quod ita animoſe deponant.*

53 Lo miſmo procede en lo reſpectivo à la 26. y 27. pues ſobre ſu incertidumbre, è inveroſimilitud, ninguno de ſus teſtigos las concluyen, y ſolo ſe deſcubre la malicia de ſu intencion, variando la ſubſtancia,

cia, y los hechos; pues en vna ocasion, que llegaron à aquella Villa vnos hombres con armas, no fue de ordē, ni con permisso del Marquès; pues solo eran Ministros de Justicia, embiados por D. Leonardo de Vivanco, como Juez de Minas, y Tesoros, à la execucion de vn Auto, sin que el Marquès tuviesse otra intervencion, que averle pedido su coche, y dadole, como lo depone el Escrivano, que passò à esta misma diligencia, à la pregunta 9. de la probança del Marquès, *Memor. num.* 314.

54 Las preguntas 28. 29. y 30. demàs de no conducir para cosa alguna deste pleyto, se desvanecen con lo probado por el Marquès à las preguntas tercera, y dezima de su Interrogatorio, y en lo general con lo que sus testigos deponen al tenor de las demàs.

55 Siendo digno de notarse lo que dizen en la 14. 15. y 16. añadidas, en orden à los medios extraordinarios, y poco licitos, de que han vsado, y se han valido los Miñarros, y Morenos, tanto para fomentar el resto de los vezinos, que general, y particularmente convinieron en el tanteo, quanto para embarazar, que depusiessen en las probanças de el Marquès, no obstante averse valido de sacar, y publicar Censuras. De que proviene otra prueba de la incertidumbre de los hechos, que sin distincion, ni reflexion acomularon en su Interrogatorio, pues à ser veridicos, no sentirian tanto, que el Marquès examinasse testigos, ni que hiziesse sus probanças, Cuiatius *in cap.* 45. *de testibus*, Caval. *cas.* 43. & 273. Narbon. *in leg.* 31. *gloss.* 9. *tit.* 7. *lib.* 1. *Recop. gloss. in cap. Cum causam de testib.* Abendaño *in diction. fol. mihi* 204. *B. in fin.* Vbi ait, *impedientem testem ferre testimonium, haberi pro confesso per gloss. in cap. Cum causam de testibus, & quod possit excommunicari*, Facnanus *de testib. & atest. in cap. Constitutis*, el primero *num.* 1. & 2. Et de præsumptione,

quæ oritur ex tali prohibitione, idem Facnanus *de testibus cogend. in cap. Pervenit*, el primero, *num.* 8. *& à n.* 10. Y assi se haze preciso reconocer, que la Villa entra resistida de la ley especial de las reglas de factoria, de las disposiciones de derecho pretorio, y comun; y que tampoco cabe el arbitrio de la suspension temporal; pues no solo ay el mal trato del Marquès, que llegue à la esfera intolerable, ni los previos requerimientos, que son necessarios, y que no huviesse tenido enmienda; sino es, que antes bien està probada la equidad, y justicia con que los govierna à todos, la afabilidad, y el buen trato, que les haze, los socorros, limosnas, y alivios, que les ha facilitado, y dispensado en sus calamidades, y atrassos, y lo mucho, que ha atendido, y atiende à la conservacion de sus Proprios, y à la mayor decencia, y culto de su Iglesia; ex quibus omnibus espera determinacion favorable. S.S.I.O.T. S. D. C.

Lic. Don Julian de Cañasveras y Mendoza.



POR DON FRANCISCO JOSEPH DE LOS RIOS, VEZINO DE LA Ciudad de Cordova, Marquès de las Escalonias.

EN EL PLEYTO CON ANTONIO ALEXANDRO DE LEYVA, y Doña Luysa de Reveriego, vezinos de dicha Ciudad.

SOBRE LA PRETENSION, QUE EL ANTONIO Alexandro ha deducido, de que se le declare por hijo natural de D. Thomás de los Rios, Marquès que fue de Mejorada, y hijo del D. Francisco.



P O R

DON FRANCISCO

JOSEPH DE LOS RIOS, VECINO DE LA Ciudad de Cordova, Marques de las Hiscalonias.

EN EL PLEYTO

CON ANTONIO ALEXANDRO DE LEYVA, y Doña Lucyla de Reynoso, vecinos de dicha Ciudad.

S O B R E

LA PRETENSION, QUE EL ANTONIO Alexandro ha deducido, de que se le declare por hijo natural de D. Thomas de los Rios, Marques de las de Alcorada, y hijo del D. Francisco

EL PLEYTO, que se ha seguido entre el Marquès de las Escalonias D. Fráciſco de los Rios, y Antonio Alexandro, Menor, vezinos de la Ciudad de Cordova, ha ſido ſobre pretender el Antonio Alexandro, que ſe le declare por hijo natural de D. Thomás de los Rios, Marquès que fue de Mejorada, y hijo del D. Franciſco: cuyo pleyto ſe ha ſubſtanciado en eſta Corte, y la Sentencia de Viſta, que ſe pronunciò, fue declarandole por tal hijo natural, y mandar darle alimentos como á tal. De eſta Sentencia ſe ſuplicò por el Don Franciſco de los Rios, y ſe ha ſubſtanciado eſta ſegunda inſtancia, y en ella ſe ha viſto ſobre la dicha ſuplicacion, y abſolucion, que pretende el Don Franciſco de la Demanda pueſta por el Antonio Alexandro.

2. La queſtion, y duda del pleyto es dezir el Antonio Alexandro, que nació hijo natural de el Don Thomàs, y Doña Luyſa Reveriego, à quien dà por ſu Madre en la comunicacion que tuvieron: con que es la eſpecie que hemos de tratar. La diſtincion que avia del Derecho de los Romanos à el de la Ley Real, es de que por el primero, para que alguno ſe dixeſſe natural, no baſtaba que huvieſſe nacido *de ſoluto, & ſoluta*, ſino que era preciſſo que la concubina fueſſe *in domo retenta, ex leg. Penult. & leg. fin. de concubin. L. Siquis officium, ff. de Rit. nupt. Auth. quib. modis natur. eficiantur ſui, §. Si quis autem filius, & advertit Gloſſ. in cap. Per venerabilem*, verb. *Naturalis qui filij ſint legitimi: & ex iure partit. L. 2. tit. 14. partit. 4.* mas oy por el Derecho del Reyno no ſe neceſsita, que la concubina ſea *retenta in domo*, ſino que baſta que nazca de aquellos, que pueden contraer Matrimonio ſin Diſpenſacion alguna, y aſsi lo previene la Ley 11. de Toro, que entonces ſe digan los hijos naturales, quando al tiempo que nacieren, ò fueren concebidos, ſu Padres podian caſar con ſus Madres, juſtamente ſin Diſpenſacion.

3. Mas quiere otro requiſito la Ley, y es, que ha de aver reconocimiento del Padre, *con tanto que el Padre le reconozca*; de manera, que ſon *ſimul* los requiſitos de la Ley, la capacidad de contraer el Matrimonio ſin Diſpenſa, y el reconocimiento de el Padre, por ſer condicion, ſin la qual no ſe puede verificar lo deciſsivo de la Ley, *ex leg. 1. de condit. & demonſtr. Eſt quidam futurus eventus, in quem diſpoſitio ſuſpenditur, & in quem diſpoſitio confertur validanda, vel infirmanda.* Y aſsi hemos meneſter regiſtrar, ſi en los Autos eſtán verificados eſtos requiſitos preciſſos de la Ley, para que el Antonio Alexandro ſe repute hijo natural de

el

el Don Thomàs, y de la Doña Luysa.

4. En todos ellos no se hallarà, ni aun indicio, que se termine à reconocimiento del Don Thomàs, aunque conste, que en el tiempo que suena nacido el Antonio Alexandro huviesse capacidad de contraerse el Matrimonio; pues si recurrimos à reconocimiento expresso, de esto nada ay que tratar, porque no se encuentra, ni tal se ha dicho: y si se recurre à el tacito, que tambien es bastante para satisfacer la Ley, tampoco se encuentra, porque este tacito reconocimiento se induce, como pondera Dom. Covarr. *de Sponsal. 2. part. cap. 8. §. 3. num. 7.* es por la nominacion que el Padre haze à el hijo, en el acto en que solo conviene al proprio hijo, como sucede en la emãcipacion, *melioratio, & similia*, ò en alimentos, que se dàn como tal hijo, ò tradicion de algun fundo para esta causa, en la nominacion que en juizio se haze por el Padre à el hijo, y educacion de que trata, como advierte Matienz. *in leg. 9. tit. 8. lib. 5. Recop. Gloss. 3. Nisi pater eum recognoscat, & nominet filium concurrente alio adminiculo, vel quando hæc nominatio contiguisset in actu, qui solum vero filio contigit, datio alimentorum, & traditio alicuius rei pro alimentis, vbi principaliter fuisset facta propter filiationem in Iuditio, non propter aliud. Ex leg. 1. §. Iulianus, ff. de liber. agnosc.*

5. Pues registrèmos aora el hecho de estos Autos, y no se hallará verificado alguno de estos requisitos, porque no ay testigo alguno (en la grande confusion de este hecho) que diga, que el D. Thomàs tratasse de hijo al Antonio Alexandro, ni judicial, ni extrajudicialmente, ni que le emancipasse, ni mejorasse, educasse, ni alimentasse, porque este es hecho cierto, que resulta de todos los Autos; porque del Antonio Alexandro no se supo hasta despues de muerto el Don Thomàs, ni se sacò à luz tal hijo, pues todo el hecho, y prueba de el Antonio Alexandro, se ha terminado solo à dezir, que naciò del Don Thomàs, y de la Doña Luysa, y de comunicacion que estos tuvieron; mas no à que le llamasse hijo, à que lo tratasse como tal, ni à que lo educasse, ni alimentasse.

6. Y esto de su mesma Probanza resulta: pues este se dize naciò en manos de la Matrona Maria AntoniaRomero, y que le criò Maria de Espinosa, como Ama de leche, y nadie como estas podràn dezir quien le cuydò, y alimentó, ó quien le nominò hijo, para buscar el reconocimiento tacito del Padre, vt Farinac. *tit. 2. de Testib. quæst. 55.* La Maria Antonia, esta tiene depuesto, que asistió al Parto de la Doña Luysa, y que fue à solicitud de Don Manuel de Miranda, y que este mismo le hablò para que buscasse Ama, que lo criasse, y que

buſcò à Maria de Eſpinoſa, y que el dicho Miranda aſsiſtiò tambien al bautiſmo, y combidò Compadre, y à eſte era à quien le pedia le pagaſſe lo que ſe le eſtaba debiendo. La Maria de Eſpinoſa, que es el Ama que le criò, eſta ſolo lo que depone es, que en el año de 34. la Comadre Maria Antonia le llevò à criar vn Niño, que le dixo era hijo de D. Thomàs; pero que eſte le hablaſſe, que lo vieſſe, ni menos le pagaſſe ſu crianza, ni otro alimento alguno, ni vna palabra de eſto expreſſa; con que eſtas teſtigos que eran las vnicas, que podian ſaber, y aver intervenido en el reconocimiento tacito del Padre, tal no deponen; y aunque ſe regiſtren todos los demàs teſtigos, que ſe han examinado, no ſe halla, ni vno, y aſsi falta el reconocimiento expreſſo, y tacito.

7. Y tambien lo excluye el miſmo lanze, que ſe ha referido en razon del Bautiſmo del tal Niño nacido; pues en él, aunque ſe quiſo ſuponer, que pudo concurrir el Don Thomàs, y que avia dado eſcritos en vn papel los nombres que ſe avian de poner al bautizado, es conſtante ſe reconoce el artificio con que ſe ha ſeguido, y fomentado eſte pleyto; porque regiſtrada la prueba, que ay ſobre eſte papel, es de quatro teſtigos, que depuſieron, que la vna es Maria Tello, Criada que fue de Doña Luyſa, que eſta dize, que vn dia fue Miranda à la caſa, y entregò à Doña Leonor, Madre de la Doña Luyſa, vn papel, diziendole era de ſu Amo, con los nombres que le avian de poner al Niño, y que traìa orden para que aquel dia ſe bautizaſſe, y que lo tomò vn hombre que avia, que lo deſdoblò, y que era vn medio pliego, con vnos renglones eſcritos, y que aviendoſe ido à la funcion, ſe les olvidò llevar el papel, y que deſpues reparò la Doña Leonor ſe avia quedado eſte ſobre vn Contador, y que la teſtigo fue à llevarlo, y en el camino encontrò al hombre, y ſe lo diò, y que viò la letra, que era del Don Thomàs, y ſu firma.

8. Eſta teſtigo tiene dicho, y es cierto no ſabe leer, ni eſcrivir, ſer vna criada humilde, de edad de 17. años, y quiere afirmar conocia letras, ſin dezir de què las conocia, ni ſi avia viſto eſcrivir al Don Thomàs, ni otra cauſa que lo verifique, por lo que es vn dicho incapàz de credito, vt Farinac. *de Teſtib. quæſt. 60. num. 35. & 36. Quod animoſe deponit, & ſic fidem non facit*: Y tambien por ſer en el todo incierta, porque ella dize, que era vn medio pliego, y firmado del Don Thomàs, y el Teniente de Rector de la Parroquial de San Nicolàs, que le bautizò, dize, que ſolo le dieron vn papelillo, como de media mano, donde iban eſcritos los nombres: los otros teſtigos, que deponen ſobre eſto, que ſon Pedro de Oſſuna, Maria Antonia, y

COMISION PROVINCIAL ... GRANADA ... BIBLIOTECA

Maria de Espinosa, estos solo refieren, que el Miranda les avia dicho, que los nombres escritos en el papel eran del Don Thomàs su Amo, que estos como referentes à el que no està examinado, en Derecho nada prueba, vt Mascard. *conclus.* 1023. *n.* 26. Garcia *de Nobilit. Gloss.* 41. Pareja *de Instrument. tit.* 7. *resolut.* 9. *num.* 3. Bobadill. *lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 53. Otro testigo, que tambien depuso, llamado Don Francisco Raxadel, tiene la misma falta de verdad que los demàs, pues tambien quiso suponer, que el papel estaba firmado del D. Thomàs, sin tener tal firma, y diziendo fue vno de los testigos del bautismo, no se halla que tal fuesse en la Partida, y assi todo ello es vna propria suposicion, y desde luego falta el requisito de la ley: *Con tanto que el Padre lo reconozca.*

9. Y aun la misma Doña Luysa, y Doña Leonor su Madre, en las declaraciones que han hecho, no se hallarà que estas depongan, que el Don Thomàs, ni al tal Niño le llamasse hijo, ni lo hiziesse en algun tiempo, ni lo alimentasse, ni para este efecto diesse especie alguna, ni por sì, ni por otra persona; con que si todos estos son los que pudieran aver visto, ò entendido, que el Don Thomàs lo reconociesse, quando no expressamente, por los actos tacitos que estàn prevenidos, si ninguno lo dize, no ay recurso de semejante prueba, y es preciso confessar, que no està satisfecha la condicion de la ley: *Con tanto que el Padre lo reconozca.*

10. Porque el que lo afirme la Doña Luysa, no es esta prueba de filiacion natural, esto sin embargo del Text. *ait Prætor*, §. *Vnde Marcelus de Iur. Iurand. in leg.* 1. §. *Si mulier de ventr. in poss. mittend.* de la prueba que haga la declaracion de la Madre, sobre el hijo que afirma, porque esto es, y se entiende respecto à la Madre que declara, mas no respecto al Padre, ni à otro algun Tercero, *ex cap.* 6. 12. 20. 22. 24. & 29. *de testib. caus.* 3. *quæst.* 5. & *caus.* 14. *quæst.* 2. Escobar *de Purit. quæst.* 11. §. 1. *num.* 37. Dom. Covar. *cap.* 18. *Practicar. num.* 4. Boer. *qui alios refert*, §. 43. *num.* 1450. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 6. *præsumpt.* 76. Farinac. *decis.* 289. *num.* 3. *part.* 1. *Nihil prosit eius assertio.*

11. Y por otra razon: y es, que siendo cierto, que faltando el reconocimiento del Padre, y de el que se supone serlo, para verificar lo que dixo el cap. *Transmissi, qui filij sint legitimi standum est verbo viri, & mulieris. L. Filium eum definimus, ff. de ijs, qui sunt sui, vel alien. iur.* pudiendo suceder alguna injusta negacion del Padre, para que se destruya el Texto previene la prueba, *nisi certis indicijs, & testibus tibi constiterit esse filium*, en donde es de notar la palabra *nisi certis*, y que pondera Dom. Valenz. Velazq. *consil.*

consil. 169. *num.* 128. de que aya de ser con otra prueba diversa, y distinta de aquella regular, porque no solamente quiere los indicios, sino es *simul* los testigos; porque faltando el reconocimiẽto, ha de ser la prueba evidente, vt Dom. Covarr. *in* 4. *Decret.* 2. *part. cap.* 8. §. 3. *num.* 11. Dom. Castill. *tom.* 6. *cap.* 125. *num.* 15. versic. *Econverso.* Dom. Valenz. *cons.* 119. pues en este caso se le niega la *bonorum* possesion Carboniana, sin quedar otro recurso, que la *querela inofficiosi, & petitio hereditatis, ex leg.* 20. *&* 27. §. 1. *ff. de inoffic. Testam.* por lo que la declaracion de la Doña Luysa en nada puede servir para justificar, que el Don Thomàs fuesse el tal Padre. Mascard. *conclus.* 788. *num.* 31. *Amplia tamen huiusmodi limitationem procedere etiam si ipsa mulier diceret esse suum filium.*

12. Y si se recurre à la declaracion de la Doña Leonor, Madre de la susodicha; tampoco esta puede servir de prueba para el efecto de la tal filiacion, *ex cap. Super eo, de Testib. & 2.* ibi: *Consultationi tuę taliter respondemus, quod cum mater filiæ iuramentum, & honorem videtur eligere, vbi vir superior est divitijs, & nobilitate, potentio, vel honore testimonium eius videtur esse suspectum, & ideò non esse aliquatenus admittendum.* En donde se propone la especie, que cierta muger pretendia à vno por su marido, porque le avia conocido; el tal lo negaba, y se presentó por testigo à la madre: y aviendose dudado si esta lo podia ser, porque el tal varon era rico, la respuesta que se diò fue, *testimonium eius non esse aliquatenus admittendum.* Y assi hallamos en este pleyto, que falta desde luego el preciso requisito de la filiacion natural, que es el reconocimiento del Padre, ni por modos naturales, ni civiles, pues mientras viviò, ni le trata de hijo, ni de su educacion, alimentos, ni vestuario conforme à su calidad, vt Mascard. *de Probat. conclus.* 789. *num.* 38. ibi: *Sucurrit, & illud vt te admoneam, quod plures à nostris constituuntur actus, tractatus, quibus filiatio, sivè eius quasi possessio probatur ex lactatione, mittendo eum ad scholas, faciendo ei vestimenta, differentia ab alijs, legare, vel exhæredare, vbi eodem nomine vocatus est ex educatione, sivè alimentis, vel scribere rem in libro natalium filiorum*: Y desde luego claudica la Regla ordinaria, de que debiendo probar la qualidad en que se funda de hijo natural, *ex leg.* 2. 4. 12. *&* 16. *C. de Probat.* D. Valenz. *consil.* 169. *num.* 128. es preciso, que falte la declaracion, que à su favor pretende.

§.

13. SOlicita probarlo con la declaracion de el Doct. Don Joseph Lopez Zamora, Missionero, que entonces estaba en

la

Maria de Espinosa, estos solo refieren, que el Miranda les avia dicho, que los nombres escritos en el papel eran del Don Thomàs su Amo, que estos como referentes à el que no està examinado, en Derecho nada prueba, vt Mascard. *conclus.* 1023. *n.* 26. Garcia *de Nobilit. Gloss.* 41. Pareja *de Instrument. tit.* 7. *resolut.* 9. *num.* 3. Bobadill. *lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 53. Otro testigo, que tambien depuso, llamado Don Francisco Raxadel, tiene la misma falta de verdad que los demàs, pues tambien quiso suponer, que el papel estaba firmado del D. Thomàs, sin tener tal firma, y diziendo fue vno de los testigos del bautismo, no se halla que tal fuesse en la Partida, y assi todo ello es vna propria suposicion, y desde luego falta el requisito de la ley: *Con tanto que el Padre lo reconozca.*

9. Y aun la misma Doña Luysa, y Doña Leonor su Madre, en las declaraciones que han hecho, no se hallarà que estas depongan, que el Don Thomàs, ni al tal Niño le llamasse hijo, ni lo hiziesse en algun tiempo, ni lo alimentasse, ni para este efecto diesse especie alguna, ni por sì, ni por otra persona; con que si todos estos son los que pudieran aver visto, ò entendido, que el Don Thomàs lo reconociesse, quando no expressamente, por los actos tacitos que estàn prevenidos, si ninguno lo dize, no ay recurso de semejante prueba, y es precisso confessar, que no està satisfecha la condicion de la ley: *Con tanto que el Padre lo reconozca.*

10. Porque el que lo afirme la Doña Luysa, no es esta prueba de filiacion natural, esto sin embargo del Text. *ait Prætor*, §. *Vnde Marcelus de Iur. Iurand. in leg.* 1. §. *Si mulier de ventr. in possess. mittend.* de la prueba que haga la declaracion de la Madre, sobre el hijo que afirma, porque esto es, y se entiende respecto à la Madre que declara, mas no respecto al Padre, ni à otro algun Tercero, *ex cap.* 6. 12. 20. 22. 24. *& 29. de testib. caus.* 3. *quæst.* 5. *& caus.* 14. *quæst.* 2. Escobar *de Purit. quæst.* 11. §. 1. *num.* 37. Dom. Covar. *cap.* 18. *Practicar. num.* 4. Boer. *qui alios refert*, §. 43. *num.* 1450. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 6. *præsumpt.* 76. Farinac. *decis.* 289. *num.* 3. *part.* 1. *Nihil prosit eius assertio.*

11. Y por otra razon: y es, que siendo cierto, que faltando el reconocimiento del Padre, y de el que se supone serlo, para verificar lo que dixo el cap. *Transmissi, qui filij sint legitimi standum est verbo viri, & mulieris. L. Filium eum definimus, ff. de ijs, qui sunt sui, vel alien. iur.* pudiendo suceder alguna injusta negacion del Padre, para que se destruya el Texto previene la prueba, *nisi certis indicijs, & testibus tibi constiterit esse filium*, en donde es de notar la palabra *nisi certis*, y que pondera Dom. Valenz. Velazq. *consil.*

consil. 169. *num.* 128. de que aya de ser con otra prueba diversa, y distinta de aquella regular, porque no solamente quiere los indicios, sino es *simul* los testigos; porque faltando el reconocimiéto, ha de ser la prueba evidente, vt Dom. Covarr. *in* 4. *Decret.* 2. *part. cap.* 8. §. 3. *num.* 11. Dom. Castill. *tom.* 6. *cap.* 125. *num.* 15. versic. *Econverso.* Dom. Valenz. *cons.* 119. pues en este caso se le niega la *bonorum* possesion Carboniana, sin quedar otro recurso, que la *querela inofficiosi, & petitio hereditatis, ex leg.* 20. *&* 27. §. 1. *ff. de inoffic. Testam.* por lo que la declaracion de la Doña Luysa en nada puede servir para justificar, que el Don Thomàs fuesse el tal Padre. Mascard. *concluf.* 788. *num.* 31. *Amplia tamen huiusmodi limitationem procedere etiam si ipsa mulier diceret esse suum filium.*

12. Y si se recurre à la declaracion de la Doña Leonor, Madre de la susodicha; tampoco esta puede servir de prueba para el efecto de la tal filiacion, *ex cap. Super eo, de Testib. & 2.* ibi: *Consultationi tuę taliter respondemus, quod cum mater filiæ iuramentum, & honorem videtur eligere, vbi vir superior est divitijs, & nobilitate, potentio, vel honore testimonium eius videtur esse suspectum, & ideò non esse aliquatenus admittendum.* En donde se propone la especie, que cierta muger pretendia à vno por su marido, porque le avia conocido; el tal lo negaba, y se presentó por testigo à la madre: y aviendose dudado si esta lo podia ser, porque el tal varon era rico, la respuesta que se diò fue, *testimonium eius non esse aliquatenus admittendum.* Y assi hallamos en este pleyto, que falta desde luego el precisso requisito de la filiacion natural, que es el reconocimiento del Padre, ni por modos naturales, ni civiles, pues mientras viviò, ni le trata de hijo, ni de su educacion, alimentos, ni vestuario conforme à su calidad, vt Mascard. *de Probat. concluf.* 789. *num.* 38. ibi: *Sucurrit, & illud vt te admoneam, quod plures à nostris constituuntur actus, tractatus, quibus filiatio, sivè eius quasi possessio probatur ex lactatione, mittendo eum ad scholas, faciendo ei vestimenta, differentia ab alijs, legare, vel exhæredare, vbi eodem nomine vocatus est ex educatione, sivè alimentis, vel scribere rem in libro natalium filiorum*: Y desde luego claudica la Regla ordinaria, de que debiendo probar la qualidad en que se funda de hijo natural, *ex leg.* 2. 4. 12. *&* 16. *C. de Probat.* D. Valenz. *consil.* 169. *num.* 128. es precisso, que falte la declaracion, que à su favor pretende.

§.

13. SOlicita probarlo con la declaracion de el Doct. Don Joseph Lopez Zamora, Missionero, que entonces estaba en

la Ciudad de Cordova, y con quien el Don Thomás confessò en lo vltimo de su vida; pues este dize, que le comunicó, que antes de casarse avia tenido trato ilicito con vna muger, à quien avia gozado su virginidad, que le pareciò le diò el nombre de Luysa, y que à los quatro, ò cinco meses se avia sentido embarazada, y que à su tiempo pariò vn niño, y en este tiempo supo, y sospechò, que la dicha muger se avia mezclado con vn criado suyo, de que avia resultado otro parto, de los quales no dudaba ser suyo el primero, y que aviendo muerto se dudò, si el primero, ò el segundo vivia, porque el vno de ellos murió, y que de esto daria razon la Condesa de la Jarosa, à cuyo testimonio se debia estar, quien avia dicho vivia el primero: y que aviendo passado à la Marquesa de Mejorada, viuda del Don Thomàs, esta le avia preguntado, si su Marido tenia algun hijo, que queria de èl cuydar; y que conferido este pũto con la dicha Condesa, declarò esta, que lo era el niño, que tenia la Comadre, y que la Marquesa determinò criarle por medio de la Condesa; y que luego despues, de otra conversacion, que tuvo con Doña Maria de los Rios, y en que le avia negado huviesse tenido hijo el Don Thomás, le confessò lo que avia passado entre la Condesa, y Marquesa, y que haria bien de amparlo; y que despues del Agosto del año de treinta y ocho, la Comadre le avia ido à buscar, y que le avia afirmado era aquel niño el primero, que avia parido la Doña Luysa.

14 Refiere tambien, que el Don Thomàs en el acto de la Confesion le avia dado licencia, para que lo pudiesse revelar. Hemos de suponer, que aunque el Don Thomàs huviesse declarado con todas las circunstancies inductivas de identidad por su hijo á dicho Antonio Alexandro, y assi resultasse por la declaracion del Padre Misionero, nada perjudicâra vna vez, que se hiziesse constar lo contrario por el Don Francisco de los Rios, que es à lo que se debe estàr, *ex leg. Neque professio 5. C. de Testib.* ibi: *Neque professio, neque asseveratio nuncupantium filios, qui non sunt veritati præiudicat.*

15. Y aun sin esta circunstancia de probar lo contrario, no prueba el reconocimiento, ò nominacion de hijo en perjuizio de Tercero, mientras no se haga vèr por otros medios, vt Francisc. de Angel. *tom. 1. lib. 2. quæst. 7. num. 34. Cæterum etiam si vera sit conclusio, quod ex huiusmodi nominatione principaliter facta propter se in actu filio à primæ congruo, & proportionabili soleat filius in quasi filiationis possessione constitui, ita vt contrarium asserenti incumbat onus probandi, hoc tamen procedit in præiuditium ipsius nominan-*

nantis,& in his de quibus liberè disponere poteſt. Add. ad D. Molin. *lib.4. cap.* 8. *num.* 3. *verſic.* 6. D. Vela *diſſert.*24. *num.*16.

16. Fuera de que la deposicion del dicho Padre Misionero no arguye cosa cierta en los puntos substanciales, que se requieren, para venir en conocimiento de el supuesto hijo; pues demàs de que no expressa el nombre del muchacho, tampoco dize, que le declarasse el Don Thomàs el nombre de la madre, aunque dize le parece le dió el nombre de Luysa: Esta assercion es dudosa, y en el Derecho nada prueba. Gloss. *in cap. Quoties*, verb. *Credere, de Testib.* Dom. Vela *diſſert.*24. *num.*17. Farinac. *in Praxi tom.*2. *quæst.*68. *num.*62.

17. Y mas quando mas bien acordado, y con la atencion, y reflexa, que pide el juramento, y vna materia de tanta gravedad, lo reforma dicho Padre Misionero en la segunda deposicion, que vltimamente ha hecho en la Instancia de Revista, donde dize, que el Don Thomàs no le declarò el nombre de la muger, ni mas, sino es que avia tenido trato con vna, de que avia resultado embarazada, la que se avia ligado con vn familiar suyo, y tenido otro hijo; que si el primero vivia era suyo, respecto de aver desflorado la tal muger, añadiendo ser incierto, que la Condesa de la Jarosa le confiasse vivir el niño primero, y que avia muerto el segundo: y assi concluye, que la muger, y el nombre siempre fueron desconocidos, y que avian llegado al Confessonario del testigo dos distintas mugeres, la vna apellidandose Luysa, pretendiendo serles à ambas el Don Thomàs deudor de su virginidad; y que trando el testigo sobre todo lo referido con el Marquès de Guadalcazar, le respondiò, y previno procedieſſe con detencion, y reserva; que dicha Condesa de la Jarosa no sabia cosa alguna; que la remission de dicho Don Thomàs seria à dicho Marquès, à quien llamaba Tio, por aver casado con sobrina suya el D. Thomás: Esta declaracion conviene con la carta, que escrivió al Don Francisco de los Rios antes que fuesse examinado en este pleyto, diziendo tener las especies borradas; porque quando sucedió la muerte de Don Thomàs, avia hecho lo que alcanzaba en Dios, y era de su obligacion, y assi nunca supo, como afirma en su vltima deposicion, ni el nombre de la madre, ni del hijo, ni qual podia ser, porque huvo concurso de otras mugeres, que solicitaban el mesmo interès: cuya declaracion es la que debe prevalecer; pues en la question, y duda, que se ofrece entre los Doctores, sobre qual de las dos declaraciones debe hazer prueba, quando las haze el testigo, en que huvo variedad; todos convienen se ha de estar á la mas verosimil, y que se

conforma con el demàs hecho de los Autos. D. Valenz. *conſ.* 163. D. Covarr. *lib.* 2. *Variar. cap.* 13. *n.* 7. *&* 8. *& alij*: y como ſea eſta ſegunda la que ſe conforma con lo que de Autos reſulta, y la mas cierta, y que aun no es opueſta à la primera, pues en eſta no afirmò ſupo de la madre, ſino que le pareciò es de Derecho prevalezca la ſegunda.

§.

18. DE lo que inferimos, que ſiendo incierta por todos terminos la perſona del hijo, y la de la madre, ſe haze preciſſo aver de eſtar al relato, que es la Condeſa de la Jaroſa, la qual no conteſta con la declaracion de dicho Padre Miſsionero, y faltando el relato, queda deſtituìda de hazer prueba la depoſicion de dicho Padre, *ex Auth. Siquis in aliquo documento, C. de adend.* Dom. Valenz. *conſ.* 27. *num.* 17. *&* 18. que no conteſta, ſu declaracion lo dize: pues afirma, que dicho Padre no le avia expreſſado tal coſa, ni tenia motivo para ello, y ſolo dixo haria diligencia de ſi vivia el primer hijo, para que ſe criaſſe; y antes sì al contrario afirma, que aſsiſtiò nueve dias, que durò la enfermedad al Don Thomàs, y que aviendole comunicado muchas eſpecies de ſu conciencia, y las mas graves; de tal trato, ni de tal hijo, nada le habló.

19. Doña Maria de los Rios, à quien tambien cita el Padre Miſsionero, no ſolo no conteſta la cita, ſino lo contrario; pues aviendole preguntado, ſi ſu hermano tenia algun hijo, le dixo, que no, y ſolo le pidiò, q̃ por caridad aſsiſtieſſe al niño, que tenia la Comadre, no porque tuvieſſe obligacion: y en otra ocaſion dixo, que en vna criada de la caſa avia tenido vn hijo, por la qual le preguntò; y que aviendole dicho, no podia ſer, y buelto à preguntar, ſi en otra muger avia tenido algun hijo, le bolvió à afirmar, que no.

20. Por lo que de la declaracion de el Padre Miſsionero no podemos diſcurrir algũ reconocimiento, porque para hazer vèr la identidad del hijo, ſe haze preciſſo recurrir à verificar la madre, en la qual como que la filiacion es cierta, *ex leg. Quia ſemper de iuius vocand.* porque conſta de actos exteriores, y viſuales, debe hazerſe manifieſta, y conſtante juſtificacion, Dom. Valenz. *conſ.* 169. *num.* 126. y que aunque el Don Thomàs huvieſſe tenido algun hijo, y ſe lo huvieſſe comunicado à dicho Padre, no era preciſſo fueſſe la madre la Doña Luyſa, y mas quando eſta tiene afirmado, y repetido en ſus declaraciones, que ſolo tuvo vn parto: Luego no hablò, ni pudo hablar de ella el dicho Don Thomàs, pues de quien hablò, ſegun expreſſa el Padre Miſsionero, fue

de

de vna muger, que avia tenido dos partos.

21. Además, de que à la declaracion de dicho Padre Miſſionero no ſe puede diferir, porque ya es notorio el Proceſſo, que ſe ha ſeguido, y que ſegun lo que ſuena de èl, ſe podrà diſcurrir, què fé ſe ha de dar: mas en los terminos, que nos hallamos en el eſtado de los Autos, la declaracion que ha hecho es la comunicada en la confeſsion, y por dezir le dió licencia para ello. Y no es tan llano, que ſe pueda dar credito à ſemejantes declaraciones, aunque ſe diga diò licencia el Penitente para ello, porque muchos reſuelven lo contrario. Franciſc. de Angel. *dict. tom. 1. lib. 1. quæſt. 6. num. 26.* ibi: *Coram denique Sacerdote in actu pœnitentiæ facta confeſsio, in temporali iudicio cõfitenti non obeſt: graviterque punitur Confeſſarius qui confeſsionem relevat, cum & ipſomet Sacerdoti credantur revelantis peccata, ſeù confeſsione diligentia Pœnitentis.* Riccio 3. *part. Deciſ. Collect. 549.* ibi: *Dicta in Foro pœnitentiali non probant in Foro iudiciali: hoc dixi, ex quo infertur, quod Sacerdos confeſſarius poteſt diligentia confitentis confeſsionem ipſam in iudicio revelare, & in actis publicare, tamen non probat.*

22. Y aun en otro concepto ſe debe notar, que à lo menos debe conſtar de la licencia por eſcrito de el Penitente, para que el Sacerdote pueda revelar el contenido de la confeſsion, vt Guacin. *de Defenſ. Reor. defenſ. 19 cap. 11. num. 4.* ibi: *Sed tantum Sacerdos poteſt revelare cum licentia in ſcriptis habita à pœnitente. Cap. Omnis vtriuſque ſexus de pœnitent* Y es la razon: por el derecho adquirido del ſigilo del Sacramento de la Penitencia: *Argum. Text. in cap. Si Sacerdos, de Offic. Ordin. Quia talis confeſsio fuit facta tamquam ſoli Deo, & non tanquam homini.*

23. Y aunque aſsi no fuera, y que ſe huviera de atender à la declaracion del Confeſſor, es requiſito preciſſo, que aya de ſer de ſugeto aprobado, de buena fama, y fidedigno, y aun concurriendo todas eſtas circunſtancias, no haze ſu declaracion perfecta prueba, sì ſolo preſumpcion, y tal, que transfiere el cargo de probar lo cõtrario à la otra Parte, que lo reſiſte. Menoch. *de Præſumpt. præſumpt. 95. num. 12. & 9.* ibi: *Adhibetur fides præſumptivè, & hæc tamen fides, quæ huic Sacerdoti adhibetur non facit perfectam probationem, ſed præſumptionem, quæ transfert onus probandi in adverſarium.* Barboſ. *de Parroch. part. 2. cap. 19. num. 68.* ibi: *In ſecundo caſu eſt reſolvendum ſtandum eſſe Sacerdotis iuramento, maximè ſi vir probus ſit, & bonæ famæ.* Maſcard. *de Probat. tom. 1. concl. 377. num. 9.* ibi: *Secundo limita quotieſcumque Sacerdoti data fuiſſet à confitente facultas, vt eã manifeſtaret, & talis Sacerdos eſſet fidedignus.*

En

24. En cuyos terminos, y que solo se puede, y debe reputar por testigo, ò sugeto fidedigno aquel, que no tenga alguna repulsa en el Derecho: no sucede assi en este caso, por lo que llevamos dicho de dicho Padre, y causa referida, como por la contrariedad, è inconsequencia, que se nota entre su carta, y su primera, y vltima deposicion, y que en Derecho se repele semejante dicho, *ex leg. Qui falso, vel variè, ff. de Testib. Auth. de Testib. §. Si verò. L. Eos, ff. de fals. Cap. Ubi repugnantia, de Reg. Iur. Cap. Licèt causam, de Probat.*

§.

25. TAmbien ha recurrido dicho Antonio Alexandro á suponer reconocimiento tacito de filiacion natural: el averle recogido Doña Maria de los Rios hermana del Don Thomás, y puestole en el Hospital de los Rios, y alimentado à sus expensas, porque esto no induce reconocimiento, ni prueba de filiacion natural; porque no basta, que vno trate à otro de hijo para que lo sea, porque es menester, que lo hagan los mesmos Padres, vt Mascard. *conclus. 789. num. 29. Necesse est probare tractatum factum à parentibus.* Lo otro, porque la prestacion de alimentos es acto indiferente, porque puede darse por motivo de caridad, ó otra causa, dict. Mascard. *conclus. 795. num. 5.* ibi: *Ex alimentis solis non probatur filius, nisi aliud addatur, quia possunt præstari gratia pietatis, vel ex alia causa.*

26. Y esta mesma se verifica en aver recogido la Doña Maria al Antonio Alexandro, como lo afirma la Condesa de la Jarosa, por cuya interposicion lo recogiò la Doña Maria de los Rios: lo depone Don Juan de los Rios, à quien la Doña Maria hablò para que lo llevasse à su casa: lo depone Doña Leonor Maria de Luque, muger del Don Juan, y como en la ocasion le dixo la Doña Maria, que el tal muchacho no tenia Padre, ni Madre, y que se avia movido á hazer la caridad: lo mesmo afirma D. Francisco de los Rios, y este es hecho, que no ay prueba en contrario, y que de ello ninguna noticia tuvo Don Francisco de los Rios, ni se le diò por alguno de estos testigos: y si es cierto, que solo la dacion de alimentos, aunque se dèn por el que se dize Padre, no es prueba de la filiacion natural, por que necessita de otras pruebas. Dom. Castill. *lib. 5. cap. 104. n. 14. Tunc ex eo solum non probaretur filiatio, ac si vnà cum alimentis concurrerent aliæ filiationis coniecturæ si diu, & tamquã filio fuerint præstita.* Còmo se ha de inferir, de que los alimentos, que se dàn por otro Tercero, aunque pariente, sean prueba de filiació natural.

27. Y por otra causa; y es, aver intervenido vn manifiesto

to engaño, y verdadero dolo, para que se recogiesse, y hazer la especie dudosa; lo que se prueba de la declaracion de la Comadre Maria Antonia, á cuyo cargo estuvo la crianza del tal niño; pues esta afirma, que estandole debiendo muchas cantidades de la crianza, repitió varias instancias al Miranda, à que se los pagasse, y este no lo hizo, mas aviendole perseguido, le dixo fuesse en casa del Don Thomàs, y le dixesse tenia en su casa vn hijo suyo, y que la testigo ansiosa de que le pagassen, determinò hazerlo, y que muerto el dicho Don Thomàs, solicitò con la Doña Luysa, y su madre, que le pagassen la crianza, y que le respondieron, echasse el muchacho donde le pareciesse; y que despues el Miranda le influyò, y aconsejò, que fuesse casa de Doña Maria de los Rios, y le dixesse, como aquel muchacho era hijo de el Don Thomàs, para que le socorriesse, y por el fin de cobrar su dinero avia ido, y dichoselo; à que le respondiò no podia ser, pues su hermano tal no le avia declarado, mas que por caridad le recogeria.

28. La Condesa de la Jarosa dize: que passados tres meses de muerto el D. Thomàs, el Miranda le dixo, como el Niño, que estaba en casa de la Comadre, era hijo del Don Thomàs, y que la tal Comadre lo queria poner en la calle, y que aunque esta testigo no le diò credito, por sì, ò por no determinò hablar à la Doña Maria de los Rios, y le dixo, que como se avia de hazer otra limosna, la hiziesse recogiendo aquel muchacho: y siendo como es todo esto vna disposicion dolosa, y persuasion, que con ella se hizo, no es capàz de entender reconocimiento, ni prueba de filiacion natural. Menoch. *de Arbitr. lib. 2. cap. 80. num. 61.* Mascard. *concluf. 869.* D. Valenz. *conf. 180. n. 20. Dolus eft ftudiofa machinatio ad alterum decipiendũ adhibita cum magna calliditate. Ex leg. 1. ff. de dol.* Dict. Dom. Valenz. *conf. 163. num. 74. Dolus debet prius nocere, quam lucrum cauſare.*

§.

29. Y Siendo la demãda puesta por el Menor, no contra Don Thomàs, que se supone Padre, sino es contra el Don Frãcisco, à quien se supone Abuelo, y que assi es vn Tercero, y como tal se debe considerar, no basta prueba conjeturable para obtener, sino es que lo es precissa, y concluyente. Francisc. de Angel. *tom. 1. lib. 2. quæſt. 7. num. 82.* ibi: *Contrarium verò iudicandum eſt ſi principaliter ad effectum decidendi litem agatur de conſecutione alimentorum, vel dotis non contra Patrem, ſed contra Patris heredes, vel adverſus tertium bonorum Fideicommiſſo ſubiectorum poſſeſſorem, dum exactæ, & vrgentiores requiruntur probationes.* Et num. 84. *Aut natura-*

lis filius pro eisdem alimentis adipiscendis iudicium dirigat adversus Avum paternum, vel Aviam paternam incidenter, vel principaliter, quia etiam in hoc casu pro Patre naturalis filij plenè, et concludenter filiatio naturalis probanda est; & assignatur ratio, quia in subsidium tantum Avus, vel Avia paterna natu ali filio alimenta subministraret, & consequenter plena filiationis exigitur cognitio, sicut etenim diximus si agatur de auferendo hæreditatem alteri a quisitam. Gratian. *dissert.* 562. *n*^{us} *m.*76.

30. Por lo que no aviendo reconocimiento tacito, ni expresso, niconcurrido à acto alguno el Don Francisco de los Rios, de los que se enuncian para persuadir esta filiacion, no ay regla en que pueda el Menor afianzarse para obtener en este Juizio, q̃ es declaratorio sobre la filiacion, en el qual nunca le bastàra, aun en otros terminos, la quasi possession, que pudiera fundar con los actos, que quedan referidos para obtener en el Petitorio. D. Castill. *lib.*1. *cap.*104. *num.* 5. vers. *Rursus, & ideò vt vbi principaliter agitur de filiatione super petitorio, quia prætenditur hæreditatem ad aliquem tanquam ad filiũ pertinere sola quasi possessio tractatus, ac nominationis, vel confessionis non sufficit, quia in decisorijs petitori non sufficit possessorium.*

***

§.

31. Y Con mayor razon quando no ay capacidad de poder verificar de estos Autos, qual fuesse el primer parto de la Doña Luysa, ni que de èl quedasse existente el Antonio Alexandro; porque si se atiende à la declaracion de la Doña Luysa, esta dixo, que el Don Thomàs le comenzó á tratar desde el año de 34. viviendo en la Parroquial de Santa Marina, y que como dos meses antes de San Juan del año de 35. le avia conocido, y avia continuado en este trato, y que solo avia tenido vn parto, que quiere aplicar à el Antonio Alexandro, y à la Fè de Bautismo, que dize fue de este en 22. de Junio de 36. esto afirma la madre. Maria de Espinosa, que fue (y no se duda) el Ama que le criò, esta dize, que en el año de 34. (porque à este corresponde segun su deposicion) dize, que estando criando en las casas de dicha Comadre, à los quatro meses le llamaron para vn parto, fue la Comadre, y traxo vn niño, el que se hizo cargo de criar; con que si este que crió es el Antonio Alexandro, no pudo ser el que naciò en el año de 36. y assi son dos personas distintas, y mientras no se especifique con prueba evidente, qual de los dos es el parto de que se trata, de ninguno se presume, *ex leg. Duo sunt Titij* 30. *ff. de Testament. tutel.* Mieres *de Maiorat.*

iorat. 2. part. quæst. 4. illat. 2. n. 37. Nec potest ex diversis, & separatis vnum quid præsumi Dominus. Valenz. *cons. 71. num. 21.* Menoch. *lib. 1. de Præsumpt. q. 31. n. 5.*

32 Afianzase esta misma variedad de las deposiciones de sus mismos testigos; pues la Comadre Maria Antonia dize, que tuvo segundo parto la Doña Luysa año, y medio despues, y que este lo criò Rosa de Encinas, y lo tuvo tres meses, y despues de bautizado muriò: La Rosa de Encinas contesta, que de orden de dicha Comadre tuvo vna cria, que le llevò avria tiempo de dos años, poco mas, ò menos, y que en este tiempo servia à dicha Comadre vna muchacha, y esta en el mismo tiempo refiere tambien el niño, que traxo su Ama la Comadre, y que lo criò la Rosa de Encinas, y despues muriò, que segun el tiempo, que deponen, corresponde à el año de 39. con que si se le dà el segundo parto à la Doña Luysa à el año, y medio del primero, siendo este en el año de 34. como dize Maria de Espinosa, no es capàz de que fuesse el segundo en el año de 39. por interponerse cinco años: y si hazemos la quenta desde el año de 36. que es la Fè de Bautismo, tampoco corresponde, por intermediar tres años, y assi no podemos afianzar qual fue el primer parto de la Doña Luysa, y si de èl naciò el Antonio Alexandro.

33 Por otra razon de sus mesmos testigos; y es, que Maria Tello afirma, que el niño de la Doña Luysa se bautizó en la Parroquia de Señor San Andrès, y donde se llevò el papel, que queda referido, donde iban puestos los nombres de los bautizados, porque esta testigo olvidandose el papel fue quien lo llevò, y lo entragò en el camino à vn hombre, que venia por èl. Juana de Priego, otra de sus testigos, criada de la Doña Luysa, afirma, que viviendo esta en la Parroquial de Santa Marina, que fue en el año de 34. alli viò, que estaba embarazada la susodicha, y que luego le llamaron para labar la ropa, y viò era de parto, y hallò otras señales de ello. Pedro de Ossuna, marido de la dicha Comadre, este dixo, que en el año de 35. llamaron à su muger para vn parto, y que aviendo buelto traxo vn niño, diziendo ser de Doña Luysa, y que traia orden de D. Manuel de Miranda para criarlo; y ya se vè de estas testigos domesticos, y que son los que mejor pueden deponer del parto de la Doña Luysa, que todos se le dàn en el año de 34. ó en el de 35. y ninguno en el de 36. y siendo de este el Antonio Alexandro, segun su Fè de Bautismo, còmo ha de ser el primer parto, ni còmo ha de ser el vnico (como afirma la Doña Luysa) ni de donde se ha de inferir esta identidad? Porque en tiempo, en Bautismo, y en circunstancias, todas son distintas.

34. Y esto lo afianza la declaracion de Ana Pacheco, que viviendo esta testigo immediata á la Doña Luysa en la Parroquial de Santa Marina, conociò estaba preñada; y despues le dixo vna muger llamada la Tia Francisca, como avia parido, y yendo la testigo à su casa la hallò parida, y con vna criatura, y que le dixo la Doña Leonor: Anica, estos son trabajos, que Dios nos embia, no se lo digas à nadie, y que le hizo las entrañas, y veinte dias le diò de mamar, y passados estos, no le bolvieron à llamar; y que aviendo preguntado por el niño, le dixeron se avia muerto. Con esta mesma declaracion contesta Maria Phelipa Moreno, que acompañò á la antecedente para ir à las casas de Doña Luysa á dar de mamar al niño, y la primera vez, que fue à hazerle las entrañas, y como à los veinte dias muriò, y que todo esto fue en el año de 34. y aun viò muerto al niño; y siendo toda esta conversacion viviendo en la Parroquial de Santa Marina, que no se duda fue en el año de 34. no es capàz, que el Antonio Alexandro, que nació en el de 36. sea el primero, y vnico de la Doña Luysa, y mas quándo esta reyteracion de partes lo depone tambien Don Juan Federico, Medico, porque este depone le halló embarazada en el año de 37. como en otras ocasiones, porque era el Medico, que le asistia; y por todas Reglas verificamos, el que no se puede afiançar en manera alguna, ni que la Doña Luysa solo tuviesse vn parto, ni el Don Thomàs tuviesse tal hijo, ni qual pudo ser el primero de los que tuvo la Doña Luysa, ni que el Antonio Alexandro sea el mismo, que se supone en el primero.

35. Y conviniendo estas testigos en que vno de los tales niños muriò, que le vieron muerto, y que esto no lo dudan, no aviendo en los Autos mas, que vna Fè de Bautismo, ni aviendose encontrado en todas las Parroquiales de dicha Ciudad (de q̃ ay diligencia hecha por el Receptor que fue à las Probanzas) que la que se ha sacado de Antonio Alexandro, es precisso entender, que este fue del que muriò, pues no se halla otro bautizado, ò à lo menos mientras no se verifique con prueba, que manifieste la diversidad de los dos, qual fue el que quedò vivo, ninguno se presume por las Reglas que estàn dichas.

§.

36. Y Lo que si resulta, es lo plenamente probado, que la Doña Luysa tuvo comunicacion con Don Manuel de Miranda criado del Marquès: y si hallaràmos persona cierta, y determinada, que pueda ser Padre del hijo de quien se duda, no avrà razon, ni fundamento para darle otro diverso, por ser incõpati-

patible por DerechoNatural, que vno pueda ser á vn mismo tiempo hijo de dos, *ex leg. Liberorum* 11. §. 1. versic. *Prætor, de his qui notant. infam. Genitus ex eo vnius tantum viri semine sine commixtione alterius* : y por esta causa se prohibirà por Derecho Comun, el que la viuda pudiesse casar antes del año segunda vez, *ne turbetur semen prioris coniugis, & in obscuro sit, ex quo sanguine fuerit filius conceptus* ; que despues por Derecho Canonico se alzò este impedimento, *vt cap. vlt. in fin. de secund. nupt.* y en qualquiera duda se ha de declarar por Padre á aquel en quien huviere mayor certeza de que lo pudo ser, *ex leg. Si fuerit* 30. *L. Qui duos* 9. *& leg. Sed & in illo* 18. *ff. de reb. dub.* y como resulte de estos Autos, que el Miranda tenia la tal comunicacion, de este se presume el hijo.

37. Y que la tuviesse, y aun anterior à la que se dize tuvo con el Don Thomàs, resulta de la declaracion de Fr. Juan Gonzalez Mexia, quien afirma, que viviendo la Doña Luysa en la Parroquial de Santa Marina, se le advirtiò su mal proceder, y escandalo, que daba con Miranda, y lo afianzó, de que à principios del año de 35. vn Penitente en confesion le diò vn papel, manifestandole el escandalo, que daba la Doña Luysa con el Miranda: con que si la Doña Luysa dize, que quando el Don Thomàs le conociò, fue dos meses antes de Señor San Juan de el año de 35. ya antes trataba con el Miranda, y causaba nota.

38. Doña Cathalina de Leyva depone, que desde el año de 34. el Miranda entraba casas de la Doña Luysa, y que viviendo en la Calle de la Parroquial de San Andrés viò vn dia acostado à Miranda en la cama de Doña Luysa, lo que la testigo le reprehendiò. Ana Pacheco depone desde el año de 34. que vivia en la Parroquial de Santa Marina, el trato ilicito, que tenian la Doña Luysa, y Miranda, con varias llanezas que viò, y llevar à Doña Luysa al quarto donde tenia su cama, y se estaban solos. Maria de la Torre, madre de la antecedente, depone lo mismo. Manuel Roldan afirma el mismo trato ilicito desde el año de 34. entre los referidos. Doña Francisca del Rosal, y Basilio Fernandez deponen del mismo trato ilicito desde el año de 34.

39. Y assi es mas natural que este hijo fuesse del Miranda, que no del Don Thomàs, en el supuesto que la comunicasse (que no fue, como se dirà) y del susodicho se ha de presumir: porque en la question, y duda, que preguntan los DD. de quien se presume el hijo, que con dos se comunicaba, y que preguntan el Paz *de Vit. homin. cap.* 12. Roxas *de Incompat. part.* 2. *cap.* 4. observan varias consideraciones en orden al tiempo de la comunica-

cion, y tiempo del parto, y en el caso, que no se distinga tiempo natural, para verificar de qual de los dos Padres pudo ser el hijo, entonces este se entiende, y reputa *vulgò conceptus, & quasi sine Patre natus, quia natura non patitur, nisi quod vnus tantum per se, & suo puro, ac separato sanguine possit generare ex commixtione enim seminis fœtus confunditur, & ad invicem se impediunt ad generationem plura diversè semina, cum vnum corrumpat alium.*

40. Y esta es la opinion seguida en caso de esta duda: y como en el conocimiento, que del hecho resulta de los dos, no ay tiempo separado, ni commodo para verificar el parto, de ninguno de los dos se ha de tener, sino como *vulgò conceptus, & quasi sine Patre natus*, *ex leg. Vulgò, ff. de stat. hom.* y lo mas verosimil es del Miranda, porque à este conviene la limitacion, que en el caso de la duda proponen los DD. dict. Roxas *num.* 36. *Quando probatum fuit, quod ante mortem primi viri apparuerint, sivè demonstrata fuerint aliqua conceptionis, veluti quod affecta fuit dolore capitis oculorum tenebrositate, ac vertiginis pigritia tarditate, sivè tarditate corporis declinatione ad summum fatidio incibis, acque habuerit nauseam, seù renundationes sthomachi appetitus sibi in soliti, & quod oppressi fuerint oculi eius, minoratæ pupillæ, ingrosata albedo cũ maculis verbo Paño*, que muchas de estas señales refieren los testigos dichos, y de donde presumieron estaba embarazada, y vltimamente aver parido, y visto la cria.

41. Porque aunque en esta question, y duda no faltaron algunos DD. que dixeron se estuviesse à la declaracion de la madre, *ex leg. Etiam, ff. de Probat. L. Vxoris, ff. de manumiss. testam.* y en esta confirmacion refiere Jacob. Butrigar. *in leg. Filium, ff. de his qui sunt sui, vel alien. iur.* que cierta Reyna concibiò vn hijo de vn militar, y como pareciò ser hijo primogenito del Rey, sucediò en el Reyno: despues la madre en el articulo de la muerte declarò, que aunque era su hijo, no lo era de el Rey, y estandose à esta declaracion, se abstuvo de el Reyno.

42. No es opinion seguida, y se oponen las de la mayor nota, à que se estè à la declaracion de la Madre, como nota D. Greg. Lop. *Gloss.* verb. *Seyendo casada, in leg. 9. tit. 14. partit. 3.* dando la razon: *Quia ex matris confessione posset etiam præiudicare alijs fractribus defuncti forte filijs, qui peterent eius successionem contra regulam, quod in præiuditium tertij talis assertio non valet. L. Qui servum 20. ff. de interrogator. action. sublat. L. Inter chartulas, C. de conveniend. phisic. debit.*

43. Y assi aunque la Doña Luysa ha querido afirmar, que sea hijo del Don Thomàs el Antonio Alexandro, no es capàz de dar-

darle credito, pues hallamos las conjeturas de Derecho cõtrarias, y el perjuizio del Tercero en razon de ella, y se incidiera en otra prohibicion del §. *Sed naturalia, Instit. de iur. natur. Quia ex ea daretur esse in potestate alterius, & filium eligere Patrem eum, qui in veritate Patrem non esset, & privare successione eius consanguineos mutando iura sanguinis, quæ immutabilia sunt*; y otras razones que refiere Perez de Lar. *de Vit. homin. dict. cap. 12. n. 3. & 4.*

44. Y assi es de notable reflexion lo que ponderan estos DD. para hazer declaracion de vn hijo, que puede causar tal perjuizio procediendo en la duda, quãdo ay camino cierto para encontrar al Padre, que verosimilmente lo puede ser, y no aplicarlo à otro, privando de su derecho à los verdaderos consanguineos; y como respecto al Don Thomàs no aya mas sospecha, que la cabilacion, que se ha dispuesto, sin prueba, ni presumpcion, que lo persuada, y que al contrario se enquentran por lo que toca al Mirãda verdaderas señales de ser su hijo, *prius inspicienda sunt signa conceptionis*, vt Bartul. *in leg. Gallus in princ. num. 3.* del susodicho, se ha de presumir, y no del Don Thomàs; y assi lo declarò Miranda al Marqués de Guadalcazar; pues aviendo tenido recomendacion del Rector de la Parroquial de San Andrès, por orden del Provisor, sobre que evitasse el trato ilicito de el Miranda, y la Doña Luysa, y sobre que se separasse, lo llamò, y le hizo cargo; y aunq̃ al principio se lo negò, despues se lo confessò, y que avia tenido dos hijos, que el vno era muerto, y que le ofreciò separarse, sobre que refiere la recomendaciõ que le hizo, y que despues desde las Escalonias le avisò, que la Doña Luysa ya se avia quedado casa de vna Comadre suya, y estaba separado; y despues diò noticia de todo al Don Thomàs, quien quedó sospechoso del Miranda, y dixo le avia de separar de algunos encargos; y la mesma confesion le hizo el Miranda à su muger Ana del Olmo, del trato que tenia, y avia tenido con la Doña Luysa, y diferentes hijos en ella.

45. Y si no veamos à qual de los dos convienen las conjeturas, que persuaden ser el Padre, y que inducen alguna especie de quasi possession de serlo: ya hemos dicho lo que resulta probado, sobre que D. Thomàs mientras viviò no le llamò hijo al Antonio Alexandro, ni lo educò, ni alimentò, ni tuvo el menor cuydado de èl, ni en su bautismo, ni otro algun lance: pues veamos aora, què prueba ay respecto al Miranda de estas mesmas especies. La Comadre Maria Antonia dize, que quien le llamó para el parto fue Miranda, que quien assistió à èl, fue el mismo, que quien diò la orden para que se criasse, lo fue tambien, que assis-

tió al Bautiſmo, y combidó Compadre: De las declaraciones de la Doña Luyſa, y ſu madre reſulta, que Miranda les aſsiſtia con los alimentos preciſſos, como tambien del Antonio Alexandro, y del Ama que le criaba, y el Miranda tambien lo afirmò, aunque dize era con orden de ſu Amo, de que no ſe ha hecho prueba alguna, y ſu dicho nunca probará, como que trataba de ſu proprio commodo, Carlev. *tit.* 3. *diſp.* 4. *num.* 9. dict. Eſcob. *de Purit. quæſt.* 11. §. 1. *num.* 38. Dom. Valenz. *conſ.* 77. *num.* 50.

46. Pruebaſe tambien, que de ſu orden ſe ajuſtò el Ama, y á caſas de eſta iba â verle, y llevar dineros, y lo afirma Pedro de Oſſuna, marido de la Comadre Maria Antonia; Franciſco Raphael depone de viſta, como el Miranda iba à la caſa del Ama, y llevaba dinero, y otras coſas, con cuyas aſsiſtencias, que eran copioſas, y continuas, ſe hallaba bien aſsiſtida, y aſsiſtió al todo, como aſsiſtiò al Bautiſmo, y pagò los derechos en la Igleſia, que es vna de las pruebas de ſer ſu hijo, vt Eſcob. *part.* 1. *quæſt.* 11. §. 2. *à num.* 15. y ſe convence el todo de eſtas pruebas, el afirmar Don Juan de los Rios, ſer dicho Antonio Alexandro muy parecido al Miranda, que es vna de las pruebas que ſeñalan los Doctores para la juſtificacion del Padre, vt Maſcard. *concluſ.* 1147. Menoch. *de Arbitr. caſ.* 89. *num.* 97. *& de Præſumpt. lib.* 6. *præſumpt.* 19. *num.* 9.

47. Y aſsi todas las preſumpciones de derecho convienen al Miranda, ſegun ſe ſeñalan por los Doctores, y ninguna ay reſpecto al Don Thomàs; beneficio ſe le haze al Antonio Alexandro en darle Padre, y eſcuſarle que ſea *vulgo concepto*; pues de las declaraciones que han hecho D. Joſeph Baſilio Vazquez, Capellan del Convento de Santa Marina, Maria de la Torre, Don Franciſco del Roſal, y Don Baſilio Fernandez, ſobre lances que refieren viviendo la Doña Luyſa en la Parroquial de Santa Marina, y Autos que huvo, que por no ſer el animo de eſta Parte cauſarle deſdoro alguno, ſino ſolo hazer ſus defenſas, no ſe refieren, y podrà verſe en el Memorial, para hazer juizio de quien pudo nacer el hijo de Doña Luyſa, fueſſe el Antonio Alexandro, ò otro, y para eſte caſo es digno de tener preſente lo que dize la *L.* 112. *tit.* 18. *partit.* 3. lo dificultoſo que es averiguar vna falſedad, y que como dize D. Larr. *alegat.* 96. *num.* 1. es meneſter revelacion Divina, *Deus huiuſmodi omnino non indulgente ocultari.*

§.

48. Y Aſsi ſe vè en eſtos Autos, pues ſe le aplica al Don Thomàs comunicacion ilicita, que no tuvo con la Doña Luy-

Luysa, y se reconoce registrada la prueba de estos Autos, lo que ay es, que en la probanza que hizo el Menor ante el Receptor en esta Corte, à la segunda pregunta de su Interrogatorio articulò, que Don Thomàs solicitò à la Doña Luysa, y que tuvo trato ilicito con esta, lo que responden los testigos es en general, que entraba en las casas de la susodicha, quando viviò en la Parroquial de Santa Marina, y despues en la de San Andrès, y tres testigos son los que de oydas refieren tenian trato ilicito: esta no es prueba en derecho, en vna causa de tal gravedad como esta, ni aun en otra de menos recomendacion, *ex cap. Licet ex quadam de testib. Et sic fidem non faciunt. L.28.tit.16. partit. 3. Mas si dixere el testigo tan solamente, que oyera dezir à otro alguno, no debe valer, porque el Testimonio lo dize de oydas.*

49. Y especialmente se practica esta regla en las causas en que se trata de justificar alguna copula, *ex cap. Præterea de testib.* porque para inferir la copula ilicita, es menester la prueba, segun el mismo capitulo de tres requisitos *copulativè*, que el testigo deponga *de auditu proprio, nempe quia testes audivierunt virum, & mulierem se commiscentes per parietem, vel cortinam.* El segundo, *quod adsit fama publica de copula.* El tercero, que concurran otros adminiculos, que corroboren los antecedentes, y en esta forma lo concluyen los Doctores, y lo dize el *Text. in cap. 27. de Testib.* Mascard. *conclus. 63. num. 2. & 452. num. 1.*

50. Las que son especiales en este particular son Juana de Priego, criada que fue de Doña Luysa, que esta afirma, que el Don Thomàs iba à la casa de la susodicha, y se solia quedar solo en la Sala con ella, y que reparandolo la testigo, preguntò, q̃ à què iba alli aquel Cavallero? Y que este respondiò, queria casarse con ella, y que si iba bien, y le respondiò que sì, y lo mesmo respondió Doña Luysa, que se llamaban tu por tu, y que iba todas las noches, donde de ordinario se estaban solos en vna Sala, donde tenia su cama Doña Luysa, y que vnas vezes se iba à media noche, y otras de madrugada, y otros lances que à este tenor refiere.

51. Maria Tello, hija de la antecedente dize, entrò à servir à la Doña Luysa el año de 35. y que vna noche fue el D. Thomàs en vna mula, y con vn criado, como à las once de la noche, y que la siguiente bolviò como à la vna, y subiò à la sala, y queriendose vestir la Doña Luysa, que estaba acostada, no lo permitió el Don Thomàs, y que entrando vna poca de agua à la Doña Luysa, viò al Don Thomàs sentado en vna silla junto à la cama, y que en las demàs noches antecedentes, por mas de vn mes,

viò que iba el Don Thomàs, y se estaba hasta el amanecer, quedandose solo con la Doña Luysa, y que desde su quarto oìa requebrar el Don Thomás á la Doña Luysa: estas dos testigos son las especiales, que han depuesto del trato ilicito, no son capaces de concluirlo, por lo mesmo que afirman aver sido criadas de la la Doña Luysa, *ex leg. Penult. ff. de testib. Domesticus, sivè familiaris non est admittendos. Cap. 24. eod. Nec contra ipsos aliquos audias.* D. Vela *dissert. 38. num. 69.* Valasc. *consult. 45.* Farinac. *tom. 2. de testib. quæst. 55.* porque para la prueba de qualquiera trato ilicito, deben ser los testigos de integra opinion, y mayores de toda excepcion, *cap. 1. de consanguinit. & affinit.* Dom. Covarr. *de Sponsal. 2. part. cap. 8. §. 12. n. 7.*

52. Y es tan especial en estas causas, que no basta se diga ser testigos idoneos, y mayores de toda excepció, sino que aquel que los produce assi lo ha de articular, y probar, porque en otra forma no se presume, *debet articulari, & probari à producente quia de iure non præsumitur.* Barbos. *in Collectan. cap. 1. de consanguinit. & affinit. num. 11. & 12.* Mascard. *de Probation. concl. 1023. num. 16.* y vna vez puesta la oposicion contra el testigo, falta el que sea idoneo, y de mayor excepcion, para probar en cosa de trato ilicito, *ex cap. Licet in causa de probation.* P. Sanch. *de Matrim. lib. 2. disput. 45. num. 30.*

§.

53. Y En qualquiera sentido que se considere, y especule el hecho difuso de estos Autos, se enquentra, que no huvo mas trato con la Doña Luysa, que el que tuvo el Miranda, pues Don Geronymo de Mora, testigo de la probanza, y Antonio Alexandro assi lo depone; y concluye, que como contra producentem prueba plenamente en favor de esta parte, Noguer. *alleg. 29. num. 80. Probat plenè contra producentem*; y que este trato comenzasse en la Parroquial de Santa Marina, y aun anterior, resulta de la deposicion de Ana Pacheco, Maria de la Torre, Manuel del Rosal, Juan Alonso Perez, Don Basilio Fernandez, y otros muchos testigos, que en razon de ello de vista, y conocimiento lo deponen, y observado varios lances torpes, y que miraban al tal trato; tambien lo afirma Don Martin del Marmol, Rector de la Parroquial de San Andrès, y que lo mesmo referian el Teniente, y Sacristan de la Parroquial de Santa Marina, Don Joseph Basilio Vazquez, Capellan del Convento de Santa Maria de Gracia, Doña Cathalina de Leyva, y Maria de la Torre, deponen varias especialidades de vista de este trato; y todo esto se confirma con lo que refieren varios testigos de hecho proprio, que el Miranda no assistia

à

à su casa, ni muger, le daba mal trato, y que en algunas ocasiones la muger fue á las casas de la Doña Luysa, y que tuvieron varias desazones, que todo ello està manifestando la certeza de lo que los testigos deponen, y especialmente porque lo refiere la misma muger, que se llama Ana de el Olmo, y se halla examinada en esta segunda instancia, y Doña Cathalina Ruiz, que acompañó à la testigo antecedente para ir à la casa de la Doña Luysa, vna moza llamada Mariana, y que aviendo buelto le contaron que la Doña Luysa daba à entender, que el Miranda era su marido.

54. Y al contrario se vè de la declaracion del Marquès de Guadalcazar, que refiriendo la grande amistad que con el D. Thomás tenia, y que le comunicaba las cosas mas ocultas, y que en su declaracion especifica, nunca reconociò tuviesse semejante trato, y à tenerlo, por las mismas razones que refiere, lo huviera sabido, como otras personas de la primera nota, y distincion, con quien se comunicaba, y por ser vn Cavallero tan notorio, era precisso que se llegasse á entender; y este particular lo contestan todos los mas testigos, en la probanza que se ha hecho en esta segunda instancia, como el publico amancebamiento del Miranda.

55. Don Marcos de Lara, Alcalde Mayor que fue en dicha Ciudad, depone, se le dió noticia por el Rector de la Parroquial de San Pedro, para que corrigiesse al Miranda, y que aviendo hecho varias diligencias, y no remediadole, procediò de oficio, y hizo los Autos que se hallan en razon de la incontinencia. Joseph Nuñez contexta este mismo trato ilicito, y que el Miranda le hablò para que llevasse todos los dias la despensa à casa de Doña Luysa, viviendo en la Parroquial de Santa Marina, diziendole que era su Ama, y refiere varios lances de vista, confirmando el dicho trato. Maria de la Encarnacion y Castillo refiere tambien otros muchos, y Barbara Fernandez, Juana de la Rosa, y Gabriela Pinto.

56. Y no es esto solo lo que resulta, sino es tambien, que aun el mismo Don Thomàs aviéndosele informado del trato ilicito de su criado, y reprehendidole, y amenazadole, que de no separarse le avia de echar de las casas, y assi contestes lo deponen los testigos à la sexta pregunta del Interrogatorio de esta segunda instancia, y algunos presenciales á la reprehension, que es prueba del trato, que tenia el vno, y exclusion del otro, por las especialidades, que ván refiriendo los testigos de lo que sintiò el Don Thomàs, que el Miranda causasse tal escandalo, y con tanta publicidad, y averle ofrecido, que se separaria, y no lo continuaria.

Con-

57. Concurre con esto el tener depuesto la Condesa de la Jarosa, assistiò al Don Thomàs al tiempo de su muerte, y en todo el tiempo de su enfermedad, y le comunicò quanto se le ofrecia, y nada le expresò en orden à el tal trato, ni aver tenido hijo alguno; y el Rector de S. Andrès, que le llamò tres dias antes de su muerte para comunicar algunas cosas de su conciencia, y sobre ello nada le expuso, ni manifestó, y aviendo concurrido parientes, y amigos de su mayor confianza, y especialmente el Marquès de Guadalcazar, de quien nada reservaba, à ninguno se vè manifiesta tal especie, ni menos à Doña Maria de los Rios su hermana, ni aun à su propria muger; y siendo lo mas verosimil, que si tuviera algun cargo en orden à dicho trato, lo huviera expressado à estos sugetos, no aviendolo hecho, es la prueba, que debe prevalecer sus deposiciones, *ex leg. 13. de Probat. L. 21. ff. de testib.* como mas verosimil, y natural, y que se vne con todas las demàs, que ya quedan referidas, y no dudarse, de que la Doña Luysa, y su madre no solo han querido persuadir à los testigos á que depongan à su contemplacion, sino que aun corrijan, y se opongan otros á la verdad, que han depuesto, à vnos con ofertas, y dadivas, y otros con amenrzas, como lo deponen la Comadre Maria Antonia, Pedro Lorenzo, y otros, de que se verifica la ficciõ de este Processo, y querer aplicar por hijo del Don Thomàs al que no tuvo; por lo que se destruye qualquiera sospecha, que se pueda de su prueba inducir. *Cap. 9. de Testib.* Narbon. *in leg. 31. Glos. 7. tit. 7. lib. 1. Recop.* Giurb. *cons. 64.* Dian. *tom 6. tract. 1. resol. 90. & tract. 7. resol. 140.* Por lo que espera Don Francisco, que reformandose la Sentencia de Vista, se le absuelva de la demanda puesta por el Antonio Alexandro, y su Madre. S. I. O. V. D. C.

Lic. D. Christoval de Espinosa Ocampo.

Lic. D. Lorenzo de Mendoza Jordàn y Fuenmayor.



A DEVOCION

DE DOñA MARIA JOSEPHA DE LOS RIOS NARVAEZ y Cabrera, Marquesa de la Villa de las Escalonias.

QUIEN DEDICA ESTE PAPEL

A EL GLORIOSO SANTO

SAN JVAN NEPOMVCENO.



✠

SEÑOR.

§. 1. DOñA MARIA DE LOS Rios, vezina de la Ciudad de Cordova, hija de D. Francisco de los Rios, Marqués de las Escalonias, suplica à V. S. atienda su pretension, y defensa, contra la que ha deducido el Curador ad litē de Antonio Alexandro, sobre que se le declare por hijo natural de Don Thomàs de los Rios, hijo legitimo de dicho Marquès.

2. Se ha hecho otro Informe por la Doña Maria, fundando la exclusion de dicho Antonio Alexandro, y considerando esta causa de la mayor gravedad, por no omitir medio, que parezca conducente à la defensa, en este Informe la propondrà con la mayor brevedad, sin valerse de otros medios, que los que produce la parte de el Curador de dicho Antonio Alexandro, omitiendo quanto sea posible lo tocado en el otro Informe (1). *Sicut prioribus adscribi aliquas voces nostrorum procerum::: totus contextus illorum virilis est inęqualitatem scias esse, vbi, quę eminent notabilia sunt. Non est admirationi vna Arbor vbi in eamdem altitudinē tota silva surrexit::: Posse te summatim degustare ingenia maximorum virorum: tota tibi inspicienda sunt, tota tractanda.*

(1) Senec. *Epist.* 33.

3. Es de suponer, que la pretension de dicho Curador no solo es, que se le socorra con alimentos, como hijo natural de Don Thomàs de los Rios, sino es que se le declare por tal hijo natural: La Executoria, que en esta razon huviesse es tan poderosa, que haze cosa juzgada

Memor. num. 110.

con todos los de la familia (2) goza de los Privilegios, Luſtre, y Nobleza de tan notoria, è iluſtre, como lo es la de la Caſa de los Rios (3), y queda con vn derecho adquirido, y declarado para ſucceſsiones de Mayorazgos, Obras Pias, y otros derechos, en los que muchas vezes los verdaderos naturales ſe prefieren à otros tranſverſales eſtraños llamados por los Fundadores; con que ſe reconocen dos conſiderables perjuizios en eſtablecer vna linea Noble, contra los intereſſes de otros Vezinos del Eſtado General, la aſsiſtencia que á ſu favor tiene el Real Patrimonio (4), y el de la Familia de los Rios, y intereſſados à ſus ſucceſsiones perpetuas, y temporales.

4. Por tanto en eſte caſo la filiacion natural ſe debe probar plena, y concluyentemente, y con los demàs requiſitos prevenidos por Derecho (5), lo que no ha executado el dicho Curador, como fundarémos en dos §§. En el primero, que no ay reconocimiento de tal hijo natural. Y en el ſegundo, que no concedido lo huvieſſe, carece de la prueba, que neceſsitaba, para que ſe atendieſſe dicho reconocimiento.

§. I.

5. LA Ley de Toro (6) puſo por preciſſa condicion (7) el reconocimiento del Padre, ibi: *Con tanto, que el Padre lo reconozca por ſu hijo.* Si eſte reconocimiento ha de ſer expreſſo, ò tacito, y porquè actos ſe induzca, han controvertido los Autores (8); pero fundarémos, que ni expreſſo, ni tacito le ay.

6. Lo primero en que ſe funda el reconocimiento es, en las declaraciones del Padre Don Joſeph de Zamora: En la primera dize, *que le comunicò en la Confeſsion avia tenido antes de caſarſe trato ilicito con vna Muger Donzella, à quien quitò ſu virginidad, que le pareciò al declarante le diò el nombre de Luyſa, y que à los quatro, ò cinco meſes ſe encontrò embarazada, aunque no eſtaba cierto el decla-*

(2)
Lex 20. tit. 22. partit. 3. D. Ram. *ad leg. Iul. & Pap. lib. 2. cap 27. n. 3.*

(3)
D. Greg. Lop. *in leg. 1. tit. 11. partit. 7. Gloſſ. 5.* D. Caſtill. *tom. 6. Controv. cap. 125. n. 4.* verſic. *Rectiſsimè.* Aguil. ad Rox. *de Incomp. part. 2. cap. 4 n. 37.* Far. Add. ad D. Covarr. *lib. 4. cap. 1. à n. 131.*

(4)
Garcia *de Nobilit. Gloſſ. 8. n. 3.*

(5)
D. Caſtill. *dict. cap. 125. n. 19.* Alv. Peg. *de Maior. t. 2. cap. 9 n. 461. & 467.* ibi: *Tamèn illa equitas non procèdit quãdo filius prætendit hæreditatem, quia tunc non poteſt ſe fundare in filiatione præſumpta, ſed concludenter debet probarè qualitatem filiationis in quaſe fundat, vt ſuccedere poſsit.* Card. de Luc. *de Fideic. diſc. 69. n. 5.* ibi: *Illa ſolum regula ſtatuta circa probationis differentiam inter effectus Patri præjudiciales præſtationis ſcilicèt alimentorum, ſeù etiam capacitatis aliquid aſſequendi ex bonis paternis, ac alios effectus præjudiciales, tertio venienti ex perſona propria independenter à Patre, vel altero ex cuius tractatibus, vel actibus huiuſmodi probationis, vel adminicula reſultèt, vt primò caſu levior probatio ſufficiat, in altro autem fortior, maxiſquè concludens.*

(6)
L. 11. hod. Lex 9. tit. 8. lib. 5. Recop.

(7)
D. Caſtill. *dict. cap. 125. n. 18.* ibi: *Dictio cum tanto de qua in dict. leg. 11. Taur. Conditionem inducat quæ conditio debet in ſpecifica forma adimpleri.*

(8)
Noguer. *alleg 25. ex n. 63.* Dom. Caſtill. *tom. 5. Controv. cap. 104. ex n. 12. & dict. cap. 125. n. 26. & ſeqq.* Alv Peg. *de Maior. tom. 2. cap. 9. ex n. 497* D. Gonz. *in cap. Per tuas, de Probat. num. 12.*

declarante del numero de meſes, la que cumplido el tiempo pariò vn Niño, y que embarazada ya de ſu trato, y comunicacion, ſupo, y ſoſpechò el Marquès ſe iba la dicha enredando con otro hombre criado ſuyo, y repitiò otro parto, en el que diò à luz otro Niño, de los quales no dudaba ſer ſuyo el primero, y que aviendo muerto vno de los dos, ſe dudò ſi era el primero, ò el ſegundo; pero que de eſto daria razon la Condeſa de la Jaroſa, à cuyo teſtimonio, y dicho ſe debia eſtar, ſobre qual de los Niños vivia, y quien era ſu Madre, y que lo que la dicha Condeſa dixeſſe en eſte punto, ſe debia obſervar. Tambien expreſſa, que paſsò à conferir eſte aſſumpto con dicha Condeſa, quien le dixo, que vivia el Niño primero, y que el defunto era el ſegundo.

7. En la ſegunda declaracion dixo, que el Don Thomàs no le expreſsò, el que la muger ſe llamaſſe Luyſa; *pues en quanto à la muger, y el nombre ſiempre fueron deſconocidos, y que la Condeſa de la Jaroſa no le dixo, ni confiò que vivia el Niño primero, y que avia muerto el ſegundo.*

8. Era ſuficiente eſta variedad, y otras que ſe podian notar entre las dos declaraciones, para que no fueſſe atendido eſte teſtigo (9), concurre el ſer teſtigo vnico, que aunque ſea de la mayor excepcion, no haze plena prueba (10), y no obſtante que ſe diſpute, ſi ſe deba eſtar à la primera, ó ſegunda declaracion (11), lo cierto es, que ſe diſminuye en gran parte la fé, y credito del teſtigo, que en la ſegunda declaracion no ſe conforma con la primera (12).

9. Y es la razon: porque en dos depoſiciones contrarias vna, ù otra es falſa, y el teſtigo, que en parte falta à la verdad, no merece aprecio en lo demás que depone (13), por cuyas razones queda en los terminos de no ſer teſtigo de toda integridad, y ſeguridad en ſus dichos, para que en materia de eſta gravedad ſe aya de diferir à ſolo ſu juramento.

10. Eſte hecho no puede inducir el reconocimiento, como dirèmos; pero quando lo per-

(9)

D. Marc. *cap.* 14. *verſic.* 56. ibi: *Multi enim teſtimonium falſum dixerunt.* Et verſ. 59. ibi: *Et non erat conveniens teſtimonium illorum. Lex Qui falſo, vel varie* 16. *ff. de teſtib.* Noguer. *allegat.* 25. *n* 82. *& alleg.* 26. *à n.* 91.

Mem. num. 319.

(10)

Lex 32. *tit.* 16. *partit.* 3. ibi: *Mas por vn teſtigo dezimos, que ningun pleyto ſe puede probar, quanto quier que ſea hombre bueno, è honrado. Lex Ius iurandum, C. de teſtib. Cap. Cum nobis de teſtib. Cap. Si teſtes verſ. Ius iurandum 4. quæſt.* 3. Card. de Luc. *de Emphit. diſc.* 63. *n.* 3. ibi: *Quod vnico teſti quamvis in Cardinalitia dignitate conſtituto deferendum non eſt.* Cevall. *Comm. contra comm. quæſt.* 494. *n.* 2. D. Valenz. *conſil.* 77. *n.* 47. *& conſ.* 78. *n.* 45. Paul. Zach. *Deciſ. Rot. Rom. deciſ.* 81. *n.* 12. Jacob. Pign. *tom.* 6. *conſult.* 35. *n.* 7. Ioann. Bapt. Zilet. *tom.* 2. *conſil.* 5. *ex n.* 3. *conſ.* 60. *n.* 63. *& conſ.* 115. *n.* 43. Maſcard. *de Prob. quæſt.* 11. *n.* 11. *& concl.* 386. *n.* 4.

(11)

Ex leg. 30. *tit.* 16. *partit.* 3. *cap. Item qui falſa* 4. *quæſt.* 3. D. Covarr. *lib.* 2. *Var. cap.* 13. *n.* 8. verſ. *Tertium eſt.*

(12)

Far. ad D. Covarr. *dict. cap.* 13. *n.* 91. ibi: *Eius fides minuitur propter cõtrariam depoſitionem poſteriorem.* Con Farin. Cevall. y Jul. Clar.

(13)

Ex dict. leg. Qui falſo, ff. de teſtib. L. Eos ad leg. Corn. de falſ. Cap. Vbi repugnantia, de Reg. Iur. Farin. *conſil.* 78. *n.* 9. D. Valenz *conſ.* 78 *n.* 46 47 *&* 84. Ant. Gom. *tom.* 3. *Var. cap.* 12. *n.* 15. Garc. *de Nobil. Gloſſ* 25. *n.* 3.

perſuadieſſe, ſe ha de probar plena, y concluyentemente (14), y no aviendo mas que dicho teſtigo, queda en los terminos de teſtigo ſingular, con ſingularidad diverſificativa, que no prueba coſa alguna (15).

11. Es aſsimeſmo notable lo que refiere, de que *le comunicò en la Confeſsion*: es muy controvertible, ſi el Confeſſor pueda de licencia de el Penitente, declarar lo que en la confeſsion le expreſsò: que no puede hazerlo enſeña Scoto (16), por el derecho, y favor de el Sacramento, que no puede ceder el Penitente, y ſiguen los Scotiſtas: otros defienden lo contrario con Santo Thomàs (17); pero en los que admiten ſemejante licencia, dizen ha de ſer expreſſa, y de toda libertad (18).

12. Hablando para el fuero contencioſo el Sr. Covarrub. (19), haziendoſe cargo de las opiniones de Santo Thomàs, y Scoto, dize, que aunque la de Sr. Santo Thomàs, y los que le ſiguen ſea mas recebida, y juzgarſe como verdadera, es de ſentir, que conviene à la Religion Chriſtiana, y al Sacramento de la Penitencia, que ſu ſecreto, ni de conſentimiento expreſſo del Penitente ſe ha de revelar, ſino es que ſe haga con grande cauſa, y al arbitrio de vn prudente, y buen Varon, à la ſalud, y remedio del Penitente, y grandiſsima vtilidad (20): *Sed quamvis Thomæ, & ſequatium opinio frequentiori calculo recepta ſit, ac magnis rationibus, & argumentis comprobetur, ita eficaciter, vt & verior ſit iudicanda: opinor tamen Chriſtianæ Religioni, & Sacramento Pœnitentiæ potuis expedire hoc confeſsionis ſecretum, nec ex conſenſu expreſſo pœnitentis revelandum eſſe, niſi id fiat maximè ex cauſa boni, & cautiſsimi viri arbitrio ad ipſius pœnitentis ſalutare conſiliũ, & medelam maximam vè vtilitatem, quę maturo Iudicio erit perpendenda, nec temere revelatio fiat.* Con cuya doctrina conviene la de el Salcedo (21): *Quæ paſsim admitenda non eſt, ſed tunc tantum quando hic expreſſus confitentis conſenſus in non vulgarem vtilitatem ſuam, vel alterius tenderet.*

(14) Gutierr. *lib. 3. Pract. quæſt. 12. n. 4.* Guaz. *de Defenſ. Reor. defenſ. 33. cap. 14. n. 16.* Noguer. *alleg. 12. n. 180.* Gom. *t. 3. Var. c. 13. n. 18.* Cort. *deciſ. 98. n. 34*

(15) Farin. *de Teſtib q. 64. n. 7.* Bargal. *de Dol. lib 4 cap. 8 n. 52.* Flor. Diaz de Men. *lib. 2. Var. q. 22. n. 38.* D. Gonz. *in cap. Veniens 10. de teſtib. n. 5.*

(16) Apud P. Anacl. Reiffenſt. *Theol. Mor. tract. 14. de Sacram. diſtint. 9. q. 3. n. 34.* D. Covarr. *de Matrim. p. 2. cap. 8. §. 12. n. 24.* P. Felix Poteſt. *Exam. Confeſ. tom. 1. p. 4. n. 3235.* P. Lacroix. *Theol. Mor. tom 2. lib. 6. p. 2. n. 1955.*

(17) Idem Reiffenſt. *num. 35.*

(18) *Idem dict. n. 35* verſic. *Hoc tamen.*

(19) *Dict. num. 24.*

(20) *Dict. §. 12. num. 24.*

(21) *Prax. Crim. Canon. cap. 109.* verſic. *Vnus tamen caſus.*

Pignatel. (22): *Nan textus permitit Sacerdoti revelationem in vno casu dumtaxat, id est cum indiget prudentiori consilio, & tunc debet etiam caute revelare.*

(22) Tom. 7. consult. 54. num. 14.

13. Estos respectos en materia tan sagrada, no se encuentran en el caso referido: Lo primero, porque procediò dicho Padre con ninguna cautela, ni la correspondiente prudencia; porque si considerò, que la manifestacion era precissa para exonerar la conciencia del D. Thomàs, y atender al socorro del hijo, debiò indagar todas las circunstancias de la tal muger, y del llamado hijo, y que hiziesse para no dexar duda, y quitar todo escrupulo vn reconocimiento ante Escrivano, ò à lo menos papel firmado del Don Thomàs, para la mayor calificacion de la verdad, y aun en materia secreta lo aconseja el Padre Marin (23): *Satiusque esse suaderi moribundis, vt talia iniungant hæredibus codicillo secreto.* El Señor Gregor. Lop. (24): *Et non qualiscumque licentia sufficit vt Sacerdos possit confessionem revelare, sed debet esse talis, de qua constet sufficienter his, coram quibus talis confessio revelatur, & quod detur talis licencia, propter aliquod bonum procurandum, vel malum evitandum, quod preponderet famæ confitentis: alioqui neque debet dari talis licentia à confitenti, neque licitum erit ea vti.*

(23) Theolog. Mor. tom. 3. tract. 22. disp. 12. sect. 3. num. 24.

(24) In leg. 35. tit 4. parti. 1. Gloss 3. Guaz. Deffens. Reor. dist. 14 cap. 11. n. 4. ibi; In scriptis habita à pœnitente.

14. La que no se puede reconocer de las declaraciones de dicho Padre, que nada concluyen, ni afirman, sino todo dudas, y perplexidades, y cosas impertinentes, expressa, *supo, ò sospechò el Marquès se iba la dicha enredando con otro hombre criado suyo, y repitiò otro parto.* A què fin vendria esto sino à desdorar al criado, y à la tal muger sin necesidad? Ni de esta expresion se conseguia el *ob aliquem bonum finem* (25) que se necessita para semejantes casos, pues con dezir el trato, y que tuvo vn hijo, la duda de que si vivia el primero, que era el suyo, lo demàs era inutil. Dize: *Que le pareciò al declarante le diò el nombre de Luysa*: buen modo de seguridad para vna declaracion de esta calidad.

(25) P. Felix Potest. n. 3234. & seqq.

15. De toda la declaracion no se infiere cosa alguna, porque concluye, que la razon la daria la Condesa de la Jarosa, *à cuyo testimonio, y dicho se debia estar, sobre qual de los niños vivia, y quien era su Madre, y que lo que la dicha Condesa dixesse en este punto se debia observar.* Pues si esta fue la determinada voluntad del Don Thomàs, y lo que en el assumpto *se debia observar*, què necessidad tenia el Padre Zamora de referir todo lo demàs, *que le comunicò en la Confession*, de que ningun beneficio, ni vtil se podia seguir, porque solo se debia estar *al dicho, y testimonio* de la Condesa de la Jarosa. P. Potestas (26): *Ob aliquem bonum finem, quia vt rite advertit.* Scotus *in 4. distint. 21. quæst. 2. lit. L. Ius sigili Sacramentalis non est tantum ipsius confitentis, sed etiam totius communitatis fidelium, quæ alias maximè perturbaretur, & ipsius Sacramenti, cui ipse pœnitentis renuntiare non potest; ac proinde non potest pœnitens ex lubricitate, & levitate licentiam Confessario dare de re ad Confessionem pœnitente loquendi, nec Confessarius ea vti debet sine magna Sacramenti irreverentia.*

(26) *Vt supra num. 3235.*

16. Con mas prudencia, y en caso en que se trataba de restituir la honra, estimacion, y empleo à cierta persona, procediò el Confessor, sobre cuyo caso escriviò el Sr. Valenzuela (27), quié tuvo la advertida prevencion, de q̃ el Penitẽte hiziesse vn papel firmado, y siendo en materia tan favorable, y que no se trataba de perjuizio de Tercero, se necessitò de hazer comprobacion de la letra, y firma del papel, para adminicular, y hazer verosimil la declaracion del Confessor, la que funda queda en los terminos de vn testigo, y necessita sobre su buena opinion, y fama el que quede adminiculado, para que haga fé, (28) como en terminos de persona, à quien se le dexa confiada la declaracion de vna vltima voluntad, lo funda el Cardenal de Luca, y otros (29).

(27) *Consil. 102. à num. 70.*

17. No debe à este testigo darle fuerza alguna para ser creìdo, el que se examinò, à pedimento del Marqués de las Escalonias, porque el

(28) D. Valenz. *dict. consil. 102. n. 83. vers. Et quando.*

(29) *De Fideicomm. disc. 182. n. 15. & disc. 183. n. 5.* Carp. *de Execut. lib. 2. cap. 23. per tot.*

el que presenta vn testigo no aprueba el dicho, ni le perjudica si reconoce el defecto, que padece (30): *E quando son delante el Juzgador dizen el contrario en poridad de aquello que saben, è por ende non es en culpa la parte que los trae, ni le deben empecer.*

(30) *Lex 41. tit. 16. partit. 3.* D. Lar. *de Cap. lib. 2. cap. 4 n. 63. vers. Sed hæc solutio.* Carlev. *de Iudic. tit. 2. disp. 3. num. 37.*

18. La Ley de Toro, para hazer mas verosimil, y cierta la filiacion natural, quiso ademàs de la prueba, que se necesitaba de Derecho Comun, el que el Padre lo reconociesse, por la presumpcion, que à su favor tiene de la noticia, y por tanto todos los actos tacitos, ò expressos deben ser, que los haga como à su hijo, y no en otra forma, y que no sean equivocos, ni dudosos (31); lo cierto es, que el Don Thomàs nunca fue donde se estaba criando el Niño, y con el motivo de su casamiento, no ay duda se retirò de la ocasion (caso negado la huviesse avido), y no podia tener conocimiento de la existencia de su persona, y quando se aya de estàr à la declaracion de dicho Padre, lo que dize es, que el Don Thomàs dudò si era el primero, ò el segundo el Niño que vivia, con estas palabras: *Y que auiendo muerto vno de los dos, se dudò si era el primero, ò el segundo.*

(31) D. Gonz. *in cap. Per tuas 10. de probat. num. 12.*

Memor. num. 115.

19. El que duda no afirma (32); con que dudando el Don Thomàs si existia, ò no el que suponia su hijo, no se puede dezir, que importò real, y verdadero reconocimiento del tal hijo, que ni le tenia presente, ni le conocia: Con que por todos medios, y por la falta de prueba, y de circunstancias, es de ningun aprecio la declaracion de dicho Padre, para que importe, ni pruebe reconocimiento.

(32) D Greg. Lop. *in leg. 29. tit. 16 par. tit. 3. Gloss fin.* Tiraq. *de Retr. Donat. in præfat. n. 99.* D. Gonz. *in cap. fin. de præscript. n. 7.* P. Thom. Sanch. *lib. 1. Summ. cap. 9. n. 2.*

20. Lo segundo en que se funda el reconocimiento es, en que quando fueron à bautizar el Niño, embiò el Don Thomàs vn papel de su letra con los nombres *de Antonio Alexandro de Leyva*, y fueron los que se le pusieron al tiempo del Bautismo.

Ma-

21. Maria Tello dize, que viò llevar el papel à Don Manuel de Miranda, que dixo era de el Don Thomàs, en que de su puño avia puesto los nombres, y que viò la letra, y conociò ser de dicho Marquès, y esta testigo no sabe escrivir. Francisco Lopez Raxadel refiere lo mismo, y del conocimiento de la letra. Pedro de Ossuna de oydas á su muger, que es la Comadre, y que à esta se lo avia dicho el Miranda. Don Miguel de Cevallos, y Maria de Espinosa tambien de oydas al Miranda, y que el papel era del Don Thomàs.

Mem. num.159.

Mem. num.160.

Mem. num.161.

Mem. num.162.

22. Con que toda la prueba se reduce à dichas oydas à persona sospechosa, y que trataba de encubrir, y simular su culpa, que de ninguna forma es de aprecio (33): *Cum satis videretur absurdum illos admitti, quorum repellerentur Authores*, y los testigos, que deponen de oydas no merecen fé (34), y quando mereciesse algun aprecio dicho Miranda, quedaria en los terminos de testigo vnico, que no haze plena prueba (35).

(33) *Cap: Licet ex quadam de testib.*

(34) *Lex 28. tit. 16. partit. 3. Lex 18. C. de testib. dict cap. Licet ex quadam de testib.* Farin. *de Testib. quæst. 69. n 1.* Noguer. *alleg. 12. n. 164.* Escob. *de Purit. p. 1. quæst. 9. § 4. n. 1.* Parej. *de Vniv. Instr. Edit, tit. 1. resol. 3. §. 3. n. 7.*

(35) *Ex dict. sup. num. 10.*

23. La Maria Tello, y Francisco Lopez añaden la circunstancia del conocimiento del papel, y letra del Don Thomàs, en lo que como inverosimiles manifiestan la falsedad de sus deposiciones, y total desprecio de ellas (36).

(36) *Lex Ob carmen, § fin. ff. de testib. Lex Miles, §. Oportet, C. de quæst.* D. Valēz. *cons. 102. n. 30. cons. 105. n. 84 cons. 113. n. 58. cons. 121. n. 118. cons. 163. n. 123. consil. 169. n. 42. & cons. 180. n. 28.* ibi: *Quod autem verosimile non est falsum reputatur.*

24. Entre las materias, que el Derecho reconoce mas dificultosas, y arriesgadas, es el reconocimiento de letras, y firmas (37): *Probatio quæ sumitur per comparationem est multum periculosa*; por tanto no bastando los Peritos, ni versados en letras para el seguro conocimiento, difiere la Ley à los Señores Juezes tomado el informe de los Peritos (38): *Entonces debe el Juzgador tomar à mas las cartas, è aver buenos omes, è sabidores consigo.* Y despues: *E de si el Juzgador debese ayuntar con aquellos omes sabidores ::: E si se acordaren todos en vno*; y quieren vnas personas sin letras aver reconocido, y asseguradose en que la letra era del Don Thomás,

(37) D. Valenz. *cons. 174. n. 9.* Valasc. *consult, 77. n. 5. & 6.*

(38) *Leg. 118. tit. 18. partit. 3.*

cu-

cuya animosidad haze despreciable, y de ningun momento lo que assi dizen (39).

(39) Farin. *de Testib. quæst.* 60. n. 35. & 36. Noguer. *allegat.* 25. n. 33.

25. Aun de sus proprias declaraciones se reconoce la falta de verdad, con que deponen: Dizen, que el papel dezia *Antonio Alexandro de Leyva*, cuyos nombres se le pusieron en la partida, y en ella solo ay los nombres de que se bautizò *Antonio Alexando*; con que le falta la expresion de *Leyva*, que contenia el papel; y por consiguiente faltan los testigos à la verdad: y es de notar, que en la expresion de *Leyva* estaba el mysterio, porque era lo que dezia conexion de la familia, ó de algun interesse, que avia por este Apellido, segun refieren el Miranda, *dando à entender avia en la Casa alguna cosa que darle, ò dexarle con este titulo.* Y la Comadre: *Porque eran sus vltimos Apellidos*, refiriendose à las oydas de el Miranda, *y queria que los tuviesse dicho Niño.*

Mem. num. 108.

Mem. num. 50.

Mem. num. 97.

26. Todo esto era vn artificio de el Miranda, para colorear, y desvanecer su cargo; como dize la Ley de Partida (40): *E algunos ay que lo facen assi por encobrir los yerros en que ellos son, queriendo echar el mal, que ellos ficieron, sobre otro.* Y como dixo vn Autor (41): *Y es Rectorica muy sabida de los delinquentes, como heredada de nuestros primeros Padres ::: culpar à otro para disculparse à sì*: cuya cautela se acredita de lo que dize Don Miguel Cevallos de averle assegurado Miranda, que el motivo de diferir el Bautismo, fueron discordias entre el Don Thomàs, y Doña Luysa, sobre el modo de poner la partida, y que dispuso se quedasse en blanco, *para despues ponerle el Padre*, y ni de todos los Autos resulta tal motivo para diferir el Bautismo, ni en la Partida se dexó tal blanco, pues desde luego se puso *por hijo de Padres no conocidos*; de lo que se persuade la falta de verdad en vn todo de dicho Miranda, sin otro motivo, que el expressado, y de cuyo viciado original se difundiò quanto deponen los testigos.

(40) *Lex* 55. *tit.* 5. *partit.* 1.

(41) Cuell. *de Indult. num.* 1315.

Mem. num. 162.

Mem. num. 108.

COMISIÓN PROVINCIAL DE MONUMENTOS ORIENTE

27. De que resulta vna poderosissima consideracion: Es cierto, que nuestros hechos manifiestan las intenciones, y son mas poderosos, que las palabras (42), consta de todo el Processo, y lo declara el Miranda, que èl fue quien assistiò al parto, quien dispuso el Bautismo, y se hallò presente á èl, pagò los derechos, visitaba al Ama, satisfizo la Comadre, y hizo otros muchos actos semejantes, que todos inducen el reconocimiento, assistencia, y afecto; pues por què teniendo actos tan claros, se ha de inclinar el animo à vna suposicion de el mesmo que los hazia, de que era de orden de su Amo? Disculpa que fomentò para encubrir el que era el Autor de todo.

(42) *L. Si tamen, §. Ei qui servum, ff. de edilit. edit. cap. 52. dilecti de appellat.* Tiraq. *de Nobilit. cap. 6. n. 9.* Pign. *tom. 9. cons. 73. num. 20.*

28. Lo que se califica de la razon, que dà para no ser Compadre del Niño, y que lo fuesse Don Bernardo Bayona dà por motivo, *el que no lo tuviesse otra persona en la Pila, porque no se sospechasse teniendolo en la Iglesia el declarante.* En semejantes casos siempre procura la concurrencia de los menos testigos (43); con que si por la confianza, que hazia su Amo del Miranda, le confiò todo este negocio, porque no se sospechasse, còmo avia de querer assistiesse otro testigo mas, quando se podia escusar con ser el Compadre el Miranda, y para quitar toda sospecha podia escusar aun de assistir, quando no era necessario por èl? Y si su Amo tenia la confianza del Miranda, que se articula por el Curador del Menor, es cierto, que correspondiò à ella, pues á todos dezia, q̃ era de orden de su Amo, como lo refieren los mas de los testigos.

Mem. num. 51.

(43) Isaias *cap. 29. vers. 15. Qui videt nos, & quis novit nos.* Ansald. *de Comert. & Mercat. disc. 27. in fin.*

Mem. num. 159. 161. 162. 163. y 166.

29. Con que no dexa duda, que escusando el no poner nuevo motivo para no cõtinuar la familiaridad en las casas de la Doña Luysa, no fue el Compadre, pues contraìa con la referida la cognacion espiritual (44), que le agravara su cargo.

(44) *Ex cap. 1. de cognit. spirit. in 6. cap. Veniens eodem. Lex 12. tit. 2. partit. 4.* Concil. Trident. *cap. 2. sess. 24. de Reform. Matr.* P. Anacl Reiffenst. *Theolog. Mor. tract. 14. dist. 13. quæst. 4. §. 10. n. 113.* P. Thom. Sanch. *de Matrim. lib. 7. disput. 54. n. 16.* P. Salmat. *tom. 2. tract. 9. cap. 12. punct. 2. n. 28.*

Mem. num. 159.

30. Maria Tello dize, que el papel lo traìa Miranda, y lo tomò en sus *manos otro hom-*

hombre, que acompañaba al Miranda para ser Compadre. Franciſco Lopez dize, que èl tomò el papel, ibi: *Cuyo papel tomò el teſtigo en ſu mano.* Eſte teſtigo no fue el Compadre: Con que vno, ù otro faltan á la verdad, ó los dos. Maria de Eſpinoſa dize, *cuyo papel viò le entregò à dicha Comadre*: Con que ni lo tomò el que avia de ſer Compadre, ni el Franciſco Lopez Raxadel, como lo dizen los dos teſtigos antecedentes. *Mem. num. 160.* *Mem. num. 163.*

31. La Maria Tello dize, que deſpues de averſe ido la Comadre con el Niño, y los demàs, reparó Doña Leonor Mancheno, *en que dicho Papel ſe lo avian dexado ſobre vn Contador*, y que yendo à llevarlo la teſtigo, *encontrò en la calle al referido hombre, que venia por èl.* Eſte hombre, ſegun el contexto de la declaracion, es el que avia de ſer el Compadre. *Mem. num. 159.*

32. Franciſco Lopez dize, que ſaliendo con la Comadre, *el teſtigo, el Don Bernardo, y el Miranda, y llevando eſte el expreſſado papel*: Con que no ſe olvidò, ni tuvo Maria Tello que irlo à llevar. *Mem. num. 160.*

33. De que ſe infiere la ſuposicion de ſemejante papel, y lo inveroſimil de eſte hecho; pues como dize Don Geronymo de Mora, teſtigo de la Probanza del Curador, ſi fuera cierto dicho papel, lo huvieran guardado, como inſtrumento principaliſsimo para la juſtificacion, que ſe pretendia. *Mem. num. 164.*

34. El Franciſco Lopez afirma, que la Maria Antonia fue con el Niño *debaxo del manto.* Y Maria de Eſpinoſa dize, que la Comadre *ſe entrò en vna ſilla de manos.* La Maria Tello dize, que iban à hazer el Bautiſmo *à la Igleſia de S. Andrès*, y donde ſe executò fue en la *Parroquial de San Nicolàs de la Villa.* Franciſco Lopez expreſſa, que fue teſtigo del Bautiſmo, *y le puſieron por tal en la partida*: y en la partida no conſta de tal teſtigo. *Mem. num. 163.* *Mem. num. 108.*

35. Maria Tello dize, que la Comadre fue primero à la Igleſia, y deſpues Miran-

randa, y el que avia de ser el Compadre, con esta expresion, *y al punto se fueron ambos*. Francisco Lopez, que fueron con la Comadre *el testigo, el Don Bernardo, y el Miranda*. Y Maria de Espinosa dize, que aviendose ido la Comadre en la silla de manos, saliò el Miranda para la Parroquia, *sin que con èl fuesse nadie*. Maria de Espinosa, y Pedro de Ossuna estàn tambien varios en otro particular; pues aquella dize, que la madrugada, que la Comadre llevò el Niño à sus casas, dixo era del Marquès de las Escalonias, *sin aver expressado la Madre*: y este afirma, que dixo era la Madre *vna moza, que se llamaba Luysica*.

Mem. num.163.

Mem. num.141.
Mem. num.140.

36. Juana de Priego para ponderar el recogimiento de la Doña Luysa dize, que en sus casas no entraba mas hombre que el D. Thomàs: casi en lo mesmo conviene Maria Tello, y resulta la entrada continua del Miranda; y Francisco Lopez Raxadel entraba no como quiera, sino *con toda llaneza*: y dize mas la dicha Juana de Priego, que hasta de los proprios criados que imbiaba *à dichas casas con regalos de dulzes, gallinas, y otras cosas, se recataba*. De este punto de regalos no ay mas que vn testigo, que es Juan Delgado, el que assegura, que el regalo que èl llevò con recado cortesano para Doña Leonor, y la Doña Luysa, lo que con efecto executò, y *recibieron*, lo que no es composible, con que se *recataba* de los que llevaban dichos regalos.

Mem. num.147.

Mem. num.148.

Mem. num.143.

Mem. num.128.

37. Demàs de la calidad de estos testigos, de que hablarèmos despues, con tantas inverosimilitudes, contradicciones, y variedades, de ninguna forma pueden merecer aprecio.

38 Concurre en estos testigos la singularidad obstativa, que en todo destruye su fé (45); y aunque se diga, que no es en lo substancial del dicho, es cierto, que quando son muchas, y repetidas las contrariedades, son de gravis-

(45) Farin. *de Testib. dict. quæst.64. n.5. & seqq.*

visima atencion, pues el que se olvida, y opone, aunque sea en las circunstancias, es verosimil que falte en lo demàs, y devilita la fé, è integridad del testigo (46).

(46)
Farin. *de Testib. quæst* 66. *num.* 26. Noguer. *alegat.* 26. *ex n.* 93.

39. Parece podia tenerse por circunstancia extrinseca, y que nada hazia à la subsstãcia del negocio principal, el que el atribuìdo delito à Susana, fuesse baxo de vno, ù otro Arbol, y esta variedad fue bastante para calificar la falsedad de los dos testigos, y se les castigasse como tales (47), y es el caso con que se prueba la singularidad obstativa (K), que es la mayor contrariedad, que se puede hallar en los testigos para el desprecio de sus deposiciones.

(47)
Daniel *cap.* 13.

(K)
Farinac. *de Testib. quæst.* 64. *num.* 5. Flor. Diaz de Men. *lib.* 3. *Var. quæst.* 22. *n.* 39.

40. Lo tercero, se funda el reconocimiento, en que el Don Thomàs diò para los gastos de Comadre, Ama que criaba el Niño, y los del Bautismo: sobre esto deponen Francisco Lopez, que expressa, que vna vez le dió el Don Thomàs dos pesos para el Ama: en cuyo hecho es vnico, y singular este testigo; los demàs deponen, que las dadivas eran del Miranda, y dezia se las daba su Amo, porque todo estriva en el dicho del Miranda, que por tantas razones no merece aprecio.

Mem. num. 154.

41. Y como queda dicho, es mas verosimil concurria à estos gastos por sì el Miranda, y no como mandatario del D. Thomàs, pues en la ocasion que refiere la Comadre, del trigo que le mandò dar el Don Thomás, dixo, *que à quenta del Miranda se lo diesse.*

Memor. num. 99.

42. Y lo quarto, se funda el reconocimiento, en que Doña Maria de los Rios recogiò el Niño, y lo puso en el Hospital de los Rios, y dió no sè que cantidades al Ama, que se le debian.

43. El que el reconocimiento de los parientes se tenga por verdadero reconocimiẽto, lo dize el Noguerol (48). Lo contrario funda el Alv. Pegas (49); pero conociendo el Noguerol lo debil de este argumento despues (50)

(48)
Alleg. 25. *num.* 79.

(49)
Dict. cap. 9. *num.* 10.

(50)
Num. 326. ibi: *Sicut Maiorãtus possessor nõ potest suo facto præiudicare successoribus, ita nec recognoscendo aliquæ consanguineum potest facere eum capacem successionis.*

advierte, que quando se trata de *re gravi*, y de perjuizio de Tercero, el tratamiento de los parientes no prueba cosa alguna, lo que persuade la razon; porque si el reconocimiento del Padre solo, como dirèmos en el num. 45. no es bastante justificacion para la succesion, y demàs intereses de la familia, menos lo podrà hazer vn transversal, y mas en las circunstancias de Doña Maria de los Rios, que se halla en vn Convento, sin otra noticia, que la que submiistrò la Comadre Maria Antonia, con cuyo error, y lo que le dixeron el Padre Zamora, y la Condesa de la Jarosa, diò orden à Don Juan de los Rios, para que cuydasse del Niño, y el que obra en algun supuesto errado, ò falso, no se puede dezir, que consiente, ni declara, antes sì no ay cosa mas contraria al consentimiento, q̃ la ignorancia, ò el error (51)

Mem. num. 79.

(51)

Avendañ. *de Censib. cap. 99. n. 9.* Escobar *de Ratioc. cap. 41. n. 34.* D. Paz *de Tenut. cap. 40. n. 55.* D. Salg. *part. 2. Labyr. cap. 10. n. 20.*

44. Y en personas de la calidad de Doña Maria de los Rios, cuya propensa inclinacion al bien, es precisso le estimulasse à hazer vna obra de caridad, no puede ser motivo, para que se induzca precisso reconocimiento de vn hijo de Don Thomás, lo que fue mero generoso, y piadoso animo (52), como lo dize en su declaracion: *Diò orden à Don Juan de los Rios, para q̃ cuydasse del referido Niño, y le criasse sin distinciõ alguna, ni como que era su sobrino* (53), cuya expresion es conforme à Derecho, por lo que merece el mayor aprecio (54).

(52)

S. Matth. *cap. 18. vers. 5.* ibi: *Qui susceperit vnum Parvulum talẽ in nomine meo me suscipit. Leg. fin. tit. 20. partit. 4.* ibi: *Los homes buenos, ò las buenas mugeres, que los fallan, muevense por piedad, è llevanlos dende, è criaulos, &c.*

Mem. num. 79.

(53)

D. Ram. *ad leg. Iul. & Pap. lib. 2. cap. 24. n. 5.* ibi: *Ex alimentarum exhibitione non sequi necessario, & precisè filium esse cui exhibita sunt cum potuerint etiam non filio exhiberi pietatis intuitu.*

45. No se puede dezir, que con vna prueba tan debil se pueda assegurar el Juizio, de que estè probado el reconocimiento, como se debe probar, ni que semejantes actos se puedan, ni deban tener por tal reconocimiento: resta otra no menor dificultad.

(54)

Cap. 1. de Donat. Cap. Grande, de Suplend. neglig. Prælat. Cap. Iam nunc 28. q. 1. D. Palac. Rub. *de Donat. § 9. n. 1.* Otalor. *de Nobil. 5. p. cap. fin. n. 14.* Escob. *de Ratioc. cap. 1. n. fin.* D. Solorz. *in Polyt. lib. 3. cap. 11. fol. 326.* versic. *Pero no por lo que.* Hermos. *in leg. 1. tit. 4 partit. 5. Gloss. 2. n. 7.*

46. La Ley de Toro, como dexamos dicho, pide por condicion el reconocimiento, con que este es precisso, que èl por sì no baste, por dos razones: La primera, porque la condicion es qualidad, que se allega al acto, ò dispo-

si-

ficion (55), y si por sì solo bastasse el reconocimiento, subsistiera la condicion, faltando lo demàs de la disposicion, lo que no puede ser, por no darse qualidad sin sugeto (56): Y la segunda, porque la Ley posterior se entiende, y interpreta por las anteriores, y nunca las corrige si expressamente no manda, ó dispone lo contrario (57): Es cierto, que por Derecho Comun la filiacion natural se probaba por el trato, y comunicacion de los Padres, y tener en su casa la Concubina con el trato, y crianza de los hijos; de todo esto solo reformò la Ley de Toro, el que no era necessario la tuviesse en sus casas, con tal, que reconociesse al hijo, por lo que en todo lo demàs quedò la disposicion del Derecho Comun en su fuerza, y vigor.

47. Y la razon es clara: porque los Padres por su confesion no pueden constituir la consanguinidad, ni filiacion que no ay (58), y para que pueda hazer prueba para otros efectos, y contra los demàs de la familia, debe constar clara, y evidentemente, y que no dexe razon de dudar, lo que no aparece de los Autos, y la filiacion natural la ha de probar el que se funda en ella (59).

§. II.

48. LA comunicacion ilicita, que se ha pretendido probar por el Curador, carece de toda prueba, mayormente para causa de esta gravedad, en la que los Señores Jueces deben atender la integridad, mayor excepcion, y calidad de los testigos (1): *Testium fides diligenter examinanda est, ideòque in persona eorum exploranda erunt in primis conditio cuiuscumque.* Como es materia odiosa, y pecaminosa no se presume, se deben probar las circunstancias, que proponen el Text. *in cap. Literis. Cap. Tertio loco, de Præsumpt. Cap. 27. de Testib.* y prueban muchos Autores (2).

La

(55)
Leg. 1. tit. 4. partit. 4 ibi: *Condicion tanto quiere dezir como pleyto, ò postura, que es fecha sobre otro pleyto.*

(56)
Lex eius qui in Provincia, § fin. versic. *Quoniam, ff. si cert. petat.* Gom. *in leg 17. Taur. n. 19.* vers. *Primò.* Carle. *de Iudic. tit. 3. disp 4 n. 20.* D. Salg. *de Reg Protect p. 2. cap. 2 n. 54.* Parej. *de Vniv. Fid. Instr. tit. 2. resol. 2. n. 50.*

(57)
Lex non dudum, ff. de Legib. Dom. Valenz. *consil. 141. n. 5.* D. Vela *disser. 5 à n 4. & disser. 9 n. 18 & disser. 37. n. 36.* D. Lara *de Anniv. lib. 1. cap. 11. à n. 44.*

(58)
Barbosa *in cap. Per tuas, de Probat. n. 4.* D. Valenz. *cons. 90. ex num 91.* Card. de Luca *de Fideicom. disc. 68. n. 5. disc. 69. n. 5. & disc. 193. n. 17. & 18.* Tell. Fern. *in leg. 11. Taur. n. 5.* Azeved. *in leg. 9. tit. 8. lib. 5. Recop. num. 13.*

(59)
Tello Fern. *in dict. leg. 11. Taur. n 4.* versic *Sic primò.* D. Castill. *tom. 5. Controv. cap 104. n. 2.* Alv. Peg. *dict. cap. 9. n. 455. 461. & 469.*

(1)
Ex leg. 3. ff. de Testib. Cap. 1. & 7. de Testib. Cap. 1. de Consang. & affin. Cap. 39. 2. q. 7. Cap Si testes 4. q. 3. Dom. Gonz. *in dict. cap. 1. de Cons. num. 2.* Card. de Luca *de Decim. disc 13. n. 8.*

(2)
Menoch. *de Arbitr. cas. 244. n. 8. & de Præsumpt. lib. 5. præs. 41. n. 12.* Didac. Perez *in leg. 2. tit. 15. lib. 8. Ordin. Gl. 3.* vers. *Quæri in super.* Azev. *in Rubr. tit. 20. lib. 8. Recop. n. 11.* Farin. *quæst 136. n. 171.* Barbos. *in dict. cap. Literis n. 2.* P. Thom. Sanch. *de Matrim. lib. 10. disc. 12. n. 45.*

Mem. num. 47. *y* 48.

(3)

Farin. *de Teſtib. q.* 68. *num.* 33. *&* *q.* 70. *n.* 145. Noguer. *alleg.* 26. *n.* 77. *alleg.* 32. *n.* 20.

(4)

D. Matth. *de Re Crim. controv.* 52. *n.* 5. Farin. *conſ.* 80. *n.* 20. ibi: *Quia dictum ſtupratæ non facit inditium contra aſſertum ſtupratorem.* Guacin. *de Def. Reor. def.* 4. *cap.* 6. *n.* 14. ibi: *Quia mulieri dicenti, ſe fuiſſe curnaliter cognitã, non ſolum non creditur quo ad veram probationem, ſed nec etiam ad inditium.* Bayard. ad Jul. Clar. §. *Stuprum, n.* 40. Fontan. *de Pact Nupt. Clauſ.* 5. *Gloſſ.* 5. *part.* 2. *num.* 82.

(6)

Dict. cap. 6. *num.* 14.

(7)

L. I. *ff. de Pœnis. L. Maximè, ff. de adm. Tutor. Cap.* 1. *de Frig. & maleſic.* ibi: *Si proclamare voluit, cur tandiu tacuit. Cap. Ex poſſuit de ditationib.*

(8)

Eſcob. *de Ratioc cap* 37. *n.* 6. verſ. *Ex quibus, & n.* 10. ibi: *Quod eſſet vrgentiſsima, & fortiſsima præſumptio, quod quis non potuiſſet reliqua invita debitoris, qui diu vixit, ſi poſtea ab hæredibus forte ignorantibus, & male informatis exigere affectaſſet.*

49. La declaracion de Miranda no dize nada de trato ilicito; porque ſolo expreſſa, que de orden de ſu Amo fue à las caſas de la Doña Luyſa, y que *tenia por cierto ſeria el Padre de dicho Niño*; lo que no prueba no dando la razon de por qué lo tenia por cierto (3), ademàs de lo dicho contra la fé de eſte teſtigo. La de la Madre del Menor, aſsi por la calidad de Madre, como porque en eſtas materias, como conſocia del delito, no haze prueba, y ſolamente algunos Autores han dicho, que merece fé en quanto à la qualidad de la virginidad, y quando trata de caſarſe con el eſtuprador, pero no en todo lo demás (4).

50. Es digno de notar lo que dize el Guacino (6), de que ſemejantes mugeres ſe arrojan con facilidad à atribuir eſtas culpas à los que no las han cometido, porque logran el tener Marido, que es el fin de ſu deſeo, ò el intereſſe de la dotacion.

51. Por eſta meſma razon ſe haze vna conſideracion, que deſvanece quanto de contrario ſe puede ponderar, y acredita el fingimiento de la aplicada filiacion del Antonio Alexandro à el Don Thomàs de los Rios. Nace el dicho Antonio Alexandro, y le entrega ſu Madre à Don Manuel de Miranda, eſte lo encarga à la Comadre, y de eſta paſſa al Ama, que lo crió, ſin que vna, ni otra conocieſſen otro aſsiſtente, que el tal Miranda; ſe caſa el D. Thomàs, y no ſe quexan, ni ſolicitan, que les aſsiſta, y reconozca al ſupueſto hijo; muere, y la Madre abandona ſu hijo, y la Comadre encargada de èl, idèa el valerſe de la caridad de Doña Maria de los Rios; hallò en ſu piadoſo pecho lugar la miſericordia, y con eſte principio la idèa de lo que nunca antes avian penſado (7).

52. Muerto el Don Thomàs, que cierto de la verdad, les pondria freno à ſu temeridad (8), ſe fomenta, ya por hazer menos indecoroſo ſu delito, quando le cometiò con

per-

persona de las circunstancias del Don Thomás, ya por establecer à su hijo por rama de Casa tan ilustre, y al mesmo tiempo conseguir alimentos para mantenerse Madre, è hijo; à lo que conviene con gran propriedad lo que dize el Guacino en el lugar citado, ibi: *Si staretur assertioni mulieris Beatæ essent istæ mulierculæ, pauperes, quia ex earum attestatione aut ducerent virum quem vellent, aut dotem consequerentur.*

53. Las proprias inconsequencias, y falta de verdad de la Doña Luysa en sus declaraciones, acredita mas la suposicion. Dize, que viviendo en las casas Calle Marroquies la solicitò, à lo que *condescendiò voluntariamente, hallandose en estas razones presentes solamente la declarante, y el Don Thomàs.* En otra declaracion expressa la comunicacion, *de que quedò embarazada, por lo que para cohonestar el estado en que se hallaba, lo participò à la Doña Leonor su Madre.* Y en la primera declaracion, *hasta que se mudò la declarante con su Madre à vnas casas frente de la Parroquia de San Andrès :::: continuò con la dicha comunicacion ilicita, y de ello resultò à poco de averse mudado el hallarse embarazada :::: pues antes estaba ignorante la referida* (la Madre) *de quanto passaba.*

Mem. num. 5.

Memor. num. 58.

Mem. num. 5.

Mem. num. 58.

54. La Madre se opone en todo à esta declaracion; porque afirma, que viviendo en la Parroquia de Santa Marina (que es la Calle Marroquies) fue la solicitud del Don Thomàs, y que se opuso esta declarante, y su hija, *y que se valiò de amenazas, que fueron tantas, que vsò de armas.* Con que la Madre lo supo desde el principio, y la Doña Luysa no *condescendiò voluntariamente* como dize. Y que la Madre fuesse noticiosa viviendo en las casas Parroquia de Santa Marina, lo dize Juan de Priego.

Mem. num. 125.

55. Expressa la Madre como sucediò el primero lance: con que es falso lo que dize Doña Luysa, de q̃ sucediò *hallandose en estas razones presentes solamente la declarante, y el Don*

Mem. num. 59.

Thomàs. Continùa, de que la noticia del preñado la tuvo la Comadre, la dicha su Madre, y *despues por el mismo D. Thomàs*, y la Comadre: no dize, q̃ el D. Thomàs le hablasse, *y que nunca vido en ellas* (las casas de la Doña Luysa) *al D. Thomàs.*

Mem. num. 5.

Mem. num. 96.

56. Afirma la Doña Luysa, que no ha tenido otro embarazo *mas que la que dexa declarado tuvo vn hijo.* Si esto es cierto, no es de quien hablò el comunicado con el Padre Zamora, porque avia dos hijos primero, y segundo. Y si huvo dos, como deponen otros testigos, falta à la verdad la Doña Luysa, y no tuvo otro motivo para llevar adelante el fingimiẽto del supuesto hijo del Don Thomàs, que el *averle estrechado su necessidad* (9): *Duo rogavi te, ne deteges mihi, antequam moriar, vanitatem, & verba mendatia longe fac à me mendicitatem, & divitias ne dederis mihi, tribue tantum victui meo necessaria, ne forte satiatus illiciar ad negandum, & dicam, quis est dominus, aut egestate compulsus furer, & per iurem nomen Dei mei* (10) *propter inopiam multi delinquerunt. Porque probredad* (como dize vna ley de Partida (11)) *trae à los omes à grãd cobdicia, que es raiz de todo mal.*

Mem. num. 6.

Mem. num. 115.

Mem. num. 40. y 98.

Mem. num. 9.

(9) Prov. cap. 30. vers. 7. & seqq.

(10) Eccles. cap. 27. vers. 1.

(11) L. 2. tit. 9. part. 2.

57. Y por esto se atrevió à dezir, *que al tiempo de averlo expressado al Padre Missionero, se hallaron presentes la Condesa de la Jarosa, el Marquès del Villar, y otras personas que expressa*, lo que es vna notoria animosidad, porque fue en Confesion (si fue), y ninguno de los citados dize tal cosa, antes sì lo contrario.

Mem. num. 9. in fin.

58. De que el Don Thomàs se quedasse à dormir con Doña Luysa, y observassen algunas circunstancias de actos proximos, solo lo deponen dos testigos, que son, Juana de Priego, y Maria Tello su hija, sirvientes en las casas de la Doña Luysa: la primera expressa las entradas del Don Thomás, y quedarse de noche en las casas; pero nunca depone, que viesse otras expresiones, que induxessen immediatamente el trato ilicito, segun el dicho Capitulo,

ibi:

ibi: *Solum cum sola, nudum cum nuda in eodem lecto iacentes* (12).

(12) *Ex dict. cap. Literis.* Noguer. *alleg. 24. num. 115.*

59 Notamos en este lugar, que siendo la Maria Tello de estado Donzella, para quedarse en las casas de la Doña Luysa la Madre le esseguró, *que era vna familia muy buena, y aparente para su estado de Donzella*: siendo assi, que, ó la Madre avia notado por cierto lo que dize en su declaracion, *de que no le quedò la menor duda, en que ambos trataban ilicitamente*, ò no? Si lo primero, què calidad de Madre será esta, que dexa à su hija de estado Donzella en vna casa, donde la dueña consentia, que su hija tuviesse vn trato ilicito, qué permitiria à las criadas? Y què buena sencillez para assegurar à la Maria Tello era vna casa *aparente para su estado*? y si no lo creyò, y tenia á la Doña Luysa, y su Madre por de buenas costumbres, y sin nota alguna de mal exemplo: faltò à la verdad en la dicha declaracion.

Mem. num. 126.

Mem. num. 125.

60. Dicha Maria Tello se reduce assimesmo à las entradas, y salidas de el Don Thomàs, quedarse de noche en las casas, y que oìa se requebraban, *y comprehendia otras razones, y acciones, con que quedò enterada en que trataban ilicitamente.* El testigo para merecer aprecio, debe dar razon de su dicho, de las cosas que comprehende, por vno de los cinco sentidos (13), y à los Señores Juezes les toca el hazer juizio para la decision, y no al testigo (14), expressando lo que ha oydo, ò visto, sin exceder en otra cosa: con que estas testigos debieron dezir las vozes, y palabras que oyeron, que es lo que les pertenecia; pues pudiendo ser vozes indiferentes, y que las aprehendieron en el sentido culpable, puede ser que los Señores Juezes las entendiessen quando mas indiferentes, como admirablemente dixo Plinio (15): *Varia sunt hominum iuditia, variæ voluntates: Indeque eandem causam simul audierunt: Sæpè diversum: interdum idem: sed ex diversis animi motivus sentiunt.*

(13) *Leg. 26. tit. 16. partit. 3* Bobad *in Polyt. lib. 5. cap. 1. n. 72.* Vel. *de Delit. de mod. proced. cap. 8. n. 10.* Escobar *de Pur. part. 1. quæst. 6. §. 4. à n. 12. & part. 2 quæst. 3. n 78.*

(14) *L. 3. ff. de testib.* ibi: *Tu magis scire potest.* Nog. *alleg. 26. n. 27.*

(15) Jann. *lib. 1. Epist. 20.*

Que-

(16)
L.13. C. de testib.

(17)
Carlev. *de Indit. tit. 2. disp. 3. n. 28.*

(18)
Ex dict. sup. n. 15. Noguer. *alleg. 24. n. 113.* ibi: *Singularitas diversificativa lacerat probationes quia eas dividit.* Gut. *lib. 3. Pract. quæst. 12. n. 7.*

(19)
Gut. *dict. quæst. 12. per tot.* Guacin. *Defens. Reor. defens. 33. cap. 14. n. 16.* Nog. *alleg. 12. n. 180.* Gom. *tom. 3. Var. cap. 13. n. 18.* Cortiad. *decis. 98. num. 34.*

(20)
L. 6. tit. 14. partit. 3. ibi: *O mozo menor de catorze años, ò muger. L. 1. & 2. §. 1. & 2. ff. ad S. C. Vell. Lex 25. §. 1. ff. de Probat.* Tiraq. *ad leg. Corn. Gloss. 1. p. 1. n. 71. & seqq. vbi refert.* D. Hieron. *in Repub. Monach. ad Eusthoch. cap. 16.* ibi: *Debilis est nimium sexũ, quem peritis, ac fragilis, ac mobilis si suo relinquatur arbitrio. Et in Epist. ad Demtriad.* ibi: *Quanto magis in fœminis quarum mutabilis fluctuãsque sententia si suo arbitrio relinquatur cito ad deteriora delabitur,* Tacit. *lib. 3 Ann.* ibi: *Sibi sexum natura invalidum.* Virgil. *lib. 4. Æneid. Varium, & mutabile semper fœmina.* Calfurn. *Eclog. 3. Movilior ventis, ò fœmina!* Alb. Tibulf. *lib. 3 Eleg. 14. Ab crudele genus nec fidum fœmina nomen. Ah! pereat didicit fallere si qua virum. Sed flecti poterit mens est mutabilis illi.* Cyriac, *Controv. tom. 4. controv. 605. num. 36.*

Mem. num. 98. y 138.

(21)
Cap. Forus 10. de verb. signif. Gom. *tom. 3. Var. cap. 12. n. 13.* D. Gonz. *in cap. 3. de Testib. n. 3.* Farin. *de Testib. q. 59. n. 4. 37. 49. & seqq.*

(22)
L. 3. ff. de Testib. ibi: *Vel egens sit. Lex 8. tit. 16. p. 3.* libi: *Ni ome muy pobre, è vil.* Noguer. *alleg. 23. n. 81.*

(23)
En su Polyt. lib. 2 cap. 28. vers. En tercero lugar, fol. 234.

61. Queda en la prueba presumptiva de dos Mugeres toda la justificacion del trato ilicito. En toda la prueba de testigos se requiere la mayor advertencia en calidad de sus personas, la integridad de sus dichos, y las razones en que se funde, para el aprecio de las deposiciones; porque, como se ha experimentado, y experimenta tanto en esta materia, *testium facilitate, per quos multa veritati contraria perpetrantur* (16), es preciso para que merezcan aprecio estas, y otras muchas circunstancias, que se infieren de los Textos, y Autores. (17).

62. Son testigos singulares, porque la vna depone de vn tiempo, y la otra de otro, y assi no hazen plena prueba (18) para la plena justificacion debe aver à lo menos dos testigos conteстes de vn proprio hecho, tiempo, y lugar (19).

63. Concurre el que la muger por su sexo no es testigo de mayor excepcion (20), y assi se advierte en el Derecho, y dixeron muchos Autores, y el Farinacio (21), ibi: *Cum fœminam mendacem, fallacem, perjuram, dolosam, mutabilem, fragilem, variam, corruptibilem, &c.* Con la tacha de pobres, que no es el menor reparo para su aprecio (22), y con la presumpcion de ser habladas, y persuadidas, y amenazadas de la Doña Luysa, como lo hizieron con la Comadre, y Cathalina de Leyva; y à este assumpto dize bien el Señor Solorzano (23): *Como personas, que no hazen bastante concepto de la fuerza del juramento, ni de la obligacion de dezir verdad, y deponen de ordinario en la forma, que los instruyen, ò persuaden.* En estas buenas calidades de dos mugeres, estriva toda la prueba del trato ilicito, para vna materia de la gravedad, que se trata en este pleyto.

64. Hase querido adminicular este trato ilicito, con la deposicion de Juan Delgado, el que es testigo singular en lo que refiere; pero lo que notamos es la inverosimilitud de

lo

lo que depone, que se haze indigno de fé (24), refiere, que fue à llevar vnas Aves, y vn poco de chocolate de orden del Don Thomàs, y que en distintas ocasiones fue solo de orden de su Amo à llevar diferentes regalos, y siendo tan repetidos, y que en esto (aunque materia indiferente, pues pueden hazerse con otros respectos) podia fundar el Curador, y la Doña Luysa vn indicio de la comunicacion, ni esta, ni Miranda dizen de tales regalos, ni asistencias por mano de este criado, ni otro, pues todas se reducen à las que hizo Miranda, cubriendose con la sombra del Don Thomàs para executarlas; y aunque Juana de Priego refiere, *que embiaba regalos de dulces, gallinas, y otras cosas*, està notada de su falta de verdad, y se salva con que lo hiziesse el Mirãda, diziẽdo era de ordẽ de su Amo.

(24) *Ex dict. supr. num. 23.*

Mem. num. 147.

65. Ana Lopez depone tambien de dos, ò tres casos especiales, en que no concurriò otra testigo, ni de ellos se puede inferir mas, sino de que encontrò en vna ocasion al Don Thomàs en el zaguan solo, y que en otras ocasiones lo oyò hablar con la Doña Luysa.

Mem. num. 129.

66. Don Geronimo de Mora està contra producentem, como de su propria declaracion se reconoce. Martina Josepha solo depone de aver visto al Don Thomás en las casas de Doña Luysa, no depone de conocimiento de el Don Thomàs, pudo engañarse en el aprecio de la persona, ò siendo otro, oirle nombrar assi por desmentir el conocimiento.

Mem. num. 130.

67. Pero lo cierto es, que esta testigo falta à la verdad; porque citando à Doña Ana de Aguilera à quien servia, y en cuya assistencia iba à dichas casas, depone lo contrario, y desvanece en vn todo el dicho de la referida Martina Josepha (25).

(25) Conciol. *Resol. Crim.* verb. *Testis quoad dicta, resol. 2. n. 1.* ibi: *Testis qui datalium in contestem, nullam facit probationem, si vocatus incontestem negat id ad quod vocatus est.*

68. Doña Cathalina de Leyva depone aver visto al Don Thomàs en las casas de Doña Luysa, *y que no viò cosa en el Don Thomàs, ni la Doña Luysa, que le causasse motivo para dis-*

Mem. num. 135.

currir en razon de las particularidades, que expressa la pregunta, de averla solicitado, y galanteado, y si solo le pareciò, que el susodicho la tenia mucho apego; refiere aver hecho vnas caderillas para la Doña Luysa, *y que viò al Don Thomàs en ellas vna noche, y reparò, que la Doña Luysa tenia puestas las caderillas, y que escupia mucho, por lo que hizo juizio, de que se hallaba embarazada, y que seria del Don Thomàs, por no aver visto comerciasse dichas casas otro hombre.*

69. El juizio del testigo es de ningun aprecio, como dexamos dicho (26), y quãdo no ay probable fundamẽto, es vna temeridad despreciable (27): cõcurre en esta testigo la poca firmeza, que ay en todas las mugeres en dezir la verdad (28). Dixo ante la Justicia el lance de aver visto al Miranda varias vezes, y en la forma que expressa en las casas de Doña Luysa, *en cuyo tiempo, ni en muchas concurrencias, que tuvo en dichas casas, no viò en ellas al Don Thomàs.* Contrario à lo que dixo ante el Receptor de aver visto al Don Thomàs, y no comerciarse otro hombre en dichas casas; y segun Derecho, se debe estar à la primera declaracion (29), en la que con efecto se ratificò ante el Receptor, y cõ asistencia del Corregidor de dicha Ciudad.

70. Francisco Lopez Raxadel, de quien hemos hablado, refiere viò en vna ocasion al Don Thomàs en las casas de Doña Luysa á la pregunta segunda, que era la propria, que se hizo para probar el trato ilicito; y à la pregunta tercera (*Mem. n.* 149.) añade, que se impuso en la comunicacion ilicita, siendo assi, que esta expresion donde tocaba, era en la pregunta antecedente, y bolvemos à repetir lo que diximos (30), de que tratandose este testigo con tanta llaneza en dichas casas, no es mucho que con animosidad deponga lo que no viò, ni ay testigo alguno que convenga en este mesmo lance, y el dezir, que entraba con *toda llaneza*, expressa vna recomendable amistad,

(26) *Ex dict. num.* 59.

(27) *L.* 53. *tit.* 5. *part.* 1. *in fin.*

(28) Farin. *de Testib. quæst.* 69. *n.* 4. *ex dict. num.* 62.

Mem. num. 73.

Mem. num. 135.

(29) *L.* 30 *tit.* 16 *p.* 3 *cap. Item qui falsa* 4. *q.* 3. D. Valenz. *cons* 102. *n.* 14. *& n.* 20. D. Covarr. *lib.* 2. *Var cap.* 13. *n.* 8. *vers. Tertium est.* D. Larr. *alleg* 95. *n.* 7. *&* 8. D. Vela *dissert.* 38. *n.* 74.

Mem. num. 138.

(30) *Numer.* 36.

tad, la que es tacha en la persona de el testigo (31), por lo que, y ser singular, no haze fé.

71. D. Pedro de Angùlo dize, que vna noche viò entrar en las casas de Doña Luysa al Don Thomàs solo, y à cavallo, en que es singular; pues el criado, que de estas idas à cavallo depone, dize, que iba èl con su Amo: reparamos el que no dà razon de el conocimiento, y siendo á las diez de la noche, es preciso la dè, para que mereciesse fé su deposicion (32). *De oydas à varias personas, de cuyos nombres no haze memoria*, le constaba el galanteo, y aver gozado à la Doña Luysa: lo que no es de atencion alguna, como dize la Ley de Partida (33) ibi: *Tal testimonio no debe valer, porque el testigo depone de oydas.* Y à este testigo le conviene lo que dixo Tacito (34): *Adeo maxima quæque ambigua sunt dum alij quo quomodo audita pro compertis habent: alij verò in contrariũ vertunt; & gliscit vtrumque posteritate.* Este testigo afirma viò desmontarse del Cavallo al D. Thomàs en el zaguan (se afirma, que la casa no lo tiene). Solo Juan Delgado expressa la assistencia à su Amo quando iba à cavallo à dichas casas; y Maria Tello dize, que era *mula*. Quien compondrà tanto conjunto de inconsequencias, y variedades?

72. Don Juan Romero dize aver visto en tres ocasiones entrar al Don Thomàs en dichas casas, y otras al Miranda, viviendo en la Parroquial de San Pedro; y segun las declaraciones de Doña Luysa, y demàs testigos, toda esta comunicacion, y entradas fue en dos casas Parroquias de Santa Marina, y S. Andrés. Este testigo quiso adelantar lo que no sucediò, y por no cansar mas la atencion de V.S. nos parece, que en poco, ò nada se hallan vniformes los testigos, y baste lo dicho, para el juizio de la ninguna verdad que tratan.

73. Aun sobre la identidad del hijo, y que sea el mesmo que litiga, no ay mas pruc-

(31) *Leg. 8. tit. 6. lib. 4. Recop. O amigo de de alguno de las partes. L. 3. ff. de testib.* ibi: *Vel amicus sit pro quo testimonium dat. Cap. Si testis,* vers. *Si testium 4. q. 3. Cap. Quator 11. quæst. 3. Cap. Quoties de testib.* Farin. *de Testib. quæst. 55. n. 233.* Noguer. *alleg. 26. n. 41.*

(32) Gom. *tom. 3. Var. cap. 12. n. 10.* Conciol. *Res. Crim.* verb. *Testis quoad dicta res. 5 num. 1.* ibi: *Testis deponens de gestis noctis tempore non probat, nisi deponat, quod Luna lucebat, vel quod aliquod aliud lumen artificiale aderat, cũ sensus visus, vt possit operari indigeat lucet.*

(33) *L. 28. tit. 16. partit. 3.* Nog. *allegat. 24 n. 138. 139. & 140. & alleg. 25. num. 38. & 47.*

(34) *Lib. 2. Ann.*

Mem. num. 126.

Mem. num. 145.

prueba que la Comadre, y Maria de Espinosa, aquella interessada, pues fue la primera, que ideò la maxima de reconvenir à Doña Maria de los Rios con el supuesto Niño, para que la socorriesse; y la segunda el Ama, que lo ha criado, que es suficiente tacha para su exclusion (35), y estar varia, y contraria en sus deposiciones, por lo que se le ha castigado.

(35) Noguer. *alleg.* 23. *num* 82. *Mem. num.* 142. *y* 270.

74. De que el nacido aquella noche fuesse hijo de Don Thomàs no ay mas prueba, que dezirlo Doña Luysa, y de esta passar à la Comadre, y demàs testigos, que lo deponen, porque ni aun el Miranda puede con verdad afirmarlo.

75. No nos detenemos en lo demàs, que resulta de los Autos, y la superior probanza, que se ha hecho por Doña Maria de los Rios, assi en el numero, como en la calidad de los testigos, que debe vencer la hecha por dicho Curador (36). Y passando à la instancia de Revista, no se hizo articulo por el Curador, que se termine à lo articulado en la primera Instancia, sino en quanto à la honestidad de la Doña Luysa, y que por el Marquès de las Escalonias se han querido persuadir los testigos: lo que carece de prueba legitima, y nada conduce à la prueba de reconocimiento, y certeza de la filiacion alegada.

(36) Alvar. Peg. *dict. cap.* 9. *num.* 486. *vers. Verum quid quid.*

76. De todo lo qual se infiere, quan debil, é ineficáz es la prueba, en que se funda dicho Curador, y siendo de su obligacion el justificar la qualidad de la filiacion natural, como dexamos dicho (37), ha de ser *munita idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indicijs ad probationem indubitatis, & luce clarioribus expedita* (38).

(37) Num. 4. & 47.

(38) Leg. fin. C. de probat.

77. La ingenuidad (que se vnivoca tanto con la Nobleza, y causas de estado (39), que estriva como precisso presupuesto en la indubitada filiacion para probar su origen (40)) tuvo tan especial razon para su prueba, que pre-

(39) D. Covarr. *Pract. cap.* 18. *num* 6. D. Crcsp. *observ.* 23. *num.* 37.

(40) Garc. *de Nob. Gloss.* 20. *num.* 7.

viene

viene el Derecho, que solo la de testigos no baste: *Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt* (41), y por Regla general los testigos solos no adminiculados, no son suficientes (42).

(41) *Leg. 2. C. de testib.*

(42) *L. 4 C. de testib.* ibi: *Sola testationi prolatam, nec alijs legitimis adminiculis causam aprobatam nullius esse momenti.*

78. Los presentados por dicho Curador no solo no estàn adminiculados, sino es que padecen los reparos de no ser testigos de mayor excepcion, inverosimiles, contrarios entre sì, tachados, y sospechosos, desvanecidos con la superior probanza hecha por Doña Maria de los Rios, y vltimamente quando los adminiculos les avian de servir para corroborar los dichos, los tiene todos en contra.

79. Lo primero: porque aquel papel que se dize escriviò Don Thomàs para el Bautismo, no parece, para comprobar vn hecho tan notable.

80. Lo segundo: la Fè de Bautismo en que se dize, que fue Compadre Pedro de Ossuna, que seria vn grave documento para probar, que fue del segundo, y no del primer parto, no aparece, y quando mereciesse algun aprecio el supuesto trato del Don Thomàs, es poderosissimo argumento de q̃ el muerto es el hijo q̃ se le attribuye, por tres razones: La primera, porq̃ como notamos en la declaraciõ de D. Miguel de Cevallos, Miranda le asseguròo, que se dexò el nombre en blanco: La segunda, de que afirman se le añadiò al bautizado el apellido de *Leyva*: y la tercera, que en ella fue testigo Francisco Lopez Raxadel. Tres notables circunstancias, que resultan de la probanza del Menor, y ninguna concurre en su Bautismo: Luego no es el que se bautizò à titulo de hijo de Don Thomàs.

Mem. num. 263.

Mem. num. 162.

81. Lo tercero: que en tanta frequencia, comunicacion, ofertas, y dadivas que hazia el Don Thomàs à la Doña Luysa, que se le quiere figurar su esposa, no se halla vna prenda conocida del Don Thomàs, que sirviesse de

comprobacion de su afecto, y trato (43).

82. Lo quarto: el averse casado D. Thomàs, y aun despues de muerto, y no aver hecho la Doña Luysa la menor diligencia, por medio de alguna persona Religiosa, ò de otra autoridad, para que se le socorriesse, y quedasse reconocido su hijo, pues aun aquella corta diligencia, que se hizo con Doña Maria de los Rios, fue de voluntariedad de la Matrona, y estimulada de su necesidad; pero la Doña Luysa nunca tuvo aliento para hazer tal proposicion, hasta formados ya los Autos.

83. Lo quinto: porque regularmente los vezinos son los mas noticiosos, y sabidores de las entradas, y modo de portarse de sus vezinos (44), no ay testigo alguno de esta calidad, que de sus deposiciones, y personas persuadiessen vna verosimil, y sencilla verdad.

84. Y lo sexto: porque cessando la causa, es consiguiente cesse el efecto (45), se dà por motivo para las entradas, y asistencias del Miranda en las casas de Doña Luysa, el mandato de su Amo, falta este, y Miranda no dexa de continuar su amistad: Luego es la presumpcion que entrò desde el principio, y continuó por su proprio interès, y no por el ageno.

85. Y debiendo siempre ser desatendida la prueba inverosimil (46), y que vnas presumpciones desvanecen otras, y las mas poderosas vencen (47), no tiene duda, que desde el principio se halla el intento del Antonio Alexandro desvanecido, inverosimil, despreciable, y sin ningun apoyo legal, ni prudente.

86 El reconocimiento del Padre en vn fundamento tan debil, y despreciable, como el del Misionero, manifestando vn comunicado en confesion, en lo que no merece ser atendido (48), que aun de licencia del Penitente, es muy dudoso si puede declararlo, y no falta Thomista que resuelva, que no se puede vencido de la veneracion del Sacramento (49), y

quan-

(43)

Genes. *cap.* 38. *vers.* 18. ibi: *Annullum tuum, & armillam, & baculum.* Vers. 25. ibi: *De viro cuius hæc sunt concepit: cognosce cuius sit annullus, & armilla, & baculus.*

(44)

Argum. Text. in leg. Filium enim 6 ff. de his qui sunt sui vel alien. iur. Cap. Cum dilect. 11. de Purg. Canon. Cap. Quanto de præsumpt. Costa *de Iur. & Fact. Ign. inspect* 73 n 9 Menoch. *de Præsumpt. lib 6. præsumpt.* 24. Mascard *de Probat. lib.* 3. *concl.* 1413. *n.* 1. *& seq.* D. Valenz *cons.* 105. *n* 82. Peg. *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 9. *n.* 486. vers. *Vehemens est.* Cevall. *Comm. contr. Comm. quæst.* 808. *n* 26.

(45)

Cap. Cum Cessante 40. *de appellat.*

(46)

Ex dict. supr. num 23.

(47)

L. 25. *ff. de probat.* Parej. *de Vniv. Instr. Edit. tit.* 1 *resol.* 3. § 2. *n.* 30. ibi: *Et in concursu præsumptionum, sicut plures superant pauciores::: & fortiores vincunt debiliores.* D. Castill. *lib.* 4. *Contr. cap.* 23 Menoch. *de Præsumpt. lib.* 1. *præsumpt.* 30. *à n.* 1. D. Salg *p.* 2. *de Retent. Bull. cap.* 34 *n.* 190. *& seqq.*

(48)

Menoch. *lib.* 6. *præsumpt.* 95. *n* 2. D. Covarr. *in Epitom. de Sponsal. p* 2. *cap.* 8. §. *vltim. n.* 23. vers. *Imo, & si Sacerdos.*

(49)

Durand. *Sup. Mag. Sentent lib.* 4 *dist.* 21. *quæst.* 4. *n.* 9. ibi: *Quantum ad tertium an de licentia confitentis possit Sacerdos dicere id quod audivit in confessione, dicitur communiter quod non, quia si non valet licentia Papæ, neque totius Ecclesiæ, multo minus licentia privatæ personæ maximè cum celatio confessionis sit de Iure Divino.* Respondiendo à los argumentos dize n. 11. ibi: *Aut secundum dicendum, quod sicut confitens potest per se ipsum revelare peccata, quæ dicit in confessione ita potest per Sacerdotem si dicat extra confessionem, sed non dando solum licentiam cum hoc sit in præiuditium Sacramenti.*

quando pueda para el Fuero contencioso, ha de ser con las prevenciones, madurèz, y reflexa q̃ queda notado (50), todo lo que faltò en el caso presente, debiendo concurrir el que sea persona de toda integridad, conciencia, y acreditada cõducta (51), no se ha probado en este pleyto del Missionero, ni se probarà, por lo despues acaecido en su persona, y lo que es suficiente, para aun quando huviesse expressa aprobacion de la persona por la Parte, no le pudiesse perjudicar para la repulsa (52).

87. Por no concluir cosa assertiva, y clara la declaraciõ de dicho Missionero, era del todo de ninguna atencion, porq̃ el reconocimiẽto del Padre, ò consanguineo, debe ser expresso, è indubitado de la persona (53): y si *quæcumq̃ enim scripta sunt ad nostram doctrinam scripta sunt* (54): en el reconocimiento de la Filiacion mas venerable se demostrò con el adjectivo demonstrativo: *Hic ex Filius meus dilectus* (55), para que no quedasse la menor duda à nuestra enseñanza, y creencia (56), y el consanguineo que tuvo indubitada certeza de la Luz, la señaló con el dedo: *Ecce* (57), para que en ninguna forma quedasse equivoca, ni dudosa la verdad.

88. La comunicacion ilicita con vna prueba tan despreciable como dos mugeres de la calidad referida, sin que aya otro testigo idoneo, ni adminiculos, que la coadiuben, para que se tenga por probada en punto de esta gravedad, atendidas todas sus circunstancias, se reconoce no concurre à semejante prueba las calidades de apreciable (58): *Confirmavit.*

89. Siempre se ha reconocido grandissima diferiencia entre el que la comunicacion la tiene con la concubina *retenta in domo*, à la que no lo està; porque en el primer caso el hijo nacido se presume de aquel trato; pero en el segundo se necesita de mas prueba, y es precisso concurra la nominacion, ò reconocimiẽto à favor del hijo. El frequẽte trato ilicito, fama de

(50)
Ex dict. supr. à num. 12.

(51)
Pignat. *tom. 7. cons. 54. n. 11.* ibi: *Præsertim probo.* Menoch. *lib. 6. Præsumpt. 95. in fin.* ibi: *Quando constaret Sacerdotem non esse satis non estæ, & probatæ vitæ.* P. Emm. Rodrig. *Quæst. Regul. tom 2. quæst. 35. art. 1.* ibi: *Quod Sacerdoti bonæ famæ, & honestæ vitæ.... sed potius qualitas confessoris, & pœnitẽtis coniecturam augebit, aut minuat.*

(52)
P. Thom. Sanch. *de Matrim. lib. 7. disp. 113. n. 9.* ibi: *Quod si quælibet pars suum artis peritum eligat, quælibet poterit asse electum recusare ex nova causa supervenienti ac tunc denuo cognita.*

(53)
Cap. Per tuas de probat. ibi: *Ipse tuum filium publice recognoverit.* Mascard. *de Prob. concl. 789. n. 36. concl. 790. n. 7. & 11.* Grat. *discept. 135. n. 45.* Barb *in dict. cap. Per tuas n. 4.* Garc. *de Nob. Gloss. 20. n. 6.*

(54)
D. Paul. *ad Roman. cap. 15. vers. 4.*

(55)
Matth. *cap. 3. vers. 17* Marc. *cap. 1. vers. 11. cap. 9. vers. 7.* Luc. *cap. 9. vers. 35.*

(56)
P. Guevara *in cap. 1.* Matth. *vers. 2. observ. 4. n. 2* ibi: *Illius divinam naturam humanæ vnitam sanctit tunc aperire hominibus pater.* Et postea: *Vnde infero duplicem filij generationem in patre constituendam esse ::::: à teram temporalem, qua abore, & vocè patris ad communem omnium notitiam prodijt.*

(57)
Ioann. *cap. 1. vers. 29.*

(58)
L. Ob carmen, §. 3. ff. de testib. ibi: *Confirmavitque Iudex motum animi sui, ex argumẽntis, & testimonijs, & quæ rei aptiora, & vero proximiora esse compererit non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, & testimonia; quibus potius lux veritatis adsistit.*

de la filiacion, alimentos, y otras conjeturas, que funda el Alvar. Pegas (59), solo son suficientes para pedir alimentos al Padre natural; pero no para otros efectos en perjuizio de Tercero, que debe probar, no solo el trato, sino es el que no pudo tener la madre comunicacion con otro hombre (60), y por esto nuestra Ley del Reyno quiso, y puso por precissa condicion, y requisito el reconocimiento claro, y expresso del Padre.

90. Y no concurriendo en la prueba del dicho Antonio Alexandro, ninguno de estos requisitos, con la debida solidèz, y apoyo en materia tan grave. Suplica à V.S. Doña Maria de los Rios, sea servido de reformar la Sentencia de Vista, absolviendola de la demanda de Antonio Alexandro, y denegando la declaracion de hijo natural de Don Thomàs de los Rios, que pretende. Salva in omnibus V. D. C.

Lic. Don Christoval de Espinosa Ocampo.

(59) *Dict. cap. 9. n. 486. vers. Qua de causa.*

(60) Num. 493. ibi: *Secundum requisitum sit, quod non solum cohabitatio probetur cum accessu libero, imo vlterius requiritur probatio, quod tunc temporis mulier illa non accesserit ac alium mirum::::: Et testes deponere debent talem mulierem accessum habere non posse ad alium quin ipsi vidissent.*



POR

EL MARQUES DE ESPINARDO, CORONEL de Infanteria, Corregidor de esta Ciudad de Granada, y Superintendente General de todas Rentas Reales, y Servicios de Millones de ella, y su Reyno.

EN EL PLEYTO,

QUE CON EL SIGUE EL CONDE DE MIRANDA, Duque de Peñaranda, vezino de la Villa, y Corte de Madrid.

SOBRE

LA REIVINDICACION DE CATORCE MIL MARAVEDIS de renta, crecientes, y menguantes, en vna Dehesa llamada de Carija, Termino de la Ciudad de Merida.

Impresso en Granada Año de *En la Imprenta Real.* 1740.



POR

EL MARQUES DE ESTINARDO, CORONEL
de Infantería, Corregidor de esta Ciudad de Granada, y
Superintendente General de todas Rentas Reales, y
Servicios de Millones de ella, y
su Reyno.

EN EL PLEYTO,

QUE CON EL SIGUE EL CONDE DE MIRANDA,
Duque de Peñaranda, Vezino de la Villa, y Corte
de Madrid.

SOBRE

LA REIVINDICACION DE CATORCE MIL MARAVEDIS
de renta, trecientos, y treinguanta, en una Dehesa llamada de
Garija, Termino de la Ciudad de Merida.

Impresso en Granada
Año de

En la Imprenta Real.
1740.

N. 1. EN SIETE DE JULIO DEL AñO PASSADO de setecientos y treinta y seis, dicho Conde de Miranda puso demanda en esta Corte, como Posseedor del Mayorazgo, que fundò Luis de Chaves el viejo, pretendiendo se condenasse à el Marquès de Espinardo, à que le bolviesse, y restituyesse la parte de dicha Dehesa, con los frutos, y rentas.

2. Presentó para justificar dicha demanda vn traslado de Escriptura, que se supone otorgada en 29. de Julio de 1561. ante Christoval Hidalgo de Ocampo, Escrivano de Truxillo. De esta Escriptura dió vn traslado dicho Escrivano, sin expressar el dia, ni el año, ni si fue en el de su otorgamiento; y de este traslado diò otro Juan Pacheco, Escrivano, sin poner fecha, y solo en la cabeza dize, averse acudido ante el Alcalde Mayor de la Puebla en 10. de Mayo de 1628. por Sebastian Muñòz de Ribera, en nombre de Doña Cathalina de Orellana, viuda de D. Juan Antonio de Chaves, vezina de Truxillo, como Madre, Tutora, y Curadora de Don Juan Antonio de Chaves su hijo, y dixo necesitaba, de que se le diesse vn traslado de la Escriptura, que presentaba, el que se le mandò dar.

3. De este traslado sacò otro por concuerda Francisco Marquez Escrivano, el que dize bolviò la Escriptura á Don Pedro de Chaves Mesia en 14. de Diziembre de 1675. sin que dichos traslados tengan mas autoridad, ni signo, que el del dicho Marquez, y el recibo, que està à el pie, de el D. Pedro, es de 29. de Abril de 1676.

4. El contenido de dicha Escriptura se reduce, à que Juan de Chaves Mayorazgo, y Doña Isabèl de Cardenas su muger, vezinos de Truxillo, dixeron: que el dicho Juan de Chaves possehìa la quarta parte de la Dehesa de Palazuelo, que era de su Mayorazgo, y las otras tres quartas partes eran de el Monasterio de Guadalupe, y por aver obtenido Real Facultad para poderla vender, otorgan Escriptura de venta à favor de dicho Monasterio.

5. Insertan la Real Facultad, y la Escriptura, que dichos otorgantes hizieron, y otorgaron el dia 29. de Julio de dicho año de 561. que es en el que se otorgò la venta ante el proprio Escrivano, y testigos, criados de dicho Juan de Chaves; en cuya Escriptura, entre otros bienes, dizen incorporan en dicho Mayorazgo, y en lugar de la expressada parte del Palazuelo 14ȣ. *maravedis de yerva crecientes, y menguantes en la Dehesa de Calija, que es en Termino de la Ciudad de Merida, y alinda con todas las otras tres quartas partes de la dicha Dehesa, y con el Egido de Merida, y con otra Calisa, que dizen de Don Hernando*; que todos los dichos bienes, que assi incorporaban, importaban 65ȣ700. maravedis de renta de yerva, crecientes, y menguantes.

6. Se substanciò la instancia de vista en rebeldìa de el Marqués, à el que se le condenò à la restitucion *de la Dehesa de Calisa*, con los frutos desde la contestacion de la demanda (la demanda solo comprehendiò la parte, no el todo de la Dehesa, ni en virtud de la Escriptura, que se ha presentado, podia pedir mas, y assi la condenacion no pudo comprehender el todo de la Dehesa, que no se pedia.) Cuya sentencia se le notificò, y suplicò de ella, alegando diferentes razones, y redarguyendo de falsa la Escriptura presentada por dicho Conde, traslados, y originales de donde se

sacò.

sacò. Se ofreciò á probar, y de consentimiento de la otra Parte se recibiò á prueba, y se cometiò á Receptor, y en el proprio pedimento, que dicho Conde consintiò la prueba, pidió Provision para comprobar dicha Escriptura.

7. No vsó de ella, ni la sacò hasta primero de Octubre de 737. ya passado el termino de prueba, requerida la Justicia en el dia 12. de Noviembre de dicho año, resulta de la diligencia, no averse hallado Protocolo alguno de dicho Christoval Hidalgo de Ocampo: con esto bolviò à ocurrir à esta Corte dicho Conde, y pidiò, que se cotejasse dicha Escriptura, con la que paraba en poder de dicho Monasterio, *y biziesse cotejo con la firma, y signo de dicho Escrivano*, (que este era el Christoval Hidalgo) y lo mesmo executasse con los demás instrumentos, que se exhibiessen autorizados de el susodicho, y que se le admitiesse informacion, de como en dicho año de 561. era tal Escrivano el dicho Christoval Hidalgo, la que se le mandò despachar, y requerida la Justicia, resulta, que el Apoderado de dicho Conde, quando exhibiò la Escriptura puesta en este pleyto, exhibió tambien seis Escripturas de imposicion de censo, todas otorgadas en dicha Ciudad por ante el referido Christoval Hidalgo de Ocampo, de quien se hallan signadas, firmadas, y autorizadas en publica forma: (Son las palabras de la diligencia): *Para que coteje sus subscripciones, signos, y firmas, con la subscripcion, signo, y firma, que tiene la que se me ha de exhibir por dicho Padre Archivero.*

8. Esta comprobacion se cometiò á qualquiera Escrivano, y requerido Antonio Martin Blazquez, la obedeciò; pero no se hizo saber à el Marquès, ni à otro en su nombre, y puesta la diligencia antecedente, passó à dicho Monasterio, y en el dia 7. de Mayo de 738. suponiendo hallarse presente Juan Cantero nombrado por dicho Marquès (de cuyo nombramiento, ni poder no consta) pone vna diligencia, de que por el Padre Vicario se respondiò, que sin expressa licencia de su Prior, que se hallaba ausente, no se podia manifestar la Escriptura referida.

9. No pone diligencia de averse buelto á Truxillo; pero en el dia 17. de Junio de dicho año, pone fee de salida para bolver à dicho Monasterio, y en el dia 19. refiere aver llegado á èl, y en el 20. extiende la diligencia de el cotejo, y de que en presencia del Padre Archivero cotejò las subscripciones, signos, y firmas de las seis Escripturas de imposiciones de censo exhibidas por el Apoderado de dicho Conde, *á el parecer otorgadas por ante dicho Christoval Hidalgo*, las que se hallaron conformes; y fenece la diligencia, con que bolviò la Escriptura à el Archivo, y las seis á el dicho Apoderado, el que asimesmo firmaria el recibo; pero no està la firma de dicho Apoderado.

10. Se hizo la informacion con tres testigos, sin averse citado parte alguna en dicha Ciudad, y convienen por ser Escrivanos, que han visto diferentes instrumentos de el dicho Christoval Hidalgo, y que fue tal Escrivano fiel, y legal.

11. Presentadas estas diligencias, formò articulo el Marquès, pretendiendo se declarassen por nulas; y substanciado, por Auto de 6. de Octubre de dicho año de 38. se dixo: *No ha lugar la declaracion de nulidad pedida por el Marquès*, y que vsasse del traslado, que le estava dado; en cuya virtud alegó varias excepciones, insistiendo en la nulidad de dicha comprobacion, que opuso en fuerça de peremptoria, presentando varios instrumentos, contra cuya certeza, y comprobacion no se ha opuesto cosa

algu-

alguna, y para no repetir su contexto, se referirà el de cada vno donde convenga, para fundar las excepciones, de que se vale dicho Marquès, dividiendo este Informe en tres Discursos: En el primero se manifiesta, el que dicho Conde no ha justificado el dominio en su Mayorazgo de la parte de dicha Dehesa de Carija. En el segundo se fundan las excepciones, que persuaden, el que la dicha Dehesa pertenece à el Mayorazgo de dicho Marquès. Y en el tercero, se responde à los alegatos, que contra la justa defensa del Marquès se han propuesto por dicho Conde.

12. Tambien salió à este pleyto en la instancia de revista Doña Leonor Rosa de Chaves Mesia, viuda de Don Pedro Joseph de Chaves, Posseedor que fue de dicho Mayorazgo de Luis de Chaves el viejo, pretendiendo se confirmasse la sentencia de vista, y en este caso se le diessen los frutos hasta la muerte de su marido. Esta pretension carece de todo fundamento; porque pretendiendo el Marquès se le absuelva, es consiguiente no debe pagar frutos, y siendo la cõdenacion de estos desde la contestacion; murió mucho tiempo antes dicho Don Pedro: con que no adquirió derecho, que transmitir à sus herederos.

DISCURSO I.

13. COmo el Posseedor tiene la assistencia de derecho, necesita el actor, que dá principio à el juizio, probar su demanda clara, y concluyentemente, *ex leg. Actore, C. de probat.* por tanto siempre se debe inclinar el animo á negar lo que el Actor pide, y conceder à el Reo la absolucion, que solicita. *L.* 47. *ff. de obligat. & act.* ibi: *Propensiores esse debere nos si habeamus ocasionem ad negandum, vbi deliberando ex diverso, vt facilior sis ad liberationem.*

14. El que pretende la reivindicacion, debe probar el dominio, que le assiste, y la possession en el Reo demandado, *ex leg.* 9. *leg. In rem* 23. *ff. de reivind.* §. *Omnium, Institut. de Actionib.* Alvar. Peg. *Resol. Forens. tom.* 3. *cap.* 26. *num.* 5. ibi: *Quæ ad victoriam in hac actione requiruntur, scilicét, dominium actoris, & possessio rei.*

15. El dominio quando se trata de reivindicar, es de dificultosa prueba; porque necesitando vencer à el que es legitimo Posseedor, le precissa manifestar clara, y sin tergiversacion alguna su derecho. *Cap. Sæpè* 18. *de Restit. Spoliat.* & ibi D. Gonz. *num.* 1. Balmas. *de Collect. q.* 8. *num.* 2. Valasc. *de Iur. Emphyt. part.* 1. *quæst.* 9. *num.* 8. D. Vela, *dissert.* 46. *num.* 29. Alvar. Peg. *Resol. Forens. tom.* 1. *cap.* 5. *num.* 45.

16. Para probar el dominio, y pertenencia en el Mayorazgo, de la parte de dicha Dehesa de Carija, el vnico instrumento presentado por dicho Conde, es la dicha Escriptura de subrogacion, à la q̃ se han opuesto dos excepciones. La primera, que no está en forma probante: Y la segunda, que aunque lo estuviesse, no prueba el dominio, que se pretende por dicho Conde, lo que fundarèmos con distincion.

§. I.

17. EL instrumento se introduxo para prueba, y memoria de los hechos. *L.* 1. *tit.* 18. *part.* 3. y para evitar los fraudes, y que huviesse persona publica, cuya aprobacion diesse mayor autoridad, y segura fé, se introduxeron los Escrivanos, los

que como en segura custodia conservassen los Protocolos, y à ellos se recurriesse en qualquiera duda. Auth. *de Tabellionib. cap.* 2. *L.* 9. *&* 12. *tit.* 19. *part.* 3. Dom. Covarr. *Pract. cap.* 19. *num.* 2. *& ibi Far. num.* 6. *& cap.* 21. *num.* 8. *y* renovò nuestra Ley recopilada 13. *tit.* 25. *lib.* 4. y es tan antiguo su vso, y tan conveniente para la seguridad de los derechos de los contrayentes, y evitar fraudes, que del libro donde se sentaban los contratos, se haze mencion en el *cap.* 32. *de Herem. vers.* 10. ibi: *Scripsi in libro, & signavi, & adhibui testes: & appendi argentum in statera, & accepi librum possessionis signatum, & stipulationes, & nota, & signa forin secus.* En tanto grado, que aun era prohibido el que los Protocolos se hiziessen con notas, y cifras. *Leg.* 17. *C. de fidei instrum.* Dom. Covarr. *vt suprà*, & D. Gonz. *in cap. Cum* 15. *de fide instrum.*

18. Y assi el instrumento puede ser el Protocolo, el qual debe permanecer en poder del Escrivano. El original, que es el primer traslado, que dentro de los tres dias de su otorgamiento, dà el Escrivano á las partes, segun la *ley* 15. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.* Pareja *de Vniv. Instrum. Edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *num.* 1. y los traslados, los demás, que fuera de dicho termino copia el Escrivano los que solo hazen fé, quando se dàn de mandato de Juez, y citada la parte, á la qual solo perjudican, y no á otro ninguno. Parej. *dict. resol.* 3. §. 3. *num.* 120. 121. & 122. y assi por consiguiente el traslado de traslado ninguna atencion, ni fé merece. Parej. *dict. resol.* 3. §. 4. *num.* 1. ibi: *Constitutissimi juris est in disceptationibus Forensibus, quod exemplum exempli, tàn in constituenda, quàm in coadjuvanda probatione nullum robur sibi assumere valeat, hoc quenam simile omninó est, testi deponenti de auditu, auditus.* Carlev. *de Iudic. disc.* 27. *n.* 34. ibi: *Dum de jure, copiæ non dicuntur instrumenta Authentica, etiam si extractæ sint ab eodem Notario rogato, multò minus si ab alio, quoniam alind est copia, & aliud est instrumentum publicum.*

19. Consta, que la Escriptura se dize otorgada ante Christoval Hidalgo de Ocampo, y que dió el original que sacò de su registro, que de ella sacò otro traslado Juan Gonzalez Pacheco, y de este sacó otro en el año de 675. Francisco Marquez Escrivano, con que siendo tercero traslado no merece ninguna fee, ni aprecio.

20. La meteria de la fee de los instrumentos es tan escrupulosa, especialmente en materias civiles, para que no merezcan fee, que qualquiera indicio, la mas leve conjetura, aunque sea obscura, y turvida, es suficiente para despreciar la prueba de su contexto. Dom. Larr. *alleg.* 96. *num.* 8. ibi: *Et quod ad causam civilem præsumptiones falsitatis, etiam si non fuerint vitij visibilis, sed latentis, & invisibilis sufficere ad detrahendam fidem instrumento.*

21. Y es la razon: porque la suposicion del instrumento, ò parte de èl, se haze ocultamente, y sino se admitieran sospechas pereceria la verdad, molestarianse muchos con la suposicion, y no tendria ningun posseedor segura su defensa, si las sospechas contra la Escriptura no fuessen apreciables. Dom. Larr. *alleg.* 96. *num.* 11. Alvar. Pèg. *dict. tom.* 2. *Resol. For. cap.* 19. *num.* 21. ibi: *Ne pereat veritas.*

22. La primera conjetura, que la haze sospechosa es, que Christoval Hidalgo dió el primer traslado, y no dize el dia, ni quando lo diò, para reconocer si fue dentro del termino de la *ley* 15. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.* para que se tuviesse por autentico original, ò primer traslado, *vt sup. num.* 18. Y no lo podia ser, porque este regularmente como original lo re-

recoge la parte para guarda de su derecho, y siendo el comprador el Monasterio, era quien lo debia sacar, como con efecto assi se supone; pues se alega, que conserva en su archivo el traslado autorizado por dicho Christoval Hidalgo, por lo que se infiere, que el exhibido el año de 628. para sacar el otro traslado, era ya segundo, y por esto notoriamente defectuoso.

23. La segunda procede, de que siendo obligacion de los Escrivanos el tener, y conservar su Registro, ó Protocolo. Pareja *dict. tit.* 1. *resol.* 2. *num.* 42. & 53. & *sup. n.* 17. para que de èl se saquen los traslados, y exemplares, sin que puedan renovarse de otra forma, q̃ no sea probando el q̃ lo pide la pèrdida del Protocolo, Pareja *dict. resol.* 2. *num.* 47. consta, que en 10. de Mayo de 1628. se diò el traslado por Juan Gonzalez Pacheco, y de mandato de Juez, sacandolo del supuesto traslado dado por Christoval Hidalgo, sin aver ocurrido al Protocolo, ni habladose palabra de que este no existiesse, ni ser presumible, que en el discurso de 68. años se huviesse ya perdido.

24. La tercera resulta, de que el traslado para que haga fee, y se pueda dar, fuera del termino, que previene dicha ley 15. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.* debe ser de mandato de Juez, y citada la parte, que pueda tener interesse, y probando la causa de necesitarlo. *L.* 17. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.* Rodrig. *de Execut. cap.* 1. *art.* 4. *num.* 7. & 42. Parej. *de Vniv. Instr. Edit. tit.* 5. *resol.* 1. *num.* 65. La causa, ò motivo justo para renovar dicha Escriptura, no lo expressa el pedimento, ni podia ser la pérdida, ò hallarse maltratada, que son las razones porque se puede pedir segundo traslado, *ex leg.* 10. & 11. *tit.* 19. *partit.* 3. porque se exhibiò, y de èl se sacò dicho traslado, y el Juez assegura en su Auto, que no estaba la Escriptura rota, ni cancelada, ni tampoco se citò parte alguna para su mayor firmeza.

25. La quarta, que aquel primero traslado no se sabe en poder de quien pára, y lo mas notable, que el segundo dado el año de 628. estaba el año de 675. en poder de D. Pedro de Chaves, posseedor que fue del Mayorazgo de Luis de Chaves, y no se ha sabido su paradero, ni el que se refiere dió Christoval Hidalgo, con que se ha perdido el Protocolo de este, su traslado, que estava en poder de la parte, y el segundo traslado, que á su pediméto dió Juan Gonzalez Pacheco Escrivano.

26 Dize Francisco Marquez Escrivano, que diò el traslado dicho año de 675. que lo hizo de mandato de Juez, el que no consta, ni del pedimento, que para ello se diò, y assi no merece fee, ni se le cree para que haga plena prueba su assercion, si realmente no consta. Bob. *in Polytic. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 44. Cerd. *Visit. de Carcel cap.* 1. §. 3. *num.* 3. y se infiere del *Text. in cap. Quoniam* 11. *de Probat.* ibi: *Nec pro ipsius præsumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis.*

27. Continua dicho Escrivano, que dicho traslado *lo dá para ponerlo en los Autos causados sobre la possession, que se diò de los bienes del Vinculo, y Mayorazgo, que fundò Luis de Chaves*, y tales Autos, ni se han manifestado, ni consta los aya; lo que si aparece es dicho traslado apartado, segregado, y sin que le acompañen Autos, ni diligencias algunas de possession: con que es cierta presumpcion de que no las huvo, y dicha assercion no es verdadera, *quoniam paria sunt non esse, vel non certo apparere, ex leg.* 77. *ff. de contrab. empt.* Escob. *de Purit. & Nob. part.* 1. *quæst.* 16. §. 1. *num.* 21.

28. La quinta conjetura resulta, de que la fee de la Escriptura pro-

procede de la asistencia de los testigos, y Escrivano. *L.*54. *tit.*18. *part.* 3. *L.* 13. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recop.* Bay. *Prax. Eccles. part.*3. *lib.*1. *cap.*5. *num.* 63. Gutierr. *lib.*1. *Pract. quæst.*138. *num.*2. *&* 139. *num.*4. Cevall. *Comm. cont. Comm. quæst.* 32. Y la diferencia, que ay entre el testigo, y el Escrivano, es el serlo este mas autorizado, ó servir por dos testigos; pero lo que se puede oponer à los vnos, es argumento, que se puede arguir contra el otro. Mascard. *de Probat. conclus.* 711. *num.* 6. Barbos. *loc. Com. argum. loc.* 113. *num.* 2. Es cierto, que quando la Escriptura se supone hecha por el Escrivano domestico, es grave sospecha de su falsedad. Alv. Peg. *Rosol. Forens. tom.* 2. *cap.* 19. *num.* 35. y resultando, que los tres testigos de la Escriptura de subrogacion, fueron tres criados de Juan de Chaves otorgante, y quien acelerò tanto hazer la supuesta subrogacion, si es cierto, que la huvo (que se niega) para vtilizarse del valor del Palazuelo, no es mucho se valiesse de sus proprios familiares, cuya fee es tachada, y sospechosa, *ex leg.*18. *tit.*16. *partit.* 3. y no nuevas en el Derecho semejantes supposiciones. *L.*27. *C. de donationibus*, ibi: *Si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus, facile qui duis pro negotij oportunitatis confingi potest.*

29. La sexta conjetura es, de la repeticion, y celeridad con que se otorgaron la Escriptura de subrogacion, y la de venta de la Dehesa del Palazuelo, en vn dia, y ante vnos proprios testigos, y Escrivano. Dom. Vel. *differt.*38. *num.*79.

30. La septima, de la contrariedad entre los instrumentos presentados por dicho Conde, Barbos. *vot.* 68. *num.* 30. Peg. *dict. cap.* 19. *num.*28. en dicha Escriptura hazen relacion los otorgantes, que la parte de la Heredad del Palazuelo, era perteneciente al Mayorazgo, que fundò dicho Luis de Chaves, que *con licencia, y Facultad Real de los Reyes Catholicos de gloriosa memoria, cuya data fue en la Ciudad de Truxillo à 22. dias del mes de Junio de* 1467. *confirmada por los dichos Señores Reyes Catholicos en la Villa de Santa Fé à* 15. *dias del mes de Abril de* 1492. *años.*

31. Para justificar dicho Conde, que era possedor del dicho Mayorazgo, pidiò, que el Escrivano de Camara donde passaba el pleyto, que avia seguido con el Conde del Real, sobre el Heredamiento de el Tozo, le diesse testimonio de la possion, que avia tomado, el que se le mandò dár, y lo presentò; y en la relacion, que haze de dicha fundacion, dize, que el dicho Luis de Chaves el viejo, avia fundado vn Mayorazgo *en virtud de Real Facultad librada en* 10. *de Junio de* 466. *y confirmada por los Señores Reyes Catholicos en* 22. *de Junio de* 477. lo que se corrobora de no averse hecho diligencia para comprobar estas Reales Facultades, y confirmaciones, ni constar de ellas, como dirèmos en los num.57. y 58.

32. En que se reconoce la contrariedad, y falta de certeza en la relacion de las fechas, porque la Real Facultad para la fundacion, fue en 10. de Junio de 466. y en la Escriptura se afirma, que fue en 22. de Junio de 1467. errandose en el dia, y año.

33. Assimesmo la confirmacion fue en 22. de Junio de 477. y en la Escriptura se relaciona aver sido la confirmacion en 15. de Abril de 1492. defiriendo en tanto vna data à otra, de que se manifiesta la poca reflexion, con se supuso dicha Escriptura, y la sospecha, que contra ella se induce.

34. La octava: de que todo lo executado contra lo que comunte acontece, y regularmente se practica, haze sospecha contra el istrumento, vt ex Noguer. *allegat.* 26.

num.

*num.*127. *& alijs.* Peg. *dict. cap.* 19. *num.*61. siempre el interessado conserva, y tiene en su poder el instrumento, que le es vtil, para guarda de su derecho. Por tanto el titulo del Mayorazgo de Luis de Chaves, era la Escriptura de subrogacion, y possessiõ de los bienes subrogados para justificar el titulo, y dominio, y no la Escriptura de venta de la Dehesa del Palazuelo, cuya conservacion de nada le servia á dicho Mayorazgo: con que el ser esta, cuyo traslado de traslados se presenta, es de ningun efecto, ni atencion, y es reparable, que se aya tenido el cuydado de que permanezca con los demàs papeles del Mayorazgo esta Escriptura, que no le pertenece, y se aya puesto en olvido, y no parezca el Protocolo original, ni traslado de solo la subrogacion, que es el titulo del Mayorazgo, Card. de Luc. *de Iudic. disc.*26. *num.*46. ibi: *Considerabilis verò suspitio, videtur ea, quod matrix non sit cum alijs in protocolo, vel in loco congruo archivij, vel separatim, & in loco insolito, vel incongruo.*

35 La nona: es muy digno de atencion, y constituyò conjetura de la suposicion tanta repeticion, y saca de traslados, sin necesidad. Noguer. *alleg.*10.*n.*11. Peg. *dict. cap.*19.*n.*82. se supone, q̃ Christoval Hidalgo diò el primero traslado, sin q̃ se sepa, què año, ni dia, estando este sin vicio, ni rotura, no se necesitaba el segundo, que se pidiò el año de 628. sin que el Escrivano, que se refiere lo diò, advirtiesse el dia de su copia?

36. Este lo tenia Don Pedro de Chaves el año de 675. pues para què necesitaba sacar otro con el pretexto de las possessiones, quando regularmente estas páran en poder del interessado para guarda de su derecho, y quãdo no las tomasse debia pedir testimonio con la Escriptura, como titulo de su possessiõn; con que no executandolo assi, arguye vna gravissima sospecha contra el instrumento. La que se coadyuba de no aver parecido tales Autos de possessiõn, ni el traslado, que se sacò dicho año de 628. por Juan Gonzalez Escrivano, ni probadose, que aya avido en Truxillo tal Escrivano.

37. La dezima: que dicho Juan de Chaves, que vendiò el año de 592. era persona ilustre, Corregidor de Cordova, y no es presumible asseguradasse era libre de Mayorazgo la dicha Dehesa, y cometiesse vn estelionato, oponiendose à la buena fee del contrato. Farin. *decis.* 400. *num.*4. ibi: *Qualitas personę valde insignis nobilitatis, quàm non est verosimile donasse, quod suum non erat.* Que à esto concurriesse el Apoderado, que tambien fue persona conocida, que teniendo el possedor del Mayorazgo de Luis de Chaves el viejo, al hijo primogenito, llamado Don Luis de Chaves, què estava ya casado en el año de 1577. desde que el de 561. tenia noticia de la subrogacion, pues se dize que la facultad se expidiò con su citacion.

38. En el año de 628. se sacò el segundo traslado por la Curadora, y madre del possedor, cuyo traslado tuvo en su poder el año de 675. Don Pedro de Chaves, el que despues de vn pleyto muy reñido, que siguió sobre la succesion, continuó los Autos para tomar la possessiõn de los bienes, segun se enuncia en dicha Escriptura, y no obstante, ninguno judicial, ni extrajudicialmente han inquietado à los Autores del Marquès, sin duda porque no han ignorado el justo titulo, y possiõn, que ha tenido; pues no es verosimil, que en materia tan publica, y que todos han sido noticiosos de ella, el que la huviessen tolerado, y permitido, como à otro intento dixeron Mascard. *conclus.* 1098. *num.* 18. Cevall. *Comm. contra Comm. quæst.*425. *num.*10. ibi: *Et sic si No-*

tarius diu exercuit officium Notariatus, sciente, & passiente Episcopo, illa pacientia ordinarij, habebitur loco tituli, quia non est verosimile, quod tanto tempore fuisset in officio tolleratus absque solemni creatione, & titulo. Rodrig. Suar. *alleg.* 8. *num.* 21.

39. La vndezima, resulta de lo dicho antecedentemẽte, porque permitir la persona á cuyo favor es el cõtrato, q̃ otro se estè en la possesion, es argumento de la suposicion del instrumento. Peg. *dict. cap.* 19. *num.* 36.

40. Y la duodezima, de que dicho Juan de Chaves, quãdo sin perjuizio de la verdad, huviesse podido subrogar dicha parte de Carija, no huviera estado en possesion, sino en nombre del Mayorazgo, ni huviera permitido, q̃ se enagenasse por otro tercero, y aun quando èl lo huviesse hecho, es indicio de la suposicion. Peg. *dict. cap.* 19. *num.* 81.

41. La suposicion, simulacion, y otros defectos semejantes en los instrumentos, no aparecen visiblemente, y se executan con cautela: tiene lugar el vulgar axioma: *Sigula, que non prosunt, simul collecta iuvant.* Por lo qual los que han tratado de esta materia siempre la fundan en semejantes indicios, que se oponen à lo regular, prudente, y verosimil, ita Dom. Larr. *dict. alleg.* 96. *ex n.* 20. Noguer. *alleg.* 10. Dom. Vel. *differt.* 38. *ex num.* 19. & Farinac. *de Falsit. & simulat. signantur quæst.* 162. *num.* 205. *& quæst.* 163.

42. Se fundan todas estas presumpciones, y conjeturas contra el instrumento en vn verosimil, y prudente juizio, que dexa en duda la fee, y certeza del instrumento: basta esta sospecha, para que no sea de atender, y son suficientes dos conjeturas para privarle de la autoridad, que tiene qualquiera instrumento publico. Alv. Peg. *dict. cap.* 19. *num.* 18. con que concurriendo tantas contra dicha Escriptura, no es apreciable, y mas sin otra prueba, ni indicio, que coadyube su defectuosa fee.

43. Se coadyuba todo lo dicho con la redarguicion de falso de dicho traslado: debió la parte de dicho Conde comprobarlo legitimamente. *Ex leg.* 115. *tit.* 18. *part.* 3. Parej. *dict. resol.* 3. §. 2. *num.* 33. Cuya comprobacion se debe hazer cotejandolo con el Protocolo, en su defecto con la comparacion de las firmas, y la prueba de aver avido tal Escrivano; no encontrandose el Protocolo, ocurriò dicho Conde á la comparacion de otras firmas, y á probar, que el dicho Christoval Hidalgo fue tal Escrivano.

44. Lo que no practicò justa, y legitimamente; porque el modo es preciso para que todas las cosas sean rectamente executadas. Iuxta illud Horacij:

Est modus in rebus, sunt certi denique fines.
Quos vltra, citraque nequit consistere rectum.

Y faltando el debido orden, es nulo lo executado, y no pudo obrar efecto digno de atencion, *ex leg.* 3. §. *Condemnatus, ff. de re iudicat. L. Non putavit,* §. *Non quævis, ff. de bonor. pos. cont. Tab. L. Si aut nullum, C. de legit. hæredib. L. Non dubium, C. de legib.*

45. Es el instrumento especie de prueba, y se equipàra à la de testigos. *L. In exercendis, C. de fid. instr. cap.* 2. *de probat.* Tiene el Derecho señalado el tiempo para ello, que es el de prueba. *Leg.* 1. *&* 2. *tit.* 15. *partit.* 3. *& toto tit.* 6. *lib.* 4. *Recop.* Aviendose concedido en este pleyto, y cometido á Receptor, por ser de calidad, que à Receptor, y no á otra persona alguna se debia cometer, conforme á Derecho, y Ordenanzas de esta Chancilleria, Monterros. *in Pract. tract.* 8. *pag.* 236. vers. *A la razon*, y vers. *Item.* Orden.

de

de esta Chancill. *lib.3. tit.5. cap.24.* ibi: *Que todos los negocios de Receptoria, que en los Juzgados de esta Audiencia salieſſen, los executen los Receptores, y no otra perſona alguna.* Y lo meſmo ſe diſpone en los *cap. 25. 26. y 27. L.27. tit.22. lib.2. Recop.* ibi: *Otroſi mandamos, que para los negocios, que ſuccedieren en las nueſtras Audiencias de pinturas, y executiones, é informaciones, y otros qualeſquier aviendo Receptores, &c.* Y aſsi està repetido por muchas Ordenanzas, reſultas de viſitas, Leyes Recopiladas, Autos acordados, y en practica, y obſervancia de tal forma, que aun quando el negocio no es de la gravedad, que neceſsite la confianza del Receptor, ſe comete à la Juſticia, para que lo execute por ante dos Eſcrivanos, que nombren las dos partes. *Leg.18. tit. 17. lib.2. Recop.*

46. Y es en tanto grado preciſſo, que paſſado el termino de prueba no ſe le debe dar termino para que haga la juſtificacion, ſino es probando, que tuvo juſta cauſa que le embarazò el no poder executarla. *L.3. tit.15. partit.3.* ibi: *Mas el ſegundo non lo debe otorgar à la parte que lo pide ſi non probare luego, que le acaeciò embargo, porque non pudo aducir, ò aver entonce las pruebas, por cuya razon le fueſſe otorgado el plazo.* Porque de lo contrario fuera dàr motivo à graves perjuizios á las partes, y defraudarles del derecho, que adquieren, lo que no ſe debe permitir.

47. No obſtante aviendo la parte de dicho Conde conſentido la prueba, y pueſto en el pedimento el membrete ordinario, de que era negocio de Receptor, y al miſmo tiempo pedido la Proviſion para comprobar la Eſcriptura, no vsò de ella, y deſpues paſſado el termino de prueba, ſe deſpacha hablando con la Juſticia, la que no la executò, y pidió dicho Conde la practicaſſe qualquiera Eſcrivano; con que en materia de tanta gravedad, y que era la vnica prueba, que el Conde tenia que hazer, no puede ſer ſuficiente diligencia la que ſe practicó con ſemejante cautela, *ex leg. Penult. C. de legib.* ibi: *Vt non accipiat fructum ſuæ calliditatis.* Dom. Salgad. *part. 2. de Retent. Bull. cap. 20. num. 69.* Dom. Gonzal. *in cap. Super literis de reſcript. num.10.* Carlev. *de Iudic. tit.2. diſp. 6. num.25.*

48. Ya queda referido, que la primera Proviſiò ſe mandò deſpachar quando ſe recibiò el pleyto à prueba, en que no ſe cometiò diligencia alguna á la Juſticia, y para que ſe le deſpachaſſe la ſegunda preſentò pediméto, en el qual no conſta, que ſe hizieſſe relacion de averſe recibido el pleyto á prueba, cometidoſe à Receptor, ni averſe paſſado el termino de executar dichas diligencias, de que ſe reconoce averſe omitido tan preciſſa relacion, para que enterados los Señores de las circunſtancias, y eſtado del pleyto, con ſu grande juſtificacion lo huvieran denegado, ò mandaran dàr traslado al Marquès, para que huvieſſe opueſto tan legitimos reparos, por lo qual no le puede perjudicar con tan reconocidos defectos en la relacion, que ſe hizo para obtener dicha Real Proviſion, *ex leg.1. tit.14. lib.4. Recop.* Dom. Vela *diſſert.38. num.65.*

49. Conforme á la doctrina citada en el num. 43. la comprobacion debe ſer en defecto del Protocolo, con el ſigno, y firma del Eſcrivano, de quien eſtà autorizada la Eſcriptura. La preſentada no tiene mas firma, ni ſigno, que el de Franciſco Marquez Eſcrivano, el qual, ni ſe ha comprobado, ni hecho diligencia alguna à eſte fin; con que es de ningun efecto quantas diligencias ſe han hecho.

50. Con efecto requerido el Eſcrivano, q̃ à ſu arbitrio eligiò la parte

de

de dicho Conde, q̃ fue Antonio Martin Blazquez, passó à hazer la comprobacion, excediendo en todo á lo mandado: previene la Real Provision, que hiziesse el cotejo de la Escriptura presentada por parte de dicho Conde, con la que paraba en poder de la parte de dicho Monasterio, *y con la firma, y signo* de dicho Escrivano, este era, segun la relacion, el Christoval Hidalgo de Ocampo, cuya diligencia no la pudó hazer, porque la Escriptura, que se halla en el pleyto no tiene firma, ni signo de dicho Escrivano.

51. Y lo que hizo el Escrivano requerido, fue comprobar la firma de dicho Escrivano, que supone estava en la q̃ pàra en dicho Monasterio con las firmas de los seis instrumentos, que exhibiò el Apoderado de dicho Conde, como diximos en el num. 10. cuya diligencia tiene dos notorios defectos: El primero, porque lo que se le manda es, que cotejasse la firma, y signo de dicho Escrivano, y lo mesmo executasse con los demàs instrumentos, que se le exhibiessen autorizados del susodicho: con que no teniendo dicha Escripra firma, ni signo de dicho Escrivano, no tuvo en este particular, que hazer cotejo, y averlo hecho con la firma del instrumento, que està en dicho Monasterio, lo que no se le mandaba, por no ser la Escriptura presentada, y propriamente redarguida, sino es la que avia de servir de comprobacion, excediò, y fue de ningun valor, ni efecto dicha diligencia.

52. Y el segundo, porque la comprobacion ha de ser con instrumentos, y firmas induvitadas del Escrivano. *L.* 118. *tit.* 18. *part.* 3. ibi: *Mostrando otra carta publica fecha por mano de aquel Escrivano.* Porque no es nuevo formarse instrumentos, que aunque parezcan antiguos, son nuevamente hechos, Parej. *dict. res.* 3. §. 2. *n.* 39.

53. Por lo qual aviendose presentado dichas diligencias, se redarguyeron de falsas las llamadas Escripturas, las que no siendo protocolos, que estuviessen en sitio, y Archivo autentico no pueden perjudicar, ni hazer fee sin averlas reconocido, y estar assegurado de su integridad, y certeza, poniendolas en el pleyto para alegar lo q̃ convinieste à su defesa. Alv. Peg. *dict. tom.* 2. *cap.* 19. *n.* 113. sin q̃ de otra forma por ellas se pueda hazer la comprobacion en perjuizio tan grave del interessado.

54. La Escriptura que se dize està en el Archivo de dicho Monasterio, tampoco consta se halle en forma probante, ni el sitio le puede dar la fee que no tiene, por ser Archivo particular sin autoridad alguna. Pareja *dict. resol.* 3. §. 3. *num.* 30. & 31. Card. de Luc. *de Iudic. disc.* 26. *num.* 12. ibi: *Quia nempè ::: supponantur in antiquijs probatisque archivijs benè imitata, & conficta privilegia, vel alia documenta; sivé etiam bene imitato charactere, ac signo antiqui Notarij iam defuncti.* Y pudiendo todo esto ser factible, redarguyó dicho Marquès dicha Escriptura, que se supone en el Archivo de dicho Monasterio, con lo quedò sin fee, necesitando de comprobarse con su Protocolo, ò con otros instrumentos induvitadamente autenticos. *L. final*, C. *de fide instrum.* Azeved. *in leg.* 3. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop. num.* 20. Pareja *tit.* 7. *resol.* 8. *num.* 11. *& sequentibus.*

55. Sin que pueda esto corroborarse con la informacion hecha, de que el dicho Christoval Hidalgo, fue Escrivano de dicha Ciudad, assi porque la Escriptura no tiene mas autoridad, que la de Francisco Marquez, como queda notado en el n. 49. del que no se ha dicho, ni comprobado sea Escrivano Fiel, ni legal, como por contener el vicio de averse hecho por la Justicia fuera del

ter-

termino de prueba ; sin aver nombrado el Marqués Escrivano , que assistiesse à su examen, como previene la ley 18. *tit.* 17. *lib.* 2. *Recop.* ni averseles preguntado por las generales, que es solemnidad , que se debe practicar en el examen de testigos en los juizios ordinarios. *L.*8. *tit.*6. *lib.*4. *Recop.*

§. II.

56. HAllandose con tantos reparos la comprobacion de dicho instrumento , queda en su fuerça la redarguicion hecha , y sin que merezca aprecio en juizio, y por no omitir quantos medios conducen à manifestar el defecto de accion con que litiga dicho Conde , y sin perjuizio de los reparos opuestos à dicho instrumento, caso no concedido fuesse cierto,no puede obtener en su virtud dicho Conde.

57. Lo que dicho instrumento relaciona es, que *Juan de Chaves Mayorazgo*, y Doña Isabèl de Cardenas su muger , obtuvieron Real Facultad para la subrogacion, de cuya Real Facultad no consta, ni se ha solicitado el comprobar con su original , y Autos judiciales , é informes, que se supone aver precedido para expedirla ; con que faltando la verdad del relato,no merece fee el referente. *Authentica siquis in aliquo,C. de edendo.* Dom. Salgad. *part.*4. *de Reg. Protect. cap.* 1. *num.* 54. *de Retent. part.*2. *cap.*26. *num.*62. Escobar *de Purit. part.*1. *quæst.*15. §.1. *num.*19. *& sequent.*

58. Y aunque se pueda defender con Dom.Salgad. *dict.cap.*26. *de Retent. num.*59. *& sequent. & cap.* 30. §. 4. *ex num.* 25. que estando el relato con toda expresion en el referente, no se puede dudar de su verdad, es quando el instrumento referente no admite duda en su certeza; pero no en el redarguido de falso , y que dèl aparecen tantas sospechas, aumentandose tanto mas : quanto los medios de su comprobacion han sido irregulares, como los practicados en este pleyto , pudiendose corroborar con vna diligencia tal verosimil, y concluyente, que lo fuera la comprobacion con los Autos de las diligencias , y decretos dados en su virtud para expedir la primera Real Facultad, y conceder la segunda para la libertad de la parte de Dehesa de Palazuelo , y en no averlo executado arguye gravissima sospecha contra la certeza de dicho instrumento , y la fee de toda su narrativa.

59 Dizen dichos otorgantes, que subrogaban los 14ɥ. mrs. crecientes, y menguantes en dicha Dehesa de Carija, cuya expresion sola no prueba el dominio, no presentandose como no se presenta justo titulo de pertenencia, por el qual conste lo tenia para disponer , ò enagenar dicha Dehesa. Noguer. *alleg.* 20. *n.* 12. Alv. Peg. *Resol. For. tom.* 1. *cap.*5. *num.*54. Dom. Castill. *tom.*2. *Contr. cap.*16. *num.*60. Valasc. *de Iur. Emph. quæst.*9. *num.* 5. Vivio *decis.* 194. *n. vlt.* Mascard. *conclus.* 542. *num.* 13. *&* 14. Parej. *dict.* §. 2. *num.* 79. *&* 80.

60. Porque no siendo entre las proprias personas , ó sus herederos , para con otro tercero queda en los terminos de euunciativa , y no prueba , no siendo de duplicados instrumentos, y la de vno como vnica , no haze fee. Noguer. *alleg.* 25. *num.*258. *& seqq.* Escob. *de Purit. part.*1. *quæst.*15. §.3. *num.*58. *&* 59. Dom. Valenç. *cons.*100. *num.* 35. *&* 46. & Gutierr. *lib.*3. *Pract. quæst.*17. *num.*69. Dom.Larr. *decis.*56. *num.*5. Dom. Vela, *dict. differt.* 46. *num.* 17.

61. De este proprio argumento se vale dicho Conde en su pe-

pedimento de 22. de Mayo de 1739: alega, que la Escriptura presentada por el Marquès de imposicion de censo, que otorgó Don Juan de Vera y Tobár, en que hypoteca la Carija, en virtud de Real Facultad, no prueba, lo que expressa con estas palabras: *A mas de no constar, que fuesse del dicho su Mayorazgo, por no ser bastante, que èl lo refiriesse en dicho instrumento.* Entre esta enunciativa, y la de la Escriptura de subrogacion, se halla grande diferécia, porque aquella está adminiculada con el titulo de compreda, con la subrogacion que hizo Don Diego de Tobar, y con la possesiõ de mas de cien años: pero la Escriptura presentada por el Conde sobre todos sus defectos es vnica, sin adminiculo que coadiube su fee, y es contra la que se verifica el alegato: *por no ser bastante, que él lo refiriesse en dicho instrumento, ex cap. Per tuas de probat. L. Generaliter, C. de non num. pec.* ibi: *Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.* Y el alegato tiene la propria fuerza que la confesion. *L. Cum præcum, C. de liber. caus.* Ant. Gom. *tom.* 3. *Var. cap.* 12. *num.* 4. Dom. Larr. *decis.* 42. *num.* 5.

62. Lo que resulta del recibo de los instrumentos, que diò el Apoderado del Don Pedro de Chaves, es de vna Escriptura de venta de la Dehesa de Carija, Termino de Merida, por Francisco de Alvarado, à favor de Doña Carhalina de Alvarado, su fecha 31. de Mayo de 1534. cuyos instrumentos los recibió Don Juan de Alcova, Administrador de dicho Conde: con que carece de titulo Juan de Chaves Mayorazgo, que posseyó el Mayorazgo de Luis de Chaves el viejo.

63. Concurren dos vehementes presumpciones, que persuaden, el que dicho Juan de Chaves Mayorazgo, no fue dueño de dicha parte de Carija, ò à lo menos, que nunca la tuvo por agregada, è incorporada en su Mayorazgo. La primera, el que la observancia de lo que contiene el instrumento, persuade, y acredita su verdad, y la potestad con que los otorgantes obraron, como al contrario la no observancia del instrumento, acredita la sospecha de su suposcion. Valeron *de Transact. tit.* 4. *quæst.* 3. *num.* 30. Gom. *tom.* 2. *Var. cap.* 11. *num.* 17. vers. *Similiter.* Cravet. *de Antiquit. Temp. part.* 1. §. 4. *num.* 16. & 17. Parej. *dict. resol.* 3. §. 3. *n.* 13. Card. de Luc. *de Iud. disc.* 27. *num.* 4. ibi: *Quod accedat observantia sine qua, generaliter solus lapsus temporis, nullam facit operationem.*

64. Tambien debe el que se funda en la observancia del instrumento, probarla especificamente, y de aquella cosa de que se trata, sin que se extienda de vna à otra en perjuizio de tercero, Parej. *dict.* §. 3. *num.* 139. ibi: *Quod hæc observantia non extendatur de re ad rem, & maximé in alterius præiudicium.* Cardin. de Luc. *de Fideicomm. disc.* 29. *num.* 23. & *de Paroch. disc.* 38. *num.* 19. Con que aunque constasse, que dicha Escriptura de subrogacion fue cierta, y se puso en practica, y observancia, y lo está en todos los demás bienes subrogados, no aviendose executado por lo que toca á la parte de dicha Carija, antes sí la observancia es en contrario, como que ha estado, y está possedida por otras personas distintas, y como alhaja de diverso Mayorazgo, por ser la de siglo, y medio: queda dicha Escriptura en los terminos de vnica enunciativa, que no es plena prueba en perjuicio de tercero, como queda fundado n. 60.

65. La segunda es: que los proprios instrumentos domesticos, quentas, y razon de la administracion, hazen grave recomendacion.

Car-

Card. de Luc. *de Iudic. disc.* 26. *n.* 43. y no encontrarse entre ellos los bienes, ó efectos, que debian estar en la administracion, y cobro, es vn argumento negativo contra la pretension del actor. Card. de Luc. *de Decim. disc.* 1. *num.* 20.

66. Entre los instrumentos presentados por el Marquès, y sacados en virtud de Real Provision, fue testimonio de las quentas, que han llevado los Administradores del Mayorazgo de Luis de Chaves el viejo, y no se enquentra partida alguna de Carija: assimesmo se enuncia parar en poder de dicho Conde, el instrumento de la venta del año de 1534. citado en el num. 62. el que no ha manifestado, porque sin duda le perjudica; pues el que omite, ò difiere presentar el instrumento, tiene la presumpcion contra sì, de que es perjudicial à la accion, que ha intentado. Dom. Vel. *dissert.* 38. *n.* 80. Dom. Larr. *alleg.* 96. *num.* 21.

67. Para la adquisicion del dominio, no solo es suficiente el titulo, sino la tradicion, ya sea ficta, ya verdadera. *L.* 1. *ff. de adquir. possef. L.* 20. *C. de pact. L. Cum res, C. de probat. L.* 46. *tit.* 28. *part.* 3. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 6. *præs.* 63. *num.* 14. Gom. *in leg.* 45. *Taur. num.* 4. *& lib.* 2. *Var. cap.* 15. *num.* 28. Dom. Vel. *dissert.* 19. *num.* 17. Dom. Salg. *part.* 1. *Labyr. cap.* 18. *ex num.* 13. *cap.* 19. *num.* 46. Noguer. *alleg.* 20. *num.* 11.

68. Se adquiere por medio de la possession, esta requiere animo, y natural aprehension. *L. Peregre* 44. *ff. de adq. possef. L.* 1. *tit.* 30. *part.* 3. La dicha parte de Carija (baxo del supuesto hecho de que sea sin perjuizio de la verdad) quando mas la tenia Don Juan de Chaves, como bienes libres, en èl recidian las dos representaciones, vna por sì, y otra como posseedor del Mayorazgo de Luis de Chaves el viejo, muy separadas para los efectos de derecho, aunque en vna persona. Dom. Salg. *part.* 1. *Labyr. cap.* 9. *n.* 2. *&* 3. Y assi, aunque otorgò el instrumento, para que se adquiriesse al Mayorazgo el dominio, era precisso acto de tradiccion ficta, ò verdadera. La que no tiene la Escriptura, con que solo quedò à el Mayorazgo vna accion personal, para que se cumpliesse el contrato, pero no adquiriò dominio en cuya virtud oy pueda vsar de la reivindicacion contra vn tercero posseedor, lo que se corrobora con lo que dirémos desde el num. 78.

69. De que se reconoce el defecto de prueba en el dominio alegado por dicho Conde, y el ningun aprecio del instrumento, en que lo funda, por lo qual queda sin duda el derecho, que assiste à el Marquès para ser absuelto, *ex leg.* 2. *C. de probat.* ibi: *Non enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere, cum te in probatione cessante dominum apud eum remaneat.*

DISCURSO II.

70. PAra probar el Marqués de Espinardo el titulo, y justa causa de posseer, y que el dominio no puede estar en el Mayorazgo de Luis de Chaves: presentó vna Escriptura, por la qual consta, que el vltimo dia del mes de Agosto de 1592. Don Rodrigo de Cardenas Portocarrero, en virtud de poder de Juan de Chaves Sotomayor, Corregidor, y Justicia Mayor de Cordova, vendiò à Don Diego de Vera y Tobar, vezino de la Ciudad de Merida, la quarta parte de la Dehesa, y tierras, q̃ dizen de la Carija, libre de Vinculo, y Mayorazgo, Termino de

di-

dicha Cidad de Merida, que alinda con las otras tres partes de la dicha Dehesa, que eran del Comprador, con los Egidos de dicha Ciudad, *con el Albuera*, y otros linderos.

71. Esta Escriptura se redarguyò de falsa, y se sacò Provision para comprobarla, y asimesmo se sacaron otros instrumentos en virtud de Real Provision, y citada la Parte de dicho Conde, contra los quales, y la comprobacion de dicha Escriptura, no se ha dicho cosa alguna; con que no se puede dudar de su certeza. Parej. *de Vniverſ. Inſtrum. Edit. tit.* 1. *reſol.* 3. §. 5. *num.* 20. D. Salgad. *part.* 1. *Labyr. cap.* 22. *n.* 42.

72 Dicha Escriptura de venta prueba el dominio, y que legitimamente se transfiriò en el comprador, mediante la tradicion, y possession, que han tenido todos sus Autores hasta de presente. *L.* 4. *C. de prob.* ibi: *Proprietatis dominium, non tantum inſtrumento emptionis, ſed & quibuſcumque alijs legitimis probationibus obſtenditur.* Mascard. *concluſ.* 550. *n.* 5. Dom. Vel. *diſſert.* 46. *num.* 5. Vivio *deciſ.* 111. *num.* 2.

73. Otorgada esta Escriptura, y considerando el Don Diego de Tobàr, el que le era mas vtil agregar á su Mayorazgo, y vnirle à las otras partes de Carija, que eran de él, la que avia comprado de dicho Juan de Chaves, en 27. de Febrero de el año siguiente de 1593. obtuvo Real Facultad para hazer las diligencias de justificacion de la pertenencia, y vtilidad, y executado con citacion del inmediato succesſor, se le concediò la facultad para enagenar otros bienes, que tenia en Almendralejo.

74. Don Juan de Vera y Tobàr, poſſeedor de los Mayorazgos, á que pertenecian las Dehesas de Carija, que lindaban *con la Sierra de Carija, el Albuera*, y otros linderos, en virtud de Real Facultad, impuso censo sobre dichas Dehesas, y otros bienes en 31. de Diziembre de 1621. años, lo que prueba el dominio, y poſſeſsion. D. Vel. *diſſert.* 46. *n.* en cuya virtud quieta, y pacificamente se ha poſſeìdo desde entonces, sin contradiccion de persona alguna, lo que se ha justificado, y no se duda por la parte de dicho Conde.

75. Lo primero, niega el Marquès, que Juan de Chaves, que subrogò, fuesse el que vendió à su Autor; porque segun la Escriptura presentada de que se vale dicho Conde, el que se dize subrogò se llamaba Juan de Chaves *Mayorazgo*, y el que vendiò se llamó Juan de Chaves *Sotomayor*, y assi lo vsò siempre, como consta de otra Escripitura de poder, que otorgò en 23. de Julio de 1596. años, y siendo este el especifico distintivo, de que vsaban, prueba la diversidad de las personas. Escobar *de Puritat. part.* 1. *quæſt.* 16. §. 1. *nnm.* 11. & 12.

76. Y lo segundo, el que los 14ℊ. mrs. de renta, q̃ se dize subrogados en el Mayorazgo de Luis de Chaves, no puedẽ ser en la Dehesa, q̃ en el año de 592. cõprò D. Diego de Vera; porque esta, segun la Escriptura de venta, y la de impoſicion del censo del año de 621. linda con la *Sierra de Carija, y el Albuera*, cuyos linderos perpetuos, que no se dàn en la subrogacion, persuaden la diversidad, y el Conde està obligado à probar clara, y manifiestamente la identidad, como fundamento de su intencion. Escob. *de Pur. & Nob. part.* 1. *quæſt.* 16. §. 1. *ex num.* 32.

77 Esta diversidad se persuade de lo dicho por el Marquès, de que en el Termino de la Ciudad de Merida, està situada vna Sierra, que llaman Carija, en la qual ay diferentes Dehesas de distintos dueños, à las quales dizen de Carija, tomando la denominacion de dicha Sierra, lo q̃ no se ha negado por dicho Conde, cõ que confiessa la libertad de este hecho,

cho, *ex dictis num.* 71. y por consiguiente queda con la vnivocacion de los nombres acreditada la diversidad, *ex leg. Duo sunt Tit.* 30. *ff. de testam. tutel.* Dom. Salgad. *part.* 2. *Labyr. cap.* 9. *ex num.* 6. Escobar *de Purit. & Nobil. part.* 1. *quæst.* 16. §. 1. *num.* 3. 4. 15. *&* 16.

78. Y aunque todo esto faltàra, tiene legitimamente fundado el dominio el Marquès de Espinardo, y que en virtud de dicha venta se le transfiriò á su Autor; porque como queda fundado en el num. 67. el dominio no se transfiere con solo el titulo, y necesita para que se adquiera, el que aya aprehension, y que se tome la posseſsion, ò en acto de tradicion verdadero, ó ficto, por la persona à cuyo favor es el titulo, ú otro en su nombre, lo que no se executò en nombre del Mayorazgo de dicho Luis de Chaves: por lo qual aunque estava obligado á subrogar, y con efecto dixo, que subrogaba, y se obligó á ello; pero no hizo la entrega, ni se constituyò posseedor en voz, y en nombre de su Mayorazgo, y solo quedó à este la accion para precissarle à que lo hiziesse, de que podrá vsar como le convenga, el que representa sus derechos.

79. No cumpliò Juan de Chaves con esta obligacion, lo que hizo fue (caso negado fuesse èl proprio) vender los bienes, y transferir la posseſsion en el comprador, el que adquiriò el dominio, y lo ha transferido à sus succeſsores; porque el que vende à dos, el dominio lo adquiere el que aprehende la posseſsion primero, aunque su titulo sea posterior. Gom. *tom.* 2. *Variar. cap.* 2. *num.* 20.

80. El donatario, que toma la posseſsion de la cosa donada, aunque aya otro de titulo anterior, carece de accion para reivindicarla de el segundo donatario, que posee. *Leg. Qui tibi, C. de hæred. vel action. vend. Leg. Si ancilla, C. de action. empt. Leg. Qui tibi, C. de bis, quia non dom. manu. Leg. Multum interest, vers. fin. C. siquis alter. vel sibi. Leg. Quoties, C. de rei vind. Leg.* 50. *tit.* 5. *part.* 5. Gomez *Var. Resol. dict. num.* 20. *& ibi* Ayll. *num.* 21. Barbos. *in Rubric. ff. solut. matrim.* 2. *part. num.* 82. *&* 85. Valasc. *de Iur. Emphyt. quæst.* 14. *num.* 7. Y lo que mas es, aun en aquella tal qual posseſsion, que el conductor adquiere, debe estar seguro siempre, que se halle posseyendo, aunque el dueño aya anteriormente locado, ò arrendado la alhaja à otro. Hermosill. *leg.* 50. *&* 51. *tit.* 5. *p.* 5. *per tot.* y assi en otros iguales, y semejantes casos, el que aprehende primero la posseſsion queda seguro, sin que la persona con quiè primero se contraxo, le pueda, ni deba molestar, por no tener derecho real, que exercitar contra el tercero posseedor.

81. Por esto quando se funda Mayorazgo, ò se mejora algun hijo, se necesita para que el cõtrato quede irrevocable, y se le adquiera el derecho real al mejorado, la entrega de la Escriptura, que supone la tradiccion ficta, ó la posseſsion de los bienes: con que queda transferido el dominio, y con derecho invariable la persona à cuyo favor es el contrato. *Leg.* 17. *&* 44. *Taur.*

82. No dudandose, que Don Diego de Vera comprò el dicho año de 592. que no solo consta, el que el vendedor en el acto de dicha venta, se constituyò por posseedor en nombre del comprador, y quedò como su arrendador, è inquilino, que es acto ficto de tradiccion, y transfiere el dominio. Gomez *in leg.* 45. *Taur. num.* 20. *y* 21. sino es que real, y verdaderamente la tomó, y posseyó por su vida, la incorporó en sus Mayorazgos, y ha continuado hasta dicho Marquès, y que à favor de el Mayorazgo de Luis de Chaves no ay

acto alguno, por el que se transfiriesse el dominio : falta à dicho Conde el precisso fundamento de su intencion, para poder obtener en la acciõ real vindicatoria, que ha deducido.

83. Concurre con todo lo dicho, el que teniendo tanta recomendacion el transcurso del tiempo, y que passados cien años se presumen todas las solemnidades, aunque sean extrinsecas, para la validacion, y firmeza de los instrumentos, y contratos. Parej. *de Vniversi. Instrum. Edit. tit. 1. resol. 3. §. 3. num. 56.* D. Molin. *lib. 2. de Primog. cap. 6. num. 73. & 74.* Garcia *de Nobil. Gloss. 4. n. 31. vers. Assumimus. Et num. seq. & Gloss. 41. num. 6.* Ceyall. *comm. contra comm. quæst. 425.* y se prescriben las acciones, aunque sean à favor de Mayorazgo, y de otra persona privilegiada: Ha opuesto dicho Marquès la excepcion de hallarse prescripta qualquiera accion, que se pudiesse imaginar posible por los Posseedores del Mayorazgo de Luis de Chaves.

84. A pedimento del Marquès se examinaron diferentes testigos, sus edades desde 70. hasta 76. años (contra los que no se ha dicho cosa alguna) deponen la possession de la Dehesa de Carija en èl, y sus Autores, de su conocimiento, de oydas à sus mayores, y de immemorial tiempo. En cuyo supuesto disputan los Autores la grãde diferiẽcia entre el principio vicioso, y el acto contrario à la possessiõ immemorial, q̃ testifican los testigos; porque quando el titulo, que diò principio à la possession, no pudo dar justa causa de posseer, por no ser contrato, que pudiesse transferir dominio, como el precario, locacion, ò otros semejantes, es nulo, y vicioso para prescribir, aunque sea por mil años, y no es manutenible semejante possessiõn, ni obsta al que intenta la reivindicacion. Menoch. *de Arbitrar. cas. 160.* Dom. Molin. *de Primog. lib. 2. cap. 6. num. 66.* D. Castill. *de Tert. cap. 26. num. 38. & 39.* Hontalv. *de Iur. superv. part. 1. quæst. 15. n. 46.* Giurb. *observ. 71. num. 5.* ibi: *Nec præscribit, qui precario possidet.* Et num. 6. ibi: *Si per mille annos jure facultatis possideat, nec præscribit.*

85. No procede la mesma regla, quando el principio de la possession pudo dar justa causa de adquirir el dominio, y es acto contrario á el Mayorazgo, constando, que los bienes enagenados se han estado possseyendo como libres, y en otro possedor, y que exceda de 100. ò 200. años; porque se presume, que huvo justa causa para la enagenaciõ, que precedieron los debidos requisitos, y que legitimamente se enagenó, saliò del Mayorazgo, y este, ni sus succesores no tienen accion para reinvindicar de el possedor, que ha mas de 100. años possee con justo titulo. Ita Magistraliter Dom. Molin. *dict. lib. 2. cap. 6. ex num. 60. & n. 65.* Avendañ. *in leg. 41. Taur. Gloss. 1. num. 16.* Parej. *de Vniv. Instrum. Edit. tit. 7. resol. 9. num. 57.* Garcia *de Expens. cap. 9. num. 24. & 25. & de Nobilit. Gloss. 12. num. 70.* Francisco Peña, *decis. 337. num. 3. decis. 366. n. 2. & decis. 376. n. 3.* D. Castill. *de Tert. cap. 26. num. 36.* Y en este caso procede la immemorial, que es el mas relevante titulo, que se puede alegar. Gutierr. *lib. 3. Practic. quæst. 14. num. 70. & seqq.*

86. Y no dudandose de la dicha possession, y titulo, que excede de los 100. años, no admite controversia, el que se halla legitimamente desvanecida qualquiera accion, y es juridica, y admitida la excepcion de prescripcion, que se opone, y que elide el intento de dicho Conde.

(***)

DIS-

DISCURSO III.

87. Reconociendo la parte de dicho Conde, de que sin hazer la comprobacion de su Escriptura se desvanecia todo el fundamẽto de su intencion: Alega, que la tiene hecha en virtud de la Real Provision, que se le mandò despachar en 18. de Março de 738. á lo que por la parte de dicho Marquès no se le opuso, ni dixo cosa alguna, y assi quedó sin reparo la diligencia.

88. Para responder á este fundamento es precisso repetir lo dicho en los num. 6. 7. 47. y 48. de que aviendose recebido el pleyto à prueba, y al proprio tiempo mandadose despachar la Real Provision para comprobar la Escriptura, y no vsadose de ella en todo el termino de prueba, se despachò en primero de Octubre de 737. hablando con la Justicia; y no aviendose practicado la diligencia, se dió pedimento por dicho Conde, diziendo: que para que constasse la certeza, y realidad del otorgamiento de la Escriptura de subrogacion de la parte de la Dehesa de Carija, perteneciente al Mayorazgo, que possee, en lugar de la Dehesa de Palazuelo, y venta, que de esta se hizo en virtud de Real Facultad à el Monasterio, y Religiosos de N. Señora de Guadalupe por ante Christoval Hidalgo de Ocampo, Escrivano Publico, que fue de dicha Ciudad de Truxillo, el año de 1561. *Suplico à V. A.* (dize) *mande despachar vuestra Real Provision, para que qualquiera Escrivano de la dicha Ciudad de Truxillo, ante quien se exhibiere la Escriptura, que pàra en poder de la parte de dicho Monasterio, haga cotejo, y reconocimiento con la presentada por mi parte, y con la firma, y signo de dicho Escrivano, y lo mesmo execute con los demàs instrumentos, que se le exhibieren autorizados del dicho Escrivano.* Tambien pidió, que por la Justicia de dicha Ciudad se hiziesse informacion, de que dicho Escrivano lo era el dicho año de 561.

89. El Auto, que se proveyò à este pedimento en la Sala, fue como se pedia en dicho pedimento, se omitiò el referir el estado del pleyto, averse recebida à prueba, cometidas las probanzas à Receptor, y no averse hecho diligencia alguna en dicho termino; que se avia requerido à dicha Justicia, y no hizo la comprobacion, y sin expressar la gravedad de la causa, y hallarse la Escriptura redarguida de falsa, pidiò se cometiesse la diligencia à qualquiera Escrivano.

90. La diligencia, y Auto judicial para q̃ perjudique se ha de hazer saber à la parte, ó à su Procurador. *L. 1. tit. 23. lib. 2. For. L. 1. tit. 2. lib. 4. Recop.* ibi: *Le cite para todos los Autos, y le requiera que señale casa donde le sean notificados hasta la sentencia.* Dom. Larrea, *alleg.* 107. *per totam.* Porque pudiendo suplicar dentro de tercero dia de semejantes Autos, *ex leg. 1. tit. 19. lib. 4. Recop.* cuyo termino no corre, sino es desde la notificacion; esta debe aparecer de los proprios Autos, para que pueda perjudicar, y corra dicho termino. Dom. Salg. *part. 4. de Reg. Protect. cap. 1. num. 66.* Vanc. *de Nullitat. ex defectu citacion. num. 14. y 40.* Mangulo *de Subhastat. quæst. 147. n. 13.*

91. Por lo qual la citacion, que se hizo al Procurador cõ la Real Provision, no obró efecto alguno, porque fue para practicar la diligencia; pero no para hazerle saber el Auto, en cuya virtud se hazia; pues lo que se executa sin citacion del acto antecedente, no puede convalidar la citacion del acto, que en su execucion se practica. Sabell. §. *Citatio,*

tio, num. 36. ibi: *Quod citationis relatio debeat in actis scripta apparere antequam Iudex procedat ad actum super quo emanavit.*

92. En esta atencion, luego que se presentaron las diligencias, y se le diò traslado à dicho Marquès, como excepcion, que avia ya incidido pendiente el pleyto, la opuso por dilatoria, pretendiendo se declarasse la nulidad de dichas diligencias, formando articulo sobre ello, y aunque pudo ser admisible. Garcia *de Nobilit. Gloss.* 11. *num.* 44. Dom. Covarr. *Practic. cap.* 26. *num.* 2. vers. *Huius*, se declaró, no aver lugar á la declaracion de la nulidad de las diligencias de comprobacion, y que dicho Marqués vsasse del traslado, que le estava dado.

93. Teniendo presente con quanta consideracion se dán las providencias de este superior Tribunal, y que el Auto no declaraba las diligencias por legitimamente hechas, sino es que solo negaba la declaracion de la nulidad por excepcion dilatoria, y que se debia conocer de todo con la causa principal, reservandolo para la difinitiva, *ex leg.* 4. vers. *Y otrosi en los casos, y negocios, tit.* 17. *lib.* 4. *Recop.* Garcia *de Nobilit. Gloss.* 3. *num.* 14. Giurb. *observ.* 108. *num.* 11. Vant. *de Nullitatib. tit. quot. & quibus mod. ex num.* 1. repitiò dicha excepcion en fuerça de peremptoria. Dom. Salgad. *part.* 3. *Labyr. cap.* 1. *num.* 61. & 62.

94. En cuya atencion insistiò dicho Marquès en la nulidad de dichas diligencias, alegandola en fuerça de peremptoria, y debiendose determinar por la verdad, que resulta del processo, *ex leg.* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recopil.* constando la nulidad de dichas diligencias, se debe despreciar dicha Escriptura, por no merecer aprecio legal.

95. Para persuadir la certeza de dicha Escriptura, se alega por dicho Conde, que de los instrumentos presentados por el Marquès resulta la verdad de la dicha subrogacion. Para satisfacer à este Alegato, manifestar su ninguna fuerça, y que antes es argumento, que desvanece la certeza de dicha Escriptura, segun se halla presentada en estos Autos: Es de suponer, que el Marquès pidiò el que Don Juan Rodriguez Presbytero, Administrador de los bienes, y rentas del Conde del Real, en cuyo poder paraban las quentas, y otros papeles pertenecientes à dicho Mayorazgo de Luis de Chaves, los exhibiesse para sacar diferentes partidas.

95. Entre las que se sacaron fue vna, que dize: el que à dicho Mayorazgo pertenecian 400. bacas de yerva en la Dehesa del Palazuelo, que possèia el Convento de Guadalupe, por venta, que de ellas le hizo Juan de Chaves, en virtud de Facultad Real concedida por el Sr. Rey Phelipe II. con tanto, que metiesse otros bienes en dicho Mayorazgo, refiere los que son, y no pone la Dehesa de Carija, ni parte de ella; de que se reconoce, que aunque huviesse avido tal Escriptura de subrogacion, no es la presentada, ni en ella se incluyò parte de dicha Dehesa de Carija, pues nunca se ha administrado, ni tenido como de dicho Mayorazgo.

96. Y no pudiendose hazer argumento, de que por averse subrogado vnas alhajas, fuesse cierto se subrogaron otras, *ex leg. vltim. ff. de calumn. L. Inter stipulantem. §. Sacram, ff. de verb. oblig.* Pareja *de Vniv. Instrum. Edit. tit.* 2. *resol.* 6. *specie* 2. *num.* 261. Dom. Valenç. *cons.* 33. *n.* 133. Escob. *de Ratioc. cap.* 28. *n.* 26. Carp. *de Execut. Testam. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 19. Ni porque pudo incluirse parte de la Dehesa de Carija, el de que con efecto se subrogò. *L. Neque naturales, C. de Probat. & leg. penult.*

vndè

undè legit. Serafin. *de Privileg. juram. privileg. 71. num.* 17. si plenamente no se prueba, el que se incorporò en dicho Mayorazgo.

98. Lo que se infiere es, que el hecho no se presume, y se debe probar con instrumentos concluyentes, y ciertos; mayormente teniendo dicha Escriptura tantos argumẽtos, que persuaden la ninguna fee, que merece, y que la parte de dicha Carija, nunca estuvo agregada á dicho Mayorazgo, y que si huvo la tal subrogacion, fue de otros distintos bienes.

99. Para excluir el poderoso argumento, que haze el Marquès, de que Luis de Chaves, hijo del Juan de Chaves, que se dize subrogó, era mayor de edad al tiempo de la venta, y no la reclamò. Alega dicho Conde, que aunque era cierto, que dicho Don Luis vivia por el mes de Enero de 577. no consta, que viviesse el de 592. para que huviesse contradicho la venta, ni que este, y los demás succesores huviessen tenido noticia de ella para reclamarla; y aũque la huviessen tenido, su omisión no puede perjudicar á el derecho de los que despues succediessen en dicho Mayorazgo.

100. Que viviesse Don Luis Antonio de Chaves el año de 592. (en el supuesto no concedido, que Juan de Chaves vendedor à los Autores del Marquès, fuesse el que subrogò) consta de vn poder, que en el año de 596. otorgò dicho Juan de Chaves, en el que es testigo dicho Don Luis Antonio de Chaves, y que huviessen tenido noticia Luis de Chaves, y demás succesores, hasta Don Pedro de Chaves y Mesia, resulta de la Escriptura, vnico fundamento de dicho Conde; pues dicho Don Luis de Chaves fue citado para la subrogacion como immediato, y assi no podia ignorar los bienes subrogados: Asseguran, que el traslado de dicha Escriptura, lo conservaron en su poder los Posseedores de dicho Mayorazgo, en cuyo nombre el año de 628. se pidiò, el que se les diesse traslado de él, y continuò hasta dicho Don Pedro de Chaves, que lo exhibió el año de 675. y quedò en su poder: Con que no pudiendo alegar ignorancia, aunque la omisión no puede perjudicar à los succesores, haze vna poderosa conjetura, de que no se subrogó tal alhaja, por no ser verosimil tanta omisión en procurar reintegrarla, *ex dict. suprà num.* 38. y no siendo verosimil, haze argumento, que persuade la suposicion de la Escriptura presentada. D. Valenç. *cons.* 163. *num.* 122. ibi: *Nam quod verisimile non est, habet falsitatis imaginem.*

101. Y quando tuviesse todo lo dicho qualquiera duda, es precissa la absolucion de el Reo demandado. *Cap.* 8. *de Probat.* D. Salg. *Labyr. Creditor. part.* 2. *cap.* 9. *num.* 9. *& seqq.* Card. de Luc. *de Locat. & conduct. disc.* 10. *num.* 4. ibi: *Et nihilominus ad superabundantiam dicebam sufficere pro rei conventi victoria dictorum peritorum concordantia, per quã probatio dubia reddebatur cum reo sufficiat reddere dubias, & obscuras probationis actoris, vt vincat.* Et postea, ibi: *Alio etiam axiomatè suffragante, quod probatio concludens, & perfecta, quæ per actorem facienda est nunquam dicitur talis, quoties contraria possibilitas viget.*

102. Vltimamente dicho Conde trata de lucro captando, y dicho Marquès de damno vitando; por que la parte de Dehesa de Palazuelo, segun la Escriptura, que presenta, rentaba 50ℓ. mrs. los bienes, que se dize subrogados rentaban 65ℓ. mrs. con que aunque se separe la parte de Carija, que rentaba 14ℓ. mrs. queda el Mayorazgo de Chaves reintegrado con exceso en los demàs bienes subrogados, que confiesa dicho

Conde los està poſſeyendo, y ningun daño, ni perjuizio padece la fundacion de Luis de Chaves.

103. Al contrario acontece al Mayorazgo, que poſſee dicho Marquès; porque no pudiendo bolver á ſu Mayorazgo los bienes, que legitimamente ſe vendieron en virtud de la Real Facultad, D. Molin. *de Hiſp. Primog. lib.* 4. *cap.* 4. *num.* 21. verſ. *Quidquid*, & *num.* 49. ni quedandole contra quien vſar del derecho de eviccion por la venta del año de 1592. referida en el num. 70. por no aver heredero del vendedor para reintegrarſe del perjuizio, que ſe le cauſára, defalcandole dicha parte de Carija, experimentàra vn daño claro, á el que en duda ſe debe atender. Hermoſ. *in leg.* 56. *tit.* 5. *part.* 5. *Gloſſ.* 6. *num. fin.* verſ. *Hiſtamen.*

104. De todo lo dicho ſe deduce, que la accion deducida por dicho Conde, no eſtà probada con inſtrumentos indubitados, y que hagan plena, y ſegura demonſtracion de ſu certeza, que el Mayorazgo de Luis de Chaves el viejo, y ſu Poſſeedor en ſu nombre, nunca aprehendieron la poſſeſsion para adquirir el dominio, y poder vſar de la accion Real vindicatoria contra el juſto, y legitimo Poſſeedor, como lo es el Marquès de Eſpinardo, y expreſſó el Texto *in leg. Si ager* 50. *ff. de rei vindicat.* ibi: *Non rectè hac actione agi poterit ante quam traditus ſit ager.* Cuyo fundamento, como qualidad preciſſa, ſe debe probar para obtener en eſte Juizio, y deſpojarà vn tan legitimo Poſſeedor de cerca de 150. años con juſto titulo; à que no menos concurre la duda de no conſtar, que el alhaja pedida ſea la propria, que dicho Marqués poſſee, como queda fundado en el num. 76. ſobre cuya identidad no ſe ha practicado diligencia alguna, y es preciſſo requiſito para obtener en la accion Real vindicatoria. *Leg.* 36. *ff. de rei vindicat.* ibi: *Qui petitorio iudicio vtitur, ne fruſtra experiatur requirere debet, an is eum quo inſtituat actionem poſſeſſor ſit.* Por cuyos fundamentos, y demàs referidos en eſte Informe, eſpera el Marquèss favorable la determinacion, reformandoſe la ſentencia de viſta, y abſolviendole de dicha demanda. S.I.O.V.D.C.

Lic. D. Chriſtoval de Eſpinoſa Ocampo.



POR

DONA MARIA

GARCIA CAMPERO, VIVDA DE D. AGVSTin Romero, Cavallero que fue del Avito de señor Santiago, y Regidor perpetuo de la Ciudad de Cartagena.

Y DON JVAN GARCIA CAMPERO, COMO marido, y conjunta persona de Doña Maria Romero, hija, y heredera del dicho Don Aguſtin Romero.

YPOR DOñA FRANCISCA ROMERO, HIJA, y heredera asimismo del dicho D. Aguſtin, ymuger legitima de D. Luis Magnero, vezinos de dicha Ciudad.

EN LOS PLEYTOS

CON FRANCISCO SANCHEZ, Y DOñA ANA Ros su muger, vezinos asimismo de dicha Ciudad.

P O R

DONA MARIA

GARCIA CAMPERO, VIUDA DE D. AGVS-
tin Romero, Caualiero que fue del Auito de Señor
Santiago, y Regidor perpetuo de la Ciu-
dad de Cartagena.

Y DON IVAN GARCIA CAMPERO, COMO
marido, y conjunta persona de Doña Maria Ro-
mero, hija, y heredera del dicho Don
Agustin Romero.

Y POR DOÑA FRANCISCA ROMERO, HIJA,
y heredera alsimismo del dicho D. Agustin, y muger
legitima de D. Luis Magnero, vecinos
de dicha Ciudad.

EN LOS PLEITOS
CON FRANCISCO SANCHEZ, Y DOÑA ANA
Rois su muger, vecinos alsimismo de
dicha Ciudad.

N. 1. EN la confusion del hecho de estos pleytos, ha parecido cõveniẽte prevenir algunas consideraciones dèl, que manifiesten la mala fee conque siempre los ha seguido el Francisco Sanchez, faltando en todo à la verdad, y calumniando à Don Agustin Romero, assi en vida, como despues de su muerte, de los ilicitos tratos, y de tan manifiesto vsurario, que por notorio solo quiere no pagar lo proprio que de sus instrumentos, y confessiones resulta deber.

2. Y por no omitir el Abogado diligencia que le parezca regular, para quedar sin escrupulo en la justa ptetension que tiene cõcebida sigue por dichos herederos, es precisso prevenga este medio, siendo sus efectos tales, como reconociò Casiodoro (1.) hablando de la escriptura; y para que se consigan con la brevedad posible (2.) y puntualidad de folios, se irà refiriendo lo que parezca conveniente del hecho, para inferir algunas proposiciones de derecho en favor de la pretension de la viuda, y herederos de Don Agustin, *que es:*

3. Se les absuelva en este Juizio Ordinario de la pretension del Francisco Sanchez, confirmando para ello las Sentencias de Remate: Fundasse en el primer pleyto, en vna escriptura otorgada por este à favor de dicho Don Agustin en 28. de Enero de 1700. en que se obliga à pagar 44ℓ779. reales, confessando se los debia de resto, y ajuste de todas quentas de vales, y escripturas; cuya prueba (3.) es precisso convencerla con otra mayor, ò à lo menos igual (4.) para cuyo fin se ha valido Francisco Sanchez de dos excepciones; la primera, de miedo, y fuerça para otorgar dicha escriptura, por no ser deudor de cosa alguna, y proceder

(1.) *Lib.* 11. *variar. cap.* 33. ibi: *Est oblivionis inimica, nam memoria nostra, & si causas retinet, verba tamen commutant: illic autem secure reponitur, quod semper æqualiter audiantur.*

(2.) Martial. *Non sunt longa quibus nihil est, quod demere possis.*

(3.) *Leg.* 7. *tit.* 13. *vers. Masi, in l.* 1. *tit.* 18. *part.* 3. *Escriptura de que nace averiguamiento de prueba.* Parej. *de Vn. Instr. Edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *à num.* 2.

(4.) *Leg.* 114. 115. 116. 117. & 118. *tit.* 18. *part.* 3.

(5.) *Leg.* 1. *ff. quod metus causa.*

(6.) *Leg.* 14. §. *In hac* 3. *& l.* 23. *ff. eod.* Hermosill. *in l.* 56. *tit.* 5. *p.* 5. *gloss.* 1. *n.* 62.

(7.) *Idem ex n.* 63. *& 69. Y el cap.* 7. *de His, quæ vi metus causa.*

(8.) Farinac. *de Testib. lib.* 3. *tit.* 7. *qnæst.* 64. *n.* 155 ibi: *Vt testes singulares probent, quod in genere dummodo speciales actus super quibus deponunt, & ex quibus infertur ad genus, plenè probentur per duos testes; secus si vnus actus probetur per vnum testem, & alius per alium.*

(9.) *De Alim. cap.* 59. *à n.* 24. *& ex eius doctr. n.* 28. ibi: *Quia testes deponentes de metu, deponunt de actu extrinseco, & visibilis..... metus namque vltra verbera, & minas, vel alios actus proximos percusioni, dignoscitur etiam ex alijs actibus, ex quibus colligitur, metu quem non sponse, contractus consensisse, & maximè in muliere, aut filia, ob reverentiam, aut timorem mariti, aut parentis; vt quia præter morem, pallor in vultu appareat, aut magna tristitia, aut vox tremula, aut cognita aflictio; ex lacrimis etiam, suspirijs, aut lamētationibus; ex querelis etiam præcedētibus, aut strepitu, & fragore armorum.*

de vsuras, y tratos ilicitos, que es la segunda.

4. El miedo, ò fuerça, es legitima causa de la nulidad, ò recision del contracto (5.) mas como no se està en los terminos de alegarlo, fuera legitima excepcion quando Frā cisco Sanchez lo probasse (6.) qual deba ser esta justificacion, dixeron vnos que bastaban conjecturas, y presumpciones; otros, que era necessario legitima prueba con el texto referido, (7.) y en materia grave, es preciso seguir esta regla, como enseña el señor Castillo *lib.* 3. *contr. cap.* 1. *num.* 84. Conque siendo este vn pleyto de interesse tan crecido, como de 44ℓ. y mas reales, no parece podremos apartarnos de su opinion.

5. Y aunque estuviessemos en los terminos de que ocurrieramos à presumpciones, indicios, y conjecturas, estas se deben pro bar segun su hecho, cada vna en su especie (8.) y se induzen de actos exteriores que deben deponer los testigos, como se prueba de todos los AA. que juntò el señor Castillo. (9.)

6. Y reconociendo la prueba cō que quiere Francisco Sanchez desvanecer la fee de dicha escriptura, es ninguno el aprecio que merece, y quàn ageno estè, no solo de no aver probado claramente la violencia; empero, ni aun por la menor presumpcion, ni conjectura.

7. Para ir preparando este medio que previno Francisco Sanchez para no pagar à Don Agustin, y defenderse quando llegasse el caso de la execucion, como succediò: aviendo passado à la Villa, y Corte de Madrid, ofreciò, y diò informacion con diferentes testigos, sin citacion de Don Agustin, y desde el primer pedimēto se halla la afectacion, y simulacion, q̄ para acalorar esta pretension fue disponiendo, y assi consiguiò, el que el Procurador, sin aver tenido poder para ello, se mostrasse parte por vn Bartolomè de Alarcòn, que dixo averle D.

Agus-

Aguſtin igualmente llevado muchas cantidades de vſuras, y preciſſadolo para ello; ſiendo aſsi, que eſte avia declarado lo contrario, baxo de juramento, como ſe refiere en el num. 25.

8. Eſtos teſtigos fueron, el primero, Juan Lopez Nieto, quien dize ſabe, que Don Aguſtin *encerrò en ſu quarto à Franciſco Sanchez, deſde las dos de la tarde, haſta las nueve de la noche; por lo qual, dicho Franciſco Sanchez, amedrentado, y con grandes temores de que no le mataſſe, le otorgò dicha eſcriptura*: Convienen Bernardino Garcia, fol. 26. Baltaſar Garcia, fol. 33. Franciſco Ruiz Ximenez, fol. 40. Miguel Pedreño, fol. 47. B. La fee de teſtigos, no conſiſte ſolamente en el numero, ni en la calidad de las perſonas, ſi no en la razon de ſus dichos: por vno de los ſentidos corporales (1.) porque lo contrario es ſoſpechoſo en el teſtigo que afirma por cierto, y oculta el medio preciſo para ſaberlo, como dixo el Filoſopho, *Nihil eſt in intellectu, quim prius fuerit in ſenſu.*

Fol. 16. B. fol. 20. B.

9. En eſtas depoſiciones, ninguno eſtà ratificado ſobre eſte particular, conque no merecen fee (2.) y aviendo preſentado interrogatorio, no lo articulò, con que como ſin juſtificacion queda deſvanecido; y aunque quando ſe hizo la relacion ſe ſentò eſtàr ratificados quatro teſtigos ſobre la violencia, ni aun articulado, como queda dicho: En las demàs excepciones, algunos dizen (que no todos) ſe ratifican, y ſe fundarà en el *num.* 23. como no puede obrar tal efecto, por no averſe executado como debia.

10. Reconociendo la ninguna juſtificacion de eſta excepcion, ſe quiſo fundar en Eſtrados, que el miedo ſe probaba por el juramento de la parte con vna Deciſsion Canonica (3.) cuya eſpecie es clara, y quanto diſta de la de eſte pleyto, y dize Maſcardo, que es eſpecial en el dicho caſo, que no ſe puede eſtender

(1.) *Leg. 26. ttt. 16. p.* 3. ibi: *Faciendole dezir, porque razon lo ſabe.* Bob. *lib. 5. Politic. cap. 1. n. 72.* Eſcob. *de Purit. p. 1. q. 6. §.* 4. *à n. 12. & p. 2. q. 3. n. 78.* Farin. *tom. 2. de Teſtib. q.* 70. *cap. 1. & cap. 3. n. 127.* ibi: *Ratio teſtis debet reddi per ſenſum corporeum nempè viſſum, auditum, guſtum, tactum, & odoratum, & alio modo redita non eſt bona.*

(2.) *Cap. 2. de Teſtib.* & ibi Dom. Em. Gonç. *n. 3.* 4. *& 6.* & Cavall. *Reſol. Crim. caſ. 55. n. 1.* Parej. *de Vniv. Inſt. Edit. tit. 7. reſ. 12 n.* 14. ibi: *Aut enim ſi in primo juditio teſtes recepti fuiſſent in ſummario non citata parte qua in ſpecie non probat nullitatique inſanabili ſubijciuntur. Leg. 23. tit.* 16. *p. 3.* Dom. Gonç. *in cap.* 2. *de Teſt. num.* 4.

(3.) *Cap. 11. §. Cum vero de reſcriptis in 6.* Barboſ. en èl, y Maſcard. *concl.* 1506. *num.* 8.

à otro (4.) y es cierto, pues no siendo assi, con alegar el miedo, y jurarlo pocos que no quisieran avian de pagar.

11. Y teniendo dada regla como se debe probar el miedo, ò fuerça, por los AA. referidos, desde el *num.* 4. es expressa decision de vna Ley de partida (5.) *Otro si, dezimos, que metus en latin, tanto quiere dezir en romançe, como miedo de muerte, ò de tormento de cuerpo, ò de perdimiento de miembro, ò de perder libertad, ò las cartas, porque lo podia amparar, ò de recibir deshonra, porque fincaria enfamado; è de tal miedo como este, ò de otro semejante fablan las Leyes de este nuestro libro, quando dizen, que pleyto, ò postura que home faze por miedo, non debe valer.... Mas en otro miedo que non fuesse de tal natura, à que dizen vano, non escusaria al que se obligasse por èl.* Conque no probandose los medios que dieron lugar al miedo que se alega, para reconocer si fue justo, ò vano, ni es apreciable que se alegue, ni los testigos que lo deponen deben merecer fee.

12. Desvanecido yà este medio, ò excepcion opuesta del miedo, y fuerça que se ha alegado, se hallan tan despreciables las demàs de los tratos ilicitos, y vsuras que se ponderan: Y para proceder con alguna distincion en los repetidos negociados, que se dize aver hecho, se referirà cada vno, de lo que resultarà mayor convencimiento de la falsedad de estos testigos; assimismo para esta primera excepció de miedo.

(4.) *Secundo velim limites, vt quãdoque posit enim probari per juramentum. Vt cap. Statutum, §. Cum vero de rescript. in 6. id. tamen est singulare in illo casu, vt placuit Dez. inl. In omnibus causis, n. 11. de Reg. Iur.* Boer. *In eadem, decis. 101. n. 2.*

(5.) *Leg. 7. tit. 33. p. 7. l. Vani timoris. ff. de Reg. Iur.*

Fol. 100. 2. Pregunta del Interrogatorio.

CEVADA.

13. Articulose por Francisco Sanchez, que por el año passado de 1698. le encargò Don Agustin Romero, que le empleasse, y cobrasse 2ȳ. fanegas de cevada, à razon de 9. reales cada vna, y le entregò para ello 16ȳ200. reales, ofreciendo entregarle 1ȳ800. que faltaban

ban à los 18 ℔. que importaba toda la cevada, y cumpliendo el dicho Franciſco Sanchez con dicho trato, ſupliò de ſu caudal los 1℔800. reales.

14. Que comprò dichas 2℔. fanegas de cebada, de las quales metiò en las caſas de ſu morada las 700. y las 1℔300. reſtantes, las hizo poner, y puſo en diferentes pajares de otros vezinos para ſu guarda.

15. Y que teniẽdo dicha cevada en la conformidad referida, deſde la coſecha de dicho año de 98. haſta la primavera del año ſiguiente de 99. pidiò à dicho Don Aguſtin que recibieſſe dicha cevada, y en eſpecial las 700. fanegas que tenia en ſus caſas, por tenerlas ocupadas; y por la merma que ſe cauſaba, y que de vno, y otro ſe le ſeguia perjuìzio. 3. *Pregunta*

16. Y el dicho Don Aguſtin recibiò las 1℔300. que eſtaban en dichos pajares, y diò orden al dicho Franciſco Sanchez, para que las 700. reſtantes, las dieſſe, y repartieſſe entre los demàs vezinos, y Labradores, como con efecto lo executò en virtud de dicha orden, advirtiendoles à los que la recibian, como dicha cevada era del dicho Don Aguſtin, para que ſe la pagaſſen al tiempo de la coſecha, ſegun, y como ſe concertaſſen con el dicho D. Aguſtin.

17. Y que à pocos dias, ſin embargo de dicho trato, y averle reconvenido con èl, le llamò dicho Don Aguſtin, y le dixo, le avia de dàr dichas 700. fanegas de cevada en eſpecie, y por no tenerlas, le dixo le eſperaria haſta Julio de dicho año de 9. y que le avia de pagar cada fanega à 16. reales, y por averle amenazado le avia de apremiar por la juſticia, y ſer perſona poderoſa, y eſcuſar eſtas vejaciones, ſe obligò à pagarle dicha cevada al dicho precio. 4. *Pregunta.* 66.

18. Apedimento de Don Aguſtin declarò Franciſco Sanchez por diferentes capitulos, y ſobre eſte trato, deſde el 10. haſta el

15. y dize todos fueron en casa de Don Agustin, y que no se acuerda si se hallaron algunas personas presentes; y que quando le amenazò con la justicia, no se hallò persona alguna, y q̃ esto fue por el año de 97. ò 98. y dexa articulado en en el Interrogatorio, que fue la primavera del año de 99,

19. Los testigos que presentò para la probança, fueron quatro de los cinco examinados en Madrid, y para reconocer su falsedad, se iràn cotejando vnas deposiciones con otras, y se hallarà la ninguna fee que merecen: El primero de la informacion, que es Juan Lopez Nieto, dize en ella lo depone todo, *por ser cierto, y saberlo*, y despues, *y el testigo lo referido lo sabe, por razon de que assistia à las casas de los dos referidos*, y que la cevada no valia à mas de 9. ò 10. reales, dize, *que por ser cierto, y saberlo*, esto es despreciable, à lo que diximos en el *num.* 8. y porque esta no es razon admisible por derecho (6.) ademàs, de que para dezir que es cierto, ò fue porque se hallò presente, ò porque lo presumiò, ò porque se lo dixeron; si lo primero no puede ser, porque estos tratos, segun dize Francisco Sanchez, *num.* 18. fueron en casa de Don Agustin, y que no se acuerda se hallasse persona alguna presente, conque si este testigo lo estuviera: valiendose de èl el dicho Francisco Sanchez, no podia aver olvidado este tan concluyente apoyo, como vn testigo de vista.

20. Y quando le amenazò con la justicia por que se obligasse à pagar la cevada à 16. reales, dize al 13. capitulo, que no se hallò presente persona alguna, y assi à este, como à los demàs particulares, dà la misma razon este testigo *de saberlo, y ser cierto*, con que no pudo ser por hallarse presente.

21. Por proprio juramento de este testigo, se halla, que nada de lo referido pudo ver, porque declaralo assi con estas palabras, dixo:

(6.) Farinat. *de Testib. q.* 70. *n.* 145. ibi: *Hinc non valere rationem testis dicentis, scio, quia scio, & n.* 146. *& hinc pariter non esse bonam rationem testis dicentis scio, quoniam ita est.* Bart. *In materia testimonium, n.* 3.

dixo: *Que solamente avrà entrado en la casa del susodicho* (que es la del Don Agustin) *sin passar del zaguan dos, ò tres vezes, solo, y sin mas dependencia, que à buscar al dicho Francisco Sanchez, y que solamente ha concurrido el testigo, y se ha hallado presente à el trato de la Barrilla*; por cuyas palabras se conoce aver depuesto falsamente quando dixo en dicha deposicion, que la razon de saberlo, *fue porque assistia à las casas de los dos referidos*, que son Francisco Sanchez, y Don Agustin Romero, en cuya casa dize, en su vida à entrado, *ni passado del zaguan*, y testigo en algo falso, tiene contra sì la presumpcion de falsedad en todo lo demàs de su deposicion. (7.)

22. Quedando yà fundado que no pudo hallarse presente, son indignos de atéder los demàs motivos que pueda tener, para afirmar *saber era cierto, y saberlo*; pues la propria presumpcion, y creencia (7.) no es apreciable en el testigo, sin que dè razon, ò motivo della, *ex dict. num.* 8. y si porque lo oyò dezir es menos de atender; porque las oìdas vagas, no prueban (8.) ni con autor cierto (9.) por no admitir semejantes dichos, fuera de los casos expressos por Ley. (1.)

23. Siendo esta deposicion sin citacion, no haze fee, como diximos en el *num.* 9. y assi es preciso reconocer, si està ratificado en el plenàrio que lo executò assi. A la segunda pregunta dixo: *Que todo lo en ella contenido, es cierto, y verdadero, y que las razones por que lo sabe, las tiene dichas, y depuestas juridicamente en la Villa de Madrid, y que en lo que allì dixo, se afirma, y ratifica, y siendo necessario, lo buelve à dezir de nuevo.* Y responde à la tercera pregunta, y dixo: *Que dize lo mismo que en la antecedente, por ser, como es cierto, y verdadero, y en que se afirma.* Y responde à la quarta pregunta dixo: *Que todo lo en ella contenido, es cierto, y se remite, como dicho tiene, à la deposicion que tiene hecha en Madrid, y responde.*

(7.) *Leg.* 41. *tit.* 16. *p.* 3. ibi: *Mas quando algun testigo fuesse contrario assimismo, en su dicho non debe valer su testimonio.* Menoch. *lib.* 5. *præsumpt. præsumpt.* 22. *n.* 2. Farinac. *de Testib. q.* 67. *n.* 111. Garc. *de Nob. gloss.* 25. *num.* 3.

(7.) *Leg.* 29. *tit.* 16. *p.* 3. ibi: *Otro si dezimos, que el testigo que non diere razon de como sabe lo que testigua, si non que dize, que lo cree, que non debe valer aquello q̃ testiguare.*

(8.) *Leg.* 28. & 29. *tit.* 16. *p.* 3. Dom. Castill. *lib.* 6 *controv. cap.* 122. *à n.* 3.

(9.) Menoch. *de Arb. cas.* 475. *n.* 6. Farinac. *de Testib. q.* 69. *n.* 92. *dict. leg.* 28. *tit.* 16. *p.* 3. ibi: *Mas si dixere que la oyera dezir à otro, no cumple lo que testigua.* Y despues: *Tal testimonio non debe valer, porque el testigo depone de oìda.* D. Valenç. *cons.* 141. *nu.* 11. Peña *decis.* 122. *n.* 3. & 4.

(1.) *Dict. leg.* 29. *tit.* 16. *p.* 3. ibi: *Mas en otro pleyto nõ debe ser cabido testimonio de oìda.* Garc. *de Nobil. gloss.* 18. §. 1. *num.* 15.

24. Conque se halla, que no se le leyò el dicho de Madrid, ni se presume se leyesse (2.) de que se reconoze, que esta, ni es, ni puede apreciarse por tal ratificacion: Dudase, si por evitar el testigo la variedad, se puede referir al primer dicho, dize Farinacio que si (3.) pero ha de ser leyendole el primer dicho; y despues de varias doctrinas sobre ello, y questiones que excita en que habla de testigos examinados, primera, y segunda vez en plenario, vel parte citata, como se reconoce del *num.*43. y dize en el 48. para nuestro caso limita, 2.*Eandem*, 2. *Ampliationem non procedere, quando prima testis depositio esset nulla, vel quia extra judicialiter, vel quia parte non citata emanasset, nam tunc non potest idem testis se ad illam primam depositionem referre*, n.54. *& magis generalius inteste, qui primo examinatus in iuditio sumario repetitur postea in plenario. Nam & is pariter in repetitione non potest se referre ad primũ examem*; por cuya razon, tenemos la practica que assegura Villadiego (4.) de que se les ha de leer sus dichos en plenario para la ratificacion, porque en èl se buelvan à examinar para subsanar el defecto de citacion, y por ser el proprio termino señalado por Ley para ello, y podia ser tambien otra la razon, respecto de que aviendose hecho las primeras deposiciones absente parte, puede averse supuesto al testigo lo que no dixo, y esto con vista de su declaracion en el plenario, puede reformarla, lo q̃ no teniendola presente, no puede executar, y mas quando se halla tanta falta de verdad, y contradiccion de vnas deposiciones à otras, como en cada testigo se irà notando; por lo qual los AA. que son de sentir, que no se les ha de leer los dichos antecedentes, no es para que solamente se refieran à èl, ni esto baste, si no que deben de nuevo de poner para reconocer su variedad, ò verdad en sus primeros dichos, como enseñò el Bobadilla. (4.)

(2.) D.Covarr. *cap.Rel. n.*11.versic.*Quibus apertissima de testam.*Lar.*de Capp. lib.*1.*cap.*10.*num.*24.

(3.) *De testib.q.*66.*n.*39. ibi: *Formulam Regni repetionis testium, & lecturæ primi examinis ad hoc, vt ipse testis illam confirmet.*

(4.) *In Polit. cap.*3. *num.* 292. ibi: *Y para ratificar el testigo, se le lee su primero dicho.*

(4.) *Lib.*2.*Polit.cap.*21. *num.* 53.

Ber-

25. Bernardino Garcia, ſegundo teſtigo de dicha informacion, dize: Que entre Don Aguſtin Romero, y Franciſco Sanchez, ſabe ha avido diferentes tratos, y contratos de cevada, trigo, barrilla, ſardinas, y otros generos, que el teſtigo puede deponer, *por averlo viſto, y le conſta*, y proſigue dando principio por dicho trato de cevada; y refiriendo la obligacion que dize le hizo de pagar la cevada à los 16. reales, *lo ſabe por tener comunicacion con los dichos Franciſco Sanchez, y Don Aguſtin Romero*; yà ſon eſtas dos razones diſtintas *vnade viſta*, y otra por la *comnnicacion*, que ſi fuera aquella, no es regular, como queda dicho en el *num.* 19. q̃ dexaſſe de expreſſarlo Franciſco Sanchez en ſu declaracion. *Fol.* 22.

26. En la probança, à la ſegunda pregunta, ſin hazer mencion de la dicha depoſicion, ni dezir ſe ratifica en ella, buelve à recopilar la pregunta, y hecho referido en el *num.* 13. y dize lo ſabe, *por averſelo oìdo aſsi dezir al dicho Franciſco Sanchez*: luego ni *lo viò*, ni fue por razon *de la comunicacion* q̃ expreſsò en Madrid, ſi no es por vnas oìdas de el proprio Reo, y intereſſado; cuya contradiccion es digna de reparo para convencer la falſedad, y ſupoſicion cõ que depuſieron eſtos teſtigos en Madrid, con otras conſideraciones, que deſpues deſde el *num.* 86. ſe referiràn. *Fol.* 110. *B.*

27. En la tercera pregunta, ſobre el particular, referida en el *num.* 15. dize, *lo ſabe porque ajsi ſe lo oyò dezir al dicho Franciſco Sanchez*, que es el proprio reparo que de el numero antecedente, y à la quarta pregunta referida en el *num.* 17. que es el primer contracto en que ſe ſupone la vſura, y trato ilicito, *lo ſabe el teſtigo por averſelo oìdo dezir al dicho Franciſco Sanchez*, de q̃ ſe reconoze la temeridad de eſte teſtigo en la depoſicion de Madrid. *Fol.* 112.

28. Que eſte teſtigo no ſe pudieſ- *Fol.* 116.

ſe

se hallar presente à trato ninguno, se convençe de su declaracion al *fol.* 116. en que expressa q̃ avia entrado en casa de Don Agustin dos, ò tres vezes en compañia de Baltasar Garcia su padre, à diferentes dependencias, que no conducian à la que tiene el testigo depuesto, ni à otras dependencias, que à las que eran proprias de su padre: luego si como dize Francisco Sanchez, todos estos contratos fueron en dichas casas, *num.* 18. conque este testigo no pudo verlos, ni saberlos por otra razon que la de oìdas à dicho Francisco Sanchez, como dize en la probança.

Fol. 28.

29. Baltasar Garcia Villanueva, tercero testigo, dize en Madrid: *Sabe ha avido diferentes tratos, y contratos de cevada, trigo, barrilla, y sardina, y otros generos, que el testigo puede deponer por averlo visto, y le consta*: Passa expressando este trato de la cevada, y à el entrego de el dinero, y particular contenido en el *num*, 13. de averle entregado solo los 16ȳ200. reales, y no toda la cantidad, lo depone *por saberlo, y averlo visto.* En este proprio hecho, y circunstancia de este encargo de la cevada, y entrega del dinero, como se contiene en esta pregunta segunda, dize en la probança: *Lo qual sabe el testigo, por averlo oìdo dezir à Alexandro Lamberto, quien se hallò presente à el referido trato*: Que mas clara contradiccion, y falta de verdad, y no ratificandose en la deposicion que hizo en Madrid, por esta razon es despreciable aquella, *vt supr. num.* 9. y por estàr contrario en sus dichos, *num.* 64. y por referirse de oìdas al dicho Alexandro Lamberto, que no està examinado, como dixi mos en el *num.* 22. siendo assi, que este Alexandro Lamberto, vivia, y fue testigo en la terceria de la dote, como en ella se nota.

Fol. 106.

30. Prosigue en su dicho de Madrid, y depone el contenido de los *numeros* 14. 15. 16. y 17. y dize; *Lo sabe, por que ha comuni-*

nicado à los referidos ; yà no es por averlo visto, como dexa expressado, y ni vno, ni otro fue, si no lo q̃ depone en el plenario à la tercera pregunta, sobre averle Don Agustin mandado repartir las 700. fanegas de cevada, *y sabe el testigo pagò lo referido, por que lo à oido dezir à dicho Francisco Sanchez* : Y en la quarta pregunta, que es la obligacion que supone Sanchez, le hizo otorgar Don Agustin Romero, de pagar la cevada à los 16. reales, por la espera en que se funda el primer agravio, lo depone este testigo, *por aver selo oido dezir al dicho Francisco Sanchez*, quanta diferencia ay *de averlo visto por comunicacion*, y de oidas al proprio *Francisco Sanchez*, que es la que haze en plenario; y en caso de atender alguna, debiera ser esta, que por ser de vnas oidas tan despreciables, no es digna de fee. (5.)

Fol. 106. *B.*

Fol. 107.

31. Francisco Ruiz Ximenez, al primero particular, contenido en el *num.* 13. dize, *lo depone por ser cierto, y averlo visto.* Y prosiguiendo en el apremio que le hizo para que se obligasse à pagarle las 700. fanegas de cevada à los 16. reales, y los demàs particulares hasta el *num.* 17. dize : *Y el saber el testigo lo contenido, es por la comunicacion que con los referidos ha tenido, y averse hallado presente en semejantes porfias, &c.* En la probança en estas 2. 3. y 4. pregunta dize: *Que tiene hecha dicha deposicion, y que à ella se remite, afirma, y ratifica, y lo sabe por las razanes en ella expressadas*, sin que se le lea, ni tenga presente; con q̃ no se puede apreciar por ratificacion, como se dixo en el *num.* 24.

(5.) *Ex cap. Licet exquadam de testib.* ibi : *Cum satis videretur absurdum illos admiti quorum repelerentur Authores.* Roquen. Pleg. 289. *Fol.* 35.

32. Parece bastaba lo dicho para no atender estas deposiciones; pero como la simulacion, y mentira tienen poco fixo fundamento, este testigo quedò convencido baxo de juramento, aun no aviendo acabado de deponer: dexamos dicho, que Francisco Sanchez declarò, que todos estos tratos, avian sido en casa de Don Agustin, y este testigo, *fol.* 119. *B.*

dize: *Que no ha entrado vez alguna en ſu caſa* (hablando de la de Don Aguſtin) lo baſtante es para hallarſe convencido; pero lo eſtà mas, de que no ſe hallò à eſte trato de la cevada; pues proſigue: *Pero ſi ſe ha hallado, y concurrido caſualmente al trato de la barrilla con el dicho Don Aguſtin, y el dicho Franciſco Sanchez*: luego no ſe hallò à el de la cevada, pues ſolo declara viò el trato de la barrilla.

Fol.42.

33. Miguel Pedreño, quinto teſtigo, que no ſe examinò en plenario (para que hallaſſemos ſu convencimiento) aunque lo abonò Franciſco Sanchez; no lo debemos atender por muchas razones: La primera; porque aviédo hallado, que todo lo que depuſieron los los demàs teſtigos en eſta informacion, fue faltando à la verdad, harìa eſte lo proprio (5.) La ſegunda; porque la razon que dà es, *por que lo ſabe, y le conſta*, y otras vezes por la comunicacion que tenia con los dichos Don Aguſtin Romero, y Franciſco Sanchez, que vno, y otro es deſpreciable, por lo que ſe fundò en los *numeros* 19.22.y 30. La tercera; porque aviendoſe deſvanecido todos los demàs teſtigos, quedarà eſte ſolo, el qual, ni haze prueba, ni puede vencer la fee de vn inſtrumento publico en que ſe fundan los herederos de Don Aguſtin (6.)

(5.) Guazin. *de Defenſ. Reor. def.25.cap.1.nu.24.* ibi: *Advocatus advertat, quia huiuſmodi falſitatis præſumptio in vno teſte inducit etiam præſumptionem, in alijs, qui de inde repeterentur. Deciſ. Avenion.33.n.1. & deciſ.53.n.4.* Franciſc.Peña *deciſ.425.n.4.*

(6.) *Cap.Veniens 10.cap. Licet ex quadam 48.de teſtib.* Maſch. *de Prob. concl. 347.n.30. ex vulgariſsima regula dictum vnius dictum nullius.* D. Valenç. *conſ. 141.num.13.& 14.*

TRIGO.

5. Pregunta, fol.101.

34. Articulò Franciſco Sanchez, q̃ aviendo llegado el plazo de la pregunta antecedente (que es la quarta, referida al *num.* 17. en que ſe obligò à pagar las 700. fanegas de cevada à 16. reales) el dicho Don Aguſtin requiriò al dicho Franciſco Sanchez, le pagaſſe la cantidad correſpondiente à las dichas 700. fanegas de cevada, y no hallandoſe con poſsibilidad para hazerlo, le dixo le eſperaria para el mes de Agoſto ſiguiente de dicho año (que ſegun la pregun-

ta

ta antecedente, fue el de 99.) con que se obligasse à pagar dicha cantidad en especie de trigo, regulandolo à precio de 22. reales, y medio cada fanega; y con condicion, de que si llegado el plazo no cumplia, se lo avia de pagar à razon de 30. reales por fanega.

35. Juan Lopez Nieto, en la informacion de Madrid depone todo esto, sin dàr razon alguna, mas que las que dexa expressadas en los particulares de la cevada, y en la probança à esta pregunta dixo: *Que lo tiene dicho en dicha deposicion, y que à ella se remite*, y no aviendosele leido, es de ningun efecto esta ratificacion; como diximos en el *num.* 24. y este trato, dize Sanchez en su declaracion al *cap.* 15. fue en las casas de la morada de Dou Agustin, este testigo nunca à entrado en ellas, como lo tiene depuesto en el *fol.* 122. y se refiriò en el *num.* 21. y solo dize se hallò al trato de la barrilla: luego no se alcança por que razon pudo deponer con tanta certeza este particular. *Fol.* 18; *Fol.* 87.

36. Bernardino Garcia, depone todo esto en Madrid, sin dàr tampoco razon, pero la diò en plenario; *lo qual sabe el testigo por averselo oìdo dezir al dicho Francisco Sanchez*: buena razon para que este testigo pueda ser del menor aprecio; empero, aunque no lo huviera dicho, no podia ser otra cosa. Francisco Sanchez afirma, que este ajuste fue en casa de Don Agustin; este testigo dize: *Que nunca entrò en ella à tal dependencia, si no à vna de su padre*: luego solo de oìdas lo podia saber. *Fol.* 112. *B.* *Fol.* 116.

37. Baltasar Garcia, en dicha deposicion, no dà razon alguna de saberlo, pero la diò en la probança que fue: *Lo qual sabe el testigo por averselo oìdo dezir al dicho Francisco Sanchez, y no por otra razon*; lo es buena para este pleyto, y este testigo, ni aun se remite à la informacion de Madrid, ni haze la menor mencion della, mal se podrà dezir ratificado. *Fol.* 32. *B.* *Fol.* 107. *B.*

Fran-

38, Francisco Ruiz Ximenez, en dicha su deposicion dize: *Que lo sabe, y que esto lo hazia Don Agustin encerrandolo, y atemorizando al dicho Francisco Sanchez, y esto no lo vido el testigo, pero assi es publico, y se lo contò quexandose el dicho Francisco Sanchez*, en el termino de prueba, aunque se remitiò, y dixo se ratificaba en esta deposicion, no es ratificacion, ni por tal se puede estimar, como diximos al *num.* 24. ademàs, que lo depone por oirselo à Francisco Sanchez, que es de ningun aprecio; por las oìdas publicas, es de menos atencion, ni digno de fee (6.) conque este testigo se queda en los terminos de no poder tenerse consideracion dèl para esta probança,

(6.) *Excitatis, n.22.*

39. Miguel Pedreño, aunque no està examinado en el plenario; pero la razon q̃ dà es la propria que el antecedente, *y esto no lo vido el testigo, pero assi es publico, y se lo contò el dicho Francisco Sanchez, y juntamente Alexandro Lamberto, criado de Don Agustin*, que no estando examinado por esta cita, serà de ningun efecto, y padecerà este testigo el proprio defecto que dexamos notado al antecedente, y à èl en el *numero* 33.

BARRILLA.

40. Articulose por Francisco Sanchez, que aviendo llegado el plazo contenido en la pregunta antecedente (que es la referida en el *num.* 34.) y no hallandose con la dicha cantidad de trigo, le ajustò la quenta à razon de los dichos 30. reales por fanega, y por lo que estas importaron, le hizo obligacion à que le huviesse de hazer pago de la dicha cantidad en especie de barrilla para el mes de Septiembre de dicho año (que parece fue el de 99.) y por no aver podido el dicho Francisco Sanchez cumplir con el entrego de dicha barrilla al dicho plazo, le

6. *Pregunta.*

cargò

cargò por via de intereſſes 4. reales por cada quintal.

41. Al 17. y 18. capitulos declarò Franciſco Sanchez: *Que eſtos tratos, avian ſido en caſa de Don Aguſtin, y que ſi ſe avia hallado alguna perſona preſente, ſeria algun criado del Don Aguſtin, y en algunos tratos ſe avia hallado Bartolomè de Alarcòn*, que eſte no eſtà examinado en eſte pleyto ſobre eſtos tratos. *Fol.87.*

42. Juan Lopez Nieto, en Madrid depone, que no aviendo dado la barrilla Franciſco Sanchez, ſe le cargaron 4. reales por quintal, *por averlo viſto*: en todo lo demàs no dà razon concluyente, mas de las expreſſadas; pero en eſto q̃ refiere, viò no puede ſer, yes teſtigo falſo. Franciſco Sanchez dize: *Que eſte trato fue en las caſas de Don Aguſtin, que ſi alguna perſona ſe ha hallò preſente, ſeria algun criado*, y eſte teſtigo nunca ha paſſado del zaguan de Don Aguſtin, como lo depone, *fol.* 122. y queda referido, *ſupr num.* 21.

43. Aſsimiſmo declara al *fol.* 122. *Que ſolo ha concurrido el teſtigo, y ſe ha hallado preſente à el trato que los dichos Don Aguſtin, y Franciſco Sanchez tuvieron de la barrilla en ſu Almaçèn, como el teſtigo tiene expreſſado en la vndezima pregũta que ſe le ha hecho*, el qual es muy diſtinto del contenido en la dicha pregunta ſexta de que ſe trata: luego eſte teſtigo es falſo, en dezir, que viò dicho particular, y carga de intereſſes de 4. reales en cada quintal de barrilla.

44. Baltaſar Garcia, no dà razon de todo ello, ſi no por que *lo ſabe*, otras vezes, por aver viſto al dicho Franciſco Sanchez, y Bartolomè de Alarcòn tratar con Don Aguſtin, y otras por ſer publico, y notorio, y averlo executado con otras perſonas; pero no dize quienes, ni que tratos: examinoſe eſte teſtigo en plenario, y para que ſe conozca ſu paſsion, y audacia, y por no faltar à la puntualidad del he *Fol.* 113.

cho dize : *Lo qual sabe el testigo por averselo oydo dezir al dicho Francisco Sanchez* (que abonado Autor) *al tiempo que este iba buscando la dicha barrilla entre los vezinos del campo ; y assimismo lo sabe por averlo oydo dezir à otras muchas personas, demàs de ser publico , y notorio en esta Ciudad , y su campo , y muy escandaloso ; respecto de que con todos los demàs que ha tratado , y fiado el dicho Don Agustin , ha tenido por costumbre el vsar semejantes tratos, destruyendo à muchos Labradores , y hombres de negocios , como son el dicho Francisco Sanchez , Iuan de Aguera , Francisco Mançanares, Tomàs Bobadilla, Iuan de San Martin , Iuan de Cardenas , y Tomàs Galindo.*

45. El primer Autor, es el proprio Reo, el segundo es por averlo oìdo dezir à muchas personas (7.) la tercera razon, es por ser publico, y notorio, en el *num.* 106. queda convencida, la quarta, por los muchos conque ha exe cutado lo proprio Don Agustin , que expressa, que no constando , porque lo sabe , ni que sea cierto esto , es de ninguna consideracion ; demàs, de que Don Agustin huviesse hecho dichos tratos con otros , no se inferia averlo hecho con Francisco Sanchez (8.) conque por ningun medio se puede calificar esta deposicion de verosimil , ni verdadera , quando èl tiene confessado, que no se hallò presente à trato alguno, *fol.* 116.

(7.) *Non admititur ex dictis , num.* 22.

(8.) *Quia illatiò non fit à diversis. Ex l. vltim. de Calum. & l. Inter stipulantem, §. Sacram. ff. de verb. oblig.* & alijs Barb. *Axiom. Iur. Litt. Y. num.* 18.

46. Baltasar Garcia , en la primera deposicion , depone vnos particulares de oìdas al dicho Francisco Sanchez, otros por ser publico , y otros por el trato , y comunicacion q̃ ha tenido con el susodicho , y Don Agustin Romero ; cuyas razones, siendo generales en los demàs testigos , quedan yà excluìdas : en la probança , no se ratifica en este dicho , aunque lo depone de oìdas à diferentes personas q̃ expressa, las quales non estàn examinadas.

47. Francisco Ximenez , depone en la informacion , que dize : *Le consta , y sabe lo*

ha

ha executado Don Agustin con otras muchas personas, y con la Casa de los Fabregas, como es publico, y notorio, y por el trato, y comunicacion que con los referidos tiene. En la probança à esta pregunta sexta se refiere à dicha deposicion, en que se afirma, y ratifica, conque no aviendosele leìdo, no pudo obrar verdadera ratificacion, y assi se quedò en los terminos de deposicion en sumario, como diximos en el *num.* 9. ademàs, de que no avien dose hallado presente en ninguno de los tratos, como declara, *fol.* 119. *B.* Quantas razones acumula son despreciables, como queda referido en el *n.22.y96.* y aunque dize se hallò presente al trato de la barrilla, fue el de la pregunta 11. como en ella lo declara, y se notarà despues; pues esta que se supone en la pregunta sexta, fue en casas de Don Agustin, como declara Francisco Sanchez, *supr. num.* 41. y en ellas nunca estuvo este testigo, como en el dicho *fol.* 119. depone.

48. El vltimo testigo, que es Miguel Pedreño, que no està examinado en el termino de prueba, conviene en todo con el antecedente en su deposicion, conque serà superfluo referirlo,

49. Presentò Francisco Sanchez vna relacion jurada, y quenta desde el *fol.* 149. con cargo, y data de todos los contratos q̃ avia tenido con Don Agustin, dize, la dà refiriendose à su libro, y otros instrumentos, y vales q̃ tiene, y la jura dos vezes, como se dize en el *numer.* 85. y la firma, y presenta, que por todo es preciso pruebe contra èl (9.) y sean de ninguna atencion, quanto los testigos en contra dixeron (1.) y solo servirà para convencer la mala fee de ellos, y mayor de Francisco Sanchez, de tener brio para articular, y alegar contra sus proprios juramentos, y aun en estos estàr opuesto.

50. Dizen todos estos testigos, q̃ el trigo no se entregò, por no averlo avido, y aver

(9.) Parej. *de Vniv. Instr. Edit. tit.* 1. *res.* 3. §. 3. *n.* 46. & 47. & §. 5. num. 25. ibi: *Nam generale est in omni negotio scriptura ipsa pribata contra ipsum met scribentẽ, ac in eius præiuditium probationem plenam inducat.*

(1.) Arg. *Leg.* 4. *tit.* 7. *lib.* 4. *Recop.* Et ex doctrin. D. Vel. *diss.* 38. *nu.* 77. D. Valenç. *cons.* 126. *nu.* 18. ibi: *Nam confessio partis infrigit dicta testium, intantũ quod magis statur ei, quam mille testibus contrarium deponentibus.* Franc. Peña *decis.* 1472. *num.* 4.

aver sido corta la cosecha, ni la barrilla por la misma razon; y en la Relacion jurada, en las partidas 1. y 15. de la data, dà 386. fanegas de trigo, que entregò à Don Agustin, luego es falso lo que dize, que por no aver tenido trigo, se reduxo à barrilla; y en las partidas 6.7.8.9.10. y 11. dà en data 4ȷȷ934. quintales: luego el no entregarla, no seria por no tenerla; y si la tuvo, y la entregò, es falso que se le cargassen los 4.rs. mas por quintal, y se prueba esto del testimonio puesto en los autos, sacado de el libro de quentas (2.) de Francisco Sanchez, en que en los años de 98. 99. y 700. manejò, y entraron en su poder en diferentes partidas mas de 2ȷȷ. quintales de barrilla, de que se prueba es falso dezir no la entregò por que no tuvo.

Pieç. 2. fol. 315.

(2.) Que prueba plena mente contra el D. Gonç. *cap. 1. de Probat. num. 12.* Giurb. *decis. 88. num. 3.* D. Castill. *tom. 6. contr. c. 165 n. 14.* D. Vel. *diss. 38. n. 5. 28. & 31. Vivi, decis. 445. lib. 3. num. 3.*

51. Lo supuesto de este Articulo, y pregunta sexta, y la falsedad de sus testigos, se comprueba, de que dize Francisco Sanchez, que el plazo fue de vn mes, que es el de Agosto, que era el primer plazo, y por no aver cumplido, le esperò para Septiembre, los testigos dizen quatro, que fue de quatro meses, à los *fol. 19. B. 24. 30. B.* y Miguel Pedreño, que fue de 5. meses.

Pregunt. 11.

52. Articulò Francisco Sanchez, q̃ por el dicho año passado de 98. aviendo librado la casa, y negocios de los Fabregas vna cantidad considerable de dinero à favor de dicho Don Agustin Romero contra el dicho Francisco Sanchez, y aviendole hecho el pago en barrilla, valiendo cada quintal à comun estimacion à razon de 26. ò 27. reales, el dicho Don Agustin le precisò à que se la diesse à 22. reales por quintal, perdiendo en cada vno cinco reales, y consiguientemente mas de 12ȷ. en la partida, por aver sido dicho entrego de 3ȷȷ400. quintales, y se conoce enmendado el dos en tres, y se comprueba la dicha enmienda del pedimento, en que presenta el Interrogatorio, que dize, dos mil y quatrocientos quintales.

Sobre

53. Sobre esta pregunta, dizen los quatro testigos de la probança: Baltasar Garcia de oìdas à Francisco Sanchez, Bernardino Garcia, aunque dize se hallò presente à el entrego de la barrilla; pero en quanto à el ajuste, y precio en que la diò, en que supone Sanchez el agravio de oìdas à este, conque estos dos testigos no son apreciables.

54. En la informacion no se refiere este trato, y en esta pregunta, dize Francisco Ruiz se hallò presente a el tiempo de el ajuste, q̃ fue à 22. ò à 22. reales, y medio cada quintal, *aviendo passado el referido trato, frontero à la puerta de dicho Almacèn*: de este testigo se justificò lo falso de el articulo; pues dize, *que le precisò Don Agustin* à que se la diesse à dicho precio: buen modo de apremiar vn ajusto palam, & coram testibus facto (3.) en la calle, y frente del Alcèn del dicho Francisco Sanchez, como es presumible, ni capàz de discurrir pudiesse aver apremio, ni precisìon, ni motivo dello, si no es cõprar, y vender, como cada vno puede; y mas que dize dicho Bernardino Garcia, *que se le desechò parte della, por dezirle que era de mala calidad*, y esto lo confiessa Francisco Sanchez al *cap. 19. fol.* 115. conque no es mucho, que aunque la de buena calidad valiesse à 26. ò 27. reales, esta no los meresciesse.

55. El vltimo testigo, que es Juan Lopez Nieto, dize de oìdas al Don Agustin, aver dicho no le avia de pagar dicha barrilla à mas que à 22. ò 22. reales, y medio, estos dos testigos son singulares, porque deponen de hechos distintos aquel del ajuste, *frontero de la puerta del dicho Almacèn*, este, no del ajuste, si no del ofrecimiẽto del dicho D. Agustin *en la propria puerta*, con que como hechos distintos, son singulares sus dichos, y no hazen plena prueba (4.) ademàs, q̃ estos dos testigos estàn notados de varios, y falsos en los *numer. 21. y 26.* conque no es mucho

(3.) *Ex l. Non existimo* 54. *ff. de adm. tutor. l.* 5. §. *Sane, ff. de auct. tut.* Bart. *sup. eum, n.* 3. Menoch. *de Arb. cas.* 244. *n.* 2.

(4.) D. Eman. Gonç. *cap. Veniens* 10. *de testib. n.* 5. Farin. *de Testib. q.* 64. *n.* 7. ibi: *Quia ex varietate loci, & temporis, de necessitate insurgit diversitas mutui, ideo isti testes, non vti contrarij, & repugnãtes, sed vt diversi, & de diversis actibus deponentes à DD. reputãtur, & sic eos dicunt singulares, non singularitate obstativa, sed diversificativa.* Cell. Barg. *de Dolo lib.* 4. *c.* 8. *n.* 52.

falten à la verdad en esto, y su fee sea menos até dida,

56. Y aun dado que fuesse cierto, que la barrilla valiesse à 26. ò 27. reales, y se vẽ diesse por 22. ò 22. y medio, donde està la vsu ra, y querer por este medio rescindir el contrac-to; porque si consideramos, que los 26. ò 27. rs. era el precio supremo, el 22. seria el medio, y si el medio, el 22. seria el infimo, que en vn caso, y en otro, enconciencia, y en justicia, aun en la opinion mas estrecha, es legitimo el contracto, sin escrupulo alguno (5.) y ay opinion que fun-da, que aun en el fuero interior, no excedien-do la mitad del justo precio, no ay obligacion de restituir (6.) pero en vna, ni en otra, nin-guno à dicho que ay vsurà, ni se incurre en sus penes, ni dà accion, ni exaccion, no siendo en el caso de la *Ley* 2. *C. de rescind. vend.* de cuyos terminos dista mucho.

57. Pero la falsedad de este articu lo, y lo que dizen los testigos se halla por otro medio convencido; porque supone que esto fue el año de 98. y aviendo presentado Francisco Sanchez su relacion jurada en las partidas 6. 7. y 8. cõsta fuerõ estas cesiones de la casa de los Fa-bregas, segun los vales desde 14. de Junio de 1699. conq̃ es falso fuesse el de 98. de que se infiere, que quando meresciesse algun aprecio el dezir los tes tigos, que el año de 98. valia la barrilla à 26. ò 27. reales, pudo el de 99. que fue esta entrega valer à 22. pues à vn à 20. la pone en su relacion jurada en los *numer.* 8. 9. 10. y 11. de la data.

58. Y del testimonio del *fol.* 315. que es del Libro de Caxa de Francisco Sanchez; consta, que en quanta barrilla tratò, y con-tratò Francisco Sanchez en estos años, el ma-yor precio fue à 24. reales, y ay de 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. y 22. luego es falso valiesse nunca à 26. ni à 27. reales. Y del testimonio del *fol.* 313. en vna nota q̃ ay sacada de dicho li-

bro,

(5.) D. Eman. Gonç. *in c.* 3. *de empt. & vend. n.* 5. Math. *in l.* 1. *glos.* 1. *n.* 7. *tit.* 11. *lib.* 5. *Recop.* D. Co-varr. *lib.* 2. *var. c.* 3. *n.* 1. cũ D. Thom. & alijs, *ex Theologis* P. Molin. *de Iust. & Iur. tract.* 2. *disp.* 347. vers. *Hinc, & disp.* 350. versic. *Communis.* Vincentio Fi-lliutio *de Contractib. tract.* 35. *c.* 3. *n.* 57. Ped. Navarr. *de Restit. lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 11. *& cæteri omnes ita docent.*

(6.) Ex traditis à Dom. Covarr. *tom.* 2. *var. c.* 4. *n.* 11. & eam fundans latissi-mè Escob. *de Vtroq. Foro, art.* 5. *c.* 2. *à n.* 36.

bro, dize: *Advierto, que el precio* (và hablando de esta barrilla) *por el señor Corregidor fue à 23. en este año de 1698. y el señor Don Agustin la tomò à 22. delos señores Fabregas, por la diferencia, y espera que tuvo à dichos Señores.* Luego quando mas, el precio fue à 23. reales, no à 26. ni 27. como articula, y la baxa à 22. fue ajuste entre los Fabregas, y Don Agustin, no con Francisco Sanchez; conque no puede repetir agravio alguno contra este, si no contra dicha Casa, y assi lo nota, *y que le ofrecieron el real de diferencia*: luego en que tuvo el agravio.

59. Tambien faltò à la verdad en la cantidad, pues articulan fueron 3ꝟ400. quintales, y de dicho libro, repetido en dos partes, fueron 2ꝟ270. quintales: Y en la relacion jurada, *fol.* 150. dixo, avian sido 2ꝟ382. quintales: Y al *fol.* 90. de la pieça de terceria, al 6 capit. declara fueron 4ꝟ. quintales (quien podrà componer tãta variedad, y q̃ estando ausente la sacò de su Almacèn Romero) puede ser mayor audacia cõtra lo que tiene articulado, y depuesto los testigos.

60. Artículò Francisco Sanchez, que à fines del dicho año de 99. el dicho Don Agustin Romero lo llamò, por medio de Bartolomè de Alarcòn, y aviendo entrado en las casas del dicho Don Agustin, hizo demonstracion de vna gran cantidad de doblones, hechandolos sobre vn bufete, y diziendoles, que los tenia para servir à los amigos; y diziendole el dicho Francisco Sanchez en chança, que si se los queria dàr, respondiò que nò; pero que por tratos que entre los hombres se hazian, se entregaban los dineros: Y aviendole dicho Francisco Sanchez, que no tenia por entonçes nada q̃ vender, el dicho Bartolomè de Alarcòn dixo, q̃ lo que queria dicho Don Agustin, era vna partida de barrilla, y por vltimo, en fuerça de las instancias que hizo, consiguiò, que dicho Francisco Sãchez le ofreciesse 350. quintales, y otros

Pregunta 12.

tan-

tantos dicho Bartolomè de Alarcòn, à precio de 24. reales y medio, valiendo à comun eſtimacion à 26. y 27. reales.

61. Eſte trato no lo deponen los teſtigos en Madrid; y en la probança, los dos teſtigos primeros, y el quarto de oìdas à los dichos Franciſco Sanchez, y Bartolomè de Alarcòn, el qual no eſtà examinado, el tercero de oìdas, ſolo à Franciſco Sanchez; conque eſte articulo no eſtà por medio alguno juſtificado; ademàs, que aunque lo eſtuvieſſe, no puede oponerſe ſemejante excepcion, *ex dictis num. 56.*

62. Articulò, que ſin levantarſe de las ſillas, aviendo fenecido el trato de la pregunta antecedente, dixo el dicho Don Aguſtin, que dentro de ocho dias ſe le avia de hazer el entrego de dicha barrilla, y que por no poder, y eſperarles haſta Julio, les hizo ſe la bolvieſſen à comprar à precio de 37. reales y medio, con el pretexto de hazerſe cargo de los derechos, y gaſtos de la embarcacion, y les hizo hazer eſcriptura de la cantidad, y deſpues en las quentas cargò la paga en trigo à razon de 22. reales y medio, y el que no ſe le entregò, à razon de 30. ſolo por vn mes de eſpera.

Reg. 13.

63. La deponen los quatro teſtigos, remitiendoſe de oìdas à los dichos Franciſco Sanchez, y Bartolomè de Alarcòn, y por las meſmas razones que la pregunta antecedente, con que ſe halla con tan niuguna juſtificacion, como todas las demàs.

64. Pero la falta de verdad en eſtos dos articulos, ſe prueba de dicha relacion jurada, que ſupone, que eſte trato fue à fin del año de 99. y en la data de dicha relacion al *num.* 23. pone vn vale de 20. de Enero de 1699. que dize, le quedò debiendo Don Aguſtin, por averſelos entregado, menos quando dicho trato: luego es falſo lo q̃ articula, que fue à fines del año el trato, quando à principios yà eſtaba executa-

do,

do, conque en que se podrà dezir, que ni los testigos, ni Francisco Sanchez digan verdad, ò à lo menos se hallaràn con alguna conformidad y no con tanta variedad, y desunion. (7.)

(7.) D. Valenç. *conf.* 102. *n.* 13. ibi: *Rursus, quia in secundo dicto reddit per iurus, cum contrarietur juramento primi dicti.* Tex. *inl.* 16. *ff. de testib.* ibi: *Vel varie testimonia dixerunt.* Farinac. *de Testib. q.* 66. *à n.* 56. *vbi latissime.*

SARDINA.

7. *Pregunta.*

65. Articulose por Francisco Sanchez, que encontinuacion de dichos tratos, por Quaresma de dicho año de 99. le obligò el dicho Don Agustin à que tomasse 800. arrobas de Sardina, à precio de 16. reales, sin embargo de averse procurado escusar; y con efecto por dicho tiempo le entregò vna partida considerable por quenta de las dichas 800. arrobas, aviendole puesto por muestra Sardinas de buena calidad, y legitimas de Portugal, y entregando en su lugar Lacha, y Jurèl, que llaman de la Costa, q̃ su comun precio, y estimacion, era, y es à razon de siete reales abordo; y aunque aviendolas reconocido despues del entrego, le diò las quexas à el dicho Don Agustin, el susodicho se cerrò en dezir, que el trato era trato, y q̃ avia de passar por èl, ò le avia de apremiar por justicia, no solo à este trato, si no à el pago de las demàs cantidades que le debia, y por lo rigoroso, y poderoso del dicho Don Agustin, le obligò à quedarse con dicha Sardina, aunque con tan gran perdida.

8. *Pregunta.*

66. Y la restante cantidad à las dichas 800. arrobas de Sardinas, el dicho Don Agustin la entregò despues de passada yà la Quaresma de dicho año, y entrado yà el calor; por cuya causa, aunque la Sardina que assi entregò era de la legitima, estaba yà gastada, y corrompida; y que aunque el dicho Francisco Sanchez procurò salir della, no lo pudo conseguir sin perdida de casi toda; porque aviendo llevado vna partida à el Lugar de los Aljesares, aviendose conocido la mala calidad, no se permitiò se ven-

dieſſe, y la hizieron enterrar en el campo.

67. Y que aviendo llevado otra partida à la Villa de Almazárrõn, por la juſticia ſe hizo quemar.

10. *Pregunta.* 68. Y aviendo llevado otra partida à la Ciudad de Lorca, aviendo vendido alguna, y ſaviendo el Corregidor era de mala calidad, y que ſe quexaban los que la avian comprado, prohibiò ſu venta, y la que quedaba la hizo arrojar al Rio.

69. Juan Lopez Nieto, en Madrid, *fol.* 19. *B.* al fin dà principio à eſtos particulares con eſtas palabras: *Y aver viſto, que el dicho Don Aguſtin le avia preciſſado al dicho Franciſco Sanchez à que le tomaſſe* 800. *arrobas de Sardina de muy mala calidad.* Y proſigue en el demàs contenido de las preguntas, todo ello falſo; porque todos eſtos tratos, dize Franciſco Sanchez en ſu declaracion, deſde el *cap.* 20. que fueron en caſa de Don Aguſtin; eſte teſtigo nunca entrò en ellas, como declara *fol.* 122. y que ſolo ſe hallò preſente al trato de la barrilla, referido en la pregunta 11. *Luego en dezir que viò el que D. Aguſtin preciſsò à Franciſco Sanchez à tomar dichas* 800. *arrobas de Sardinas*, faltò à la verdad, en la probança ſe refiere à dicha depoſicion, y dize ſe ratifica ſin averla leìdo, ni moſtradoſele; conque yà por faltar à la verdad en ella, ò yà por no ſer eſta ratificacion por lo dicho en el *num.* 24. no es digno de atencion, y como ſi tal teſtigo no ſe huvieſſe examinado.

Teſtimonio, fol. 319. 70. Y afirmando eſte teſtigo, que fue cara, y mala Sardina, conſta le comprò à Sanchez vn quarteron de Sardineta en 5. reales: luego la vendiò Sanchez à 20. y le coſtò à 16. conque no ſolo comprò caro, ſi no que ganò en cada quintal 4. reales, pero ganò mas, como ſe refiere, *num.* 82.

Fol. 25. 71. Bernardino Garcia lo depone por publico, y notorio, en la probança dize q̃

no

no se hallò al trato, ni à las quexas q̃ Francisco Sánchez le diò à D. Agustin de la mala calidad de la Sardina, si no es solo al entrego della, que fue en bordo, à donde se entregò Fráciſco Sanchez: y quando este la reconociò que era Alacha, y Jurèl; conque de este testigo no se infiere, ni prueba el trato como fue, ni el precio en que se ajustò, en que supone Sanchez estuvo el agravio, antes se acredita, como el Don Agustin en caso de no ser de calidad, no tuvo culpa, si no los q̃ la traxeron, pues abordo se entregò en ella Fráciſco Sanchez, sin intervencion de D. Agustin.

72. Prosigue en su deposicion al particular del *num. 66.* y lo depone de oìdas al Franciſco Sanchez; y sobre la que se embiò à los *Aljesares*, dize que fue à *Beniajar*, y que vn Fulano Serrano, morador en dicho Lugar, le dixo al testigo, como la Sardina que avia embiado Franciſco Sanchez por de mala calidad, la avian enterrado; conque siendo vnas oìdas sin examẽ del referente, no haze fee de lo dicho en el *num.* 22. y porque no consta sea la propria sardina; pues la pregunta dize fue en los *Aljesares*, y esto que succediò dize el testigo fue en *Beniejar*; conq̃ siendo el vbi la mayor prueba de la distincion (8.) no pudo ser vna propria sardina la que dize este testigo, y la que comprò Franciſco Sanchez de Don Agustin Romero.

73. El contenido de la pregunta 9. de oìdas à Diego Mulero su primo, que llevò à vender dicha sardina; y el de la pregunta 10. de oìdas à vna persona que no conoce, que llevò la sardina à Lorca; conque estas oìdas, no estando examinadas, el referente no haze fee, ex dictis.

74. Baltasar Garcia lo depone; *porque es cierto, y como tal residente que era entonçes en dicha Ciudad, y fue publico, y notorio*; cuyas razones estàn yà convencidas, y excluìdas: En la probança, à la septima dize, que sabe lo en ella con-

(8.) *Ex cap.* 13. Dan. *ex l.* 2. *tit.* 33. *p.* 7. *& ex l. Optimam* 14. *C. de commit. & contrah. stipulat.* Rox. *de Incomp. p.* 2. *cap.* 1. *à n.* 15. Aguil. ibi & Everard. *in loc. argum. loc.* 119. *à diversitat. temp. n.* 2. ibi: *Et simi liter diversitas in loco,*

conteni do *por averlo oido dezir al dicho Francisco Sanchez* ; y asimismo, porque el testigo la viò en la casa del referido , y reconociò su calidad, quanta diferencia ay de vn dicho à otro , y que este testigo , el trato de ninguna forma lo prueba , y no solo no se puede dezir ratificado en la dicha deposicion, si no es que depone totalmente contrario.

75. En quanto à la octava pregunta , dize que fue en *Beniajar*, y no *Aljesares*, y de oidas à Fernando Serrano , à quien la entregò Francisco Sanchez para que la vendiesse ; conq̃ queda la propria exclusion , que la referida en el *num.72.* y à la 9. de oidas al dicho Diego Mulero , que dize el testigo antecedente, y la 10. de oidas à vnos hombres que dixeron la avian llevado à vender ; conque es la propria exclusion, que à la del testigo antecedente.

76. Francisco Ruiz depone todo el contexto , por saverlo, y ser cierto, y por aver lo oido dezir à Juan de Talavera, vezino de Fuẽte del Alamo , por aver llevado vna partida de ella à dicha Villa (este testigo supo mas q̃ Francisco Sanchez , quien nunca à dicho, que à esta Villa se llevasse tal partida) y tambien por ser publico , y notorio : En la probança à estas preguntas , se afirma , refiere , y ratifica en dicha deposicion; conque no se ha de atender este testigo por ello , *ex dictis num.24.*

77. El vltimo testigo , que no se examinò en el plenario , dize en la deposicion de Madrid lo proprio que el antecedente, y que todos los demàs.

78. En dicha Relacion jurada , q̃ queda referida en el *num.49.* la segunda partida de el cargo, es vn vale de 13. de Febrero de 1699 en que se obliga à pagar à Don Agustin el valor de 644. arrobas de Sardina , y en toda la relacion no se haze cargo de mas sardina : luego es falso lo que se articula , de que fueron 800. arro

bas

arrobas de sardinas: luego es falso que le diò partida della por el verano, pues fue à 13. de Febrero, y es falso quanto dizen los testigos sobre ello; pues contra la confesion de la parte, no se pueden, ni deben admitir, ni hazen fee sus dichos (9.)

(9.) *Ex citatis, n. 49. Iuã Lopez Nieto, fol. 201. Bernardo Garcia, fol. 25. Baltasar Garcia, fol. 31. B. Francisco Ruiz, fol. 38. B. Miguel Pedreño, fol. 46.*

79. Todos quatro testigos, en las deposiciones de Madrid, dizen: Que para que Francisco Sanchez se quedasse con dicha sardina, *fue precissado de las amenazas, y apremios que le hizo con justicia, como poderoso que es en dicha Ciudad; por dezirle, que de no tomar dicha sardina, le avia de executar por las cantidades atrassadas, que vàn referidas*, que son, trato de cevada, trigo, y barrilla, y todo es falso; pues en esta relacion jurada, el primer trato, segun el vale, fue este, conque no podia ser deudor de los demàs, y solo Francisco Sanchez pone por deuda al tiempo de este trato 400. reales en esta forma: *Primeramente, recibi del dicho Don Agustin Romerò 400. rs. como pareze de vale de letra de Alexandro Lamberto, que era su Oficial, de fecha de 19. de Agosto de 1698.*

80. Y es de notar, que essi Francisco Sanchez en las dichas preguntas, como los testigos en las deposiciones de Madrid, dizen, q̃ le precissaba, y obligaba atemorizandole conq̃ le apremiaria, y executaria por justicia; y es assi, que segun la partida 6. de la data de dicha quẽta, à principios de el año de 98. entregò Sanchez à Romero 11ℓ286. reales en barrilla; con que aunque despues por Agosto Romero le diesse 400. reales, le quedò debiendo mucha cantidad, conque es falso quanto Sanchez dize, y los testigos, y suponer otros tratos antecedentes, que no huvo, como Sanchez dize en dicha Relacion jurada.

81. Y se acredita lo referido mas; porque aunque no se tenga consideracion al entrego de dichos 11ℓ286. reales de barrilla, para

extinguir dichos 400. dize en la partida 21. de la data, que pagò en dinero dichos 400. reales: luego si los pagò, y no avian tenido trato hasta el de la sardina, como le pudo obligar à este por el temor de la execucion; y aunque dixera que era por dichos 400. reales, se convence, porque dize que le atemorizaba por el resto *de los tratos, y vsuras que le avia llevado, y cargado*; es assi, que dichos 400. reales, no procedian de trato alguno, si no de vna fiança que otorgò Francisco Sanchez por vn Damian Guillèn, deudor de D. Agustin; conque es falso lo que supone Sanchez, y lo que dizen sus testigos; y que dicho vale proceda de dicha fiança, se prueba del juramento del dicho Francisco Sanchez en dicha partida 21. que es assi: *Mas 400. reales que le paguè por Damian Guillèn, de quien fui fiador, y pareze de vale de 19. de Agosto de 1698.* que es el citado en la partida primera del cargo.

82. Y de todo esto que articula en esta 7. pregunta, se prueba mas su falsedad del testimonio del *fol.* 314. sacado de su Libro de Caxa, que todas las partidas de venta de sardina que tuvo Francisco Sanchez en el tiempo q̃ comercio, fueron 1½150. arrobas de sardinas, y sardineta à precio de 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 24. y 25. reales de vellon: luego es falso que tomò alacha, y jurèl, que vendiesse à 7. y à 7. y medio; y si Don Agustin le vendiò à 16. reales, fue el precio mas infimo à que vendiò Francisco Sanchez; conque à donde està el agravio, ni puede averlo en este trato.

83. Para justificar Francisco Sanchez la perdida de la sardina, presentò vn testimonio de vn auto, y vña diligencia, para que vna poca de sardina qne se hallò con *gusanos*, y *podre*, se hechasse al Rio en Lorca, executado esto en 6. de Março de 1701. no solo no le aprovecha, si no le daña: Lo primero, porque no consta fuesse de Francisco Sanchez: Lo segundo,

por-

porque fue por Março de 1701. y no es mucho que desde Quaresma de 99. que supone el trato, que ay de diferencia dos años, estuviesse corrompida, y esto seria culpa de Francisco Sanchez, no del vendedor: Lo tercero, porque Francisco Sanchez supone el agravio, por dezir que era alacha, y jurèl, mas no por que estuviesse podrida, en dicha diligencia se refiere, que era sardina, pero corrompida; y siendo esto efecto del transcurso del tiempo, no es culpa de el que la vendiò, si no del que la quiso conservar: Lo quarto, porque tan solamente, fue de vna media bota, no se infiere lo estuviesse la demàs: Lo quinto, porque esto solamente fue en Lorca, mas no en Almazarròn, y otros Lugares que supone la llevò, conque todo es falso, y à fin de no querer pagar lo que tan legitimamẽte debe.

84. Y segun se infiere de vna carta con que se remite dicho testimonio, la sardina era del que la escribiò, y no de Francisco Sánchez; pues dize, *que le avia costado mucho, y ojala la barca se huviera vndido, y no las huviera traydo.* Si fuera de Francisco Sanchez no le costara à èl el dinero: Y despues ay vn renglon borrado que habla de sardina, que con algun fin se quitaria antes de presentarse.

85. Y para mas bien reconocer la animosidad de este Francisco Sanchez, y con quanto poco reparo ha supuesto hechos tan distintos, contrarios, y opuestos en el pedimento, *fol.* 55. pidiò, *que Don Agustin exhibiesse los vales, è instrumentos, y demàs papeles por donde se ajustò la quenta, que enunciaba la escriptura*; y aviendo este pedimento sido el dia dos de Noviembre de 1701. el dia 24. tuvo audacia para presentar dicha quenta, donde dize: *Y esta memoria, y quenta và fixa, y cierta, segun las partidas de mi Libro, y otras memorias, y de los vales que tengo recogidos del dicho Don Agustin, que yò avia hecho à su favor.* Pues si (como es regular) al tiempo que se otorgò la es-

Fol. 309.

escriptura recogiste los vales, como pides que los exhiba Don Agustin; y sin embargo de tener alegado, y articulado tan contrario à la relacion jurada, tuvo animo de dezir en ella: *Y assi lo juro à Dios N. Señor, y à esta* ✠ y despues de su letra, dize ser fixa, y verdadera dicha quẽta, y finaliza: *Y assi lo buelvo à jurar à Dios, y à esta señal de* ✠ y firma; pues quien executa esto que se le podrà creer, y quien con tan poca buena fee procede, es justo su proprio hecho le convença. (1.)

(1.) Proverb. c. 11. *vers. 6. & in insidijs suis capientur iniqui.*

86. Ademàs de lo que en cada testigo se ha notado, para comprobar su ninguna verdad, tienen otros muchos defectos, de que se infiere la ninguna fee que merecen: Lo primero, que todos estos testigos, deponen casi por vn proprio contexto de palabras, y circunstancias (2.) conque es cierto fueron à Madrid por congratular à Francisco Sanchez (pues no consta tuviessen otro motivo de hallarse en dicha Villa) y depusieron lo que quiso à su modo.

(2.) *Leg. 3. §. 1. ff. de testib.* ibi: *Vtrum, vnum eundemque meditatum sermonẽ attulerint.* Masch. *de Prob. cõncl.* 745. *n.* 6. *& concl.* 1374. *n.* 6. Farin. *de Testib. q.* 65. *n.* 24. Bart. *de Reprob. test. n.* 25. *& de testib. num.* 195. ibi: *Et propter vnum, & eundem sermonem dicuntur subornati.*

87. Lo qual se reconoce de vna oja en blanco, que tiene la informacion por cubierta, donde estàn resumidos los tratos, que despues estàn con la propria orden estendidos en los testigos; conq̃ aquella norma la diò Francisco Senchez, y el Escrivano à quien se cometiò, tuvo la facilidad de llenar las deposiciones; y aunque despues por cumplir à su legalidad (à q̃ no me opongo) leyessen à los testigos, como estos iban à este fin, dirian que sì, si es que entendieron lo que se les dixo, pues aun leidas muy de espacio, es precissa alguna aplicacion para percebirlas por la confusion de tratos, y quentas que forman.

88. Y no es de omitir, que siendo disposicion de derecho, que los testigos se han de examinar por el Juez (3.) y que sin causa no se cometa solo à el Escrivano, à qui consiguiò sin ella Francisco Sanchez que se le cometiesse

(3.) *Leg. 50. tit. 4. l. 28. 44. tit. 6. lib. 3. Recop. & excitatis*, à Castej. *Alp. Iur. verb. test. n.* 61.

tiesse à qualesquier de su Magestad, y resulta la informacion fecha por ante vn Manuel Fernandez, que no es el que autoriza el auto, ni consta sea tal Escrivano, y siendo su mayor corroboracion la aprobacion del Juez, y que en dicho auto que mandò darla, se previene, el que fecha se traxesse, nada menos que esso executò Francisco Sanchez, que todo manifiesta la colusion, y colorido que fue dando à semejantes procedimientos, y supocicion de deposiciones à su contemplacion, y arbitrio.

89. Que no es verosimil, que si los testigos huvieran dicho lo que contiene la informacion, huviera escusado Francisco Sanchez que se les leyesse en el plenario para su ratificacion: luego algun justo temor de que afirmassen no aver dicho tal tuvo, como se reconoce de quanto en plenario afirman, en que se oponen à lo que queda notado en cada pregunta à dichas deposiciones, y à donde parece, se conforman, es quando se refieren à la dicha informacion, que no aviendoseles leydo, es muy regular padeciessen la equivocacion de parecerles estaria conforme lo podian deponer, mas no como el Escrivano, y Francisco Sanchez lo dispusieron.

90. Pues aun en la edad, aviendo de difencia de vnas deposiciones à tras tres meses, y no cabales, no convienen Juan Lopez Nieto en Madrid, es de 27. años, y en Cartaxena es demàs de 27. años. Bernardino Garcia, en Madrid es de 27. años, y en Cartaxena de 24. à 25. años. Baltasar Garcia, en Madrid de 30. años, y en Cartaxena de 29. años. Francisco Ruiz Ximenez, en Madrid de 28. y en Cartaxena de mas de 27. Y Miguel Pedreño, en Madrid, donde se examinò, se pone por 27. años, como no lo està en Cartaxena, no se puede cotejar si faltò, ò no à ello; conque el Escrivano fue regulando como le pareciò, tres por de à 27.

Fol. 22.
Fol. 28. y 110. B.
Fol. 34. B. y 106.
Fol. 41. B. y
Fol. 49.

vno de à 30. , y otro de 28.

91. Tienen otras tachas estos testigos; porque Baltasar Garcia, y Bernardino Garcia, consta por la declaracion deste *fol.* 116. *B.* que Don Agustin estaba siguiendo contra su padre vna execucion por diferentes cantidades de de maravedis , y tambien lo declarò Francisco Sanchez al vltimo capitulo, *fol.* 89. *B.* de que se infiere enemiga (4.) y aun presumida excluye la fee de los testigos (5.) y basta la mala voluntad, ò poca predileccion del testigo (6.) que esta es constante, estando contra sus padres siguiendo pleyto D. Agustin. (7.)

92. De las partidas que se sacaron del libro de quenta de Sanchez, donde pone vna con el dicho Juan Lopez, y ay vna nota q̃ dize estas palabras: *Estos 170. reales de arriba, no los paga*, conque se los perdonaria por que depuso. Y ay otra quenta con Baltasar Garcia el mozo (que es el testigo) y dize el testimonio, no tiene data alguna à el cargo, que es de 85. reales, y Bernardino Garcia tiene otro cargo de 65. reales, y tampoco ay partida alguna por discargo, y à Miguel Pedreño, le tiene hecho cargo de otras partidas, y tampoco tiene data, y Frãcisco Ruiz, tiene otro cargo de 198. reales, y medio, y no tiene data: estos son los testigos, estos los que depusieron, deudores de Francisco Sanchez, que sin averlo pagado, no les pide, porque se lo perdonò à Juan Lopez, yà consta del proprio libro, en los demàs se prueba; pues teniẽdo pleyto pendiente con todos sus deudores, en virtud de vna relacion jurada que presentò, en que incluye mas de 280. personas en dos listas, y las mas porciones tan cortas, que ay algunas de 8. de 9. de 10. y 12. reales, y otras semejantes, pero contra dichos testigos, ni aqui, ni en otra parte consta les ha pedido, ni han pagado (y quando exhibe esta memoria de deudores, era pendiente este pleyto, y declara no tener

otros,

4.) *Ex leg.* 13. *tit.* 4. *p.* 3.
(5.) *Leg.* 3. *ff. de Testib.* Farin. *q.* 53. *n.* 20. Anton. Gom. *tom.* 3. *var. cap.* 12. *n.* 14. versic. *Adde*, ibi: *Quod subsit causa inimicitiæ ex qua verisimiliter possit resultari inimicitia licet testis offẽ sus dicat non esse inimicum.*
(6.) *Procedit nedum inimico, sed etiam in odioso, seu non venebolo, ac non diligente eum contra quem producitur.* Farin. *de Tteſt. q.* 53. *n.* 30.
(7.) *Pater, & filius sunt vna eademque persona: l. fin. C. de Imp. & alij subst.* D. Greg. Lop. *in l.* 7. *tit.* 13. *p.* 6. in gloss. verb. *De lo suyo. Et ex l.* 6. §. *Dat remissionẽ* 17. *ff. de excus. tut.* Et ex Arg. *l.* 9. *tit.* 4. *p.* 5.

Pieç. 9. *desde el fol.* 27.

otros, *fol.* 24.) de que se infiere avria motivo para ello, no se hallò otro, que el aver depuesto; conque es muy cierto seria este, y el proprio hecho de ser deudores, es tacha que se los excluye (8.) y de que parece hablò la Ley de Partida (9.)

93. Yà queda referido en el *num.* 7. como Francisco Sanchez aviendo llevado estos testigos à Madrid, puso el pedimento en su nombre, y en el de Bartolemè de Alarcòn, para dàr calor, y fomento à su quexa (1.) y de que no era solo el agraviado; pero como los testigos iban al fin de congratular al Francisco Sanchez, depusieron quanto quisò, y dixo; pues parece q̃ iban siempre asidos à èl en quantos passos daba, y pensaba para saberlo, averlo visto, y lo mas, la puntualidad de su memoria, que sin descrepar vno de otro, en vn real vàn regulando los precios, los agravios, los ecceſſos, las pagas, lo mal cargado, lo no bien distribuìdo, y de prompto, como vàn deponiendo, ajustando la quenta, y sacando los cargos, y datas (2.) que en vnos hombres Labradores (3.) que los mas no saben leer, ni escribir, que presnmpcion resultarà mas que su facilidad. (4.)

94. Aviendo con tanta especialidad propuesto, y referido quanto tocaba à Frãcisco Sanchez en Bartolomè de Alarcòn, solo por mayor dizen; que en los proprios tratos, y vsuras, le avia llevado mas de 58ȣ. reales: pues qual seria el motivo de tanta individualidad en Sanchez, y tan poca mencion en Alarcòn; por què este no se quexaba antes, si consta al *fol.* 71. que se presentò por testigo en el pleyto que Don Agustin siguiò con la casa de los Fabregas por estos, y dixo: *Que no sabe nada, pero que ha oìdo quexarse à Francisco Sanchez, y otros en Cartaxena, de los tratos del dicho D. Agustin, y no sabe el fundamẽto de sus quexas*, de que se infiere, no averse èl quexado, ni tener fundamento para ello, y los testi-

(8.) Farin. *de Testib. q.* 60. *num.* 321.

(9.) *Leg.* 18. *tit.* 16. *p.* 3.

(1.) *Leg.* 13. *tit.* 4. *p.* 3. ibi: *La otra, porque algunas vegadas acaeze, que muchos de aquellos piadosamente se querellan, andan con enemiga, è adelantense à querellar por encobrirse, è por meter en culpa à aquellos de quien se querellaa,*

(2.) Farin. *de Testib. q.* 60. *n.* 35. & 36. ibi: *Tunc dicitur testis animose deponere quando in favorem producentis constanter asseverat illud, quod certitudinaliter scire non poterat, quòd testis dicitur animose deponere quando probat cum sua depositione omnes articulos partis etiam de presenti.*

(3.) Arg. *l.* 6. *tit.* 14. *p.* 3. ibi: *O ome simple, labrador de tierra, que vive fuera en Aldea.*

(4.) Ex text. *in l.* 18. *C. de testib.* ibi: *Testium facilitatem per quos multa veritati contraria perpetrantur,* Et postea: *velint que viles, & forsitam redemptos testes super huiusmodi solutione producere.*

testigos que lo dizen, ser sospechosos en quanto afirman. (5.)

95. Y preguntado, de que precedia su deuda à favor de Don Agustin, dize: Es de plazos cumplidos 3 y. pesos, antes mas q̃ menos, y que estos proceden de vna partida de barrilla, que à 30. reales cada quintal despachada, le vendiò por la Quaresma de este año, y otras cosas, sobre q̃ tiene quenta pendiente con dicho Don Agustin, *con quien ha procedido hasta aora con buena en sus tratos*; como avia de pedir Alarcòn, si tiene dicho esto de baxo de juramento; pero Sanchez lo incluyò en el pedimento sin poder suyo, ni le ay en todos los autos.

96. En la pieça de terceria, ay las deposiciones de tres testigos, que à la 4. pregunta, los dos primeros dizen: Que à ellos les ha sucedido con Don Agustin el averles por esperas cargado diferentes cantidades, que estos por el interesse no hazen fee, como dize la Ley del Reyno, ademàs de las tachas que se referiràn en el *num.* (y el otro, que es el Alexandro Lamberto, depone de oìdas tan solamente, conque no son apreciables.

97. Tambien se ha valido Francisco Sanchez de vn traslado que ha presentado en esta Corte, de la probança que por los Fabregas se hizo con el pleyto que con ellos siguiò D. Agustin, el qual, como sacado sin citacion, no haze fee (6.) y por ser testigos examinados en otro pleyto, no se han de atender para este (7.) y que de ellos resulta la temeridad de Francisco Sanchez, y se discurre los ha presentado; porq̃ en algunas pregũtas se articula, q̃ por diferentes esperas cargaba el Don Agustin mas cantidades pero no se probò, como se reconoze de los testigos.

98. Alexandro Lamberto lo dize à la 12. pregunta de oìdas à Joseph Bonet, que era el Cajero de los Fabregas, y ninguno otro

dize

(5.) *Hinc testem, qui in sua depositione se magis benevolum, & affectionatum producenti obstrinxit quàm alteri parti suspectum reputari, & non integrum, aut idoneum cõsulerunt multi AA.* quos refert Farin. *dict. q.* 60. *n.* 34.

Fol. 103. *y siguientes.*

(6.) Parej. *de Kniv. inst. edit. tit.* 1. *ref.* 3. §. 3. *àn.* 120. ibi: *Vbi, & citationem, & mandatum judicis requiri, simul adeo, vt vnum sine altero nihil proficiat, nouissimè* D. Franc. Salg. *de Supp. ad sanctissimum* 2. *p. cap.* 26. *num.* 60.

(7.) Escob. *de Pur. p.* 1. *q.* 13. §. 1. *per totum, & maximè, n.* 2. ibi: *Nam si produci potuerunt in secundo judicio* (como lo pudo executar Francisco Sanchez) *nullam efficient fidem.* Frac. Peña *decis.* 211. *n.* 5. *decis.* 716. *n.* 2. & *decis.* 1346. *n.* 2. & *decis.* 1620. *n.* 8.

dize lo puede saber; y otros tres, ò quatro testigos dizen averse oìdo quexar à diferentes personas Don Agustin, y en especial al Francisco Sanchez.

99. Don Joseph Fabrega, Presbitero, y hermano de Don Nicolàs Fabrega, por cuya muerte corria con las dependencias de la casa, dize à la 6. pregunta, que tuvo noticia de estos tratos, y esperas, y que se consultaron con hombres doctos por exonerar la conciencia, assi del Don Agnstin, como del Joseph Bonet; pero no concluye si dixeron ser licitos; mas el proprio hecho de no dezir lo contrario, prueba averlos aprobado; yà por la demora (8.) yà por el interesse, que es debido entre Negociantes; (9) yà por el contracto trino que tantos aprueban, (1.) y por otras muchas circunstancias; y porque aviendo este testigo firmado el vale de ajuste de vltimas quentas; si teniendolo consultado hallara no ser tratos licitos, se escusara aprobar el ajuste, y vale por los menores de la casa, como dize: *El testigo firmò el papel por los dichos menores, como lo acostumbraba.*

100. Y de esta propria probança, resulta el abono de Don Agustin. Juan Lobregat dize: Que ha oìdo dezir à muchas personas, que se quexan del Don Agustin; *pero que aviendo tenido el testigo diferentes negocios con el susodicho, le ha hallado muy cabal, cumpliendo enteramente à su satisfaccion.* Francisco Escriba dixo: Que en las cortas dependencias que el testigo ha tedo con dicho Don Agustin Romero, no se puede quexar del susodicho, ni ha oìdo *que otra persona alguna se aya quexado.* Esto con 11. testigos que se examinaron por Don Agustin en su probança.

101. Alegose por Francisco Sanchez, que estaba probada la fama, y ser manifiesto vsurario Don Agustin, y assi que tenia bastantemente fundada su intencion, la fama es

(8.) *L. Magnam 12. C. de contr. & comm. stip.* Narb. *in leg. 15. gloss. 4. tit. 18. lib. 5. Recop. n. 7.* Barb. *in l. 2. ff. solut. matrim. n. 44.* ibi: *Si autem mora debitoris præcesserit indistincte debetur interesse.* D. Covarr. *Var. cap. 4. n. 2.* Castr. Palao *de Iust. comm. disp. 1. p. 17. §. 7.*

(9.) D. Castill. *lib. 2. c. 1. n. 14. & num. 29.* Jul. Cap. *discept. 399. n. 15.* Card. de Luc. *decis. Rot. sup. mareria de Vsur. decis. 9. n. 1. & est omnium placito admissa ex cap. Lucri cessantis, vel damni emergentis.*

(1.) Relatis ab Espej. *de Vsur. personat. c. 1. à n. 3.* & à Vinc. Filuc. *de contr. tract. 38. c. 3. n. 52. & 53.* Fr. Joan. de Paz *cons. 1. & 3.*

Pregunt. 9. fol. 161. B.

Fol. 42.

Fol. 48.

(2.) Escob. *de Purit. & nob. p.* 1. *q.* 10. §. 3. *per tot. & signanter, n.* 3. ibi: *Est mendax, fallax, pernitiosa, & vt plurimum ab inimicis transmissa* (que bien se le aplica à Francisco Sanchez) *qui nocere cupiunt, voluntque malis famam esse, sileregue virtutem, atque ideo famam peiorem esse testem, sed deteriorem, quam haberi possit.*

(3.) D. Eman. Gonç. *in c.* 3. *de Vsur. n.* 1. cum D. Cov. Jul. Clar. Gibalin. Menoch. Villagusth. Gu-P. Molin. & alijs.

(4.) *Cap. Nullum* 10. *caus.* 30. *q.* 5. *l.* 13. *tit.* 4. *p.* 3. Bobad. *lib.* 3. *Polit. c.* 15. *num.* 85. Carlev. *de Iudic. tit.* 3. *disp.* 8. *sect.* 1. *n.* 9. D. Salg. *de Retent. p.* 2. *c.* 30. §. 2. *à n.* 20. *ex regul. l. Actor, C. de probat.*

precisso indagar, si es buena, ò mala (2.) su principio, y origen: yà està reconociada la pasion, y temeridad de los testigos, con que mal podrà dezirse justificada. Lo manifiesto se prueba por vno de tres medios, ò por tan publico, q̃ no ay razon que lo pueda ocultar, ò por confession hecha en juizio, ò por declaracion de Sentencia, (3.) nada es aplicable à Don Agustin, conque ni tampoco el alegato; ademàs, que esto pudiera fundarse quando se tratasse de la pena, pero no del interesse de la parte, como se reconoce de los AA. citados, y fuera contra los principios, y razon natural; pues porque vno fuesse manifiesto vsurario, no se le avia de condenar en el fuero contencioso à pagar quanto à muchos diera gana de pedir sin mas justificacion, por su particular interesse que su alegato. (4.)

102. Dixo mas Francisco Sanchez, y fundose en Estrados con la *Ley* 4. *tit.* 6. *lib.* 8. *Recop.* que con el juramento de la parte se probaban las vsuras para el interesse del que pedia, pero convencele la decision que alega; *pero porq̃ los hombres no se mueban con codicia à dar testimonio contra verdad; mandamos, que los tales testigos, como estos no ayan ninguna cosa desto que dieren testimonio, salvo si lo probaren por prueba cumplida.* Y ni aun para la pena bastan las deposiciones de los interessados, sin q̃ concurran *otras presumpciones, y circunstancias, para que vea el que lo oviere de juzgar, que es verdad lo que dizen*, y que estos tales sean personas de integro credito, y verdad, *siendo las personas tales, que entienda el que lo huviere de librar, que son de creer.*

103. Estando para morir D. Agustin Romero, como Christiano, y temeroso de dar quenta à Dios, procurò ajustar su conciencia; y para desvanecer qualesquiera escrupulo, considerando los muchos tratos, y dependencias que avia manejado, y no poder siendo encargo à alguna persona restituirlo, ni mandarlo,

lo, por no tener presente à que personas lo fuesse, ni de que cantidades, si solo este temor justo de que pudiesse serlo, otorgò con consejo de diferentes personas doctas vna escriptura, que entre otras tiene esta clausula.

104. *Primeramente, el dicho D. Agustin Romero dixo: Que hallandose, como al presente se halla accidentado con enfermedad de riesgo, y manifiesto peligro de la vida; empero libre su entendimiento, y voluntad, tal qual fue Dios servido darle, y que es necessario dar expediente à las crecidas dependencias que ha tenida todo el discurso de su vida, desde el tiempo que tuvo capacidad para executarlas con diferentes personas, assi vezinos de esta Ciudad, como de otras partes, y Reynos; atendiendo principalmente à el discargo de su Alma, teniendo por objecto el desseo de su salvacion, y que en las muchas dependencias que ha tenido, no puede hazer presentes la calidad, y especies de contratos; y assi en ellos, ò en alguno adquiriò indebidamente alguna cosa, ò cantidad que estè obligado à restituir; y siendo consultado (con la junta de personas Religiosas, Theologos doctos, y Iuristas temerosos de Dios, y de su conciencia que tiene nombradas para la direccion de su Alma) sobre estas materias con madurez, y tiempo, determinaron, que el dicho D. Agus- con los demà expressados otorgantes* (que fueron los herederos que intervinieron en ella.)

105. *Devian otorgar especial escriptura de caucion para satisfazer algun cargo, ò cargos de conciencia que tuviere, y se restituya, y pague à todas, y qualesquier personas, ò comunidades las cantidades q̃ con algun gravamen de su conciencia retuviere, ò algunos bienes, assi rayzes, como muebles, ò semovientes adquiridos con algun vicio de esta qualidad, y con las demàs circunstancias que se expressaràn en esta escriptura.*

106. Y prosiguen: *Se obligan à restituir, y bolver todos, y qualesquiera bienes, y cantidades que el dicho Don Agustin tuviere contra su conciencia, y adquiridas contra lo licito, y permitido por*

(5.) Tob. *cap.2. verſ.8.* Job. *cap.15. verſ. 5.*

(6.) Math. *cap.5. v.11. Beati eſtis cum maledixerint vobis, ac perſecuti vos fuerint, & dixerint omne malum adverſum vos mentientes propter me,*

(7.) *Leg.25.ff.deleg.*ibi: *Nulla iuris ratio, aut æquitatis benignitas patitur, vt quæ ſalubriter pro vtilitate hominum introducuntur, eas nos duriore interpretatione cõtra ipſorum commudum producamus ad ſeveritatem.* Et ex regul.*cap. Quod ob gratiã 61. de reg.jur. in 6.* D. Caſtill. *lib.4.contr.c.40.n.14.*

(8.) *L.6.tit.9.p.2.* Otal. *de Nob.p.5.princ.cap.vlt.n.* 20.ibi: *Tandem, & principaliter nobiles pribilegiantur à natura, vt abundent, & polleant pluribus, & fere oibus virtutibus moralibus, & theologalibus, quia ad plurimum ſunt juſti, temperantes, prudẽtes, & fortes.* Et poſtea: *Præterea vere nobiles ſunt fideles, ſpem habentes, charitativi, ſynceri, ſimplices ſicut columbæ, pacifici, conſtantes, liberales, devoti, animoſi, veneboli, & timentes Deum, quod eſt vltimum nobilitatis.* Et proſequitur vſque ad finẽ late cum Caſan. Tiraq. & alijs: probatur *ex l. 2. tit. 2. lib. 6. Recop.* ibi: *Por la gran dos derechos, à todas, y qualeſquier perſonas, y Comunidades à quien ſe deban reſtituir; y en atencion à ſer dificultoſo el que en breve tiempo ſe pueda traer preſente la cantidad, ò cantidades de dinero, ò bienes que ſe deban reſtituir, ni las perſonas à quien ſe deban, como tambien el ſer dificultoſa la liquidacion, y averiguacion de cada vna de las dichas dependencias, y ſer materia que pertenezе al fuero interior principalmente; y que para la deciſsion de cada vna de las que ſalieren, es neceſſario aſsiſtan perſonas de ciencia, y conciencia, Peritos, y deſintereſſadas que las juzguen para ſu admiſsion, ſatisfaccion, ò excluſion.*

107. Y nombran para ello el Vicario de dicha Ciudad, y otros ocho Prelados, y Predicadores de diferentes Conventos por Juezes en el fuero de la conciencia, para la determinacion de quantos caſos, y pretenſiones ſe les propuſieſſe, y conſignan diferentes porciones de trigo, y cevada para ello.

108. De lo que ha ponderado Frá ciſco Sanchez, ha ſido motivo las vſuras q̃ exercitò el dicho Don Aguſtin: que no es nuevo motejar las obras ſantas, buenas, y Religioſas (5.) que las haze mas loables, y dignas de alabança (4.) ſu increpacion; conque ſiendo eſte vn acto que acredita la buena conciencia de eſte hombre, y deſſeo de ſalvarſe, dèl no ſe puede inferir ilacion alguna para eſte pleyto (7.) y por no aver palabra que enuncie vſuras; pues no todo lo que ſe debe reſtituir à de ſer por eſta cauſa, y aviendoſe executado con tan apreciable zelo, es motivo baſtante para que la malicia lo pudieſſe traer para argumento, queriendo inferir vn delito tan grave, como publico vſurero, contra vn hombre de las prendas, y nobleza notoria (8.) que fue Don Aguſtin; y deſpues de ſu fallecimiẽto (9.) publicandole con eſta infamia, y infiriendo grave culpa de lo que es efecto de vna contricion verdadera. Parece que no neceſsitando de otra ſatisfaccion queda en todo deſvanecido eſte alegato.

109. Y mas con la certificacion presentada por los herederos de Don Agustin, dada por dichos Juezes de mandato del Eminentisimo señor Cardenal, Obispo de dicha Ciudad, en que dizen:

110. *Señor: En cumplimiento del orden de V. Em. lo que que podemos certificar, y certificamos es; q̃ aviendo recibido, y visto con el mas exacto cuydado los creditos, y derechos que se han deducido contra los bienes de D. Agustin Romero, y estàn para sentenciarse, no hemos hallado en ellos meritos algunos que lo califiquen, ni puedan acreditar de vsurario en sus tratos. Murcia 25. de Enero de 1720.*

111. Que de vno, y otro se prueba la calumnia de Francisco Sanchez, y arrojo de sus testigos, que es justo esperimenten la digna correccion de su facilidad.

SOBRE LA EXHIBICION DE LOS libros.

112. Quedò referido en el *nu.* 85. que sin embargo de tener jurado Francisco Sanchez parar en su poder los vales, y papeles de q̃ resultò la quenta final quando se otorgò la dicha escriptura, pidiò que los exhibiesse D. Agustin, y tambien pidiò exhibiesse los libros de quẽta, y razon; y no haziendolo, y caso de no aver los tenido, alegò al *fol.* 20. se le à de diferir en su juramento in litem, ò in suplementum la vsura que dize se presume, y prueba de no tenerlos, mandose notificar à Don Agustin exhibiesse los libros, y dixo: *Que no tiene libro de quenta, y razon, por no ser Negociante, ni Mercader, y que si alguno tiene, es de la quenta, y razon q̃ ha llevado, y lleva con todos los Labradores de sus heredades, y esquilmos, y apuntamientos de algunas porciones que se le han debido, y deben de las fechas de las escripturas de obligacion que à su favor se han otorgado, y ante que Escrivanos, y que està prompto à exhibirlo*, como

gran lealtad q̃ Dios en ellos puso. Y de lo que dixo Bobad. *lib.* 1. *Politic. cap.* 3. *per tot.* Y especialmente en el *num.* 8. ibi: *Finalmente, de los nobles siempre se presume qualquier cosa buena, y virtuosa, y por el contrario, segun Iuan Andrès, y otros, no se presume que los nobles hagan traycion alguna.*

(9.) Ex Argument. *in Rubro, & Nigro ne de statu Defunctor. ff. & C.*

Fol. 56. B.

con efecto se exhibiò, y consta del *fol.* 60. y no se puede sacar cosa alguna q̃ favorezca à Francisco Sanchez, ni sobre esto articulò, ni pretendiò probar nada, aunque lo hizo Doña Ana Ros en la terceria que intentò en la 3. pregunta del interrogatorio añadido.

Fol. 116. 113. Articulò, si saben, ò han oìdo dezir, que dicho Don Agustin ha tenido, y tiene dos, ò tres, ò mas libros de caxa, en don de ha tenido, y acostumbrado poner las quentas que tenia con las personas con quienes trataba. Francisco Bonet, deudor del Don Agustin de mas de 29 ℔. reales, dize: *Sabe, y le consta, por averlo visto, que dicho Don Agustin tenia tres libros, dos de pliego entero, y el otro en forma de quaderno largo; porque en vno dellos, llevaba las quentas que tenia con el que declara, y viò que sentaba algunas partidas de ropas que de su orden avia dado à diferentes personas.* Mucho testigo si huviera otro que le acompañara.

Fol. 103. *B.* 114. Pero està convencido de falso; dize à la 4. pregunta, que ha oìdo al dicho Francisco Sanchez, y à diferentes personas, que el dicho D. Agustin por las esperas de sus plazos que tenia en sus tratos, les llevaba crecidas summas de dinero, y à el que declara le ha passado lo proprio; pues debiendole à el dicho D. Agustin 24 ℔. y mas reales, pagar dentro de quatro, ò cinco meses, à lo que se quiere acordar, le cargò en su quenta 5 ℔. y mas reales, y haziendole otorgasse escriptura; de la qual consta *fol.* 198. que toda lo cantidad era deuda que este testigo debia à la casa de los Fabregas, y la cediò à Don Agustin; conque es falso, como afirma de que fuesse de quentas con este, ni nunca la huviesse tenido, por aver el motivo de sentar en el libro las partidas que afirma, que la deuda cedida, fueron los 29 ℔. y mas reales à que se obligò, y q̃ el plazo fueron mas de cinco meses; pues siendo la obligacion à 10. de Febrero de 1700. fueron

los plazos fin de Mayo, y Agosto de dicho año: luego en nada dixo verdad este testigo, y faltò à ella; porque siendo deudor de Romero por dicha cantidad, calumniandole de vsurero, le parecia no le avia de pagar, y constando del libro de Francisco Sanchez, que à este testigo le debia 24[illegible]. reales, querrian excluir el credito de Don Agustin anterior, y hypotecario para cobrar.

Fol. 319. *Pieç.* 2.

Fol. 104.

115. Juan Estevan dixo: Que sabe, que el dicho Don Agustin tenia vn libro de pliego entero en donde tenia su quenta, el qual viò diferentes veze, y al *fol.* 182. se le mostrò el exhibido, y dixo, es el mismo que depuso aver visto en poder del dicho Don Agustin, y no sabe aya tenido, ni tenga otro alguno. Alexandro Lamberto, dize, asistiò el año de 97. à las dependencias de Don Agustin, quien viò tenia vn libro de pliego de marca, con cubierta de badana, en el qual escriviò el testigo diferentes partidas; y à el que diò principio Gabriel Fernandez, que consta se les mostrò à estos dos el libro exhibido, y lo reconocieron, y las partidas que avia de sus manos, y letras, ser las proprias, y el libro que siempre vieron en las casas del dicho Don Agustin, y no otro alguno.

Fol. 181.

116. No ay mas testigo sobre libros; conque siendo vnico Francisco Bonet, y con los reparos opuestos, es ninguna su fee, y mas, quando estos dos vltimos de posìtivo afirman no aver otro libro, y ser personas que deponen de proprio hecho, como asistentes à las dependencias del Don Agustin, y à quienes no se les podia encubrir, si los libros fuessen duplicados.

117. Esto assi supuesto, aunque podia ser questionable la exhibicion de los instrumentos que cada vno tiene, que los aya de manifestar para dàr armas contra sì; (1.) sin embargo, la costumbre de España, y buena fee con-

(1.) Ex text. *in c.* 1. *de Probat.* ibi: *Quia nulli dicendũ est: ea, quæ contra te sunt apud temetipsum debes nocumenta requirere: l.* 7. *C. de testib.*

(2.) D.Gonç.*in dict.c*, 1. *n.*10.*& tit.*14.ibi: *Et apud nos tam in inferioribus, quam in superioribus Tribunalibus sit ceceptum, vt actor reo, & reus actori instrumenta edere teneatur, cuius praxis testes assertoresque sunt.* Prej.*dict. tit.*5.*ref.*11.*n.*31.*&*2.*tom. tit.*7.*resol.*1.*n.*8, Gayto *de Cred.c.*2.*n.*1086. D. Joan. de Larr.*aleg.*5.*n.*5.Escob. *del Corro de confess.solicit. p.* 2.*q.*2.§.3.*n.*14.

(3.) *L.*17.*tit.*2. *p.*3.*l.*4. *C.ad exhibendum*, ibi: *Si instrumenta tui juris, quæ peues diversam partem fuisse probaberis.* Parej.*dict.tit.*5.*ref. num.*2.

(4.) Que recopilò el señor Gonç. *in cap. Super eo* 7.*debis*, *q.Virmetus cauf.n.*7

(5.) Escob.*de Ratiot.cap.* 10.*n.*1.Gutierr.*de Tutel.p.* 3.*c.*1.*à.n.*58. Parej. *de vn. instr.edit.tit.*5.*ref.*3.*n.*8.

(6.) D. Eman. Gonç. *in dict.c.*1.*de prob.n.*11.Oter. *de Off. p.*2.*c.*15. *n.*50. *& l.* 10.*tit.*18.*lib.*5.*Recop.* Par. *dict.ref.*3.*n.*7.

(7.) D.Gonç.*in dict.cap. Super eo*, *n.*7.

(8.) Ex text. *in Auth. c. Cum igitur de non eligendo. Secund.nub.* ibi: *Nec quælibet est lex, aliquid tale dicẽs.*

(9.) *Cum certa, firma, & indubitata regula sit legem pe-*

conque se procede en los juizios, no admite lo contrario (2.) pero el que pretende la exhibicion, debe probar la existencia del instrumento en su adversario (3.) aqui no solo no se justificò, si no lo contrario: luego quedò desvanecida su pretension, y que à Don Agustin no se le pudo obligar à lo que le era imposible, porque no existian tales libros, y el que tuvo manifestò.

118. No ignorando esto Francisco Sanchez (como su intencion, y fin no era buscar la verdad, si no confundirla) todo fue proponer medios, para hazerse dueño del pleyto, difiriendose en su arbitrio la decision: primero dixo, que el miedo su juramento lo justificaba; despues propuso, que la vsura con el juramento del interessado se probaba; y vltimamente afirma, que en caso de no tener libro D. Agustin, es su juramento la sententia difinitiva de este pleyto.

119. Lo qual se satisfaze, conque no ay duda, que muchos son los casos en que està prevenido por derecho, se difiera en el juramento in litem del Actor (4.) muchas las personas que tienen obligacion de tener libro de quẽta, y razon, como todos los Administradores, y Tutores (5.) y el cambio publico (6.) pero no contra todos tiene lugar el juramento, ni en todas las acciones (7.) conque no estando prevenido, que contra el Mercader que no tiene libros se jure in litem, no se le debe condenar à ello (8.) à Don Agustin, ni à sus herederos. La Ley del Reyno citada, previene, que el Mercader tuviesse libros, pero para diferentes efectos, y la pena de esta falta, solo fue la condenacion que la propria Ley distribuye; conque no aviendo prevenido el juramento in litem, quedò excluìdo (9.) y dixo mas Don Agustin, que ni esta obligacion le comprehendia, porque como no era Mercader, ni tenia tal oficio, y solo trataba, y negociaba sus frutos, no tenia mas libro, que

el

el exhibido , en que se menciona la quenta de Francisco Sanchez , y otras , y las de labores , y gastos de su hazienda , que es el proprio que tiene reconocido Alexandro Lamberto , y Gabriel Fernandez , que fueron sus criados ; conque no siendo precisso tuviesse dos , ni tres libros, cumpliò con tener vno , que sin dilacion manifestò; por lo qual , ni el cargo de no tener libros puede dàr motivo à dicha pretension , ni el ser vno solo la puede justificar , ni aun aversele precissado à su exhibicion. (1.)

120. Y aunque tuviesse algun colorido este juramento , no se le podia diferir al Francisco Sanchez por el justo temor de que faltaria à la verdad (2.) como se halla reconocido de tanta opoisicon, y contrariedad , y perjuros visibles , y patentes , que acrediran la tacha de apasionado. (3)

121. Y no solo se detuvo en alegar , dezir , y jurar con tanta variedad , y contradiccion, si no qne se passò à enmendar, y testar , que ademàs de lo notado en los *numeros* 52. y 84. por otras se hizieron diferentes autos, y se recibieron declaraciones , que vna dellas es la del Oficial del Escrivano que escriviò la probança , y otra declaracion, que està al *fol.* 188. *B.* del Escrivano originario al *fol.* 195. que entre otras expressa estas palabras : *Y al presente infiere que se executò dicha enmienda, y testados en el tiempo que los dichos autos estuvieron fuera de mi oficio en poder de la parte de la dicha Doña Ana, y no en otro alguno , por no aver sido posible* , y otras muchas especialidades , y circunstancias , que no tratando dellas por menor, es bastante lo referido, para reconocer, q̃ procedimientos los de Francisco Sanchez, y que hombre de buena fee sea , para que à lo que diga pueda merecer la mas minima atencion.

penalem, & odiosam , ad alios præter expressos casus extendit non valet. Ex text. *in c. Odia restringi, in cap. in Pœnis de reg. iur. in 6. l. Facta, §. in Pœnalibus, ff. eod.* Narb. *in l. 29. tit. 7. lib. 2. Recop. gloss. 2. n. 2.* Carl. *de Iud. tit. 1. disp. 2. n. 1125.* D. Olea *Deceff. tit. 3. q. 11. n. 10.*

(1.) D. Em. Gonç. *in dict. c. 1. de Prob. n. 11.* ibi: *Nec mercatores argentarijs in omnibus similes sunt , siquidem mercatores negotiationẽ privatam, non publicam, vt argentarijs, exercent inde non est ratio , cum rationes edere teneantur , similiter licet rationes ipsi conficiant, non tamen idfaciunt ex officio, sed ad vtilitatem privatam.*

(2.) *L. 2. tit. 11. p. 3.* ibi: *Dar la jura à aquella parte que entendiesse que dirà mas en cierto la verdad : l. 4. ff. de in litem iur.* in illis verbis : *Etiam per jurium anceps subire.* Escob. *de Ratiot. cap. 9. n. 75.*

(3.) Joann. *c. 8. vers. 13.* ibi : *Tu deteipso testimoniũ per hives : testimonium tuum non est verum. L. Nullus 10. ff. de testib.*

122. Hallandose D. Aguſtin embarazado con el pleyto antecedente, yà principiado con Franciſco Sanchez, preciſole à reconvenirlo por otro de cantidad de 36ɥ984. reales de vellon; porque aviendo dicho Franciſco Sanchez hecho vn trato de barrilla con el dicho Noe Bartholòn, y eſte dado para ſu pago diferentes encaxes, y otros generos, ſe puſieron en depoſito en Don Aguſtin, y como ſe tenia por dueño dellos Franciſco Sanchez, fue vna de las partidas que le abonò en ſu quenta (4.) y con eſte ſeguro, diſtribuyò, y vendiò algunos Don Aguſtin, en cuyo intermedio ſiguiò autos el Noe Bartholòn con Franciſco Sanchez, aquel diziédo no aver eſte cumplido con el entrego de la barrilla, eſte alegádo averle engañado en las ropas, y encaxes, por no ſer de calidad, y retazos; por lo qual acudiò à eſta Corte el Noe Bartholòn, y obtuvo Real Proviſion para que ſe removieſſe el depoſito de poder del Don Aguſtin, quien viendoſe preciſſado à la manifeſtacion, como Depoſitario, y impoſsibilitado, en virtud del ſeguro dado por Franciſco Sanchez, y eſcuſar las moleſtias que ſe le podian originar, y ſer preferido en dichos generos, el Noe Bartholòn por la accion hypotecaria, ſe hallanò à pagarle los 36ɥ984. reales del dicho alcançe, otorgandole ceſsion de ſus derechos, y acciones para repetirlos del Franciſco Sanchez, y como Noe Bartholòn tenia aſſegurado ſu credito con los dichos generos, no quiſo quedar obligado à la eviccion, ni rieſgo de perder ſu recurſo con la accion perſonal contra Franciſco Sanchez, que fue con la que dicho Don Aguſtin ſe contentò, por hallarſe amenazado con la obligacion de vn depoſito que yà no podia cumplir.

(4.) *Fol.* 126. *Conſta aſsi del teſtimonio ſacado del libro de caxa de Franciſco Sãchez, y lo deponen diferentes teſtigos de la probança de Don Aguſtin à la pregunta* 3. *deſde el fol.* 101. *y eſto no ſe ha negado.*

123. Eſta tan juſta, y cierta cauſa

sa, diò motivo à ser parte en este pleyto Don Agustin, y sus herederos, cuya accion la fundan en vna escriptura, y ajuste de quentas que tiene reconocido Francisco Sanchez, y no dudandose esto, serà solo el intento con toda brevedad el excluir las excepciones que opone.

I. EXCEPCION.

124. ES dezir, que la escriptura de cesion otorgada à favor de Don Agustin, fue nula, por ser en persona poderosa, y que se corroboraba aver sido por molestarle, pues no huvo clausula de eviccion: à esto satisfaze con la causa que diò motivo à esta clausula, referida en el *num.* 122. y à lo primero conque la prohibicion de cesion en persona poderosa, es por razon del oficio con jurisdiccion (5.) la que no tiene, ni tuvo Don Agustin, y aunque se le replicasse ser por razon de la riqueza, nobleza, ò pribilegio (6.) han de concurrir los tres requisitos que refiere el señor Olea (7.) que ninguno se hallò en Don Agustin, no dolo, porque queda manifestado el justo motivo que tuvo, no por causa de mudar Juez à su contemplacion; porq̃ ante el Alcalde mayor competente de Francisco Sanchez se substanciò, ni por otro interesse mas que redimir su vejacion Don Agustin, que no ay, ni puede alegarse tal nulidad.

125. Y aviendo yà fallecido Don Agustin, cesò este motivo, y estando pendiente este Juizio Ordinario en esta Corte, donde su superioridad, ni admite el menor escrupulo de respecto, ni la justicia valancea à el favor (8.) fuera culpable ossadia querer dàr mas satisfaccion à este reparo, si no solo fundando el que sea justo pague, serà ciertamente condenado à ello; motivo, porque en todas las Instancias se le ha despreciado esta objeccion.

(5.) *L.* 16. *tit.* 7. *ps* 3. D. Olea *de Cess. Iur. tit.* 2. *q.* 4. *n.* 23. ibi: *Quod debet habere potestatem, & jurisdictionem de iure, & de facto in adversarium.*

(6.) *Ex l.* 1. *& per tot. ff. de alienat. iudic. mut. caus.* 3

(7.) *Dict. q.* 4. *n.* 32. *&* 3.

(8.) *L. vn.* §. 1. *ff. de off. Præf. prætor.* ibi: *Credit enim Princeps eos, qui ob singularem industriam explorata eorum fide, & gravitate ad huius officij magnitudinem adhibentur non aliter iudicaturos esse pro sapientia ac luce dignitatis suæ.*

SEGVN-

II. EXCEPCION.

126. SE reduxo à dezir, que las quentas no eſtaban ajuſtadas, y que antes el Noe Bartholòn, era deudor al Franciſco Sanchez: y và expreſſando diferétes partidas en que huvo agravio, que hizieron nuevo ajuſto, y convenio, que no ſe avia cumplido, y que ſe avian comprometido en vn Franciſco de la Haz ſobre ſus diferencias; que ſegun el trato, le avia de dàr 600. peſos ~~para~~ para pagar los derechos de embarque, y no lo hizo, porque ſe le preciſsò à vender vnas ſempiternas à 10. peſos, aviendolas tomado à 15. y 16. y que aviendo llevado la barrilla al Puerto de Almazarròn, debiendo el Patròn detenerſe ocho dias, ſolo eſtuvo 24. horas por influencia del Noe Bartholòn, y ſe viò preciſſado à bolver la barrilla à ſu coſta à Carta xena, pagando los portes, y otros daños, y per juizios que ſe ocaſionaron,

Fol. 36.

127. Preſentò vn papel Franciſco Sanchez, ſu fecha 17. de Diziembre de 1699. q̃ es de trato con el Noe Bartholòn, ſobre entrego de barrilla, y otros generos, que eſte parece no aumenta la juſtificacion de eſta excepcion, antes acredita los negociados q̃ entre sì tenian, y ſobre que recayò la quenta reconocida, que fue en 6. de Octubre de 1700. años.

Fol. 35.

128. Preſentò vn teſtimonio de vn Eſcrivano de Almazarròn (ſacado ſin citacion (9.) ni en virtud de mandamiento de Juez) en que dize, que el dia 14. de Enero de dicho año de 1700. ſe le notificò al Franciſco Sanchez vn auto de la juſticia, para que pagaſſe los derechos de Alcavala, y Aduanas que eſtaba debiẽdo, con apercebimiento de priſion, y de que ſe paſſarian à vender diferentes generos que teniá depoſitados; pero no refiere de q̃ procedieſſe la deuda, ni que ſe executaſſe el apremio, ni quien pagò eſto.

(9.) Parej. *In loco ſupra citato, num.* 96.

Pre-

129. Presentò otra carta misiva de vn Bartolomè de Oliva, de Almazarròn, su fecha de 24. de Enero, en que dize aver vendido vnas pieças de sempiternas à 10. pesos, y otras que eran de mala calidad, y no estaban cabales. Esta carta no tiene justificacion, y como papel simple, no merece fee. (1.)

130. Otro papel escrito por Noe Bartolòn al Francisco Sanchez, en que se le queixa de no aver dado al Parron del Barco mas de 520. quintales de barrilla, y que estrañaba no aversela embiado toda. este papel es contra Sánchez, pues prueba no aver cumplido con el trato; pero convencido de esta verdad, le pareciò lo sanaria con poner de su letra à el margen, que el no aver dado toda la barrilla, *fue culpa de el Patron, porque debiò detenerse ocho dias, y no lo hizo, teniendo la barrilla prompta, como consta de la que Alarcòn se traxo à Carraxena, y otros Labradores, bolviendo desde el Puerto*; y confiessa, que la que debiò entregar fueron 2ȳ297. quintales, conque faltò en 1ȳ777.

131. Se examinaron diferentes testigos à pedimento del Francisco Sanchez, y ninguno, dize, que sea estilo detenerse el Barco los ocho dias, ni que el que fue por la barrilla estuviesse solo 24. horas; conque este particular, que es el principal, no està justificado. Dize se le apremiò à la paga de los derechos, por no averle dado los 600. pesos Noe Bartholòn; es assi, que esta obligacion, fue quando huviera cumplido Francisco Sanchez con el trato, lo que no hizo: luego ni se le debiò entregar dicho dinero, pruebase de la escriptura que otorgaron sobre estos tratos, en que consta le ofreciò dàr entre otras partidas dichos 600. pesos *de contado, despues de averse embarcado la barrilla*; y en el papel referido, en el *num.* 126. dizen: *La qual dicha ropa queda en poder del dicho Noe Bartholòn, como tambien el dinero, las quales se obliga à en-*

Fol. 34.

(1.) *L. Instrumenta 5. l. Rationes 6. & l. Exemplo 7. C. de probat.* Parej. *de Vn. Instr. Edit. tit. 1. res. 3. §. 5. n. 2. & 3.*

Fol. 30.

Fol. 196. 197. y 199.

Pieç. 1. Fol. 20.

tregarme el dicho Bartholòn ſiempre, y quando le avrè entregado la barrilla que ſubiere dichas partidas. La barrilla, ſegun dize Franciſco Sanchez, eran 2y297. quintales, y ſolo entregò 520. conque en quien puede alegarſe la omiſsion.

Fol.197.B.

132. Y aſsi dize, que para la paga de los derechos, tuvo que vender la ſempiterna à 10.peſos, y lo afirma ſolo vn teſtigo, y caſo negado que aſsi fueſſe, no es culpable Noe Bartholòn, ſi no Franciſco Sanchez, que no cumpliò (2.) y ſe reconoce lo inverosimil en aver notado defecto del Patron, y no ſuyo, el no entregar dicha barrilla, porque cita para ello à Bartolomè Alarcòn, y otros Labradores, y à ninguno à examinado, ni à otro teſtigo ſobre eſte particular.

(2.) D.Salg.p.4. *de Reg. Protect.c.7.à n.*108.Dom. Vel.*deciſ.*25.*n.*57.Guzm. *de Evict.q.*24.*n.*27.Card. de Luc. *de Feud. deciſ.* 23. *n.*2.ibi: *Agens enim ex contractu correſpectivo continẽte implementum, hinc inde docere prius debet, ſe ex parte ſua adimplevisſet.*

*Alegato de Sanchez. Fol.*39.

133. Mas: en Franciſco Sanchez, no ſolo no es nuevo ſuponer lo que podia ſer dudoſo de averiguar, ſi no es afirmar lo que ſe ha de convencer con ſus proprios inſtrumentos: fúdaſſe eſte agravio en que no cumpliò Noe Bartholòn *con darle los 600.peſos, expreſſados en dicho papel* (que es el del num.126.) *y tratò para ſatisfazer los derechos de los embarques de la barrilla, que en la Villa de Almazarròn le entregò dicha mi parte à dicho Noe Bartholòn, ſin embargo de no averle cumplido tampoco el dicho primer trato, en quanto à el entrego del dinero que le avia de dàr à mi parte: Tambien para ſatisfaccion de dichos derechos de los embarques de dichos tratos.* Y ſegun queda fundado de los dos tratos, no ſe avia de dàr el dinero haſta eſtàr toda la barrilla abordo, quando era preciſſo eſtuvieſſen pagados los derechos; conque es contra los proprios tratos que Noe Bartholòn tuvieſſe obligacion de dàr el dinero para la paga de derechos, que fueron à cargo del Franciſco Sanchez, como ſe prueba de vno, y otro contracto: de la eſcriptura que avia de poner la barrilla *en el Puerto de Almazarròn abordo de ſu quenta, y rieſgo, y franco de todos derechos, y gaſtos,*

y del

y del papel, *puesta abordo en Almazarròn, libre de todos gastos*; conque està todo manifiestamente convencido, en quanto à este llamado agravio.

134. Francisco de la Haz, declara averse los dos quexado, y q̃ se comprometieron en el testigo, y quedaron, que el Francisco Sanchez passasse à Marsellà à beneficiar la barrilla, por dezir Noe Bartholòn aver sido sossa, y que fecho ajustaria la quenta. Convienen en esto los demàs testigos, que son tres, y solo el vltimo dize, se hallò presente à este trato, los demàs no dàn razon concluyente; y aunque fuesse esto cierto, aviendo sido vn contracto entre partes, por contrario convenio quedò disuelto (3.) y nada mas prueba esta resolucion, que el hecho contrario. (4.)

135. Y oy lo que pretende Francisco Sanchez, no es que corra aquel trato, si no que se ajuste de nuevo la quenta, esta lo està, y reconocida por Francisco Sanchez, la firma suya. *Digo, que el renglon que està al fin della, que empieza*, afirma la quenta: *Y la firma que dize, Francisco Sanchez, es suya, y de su mano, y letra, y por tal la reconoze*, que fue lo que reconvinieron nuestras Leyes Reales para la prueba del instrumento (5.) conque no tiene duda quedò esta excepcion, caso negado estuviesse justificada, del todo desvanecida.

f. 200.

III. EXCEPCION.

136. Alegò Francisco Sanchez, que estando en la carcel de Cartaxena apedimẽto de Don Agustin Romero por el otro pleyto, à sus instancias el Noe Bartholòn con falsos pretextos, y amenazas le llevò la quenta para que la firmasse, diziendo, que con esso le recargaria en la prision, y se libraria de la molestia de D. Agustin, y replicandole, que el alcançe era mucho,

(3.) *L.58.ff.de pact. l.1. C.quar.lic.ab emp. disc.*: bi: *Etenim quod consensu contractum est contrariæ voluntatis adminiculo disolvitur.*

(4.) *L.5.ff.de resc.vend.* ibi: *Cum emptor venditori, vel emptor venditor aceptum faciat: voluntas vtriusque obstenditur id agentis, vt ane gotio discedatur: & per inde habeatur, ac sit convenisset inter eos, vt neuter ab altero quicquam peteret.* Valer. *de Transf. tit. 6. q. 3. n. 34.* ibi: *Tàmen si observantia transactionis contraria fit eam destruit.*

~~Fol. 200.~~

(5.) *L.5.tit.21.lib.4.Recopil.l.119.tit.18.p.3.* Gutierr. *lib.1.Pract.q.124.n.3.* Rodrig. *de Execut. c.1. art.2.n.17.* ibi: *Siquis recognoscerit suam suscriptionem tantum.*

:ho, y que no podia deverlo, dixo Noe Bartho-
òn, que le haria vn papel de reſguardo, como
con efecto ſe lo hizo, y con eſte ſeguro firmò di
cha quenta, anteponiendo el Bartholòn las fe-
chas, y que eſtando preſſo, no podia aver teni-
do ſubſiſtencia qualquiera papel que otorgaſſe.

137. Y que con el miſmo dolo,
y malicia ſolicitò el Noe Bartholòn, que el Frá
ciſco Sanchez reconocieſſe la quenta en Ma-
drid, diziendo, que era para ſacar los encaxes
de oro, ydemàs generos que eſtaban depoſitados
en el Don Aguſtin; y que à el tiempo del reco-
nocimiento, le hizo el Noe Bartholòn otro pa
pel de reſguardo, y aſsi, que ni avia quenta, ni
autos fechos en ſu virtud, pues todo era nulo, y
eſtaba pendiente el compromiſſo en Franciſco
de la Haz, y que aſsi ſe avia de formar la quen-
ta por perſonas inteligentes, ſobre lo que queda
dicho en el *num.* 134. y 135.

Fol. 33.

138. Preſentò Franciſco Sanchez
vn papel de mano, y letra de Bartholòn, cuya
fecha es del dia 6. de Octubre de 1700. (que es
la de la quenta) que dize aſsi: *Digo yo Noe Bar-
tholòn, no aver ajuſtado quenta con el ſeñor Franciſ-
co Sanchez, la qual importa 36ℌ984. reales, de la
qual quenta me obligo, aviendo algun agravio para el
dicho Sanchez, hazer de bueno viniendo à quenta
principal.*

Fol. 32.

139. Otro: *Digo yo Noe Bartholòn,
que el reconocimiento que me ha de hazer Franciſco
Sanchez de la quenta firmada de ſu mano de lo que
me debe, es ſolamente para pedir contra Don Aguſtin
Romero, como depoſitario de mis ropas, y no contra el
dicho Franciſco Sanchez; advirtiendo, que aunque
tengo hecho otro papel, quiero que aquel, y eſte, ſea
vna miſma coſa, y que no tenga mas valor vno que
otro, ſi que todo valga por vno con las miſmas circunſ-
cias, y por ſer verdad lo firmè de mi mano en Madrid
en 15. de Septiembre de 1701.* Tambien preſentò
dos papeles de barrilla, que eſtàn abonados en

Fol. 30. y 31.

la

la quenta, y componen 270. quintales, y 32 libras.

140. En la probança que hizo Fráciſco Sanchez, depone vn reſtigo, ſabe el contenido de los *nn.* 136. *y* 137. por la comunicacion que tuvo con èl, y Noe Bartolòn, el ſegundo de oìdas vagas, y el tercero de oìdas à el Noe Bartholòn / pero no de anteponer las fechas, y el quarto de oìdas à el proprio Bartholòn; con que ſiendo eſtos teſtigos ſingulares, cada vno en hecho diſtinto (6.) y los dos primeros ſin dàr razon ſuficiente (7.) ni por vnos, ni por otros eſtà probada eſta excepcion.

Fol. 196. *B.*
Fol. 198.
Fol. 199. *B.*
Fol. 201. *B.*

141. Yà eſtos teſtigos les eſtà opueſta la tacha de ſer los tres acreedores por crecidas cantidades de Franciſco Sanchez, como lo tiene eſte confeſſado al *fol.* 200. conque no es mucho ſe les juzgue intereſſados (8.) por excluir à Don Aguſtin ſu credito anterior, y eſcripturario para poder ellos cobrar.

142. Y de los proprios papeles preſentados por Franciſco Sanchez (9.) y en que funda ſu reſguardo, ſe excluye eſta excepcion. En el primero, eſtà juſtificado averſe ſupueſto *el no* (no es nuevo en èl) y es claro de la narrativa, conque queda: *Digo yo Noe Bartholòn, aver ajuſtado quenta con el ſeñor Franciſco Sanchez*: luego es falſo dezir, que no la ajuſtò, y confieſſa el proprio alcançe de 3 6 9 8 4. y dizé: *Se deshará el agravio que huviere, viniendo à quenta principal*; como avia de hazer eſto Franciſco Sánchez? No articulando la nulidad de dicha quenta, que es contra ſu proprio hecho, ſi no probando, en que partida eſtà el agravio, lo que no ha ajuſtificado: luego ni puede tener lugar la nulidad de ella, quando no ſe duda ſe ajuſtò, y en eſto ſe convinieron.

143. El otro papel comprueba eſte, y ſolo mira à el reconocimiento que acredita la certeza de dicha quenta, y que oy, aunque

(6.) Flor. Diaz de Men. *lib.* 3. *Var. qq. lib.* 2. *q.* 22. *n.* 46. Marant. *de Ord Iudic. p.* 6. *de Confeſſ. n.* 13. *&* 14. ibi: *Secus, ſi vnus teſtis dicit de vna confeſsione facta vno die, & alius de alia, quia etiam ſi mille eſſent teſtes, non probant etiam ſemiplene; ex quo ſunt, ſingulares, & nõ iunguntur.* Et probatur ex Farinac. *citat. n.* 5. *& ex citatis num.* 55.

(7.) *Ex dictis num.* 22.

(8.) Farinc. *de Teſt. q.* 60. *n.* 7. *& n.* 11. ibi: *Verum in omni caſu commodum, & intereſſe inconſequentiam, etiã mediatum, & per longum tractum teſtis fidem minuit. Et n.* 46. ibi: *Propter præſumptam affectionem non reputetur etiam idoneus, & integer teſtis ille, qui deſidera victoriam ſuæ partis illum producentis*

(9.) *L.* 41. *tit.* 16. *part.* 3. Parej. *de Vn. Inſt. Edit. tit.* 1. *reſ.* 3. §. 5. *n.* 26. *Quod teneatur ſcripturæ à ſe productæ ſtare.*

este reſguardo (como llama) le pudieſſe favorecer , ſeria para que el reconocimiento quedaſſe ſin obrar efecto para este pleyto : Tienen los herederos de Don Aguſtin otro judicial , que es el referido en el *num.* 135. conque no lo neceſsitan para fundar ſu intencion , y tener à ſu favor la confeſsion de la parte (1.) que es la mas relebãte prueba que reconociò el derecho.

144. Dixo Franciſco Sanchez , q̃ eſtaba en la carcel quando firmò la quenta , y aſsi fue nula dicha obligucion (2.) eſte reparo es tan deſpreciable , como los demàs ; potque ſiendo obligacion ſuya el juſtificarlo (3.) no la ha hecho, y ſe reconoce ſer incierto : Lo primero, porque dicha quenta fue antes de la priſion, y el dezir ſe antepuſieron las fechas , no eſtà probado , como queda dicho en el *num.* 140. con la ſoſpecha que eſtos teſtigos tienen contra sì, que ſe refiere en el *num.* 141. que diſminuye ſu fee: Lo ſegundo, porque aunque fueſſe aſsi, no tiene lugar la deciſsion del texto, como ſe reconoce de ſus palabras (4.) en que es preciſſo , que el contracto ſea à favor del que le tiene en la carzel , y por razon de que ſe obligue vno , y otro , faltaba en Franciſco Sanchez , porque la priſion ſupone fue à pedimento de Don Aguſtin Romero , y el ajuſte de quenta con Noe Bartolòn , la priſion por el debito de los 445. reales , quenta yà liquida , y reducida à eſcriptura , y dicho ajuſte por quenta no liquidada , y nacida de diferentes tratos.

145. Y aun mas quiſieron los AA. (5.) que la priſion fueſſe injuſta ; es aſsi , que ſi fue como dize Sanchez, ſerà tan juſta, como en virtud de vn inſtrumento exequible , y por defecto de fiança de ſaneamiento (6.) conque por ningun motivo puede arguirſe nulidad à dicha obligacion.

146. Aviendo eſtas excepciones fundadolas Franciſco Sanchez , para dezir eſta-

ban

(1.) *L. vlt. C. de reb. cred.* ibi : *Qui ſi illato ſacramento præſtito : cauſa , vel capitulũ decidatur.* Parej. *de Vn. Inſt. Ed. tit. 9. reſ. 2. n. 16.* Eſcob. *de Pur. & Nob. p. 2. q. 6. §. 1. n. 1. & 2.*

(2.) Ad text. *in l. Qui in carcerem, ff. quod met. cauſ.*

(3.) Dom. Vel. *diſſ. 24. num. 58.*

(4.) Ibi : *Qui in carcerem, quem detruſit , vt aliquid ei extorqueret : quidquid ob hãc cauſam factum eſt, nullius momenti eſt.*

(5.) Gutierr. *de Iuram. conf. p. 1. c. 57. n. 6.* Farinac. *de Carcer. & carcerat. q. 35. n. 28. & 29.*

(6.) *Leg. 19. tit. 21. lib. 4. Recop.*

ban las quentas pendientes, y que se avian de ajustar, quiso corroborarlo con dezir, que el motivo de aver dilatado la determinacion Francisco de la Haz, fue por liquidar la perdida de la barrilla que estaba en Marsella, porque avia de ir, ò embiar persona; conque no aviendose esto executado, no se podia aver liquidado la quenta.

147. Dixo Don Agustin, y dizen sus herederos, que aun caso negado fuesse esto assi, no es de atencion; porque quien se obligò à embiar persona, fue Francisco Sanchez, no lo hizo, conque imputet sibi (7.) dize estubo presso, lo que le embarazaria para no ir, mas no para embiar quien assistiesse à la distribucion, como fue el pacto.

(7.) *Ex l. Ius Civile, ff. de condit. & dem. & de diverf. reg. iur.* & ex doctr. ab AA. relata, *num.* 132.

148. Mas despues de ajustada la quenta, estuvo libre, consta del hecho de aver estado en Madrid à donde la reconociò: luego la prision no le pudo embarazar, si ciertamente no se huviera contentado con el ajuste que entre si hizieron, que fue, de que constando de certificacion *aver mala barrilla, ò fossa, hazerla buena.* Cumpliose por Noe Bartholòn con esta cõdicion, y traxo dos certificaciones de la perdida de la barrilla, en que se liquida el importe en esta forma. En la primera certificacion *en 56. sarrias de fossa, nombradas burdas en esta Ciudad, 22. sarrias de otra dicha de mala calidad, mezclada de diversas yervas saladas, y 32. sarrias de barrilla, las quales burdas no valen à el presente en esta Ciudad, q̃ dos libras 15. sueldos el quintal, y las otras que se han hallado saladas, 3. libras, 10. sueldos el quintal.* Y luego prosigue ajustando el peso de estos Reynos con el de dicha Ciudad, y dize: *Conque se halla vna gran falta en el peso de que ordinariamente dà el dicho peso de Castilla à este de esta Ciudad; por cuya causa, el daño que ay sobre la fossa, es de 3. libras, cinco sueldos por quintal; y en la fossa salada, mezclada de 2. libras, y 10. sueldos por quintal; por*

Papeles de Francisco Sanchez, fol. 64. y 65.

Fol. 67. y 132.

que

que si ellas huvieran sido todas de barrilla, huvieran valido à 6. libras cada quintal.

149. Y en la segunda certificacion, và en esta conformidad regulando el precio, y la perdida; conque no se discurre, que mas liquidacion, ni prueba de la perdida, pues fue segun el trato que hizo con Noe Bartholòn, y assi en la quenta se puso la cantidad liquida q̃ ajustaron importaba: *Por la perdida se ha hecho sobre el cargo de barrilla, como parece con èl certificado venido de Marsella, y ajustado de conformidad*, y sacan en dos partidas 22ɥ692. reales: luego segũ dichas certificaciones, Francisco Sanchez supo la perdida liquida, y si no fue esta, como en todo el pleyto no ha dicho que se liquide, segun dichas certificaciones por personas de inteligencia, ni en esto à formado agravio, porque no le ay, ni mas que lo que assi en tratos, como litigios, observa Francisco Sanchez, que es la mala fee.

150. Y aunque se le confessasse, q̃ dichas certificaciones, no liquidan la perdida: Si Francisco Sanchez por escusar la costa de ir à Marsella, ò embiar persona, se convinó en dicha cantidad, quien puede dudar que el trato quedò perfecto, como sobre cosa dudosa (8.) y que si no es probando claramente la lesion, ò otra justa causa (9.) no se puede rescindir, nada menos que esso haze, ni ha hecho Francisco Sanchez, conque es tan despreciable, como todo lo demàs que ha alegado.

151. Y en tantas excepciones como en estos pleytos ha opuesto, y muchas dellas probables por instrumentos, como los valores del trigo, cevada, y barrilla, perdidas de la sardina, y otras muchas, no se ha valido dellos, ni probado, no los aya, ò su perdida, solo ha presentado testigos, que es en estos casos vna prueba supletoria (1.) conque por ello despreciable, y sospechosos estos testigos, como todas las pre-

ten-

(8.) In lite Leotard. *de Vsur. q. 72. n. 20. Quid in certius est, dubiæ litis eventu.... & tamen dubios eventus litis stimare potest.* Valer. *de Trãs per tot.*

In assecuratione, l. Periculi, ff. de naut. fœnor. ibi: *Quod incertissimum est stimari potest: in fructibus, nondum natis, l. 8. ff. de contr. empt. & l. 11. tit. 5. p. 5.*

In venatione, & piscatione, dict. l. 11. tit. 5. p. 5. l. Si iactum, ff. de act. empt. & vendit. & alijs similibus.

(9.) Ex dictis à Valer. *de Transf. tit. 6. q. 2. & 3.*

(1.) *L. Pactum 17. C. de pact.* ibi: *Et si scriptura non existente tamen si alijs probationibus. L. Testium 14. C. de testib. Sim vero facta quidem per scripturam securitas sit, fortuito autem casu, vel incẽdij, vel naufragij, vel alterius infortunij perempta, tunc liceat ijs qui hoc perpessi sunt, causam per emptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testes probare, damnumq̃ ex amissione instrumenti efugere.* Giurb. *decis. 76. n. 16.* ibi: *Quod imo super his credendum non sit testi, quæ cum possint per scripturam obstendi, non tamen appareant.*

Alv. Reg. cons. 50. Cp. 19. nº 25.

tensiones de Francisco Sanchez, y no lo es menos la terceria de su muger, que es la siguiente.

TERCERIA DE DOñA ANA ROS, muger de Francisco Sanchez.

152. OPusose Doña Ana Ros por su dote, pretendiendo deber ser preferida por cantidad de 13ℓ200. reales de vellon, que justifica con vn papel fecho por el Francisco Sanchez, segun parece en 2. de Mayo de 1690. en que dize: *Ha recebido de Doña Ana Ros su muger* 13ℓ200. *reales de vellon, de proprio dote suyo, que tengo recibido, assi de la legitima de su padre, y madre, como de lo que heredò de su tio Gregorio Carrion; advirtiendo, que incluyò en esta cantidad* 100. *ducados, que fueron los que le ofreci de mi hazienda quando nos casamos*, y prosigue otras clausulas generales de obligacion, y firma, y otros 5. testigos.

153. Yà el defecto de dote confessada, està visible (2.) pues aviendo declarado Francisco Sanchez, y su muger, avia tiempo de 29. años que estaban casados, y siendo esto el año de 702. y el de 90. quando el papel, fue despues de 17. años de matrimonio; y quando para evadirse de sus creditos diò principio à repararse Francisco Sanchez.

(2.) Parej. *de Vn. Inst. Ed. tit. 7. ref. 9. n. 26.* & ex traditis D. Castill. *de Alim. c. 36. §. 6. n. 4.*
Fol. 23. y 38.

154. Quiso con los testigos del papel comprobarlo, y se examinaron quatro, Francisco Carrion, que es el primero, primo hermano de Francisco Sanchez, y de Doña Ana Ros, como declara en las generales, y por esto tachado (3.) dize à la 2. pregunta, que al tiempo de dicho matrimonio, llevò la dicha Doña Ana diferentes bienes muebles, y rayzes, y semovientes por dote, y caudal suyo proprio; *pero no sabe la cantidad que esto importò*, y reconoce dicho papel, y dize se hallò presente quando se hizo, y que es suya la firma que ay en èl, y que al tiempo de contraer el matrimonio, le ofreciò Fran-

Fol. 117. y siguientes.
(3.) *L. 11. tit. 16. p. 3.* ibi: *En los otros de la lina de traviesso fasta el quarto grado.*

cisco Sanchez à dicha su muger los 100. ducados, y lo sabe por averse hallado presente; y en las preguntas siguientes, và especificando los bienes que se entregaron, y en todo se remite à dicho papel.

155. Es digno de reparo, el que este testigo quando depuso, dize tiene 37. años, y quando se casò Francisco Sanchez, se hallaba de edad de 8. años; es assi, que el testigo no puede deponer de lo que viò antes de los diez años, y medio (4.) que es el proximo à la pubertad, (5.) conque es despreciable lo que este dize, y aun de esta edad, como es verosimil se acordasse, y tuviesse presente lo que se avia executado 29. años antes, de que se infiere el arrojo de este testigo (6.) que serà no poco apoyo para el ningun aprecio de los demàs.

156. Francisco Carrion Mula, à las generales dize, es tio de la Doña Ana Ros, por quien es presentado, y por esto assimismo tachado (7.) Juan Carrion Segura, otro testigo, es primo hermano de la Doña Ana, conque padeze el proprio defecto q̃ los dos referidos; y assimismo es posseedor de algunos bienes rayzes de esta dote (8.) y por ello interessado en que se haga pago la Doña Ana del caudal de su marido, para desvanecer el recurso que ay contra èl, (9.) medio porque no debe merecer fee. (1.)

157. Joseph Muñoz Nieto, quarto testigo, dize, es primo hermano de Francisco Sanchez, y primo segundo de la Doña Ana Ros; y aunque expressa ser primo tercero de la muger de Don Agustin Romero, no puede hazer fee à favor de la Doña Ana, por ser mas inmediato su parentesco (2.) y por dos partes, respecto de ser primo hermano del Francisco Sanchez.

158. Para corroborar la entrega de dicha dote, y ser cierta, presentò Doña Ana Ros la hijuela de particion, que se otorgò por

fin,

(4.) Avendañ. *in l.* 41. *Taur. gloss.* 12. *n.* 2. D. Val. *cons.* 93. *n.* 33. D. Molin. *de Primog. lib.* 2. *c.* 6. *n.* 40.

(5.) *Leg.* 6. *tit.* 5. *part.* 6.

(6.) *Cap. Si testes cauf.* 4. *q.* 3. ibi: *An ad ea, quæ interrogantur ex tempore verisimilia responderint: l.* 3. §. 1. *ff. de testib.*

(7.) *Ex leg.* 11. *tit.* 16. *p.* 3. *yà citada.*

(8.) *Consta de la declaracion de Doña Ana, referida en el num.* 160.

(9.) *Vt diximus n.* 168.

(1.) Farin. *de Testib. q.* 60. *n.* 17. & 18. Ex text. *in l.* 3. *ff. de testib.* ibi: *Quod neque lucri, neque gratiæ, neque inimitiæ causa sit admitendus est.*

(2.) Farin. *de Testib. q.* 54. *n.* 47. ibi: *Secus si esset inæqualis, quia tunc non probaret pro affine magis coniuncto ob præponderantiam affectionis.* Mascard. *concl.* 408. *num.* 21.

fin, y muerte de sus padres, en que le tocò por sus legitimas 2ȷȷ977. reales, y 17. mrs. y se le hizo pago en diferentes bienes rayzes, y muebles, q̃ estos importaron 1ȷȷ49. reales: Y asimismo el testamento que otorgò vn Gregorio Carrion, en que instituye tres herederos en la propriedad, y vno dellos fue la Doña Ana, y dexa por vsufructuaria à Doña Salvadora Rosique su muger: Los bienes que dize tiene por su capital, son los mas rayzes, y los muebles importaban 721. reales, y declara otros bienes por gananciales, que la mitad serian de dicha su muger, y mas la dote que son bienes rayzes, y muebles, de mas consideracion que los del capital, y declarádo aver enagenado algunas possessiones, deben pagarse de su caudal; y de lo que quedasse, que no puede ser mucho, pagarse las deudas que expressa debe, vn legado de 25. ducados, y otras mandas, Funeral, Missas, y entierro; conque para partir entre los tres herederos, no parece que podia quedar cosa alguna, lo que debia constar para fundar su intencion la Doña Ana, y que se manifiesta no quedò que heredara, porque precissamente avia de aver entrado este caudal en poder de sus padres; y quando se hizo la particion, averse separado en su hijuela, no consta tal cosa, conque fue porque no huvo que heredar, y que se distribuirian por dichos derechos, ò la vsufructuaria los consumiria, y no consta quales entregasse.

159. Y aunque estuviera plenamente probada esta entrega de dote, por escriptura, y sin sospecha alguna, no tiene oy accion para pedir Doña Ana Ros; respecto, de que esta dote fue inestimada, pues no se ha probado lo contrario, y que fuesse dote estimada que hiziesse venta, y dize, que estos bienes, fueron vn *carro con sus mulas*, cantidad de trigo, cevada, paja, y otros bienes de omenaje de *casa*, y bienes rayzes, que son vnos vancales de tierra, doze *Fol.* 38.

taullas

taullas de viña (que el marido dize, *fol.* 23. *son* 14.) su casa, poço, y Exido, y parte de vna hermita, conque ay tres especies de bienes; vnos de los muebles, que vssu consumũtur, como trigo, cevada, y paja, ò otros que servando servari possunt, como carro, mulas, y omenaje de casa, y los rayzes.

160. En los vltimos tiene la muger su accion de dominio (3.) para recuperarlos, y contra ellos no ha pedido, ni pide Don Agustin, ni sus herederos cosa alguna: Declarò la Doña Ana, que estos bienes rayzes *los tenia Iuan Carrion* (que es su primo, como dixo en su deposicion, *num.* 156.) *y Iuan Ros su hermano*, que con no estàr justificado, concurre, el que qualesquiera enagenacion es nulla, como queda dicho, y que siendo tan cercano el parentesco, es muy presumible ser suposicion, y fallacia (4.) para preservar estos bienes.

161. Los de la segunda especie, dize la Doña Ana, *que durante el matrimonio, se han consumido*; conque siendo en el espacio de 29. años, que es la mayor duracion que se les puede conceder, para que no se atribuya à culpa del marido el no existir oy, no està obligado à su paga, ni puede embarazar el pribilegio del acreedor (5.) con lo que concurre, que no constando quanto valiessen estos bienes, ni el trigo, cevada, y paja, y siendo esta dote, segun alegan de 12ȳ200. reales, sacando desta cantidad el valor de 12. ò 14. taullas de viña, casa, poço, Exido, hermita, y otros vancales, muy poco pudieron valer los otros bienes, aunque los huviesse, y estuviesse probado que no aviendo valor liquido, y siendo la prueba tan sospechosa, como queda referido, con todos parientes, valiendose de vn papel simple, y fecho despues de 17. años de matrimonio, y mas en vn hombre de negocios como Francisco Sanchez, y assistiendo en Cartaxena, y otras partes, donde ha avido

(3.) *L.* 7. *tit.* 11. *p.* 4. D. Covarr. *c.* 28. *Pract. n.* 3. D. Castill. *de Alim. c.* 58. *n.* 19. Hermosill. *in l.* 22. *tit.* 5. *p.* 5. *glos.* 5. *à n.* 28. *&* 9. *Pieç.* 9. *fol.* 38. *al cap.* 4.

(4.) *Ex leg.* 67. *ff. de ript. nuptiar.* ibi: *Nam fieri potest, vt per fraudem in eum collocata bona patris propter tutelam revocari oporteat.* Et ex alijs D. Vel. *diff.* 38. *n.* 8.

(5.) D. Cov. *tom.* 2. *pract. q.* 28. *num.* 4. Gom. *in l.* 50. *Taur. num.* 43.

do copia de Escrivanos, es clara la presumpcion que tiene contra si de malicioſa esta terceria, porque justamente siempre se ha despreciado, (6.) y que quiera oy, que aun no estàn los herederos de Don Agustin reintegrados de su credito, el que dexen los bienes que tienen tomados con tan justas causas, porque yà no se litiga para cobrar lo que falta, si no por si han de rerener lo que han percebido.

(6.) Carlev. *de Iud. tit.* 3. *disp.* 12. *n.* 4. ibi: *Hanc oppositionem esse manifeste calumniosam, ac proinde non admittendam.*

D. Covarr. *tom.* 2. *Pract. c.* 16. *n.* 2. Parlad. *lib.* 2. *Rer. Quot. cap. fin. p.* 5. §. 11. *n.* 60. *gloss. incap. Suscitata de Rest. in integ.*

162. En dicha particion, no se halla aversele adjudicado carro, ni mulas, conque es falso aver llevado tal al matrimonio, pues no consta averlos recibido por otro medio; y la paja trigo, y cevada, con todos los bienes muebles, importa la cantidad de los dichos 1ȳ49. reales, y con los rayzes 2ȳ977. reales; conque mal podrà pretender 12ȳ200. de dote; y aunq̃ huviesse alguna probabilidad la herencia del dicho Gregorio Carrion, no pudo llegar toda ella à esta cantidad, y mas aviendo de sacar todas las partidas que quedan notadas en el *num.* 158. de que se reconoce lo supuesto de dicho papel, y falsedad de los testigos que lo quieren oy comprobar.

163. La partida que falta para cõ poner los 13ȳ300. reales que pretende la Doña Ana, es 100. ducados que dize le ofreciò su marido; y aunque pudierase disputar el pribilegio à esta porcion en perjuizio de Acreedor hypotecario, sin embargo tuviera algun fundamento, quando el ofrecimiento huviera sido al tiempo de contraer el matrimonio, mas no muchos años despues, como confiessa la Doña Ana, dixo: *Que el dicho su marido avrà tiempo de* 12. *años, poco mas, ò menos, que la dotò en* 100. *ducados*, que es prohibido por derecho (7.) y de que se acredita la suposicion dèl, y ser à fin de damnificar los Acreedores, y se prueba lo falso de los que dizen los testigos (8.) que los 100. ducados los ofreciò Francisco Sanchez quando contraxo el

(7.) *L. 1. C. de donat. inter vir. & vxor. l.* 4. *&* 5. *tit.* 11. *part.* 5.

Fol. 38. *B.*

(8.) Parej. *de Vn. Instr. Edit. tit.* 9. *ref.* 2. *n.* 16. ibi: *Et stante diversitate inter testes, & confessionem partis prævalet confessio reiecta depositione testium. & ex citat. num.* 49.

matrimonio, que siendo assi, como es verosimil, dexasse de reducirse à escriptura.

164. Y constando de los autos, que tiene Francisco Sanchez muchos deudores en vales, parte dellos se han entregado à los herederos, hasta la concurrente cantidad, de lo q̃ se les restaba, respecto, de que por los dos creditos, en bienes solo se les ha hecho pago de 29ʜ922. reales, y 28. mrs. que faltan muchas porciones para pago del principal, y las crecidas, de las dos Vias Executivas; y aviendose proveido autos, declarando no tener obligacion à responder Don Agustin hasta estàr hecho el pago: Nuevamente à instancias del Francisco Sanchez, se mandò responder à los herederos, seña lando los vales hasta la dicha cantidad, q̃ avien doseles entregado, se ha substanciado este juyzio.

Pie. fol.35.

cont.

165. Y quedando otros muchos vales à dicho Francisco Sanchez (que por estas providencias, se han considerado exequibles) con los quales ay para pago de la dote, y sobrar muchas porciones, no ay, ni puede aver motivo porque la terceria (aunque fuesse legitima) impida à dichos herederos la justa possession(9) que envirtud de la adjudicacion, tienen de dichos bienes, que en tan corta cantidad cubre sus crecidos creditos, y por todo esperan favorable la determinacion. Salva in omnibus. V.D.C.

Lic. Don Christoval de Espinosa.

(9.) Carl. *de Iud. dict. tit.* 3. *disp.* 12. *num.*4.

JESUS,
MARIA, Y JOSEPH.

POR
EL CONCEJO, Y VEZINOS
de la Villa de Puertollano.

EN EL PLEYTO
CON
EL CONCEJO, Y VEZINOS
de la Villa de Meſtanza.

SOBRE
LA COMVNIDAD DE
Paſtos, que pretende Puertollano, en los Terminos de Meſtanza, conforme à Executorias, y reformacion de Auto de Viſta dado à favor de Meſtanza en 22. de Octubre de 745.

EN LA INSTANCIA DE REVISTA.

JESUS,
MARIA, Y JOSEPH.

POR

EL CONCEJO, Y VECINOS

de la Villa de Puertollano.

EN EL PLEYTO

CON

EL CONCEJO, Y VECINOS

de la Villa de Mestanza.

SOBRE

LA COMUNIDAD DE

Pastos, que pretende Puertollano, con

los Terminos de Mestanza, conforme

á Executorias, y reformacion de Auto

de Villa dado á favor de Mestan-

zaen 2. de Octubre de 745.

EN LA INSTANCIA DE REVISTA.

N. 1. PARA PROCEDER A FUNDAR LAS proposiciones de Derecho, es menester hazer presente las precissas del hecho, y orden que ha tenido la substanciacion de estos Autos, y assi consta, que en el año de 513. se comenzò vn pleyto entre ambas Villas, sobre que pretendia la de Puertollano, que la de Mestanza no avia de vender yervas algunas de su Termino, porque era en perjuizio de la comunidad de pastos, y que lo estaba haziendo; y la de Mestanza respondia, que no se debia admitir esta demanda, porque sobre lo mismo se avia seguido antes pleyto en la Audiencia de la Governacion de aquel Partido, y se avia pronunciado Sentencia, en que Puertollano no tenia mas derecho, que pacer, beber, y aposentar sus ganados en Termino de los Galayos, y que no se podia estender à mas de lo que se le avia dado: En este pleyto se pronunciò Sentencia por el Lic. Pedro Velez, Theniente de Governador del Campo de Calatrava, en la que dixo, que absolviò de la demanda à la Villa de Mestanza: Apelòse de esta Sentencia para el Consejo de Ordenes, y despues se apartò de ella el Procurador Syndico de Puertollano, con poder especial, que consta desde el §. 23. hasta el 26. del Memorial.

2. Despues en el año de 532. puso otra demanda Puertollano á Mestanza, sobre que no se avia de varear bellota en los Terminos en que ambas Villas tenian comunidad, hasta el dia, que para ello tenian señalado, por ser en su perjuizio; y aviendose transigido en Juezes Arbitros, para este efecto, los Procuradores Syndicos, con poderes que tuvieron, pronunciaron su Sentencia los dichos Juezes en el dia 14. de Noviembre de dicho año de 532. declarando, que dichos Concejos, ni sus Vezinos no podian coger, ni varear bellota en las encinas en que tienen comunidad, hasta el dia de San Lucas de cada vn año, y que si antes alguno las cogiesse fuesse penado, como hasta entonces avia sucedido, y que no se pudiesse tratar, ni hazer auto alguno en adelante, sino que ambas Partes quedassen desistidas, y se les impuso perpetuo silencio. Cuya Sentencia consintieron los Procuradores, consta al §. 22. del Memorial.

3. Despues en el año de 551. se ofreciò otro pleyto por quexa de Puertollano, sobre que Mestanza avia vendido las yervas de su Termino en dos mil ducados, sin consentimiento de Puertollano, y que le debia dar la mitad de ellos, que le pertenecian como à comunero, y Mestanza negò esta demanda, y opuso la excepcion de cosa juzgada de aquel pleyto del año de 513. y se hizieron varios

Au-

Autos, y pronunciada Sentencia por el Juez Ordinario, admitiendo la excepcion de cosa juzgada, que està al §. 27. del Memorial se traxo por recurso de apelacion à esta Corte, y la Sentencia de Vista fue confirmar la de la Justicia, con declaracion que se hizo de que las Partes guardassen la Sentencia Arbitraria del año de 532. Suplicóse por ambas Partes de esta Sentencia, y se pronunciò otra de Revista, que està al §. 32. del Memorial, en 4. de Abril de 570. confirmando la de Vista, en quanto se mandò guardar la Sentencia Arbitraria, y en quanto se absolviò à Mestanza en razon de que no pudiesse acoger ganados estrangeros en su Termino, sin consentimiento de Puertollano, y sin que se diesse à este la mitad de lo que huviesse llevado, y se declarò, que la Villa, y Vezinos de Puertollano tenian comunidad en todo el tiempo del año en los Terminos de Mestanza, assi en el pacer las yervas, beber las aguas, y cortar leña, y hazer todos los demás aprovechamientos, que los Vezinos de Mestanza; y aunque suplicò esta por razon de nuevo additamento, se le denegó, y se despachò la Executoria, y se puso en possession à Puertollano de diferentes sitios.

4. Otro pleyto se siguiò en el año de 607. por quexa que dió el Concejo de Puertollano, sobre que Mestanza contraviniendo à la Executoria antecedente, avia passado à vender las yervas de su Termino, y acogia ganados forasteros, acotando sitios para ello, y prendaba en ellos à los de Puertollano; y aviendose este pleyto substanciado, fue la Sentencia de Vista, que està al §. 36. del Memorial, en 22. de Marzo de 611. mandando guardar la Executoria del año de 570. y la Sentencia Arbitraria, y tambien se mandò, que el Concejo de Mestanza dexasse gozar à los Vezinos de Puertollano de los prados, y pastos de ella, conforme lo hazian los de Mestanza, à excepcion de la Dehesa Boyal, que en esta solo pudiessen pastar los ganados de Vezinos de Puertollano, que tuviessen Heredades, y labor en aquel Termino, y se mandò bolver à Puertollano las prendas, que contra la Executoria se huviessen llevado, y se condenó à Mestanza, à que deshiziesse los cotos, y redondas de su Termino, y no las hiziesse mas.

5. Suplicòse de esta Sentencia, y aviendose substanciado la Instancia de Revista, se pronunciò en 11. de Diziembre de 615. la que està al §. 41. del Memorial, confirmandose la de Vista, en quanto mandò guardar la Executoria del año de 570. y la Sentencia Arbitraria, y tambien en aquella exceptuacion de la Dehesa Boyal, y en lo demàs se revocò, declarando, que la comunidad que Puertollano tiene se debe entender solamente en los Terminos valdios, publicos, y

con-

concegiles, y en estos se mandò guardar à Mestanza, para acoger los ganados de forasteros, las Cartas Executorias del año de 513. y 570. y que pueda hazer Cotos, y Redondas, como le parezca, en la forma que hasta entonces las avian hecho, sin que fuessen en mayor cãtidad de tierra, y otras declaraciones, que no son del pleyto.

6. Se supone tambien, que en el año de 590. aviendo ido à Mestanza el Lic. Garci Perez de Bazàn, Juez de Valdios, y Realengos, y denunciando las tierras, que avian roto los Vezinos de Mestanza desde el año de 542. y otras anteriores, y hechose varios Autos sobre esta denunciacion, se transigiò por cantidad de 1500. ducados de vellon, por las tierras, que assi se avian denunciado, y se otorgò Escritura de venta à favor de la dicha Villa, sus Vezinos, Hermandades, Capellanias, Hermitas, y Santuarios, y forasteros, que tenian assimismo tierras, de todas las dichas tierras assi plantadas, como por plantar, condenadas, y que estaban por condenar, y las que se avian roto hasta entonces en todo el Termino publico, y Realengo de la dicha Villa, segun la denunciacion hecha, que se refiere. Y està venta se aprobò por su Magestad, y es con insercion de los Autos, que se avian hecho, que està al §. 65. hasta el 68. del Memorial.

7. En el año de 745. la Villa de Mestanza acudiò à esta Corte, y hizo mencion de la Escritura antecedente, y que por no averse tenido presente quando se litigò la Executoria del año de 615. se avia concedido á Puertollano la comunidad de pastos en Mestanza, lo que no huviera sucedido à averse presentado, pues segun dicha Escritura no avia en Mestanza Terminos Valdios, sino que todo su Termino lo tenia como proprio, por averlo comprado à su Magestad, y que no teniendo Mestanza comunidad en Puertollano, este no debia tenerla en Mestanza; y concluyò pidiendo, que atento al dicho nuevo instrumento, se declarasse, que dicha Sentencia del año de 615. y demàs providencias, y transacciones à favor de Puertollano, no se deben entender en el nuevo caso de ser todo el Termino proprio de sus Vezinos, y no aver tierras valdias, y que assimismo se declare, que Puertollano no tiene comunidad de pastos en Mestanza, ni poder entrar en su Termino ganados algunos.

8. De esta demanda, que està al §. 82. del Memorial, se dió traslado á Puertollano, quien respondió, que se le absolviesse de este nuevo intento, y se declarasse, que sin embargo de la dicha Escritura del año de 590. se lleve à debido efecto la Executoria despachada à su favor el año de 570. segun, y como se mandò en la Executoria del año de 615. y se ajustò despues, y convino por otra Escritura celebrada entre ambas Villas en el año de 697. (que se dirà en

ſu lugar), y que no ſe le inquiete, ni á ſus Vezinos en la comunidad de paſtos, que tiene en los Terminos de Meſtanza, y que ſiempre ha tenido, conforme à dichas Executorias, las que guarde Meſtanza, y no haga mas Redondas, que las que por dicha Executoria del año de 615. ſe le permite.

9. Y aviendoſe alegado por ambas Partes, y preſentado varios inſtrumentos, por Auto de 22. de Octubre de 745. que eſtà al §. 104. del Memorial, ſe declarò, que la Sentencia de Reviſta de 11. de Diziembre del año de 615. y demàs providencias, y tranſacciones, que aya à favor de Puertollano, y ſus Vezinos, no ſe deben entender en eſte nuevo caſo de ſer todo el Termino proprio de Meſtanza, y no aver Valdios; y tambien ſe declarò, que Puertollano no tiene comunidad con Meſtanza, ni debe gozar del aprovechamiento de los que eſtàn en ſu Termino, en ningun ſitio de èl, y que en adelante no entren à paſtar dicho Termino.

10. Suplicò de eſta providencia Puertollano, diòſe traslado à Meſtanza, quien formó articulo, ſobre que no era ſuplicable dicha providencia, y que ſe le debia dar el deſpacho para ſu execucion: y viſto ſe proveyò Auto mandando dar el deſpacho, y no deberſe admitir la dicha ſuplicacion, ni eſtàr obligado Meſtanza à reſponder à ella; y aviendoſe pedido cierto informe por el Señor Governador del Conſejo, y hechoſe, vino Cartaorden de dicho Señor, en que previene mandar ſu Mageſtad, que ſin embargo de la denegacion de la ſuplica de eſta Chancilleria, ſe admitieſſe, y todas las juſtificaciones que ſe hizieſſen en eſte grado de Reviſta.

11. Y con efecto ſe admitiò dicha ſuplicacion, ſe hizo en forma, pidiendo Puertollano la reformacion de dicha providencia, y que conforme tiene pedido ſe lleven à debido efecto las dos Executorias del año de 570. y 615. ſin embargo del tal nuevo inſtrumento preſentado por Meſtanza; y eſta pretende la confirmacion de dicha providencia, y Auto que ſe ha referido de 22. de Octubre del año de 745. en que ſe deniega la comunidad, y ſe halla viſto, y no determinado ſobre dichas pretenſiones: Y ſupueſto eſte hecho, paſſemos á los fundamentos de Derecho, que reſultan de èl.

§. I.

12. FUndaſe Puertollano para la execucion de las referidas Sentencias del relevante fundamento, y regla de la coſa juzgada, que de ellas reſultó, por ſer el vltimo aſsiento de los juizios *vltimam animam Iudicij*, la llamò Dom. Valenz. Velazq. *conſ.* 72. *num* 31. y que tiene efecto permanente dixo al *num.* 34. que es irretractable el derecho, que por ella ſe adquiere al *num.* 25. *Poſt abſolutum enim dimiſſumque Iudicium nefas eſt litem alteram conſurgere ex litis primi materia*, dixo el Text. *in leg. Terminato, C. de fruct. & lit. expenſ.* & Dom. Valenz. *vbi proximè num.* 34. *Eſt enim contra omne ius introducere novam litem de eo quod iam eſt dcciſſo.*

13. Y eſpecialmente ſiendo dichas Executorias de tan alto Tribunal, por cuya ſuperior regalia, y excelencia de la Sentencia de Reviſta, ni ſe permite, ni admite ſuplicacion, apelacion, ni otro regular recurſo, tampoco ſe puede, ni debe dezir de nulidad, cuyo remedio que eſtà expreſſamente excluìdo, *ex leg.* 4. *tit.* 17. *L.* 1. *L.* 2. *tit.* 19. *lib.* 4. *Recop.* ibi: *Se entienda aſsimiſmo no aver lugar, à alegarſe, ni oponerſe de nulidad, aunque ſe diga, y alegue ſer de incompetencia, ò defecto de Juriſdiccion, ò que de ella notoriamente conſta del Proceſſo, y Autos.*

14. Teniendo no ſolo à ſu favor la regular preſumpcion, que tienen las Sentencias de otros qualeſquiera Juezes, *ex leg.* 2. *C. de offic. civil. L.* 2. *C. de pręd. curial. lib.* 10. *L.* 10. *tit.* 7. *lib.* 4. *Recop. cap. Ad audientiam de præbend.* ſino la que en ſuperior grado les declara la ley 1. *ff. de offic. præfect. prętor. L. A pro conſulibus, ff. de appel. L.* 1. §. *A quibus appell. non ſit*, porque tienen la preeminente calidad de juzgar *omiſſa iuris ſcrupuloſitate, L.* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. y por eſta cauſa en aviendo Executoria no ſe puede ventilar ya el punto principal de la Juſticia, ſino *an iudicatum ſit, ex leg.* 1. *C. de condit. indebit.* D. Valenz. *conſ.* 40. *num.* 25. *& conſ.* 68. *num.* 35. *& conſ.* 92. *num.* 9. *L.* 5. *C. de rę iudicat.* Valer. *de Tranſact. tract.* 2. *quæſt.* 1. *num.* 2.

§. II.

15. YNo obſtante es cierto, que por los Doctores no ſe tiene por puerta tan cerrada la coſa juzgada, q̃ no ſe puede abrir por algunas reglas, como es el defecto de Juriſdiccion, vt tenet Torreblanca *de Iur. Spiritual. lib.* 18. *cap.* 11. *num.* 27. ibi: *Si alij Iudices etiam Cancelarię in eum ſe intromiterent, vel Sententiam ferrent iuriſdictionis defectu impugnari poſſent, quia talis defectus numquam reiectus intelligitur. Clement.* 1. *de ſequæſt. poſſeſ. & fructum, ideo ab ſtatuto non cenſetur ſubla-*

latus. Cum Marant. *& alijs*, Dom. Salgado *de Reg. 4. part. cap. 3. num. 124.* Dom. Covarrub. *Pract. cap. 25. num. 4. præcipuè num. 5.* ibi: *Si adversus tertiam Sententiam alijs omnino conformem obiecta sit nullitatis exceptio ex eo quod Iudex qui eam pronunciavit non habuit iurisdictionem ad cognitionem causæ, nec ad eius definitionem quasi hic defectus adeo sit potens quod impediat trium sententiarum conformium executionem: quam secuntur ibi Card. Abbas, & Imola, ex ea notantes sublata nulitatis exceptione non censeri sublatam illam quę ex defectu iurisdictionis procedit.*

16. Este defecto es el especial, que señalan los Doctores, porque el remedio de nulidad, que se disputò con el motivo de la ley *Postea quàm, ff. de re iudic.* que le quiso admitir, no se estiende à la Sentencia de Revista pronunciada en las Chancillerias, sino solo à la Sentencia de Vista, que se pronunciò, y que por no averse de ella suplicado se passò en autoridad de cosa juzgada, que de esta se puede dezir de nulidad, valiendose para ello de las palabras de la ley 4. *tit. 17. lib. 4. Recop.* ibi: *Que en los negocios que no huviere lugar oponerse de nulidad: Ergo à contrario sensu quo casu potest suplicari, & non est suplicatum locus erit remedio nullitatis:* No en el caso de la Sentencia de Revista, porque expressamente lo prohibe la ley, y la *fin. in fin. C. de fide instr.* Boer. *decis. 307. num. 1.* Dom. Gregor. Lop. *leg. 4. tit. 24. part. 3.* Bobadill. *alios referens lib. 5. cap. 3. num. 57.* Parlad. *diferent. 10. n. 1.*

17. El remedio de restitucion es tambien disputable entre los Doctores, sobre si es admissible contra la Sentencia de Revista, por estàr excluìdo en la misma ley 4. que exponiendo el Azevedo esta ley al num. 5. y 11. dize, que no se puede intentar, el Cevallos *lib. 3. Comm. contra Comm. quæst. 808. num. 37. & 65.* refiere varios argumentos por vna, y otra opinion, y lleva la de ser admissible; y por otros Doctores se llegò tambien à disputar la misma question, como son Dom. Molina *de Primog. lib. 3. cap. 13. num. 65.* Did. Perez *in leg. 1. tit. 8. lib. 3. Ordinament.* Mieres *part. 1. quæst. 1. num. 25.* Matienzo *leg. 8. tit. 11. lib. 5. Recop. Gloss. 12. n. 6.* Ioann. Gutierr. *lib. 2. Pract. quæst. 88. num. 3. & lib. 3. quæst. 31. num. 15.*

18. Mas oy esto està decidido por la Pragmatica del año de 610. cap. 22. donde aviendose hecho representacion por los Procuradores de los Reynos, sobre si por dicha ley 4. estaba quitado el remedio de restitucion, que assiste à los menores por privilegio, y à los mayores por alguna justa causa: la respuesta que se diò fue la siguiente. *Por la ley 4. tit. 17. lib. 4. de la Recopil. està ordenado, è mandado, que en todos, è qualesquiera negocios en que no huviere lugar suplicacion, se entienda assimismo no aver lugar à alegarse, ni oponer se de nulidad, aunque se diga, y alegue ser de incompetencia, ò defecto de Jurisdiccion, ò que*

de

de ella notoriamente conste del Proceſſo, ò Autos de èl, ò en otra qualquiera manera: Y deſpues de la publicacion de la dicha ley ha avido diverſas opiniones de Doctores, ſobre ſi por las dichas palabras de la dicha ley ſe quita, ó no el beneficio de la reſtitucion, y ſobre ello aviendo diferentes Sentencias, aſsi en el Conſejo, como en las Chancillerias, ſuplicamos à V.Mag. declare qual opinion ſe deba ſeguir, para que de aqui adelante ceſſen pleytos, gaſtos, y coſtas, ſobre el entendimiento de la dicha ley: La reſpueſta fue à eſtos: *Vos reſpondemos, que eſto eſtà ya proveìdo.*

19. Y pareciendo, que todavia quedaba la duda propueſta en ſu fuerza, porque ni ſe dixo que no ſe debia admitir, ni tampoco que ſe admitieſſe, y que ſe podia adaptar à ambas coſas, que es lo que el Cevallos, y otros dixeron: lo mas cierto es, que fue declarar no ſe debia admitir tal derecho de reſtitucion, *porque eſto eſtà ya proveìdo, eſſe referendum ad compræbenſionem excluſionis remediorum, vt in ea inſit etiam excluſio reſtitutionum, nam ſi vellet Legislator admiti facilimum erat dicere: à eſto os reſpondemos*, que con las dichas palabras de la dicha ley no ſe entiende aver quedado excluìda *la reſtitucion*, ò declarar, *que eſto eſtà ya proveìdo, que no ſe excluìa*, y no ſe puede dar interpretacion, que ſolo al Principe, y no à otro pertenece, *ex leg. Leges Sacratiſsimæ cum ſequenti, C. de legib. L. 5. Taur. quæ eſt 3. tit. 1. lib. 2. Recop.* donde el Rey reſerva la declaracion, interpretacion, ò duda de las Leyes de ſu Reyno.

§. III.

20. LA tercera queſtion, que ſe trata entre los Doctores, con ocaſion de la ley 4. es ſobre ſi por cauſa de nuevos inſtrumentos que ſe preſenten, puede ceſſar la Sentencia de Reviſta, que causò coſa juzgada, y darſe otra diverſa, ò contraria, que es propriamente la que ſe ofrece en nueſtro pleyto, y de la que ſe trata. Y eſta queſtion bien dizen los Doctores, que es muy ardua, y ſutil, y aviendoſe decidido eſta queſtion por la *Ley 19. tit. 22. part. 3.* ibi: *Otroſi dezimos, que no ſe puede desfacer el Juizio deſpues que fuere dado, ſi non ſe alzaſſe de èl, maguer moſtraſſen deſpues Cartas, ò Privilegios, que huvieſſen fallado de nuevo, que fueſſen à tales, que ſi el Juzgador las huvieſſe viſto ante que el Juizio dieſſe, que juzgàra de otra manera, fuera ſi el Juizio fuere dado contra el Rey, ò contra ſus Perſoneros.*

21. No obſtante todavia los Doctores inſiſtieron en la queſtion, ſobre que ay diverſidad; porque vnos ſe valen de la razon del Texto *in leg. Sub ſpecie, C. de re iudicata*, ibi: *Sub ſpecie novorum inſtrumentorum poſtea repertorum res iudicata reſtaurari exemplo grave eſt.*

Y con el Texto *in leg. Imperatores, ff. de re judic.* ibi: *Imperatores Antoninus, & verus rescripserunt, quamquam sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minimè oporteat.* Y assi el Bartolo para negar la retractacion de la Sentencia de Revista con el pretexto de nuevo instrumento, se vale de la Ley *Imperatores*, y el Baldo de la Ley *Sub specie*, y solo se limita en el mismo caso de la Ley del Juizio dado contra el Rey, ò contra su Personero.

22. Otros llevan la opinion, de que se puede retractar por nuevos instrumentos, no obstante la Ley de Partida, y lo estienden no solo à la causa del Rey, sino à la causa de Iglesia, Pupilo, ò Republica, *& cuiuscumque præciati favore prætextu restitutionis ex Clausula generali si qua mihi*, vt Boer. *decis.* 307. *prope fin.* Cardin. Thusc. *lit. S. conclus.* 160. lo que se funda en la *L. In his, ff. de transact.* donde se decide, que la Transaccion por causa de nuevos instrumentos se rescinde, y como los mesmos efectos de cosa juzgada cause la Transaccion, *ex leg. Fratres* 10. C. *de Transact. L. Eum proponas* 17. *eodem*, que causa la Sentencia de Revista, lo dispuesto en vn caso debe admitirse en otro. Y tambien dàn otra razon, y es, que si no se admitiera *esset nutritia peccati, quia præstat ocasionem, vt quis cum aliena iactura locupletetur, & quod si constet de veritate quandocumque esse iudicandum secundum eam.*

23. La resolucion mas cierta es la del Señor Salgad. 3. *part. cap.* 1. *num.* 154. y otros posteriores de èl, y es, de que la Sentencia que està dada, y que causò cosa juzgada, por ocasion del nuevo instrumento, no se retracta, si no es que por nueva causa, y por aver estado aquella primera, que motivò la Sentencia, se dá la que corresponde al nuevo instrumento, que assi aparece, porque la primera se entiende *ritè, & rectè* dada, y por la causa cessante, cessan los efectos de ella, *quod per hanc exceptionem non impugnari directè sententia, & rem iudicatam, sed eam temperari, & modificari ad causam cessantem cuius effectus terminatur causæ cessatione*, vt Bart. *in leg. Si sine, num.* 1. vers. *Nam si tibi, ff. rem ratam haberi*, in illis verbis: *Nam si tibi fuit condemnatus, & solvi, quia rem non restituebam, si res postea pervenit ad te tunc causa pervenit ad non causam, & agendo non dico sententiam nullam, vel male iudicatum, imò de eo bene iudicatum tamen causa illa debenit ad non causam.* Surd. *cons.* 268. *num.* 15. D. Paz *de Tenut. cap.* 14. *num.* 18.

24. Y especialmente pone la razon formal de esta misma opinion el Fontanel. *decis.* 177. *num.* 1. *& seqq. Quando scilicèt debitor censuarius condemnatus fuit ad totius census solutionem, qui post modum reperit instrumentum redemptionis certè partis ipsius census, & obtinuit contra primam rem iudicatam, repetitionem, & restitutionem redituum solutorum*

rum

rum vigore rei iudicatæ ab eo per creditorem exactorum, quia hoc casu non impugnat sententiam, sed agit de falsa causa, & falso supposito sententia. Sequitur Avendaño *de Censib. cap.41. num.5.* Joan. Baptista Costa *re. med. subsid.19. num.4.*

§. IV.

25. EN este supuesto es menester, que el nuevo instrumento, que despues aparezca estando ya pronunciada la Sentencia de Revista sea tal, que dè motivo à que la causa cesse, que ocasionò la misma Sentencia, no qualquiera instrumento, sino el que fuere evidente cierto; porque en otra forma, aun en estos terminos, por nueva causa no puede alterarse lo que està determinado, *ex leg. Fideiussor. conventus, §. In omnibus 28. ff. mandati,* ibi: *Vel numeratam iterum accipit repetitio contra eum competit, nisi fortè ex condemnatione fuerit ei soluta, tunc enim propter authoritatem rei iudicatæ repetitio quidem cessat. Text. in leg. 1. C. de condit. indebit.* ibi: *Pecunia indebiti per errorem non causa iudicati solutæ esse repetitionem iustè conditionis non ambigitur. Text. in leg. Elegantèr, §. Si post rem iudicatam. Ex leg. Iulianus, ff. de condit. indevit.*

26. Registrèmos aora qual es el instrumento, que puede dar ocasion à esta causa, y nuevo litigio, para vèr si es tal, que haga cessar la causa, que motivò la Sentencia de Revista, y desde luego se hallarà, que resulta de él, no tener tal efecto; porque esta es vna Escritura, que suena otorgada en 7. de Mayo de 590. por el Lic. Garci Perez de Bazàn, Juez que se dize fue de Valdìos, y Realengos, y en la que se hàze relacion no solo de la comisiòn conferida à este Juez, sino de la instruccion, que se le diò; y tambien, de que por los Autos que avia hecho constaba, que la Villa de Mestanza desde el año de 542. avia roto varias tierras, por lo que las avia denunciado, y avia proveìdo ciertos Autos, y examinado varios testigos, y el Fiscal de la comisiòn avia dado, y puesto la demanda sobre que las tales tierras se aplicassen al Real Patrimonio, y en este estado avian tratado de ajustarse por las tierras, que cada vno tenia rotas, y dieron poder para ello à los Alcaldes, y Regidores, y estos lo substituyeron en el Procurador Syndico, el qual ofreciò el concierto de todas las tierras, sobre que el Fiscal avia puesto la demanda, y por las demàs, que antes avian roto en el Termino de la Villa, y que por ello ofrecia 1500. ducados de vellon, con tal, de que se les otorgasse venta de todas las tierras viejas, y nuevas rotas desde el año de 42. y antes, y repartir estos 1500. ducados entre los que tenian las tales tierras, Vezinos, y Forasteros.

27. Cuya oferta admitiò el Juez, y se hizo consulta al Con-

sejo

sejo de Hazienda, y se le avia dado orden para concertar dicho asiento, y con efecto passò á otorgar la Escritura de venta à favor de la Villa de Mestanza, de sus Vezinos, Hermandades, Capellanias, Iglesias, Hermitas, y Santuarios de ella, y forasteros, que tenian tierras metidas en labor, y edificadas en qualquiera manera, y de todas las plantadas, y por plantar condenadas hasta entonces, y por condenar, y las rotas desde el año de 42. y desde que se fundò la Villa hasta entonces, que estaban, y se comprehendian en todo el Termino Realengo, publico, y concegil, conforme, y se contenia en el dicho concierto, que se refiere; cuya Escritura se dize averse aprobado por su Magestad, y està contenida toda ella, y su relacion desde el §. 44. del Memorial, hasta el 67. inclusivè.

28. Este es el instrumento, que dize la Villa de Mestanza no se tuvo presente, quando se pronunciò la Sentencia de Revista, ni en sus Autos, y que si lo huviera estado, nunca se huviera dado tal Sentencia, por ser vna venta celebrada de todos los sitios Valdìos, y Realengos de su Termino por su Magestad, y que assi lo pudo hazer, y lo adquiriò sin la pension de la servidumbre de pastos, que se debe à Puertollano, y assi se està en la Regla *sed eam tempori, & modificari ad causam cessantem.*

29. Mas de èl no se puede inferir, ni que perjudicasse al derecho, que tenia adquirido Puertollano para el vso de sus pastos, ni aun propriamente tiene solemnidad, y requisito, para que se le dé entera fee, y crédito: y se prueba lo primero de ser cierto, que en todos aquellos Autos, que la tal Escritura refiere, denunciacion, y demanda, que se hizo sobre la rotura de los sitios, no fue citado, ni llamado Puertollano, que consta al §. 78. del Memorial, y no le pudo perjudicar, ni alterar el derecho de comunidad adquirido. *Ex leg. 2. C. quibus res iudic. non noc. in cap. Cum causam in 2. qui filij sint legitimi.* Y en los mismos terminos, de que no perjudique al consocio la determinacion, que se dà con alguno en que ay comunidad de pastos, es del Señor Gregor. Lopez en la *Ley 21. Gloss. 3. num. 22. part. 3.* D. Covarr. *in Practic. cap. 13. n. 8.* y es expresso de la dicha *Ley 21. E si por aventura el Juizio fuesse dado contra èl, no empeceria à los otros sus Aparceros, pues que no fueron ellos por sì, ni otros por su mandado en aquel pleyto.* Pues para que les perjudicasse era menester la citacion, y en este mismo sentido lo afirma el Otero *de Pascuis, cap. 17. num. 29.* exponiendo todas las Reglas ordinarias, de que ningun Pueblo en lo que mira à la comunidad, y pastos, de que otro goza, ninguna novedad puede causar judicial, ni extrajudicial, que altere la razon de su estado, sino es con especial consentimiento, *ex leg. Sabinus, ff. commun. dividundo.*

L.

L. Locus, §. 1. *de vsufruct. L. Si vsufructus*, §. *Rescripto de aqua pluv. arcend. L. Si eo in princip. ff. si servitus vindic. L. Si via. L. Si præses*, C. *de servitutib.*

§. V.

30. LA segunda razon, porque la dicha Escritura nada alterò el derecho adquirido de pastar de Puertollano, resulta, de que el dicho convenio, y transaccion no fue con la generalidad, que Mestanza la concibe, de todo lo comprehendido en su Termino, porque qualquiera transaccion, ajuste, y convenio es de estricta naturaleza, y no se estiende à otro caso diverso de aquel que se tratò, *ad res casus, aut personas in ea non comprehensas non extendi, in leg. Si de certa. L. Age cum Geminiano*, C. *de transact. L. Si vnus* 27. §. *Ante omnia. L. Tres frates* 35. *L. Emptor*, §. *Lucius*, *ff. de pactis. L. Cum Aquiliana. L. Qui cum tutoribus* 9. §. 1. *ff. de transact. L. Si ex plurib. ff. de solutionib. L. fin.* §. *Idem quæsijt*, *ff. de condit. indebit. L. Si cum dies*, §. *Plenum*, *de recept. arbitr. L. Ingenui* 8. C. *de ingen. & manum. L. Si suspecta*, §. *Quamvis*, *ff. de inoffic. testam. L.* 2. C. *res inter alios acta. L. Si stipulatus* 15. §. *Si ex duobus*, *ff. de fideius.*

31. De manera, que por generales, y especiales, que las clausulas de la transaccion suenen, nunca se estienden à otra alguna diversa, que no fue la que diò motivo à ella, Surdo *cons.* 408. *num.* 16. *lib.* 3. *Non obstat si esse alia nova aut diversa addatur.* Dom. Valenz. Velazq. *cons.* 167. *num.* 51. Dom. Larrea *allegat.* 32. *num.* 14. y especialmente nunca causa efecto à los que en ella no intervinieron, vt Pinel. *in leg.* 1. C. *de bon. matern. part.* 3. *num.* 46. vers. *Ex his confirmavitur.* Gaito *de Credito tit.* 1. *cap.* 2 *num.* 412. Dom. Salgad. *decis.* 3. *quia stricti iuris sit*, y con esta causa trae la especie el Avend. *de Exequend. Mandat. part.* 1. *cap.* 17. *num.* 7. *Et facta transactione inter creditorem, & debitorem in causa executiva ante sententiam additionis non præiudicat Alquacelo, qui possit petere decimam executione iam transacta. L.* 10. *tit.* 6. *lib.* 3. *Recop. L.* 7. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop.* de la misma opinion es Gutierrez *lib.* 1. *Pract. quæst.* 127. Avendañ. *in dict. leg.* 7. *num.* 1. Parlador. *lib.* 2. *cap. fin.* 6. *part.* §. *vnico num.* 18. y lo mismo sucede en las espotulas *integre Iudici solvendæ sunt* en las expensas del litigio, *ex leg. Terminato transacto que negotio*, C. *de fruct. & lit. expens.*

32. Y es la razon, porque qualquiera clausula del contrato se viste de la propria naturaleza de èl, sin extenderse à otro diverso del que suena se celebrò, *ex leg. Sub conditione*, *ff. bon. posses. contra tab. L. In servitutem*, §. *Sed, & siquis*, *ff. de bon. libert.* y si otras aparecen distintas de las que miran al fin de lo que se contratò, siempre se

entienden al cumplimiento, y execucion del contrato, y no á la substancia, *ex clement. 1. in fin. de Prebend. cap. Cum nostris in fin. de concess. Præbend.* Dom. Covarr. *in Rubric. de Testament. 2. part. num. 12.* vers. *Tertia conclusio*, y se entienden puestas mas de estilo de los Escrivanos, que consentimiento de las Partes, y mientras no se haze ver que le quieren prevenir tales clausulas extensivas, à lo que suena del contrato, son de *stilo, & nil operantur.* Idem Covarr. *num. 14.*

§. VI.

33. PUes veamos, qué fue lo que se tratò de ajustar por la dicha transaccion, para que quede declarado lo que por ella se adquiriò: bien claro está en la Escritura, que se terminò limitadamente à las tierras valdias de su Termino, que se avian roto hasta el dicho año de 590. y no mas, porque las diligencias, que practicò aquel Juez de Valdios, se dirigieron á saber las tierras, que avian roto los vezinos, consta al §. 51. del Memor. en la demanda Fiscal, que està al §. 56. del Memor. y se reduce à las mismas tierras rotas, señalando los sitios en que se avian hecho las roturas: Para hazer la convencion por el Procurador Syndico, solo se señala las tierras de que avia puesto la demanda el Fiscal, consta al §. 63. del Memor. *Por quanto ante el dicho Juez el Promotor Fiscal avia puesto demanda de todas las tierras nuevamente rompidas en el Termino de esta Villa, y que por las demàs, de que no se avia puesto demanda, se pondria, aunque todas ellas eran muy antiguas, y rompidas de tiempo immemorial*: y assi se otorga la Escritura de venta, que està al §. 65.

34. Y aunque en ella se dize, que venden todas las dichas tierras *plantadas, y por plantar, condenadas hasta aqui, y las que estaban por condenar*: de cuya clausula se quiere inferir, ser todo el Termino el que se vendió, y valdios, que comprehendian, reparada la misma Clausula, y Escritura de condenadas, y por condenar, es porque las que se avian denunciado eran las rotas desde el año de 542. y no las que antes se avian rompido, y como la transaccion se terminò tambien à estas, por esta causa se dize condenadas, y por condenar; y lo manifiesta, que no habla la Escritura con el comun de los Vezinos, sino de los particulares, que las avian roto en su nombre, y de los dichos Vezinos, Hermandades, Capellanias, Iglesias, y Santuarios de ella, y assi lo concluye, y declara, para que no se estendiesse à otra cosa diversa, *conforme se contiene en dicho assiento, y concierto, al que se refiere*, y como esta sea la vltima, que se puso, esta es la que solo declara lo enagenado, *ex leg. Talis scriptura 30. §. fin. ff. de legat.* Dom. Castillo

lib.

lib.4. cap.50. num.33. Gonzal. *in Regal. Gloss.32. num.28. & Gloss.35. num.26.* Dom. Vela *dissert.43. num.36.* El concierto, y ajuste solo se terminò, como queda dicho al §. 63. del Memor. à las tierras rotas: Luego de estas fue la venta, y titulo, que se concediò por dicha Escritura, y no para dezir con ella, que comprehendiò el todo del Termino, y quedò privado del vso de sus pastos, el que tenia derecho adquirido á ellos.

35. Quando esto tiene vna total resistencia, pues no se puede inferir, que de vnos Autos, y vna convencion hecha por dicha Villa, sin citacion, ni intervencion de Puertollano, que tenia el derecho de los pastos, se le causa el daño de quitarle, y prohibirle el tal derecho, contra el §. *Præiudiciales, Instit. de action.* Mieres *de Maiorat. 2. part. quæst.4. illat.1. num.31. in noviori impressione.* Tiraquel. *in tract. res inter alios acta, limit.8. num.18.* y como en el tal convenio del año de 590. solo se venia à tratar de aquellos particulares, que avian labrado en las tierras valdias, y de los fundos que tenian, sin otra extension, y no se trataba de lo que pertenecia à la comunidad, y aprovechamiento de pastos; por esta causa se vè, que la citacion, y denunciacion solo se terminà à estos particulares, y no se cita à los demàs interessados, porque no lo eran en la causa, ni de ella les resultaba perjuizio: *Quia regulare est in quocumque Iudicio illum solum ad quem defensio principaliter attinet citandum esse ex Text. in leg. De vnoquoque*, verb. *Quos causa, ff. de re iudicat.* Y no es otra la razon, sino que de los tales Autos, ni denunciacion no avia de resultar agravio alguno, porque en otros terminos la citacion, y llamamiento se debia hazer, por ser tan de essencia del juizio, que ni aun por rescripto se puede quitar, ni causar efecto la Sentencia, y Autos, lo que fundan los Doctores *in cap. Deus omnipotens 2. quæst.1. Cap. Si peccaverit ea causa, & quæstione. Cap. Nos in quæstione eadem cauf. L.2. C. custod. reor. Cap. Qualiter, & quando el 2. §. Debet de accusat. Cap. Cum inter de exception.* D. Salgado *3. part. de Regia cap.9. num.27. & 206.* Dom. Valenz. *conf.6.* Dom. Larrea *allegat.107.* Dom. Covarr. *cap.23. Pract. num.6.* Garcia *de Nobilit. Gloss.11. §.1.* Cevall. *Comm. contra Comm. quæst.165.*

36. Y tambien se infiere de otra razon fundada en el Text. *ex leg. fin. C. de bonor. quę liber.* donde se vè la especie de que en perjuizio de aquel, que tiene adquirido el derecho de vsufructo, no se puede enagenar, ni causar novedad en la alhaja, sin novedad, y consentimiento del mismo vsufructario, y si es cierto, que la Villa de Puertollano en este tiempo, no solo tenia à su favor el derecho de fruicion de aquellos frutos, ò pastos del Termino de Mestanza, en fuerza de la Sentencia Arbitraria del año de 532. sino es tambien de

la Sentencia de Reviſta del de 570. que causò los efectos de coſa juzgada, nunca ſe puede inferir el acto voluntario de Puertollano, y aun en terminos, que eſtenſivo fuera el convenio, y tranſaccion al todo del Termino, no alteràra, ni perjudicàra à aquel, que el vſufructo tenia, ni le pudiera cauſar ſemejante novedad, y antes sì en eſte caſo, que ſe halla cada vno con ſu derecho independiente el vno del otro, y con diverſo titulo han de permanecer ambos, quando ſe pueden conciliar, y ſin repugnancia el vno del otro, que es lo miſmo que ſucede quando ſe hallan dos diverſas Sentencias, que cauſan coſa juzgada, y que expone el Señor Salgad. 3. *part. Labyr. cap.* 1. *num.* 176. y como ſe pueden convenir ambos à dos titulos ſin repugnancia, ni opoſicion, porque el de Meſtanza ſubſiſte en aquellos ſitios, que ſe avian roto, y el de Puertollano en los demàs ſitios comunes, ambos à dos deben permanecer, y aſsi ſe deben conciliar, *iuxta Text. in leg.* 1. *& ſeq. C. de hęredit. action. Text. in leg. Si petitor de Iudicio. Si petijt (inquit conſultus) plures hæredes relinquærit vnuſquiſque eorum Iudicio egerit non erit verum totam rem quem priori Iudicio fuit deducta eſſe, neque enim quiſquam alienam actionem in Iudicio invito eo hęrede perducere poteſt.*

§. VII.

37. Y Eſpecialmente quando el titulo de Puertollano, y què declarò la Executoria, es vn titulo de derecho de ſervidumbre, adquirido por preſcripcion immemorial; porque aunque de ordinario ſe dize, que por eſte titulo no ſe pueden adquirir los paſtos, *ex leg. Præſcriptio, C. de operib. public. L. Uſucapionem, ff. de vſucap. L.* 7. *tit.* 29. *part.* 3. *No lo puede ningun ome ganar por tiempo.* Eſto ſe entiende por el que es ordinario, mas no del immemorial, *vt in Authentic. de cętero commutationes*; porque quando la Ley, Eſtatuto, ò Privilegio alguna coſa concede, ò decide, no obſtante preſcripcion, ſolo ſe entiende de la ordinaria, *ex Gloſſ. in cap.* 1. *de probibit. feud. alienat. L. Vſum quem iuncta Gloſſ. de aquędu&t. lib.* 11. y aſsi ſe vè en los Tributos Regios, que tienen la prohibicion de preſcribirſe por tiempo, *vt in leg. Competit, C. de præſcript.* 30. ibi: *Nec huic parti cuiuſcumque temporis præſcriptionem apoſitam admiti.* Eſto es, y ſe entiende del tiempo ordinario, no del immemorial, *ex leg.* 16. *tit.* 27. *lib.* 9. *Recop.* ibi: *Y la dicha ley no ſe entiende en el que alega, y prueba la preſcripcion immemorial.*

38. Siendo la razon, porque eſta opera los miſmos efectos que el Privilegio Regio, vt Rota *deciſ.* 717. *num.* 2. *part.* 1. *diverſor. L.* 8. *tit.* 15. *lib.* 4. *Sea avida en lugar de titulo baſtante*; y como en fuerza

del

del tal Privilegio se pudieran adquirir, *ex leg.* 1. *&* 3. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recop. Ergò consequens est vt quod privilegio effici potest præscriptio immemorialis operetur, vt in leg.* 5. *tit.* 7. *lib.* 2. *O por costumbre antigua, que el derecho iguala à privilegio, ex leg. Hoc iure,* §. *Ductus aquæ de aqua quotid. & stiva.* Y por otra regla, porque este derecho se iguala à la costumbre, esta por ley estatuto no excluye la immemorial: Luego la misma regla se debe observar en lo que se adquiere, por la immemorial del tiempo, vt Dom. Covarr. *lib.* 3. *Var. cap.* 13. *num.* 15. Avend. *respons.* 16. *num.* 4.

39. Pues aunque es cierto se hazen varias Rèplicas por otros Doctores, para excluir este derecho en lo perteneciente à pastos, es porque no se haze la distincion de lo que es prescripcion immemorial, ò de los efectos que de esta resultan, y titulo que presume, pues el que no se puede prescribir el derecho de los pastos, es la opinion de los que llevaron, que en ellos no se admite, ni aun la immemorial, mas el efecto de presumir el titulo, ninguna lo puede negar, ni le niega, *ex leg.* 3. *ff. de vsucap. Immemorialem consuetudinem seù præscriptionem duplicem posse efectum producere alterum acquisitionis dominij, alterum probationis siquidem, & probat, & supponit titulum concessionis, vel privilegij.* De manera, que el primer caso es el que se prohibe, el segundo de la prueba, y presumpcion de titulo, es el que se admite, *vt Text. in leg. Hoc iure,* §. *Ductus aquę, ff. de aqua quotid. & stiv. Cap. Super quibusdam,* §. *Præterea, ff. de verbor. signific.* porque esto no es adquirir por tiempo, sino es probar el titulo legitimo. *Et ratio est quia quamvis lex prohibeat in aliquo casu præscriptionem, seù consuetudinem immemorialem, non tamen ex hoc tollit privilegia legitima, seù titulum iustum quo quis posset rem acquirere cuius probationem præstat immemorialis temporis cursus.* Vt Felin. *in cap. Causam quæ num.* 6. *&* 7. *& ex cap. Cum officij num.* 13. *& in cap. Accedentes num.* 6. vers. *Sed dices de præscript.*

40. Y assi concluye el Otero en el *cap.* 17. *de Pascuis n.* 18. resolviendo esta question: *Quia præter acquisitionem prohibitæ præscriptionis sunt alij iusti acquisitionis modij, veluti intuitu concessionis Regiæ Privilegij emptionis, seù contractus cum Rege. Vt in leg.* 1. *&* 10. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recop. Ex tali immemoriali orietur, & causatur probatio legitimi tituli, seù privilegij, quo mediante, qui immemorialem præscriptionem legitimè causatam probaverit in dominio pascui publici vtique obtinevit.* Porque persuade el titulo, y el mas relevante, que se necesite para la continuacion, y aquel derecho adquirido, sin necesidad de tratarse de prescripcion, sino es de inducir el legitimo titulo de quien lo pudo conceder.

41. Y por ser esto cierto, se halla siempre Puertollano con

este titulo, que declarò la Executoria del año de 570. y antes se avia declarado por la Sentencia Arbitraria, y esto està confirmado por los Autos, que se hizieron el año de 739. por el Juez de Valdios, que se despachò à dicha Villa; pues aviendo este denunciado à la de Mestanza, sobre defecto de titulo, en diferentes sitios, que và expressando, y hechose por la Villa sus defensas, valiendose de vna Sentencia, que en el año de 615. se pronunció en esta Chancilleria, en que mandò observar la Executoria, que llevamos dicho del año de 570. y declaró, que la comunidad de pastos, que tenia Puertollano, fuesse en los Terminos valdios, publicos, y concegiles, y que en estos pudiesse hazer Mestanza cotos, y redondas, como hasta entonces lo avia hecho; y tambien de otra Executoria del año de 616. en pleyto seguido con el Concejo de Mestanza, y de la Escritura de 590. y dado varias providencias por dicho Juez, se llevaron los Autos por apelacion al Consejo, y este por Auto de 13. de Mayo del año de 44. que està al §. 76. del Memor. declarò por nulos todos los Autos, y Sentencia del Juez de Valdios, y se absolviò à Mestanza, y Vezinos particulares de lo demandado, y se mantuviesse en la possession, propriedad, y demàs derechos, en que estaban antes que dicho Juez comenzasse à proceder, entendiendose conforme à la Escritura del año de 590. y Executorias de esta Chancilleria del año de 615. cuya Sentencia se aprobò por su Magestad.

42. Y aviendo la Villa de Mestanza obtenido despacho de dichos Señores del Consejo en 3. de Noviembre de dicho año de 44. para que conforme à la tal declaracion no entrassen à pastar los ganados de Vezinos de Puertollano, por este se representò el derecho, que le assistia, en fuerza de la Executoria del año de 570. y la del año de 615. con la transaccion de las dos Villas del año de 697. y obtuvo Provision, para que se le mantuviesse en la possession en que se hallaba de pastar en dichos sitios, que es vna propria declaracion de que la Escritura del año de 590. nada avia alterado en este derecho de pastar, pues todo se tuvo presente para el despacho que se diò, y consta del §. 79. del Memorial.

§. VIII.

43. Y Lo que esto confirma son las repetidas declaraciones de Mestanza, pues no se duda, que se ha valido, y se valiò en los Autos del Juez de Valdios de la Sentencia de esta Chancilleria del año de 615. donde se declarò el derecho de pastar à Puertollano en los Terminos Valdios, publicos, y concegiles, y esto mismo lo con-

confessò en el Consejo, quando diò la quexa del Juez de Valdios, que està al §.75. del Memor. *Que no obsta la comunidad de pastos, que tiene Puertollano en sus Terminos, por ser esta comunidad en las tierras, y montes que median entre las labores de los Vezinos*: y esto mismo fue declarado en la Sentencia, que se dà en el Consejo en dicho año de 44. que està al §.76. del Memor. pues no solo dize, que absuelve à Mestanza, y sus Vezinos, sino *à los demàs interessados*, en que no avia otros sino es los que tenian el derecho de pastar en los Terminos de Mestanza, y vltimamente lo confessò en la Escritura de transaccion, que en 4. de Agosto de 697. celebraron ambas Villas por sus Procuradores Syndicos, que està al §.90. del Memorial, refiriendose à la Executoria, que se avia obtenido el año de 615. y que pudiessen pastar reciprocamẽte, y hazer las redondas de que tenia facultad la dicha Villa de Mestanza, solo para los invernaderos.

44. Y de tan geminadas confessiones no es capàz de persuadir, que huviesse otro derecho diverso en la Villa de Mestanza, y antes sì se justifica la prueba del derecho de pastos, que Puertollano tiene en los Terminos de Mestanza, y aun le escusa de otra qualquiera prueba, que aliàs se necessitasse, *cum certissimum sit in iure confessionem, & maximè iudicialem in articulis prolatam superare omne probationis genus, ex leg. fin. C. non numerat. pecun. L. Cum te, C. de transact. L. Tutores, ff. de Iudicijs, cap. Per tuas de probat.* Posth. *de Manutention. observat. 19. num. 11. & 12. Vbi post alios, triginta, & duas Rotæ decissiones laudat. Et tamen num. 13. Cum quatuor sequentibus ait, quod vbi est confessio*, ibi: *Est relaxatio omnis probationis, estque maior quocumque publico instrumento, & quibuscumque depositionibus testium, & stante diversitate inter testes, & confessionem partis prævalet confessio reiectà depositione testium.* Thusc. *in verb. Confessio, concluss. 646. num. 15.* Gratian. *Discept. Forens. cap. 736. num. 68. Atque prævalet confessio partis, etiam mile testibus contrarium deponentibus.*

55. Y si en los dichos Autos hechos ante el Juez de Valdios, y en el recurso del Consejo, que son actos judiciales, se vè, que la Villa de Mestanza confiessa el derecho de pastar en sus Terminos à los de Puertollano; esto no obstante, de que se vale de la Escritura del año de 590. y de la Executoria del año de 615. Luego bien entendido ha estado en todos tiempos de que la dicha Escritura del año de 590. no se estendiò, ni debe entender mas que en las tierras desde el año de 542. y anterior à èl, mas no porque adquiriesse para sì todo lo comprehendido en su Termino valdio, y del comun, y quedar por ella con derecho de prohibir el aprovechamiento de los pastos de los comuneros; pues si assi fuera, valiendose de dicha Escritura, como se va-

valiò para su defensa, y denunciacion, que se hizo, no huviera confessado el derecho de pastar que confessó.

§. IX.

46. PRuebase tambien por otra razon, y es, que el pleyto, què diè causa à la Executoria del año de 615. y Sentencia de Revista, que se pronunció, comenzò en el año de 607. diez y siete despues de la tal Escritura del año de 590. y aviendo sido este pleyto quexa, que dió Puertollano, de que embarazaba el pasto à sus Vezinos con ciertos cotos, que avia hecho Mestanza, y los prendaba, siendo contra la Executoria del año de 570. despachada à favor de Puertollano: en este pleyto no se vè, que Mestanza en su contestacion, ni en todo èl negasse la comunidad por el motivo de dicha Escritura, ni la presentasse, quando no se presume ignorancia su contenido, pues estaba tan presente, y de tan corto tiempo; porque aunque es cierto no se presume la ciencia en lo que es dañoso, *ex leg.* 1. §. *Scientiam, ff. de tributoria*, ibi: *Sed vt ego puto non voluntatem, sed pacientiam. L. Verius de probat.* Si se presume la ciencia de aquello, que *aliàs* debe saberse, y no ignorarse, *ex Text. in cap. fin. de Iur. jurand. Et expresse mandante, vel etiam post facto sciente, scùratum habente, seù non revocante, vt in his in quibus est libera voluntas paria sunt scire, vel tacere, vel expressè consentire.*

47. Lo mismo prueba la *L. fin. ff. qui cum eo*, ibi: *Nec videlicèt videtur hoc dominum mandasse, sed quia videbatur in omnibus cum suo nomine substituisse sententiam confirmavit Imperator. Cap. Ex parte decani de Rescriptis de eo qui agit me præsente nomine meo sine mandato, vt agat de consensu meo. L. Quę dotis, ff. de solut. matrim. L. 2. §. Voluntatem, ff. eodem. Filium nisi evidenter contradicat videre consentire Patri. Text. expressus in leg. 1. §. Scientiam, ff. eodem.* Y por ser assi, en todos tiempos nunca se ha entendido la Escritura del año de 590. mas, que para el fin de las tierras rotas, que fueron las que assi se ajustaron, y transigieron, y no de otras algunas.

§. X.

48. PRuebase tambien de la Escritura de transaccion del año de 697. por los Procuradores Syndico de Puertollano, y Mestanza, en virtud de poder de sus Concejos, y algunos Vezinos, la que està en el Memorial al §. 90. en la qual se haze relacion de averse denunciado à algunos Vezinos de Puertollano, que pastaban en los Terminos

minos de Meſtanza, y la Juſticia no avia querido admitir la denunciacion, y ſe avia hecho recurſo al Governador de Almagro, y en eſte eſtado ſe convinieron, en que arreglandoſe à la Executoria en que ſe concede à la Villa de Puertollano paſtar los Terminos valdios, y publicos de Meſtanza, excepto en las redondas, y cotos, que por la miſma eſtaba concedido à Meſtanza poder hazer en tiempo de invernadero, y no agoſtadero, y fue la cauſa, y motivo porque ſe moviò dicho pleyto de denunciacion: ſe obligaron ambas Villas à que dichas redondas fueſſe ſolo para invernaderos, y no para agoſtaderos, quedando abiertas, para que los Vezinos de Puertollano, y de Meſtanza igualmente pudieſſen paſtar los ſitios, y tambien ſe obligaron à no cauſar novedad en adelante.

49. De eſta tranſaccion ſe manifieſta el derecho de Puertollano para el vſo de paſtos en Termino de Meſtanza, pues ſupone, el que aſsi le aſsiſtia, y que ſe ofrecia la duda de los tiempos de las redondas, por no declararſe en la Executoria, que ſon los efectos de la tranſaccion, *ex leg. Amplius non petit* 15. *iuncta Gloſſ.* verſ. *Indicium, ff. rem rat. habere. L. Sempronia* 33. §. *fin. ff. de vſu, & vſufruct. legat. L.* 3. §. *Iulianus, ff. de liber. exhibend. L. Controverſia* 14. *ff. de tranſact. L. Argentarius* 10. *ff. de edend.* y aſsi quedò decidida por ella la duda, confeſſando el derecho de paſtar á los Vezinos de Puertollano, ſin que ya ſe pueda cauſar novedad en lo que ſe convinieron, porque los efectos que cauſa qualquier tranſaccion, es poner fin á la controverſia, como lo haze la coſa juzgada, *ex leg. Fracmentum* 10. *C. de tranſact. L. Non minorem* 5. *C. eodem. Quo aſpectu non minorem vim quam res iudicata obtinere dicitur.* Valer. *tit.* 5. *quæſt.* 1. *de Tranſact.* donde por todo el capitulo và refiriendo los eficaces efectos de eſte titulo, que todos miran à que no aya nueva controverſia en razon de lo que ſe pactò.

50. De manera, que aunque ay varias cauſas, por las que ſe reſcinde la tranſaccion, que ſon *error, aut falſa cauſa, ex leg. Cum putarem* 33. *ff. familiæ ſcircund.* ibi: *Non enim tranſactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem eſſe putaverit.* El miedo que cae en conſtante varon, *ex leg. Si donationis, vel tranſactionis* 7. *L. fin. C. de his quæ vi. L. Interpoſitas* 13. *C. de tranſact.* no es retractable por cauſa de nuevos inſtrumentos, que deſpues aparezcan, *ex leg. Sub prætextu* 19. *C. de tranſact.* Anton. Fab. *lib.* 16. *Coniectur. cap.* 17. *circa med. & ad tit. C. de tranſact. definit.* 13. que ſolo tiene la limitacion, ſino es en el caſo, que aſsiſta dolo preterito, y aſsi no concurriendo alguno, ni aviendoſe opueſto por Meſtanza à eſta tranſaccion, aunque quiſiera dezir deberſe reſcindir por el que llama nuevo inſtrumento del año de 590.

(y que hemos dicho lo que comprehendiò) debia subsistir, y permanecer, porque no se rescinde por solo lo material de nuevo instrumento, y mas quando aunque quisiera oponer que lo avia tambien ignorado en este tiempo, como del despues no dudò en los Autos del Juez de Valdios, y en el Consejo, donde confessò la comunidad, oy no puede oponer tal excepcion de nueva causa.

51. Siendo la razon, que la observancia subsequente excluye qualquiera defecto, que pudiera contener, y causa para no transigir, *ex cap. Contigit 3. de transact.* ibi: *Si fuerit aliquod annis servata, capitulum, ac si non consenserit in eam, non poterit revocare.* Porque tanto obra la observancia sola de la transaccion, *quantum accedens præscriptio observantia.* Tondut. *tom.1. quæst. beneficial. cap. 61. num. 12. Præstat etiam observantia interpretationem dubiæ transactionis.* Dict. Tondut. *cap. 39. n. 11.* ibi: *Quod non requiritur quod sit præscripta sed sufficit modici temporis, quod in quibuscumque actibus inter vivos, & in vltimis voluntatibus servatur, quorum ad interpretationem plurimum conducit subsequens observantia.* Dom. Molin. *& Add. lib. 2. cap. 6. num. 57.* Dom. Castill. *lib. 5. cap. 95. §. 7.* Fontanel. *de Pact. Nuptialib. Claus. 1. à num. 32. & Clausul. 6. Gloss. 3. part. 2. num. 20.* Augustt. Barbos. *lib. 2. vot. 52. num. 40.*

§. XI.

52. REconociendo Mestanza lo vigoroso de estos fundamentos, recurre à dezir, que esta transaccion contuvo nulidad, por no aver intervenido licencia Regia para ella, y ser executada por los Syndicos de los Pueblos, que no lo pudieron executar: mas para responder, es menester distinguir, que en los Pueblos ay dos especies de bienes, vnos, que son de la vniversidad, reservados á sus particulares vsos, que llamamos proprios del Consejo, y otros, que son comunes à todos su vso, y commodidad, contenidos *in leg. Bona civitatis 15. L. Inter publica 17. ff. de verbor. significat. L. Sed celsus 6. in princip. ff. de contrab. empt. L. Sed si hac, §. Manumititur, ff. de in ius vocand. L. 9. & 10. tit. 28. L. 7. tit. 29. part. 3. L. 15. tit. 5. part. 5. & ex tit. 5. & 7. lib. 7. Recop.*

53. Estos bienes no se puede sobre ellos transigir, sino es interviniendo licencia de su Magestad para ello, *ex leg. 11. tit. 7. lib. 5. Recop.* Azeved. *num. 4.* Bobadill. *lib. 2. cap. 16. num. 153. & lib. 3. cap. 8. num. 82.* Siendo la razon, porque aunque los Pueblos tienen el vso de tales bienes, y para subvenir á sus indigencias, *propietas autem pœnes Principem residet.* Dom. Gregor. Lop. *in leg. 15. tit. 5. part. 5.* Gloss. verb. *Son del Rey,* cum alijs Otero *de Pascuis cap. 9. num. 19.*

&

& *cap.*30. *num.*2. Dom. Larrea *allegat.*109. *num.* 7. cuya prohibicion es, y se entiende quando de la tal transaccion resulta enagenacion, que se necesita la licencia, y permisso del Principe, y demàs solemnidades, que se requieren en las enagenaciones de bienes de Menores, y Iglesias.

54. Mas quando de la transaccion no resulta enagenacion, sino se termina á la commodidad del vso, ò vsufructo, que goza, entonces, sin necesidad de la licencia Regia se puede celebrar, y assi es opinion del Valer. *tit.*4. *quæst.*3. desde el *num.*33. que pregunta la question, y al *num.*38. dize: *Sed licet hæc opinio stricto vt dixi iuris rigore inspecto vera sit communis, tamen Iudiciorum praxi, & velut, & quadam Principis tollerantia contraria recepta magis est valere scilicèt similes conventiones inter opida, aut vniversitates factas super communicate, aut vsu pascui, & similiter compromissa, & arbitraria iudicia quę super terminos solent interponi.* Vt tenet Dom. Gregor. Lopez *per Text. ibi leg.*24. *tit.* 14. *part.*3. verb. *Los Egidos. Vbi ait has conventiones potius esse bonas societates quam alienationes.* Bobadill. *lib.*3. *Politic. cap.*8. *num.*83. Avilès *in cap.*30. *Prætor.* verb. *Gratias num.*3. Otero *de Pascuis cap.*11. *n.*38.

55. Sin que aya prohibicion para que se celebren tales transacciones por el Procurador Syndico de los Pueblos, porque en los mismos casos, que estos lo pueden hazer, pueden tambien practicarlo sus Syndicos, *ex leg.*1. §. *Quibus autem, ff. quod cuiusque vniversit. L.*1. §.2. *L. Munerum,* §. *Defensores, ff. de munerib. & honorib. Eius nomine rectè transigi. L. Præses, vbi D.D. C. de transact.* Carlev. *de Iudicijs lib.*1. *tit.*1. *disput.*8. *num.*5. Barbos. *in Collectaa. ad dict. leg. Præses, & in leg.*7. *eiusdem tit. num. fin.* y solo lo que se necesita es, que el Syndico tenga poder para la transaccion, *ex dict. leg. Præses, & D.D. proximè adductis.* Y aviendo tenido dichos Procuradores los poderes especiales para celebrar dicha transaccion, ningun defecto huvo para ella, y si todos los requisitos, que en derecho se necesitan, y vàn ponderados. Y concurriendo despues su observancia, ninguna regla se encuentra, que varie el concepto de transaccion, y confesion, que por ella se hizo del derecho de pastar los Vezinos de Puertollano en los Terminos de Mestanza, conforme las Executorias referidas.

§. XII.

56. Y Nunca se halla instrumento, ni causa, que las altere, ni lo es la Escritura del año de 590. de que se vale Mestanza para esta instancia; pues ademàs de lo que ya llevamos fundado en esta razon, concurre aver caso simil determinado entre las Villas de Mon-

Montoro, y Villanueva de Cordova, que teniendo estas Villas comunidad de pastos, tratò de negarlos la de Montoro, con el motivo de que aviendo ido à dicha Villa en el año de 640. el Sr. Gudiel, y Peralta, Juez de Valdios, y Realengos, con especial comisiòn de su Magestad, y denunciado à los de Montoro, se hizo cierto ajuste por estos, y en fuerza de él se le vendiò por dicho Señor à la Villa, en nombre de su Magestad, todas las tierras, que estaban en su Termino, y Jurisdiccion, por pertenecerle, y averlas comprado à su Magestad en sesenta mil ducados, y despues hizo otra convencion, de que por aver dado siete mil ducados, le concediò fuessen suyas todas las tierras de su Termino, y de pasto cerrado, con todos sus aprovechamientos, sin que otro alguno pudiesse tener aprovechamiento en ellos, con lo que excluìa Montoro à los de Villanueva de tener comunidad de pastos en su Termino, y aver cessado por esta venta, y facultad.

57. Y sin embargo de lo extensivo de ella los de Villanueva se defendieron, que no pudo causar perjuizio por esta convencion al derecho de comunidad de pastos, pues no avian sido citados, ni Montoro pudo causar novedad; y seguido el pleyto, por Autos de Vista, y Revista se mandó, que se despachasse Sobrecarta de la Executoria, que tenian los de Villanueva de comunidad de pastos con Montoro el año de 671. que consta à los §§. 114. 115. y 116. del Memorial. Y siendo en terminos mas estrechos estas resoluciones de la de nuestro pleyto, pues alli se le avia concedido la gracia de tener su Termino cerrado, lo que no sucede en la Escritura de que se vale Mestanza del año de 590. por la regla que alli se determinó, deberà determinarse en nuestro pleyto, porque aunque *in exemplis non est iudicandum*, se debe tener muy en consideracion, quando es del Superior para seguirle. Casiodor. *lib.* 1. *Variar. cap.* 4. Dom. Solorz. *de Iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 1. *cap.* 26. *num.* 38. *& lib.* 2. *cap.* 24. *num.* 94. *& cum in cap.* 11. *num.* 1. *distinct.* 9. Libius *in Proem. lib.* 1. *Hoc est præcipuè in cognitione rerum salubre, aut frugiferum omnis te exempli documenta in illustri posita documenta intueri: inde tibi tuęque reipublicè quod imitari cupias.* Por lo que suplica Puertollano à V.S. que se lleve à debido efecto la Executoria de el año de 570. reformandose el Auto de Vista referido. S.I.O.S.P.I.

Lic. Don Lorenzo de Mendoza Jordàn y Fuenmayor.



POR

DON PEDRO LASALA, CAVALLERO Conde Palatino, del Orden de S. Juan de Letràn, vezino de Priego.

EN EL PLEYTO

CON DON JOSEPH DEL REY, VEZINO de Sevilla, y Consortes.

SOBRE

QVE SE REVOQVE LA SENTENCIA DE EL Alcalde Mayor de Priego, en que declarò ser dicho Don Pedro Compañero de D. Juan Pedro Largente, y le negò en dicha sentencia el lugar que le pertenece, como Acreedor de el referido.

POR

DON PEDRO LASALA, CAVALLERO
Conde Palatino, del Orden de S. Juan de Letran,
y vezino de Priego.

EN EL PLEYTO

CON DON JOSEPH DEL REY, VEZINO
de Sevilla, y Cordova.

SOBRE

QVE SE REVOQVE LA SENTENCIA DE EL
Alcalde Mayor de Priego, en que declaró ser dicho
Don Pedro Compañero de D. Juan Pedro Largen-
te, y lleuado en dicha sentencia el lugar que
le pertenece, como Acreedor de el
referido.

N. 1. COnociendo Don Joseph del Rey la justificada, legitima pretension de Don Pedro Lasala, y el notorio, inconcuso derecho, que le assiste, no solo para mostrarse Acreedor al caudal comun de la Compañia, sino tambien, para que con prelacion à el susodicho, y demàs interessados, se le deba hazer el pago, y dar satisfaccion de su credito: ha procurado abultar estos Autos con difussos, impertinentes alegatos, y crecido numero de testigos, para que resonando en cada Clausula, como *Compañero D. Pedro*, y no aviendo oracion, donde no forme la supuesta *Compañia* grave eco, cause su repeticion tanta armonìa, que ofusque, y perturbe su solido derecho, à fin de que por muy vestida, no se dexe vèr la verdad, que aun desnuda, es poco afortunada en conocerse.

2. Pero como esta sea, *vt murus inexpugnabilis, cuius est tanta vis, vt omnia superet.* Aug. Barbos. *in cap.* 16. *de iur. iurand. num.* 2. *&* 3. la qual, *quantò magis conteritur, & oppugnatur, tantò clarior expulsis nebulis in lucem progreditur.* Roland. *cons.* 13. *num.* 1. *vol.* 3. es preciso se haga manifiesta, y evidente.

3. Mayormente aviendose de sentenciar este pleyto en vn Tribunal tan Superior, y Recto, cuya justificacion se aplica con principal desvelo à indagarla, atendiendo solo à aquello, que con mayor verosimilitud, y certeza, resulta probado de los Autos, iuxta dicta à Div. Thom. 2. 2. *quæst.* 67. *artic.* 1. Dom. Covarrub. 1. *var. cap.* 1. *à num.* 4. Joan. Gutierr. *Canonic. lib.* 2. *cap.* 29. *num.* 4. Curs. Salmantic. *tom.* 6. *tract.* 29. *cap.* 1. *punct.* 3. *num.* 25. porque como dize Santo Thomàs, referido por Gutierr. *ibidem num.* 5. *Homo in his, quæ ad propriam conscientiam pertinent, ad publicam potestatem debet informare conscientiam suam secundum ea, quæ in publico iudicio sciri possunt.*

4. Sin hazer caso de lo que las Partes vozean, è invtilmente esfuerçan, y ponderan, ex Aristot. 1. *Ethicor.* Bobadill. *in Polytic. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 85. reflexionando con Christiano zelo, sobre lo que claramente resulta justificado, por no incidir en la reprehension de San Gregorio. *Moral.* 19. *sup. illud Iob* 29. *Nè in discussa temerè iudicemus, nec quælibet mala audita nos removeant, ne passim sine probatione credamus.* En lo qual, y lo que verdaderamente de los Autos consta, assegura confiado Don Pedro el felìz exito de su pretension.

HECHO.

5. EL dia 4. de Enero de el año passado de 1725. Don Juan de Lasala, y Don Juan Pedro Largente, por papel de contrata, que firmaron ambos, hizieron Compañia de vna Tienda de Ropas en la Villa de Alcaudete, cuya negociacion empezando à correr desde luego, avia solo de durar cinco años.

6. Para fondo de ella aplicaron 22ȝ. reales de vellon, los mismos que en especie de dinero, y generos, dixeron aver recebido à su satisfaccion de Don Pedro Lasala, à quien se obligaton à pagar los passados quatro años, y otras muchas cantidades, que recibieron tambien prestadas del susodicho, pactaron irlas satisfaciendo desde luego.

Las

7. Las condiciones, que à dicha sociedad pusieron, son las regulares, que à estilo de comercio se suelen poner en semejantes contractos, y entre ellas las dos siguientes. La primera à el *cap.* 3. que manteniendose Don Pedro en Alcaudete, le avian de dar quarto, y costear la comida, y viviendo en Priego le avian de contribuir con cien ducados en cada vn año. La segunda à el *cap.* 9. que todas los vtilidades, que de dicha negociacion resultassen, se huviessen de hazer tres iguales partes, y de ellas llevasse dos Don Juan de Lasala, y la vna el Largente, observando esta misma forma en el cargo, caso que huviesse pèrdida.

8. En virtud de este trato siguieron su negociado los dos referidos, hasta el año de 729. en este à 8. de Agosto haziendo relacion de no aver pagado à Don Pedro los dichos 229. reales, aunque por Enero de aquel año se avia cumplido el plazo, y de resultarle debiendo de ajuste de quentas otros 139851. reales, le otorgaron Escriptura, obligandose à pagarle ambas portidas para el dia 8. de Septiembre de aquel año.

9. En 30. de dicho mes de Agosto, presentò a execucion vn vale Don Joseph del Rey, cuya firma dezia: *Lasala*, y *Largente*. Reconociòlo este, y declarò, que estava hecho por el referido en nombre de la Compañia, que tenia con Don Juan de Lasala, *y que con Don Pedro Lasala no tenia compañia, porque solo la avia tenido, y tenia con Don Iuan, como constaria de el trato, que para ello hizieron por dos papeles, que el vno tenia el declarante en sus casas en Alcaudete, y el otro paraba en poder del dicho Don Iuan de Lasala.*

10. Trabòse la execucion, embargaron las ropas, y demàs generos de la Tienda, siguieronse los terminos regulares, citòsele de remate, y pronunciòse la sentencia el dia diez y seis de Septiembre.

11. Dos dias antes la mayor parte de los Acreedores, y entre ellos como tales D. Joseph del Rey, y D. Pedro de Lasala, hizieron vn papel de espera concediendole dos años y medio de moratoria contados desde el dia de la fecha de la Escriptura, que dicho Largente avia de otorgar à su favor.

12. En virtud de dicha espera en 24. de el citado mes otorgò el Largente Escriptura à favor de diferentes Acreedores, haziendo relacion de aver tenido vna Tienda de ropas *en compañia con Don Iuan de Lasala*, y diò por Fiadores à Juan Pelaez, Juan Manuel Cañete, y Manuel Bentura, Zavala, Escrivano de Alcaudete.

13. Dos dias despues haziendo relacion de la misma Compañia, que con Don Juan de Lasala avia tenido, y de los grandes crecidos atrassos, que en ella avian padecido, otorgò Escriptura à favor de D. Pedro de Lasala, obligandose à pagarle nueve mil reales, à que se avian reducido los 35851. independiente de otros 4ȳ. y mas reales, de que le hizo vn vale. En esta se pusieron diferentes clausulas, y condiciones, *de quibus infrà ex num.*

14. En 14. de Octubre de dicho año se obligò por otra Escriptura à à pagar à Don Joseph de el Rey 37ȳ623. reales vellon, resto de vn vale de 18ȳ356. reales de plata, su fecha en Sevilla à 18. de Octubre de 728. y se obligò à pagar dicha cantidad para primero de Noviembre de el siguiente año de 730.

15. Sin embargo de la espera concedida, y plazos señalados en las citadas Escripturas, por dezirse, q̃ se avia alçado el dicho Largente (en què for-

forma *infrà à num.*) pidiò execucion contra èl Don Joseph del Rey en 21. de Septiembre de 730. y à su imitacion los demàs Acreedores, entre los quales ha salido Don Pedro Lasala, quien pretende se le dè el primero lugar en la sentencia de graduacion, revocandose la del Inferior, en virtud de lo legitimo, y anterior de su credito.

16. Don Joseph del Rey no solo discurre debe ser preferido, sino tambien se apellida Acreedor de Don Pedro, alegando, que este era Compañero con dichos Don Juan Lasala, y Largente, y que como à tal no se le debe dar lugar, antes sì condenar como legitimo deudor, y consocio à la satisfaccion de los demàs Acreedores, sobre que con especialidad se funda el presente litigio.

17. Y omitiendo toda invtil dilacion, se fundarà el derecho de Don Pedro Lasala con la posible brevedad, dividiendo este Informe en dos Puntos, y varios parrafos, para proceder con la distincion, y claridad, que previene el Cardenal de Luca *de credit. & debit. disc.* 31. *n.* 12.

18. En el primero se probarà, que no huvo tal sociedad con D. Pedro, ni de contrario se ha justificado, como se debia, y que solo la hizieron el Largente, y Don Juan Lasala. Y en el segundo, que debe ser preferido à los demàs Acreedores, y con prelacion satisfecho su credito.

PUNTO I.

EN QVE SE FVNDA, QVE DON PEDRO no tuvo tal Compañia.

§. I.

PRVEBASE EL ANTECEDENTE CONCEPTO de los instrumentos, testimonios, papeles, y notas de libros presentados en el pleyto.

19. QVanta sea la dificultad de probar vna negativa à medianas luzes, se conoce, *ex leg. Asseveratio* 10. *C. de non numer. pecun. cap. Bona* 23. *de election.* Hermosill. *in leg.* 9. *Gloss.* 5. *tit.* 1. *num.* 9. *part.* 5. por lo que es principio tan vulgar, como cierto, que à el que afirma, y no à el que niega pertenece el cargo de la prueba, *leg.* 2. *ff. de probat. Leg. Actor.* 23. *C. eod. tit.*

20. No obstante ser assi (reservando para el siguiente §. la ninguna prueba de Don Joseph del Rey) y negar Don Pedro ser consocio, lo ha justificado plenissimamente, teniendo à su favor la prerrogativa de evidente prueba, que de los instrumentos resulta, en la que assegura su derecho, *iuxta dicta* à Dom. Castillo *lib.* 2. *Controv. cap.* 16. *num.* 6. ibi: *Instrumentum plenam facit probationem, probatam, evidentem, ac manifestam, evidentissimam, realem, indavitatam, & notoriam; nec indiget disceptatione fori, & habet vim decissionis causæ, & ex eo fundatur intentio.* Refert Pareja *de Vniv. instrum. edit. tit.* 1. *resolut.* 3. §. 1. *nnm.* 5.

21. Y esto por contemplarse inalterable la prueba, que de ellos resulta, *Leg. Emancipatione* 11. *C. de fide instrum.* ibi: *Vel ex instrumen-*

torum in corrupta fide. Confiriendo tanto credito el derecho, à lo que de ellos consta, que califica su fee de invariable inconcusa certeza. *Leg. Cum præcibus, C. de probat. Clement. Sæpè de Verbor. signif.* Dom. Vela *dissert.* 38. *à num.* 16. por lo que generalmente se les da el realce de *probatio probata.* Dom. Larrea, *decis.* 66. *num.* 13. Gratian. *Discept. Forens. cap.* 952. *num.* 13. Gonçalez *ad Regul.* 8. *Cancellar. Gloss.* 64. *num.* 4. & 5. Scacia *de Iudic. lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 152. Augustt. Barbosa *in Collect. ad cap. Cum contingat, num.* 3. *de Rescript.*

22. Y no solamente merece el aprecio referido, lo que directa, y expressamente se contiene en ellos, sino tambien todo aquello, que virtualmente, y por indirectas se comprehende estàr en ellos contenido. Pareja *de Instrum. Edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 1. *num.* 8. Pallador. *Rer. Quotid. lib.* 2. *cap. fin.* §. 11. *ampliat.* 4. Roderic. Suarez *in leg. Post rem iudicatam, super leg. Regni, ampliat.* 2. *num.* 5. Panormitan. *in cap. Cum olim, de censib. num.* 10.

23. Por lo qual, quando no directa, à lo menos indirectamente se puede probar la negativa, y concepto de la negada Compañia, por el tenor de los instrumentos, y Escripturas presentadas, *argum. Text. in leg. fin. C. de reb. credit.* vbi Bartol. *num.* 1. ibi: *Nota ergò, quod per scripturam probaretur negativa.* Pareja *cum alijs, de Instrum. Edit. tit.* 7. *resol.* 10. *num.* 4. & *tit.* 1. *resol.* 3. §. 3. *num.* 72. ibi: *Ex inspectione, & revolutione instrumenti probatur negativa.* Farinatius *decis.* 9. *num.* 1.

24. Y la razon es: porque corren con igualdad en el derecho, y se miden por vna propria regla, el no ser en la realidad vna cosa, y el no manifestarse, ni dexarse vèr. *Leg. in leg. Fundi* 73. *ff. de contrah. empt.* Roderic. Suar. *consil.* 10. *num.* 5. Aug. Barbosa, *axiomat.* 174. *num.* 9. y por entenderse, y presumirse executado solo aquello, que se halla escrito, y persuade de la vista de el instrumento. D. Larrea *decis. Granat. decis.* 66. *num.* 13. ibi: *Et talem contractum censeri oportet, qualem prima instrumenti figura persuadet.* Marc. Anton. Nata, *Variar. lib.* 3. *resolut.* 17. *num.* 6. ibi: *Et actum inter contrahentes illud præsumitur, quod scriptum reperitur.*

25. Aplicada esta Theorica à nuestro caso, se hallarà vna irrefragable, induvitada certeza de no aver sido compañero Don Pedro Lasala. En la citada Escriptura de 8. de Agosto, que en el año passado de 729. otorgaron à favor de el susodicho, el Largente, y Don Juan Lasala, obligandose à pagarle 35985 1. reales, entran suponiendo, que los 22J. se los avia prestado para con ellos hazer los dos Compañia, y los restantes, dixeron deberle de diferentes cantidades que les avia dado, y en que por ajuste de quentas le salian alcançados. Y aunque opone el Largente, que se hallaba gravemente enfermo en la cama, quando se le instò, que la otorgara, se le satisfarà à esto *infr. à num.*

26. Mas claro en la que en 24. de Septiembre de dicho año otorgò à favor de varios Acreedores, y queda sentada *sup. num.* 12. en la qual empieza, ibi: *Y dixo es assi, que ha tenido en compañia con D. Juan Lasala à perdida, y ganancia vna Tienda de Ropas.* Sin hazer mencion de averla tenido con Don Pedro, como ni tampoco lo dudaron los Acreedores, y assi se contentaron con sola la obligacion de Largente. Y se debe advertir, para el efecto que despues se dirà, que fue instrumental testigo de esta Escriptura Don Joseph de el Rey.

En

27. En el papel de Compañia, que se sentò *sup. num.*5. el qual està confessado por Largente, conviene con el que se hallò en su poder, de el que nadie ha dudado, ni alguna de las partes ha puesto en controversia, ni disputado ser cierto, empiezan assi: *Nosotros Don Juan Lasala, y Juan Pedro Largente :::::: declaramos de aver convenido llana, y voluntariamente, y de comun acuerdo de poner vna Tienda de Ropas en la Villa de Alcaudete de compañia, con las clausulas, y capitulos siguientes.*

28. Y siguen en el capit. 1. ibi: *Es condicion, que la dicha Tienda se ha de componer de principal de dos mil ducados de vellon, los mismos que avemos recibido en especie de dinero, y generos à toda nuestra satisfaccion de Don Pedro Lasala, quien por hazernos merced, y buena obra nos ha prestado por el tiempo, y espacio de quatro años, que empiezan à correr desde oy dia de la fecha.*

29. De forma, que ni aun para tomar consejo hazen mencion de Don Pedro, y solo le nombran para tres cosas. La primera, en el lugar referido para confessarlo Acreedor: La segunda, en el *capit.*3. para obligarse en remuneracion à darle, manteniendose en Alcaudete, quarto, y comida, y viviendo en Priego cien ducados à el año: Y la tercera, en el *capit.*7. para ofrecer manifestarle el estado de su negociado à Don Pedro, siempre que este lo pidiesse, añadiendo, que si por su parte huviesse en dicha Tienda mala Administracion en algun tiempo, se avia de entender cumplido el plazo de los quatro años.

30. Con este papel se nos hazen de contrario tres rèplicas, para persuadir, que tacitamente quedò Don Pedro incluido en dicha sociedad. La primera, que si no era assi; para què se obligaron à manifestarle el estado de su negociacion, siempre que lo pidiesse? La segunda, que por què prometieron darle, ò quarto, y comida en Alcaudete, ò cien ducados anuales en Priego? Y la tercera, que por què causa pactaron llevasse D. Juan Lasala dos tercias partes de pèrdida, y ganancia, y el Largente vna tercia parte, como diximos *suprà num.* 7.

31. A la primera satisfarèmos en su lugar *infrà num.*45. à la segunda, *infrà* ~~Punct.~~ *à num.* 92. y à la tercera respondemos con la sentencia de Vlpiano *in leg. Si non fuerint* 29. *ff. pro socio*, donde sin la menor duda admite semejante desigualdad en el contrato de Compañia, ibi: *Si verò placuerit, vt quis duas partes, vel tres habeat. An valeat? Et placet valere: si modò aliquid plus contulerit societati, vel pecuniæ, vel operæ, vel cuiuscumque alterius rei causa.* Concuerdan las leyes 4. & 7. *tit.*10. *partit.*5. y lo dió à entender Justiniano *in* §. *Et quidem* 1. *Instit. de societ.* ibi: *Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent.*

32. Y què caso puede aver, donde se verifique con mas propriedad aquel, *vel cuiuscumque alterius rei causa*, que el presente? Pues aviendose hecho dicha sociedad con el dinero, y generos, que les prestò D. Pedro, es mas verosimil lo hiziesse este por respecto, y mayor beneficio de Don Juan su hermano, que de Largente, siendo tan natural la propension, y afecto hazia los proprios, mayormente hermanos, ex dictis à Dom. Solorçano, *lib.* 5. *Polyt. cap.*8. *fol.*829. vers. *Ven.* Cyriac. *controvers.* 518. Marquez *lib.*1. *de Gubernator. cap.*25. Dom. Vela *dissert.*47. *num.*53.

33. Y quando se discurriera desarreglado, y poco correspondiente à la naturaleza de dicho contrato, el referido pacto de particion desigual, aun todavia no puede hazernos contradiccion, porque esto solo pue-

de

de tener respecto à que como injusto se anule dicho pacto, sin obrar otro efecto, quedando valida en quanto à lo principal la sociedad contraìda. Anton. Gomez 2. *variar. cap.* 5. *num.* 5. vers. *Secundo infertur*, ibi: *Non tamen intelligas, quod societas sit nulla, sed quod pactum inæquale vicietur, & ipso iure annulletur.* Ayllon *ibidem num.* 6. Cardin. Thuscus, *littera S. conclus.* 287.

34. Hallase asimismo la confesion, que à pedimento de Don Joseph del Rey se le recibiò à Largente por la Justicia de Priego, y se resiriò *suprà num.* 9. en la qual declarò no aver sido Compañero Don Pedro. Lo que tambien se justifica de el papel de espera citado *suprà num.* 11. pues siendo constante, que fatigado vn Deudor de sus Acreedores, para suspender la paga, y evitar las molestias de vn duro litigio, solicita ansioso moratorias, ò bien del Principe, que benigno puede concederlas. *Leg. Quoties.* 2. *C. de præcib. Imperator. offerendis. L.* 4. *tit.* 24. *partit.* 3. ò bien de los proprios Acreedores, de quienes la mayor parte en el cumulo de las deudas, ò en el numero de las personas, suele darselas. *Leg. Rescriptum* 21. *ff. de pact. Leg. fin. C. qui bon. ceder. poss. L.* 5. *tit.* 5. *partit.* 5. *latè cum pluribus.* Dom. Salgado *in Labyr. creditor. part.* 2. *cap.* 30. *à n.* 53. sin que se aya visto jamàs, que el deudor las pida à su consocio, ò correo de deber, quien solo le pudiera servir de alivio pagando, y no con moratorias.

35. Hallamos, que el primero, que se solicitò, y no solo firmò dicha espera, sino tambien la escriviò de su mano, fue Don Pedro Lasala, à vista, ciencia, y paciencia de los demàs Acreedores, quienes asimismo firmaron, y como vno de ellos Don Joseph del Rey, de quien se debe advertir, que aviendose hallado presente, y firmadola à el concederla, y aviendo assistido como testigo instrumental à la Escriptura, que en 24. de Septiembre se otorgò en virtud de ella, *Piez.* 5. *fol.* 6. *B.* afirma, que no tuvo noticia de que firmasse D. Pedro dicha espera.

36. *Vltra* de esto se enquentra en dichos Autos vn testimonio presentado por Don Joseph del Rey, y sacado con citacion de Autos executivos, que contra Largente siguiò Don Pedro Lasala en el año passado de 730. en los quales ay diferentes deposiciones de testigos, y vno de ellos Presbytero, que examinados declararon la Compañia con Don Juan, y negaron tenerla Don Pedro.

37. De donde, siendo cierto, que dichos Autos merecen atencion, y son dignos de aprecio, aunque hechos en diverso juizio, ex dictis à Pareja *de Instrum. Edit. tit.* 7. *resol.* 12. *à num.* 8. y siendolo tambien, que prueban sus clausulas contra el que los produce, aunque los exhiba con protesta de no confessarlas, ni consentirlas, ad latè tradita per Dom. Valenç. Velazq. *consil.* 10. *n.* 59. Parlador. *Rer. Quotid. part.* 1. *lib.* 2. *cap. fin.* §. 5. *num. fin.* Escob. *de Purit. part.* 1. *quæst.* 15. §. 1. *num.* 30. no ay duda, que dicho testimonio es en lo referido *contra producentem*, y assegura el concepto de ser supuesta, è incierta la Compañia, que se quiere atribuir à Don Pedro.

38. Siendo tambien legal recurso el de los Libros, que para su govierno deben formar los Mercaderes con toda distincion, y claridad. *L.* 10. *tit.* 18. *lib.* 5. *Recop.* poniendo con separacion las partidas, y notas, y advirtiendo con cuydado las causas de ellas, *ad Theoric. Text. in leg. Apparitores* 5. *C. de exactorib. tribut. lib.* 10. Joannes Gutierr. *de Iurament. confirm. part.* 1. *cap.* 40. *num.* 20. ex Bartol. *in leg.* 2. *C. de navicul.*

ibi:

ibi: *Debent enim ea, quæ receperunt scribere, & à quo receperunt nominatim, & ex qua causa.* Debemos à ellos recurrir, y registrar sus notas, y partidas, *ex leg. Non est novum 5. Leg. Iustum 6. C. de ædendo*, por probarse liquida, y plenamente de ellas qualquiera negativa. Glossa *in dict. leg. Non est novum*, ibi: *Nota per librum probari affirmativam, & negativam.* Pareja *de Instrum. Edit. tit. 7. resol. 10. num. 1.* ibi: *Quod per librum affirmativa, & negativa liquidò probatur.* Mascardo *de Probat. conclus. 31. & 1006. num. 14.* Cardin. Thuscus, *litera L. conclus. 394. num. 7.* Menoch. *consil. 917. num. 29.* Noguer. *alleg. 11. num. 28.*

39. Estàn reconocidos todos los Libros, que se hallaron, y tenian para las quentas, y govierno de dicha Tienda, y en ninguna de sus notas, registradas con cuydado todas, se ha hallado particularidad alguna, que à Don Pedro enuncie Compañero, ni aun deudor à la Compañia, y si en muchas se enquentra, que como Acreedor que era, se le debian diferentes porciones: en cuyo supuesto se debe solo reputar por Acreedor, como se halla notado, y no por consocio.

40. Finalmente se evidencia de el todo el concepto de negada Compañia con la Escriptura, que en 26. de Septiembre otorgò en Priego dicho Largente, à favor de Don Pedro, y se sentò en el hecho *num. 13.* entra en ella diziendo: *Que por quanto el otorgante, y Don Iuan Lasala han tenido Compañia en vna Tienda de ropas*; haze relacion de averse ajustado las quentas, pondera los muchos atrassos de su negociacion, y Acreedores, que contra ella resultaban, y en especial el credito de dicho Don Pedro de 35985. reales, los que ya se avian reducido à 13ℊ. y tantos, y de ellos por los quatro se hizo vn vale, y por los nueve mil restantes la dicha Escriptura.

41. Y es cierto, que si el Largente conociera por Compañero à Don Pedro, no lo confessara Acreedor à la misma Compañia: bien pudiera ser lo declarasse suyo, por causa diversa anterior, ò posterior à dicha sociedad; pero à esta, y à su caudal repugna, que lo hiziesse, considerandole consocio en la suposicion de lo diversos, que son creditos, y debitos de los Compañeros, y creditos, y debitos de la Compañia, ad tradita per Fontanell. *de Pact. nupt. Gloss. 9. Clausul. 4. part. 3. ex num. 51. vsque ad 63.* Dom. Salgado *in Labyr. creditor. part. 1. cap. 9. num. 61.* ibi: *Debitum, & creditum societatis esse diversum à debito, & credito socij particularis.* Y dà la razon: *Ex eo, quia quod est debitum, & creditum in communi, non est debitum, & creditum in particulari alicuius.*

42. Pero se nos hazen dos argumentos con la misma citada Escriptura: El primero, ibi: *Se han ajustado, y liquidado las quentas de dicha Compañia, por el otorgante con el referido Don Pedro Lasala, por sì, y en nobre de el mencionado Don Iuan Lasala su hermano.* De aqui se quiere inferir: Luego Don Pedro era Compañero; *aliter*, para que se avia de advertir la especialidad de aver assistido à el ajuste, y liquidacion de quentas, *por sì, y en nombre del mencionado Don Iuan Lasala su hermano.*

43. Lease con seria iuspeccion el contexto todo de dicha Escriptura, y se conocerà lo futil de esta rèplica, *ex Text. in leg. de his 6. ff. de transact.* ibi: *Neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis, cognitis que verbis testamenti.* Entra el Largente en el proemio de ella refiriendo la compañia, que con dicho Don Juan avia tenido, supone los grandes crecidos atrassos de ella, sienta la citada Clausula, y despues expressados

los alcanços, dize: *Que estos se han perdido por los dichos Don Iuan Lasala, y por el otorgante.* Refiere con individualidad los Acreedores, y añade, ibi: *Y siendo vno de ellos el referido Don Pedro Lasala por 9ȳ. reales vellon, que son los que se le restan de los dichos 35ȳ851.*

44. Ya, pues, assi del proemio, que aclare todo el instrumento, y lo en èl dispuesto, *ex leg. fin. ff. de hæredib. instituend.* Alciatus *in leg. 1. ff. si certum petat.* Dom. Molina *de Hispan. Primogen. lib. 1. cap. 5. n. 2. versic. Illud*, como de las Clausulas subsiguientes, y posteriores, que desvanecen las dudas, y dàn entera luz à las anteriores, Dom. Vela, *dissert. 7. num. fin.* Dom. Castillo *de Tertijs, cap. 14.* se descubre, y manifiesta la genuina inteligencia de aquellas palabras: *Por sì, y en nombre, &c.*

45. El dia 8. de Agosto de aquel año era Acreedor Don Pedro por los dichos 35ȳ. y mas reales, avianle pagado algunas porciones, ibanle à otorgar Escriptura, por lo restante, en conformidad de la espera doze dias antes concedida, llegaron à ajustar quentas, y como estas se dirigian solo à liquidar el debito, con que la Compañia estava gravada à favor del susodicho, era consiguiente se ajustassen con èl, y por tanto assistiesse *por sì.*

46. Demàs de esto para principiar la Compañia no tuvieron Don Juan, y Largente otro caudal, que el que les prestò Don Pedro, y assi lo confiessan en el papel de ella à el *cap. 1.* ibi: *Y en el supuesto de no tener ninguno de nosotros dos caudal alguno*, con èl empezaron su negociacion, y los 22ȳ. reales no los avian de pagar hasta passar quatro años, y de las restantes cantidades, no avian acabado de dar satisfaccion; con que no solo fue justo, que assistiesse Don Pedro, como Acreedor, à dicha liquidacion *por sì*, sino tambien fue muy conforme, arreglada, y prudente cautela el prevenir, que pudiesse en qualquier tiempo pedir se le manifestasse el estado, en que los susodichos tenian su negociacion, para no aventurar los caudales, que les avia prestado, con lo que queda assimismo satisfecha la primera de las tres rèplicas, contra el papel de Compañia propuestas *suprà num. 30.*

47. Era à el mismo tiempo Don Pedro Acreedor à Don Juan su hermano, como à consocio, que era este del Largente, y por tal responsable à las deudas de la Compañia, *Leg. 1. §. fin. ff. de exercitor. action. Leg. Si tamen plures 4. ff. eod. tit.* Dom. Salgado *in decisionib. Rot. ad Labyr. decis. 102. num. 2. & 3.* no se hallò presente, ni assistiò à dicha liquidacion, y ajuste de quentas, siendo Parte legitima para ello, y para tomarselas à dicho Largente. Hevia Bolaños *in Curia Philipica, lib. 2. del Comerc. Terrest. cap. 9. num. 2.* y por esso haziendo sus vezes assistiò tambien à ellas el dicho Don Pedro, *en nombre del mencionado Don Iuan Lasala su hermano.*

48. El segundo argumento lo forman con la condicion, que se le pone à la paga de dichos 9ȳ. reales, y con la que se deshizo la Compañia, quedandose el Largente con toda la Tienda, y sus creditos, obligandose à pagar à los Acreedores, ibi: *Con la calidad, de que si alguna de las deudas, que se deben al caudal de dicha Tienda, saliere falida, se han de perder dos tercias partes por el dicho Don Iuan Lasala, y vna por el otorgante* (se entiende Largente) *y lo que assi importaren las deudas, que se perdieren por lo respectivo à dichas dos tercias partes, se ha de baxar de el importe de dichos 9ȳ. reales.*

49. De esta Clausula, y de concluirse la Escriptura obligandose

Don

Don Pedro à rebaxar de su credito aquellas dos tercias partes de pèrdida, pertenecientes à su hermano, le quieren congeturar consocio, siendo assi, que en hazerlo, se falta à la verdadera, legal inteligencia de ella, y se perturba la solidèz, de lo que vno, y otro explica: porque el cargar à Don Juan las dos tercias partes de pèrdida, fue correlativo de la qualidad con que se hizo, y pudo hazer la Compañia, *ex dictis suprà num.* 31. & 32. y el solicitar, que Don Pedro se contentasse, como lo hizo, y se obligasse à cobrar menos, y repetir contra su hermano las dos tercias partes de pèrdida, que de las deudas falidas resultassen, se està evidenciando, que fue, ò contemplar el Largente lo dudosa, que es la division para la paga entre dos deudores Mercaderes, mayormente quando son Compañeros, *ex Text. in leg. Item* 14. *Leg. Idem* 25. *ff. de pact.* y querer para su seguridad pactar el beneficio de la Authentica *Hoc ita, C. de duob. reis, Novel.* 99. ò hazer animo Don Pedro de remitir à su hermano la porcion, ò porciones, porque debia ser responsable, *ex vulgatis.*

50. De todo lo qual resulta manifiestamente justificado por las razones dichas, y precitados fundamentos, ser suposicion, si no maliciosa, voluntaria, la alegada, pretensa sociedad contra el referido, con el iujusto fin de obscurecerle su legitimo derecho, y molestarle con dilatado pleyto: siendo assi, que tiene à su favor la plenissima, evidente, legal, invariable prueba, que de los instrumentos consta: sin que obste, quanto contra ella se ha alegado, y querido fundar de contrario, sobre lo que se discurrirà en los siguientes §§.

§. II.

FVNDASE, QVE D. JOSEPH DEL REY, NO HA probado su intencion, como debia, ni cosa que haga vacilar, lo que de dichos instrumentos resulta justificado.

51. EN grave empeño se constituye, y à muy dura prueba se obliga, el que teniendo contra sì el autentico tenor de publicos instrumentos, se aplica à impugnarlos, y probar lo contrario à lo que de ellos consta. Gloss. *comman. recept. in leg. Cum præcibus, C. de probat.* Surd. *consil.* 6. *num.* 11. por no admitirse contra ellos pruebas presumptivas, debiendo ser plenas, claras, evidentes, y necessarias, *dict. leg. Cum præcibus* 18. Pareja *de Instrument. Edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *num.* 14. ibi: *Quare contra illud non admittuntur probationes præsumptivæ, sed debent esse plenæ, apertissimæ, necessariæ, & concludentes.*

52. Y ò se ha de probar lo contrario con otros instrumentos de mayor aprecio, ò con testigos muy fidedignos, y mayores de toda excepcion. *Text. in leg. Optimam* 14. *C. de contrah. & commit. stipulat.* ibi: *Nisi is, qui dicit se, vel adversarium abfuisse, liquidis, ac manifestissimis probationibus, & melius quidem, si per scripturam, vel saltem per testes undiquè idoneos, & omni exceptione maiores ostenderit.* Pareja *ubi suprà, num.* 15. ibi: *Et testes instrumentum oppugnantes debent esse omni exceptione maiores.* Y en el num. 16. ibi: *Et necessario, & concludenter deponere.*

53. No se ha justificado, como se debia, que el papel de Compañia, que sin fundamento suponen hizo Don Pedro Lasala à principio del

año

año passado de 725. se aya perdido, ni se han hecho las diligencias regulares, y debidas para hallarlo, fundandose en èl, ex dictis ab Anton. Fabro *in suo Cod. lib.4. tit.14. de Probat. definit. 46. num.3. in allegat.* Alexander Ludovisius, *decis.287. ex num.1. vsque ad 4.* Pareja, *tit.7. resolut.10. num. 12.* ibi: *Aut perditum fuisse probatur ex diligentijs factis pro illo reperiendo.* Siendo assi, que dicho papel fuera el mas facil medio de probar dicha Compañia. Mascard. *de Probat. conclus. 1309. num. 5.* Hector Felicius *de Societ. cap. 11. num. 10.* ibi: *Et sic dictum, & sic conventum fuisse, & fuisse contractam societatem, poterit per instrumentũ, vel aliam scripturam, super inde confectam.*

54. Ni se han empeñado en buscarle, sin duda conociendo lo inutil, que fuera aplicarse à encontrar, lo que no pareciera, ni subsiste: y assi se han valido de otros medios para su aparente, y poco eficàz prueba, quando para fundar su intencion debieron hazerla tan grave, y evidente, como se ha sentado *supra proximè.* En *la Piez. 2. fol.45.* se presenta de contrario el testimonio, que se refiriò *suprà num.36.* de Autos executivos, que en el año de 730. siguiò Don Pedro contra Largente, en los quales presentò este vna informacion hecha en el de 29. por Septiembre, en la qual parece depusieron diferentes testigos, *que Don Pedro avia hecho Compañia por Septiembre de el passado de 726. con Don Iuan su hermano, y con dicho Largente.*

55. Pero la ninguna eficacia de dicho testimonio, y el ningun aprecio, que merece, se manifiesta, y lo harèmos vèr *ex sequentib.* sin embargo de averse dicho *suprà num. 37.* que los Autos presentados en diverso juizio, aunque hechos en otro, eran dignos de alguna particular atencion, lo que principalmente se debe entender de los Autos probatorios, y que miran à la decision de la causa, quales son las deposiciones de testigos, confessiones, instrumentos, &c. Maranta *in Specul. Aur. part. 6. in princip. num.55.*

56. Lo primero, que tiene contra sì, y haze ineficàz dicho testimonio, es, que los testigos, que en dicha informacion depusieron, se examinaron sin citacion; cuyo defecto es nulidad insanable, y dexa desestimables sus deposiciones. *Text. in cap.2. de testib. cap. Significasti eod. tit.* Gonçalez *in Regul.8. Gloss.9. §.1. num.48.* Narbona *in leg.82. tit.5. lib.2. Recopil. Gloss.3.* Carena *de Offic. Inquisit. part.3. tit.7. §.5.* Dom. Covarrub. *2. Variar. cap.8. num.5.*

57. Con cuyo vicio, no solo no prueba el testimonio de sus dichos, pero ni aun sirve de adminiculo para ello, cum plurib. Pareja *de Instrum. Edit. tit.7. resol.12. num.15.* ibi: *Tunc enim, etiam si eorum testimonia in alio iudicio producantur nullius momenti erunt ad constituendam probationem, nec adminiculum.* Y mas claro en el num.24. ibi: *Et quibus statutum extat, testes productos in iudicio summario, & absque partis citatione, ne vtiquam fidem facere in alio, nec ad vtilem aliquem effectum posse compulsari.*

58. A este reparo se satisfarà de contrario con la doctrina de el mismo Autor, *dict. num. 24.* ibi: *Nisi denuò examinentur, aut repetantur in suo examine.* Y con la del señor Paz *de Tenut. tom. 1. cap. 32. num.15.* ibi: *Nam hoc casu de novo examinari debent, aut in suis depositionibus ratificari.* Y con dezir, que aunque dichos testigos estàn examinados sin citacion, se ratificaron en tiempo legitimo.

Pero

59. Pero esta solucion està desvanecida de el todo con otro lugar del proprio Pareja *dict. tit. & resolut. num.* 12. donde con otros afirma, que vno de los principales requisitos, para que semejantes declaraciones en diverso juizio presentadas, merezcan alguna atencion, es, que los testigos examinados, no tengan tacha, sospecha, ò otra reprobacion, ibi: *Etiam requiritur, quod acta similia in primo iudicio fuerint rectè, & legitimè fabricata, ad hoc, vt in secundo producta probent, hocque maximè, quando versantur circa testimonia à testibus probata in alio iudicio; aliàs licèt producantur nullam probationem constituent, sicut nec etiam antea fidem faciebant, prout contingeret, si in prima lite examinati essent Parentes, affines, consanguinei, amici, domestici, & alij, quibus de iure fides non adhibetur.*

60. No consta sean consanguineos de el Largente dichos testigos; pero tienen otros iguales, y aun mayores defectos, los que se ponen à dicho testimonio por segundo reparo, y lo mismo, que dixeremos contra los testigos en èl comprehendidos, aunque ratificados, se entenderà dicho, y opuesto contra los que en la probança, que en este pleyto se hizo, por parte de Don Joseph del Rey depusieron sin fundamento dicha Compañia.

61. Los dichos, y declaraciones de los testigos, no los mira regularmente el Derecho sin rezelo, de que falten à la verdad. *Leg. Testium* 18. *aliàs* 14. *C. de testib.* ibi: *Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur, prout possibile est resecantes.* Por lo suave, y gustoso, que les es ocultarla. Proverb. *cap.* 20. *vers.* 17. ibi: *Suavis est homini panis mendacij*; y assi se debe aplicar especial cuydado à examinar la verosimilitud, integridad, recta intencion, y fines, con que deponen, y à indagar su idoneidad. *Leg.* 3. *ff. de testib.* ibi: *Testium fides diligenter examinanda est. Cap.* 1. *de coasang. & affinit.* ibi: *Quod personæ idoneæ nominandæ sunt. Cap.* 39. 2. *quæst.* 7. *cap. Si testes* 4. *q.* 3. ibi: *In testibus fides, dignitas, mores, gravitas examinanda est. Cap.* 1. *de testib.* ibi: *Et vt quicumque idonei, & fideles ad testimonium assumantur.* D. Gonçalez *ibidem num.* 2.

62. Esto supuesto, y advertido tambien, que no es idoneo el testigo, à quien se le puede oponer algun defecto, ò nota, Thom. Sanch. *de Matrim. lib.* 2. *disp.* 45. *num.* 30. Noguer. *alleg.* 23. *num.* 73. se haze vèr abundantemente lo poco eficaz de la contraria prueba. Tres de los testigos, que son Juan de Balesta, Miguel de Cuenca, y Manuela de la Rosa, son domesticos, à quienes por lo mismo no se les debe dar credito, ni debieron examinarse. *Ex Text. in leg.* 24. *de testib.* ibi: *Testes eos, quos acusator de domo produxerit interrogari non placuit. Leg.* 6. *eod. tit.* ibi: *Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, vt testes fiant. Text. in cap. In literis* 24. *cod. tit. L.* 18. *tit.* 16 *partit.* 3. ibi: *Otrosi non puede ser cabido en aquel pleyto testimonio de su fijo, nin de su siervo, nin de su aforrado, nin de su Mayordomo.... nin de home, que sea apaniaguado.*

63. Otros cinco son interessados en lo que deponen: Juan Pelaez de Herencia, y Manuel Zavala, por Fiadores, que son de dicho Largente: Don Pedro de Yebenes, Miguel Navarro, y Doña Petronila Romero, por ser Acreedores à el susodicho, y Compañia, por lo que le falta à vnos, y otros la precissa idoneidad de ser desinteressados, y no deponer en causa propria, para que se aprecien sus deposiciones. *Text. in cap. Insuper de testib.* & ibi Dom. Gonçalez *num.* 7. *Leg. Omnibus* 9. *aliàs* 10. *C.*

COMISION PROVINCIAL DE GRANADA

eod. tit. Dom. Valenç. *conf.* 77. *num.* 50. debiendose tambien tener presente, para las declaraciones de dichas Doña Petronila, y Manuela de la Rosa, *quod dicitur in cap. Forus* 10. *de verb. signif. circa finem*, ibi: *Natura, si vir, non fœmina: nam varium, & mutabile testimonium semper fœmina producit. Cap. Mulierem.* 17. 33. *quæst.* 5. Farin. *de testib. quæst.* 69. *num.* 4. ibi: *Cum fœminam mendacem, fallacem, periuram, dolosam, mutabilem, fragilem, variam, corruptibilem, &c.*

64. Otros dos, que son Estevan Sanchez, y Juan de Vargas, deponen de oydas, el vno en el año de 725. ò 26. y el otro dixo, avria dos años, que lo oyò dezir, y demàs de la singularidad, con que declararon, y el deponer solo de oydas, sobre lo qual hablarèmos, *infra à n.* 67. es digno de consideracion, que añadiendo en su deposicion dicho Estevan, que sabe, y le consta, que todos los Acreedores de Antequera escrivian à *Don Pedro Lasala, y Compañia*, el vnico Acreedor de dicha Ciudad, que ha salido à este pleyto, y lo es Don Felix Joseph de Aranda, pidiesse execucion por quatro mil y mas reales, resto de vn vale, que à su favor hizieron Don Juan de Lasala y Largente, el que se halla relacionado en la Escriptura à su favor, *Piez.* 3. *fol.* 2. *B. in fin.*

65. De donde se vè la verdad, con que depuso dicho testigo; pues siendo cierto, que el referente prueba tanto, y no mas, que el relato, y que refiriendose à alguna Escriptura, ò particularidad, por esta solo se debe medir la certeza de lo que dixere, Rota per Ludovisium, *decis.* 351. *num.* 6. *& decis.* 382. *num.* 3. Noguerol. *allegat.* 20. *num.* 113. *&* 114. se halla, que vn solo Acreedor, que de Antequera ha avido, no lo practicaba assi, por lo que siendo indivdua la fee del testigo, y aviendose notado falso en vna parte, se debe discurrir lo es en el todo. *Ex Text. in cap. Pura* 17. 3. *quæst.* 9. ibi: *Plerumque testis, dum aliquid ad seriem gestorum ex suo adijcit totam testimonij fidem partis mendacio decolorat. L.* 41. *tit.* 16. *part.* 3. Noguer. *allegat.* 12. *num.* 168. ibi: *Quia testium fides est individua, & falso in aliquo in nihilo creditur.* Lo que no solo comprehende à este, sino tambien à otros *de quib. infrà.*

66. En las probanças hechas en este pleyto por Don Joseph del Rey, entre los muchos, que se examinaron, solo cinco deponen la Compañia, y estos son Joseph de Cordova, quien dize la ha oydo dezir en Alcaudete; Don Juan Manuel de Zafra, Ventura Ruiz, Manuel de Chaves, y Juan de Avendaño, la afirman, y dizen solo de oydas en distintas ocasiones à Don Pedro Lasala, Don Juan su hermano, y à Largente.

67. Y por lo respectivo à lo poco, ò nada, que persuade el averlo oydo de estos dos vltimos, bastaba la autoridad de el *cap. Licèt* 47. *de testib.* ibi: *Cum satis videretur absurdum, illos admitti, quorum repellerentur Authores.* Pero tienen tambien contra sì el ser, assi en esto, como en lo demàs, testigos de meras oydas, sin otra cosa, ni circunstancia, que los haga apreciables, por lo que de nada sirven sus deposiciones. *Ex Text. in cap. Tua nobis, de consang. & affinit. Leg.* 28. *tit.* 16. *partit.* 3. ibi: *Mas si dixere, que la oyera dezir à otro, non cumple lo que testigua.* Et postèa: *Tal testimonio non debe valer, porque el tal testigo depone de oydas.* Dom. Valenç. *consil.* 141. *num.* 11. Farin. *de Testib. quæst.* 69. *num.* 92. D. Vela, *dissert.* 38. *num.* 69. Escobar *de Purit. prob. part.* 1. *quæst.* 9. §. 4. *num.* 2. Noguer. *alleg.* 25. *num.* 274. *&* 275. *& alleg.* 23. *n.* 94. Gomez Bayo *in Praxi, part.* 3. *lib.* 1. *cap.* 25. *num.* 35.

68. Y sin duda el Largente, y Don Juan Lasala considerando, que Don Pedro era sugeto acreditado ya en sus comercios, y de caudal, lo que à los susodichos no sucedia, puede ser, y aun es verosimil, que algunas vezes divulgassen para darle credito a su Tienda, y tenerlo entre los Comerciantes, que tenian compañia con Don Pedro, *argum. Text. in leg. fin. ff. de instit. act.* donde de vn liberto, puesto à cierta negociacion, se quenta semejante, y comun prevencion, sin que por ello se probasse los que difundia, ibi: *Respondi, nec iure his verbis obligatum, nec æquitatem conveniendi eum superesse, cum id ex institutoris officio ad fidem mensæ præstandam scripsisset.*

69. Y que de esto, ò de discurirse, que antes de el papel de Compañia, que Don Juan, y Largente hizieron, avian hecho otro con D. Pedro, el que despues se rasgò el mismo dia, que se escriviò, que esta es condicion del contrato de sociedad, à quien el consentimiento, que le dà el ser este mismo, se lo quita, y acaba. §. 5. *Instit. de societ.* ibi: *Manet autem societas eo vsque, donec in eodem consensu perseveraverint. Leg. 4. §. 1. ff. pro soc. Leg. 11. tit. 10. partit. 5.* Hector Felicius *de Societ. cap. 35. per tot.* tuviesse origen la divulgada voz de Compañia, parece muy natural, y verosimil, teniendo siempre el vulgar rumor por origen vn leve, pequeño, y aun falso principio, à quien despues la credulidad confiere vn crecido aumento. Quintil. *lib. 5. Instit.* ibi: *Ei enim plerumque fraude, falsa vulgantium initium datur, incrementum verò præbet credulitas.*

70. Demàs de lo referido, son tambien singulares dichos testigos, deponiendo de distinto tiempo, y ocasiones, debiendo contestes, y acordes convenir en vno. Sabelli *in Summ. Iurisconf. §. Confessio, num. 2. versic. Quod sit*, lo que no es dudable los dexa inhabiles, para persuadir, y probar plenamente, aunque la singularidad con que deponen, se quisiera discurrir solo diversificativa, ò adminiculativa, *ex cap. Licèt 9. de probat.* Dom. Gonçal. *in cap. Veniens 10. de testib. num. 5. circa fin.* Arnulfus Lexovienfis *epist. 9.* Fermosinus *in cap. Tam literis 33. de testib. quæst. 1. n. 1.* Farin. *de Testib. quæst. 64. ex num. 33.* Noguer. *alleg. 23. num. 86. & 87.* Castro Palao *Oper. Moral. tom. 1. trat. 4. disp. 8. punct. 11. §. 4. à num. 3.* quien solo en delitos de heregia les facilita alguna aceptacion, *per Text. in cap. In fidei favorem, de hæretic. in 6.*

71. Y aun con esta diversidad no ay dos testigos, que vniformes, y contestes depongan averse hallado presentes à el tiempo, que Don Pedro Lasala hizo papel de compañia con los dichos Largente, y su hermano, y solo lo dize Manuel Zavala, el qual demàs de ser vno de los Fiadores, y dezir èl mismo, que despues avia oydo afirmar à Don Juan de Lasala, avian desecho dicha compañia, y quedadose solos el dicho, y Largente, es vnico, y vario, y assi para desvanecer su deposicion, sobrando autoridades en el Derecho, basta la de Quintil. *declamat. 338.* ibi: *Succurrant vobis Catones, & Scipiones, & tot clarissimæ nostræ civitatis nomina, quorum vnico testimonio fides nunquam est habita.*

72. Finalmente de todos ellos podemos dezir, sin arrojo, ni temeridad con la autoridad de Rosa, *consultat. 8. num. 45.* que depusieron falsamente, y que sus declaraciones contienen todas la fatal, insanable dolencia de falsedad. Hazese cargo este gravissimo Autor de tres testigos, que no varios, y singulares, como los presentes, sino acordes, y contestes depusieron sobre vn contrato de sociedad, y à todos los marca con la abso-

luta

luta de *falsos*; ibi: *Ad quod probandum trium Clericorum adduxit testimonia, de quibus verè dici potest: novissimè venerunt, nam duo, sed tres falsi testes.*

73. Y què causa le pudo mover à apellidarlos absolutamente tales? No dà otra, que la que viene nacida à nuestro caso: solo lo hizo, porque la propria Parte avia antes dicho lo contrario, de lo que los testigos depusieron despues, ibi: *Etenim deponunt contra id, quod ipsa pars adversa in suis literis est protestata.* Y de este sentir son D. Vela, *dissert.* 38. *n.* 77. Dom. Valençuela, *consil.* 126. *num.* 18. por lo que en las leyes 31. *tit.* 16. *lib.* 2. & 4. *tit.* 7. *lib.* 4. *Recop.* se dize, *que sobre las posiciones confessadas por qualquiera de las partes, los Letrados no hagan preguntas.*

74. No por otra razon, que ser certissimo, supera la confesion todo genero de prueba, y donde la ay no se necessita, y es mas fuerte, y eficàz, que instrumentos, y testigos, cum Gratiano, Mantica, Postio, & alijs Pareja *de Instrument. Edit. tit.* 9. *resol.* 2. *num.* 16. *ex Text. in leg. Cum te, C. de transact. Leg. De vitores, ff. de iudic.* no siendo tolerable, que el que ha confessado vna cosa se atreva à impugnarla, *Text. in cap. Per tuas* 10. *de probat.* ibi: *Cum nimis indignum sit, (iuxta legitimas sanctiones) vt, quod sua quisque voce dilucidè protestatus est, in eundem casum, proprio valeat testimonio infirmare. Leg. Generaliter* 13. *C. de non numerat. pecun.* ibi: *Nimis enim indignum esse iudicamus, vt quod sua quisque voce dilucidè protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonio quæ proprio resistere.*

75. Pues què mucho digamos lo mismo de los referidos testigos, y à todos ellos los connotemos *falsos*, y califiquemos sus dichos de ineficaces, reprobados, y desestimables, concurriendo en ellos las mismas circunstancias de deponer *ex diametro*, opuestos à lo que de contrario se ha confessado? El Largente demàs de assegurar en varios papeles, y Escripturas, que la compañia fue con Don Juan de Lasala, lo dixo con mas claridad en la confesion judicial, que en 30. de Agosto hizo ante la Justicia de Priego, à pedimento de Don Joseph del Rey, *vt suprà num.* 9. ibi: *Y que con Don Pedro Lasala no tenia compañia, porque solo la avia tenido, y tenia con Don Juan.*

76. Lo mismo sucede por Don Joseph del Rey, quien con el proprio vicio de indignidad, y poco aprecio à lo que antes avia consentido, y confessado, nada constante solicitò probar, pero inutilmente, la que dize fue Compañia con Don Pedro, siendo assi, que el papel de espera citado *suprà num.* 11. & 35. demàs de otros Acreedores, lo firmaron D. Joseph del Rey, y Don Pedro Lasala, como tales; y à la Escriptura, que en 24. de Septiembre, se otorgò en virtud de ella à favor de algunos Acreedores, se hallò tambien presente dicho Don Joseph, y fue de ella instrumental testigo, *Piez.* 5. *fol.* 6. *B.* y no puede negar, que dicho Largente empezò assi, ibi: *Y dixo es assi, que ha tenido en compañia con Don Juan de Lasala à perdida, y ganancia vno tienda de ropas,* sin mencionar en ella alguna intervencion con Don Pedro.

77. Evidenciandose de lo vno, y lo otro, que articula dicho D. Joseph contra lo mismo, que tiene consentido, y expressamente aprobado, Cardin. de Luca *de testam. discurs.* 40. *num.* 12. ibi: *Quo in casu subscribens habetur pro vero consentiente, & omnia in eadem scriptura contenta videtur virtualiter confirmasse.* Petrus Surdus, *consil.* 378. *num.* 19.

ibi:

ibi: *Eo ipso, quod passus est, se scribi, & adhiberi protestè, videtur fateri, quod viderit, quæcumque dicta, & gesta fuere, & tacitè pro instrumento testificari.* Gratianus, *discept.* 843. *num.* 17. Giurba, *consil.* 78. *num.* 10.

78. Por lo que es de temer alguna contemplacion en los testigos, premeditada prevencion, y puede ser soborno. *Ex Text. in Clement. 2. de testib.* ibi: *Cum non minus in appellationibus, quam in principali causa subornatio sit timenda.* Y siendo tan varios, y diversos los juizios de los hombres, que en la inteligencia de vna misma cosa, que oyen, discordan, y forman dissonancia. Plinius Iunior. *epist.* 20. *ad Tacitum*, ibi: *Variæ sunt hominum iudicia: variæ voluntates. Indeque eandem causam simul audierunt, sæpè diversum, interdum idem: sed ex diversis animi motivus sentiunt.* Què mucho se halle tan poca subsistencia, variedad tanta, contradiccion no poca, inverosimilitud mucha, y ninguna probabilidad en tan repetidas deposiciones, de quienes por sus circunstancias podemos dezir, que mas ocultan, que advierten la verdad. Authent. *de Testib. collat.* 7. *Novell.* 90. ibi: *Non enim, vt pate fiant, quæ gesta sunt testantur plurimi: sed quatenus adhùc amplius occultentur?* Por lo que no debe ser de aprecio, quanto de contrario se ha querido fundar, contra lo que plenissimamente està justificado con instrumentos, *ex dict. suprà* §. 1. en los quales se ponen las Clausulas con reflexion, y las palabras quedan sin alteracion constantes. Pareja *de Instrum. Edit. tit.* 5. *resol.* 3. *n.* 3.

§. III.

TAMPOCO ES APRECIABLE LA DECLARACION, que en virtud de Requisitoria se le recibiò en Sevilla à el Largente en 13. de Noviembre del passado de 730. à pedimento de D. Joseph del Rey.

79. COn gran propriedad se le adaptan à dicho Largente, y con conocida verdad le convienen las palabras de el *Text. in Canon. ejiciens* 11. *distinct.* 88. ibi: *Qui emit, & vendit sine mendacio, & periurio esse non potest.* Et postea *in* §. 1. ibi: *Sed est nec stabilis substantia eorum.* Pues en las varias declaraciones, que en diversos tiempos se le recibieron, se le halla vna contradiccion en cada Clausula, y à cada passo vna falsedad, sin poderse hazer otro seguro juizio, ni prudente concepto de todas ellas, que el de averse perjurado, y faltar à la verdad, y sinceridad, con que debiò declarar, lo que con especialidad se le nota en la que por Noviembre de dicho año de 730. se le recibiò en Sevilla, la que contiene tanta simulacion, y falso supuesto, quanto fue el premeditado estudio, con que la hizo.

80. En esta à el *cap.* 1. declarò, que à principios del año passado de 725. hizo vn papel de compañia con Don Pedro, y Don Juan Lasala, el que todos tres firmaron, con la condicion de durar cinco años, y averse de partir por tercias iguales partes las perdidas, ò ganancias, que tuviessen: y dixo, que à el hazerla se avia hallado presente Manuel Zavala, que tambien lo avia firmado como testigo, y que despues passados ocho, ò diez

dias,

dias, à instancias de dicho Don Pedro, quien las hazia, por causa de estar pretendiendo ponerse Avito, y expressar, que para ello no podia constar, tuviesse parte en dicha Compañia, se hizieron otros dos papeles iguales, por lo que constaria en lo publico, y escrito, aver sido hecha la Compañia entre el Don Juan Lasala, y el declarante solos, y que la tercia parte, que à Don Pedro avia de pertenecer, la percibiesse en lo aparente Don Juan su hermano: pero que extra de ello avian pactado no sucediesse assi.

81. Y en el segundo capitulo despues de aver dicho, que la expressada Compañia avia solo durado hasta Septiembre de 729. y repitiendo la Escriptura de 8. de Agosto à favor de Don Pedro (de cuyo otorgamiento refiere circunstancias, en las que tambien està convencido *de quibus infrà num.*) dixo, que el aver negado en su declaracion de 30. de dicho mes de Agosto tuviesse Compañia con el referido, fue porque este en el mismo dia aviendosele ido à recebir dicha declaracion, y subidose à vn quarto de sus casas, subiò en su seguimiento, y hincandose de rodillas delante de èl, le pidiò no lo declarasse por Compañero, à cuya suplica ofreciò condescender, y que assi aunque se le preguntò por dicha Compañia, la negò en la expressada su declaracion, como lo avia ofrecido à el susodicho: y continùa añadiendo dilatadas noticias, y ociosas circunstancias, sobre que no fue preguntado, para que no le faltasse el *multi loquo non deerit peccatum.* Proverb. *cap.* 10. *vers.* 19.

82. Pero demàs de estar dicho Largente plenamente convencido de perjuro, faltando à la Religion de el juramento, y no poder con su confession perjudicar à otro Tercero, *iuxta Text. in cap.* 1. *de confes.* & ibi Dom. Gonçal. *num.* 5. *leg. penult. C. de non numerat. pecun.* Ant. Gomez *in leg.* 45. *Taur. num.* 85. *& sequentib.* mayormente aviendola hecho despues de averse alçado, y padecido quiebra, en cuyo estado no puede con ella ser de perjuizio à sus Acreedores. Dom. Salgado *in Labyr. creditor. part.* 3. *cap.* 13. *à num.* 18. Gutierr. *lib.* 1. *Practic. quæst.* 125. *num.* 3. Dom. Covarrub. *lib.* 2. *Variar. cap.* 11. *num.* 4. Flores de Mena, *lib.* 1. *Variar. quæst.* 6. §. 2. *num.* 24. Noguer. *allegat.* 7. *num.* 24. contiene tambien otras muchas implicaciones, y suposiciones malicios, las que le hazen mas digno de castigo, que de atencion en lo que dize.

83. Afirma en ella, que dicha Compañia empezò à correr à principios de Enero de dicho año de 25. y que el papel con Don Juan Lasala, sentado *suprà num.* 5. se hizo ocho, ò diez dias despues, siendo assi, que la fecha de este es del dia 4. de dicho mes, con que solo èl sabrà, como desde principio de Enero, en que dize, se executò la primera, puedan contarse ocho, ò diez dias, hasta el dia 4. en que consta formada la segunda. Depone tambien, que à instancias de Don Pedro, por pretender este el Avito, se formò para lo publico dicho papel entre èl solo, y Don Juan, lo que tampoco pudo ser, por estar justificado instrumentalmente, que por Agosto de 723. se le aprobò la gracia dèl, por el Consejo del Orden de S. Juan de Letràn. Dize tambien en dicho 1. *Capit.* que Don Pedro no tenia caudal alguno, y que assi los 22ℓ. reales, que en dinero, y generos les prestò, como las demàs especies, que assimismo les entregò, eran supuestas, y lo contrario se justifica, assi del Testimonio, que se sacò de los libros, como de vna memoria de deudas, y ropàs escrita de mano de dicho Largente, cuya suma es de 58ℓ533. reales vellon, rebaxados 22ℓ. reales, *Piez.* 4. *fol.* 24. la qual en la *Piez.* 2. *fol.* 22. *B.* està cotejada por tres Peritos,

tos, con el papel de Compañia, que no se duda ser de letra del dicho Largente, y todos tres declararon ser de vna propria mano, y letra, lo que basta para justificar ser suya plenamente. Ex dict. ab Hermosilla *in leg.* 56. *tit.* 5. *partit.* 5. *Gloss.* 6. *à num.* 25. Decio, *consil.* 489. *num.* 12. Thomàs Sanchez *de Matrim. lib.* 7. *disp.* 113. *à num.* 16. Ayllon, ad Ant. Gomez, *tom.* 2. *cap.* 9. *num.* 6. Noguer. *alleg.* 26. *num.* 233. ibi: *Peritis enim in arte credendum est. Leg. Semel, C. de re milit. lib.* 12.

84. Declara tambien, que dicha Compañia, y papel de ella tuvo principio en dicho año de 725. y para la informacion, que hizo en Alcaudete, entra diziendo: *Que à su derecho conviene probar, como en el año passado de* 726. *por el mes de Septiembre, el susodicho, y Don Pedro Lasala, y Don Iuan Lasala, hermanos, bizieron trato de Compañia.* De donde se vè su repetida contradiccion, con la diversidad de mas de 19. meses, bastando la de pocos dias para ser despreciable, *iuxta dict.* à Don Pedro, Noguer. *allegat.* 26. *num.* 100. *cum pluribus*, ibi: *De eodem actu deponendo asserit hoc accidisse octo diebus ante Episcopi mortem, itaque die donationis hoc esse non potuit, quæ contrarietas conciliari non potest, vt per Ruinum, consil.* 35. *num.* 16. *& consil.* 36. *num.* 5. *lib.* 4.

85. Y sin duda le sirviò esto de pauta à los testigos, que se refirieron *sup.* §. *anteced.* pues los que se examinaron en dicha informacion, depusieron la Compañia por Septiembre de dicho año de 726. y los examinados en la probança hecha por Don Joseph del Rey, la dixeron de principios del de 725. porque à vnos, y à otros se les articulò, y preguntò con la misma diversidad, que si se les huviera articulado en el de veinte, ò treinta, lo huvieran depuesto tambien; por lo que demàs de lo que en su lugar se dixo contra ellos, se les puede con justa razon acomodar lo que *in simili* dixo el señor Solorçano *in Polytic. lib.* 2. *cap.* 28. *fol.* 234. versic. *En tercero*, ibi: *Como personas, que no hazen bastante concepto de la fuerza del jnramento, ni de la obligacion de dezir verdad, deponen de ordinario en la forma, que los instruyen, ò persuaden.*

86. Y vltimamente (omitiendo, por evitar fastidiosa dilacion, otros muchos reparos) es de advertir, que à el *cap.* 4. declarò, que à el tiempo que Don Pedro le pidiò arrodillado, no lo manifestasse Compañero, no se hallò nadie presente: y Mathias Ximenez de Santiago dize, que estava en la casa quando sucediò; sin que por esto sea apreciable para otra cosa, que para vèr la contrariedad, que entre vnos, y otros ay: pues tambien añade este testigo, que sucediò lo referido el dia, que se depositaron las ropas; siendo assi, que la declaracion de Largente fue por el mes de Agosto, y el deposito, y medida se practicò en el de Septiembre. De todo lo qual se haze patente la ninguna credulidad, aprecio, ni atencion, que merece la declaracion de dicho Largente, siendo por ella digno de severo castigo, para que no acostumbre perjurarse con tanta facilidad, y haga de la Religion del juramento el alto concepto, que debe. *Iuxt. Text. in cap. Cum non ab homine, de Iudic. cap. Quærelam, de iur. iurand.* D. Covarrub. *in cap. Quamvis pactum, de pact. in* 6. §. 7. *per tot.* y assi de vn perjuro dixo Juvenal:

Extinctus tota, paritèr cum prole, domoque,
Et quamvis longa deductis gente propinquis.

§. IV.

TAMPOCO SON ESTIMABLES LAS CONGETURAS, que inutilmente de contrario se quieran alegar, antes sì ay muchas, y evidentes à favor de D. Pedro.

87. QVe se pueda tacitamente, *consensu solo* contraer Compañia, no admite disputa. *Leg. Societatem coire 4. ff. pro soc.* Donellus, & ibi Offualdus, *lib.13. Comment. cap.15.* exercitandose actos sociales, que la induzcan, *ex leg. Paulus 5. ff. rem rat. haber.* por lo que tambien ay congeturas, para conocerla, de quibus Ansal de Ansaldis *de Comerc. & Mercat. discurs.50. à num.8.* Rosa, *consult.8. à num.4.* Hector Felicius *de Societ. cap.11. per totum.* Julius Caponius, *tom.5. discept. 394. num.3. & 4.* pero estas han de ser tan graves, y concluyentes, que necessariamente enuncien, y manifiesten actos associativos, y no indiferentes. Cyriacus Niger, *controvers.477. num.8.* Ansalde, *vbi suprà num.5. per Text. in leg. Vt sit 31. ff. pro soc.* ibi: *Communiter autem res agi potest, etiam citra societatem.*

88. No le falta este tequisito, y vltimo realçe à la justificadissima prueba de Don Pedro, ni los contrarios dexan de estar sin èl, para que del todo se conozca lo fundado de vna pretension, y lo injusto, y ocioso de la otra. Solo referirèmos aquellas, que mas se acomoden à el presente caso, y sean principales, por las que se forme concepto de las otras. La primera es, la que resulta de la inspeccion, y notas de los Libros, que como diximos *suprà num.38.* se deben formar entre Comerciantes, con toda separacion, y claridad, siendo congetura de tacita Compañia, el que assi se diga, y enuncie en algunas partidas. Felicius *de Societ. cap.11. num.20.* ibi: *Et etiam probatur societas, si in aliqua partita libri rationum, quis socius nominetur.* Mascard. *de Probat. conclus.1309. num.17.*

89. Y aunque este sea leviſsimo argumento para probarse sociedad, Ansalde *de Comerc. & Mercat. discurs.87. num.7.* ibi: *Quia quod ex intitulatione librorum oriri valeat præsumptio contractæ societatis, apud scribentes reputatur argumentum leviſsimum, ac de facili elidibile, sicuti ponderavit Socin. Sen. consil.160. sub num.4.* vers. *Sed ad hanc obiectionem, lib.2.* No obstante, aun no le tienen à su favor, y sì muy en contra: pues està justificado con testimonios, sacados de los Libros, que las partidas en que Don Pedro se nombra, solo dizen se le debian diferentes porciones, poniendolo entre los Acreedores, y especialmente en el que se presentò, *Piez.2. fol.92.* ay vna en que se halla escrito, que hasta cinco de Enero de 726. se le debian 529. reales vellon, sin incluir *los 229. reales, por no tener obligacion de pagarlos hasta el fin de la Compañia, como mas claramente constarà en el Papel, que tenemos firmado.*

90. De donde se vè, y manifiesta plenamente, quan ageno estava Don Pedro de ser Compañero, y el Largente de tenerlo por tal; pues no solo lo confiessa Acreedor, sino tambien para quitar toda duda, se remite à el Papel de Compañia, que hizo con Don Juan Lasala, y se sentò *supr.n.5.* por lo q̃ lo mismo, que pudiera patrocinarles, les sirve de contra-

rio,

rio, irrefragable argumento, quando dicha deuda no se halla despues comunicada, ad tradit. per Rosam, *consult.* 8. *num.* 10. Gratian. *discept.* 547. *num.* 10. *cum aliis*, y el no estar los libros en nombre de todos intitulados, y escritos, ser suficiente para probarse la negada Compañia. Felicius *de Societ. dict. cap.* 11. *num.* 21. ibi: *Sed adverte ad vnum in proposito, ex inspectione libri rationum, si non sint inscripti communi nomine, probari etiam negativam societatem non fuisse contractam.*

91. La segunda congetura, que tambien conduce con singularidad à la prueba de Compañia, son las cartas, que reciprocamente los consocios, estando alguno ausente, se escriven, ò à estos los Acreedores. Decian. *consil.* 97. *num.* 28. *lib.* 2. Rosa, *consult.* 8. *num.* 26. & 27. Anfalde, *disc.* 50. *num.* 10. Pero no corre con mas fortuna esta, que la antecedente; pues entre tantos Acreedores como han salido, y en el crecido numero de inutiles alegatos, y pruebas, no han tenido ni vna sola carta, ò papel, que presentar; siendo assi, que si Don Pedro fuera Compañero, es inverosimil, y aun repugnante, que en el discurso de quatro años por vna, ò otra parte no se escrivisse alguna, que enunciasse algo de Compañia, siendo las Cartas interpretes del animo, y en las que, con la fiança del secreto, se manifiesta el mas oculto tratado, ex dict. à Cicer. *lib.* 2. *epist.* 4. Plin. *lib.* 13. *epist.* 11. Senec. *epist.* 33. & 40. Petr. Gregor. *de Republic. lib.* 16. *cap.* 11. Dom. Salçedo *in Theat. honor. Gloss.* 3. *num.* 15. & *Gloss.* 55. *num.* 1. & 2. especialmente, quando à estilo de Comercio, se acostumbra avisar à sus Correspondientes, y Acreedores, qualquier compañia que se haze.

92. La tercera, es el vivir juntos: mas esto, como advierte Rosa, *dict. consult.* 8. *num.* 9. *prudenter est accipiendum*, y ademas de ser debilissima presumpcion, la tal qual eficacia, que pudiera tener, solo sirviera en Compañia vniversal; pero no assi en la particular, en la qual se requiere, que la habitacion sea coadiubada del reciproco comerciar, y negociar, ya vnos, y ya otros en vna misma cosa, ex Bartolo *in leg. Si patruus* 4. *C. commun. vtriusq. Iudic.* Maranta *de ordin. Iudic. part.* 6. §. *De testium product. num.* 78. sin que bastara para esto el que fuera cierto, que Don Pedro se huviera hallado presente mediando, ò solicitando algunos tratos favorables à su hermano, y Largente; porque esto, aunque fuera assi, por ser acto equivoco, è indiferente, tuviera solo respecto à hazerlo por titulo de Amistad, y Agencia, ò lo mas cierto de Acreedor, que mirasse provido la seguridad de su credito. Iuxta Decis. Rotæ, apud D. Salgado *post Labyrint. creditor. decis.* 168. *num.* 5. 6. & 7. ibi: *Quia sunt æquivoci, & possunt aptissimè referri potiùs ad titulum Amicitiæ, Agentiæ, vel creditoris suam curantis, quovis modo satisfactionem, quàm ad titulum societatis, quæ nunquam inducitur, nisi actus sint omninò certi, & concludentes, & qui citra ius, & nomen societatis fieri non possunt.* Mantica *de Tacit. lib.* 6. *tit.* 10. *num.* 21. Buratus, *decis.* 467. *num.* 7.

93. La quarta resulta, quando el que pretenden Compañero por sì, y en nombre de los otros tratasse, recibiendo vnas vezes, y pagando otras por la Compañia, Anlalde, *discurs.* 50. *num.* 13. Menoch. *consil.* 553. *num.* 11. *in fin.* Rosa, *dict. consult.* 8. *num.* 28. & 33. lo que no consta practicasse Don Pedro, como ni tampoco, el que las ganancias, ò pèrdidas se comunicassen entre todos, que tambien fuera congetura. Felicius *de Societ. cap.* 9. *num.* 42. vers. *Et licèt.* Gratianus, *discept.* 547.

num. 10. *Ex Text. in leg.* 1. *in fin. Leg. Si quid, ff. pro soc. Leg. Si tibi, ff. de præscript. verb.*

94. Sin que à lo dicho obste, ni sea apreciable la segunda de las tres réplicas, hechas *num.* 30. con la condicion, que en el *cap.* 3. del Papel sentado *suprà num.* 5. pusieron Don Juan, y Largente de averle de dar à Don Pedro, manteniendole en Alcaudete, quarto, y comida, ò cien ducados anuales en Priego; porq̃ esto, no solo no sirve de presumpcion à favor de la Compañia, que se pretende, sino que claramente la excluye, y quando de dicha obligacion se huviera de inferir algo (lo que no concedemos) fuera solo vna sociedad, la que comunmente llaman de contrato trino, en la qual, à el que entrega el dinero, se le ha de conservar indemne, y salvo, y solo el que lo recibe està obligado à los riesgos, y cargos de la negociacion, quedandose por esto el vno enteramente con aquel incierto lucro mayor probablemente esperado, y percibiendo el otro vn determinado, licito, y arreglado interesse, de cuya especie de contrato, que en substancia no es sociedad, como la que vulgarmente se haze, videndi Dom. Carleval *de Iudic. tit.* 3. *disp.* 7. *à num.* 17. Castro Palao *Oper. Moral. tom.* 7. *tract.* 33. *disp.* 9. *punt.* 5. *num.* 3. Dom. Gonçalez *in cap. Per vestras* 7. *de donat. inter vir. & vxor. num.* 14. Dom. Covarr. 3. *Variar. cap.* 2. *num.* 4. Salmanticens. *tom.* 3. *tract.* 14. *cap.* 3. *punt.* 11. §. 2. *à num.* 100. cum Lesio, Navarro, Medina, Laymàn, Diana, Lugo, Villalobos, Bonacina, *& alijs.*

95. El qual contrato es admisible, quando se haze con las tres condiciones, que los Salmanticenses previenen, *vti suprà num.* 103. que son, que el que recibe el caudal, lo haga para comerciar: que los reditos correspondan à el capital: y que se haga voluntariamente; todas las quales concurrieron en nuestro caso, y con ellas deponen dichos Autores de la costumbre, que ay en España, y otras partes, sin que el honesto lucro, se entienda llevarse *ex vi societatis*, sino solo por razon de perder las mayores ganancias, que el que entrega pudiera esperar comerciando, *præter alios.* Castro Palao *loco citat.* versic. *Deinde*, ibi: *Socius namque pericula sortis sublinens, & certum lucrum promitens, non præstat hanc sæcuritatem, neque hoc lucrum promittit ex vi contractus societatis, sed ex eo, quod alter socius abundantius lucrum probabiliter speratum ex societate, si diligenter socius, vt tenebatur, negotiationi incumberet, remittit.* En cuyo supuesto, aunque esto fuera assi, debiera Don Pedro ser Acreedor, por lo que diò, y sacar salvo su capital.

96. Tampoco obsta la comun reputacion, en que diferentes testigos dixeron, tenian algunos à Don Pedro: porque demàs de lo que contra sus deposiciones dexamos dicho, no basta, ni es suficiente semejante reputacion, para inducirse tacita Compañia. Ansalde, *discurs.* 87. *num.* 11. ibi: *Nam præter quod neque communis reputatio probat societatem.* Decis. Rotæ, apud Dom. Salgad. *post Labyrint. decis.* 168. *num.* 14. ibi: *Præter quam, quod communis reputatio, aut fama, non sufficit ad probandam societatem, vel alium contractum, licèt sufficiat ad probandam hominis qualitatem.* Ruin. *lib.* 1. *consil.* 92. *num.* 10. Felicius *de Societ. cap.* 11. *sub num.* 20. debiendo cada vno despreciar qualquiera comun voz, è indagar las qualidades, y circunstancias del sugeto, con quien contrae, y averiguar la certeza de la sociedad. Ansalde *vbi suprà num.* 12. ibi: *Quando omnia iure clamant, quod illi, qui volunt cum aliquo, tanquam socio contrahere,*

te-

teneatur investigare naturam, & veritatem societatis. Felicius *de Societ. cap.30. num.9.* Merlin. Pignatell. *Controv. Forens. centur.2. cap.51. n.19.* Ant. Gomez 2. *Variar. cap.5. num.6.* versic. *Item etiam.*

97. Cuya cautela, y prevencion observaron algunos Acreedores, quienes no teniendo bastante satisfaccion de el Largente, y Don Juan, para confiarles sus caudales, solicitaron, para entregarlos, que los fiasse, y abonasse los vales Don Pedro; lo qual es tambien argumento contra la pretensa Compañia (aunque contra verdadera Jurisprudencia, se ha querido alegar en favor de ella) pues siendo cierto, que los contratos de vn consocio, obligan à otro, quando son como los que con dichos Acreedores hazian, *ex leg. 1. §. fin. ff. de exercit. act. Leg. Si tamen plures 4. ff. eod.tit.* Petr.Surdus, *decis.213. num.2. & 8.* Gratian. *discept.279. num.2.* se està claramente dexando vèr, que no lo reputaban por tal, quando pretendian el abono, en virtud del qual no pudieran pedir con la accion *pro socio*, sino solo con la de *constituta pecunia*, que es muy diversa, *ex Text. in leg. 1. §. 1. Leg. Eum qui 5. §. Iulianus 3. ff. de constit. pecun. Leg. fin. §. Vltimo, ff. de novat. & de legat. Leg. 2. C. de constit. pecun. §. De constituta 10. Instit. de actionib.* ibi: *De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque, vel pro se, vel pro alio se soluturos constituerint.* Beneven. Straccha *in tract. de assecur. post oper.* Ansald. *Gloss.11. num.41.*

PUNTO II.

QVE EN CONSEQVENCIA DE LO PROBADO, y alegado hasta aqui, se le debe à Don Pedro hazer el pago con antelacion à los demàs Acreedores.

§. VNICO.

FVNDASE DE LA ESCRIPTVRA DE OCHO de Agosto, citada à el num. 8. y se satisfacen algunas dudas.

98. QVedando, lo que es suficiente, desvanecidas, y desestimables, quantas pruebas, è inutiles circunstancias se han querido hazer, y ponderar contra Don Pedro, resultando todas infructuosas, y convencidas, como opuestas al incontrastable muro de la verdad, en que funda su pretension, teniendo à su favor la plena fee de los instrumentos. Dom. Vela, *differt. 10. num. 67.* Pareja *de Instrum. Edit. tit.6. resol. 9. num. 22.* Dom. Salgado *de Retent. Bullar. part. 2. cap. 30. §. 5. num.10.* las presumpciones, y congeturas, que no coadiuban poco, *maximè in dubio ex leg. Non omnis. §. A barbaris, ff. de re milit.* Cujac. *in cap. 1. 2. & 3. de præsumpt.* Dom. Larrea, *allegat. Fiscal. Tom.1. alleg.66. num. 5.* y lo que mas es, el no averse probado de contrario cosa alguna, *Leg. 2. leg. 23. C. de probat.* es sin disputa evidente Acreedor à el caudal de Largente, y su Compañia.

99. Y no solo para deberse considerar tal, sino tambien para ser preferido, y satisfecho en la paga con antelacion à los demàs Acreedores; porque lo legitimo de su credito procede de la Escriptura, que el dia 8. de Agosto de 729. otorgaron à su favor el Largente, y Don Juan Lasala, la que se refirió *supra num.* 8. y de los restantes Acreedores, los vnos son *meré* quirografarios, pidiendo solo en virtud de vales, los quales se deben arreglar à lo dispuesto en la Ley 48. *tit.* 25. *lib.* 4. *Recopilat.* ibi: *Graduandolos despues de las Escripturas publicas.* Pareja *de Instrum. Edit. tit.* 1. *Resolut.* 3. §. 5. *à num.* 65. *præcipuè num.* 72. ibi: *Non possunt sibi locum prælationis arripere, nisi post publica instrumenta.*

100. Y los otros, aunque han presentado Escripturas publicas, son todas posteriores à la de Don Pedro; pues lo mas antigua, se otorgò en 24. de Septiembre de dicho año de 729. con que la antecedente precede à la que menos en 47. dias, y assi tiene à su favor la regla: *Qui prior est tempore, potior est iure. Text. in cap.* 58. *de regul. iur. in* 6. *Leg. Qui generaliter* 2. *Leg. Si, & iure* 10. *Leg. Potior* 11. *Leg. Creditor* 12. *Leg. Titius* 21. *ff. qui potior. in pign. vel hypot. habeant. Leg. Si fundum, C. eod. tit.* sin ser necessaria, para la prelacion, tanta anterioridad, bastando la de cortos instantes. Dom. Olea *de Cession. Iur. & act. tit.* 8. *quæst.* 3. *n.* 3. ibi: *Licèt Prioritas in vna hora, vel momento consistat, certum est, scripturam, quæ prior apparet, præferendam esse; quia vbi de prælatione est quæstio, consideratur etiam prioritas momentanea. Ex leg. Qui duos* 10. *alias* 9. *ff. de reb. dub.* vbi Socinus *num.* 7. Anton. Gomez *in leg.* 45. *Taur. num.* 148. vers. *Sed in hoc articulo.* Dom. Salgado *in Labyrint. creditor. part.* 2. *cap.* 13. *num.* 7.

101. Confirmandose la debida antelacion con la expressa hypoteca, à que dichos Don Juan, y Largente dexaron afecto su caudal, y en especial los generos, y deudas de su Tienda. Piez. 4. fol. 11. ibi: *Hypotecan los generos, que tienen en dicha su Tienda, y deudas, què constan de sus Libros de Caxa.* La qual no se puede dudar, que recayò muy bien sobre las mercaderias, y que estas quedaron hypotecadas, como podian, *ex Text. in leg. Cum Tabernam* 34. *ff. de pignorib. & hypot.* Hercules Marescoto, *Variar. lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 1. Arias Pinell. *in Rubr. C. de bon. matern. part.* 1. *num.* 46. *in fin.* Dom. Covarrub. *Variar. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 2. D. Larrea *alleg. Fiscal. allegat.* 22. *num.* 10. como tambien sobre las deudas, que no solo pueden especialmente hypotecarse, sino tambien se comprehenden en la general. *Leg. Nomen, C. quæ res pignori. Leg. Si convenerit, ff. de pignorat. act.* Noguer. *alleg.* 35. *num.* 3. & 4. Dom. Olea *de Cession. Iur. tit.* 4. *quæst.* 4. *à num.* 25. Capitius Latro, *decis.* 24. *num.* 25. Donell. *Comment. lib.* 15. *cap.* 43.

102. Sin que se halle sola dicha hypoteca, pues para su mayor fuerça, y eficacia, *ex leg. Si creditor.* §. *fin. ff. de distract. pignor. cum adductis* à Noguer. *alleg.* 3. *à num.* 8. le añadieron el pacto absoluto *de non alienando*, en el qual no nos detuvieramos, si no fuera porque à la parte de Don Joseph del Rey ha causado no poca armonìa el oir semejante pacto, impuesto sobre cosas vendibles, como son las mercaderias; siendo assi, que debiera advertir, que el que hypoteca generos semejantes, aunque obliga los que entonces subsisten en la Tienda, no es *privativè*: porque esto fuera, ò cerrar la puerta al Comercio, ò gravarlos con carga, que necessariamente passasse à los Compradores, y assi obliga, *non vt singula,*

sed

sed vt vniversa, subrogando los nuevamente adquiridos, en lugar de los ya consumptos, ad traddita per Matescot. *dict. lib.* 1. *cap.* 24. ibi: *Præsertim si novæ merces fuerint subrogatæ, quia super illis manet hypoteca.* D. Larrea *allegat.* 22. *num.* 10. ibi: *Vbi Taberna pignori data etiam merces comprehendi traditur, & si illæ, quæ pignoris tempore distractæ, & consumptæ, earum loco subrogatæ pignori cedunt.*

103. Todo ello, por la autoridad de Scebola *in l. Cum Tabernã* 34. *ff. de pign.* donde decidiò la presente duda, ibi: *Cum Tabernam debitor pignori dederit: quæsitum est, vtrum eo facto nihil egerit, an Tabernæ appellatione merces, quæ in ea erant, obligatæ videantur: & si eas merces per tempora distraxerit, & alias comparaverit, eas quæ in eam Tabernam intulerit, & decesserit: An omnia, quæ ibi deprehendantur, creditor hypotecaria actione petere possit, cum & mercium species mutatæ sint, & res aliæ illatæ? Respondi: Ea, quæ mortis tempore debitoris in Taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.* Por lo qual advierte la Glossa, que en hypotecas tales, se entiende comprehendido vn cuerpo vniversal, semejante à la Grey, ò à el Peculio, ibi: *Dic, quod hæc appellatio Tabernæ, prout refertur ad merces, est nomen vniversitatis, sicut Grex, Peculium, & similia, & ideo licèt merces mutentur, tamen eadem esse videtur Taberna.* Y necessariamente se avrà de connumerar, no entre los vniversales conexos, sino entre los que se componen de muchos cuerpos distantes, ad latè tradita à Chæsio, *lib.* 1. *diferent. Iur. cap.* 61. & Ill. D. Henao *in Otijs Salmant. lib.* 1. *otio* 4. *à num.* 2. *per Text. in leg. In rem actio* 23. §. *Item* 5. *ff. de rei vindicat. Leg. Rerum mixtura* 30. §. *vltim. ff. de vsurapionib.*

104. Sin que contra tan justa prelacion le aproveche à Don Joseph del Rey el alegar, que las ropas, y generos embargados, son los mismos, que vendiò al fiado à dicho Largente, y ser las deudas procedidas de ellas; porque demàs de no averlo esto justificado tan plenamente como debia, no puede por ello, aunque fuera cierto, adquirir hypoteca en dichos bienes, no aviendolo pactado, ni otro derecho prelativo, con que pudiesse perjudicar à los demàs Acreedores: pues de el mismo modo, que es constante, que el que vende al fiado, transfiere con la entrega el dominio, *Leg. Quod vendidi* 19. *ff. de contrah. empt.* §. *Venditæ verò, Instit. de rer. divis.* Carlev. *de Iudic. tit.* 3. *disp.* 8. *num.* 61. *in fin.* Tambien lo es, que por el precio, queda solo Acreedor personal, sin otra accion privilegiada. Anton. Gomez 2. *Variar. cap.* 2. *num.* 30. versic. *Item etiam.* Marienço *in leg.* 7. *Gloss.* 5. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recopil. num.* 6. Cyriacus Niger. *controvers.* 81. Parlador. *lib.* 1. *Rer. Quotidian. cap.* 8. *num.* 1. D. Salgad. *in Labyrint. credit. part.* 1. *cap.* 12. *à num.* 2. *& cap.* 11. *num.* 114. ibi: *Nam si simpliciter tradatur habita fide de prætio, tunc procul dubio dominium transferatur in emptorem: & hoc casu venditor, si concurrat cum alijs emptoris creditoribus, ad pretium consequendum, creditor chirographarius, personalis simplex dicitur, & nullum privilegium, aut prælationem habet.*

105. Ni tampoco le sirve, ni puede ser vtil el aver sido el primero, à cuyo pedimento se embargaron, y pusieron en sequestro dichos generos, porque no se atiende la prioridad en esto, sino solo el privilegio en el derecho. Cancerius *Variar. Resolut. lib.* 4. *cap.* 4. *de sequæstro, num.* 36.

ex leg. Creditor. ff. qui potiores in pignore habeantur, & præmultis. D. Salgado *in Labyrint. dict. part. 1. cap. 11. num. 25.* ibi: *Non etenim prioritas sequestri attenditur, sed prioritas, & privilegium creditorum, ita vt quamvis aliquis ex creditoribus prævenerit in sequestranda re debitoris communis, adhuc tamen non præfertur alijs creditoribus potiora iura habentibus.* De tal forma, que aunque se le huviesse hecho el pago, se huviera de repetir contra èl, cum Dom. Covarr. *Practic. cap. 29. num. 1. & alijs*, Noguer *allegat. 7. num. 7.*

106. Menos obsta, ni puede servir de perjuizio, el que dixesse Largente en su declaracion hecha en Sevilla en 13. de Noviembre del año passado de 730. al *cap. 2.* que se hallaba gravemente enfermo en la cama, quando otorgò dicha Escriptura: pues ademàs de ser indigna de apreciarse dicha declaracion, *ex dict. supràà num. 70.* y estar plenissimamente convencido con los testigos instrumentales, y con los de la probança hecha por Don Pedro, quienes todos convienen, en que estava bueno: solo sirve dicha declarada enfermedad, de acabarse de dar à conocer en todo su malicia, y falsedad, y manifestarse con evidencia averse perjurado, en quanto depuso, sin necessitarse para ello de mas prueba, que de vnas quentas presentadas en la Pieza 10. fol. 4. y 6. las quales ajustò dicho Largente el mismo dia ocho de Agosto, en que se hizo la referida Escriptura; hallandose en ellas antes del resumen vna nota, que dize: *Ajustadas las quentas, y finalizadas, por aora dia ocho de Agosto de mil setecientos y veinte y nueve*, firmando en ellas el referido, lo que no huviera hecho, ni ajustado, si estuviera, como dize, postrado en vna cama.

107. Dexandose presumir, y manifestandose de todo lo dicho, que à las dilatadas molestias, y penosas vejaciones, que en este pleyto ha padecido Don Pedro, à quien se le ha pretendido confundir su legitimo derecho, ha fomentado causa la mala fee de dicho Largente, quien en todas sus cosas la ha manifestado hasta aqui, dando à entender estar coligado para ello con Don Joseph del Rey; pues en vna de sus declaraciones dixo, que todas las ropas de la Tienda menos vnos pedazos de paño, y vnos sombreros de corta entidad, eran del referido, y todas las deudas comprehendidas en vna memoria, que de ellas diò: siendo assi, que estas importaban 28ỻ680. reales, y lo que se le debia à dicho Don Joseph, era poco mas de 31ỻ. reales, lo qual no es verosimil; pues no es posible, que vna Tienda de Mercaderes surtida, pudiera componerse con poco mas de 31ỻ. reales. Lo mismo resulta, de que aviendole concedido la espera todos los Acredores por dos años, y medio, y con el mismo plazo otorgadoles dicho Largente sus Escripturas, invirtiò este orden en la de Don Joseph del Rey, poniendo en ella el termino solo de doze meses, y medio. Y què otra cosa, que coligacion, està dando à entender, el que quando se fue à hazer el embargo de las ropas, y generos à pedimento de dicho Don Joseph el dia 30. de Agosto de 729. le entregasse este las llaves à dicho Largente?

108. Ni què mas prueba puede aver, de que la fuga, y alçamienro del referido fue hecho con simulacion, que el aver passado aquella misma noche, que se dize se ausentò, Manuel Paez, y Antonio Miñana à deshoras por aquella calle, y aver visto abiertas las puertas de las casas de Sebastian Camacho, donde estava oculto dicho Don Joseph, y las de Largente, quien luego que lo sintiò, se entrò en las del referido Camacho, y

el

el averse ido à Sevilla, donde es vezino dicho Don Joseh, siendo assi, que dize iba huyendo de este, y el averse en tres dias despachado para su prision Requisitoria desde Priego, y dentro de ellos averse preso en dicha Ciudad? *Ex quibus*, se evidencia, que quanto mas conspiran de contrario à querer ofuscar, y obscurecer la justa pretension de Don Pedro, tanto con mas quilates aparece justificado su derecho. Por todo lo qual, y los demàs fundamentos à su favor, que la superioridad de los Señores Juezes tiene presentes, espera en todo favorable determinacion. S. I, O. V. D. C.

Lic. Don Christoval de Espinosa.

Lic. Don Pedro Joseph Perez Valiente.

Lic. Don Christoval de Espinola.

Lic. Don Pedro Joseph Perez Valiente.



POR

DON JOAQVIN BERNIER,

de Nacion Francès, hombre de Negocios de el Comercio de la Ciudad de Cadiz.

EN EL PLEYTO

CON DOñA ANA DE VALOIS. DON FERNANDO Francisco Philipo. Don Francisco Vboulfe, y Don Nicolàs Aylbardo, vezinos de la Ciudad del Puerto de Santa Maria.

SOBRE

PRETENDER EL DICHO DON JOAQVIN, se reforme la Sentencia de Vista, por la qual se revocò la de Remate, pronunciada por la Justicia de dicha Ciudad del Puerto, contra los dichos Doña Ana Valois, y Consortes, y que à estos se les condene à la satisfacion de las cantidades que asseguraron.

POR

DON JOAQVIN BERNIER,

de Nacion Francés, hombre de Negocios de el Comercio de la Ciudad de Cadiz.

EN EL PLEYTO

CON DOÑA ANA DE VALOIS, DON FERNANDO Francisco Philipo, Don Francisco Vbouliè, y Don Nicolás Ayllardo, vezinos de la Ciudad del Puerto de Santa Maria.

SOBRE

PRETENDER EL DICHO DON JOAQVIN, se reforme la Sentencia de Vista, por la qual se revoco la de Remate, pronunciada por la Justicia de dicha Ciudad del Puerto, contra los dichos Doña Ana Valois, y Conforte, y que á ellos se les condene á la fatisfacion de las cantidades que alegaron.

N.1. CONFIADO Don Joaquin Bernier, de los fundamentos, que de su justicia en la Instancia de Vista deste pleyto propuso, omitiò por ociosa esta breve demonstracion de ellos: mas el desengaño en que le ha puesto la Sentencia en ella pronunciada, le obliga à manifestarlos en esta segunda, reduciendolos à la Imprenta, por lo que advirtiò Lucas de Pena, *in leg. 1. C. de Professor. qui in vrb. lib. 11.* ibi: *Se expertem, quod veritas facilius invenitur studio escripturæ, quam disputat, verbali.*

2. Esperando tenga su pretension tanta fortuna, como de felizidades logrò la de Machetas, en la atencion de Philipo Rey de Macedonia, que trae Celio Bodiginio, *lib. 23. Antiquar. lection. cap. 14.* ibi: *At ille vociferans, & magno clamore imponans arctius provoco ad te: nunc Philippus iam vigilantior, commotior, & ore serio; ad quem obsecras Machetas? Ad te supplico vigilantem ad te iterum reddeo, cum secundo audivisset, eum liberum à multa dimisit.*

3. Para lo qual es necessario suponer en el Hecho, la Poliza que ha dado motivo à este pleyto, que su contexto literal, es el siguiente.

4. IN Dei nomine. Amen: *Otorgàmos, y conocèmos nos las personas, que aqui à baxo firmamos nuestros nombres, que asseguràmos à vos. Por quenta de quien perteneciere, que assegurar sobre totalidad en la Balandra, el Rubì Capitan Broucard Francès, à correr riesgo, desde la hora que saliere, ò huviere salido de Nantes, para ir à la Granada, y desde aì à la Costa de España, y buelta en dicho Nantes, donde se acabare el riesgo, siendo sus efectos descargados en salvamento, es de parte de cinquenta, ò sesenta Toneladas, con seis Piezas de Artilleria, hombres el todo, poco mas, ò menos.*

5. *O otro qualquiera que fuere por Capitan de dicha Nao, y carga, tuviere pertenecciente lo susodicho à vos, ò à quien en qualquier tiempo dixeredes que pertenece, ò portenecer pueda, y debe en qualquiera manera, ò razon que sea.* Y es condicion por pacto expresso, *hecho de acuerdo con nos los assegurados en esta Poliza, que en caso de perdida, robo, ò otro daño, ò desastre que sucediere à las dichas Mercaderias, ò frutos, en todo, ò en parte, no tendrèis obligacion de lo susodicho de exhibir despacho de la Aduana, ni de otra clarecia alguna de su calidad, cantidad, ni valor: mas solo con fee de perdida, ò de el daño que huviere recebido, y el simple juramento vuestro, ò qualquier conocimientos, ò quentas, como mas abaxo se refiere, os pagarèmos llanamente el todo, ò la rata del daño que nos cupiere à cada vno, el valor en plata, y no en otra manera, sin pleyto, ni replica, ni contradicion alguna por que assi nos obligàmos: Al qual dicho riesgo nos obligàmos, desde el dia, y hora que lo susodicho, ò qualquier cosa se començò, ò començare à cargar desde tierra, en qualquier Barco, ò Batèl, ò en otro qualquier Vaso, ò Vasos, para llevar à la dicha Nao: donde quiera que estuviere. Assi cargado lo susodicho en la dicha Nao, siga su presente viage, con la buena ventura que Dios le diere, para la Ciudad de*

6. *Y assi sea descargado lo susodicho de la dicha Nao, en qualquier Barco, Batèl, Vaso, ò Casco, hasta ser puesto en tierra en buen salvamento.* Y es condicion: *Que la dicha Nao haga todas las escalas que quisiere, y por bien tuviere, assi forçadas, como voluntarias, entrando, y saliendo en qualquier Puerto, ò Puertos, Baìas, ò Barras, dando carga, ò recibiendo carga. Y en quanto à el valor, ò costo de lo susodicho, querèmos que seais creido por vuestro simple juramento, y palabra, ò por qualesquier conocimientos, ò quentas, que extrajudicialmente nos mostrèis, sin que seais obligados à otra prueba, ni diligencia alguna, aunque de derecho se requiera.* Y con estas condiciones, *somos contentos de correr este dicho*

riesgo, el qual se entiende de mar, y viento, de fuego, de amigos, y enemigos, de qualesquier Nacion que sean, que con justa causa, ò sin ella, repressassen, ò cogiessen dicha Nao ò Mercaderias, ò de otro qualquier caso pensado ò no pensado, q̃ acaezca, ò acaecer pueda, en qualquier manera, ò caso que suceda, excepto de barrateria de Patron, ò demancamiento de lo susodicho, y de dichas Mercaderias, y frutos. Y si (lo que Dios no quiera) algun caso atonteciere, y para beneficio de lo susodicho fuere necessario poner la mano, y beneficiarlo, y trastejarlo de vna Nao en otra, y de otra en otra, assi en mar, como en tierra, en qualesquier Puerto, ò Puertos, descargarlo en tierra, y tornarlo à cargar en dicha Nao, ò en otro qualquier casco, ò cascos, que lo puedan, y podais hazer, sin que os pare perjuizio alguno. Y dezimos, que las costas que sobre esto se hizieren, las pagarèmos quier que se cobre lo susodicdo, ò parte de ello, quier no. Y es condicion: Que el Maestre, ò la persona que llevare dicha Nao à su cargo, pueda navegar à su voluntad, adelante, y atràs, donde quisiere, y por bien tuviere, no mudando viage, si no fuere para juntarse con alguna compañia, ò Armada. Y si (lo que Dios no quiera) la dicha Nao se perdiere en la mar, ò en otro qualquier cabo, y passandose vn año, y vn dia despues de su perdida sin saberse nuevas ciertas de su llegada à dicho Puerto, ò en otro qualquiera, pagarèmos la cantidad, que cada vno asseguràmos: y en caso de perdida, con certificacion hecha, sin parte ò con ella, en la parte dòde se perdiere, ò en otra qualquiera, y sin citacion de nuestras partes, pagarèmos llanamente, y desembolsarèmos, y pondrèmos en poder de vos.

7. Despues de seis meses cumplidos, desde el dia de la fecha de esta en adelante, en reales de plata, ò en la persona que vuestro poder tuviere, todo lo que aqui pareciere por escrito, y firmado de nuestros nombres, ò la parte que del dicho daño nos cupiere pagar: con tanto, que primero, y ante todas cosas, nos dèis fianças, legas llanas y abonadas, para estàr con nosotros à derecho, si algo contra la paga quisieremos dezir, y alegar. Para lo qual obligàmos nuestras personas, y bienes: dàmos poder à todas, y qualesquier Justicias del Rey nuestro Señor, especialmente à los de esta Ciudad de para que por todo rigor de derecho nos compelan, y apremien à lo assi tener, guardar, y cumplir, como si sobre ello fuera dada sentencia difinitiva de Juez competente, por nos, y cada vno de nos pedida, y consentida, passada en cosa juzgada: y renunciàmos todas, y qualesquier leyes de nuestro favor, la ley de derecho, que dize, que general renunciacion de leyes non valet. Hecha en el Puerto de Santa Maria, doze dias del mes de Enero de mil setecientos y treze.

8. Soy contento de correr riesgo en dicha Balandra, que Dios salve, y guarde, en conformidad de esta Poliza, por cien doblones de à dos escudos de oro cada vno, y del premio à razon de veinte, y dos, y vn quarto por ciento, estoy pagado de contado. Fecha vt suprà. Patricio Vboulfe.

9. Soy contenta de correr riesgo en dicha Balandra, que Dios salve, y guarde, en conformidad de esta Poliza, por cinquenta doblones de à dos escudos de oro cada vno, y del premio à razon de veintte y dos, y vn quarto por ciento, estoy pagada de contado. Fecha vt suprà. Ana Valois.

10. Soy contento de correr riesgo en dicha Balandra, que Dios salve, y guarde, en conformidad de esta Poliza, por cinquenta doblones de à dos escudos de oro cada vno, y del premio à razon de veinte y dos, y vn quarto estoy pagado de contado. Fecha vt suprà. Nicolàs Aylbardo.

11. Soy contento de correr riesgo en dicha Balandra, que Dios salve, y guarde, en conformidad de esta Poliza, por cinquenta doblones de dos escudos de oro cada vno, y del premio à razon de veinte y dos, y vn quarto por ciento, estoy pagado en contado. Puerto de Santa Maria, y Enero 13. de 1713. años. Fernando Francisco Philipo.

POLIZA DE EL PLEYTO executoriado à favor de Bernier.

12 IN Dei nomine: Amen. *Otorgàmos, y conocèmos, nos las perſonas, que aqui à baxo firmamos nueſtros nombres, à que aſſeguràmos à vos Don Joaquin Bernier, por quenta de quien pertenece, ſobre la Balandra, y efectos cargados en ella, nombrada el Rubì Capitan LucienBoucard Frãcès à empezar el rieſgo, de la hora, y punto que ſaliere, ò huviere ſalido deſde Nantes, para la Granada, eſtadas, y de dicha parte à el Norte de la Coſta de Eſpaña, y buelta à Nantes, el todo deſcargado en tierra à buen ſalvamento, en conformidad de eſta* Poliza. *Tiene ſeis Piezas de Artilleria,* con facultad al dicho Capitan, de poder tocar en algun Puerto de Eſpaña en Europa, *y que le ſea licito deſcargar todo, ò parte de ſu carga, que en tal caſo ſe rateará rata por cantidad, y del remaniente, ſi acaſo deſcargare alguna porcion de dichos efectos corrèmos el rieſgo, haſta dicho Nantes, como arriba eſtà expreſſado.* Y proſigue como la antecedente.

13. Suponeſe aſsimiſmo, que conſta de vn teſtimonio del conocimiento de la carga de la referida Balandra, en que Lucien Boucard Capitan de ella, confeſsò eſtando en Pambouft, que eſtaba para ir en derechura à la Granada, *y à las Coſtas de Eſpaña,* y aver recebido, y cargado de Don Martin Martineau, quatrocientas y veinte y ſiete barras de fierro quadrado, 81. barril de harina, 63. barriles de aguardiente, 29. barriles mayores de lo miſmo, 2. barriles de herramientas, 3. barriles de clavos, 6. fuſiles, y 41. tercios de diferentes mercaderias, obligandoſe à llevarlos en dicha Balandra, à la Granada, y *Coſtas de Eſpaña*, y parece importaron diez mil peſos, ſegun lo alegado.

14. Conſta tambien por vn teſtimonio en idioma Francès, tranſumptado con citacion de los Aſſeguradores en el nueſtro, legalizada la firma de el Eſcrivano, con diez teſtigos hombres de comercio, que en veinte de Diziembre del año paſſado de 713. Jorge Videau, y Franciſco Billàn, el vno Piloto, y el otro Carpintero, que navegaban en dicha Balàdra, comparecieron ante vn Conſegero del Rey Chriſtianiſsimo, Theniente particular de lo Politico, y Criminal del Almirantazgo de la dicha Ciudad de Nantes, y en preſencia del Procurador del Rey, baxo de juramento declararon.

15. Que dicha Balandra fue armada, y cargada de diferentes Mercaderias en la Ciudad de Nantes, por Don Martin Martineau, para ir à las Islas de la America Eſpañola, de donde ſaliò à 7. de Enero de dicho año de 13. baxo del mando de Lucien Boucard, y que en 20. de dicho mes, atraveſſando las Islas de los Azores, encontraron quatro Navios Ingleſes, que eſtuvieron à peligro de que los huvieſſen apreſſado: que continuando ſu derrota, llegaron con felizidad à la Granada el dia primero de Febrero, donde hizieron agua, y leña, y vna Canoa, por averles obligado los referidos Navios, à echar la ſuya en el mar.

16. De cuyo Puerto, aviendo ſalido el dia 17. del dicho mes de Febrero para ir à la *Coſta de Eſpaña.* à hazer ſu negociacion, llegaron à Cumanà à 25. de el miſmo mes, donde aviendo negociado parte de la carga el dia 18. de Março, ſalieron para ir à la Guayra, y por no averles permitido los Eſpañoles negociaſſen en eſte Puerto, fueron obligados à ſalir el dia 28. y apareiaron para Santo Domingo, y por la contrariedad de los vientos, aaribaron à la Jamayca, donde hallaron vna Eſquadra de ſiete Navios Ingleſes, por cuyo Comandante fueron detenidos, y lle-

vados hasta la Baìa de Ana Maria, en donde examinados los papeles de la dichà Balandra el Rubi, hallandole passàporte, la despidieron.

17. Y el dicho Capitan Boucard, bolviò à la Jamayca, para protestar contra dicho Comandante, sobre la detencion, y passo à la Habana, à negociar lo que le quedaba de su carga: por cuyo Governador se le quiso confiscar, y se aparejò para la Costa de Honduras, y luego à el Puerto de Cavalla en 20. de Junio, donde negociò. Y en 13. de Julio, como à las diez de la noche les abordò vn Pyrata, sin averlo visto antes, arrojando diferentes Granadas; y aviendose defendido lo mas que pudieron, murieron el Maestre, y dos Marineros, quedando cinco heridos, y dichos Pyratas llevaron dicha Balandra, puesto el equipage Francès en su lancha.

18. Que los declarantes se fueron à San Pedro, *Costa de Espaùa* de donde passaron à la Habana, y de alli se embarcaron en el Navio llamado el Africano, que los conduxo à Nantes, y su Capitan Boucard se embarcò en su Canoa para la Jamayca, y que desde entonces no tenian noticias de èl.

19. En virtud deste instrumento, y Poliza referida, el dia 11. de Agosto de el año passado de 714. haziendo relacion de su contenido, pidiò Don Joaquin Bernier, que los Asseguradores reconocieran sus firmas, y despachasse mandamiento de execucion; que con efecto aviendolas reconocido, se despachò. Dados los pregones, se les citò de remate, y opusieron, pretendiendo se revocasse, y se les absolviesse de ella, alegando no avia instrumento exequible, ni lo era la Poliza, y testimonio expressado, porque faltaba conocimiento de la carga, desde dicho Puerto de Nàtes, como assimismo en la Granada. Que la dicha Poliza, aunque contenia que esta prueba se difiriesse en el simple juramento de Don Joaquin, solo se debia entender *para la calidad, cantidad, ò valor de lo assegurado*, pero no la prueba de que realmente se cargassen los efectos.

20. Que tambien faltava, de que à el tiempo del apressamiento, tuviesse dicha Balandra los referidos efectos, por aver estado en el Puerto de Cavalla, desde 20. de Junio, hasta 13. de Julio; que por ser Costa abierta, y dicho Puerto sin abrigo alguno, era presumible estuviesse vacia al tiẽpo del apressamiento. Que con esto concurria, constar por dicho testimonio se avia negociado porcion de la carga en Cumanà, y en el dicho Puerto de Cavalla, de que se inferia se hallaba descargada.

21. Que en la Poliza no se especificaba sobre Casco, Buque, Peltrechos; y para que estos se comprehendiessen en el seguro, era necessario, que Don Joaquin huviesse corrido el riesgo de la tercera parte de dicha Balandra: que dicho testimonio no hazia fee, por ser copia de otro, y no estàr controlado el primordial, que era indispensable aprobacion, en todos los instrumentos publicos de la Francia.

22. Que no avian assegurado para el Puerto de Cavalla, por ser prohibido por leyes de estos Reynos, y no podia aprovecharle à Don Joaquin, la facultad que por la Poliza se le concediò, para que dicha Balandra entrasse en los Puertos que quisiesse; porque no aviendose expressado, el que avia de ser para comerciar, no pudo hazerlo. Que la Balandra mudò de viage repetidas vezes, extraviàdose muy mucho del que debia traer, cruzando aquellos mares, cõ distintos rumbos de vnos Puertos prohibidos en otros; pues de

otra

otra forma no tuviera fin el riesgo.

23. Por Don Joaquin se satisfizo, alegando, que el dicho testimonio, y Poliza, confesion, y reconocimiento de los Assegurадores, preparaban la execucion, y la carga que recibiò en dicha Ciudad de Nantes, importò mas de 36ỻ. libras de moneda de Francia, que equivalen à mas de 10ỻ. pesos; y presentò el conocimiento, que queda referido suprà numero 13. y jurò ser assi cierto: y que importãdo los efectos assegurados 6ỻ400. pesos de la referida moneda, sobraban cerca de 4ỻ. de que se comprobaba tener mas de la tercera parte de lo que se avia assegurado: à que se llegaba, comprehenderse en el todo del seguro, el casco, y peltrechos de dicha Balandra, y que esto lo manifestaba dicha Poliza, en la expresion de totalidad de la carga, lo qual era notorio en el comercio, y por tal lo alegaba.

24. Que el conocimiento de la carga recibida en los demàs Puertos de Indias, era superfluo, respecto de que dicha Balandra iba negociando, y era preciso recibiesse à bordo el producto de lo que vendia, en especie de dinero, ò otros generos que permutaba. Que aviendo sido total la perdida, no era dable huviesse reservado conocimientos, ni que desde tanta distancia se huviessen remitido. Que el defecto de controlacion, no lo era en nuestra España en instrumento alguno: que en la Francia se prevenia esta circunstancia, por mayor vtilidad que se avia discurrido, para el estatuto municipal de dicha controlacion, que acà solo la buena fee, y la verdad sabida, se necessitaba.

25. Que dicha Balandra, no se perdiò por razon del comercio prohibido en dicho Puerto, y lo mismo huviera sucedido, si no lo fuera: ademàs de que estaba tolerado el comercio en èl, y otros prohibidos. A que se llegaba, que como vno de los Puertos de España en aquellos Reynos, estaba comprehendido en el seguro, y era incierto huviesse mudado de viage; antes si llevò el que en la Poliza se pactò, desde la Isla de la Granada, à la Costa de España, contigua à ella, sin que pudiera entenderse la Costa de España en la Europa, que dista mas de 1ỻ600. leguas desde dicha Isla. Que los Puertos que navegò, fueron vnos escalas de otros, y por la Poliza se concediò hiziesse todas las que quisiesse, forzadas, ò voluntarias, atràs, ò adelante, dando carga, ò recibiendola. Y el hecho alegado, en quanto à la distancia de las 1ỻ600. leguas, y que los referidos Puertos son inmediatos à la referida Isla de la Granada, no se ha negado por los Assegurадores.

26. Antes si, recibido el pleyto à prueba, la hizieron de que para venir desde ella à los Puertos de España en la Europa, aviendose pactado este viage, y no el de los Puertos de España en la America, fue voluntario, y sin necessidad de que dicha Balandra entrasse en los referidos Puertos de Cumanà, la Guayra, y demàs que quedã expressados; y que por esta causa saben los testigos, que para hazer viage en derechura à los dichos Puertos de España en la Europa, se extraviò la referida Balandra, la que se desviò, yendo à el dicho Puerto de Cavalla, cerca de 20. leguas; porque para venir à los dichos *Puertos de Europa*, era preciso bolviesse à la Habana, à coger sonda de la Tortuga, para venir à desembarcar à la Canal de Bahama. Respecto de lo qual si dicha Balandra hizo el viage referido, no tiene duda, que se extravio del rumbo, y viage, que debia traer para España.

27. Probaron tambien, que hablandose generalmente de

las

las Costas de España, se entienden las de la Europa, y no las de la America; y que los instrumentos publicos que se hazen en el Reyno de Francia, han de passar por el Control, que es vn Oficio General de el Rey Christianissimo, para que merezcan fee. Y concluso el pleyto legitimamẽte, se pronunciò Sentencia por la Justicia de dicha Ciudad, absolviendo à los Asseguradores, y declarando por bien pagados los premios que avian recibido del dicho Don Joaquin.

28. Por quien se interpuso apelacion de ella, y vistos en esta Corte por quatro Señores Juezes, se remitiò en Discordia, y aviendose buelto à ver, se revocò la dicha Sentencia, mandando bolver los Autos, para que dicha Justicia pronunciasse Sentencia de Remate: y aviendose hecho el pago, vinieron por su orden, y en su vista se pronunciò la Sentencia; de que Don Joaquin ha suplicado, y para su reformacion ha pedido se tengan presentes las probanças que hizo en el pleyto que siguiò, en virtud de la Poliza, que consta vbi suprà num. 12. contra Don Sebastian Lasqueti, y Consortes, vezinos de dicha Ciudad de Cadiz, en que obtuvo, y se les condenò à el pago de las cantidades, que avian assegurado.

29. De cuyas probanças consta: Que aviendo articulado Don Joaquin, que los Puertos de la Granada, Cumanà, la Guayra, Santo Domingo, Jamayca, la Habana, y Puerto Cavalla, que navegò dicha Balandra, son todos de la Costa del Norte de la Nueva España; y que en conformidad de la referida Poliza suprà num. 12. y testimonio de la perdida de dicha Balandra, cuyos instrumentos se manifestassen à los testigos, en donde consta la referida navegacion, fue la legitima, que en fuerza de ellos debiò hazer, sin averse distraido, ni mudado de viage.

30. Cuyo hecho contestaron quatro testigos, tres de ellos Capitanes, y Pilotos, que desde muy tierna edad se aplicaron à èl Arte de Pilotage, y otro Capitan, y avian exercitado en las Costas, y Puertos de la Europa, y de la America, navegando en ellos. Por cuya causa tenian noticia de sus alturas, y rumbos; y por la misma sabian, que la dicha navegacion avia sido toda ella de la Costa del Norte de la Nueva España, por estar todos los dichos Puertos, dentro de la linea Equinocial, la qua separa el Norte del Sur: de formal que todo lo que està dentro de ella, es el Norte de la Costa de Nueva, España; y lo que està fuera de la dicha linea, es el Sur de la referida Costa. De que infieren, que estando, como estàn dichos Puertos à donde navegò dicha Balandra, dentro de la expressada linea, son del Norte de Nueva España, y no de la Costa del Sur.

31. Y los dichos Don Sebastian Lasquete, y Consortes articularon: Que para ir à la Costa de Nueva España, se avia extraviado el viage, entrando dicha Balandra en los referidos Puertos, presentaron cinco testigos. El primero de ellos, que es el Capitan Don Pablo Serrano, dixo: Que por aver navegado aquellos mares, sabia, que saliendo del Puerto de la Granada, para la Costa del Norte de Nueva España se podia llegar à los de Cumanà, la Guayra, y los demàs, en caso de vrgencia, ò conveniencia del Capitan, ò Patrono de la Embarcacion.

32. El Capitan Don Amaro Rodriguez, dixo: No avia necessidad para entrar en ellos si no por algun accidente, por poderse ir avistando à Cumanà, y la Guayra: que aunque no entendia de Pilotage, era de sentir, que se mudaba el rumbo de la navegacion, entrando en dichos Puertos. Otro testigo di-

xo:

xo: Que tenia entendido, que el de Cumanà eſtaba à el Sur ; y ſiendo aſsi , que ſe avia extraviado dicha Balandra , y que aunque tenia por preciſſo el que paſſaſſe por la Altura de Santo Domingo , podia executarſe ſin entrar en Puerto alguno de eſta Isla.

33. Don Diego Rico, dixo : Que ſe avia extraviado dicha Balandra , por aver entrado en dichos Puertos ; porque debiò llevar otro rumbo en linea recta , mucho mas breve , y de menos rieſgos (ſin expreſſarlo.) Y el vltimo, que es Don Joſeph Romero, Piloto, dixo: Que para ir à la referida Coſta del Norte de la Nueva Eſpaña , no ay neceſſidad de entrar en dichos Puertos.

34. Articularon tambien: Que navegando dicha Balandra à los dichos Puertos de el Norte de la Nueva Eſpaña, por aver paſſado de la Habana à Puerto Cavalla, executò nuevo extravio. El primero teſtigo dixo no lo ſabia. El ſegundo, que no ay neceſsidad de ir à dicho Puerto Cavalla.

35. El tercero , quarto, y quinto dixeron : Avia cometido extravio en el viage à el referido Puerto. El tercero ; porque la derrota , deſde la Habana , à dicho Puerto de Honduras, ſe haze navegando al Norueſte , con poca diferencia, y deſde la Habana, à el Norte de dicha Coſta , del Norte à el Norueſte. Y el quinto ; porque la navegacion à dicho Puerto de Honduras , ha de ir à el Sur , diſminuyendo latitud , por hallarſe en catorze , ù quinze grados , con poca diferencia; y para ir deſde la Habana à dicha Coſta, ha de ir à el Norte , aumentando latitud , por eſtàr en treinta grados de altura.

36. Supueſto eſte hecho, que reſulta comprobado de los Autos, reducirèmos à vn Articulo las concluſiones de derecho , que juſtifican la obligacion de los Aſſegurad̃pres, y el caſo porque deben pagar las cantidades aſſeguradas, que conſtan ſupr. ex n. 8. & 11. fundando , que en aver navegado , y entrado dicha Balandra en los referidos Puertos , no mudò de viage; antes ſi Lucien Boucard ſu Patron, obſervò , y guardò el eſtipulado en la Poliza referida , previniendo antes algunas reglas , que ſuelen ventilarſe en eſte genero de contratos.

37 En la materia de ſeguros, es induvitable , que el vſo , y eſtilo comun , que ha hallado el publico comercio por mas conveniente en todas las Naciones amigas , y neutrales diſtantes del Reyno, es remitir ſemejantes Polizas, à ſus correſpondientes , quienes buſcan perſonas , que ſobre ſi reciban rieſgos maritimos, vnos en cortas, y otros en crecidas cantidades.

38. O hallandoſe en eſtos Reynos executando dichas Polizas, arregladas à lo eſtablecido por la contratacion , ſolicitan en ellos, quienes reciban à ſu cargo dichos rieſgos: y aſsi lo refiere Cardin. de Luc. *tom. 8. de Cred. & deb. diſc. 6. num. 1.* ibi: *Cum non facilius reperiatur negotiator , qui ſolus huiuſmodi magnas aſſecurationes faciat , hinc propterea ſæpe quentior ſtilus eſt , vt id ſequatur à pluribus, qui pro diverſis ſummis , vel ratis diverſis diebus , per ipſos aſſecuratores annotari ſolitis in vno, vel pluribus ſolijs ſeu Apochis in preſsis eiuſdem tenoris circumferri ſolitis per proxenetas huiuſmodi negotia tractantes ſe obligant.*

39. Ttambien es induvitable , que en el tiempo preſente ſon juſtos eſtos contratos ; aunque en otros ſe diſputò con la Bulla de Gregorio IX. *in cap. fin. de Vſur.* ibi: *Naviganti, & eventi ad nundinas certam mutuans pecuniæ quantitatem , eo quod in ſe ſuſcepit periculum , recepturus aliquid vltra ſortem , vſurarius eſt cenſendus.* De que inferian , que la aſſecuracion *vſuram ſapiebat.*

40. Pero ya el eſtilo, ò neceſsidad publica , permiten eſtos pac-

pactos, fundandose, en que nullo iure sun: prohibiti: *ex leg. Statuas. ff. de Relig. & sumpt. fun. Leg. Saupheli. ff. loca. Leg. Periculi præstium. ff. de naut. fenor. Leg. Si factum retis. ff. de act. empt. & vendit. Leg. Fistulas. §. Frumenta. ff. de contr. empt.* Dom. Covarrub. *lib. 3. Variar. cap. 2. num. 5.* Sant *in suo tract. de Assecur. part. 3. ex num. 5.* Valasc. *cons. 28.* Auctor Curiæ Philip. *lib. 3. Comercio naval. cap. 14. seguro, num. 4. cum alijs quos refert.*

41. La razon vnica es: Porque es permitido à qualquiera, *pacisçendo periculum subire, & in se libenter assummere*; y por la incertidumbre, y dudoso evento: *ex leg. Si opus, à vers. 36. ff. locat. & leg. decem. ff. de nautico fenore. Leg. Iuris gentium. §. Item si quis pactum. ff. de pact. Leg. Et Ariston. ff. mand. leg. Si in venditione. ff. de peric. & commod. rei vend.*

42. Extension legal, que tolera el que los Fiadores puedan recebir sin riesgo de vsura cantidad cierta: *pro actu fide iubendi, ex eo*: que recibe en si, y por su quenta el peligro de la obligacion: *ex dispositione. Leg. Si non remunerandi. §. Maurus. ff. Manlac.* Palac. Rub. *in cap. per vestras de Donation. int.* Dom. Covarrub. *dict. lib. 3. Var. cap. 2. num. 6.* Cayet. & Sor. Novar. & alijs Ioann. Lup. *de Vsur. comment. 3. §. 1.*

43. De que ha resultado la disputa de la acepcion, ò nombramiento de estos contratos, queriendo vnos sean innominados, fundandose *in leg. Gratuita. §. 1. & leg. Naturalis. §. Sed si faciam. ff. de præscript. verb. Leg. Eum qui. ff. commodat.* Y por la inteligẽcia de Baldo, y otros muchos, que tuvieron este contrato por facio vt *des pecuniam, quia suscipio periculum* Santerna. *in dict. 3. part. num. 7.*

44. Otros, que este contrato es de compra, y venta, *aut saltim ei magis accedere*; porque se haze por precio cierto y determinado que constituye à el Assegurador en comprador del riesgo: y porque se estiman las cosas aseguradas, que despues de sucedido, se pagan. y porque el mismo que compra el iactum retis por los textos conocidos, y todos los Autores concuerdan que estos contratos son de buena fee, & non stricti iuris para sus determinaciones: Vti omnes tenent *in §. Actionum inst. de action.* Por lo qual regularmente resuelven sus dudas los Consulados, y los determinan hombres del comercio.

45. Vltimamente Dom. Salced. *tractat. Iuridic. & Polit.* del Contravando, *cap. 17.* reduce nuestro concepto con estas elegantes palabras: *Y aunque varios los Escriptores, vnos quieren se tenga por innominado, otros por locacion, otros por venta, y los mas por fiança, en qualquier acepcion, que regulèmos su naturaleza, es licita, y permitida, assi en el fuero interior, como exterior, segun sentencia comun de Juristas, y Theologos.*

46. His præibatis: Dize Don Joaquin Bernier, q̃ arreglãdose à la observancia, practica, y permision deste contrato, solicitò en las Ciudades del Puerto, Cadiz, y Sevilla à Don Fernando Franco, Felipo, y Consortes, que le assegurassen el riesgo de dicha Balandra, y sus efectos, por no aver hallado vno solo, que el todo de èl afiançasse, desde Nantes à la Granada, Costas del Norte de España, y buelta à Nantes, conforme à el supuesto, que queda referido supr. num. 37.

47. Dize tambien, que la perdida de ella provino de causa, cuya posibilidad se tuvo presente por los Asseguradores: *Vt patet supr. num. 6.* ibi: *Y con estas condiciones, somos contentos de correr este dicho riesgo, el qual se entiende de mar, y viento, de fuego, de amigos, y enemigos, de qualquier Nacion que sean.* De que resulta aver llegado el caso de la obligacion que à su favor contraxeron, y deber ser condenados à pagar las cantidades, que en dicha Poliza asseguraron.

Que

48. Que huviesse sucedido el apressamiento de la Balandra en Puerto Cavalla en Honduras, consta del testimonio suprà numero 14. cuyas dos declaraciones que contiene, hechas por Jorge Bideaud, y Francisco Billàn, Piloto, y Carpintero, ante vn Consegero del Rey Christianissimo, constituyen plena probança de su perdida: *Ex eo quod in ore duorum, vel trium stat omne verbum vt Deuteronom. cap. 19.* Anton. Gom. *in leg. 3. Taur. num. 23.* Aunque solo era suficiente, conforme à la Poliza general de Indias, el que dentro de año, y medio no huviera parecido ni de ella se tuviera noticia, para que se condenasse à los Assegurados à la satisfacion de las cantidades asseguradas.

49. Y en la sugeta materia, que puede el Capitan, ò Patron probar el naufragio, ò caso fortuito, con los testigos del Navio, Balandra, ò otra Embarcacion, ante el Juez del Lugar mas proximo donde ocurriere, sin que la falta de la citacion de las personas de cuyo perjuizio se tratare, vicie, ò excluya la fee que merecen, y sea concluyẽte justificaciõ cõtra ellas, presentandose ante Juez competente: Tenet Auth. Curiæ Philip. *lib. 3. Comerc. Naval, cap. 12. daños, num. 32. ex text. in leg. 2. C. de naufrag.* Anton. Gom. *tom. 2. Var. cap. 12. num. 21.* Mayormente, quando dichas declaraciones fueron hechas en tiempo que no podia moverles el interesse de vnas, ni otras partes, ni por ellas ser prevenidos los dichos Jorge Bideaud, y Francisco Billàns; y por esta razon à las informaciones sumarias, aun en las causas Criminales, y de gran perjuizio, se les dà entero credito, por ser prueba sin sospecha, y descubrirse en ellas la verdad: Sic Bobadill. *in Polit. lib. 3. cap. 15. num. 46.*

50. La razon es: Porque despues la diligencia de las partes en los juizios plenarios, y dilatados, suelen confundirla, alegando, y probando nuevas excepciones, que ni intervinieron en el hecho, ni vinieron en su pensamiento: *Vt deducitur ex cap. cum dilecti de accusat.* ibi: *Non obstantibus excusationibus, quas de novo proposuit &c.*

51. Ni tampoco puede viciarla el defecto de la controlacion, que los Asseguradores han ponderado; pues siendo el medio en que lo fundan, el que esta es precissa solemnidad, que debe concurrir en qualesquier instrumentos que en la Francia se otorgan: se satisface, conque en nuestra Espaãa, y superioridad de sus Tribunales, sabida la verdad, y atendida la buena fee, se libran, y determinan las causas: *Ex leg. 10. tit. 17. lib. 4. & leg. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.*

52. Y porque vno, y otro se verifica del testimonio expressado: Lo primero, por aver venido autorizado con ocho firmas de hombres del Comercio de la dicha Ciudad de Nantes, de que se hizo comprobacion en la Ciudad de Cadiz con quatro testigos, hombres del Comercio de ella, que de conocimiento contestes deponen de aquellos, y que eran suyas dichas firmas, por aver estado en aquella Ciudad, y vistolos firmar muchas vezes: Y lo segundo, por testificar, q̃ la de Giraad, Escrivano de aquel Almirantazgo, por quien està autorizado, es verdadera, y que como à tal se le debia dar entera fee, y daba en todas sus Escripturas, en justicia, y fuera de ella; de que no puede quedar duda se halla la verdad, y realidad del hecho de la perdida de dicha Balandra comprobada: Ex dictis à Pareja *de Instrum. edict. tit. 1. resol. 3. §. 2. ex n. 50.*

53. Sin que la pueda tergiversar el defecto de la escrupulosa solemnidad de controlacion que se opone; mayormente, quando en lo substancial deste instrumento, no se ha opuesto vicio, ni reparo

por

por los Asseguradores, cuyo silencio comprueba la legalidad de èl. Pareja, *loco vbi prox. n.* 55. y afiançan mas los requisitos, que à el numero 57. previene deben contener qualesquier instrumentos, que vnos, y otros se verifican en el de nuestro caso.

54. Menos puede ocultarse la de la existencia de la carga, por el proprio conocimiento de ella, que queda referido supra numero 13. y valor de mas de diez mil pesos (que no han negado los Asseguradores:) y siendo como son seis mil los assegurados, se convence que corriò Don Joaquin el riesgo de la tercera parte; y no solo esta, sino tambien el cuerpo de la Balandra, que vno, y otro supercrece con mucho exceso à los dichos seis mil pesos: por cuyo medio cessa la regla que se opone. Et referunt Santern. Strac. quos Curia Philipic. *dict. lib. 3. Comerc. Naval, §. 14. Seguro, num. 6. in fine congesit.* De que debe correr la tercera parte del riesgo el Assegurado.

55. A que se llega; que para esta justificacion basta el juramento de Bernier, conforme à vna de las limitaciones de la Poliza general de Seguros, ibi: *Entiendese, que en quanto à el costo, y valor de la mercaduria se ha de creer por solo el juramento de el Cargador, sin mas diligencia.* Y asimismo por aver los Asseguradores diferido en èl esta probança, ibi: *No tendrèis obligacion de lo susodicho de exhibir despacho de la Aduana, ni de otra clarecia alguna de su calidad, cantidad, ni valor: mas solo con fee de perdida, y el daño que hvviere recebido, y el simple juramento vuestro, ò qualquier conocimiento, ò quentas que nos mostrèis extrajudicialmente, os pagarèmos llanamente el todo, ò la rata del daño que nos cupiere à cada vno.*

56. De que inferimos, que como fundamento de la intencion de los Asseguradores, debieran probar plenamente lo contrario, *nam quoties aliqua qualitas est fundamentum intentionis alicujus debet illa probari. Leg. Qui, ff. de probat.* Y no aviendolo assi executado, debe presumirse *pro validitate actus. Leg. Quoties. ff. de rebus dub.* y en estos proprios terminos. *Decision Genuens. 5. num. 11. vers. secundo responsum.* Y que verdaderamente la corriò en mucho mas que la tercera parte.

57. Y se comprueba, que assi por disposicion de ley (que esta fuerça tiene la dicha Poliza general) como por expressa convencion de las partes, se debe estàr à el juramento hecho por Don Joaquin, en quanto à el valor, calidad, y cantidad de los efectos, casco, y buque de la Balandra, daño, y perdida en ellos padecida: Text. *in leg Non erit. §. Dato. ff. de re Iudic.* Menoch. *cons. 217. num. 8.* Guzm. *de Evic. quæst. 14. num. 2. 4. 5. & 6.*

58. Y aunque se han empeñado en negar el riesgo del casco, y buque de ella, se hallan convencidos, por lo literal de la Poliza, en que lo asseguraron, ibi: *Por quenta de quien perteneciere que assegurar sobre fatalidad en la Balandra el Rubì, à correr riesgo, desde la hora que saliere, ò huviere salido de Nantes, &c.* Sin que la regla que afirma, que quando simplemente se assegura vn Navio, se entiēde de el cuerpo de èl, y no de las Mercaderias; como si de estas en la propria forma se executa, solo de ellas se considera, por la diversidad que entre si vno, y otro contiene: Vt ait Sant. *de Assecurat. 4. part. ex n. 68. vsque ad 92.* pueda influir lo contrario.

59. Porque siendo, como es la assegurac iō especifica de vna, y otra especie; todavia sin tener respeto à el termino vniversal de que vsaron los Asseguradores, ibi: *Totalidad en la Balandra*, comprehensivo de ambas. *Leg. Iulianus, in princ. ff. delegat. 3. Leg. Hoc art. ff. de hæred. inst.* Surd. *decis. 265. num. 30.* Dom.

Va-

Valençuel. Velazq. *conſ.* 43. *n* 120. ſe halla comprobada en vna, y otra, ibi: *A correr rieſgo, ſiendo ſus efectos deſcargados en ſalvamento.*

60. Luego eſte ſeguro, y animo de los Aſſegura dores, tuvo reſpecto, no ſolamente à las dichas Mercaderias, ſino tambien à el caſco de la Balandra donde ſe conducian; pues de otra forma fuera inutil, y ſuperflua la convencion expreſſa que hizieron ſobre la totalidad, ò la del caſo que previnieron de la perdida, robo, ò otro daño que ſucediera de los efectos, lo que no puede conſiderarſe. *Leg. Si quando in princ. ff. de leg. 1. Leg. Hanc leg. ff. de contrab. empt. Leg. Si ſtipulatus in princ. ff. de Vſuris.* Dom. Valençuel. Velazq. *conſ.* 23. *num.* 104. *deciſ. Genuenſ.* 83. *num.* 6.

61. Tampoco puede ſer excepcion de los Aſſeguradores, que infrinxa, y elida la obligacion de Don Joaquin, la de negarle el dominio de la dicha Balandra, y efectos en ella cargados para fundar que no corriò el rieſgo de la tercera parte de las eſpecies aſſeguradas: porque ſobre la coſa agena ſe puede contraer, y aſſegurar qualquiera. *Leg. Commodare. ff. commod. Leg. Si alienum. ff. ſolut. matrim.* Gamma, *deciſ.* 181. *n.* 3. vbi Flores Diaz de Mena, Sant. *de Aſſecurat.* 4. *part. num.* 47. *deciſ. Genuenſ.* 5. *num.* 11. Curia Philipic. *cap.* 14. *Seguro, num.* 15.

62. Ni lo es, negarle à Don Joaquin, que la perdida no fue general de todos los dichos efectos; porque el que huvieſſe comerciado parte de ellos en Cumanà, no es dudable, que en eſte Puerto tomaria otros, ò ſu valor en dinero, para proſeguir ſiguiendo ſu derrota, vendiendo vnas eſpecies, y ſubrogandolas en otras: y aviendo llegado el caſo de el aſſalto, y apreſamiento de los Pyratas Ingleſes, es convincente prueba, de que no ſolamente perecieron los que ſe avian ſacado de Nantes, ſino tambien los que en el trafico, y comercio referido avian aumentado.

63. Antes ſi de eſta excepcion reſulta comprobada la contrariedad de las opueſtas, y ninguna juſtificacion de ellas; y eſpecialmente la de la no exiſtencia de la carga, à el tiempo que ſaliò de Nantes para la Granada; aſsi por lo que reſulta del referido teſtimonio, ſupr. num. como porque ò es incierta eſta, ò la ſegunda ſe opone à ella, pues no puede Don Joaquin tener à vn miſmo tiempo aſſeguradas las mercaderias, y libres del rieſgo que padecieron, y que eſtas no ſe huvieſſen embarcado, y conducido en la referida Balandra: *Quia nullius entis nullæ ſunt qualitates. Leg. Eius, qui in provincia*, verſ. *Quoniam. ff. Si certum petatur, lex.* 4. §. *Condemnatum. ff. de re iudic.*

64. Y ſiendo incierta la primera, por la inveroſimilitud, de que fueſſe de vacio navegando los Puertos expreſſados, y Don Joaquin pagaſſe los premios à los Aſſeguradores, finalizado el rieſgo con felizidad en el Puerto pactado, ſin vtilidad alguna. La miſma repugnancia ſe verifica en la ſegunda; porque hallandoſe para ſalir del Puerto Cavalla, à el tiempo del apreſſamiento, es ilacion legitima, eſtaban ya à bordo los efectos permutados, ò el valor de los vendidos. Como lo es tambien, que en fuerça de eſte argumento, que ſe deduce: *Ex leg. Non eſt. veroſimile. ff. de eo quod metu cauſ. Lex Cum avnus. ff. de cond. & demonſtr.* Surd. *de Aliment. tit. 9. quæſt.* 12. *num.* 25. Deben los Aſſeguradores, y han debido probar lo contrario, como fundamento de ſu intencion. Sic Rora Genuenſ. *dict. deciſ.* 5. *num.* 9. ibi: *Eum qui dicit indebitum exactum debere probare, ex tot. tit. ff. de cond. in deb.* Vnde cum agentes dicerent Ioannem Bautiſtam *non habere riſicum in Navi, & ſic in debite exegiſſe, debent ipſi hoc*

probare, quamvis sit negativa; cum sit fundamentum intentionis agentis.

65. Y aunque todos los fundamentos por Don Joaquin opuestos, pudiera omitirlos, por tenerlos ya justificados con la Executoria q̃ obtuvo en el que siguiò contra Don Sebastian Lasqueti, y Consortes, de *quo supr. n.* 12. y que no pueden deducirse en este para apoyo de tanta determinacion; porque fuera temeridad, querer alcançar los muy superiores que V. S. tuvo para darla, no obstante se haze esta breve representacion, en gracias, y obsequio de ella.

66. Y se prueba de la referida Executoria, el total desprecio que merecen las que los Asseguradores han opuesto en este pleyto; porque en el primero fueron condenados los Asseguradores, no obstante la tenazidad conque las deduxeron: de que se convençe que lo han de ser estos; porque dicha Balãdra siguiò el viage, y rumbo, que debiò, y se pactò fue realmente cargada, y perdida en Puerto Cavalla, cõprehendido en el seguro, como los demàs, que son vnos escalas de otros, y navegacion tan breve, como de ocho dias de vno à otro, como lo es la Habana de Puerto Cavalla; y estar assi prevenido en vna de las limitaciones de la Poliza general de Indias, ibi: *Y la que fuere à el Cabo de Honduras, pueda hazer escala en las dichas Islas de Canaria, San Juan, y Isla Española, y en la Isla de la Jamayca, Cuba, y Habana.*

67. Y por consiguiente, les obsta à los Asseguradores de este pleyto, la Sentencia dada en aquel: y si negaren, que no es cosa juzgada para con ellos, por no aver litigado, no podràn excluir, que como solidissimo fundamento, y mas que exemplar prueba, cumpliò Bernier con las condiciones de la Poliza, y deben pagarle el riesgo que afiançaron.

68. Y de la repeticion de tan inutiles medios, se confirma la propension que siempre han tenido los Asseguradores, en la solicitud de varios subterfugios, para evadirse de la paga, quando llega el caso de ella: como à este proprio assumpto refiere Santern. *de Assecur. 4 part. n.* 47. Rot. Gen. *dict. decis. 5. num.* 11. Fontan. *decis.* 243. *num.* 16. Cuyas Autoridades son dignas de perpetua memoria, para no permitirse dè lugar à ellas. Sic Cardin. de Luc. *de Credit. & deb. disc.* 106. *num.* 5. *& in Summ. num.* 118. vers. *Ad huc tamen.*

69. Porque despues de que voluntariamente assegurarон el peligro, por la esperada vtilidad, à que les moviò su conocida ambicion; no consiguiendo esta, vienen ponderando los visibles riesgos que acaecen regularmente en el mar, la debilidad, y flaqueza de vna tabla, el conocido imperio, que sobre el movimiento de las aguas la Luna tiene: Ex Plin. *in Histor. natur. lib.* 2. *cap.* 97. *&* 98. y lo que pondrò Seneca, por estos Distichos.

Audax nimium, qui freta primus
Rate tàm fragili perfida rupit,
Terras que suas posterga videns,
Animum levibus tradidit aures;
Dubio que secans aquorum cursu,
Potuit, tenuid fidere ligno.

Y Horatio, lib. 3. carmin. Odd. 3. inquit.

Qui fragilem trusit commisit pelago ratem.

70. Cuyo concepto se halla verdaderamente practicado en la nueva excepcion (propria cabilacion de los Asseguradores) que convencidos en las que se avian opuesto en el pleyto executoriado contra el dicho Don Sebastian Lasqueti, y Consortes, y que por ellas no podian obtener, ocurren à suponer, que el riesgo que assegurarон, fue en la navegacion de los Puertos del Norte de España, en la Europa, y no en los de la America.

71. Y argumentando à ſufi-cienti partium enumeratione: *Ex leg. Patre furioſo. ff. de his qui ſunt ſui, vel alien. iur. L. Ex maleficijs. §. Hæres. Leg. bligationu fere. §. Placet. ff. de act. & oblig.* Cuyo argumento dize Cevall. *Commun contr. comm. tom. 4. quæſt. fin. num.* 182. Es valido, y eficàz en la diſpoſicion de Derecho: mayormente, numerandoſe ſufi-cientemente todas las partes: *Lex Filius. §. Filius familias.* Vbi Gloſſ. *ff. de liber. & poſth.* Cardin. Thuſc. *tom. 1. litt. A. concluſ. 492.*

72. Se infiere, que no tu-vieron los Aſſeguradores en eſte pleyto otro fundamento, para que à ſu favor ſe pronunciaſſe la Sen-tencia de Viſta, que la de aver con-ſideradoſe por infalible, y cierta la dicha nueva excepcion; y que di-ziendoſe Puertos del Norte de Eſ-paña, ſe entienden los de la Euro-pa. Porque ſi en la propoſicion vniverſal, *Coſtas del Norte de Eſ-paña*, eſtàn comprehendidos los Puertos de Cumanà, y demàs que navegò dicha Balandra, y que de eſtos hablaron, y pactaron Ber-nier, y los Aſſeguradores, no es du-dable, que falta el extravio, y mu-dança de viage, que han opueſto en eſte pleyto, para fundar, que la perdida no provino de aquellos caſos, ò accidentes, que regular-mente, y ſegun la nturaleza de eſte contrato (donde ſe compra, y ven-de el peligro, y la contingencia, como explica el Juriſconſulto Ce-bola, *leg. Periculi prætium eſt. ff. de Nauf. fænor. Leg. Fœnerator. ff. eod.* ibi: *Vbi non alias petitio eius creditori com-petat, quàm ſi ſalva navis inter ſtatuta perveneri.*) Pudieron ſuceder.

73. Sino por aver faltado à las condiciones eſtipuladas, de que no avian de cometerſe barrate-ria, mancamento, ni mudança de viage: porque aviendo opueſto eſ-tas excepciones los Aſſeguradores del pleyto executoriado, ſus pro-prios teſtigos convencieron lo ma-licioſo de ellas, conteſtando con los que preſentò Bernier; y afir-mando vnos, y otros, que Cuma-nà, la Guayra, Santo Domingo, la Jamayca, y la Habana, ſon Puer-tos del Norte de Eſpaña en la Ame-rica, como lo es el de Cavalla en Honduras: *patet ſupr. n.* 29. 30. 31.

74. Por eſtàr vnos, y otros dentro de la linea Equinocial, y ſer todos los que eſta comprehende, del referido Norte; y del Sur todos los que fuera de ella ſe hallan. Y ſiendo como ſon los teſtigos de Bernier, dos Pilotos, y vn Capitan practico en la navegacion de aque-llos mares, concluyendo cada vno la cauſa de ſu afirmativa, no es diſ-putable, que como à inteligentes, y peritos el Derecho difiere la fee, y juſtificacion de qualquier hecho, en las materias de ſu arte, y profeſ-ſion: *Lex 50. tit. 5. lib. 2. Recopilat. text. in leg. 1. ff. Vent. inſpic. Leg. Si irruptione. §. Ad officium. ff. fin. reg. cap. Propoſuiſti de probat.* Sanch. *de Matrim. lib. 7. diſp. 112. num. 1.* Dom Amaya, *in leg. 2. C. de Iur. Fiſc. lib. 12. num. 25.*

75. Y haze mas eficàz eſta prueba, el aver depueſto contra producentem algunos de los teſti-gos, que en el pleyto executoriado ſe preſentaron: *Vt patet ex dict. num.* 31. Cuya circunſtancia en el ſentir de Farinacio, *quæſt. 62. num. 226.* y 237. *ex leg. Qui teſtibus. C. de teſt lib.* Conſtruye plena juſtificacion con-tra el que le preſenta. Giurb. *obſerv. 73. n. 4.* Maſcard. *de Probat. concluſ. 1242. num. 2.* De que reſulta ſer tan relevante, y concluyente, que no dexa que arbitrar, ni dudar.

76. Y menos de que ſe deſeſtimò en dicho pleyto executo-riado, el defecto de la verdadera exiſtencia de la carga que, ſe opu-ſo, el de que la Balandra ſe huvieſ-ſe apreſſado en el dicho Puerto Ca-valla, por la prohibicion del co-mercio, reſpecto de no aver prove-nido de eſta cauſa. Como en otro ſeguro fundò Corneo, *lib. 1. conſ. 273. n. 7. & ex dict. à Ioann. Bap. tor.*

comp. dec. part. 2. verb. Assecuratoris Navis, in fine, y el que Don Joaquin huviesse corrido el riesgo de la tercera parte, por ser lo contrario cierto: como tambien el que por el testimonio sacado del Almirantazgo de Nantes, y presentado en este pleyto, se desvanecen vnas, y otras excepciones, y justifica la accion de Bernier, y obligacion de los Asseguradores, sin averse apreciado la solemnidad de controlacion, que tambien se opuso.

77. Y siendo todas estas las partes en que fundaron su argumento los Asseguradores del pleyto executoriado, se concluye no aver en este otra diferencia de aquel, que el no averse dudado en vno de los Puertos estipulados, y en otro, quererse controvertir, y persuadir fueron los de la Europa los pactados.

78. Vnico fundamento ha sido de los Asseguradores, para probar que los Puertos de la Costa del Norte de España, pactados en dicha Poliza, fueron los de la Europa, y no de la America, el que y *España* es termino analogico, y que este siempre se ha de entender *pro famosiori significato cap. Pudor 32. quæst. 2. §. Sed si ius quidem civile inst. de Iure nat. gent. & civ. leg. 1. §. Si is qui navem. ff. de Exertit. act.* Dom. Salgad. *de Retent. Bull. 2. part. cap. 3. num. 44.* Y que hablandose de los Puertos de ella, estàn significados los de la Europa, como mas proprios de la palabra *España*.

79. Pero no pueden negar, que la contraccion que hizieron, asseguando el riesgo en los Puertos de la Costa de España, se halla la duda de si la mente, è intencion suya, tuvo respecto à los de la Europa, ò à los de la America, por hallarse vnos, y otros denotados con vnas proprias palabras, y baxo de vn proprio, y superior dominio comprehendidos: Y probandose por Don Joaquin, que el riesgo asseguado fue en los dichos Puertos de la America, ni aprovechará à los Asseguradores la mas famosa significacion conque arguyen, ni tampoco la amphibologia de los Puertos.

80. Difinese la amphibologia: *Est quid ambiguum quoties eadem scriptura manente, significatio, vel eius intellectus in diversas partes flecti potest.* Rox. *de Incompat. part. 1. cap. 11. num. 18.* Y quando en los actos humanos se halla, la significacion, y sentido de las palabras, se ha de tomar por aquella, que mas adèqua, y conviene à la materia de que se trata. *Leg. Insulam. ff. de præsc. verb. leg. 1. §. Si quis ita column. penult. ff. de verb. oblig.* Dom. Valençuel. Velazq. *cons. 112. num. 76.* Aquil. ad Rox. *part. 1. cap. 11. n. 4.* ibi:

81. *In ambiguo sermone ea significatio, quæ materiæ congruit accipienda est. Nam & si* (ait Bosi. Rethor. *lib. 4. cap. 1. §. 10.*) *taurus, & animal sit, & mons. & signum in Cælo, & nomen hominis, & radix arboris.* (Test. Fab. Quint. *lib. 8. cap. 2.*) *non tamen ambiguè loquitur Astrologus, cum sidera numerans tauri meminit, quia ex natura materiæ de qua agit manifestum est, quomodo his vocibus vtatur, idem ait lex. 3. ff. de Reb. dub. in ambiguo sermone non vtrumque dicimus, sed id dumtàxat quod volumus.*

82. Y adaptando esta razon legal à el caso deste pleyto, se halla en èl probado, que los Puertos de la Costa del Norte de España, de que los Asseguradores, y Don Joaquin trataron, fueron los de la America; y por consiguiente excluida la amphibologia, y duda conque han pretendido eximirse del riesgo padecido: porque todas las vezes, que el animo, y la intencion de los contrahentes puede comprobarse cessa la regla que haze falible el contrato, por la incertidumbre. *Leg. 168. leg. 114. ff. de Regul. Iur.*

83. Pruebase este concepto: Lo primero; porque Nantes es Puerto de Francia en la Europa,

y

y la Granada Isla , y Puerto tambien de Francia en la America , à nueve , ò diez grados de altura de la linea Equinocial, y de los primeros que se encuentran en aquellos parages, y sobre la izquierda entran los de la Nueva España en dos Senos: vno de toda la Costa de Caracas , y la Guayra , y otro el Seno Mexicano, dõde està la Vera Cruz; y el primero lo cierran por la vanda del Norte las Islas de Puerto Rico, Santo Domingo , y la Habana ; y aumentandose la altura , ò distancia de la linea Equinocial la Costa de ambos Senos, và siempre encaminada à el Norte.

84. Y Cumanà, la Guayra, Santo Domingo , la Jamayca, la Habana , y Puerto Cavalla en Honduras , es navegacion tan corta, que en ocho dias se finaliza, por la proximidad que vnos , y otros Puertos tienen à la dicha Isla de la Granada: pat. supr. ex n. 16.

85. De que inferimos , que tratandose de vn Seguro , desde Nantes à la Granada , Isla de America , y Puertos del Norte de España, no pudieron pensar los Asseguradores en los de la Europa ; porque siempre solicitan correr el menor riesgo, ò que sean mayores los premios: y sin estos no avian de dexar Puertos tan vezinos, por otros, cuya distancia de 1600. leguas (que se numeran desde dicha Isla , y no se ha negado) les constituìa en mayor peligro. Mastrill. *decis.* 182. *num.* 20. ibi: *Et ideò quia maior stabat periculum cautius agendum erat, vel saltem cum difficultate , ac maiori prætio seu constito.*

86. Lo segundo : Porque los Asseguradores , y Bernier, son todos de Nacion estraña , y no tienen la comprehension , que los de la nuestra en estos Dominios, para la distincion de la mas famosa significacion. Conque se arguye, y en caso de duda, se debe ocurrir à la costumbre , y Region de los que contraen. Mirabilis text. *in leg. Hæredes palam. §. Si quid post factum testamentum. ff. qui testamenta facere possunt Argum. leg. Imperatores. ff. de contrahend. empt.*

87. Lo tercero : Porque esta costumbre se comprueba de las declaraciones de los dichos Jorge Videau, y Francisco Villàn, que se refieren supr. num. 13. y à el n. 17. dizen, ibi: *De cuyo Puerto aviendo salido el dia diez y siete de dicho mes de Febrero , para ir à la Costa de España , à hazer su negociacion, llegaron à Cumanà à veinte y cinco de el mismo mes.* Luego para explicar los Puertos de España en la America , no se necesita de que se ponga el additamento de *Nueva*; assi por no ser estilo en los que no son Españoles, como por la sugeta materia de ser el seguro desde Nantes à la Granada , Isla de la America , y no aver otros Puertos de España, que los de Cumanà , la Jamayca, la Habana, &c. y ser incierto en el hecho, que los de la Europa median entre la Granada , y Nantes , como lo manifiesta la referida distancia de 1600. leguas: Y que en estos parages, navegando derechamente desde Nantes à la Granada, y de este Puerto à el antecedente, no se enquentran los de la Europa, por la distancia que queda ponderada.

88. Lo quarto: Porque los dichos Jorge Videau , y Francisco Villàn, acreditan mas este concepto, en la referida declaracion suprà num. 18. ibi: *Que los declarantes se fueron à San Pedro*, Costa de España, *de donde passaron à la Habana , y de alli se embarcaron en el Navio llamado el Africano , que los conduxo à Nantes ; y su Capitan se embarcò en su Canoa para la Jamayca.* Y suponiendo , que el dicho Puerto de San Pedro es en la Nueva España.

89. Se deducen dos legitimas ilaciones : La primera , que para explicar los dichos Puertos , no se necesita del aditamento *Nue-*

va España, que es la prueba de nuestro antecedente. Y la segunda: Que la retrovenegaciõ al referido Puerto de Nantes, es tãbien derecha; porq̃ desde el de Hõduras, bolvierõ dicho Piloto, y Carpintero à la Habana, y deste al primero, de donde avian salido, hallandose la misma prueba en la buelta del dicho Capitan Lucien Boucard, desde el referido Puerto Cavalla, al de Jamayca: Y por consiguiente se verifica, el que vnos de dichos Puertos son escalas de otros, sin extravio de viage, y rumbo para su navegacion, ni restitucion al dicho Puerto de Nantes, conforme à la Poliza deste seguro.

90. Lo quinto: Porque confirma (sin dexar razon de dudar) este concepto, la condicion de la Poliza del pleyto executoriado supr. num. 12. donde aviendose assegurado el riesgo desde Nantes para la Granada, y desde alli *al Norte de la Costa de España*, dize, ibi: *Con facultad à dicho Capitan, de poder tocar en algun Puerto de España en la Europa.*

91. De donde tambien se infiere con evidencia, que los Puertos de que hablaron, y expressaron, con las palabras *Costas del Norte de España*, fueron los de la America. Argum. text. *in leg. In prævaricat. §. vltim. ff. de prævaricat. L. Dissentientem. C. de divort. L. Nam quod liquide. §. fin. ff. de pœnn.* Menoch. *de Arbitrar. lib. 1. quæst. 30. & cons. 4. n. 23.* Valasc. *consult. 45. num. 1.*

92. Lo sexto: Por el proprio hecho de aver dicha Balandra navegado desde Nantes à la Granada, y demàs Puertos, sin aver extraviadose à otros; de que se presume lo executò assi, *in vim præcedentis obligationis, ex dict. decis. Genuens. num. 5.* ibi: *Cum semper quis præsumatur feciſſet actum in vim præcedentis obligationis, & vbi potius veniret evitandum intereſſe, & pœna, quam vbi nullum intereſſe, & pœna incurreretur; leg. 3. & leg. & magis. ff. de solut. Prout quoque in dubio factum, quid magis præsumitur ob causam quæ arctabat, &c.* Pues no es de discurrir, que sin motivo de particular interesse, se expusiesse Don Joaquin à pagarle los premios à los Asseguradores, pudiendo perder tambien los efectos cargados, en viage contrario à el estipulado.

93. Lo septimo: Porque siendo vna Embarcacion tan pequeña, no es verosimil pensassen los Asseguradores en la navegacion à los Puertos de Europa; como contra vn Mandatario (que pudiendo elegir vn Navio, para conducir las mercaderias, las conduxo en vn Barco) se decidiò en la Decision Genuense 174. ibi: *Neque etiã est verũ quod sit facta transmissio per æquipolens: quia est facta in modo multi differenti: melius est enim habere suas merces in navigio magno quatuor millium quingentarum salmarum, quod est fortius ad evitanda pericula maris, quam navigium duarum millium salmarum quod est debilius.*

94. Y en la *diccion* 182. *num.* 85. se confirma este concepto; à el numero 25. ibi: *Et in casu isto verum erat dicere, quod mercatores aliter non erant contracturi super Barcham, quæ habebat facinas, nec vtebatur remis, & tanto numero nautarum, quanto opus erat producenda fragata, & ideò quia maius extabat periculum cautius erat agendum.*

95. Lo octavo: Porque los efectos cargados eran hierro, y harina, como queda referido suprà num. y estos incapazes de producir ganancias en estos Reynos, y ser vtil comercio de los de la America: cuyas circunstancias, hazen innegable la mente, è intencion de los Asseguradores, y que no tuvieron presentes otros Puertos, que los que la dicha Balandra navegò, y ellas prueban plenamente, que estos, y no los de la Europa, se comprehendieron en la re-

referida Poliza : Ex Graveta, *conſ.* 158. *num.* 11.

96. *Itaque ex præmiſsis omnibus ſimul vinitis negari non poteſt quin plenè indicatur probatum , quia multæ præſumptiones ſimul iunctæ faciunt vnam plenam probationem.*

97. Bien ſe manifieſta eſta realidad , de la propria conſonancia de las preſumpciones , que eſtàn ponderadas , que verdaderamente conſpiran, y concuerdan en vn proprio fin,y en el de que el rieſgo aſſegurado , fue en los dichos Puertos de la America, ſin neceſsitar de indagar otra prueba , por ſer ſuficientiſsima eſta , como notò Baldo , *in cap. Cum cauſam de probat. num.* 1. ibi: *Et quæ non prorſum ſingula multa iubant, quia iudex inquiſitor veritatis debet cuncta rimari , nec adſtringeret animum ſuum ad vnam ſpeciem probationis; quia vna coadiubat alteram , & confirmat , ſicut in corpore humano ex membris multis ſibi invicem cohærentibus fit perfectum corpus; ita in iudicijs eſt reperire probationes , quæ adminiculis egent, vt in mente iudicis ſonent.*

98. Proſequitur ſic : *Sed ſi vna influit in alteram aliquid fieri,& altera in alteram , ita quod animus iudicis plene informetur tales probationes , non dicuntur ſingulares nec diſcrepantes , ſed dicuntur conteſtuales ad eligendam vnam debitam concluſionem. Leg. Qui ſententiam. C. de pœn.* ibi: *Conſpirantes concordantes, que in vnum finem.*

99. Afiançaſſe mas eſte diſcurſo , con las eſpecies que ſe proponem , y deciden *in leg. 2. tit.* 33. del ſignificamiento de las palabras , è de las coſas dudoſas, *part.* 7. Es la primera , quando entre los contrayentes ſe dificulta ſobre el caſo en que han convenido , ò ſus condiciones , y en eſte ſe diſtingue, ò puede valer , y ſubſiſtir en el ſentido de vno , y en el de el otro por el contrario. Y reſuelve la ley , que ſe ha de interpretar, para que pueda tener validacion, ibi: *Que ſi la poſtura ſobre que es la duda, es à tal , que non puede valer , ſino ſegun el entendimiento de la vna parte, è non ſegun la otra , que eſtonce la debe enterpretar, è declarar, ſegun el entendimiento por que puede valer , è non ſegun la otra.*

100. Y pone el exemplo: *Eſto ſeria , como ſi algun home eſtando en el Reyno de Murcia , prometieſſe de dar, ò pagar alguna coſa en Cartagena , faſta diez dias , è paſſando eſte plazo , demandaſſe el vno à el otro lo que le prometiera: Si el que avia de facer la paga , dixeſſe, que ſu entendimiento fuera de gelo pagar en Cartagena de Africa , è non en la otra; eſtonce el Iudgador debe declarar tal duda, como aqueſte , è debele facer que le pague en aquella Cartagena , que es mas cerca de aquel Logar, do fue fecha la poſtura, è por eſte caſo debe tomar exemplo, para todos los otros ſemejantes.*

101. Nunc ſic: puede aver eſpecie mas propria que eſta , para la deciſsion de la inteligencia , que ſe ha de dar à los Puertos deſte Seguro ? Parece que no puede aver otra: porque la duda referida nació de aver dos Cartagenas ; vna en la Europa, y otra en el Africa , como la que no puede negarſe encontràmos oy, por aver Puertos del Norte de Eſpaña en la America , y aſsimiſmo en la Europa ? Luego ſe ha de ocurrir à la proximidad, que cada vno de ellos tiene à los de Nantes, y la Granada. Y no dudandoſe la tienen los primeros, *debele facer que le pague en aquella Cartagena, que es mas cerca de aquel Lugar, do fue fecha la poſtura*; y no por los ſegundos , cuya diſtancia de 1600. leguas no ſe ha negado.

102. Otra eſpecie, es: Quando ſobre la duda que ſe ofrece , ſegun el entendimiento de las partes, puede valer el contrato por vna, y otra ? Y en eſte caſo reſuelve: *Que eſtonce el Juez debe tomar el entendimiento , que es mas acercado à la razon, y à la verdad.* Luego quièn podrà negarla, de que los Puertos deſte Seguro , fueron los de la America,

rica, por las razones que llevamos fundadas.

103. La vltima especie, es: Quando no se puede averiguar esta razon; y esfonce (dize la ley) *debe interpretar la duda contra aquel, que dixo la palabra.* Nunc sic, no son los Asseguradores quienes asseguraron el riesgo de dicha Balandra? No pueden negarlo, ibi: *Otorgàmos, y conocèmos las personas q aqui abaxo firmàmos nuestros nombres, que asseguràmos à vos, por quien de quien perteneciere, que assegurar &c. à correr riesgo desde la hora que saliere, ò huviere salido de Nantes, para ir à la Granada, y desde alli à la Costa de España y buelta à dicho Nantes.*

104. Luego aunque Don Joaquin no tuviera tanta justificacion, como tiene, de que los dichos Puertos fueron de la America, le bastava, que los Asseguradores debieron declarar estipulabã el riesgo en los de la Europa, que oy injustamente, y con manifiesta cabilacion pretenden, y no en la America, para que se debiesse determinar contra ellos, ibi: *Debe interpretar la dubda contra aquel que dixo la palabra.*

105. Con lo qual concurre, que los Señores Juezes deben contentarse con aquellas probanças, *quæ ex contingentia facti possunt haberi, & in his quæ sunt difficilis probationis sufficiunt leves, leg. 1. ff. Naut. caup.* Rota Genuens. *decis. 36. num. 4. & decis. 56. n. 2.* Mayormente, quando el Reo en las excepciones que opone, es actor, y debe probarlas concluyentemente: *leg. 1. ff. de Except. L. In exceptionibus, ff. de probat. decis. Genuens. 102. n 4.* Y que la de contravencion, en la mudança de viage, no se presume, si no se prueba. Rota Genuens. *decis. 3. n. 11.* Y assi, en el caso de la *decis. 5.* por no averse justificado, fueron condenados los Asseguradores: Y no teniendo alguna los deste caso, que per necesse concluiga, que los referidos Puertos, comprehendidos en el riesgo, fueron los de la Europa. Espera Don Joaquin se les condene, como à los que se refieren en la dicha *decis. 5.* por los fundamentos referidos.

106. Y aviendo convenido en que dicha Balandra, ò su Patròn, pudiera hazer las escalas que quisiera, forçadas, ò voluntarias, navegando à su voluntad adelante, y atràs; aunque pudiera aver alguna duda (que es impracticable) de que los Puertos fuerõ los de la Europa, atendida la licencia, y facultad expressada, que los Asseguradores concedieron, no pudiera obstarle à Bernier, la que se ha supuesto mudança de viage, conforme à otra decision de Florencia, que refiere Monach. *decis. 1. per totam.*

107. Donde sin embargo de aver mudado de viage el Patròn de la Nao, fueron condenados; porque entre los demàs casos fortuitos que avian renunciado, renunciaron tambien la barratetia de Patròn, en que se comprehende hazer escalas voluntarias, deteniendose en ellas sin necessidad, navegando atràs, y adelante, como el Capitã quisiere.

108. *Barratteria enim à barattando dicitur (quod latinè idem est quod permutare) vndè nihil aliud esse videtur, quam permutatio dolosa, exemplo officialium cum aliquid à privatis recipiunt, vt faciant non facienda, vel facienda omittant: Ex leg. 1. ff. ad leg. Julian. repetund.* Et latè cum Strach. & alijs Monach. *in Decis. Florentin. decis. 1. ex n. 9.*

108. De todo lo qual resulta, que los dichos Doña Ana Valois, Don Fernando Francisco Philipo, y Consortes, deben ser condenados à la paga de las cantidades que asseguraron: Y para ello espera Don Joaquin de la gran Justificacion de V. S. se sirva de mandar se reforme la Sentencia de Vista. Salva in omnibus. V. D. C. &c.

Lic. Don Christoval de Espinosa.

Lic. Don Thomàs Maldonado.



INFORME JURIDICO

POR LOS ILUSTRISSIMOS SEñORES OBISPO, Dean, y Cabildo de la Santa Iglesia Cathedral de la Ciudad de Plasencia, sobre la inteligencia, y practica de las Concordias otorgadas con el Real Monasterio de Nuestra Señora de Guadalupe, la primera en cinco de Marzo del año de mil quinientos y setenta y seis; y la otra en tres de Abril de mil seiscientos y noventa y seis años, à que han dado motivo ciertas dudas expuestas por parte de dichos Señores al expressado Real Monasterio, en punto de la percepcion, y paga de los Diezmos, que fueron materia para la formacion de dichas Concordias, segun, y como de ellas consta.



INFORME JURIDICO

PAra proceder con claridad, se hace precisso poner por hecho las referidas dudas, y la respuesta, que à ellas diò el Real Monasterio, que uno, y otro es como se sigue, sin omitir, mudar, ni pulir voz alguna, punto, ni coma de ellas; porque como de el hecho nace el derecho, *leg. si ex plagis* 52. §. *in clivo capitolino ff. ad legem Aquiliam*, no se puede variar en ninguna cosa; porque de la muracion de el hecho en qualquiera circunstancia de poca, ò mucha consideracion, se varìa à proporcion el derecho, como advierte Garcia *de Nobilitate glos.* 6. *num.* 54. *vers. modo vero in fin. & num.* 55. y los hechos de los pleytos no los han de formar los Abogados, sino es las mismas partes deben referirlos, como ellas los comprehenden, y Dios les diesse à entendet, segun el sentir de Cujacio *cap.* 14. *de iudic.* Ni el Juez puede enmendar, ni suplir lo que falta, ò lo que sobra à el hecho de los pleytos, aunque por la mal formada explicacion de los litigantes, tuerzan las vozes el sentido, que ellos quieran darles, como muy al intento escribiò Vela *dissertat.* 20. *num.* 38. & 39.

***

DV-

DVDAS, QVE SE EXPVSIERON por parte de dichos Señores Obispo, y Cabildo al Real Monasterio de Nuestra Señora de Guadalupe, sobre Diezmos, á la letra, y segun las propuso el Cura Rector de las Orellanas.

EN quanto à la Concordia, que tienen los Señores Dean, y Cabildo, y los demas interesados en los Diezmos de el Obispado de Plasencia con el Real Monasterio de Santa Maria de Guadalupe, hecho cargo, passè en compañia de unos Labradores del Lugar de Azedera, à reconocer los pedazos de tierra, que en el Exido de dicho Pueblo tiene el expressado Monasterio; y despues passè à Guadalupe à conferir con el Padre Prior, y demas Discretos lo que se ofrece de dudas sobre dicha Concordia, en el modo que expressè à V. S. I. las que me ordenaron se pusiessen en un papel; y se daria por parte de dicho Monasterio plena solucion à todas ellas: y si quedasse algun dubio, ò dudas de que dar solucion, se ocurriria al medio de elegir Juezes Arbitros, que las decidiessen, segun se previene por el capitulo 13. de dicha Concordia. Las dudas que se ofrecen son las siguientes.

DVDA I.

TIene dicho Real Monasterio en el Exido del expressado Lugar de Azedera un pedazo de tierra, que comunmente llaman el pedazo del Terrazguero, que parte de èl se compone de varios pedazos de tierra, que en tiempos antiguos comprò dicho Real Monasterio à algunos vecinos del expressado Lugar de Azedera, que hace de sem-

sembradura sesenta fanegas de Trigo, medidas por la medida del Marco de Avila, que linda con pedazos del Marquès de Sofraga, que estàn en dicho Exido, y otros sugetos; y està, y ha estado en possesion de llevar el Diezmo, por el todo, de los frutos, que los Labradores arrendadores han cogido en èl, segun el Capit. 5. de dicha Concordia, à la Cilla de dicho Lugar de Azedera, hasta el año de 1726. ò 27. que el P. Fr. Gabriel de Horche, Administrador de los bienes de dicho Real Monasterio del Lugar de Madrigalejo, me escribiò una Carta diciendo, que la metad de los Diezmos, que los Labradores arrendadores cogen en dicho pedazo, corresponde à dicho Real Monasterio; y la otra metad corresponde à la Causa Decimal de este Obispado, segun la assignacion de las 11200. fanegadas de tierra, que se hizo en Plasencia en cinco de Marzo de 1576. llamando à dicho pedazo, el pedazo del Terrazguelo, lo que se evidencia es incierto; por quanto; el pedazo del Terrazguelo, segun se expressa en dicha assignacion de dicho Lugar de Azedera, este linda con el Exido de dicho Lugar, y hace de sembradura treinta fanegadas de tierra; el pedazo de el Tarrazguero està dentro de el Exido de dicho Lugar de Azedera, y haze sesenta fanegas de sembradura, de las del Marco de Avila. Luego el pedazo del Tarrazguelo, no es el pedazo de el Tarrazguero, y en esto està la duda.

DVDA. II.

EL pedazo de las Peñas de el Guixo, que antiguamente venia todo el Diezmo à dicho Lugar de Azedera; y por dicha Concordia, se determinò, llevasse la metad dicho Real Monasterio, y la otra metad la causa Decimal de este Obispado, y que hace de sembradura cinquenta fanegadas de tierra; oy es precisso medirse, por quanto en tiempos antiguos huvo pleyto por parte de dicho Real Monasterio, con el expressado Lugar de Azedera, sobre la tierra de este pedazo, y ay testigo, que depone se rompiò en virtud de Cedula de la Chancilleria de Granada, con los ganados de la labor de dicho Real Monasterio. Inteligentes en materia de la labor dicen, oy se demuestra componerse este pedazo de dos par-

tes,

COMISION PROVINCIAL DE MONU... GRANADA

tes, y no de una : y para reconocer la verdad, es preciſſo ſe menſure, por decir harà de ſembradura ochenta fanegadas, medidas por la medida del Marco de Avila.

DVDA III.

ITem en el capitulo 7. de dicha Concordia ſe expreſſa, que algunas Igleſias de eſte Obiſpado eſtàn en poſſeſsion de llevar los Diezmos por entero de los frutos, que los Labradores arrendadores han cogido en ellas, y deſpues ſe reduxeron eſtas 1ɥ600. à 1ɥ200. Dudaſe, ſi quando ſe labran à expenſas de el proprio Monaſterio, y con ſus proprios Ganados, eſtas 1ɥ200. fanegadas han de venir los Diezmos à la Tercia de dichas Igleſias, ò los ha de llevar dicho Monaſterio, ſegun, y como los lleva de las tierras proprias que cultiva.

DVDA IV.

DAdo el caſo, y no concedido que de eſtas 1ɥ200. fanegadas de tierra, aya de llevar el Diezmo por entero dicho Monaſterio, quando ſe labran con ſus Ganados, y à expenſas proprias; el Cortijo que oy eſtà fabricado, immediato à la Dehesa del Palazuelo de Nuño Matheos, es perjudicial à las Igleſias del Lugar de Azedera, Vera-Cruz de Truxillo, y de Logroſan, por quanto à la Igleſia del Lugar de Azedera, eſtaban aſsignados 680. fanegadas de tierra, las 600. en la dicha Dehesa del Palazuelo de Nuño Matheos, las que en virtud de la Concordia quedaron en 594. que por entero havia de percebir el Diezmo la cauſa Decimal de eſte Obiſpado; en el pedazo del Guixo, y Terrazguelo 80. en aquel 50. y en eſta 30. las que eran dezmatorias à la cauſa Decimal por entero, antes de la expreſſada Concordia, quien las ligò, y quedaron ſolo por metad en 40 que unidas con las referidas 594. ſuman 634. y para ſubſanar la perdida haſta las 680. ſe acordò por dicho Señor Iluſtriſsimo, y Padre Fray Garcia de Toledo, que de 100. fanegadas de tierra, que el Pedazo del Gamonal, y Tamurejo hacia de ſembradura, de

las

las que percebia el Diezmo por entero dicho Real Monaſterio, ſe dividieſſe igualmente por metad, lo miſmo que ſe practicò con los Pedazos de tierra referidos de el Terrazguelo, y Peña del Guijo, por lo que toca, y pertenece, con la ceſsion de las 50. fanegadas de las 100. de los Pedazos de tierra mencionados de el Gamonal, y Tamurejo, à dicha cauſa Decimal 684. fanegadas, y para que ſe reconozca lo perjudicial de dicho Cortijo, ſe evidencia de lo immediato à èl, dicha Dehesa de el Palazuelo de Nuño Matheos, la que preciſſamente labraràn con ſus proprios Ganados reſpecto de la labor tan crecida, que al preſente tienen, y ſe diſcurre mantendràn, y aumentaràn con la fabrica de dicho Cortijo; y gozando de la immunidad de no pagar Diezmos de las dichas 594. fanegadas aſsignadas en la referida Dehesa de el Palazuelo de Nuño Matheos, y las 50. en los Pedazos de el Gamonal, y Tamurejo, que tambien ſe hallan immediatos à dicho Cortijo, ſerà lo proprio, que ſino eſtuvieſſen aſsignadas; y unicamente quedarà la cauſa decimal muy beneficiada con 40. fanegadas de tierra, que ſon la metad de las 80. de los expreſſados Pedazos de tierra de Peñas de el Guijo, y Terrazguelo, los que por eſtar diſtantes de dicho Cortijo, y en el Exido de dicho Lugar de Azedera, ſe deſcubre les daràn en arrendamiento, y reſervaràn las 40 fanegadas, que por metad les correſponde (por la Concordia) à dicho Real Monaſterio, quien ſe ſugeta à ella en eſte caſo eſpecial por la utilidad, que ſe le ſigue; y el miſmo gravamen ſucede, à la Igleſia de la Vera-Cruz de Truxillo, por eſtar la Dehesa de la Parrilla proxima à la fabrica de dicho Cortijo, y percebir la metad de los Diezmos de las tierras, que dicho Monaſterio tiene en el Lugar del Campo, que antes de la Concordia llevaba por entero dicha Igleſia de la Vera-Cruz. El miſmo daño reſulta à las Igleſias de Logroſan, y Santiago de Zorita, por tener eſtas aſsignadas ſus Dehesas proximas à la fundacion de el expreſſado Cortijo, que impedida la fabrica de eſte, es preciſſo el Monaſterio las dè en arrendamiento à los Labradores de los Pueblos circunvecinos, ſegun, y como en los años proximè paſſados ſe ha executado.

DVDA V.

SOlo puede dicho Real Monasterio percebir 18ℊ. mrs. de los Diezmos de los ganados de sus Ganederos, Pastores, Trasumantes, y Riberiegos, segun se explica en el capit. 3. de dicha Concordia, sin poder hacer acomulacion de dos años, ni mas juntos, salvo cada año de por sì gozen de los dichos Diezmos, y pague lo que excediere de la dicha suma de 18ℊ. mrs. es assi son muchos los ganados, que tienen sus Ganaderos Pastores, tanto Trasumantes, como Riberiegos; luego es preciso, se dè la cuenta de lo que importan estos Diezmos, y lo que sobrasse se reparta segun el Capitulo de dicha Concordia entre sus interessados.

DVDA VI.

TIene hecha Concordia la Ciudad de Truxillo con dicho Monasterio, de que este no ha de poder comprar tierras algunas en el Partido de Truxillo; es assi que en el Lugar de Azedera, el de Madrigalejo, y otros Pueblos de dicho Partido han comprado desde dicha Concordia hasta el dia de oy muchas tierras, y heredades, y de ellas quando las cultiban, y labran con sus proprios Ganados, y las benefician con sus criados no pagan Diezmo; luego se hace preciso reconocer, que Dehesas, Tierras, Cercados, Viñas, Olivares, y Huertas tenia dicho Monasterio antes de dicha Concordia, y quantas ha comprado despues, para que de estas pague el Diezmo, supuesto, estas no las possee con titulo legitimo, ni à estas sufraga ni el primer capitulo, ni los demàs de la Concordia.

***

*** *** ***
*** *** ***
*** ***
*** ***

RESPVESTA A LAS DVDAS que hacen los Señores Dean, y Cabildo de la Santa Iglesia Cathedral de Plasencia, remitidas à esta Santa Casa de Nuestra Señora de Guadalupe, por mano de el Cura Rector de las Orellanas.

I. A la primera duda se responde, tiene este Monasterio en el Exido de Azedera un pedazo de tierra, conocido de todos, con el nombre de pedazo de Santa Maria, y tambien se llama el Terrazguelo, por estar contenido en el pago llamado Terrazguero; y para denotar, que es parte de este pago, le pusieron por nombre el diminutivo de Terrazguelo, y es el mismo que en el señalamiento de tierra à la Iglesia de Azedera està nombrado con el mismo diminutivo Terrazguelo, y hace treinta fanegadas, las que segun el beneficio, y cultivo, y modo de sembrar espesso, ò claro podrà admitir mas, ò menos fanegas de puño, ni es del caso, que se diga en la Concordia confina con el Exido de Azedera, y la duda supone estar incluso en el mismo Exido, lo que no se contradice, pues haviendo de estar deslindado, fue precisso decir, lindaba con el Exido, y assi se verifica, que està incluso, y linda con el Exido; y mediante, que el Monasterio no reconoce por suyo otro pedazo de tierra, ni alindando con el Exido de Azedera, ni dentro de èl; y que este pedazo, le possee muchos años antes de la Concordia el Monasterio, como heredado de Fr. Martin de Truxillo, como heredero que este fue de su Padre Francisco de Paredes, quien era heredero del Lugar de Madrigalejo, y Azedera mucho antes, que el uno, ni el otro Lugar fuessen pobladas Aldeas, se hace precisso, que quien ha instruido à la Santa Iglesia de Plasencia de

los dos pedazos enunciados en la duda, concurra à vista de ojos, y señale los dos pedazos; pues el Monasterio solo uno reconoce por suyo; y en quanto à lo executado por el Padre Fr. Gabriel de Horche se responde ser assi, que de este pedazo de tierra haver llevado los Diezmos por entero la Iglesia de Azedera despues de la Concordia, como los llevaba antes, ya por incuria de los Administradores, ò por nimia solicitud de los cogedores, y como reconociò dicho Padre, que este pedazo, segun la Concordia, debe ser diezmatorio por metad, diò la quexa al Señor Provissor de Plasencia, quien cometiò esta instancia al Señor Don Alonso Martin Salgado, Arcediano de Vejar, quien mandò se pagasse la metad del Diezmo à el Monàsterio, y assi no se procediò, como se refiere en la duda.

II. A la segunda duda se responde conviene el Monasterio el que se mensure, por juzgarlo precisso la Santa Iglesia, y no por necessidad, que para ello ayga, ni el lindon que se enuncia en la duda puede tener otro principio que division de suertes, que hacen los Labradores quando lo labran.

III. A la tercera duda se responde, que no ay duda, como consta del Capit. 15. de la Concordia, en que se declara, que por quedar por diezmatorias à las Iglesias las 1ꝑ200. fanegadas de tierras, no se ha visto quitar su derecho, y libertad al dicho Monasterio, sino que le queda salvo para que pueda, si quiere, labrarlas à sus proprias expensas, pastarlas con sus proptios ganados, conforme al capitulo 1. de esta Concordia, y usar de ellas como quisiere, è por bien tuviere, como en Dehesas, y tierras proprias del dicho Monasterio, si en quanto lo pudiera hacer antes de esta Concordia, y no en otra manera.

IV. A la quarta se responde con lo mismo, que à la tercera, pues siendo como es facultativo à el Monasterio, labrar sus proprias tierras à sus proprias expensas, igualmente lo es, hacer Cortijo para mayor comodidad de estas mismas labores; ni el Monasterio debe mirar otras utilidades àcia las Iglesias, que las que estàn estipuladas en la Concordia, y en que las mismas Iglesias se convinieron por medio de su Illustrissi-

triſsimo Obiſpo, como Adminiſtrador de ellas, ni cree el Monaſterio agravia à nadie en el uſo de eſte miſmo derecho, pues las tierras miſmas pretende labrar de aqui adelante con mayor comodidad, y ſi labrare mas, ò todas, pretende poderlo hacer, como tierras proprias ſuyas, que ſon vozes de la Concordia.

V. A la quinta ſe reſponde, que los Señores Dean, y Cabildo poſſeen deſde el año de 1695. una parte de Dehesa llamada Tomilloſo de la Umbria, la qual cediò eſte Monaſterio à dicha Santa Igleſia, por convenio, de que aunque excedieſſen los Diezmos de los criados de los 18 ℔. mrs. pudieſſe percebirlos el Monaſterio? y hace eſtrañeza al Monaſterio, pueda la Santa Igleſia poner eſta duda, quando goza la parte de Dehesa referida, con las condiciones, y modos, que parecen por eſta tranſaccion, como conſtarà aſsi de ſu Archivo, como de el de eſte Monaſterio.

VI. A la ſexta niega el Monaſterio reſueltamente la Concordia, que ſe dice hecha en la Ciudad de Truxillo; y mantendrà la buena fee en que eſtà, interim, que no ſe le mueſtre autentico inſtrumento, que pruebe tal Concordia; ni percibe el Monaſterio el propoſito para que ſe cita la ſupueſta Concordia, quando el aſſumpto de la Santa Igleſia ſe reduce à tratar punto de Diezmos; y es conſtante, que de las tierras nuevamente compradas los percibe por entero la Cauſa Decimal, y ſi ilegaſſe el caſo de labrarlas por ſi el Monaſterio, no pagaria Diezmos algunos, como conſta del cap. 1 de la Concordia, que à la letra dice; que quando el Monaſterio labrare à ſus proprias expenſas, ſe guarde en la paga de los Diezmos el derecho comun, y los privilegios comunes, y particulares, aſsi en los Olivares, Huertas, y Cercados, que al preſente tiene dicho Monaſterio, è por tiempo adquiriere, labrando, ò cultivando con ſu propria familia, y à ſus proprias expenſas.

Num. 1. Eſte es el hecho puntual de nueſtra controverſia, el qual preſupueſto, entro deſde luego en los diſcurſos, fundando en derecho el que aſsiſte à dichos Señores Obiſpo, y Cabildo, y demas participes, para que ſe declaren los mencionados dubios, ſegun, y en la forma, que ſe iràn

ex-

exponiendo en este Informe, que discurro se juzgarà arreglado à justicia, y à equidad, atendidas todas las circunstancias de esta materia con la reflexion, que pide su gravedad.

DVDA PRIMERA.

2 EN lo tocante à la primera duda tuviera poco que hacer su declaracion, si consistiera solamente en el puro hecho de averiguar, y apear si el dicho Monasterio tiene en el Exido del lugar de Azedera mas tierras, que el pedazo de las treinta fanegadas, llamado el Terrazguelo, de que se hace mencion en la asignacion à esta Iglesia, por la Concordia, pues siendo assi parece, que segun ella se debieran partir los Diezmos, que alli se adeudan, entre los participes de dicha Iglesia, y el Monasterio de Guadalupe, dandose en arrendamiento, como se supone en dicha duda; pero queda mas que considerar, aun en este caso. Suponiendose, como se supone, que siempre la dicha Iglesia de Azedera, y sus participes han estado en possession de llevar este Diezmo por el todo de los frutos, que los arrendadores han cogido en el dicho pedaco de tierra, hasta el año de 1727. en que el P. Fr. Gabriel de Horche, Administrador de dicho Monasterio expressò, que la metad de dichos Diezmos tocaba à èl, y la otra metad à la referida Iglesia, segun su asignacion, como se confiessa por dicho Real Monasterio, en respuesta à la primera duda; pues no se debe estar à esta capitulacion mediante la expressada possession, y costumbre, que en contrario de ella tiene la dicha Iglesia, de llevarse por entero estos Diezmos despues de la dicha Concordia, pues todos saben que esta cede à la costumbre que contra ella se huviere introducido, y se sugeta à la prescripcion de todos, y de cada uno de sus capitulos; desuerte que solo se observaràn aquellos que estuviessen en uso, quedando por defuera el que no se huviesse practicado, por ser la constumbre mas poderosa que la Concordia, como advirtiò Gonzalez, *in regula 8. cancelariæ glos. 45. §. 1. num. 78. ibi, & quia consuetudo est potentior statuto, seu concordia, ut per Felinum in cap. Quod super his num. 20. vers. sed profecto de maioritate, & obedientia, Cardin. de Luca de feudis,*

dis, discurso 49. num. 22. vers. ideoque dicebam, ibi: ideoque dicebam dubitari non posse de transactionis validitate, solumque quoad actus non observatos prætendi poterat adversus eandem transactionem præscriptio iuxta terminos, textus in cap. auditis, & cap. cum olim de præscriptionibus cum concordantibus.

3 Y si por ventura fuessen dos los pedazos de tierra del Monasterio en dicho Exido, uno con el nombre del Terrazguero, de 60. fanegas de sembradura, y otro de 30. con el nombre de Terrazguelo, deberàn ir todos los Diezmos de ambos à la dicha Iglesia de Azedera; los de el Terrazguelo por lo que queda dicho en el numero antecedente, y los de el Terrazguero por lo estipulado en el capitulo 5. de la Concordia, en donde se convino, que de las Dehesas, tierras, y heredades, que de nuevo adquiriesse, y diesse à labor, en arrendamiento, ò en otra qualquiera manera el dicho Monasterio, vayan enteramente los Diezmos de los frutos de pan, trigo, cebada, centeno, è otras semillas, ò frutos de qualquiera calidad que sean, que los Labradores cogieren à las Iglesias, è sus particioneros, en cuyo territorio, campana, è dezmeria estuvieren dichas tierras: con que en ningun acontecimiento puede el dicho Monasterio pretender parte de Diezmos de los frutos, que se cogen de las tierras que tiene, y en adelante tuviere en dicho Exido.

4 Cuya prescripcion se dexa entender mas claramente, si se advierte, que los dichos Diezmos del Terrazguelo los llevaba antes de la Concordia enteramente la dicha Iglesia de Azedera, y sus participes, por la assistencia de derecho, que para su percepcion tienen, respecto de causarse en su proprio territorio, segun los textos expressos *in cap. Cum contingat, & cap. Cum tua de decimis. Rizio in praxi parte 4. resol. 294. num. 1. Rota decis. 178. num. 5. parte 2. & decis. 135. & 192. num. 5. & decis. 147. num. 1. part. 2. Recent. & fuit resolutum in Conchensi decimorum 11. Maij 1615. coram Pirobano, & in Civitatensi decimarum 18. Iunij 1618. coram Cardinali Berospio. Eadem Rota coram Seraphino decis. 802. num. 1. 2. & 10. & apud Postium post tractatum mandati de manutenendo decis. 157. num 2. & decis. 187. num. 6. & decis. 211. num. 4. Quod procedit etiam ad exclusionem Episcop.* el que por derecho comun no puede percebir los Diezmos predia-

diales, que pertenecen à los Rectores de las Iglesias Parrochiales, *ut advertit Seraphinus in Toletana Decimarum* 20. *Novembr.* 1587. *dicta decis.* 802. *num.* 1.

5 Y esta asistencia de derecho para la percepcion de estos Diezmos sufraga no tan solamente à los dichos Parrochos, sino es tambien à los demàs participes de ellos en sus Iglesias. *Seraphinus decis.* 899. *num.* 3. *&* 4. *&* *decis.* 908. *num.* 3. *cum mille alijs.*

6 Y siendo como es conforme à derecho, que todas las cosas se buelven con grande facilidad à su primer estado. *Leg. si unus* 27. §. *pactus* 2. *ff. de pactis. Leg. voluntate* 10. §. *ut quibus modis pignus, vel hipoteca solvitur ibi: sed in pristinam causam res reddit resoluta venditione. Vela differt.* 15. *num.* 32. *cum pluribus. Roxas de incompat.* 3. *part. cap.* 4. *num.* 59 *ibi: quod quælibet res ad primordialem suam naturam faciliter revertitur.* Y lo que por especial providencia se saca de sus quicios naturales, y universales, se debuelve facilmente à su derecho universal de à donde saliò. *Ut docet Bartholus in leg. si mihi, & Titio à num.* 5. *ff. de verborum obligation. dictus Roxas* 3. *part. de incomp. cap* 4. *num.* 62. *ibi: quod res specialis ipso iure revertatur ad jus suum universale à quo discessit.* Conque haviendo estado la dicha Iglesia de Azedera, y sus participes en la quieta, y pacifica possesion de percebir enteramente los expressados Diezmos despues de la dicha Concordia, por espacio de mas de 130. años, es visto haverse prescripto el derecho, que en virtud de la dicha Concordia tenia el referido Monasterio, para la percepcion de la metad de los mencionados Diezmos, y haverse estos buelto à su primer estado, y por consiguiente todos à la dicha Iglesia de Azedera, y sus participes, de quien antes eran, pues para este efecto bastaba solo el transcurso de quarenta años sin titulo, que es el tiempo que se quenta para prescribir contra aquel que percibe los Diezmos por algun derecho especial de Concordia, donacion, ò otro alguno de esta calidad. *Glos. magna in cap.* 1. *vers. & secundum hoc possemus de præscript. in* 6. *Rota in valentina decimarum de Gandia* 12. *Maij anni* 1603. *coram Card. Pamphilio, & in Concheus. decimarum* 20. *Apr.* 1592. *Butrio in cap. pervenit de censibus num.* 14. *Ancharrano Cons.* 162. *sub num.* 3. *Balbus de præscript.* 1. *part.* 5. *princip. quæst.* 8. *num.*

6.

6. Mayormente quando dicha preſcripcion no es contra derecho comun, antes sì muy conforme à èl, por lo que queda alegado, en que entra terminante la doctrina del miſmo, *Balbo dicto loco num. 7. cum alijs quos citat in eius comprobatione. Vide Monetam de Decimis cap. 5. quæſt. 5. num. 112. verſ. ad præſcribendum vero.*

7 Y aun ſin recurrir à la mencionada preſcripcion, tiene titulo legitimo la dicha Igleſia para percebir todos los dichos Diezmos de el Terrazguelo, pues nunca echò de ſi, el que le dà el derecho comun para eſte efecto, y ſolo ſe convino en partirlo con el dicho Monaſterio, el que no haviendo uſado de eſte privilegio en el expreſſado tiempo deſpues de la Concordia, ſe juzga renunciado, y aun con mucho menos, pues ſolo por treinta años, que huvieſſe dexado de percebir eſtos Diezmos, perdiò eſte derecho, *iuxta text. in capit. ſi de terra de privilegijs*, al que no ſe opone *el capit. accedentibus 15. eiuſdem tit.* que en los miſmos terminos requiere el eſpacio de quarenta años, para que ſe diga perdido, ò renunciado el privilegio; pues como aya dos modos de perderle, ò por el de la preſcripcion, ò por el de la tacita renunciacion, que perſuade el no uſo de èl, ſe vè, que el *cap. 1. ſi de terra*, habla de eſte ſegundo modo, y el 15. procede en los terminos de el primero; y por qualquiera que ſe conſidere, venimos à ſacar, que el dicho Monaſterio ha perdido el derecho, que por eſpecial providencia le diò la citada Concordia, y han quedado eſtos Diezmos ſegun ſu primordial naturaleza en la miſma Igleſia Parroquial, que por derecho comun los percebia: *iuxta reg. text. in cap. ult. de Parrochis cum ſimilibus. Barboſa in collect. in dicto cap. ſi de terra 6. de privileg. num. 5.*

8 Sin que aproveche al dicho Monaſterio para impedir eſta preſcripcion, ò amiſsion de el expreſſado derecho, la reſpueſta, que dà à eſta primera duda, diciendo, que por incuria de ſus Adminiſtradores, ò por nimia ſolicitud de los cogedores, ſe ha eſtado ſin percebir dichos Diezmos. Porque como quiera que ſe conſidere el hecho, es cierto, y de èl no puede alegar ignorancia el Monaſterio, pues como buen Adminiſtrador de ſus bienes, debe averiguar, y cuidar de el eſtado, y deſtino de ellos, y aſsi ſe preſume, que uno ſabe aque-

llo que debe inquerir, y saber, *ad tradita per Menochium præsumpt. 23. num. 66. lib. 6. de præsumt. Rota in decis. 166. in principio 1. part. diversor. Postio de manutenend. decis. 164 num. 6.*

9 Y esta noticia, ciencia, y paciencia del dicho Monasterio se persuade à todas luzes, haciendo reflexion de la multiplicidad de actos, que han intervenido en tan dilatado tiempo, como ha passado despues de la Concordia, llevando siempre por entero la dicha Iglesia los referidos Diezmos, desuerte, que qualquiera de estas dos circunstancias de repeticion de actos, ò del transcurso de tanto tiempo, era suficiente, y aun sobrado para presumir legitimamente, que el dicho Monasterio no ignoraba dicha percepcion. *Ut tenuit Rota in Reatina Beneficij decis. 166. num. 4. part. 3. diversor. & in Hispalensi iuris sepeliendi coram Pamphilio 29. Maij 1589. Puteus decis. 217. num. 2. lib. 1. Menochius de arbitrijs lib. 2. casu 161. num. 5. Rota in Mediolanensi præeminentiarum 15. Decemb. ann. 1589. coram Domino Bubalo.*

10 Tambien es cierto, que para adquitir la quasi possession de algun derecho, basta la ciencia, y paciencia presumpta; y que por esta se pierde la possession Civil, que de èl tenia aquel contra quien se prescribe, como muy al intento advirtiò *Garcia de Beneficijs 5. part. tom. 1. cap. 5. fol. 464. num. 121. & sequent.* Luego si el dicho Monasterio ha sabido (como se presume legitimamente) segun llevo expressado, que los dichos Diezmos no los percibia, y que entetamente se los llevaba la referida Iglesia, y sus participes, es visto, que tacitamente ha renunciado este derecho, por el no uso del que le diò la dicha Concordia, ò ha permitido, que la dicha Iglesia lo prescriba, dexandola llevar por entero los dichos Diezmos à vista, ciencia, y paciencia suya.

11 Y ciñendo mas al assumpto el pensamiento, para decir algo en los proprios terminos de Administradores de este derecho à quienes echa la culpa de no haver usado de èl el Monasterio, hago memoria de una elegante doctrina del Señor Don Francisco Salgado, *in suo Labyrint. creditorum part. 1. cap. 40. num. 40.* que enseña, que si un Administrador, y Economo de algun Señor fuesse negligente en la cobranza de algun censo, desuerte, que no lo cobrasse todo, ò cobrasse me-

menos de lo que bebia por espacio de quarenta años, no perjudica à su Señor, ni constituye à los deudores en la quasi possession de no pagarle, ò pagar menos; sino es que fuesse sabiendolo, y permitiendolo el mismo dueño Luego si en nuestro caso los Administradores de dicho Monasterio, à su vista, ciencia, y paciencia (la que no se puede negar, por lo que queda alegado) no han cobrado dichos Diezmos no solo por el espacio de quarenta años, sino es por mas de ciento y treinta, segun queda dicho, es constante, que no puede oy pedirlos, y que ha perdido este derecho por la tacita renuncia de èl, ò por la prescripcion, que dexo fundada.

12 Y caso negado, que no fuesse tan sabido, y constante quanto sobre este punto llevo dicho, y que fuesse cierto, que el dicho Monasterio no havia tenido noticia de que la dicha Iglesia de Azedera, y sus participes llevaban por entero los expressados Diezmos, en contravencion de lo estipulado en la citada Concordia, todavia la inobservancia de ella en este caso lo ha prescripto legitimamente este derecho, dexandola derogada en esta parte, sin que sea necessaria la ciencia, y paciencia del referido Monasterio, de modo alguno; pues como la Iglesia que prescribe tenia antes de la Concordia este derecho por el todo, no necesita de la prueba de ciencia, y paciencia del Monasterio para bolverse à èl, porque como queda dicho, natural, y facilmente se buelve la cosa à su primer estado. Y assi el que tenia un privilegio de no pagar Diezmos, no es necessaria su ciencia, y paciencia para que la Iglesia recupere su antiguo derecho acerca de la exaccion de ellos. *Per dict. text. in cap. si de terra de privilegijs, ut ibidem explicat Covarrubias cum notatis in cap. vigilanti de præscriptionibus.* Adonde manifiesta, que esta prescripcion corre tambien contra los que ignoran su derecho, *Balboa de præscriptionibus fol. 64. num. 57. & seq. super text. in cap. vigilantis 5. de præscript. 3. dubitatione text. expres. in leg. fin. C. de præscript. longi temporis, ibi: Nulla scientia, vel ignorantia expectanda. Sic docent Panormitan. & alij in text. in dict. cap. 5. & relati à Covarrub. in regula possessor. 2. part. §. 3. num. 5. & 2. part. in princip. num. 8.* Y mas à mi intento, porque resume toda esta doctrina Pedro Francisco Tonduto *tom. 1. quæst. in & resolution. Beneficial. cap. 61. num.*

14. Adonde tratando de la preſcripcion de un capitulo de cierta Concordia, celebrado entre un Señor Obiſpo, y ſu Cabildo, prorrumpe en eſtas terminantes palabras, ibi: *Et contraria hæc obſervatio per quam iuriſdictio reddit ad Epiſcopum, non indiget probatione ſcientiæ, vel patientiæ capituli. Covarrub. in cap. Poſſeſſor. in 2. part. relect. §. initium num* 10. *Ludovic. deciſ.* 249. *num.* 9. *per text. in leg. ſi partem §. ſi fundum ff. quemadmodum ſervitutes amittantur, videlicet, favore libertatis, & quia reddit ad primævum ſtatum.*

13 Y es punto que confieſſan caſi todos los AA. ſin controverſia, que ſe dà preſcripcion *etiam adverſus ignorantes.* Solo ſe controvierte ſi ſe darà reſtitucion *in intregum ex iuſto ignorantiæ capite*, y aunque algunos parece, quieren decir, que ſi, lo cierto es, que no ſe concede tal reſtitucion contra dicha preſcripcion; mayormente, ſi eſta fueſſe, *longiſſimi temporis* 30. *vel* 40. *annorum, ut ex communi ſententia teſtatur Gloſſa in cap. Auditis, verbo imponentes de præſcript. & ibi Balboa dict. tract. de præſcript. Gloſſa in cap. Auditis, verbo iure minoris de in integrum reſtitutione. Gloſ. in Clement. unica eodem titul. verbo Lapſum, & probatur hæc ſententia in lege omnes. Leg. comperit. Leg. ſicut de præſcript.* 30. *vel* 40. *annorum.* Por las quales ſe manda, que todas las acciones, y todos los remedios de el derecho ſe acaben, y finalicen por el tranſcurſo de eſte tiempo.

14 Otra coſa fuera ſi por lo contrario el dicho Monaſterio tratara de preſcribir, ò de adquirir poſſeſsion en perjuicio de la dicha Igleſia, y ſus participes; pues entonces era neceſſario, que ſe probàra ciencia, y paciencia de eſtos, à cauſa de la aſsiſtencia de derecho, que tienen para la percepcion de los Diezmos, que ſe cauſan en ſu territorio. *Rota deciſ.* 600. *num.* 14. *part.* 3. *tom.* 3. *recent. Tonduto dict. n* 14. *in fine.*

15 Ni contra dicha preſcripcion puede aprobechar al Monaſterio, que deſpues del expreſſado año de 1727. ſe ayan partido alguna vez, ò todas las que ſe ayan adeudado los mencionados Diezmos, pues como ya por ella tenia adquirido la Igleſia de Azedera, el derecho de todos ellos, de ningun modo le pueden perjudicar algunos actos contrarios, como hechos deſpues de cumplida la dicha preſcripcion, porque eſta no ſe quita, ſino es por otra cumplida, y perfecta. *Leg.*

nemo

nemo §. temporaria ff. de regulis iuris, & ibi Gloſſa. Burato deciſ. 734. *num.* 10.

16 Ni ay inconveniente en que preſcripto, ò derogado eſte capitulo de la dicha Concordia queden en ſu fuerza, y vigor los demàs de ella, que eſtuvieſſen en obſervancia, porque como ſeparados, y diverſos totalmente, no perjudica la inobſervancia de unos, à la obſervancia de otros, ni por lo contrario; por ſer muy compoſible uno con otro, ſegun la terminante Doctrina *de Valeron de tranſact. tit.* 6. *quæſt.* 3. *num.* 34. *&* 35. *Tonduto dicto cap.* 61. *ex num.* 7. *uſq. ad* 13. *incluſive.*

DVDA SEGVNDA.

17 A La ſegunda duda eſtamos convenidos en que ſe mida el pedazo de tierra, que llaman las Peñas del Guijo, que en ella ſe menciona por dos perſonas peritas, nombradas cada una por ſu parte, y tercera por los Señores Juezes en caſo de diſcordia, ſegun derecho. Y ſino excedieſſe de las cinquenta fanegadas, que ſe concordaron partibles, ſus Diezmos por metad entre el dicho Monaſterio, y la Igleſia de Azedera, y ſus participes, no havrà que hacer. Pero ſi cupieſſe mas el dicho pedazo de tierra, ſerà juſto ſe deſagravie à la dicha Igleſia, aplicandole por entero todos los Diezmos, que adeudaſſe eſte exceſſo, y reſtituyendola los que por eſta razon aya dexado de percebir.

DVDA TERCERA.

18 POr lo que mira à la tercera duda, tiene poco que diſcurrir ſu reſolucion, enterados de la Concordia, y teniendo preſente la diſpoſicion de derecho eſcrito para eſte punto, pues ſegun uno, y otro es tan claro como la luz de el dia, que ſiempre, y quando labrare el dicho Monaſterio à ſus expenſas, y con ſus proprios Ganados las tierras, que la motivan, han de llevar las Igleſias, y ſus participes, en cuyo territorio eſtuvieren, los Diezmos todos enteramente, que en ellas ſe adeudaren por lo reſpectivo à las 1ɥ200. fanegadas, que ſe les reſervaron, y aſsignaron en el

cap.

cap. ſeptimo, y ſu declaracion de la dicha Concordia. Y me fundo, porque el cap. 15. de ella, que cita el Real Monaſterio para eximirſe de eſta paga, y quitar à las dichas Igleſias eſte derecho, entendido, ſegun èl, perſuade claramente ſu obligacion, y ſolo le reſerva la facultad de poder ſembrar, y labrar à ſus proprias expenſas las dichas tierras, y paſtarlas con ſus proprios ganados; pero ſin perjuicio de ſus Diezmos, que debe pagarlos, como los pagan los Arrendadores de ellas, y los cobraban antes las Igleſias, pues en eſte punto no hizo nada de nuevo la Concordia, y les quedaron fuera de ella dezmeras por entero las expreſſadas 1 ⅓ 200. fanegadas de tierra de ſembradura, como ſe reconoce de la titulata de eſta aſsignacion *in fine*, ibi: *Y el dicho Señor Fr. Garcia de Toledo, en nombre de el dicho Prior, Frayles, y Convento, aſsignò, è ſeñalò, y el dicho Señor Obiſpo aprobò, y tuvo por bien las dichas mil y docientas fanegadas de tierra de ſembradura, para que ſalgan, è queden fuera de la dicha Concordia, y por dezmeras por entero, à las dichas Igleſias, è ſus particioneros de ellas, ſegun dicho es*: Luego no puede valerſe el dicho Monaſterio del citado capit. 15. de la Concordia, ni de otro alguno para eſte efecto, pues ninguno puede ſervir de argumento, reſpecto de ſer coſa eſtraña de ella el preſente caſo, ſegun ſu particular eſtipulacion.

19 A que ſe llega otra clauſula de la miſma titulata, ò cabeza de la dicha aſsignacion, que merece eſpecial reflexion, porque junta con la que llevo explicada, convence enteramente el penſamiento, y es como ſe ſigue. Se puſo, y capitulò, que de la dicha Concordia havian de ſalir, y quedar fuera mil è docientas fanegadas de ſembradura en las tierras, è Dehesas del dicho Monaſterio, que eſtàn dentro del Obiſpado, para que aquellas quedaſſen *ſiempre* dezmeras por entero à las Igleſias à quien ſu Diezmo pertenecia, ſegun, è como havian llevado por entero antes de la dicha Concordia. Noteſe (ademas de lo que ya queda notado) que de la dicha Concordia havian de ſalir, è quedar fuera mil è docientas fanegas de ſembradura. La diccion *ſiempre* que ſe pone en dicha clauſula, la qual es univerſal afirmativa, que incluye en sì todo tiempo, y todos los caſos, que en èl puedan ocurrir, ſin exceptuar alguno. *Gloſſ. & DD. in leg. 1. ff. ſoluto Matrimonio. Leg. Quia ſemper de in ius.*

vocando cap. 1. de in integrum restitutione, & ibi Barbosa num. 17. Boerio decis. 158. num. 4. Mandosio in Gloss. facult. §. Nos qui in vers. semper fol. 100. col. 1. Rebufo in concord. rubrica de Regia nominatione §. 1. in vers. semper fol. 156. Surdo decis. 112. num. 4. ibi: dictio enim semper significat omni tempore, & omni casu. Leg. fin. ubi Gloss. & Scribentes ff. ad legem Pompeiam de parricidijs. Leg. semper ff. de iure immunitatis, Gutierrez lib. 3. pract. quæst. quæst. 66. Farinacio, in praxi criminali part. 1. lib. 2. quæst. 39. num. 101. & part. 4. cons. 54. num. 5. Rota decis. 128. num. 1. part. 2. Diversorum, & decis 146. num. 19. cum alijs quos citat, & sequitur Barbosa in suo tract. dictionum usu frequent. dict. 361. num. 2. Alber. in suo dictionar. verbo semper. Decius Consil. 38. num. 2. Molina de primogenit. lib. 3. cap. 7. num. 11. vers. 2. ibi: in illo verbo semper quod perpetuo, & in omni tempore, atque sine aliqua præfinitione intelligeadum est, & omnes scribentes in leg. 40. Tauri super illis verbis ibi: De manera que siempre el hijo, y sus descendientes legitimos por su orden representen.

20 Es asimismo esta diccion *semper* señal, y nota segura de perpetuidad en todo genero de disposiciones, y assi suele exponerse *pro perpetuo, ut in dict. leg. semper in civitate ff. de iure immunitatis, & in leg. Cayo §. Imperator ff. de alimentis, & civarijs legatis, & in mille alijs, Reynoso in observat. practicis observant. 26. num. 7.* Adonde dice, que denota perpetuidad, y continuacion de todo el tiempo, sin intermision alguna. *Abendaño ad dict. leg. 40. Tauri Gloss. 15. num. 1 Garcia de Nobilit. Gloss. 1. §. 1. num. 23. Escobar post tract. de utroque foro in analog. adversus Amayam, pro vero intellectu statuti Collegij Conchens. num. 42. Rota decis. 185. num. 7. & decis. 249. num. 19.*

21 Tambien se toma esta diccion *semper* por otra equivalente, qual es *quotiescumque, ut advertit Barbosa in cap. 1. de in integrum restitut. num. 17.* la que en su sentido gramatical significa *quando quiera que*, y en el que le dan los AA. para nuestro intento, suponiendola universal como la otra, dicen, y enseñan, que comprehende todas las cosas, y casos, aun en materia odiosa, segun el sentir de Alonso Rizio, *in decis. curiæ Archiepiscopalis Neapolitani decis. 287. num. 1. part. 2.* y aun ay quien diga, que denota, y equivale à infinidad sin limitacion alguna, *ut ex notatis per Surdum consilio 281. num. 23.*

22 De cuya doctrina saque el Monasterio la consequencia; pues si la dicha asignacion de las 1ȷ200. fanegadas de tierra solo havian de quedar para las Iglesias libres sus Diezmos, quando las diessen en arrendamiento, y no quando el mismo Monasterio las sembrasse à sus proprias expensas, ò pastasse con sus Ganados, como dice, es querer ceñir aquella universalidad con que se asignaron à el primer caso, y que no comprehenda el segundo, lo que es un absurdo manifiesto, ò falsa la referida doctrina; la qual incluye uno, y otro caso, por la expressada diccion *siempre*. Esto no se puede decir por ser tan constante, y sabido, como se reconoce de los numeros antecedentes: luego es temeraria la pretension del dicho Monasterio en el expressado caso, que dà motivo à la tercera duda, queriendo despojar à las dichas Iglesias de los Diezmos, que expressamente les reservò la Concordia, no queriendo tocar en ellos por ningun capitulo, mas que para dar à entender, quedaban suyos, como antes, que los llevaban por entero, en qualquier caso que se adeudassen, ora fuessen sembrandolas los Arrendadores de ellas, ò el dicho Monasterio à sus proprias expensas (que esto quiere decir aquella clausula del cap. 7. de la Concordia) *ora en otra qualquiera manera*. Pues haviendo antes expressado, y exemplificado el caso antecedente, quando las arrendasse el Monasterio en aquellas palabras: *ora las traygan arrendadas del dicho Monasterio los Labradores*. Es visto, que en la siguiente citada: *ora en otra qualquiera manera*, està comprehendido el caso, quando el Monasterio las sembrasse, y labrasse à sus proprias expensas, para el efecto de percebir, y cobrar las dichas Iglesias los Diezmos por entero en uno, y otro, por lo respectivo à las 1ȷ200. fanegadas de tierra de sembradura, pues algun efecto se le ha de dar à la dicha clausula, y no puede ser otro mas natural, que el figurado, quando el Monasterio las labrasse à sus proprias expensas; porque en caso de sembrarse las dichas tierras, ò ha de ser por si, ò por los Arrendadores de ellas. En este caso no se duda de èl pertenece de dichos Diezmos: luego ni en el otro, por estar ambos igualmente expressados en el dicho capitulo.

23 Y por si quedasse alguna duda, de lo que llevo dicho sobre este punto, se convencerà à todas luzes el discur-

curso, haciendo tal qual reflexion juridica de la mencionada clausula, que equivale à la diccion, ò adverbio *qualitercumque*, la qual comprehende en la inteligencia legal todas aquellas cosas, que se pueden excogitar acerca de el assumpto, *ut docet Gratianus consil. 73. num. 10. lib 2.* y se estiende, aun en materia odiosa à cosas mayores de las expressadas, *ut docet text. in cap. Solitæ vers. quodcumque ligaveris, & ibi Abas. notabil. ult. de maioritate, & obedientia. Authentica quicumque C. de Sacrosanctis Eccles. Clement. 1. in fine de sentent. & re iudicata. Glos. in Extravag. execrabilis. §. porrò, verbo ad quacumque, & in §. nos itaque, verbo quicumque de Præbendis.* Y se pone en los instrumentos, para ampliar, y estender su disposicion à todos los casos, que en ella se puedan dar, aunque, como llevo dicho, sean mayores de los que quedan expressados, *ut docet Hermosilla glos. 3. num. 15. litt. S. part. 5. Rota apud Paulum de Rubeis decis. 307. num. 7. tom. 2. diversi. alias part. 2. recent. Gonzalez in reg. 8. Cancellar. glos. 9 n. 32. & 33. ibi: maximè stante illa dictione qualitercumque, quæ est universalis latissima, & generalissima, & comprehendit etiam in materia odiosa, maiora expressis.*

24 Luego la dicha clausula, *ò en otra qualquiera manera*, comprehende el caso quando el Monasterio sembrasse las dichas tierras por sì, y à sus proprias expensas, aunque este tuviera mas dificultad, y repugnancia que el otro, que expressa el dicho capitulo, quando los Labradores las traen arrendadas del dicho Monasterio; y aunque huviera otros muchos mas casos, en que pudiera tener efecto la dicha clausula, todos los comprehendiera su disposicion, por ser universal, y amplissima, segun llevo fundado, y mas bien, que todos para el intento desempeña este discurso la Purpura *del Eminentissimo Seraphino decis. 317. num. 3.* que hablando en terminos de transaccion, ò Concordia *sic se habet. Verba quomodocumque, & qualitercumque generalissima in transactione, non possunt restrictionem recipere, sed omnia, ultra etiam expressa, comprehendunt, cum sint posita ad ampliandum, & non ad coarctandum.* Luego es puramente voluntario en dicho Monasterio querer restringir dicho cap. 7. y su disposicion en este punto de que vamos hablando al caso precisso de quando se dàn las 1ȳ200. fanegadas de tierra en arrendamiento à los Labradores para que las siembren.

25 Y quando no fuera tan literal, y legitimo como se dexa ver de estos antecedentes el sentido que llevo dado à la citada Concordia sobre el referido dubio tercero de que voy hablando, y recurriendo, à lo que en este punto enseña à todos la mejor Jurisprudencia, solo quien la ignorare podrà negar la conclusion que se và probando, reducida à los terminos del derecho comun, que es en los que se dexò, por el capitulo primero de la Concordia, à que se remite el decimo quinto de ella, y en que se quiere fundar el dicho Monasterio en la respuesta à esta tercera duda, para no pagar estos Diezmos, quando labrasse, y sembrasse las dichas tierras à sus proprias expensas, y con sus proprios Ganados las pastasse: pues todos saben, que segun èl, deben todos los Religiosos, assi essemptos, como no essemptos, pagar todos los Diezmos enteramente de las tierras, y possessiones que huviessen adquirido, y adquiriessen, à las Iglesias, que antes los percibian de los possedores de ellas, aunque las siembren, y cultiven con sus proprias manos, y à sus proprias expensas, como lo disponen los textos expressos *in cap. Commissum 4. de decimis. Cap. Nuper penult. eod. tit. & ibi Barbosa num. 1. & omn. DD. Cap. fin. §. cæterum eod. tit. in 6. ibi: Cæterum ijdem Religiosi, tam essempti, quam non essempti, de terris, & possessionibus acquisitis hactenus, & à modo acquirendis, Decimas integrè solvant illis Ecclesijs, quibus eadem possessiones, & terræ prius fuerant decimales; nisi super hoc speciali iure, seu privilegio sint muniti. Moneta de decimis cap. 5. quæst. 1. concluf. 6. num. 18. Barbosa de officio, & potest. Parroch. part. 3. cap. 28. §. 3. num. 42. & 43.* Y es la razon, porque dichas tierras passaron à los Religiosos con la misma carga que tenian de pagar dichos Diezmos à los Rectores de las Iglesias, en cuyos territorios estaban, de la misma forma, y modo, que los pagaban los legos, que antes las posseìan, *como lo tiene declarado la Sagrada Congregacion del Concilio in causis, Ripard. Urbitatens. & Firman. 4. & 18. Decemb. anno 1627. & in Callen. 1. Septemb. anno 1629. de quibus facit memoriam Barbosa dict. loc. proximè citato. D. Gonzalez in cap. 2. de Decimis num. 2. column. 3. vers. de prædijs vero, quæ voto, & pietate fidelium, cum cap. cum non sit 33. dist. cap. ex litteris de pignori.*

26 A que no obsta si se dixesse por parte del dicho Mo-

Monasterio, que tiene especial privilegio, para no pagar dichos Diezmos en el caso, de que se và tratando, pues sin embargo deben ser mantenidas, y amparadas las dichas Iglesias en la percepcion de ellos, hasta tanto que lo exhiba, y manifieste, y se reconozca, y examine en juicio plenario petitorio, como cosa, que pide, y requiere la mas alta inspeccion, y conocimiento de causa, en que se ventile, y dispute con audiencia formal de las partes su contenido, su uso, y modo de practicarse, en que cosas, y en que casos habla, y porque causa, ò causas fue concedido, para ver si existen, con las demàs circunstancias, que pide materia de tanta gravedad, que omito su expresion por no salirme un punto de los terminos de la presente, como lo juzgò la misma Sagrada Congregacion del Concilio *in una Pisauren. 13. April. anni 1630.* que cita el mismo Barbosa *dict. §. 3. cap. 28. part 3. de offic. Parrochi num 42. ibi, & notandum etiam quarto, quod Parrochus manutenendus est in possessione exigendi decimas, ratione prædiorum acquisitorum per Regulares, donec doceant de sufficienti privilegio: Rota apud Diana part. 9. in non concordatis fol. 531. in Hispalens. decimar. ibi, & cum capitulum habeat assistentiam iuris, ac fundatam intentionem respectu suæ quasi possessionis exigendi in his bonis, in ea est manutenendum donec fratres de eorum prætensis iuribus plene, ac concludenter docuerint. Rota in Dertusen. decimarum 8. Iulij 1620. coram bonæ memoriæ Cardinale Sacrato, & in Leodiens. Castri de Monbec. 29. April. anno 1637. coram RR. Domino Præside Valisoletano in ordine 214. num. 11. & decis. 42. vers. pariter part. 7. Recentior. Seraphinus decis. 1380. num. 1. vers. his tamen non obstantibus.*

27 Y es la razon de esta Doctrina, porque la inspeccion de los privilegios, y los dubios que de ellos se originan, aunque parezcan muy claros, esto es si comprehendan, ò no, los bienes, y cosas de que se trata, toca al juicio petitorio, plenario, y à èl se remite este conocimiento, hasta tanto que liquidamente conste, que el privilegio dirime la controvetsia, por ser expressa, y claramente contenidos en èl los bienes que la motivaron, como ha resuelto muchas vezes la misma Rota *in Tirasonens. decimarum 341. num. 1. part. 1. Recentior. & 105. num. 3. part. 2. & in Abulensi decimarum, quæ est 162. num. 2. part. 1. & in dicta Detursen. decimarum impressa post tractatum modernum.*

Peruſino de manutenendo deciſ. 157. *per totam, & præcipue num.* 5. *& in dicta Hiſpal. decimarum* §. *ſecus vero coram Corrado, & in altera coram Zerro* 12. *Ianuar.* 1646. § *quia permutationem, ibi: nec vis facienda eſt, & ut in Recent. deciſ.* 477. *num* 3. *part.* 1. *&* 205. *part.* 2. *& idem tenuit coram Octobono in Toletana Decimar.* 21. *Iulij* 1649. Donde ſe le diò la manutencion de exigir, y cobrar los Diezmos contra Don Gonzalo Muñoz de Loayſa, y Trebiño, Cavallero del Orden de Calatrava, que pretendia ſer eſſempto de la paga de ellos, por lo reſpectivo à ſus bienes patrimoniales, y grangerias, fundandoſe en los privilegios de Pio IV. y otros Pontifices concedidos à la dicha Orden: Porque dixo la Rota, que aunque las palabras de eſſempcion que contenian los citados privilegios eran univerſales, ſin embargo la diſputa de ſi comprehendian, ò no la dicha eſſempcion los bienes que daban motivo al litigio, ſe debia reſervar para el juicio petitorio, y lo miſmo ſe decidiò por la miſma Rota, *Deciſ.* 508. *num.* 13. *part.* 5. *recent.* y antes lo tenia determinado contra la Orden de Alcantara, *apud Seraphinum deciſ.* 605. *& in mille alijs, ut refert Diana part.* 1. *in non coordinatis in deciſ. noviſsimis Sacræ Rotæ fol.* 10.

128 Ni el dicho Monaſterio tiene tal privilegio; ni quando le tuviera no ſe podia valer de èl, porque nunca pudo comprehender el caſo de que vamos tratando. Lo primero, porque la eſſempcion que gozan todos los Religioſos para la paga de Diezmos ſe la diò el derecho eſcripto en el capit. *ex parte* el primero de *decimis*, con la limitacion de que eſte indulto ſolo les ſirvieſſe para los Nobales, que cultivaſſen con ſus proprias manos, y de las huertas, y ganados que criaban para el ſuſtento de ſus Conventos; el que ſe extendiò por el *cap. ad audientiam* 12. à los predios, aunque no fueſſen Nobales, que con ſus proprias manos, y à ſus proprias expenſas cultivan los Religioſos. Pero una, y otra diſpoſicion ſe revocò por el citado *cap. Nuper eodem titulo*, y aſsi mediante eſte, deben oy todos los Regulares pagar enteramente ſus diezmos de todos los frutos de las tierras que tienen, y adquirieren, aunque las labren, y ſiembren con ſus proprias manos, y à ſus proprias expenſas, à las Igleſias, y demas participes, à quienes antes los dueños de ellas los pagaban; y ſon tan claras, y termi-

nan-

nanres las palabras de este texto, que se hace precisso referir-las, *ibi: decernimus, ut de alienis terris, & à modo acquirendis, etiam si proprijs manibus, aut sumptibus excolant, Decimas persolvant Ecclesijs, quibus ratione prædiorum antea solvebantur, nisi cum ipsis Ecclesijs aliter duxerint componendum.*

29 Y dado caso, que el dicho Monasterio tuviera el dicho privilegio, no le añadia nada à el que le diò el derecho escrito por el citado cap. *ex parte* el primero *de Decimis*, sino traìa la clausula derogatoria expressamente del dicho cap. *Nuper*, el qual como conciliar requiere expressa, individua, y especifica derogacion, como lo tiene dicho innumerables vezes la Sagrada Rota. *In Toletana Decimarum 26. Novemb. anno 1606. coram RR. Attrebant. & in Elvens. Decimar. 24. Novemb. 1608. coram RR. Lugdunens. quas citat Postio de manut. decis. 157. num. 4. Rebuffus de Decimis quæst. 14. num. 56. Moedan. decis. 7. num. 2. de locato. Eadem Rota part. 1. diversi. decis. 122. & 123. Marches. de commiss. part. 2. pag. 589. num. 1. & 2. in ultima impres. Campan. in diversis iuris Canonic. rub. 12. cap. 13. num. 154. Rota in Oriolen. Decimar. 21. Maii 1586. & 9. Iunii eiusdem anni coram Orano, & coram Cavaler. dec. 229. num. 3. & coram Cardin. Pamphilio Iun. postea S. D. N. Innocent. X. in Viterbien. Decimar. 25. Iunii 1618. & coram Burato decis. 704. num. 2. Barbosa de officio, & potestate Parrochi dict. 3. p. cap. 28. §. 3. num. 37. & 38.*

30 Y aunque los privilegios que à dicho Monasterio, y Religiosos de Guadalupe concedieron las Santidades de los Señores Gregorio XI. Martino V. y Paulo III. en el año de 1535. *ut habetur in compendio Divi Hieronymi tit. Decimar. essemptio* §. 12. 15. & 16. contuvieran expressamente derogacion de el expressado cap. *Nuper* (que no consta) no les daban mas essempcion, que del Diezmo, que el Monasterio necessitasse para el alimento de sus Religiosos. *Ut docet text. in Clement. 1. ubi Glos. verbo Animalibus, & verbo Tenenda de Decimis. Et docent Abbas, & Ancarranus in dict. cap. ex parte eodem titul. Moneta de Decimis cap. 5. num. 17. Rota in una Corduben. Decimar. part. 2. Rota decis. 600. part. 2. Recentior. Mantica decis. 109. & coram Peña decis. 1272. Barbosa de Iure Ecclesiastico lib. 3. cap. 26. §. 3. num. 46. ibi: Infertur quinto Religiosos omnes privilegio iure scripto eximi à solutione Decimarum de nutrimentis animalium, hoc est, de ani-*

malibus quæ ipsi nutriunt. Ni de las legumbres de sus Huertas. *Dict. cap. ex parte, & ibi Barbosa num 6. Lex nostra Regia 4. tit. 20 part. 1. ibi: Que todas las Religiones quaesquiera que sean no deben pagar Diezmos, ni de sus Huertas, ni de los Ganados que crian.* Pero esto tan solamente procede en aquella parte, que necesitan para el alimento, y uso del Monasterio; como expressamente lo declara el *Abad Panormitano dict. cap. num. 3. Ioannes de Anania num. 2. Ancharranus etiam dict. loc. num. 2. Rebufo dict. quæst. 14. de Decimis circa finem.* Y en quanto à los Ganados es lo mismo, que solo son essemptos aquellos que necesitan para su sustento, manteniendolos, y engordandolos à sus proprias expensas; mas no de aquellos que tienen por grangeria, y dàn à sus Mayorales, y Criados para que los guarden, que de estos deben pagar enteramente el Diezmo de Lana, Borregos, y demas esquilmes, y frutos que tuvieren. *Dict Clement. 1. ubi Glos. dict. verb. Animalibus, cum alijs quos refert Barbosa dict. num. 46. vers. Et in animalibus, quæ ipsi Religiosi nutriunt suis sumptibus, non autem in illis, quæ dant alijs nutrienda.* Y añade con Rebufo, que si los dichos Religiosos diessen dichos Ganados à otras personas, que los tengan, y guarden, serà necessario, para que gozen de esta essempcion, que salgan por la mañana, y buelvan à la tarde al Monasterio, que propriamente es aquel ganado, que traen à la mano para el sustento de los Religiosos, del que no ay crias, ni mas esquilmos, que el de la lana. Como advirtiò *Moneta dict. cap. 5. num. 14. & 15. de Decimis, ibi: Dicuntur autem, & ipsi ea nutrire, si alij ea custodienda, sed vespere ad Monasterium reducant.*

31 Y si dicho Monasterio quisiesse pretender, que comprehenden mas de lo susodicho sus Privilegios, lo disputaremos en el juicio petitorio, adonde toca esta controversia, como latamente queda dicho, debiendo mientras, y desde luego pagar por entero todos los Diezmos, que se causaren assi de sus Ganados, como de sus tierras, aunque las labren, y siembren à sus proprias expensas, à las Iglesias, y sus participes, en cuyos territorios estuvieren dichos predios, y pastaren los Ganados. Porque tiene el Cabildo fundada su intencion para esta exaccion, no solo por la assistencia de derecho, que tengo expressada, siendo como es general, y perpetuo Administrador de estas rentas, como

mo

mo es notorio; sino es tambien por la quasi possessión en que se halla de percibir, y cobrar dichos Diezmos antes, y despues de la dicha Concordia, por lo respectivo à las 1200. fanegadas de tierra que se dexaron fuera de ella, y se asignaron à las dichas iglesias, como tambien de los predios, y heredades, que el Monasterio ha adquirido, de las quales pagaban sus Diezmos enteramente los dueños, y possedores de ellas, antes de enagenarlas, sin que de esta precissa obligacion, y cobranza puedan oy eximir al dicho Monasterio sus privilegios, por lo que sobre este punto queda dicho en los numeros 26. 27. *& aliis.*

32 Ni tampoco le puede relevar de esta obligacion enteramente como qualquiera lego, el que diga el Monasterio, que nunca ha pagado los dichos Diezmos despues que entrò en el dominio de las dichas tierras, y heredades, especialmente quando las han labrado, y sembrado à sus proprias expensas, y con sus proprios Ganados, que es en los terminos de que vamos tratando, y procede la expressada Doctrina. Porque ò esta essempcion la quieren fundar en el privilegio, ò en prescripcion immemorial. Si lo primero? ya queda dicho, que sin embargo de èl debe ser mantenido el Cabildo en la cobranza, y percepcion de estos Diezmos, y por consiguiente, que debe pagarlos el dicho Monasterio. Si lo segundo? tiene la misma resistencia que lo otro. Lo primero: porque de la naturaleza de la prescripcion, ò costumbre immemorial es, que no se pueda encontrar el principio de ella: *Text. in cap. 1. de præscriptionibus in 6 ibi: Cuius initii memoria non stat. Et ibi DD. Sed sic est*, que en nuestro caso claramente consta del principio, que se quiere tomar de los privilegios de essempcion de Diezmos, concedidos al dicho Monasterio por las Santidades de los citados Pontifices en el año de 1535. luego la dicha prescripcion no le aprovecha al Monasterio, pues queda destruida su essencia con la noticia de su principio. *Ut docet Puteus decis. 426. num. 2. lib. 2. & 467. num. 6. coram Papa Gregorio XV. & 454. num. 4. & 1102. num. 12. vers. Sed tollitur difficultas. Coram Seraphino. Burato decis. 151. num. 1. vers. unde sequitur. Et decis. 831 num. 6. in Recentior. & 542. num. 3. part. 4. in Toletana Decimarum de Capilla 4. Iulii 1640. coram Emi-*

ventiſsimo Beroſbio. Et in Burgenſ. Decimar. 26. Maii 1642. coram Patarvino. Et in mille aliis, de quibus facit mentionem Diana in dicta deciſ. Hiſpal. part. 9. fol. 531

33 Ademas, que no conſta de modo alguno de dicha preſcripcion, ni jamàs la podrà probar el Monaſterio con los requiſitos que pide, pues no baſta, ni le ſervirà el que diga, que no ha pagado dichos Diezmos de los predios, que ha adquirido, quando los ha cultivado, y ſembrado à ſus proprias expenſas, porque eſta negativa es caſi impoſsible de probar. Lo primero: porque por los titulos, en cuya virtud los eſtàn poſſeyendo, ſe deſvanece dicha probanza, como queda dicho, y otras razones, que ſe expreſſaràn à ſu tiempo, quando de eſto ſe trate. Lo otro: porque nunca probarà la ciencia, y paciencia de el Cabildo en eſte caſo; ſin la qual no puede el Monaſterio adquirir quaſi poſſeſsion eſſemptiva de no pagar Diezmos *Leg. quoties 15. §. Servit. ff. de ſervit. Leg. 2. & ibi Gloſ. in verb. Sciente C. de ſervit. Rota coram Burato dec. 572. n. 12. & in Rec deciſ. 23. n. 5. part. 6.* Mayormente cediendo la pretendida eſſempcion en tan notable daño de la Igleſia, à quien por la negligencia de el Prelado, ò de los que tienen à ſu cargo el recobro de ſus rentas, no ſe le puede cauſar perjuicio alguno, *ut cumulatis deciſsionib. fuit luculenter firmatum in Hiſpalenſ. Decimar. 27. Iunii 1644 in §. 2. quia coram RR. P. D. Corrado, & ſequuta fuit Rota in dict. Toletan. Decimar. §. Præſertim.*

34 Y el Cabildo probarà à ſu tiempo, y aora en caſo neceſſario, que de los expreſſados predios, y de los que el Monaſterio ha adquirido antes, y deſpues de la dicha Concordia, cobraba todos ſus Diezmos de los poſſeedores de ellos; cuya circunſtancia por ſi ſola es oy manutenible, ſin embargo de la excepcion de privilegios que opone el Monaſterio, pues eſta, como queda dicho, ſe remite, y ſe reſerva para el juicio petitorio; porque la manutencion depende de la poſſeſsion, y no de los privilegios, *ut docet Rota deciſ. 162. num. 3. part. 1. Recentior. & in dict. Hiſpalenſ. coram Corrado ſub §. quia fuit reſponſum, & in dict. Toletan. Decim. coram Celſo ſub §. non obſtant. privilegia.*

35 A eſto ſe llega, que los privilegios del dicho Monaſterio hablan de Diezmos extraordinarios debidos por dere-

cho humano, y no de modo alguno de los ordinarios, que son dotes de las Iglesias, y se deben por derecho Divino, como parece de la lectura de dichos privilegios. Y aunque tuvieran alguna duda se debian assi interpretar, entender, y practicar, como lo hizo la Rota con el privilegio de el Señor Pio IV. que eximiò de la paga de Diezmos à la Religion de San Juan, interpretandole de los extraordinarios, y no de los ordinarios, como và expressado *in Hispalens. Decimar. de Baraona* 16. *Martij* 1646. *sub §. non obstant. privileg. coram D. Zerro.* Y antes havia interpretado assi otro privilegio semejante, concedido por el Señor Benedicto XI. à unas Monjas del Orden de Santo Domingo, *ut constat ex hac decis. in Bercellens. Decim.* 13. *Novembr.* 1625. §. *in etiam coram eodem D. Zerro.*

36 Y caso negado, que dichos privilegios del Monasterio de Guadalupe hablassen expressamente de la essempcion de los Diezmos, de que oy se trata, y que contuvieran expressa derogacion del citado *cap. Nuper*, como queda dicho, no podia oy escusarse de pagar dichos Diezmos, y debe ser el Cabildo manutenido, y ampatado en la percepcion de ellos, durante, y pendiente, la disputa sobre esta essempcion, como quiera que se tome, ora sea por los privilegios, ora por la prescripcion; porque en esta materia se dà la manutencion al que tiene la assistencia de derecho, mientras se reconocen, y se examinan los privilegios en que se funda el que lo resiste, en un juicio plenario, que como cosa que pide el mas alto conocimiento, es precisso, que alli se ventile, ò que la prescripcion immemorial, en que se funda estè concluyentemente probada, y canonizada por tres sentencias conformes: y hasta entonces no se puede negar al Cabildo la dicha manutencion. *Ut docent Marscott. variar. resolut. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 2. 7. *&* 8. *Postio de manutenend. observ.* 45. *num.* 19. *Rota in Teatina iurisdictionis coram Ubaldo Señiore post dict. tractat. de manutenendo decis.* 197. *num.* 2. *Mantica decis.* 296. *& in Recentior* 273. *num.* 1. *part.* 2. *Pignatell. tom.* 4. *consult.* 35. *num.* 24. Mayormente, quando la prescripcion en materia de Diezmos no se estiende de predio à predio; y assi en cada uno de por si, de los que el Monasterio ha adquirido despues de su fundacion, era necessario, que probasse concluyentemente, y se canonizasse por di-

chas

chas tres sentencias conformes la dicha prescripcion, segun la regla: *Tantum præscriptum, quantum possessum. Postio de manutenenda observat. 73. num. 183. Barato decis. 402. num. 4. Cavaler. decis. 487. num. 4.*

37 Pero aun demos mas de barato al Monasterio, y finjamos, lo que nunca podrà verificarse, que sus privilegios ayudados de la prescripcion, ò costumbre estèn tan claros, y todo estè tan probado, y canonizado, que no admitiera duda la essempcion que pretende en nuestro caso, y que sino en el juicio summarisimo de manutencion, à lo menos en los plenarios obtuviera su pretension. Pues ni aun entonces pudiera usar, ni valerse de la dicha prescripcion, ni de sus privilegios, mediante la falta de congrua de las dichas Iglesias; y que ciertamente quedàran sin ella las de la assignacion, si el dicho Monasterio, sembrando las expressadas 11200. fanegadas de tierra de las que tiene en sus territorios no pagàran estos Diezmos, como es notorio; y siendo tambien indubitable, que los Diezmos considerados respecto de la congrua sustentacion de los Parrochos, y demàs Ministros de las Iglesias, les son debidos à estos por derecho Divino, positivo, y natural, como resuelven conformes todos los AA. que refiere *Covar. lib. 1. variar. cap. 17. num. 2. de Iure Divino. Ut constat ex illo Christi Dom. Lucæ cap. 10. ibi: Dignus est operarius mercede sua. Et ex illo Divi Pauli 1. ad Corinth. cap. 9. ibi: Nemo suis stipendiis militabit unquam.* Y por derecho natural igualmente consta. Porque la misma razon natural, clara, y evidente persuade, que se tome, y reciba el estipendio, y sustentacion de aquellos à quienes se administra algun servicio necessario. Y no pudiendo ser mas precisso para nuestro bien, que la administracion de las cosas espirituales, y Santos Sacramentos de la Iglesia, se convence, que por derecho natural se les debe pagar à sus Ministros algun estipendio, que les sirva de congrua sustentacion: como al intento concluye el *Apostol de las Gentes Pablo dict. cap. 9. ibi: Si nos vobis spiritualia seminavimus, magnum non est, si nos carnalia vestra metamus. Vide Barbosa de offic. & potest. Parroch. part. 3. cap. 28. num. 5. & 6.* Y en este sentido se ha de tomar la comun sentencia de los Canonistas, que enseñan, que los Diezmos son instituidos por Dios, y que se deben à los Ministros

de

de su Santa Iglesia por derecho Divino. De este sentir son entre otros muchos, los que recopilò Barbosa *dict. num. 6. vers. Ex quorum numero sunt.*

38 En cuyo caso no puede darse privivilegio, prescripcion, costumbre, ni Concordia, que exima de pagar estos Diezmos à las Iglesias, en cuyos territorios se causan por serles debidos para la precissa sustentacion de sus Ministros, como merced, y jornal de su trabajo, señalado por derecho divino, y natural (segun queda fundado en el numero antecedente) el qual no se les puede quitar por razon alguna, como para el intento advirtiò Mostazo *de causis pijs tom. 2. lib. 5. cap. 3. num. 33. ibi: Respectu enim congruæ debentur Parrocho iure divino, & naturali, à quo nulla ratione possunt tolli, utpote mercedes sui laboris.* Y assi en la parte que dichos Diezmos son debidos por derecho natural, ò Divino Evangelico à los Sacerdotes, no se los puedan quitar por privilegio alguno Pontificio. Porque los derechos Divino, y natural son immutables, *ut constat ex distinct. 5. & 6. per totum cap. Proposuit de concessione Præb. & ibi. Gloss. & cap. quo iure in fine & cap. sequent 8. distinct.* Y de aqui es que el Papa no puede quitar el derecho Divino. *Ut inter alios tradit Felinus in cap. quæ in Ecclesiar. num. 19. de constitution. & Covarrubias Epist. de Sponsal. & Matrimon. 2. part. cap. 6. §. 9. num. 2. 3. & 4. & optimus in Clement. ne Romani de elect. quos citat Moneta de Decimis cap. 5. quæst. 2. num. 47. 48. & 49. fol. mihi 36. & idem Covarrub. lib. 1. var. cap. 17. num. 9. ibi, & plane, qua ex parte iure naturali, vel divino Evangelico Sacerdotibus decimæ debentur: non possunt à Summo Pontifice tolli.* Ni tampoco contra el natural puede el Principe establecer cosa alguna, mayormente, si este indulto, ò privilegio cediesse en daño de alguno. *Ut docent Felinus dict. cap. quæ in Ecclesiarum de const. num. 26. & ibi: Abbas per Clementin. Pastoral. de re iudicata. Oldradus Consil. 223. Alexand. Consil. 93. vol. 4. Barth. in proemio Digestorum col. 2. ad quod §. sed naturalia quidem iura 11. Institut. de iure naturali gentium, & Civili.* Y finalmente es esta una doctrina tan sabida de Theologos, y Juristas, que pudiera ofenderse su notoriedad, si me empeñara mas en fundarla.

39 Y por esto sin duda incluyen todos los Privilegios

Pontificios, concedidos à las Religiones, y à otras qualesquiera personas la condicion preciſſa, con tal que ſemejantes indultos no ſean perjudiciales enorme, y gravemente à las Igleſias Parrochiales; deſuerte, que luego que empiezan à experimentar ſu leſion del uſo de eſtas gracias, pierden ſu virtud, y efecto ſus privilegios, y deben pagar los miſmos, que por ellos ſe eximian los Diezmos à las dichas Igleſias, que tienen fundada ſu intencion de derecho para percibirlos. *Ut docent text. in cap. ſuggeſt. cap. dilecti, & ibi Gloſſ. verb. enormiter de Decim. cap. quid per novale de verbor. ſignif. Rebufus de Decim. dict. quæſt. 14. num. 55. Menochio conſil. 256. num. 9. vol. 3. Rota in ſpecie de privileg. Ciſtercienſ. in Pampilon. Decim. 6. April 1615. coram Rmo. Coccino Decano, & unus pro mille. Moneta de Decim. dict. cap. 5. num. 84. verſ. declarabis tamen hanc concluſionem, ibi: quod huiuſmodi privilegiatus à Papa ex cauſa, ut poſsit Decimas ab alijs percipere, tam laicus, quam Religioſus tenebitur congruam portionem pro ſuſtentatione Miniſtrorum, & oneribus ſupportandis Eccleſiæ Parrochiali aſsignare, ut expreſſe diſponitur in cap. ex parte el 3. de Decimis §. ubi autem, & idem Moneta dict. tract. cap. 4. quæſt. 3. concluſ. 6. num. 74. ibi: debent tamen locorum Ordinarij, ubi per huiuſmodi decimarum conceſsiones Parrochiales Eccleſiæ adeò gravantur, quod earum Rectores de ipſarum redditibus congruè ſuſtentari, & commodè iura Epſicopalia exhibere non poſſunt, providere, quod eiſdem Rectoribus tantum de illarum proventibus relinquatur, quod exinde competentem ſuſtentationem habere, & Epiſcopalia iura ſolvere valeant, aliaque onera debita ſupportare prout loquitur, & exponit text. in cap. ſtatuto 2. §. ubi autem de Decimis in 6. Barboſa in cap. ſuggeſtum 9. de Decimis num. 2. & hanc concluſionem ex hoc textu deſumunt Felinus num. 8. & Decius num. 14. in cap. novit de iudic. Rebufus de pacificis poſſeſſoribus num. 141.* Y generalmente hablando de qualquier privilegio, la traen, y enſeñan entre otros muchos. *Surdo de alimentis tit. 1. quæſt. 44. num. 22. & deciſ. 236. num. 22. Valaſc. conſult. 58. num. 6. Bardel. conſil. 22. num. 10. Perez ad leg. 8. verb. pordovinam, tit. 4. lib. 4. ordinament. Dueñas Reg. 32. limitat. 3. Henrriquez in ſumma lib. 7. cap. 27. num. 7. Menochius conſil. 156. num. 9. & 34. & Lancel. Gall. conſil. 25.*

40 Y fundados en eſte texto, y doctrina, dicen muchos, y graviſsimos AA. que la immunidad no favorece, ni

ni sirve à aquellos à quien se diò, si despues de la concesion de ella adquirieron muchos bienes. De suerte, que la mas fertil, y notable parte de el territorio posseen, y por consiguiente los demas à quienes toca llevar por entero las cargas, son grave, y demasiadamente molestados, tanto, que brumados con ellas, se dexan caer, y se pierden las Comunidades. Como advirtiò elegantemente para mi intento *Octav. Glorit. cap. 1. resp. 1. p. 3. num. 192.*

41 En cuya atencion enseñan otros, que quando la concesion de la immunidad es tal, que usando de ella los essemptos, quedan lesos gravemente los demas Vassallos, por recaer en estos las cargas, que havian de sufrir aquellos, entonces el Principe ocurriendo à este daño, cercena, ò quita del todo el privilegio. Como se colige difussa, y claramente de quanto trae el Abad Panormitano *in cap. Pervenit num. 17. de immunitate Ecclesiarum, & in cap. Accedens num. 8. de præscript. vers. Ex his infertur.* En donde quiso, que si por algun privilegio de immunidad, concedido à algunas personas, se reconoce ser gravemente perjudicial à la Universidad, ò Pueblo, acaso por ser muchos los essemptos, que entonces se debe implorar el remedio del Principe para la revocacion del privilegio. Lo que tambien quisieron *Imola in leg. ab omnibus ff. de legatis 1. Bosius in tit. de Principe num. 164. Nata consil. 63. num. 19. volum. 1.*

42 Luego no pudiendose dudar de la lesion tan grave, y enormissima, que padecieran las dichas Iglesias, pues es notorio, y constante, quedàran estas, y sus Ministros sin la congrua natural, y precissa sustentacion, si el dicho Monasterio sembrando las mencionadas tierras à sus proprias expensas, no pagàra los Diezmos de ellas, es precisso nos conceda el Monasterio, que aun en el caso, que llevo figurado, no puede oy usar de su privilegio. Sino es que diga, que no es cierto quanto llevo escrito en este punto para sacar esta consequencia. Y no pudiendo negar aquel antecedente, por estar fundado en la mas sana, pura, y practica Jurisprudencia, sin que se pueda dar doctrina recibida, que diga lo contrario, me persuado prudentemente se darà en su vista el dicho Monasterio por convencido; no solo por lo respectivo à dichas tierras

asig-

aſsignadas à las Igleſias, ſino es tambien por lo tocante à todas las demas, que tiene, y ha adquirido en eſte Obiſpado, antes, y deſpues de la dicha Concordia; pues aſsi en unas, como en otras proceden terminantes las expreſſadas doctrinas, reſpecto de ſer como ſon tantas, y tan quantioſas las haciendas que ha comprado, que ſi de ellas no paga los Diezmos, como los pagaban ſus poſſeedores, antes que las enagenaſſen, ſe ſigue un graviſsimo perjuicio à todos los intereſados, y participes de ellos, que es del que và hablando, y el que dà ſobrado motivo para el no uſo de ſus privilegios, ſin que de ello ſe pueda quexar el Monaſterio; pues como procedidos de la pura liberalidad de los Pontifices, que ſe los concedieron, no ſe le harà agravio, à viſta de tan conocido, y enormiſsimo daño de los dichos participes, quando aun ſin èl, y ſin otra alguna cauſa, puede el Principe revocar *in totum*, y abſolutamente el privilegio gracioſo. Como eſcribe *Rolando conſil. 66. num. 8. vol. 2. Nata. conſil. 511. num. 3. Afflictiſ. deciſ. 128. Gramm. deciſ. 46. num. 5. Gozadin. conſil. 5. num. 27. & conſil. 14. num. 8. Menochio conſil. 403. num. 39.*

43 Y porque no puede negar el Monaſterio las muchas, y muy quantioſas heredades, y haciendas, que ha comprado, y ha adquirido deſpues de ſu fundacion en eſte Obiſpado, y deſpues de la conceſsion de ſus privilegios, que fue como và dicho, en el año de 1535. y ſe harà manifieſto de ellas para los efectos, que convengan à el fin, que ſe ſolicita de la cobranza por entero de todos ſus Diezmos, en que entra terminante la doctrina, que ya llevo citada, de que el privilegio no ſuffraga à aquellos que deſpues de havertele concedido adquirieron muchos, y quantioſos bienes, tantos que la mas fertil, y notable parte del Obiſpado han llegado à poſſeer. De que ſe ſigue grave perjuicio à los que ſecluſſo el privilegio, percibian los Diezmos de ellos, como à el aſſumpto advierte *Barboſa cum alijs in dict. cap. ſuggeſtum de Decimis num. 1. ibi: Privilegium de Decimis non ſolvendis, revocatur, ſi ex poſt facto, incipit Eccleſiis Parrochialibus eſſe nocivum, propter exceſſum proprietatum, quæ nimium creverunt, & in num. 3. eiuſd. cap. idem Barboſa ſic ſe habet. Per hunc textum tenent immunitatem non ſuffragari pro eis, qui poſt conceſsionem immunitatis multa acquiſierunt bona, ita*

quod

quod notabiliorem, & fertiliarum partem territorij possident, & per consequens cæteri, quos opportet integre ferre onera graviter, ac nimium gravantur.

44 Y porque nunca pudo ser la mente de los Sumos Pontifices en la concesion de los expressados privilegios otra, que el socorrer al dicho Monasterio con esta essempcion, en quanto conduxesse à sus precissos alimentos, y congrua sustentacion, atendidas todas les circunstancias del culto Divino, de su Iglesia, manutencion del numero de Religiosos, Criados, y demas cosas necessarias; desuerte, que si pagàran los Diezmos, perecieran de hambre, como entendiò la Rota cierto privilegio de el Papa Bonifacio VIII. concedido à unas Religiosas Dominicas *in Berzelens. Decim. coram Zerro* 15. *Ianuar.* 1646. pero no de modo alguno pueden estender su essempcion dichos privilegios à los bienes, que exceden dicha congrua con tan notable exceso, como el que se dexa ver en las muchas haciendas, possessiones, y grangerias, que tiene dicho Monasterio, que lo constituyen, no solo rico, sino es poderoso contra la sentencia de Salomòn *lib. Prov. cap.* 23. *vers.* 4. *ibi: Noli laborare, ut diteris: sed prudentiæ tuæ pone modum. Et in cap.* 30. *eiusd. lib. vers.* 8. *ibi: Mendicitatem, & divitias nè dederis mihi: tribue tantum victui meo necessaria. Et facit illud Div. Pauli ad Timoth. Ep.* 1. *cap.* 6. *vers.* 8. *ibi: Habentes autem alimenta, & quibus tegamur, his contenti sumus. Et vers. seq. Sic se habet, nam qui volunt divites fieri, incidunt in tentationem, & in laqueum diaboli, & desideria multa inutilia, & nociva, quæ mergunt homines in interitum, & perditionem.*

45 Y porque no pueden los dichos privilegios estenderse à las haciendas, y grangerias, quando en ellos no se hace expresion clara indubitable de este genero de bienes, *ut cum plurib. resolvit Tuscus lib.* 2. *litt. D. conclus.* 490. *num.* 21. aunque con dichos privilegios tuviera el Monasterio possessiones immemorial de no pagar dichos Diezmos, todavia debe ser el Cabildo manutenido en la cobranza de ellos. Como decidiò la Rota *in Hispalens. coram Meltio etiam Calagurritana Benef. de Cornago anno* 1647. *per hæc verba: Coram me limitatio supra dicta, quod privilegium clarum impedit, nè possessor manuteneatur: intelligendum est de privilegio probato per publicum instrumentum altero ex*

tribus modis prædictis, in quibus terminis loquitur: non de eo, quod præsumi facit immemorialis probata per testes, nisi fuerit canonizata per tres sententias in rem iudicatam transactas; nam probationes tituli desumptæ ex testibus iudicium possessorium non retardant.

46 Tambien es digna de reflexion, y se debe tener presente, por lo que mira à las expressadas 1||200. fanegadas de sembradura, para que en ningun acontecimiento dexen de llevar por entero las Iglesias los Diezmos de ellas, la assignacion que se les hizo, como por modo de dote, fincando en ellas la parte mas principal, y considerable de su congrua sustentacion, y alimento de sus Ministros, pues à este fin se dexaron fuera de la Concordia, como llevo notado, para que sobre este punto no huviesse controversia, sino es, que siempre en todo caso, y tiempo percibiessen las dichas Iglesias enteramente los referidos Diezmos, porque si no los huvieran de llevar, quando el Monasterio sembrara à sus proprias expensas las dichas tierras, ni les quedàra congrua, ni dote fixa, y perpetua, pues estaba en mano de el dicho Monasterio, el quitarsela siempre, y quando le pareciera, sembrandolas à su voluntad, como dueño de ellas, contra el fin de la assignacion, y mente de los contrayentes, que nunca pudo ser otra, sino es que permaneciesse perpetuamente immutable, inalterable, è irrevocable, segun su destino, y naturaleza de dote, para que con este efecto se mantuviessen las Iglesias, y sus Ministros, sin diminucion, ni descaecimiento del culto Divino, que es lo que miraron, y debieron cuidar con toda reflexion los Señores Obispo, y Cabildo, que otorgaron la Concordia; pues no es de discurrir, ni aun de imaginar, que havian de estipular, y señalar por dote à las Iglesias efecto, que no fuesse en todo caso seguro, fixo, y permanente, como lo deben hacer, y mirar todos los Prelados, quando se quiere edificar alguna Iglesia, que lo primero que miran es, que se les señale dote suficiente, fixa, y perpetua, que reditue en todo tiempo lo bastante para sus reparos, culto, y Ministros, con todos los requisitos de hipoteca, ò renta fixa, de instrumento dotal, y demas cosas necessarias, y de otra forma no se dà la licencia para esta obra, ni se puede hacer la Iglesia. *Ut constat ex Authent. de ædificatione Ecclesiarum. Cap. Si quis autem* 7.

de

Eccleſiaſticis titulis, & priuil. tit. 14. *Novela* 131. *cap. Nemo* 9. *de conſecratione diſtinct.* 1. *Cap. Placuit* 1. *quæſt.* 2. *Cap. Piæ mentis* 26. *cauſa* 16. *q.* 7. *cum ſicut de Conſecrattone Eccleſ. Concil. Aurelianenſ. IV. can.* 23. *Toletan.* III. *can.* 3. *&* 15. *Vvormatienſ. temp. Adrian. II. Imperator Zeno in leg.* 15. *C. de Sacroſanct. Eccleſ.*

47 Y la razon de eſta doctrina es, porque ſi la Igleſia no tuviera dote ſuficiente, preſto, y facilmente viniera à el ſuelo, por falta de reparos; el culto Divino ſe diſminuyera, y faltàran ſus Miniſtros, y para evitar eſtos daños es preciſſa ſu dotacion. A el modo què la muger debe ſer dotada por el Padre, Hermano, Tutor, ò Curador quando contrahe Matrimonio ſegún ſu qualidad, modo, y circunſtancias para que el Marido pueda ſoportar las cargas de èl, y à ella no le falte todo lo neceſſario. *Leg. quæro* 60. *ff. de iure dotium. Azorius* 2. *part. inſtitutionum moralium lib* 9. *cap.* 3. *quæſt.* 7. *cum concordat.* Y ſiendo cierto, que la Igleſia con ſu Rector contrahe un Matrimonio eſpecial, *cap. inter corporalia* 2. *de translatione Epiſcopi*, es claro, que ſin dicha dote, no puede edificarſe la Igleſia, ni quedar en pie ſi le falta. Cuya doctrina exornan elegantemente entre otros muchos *Durantius de ritu Eccleſiæ lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 9. *Loterius de re Beneficiali lib.* 1. *quæſt.* 31. *num.* 3. *Rota* 2. *part. diverſ. deciſ.* 141. *num.* 5. *Petrus Gregor. part. iuris lib.* 1. *tit.* 28. *cap.* 9. *Paſqualigius de ſacrificio Miſſæ quæſt.* 517. *num.* 1. *Moſtazo de cauſis pijs lib.* 5. *cap.* 3. *ex num.* 10. *Barboſa, pluribus in locis, & terminanter de officio Epiſcopi* 3. *part. Allegatione* 27. *num.* 3. *& allegat.* 70. *num.* 29. *& de univerſal. iure lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 20.

48 Y eſte cuydado de aſsignar, y mantener las dotes à las Igleſias para ſus alimentos lo tuvieron en muy alto grado los Gentiles, procurando ſe dotaſſen los Templos, que erigian à ſus falſos Dioſes, para que en ningun tiempo les faltaſſe el culto que les daban, como refiere *Ovidio lib.* 10. *ibi: Templiſque accedere dotem hanc viſere meis. Cenſorinus de die natali ibi. & cum agros, atque urbes Deorum munere poſsiderent, partem quandam templis, ſacelliſque, ubi eos colerent, dicavere.*

49 Eſto miſmo vemos, què ſe obſervò con grande eſmero en la Igleſia de Dios deſde ſu principio. *Vt conſtat ex Divo. Chryſoſt. Homil.* 18. *in actibus Apoſtolorum, & ex multis con-*

ci-

cilijs relatis à Dom. Gonzalez in cap. cum ſicut 8. de Conſecrat. Eccl. vel Altaris num. 4. y lo han continuado nueſtros Eſpañoles con la mayor vigilancia, ſiempre que ſe ha ofrecido eſte caſo. Y ſe reconoce del Concilio Bracharenſ. 2. can. 5. & 16. adonde ſuponiendo ya dotadas las Igleſias, ſe dà regla para que ſe conſerven ſus bienes, y no ſe diſtraygan, ni ſe diſipen por modo alguno, que es lo que viene como nacido para nueſtro intento. Pues ſi el Monaſtero no pagàra dichos Diezmos, quedaràn indotadas las expreſſadas Igleſias, contra todo lo que llevo eſcrito ſobre eſte punto. Pero muy conforme al error de los herejes Uvaldenſes, que quiſieron, que la Igleſia, y ſus Miniſtros no pudieſſen tener dominio de las coſas, y bienes temporales; mayormente de los immuebles, y que pecaron los Principes dotandolas. Cuyo error ſiguieron deſpues Uviclepho, y Lutero, como refiere *Arsfeldio hiſtor. Uviclephi cap. 2. his verbis: Omnes poſſeſſiones, non Monachis modo, ſed univerſo prorſus Clero eripit, nec ſolidum aliquem, aut ſtabilem ei Decimarum fructum reliquit. Dotare Eccleſiam eſt contrarium Sacræ Scripturæ, & contra regulam Chriſti. Silveſter Papa, & Conſtantinus Imperator erraverunt Eccleſiam dotando. Papa, & omnes Cardinales, & Clerici poſſeſſiones habentes ſunt hæretici, & laici conſentientes. Imperator, & ſæculares ſunt ſeducti à diabolo, ut Eccleſiam dotarent bonis: Sacerdotes veteris Teſtamenti vivebant ex proprietario: Eccleſia non habuit dotem, vel poſſeſſionem rei immobilis ante Conſtantinum Magnum: Non eſt ſacrilegium auferre res Eccleſiæ datas, & Deo conſecratas. Imò debent Principes ſub pœna damnationis auferre bona temporalia à Clero habitualiter peccante.*

50 Y eſte error caſi ya ſepultado, reſtituyò (como digo) Lutero. Pero fue condenado por tal en el Concilio Conſtantienſe. Y con razon, porque es conſtante, que la Igleſia deſde ſus primeros ſiglos tuvo bienes proprios; *ut videri poteſt ex Div. Ambroſio relato in cap. Aurum 70. cauſa 12. quæſt. 2. cap. quatuor 27. cum ſequent. eadem quæſt.* Y en tiempo de ſu perſecucion tuvo la Igleſia precioſas alhajas. *Ut ex Div. Auguſt. & optato refert Baronius tom. 1. an. 57. n. 81. & tom. 2. anno 223. n. 3.* Y tambien conſta poſſeyeſſe predios, y tierras *ex cap. Nulli 27. cauſ. 12. q 1. cap. Non liceat 12. q 2. cap. Si quis 6. cum ſeq. cap. Ad audientiam 9. cum ſeq. de Reb. Eccleſ. Bellarm. tom. 1. controv. lib. 1. de Eccleſ. cap. 5. cum alijs.*

51 Y finalmente tiene decidida esta controversia, y puesto perpetuo silencio à el Monasterio sobre la essempcion de la paga de Diezmos que pretende, la Bula del Señor San Pio V. que empieza *Ad perpetuam rei memoriam Romani Ponticis*, expedida *motu proprio* el dia ultimo de Junio del año de 1570. por la que se revocaron los expressados privilegios concedidos à los Religiosos de San Geronymo, y à otros en este punto; desuerte, que en virtud de ellos no puede el dicho Monasterio escusarse de pagar los expressados Diezmos de todas sus tierras, y heredades, que han adquirido despues de su fundacion por qualquier titulo, aunque las siembren, y cultiven con sus propios ganados, y à sus proprias expensas, y lo mismo de los ganados que crian, y tienen por grangeria, aun en el caso dado, y no concedido de que dichos privilegios comprehendieran los bienes de que tratamos, pues mediante la referida revocacion, quedaron sin valor, ni uso alguno aquellos rescriptos Apostolicos.

DVDA QVARTA.

52 A La quarta duda se satisface con lo dicho por parte del Cabildo en la antecedente; pues pagando el Monasterio, como debe, los Diezmos por entero de las 11200. fanegadas de tierra, sembrandolas à sus proprias expensas, à las referidas Iglesias, como estas los cobraban, y percibieran de los Arrendadores de ellas, en virtud de la expressada assignacion, y possession, que antes de ella tenian: y por lo respectivo à las demàs tierras, que en dicha duda se expressan, y quedandose en arrendamiento son partibles los Diezmos, segun lo estipulado en la Concordia, se deberà esto observar, quando el Monasterio las cultivasse, y sembrasse à sus proprias expensas, y con sus proprios Ganados. Pues como llevo fundado, esta circunstancia no le puede escusar de la observancia de lo concordado, ni darle essempcion alguna en las demas tierras de que no se hizo mencion en la Concordia, y para este punto de Diezmos, quedaron reservadas à la disposicion del derecho comun, y à los privilegios comunes, y particulares, que le competieren al Monasterio.

Y como por ningun titulo de estos no puede, no solo percibir Diezmos de tierra alguna, pero ni eximirse de la paga de ellos, segun queda dicho en la duda antecedente; y se esforzarà mas, quando llegue el caso de disputarse cada punto de por si, separadamente, como se debe, y es necessario, mientras que el Monasterio no se allane à esto mismo. De aì es, que aunque se haga el Cortijo, como en dicha duda se refiere, no puede perjudicar de modo alguno à lo contenido, y estipulado en la Concordia; ni à lo dispuesto por derecho en los casos, que alli se recelan, pues en qualquiera debe el Monasterio estar à uno, y à otro, guardando, y observando lo que expressamente està concordado, y no pudiendo huir de lo que fuera de esto, està prevenido por derecho, y todo explicado en el dubio antecedente, sin hazer directa, ni indirectamente cosa alguna, que vaya contra ello. Pues si con la fabrica de dicho Cortijo, y con sembrar, y cultivar à sus proprias expensas las mencionadas tierras, pudiera de unas quitarles à las Iglesias por entero la percepcion de los Diezmos, que les reservò, y assignò la Concordia, quedandose con ellos el Monasterio, y de otras la metad de ellos, que deben partirse, segun ella, venia à quedar este contrato todo pendiente de la voluntad, y arbitrio de dicho Monasterio, contra todos los principios, y reglas de el derecho, que prohiben, que los contratos, ò parte substancial de ellos se difieran, y dexen en la voluntad de uno de los contrayentes. *Iuxta text. in leg. 13. C. de contrahenda emptione, & venditione, ibi: In vendentis, vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est: & ibi communiter DD. & pulchrè ad rem. Barbosa in Collectanea ad hanc legem num. 1. 2. & 15. fin. ibi: Notatur ad hoc, quod in contractu ultro, citroque obligatorio, non potest substantia contractus, etiam per verba sonantia in arbitrium boni viri, conferri in voluntatem unius ex contrahentibus, ut nominatur in leg. Cum te C. de transact. Leg. Si donationis C. de his, quæ vi. Leg. Contractus. Leg. 1. C. de fide instrum. Leg. fin. §. fin. C. de litigiosis.*

55 Y siendo como es cierto, que la Concordia, ò transaccion es contrato obligatorio de una, y otra parte, que llaman innominado, como el de *do, vel facio ut des, vel facias. Leg. 5. ff. de præscriptis verbis*; porque se celebra esta, con-

viniendose el Reo, y el Actor, en que se dè, ò se haga esto, ò lo otro, y se acabe el pleyto, que es cosa de hecho. *Ut cum dict. leg. 5. §. Sed si facio sentit Valeron de transactionib. tit. 1. quæst. 3. num. 13. & 14* de aì es, que no se pudo dexar à el arbitrio, y voluntad de el Monasterio el goze de la assignacion de los Diezmos de las dichas 1200. fanegadas de tierra. Como sucediera, si este, sembrandolas à sus proprias expensas, no los pagara.

54 Y lo mismo digo, y se verificarà, si por lo respectivo à las demàs tierras, enque se parten los Diezmos, sembrandolas el Monasterio se los llevara por entero; pues en uno, y otro caso estaba à su voluntad, usando de el derecho que tiene de sembrar, y labrar sus proprias tierras, y de hazer en ellas el Cortijo, de que se và hablando, y demàs obras que le parecieren, y tuviesse por conducentes à sus mayores grangerias, en que les sirviera de mucho estimulo el quedarse con dichos Diezmos, y privar de ellos à las Iglesias, à quienes son debidos por todos derechos, dexandolas sin alimentos para su manutencion, y de los Ministros que las sirven, y por consiguiente locupletandose, y enriqueciendose el Monasterio con la perdicion de ellos. Siendo esto tan contra el derecho natural, que segun èl, ninguno debe locupletarse con detrimento del otro. *Leg. 14. ff. de conditione indebiti, ibi: nam hoc natura æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. Leg. 4. §. si quis 4. ff. de doli mali exceptione. Leg. in pupillo 47. ff. de solutionibus.*

55 Mediante esto, no se disputa à el Monasterio la facultad de poder sembrar las dichas tierras à sus proprias expensas, haciendo, ò no, el referido Cortijo en ellas. Si solo se le previene, que deberà en tal caso, por lo que tengo expressado, pagar los Diezmos, que se adeudaren de los frutos que alli cogiere, à las mencionadas Iglesias, à quienes corresponden, segun, y como estas los han percibido, y cobrado de los Labradores sus Arrendatarios: para evitar el perjuicio que llevo explicado, padecieran las Iglesias, si con el mencionado arbitrio pudiera el Monasterio, como piensa, privarlas de este derecho, y reconocerà, si en el uso del suyo, les hiciera agravio. Con que se convence à todas luzes su respuesta à la quarta duda.

DVDA QVINTA;

56 POr lo que toca à esta duda quinta, no ignora el Cabildo la transaccion, y Concordia, que con dicho Monasterio se otorgò en la Villa de Madrid à 3. de Abril de el año ds 1696. sobre la paga de los Diezmos de los Ganados de sus Pastores, y Criados, que excedian de 18ℓ.mrs. que se le reservaron por esta razon en la declaracion del cap. 3. de la dicha Concordia antecedente de el año de 1576. y que en virtud de la susodicha transaccion gozan dichos Señores, y demas participes la parte de Dehesa, llamada Tomillosso de la Umbria, segun se refiere por dicho Real Monasterio en su respuesta à esta duda. Pero à el mismo tiempo se hace inexcusable poner presente el mayor numero de Pastores que oy tiene el Monasterio, por el notable, y grandissimo aumento de Ganados, assi trasumantes, como riveriegos con que se halla, que comparados con los que tenia en el expressado año de 1696. es muy considerable el excesso de este tiempo à el otro. Y por consiguiente digno del mas eficaz reparo tan intolerable daño; pues padece la causa decimal en este convenio una lesion enormissima, que no permite la observancia de la citada Concordia; antes si obliga en conciencia à solicitar el remedio, que en tal caso tiene dispuesto el derecho, para la recision de aquel contrato, y reintegro de los Diezmos, que dichos Señores, y demas participes han dexado de percebir por este motivo desde su principio.

57 Y para prueba de este assumpto se viene à la mano la mas calificada doctrina, pues es corriente, que la transaccion se rescinde, aun por la lesion enorme, como refiere *Valeron de transactionibus tit. 6. quæst. 2. num.* 44. adonde por esta opinion refiere casi innumerables, y muy clasicos AA. con la Rota, y otros muchos, que cada uno de ellos cita en su original, y aqui se omiten con el cuydado de no detenerme en lo que es tan constante, y aunque la opinion contraria tiene muchos sequaces, que tambien recopilò el mismo Valeron *dict. quæst. 2. num* 29. *&* 30. en donde quieren algunos, que ni por la lesion enormissima se pueda ir contra este contrato. Pero oy no es practicable esta sentencia, respecto de que la re-

ci-

cibida en uso en todos los Tribunales, assi de estos Reynoss como fuera de ellos, es la contraria, en que me voy fundando; y assi la ha estimado la Real Chancilleria de Valladolid, juzgando por ella muchas, y repetidas vezes, que la lesion enormissima anula, y rescinde la transaccion, de que haze memoria siguiendo esta misma opinion el citado Valeron *dict. quæst. 2. num. 46.* y es tan juridica la razon de esta doctrina, que convencen à todas luzes sus fundamentos: Porque la lesion enormissima presupone dolo en la misma cosa, que se transige, como se reconoce del expresso, y elegante *texto in leg. si quis cum aliter 36. ff. de verborum obligationib. ibi: idem est, & si nullus dolus interceserit stipulantis: sed ipsa res in se dolum habet, Gothofred. leg. omnes 17. §. Lucius ff. quæ in fraudem credit. Castill. de tertijs cap. 18. à num. 92. & lib. 3. contro v. cap. 2. num. 41. Noguerol. allegat. 18. num. 190. & allegac. 34. num. 17. & 18. & allegat. 29. num. 216.* añadiendo, que no solo se presume dolo en la misma cosa, sino es que intervino de proposito, quando la lesion es enormissima. Como advirtiò *Fontanela de pactis nuptial. claus. 2. gloss. 9. part. 5. Barbosa lib. 2. voto dec. 25. num. 66. cum alijs.*

58 Sed sic est, que la transaccion en que interviene dolo no puede sustenerse, por ser esta, mas que contrato, un conocido engaño, como exclamò el *Iurisconsulto Vlpiano in leg. 9. §. qui per falaciam 2. in fin. ff. de transactionib. ibi: non tam pacisscitur, quam decipitur, leg. in summa 65. ff. de condition. indebiti, leg. actiones 4. C. de transactionibus*; y este dolo, ora sea de proposito, ora por naturaleza de la misma cosa, no se distinguen para el efecto de rescindir este contrato. *Vt cum alijs docent Socin. Iun. consil. 98. num. 26. vol. 2. Celso Barg. de dolo lib. 3. cap. 4. num. 82. Paris. consil. 46. lib. 1. & consil. 20. num. 45. & consil. 108. & 209. vol. 1.* Luego es sin duda, que la lesion enormissima rescinde, y anula la transaccion, y Concordia.

59 Ni puede dar fuerza à este contrato la confirmacion que en èl intervino de el Señor Nuncio de estos Reynos, ni aunque huviera sido del mismo Papa; pues mediante el expressado dolo, no es de creer, ni juzgar, que el Principe quiso confirmarlo: antes sì en qualquiera de estos actos, y otra alguna disposicion se debe presumir exceptuado tan pernicio-

so vicio. *Leg. creditor §. Lucius ff. mandati. leg. auctoritatem C. unde vi ubi Bartulus, & communiter scribentes id notarunt leg. nec arcus cum similibus C. de emancipatione liberorum.* Y aun mas terminante à nuestro assumpto dixeron muchos, que aunque intervenga confirmacion de el Principe, no se juzga quiso autorizarlo, si aparece en la lesion enormissima. Ni quita à los contrayentes el remedio reciforio que por ella suele concederse. Como lo juzgaron *Bellamera decis. 502. & Thomas Gramm. decis. 66. num. 50. 51. & 52* porque la autoridad del Principe en este caso solo hace, que valga la transaccion, que sin ella no podia subsistir, *text. in cap. 1. de transact.* y assi de la misma suerte que antes se podia intentar la recision de este contrato, se puede tambien despues de la confirmacion anular, segun considerò admirablemente *Decio in cap. 1. de confirmatione utili, vel inutili num. 7.* teniendo por sin duda este Autor, y todos, que no puede la confirmacion del Superior validar el contrato en que intervino dolo, miedo, subrepcion, ò otra qualquiera maquinacion; porque no es su animo confirmarlo, quando qualquiera de estos vicios le acompañan.

60 Y es de advertir para la inteligencia de esta doctrina, y proceder en ella con la claridad posible, que la lesion en el contrato de transaccion, de que vamos hablando, se puede considerar de dos modos; ò respecto del tiempo en que se celebrò el contrato, ò cargando la consideracion à lo que despues de èl sobrevino. Si se mira à lo primero, parece no pudo haver agravio en nuestro caso, si el que oy se contempla, es por lo que despues ha sucedido en el aumento de los dichos Pastores, y Ganados; y por consiguiente, parece tambien, que no puede haver lugar à la recision de esta Concordia; mayormente, si se advierte de que para este efecto se atiende, si la lesion intervino al tiempo del contrato. *Leg. si de voluntate C. de rescindenda venditione. Leg. 3. §. fin ff. de iure fisci. Leg. voluntas C. de fideicommis. Cap. cum dilecti de emptione, & venditione. Leg. nostra patria 56. tit. 5. p. 5. cum alijs, quos congessit Valeron. dict. quæst. 2. tit. 6. num. 3. Pacion. de locat. & conduct. cap. 18. num. 57. & 58. cum Rota in plurib. decisionib.* Y quando la huviera, no se debiera atender para el intento de el Cabildo, aunque la lesion fuesse enormissima, porque se

presume, que se hizo gracia, y donacion del exceſſo; ni se puede decir, que fue engañado, porque la cosa que valia cien mil escudos, la dexò por mil; pues fuera posible, que la accion que le competia para rei vindicarla, no se debiesse estimar en tanto como ella valia. *Leg. Lucius §. fin. ff. ad Trebellianum, ibi: Quadruplo amplius in hæreditate fuisse Leg. 34. tit. 14. part. 5. ibi: E quanto quier que montasse aquella parte, que quitasse el demandador.* Los quales textos assi los entiende, y trae para prueba de esta doctrina *D. Luis de Molina de Hispan. primog. lib. 4. cap. 9. num. 34. & 35.*

61 A esto se satisface por el Cabildo diciendo es verdad que quando el contrato se perficiona en un momento, se debe apreciar, y estimar la lesion, que contra èl se alega, atendiendo solamente al tiempo en que se celebrò; y assi se entiende la citada ley. *Si voluntate C. de rescindenda venditione.* Pero quando el contrato tiene tracto successivo, se debe esperar el futuro eventu. Segun la doctrina de *Nata consil. 548. num. 36. ubi loquens de contractu oneroso, sic ait. Ad sextum argum. Quod tempore contractus æstimanda venit læsio, leg. si voluntate C. de rescid. vendition. & communiter eo tempore non fuit læsio, cum tunc iusto prætio fuerit æstimata. Respondetur, quod, læsio utrum inter venerit, consideratur tempore contractus, ubi contractus perficitur unico momento, & habet tractum successivum, & ita loquitur lex si voluntate. Secus ubi habet tractum successivum, vel est explicandum aliquid de futuro, quia tunc intelligitur, rebus sic stantibus, & succurritur etiam ex æqualitate læsso, & gravato &c.*

62 Confirmase esta doctrina con un admirable texto, que parece se hizo para nuestro intento. *In cap. quanto de censib.* Adonde una Iglesia que tenia obligacion de pagar annualmente cierta procuracion, se decidiò, que debia tambien pagar el aumento de esta carga, si creciessen sus facultades. Desuerte, que si por el transcurso del tiempo apareciesse desigualdad entre la utilidad, y la carga, se deberà proporcionar una con otra, sin embargo de que se capitule lo contrario. *Ut notavit Thesaurus decis. 230. & tenuerunt, quod semper ad æqualitatem onera esse reducenda, leg omnium C. de vectig. & commiss. cap. fin. de consuet. leg. 2. C. de alubionib. leg. 2. §. ad deficientium ff. de muneribus, & honorib. Costa de ratione ratæ quæst. 103. Socinius*

iunior. lib. 3. consil. 51. Albasis cons. 44 ad finem. Nata consil. 106. num. 7. Decius consil. 335. num 2. Baldus lib. 3. consil. 387. Minsig. consil. 3. observ. 34.

63 No es menos terminante la sentencia, que se deduce *ex leg. forma §. 1. de censib. Leg. omne territorium, & ibi Glos. C. de censib. & censit.* de donde consta, que las cargas deben correr, à proporcion de los bienes, sobre que estàn impuestas; y assi menoscabados, ò disminuidos aquellos, deben los censos, y las cargas revajarse, como *ex Bartholo, & ex alijs* probò *Thesauro dicta decis. 239. num. 8.* el qual tambien en la *decis. 120. per totam* dice, que el contrato se debe reducir à equidad, quando por el transcurso del tiempo, y mutacion de las cosas, en que se celebrò, se advierte desigualdad, ò injusticia. Conviniendo todos, que quando el contrato por su naturaleza tiene tracto succesivo, desuerte que de èl resulte en algun tiempo iniquidad, ò lesion, se debe reducir à igualdad, y equidad, *ex leg. Cum quidam in princ. ff. de usuris. Cujacius lib. 19. observat. cap. 8. Albanus consil. 34. num. 16. & ex leg Si quis in fine de periculo, & commodo rei venditæ. Leg. 2. §. Si quis ff. de legatis 3. & probavit Thesaurus decis. 226. per totam ex Jasone, Decio, & alijs.*

64 Tambien se prueba este assumpto con la misma claridad, y certeza, trayendo à la memoria aquella especial doctrina, que enseña, que por una nueva superveniente causa, se puede uno apartar de qualquiera disposicion, sin que por esto se pueda decir, que và contra la voluntad de aquel que la ordenò; porque si este huviera pensado de tal novedad, y mutacion del estado de las cosas; no lo huviera hecho, ni dispuesto en aquella forma, como se evidencia *in cap. Non debet de consanguinit. & affinit. & in leg. in confirmando cum leg. seq. ff. de confirmando tutore.* Y esto procede, aunque intervenga juramento de no ir contra lo dispuesto. *Cap. quemadmodum de jure jurando, & videndus est Doct. Larrea decis. Granat. decis. 71. num. 8. Roland. consil. 1. num. 161. qui addit in num. 164. post Ripam. resp. 7.* que quando un privilegio daña à tercero, ò al mismo que le concediò enormemente, entonces se debe suprimir. *Ut leg. Seyo §. venes ult. ff. de annuis legat. & in leg. Fistulas §. frumenta ff. de contrahenda emptione, & in num. 165. Alegando Cravetam consil.*

95.*num.* 4. dice que el estatuto jurado, y por largo tiempo observado de pagar una Republica cierta porcion, se debe entender, si los vezinos permaneciessen en el mismo estado, y numero, porque la clausula *rebus sic stantibus*, se entiende puesta en qualquiera disposicion, obligacion, promission, ò pacto, aunque sean jurados. *Leg. quod servius ff. de condition. ob causam leg. continuus §. cum quis ff. de verbor. obligat. leg. quæro §. interlocutorem ff. locati, & sic ex Decio, Socino, Mandello, Hipolito Menochio, Surdo, Mascardo, Tirraquello, Marta, Farinatio, Pereyra, Tusco, Gratiano, Gutierrez, Rota, & alijs notavit D. Barbosa de clausulis, usu frequent. claus. 129. num. 2. cum sequent. & in num. 3. dicit. que esta clausula importa tanto, como si se dixesse, dummodo res in eodem statu permaneat.*

65 Aun mejor que todo lo hasta aqui dicho es lo que discurriò *Mandellus Albens. consil. 34. num. 15.* adonde tratando de transaccion, que mira à causa onerosa (como la nuestra) con Felino, y Alexandro; prueba que ocurriendo cargas excessivas en grande manera, y no acostumbradas, no se debe guardar la transaccion, y despues al num. 26. siguiendo el mismo assumpto, escribiò tan à lo nuestro, que se hace inexcusable el referir sus palabras. *Ibi: vel si verba contractus non patiantur talem interpretationem, aparienda sit alia via, videlicet concedenda recissio ipsius transactionis, saltem, stantibus his malis temporibus, per remedium, vel restitutionis in integrum, vel per remedium recissorium contractus afferentis læsionem enormem, quod solet concedi, quamvis contractus, vel statutum, ab initio non contineret læsionem. Sed propter mutationem temporum deinde læsionem contineret, si enim sit actus successivus, respiciens etiam futura tempora, debet secundum qualitatem temporum regulari.*

66 Lo mismo probò *Gyptius decis. Bononiens. 43. num. 47. in his verbis: nam ubi contractus habet tractum successivum, vel est explicandum aliquid de futuro, videtur considerari læsio etiam contingens post tempus contractus, respectu lucri deperditi, ob valorem medio tempore auctum, & tunc succurritur minori læso, vel universitati.* Y otros muchos que para referir sus autoridades era necessario gastar mucho tiempo, y mas quando con las que llevo citadas se convencerà, que no admite disputa la virtud intrinseca, y extrinseca de esta opinion.

67 Solo sacarè por consequencia de las autoridades antecedentes con el comun sentir de los DD. que aunque el contrato, que mira al tiempo futuro, no contenga lesion, ni injusticia, quando se hizo, si despues por la variedad del tiempo, aquella misma cosa, que se transigiò, ò se arrendò, ò se diò en emphitheusi, se huviesse aumentado, y crecido mucho sus frutos, se debe rescindir aquel contrato, y reducirle à lo que merece la tal cosa, segun su aumento, y estimacion en el tiempo presente à el que pertenece, assi el aumento, como la diminucion de ella, de cuya opinion son tantos, y tan graves Maestros, que no es facil referirlos, y se pueden ver en otro de no menores circunstancias, que los sigue, y cita, qual es *D. Larrea tom. 2. decis. Granat. decis. 71. num. 16. per totum.*

68 Cierro este assumpto con lo mas singular, y notable que he visto para la practica de nuestro caso, y es: que tratando los AA. de la reduccion de los contratos à la equidad que piden de justicia, segun su naturaleza, y quando por el transcurso del tiempo ha venido à hazerse iniqua la transaccion, por haverse aumentado, y crecido considerablemente la materia, sobre que se celebrò, tienen singular, y especialissima facultad los Juezes para reducirla, y proporcionarla à lo que sea justo, descagraviando à la parte, que se siente perjudicada por la expressada mutacion, y aumento de la dicha materia, aunque esto sea expressamente contra lo estipulado, y concordado. Como enseña *Thesaurus dict. decis. 226. num. 1. ex leg. Cum quidem ff. de usuris.* Añadiendo al num. 4. que esto procede, aunque despues de el contrato, y transaccion aya corrido tanto tiempo, que se aya causado prescripcion; y dà la razon, porque por este titulo no se debe tolerar tal iniquidad.

69 Ni puede embarazar la recision de este contrato, ò reduccion à lo que sea justo, segun el estado que oy tiene la cosa, sobre que se celebrò el juramento que hicieron las partes de no ir de modo alguno contra lo estipulado en la escritura de transaccion referida; porque mediante la lesion enormissima, que se và suponiendo, padece el Cabildo, y demas interesados en la dicha transaccion, tiene igualmente lugar aquel remedio, aunque interviniesse el dicho juramento. Segun la terminante doctrina de *Tiberio Deciano consil. 59. ex num.*

19. *lib.* 4. *Mieres de Maiorat.* 4. *part. quæst.* 2. *num.* 97. *Cutel. de donationib. tract.* 2. *discept.* 1. *spect.* 23. *n.* 23. *referens plures pro hac opinione Barbosa in votis decis. vot.* 76. *num.* 107. *Molina de primogenitis lib.* 2. *cap.* 3. *ex num.* 18. *Valeron de translationib. dict. quæst.* 2. *num.* 50. *cum aliis. Azevedus in leg.* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recopil. num.* 133. *Burgos de Paz qui hanc constanter defendit consil.* 19. *num.* 12. *Gutierrez in authentica Sacramenta puber. num.* 92. *&* 97. *C. si adversus vendit. Papilla in leg.* 2. *C. de rescind. vendit. num.* 43. *&* 44. *Gramm. decis.* 66. *num.* 48. *Ripa resp.* 138. *Hermosilla referens propè innumeros ad leg.* 56. *ti.* 5. *part.* 1. *glos.* 11. *&* 12. *num.* 35.

70 Y es la razon de esta doctrina, porque el juramento no obliga, ni tiene efecto alguno, quando interviene lesion enormissima, como refiriendo à muchos lo siente *Barbosa vot.* 62. *n.* 14. 15. *&* 16. *Noguerol allegat* 34. *n.* 17. *&* 18. *Guiurba decis.* 103. *num.* 18. Desuerte, que no es necessaria pedir la absolucion de este juramento, aunque contra èl se vaya, *ut docet Fachineus lib.* 8. *controvers. cap.* 102. y lo que mas es, que procede el dicho remedio reciforio, aunque el que transigiò renunciasse el que le competia, por la lesion enormissima. Porque con la misma facilidad que fue inducido à transigir, se presume engañado para renunciarlo. *Corneus lib.* 4 *consil.* 179. *ad fin. Decius consil.* 11. *num.* 2. *&* *consil.* 39 *num.* 6. *&* *in leg. si quis maior. num.* 37. *C. de transactionib. Molina dict. leg.* 2. *de Primogen. cap.* 3 *num.* 18. *cum seq. Navarro in cap. si quis autem num.* 28. *de pœnitent. distinct.* 1. *&* *ut magis communem sequuntur Socinus Iunior lib.* 1. *consil.* 129, *num.* 48 *&* *lib.* 2. *consil.* 98. *num* 17. *Parisius lib.* 1. *consil.* 96. *num.* 19. *Menochio de Arbitrijs casu* 37. *num.* 1. *Zevallos quæst.* 89. *num.* 6.

71 Cuya doctrina corre aun mas claramente, y sin dificultad alguna, quando el que intenta este remedio es menor de edad, ò goza de este privilegio como la Iglesia, y las Comunidades, mayormente Ecclesiasticas; pues mediante la expressada lesion, debe ser restituido, aunque jurasse la transaccion, como terminantemente con Molina, Castillo, y otros enseña el Señor D. Alonso de Olea *in suo elegantissimo, &* *nunquam satis laudato tractatu de cessione iurium tit.* 2. *quæst.* 1. *ex num.* 49. *&* *signanter num.* 50. *ibi: Et stante læsione enormissima, adversus transactionem iuratam, minorem restituendum esse apud omnes*

cons-

constat. Y añaden otros que refiere este gran Maestro *dict. num.* 50. que aunque la transaccion jurada la aya otorgado alguno, que sea mayor de veinte y cinco años, es nula, si media lesion enormissima: *ibi: Imò, & transactio iurata à maiore facta, stante enormissima læsione nulla est.* Luego con mas poderosa razon nos debemos presuadir, que padece este vicio la Concordia de que vamos tratando.

72 Y aunque defiende el Señor D. Juan de Larrea: *tom. 2. decis. 68. ex num. 5.* que la transaccion jurada no se puede rescindir *etiam stante læsione enormissima*, con otros que alli refiere, à quien siguen *Hodierna contro-v. 37. per totam. Franc. Marc. Prato obser-vat. practic. obser-v. 4. per totam*, el qual tambien refiere à Avendaño *de metu*, pero sin embargo, dice el Sr. Olea *dict. num. 50. in fin.* que esta opinion nunca la viò admitida, ni recibida en la practica, ibi: *Eius tamen opinionem in praxi nunquam admissam vidi, & contrariam prævaluisse testatur Bellonus de his quæ fiunt incontinenti lib. 2: cap. 135. num. 3. & cap. 108.* Y que esta sentencia, assi de derecho comun, como Regio sea la mas verdadera, aunque la contraria nuevamente sigue el Sr. Castillo *de aliment.* hablando del mayor de edad, lo assegura tambien el Señor Olea *dict. loc. num. 51. vers. quæ sententia.*

73 Pero aunque la dicha opinion de Castillo tuviera muchos mas sequaces, como esta no està recibida en practica, y la que voy siguiendo sì, segun queda expressado en el numero antecedente, estamos oy precissados à seguir esta, y no la otra; porque en las controversias, y contiendas de doctrinas diferentes. se debe guardar aquella que fuere aprobada por la costumbre, aunque sea contra la immunidad de lo Ecclesiastico, como admirablemente para el intento del Cabildo lo escribiò Bobadilla *lib. 2. cap. 18. fallencia 7. num. 281. Fagnanus in cap. nec initaris de constitutionibus. Carpio de executorib. testam. lib. 1. cap. 15. num. 49. & sequent.*

74 Parece que estoy oyendo la replica, que contra la expressa doctrina en punto de restitucion por razon de la minoridad se me puede hazer por la otra parte; y es, que si el Cabildo, y las referidas Iglesias gozan de este privilegio, tambien lo tiene el dicho Monasterio, y entra la regla, que un privilegiado no puede usar de su privilegio contra otro, que actual-

tualmente goza del mismo, y en tal caso se debe estar al derecho comun, *ut in specie textus in cap. super expoliationi finali de ordine cognitionum.*

75 Pero es muy facil, y bien fundada la respuesta. Lo primero, porque la especie del citado texto, y la mencionada regla proceden, quando el privilegio de los dos, que litigan es igualmente poderoso, mas no, quando estàn desiguales en èl; desuerte, que uno es privilegiado in genere, y otro in specie, como sucede, quando uno de estos dos trata de damno vitando, y el otro de lucro captando. Pues en este caso puede muy bien aquel usar de su privilegio contra este, *ut docet Bartullus in authentica quas actiones C. de Sacrosanctis Eccles. num. 3. Panormitan. in cap. in præsentia num. 39. de probationib. & ibid. Decius num. 51. Menochius de præsumptionib. lib. 4. cap. 189. num. 124. Gracianus regula 316. num. 2.*

76 Y prueba elegantemente esta doctrina el Jurisconsulto Ulpiano *in leg. verum 12. §. item quæritur ff. de minoribus*, adonde propone la question en que nos hallamos. *Utrum* si un menor contra otro menor pida restitucion, si se le debe conceder? Y responde el Consulto se ha de mirar qual de los dos padezca lesion; y constando, el que es damnificado, à este es à quien se ha de restituir. Conque aunque el dicho Monasterio goze del mismo privilegio de menor, que el Cabildo tiene, como este es el que padece la lesion tan grande, y enormissima, como và supuesto; de aqui es, que al Cabildo, y à las dichas Iglesias se les debe conceder la restitucion contra la dicha transaccion.

77 Confirmase esto mismo con la especie del texto *in cap. Auditis de in integrum restitutione*, en donde una Iglesia lessa puede pedir restitucion contra otra Iglesia, y del mismo modo, el menor contra el menor, el ausente *Reipublicæ causa*, contra el ausente por lo proprio. *Leg. fin. ff. ex quibus causis majores.* Siendo de todo la razon, la que llevo dada; porque en estos casos no son igualmente privilegiados ambos, sino es uno *in genere*, otro *in specie*; uno *in acta*, otro *in potentia.* Y de esta doctrina es el Autor el sapientissimo Doct. D. Juan de Balboa *tom. 1. ad tit. de præscriptionib. Cap. Sacrorum, cum alijs eiusdem tituli num. 49. & 50. fol. mihi 21.*

78 Reſta averiguar la leſsion, que el Cabildo, y demas participes padecen con la expreſſada tranſaccion, como fundamento de la dicha reſtitucion, ò reduccion de eſte contrato, à lo que ſea juſto, ſegun và explicado; y qual ſea, y quan intolerable, ſe vè claramente, haciendo cotejo de los Ganados, que tenia el Monaſterio, quando ſe otorgò eſte contrato, con los que oy ſe halla, à juicio prudente, ſi acaſo por lo reſpectivo à aquel tiempo no huvieſſe razon fixa; y ſe encontrarà tan notable exceſſo en los que aora tiene, que eſtà obligado el dicho Monaſterio en juſticia, y en conciencia à reſtituir à dichos Señores, y demas participes todo quanto ha percibido de los Diezmos de ſus Criados, demas de lo correſpondiente à los diez mil mrs. de la parte de Dehesa que diò por la tranſaccion del aumento de ellos, que haſta aquel tiempo ſe advirtiò; y proporcionar para en adelante el referido exceſſo, que ſe nota deſde entonces haſta aora, con la cota del numero de cabezas traſumantes, y riveriegas, y del numero de Criados, y Paſtores, que para ellas neceſsita; ò que paguen corriente el Diezmo todo, que adeudaren los dichos Paſtores à la cauſa Decimal, ſegun ſu pertenece, exceptuando al Monaſterio los diez y ocho mil mrs. que ſe le reſervaron por el citado capitulo tercero de la Concordia antigua; pues uno, ò otro ſe puede, y debe practicarſe, ſin embargo de la nueva ttanſaccion, por lo que tengo dicho ſobre eſte punto. Y porque quando la leſsion tiene tracto ſucceſsivo como la nueſtra, ſe renueva en cada un año, y aſsi en todos, y cada uno de por ſi ſe padece, y por conſiguiente ſe debe proveer de remedio en qualquier tiempo, que ſe pida. Como advirtiò *Cancerio lib. 2. variar. cap. 1. num. 253. ibi: Cum tunc laſsio ſingulis annis refricaretur, & ſic quot annis advenient tempore ſolvendi pars gravetur. Ut ait Pinel, Natà, Balzar. Oſaſc. Theſ. Vicentius de Anna &c.*

79 Y para que à la cauſa Decimal en nueſtro caſo ſe le conceda el mencionado remedio, no es neceſſario, que ſe pruebe leſsion enormiſsima, ni aun enorme, pues baſta que ſe verifique dentro de la metad del juſto valor, ò precio. *Ut ex Hippol. Rim.* Caſtillo *probat Fontanella de pactis nuptialib. gloſſ. 18. part. 3. num 36. & clauſu!. 10. gloſſ. unica part. 2. num. 8.* Cuya doctrina procede aun en los terminos de tranſaccion ju-

jurada por el menor, que interviniendo leſsion aun en menos de la metad del precio juſto ſe le debe conceder la reſtitucion. Lo que admirable, y ſingularmente trae *Antonio Faber C. ſi adverſus tranſactionem definit. 5. Marius Cutell. de donat. contempt. matrim. tract. 2. diſcept. 1. ſpect. 23. num. 30. D. Olea dict. tit. 2. quæſt. 1. num. 54.*

80 Amplia con Caſtillo eſta doctrina el Sapientiſsimo Señor Olea *dict. quæſt. 1. tit. 2. num. 53.* diciendo, que procede, aunque el menor juraſſe generalmente, no contravenir à la tranſaccion por razon de ſu menor edad, ni por otra alguna cauſa. Y con mayor razon en eſte contrato ſe le debe conceder la reſtitucion al menor; porque requiere mas entero juicio, y ſe neceſsita la mayor edad, mas que en otro alguno. *Argumento text. in leg. cum proponas, leg. ſi maior tranſegiſti, leg. ſi maiores 25. annis, leg. ſi maior annis, leg. ſi quis maior annis C. de tranſactionibus. Caſtillo, & Olea ubi ſupra num. fin.*

81 Tambien ſe amplia la expreſſada doctrina diciendo: que es muy corriente, y practica la que enſeña; que para conceder la reſtitucion al menor, baſta la leſsion en la ſexta parte generalmente hablando en qualquier contrato, como ſe puede ver en Pacioni *de locat. & conduct. cap. 18. num 72. Bobadilla lib. 3. cap. 4. num. 20. lex noſtra patria 5. tit. 19. part. 6. ibi: per gran pro del mozo*, y eſte *gran pro*, ſe verifica todas las vezes que la leſsion del menor, Igleſia, ò Republica ſea à lo menos de la ſexta parte. *D. Salgado Labyr. credit. part. 2. cap. 2. num. 9. pag. 367. Lara de vita hominis cap. 25. num. 54. verſ. ſed ſufficiet læſio in ſexta parte valoris cum alijs Poſtio de ſubaſtatione in ſpectione 57. num. 33. & 34.*

82 Y no parezca voluntario lo que llevo dicho, de la obligacion, que tiene el referido Monaſterio de reſtituir à dichos Señores los Diezmos, que ha percibido demàs de ſus Criados por lo reſpectivo à el aumento de los que tenia, quando ſe celebrò la dicha tranſaccion; pues ſi ſe reſcinde eſta, probandoſe la leſsion enormiſsima, que en ella padece la cauſa Decimal, es el efecto la reſtitucion de todos los frutos percibidos deſde el dia de ella. *Vt late probat Andreolus controv. 246. per totam, & controv. 286. à num. 64. & controv. 288. à num. 27. quem refert D. Olea dict. quæſt. 1. tit. 2. num. 52. verſ. poſt*

hæc

hæc diu ſcripta pervenit ad manus noſtras. Andreolus Caſtillo Contro-verſ. tom. 7. cap. 18. num. 96. & ſequent. Pacioni de locat. dict. cap. 18. ex num. 19. uſq. ad 23. inclusive.

83 Y qual ſe diga leſsion enormiſsima para eſte efecto, dicen comunmente los DD. que es quando excede en grande manera la metad del juſto precio. *Menochio conſil. 1. num. 494. Farinac. in fragment. tom. 2. verbo Iuramentum num. 1289. Caſtillo contro v. tom. 7. cap. 18. num. 85. Pacioni dict. cap. 18. num. 24.* Y eſte exceſſo, entonces ſe dice, que lo ay, quando es en las dos terceras, ò tres quartas partes. *Vt per Corneum conſil 133. num. 8. lib. 3. & conſil 27 num. 5. lib. 4. Molina de primogen. lib. 2. cap. 3. num. 18.* Y que ſe requiera eſta leſsion en las dos terceras partes, para que competa la reintegracion al que la padece, y no ſe le obligue à uſar del remedio de la ley 2. *C. de reſcindend. vendit.* en via ordinaria lo firmò la Rota *in una Immolenſ bonorum 6. Mart. an. 1665. §. Læſionis præterea coram Veroſpio, quæ hodie habetur in recentiori deciſ. 270. part. 14.*

84 Otros quiſieron, que en eſte caſo ſe eſtè al arbitrio del Juez, que penſadas las circunſtancias del contrato, la pobreza del que padece la leſsion, y otras coſas, juzgue prudentemente, advirtiendo, que enormiſsima ſe puede dar aun en lo poco, quando aquel tiene corto caudal, *ut ſcripſit Gonzalez ad regul. 8. Chancel. gloſ. 9. §. 4. num. 9. Puteus deciſ. 45. num. 10. lib. 1. in correct.* Y finalmente, qual ſe diga leſsion enorme, y enormiſsima, y que por eſta ſe deban reſtituir los frutos percibidos deſde el dia del contrato, y los que pudieron percibirſe, latamente lo diſputan los AA. que entre otros muchos refiere *Valeron de tranſactionib. tit. 6. quæſt. 2. num. 47. & 60.*

85 Pero ſiendo como es el intento de el Cabildo reducir à lo equo, y juſto la referida tranſaccion, aun permaneciendo eſta, puede quedar deſagraviada la cauſa Decimal, contentandoſe el dicho Real Monaſterio, con percibir los Diezmos de ſus Criados, con reſpecto al numero que tenia, quando ſe otorgò, y que por el exceſſo, que oy ſe nota de ellos, mediante el expreſſado aumento de ganados, paguen eſtos à las Igleſias enteramente ſus Diezmos, y el Monaſterio reſtituya los que indebidamente ha tomado por eſta razon: pues

no

no haviendo dado por este derecho mas que la expressada parte de Dehesa, que creciendo, y menguando, aun no llega anualmente à los diez mil mrs. que en ella dixo tenia, no serà justo, que perciba de dichos Diezmos, ni que aya cobrado mas que lo correspondiente à esta cantidad. Pues assi virtualmente lo prometiò à el tiempo del expressado contrato, estipulando se havia de bolver à dicha parte de Dehesa siempre, y quando faltare su cabaña, por qualquier causa, ò razon que sea. Y fuera un contrato iniquo à todas luzes, si en precio, y recompensa de una cosa, que cada año podia ser mas, como oy se ha visto con el aumento de dichos Ganados, y Pastores, se tomasse otra, que nunca podia crecer, ni exceder de los diez mil mrs. antes si venir à menos, como se ha experimentado, y consta por la Contaduria de dichos Señores. Y assi para la justificacion de estos contratos, siempre se entiende puesta, y repetida en ellos la expressada clausula, *rebus sic stantibus*, que importa lo mismo que la otra, *dummodo res in eodem statu permaneat*, que con quasi innumerables AA. trae Barbosa *de clausulis clauf.* 129. *num.* 2. & 3. entendiendo todos, que el sentido de ellas no es otro, ni el fin à que se ponen en los contratos, ò se entiendan puestas (como và dicho) mas que el que se guarde en ellos equidad, y justicia, permaneciendo sin alteracion las materias que dieron causa à ellos; porque si demasiadamente se aumenta una, ò por su naturaleza, ò por estudio de la parte, que la recibiò, y la otra no crece, manteniendose en su mismo ser, y aun con diminucion del que tenia quando se diò, es bien que persuade la razon, la equidad, la justicia, y aun la buena correspondencia, que se reforme el contrato, y se reduzca à lo justo, segun el presente estado, como queda dicho, y fundado en este punto.

86 Ni puede aprovechar al Monasterio para la percepcion de los dichos aumentados Diezmos, la clausula de esta escritura, en que parece estipulò con dichos Señores Obispo, y Cabildo, que el exceso de los expressados diez y ocho mil mrs. no solo miraba à los que entonces adeudaban los Ganados de sus Criados, y Pastores, sino es tambien à los que en adelante se pudiessen causar de estos mismos. Lo primero, porque aunque el dicho Monasterio assi lo dà à entender, quando

hizo la expreſſada ceſsion, la parte de dichos Señores ſolo capitulò por lo reſpectivo al exceſſo, que contemplaba entonces, ſegun ſu eſtipulacion en aquellas palabras: *Por razon del exceſſo, y mayor valor de los dichos Diezmos à dicha Real Caſa, y Convento, Jus Criados, Paſtores, ni familiares, ni otra perſona en ſu nombre.* Lo que perſuade, que lo capitulado fue por lo preſente, y no por lo futuro, pues para eſto era neceſſario, que dixeſſen, no ſolo los que al preſente tiene, ſino es los que adelante tuviere.

87 Lo otro, dado, y no concedido, que eſta eſtipulacion expreſſamente fueſſe de los Diezmos de los dichos Criados, que entonces tenia, y en adelante tuviera el Monaſterio, ſe debia reſcindir eſta tranſaccion, ò reducirla oy à juſticia, y equidad, como llevo dicho. Pues aqui entra la leſ-ion, no ſolo en la ſexta parte, en menos de la metad del juſto precio, la enorme, ſino es la enormiſsima; por quedar como quedaba abierta la puerta à el imponderable daño, que oy ſe experimenta, y cada dia fuera mayor de la cauſa Decimal, ſino ſe ocurriera con el expreſſado remedio. Y ſino hagaſe oy el cotejo de los Diezmos de todos los Criados, y Paſtores del dicho Monaſterio con el importe de mrs. de la dicha parte de Dehesa, que ſe diò por eſto, y ſe reconocerà, ſi ay la leſsion, que và referida, medianre la qual en cada año ſe debe reſarcir, conforme à la doctrina de *Cancerio lib. 2. variar. cap. 1. num.* 24 253. que queda alegada al numero 77. *in fine.*

88 Pero aun deſde el principio ſe le puede dar eſtimacion à el derecho que cedieron dichos Señores Obiſpo, y Cabildo, quando otorgaron eſta tranſaccion, contemplada aſsi en la materia que entonces exiſtia, como la eſperanza miſma del aumento conque oy ſe halla, y à juicio prudente ſe ſacarà, que fue enormiſsima, y mas que enormiſsima muchiſsimas vezes la leſsion, que entonces padeciò la cauſa Decimal, y eſtà ſufriendo; por haver dexado abierta lo puerta à un lucro, y aprovechamiento caſi infinito, por no haverle dado cota, ni termino a los dichos Diezmos en el caſo que llevo negado, que aſsi ſe eſtipulaſſe; y entra por conſiguiente preciſſo la reciſsion del contrato, ò la reſtitucion que llevo dicha, ſegun la terminante doctrina de *Nata conſil. 548 num. 39. & ſequent. Menochio conſil. 106. num. 67. & ſequent. Belloni conſil. 168.*

num.

num. 7. Altogrado consil. 26. num. 50. & sequent. lib. 1. Cancerio variar. lib. 2. cap. 1. num. 274. vers. quam tamen. Mangil. de subast. quæst. 41. num. 4. & sequent. per totum.

89 Y no es de estrañar, se le dè precio à lo que estaba por ver, pues no es nuevo en el Derecho dar estimacion, y valor cierto à las cosas que dependen de dudoso, y futuro eventu. Como consta de la *L. si iactum ff. de actionibus empti. L. nec emptio ff. de contrahenda emptione. L. & quæ nondum 15 ff. de pignorib. L. propter spem 24 ff. familiæ erciscundæ. L. fin. ff. de actionibus empti. L. nam hoc modo ff. de hæreditate, vel actione vendita, & in eventu litis exterminante. L. à leg. 1. §. quod si in lite 7. ff. si quid in fraudem Patroni L. 3. §. 1. ff. quæ in fraud. creditor.* Luego en nuestro caso, mirada desde el principio la dicha transaccion por la referida esperanza del aumento de los dichos Ganados, se le pudo dar cierta estimacion; y por consiguiente tiene lugar el expressado remedio, aun desde entonces.

90 Ni obsta al expressado remedio, lo que se dice en la escritura de esta transaccion; que en caso que el derecho, ò interes que cada parte tiene, ò pudiere tener por razon de el dicho pleyto, y pretension, importa, ò pueda importar mas, ò menos cantidad de la satisfaccion, que se le dà por esta escritura, se hacen gracia, y donacion reciprocamente, pura, mera, perfecta, irrevocable, que el derecho llama *inter vivos*; porque esta clausula se pone en estos instrumentos inutil, y vanamente, como por uso, y estilo de los Escribanos, ò Notarios, y no por voluntad de los contrayentes, que nunca cargaron la consideracion sobre ella. Y porque estas palabras de la expressada clausula, *& si plus valet donat*, son engañosas, y solo pueden tener algun efecto en materias de corta importancia, y no de modo alguno en las de grande consideracion, que saben mas à prodigalidad, de donde se puede arguir dolo, y malicia, que no à liberalidad, y gracia como suenan. Y assi puesta esta clausula en el instrumento de venta, no excluye al vendedor del beneficio de la recision, que le concede la Ley 2. *C. de rescindenda venditione.* Mayormente quando ignoraba el verdrdero valor de ella, ò no tenia cierta, è indubitable ciencia de èl; y finalmente en dicha clausula siempre se entiende exceptuada la lesion enormissima, especialmente siendo

otor-

otorgados por los menores, aunque intervenga juramento en ellos. Como todo con muchos lo advirtiò *Barbosa de clausulis clauf.* 58. *Gutierrez in authentica Sacramenta puberum num.* 95. & 99 *in fin.* & *Antonius Gomez variar. resolut. cap.* 2. *de emptione,* & *vendition. num.* 25. & 26. *cum mille alijs.*

DVDA SEXTA.

91. EN lo que mira à esta duda, omite el Cabildo por aora expressar lo que se le ofrece, reservando hacerlo siempre, y quando lo juzgare por conveniente à su derecho. Y por todo esperan dichos Ilustrissimos Señores de la gran justificacion de los Señores Juezes, en quienes se verifica con mucha propriedad lo que dixo Ulpiano *in leg.* 1. §. 1. *ff. de iustitia, & iure, ibi: Iustitiam namque colimus, & boni, & æqui notitiam profitemur, æquum ab iniquo separantes*: determinacion favorable à su pretension, como la tienen deducida en este informe. *Salva in omnibus &c.*

Licdo. D. Juan Ubaldo de Rozas.

Canonigo Penitenciario de la Sta. Iglesia de Plasencia.



POR

EL CONVENTO, Y RELIGIOSOS DEL Sr. S. FRANciſco, Caſa Grande de eſta Ciudad.

EN EL PLEYTO

CON D. CHRISTOVAL FERNANDEZ DE CORDOva, Marquès de Algarinejo, por sì, y como marido, y conjunta perſona de Doña Maria Vicenta Venegas Fernández de Cordova, Condeſa de Luque.

SOBRE

PRETENDER EL CONVENTO, QUE A EL Marquès ſe le condene à el pago de diferentes cantidades, que no ſe le han pagado, de las Memorias fundadas por Don Luis Fernandez de Cordova, y Doña Franciſca Fernandez de Cordova ſu muger, y à que cumpla con ellas en adelante, y pague el Legado, que la Doña Franciſca le dexó en ſu Teſtamento.



P O R

EL CONVENTO, Y RELIGIOSOS DEL S. FRANcisco, Guia Grande de esta Ciudad.

EN EL PLEYTO

CON D. CHRISTOVAL FERNANDEZ DE CORDO va, Marques de Algarinejo, por sí, y como marido, y con junta persona de Doña Maria Vicenta Vergas Fernández de Cordova, Condesa de Luque.

S O B R E

PRETENDER EL CONVENTO, QUE A EL Marques se le condene á el pago de diferentes cantidades, que no se le han pagado, de las Memorias fundadas por Don Luis Fernandez de Cordova, y Doña Francisca Fernandez de Cordova su muger, y á que cumpla con ellas en adelante, y pague el Legado, que la Doña Francisca le dexó en su Testamento.

SUPUESTA LA ESCritura de Mancomunidad, otorgada en el año de 591. por Don Luis Fernandez de Cordova, y Doña Fráciſca Fernandez de Cordova ſu muger, á favor del Convento, y Religioſos del Señor San Franciſco de eſta Ciudad; en la qual ſe previno entre otras condiciones, que avian de obligarſe los Otorgantes à dexar limoſna ſuficiente para las Fieſtas, que dotaſſen, y mandaſſen cantar, y para los Reſponſos à que avia de aſsiſtir dicha Comunidad, encargandoſe dichos Religioſos de dezir las Miſſas Rezadas, y Fieſtas Cantadas, que los referidos encomendaſſen en ſu vida, y ordenaſſen para deſpues de ella, particularmẽte vna, que avia de dezirſe cada dia, y ſer la vltima deſpues de la Mayor, para todo lo qual avian de dexar limoſna competente (*Mem. n. 5.*). Y ſupueſta aſsimiſmo la reciproca obligacion, que de ella reſultò, paſſo à fundar la juſticia, que aſsiſte à dicho Convento para ſu pretenſion, dividiendo eſte Eſcrito en tres Diſcurſos: Fundando en el primero, la mutua obligacion, aſsi del Don Luis, como de la Doña Franciſca, por lo reſpectivo à la Miſſa vltima, y demàs Sufragios, que deſpues expreſsò en ſu Codicilo dicho Don Luis: En el ſegundo, que aunque no debiera conſiderarſe la Doña Fráciſca obligada *pro tunc* à lo diſpueſto en èl, *ex poſt facto* quedò obligada ella, y lo eſtàn ſus ſucceſſores, y el Marquès à ſu cumplimiento: En el vltimo ſe fundadarà el derecho, que aſsiſte à dicho Convento para el cobro del Legado de los quatro Candeleros de plata, &c. que la Doña Franciſca le dexò en ſu Teſtamento, reſpondiendo en cada vno à los reſpectivos argumẽtos, y excepciones del Marquès.

)(***)(

DISCURSO I.

QUE ASSI DOñA FRANCISCA, Y SUS SUCCESſores, como los de la Caſa del Don Luis, quedaron obligados à el cumplimiento de lo pactado en la dicha Eſcritura, y diſpueſto por eſte en ſu Codicilo.

N. 1. *PAreciendo, que alguno ſe quiſo obligar à otro por promeſſa, ò por algun contrato, ò en otra manera, ſea tenudo de cumplir aquello à que ſe obligò. L. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. L. 1. ff. de pact. L. 20. C. de tranſact.* Don Luis Fernandez de Cordova, y Doña Franciſca Fernandez de Cordova ſu muger, de mancomun ſe obligaron

á

à favor del Convento de el Señor San Francisco, con que todo lo que comprehende su obligacion, estàn los dos, y cada vno obligado á su cumplimiento. *L.* 1. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recop.* Dom. Salgado *part.* 2. *Labyr. cap.* 9. *num.* 4. Noguerol *alleg.* 4. *num.* 37. D. Olèa *de Cess. Iur. tit.* 5. *quæst.* 3. *num.* 2.

2. De lo contrario fuera reconocido el perjuizio del Convento, à cuyo favor se hizo la obligacion, diò este el tan apreciable derecho de Patronazgo de su Capilla Mayor, porque el Don Luis, y su muger igualmente quedassen obligados, como dize el Cardenal de Luca *de Credito, & Debito, discurs.* 95. *num.* 9. ibi: *Quia creditor omnium ipsorum, ac singularium æqualiter fidem secutus est.* La obligacion comprehende no solo lo que expressamente relaciona, sino lo que virtualmente incluye. Carlev. *de Iudicijs, tit.* 3. *disput.* 5. *num.* 13. Dom. Salgad. *part.* 4. *de Reg. cap.* 9. *num.* 150. fue expresso pacto, y condicion de la Escritura de Mancomun, el que el Convento se avia de encargar de los que *los Otorgantes encomendassen en su vida, y las que ordenassen para despues de ella* (*Mem. n.* 5.) y para ello avian de dexar limosna competente; con que fue obligacion de los dos el pago *de la limosna de lo que encomendassen en su vida, y las que ordenassen para despues de ella.* Por tanto es evidente la obligacion, que tomò en sì la Doña Francisca, de pagar con sus bienes, lo que su marido dispuso en su Codicilo. *Ex L. Eum qui* 5. §. *Quod exigim. ff. de constituta pecunia*, ibi: *Nam quod ego debeo, tu constituendo teneberis.*

3. Es lo expresso en el Codicilo sequela de lo prevenido en la Escritura, en esta advierten, que el Convento se avia de encargar de cumplir, lo que en su vida, ò en muerte ordenassen; otorgò el Don Luis su Codicilo, y declarò lo que avia de cumplir el Convento, en lo que ni es obligacion nueva, ni distinta de la contenida en la Escritura de Mancomunidad. *L.* 21. §. 1. *ff. qui Testam. facere poss.* ibi: *Nihil enim nunc dat, sed datum significat. L. Si ita scripsero* 38. *ff. de condit. & demonstrat.* ibi: *Si ita scripsero, quantum, Codicilis Titio legavero, licèt Codicilis legatum explicetur, tamen ex Testamento valet, solaquè quantitas in Codicilo delata est.* Tan poderosa es esta obligacion, que aunque no tuviesse la mancomunidad de la Doña Francisca, la renunciacion de las Leyes de el favor de las mugeres, es caso comprehendido en la excepcion de la Ley 61. de Toro: *Si no fuere la dicha fianza, y obligacion de mancomun por maravedises de nuestras rentas, ò pechos, ò derechos de ellas,* pues la obligacion pia, y la contraìda à favor del Fisco, se juzgan con iguales derechos. Everedo *loc. arg. loc.* 65. *per totum*, si bien no quedò razon de dudar por el juramento, que intervino en ella,

por

por el que quedò sin controversia firme, y valida. *Text. est in cap. Cum contingat de jure jurando, & in cap. Licèt Mulieres eodem tit. 6. & in cap. Quamvis pactum de pactis in 6.* Gomez 2. *Variar. cap. 14. num. 26.* Gutierr. *de Iurament. Confirm. part. 1. cap. 55. num. 6. vers. Sed contrariam.*

4 En el Codicilo no dispuso cosa nueva el D. Luis, lo que hizo fue señalar la quota, y cumplir lo que avia ofrecido en la Escritura, se obligaron los dos à la Fabrica, y perfeccion de la Capilla Mayor, Retablos, Lamparas, y Ornamentos necessarios (*Mem. num. 2.*) en el Codicilo expressa la obligacion de los reparos (*Mem. num. 14.*) que lo es de qualesquier Patrono. *L. 1. tit. 15. part. 1.* ibi: *Abondando la de todas las cosas, que fueren menester quando la face, è amparandola despues, que fuere fecha. Concil. Trident. Sess. 21. cap. 7. de Reformat.* & ibi Barbos. *num. 8.* Card. de Luca *de Iur. Patronat. disc. 84. num. 2. & seqq.* Balmased. *de Collect. quæst. 56. n. 6. & seqq.* En la Escritura se propone la obligacion de las Exequias de sus defuntos, cera, Ofrenda, &c. (*Mem. num. 3.*) en el Codicilo expressa, que por esto se avia de dàr al Convento 16. fanegas de trigo, y 14. de cevada (*Mem. n. 16.*) con que no huvo cosa nueva, sino *vel summam, vel nomen legatarij, quod non scripserat, vel nummorum qualitatem, an rectè fecerit? Et puto etiam qualitatem nummorum posse postea addi.* Y es por otra razon indubitada la obligacion de Doña Francisca, y por consiguiente en sus bienes, esta no se duda assistiò à la Escritura, y sabria las disposiciones de su marido; con que si los bienes, que à el presente posee el Marquès, como successor de la Doña Francisca, eran proprios del Don Luis, con especialidad el Oficio de Alferez Mayor de esta Ciudad, que comprò de su Magestad en nueve mil y seiscientos ducados (*M. num. 11.*) quedaron legitimamente obligados à favor del Convento, porque el Acreedor, como lo era la Doña Francisca en los bienes del Don Luis por su dote, que vè, y no contradize el que su deudor grave los bienes à otro acreedor, pierde el derecho de hypoteca, y antelacion (como la tendria la Doña Francisca) para con aquel Acreedor. *L. final. C. de remission. pignor.*

5. De modo, que aunque algunos fuessen de la Doña Francisca, y como dueño los huviera reivindicado despues de la muerte de su marido, debió recebirlos con la carga, hypoteca, y obligacion à favor del Convento, en que convino, assintiò, y no reclamò. *Ex leg. Fideiiussor. 26. §. Si pater, ff. de pignorib.* Hermosilla *in leg. 56. tit. 5. part. 5. Gloss. 4. num. 106.* bien que esto no era necessario para que sus bienes huviessen quedado tambien obligados à favor del Convento, y ten-

ga este derecho en ellos, como en los del D. Luis, porque igualmente obligò los suyos en la Escritura: con que igual derecho tiene el Convento contra los bienes de la Doña Francisca, y que el Marquès possee, como contra los que possee de su marido. *L.* 1. *ff. de pign. actio.* ibi: *Pignus contrahitur non solum traditione, sed etiam nuda conventione. L.* 1. *tit.* 13. *part.* 5. Gomez 2. *Variar. cap.* 15. *num.* 23. causa por la que ha pretendido el Convento en esta Instancia, se reforme la Sentencia de Vista, en quanto solo se le condenò à el Marquès, y à la Condesa su muger por razon de los recursos causados en el tiempo antecedente, de los bienes, que quedaron por muerte de el Don Luis, sin comprehender assimismo los de Doña Francisca, estando igualmente obligados en la Escritura, que los de dicho su marido. Por cuya razon ha suplicado el Convento en dicho particular.

6. Funda el Marquès su defensa, en que no se expressaron en la Escritura las Memorias, que el Don Luis comprehendiò en su Codicilo, y que por consiguiente no pudo quedar obligada la Doña Francisca: esta expression no la puede estender à la Missa vltima, que en ella se expresso, y quedò dispuesta, ni tápoco á el azeyte para las dos Lamparas de la Capilla, que assimismo se previno en vno de los tratados, que le precedieron; pero aun no tiene motivo para fundarla en las demàs Missas, Responsos, &c. que dicho Don Luis comprehendiò en su Codicilo: si atiende à que se previno en vna de sus condiciones, avian de quedar obligados á dexar limosna bastante para las Fiestas, que dotassen, y mándassen cantar, y para los Responsos, à que avia de assistir la Comunidad, encargandose el Convento, y sus Religiosos de dezir dichas Missas, cuya limosna competente dexarian por modos licitos, y congruentes.

7. Puede replicar el Marquès, que aun siendo assi, no pudo valer, ni subsistir tal obligacion, por aver quedado en terminos de generica; cuya incertidumbre bien en el numero, bien en la cantidad, repugna el derecho, que valga. *L. Vbi non apparet, ff. de verb. oblig. L. Ita stipulatus, vers.* 1. *ff. eod.* lo que se desvanece facilmente atendido, que la incertidumbre, que se certifica despues, no vicia la disposicion incierta. *L. Vter ex fratribus, ff. de condit. instit.* Gom. *tom.* 2. *Variar. cap.* 11. *num.* 8. vers. *Septima conclusio.* Y como quiera, que dicha disposicion quedò certificada por la declaracion, que el D. Luis hizo en su Codicilo, de aì es, que no puede impedir su subsistencia; fuera de que es limitacion expressa en causas pias, en que vale qualquiera disposicion, aunque incierta. Idem vers. *Decima quinta eod. & ibi Ayllon n.* 9. vers. *Quod incertitudo.* Re-

8. Regulandose entonces por la qualidad de la causa, dignidad, y Patrimonio de las personas la cantidad, que deba prestarse, para que de este modo subsista, y valga. *Text. in leg. 22. ff. de aliment. vel civar. leg.* ibi: *Cum alimenta per fideicommissum relicta sunt, non adiecta quantitate, ante omnia inspiciendum est, quæ defunctus solitus fuerat ei præstare, deinde quod cæteris eiusdem ordinis reliquerit: Si neutrum apparuerit, tunc ex facultatibus defuncti, & charitate eius, cui fideicommissum datum erit, modus statui debet. Et in leg. 69. §. 4. ff. de iur. dot.* ibi: *Gener à socero dotem arbitratu soceri certo die dari, non demonstrata re, vel quãtitate, stipulatus fuerit: doti enim quantitas pro modo facultatum patris, & dignitate mariti constitui potest.* Y atendida la qualidad de tan grave, y hontado Patronazgo, dignidad, y circunstancias de los Otorgantes, y opulento de sus Patrimonios, no parece pudieran aver señalado menos Missas, que las que dispuso el Don Luis, ni limosna mas regular, que la que señalò por los Responsos, aun no proporcionado à el mucho afecto, y catidad, que demostrò tener à el Convento, y manifestò rogando à sus herederos, *hiziessen à los Religiosos toda la limosna, que pudiessen, y tuviessen la Capilla, y Cruzero bien labrado, y reparado* (*Memor. num. 13. in fin. & 14.*): Luego si quedò obligada la Doña Francisca, y subsistiò la obligacion, no ay motivo para que no lo estè à el cumplimiento de las Missas, que el Don Luis señalò en su Codicilo, y limosnas, que previno en èl.

9. No tiene duda, que si el Testador dexàra vn Legado, à quien eligiesse vn Tercero, no valdria; pero si previniesse, que fuesse la eleccion de ciertas personas, hijos domesticos, ó criados, seria valido. Gomez. *tom. 1. Variar. cap. 12. n. 48.* por quanto en este caso solo confiere la qualidad de la eleccion, no la disposicion, ni su substancia. *L. Vnam ex familia, ff. de legat. 2. L. Cum quidam la 2. eod.* Card. de Luca *de Fideicom. disc. 182. n. 6.* de suerte, que en el eligente no se dize, que ay disposicion, sino tan solo declaracion. Idem Gomez *eod.* ibi: *Cum non sit dispositio de per se, sed tantum declaratio.* Cuya razon parece ser, porque depende de la primera disposicion; con que dependiendo la de Don Luis, su origen, y principio de la obligacion, que con la Doña Francisca contraxo en la Escritura, no fue diversa disposicion, sino mas bien declaracion de la primordial: luego si en esta quedò obligada la Doña Francisca, lo quedò tambien à lo declarado por D. Luis.

10. Constituyense dos Reos de deber, y dize la *L. 3. §. 1. ff. de duob. reis stipul.* que puede à qualquiera pedirse *in solidum* la cosa, porque siendo vna la obligacion, es vna la summa; de mo-

do,

do, que pagando el vno, se libran los demás, ibi: *Vbi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti; vtique enim cum vna sit obligatio, vna, & summa est, vt sivè vnus solvat, omnes liberantur.* Porque si la obligacion, que por ambos se contraxo, fue vna misma, no era justo, que el hecho de el vno no comprehendiesse à el otro, con que si por el Don Luis, y la Doña Francisca se contraxo vna misma obligacion en la Escritura, por què la declaracion en que el Don Luis numèra las Missas, y assigna las limosnas, practicada en consequencia de la citada Escritura, y lo pactado en ella, no ha de transcéder á la Doña Francisca, y obligarla? Mas claro està en la *L.* 18. *ff. eod.* ibi: *Ex duobus reis eiusdem stichi promitendi factis alterius factum alteri nocet.* De la que se prueba, que el hecho de el vno de los obligados, como relativo á la obligacion contraìda por ambos, perjudica à el otro: Luego si lo que previno el Don Luis en su Codicilo en dicho particular de Missas, Responsos, y limosnas, dize relacion á la obligacion, y condicion, que en la Escritura se propuso, conforme es à Derecho, que le perjudique à la Doña Francisca, y quede obligada en especie à lo mismo en virtud de su primitiva obligacion.

11. Pero aun no queda razon de dudar, si se atiende à lo que el Don Luis expresò en su Codicilo de aver tratado su disposicion con la Doña Francisca su muger: bien sabida es la question, si marido, y muger fundassen vn Mayorazgo revocable, si muerto el vno de ellos, pueda el otro revocarlo; y aunque en ella enseñe el Señor Molina *de Hisp. Primog. lib.* 4. *cap.* 2. *num.* 84. que entendiendose dos Mayorazgos diversos, sin embargo de estár baxo de vna Escritura, podrà qualquiera revocar el suyo *ad libitum*; tambien dize al vers. *Sed hoc limitari solet*, que si el marido lo funda solò *de ipsius vxoris consensu*, que en este caso le perjudica à la muger, y no puede revocarlo. *Per leg. Nec fratris, C. de donat. causa mort.* Dom Covarr. *in Rubric. de Testament.* 2. *part. num.* 8. *ad fin.* Luego aunque la disposicion del Don Luis no dependiera, como depende de Escritura irrevocable, solo por aver fundado, ò dispuesto dichas Memorias de consentimiento de la Doña Francisca su muger, quedaba esta obligada, y no pudiera despues revocarlas.

12. Con que si por vna parte tenemos, que el Don Luis, y la Doña Francisca quedaron obligados igualmente en la Escritura, y por otra, que aunque no se demuestre el numero, ò cantidad, en que ha de consistir la disposicion, vale, y subsiste como si fuera perfecta, supliendose lo que falta por el arbitrio de los Señores Juezes, atendidas las circunstan-

tancias notadas al num. 8. *ex leg.* 30. *ff. de legat.* 2. ibi: *Reipublicæ Grabiscanorum lego in tutelam viæ reficiendæ :: quæsitum est, an hoc legatum valeat? Inventius celsus respondit: prope modum quidem imperfecta est hæc Scriptura in tutelam Aureliæ viæ, quia summa scripta non est, potest tamen videri tãta summa legata, quanta ei sufficeret :: tunc enim officio Iudicis secundum æstimationem Patrimonij, & legati quantitas definiri potest. Et ex leg.* 77. §. 33. *ff. eod.* Luego debe estimarse por perfecta la disposicion de dicha Escritura, en quanto à las Missas, Sufragios, que en ella se expressaron, y limosna, que los Otorgantes prometieron señalar: Luego si quedò obligada la Doña Francisca en ella, lo quedò tambien à lo que declarò el Don Luis en su Codicilo, y no puede el Marquès siendo su sucessor evadirse de ella. *L. Ex contractu, ff. de re iudic. cum similibus.* Gom. *in leg.* 64. *num.* 5.

DISCURSO II.

QUE AUNQUE A LA DOñA FRANCISCA NO la considerarамos obligada por la Escritura, à lo que el Don Luis declarò, y dispuso en su Codicilo, ex post facto *quedò obligada, y sus sucessores à el cumplimiento de todo lo dispuesto por su Marido.*

13. NO puede dudar el Marquès, que el Don Luis Fernandez de Cordova quiso quedassen por cargas, y gravamenes del Patronato, y de los sucessores en él, las Missas, y Memorias referidas, ni menos puede dudar como constante de los instrumentos por èl presentados, que en el pleyto, que la Doña Francisca tuvo con Don Egas Venegas, sobre dicha Capilla, y su Patronato, se mandó lo retuviesse la Doña Francisca, hasta que se le pagasse lo que avia gastado en su Fabrica (*Mem. num.* 31. & 35.) motivo porque està en la possession el dicho Marquès, sin embargo de que segun lo capitulado en la Escritura, los legitimos Patronos son los Sucessores en la Casa de Don Luis (*Mem. num.* 1. *in fin.* & 7.): luego infiere el Convento, es consiguiente, que assi la Doña Francisca, como sus Sucessores, estèn obligados à las expressadas cargas, y gravamenes anexos à dicho Patronato.

14. Prueba el intento expressamente el Texto en la *Ley Vnica*, §. 4. *C. de caduc. toll.* en donde se previene, que si se dexasse vn Legado con alguna condicion, ó gravamen, y no pu-

dieſſe ſubſiſtir en el Legatario (en cuyo caſo ſe hazia caduco), que quedaſſe en el heredero; pero con la miſma carga, y gravamen de èl, ibi: *Ea quæ ita evenerint, ſimili quidem modo manere apud eos, à quibus ſunt derelicta ſed omnes perſonas, quibus lucrum per hanc ordinem defertur, eas etiam gravamen, quod ab initio fuerat completum, omnimodo ſentire, ſivè in dando ſit cõſtitutum, ſivè in quibuſdam faciendis, vel in modo, vel conditionis implendæ gratia, vel alia quacumque via excogitatum*: Luego aunque la Doña Franciſca no huviera quedado obligada por la Eſcritura à lo diſpueſto por el D. Luis en ſu Codicilo, deſpues lo eſtuvo ella, y ſus ſucceſſores, mediante á aver ſuccedido en él: la razon es, la que dà el citado Texto, ibi: *Neque enim ferendus eſt is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contenuit.*

15. Quiere dezir Patronazgo vna reciproca obligacion del Patrono, en cumplir las cargas del Patronato, y de la Igleſia en correſponder con los obſequios, y ſufragios debidos. *Cap. Nobis de Iur. Patronat.* Dom. Olèa *de Ceſſ. Iur. & act. tit. 3. quæſt. 8. num. 28.* Roch. de Curte *de Iure Patronat.* verb. *Honorificum n. 99.* luego no aviendo el Convento faltado de ſu parte, juſto es, que ſe le correſponda, y cumpla de parte del Marquès. Dom. Salgado *part. 4. de Reg. cap. 7. num. 108. & ſeqq.* Gutierrez *de Iuram. Confirmat. cap. 35. num. 3.* eſtando como eſtà obligado à ello, por el miſmo hecho de aver vſado, y eſtàr vſando de los derechos de tal Patrono, *ex Leg. Lucius 21. §. 3. ff. ad municip.* ibi: *Eum qui decurionem adoptavit, onera decurionatus eius ſuccepiſſe videri.* Carlev. *de Iudic. tit. 1. diſput. 5. num. 16.*

16. No puede la Sentencia extenderſe à mas, que à lo que permite, ò neceſſariamente ſe infiere de ſus palabras. D. Salgado *part. 4. cap. 12. num. 99.* ibi: *Niſi quatenus ex vi verborum de neceſſitate infertur.* Con que de averſe mandado, que la Doña Franciſca, y ſus ſucceſſores retuvieſſen dicho Patronato, haſta que por los ſucceſſores en la Caſa de Don Luis ſe ſatisfacieſſe lo impedido en la Fabrica de la Capilla, no puede infetir el Marqués, que ſe les relevò de el cumplimiento de las cargas, y ſufragios, que tenia anexos, y el Don Luis diſpuſo cumplieſſen los ſucceſſores de ſu Caſa, y Patronos, antes sì infiere muy bien el Convento, que como anexo, y dependiente de dicho derecho, fue con èl la carga de cumplir dichas obligaciones. Dom. Salgado *part. 3. de Reg. cap. 15. num. 38.*

17. Fue voluntad expreſſa del Don Luis, que los ſucceſſores en ſu Caſa, y Patronato, cumplieſſen dichas Memorias; y tambien es notoria diſpoſicion de Derecho, que cada vno tiene facultades de ponet las leyes, y condi-

diciones, q̃ quisiesse sobre los derechos proprios. *L. Quoties, C. de donat. quæ sub mod. cap. Verum de condit. appositi. L. 21. C. mandat.* Luego falta motivo para presumirse, que los Señores Juezes recedieron de ella, y dispensaron à la Doña Francisca, y sus successores el cumplimiento de dichas obligaciones, con que debiò entenderse la retencion, y possession en que se mantuvo, y mantiene à sus successores, con las mismas cargas insitas à dicho Patronato: Si se distrae vna cosa pignorada, ù obligada con ella passa la carga de el pignus, y obligacion. *L. 16. §. In vendicatione, ff. de pignor. L. 18. tit. 23. part. 5.* Dom. Covarr. 1. *Variar. cap.* 8. Si se vende vn predio, que debe servidumbra, passa con èl tacitamente, como dize el Texto en la *L. 75. ff. de evict.* ibi: *Quoad servitutes prædiorum attinet, si tacitè sequtæ sint.* Por ser como dize la citada Ley, carga assessoria, que tacitamente sigue el predio, ibi: *In eo iure, quod tacitè soleat accedere.* Y vltimamente si se enagena vn fundo, que debe vectigal, tributo, ù otra imposicion, se transfiere con él consiguientemente el gravamen, de forma, que dize el Texto en la *L. 7. ff. de publican. & vectig.* que el predio es el obligado, por cuyo motivo deben sus possedores pagar aun los reditos anteriores à su possession, ibi: *In vectigalibus ipsa prædia, non personas conveniri; & ideo possessores etiam præteriti temporis vectigal solvere debere; eoque exemplo actionem, si ignoraverint habituros. L. 2. & 3. C. sine cens. vel reliq.* Gutierr. *lib. 1. Canonicar. Quæst. cap. 1. à n. 109.* Luego transferido este Patronato en virtud de las citadas Sentencias à la Doña Francisca, y sus successores, passaron, y debieron passar las mismas cargas, y gravamenes impuestos por D. Luis, y que por sus Patronos debian cumplirse: con que aunque no considerâramos obligada à la Doña Francisca *pro tunc* en la Escritura; comenzó à estarlo ella, y sus successores, luego que tomaron el derecho de tales Patronos, faltando motivo, para que siendo el mismo Patronato el obligado à las cargas, y Memorias, quiera escusarse de su cumplimiento, y de pagar los decursos el Marquès, siendo su possedor. *Ex dict. L. 7. de publican.* Gomez *tom. 1. Var. cap. 12. num. 69. 71. & 80.*

18. De modo, que no parece, como pueda escusarse de ello el Marquès, porque, ò tiene este derecho como successor en los mismos Mayorazgos, que possey̆ò el Don Luis, ó como successor en los que fundò la Doña Francisca: si lo primero, debe cumplir sin controversia las disposiciones del D. Luis, por averles obligado à su cumplimiento, y ser condiciones con que à dichos Mayorazgos agregò el referido Patronato. Dom. Molina *de Primog. lib. 1. cap. 8. num. 35.* ibi:

Qui

Qui ex bonis suis aliquid Maioratui adiunxt, poterit quæcunque vincula, ac conditiones tàm antiquo Maioratui, quàm proprijs bonis adijcere, nec is, qui in bonis eius succesſerit, poterit novum Maioratum conſequi, & ex bonis antiqui Maioratus novas conditiones reijcere; ſed aut debet bona noviter Maioratui addita relinquere, aut ipſas conditiones admitere. Si lo ſegundo, tambien eſtà obligado á el cumplimiento de ellas, por aver paſſado con las miſmas cargas, y gravamenes del Patronato, como queda fundado en eſte Diſcurſo.

19. Con que aunque la Doña Franciſca no ſe contemplàra obligada à cumplir con lo diſpueſto por ſu marido en conſequencia de la obligacion de la Eſcritura, deſpues lo quedaron ſus ſucceſſores, y el Marquès à cumplirlo como carga, y obligacion de el Patronato; de forma, que ſi la conſideramos obligada deſde luego à dichas Memorias, y ſus limoſnas declaradas por el D. Luis, teniendo por ſuficiente la Eſcritura, y obligacion, que de ella reſultò, como ſe funda en el Diſcurſo primero, no tiene duda, que el Marquès debe cumplirlas, aunque no ayan quedado bienes del Don Luis, ó eſtèn extinguidas las fincas eſpeciales, porque eſtàn igualmente obligados à ſu cumplimiento los bienes de la Doña Franciſca, *ex dict. ſup. num. 5. & Argum. Text. in leg. 19. ff. de duob. reis ſtipulat.* ibi: *Cum duo eamdem pecuniam debent, ſi vnus capitis diminutione eſſemptus eſt obligatione, alter non liberatur.* Y no tiene duda, que faltando las hypotecas eſpeciales, puede el Acreedor recurrir à los demás bienes, por la general, *ex leg. 2. C. de pignor.* Dom. Covarr. *lib. 3. Variar. cap. 18. num. 3.*

20. Y ſi no la conſideramos obligada, ni para ello ſe tiene por ſuficiente la Eſcritura, no ay duda, que tomò en sì la obligacion, por aver vſado, y tenido el Patronato, como continùa, y permanece en ſus ſucceſſores, y en el Marquès, y debe conſiguientemente cumplir, y ſatisfacer dichas cargas, y gravamenes anexos à el dicho Patronato, y aſsimiſmo los reditos decurſos cauſados anteriormente. Pard. Maldonad. ad Dom. Molina *de Primog. lib. 1. cap. 10. num. 24.* ibi: *Quod ſucceſſor Maioratus ſit obligatus ſolvere cenſus, tributa, penſiones, decimas, & alia onera Maioratus, quamvis hæc omnia decurſa ſint tempore anteceſſoris.* D. Caſtillo *tom. 6. Controv. cap. 161. ex num. 31.* Cuyo fundamento es, el que aſsiſte al Convento, para pretender tambien, que ſe reforme la Sentencia de Viſta, en quanto no ſe le condenò á el Marquès, y à la Condeſa indiſtintamente en los reditos decurſos anteriormente.

DIS-

DISCURSO III.

QUE EL MARQUES COMO SUCCESSOR DE LA Doña Franciſca, eſtà obligado à dàr à el Convento los quatro Candeleros de plata, y el Ornamento de Damaſco, &c. que dicha Doña Franciſca le legò.

21. NO parece, que tiene duda eſte Diſcurſo, porque ſiendo cierto, que el heredero tiene obligacion de pagar los Legados à los Legatarios, *ex §. 5. Inſtit. lib. 3. tit. 28. leg. 5. §. 2. ff. de oblig. & action.* No la tiene el que el heredero, y primero ſucceſſor de la Doña Franciſca, debiò averlo pagado á el Convento, *per leg. Pro hæreditarijs, C. de hæred. action.* Add. ad Dom. Molin. *lib. 1. cap. 10. num. 3.* ibi: *Hac ratione poſſeſſor Maiorutus etiam ad legata tenetur*, y q̃ por conſiguiente debe oy pagarlo el Marqués, ibi: *Ampliatur primo ad quemcunque ſucceſſorem, qui in Maioratu ſucceſſurus eſt, qui vti prior vocatus, ad debita inſtitutoris adſtrictus eſt.* Luego no tiene duda, que como el primer ſucceſſor de la Doña Franciſca, eſtuvo obligado à pagarle à el Convento dicho Legado, tambien el Marquès lo eſtà.

22. No obſta la excepcion, con que parece, el Marquès pretende elidir la accion clara de el Convento, que dicha Doña Franciſca expreſsò en ſu Teſtamento, que dicho Legado ſe avia de entender, ſino lo huvieſſe hecho en ſu vida, ò lo que faltaſſe por hazer; de que quiere inferir, que la Doña Franciſca lo dexaria cumplido en el intermedio de 8. años, que deſde el otorgamiento del Teſtamento, haſta el del Codicilo paſſaron; y lo que mas verosimilmente ſe infiere es, que ſi lo huviera executado, era preciſſo lo dexàra advertido en el Codicilo, para que ſu heredero pudiera defenderſe de la accion de Convento; con que no aviendol en èl tal advertencia, es viſto, que no lo avia hecho, y antes sì, que lo dexaba en ſu fuerza, y vigor. *Argum. Text. in §. 1. Inſtit. tit. 25. lib. 2.* ibi: *Si appareat eum, qui Teſtamentum fecit à voluntate, quam in Codicilis expreſſerat, non receſſiſſe. Et in leg. 5. ff. de iur. Codicil.* ibi: *Sed non ſervabuntur ea, de quibus aliter defunctus noviſsimè iudicavit.* Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib. 1. tit. 8.* Luego le quedò la accion viva al Convento para pretenderlo, y debe el Marquès pagarlo, como el primer ſucceſſor, *ex dict. num. anteced.*

23. Regla es cierta de Derecho, que las excepciones, que ſe fundan en algun hecho, deben probarlas los que las proponen. *L. 1. C. de probat. L. 2. ff.*

eod. ibi: *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.* Luego si el Marquès pretende persuadir, que la Doña Franciſca lo executò en ſu vida, de ſu obligacion es juſtificarlo, no lo ha hecho: luego no debe aprovecharle, y mas quando contra sì tiene la preſumpcion en contrario, pues huviera expreſſado en ſu Codicilo, quedar en eſta parte ſatisfecha la obligaciõ en los 8. años, q̃ ſobreviviò deſde q̃ otorgò ſu Teſtamento, donde dexò ordenado dicho Legado, ò à lo menos exiſtieran algunos veſtigios de èl, que no exiſten.

24. Menos le aprovecha otra de ſus excepciones, que por el tranſcurſo de 132. años, que dize aver paſſado deſde el otorgamiento de dicho Teſtamento, ſe preſume ya pagado; porque aunque es cierto, que aun menos tiempo baſtaria para fundar dicha preſumpcion, *ex leg.* 14. *C. de non numer. pecun.* tambien lo es, que ſolo puede fundarſe en el caſo, que conſte à el Acreedor ſu accion, porque ſolo entonces puede proclamar ſu derecho, y de lo contrario imputarſele, ſegun lo que dixo el *cap.* 1. *de Frigid. & Malef.* ibi: *Quia ſi proclamare voluit, curtã diu, tacuit?* Pero como quiera q̃ quãdo à el Acreedor no le cõſta, no ſe puede preſumir el q̃ pudo vſar de ſu derecho, de aì es, que ceſſa en nueſtro caſo dicha preſumpcion.

25. No pudo pedir, ni aver pedido el Convento dicho Legado, porque ſiempre ha ignorado el Teſtamento de la Doña Franciſca, y en ſu Codicilo, prueba de ello es, no encontrarſe, como no ſe han encontrado entre ſus Memorias ninguna de la Doña Franciſca, ò de las que fundò en ſu Codicilo (*Mem. num.* 40. *&* 53.) y no tiene duda, què ſi á el Convento ſe le huvieſſe manifeſtado dicho Codicilo, la huviera colocado entre las otras, ſegun ſu obſervancia, y eſtilo; con que es evidente, que ignorò aun dicho Codicilo: luego no pudo vſar de derecho, que no ſabia. Eſto ſe perſuade, ſi ſe atiende à la regla de Derecho, que nos enſeña, *quod ignorantia præſumitur, cum agitur de facto alieno. L. Varus, ff. de Probat.* como expreſſamente dixo en eſte caſo Juan Gutierrez *Canonic. lib.* 2. *cap.* 26. *num.* 12. Luego no puede de modo alguno preſumirſe pagado, ni parece juſto, que la omiſsion de los anteceſſores de el Marquès le aproveche, para por tan violento medio no cumplir la voluntad de ſu Fundadora, y no pagarle à el Convento lo que debe. *Argument. Text. in leg.* 12. §. 1. *& in leg.* 76. §. 1. *ff. de furtis*, y prueba el Gutierrez en el citado lugar.

26. No comprueba el argumento del Marquès, para inferir la ciencia en el Convento, el que eſte aya eſtado cumpliendo las Memorias de la Doña Franciſca, porque caſo, que de eſtarlas cumpliendo pudiera inferirſe, que

que le constaba el tenor de su Fundacion, no prueba el que assimismo le conste, ò aya constado el tenor de el Testamento, que es en donde le mandò dicho Legado; porque estando dichas Memorias ordenadas en el Codicilo (*Mem. num.* 18.) y conteniendose el Legado en el Testamento, pudo aver sabido las Memorias, ò ignorado dicho Legado: esto ademàs, que no es como supone el Marqués, pues aviendo dispuesto la Doña Francisca, que fuessen quatro las arrobas de azeyte, solo consta el aver pagado el valor de tres (*Mem. num.* 45.) pero no cosa alguna por razon de la cera, que assimismo previno en su Codicilo, y aun solo consta aver pagado vn año, que es el de 745. de que son los recibos, que presenta (*Mem. n.* 45.) luego mal se compadece, con que el Convento aya tenido perfecta noticia de dichas Memorias, pues huviera solicitado, que se cumpliessen en la forma dispuesta por la Fundadora, y no con la voluntariedad, que lo ha hecho el Marquès.

27. La duda solo, que parece puede contener el discurso es, si estè prescripta la accion del Convento, ò no? Juan Gutierrez, *cap. sup. citat. per totum*, prueba, que el heredero no puede prescribir el Legado, y que para poderlo debe primero informarle al Legatario de su Legado: de suerte, que no cerciorandolo, *est in mala fide*, y no puede correr la prescripcion, sin duda porque *ignoranti non currit præscriptio, nec potest currere contra impeditum agere. L.* 1. *C. de Ann. excep. L.* 1. *C. de diverf. & temp.* Dom. Gonzalez *in Cap. Ex transmissa* 10. *de præs. num.* 5. Por cuya razon puede pretender el Legatario la restitucion *ex causa generali. L. fin. quib. non objcit. long. temp. L.* 1. 2. *&* 4. *eod.* Gutierrez *in dict. cap.* La que el Convento puede tambien pretender, como lo ha hecho en esta Instancia, *ex alio cap.* gozando la Comunidad el beneficio de Menor, *per leg. fin. C. in quib. caus. in integ.* Luego no puede perjudicarle el transcurso del tiempo, que se dize, ni la prescripcion, que se alega.

28. Podrá replicar el Marqués, que habla el Gutierrez de la prescripcion ordinaria, y que siendo immemorial la que obsta à el Convento, y su pretension, debe sin duda entenderse prescripta su accion; pero baxo del supuesto, que ha faltado buena fee, no aviendole cerciorado à el Convento de dicho Legado sus antecessores, parece satisface facilmente con el *cap. fin.* 20. *de Præscrip.* ibi: *Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, Synodali iudicio difinimus, ut nulla valeat absque bona fide præscriptio tàm Canonica, quàm civilis.* Donde enseña el Sr. Gonz. *n.* 2. que ninguna prescripcion, aunque sea centenaria, ó immemorial, puede va-

valer sin buena fee, ibi: *Sivè triennalis, sivè quadragenaria, centenaria, vel immemorialis, sivè sit actionum, sivè rerum*: Luego sea como fuere dicha prescripcion, que el Marquès alegue, ni puede valerle, ni escusarle de pagar dicho Legado; mayormente aviendo pretendido, como pretende el Convento la restitucion *in integrum*, que le compete; fuera de que, aunque se huviessen dado vna vez, que no existan, y sean Ornamentos precissos para la mayor decencia de la Capilla, tiene obligacion el Marquès, como Patrono à administrarlos (*Mem.* §. 7. & 8.) Cardinal. de Luca *discurs.* 85. *de Iure Patronat. num.* 4. & 5.

29. Por cuyos fundamentos, debe el Marquès pagar à el Convento dicho Legado, cumplir con lo dispuesto por su Fundadora, y las Memorias, y limosnas, que en la Escritura se previnieron, y el Don Luis señalò en su Codicilo, cargas, y gravamenes del Patronato, que possee, bien como successor de este, bien como de la Doña Francisca; por lo que espera el Convento se confirme la Sentencia de Vista, en quanto à que el Marquès cumpla en adelante con ellas, y se reforme en quanto no se le mandò pagar dicho Legado, ni se comprehendieron en dicha Sentencia, assimismo los bienes de la Doña Francisca, ni condenó à el pago de los decursos: Assi lo suplica. S. I. O. &c.

Lic. D. Christoval de Espinosa Ocampo.

Lic. D. Gregorio Gavaldon y Bueno.

Esta arreglado al Memorial ajustado.



POR

EL SYNDICO DE SAN PEDRO EL REAL de la Ciudad de Cordova, Orden de Sr. San Francisco.

EN EL PLEYTO

CON EL EXCmo. Sr. MARQUES DE Priego, Duque de Medinaceli, vecino de la Villa, y Corte de Madrid.

SOBRE

QUE SE CONDENE A DICHO SEñOR A el pago de diferentes porciones de trigo, que le estàn demandadas, como Posseedor del Cortijo de Duetnas, pertenecientes à la Memoria, que en dicho Convento fundó Lope Gutierrez, vecino que fue de dicha Ciudad, de dos caìzes de trigo, consignados sobre dicho Cortijo.



IMPRESSO EN GRANADA EN LA IMPRENTA
Real, en virtud de Orden del Real Acuerdo de
2. de Junio de 1753.

N. 1. MUCHA RECOmendacion ha tenido siempre por todos derechos, el darle à cada vno lo que es suyo, y le pertenece: proposicion, que por sabida no nos detendremos en fundarla; pero quando se trata de derechos pertenecientes à vna Causa Pia, es mas especial la atencion, que se ha de poner à ello: *Leg. Siquis ad declinandam, & leg. Nulli C. de Episcop. & Cleric. cap. Si pater de Testam. in 6. leg. 4. tit. 11. partit. 6.* & ibi Dom. Gregor. Lopez, *leg. 12. tit. 14. lib. 2. Recop.* ibi: *Porque estas han de ser preferidas à las mercedes.* Dom. Salgad. *Labyrint. part. 2. cap. 4. n. 169.* Flores Diaz de Men. *Variar. quæst. 6. §. 3. num. 20. & 21.* Noguer. *allegat. 26. num. 320. & 330.* y comunmente los Autores que hablan de los Privilegios de las Pias Causas.

2. Motivo, porque el Syndico del Convento de San Francisco de la Ciudad de Cordova, mediante el justo derecho, que le assiste, espera seguramente se condene á el Señor Marquès de Priego, à la paga de las porciones de trigo, que le estàn demandadas, y con mayor razon en vn Tribunal Superior: *Vbi Iustitia collitur, & atenta veritate proceditur.* Pateja, *de Vniv. Inst. Edit. tit. 6. ref. 3. num. 37.* Dom. Olea, *de Ces. Iur. & Act. tit. 6. quæst. 10. n. 38.*

3. Aunque el hecho de este pleyto es tan dilatado, no nos detendremos en sentar todos los documentos que conducen à èl; tanto por la brevedad, quanto porque en los fundamentos que se expressaràn, haremos la mas breve, y puntual mencion, de lo que paresca mas conducente, y solo pondremos por supuesto la Clausula del Testamento de Lope Gutierrez, que es la basa fundamental de todo el litigio.

§. I.

FVNDASE, QUE POR LA CLAUSULA DEL Testamento de Lope Gutierrez, quedò hypotecado el Cortijo de Duernas, à el pago de la Memoria, y Legado de que se trata.

4. POR vn Testimonio dado por Don Joseph Algava y Calderon, Escrivano de Camara de esta Corte, en 29. de Junio de 1722. consta, que en 23. del mismo mes, y año, el referido Convento, ocurriò à la Sala, y haciendo relacion de aver seguido pleyto en ella, con el Possedor del Estado de Guadalcazar, sobre la cobranza de los reditos de la Memoria, que le de-

dexò dicho Lope Gutierrez, y aver presentado en èl vn traslado por el susodicho, pidiò, que por dicho Escrivano de Camara, se le diesse vn traslado de dicho Testamento, como hiciesse fè, lo que assi se mandó, y en su cumplimiento se inserta à la letra dicho traslado de Testamento, el qual parece dado por Agustin de Montoya, à 14. de Diciembre de 1756. (padeciò equivocacion); y este traslado fue sacado de otro traslado, dado por Juan Moreno, Escrivano de Camara en esta Corte, por mandado de los Señores Presidente, y Oydores de ella, en 6. de Abril de 527. y en èl se contiene el referido Testamento que en Cordova, en 24. de Diciembre de 1409. otorgò el referido Lope Gutierrez ante 5. Escrivanos de dicha Ciudad, en presencia de diferentes testigos, y por vna de sus Clausulas dixo assi.

5. *E mando otrosi, que la Capellania, que yo dì, è paguè hasta aqui à la dicha Orden de San Francisco, que es tres caizes de pan trigo, è 200. mrs. en dineros, è quatro arrobas de Azeyte de cada año, que se lo dèn, y paguen assi de aqui adelante.*

6. *E otrosi mando, que dèn por mi Anima à el dicho Monasterio de cada año, otros tres caizes de pan trigo, è 200. mrs. è tres arrobas de azeyte: è de estos mrs. que assi mando dar à la dicha Orden del dicho Monasterio de San Francisco de la dicha Capellania, è mandas sobredichas, que las aya en la renta de las mis tierras, que yo tengo, que alidan con el Corral del dicho Monasterio de San Francisco, è mando: que el dicho pan trigo, que lo aya de cada año en la dicha Azeña, que dicen la Dalid, è la que dicen la de Dentro el vn caiz, è el otro caìz, que lo aya en la otra Azeña, que dicen la Chiquilla, è el otro caiz, que lo aya en la Azeña que dicen la Gorda, que es todo mio, è el otro caiz, que lo ayan en el Vatanejo, desque muelen en la parte que yo tengo; è los otros dos caìzes de trigo, que los ayan en la mi Heredad de Duernas, è las dichas tres atrobas de azeyte, que las ayan de cada año, en el dicho mi Molino de azeyte de suso contenido: è todo esto, que lo tenga de cumplir, è pagar el dicho Martin Alfonso mi hijo, è los que de èl descendieren.*

7. No se duda en el pleyto, que el Sr. Marquès de Priego es Posseedor del Cortijo de Duernas, de que se habla en la Clausula antecedente, y solo se ha disputado, si en virtud de ella estè dicho Cortijo obligado, y el Sr. Marquès de Priego como su Posseedor, à el gravamen de los dos caìces de trigo, que à favor del Convento se dexaron por dicho Lope Gutierrez; y en el supuesto de que siempre, que dicho fundo se considere hypotecado à dicho Legado, es preciso confessar, que aunque aya passado à tercero posseedor, no por esso se libertò del gravamen, y Real obligacion, à

que

que quedò afecto: *ex leg. 2. C. si vnum ex plurib. hæredib. cred.* Noguetol, *alleg. 2. num. 111.* ibi: *Idem est esse tertius possessor, quam principalis obligatus, ab hoc vt via recta possit conveniri, & absque excussione debitoris principalis.* Dom. Salgad. *Labyrint. part. 2. cap. 11. n. 11.* Carleval, *de Iudic. tit. 3. disput. 23. num. 65.* Dom. Vela, *dissert. 34. num. 13.* solo fundaremos, que en virtud de dicha disposicion testamentaria, ibi: *Que los ayan en la mi Heredad de Duernas*, quedò hypotecada, y gravada esta, à el pago de los dos caìzes de trigo, que señalò el dicho Lope Gutierrez, en dicha Heredad.

8. Tocòse varias veces en el Derecho Comun, la dificultad de este punto, y aunque los Jurisconsultos estuvieron muchos por la opinicion de que las voces con que nuestro Testador se explicò, causaban hypoteca, y obligacion Real, que como tal passaba al tercero Posseedor, aunque fuesse, *ex causa onerosa.* Vlpian. *in leg. 120. ff. de legat. 1.* ibi: *Nihil proponi, cur prohibeatur hæres ædificia distrahere, è quorum redditu sportulæ sunt relictæ, salva tamen causa legati.*

9. Pero como son varias las Sentencias, y juicios de los hombres. *Auth. Tabellion. coll. 4. tit. 23. Novel. 43.* diò causa à la controversia, como texto capital la *leg. fin. §. fin. ff. de contrab. empt.* cuyas palabras para la aplicacion de nuestro caso, son dignas de referirse, ibi: *Lutius Titius promisit de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua præstare prædijs Caij Seij: postea Lucius Titius vendidit fundum additis verbis his, quo iure, quaque conditione ea prædia Lucij Titij hodiè sunt: ita veneunt itaque habebuntur. Quæro, an emptor Caio Seio ad præstationem frumẽti sit obnoxius? Respondi emptorem Caio Seio, secundum ea, quæ proponerentur obligatum non esse.*

10. Varias inteligencias se han dado por nuestros Autores para convinar las decisiones, y respuestas antecedentes, sobre que, y para la muyor brevedad nos remitimos á el Valasco, *de Iur. Emphyt. quæst. 32. ex n. 17. & alij*, per Dom. Lara, *de Anivers. lib. 1. cap. 2. num. 4.*

11. Lo adequado de las respuestas, que segun los Autores antecedentes, se dán á dicha ley final, quedan á el prudentissimo advitrio de V.S. y passando à tocar con brevedad, lo que sobre el assunto se pueda aplicar à nuestro caso, de lo mucho que sobre él se ha escrito; es opinion probable, y seguida de muchos, que si el fundo de que se habla en semejantes disposiciones, se pone *taxationis causa*, entonces queda hypotecado; pero si se hace mencion de èl solo *demostrationis causa*, entonces no es Real la obligacion, ni esta queda impuesta sobre el mismo fundo, sic Dom. Lara, *vbi supr. num. 10.*

Ro-

Rosa, *conf.* 61. *num.* 10. Gam. *dec.* 13. *num.* 2. y aunque pudieramos, aun con la opinion de estos Autores, y otros defender, que por la citada Clausula, estaba obligada la Heredad de Duernas, à el pago de dos caices de trigo anuales, *quia in dubio semper legatum censendum est taxativum*, Rosa, *dict. conf.* 61. *num.* 3. y del modo que sea mas favorable à la Causa Pia, Rosa, *vbi supr. num.* 4. solo haremos mencion de los casos, en que comunmente convienen todos los AA.

12. Recopilò todo lo que se puede traer para el nuestro, el Avendaño, *de Cens. cap.* 24. *per tot.* y à el *num.* 4. afirma, que quando la promessa se hace para alimentos de alguna persona, concurriendo alguna otra conjetura de la voluntad del Disponente, *quoniam cum pignoris datio ex præsumptionibus inducentibus voluntatem contrahentium deducitur.* Dom. Salg. *part.* 1. *Labyrint. cap.* 10. *num.* 19. entonces, aunque la disposicion se haga con la condicion *ex vel de*, induce hypoteca, citando para ello à el Juan Garcia, que en el *cap.* 4. *num.* 45. toca la especie en los terminos de nuestra Clausula, Dom. Covarr. y otros; siendo la indubitada conjetura, que por modo de exemplo propone el Avendaño, el que la promessa sea hecha de alguna pension annua; pues como esta dice vna clara voluntad, de que la oferta sea perpetua, Diccion. de la Leng. Castell. *Litter. C.* verb. *Cada año.* Mostaz. *de Caus. Pijs, lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 8. y el Legatario es tambien perpetuo en nuestro caso, Dom. Vela, *dissert.* 47. *num.* 51. & 52. y los alimentos se presumen legados por toda la vida del Legatario, *ex leg. Mela, ff. de alim. legat.* assi es preciso conjeturar, que el Disponente no tuvo respecto vnicamente á la accion personal, que es temporal, y sì à la hypotecaria, que es perpetua, *ex leg.* 7. §. *Hactenus, ff. de vsufruct.* Avendaño, *vbi supr. num.* 9. y aun sin atender otra conjetura, mas que por solo el favor de los alimentos de los Padres Religiosos, à que se dirigiò la voluntad de Lope Gutierrez, es opinion de muchos, à quien sigue Dom. Salgado, *part.* 1. *de Labyrint. cap.* 10. *n.* 7. & 8. Rosa, *dict. conf.* 61. *n.* 23. ibi: *Excepta causa alimentorum quorum favore tantum fuit introductum, vt vbi essent designata certa bona ex quibus prestanda essent, induceretur tacita hypoteca, vt bene post alios explicant*, Surd. *de Alim. t.* 8. *Privileg.* 51. *num.* 5. & *seqq.* Pres. Merl. *Controv. Forens. lib.* 1. *cap.* 61. *num.* 17. & 18.

13. Es preciso considerar, que los Religiosos, á quien se dexò el Legado de que hablamos, eran pobres, y como tales se les dexaban los dos caizes de trigo para que se alimentassen, porque baxo la classe de pobres se com-

pre-

prehenden los Monasterios indigentes, Mostaz. *de Cauſ. Pijs lib. 4. cap. 5. num. 43.* y como la pobreza se presume, si de contrario no se prueba la opulencia, que es accidente, y qualidad que sobreviene, Mostaz. *vbi supr. num. 48.* y mucho mas en el Convento de San Francisco, que funda de derecho la pobreza, assi en particular, como en general; de aí es, que aunque los tales Religiosos Legatarios fuessen capaces de posseer bienes en comun, con los que podian ser ricos, de esta capacidad no se infiere, que actualmente lo fuessen; porque de vi potencia à el acto, no vale el argumento, como valiera à el contrario.

14. Sin que se pueda persuadir otra cosa con la Escritura de venta, que otorgò Sancho Carrillo, Syndico que fue del expressado Convento, en 5. de Enero de 496. à favor del Convento de Santa Clara, de diferentes censos, y rentas importantes à el año 3ȳ380. mts. é dos arrobas de azeyte; ni tampoco con la Escritura de 15. de Marzo de 495. en que Diego Ximenez de la Cruz, y Consortes, se obligaron à pagar à dicho Convento 4. caízes de trigo, que le restaron de pagar de la renta del Cortijo de Paez Ximenez, de la renta del año de 494. Lo primero, porque de las mismas Escrituras, que son las vnicas por donde constan los bienes, que antes tenian, y despues enagenaron, resulta la cortedad de las rentas, que posseian los Religiosos del enunciado Convento: Lo segundo, porque la indigencia que estos padecian, y lo escaso de sus rentas, lo explicò claramente el Sancho Carrillo, en la dicha Escritura de venta, en toda su relacion especialmente, ibi: *Para los quales el dicho Monasterio, no tiene, ni alcanza renta suficiente:* Y lo tercero, porque en aquel tiempo, no solo posseian bienes los Claustrales en comun, si tambien los particulares Religiosos, y assi pudieron ser los bienes que se vendian propios de estos, y no de aquellos, y por consiguiente no prueban dichas Escrituras, que el Monasterio en comun fuesse rico; y assi se previno en las Bullas de San Pio V. de 2. de Diciembre de 1566. de que se halla puesto Testimonio (*Piez. 3. fol. 116.*) y en la del año de 1568. que es la 57. en el orden de su *Bullar.* la enagenacion de bienes, que debian hacer los Religiosos particulares de los Conventos Claustrales; con que por todos modos hemos de considerar, que el Legado de trigo, que hizo Lope Gutierrez, tenia respecto à los alimentos de la pobre Comunidad, y por lo mismo gravado, è hypotecado el Cortijo de Duernas á su pago.

15. El segundo caso indubitado, en que convienen los Autores, es el de que la promes-

sa de la prestacion annua sea hecha en Testamento, ya con la diccion *ex, de, vel super*, Avendaño, *loc. cit. num.* 5. ibi: *Secundus casus principalis consideratur, quando conceptio annuę præstationis de fundo, vel ex fundo facta fuit in Testamento, non ex causa alimentorum, sed ex quacumque causa, in qua dubitatione secure dicendum est, quod hypoteca formetur non tam ex potestate conceptionis de fundo, vel ex fundo, quàm ex natura dispositionis Testamentarię.*

16. Con justissima razon dice el Autor citado, que esta doctrina es segura, ibi: *Securè dicendum est*; porque bien sabida es la diferencia, que en el derecho antiguo avia entre las quatro especies de Legados, que advierte el §. 2. *tit.* 20. *lib.* 2. *Instit.* y bien sabido es tambien, que por la constitucion del Emperador Justiniano, se hicieron por la *leg.* 1. *C. comm. de legat.* de igual naturaleza, como advierte el mismo §. los Legados, y Fideicommissos, y por ellos tiene el Legatario, assi la accion personal, como la hypotecaria, ibi: *Vt omnibus legatis vna sit natura, & quibuscumque verbis aliquid relictum sit, liceat legatarijs id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem, & per hypotecariam*: *dict. leg* 1. *C. comm. de legat.* ibi: *Et non solum personalem actionem prestare, sed etiam in rem; quatenus eis liceat, eadem res, sivè per quodcumque genus legati, sivè per Fideicommissum fuerant relictæ, vindicare in rem actione instituenda: & insuper vtilem seruianam, id est hypotecariam, super his quæ fuerint derelicta in res mortui præstare*. Noguerol, *allegat.* 1. *ex num.* 72. *& num.* 80. ibi: *Ex quibus convincitur, quod actio hypotecaria, quam tribuit lex Legatario pro consequendo Legato, est limitata in bonis Testatoris.* Rosa, *dict. cons.* 61. *num.* 35. ibi: *Ideoque pro annuo Legato relicto ex certa re demostrativè non competit alia hypoteca quam generalis super omnibus bonis Testatoris introducta, per leg.* 1. *C. comm. de legat.* Dom. Castillo, *de Aliment. cap.* 45. *n.* 15.

17. Con que no dudandose, que la Heredad de Duernas, en que se consignaron los dos caices de trigo, que se piden por el Syndico, fue propia del Lope Gutierrez, que hizo el Legado: es claro, que contra ella compete para su pago, la accion hypotecaria, *ex leg.* 15. §. 1. *ff. de pignor. & hypotech. leg. fin. C. quæ res pignor. obligar. poss.* Acost. *de Privileg. Credit. reg.* 3. *ampl.* 7. *num.* 6. 8. *&* 9. D. Vela, *dissert.* 33. *n.* 4. *& dissert.* 35. *n.* 1.

18. Y prescindiendo de estos principios tan sabidos, como elementales en el Derecho. Entiendase la disposicion de Lope Gutierrez, y consignacion en el Cortijo de Duernas, de los dos caizes de trigo annuales *taxationis, vel demostrationis causa*, con la diccion *ex, de, in, vel super*, siem-

siempre que el Legado que hizo lo consideremos piadoso, como ademàs de las otras circunstancias que le assisten, lo declarò el Testador, ibi: *E otrosi mando, que dèn por mi Anima à el dicho Monasterio, &c.* Dom. Lar. *lib. 1. de Aniversar. cap. 10. num. 100.* Mostaz. *de Caus. Pijs lib. 4. cap. 2. ex num. 1.* es preciso confessar, que la destinacion de la paga en el Cortijo de Duernas, causò hypoteca en dicha alhaja: *ex dict. L. 7. §. Hactenus, ff. de Vsufruct.* D. Molina, *de Hisp. Primog. lib. 1. cap. 27. num. 9.* Dom. Lata, *dict. leg. 1. cap. 2. num. 17.* ibi: *Quo casu, & quia fuit Legatum ad alimenta, & quia sunt assignata in publicam vtilitatem, cui inserviunt:: succedit iuris conclusio, dicens, quod res illa, ex qua concedens mandat alimenta præstare, est obligata pro alimentis*: y despues de fundar muy bien esta proposicion à el *num. 20.* dice: *Et idem quod de alimentis, iudicatur de relicto pro anima ::::: quod procedit quocumque modo, sivè quacumque dictione fundus fuerit adiectus, quia id speciali favore alimentorum, & pij causę est inductum.* Vt tradit Covarr. *cap. Rainuntius, §. 10. num. 16. in fin. de Testament.* y otros que cita: assi lo siente tambien Dom. Larrea, *decis. 31. num. 26.* ibi: *Sin vero ad Republicę vtilitatem, pauperum alimenta, vel morientium anniversaria ex aliquo fundo reddituus constituerentur, huius causę favore, onus reale fieret, & quemlibet obligaret successorem.* Alvarez Peg. *de Maiorat. t. 1. cap. 5. num. 164.* Dom. Vela, *differt. 33. num. 49. omnino videndus*; y ademàs de los repetidos Textos, y Autores que citan los antecedentes, lo dixo expressamente la misma *leg. 1. C. comm. de legat.* ibi: *Et precipuæ cum talia sint legata, vel Fideicommissa, quę pijs actibus sunt deputata.*

19. No es necessaria en nuestro caso, la excursion en los bienes de la Casa, y Mayorazgo de Lope Gutierrez, ni sus descendientes, *ex dictis supr. num. 7.* Dom. Covarr. *lib. 3. Variar. cap. 7. num. 6.* ibi: *Possessor tamen prędij super quo annuus redditus fuerit constitutus, conveniri poterit, ad eius solutionem, etiam nulla facta, nec præmissa excutione quia hæc redditus constitutio super aliquo prędio, hypotecam inducit, fortiorem quidem omnibus alijs ::: Cum videatur ius quoddam super ipso fundo constitui, tam quam onus ipsius fundi, quod transeat in quemcumque possessorem.* Y en nuestros terminos Dom. Vela, *differt. 34. num. 13.* ibi: *Excutio tunc necessaria, quando res est hypotecata ad securitatem, aut cautionem debiti, non etiam quãdo id quod petitur, principalitèr debetur ex re possessa per tertium, aut super ipsa re, vt contingit in censu, vel pensione.* Pero aunque lo fuera, tenia el Syndico preparada legitimamente su accion, pues consta de los Autos (*P. 3. fol. 85.*) que en cierto pleyto executivo,

que

que se hallaba en el Archivo de dicho Convento, seguido por dicho Syndico en el año de 709. sobre la cobranza de la Memoria del referido Lope Gutierrez, contra los bienes, y rentas pertenecientes al Estado de Guadalcazar, que entonces poseìa la Condesa de Fuensalida, contra cuyos Autos, además de la fé que merecen, assi por hallarse en dicho Archivo, Pareja, *de Vniv. Instrum. Edit. tit. 1. ref. 3. §. 3. num. 27.* como por las demás solemnidades, y circunstàcias, con que se hallan, no se ha dicho por el Señor Marqués de Priego cosa alguna, antes sì, se ha valido de algunos documentos que en ellos se hallan. Noguerol, *allegat. 6. num. 69.*

20. Se testimoniò á pedimento de la parte del Convento, vna Real Provision de esta Chancilleria, de 27. de Agosto de 709. por la que refiriendo el pleyto entre dicha Condesa de Fuensalida, Marquesa de Guadalcazar, y el Convento de S. Francisco de Cordova, en el que se avian hecho algunos recursos á la Sala, expressando la Marquesa de Guadalcazar ~~entre otras cosas,~~ que su Estado no estaba obligado à la paga de la Memoria de Lope Gutierrez, y que en èl no se comprehendian los bienes assignados por el susodicho para la paga del trigo, sobre lo qual se alegò en esta Corte por ambas partes; y en vista de todo se mandò por la Sala entre otras cosas, que la Justicia de Cordova procediesse en dichos Autos executivamente, contra las Tiendas, Vatanejo, y *Heredad de Duernas*, contenidas en el Testamento de Lope Gutierrez.

21. Y tambien consta, que en fuerza de dicha Real Provision, la Justicia de Cordova obedeciendola, mandò alzar los embargos, que en los referidos Autos estaban hechos á la Marquesa de Guadalcazar (*Piez. 1. fol. 32.*) dexandolos en su fuerza, y vigor, por lo que tocaba à las dichas Tiendas, y *Heredad de Duernas*; en cuya consequencia el Syndico del Convento, vsò del derecho que tuvo por conveniente contra el Estado de Guadalcazar, por las especies de trigo, y demàs à que era responsable, con arreglo á dicha Real Provision, pero con la protexta de repetir contra quien le conviniesse las fanegas de trigo, que importaban los dos caìces, consignados en el dicho Cortijo, y tierras de Duernas, advirtiendose, que los Autos para con dicha Marquesa de Guadalcazar están suspensos, y pendiente el recurso de apelacion interpuesta de cierta providencia de la Justicia.

22. De lo antecedente se infieren dos conceptos: el primero, que con dicho procedimiento contra el Estado de Guadalcazar, tiene el Syndico de San Pedro el Real hecha la legitima excur-

sion,

sion, que previenen algunos Autores. Y el segundo, que en fuerza del Decreto de la Sala, està en su linea executoriado el procedimiento contra el Cortijo de Duernas, pues aunque el Sr. Marquès de Priego no litigò en aquel Juicio, y el referido Cortijo es propio de vno de sus Mayorazgos, y por esta, ù otra qualquiera razon, pudiera decir, que dicha providencia no le perjudicaba, esto pudiera aprovecharle, para que en aquel mismo pleyto vsara de su derecho sobre dicho Decreto; pues de otra suerte estuviera el Syndico oy ligado, sin poder proceder para la cobranza de los dos caìces, consignados en el Cortijo de Duernas, contra el Estado de Guadalcazar, por lo executoriado por la Sala en dicha Real Provision, ni tampoco contra el Posseedor del Cortijo de Duernas, porque en aquel Juicio no avia litigado.

§. II.

QUE NO OBSTA A EL SINDICO LA EXCEPcion que se le ha opuesto, de que la Religion de Nuestro Padre San Francisco, es incapaz de posseer bienes.

23. NO se puede dudar ser de la obligacion del Actor, el legitimar su persona, *ex leg. fin. ff. de iur. codicill. & ibi Gloss. leg. Licet. C. de procurat. leg. 2. C. de edit. D. Adrian. Tollend.* Dom. Paz, *de Tenut. cap. 63. num. 7. & 10.* Dom. Olea, *de Cess. Iur. & Act. tit. 6. quæst. 9. num. 1.* Carlev. *de Iudic. tit. 2. disput. 4. num. 27.* y comunmente los Autores, *in leg. Non ignorat. C. qui acusar. non pos.* Y como quiera, que à la persona del Syndico de San Pedro el Real, no se le ha opuesto mas reparo, que la incapacidad, que para posseer bienes tiene la Religion de San Francisco, assi en comun, como en particular se harà ver en este punto, que sin embargo de esto, es el Syndico persona legitima para su pretension.

24. No con poco misterio en la primitiva regla de la Religion Seraphica se omitiò expressar, si los Religiosos podian adquirir, ò no, lo que por via de Legado se les dexaba en las vltimas voluntades, *cap. Exijt. de verb. Sig. in 6.* vers. *Ad hæc*, ibi: *In vltimis voluntatibus sub diversis modis, non nulla legantur, nec expresse quid de his agendum sit in regula, vel prædecessorum nostrorum declarationibus continetur.* Hasta que en el año de 1310. aviendose suscitado en la Corte Romana cierta disputa, sobre la observancia de dicha Regla, que durò hasta el año de 1312. entre ciertos Religiosos, que attribuìan varios

rios excessos à la Religion, y otros que defendian lo contrario, se promulgò por la Santidad de Clemente V. el Estatuto, que es oy la *Clement. exivi de paradiso, de verb. sign.* como lo trae S. Antonino, en su Historia, citada por el P. Lueng. *cap. 6. controv. 18. sect. 3. num. 14.*

25. Los Legados, y reditos annuos, que en dicha Clementina se prohibieron à los Religiosos de San Francisco, los excessos que en esto avia, y se quisieron remediar por la Santidad de Clemente V. y qual fue la mente de este en dicha Constitucion, citando muchas autoridades, lo dice el predicho Autor *num.* 18. y prosiguiendo comprobando en los *numer. sig.* lo que afirma en el que queda citado, con autoridades de la mayor atenciõ, dice à el *num.* 24. ibi: *Ex dictis à numero 14. liquido constat veritas supradictæ secundæ conclusionis, nimirum quod reditus annui, quos Clemens V. Clement. exivi, §. Cumque annui redditus prohibuit, tantum erant qui à fratribus recipiebantur mediante obligatione civili, pacto, aut conventione, pro quibus actiones in iuditio intentabant, ac civilibus litigijs implicabantur.* P. Francisc. Pellizar. *in suo Manual. tract. 4. cap. 2. sect. 2. num. 44.* ibi: *Clementinam :::: solumque excludit legata inmoderata gratuita, non autem onerosa, qualia sunt, quę debentur ex anniversarijs per petuis Missarum, & Officiorum.* Porque aunque por sus Estatutos, y Reglas de la misma Religion, les està prohibido el apropiarse cosa alguna, de que hablan los capitulos citados, y la extravagante, *ad conditorum eod. tit.* que son los principales textos, que antes del Sagrado Concilio de Trento se han tenido, y tienen por regla, y fundamento para quanto en este assunto se ha escrito; estos tienen la inteligencia, que les dà el P. Luengo, *vbi supr. ex num. 40.*

26. Sobre la incapacidad de la Religion Serafica, han hablado muchisimos Autores de ambos derechos, que recopiló nuestro Roxas, *de Incompat. p. 7. cap. 5. ex n. 1. ad 61.* & ibi Aguil. *in Add.* Mostaz. *de Cauf. Pijs, lib. 4. cap. 3. ex n. 17. ad fin.* que reconocidos con reflexion, parecia, no poderse dudar, ser el Syndico parte legitima para la pretension, que tiene deducida, y percebir las porciones de trigo, que tiene demandadas.

27 Pero sin embargo haremos presentes algunas doctrinas, que comprueben el justo derecho de el Syndico. Hallan los Autores gran diferencia, entre el Legado annuo de dinero, y entre el Legado de especie necessaria, para el precisso, y diario mantenimiento de los Religiosos, que en estas cosas tienen el vso, assi de hecho, como de derecho, Roxas, *dict. cap. 5. n. 5.* Mostaz. *dict. cap. 3. n. 47. Nec per hoc quod proprietatem vsus, & rei cuiusque dominium*

nium à se abdicasse videtur, simplici usui omnis rei renunciasse convincitur. Et dict. cap. Exijt. §. Nec quidquam, de verb. sign. in 6. causa porque es opinion comunmente recibida, que si lo que se dexa à el Convento de San Francisco es vna limosna annua, es capàz el Convento de percebirla, ita Rox. *vbi supr. n.* 37. Mostaz. *dict. cap.* 3. *num.* 56. y en esta especie de limosnas dice el P. Enric. Villalob. *in Summ. tom.* 2. *tract.* 35. *dificult.* 33. *num.* 3. con S. Buenaventura, ibi: *Que las limosnas annuales, que quedan declaradas, en ninguna manera son contra nuestro estado:::: y en nuestras Constituciones generales de Toledo se permiten.* Como larga, y eruditamente funda Par. Lueng. *dict. cap.* 6. *Controv.* 18. *sect.* 3. *num.* 25. *& seqq.* y esta diferencia de percebir el Legado por modo de limosna, ò por derecho propio, no depende del que la constituye, sino es de la protesta, è intencion de los Religiosos, que la reciben, ita P. Thom. Sanch. & alij per Roxas, *dict. part.* 7. *cap.* 5. *num.* 54.

28. Y està esto tan recibido en practica, Roxas, *dict. cap.* 5. *n.* 53. Pelliz. *dict. sect.* 2. *n.* 43. ibi: *Tum quia de facto constat fratres minores de observantia admitere similia legata perpetua; quod non facerent sine dubio, si ipsis id non permitteretur.* Que sin embargo de que el principal objeto de la prohibicion de bienes, que tiene dicha Religion, es el no enriquecer, de formà; qüe no necesiten el mendicar, como afirman los Autores, que tratan la materia; no obstante, como refiere el P. Enric. Villalob. *Muchos Conventos Recoletos tienen algunas limosnas determinadas cada año, y los Condes de Chinchon tienen señalada cierta limosna annual, que junta despues en doce años, es bastante para hacer los Capitulos Generales, que se celebran en España.*

29. Quando la manda, ò limosna se hace con algun respecto à Missas, Sufragios, ù otra alguna carga, en que se enzalse el Culto Divino, como reparos de la Iglesia, Azeyte, Hostias, &c. es recebida la capacidad de los Religiosos Franciscos, para la tal manda, aun en sentir de algunos, que con rigor estrechan la Regla, ita P. Pelliz. *dict. tract.* 4. *cap.* 2. *sect.* 2. *num.* 43. Menoch. *cons.* 1014. *num.* 36. & 37. Cordub. *in Regul. S. Franc. cap.* 6. *quæst.* 11. *punt.* 3. Roderic. *quæst. Regul. tit.* 2. *quæst.* 126. *art.* 4. & 5. Fr. Thom. de Jesus Maria, *sup. Regul. Sant. Franc. part.* 5. *cap.* 3. *column.* 3. vers. *Sed an fieri possit*, & plures alij cum P. Thom. Sanch. *sup. Decalog. lib.* 7. *cap.* 26. *num.* 42. Mostaz. *vbi supr. num.* 74. Roxas, *dict. cap.* 5. *num.* 41. y assi se decidiò *in Sacr. Congreg. E.E.C.C.* de qua Fagn. *in cap. Nimis prava, de excess. Prælat. sub dist.* 4. *num.* 54. ibi: *Fratres Minores tam observantes, quam reformatos non esse capaces lega-*

gatorum annuorum ; quæ fiunt sine onere, aut modo adiecto.

30. Y se decidió con mas amplitud por la Santidad de Clemente X. en el año de 674. en la Bulla de que se halla Testimonio (*Piez. 3. fol. 192. B.*) ibi : *Dandas esse declarationes sepè alias factas, videlicet fratres minores de observantia non posse possidère census, & bona stabilia, posse tamen recipere per viam elemosinę quid quid eis traditur ab executoribus vltimarum voluntatum pro celebratione Missarum, & aniversariorum.* Y en el año de 1677. por dicha Sagrada Congregacion de qua Matheuc. *in Ofic. Curiæ quo ad legat. pag. 117. num. 10.* per Petr. Marcel. *de Lucc. de leg. pro vict. Relig. mend. relict. pag. 19. num. 62.* ibi : *Sacra Congregatio sepius declaravit, fratres minores de observantia Sancti Francisci quamvis atenta dispositione exivi de paradiso in constitutione Nicolai III. Clementina 5. sint incapaces obtinendi census perpetuos, & bona stabilia, posse tamen per viam purę, & simplicis eleemosinæ recipere quidquid ab executoribus vltimarum voluntatum eis traditur pro celebratione Missarum, pro ornamento Ecclesiæ, alijsque necessarijs procurandis iusta doctrinam D. Bonav. &c.* Y esto mismo assegura el Padre Lueng. *dict. cont. 18. sect. 3. num. 35.* estar concedido por los Estatutos Generales de la Religion Serafica.

31. No han faltado Autores que defiendan lo contrario, como se fundará por el Señor Marquès; y aunque, ni en el numero, ni en las autoridades de q̃ se valen, pueden hacer competencia à los q̃ quedan citados, y otros muchos de la misma opinió, y menos à presencia de los Estatutos Pontificios, y generales de la misma Religion, que muchos de ellos quedan referidos ; pero el Mostaz. *dict. cap. 3. num. 65.* despues de averse hecho cargo de quatro opiniones, sobre la capacidad, ò incapacidad de los dichos Religiosos, para los Legados annuos perpetuos (ann sin respecto à gravamen de Missas, ni otro semejante, que es en terminos mas estrechos), resuelve la duda con vna distincion, ibi: *Hæc dificultas resolvenda est ex modo relinquendi hoc legatum, nam si redditus annuales fratribus minoribus relinquantur, vt habeant sicut proprios, & ex illis pensionem percipiant, minime legatum substinebitur, nec ad modicum, nec ad longum tempus :::: Secus autem quando alicui relinquenrentur, vt ex ipsis quot annis quædam eleemosinæ dentur minoritis ad ipsorum necessaria ; tunc enim Dominium non habent :* Y siguiendo el mismo concepto el Petr. Marcel. *de Lucc. dict. pag. 19. num. 64.* responde à las Doctrinas del Pignatel. Fagnan. y otros que están por la contraria con graves autoridades, ibi : *Secus vero quando nullum ius acquirerent, verùm sola obligatio consideratur*

pe-

penès hæredem adimplendi voluntatem Testatoris per merum oficium iudicis succedens in locum deficientis actionis : Y al num. 67. ibi : *Nullus sanæ mentis homo diceret hoc omnium quod P.P. mendicantes sint incapaces eleemosinarum, quando illorum institutum est vt vivant cum eleemosinis.*

32. Segun lo qual, hallamos, que los Religiosos de S. Francisco, que no pretenden, ni pudieran tener dominio, ni propiedad en el Legado de Lope Gutierrez, no tienen la omnimoda incapacidad alegada por el Señor Marquès, pues aun el dinero pueden recebirlo, siempre que sea sin tener dominio, ni propiedad, y con las demàs prevenciones, que advierte P. Pelliz. *dict. tract. 4. cap. 2. sect. 2. num.* 76. Y contrayendo la distincion referida à el hecho de nuestro pleyto: queda decidida la dificultad, pues si atendemos à la Clausula referida, *supr. num. 6.* vemos, que el Testador previene, que Legado, ò limosna se aya de cumplir siempre por mano agena, ibi : *E todo esto, que lo tenga de cumplir, è pagar el dicho Martin Alfonso mi hijo, è los que de èl descendieren* : y si atendemos à la persona que pide el Legado, es el Syndico quien ha deducido la demanda, y seguido los demàs Autos, y à quien defendemos, el que es persona capaz para parecer en juicio, pedir, y tomar las porciones de trigo, que pretende en nombre de la Silla Apostolica, y distribuirlas en fines, que le estàn permitidos, como fundaremos *infr. ex n. 35.*

33. Quando Lope Gutierrez en su Testamento no huviera expressamente tenido respecto à la obra, y gravamen piadoso, con que dexò la manda, se debia este entender, para que tuviesse efecto el Legado, *quia idem esset, si modus non fuisset adiectus, cum sub modo licito semper legatum, & institutio illis (id est Fratribus Ordinis minorum de observantia) facta intelligatur S. C. EE.CC.* per Pignatel. *Consult. Canon. tom. 3. cons. 16. num. 3. Et verba testantis intelligi debent in eius favorem.* Dom. Lar. *lib. 2. de Capp. cap. 1. num. 27*; pero con claras voces explicò Lope Gutierrez, que lo que mandaba à el Convento de San Francisco, era por los sufragios que esperaban, hiciessen por su anima (*Piez. 1. fol. 14.*) ibi : *Mando otrosi, que la Capellania que yo dì, è paguè hasta aqui à la dicha Orden de San Francisco :::: que se lo dèn, y paguen assi de aqui adelante : E otrosi mando, que dèn por mi Anima à dicho Monasterio, &c.* Y tambien fue por recompensa del gravamen, que les puso à los Religiosos (*Piez. ead. fol. 3.*) ibi : *Todavia guardando los sobredichos Guardian, y Frayles que conmigo pusieron, que ninguna, ni alguna persona no se entierre en la Capilla mayor de dicho Monasterio, que està ante del Al-*

r mayor, salvo yo, mi linage, è de Inès Garcia mi muger: cuyas voces se tienen por suficientes en el derecho, para que el Convento de San Pedro el Real, deba corresponder como á vn buen hechor perpetuo, con decir las Missas, y Aniversarios por el Alma de Lope Gutierrez, que pareciessen equivalentes à su gratitud, á el prudente advitrio de los Prelados, como la Religion Serafica executa con todos sus bien hechores, Dom. Lar. *de Aniv. lib.* 1. *cap.* 10. *per tot. maximè ex num.* 97. & alij per Ros. *cons.* 36. *num.* 26. en que no nos detendremos, por confessarse assi por el Señor Marqués, *vt infr. num.* 85.

34. Quando se considerasse, que los Religiosos de San Francisco no son capaces de la manda de Lope Gutierrez, con los respectos referidos, les quedaban otros remedios, de quibus Pat. Lueng. *cap.* 6. *contr.* 18. *sect.* 5. *num.* 2. Mostaz. *dict. cap.* 3. *ex n.* 77. Roxas, *dict. cap.* 5. *num.* 16. pues es tan recomendable esta, como otra qualquiera Causa Pia, que qualquiera del Pueblo puede pedir su execucion, implorando el Oficio del Juez, ita P. Felix Potest. *in Examin. Confes. t.* 1. *part.* 2. *cap.* 4. *num.* 1192. P. Entic. Villal. *in Summ. t.* 2. *tract.* 35. *dific.* 33. *num.* 1. Fagnan. *in dict. cap. Nimis prava num.* 41. *de excess. Prælat.* P. Emman. Roderic. *tit.* 3. *quæst.* 3. *artic.* 3. *circa finem*, P. Thom. Sanch. *dict. lib.* 7. *cap.* 26. *num.* 59. y aun el Juez de Oficio lo debe mandar: *ex dict. cap. Exit.* §. *Ad hæc*, vers. *Si vero*, *de verb. sign. in* 6. ibi: *Et Prælati, & seculares se ex officio suo promptos exhibeant ad pias voluntates deficientium adimplendas.* Roxas, *vbi supr. proximè.* P. Thom. Sanch. *vbi supr. num.* 60. Mostaz. *dict. cap.* 3. de forma, que no hemos visto Autor que diga, que el Señor Marquès se pueda quedar con el Legado, sin que tenga en el modo posible cumplimiento la voluntad del Lope Gutierrez. Videatur Mostaz. *lib.* 4. *cap.* 2. *ex num.* 2.

35. Pero para quitar todo genero de duda, como quiera que la parte à quien defendemos, es à el Sindico del Convento de San Francisco de Cordova, à quien se le confessò por el Señor Marqués, la facultad de percebir, y cobrar (*Piez.* 1. *fol.* 60. *B.*) no se encuentra la prohibicion que este tenga, para percebir, lo que por su Testamento mandò Lope Gutierrez; porque como dicho Syndico, aunque se nombre por los Religiosos mismos, representa la Silla Apostolica, y que puede percebir bienes, P. Francisco Lueng. *cap.* 4. *cont.* 14. *sect.* 1. *ex num.* 1. & *cap.* 6. *cont.* 18. *sect.* 5. *num.* 5. para que en su nombre distribuya sus emolumentos en vtilidad, y segun la necessidad de los Religiosos, como lo declarò, y concediò la Santidad de Martin IV.

y,

y confirmò Martin V. in constitutione tradita per P. Emman. Roderic. *de Regular. tom. 3. quæst. 39. artic. 1.* puede muy bien dicho Syndico parecer en Juicio, y pedir lo que à el Convento se le lega, como afirma el mismo Autor, *artic. 3.* ibi: *Sindicus fratrum minorum habet autoritatem ad recipiendum omnia, quæ ipsis fratribus inter vivos, & in vltima voluntate relinquntur, tam mobilia quàm inmobilia, omnia enim quorum vsus potest fratribus pertinere, ad Sedem Apostolicam, quo ad dominium, & propietatem spectant, cuius nomine ipse Sindicus eas recipit*: P. Felix Potest. *Examin. Confes. t. 1. part. 2. cap. 4. num. 1189.* P. Thom. Sanch. *dict. cap. 26. num. fin.* Roxas, *dict. cap. 5. num. 57.* Mostaz. *vbi supr. num. 78. & 79.*

36. Y es tan antigua, y acomodada à la regla primitiva de la Religion, esta facultad de tener Syndico para este efecto, que aun en tiempo de Nuestro Padre San Francisco, ya estaba concedida, como afirma el mismo P. Emman. Roderic. *dict. quæst 39. artic. 2. in fin.* siguiendose despues muchas Constituciones Pontificias, que confirmaron esta facultad, y declararon la ninguna prohibicion, que el Syndico tiene en nombre de la Iglesia Romana, para posseer bienes, para distribuirlos à el advitrio de ella, y en vtilidad de los Religiosos, *cap. Exijt. de verb. sign. in 6. §. Cæterum*, ibi: *Seù aliquem nominare, aut etiam præsentare, cui si eleemosinam facienti placuit, committi potest executio prædictorum. Paul. 4. in Bull. ex Clement. anno de 1555.* de qua P. Felix Potest. *dict. cap. 4. num. 1145.* Tambien lo diò à entender San Pio V. en la Bulla que se dice *Reformationis Monasteriorum Conventualium Ordinis Beati Francisci*, expedida en 2. de Diciembre de 566. de que se ha puesto Testimonio (*Piez. 3. fol. 116.*) à pedimento del Señor Marquès de Priego, ibi: *Quæ vero vltrà huiusmodi sumptus super fuerint, ea singulis in locis apud idoneas personas deponi volumus, & sequestrari fidelitèr conservanda, ac postea Sedem Apostolicam Consuli, in quos vsus ea converti debeant.*

37. Sobre todo lo qual nos remitimos con mas extencion, y claridad al P. Lueng. *dict. cap. 4. cont. 14. sect. 4. per tot. & cont. 15. sect. 4. ex num. 1.* y á la Bulla de Martin IV. que se halla inserta en el Testimonio, puesto à pedimento del Señor Marquès (*Piez. 3. fol. 41.*), la que es digna de verse para el assunto, especialmente ibi: *Quas personas per vos taliter nominatas in his administrationem legitimam, & generalem gerere, & ipsos veros, & legitimos Administratores Œconomos, Sindicos, & Actores esse de plenitudine potestatis præsentium autoritate constituendo, qui res ipsas, & rerum prædictarum prætium, & prædictas elemosinas nomine dictæ Ecclesiæ recipiant, per eosdem in fra-*

trum ipsorum vilitates, prout eis licet ex regula, vel ex declaratione regulę convertenda.

38. Y con estos tan solidos fundamentos, assi se ha decidido en varios Tribunales, y en el Capitulo General, que celebrò dicha Religion Serafica, en 29. de Mayo de 1694. §. 17. tradit. per dict. Petr. de Lucc. *pag.* 22. *num.* 75. ibi: *Si autem temporales earundem rerum Domini pro maiorum suorum suffragijs voluerint ea Conventibus ad præfatarum tenorem, declarationum quoad fructus remanere, retenta in se propietate, vel suis hæredibus, aut communitati::::: sivè tertiæ personę adscripta cum onere nobis ministrandi fructus inde provenientes elemosinaliter, sivè pro Ecclesiæ Fabricę, infirmari, aut alterius particularis necessitatis levamine, sivè pro aliquo opere nobis à benefactore impositò, id quidem præmissa protextatione in statutis expressa, & non nisi per viam simplicis eleemosinæ, ac per Sindicum Apostolicum recipi poterit. Non enim regulę puritati repugnat EX TOTIES A SANTA SEDE DECLARATIS NOS HABERE LEGATA, ETIAM PERPETUA, quorum Capitalium directum dominium sit omnino extra nos, & fructus nobis eleemosinaliter ab hæredibus gravatis ad Testatorem mentem erogandi à nobis, vèl è nostro Apostolico Sindico eleemosinalitèr etiam petantur.* Con que por todos medios queda manifiesto ser el Syndico persona legitima, para percebir el Legado de que se trata, y no aver justo motivo, para que este se dexe de pagar.

§. III.

FUNDASE QUE POR LA REFORMA DE LOS Religiosos Claustrales, no se extinguiò la Manda de Lope Gutierrez.

36. LEgitimada la persona del Syndico, y la accion intentada por este, por los fundamentos expuestos, y no dudandose ser el Señor Marquès de Priego, Posseedor del Cortijo de Duernas, contenido en la disposicion de Lope Gutierrez, referida *supr. num.* 5. tiene el Syndico acreditadas todas las circunstancias, que como Actor ha sido de su obligacion justificar, pero resta el satisfacer á las objecciones opuestas contra la justa pretensiõ del Syndico.

40. Hase dicho por el Señor Marqués (*Piez.* 3. *fol.* 14.) que la disposicion de Lope Gutierrez, se terminó à los Religiosos Claustrales, ò Conventuales; en cuyo lugar no se han podido subrogar los Religiosos Observantes, que oy existen, para cuyo concepto se han traìdo à este pley-

pleyto, diferentes Reſcriptos Pontificios.

41. Y dada, y no concedida la certeza del alegato del Señor Marquès; y que los Religioſos, à quien ſe hizo la manda fueſſen Clauſtrales, todavia es parte legitima el Syndico, para la pretenſion que tiene deducida; porque la diſpoſicion de Lope Gutierrez, ſe terminò à la Orden de San Franciſco, ibi: *La Capellania, que yo dì, è paguè haſta aqui à la dicha Orden de San Franciſco.* Et ibi: *E de eſtos mrs. que aſsi mando dar à la dicha Orden de San Franciſco, de la dicha Capellania. Vt ſupr. n. 5. & 6.* Con que ſiendo la Orden de S. Franciſco, la que rigoroſamente guarda ſu regla, *ex dict. Clemen. Exivi de Paradiſo de verb. ſign. in princip.* ibi: *Hichortus ſi quidem eſt fratrum minorum Sancta Religio, quę muris regularis obſervantiæ firmitèr, vndique circunclusſa, intra ſe ſolo contenta Deo, adornatur abunde novellis plantationibus filiorum, & §. Cum igitur*, ibi: *Regula, & vita fratrum minorum hęc eſt: Scilicet, &c.* Poco importará, que al tiempo de la diſpoſicion de Lope Gutierrez, por los Religioſos individuos que entonces avia en el Convento, ſe huvieſſe invertido la regla de ſu Fundador, contra el *cap. 2. & 17. cauſ. 25. quæſt. 2.* ſiempre que la manda, ò Legado ſolo ſe dirigió à la Orden de San Franciſco, que ſe debe entender por la propia, y verdadera Orden. D. Salg. *part. 2. de Retent. cap. 33. n. 44. & part. 1. Labyrint. cap. 16. n. 74.*

42. Por eſta razon, quando ſe hace algun Legado à favor de alguna Igleſia, ninguno de los individuos de ella, como particulares perſonas, ſon Acreedores à èl. Moſtaz. *de Cauſ. Pijs lib. 4. cap. 1. num. 58.* ibi: *Quando aliquid relinquitur Eccleſiæ, illi debetur, nec Epiſcopus, nec Rector illius aliquid habebit, nec ſi Eccleſiæ Cathedrali relinquatur, Canonici legatum, aut partem illius percipient. Cap. Pacificus 12. quæſt. 7. cap. Requiſiſti 15. de Teſtam. Authent. vt de Eccleſ. titul. §. Indicimus: Quod eſt accipiendum, etiam ſi Epiſcopus Rector, aut Canonici nominarentnr; non enim ex illorum nominatione ſeù apellatione ipſorum contemplatione legatum factum videtur, ſed Eccleſiæ, vt multis deciſionibus, tenet Rub. pract. cap. 70. à num. 2.* y ſiguiendo la miſma regla dice el Barboſ. con otros muchos *in cap. Significaſti 18. de Iur. Patron. tom. 2. Colect. num. 2.* que quando ſe nombra por Patrono à el Prelado de alguna Igleſia, es eſta la Patrona.

43. El Cardenal de Luca en el *diſcurſ. 12. de Donat. ex num. 8.* trae vn caſo, en que no aviendo tenido ſubſiſtencia por vn Reſcripto Pontificio, la Fundacion de cierto Convento, mandado ſuprimir por ſu Santidad, ſe aplicaron los bienes deſtinados para ſu fundacion à el Monaſterio, è Igleſia Matriz de la Reli-

gion, sin que el Fundador tuviesse derecho para reintegrarse en los bienes, con que estaba dotado dicho Convento.

44. El mismo Autor *in annotationib. ad S.C. Trident. disc.* 17. dà la razon, y dicide nuestra duda con vna distincion. Propone la dificultad; quando alguna Iglesia, es desamparada de los Clerigos Seculares, ò Regulares, que alli moraban, y servian, los quales fundaron otra Iglesia en diverso lugar, á donde fueron agregados: en cuyo caso se duda, si las cargas de Missas, y Aniversarios, han de quedar en la Iglesia antigua, ò trasladarse á la nueva, con los mismos Clerigos, y Religiosos? Resuelve el Cardenal de Luca diciendo, que si consta, que semejantes Legados de Missas, y Aniversarios, no fueron hechos por devocion particular de aquella Iglesia material antigua, sino es por respecto de los mismos Clerigos, y Religiosos, que alli moraban, que entonces à donde se trasladaren los tales Clerigos, y Religiosos, deben tambien trasladarse las Missas, y Aniversarios, en cuyo caso, atendidas las razones, y circunstancias, que enseña el mismo Autor, es constante q̃ no estamos, y si en el segundo, en que à el n. 7. dice, ibi: *Vbi vero id sequatur obillius corporis, vel vniversitatis disolutionem, vel suppressionem, & tunc pro facti qualitate onera remanent pænes ipsam Ecclesiam materialem, si in ea decenter, & commodè impleri possunt, sin minus ad aliam Ecclesiam transferuntur, vt melius videatur ordinario, vel Sacræ Congregationi, prout praxis nostri seculi docuit in suppressionibus Religionum in vniversum, sivè pavorum Conventuum, quoniam Religiosi bona, & iura non traxerunt secum ad alios eiusdem Religionis Conventus.*

45. El mismo Card. de Luca, *de Præhemin. disc.* 25. *ex num.* 1. propone otro caso semejante, que comprueba el concepto en que vamos; pues estando fundado de muy antiguo cierto Convento de Menores Observãtes, con el Titulo de San Nicolàs, y mucho posterior fundadose otro Convento de Menores Observantes, de mas estrecha Regla, con el Titulo de San Lorenzo, entre vna, y otra Fundacion se establecieron en el mismo pueblo otras muchas Religiones, y Conventos, por lo que se suscitaron diferentes disensiones, sobre si en las Funciones publicas avian de obtener el primer lugar las Religiones establecidas en el intermedio tiempo, respecto de la dicha Fundacion de S. Lorenzo; ò si esta, como que representaba à el Convento antiguo de los mismos Religiosos Menores, avia de preceder à las demàs, aunque fuessen mas antiguas que la de San Lorenzo: y la decision de la Sagrada Congregacion fue, el que del mismo modo se debia la precedencia à los Religiosos de San

Lo-

Lorenzo, que à los de San Nicolás, ya fuessen juntos, è incorporados los Religiosos de ambos Conventos, ò qualquiera de ellos solo, y assi se observò; porque como el Convento moderno era de los mismos Religiosos Menores de Observancia, que el antiguo, el origen de este, y no del otro, era el que se debia atender.

46. La razon de estas decisiones la diò claramente el P. Manuel Rodrig. *de Regular.* citando à otros, *tom. 3. quæst. 52. art. 5.* ibi: *Sicut illi, qui de facto, mendicant, si non sunt tales ex fundatione suæ regulæ, vel de iure non possunt dici mendicantes, ita è converso qui de facto, vel privilegio Apostolico sunt mendicantes, licet non mendicent, mendicantes omnino erunt, & sub dispositione de mendicantibus loquente comprehenduntur.* Y lo comprueban las razones, que para semejante concepto dà el Carden. de Luca, en el *disc. 66. de Legatis*, en que se propone el caso siguiente. En cierta Ciudad de Napoles se preparaba vna Obra Pia, *conservatorij pauperum, quę in eo se confavere deberent ad earum honestatem in tuto ponendam*: Cierta persona legò vna cantidad para socorro de las doncellas, que alli entrassen; *posteà mutato consilio non conservatorium, sed Monasterium formale eructum fuit*; causa porque pretendiendose cobrar el Legado, se escusaban los Padres Teatinos, que eran los herederos, por aver cessado la causa, y presupuesto del Legado: La decision de la Sagrada Rota fue condenar à los herederos al pago. El Cardenal de Luca dà muchas razones para ello, y entre ellas à el num. 2. ibi: *Cum vt supra advertitur Testator, potiùs enuntiaret Monasterium quam conservatorium.* Y al num. 3. ibi: *Tum etiam quia cum hac immutatione de conservatorio in Monasterium pinguius adimplere dicitur pium desiderium subeniendi puellis, quę ita Deo famulari eligant, suamque honestatem intuto ponere velint, ob magis arctam clausuræ observantiam, & custodiam, ac etiam ob statutum irretractabilem.*

47. Y assi se halla en terminos dispuesto por la Santidad de Urbano VIII. en cierta Bula expedida en el año de 1637. de que haze mencion Roxas, *dict. part. 7. cap. 5. num. 42.* y la trae à la letra Petr. Marcel. de Lucc. *de legat. provict. Religios. Mendic. relict. pag. 149. n. 387.* en la que haciendose relacion, de que cierta Provincia, que antes era de los Religiosos Conventuales de la Religion Serafica, movida del celo de su profession, avia buelto à abrazar la observancia de su Regla, y avia sido nuevamente incorporada à la Regular Observancia, causa porque se avia dado licencia, para con consejo de los Syndicos enagenar cada Convento respectivamente sus possessiones, tierras, y demàs bienes inmuebles, abdicandolo de si

para

para siempre, por ser repugnante à la pureza de dicha Regla; sin embargo se declara en la misma Bula, ibi: *Declaramus dictos Conventus Fratresque Minores respectivè, licitè, validè, tuta, & salva conciencia tenere posse annua, & perpetua legata, vel certos aliquos reditus, aut proventus annuos, & perpetuos præfatæ puritati nostrę regulæ consentaneos per modum eleemosinæ, aut (iuxta primam, & præcipuam Sancti Patris Francisci vivendi rationem, eius consilio, & exemplo firmatam, & roboratam) pretij, seù mercedis vice, pro spirituali dictorum fratrum nostrorum labore recipiendos, nempè pro Missarum solemnium, privatarumque sacrificijs, alijsque Divinorum Officiorum oneribus secundum pias benefactorum, seu vivorum, aut defunctorum intentione institutis, sivè pro fabricis, & reparationibus Ecclesiarum nostrarum, sivè pro studijs Sacræ Theologiæ, & bonarum disciplinarum, necnon alijs Conventuum vtilitatibus, sivè pro prędictis omnibus causis, aut aliqua illarum divisim, vel coniunctim, iam diù prędictos redditus, aut proventus fundatos, & constitutos, vel fundandos, & constituendos super huiusmodi bonis, cuiuscumque sint naturę (nunc, & in perpetuum abdicandis, transmittendis, & alienandis) iuxta prædictos modos licitos, & puritati regulę nostræ congruos reservando, & retinendo.*

48. Y aun reconocidas las Bullas Pontificias, de que se ha puesto à pedimento de el Señor Marquès testimonio en los Autos, aparece desde luego, que lo mas á que se han dirigido, es á que los bienes que no pueden poseer los Religiosos Observante, se ayan ido administrando, y convirtiendo en vtilidad de ellos mismos, su Iglesia, y Convento, *por los Sindicos que en sus tiempos se han nombrado*; y assi, aun por los mismos documentos de el Señor Marquès, se manifiesta la capacidad, que tiene el Sindico à quien defendemos, para cobrar los reditos de la Memoria que se pretende, yà fuesse dexada á los Religiosos Claustrales, ó yà à los Observantes; siendo de notar, que en ninguna de dichas Bulas, ni de las Escrituras en su virtud otorgadas, se hace mencion de la Memoria de Lope Gutierrez, ni la enagenacion que de ella se huviesse hecho.

49. En el libro de Memorias exhibido por el Guardian de dicho Convento (*Piez. 3. fol. 22.*) á pedimento de el Señor Marqués, resultan diferentes Memorias, que se sirven en dicho Convento, fundadas desde el año de 1390. hasta el de 1699. entre las quales se halla la de Lope Gutierrez, de que tratamos, con la expresion de pagarse esta, como Patrono que es dicho Lope Gutierrez, y sus successores, de la Capilla Mayor de dicho Convento: y en otro libro resultan los pagos, que se han hecho hasta de

pre-

presente de dichas Memorias, y en la tabla de ellas formada en el año de 749. (*Piez. 3. fol. 26.*) aunque no se halla apuntada la de Lope Gutierrez, se hallan las otras, cuyos pagos estàn corrientes; cuyos libros, y tablas tienen la autoridad que les dà el *Cap. Ad audienciam 13. de præscript.* de que se infiere, que la posterior observancia, que ha avido hasta de presente, desde mucho tiempo antes, que Lope Gutierrez hiziesse su disposicion testamentaria, y de que se huviessen expedido las Bullas de reformacion, y demàs de que se vale el Señor Marqués, es el servirse en dicho Convento otras iguales Memorias, gozando de sus pensiones por via de limosna, lo qual es el mejor interprete de qualquiera duda: *Ex leg. Si de interpretatione, ff. de legib.* Escob. *de Purit. part. 1. quæst. 10. §. 3. num. 6. & seqq.* D. Larr. *Alleg. 92. per tot.*

50. Y siendo esto assi, es preciso confessar, que por las Bulas de reformacion, no quedó el Convento de San Pedro el Real privado de percebir semejantes limosnas, *secundùm modos licitos*, porque la costumbre se equipara à el Privilegio, y puede obrar los mismos efectos que este: *Ex Cap. Super quibusdam 26. vers. Preterea de verb. sign.* Barbos. *in cap. fin. de consuet. num. fin.* ibi: *Consuetudinis finis est, legem constituere, cum inducta fuerit, vt subiret vicem legis.* Peregr. *de Iur. Fisc. lib. 1. cap. 2. num. 61.*

51. Y en el caso presente es tan poderosa esta costumbre *legitimè præscripta*, que aun los que defienden con rigor la incapacidad de los Religiosos, asseguran, que por semejante constumbre pueden hacerse capaces de tener bienes immuebles en comun: ita P. Thom. Sanch. *in Samm. Mor. lib. 7. cap. 25. ex n. 16.* ibi: *Cum ergo consuetudo possit derogare constitutionibus illis, tamquàm iure humano inductis, poterit inducere, ut nec paupertas illa excludat habere bona immobilia incommuni, qui enim vovet, vel iurat, servare aliquam constitutionem, tandiù tenetur illam servare, quandiù consuetudine non est abrogata.*

51. Con que siendo notorio, que la costumbre introducida en fuerza de los Rescriptos Pontificios, hasta de presente expedidos, ha admitido en dicho Convento la capacidad de limosnas annuas con el respecto de Missas, ù otro gravamen piadoso, percibiendose dichas limosnas por mano de el Sindico, queda acreditado quanto en este assumpto se ha dicho; porque aunque esta costumbre tuviera algo de ilicita, se debiera disimular: *Quia consuetudo servanda sit, quamvis actus sit illicitus, quia illum facit licitum. Cap. Latr. decis 181. num 19.* ni se huviera tolerado por los superiores esta costumbre, sino les fuera permitido. Pelliz. *vbi num. 28. supr.*

§. IIII.

FUNDASE, QUE POR LAS REALES CEDULAS de aprobacion, presentadas por el Señor Marquès, no quedò libre de el gravamen la Heredad de Duernas.

52. HAse dicho por el Señor Marquès (*Piez. 3. fol. 12.*) que siendo vn tercero possedor de la Heredad de Duernas, y que no conteniendo el Instrumento en que se funda la obligacion, el pacto de no enagenar, no se podia intentar contra el Señor Marquès la via executiva, y que aunque dicha Heredad estaba prohibida de enagenacion por ser Vinculada, esto se disolviò por la permuta, que à favor de su casa hizo el Estado de Guadalcasar, à cuyo favor se subrogaron otros bienes, todo con aprobacion de su Magestad; por lo que en estos debieron quedar situados qualesquiera gravamenes: y aunque pudieramos fundar, que por razon de Legado Pio, tenia lugar la execucion contra tercero possedor, aunque no concurriesse el pacto de no enagenar, no nos detendremos oy en esto; pues es constante. *ex dict. supr. n. 7. y 19.* que à lo menos la accion ordinaria hypotecaria, compete contra el tercero possedor de la alhaja, aun sin dicho pacto, la qual fundarèmos, no quedò extinguida en el Cortijo de Duernas, por la subrogacion, y Real aprobacion, á que se refiere dicho Señor Maaquès en su alegato.

53. Toda la subsistencia, ó insubsistencia de la permuta, y subrogacion, celebrada en el año de 532. entre las casas de Guadalcazar, y de Priego, no se puede dudar depende de las Reales Cedulas que sobre ello se concedieron, tanto por la naturaleza de los bienes vinculados, de que trataron, quanto por lo que dixo Valer. *de Transf. tit. 2. quæst. 3. num. 26.* y assi solo debe el Syndico probar, que en virtud de estas, no quedò libre el Cortijo de Duernas, de la Memoria fundada por Lope Gutierrez.

54. Potestad, y voluntad son dos requisitos essenciales, para la validacion, y subsistencia de qualquiera acto, *ex leg. Nolle 4. ff. de acquirend. hæredit. cap. Cum super 23. de ofic. & potest. iudic. delegat.* Dom. Salg. *de Retent. part. 1. cap. 3. ex num. 29.* Aguil. ad Roxas, *part. 1. cap. 3. num. 15.* y vno, y otro procede en el Principe con tanta igualdad, que, ni la voluntad puede ser eficaz sin la potestad, ni esta obra efecto alguno sin la voluntad, Dom.

Salg.

Salg. *part.* 1. *Labyrint. cap.* 37. *n.* 45. *& part.* 2. *cap.* 10. *n.* 38. *& 39.*

55. En las facultades que contienen obrepcion, ò subrepcion, falta desde luego la voluntad del Principe, y assi no se puede extender à lo que faltò su consentimiento. P. Thom. Sanch. *de Matrim. lib.* 8. *disput.* 4. *per tot.* Et alij per Dom. Salgad. *dict. cap.* 37. *num.* 44. *&* 45. por lo que los vicios de obrepcion, y subrepcion influyen vna notoria nulidad, que impide el vsar de las facultades, y rescriptos, que los contienen, *ex cap. Imperiali Caus.* 25. *quæst.* 2. *cap. Dicenti, eàdem, leg. Fin. C. si cont. ius, vèl vtilitat. leg. Rescripta, leg. Nec damnosa de præcib. imper. oferend. leg.* 30. *tit.* 18. *part.* 3. *leg.* 17. *tit.* 13. *leg.* 4. *tit.* 14. *lib.* 4. *Recopil.* Dom. Salgad. *dict. cap.* 37. *num.* 8. *&* 9. Et plures alij per Dom. Larr. *allegat.* 91. *per tot.* Cuya invariable regla tiene mas recomẽdacion en el derecho, quando se versa perjuicio de tercero, *ex cap. Rescripta Caus.* 25. *quæst.* 2. *leg.* 31. *tit.* 18. *part.* 3. ibi: *E contra derecho natural serìa, si diessen por Privilegio las cosas de vn ome, à otro. Leg.* 32. *eod. tit. & part. leg.* 2. *tit.* 1. *part.* 2. y se dice obtenido el rescripto con obrepcion, y subrepcion, quando no se relaciona à el Principe, lo que podia impedir la concesion, ò se omite alguna qualidad, que à lo menos pudiera variarla, *ex cap. Super litgris de Rescript.* & ibi Dom. Gonzal. *n.* 2. *&* 5. Barbos. *in cap.* 26. *num.* 6. *& cap.* 27. *à num.* 4. *& cap.* 32. *num.* 3. *& cap.* 34. *à num.* 2. *eod. tit.* Cyriac. *Controv.* 219. *num.* 20. Gutierr. *lib.* 2. *Cononic. quæst.* 15. *num.* 28. P. Thom. Sanch. *dict. lib.* 8. *de Matrim. disput.* 21. *num.* 2. Jull. Capon. *tom.* 1. *discept.* 15. *num.* 2. Dom. Salg. *dict. cap.* 37. *n.* 43.

56. Es constante de los Autos, que ni en la Escritura de Transaccion, que en 25. de Noviembre de 1532. otorgaron el Posseedor del Mayorazgo de Guadalcázar, y el del Estado de Priego, ni en los Pedimentos que dieron à su Magestad, para la aprobacion de dicho convenio, ni en las Reales Cedulas concedidas para dicha aprobacion, se hablò, ni tuvo presente, que sobre la Heredad de Duernas, estaba consignado el gravamen de que hablamos, ni que dicha alhaja se huviesse de libertar de dicha carga, ni tampoco consta de las Escrituras de venta, que Don Francisco de Venavides, Señor de Guadalcazar, otorgò à Don Alfonso Fernandez de Cordova, de las tierras del Cortijo de Duernas, fuesse con la clara expression, de que sobre sì no tenia tal gravamen; con que no debiendo extender la voluntad de los susodichos, à lo que no fue su intencion, *ex leg. Non omnis, ff. de reb. credit. leg. Si maritus, §. Si negaverit, ff. ad leg. Iuliam. de Adulter.* Valer. *de Transs. tit.* 3. *quæst.* 4. *n.* 6.

6. & tit. 5. q. 2. à n. 1. & q. 5. n. 13. D. Castill. tom. 4. Controv. cap. 38. n. 9. Dom. Vel. dis. 47. num. 12. ni tampoco ampliarse la Facultad Real, á lo que no expressò, por ser de estrecha naturaleza, *ita vt postquam tamen aliquid operata est, quanto minus ledere possit ex leg. 2. C. de noxal. act.* Dom. Molina, *de H. span. Primog. lib. 2. cap. 10. n. 77. & cap. 4. num. 49. cap. susceptum de Rescriptis in 6. cap. 1. §. Fin. de filijs Præsbit. eod. lib.* Dom. Salgad. *part. 2. Labyrint. cap. 4. ex num. 12. & 15.* Fontanel. *decis. 263. nnm. 9.* Dom. Castill. *de Alim. cap. 36. §. 1. n. 56.* no se puede en modo alguno decir, que por los citados instrumentos quedò libre la Heredad de Duernas, del gravamen que no se tuvo presente.

57. Dos replicas pueden hacerse por el Sr. Marquès: la vna, el averse expressado en la Real Cedula de 21. de Diciembre de 1532. (*Piez. 1. fol. 259. B. y sig.*) que la referida transaccion se avia de hacer sin embargo de las Clausulas de los dichos Testamentos, è particiones, con las quales dispensò su Magestad, *abrogandolas, y derogandalas, &c.* A lo que se responde, que de el Testamento de Lope Gutierrez solo se halla incorporada en dichas Reales Cedulas, las Clausulas, que hablan sobre la vinculacion, que hizo en favor de Martin Alonso su hijo: Que en los Memoriales que se dieron à su Magestad (*Piez. 1. fol. 213. y 251.*) se pidiò, que la Señora Marquesa de Priego pudiesse tener seguramente los bienes que avia cõprado, en que se incluye el Cortijo de Duernas, *sin embargo de las dichas Clausulas, y prohibiciones, y de qualesquier agenaciones, que ayan hecho los dichos Don Francisco Venavides, è Don Luis, è qualquier otro, y no embargante qualquier derecho, que por las dichas agenaciones se huviesse adquirido à aqualquier persona, que en virtud de las dichas Clausulas fueren llamados à los dichos bienes, dispensando con las dichas Clausulas, è derogandolas quãto à lo susodicho, è dexandolas en su fuerza para en lo de adelante, è insertando en dicha Real Cedula el tenor de las dichas Clausulas.*

58. Conformandose su Magestad con dicha suplica, expressamente dixo en dicha Real Cedula (*Piez. 1. fol. 259.*) ibi: *E las derogamos, dexandolas en su fuerza, y vigor, para en lo de adelante, en ansimismo, para que vos la dicha Marquesa, y el successor de vuestra casa podais tener:::: seguramente el dicho Lugar de Sta. Cruz, è los Heredamientos, è Cortijos de Duernas::: como si los dichos bienes::: fueran bienes partibles, è no de Mayorazgo, è libres, è nunca huviessen seidos sugetos à restitucion, è fideicommisso, sin embargo de las dichas Clausulas, y prohibiciones, è de qualquier derecho, que en virtud de las dichas Clausulas, ò de qualquiera de ellas se huviesse adquirido àqualquier per-*

persona, que por virtud de el dicho Testamento, è de las dichas Clausulas, è de la dicha particion huvieren sido llamados à los dichos bienes::: En las quales dichas Clausulas, è con el dicho Mayorazgo, è con las instituciones, è sobstituciones, è con los Vinculos, è prohibiciones, è lo abrogamos, è lo derogamos en quanto esto toca, è à tañe, quedando en su fuerza, è vigor para en lo adelante. De que se infiere, que siendo referente el Real Decreto, y derogacion à las Clausulas de el Testamento, que hablan sobre vinculacion de bienes, que fueron las que se tuvieron presentes, no se pudo extender la voluntad de el Principe, sino es á lo que se contiene en el relato, y no á la Clausula referida *supr. num.* 57. que no se tuvo presente: Dom. Larr. *Alleg.* 74. *per tot. maximè num.* 7. *in fine*, ibi: *Quando constat de modo, & forma secundùm quam Titius possideret, concessio in omnibus, & per omnia secundum illam limitatur, & declaratur, quia eadem est potentia, & virtus termini, ad quem fit relatio, & termini referentis.* Y es precisso creer, que la voluntad de el Principe se dirigiò vnicamente à quitar el impedimento de la vinculacion, para que subsistiesse la venta, porque para enagenar bienes gravados con hypoteca, no era menester la Real facultad.

59. La otra replica que puede hacerse es, que dicha Real Cedula de el año de 1532. fue concedida con la Clausula regular *de propio motu, è cierta ciencia, y poderio Real absoluto*, en cuyo caso dicen algunos, como se fundarà por el Sr. Marqués, no obstan los vicios de obrepcion, y subrepcion, y aunque pudieramos decir lo contrario, por la multitud de AA. de la primera nota, que recopilò D. Larr. *Alleg.* 91. *per tot. max. n.* 3. *Quia Clausula propij motus, & certa sciencia, nihil operatur, nisi in his de quibus Princeps præsumitur habere scientiam certam, non autem in ijs, quæ Princeps præsumitur ignorare, prout ea, quæ sunt facti.* Gutierr. *Cons.* 11. *num.* 17. satisfacemos con las mismas Reales Cedulas (*Piez. 1. fol.* 259. *y* 262.) en que dixo su Mag. ibi: *De nuestro propio motu, è cierta ciencia, è poderio Real absoluto, de que en esta parte queremos vsar, y vsamos::: sin perjuicio de nuestra Corona Real, ó de otro tercero alguno, que no sea de los que en virtud de las dichas Clausulas, puedan, ò pudieren ser llamados à los dichos bienes.* A cuyo caso, aunque la voluntad de el Principe no fuera tan clara, no debiamos extender su poderío, *ex dict. leg.* 2. *tit.* 1. *part.* 2. ni presumir la potestad absoluta en perjuicio de tercero: Optimé D. Larr. *decis.* 8. *num.* 74. *& 93. & alleg.* 90. *n.* 13. Cevall. *part.* 2. *de Cognit. quæst.* 74. *num.* 29.

60. Baxo de cuyo concepto, y clara voluntad de el Principe, de no aver querido perjudicar à otro tercero, concluìmos este Punto con vna consideracion:

Constante es de los Autos, que la Escritura de Transaccion, *QUE SE APROBO POR DICHAS REALES CEDULAS*, fue con la expressa condicion, ibi: *Que el dicho Don Francisco Fernandez de Cordova* (Marquès de Guadalcazar) *no sea obligado al saneamiento del dicho Lugar de Santa Cruz, con su Termino, è Jurisdiccion, è Huerta, ni de los dichos Cortijos, è Molino, sino que solamente venida la licencia, sea obligado, á se apartar del dicho pleyto.* Et ibi: *Que la dicha Marquesa ha por bien de no pedir contra el dicho Don Francisco Venavides cosa alguna, en razon de la eviccion, è saneamiento de los dichos bienes.* En cuyo supuesto se pregunta por el Syndico, quien deberà ser responsable à la Memoria de Lope Gutierrez? No puede ser la Casa de Guadalcazar, por el pacto que queda dicho, de no ser responsable à la eviccion de los bienes. D. Olea, *de Cess. Iur. & Act. tit. 6. quæst. 7. num. 17. & 22.* Luego avrà de ser responsable la Casa de Priego, que en la condicion referida, *conociò, que dichos bienes podian padecer la eviccion*, supuesto que pactò, que esta no avia de ser de cargo de la Casa de Guadalcazar.

§. V.

QUE EL SINDICO SE FVNDA EN VN INSTRUMENTO legitimo, sin embargo de la redarguicion hecha por el Señor Marquès.

61. EL instrumento tiene à su favor tanta recomendacion en el derecho, *ex leg. Emancipatione 11. C. de fid. instrum. leg. Cum præcibus, C. de probation. Clement. Sepè: de verbor. sign.* Dom. Vela, *dis. 38. num. 16.* que generalmente se llama *probatio probata*, Dom. Larr. *decis. 66. num. 13.* Gratian. *Discept. Forens. cap. 952. num. 13.* Gonzal. *ad regul. 8. Chancell. Gloss. 64. num. 4. & 5.* Scacia, *de Iudic. lib. 2. cap. 7. num. 152.* August. Barbos. *in Collect. ad cap. Cum contingat de rescript. num. 3.* Dom. Castillo, *lib. 2. Contr. cap. 16. num. 6.* ibi: *Instrumentum plenam facit probationem probatam, evidentem, ac manifestam, evidentissimam realem, indubitatam, & notoriam, nec indiget disceptationem fori, & habet vim decisionis causæ, & ex eo fundatur intentio.* Refert. Pareja, *de Vniv. Instrum. Edit. tit. 1. res. 3. §. 2. n. 5.* y assi tiene à su favor las tres presumpciones, que advierte el mismo Pareja, *dict. §. 2. num. 6. Et vulgo dici solet, vbi sit instrumentum, nollime tangere.* Dom. Vela, *vbi supr. proximè.*

Por

62. Por lo que el que lo impugnare: ò dice que es falso, y entonces por la fè que merece el Escrivano que lo autoriza, Bobadill. *in Polit. lib. 3. cap. 14. num. 46.* Farinac. *de Falsitat. & Simulat. quæst. 156. num. 138.* debe probarlo, quien lo alega, *ex leg. 112. tit. 18. part. 3.* ibi: *Si aquel que el traslado demandare, dixere que la Carta es falsa, è que lo quiere probar. Et leg. 114.* ibi: *Pero si la parte contra quien son aduchos en juicio, quisiesse probar, que eran falsos.* Pareja, *de Vniv. Instrum. Edit. tit. 1. resolut. 3. §. 2. ex num. 23.* ò le opone solamente la sospecha de falso civilmente, y con el juramento prevenido, que entonces lo debe comprobar, el que lo presenta, *ex leg. 115. tit. 18. part. 3.* Pareja, *dict. §. 2. num. 33.*

63. Baxo de cuyos notorios principios no discurrimos, que el motivo que huvo para la Sentencia de Vista pronunciada, fue el reparo opuesto por el Señor Marqués á el instrumento, porque no aviendose dicho, que el Testamento de Lope Gutierrez es falso, y supuesto, y si vnicamente averse redarguìdo de falso civilmente, los traslados sacados de dicho Testamento, y Fundacion (*Piez. 3. fol. 11.*), aviendose por el Syndico para subsanar este reparo, segun las doctrinas citadas, pretendido se segregasse dicho Testamento, y Fundacion (*Piez. 3. fol. 219.*), y se librasse el correspondiente despacho, para que se buscassen en la Escrivania de Camara del Real Consejo ciertos Autos, donde se halla el Testamento original de dicho Lope Gutierrez, y mandadose assi por la Justicia de Cordova, con el motivo, de que dicha Justicia, y su Acompañado, por sus respectivos Autos, y atento àdicha redarguìcion, se avia mandado suspender por aora el pronunciar la Sentencia de Remate; de cuyos Autos se apelò por el Señor Marqués, con cuya pretension, se detuvo dicha diligencia de comprobacion; en cuyo estado traìdos los Autos originales á esta Corte, se substanciò el recurso de apelacion de los citados Autos, pretendiendo el Señor Marquès su revocacion, por no averse le absuelto desde luego de la execucion; y la parte del Syndico, que revocados dichos Autos, se devolviessen á la Justicia, para que pronunciasse en ellos Sentencia de Remate, y aviendose hecho varios cotejos en esta Corte de dicho instrumento: vltimamente se pronunciò el Auto de 13. de Diciembre de 751. mandando acumular los Autos executivos à los ordinarios, y que sobre lo en ellos pretendido, se guardasse lo proveìdo en los ordinarios.

64. De que se infiere, que si huviesse merecido atencion la redarguìcion de dicho instrumento, estando pendiente la apelacion de los Autos, en que se

avia

avia mandado ſuſpender la Sentencia de Remate, atento à eſtar redarguìdo el inſtrumento preſentado á execucion, y no averſe comprobado, era conſiguiente ſe huvieſſe mandado por la Sala hacer la comprobacion, que en fuerza de las providencias apeladas, avia pretendido el Syndico con el Teſtamanto original de LopeGutierrez, y no ſe huviera deſde luego mandado guardar en los Autos executivos, lo proveìdo en los ordinarios, que es abſolver à el Señor Marquès, de la Demanda pueſta por el Syndico, mayormente en vn Tribunal Superior, en donde ſe procede atendida la verdad, *ex leg.* 23. *tit.* 16. *lib.* 2. *&* *leg.* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recopil.* Avendañ. *Reſp.* 1. *per tot. max. num. fin.* Sin atender à ſutilezas, que no ſe deben admitir por los Señores Jueces, *hæc enim ſutilitates à Iudicibus non admittuntur. Ex leg.* 8. §. 16. *ff. quib. mod. fin. pign. vel hipothec. ſolv.* por cuya cauſa dice el Señor Salgad. *de Retent. part.* 2. *cap.* 30. §. 3. *num.* 32. que quando de la inſpeccion del inſtrumento, no aparece vicio viſible, no ſe neceſſita la comprobacion, y por conſiderarſe la redarguìcion civil de los inſtrumentos vna mera cautela, y ſutileza, dice el Sr. Matheu, *de Reg. Regn. Val. cap.* 10. §. 4. *num.* 100. *&* 101. que ya eſta excluìda, y que no ſe vſa en los Juicios como infructuoſa.

65. Pero ſin embargo de què no hacemos juicio, ſobre que la redarguìcion aya ſido cauſa, de que el Syndico no aya obtenido en ſus pretenſiones, haremos ver algunos fundamentos que le aſsiſten, para que ſe aya de dar fè à el traslado del Teſtamento de Lope Gutierrez, para lo qual hemos de ſuponer, que la redarguìcion del Señor Marquès, recayò, aſsi ſobre el traslado dado por Don Joſeph de Algaba Calderon, Eſcrivano de Camara en eſta Corte, en 26. de Junio de 722. (*Piez.* 1. *fol.* 1.), como ſobre el otro traslado que ſe inſerta, dado por Aguſtin de Montoya en la Villa de Madrid, que ſe ſacò de ſu original, y ſe halla preſentado en eſta Corte, en el pleyto ſeguido por la parte del Convento, con el Marquès de Guadalcazar: de cuyos dos traſlados, el que eſtà dado por el D. Joſeph de Algaba, en el año de 722. ya ſe halla comprobado con el otro, de donde ſe ſacó (*Roll.* 2. *fol.* 29. *B.*) por mandado de la Sala, y con citacion del Señor Marquès; con que ſolo hemos de hablar del traslado, dado por el dicho Aguſtin de Montoya, que es el que no ſe ha comprobado.

66. Eſte fue ſacado de otro dado por Juan Moreno, Eſcrivano de Camara en eſta Corte, que ſe ſacó de ſu original, por mandado de los Señores de ella. Y aunque el traslado de traslado en comun opinion no prueba: eſta regla tiene varias limitaciones,

nes, de quibus Dom. Paz, *de Tenut. cap. 26. ex num. 15.* Pareja, *de Vniv. Inst. Edit. tit. 1. ref. 3. §. 4. ex num. 6.* Mascardo, *de Probat. concl. 712. ex num. 3.* Siendo doctrina sentada, y recebida por dichos Autores, que quando se presenta en Juicio el original, y se saca copia de èl, con autoridad judicial, entonces el traslado que de esta Copia se saque hace fè, aunque se pierda el original, ita Dom. Paz, *vbi supra num. 63.* vers. *Sed nihilominus*, Pareja, *dict. §. 4. num. 19.* y al num. 20. dà la razon, citando à el Señor Paz, ibi: *Et ratio est, nam cum illud exemplum, à quo hoc traducitur, in actis sit insertum, fueritq̃ publicatum, & authenticum efectum pro originali habetur, ideoque quod ex eo extrahitur proinde habetur, ac si ex originali fuisset deductum.* Y aunq̃ el Pareja requiere para esto, q̃ el traslado judicial fuesse dado citada la parte; como quiera que en los Autos q̃ se harian, quando se mandò por la Sala en el año de 527. sacar el traslado, q̃ se diò por dicho Juan Moreno, Escrivano de Camara, no se ha hecho ver huviesse parte legitima, à quien citar, no puede servir de objeccion el defecto de citacion, y mucho menos para con el Señor Marquès, q̃ entonces no litigaba, vt idem Pareja, *dict. §. 4. num. 23. in fin.* ibi: *Et sic nil mirum, quod probatio iam sumpta, & à principali litigatore aprobata, probaret etiam contra tertium venientem ad causam.*

67. Y lo que no tiene duda es, que el traslado presentado en Juicio, contra el que no se ha opuesto reparo por la parte interessada, hace plena prueba, y no se puede despues redarguír. Pareja, *dict. ref. 3. §. 5. num. 20. & §. 2. num. 55.* ibi: *Quando pars adversa tempore citationis non opponit contra huiusmodi instrumentum, non esse legale, nec probare, nec negat esse à publico Notario signatum, quia tunc tacendo, illud aprobare videtur, & presumitur, quod nihil relevans habeat, eo ipso quod non se oponit, & sic recognitio non est necessaria, ita vt si postmodum opponere velit, audiri non debeat.* Hontalv. *de Iur. Superv. tit. 1. quæst. 14. num. 61. & 62.* Surd. *cons. 445. num. 24.* Mascard. *de Probation. conclus. 1300. num. 18.* Cancer. *lib. 1. Variar. cap. 18. n. 14.* Dom. Salgad. *Labyrint. part. 1. cap. 22. num. 42. & part. 3. cap. 2. n. 68. 69. & 70.*

68. No vna sino muchas executiones se han seguido por el Syndico, contra el Señor Marquès, en las que repetidas veces tomò los Autos para sus defensas, sin aver opuesto contra la fè del instrumento la mas leve objeccion, hasta que en la vltima execucion pedida, hizo su oposicion (*Piez. 3. fol. 11.*), y se redarguyeron civilmente de falsos dichos traslados; con que està manifiesta la voluntariedad con que se ha opuesto dicho reparo.

69. Lo que debe hacer

el que presentò el instrumento, quando se le redarguye de falso, dice la dicha *leg.* 115. *dict. tit.* 18. *part.* 3. ibi: *Probando, que aquel ome que dice en la Carta que la fizo, era Escrivano Publico, ò que en Lugar, ò fue hecha, estaba por Escrivano Publico, ò era fama entre los hombres de aquel Lugar, que lo era, è vsaba de aquel menester*; lo que se tiene por bastante comprobacion, para que se dè fè al instrumento, Parej. *dict. resol.* 3. §. 2. *n.* 34. de cuya obligacion se exonera el Syndico con las consideraciones siguientes: La primera, lo que queda dicho *suprà ex n.* 63. pues como dice el Parej. *vb supr. proxim. n.* 33. *&* 34. se puede vsar de qualquiera de los dos remedios, ò de la comprobacion del instrumento con el original, que es lo que ha pretendido el Syndico, ò de la comprobacion, que previene la ley de Partida citada: La segunda, el no averse dudado por el Señor Marquès, que Agustin de Montoya, de quien està dado el traslado de que hablamos, fuesse Escrivano Publico: La tercera, que el instrumento antiguo, que es dado en forma probante, no necesita de comprobacion alguna, vt cum pluribus Parej. *dict.* §. 2. *num.* 35. porque por el transcurso de 100. ò 200. años adquiere vna presumpcion à su favor, que le releva de otra prueba. Y en nuestro caso es mas vehemente esta presumpcion, que debe obrar como verdad infalible, D. Salg. *part.* 2. *Labyr. cap.* 22. *n.* 75. porque el Testamento de Lope Gutierrez se halla en possesion de ser creído, assi en los Tribunales Superiores, como en los Inferiores: en virtud de èl se està gozando el Mayorazgo de Guadalcazar, sobre el que ha avido varios litigios; y lo que mas es, que le està sirviendo de Titulo à el Sr. Marquès de Priego para el Cortijo de Duernas, como resulta de los instrumentos que se testimoniaron de su Archivo, y tiene presentados: con que el que dixere contra él, està obligado à la prueba.

70. Pero si buscamos la verdad, segun la qual se debe determinar, y vamos à averiguar la certeza de la voluntad de Lope Gutierrez, contenida en el instrumento, que es cosa muy diversa de este, Parej. *dict. res.* 3. §. 1. *num.* 35. la hallamos calificada por muchos medios: El primero, porque en la Escritura de aprobacion, que otorgaron los hijos de Lope Gutierrez (*Piez.* 1. *fol.* 237. *B.*) en el año de 1412. poco despues de otorgado el Testamento de Lope Gutierrez, refirieron, y aprobaron los susodichos toda la disposicion, que su Padre avia hecho, y se contiene en la Clausula referida *supr. n.* 5. 36. cuya Escritura le aprovecha à el Syndico, tanto por ser instrumẽto presentado por el Sr. Marquès, *ex leg.* 41. *tit.* 16. *part.* 3. Pareja,

de

de Vniv. Instrum. Edit. tit.7. res. 3. per tot. y no ha podido el Sr. Marqués, ni puede en parte aprovecharse de èl, y en parte repudiarlo, Noguer. *aleg.33.num.35.* quanto porque los hijos se presume supieron la voluntad de su Padre, vt cum plurib. Surd. *cons. 151. n.37.* ibi: *Octavò ex dicta professione, & consignatione resultat confessio dominorum.... quæ in proposito plurimum operatur, quia dicunt DD. quod feudum probatur per confessionem vassalli.* Noguer. *alleg. 25. n 63. Quę hæredum rati habitio in his, quę ad eos sunt transitoria idem operatur, quod domini; vt præcedenti eius mandato equiparetur.* Dom. Vela, *differt. 38. n. 50. in med.*

71. El segundo medio es, el cotejo que se halla hecho en esta Corte (*R. 2. fol. 27. B.*) con los 2. Memoriales impressos de el pleyto, que en ella siguiò Don Juan Alfonso de Sousa, y Cordova, sobre la succesion del Mayorazgo de Guadalcazar, que assi en la fecha, como en el contexto de la Clausula, y en las demàs circunstancias, convienen los dos Memoriales con el Testamento que ha presentado el Syndico.

72. Y el tercero, porque del Testimonio (*Piez. 1. fol. 27.*) contra cuya fè no se pone reparo, consta, que en el año de 709. se presentò á execucion contra los bienes del Estado de Guadalcazar, el Testamento de Lope Gutierrez, por los redditos de dicha Memoria, y traìdos los Autos à la Sala por cierta querella, se mandaron debolver, para que la Justicia de Cordova procediesse en ellos executivamente: Sin que en dichos Autos, ni en los recursos posteriores se huviesse puesto reparo alguno contra dicho instrumento, ni por la Sala, ni por la Justicia de Cordova, ni por el Possedor del Estado de Guadalcazar, y baxo de este mismo concepto se han substanciado despues varias executiones contra el Sr. Marquès de Priego, como possedor del Cortijo de Duernas, pronunciandose Sentencias de Remate, que la pronunciada en 22. de Marzo de 748. se confirmò por la Sala en el de 49. y en la siguiente execucion se allanò el Sr. Marquès á pagar lo que se le pedia; con que està manifiesta la aceptacion, que hasta de presente ha tenido la certeza de la voluntad de Lope Gutierrez, y su Testamento, y la justificacion que han dado las providencias judiciales, que en su virtud se han despachado, vt D. Castill. *lib. 5. cap. 104. n. 21.* ibi: *Desumitur à sententia Iudicis super ea lata*: mayormente en este Tribunal, que por Superior tienen especial recomendacion sus determinaciones. Card. de Luc. *de Iudic. disc. 35. n. 71.* D. Valenz. *cons. 40. n. 55.* ibi: *Nam sententia Senatus Regij habetur pro lege, & præstat exemplum, quod sequantur, qui postea iudicaturi sunt.*

§. V.

§. V.

FUNDASE, QUE NO OBSTA A EL SYNDICO la preſcripcion propueſta por el Sr. Marquès contra la Memoria fundada por Lope Gutierrez.

73. IMpio preſidio, odioſo, y contra la libertad humana, llaman los AA. à el remedio depreſcripcion, *ex Auth. licet etiam Eccleſia Romana, §. Habeat colat. 2. tit. 4. & ibi Gloſſ. Gloſſ. in leg. 1. ff. de negot. geſti*, Carpan. *ad Stat. Mediol. part. 1. cap. 113. num. 2.* Menoch. *conſ. 141. num. 13.* Cartlev. *de Iudit. tit. 3. diſp. 4. num. 23.* por lo qual en caſo de duda ſe debe eſtàr contra ella. Aymon Cravet. *conſ. 29. num. 9.* Noguer. *alleg. 31. num. 43.* Dom. Lart. *alleg. 28. num. 25.*

73. Y quando ſin embargo de la preſcripcion aparece *aliunde* el juſto derecho del contrario, no tan ſolo ſe debe deſpreciar la preſcripcion, ſino que de otra ſuerte no ſe liberta la conciencia de pecado, Gutierrez, *conſ. 6. num. 12.* Balmac. *de Collect. quæſt. 36. num. 6.* Dom. Solorz. *tit. 2. de Guvernat. Indiar. lib. 2. cap. 29. num. 8.* porque como el que ſe funda ſolo en la preſcripcion, tiene vnicamente por preſumpcion el juſto titulo, que ſe requiere. Add. ad Dom. Molina, *lib. 2. cap. 6. n. 60.* verſ. *In ſecunda ſpecie*, ſiempre que conſta lo contrario, ceſſa la preſumpcion de la ley, para que la verdad prevaleſca, *cap. Veritate 8. diſtinct.* Dom. Vela, *diſſert. 37. n. 27.* Mieres, *de Maiorat. part. 4. quæſt. 2. num. 156.* Pater Molin. *de Iuſt. & Iur. tract. 2. diſput. 63. num. 1. & 9.* Dom. Covarr. *in Regul. Poſſeſſor. part. 2. §. 7. num. 5.* verſ. *Hæc autem ſecunda concluſio*, y ſe dedncc, *ex leg. 28. tit. 2. partit. 3.* Poſth. *de Manutent. obſerv. 42. num. 137.* ibi: *Et poſtquam conſtat, in promtu notoriè, & evidenter abſque alia diſputatione de iniuſtitia poſſeſſionis, ſeù de illius violentia, clandeſtinitate, vitio, improvitate, doloſitate, vel de ſpolio, ſeù poſſeſſorem eſſe furem, vèl prædonem, ſeù intruſſum, non eſt huiuſmodi poſſeſſori danda manutentio, ſed ſpolium eſt purgandnm, & poſſeſſio revocando*, y continùa citando à otros, Dom. Salg. *Labyrint. part. 1. cap. 40. num. ſin. & de Reg. Prot. part. 1. cap. 1. num. 32.* ibi: *Tamèn talis inmemorialis non ſufragatur, quoties evidentèr apparet de invalido, & de iniuſto titulo, & iniquo principio, quia tunc inmemorialis nullam inducit præſumptionem quamtumvis legitimè ſit probata.* Roſa, *Conſ. 23. num. 58.* Pedr. Barboſ. *ad Rubric. tit. C. de præſcrip. 30. vel 40. annor. num. 391.* ibi: *Nam cum ex inſtrumento Maioratus conſtet hos mala fide poſſidere nullo tempore præſcribent.*

bent. Et n. 392. ibi: *Possessio etiam mille annorum non potest facere verũ heredem illum, qui vocatus non est ad illius successionem.* Agust. Barbos. *in cap. 3. de Caus. Possession. & propriet. num. 14. & vot. 106. num. 64. vsque ad 68.* Cuyo lugar es digno de volverse à ver, y se omite por ser dilatado su concepto.

74. Lo dicho es mas constante, en quanto à los reditos futuros de que se trata, porque la accion hypotecaria no se prescribe, aun por el transcurso de mil años en quanto à los reditos, que no se han devengado por la razon de la *leg. Cum notissimi, §. fin. C. de prescript. 30. vèl 40. ann.* ibi: *Tempora memoratarum præscriptionum, non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cuiusque anni, vèl mensis, vèl alterius singularis temporis computari manifestum est.* Y assi cada año de reditos, necesitaba de 30. años para su prescripcion, *vt videri potest, per eos quos citat.* Cevall. *Comm. Cont. Comm. qæst. 567. per tot.* Barbos. *in leg. 2. C. de præscrip. 30. vèl 40. ann. n. 121. & seqq.* Dom. Castill. *de Vsufruct. cap. 67. num. 33.* Carleval, *de Iudic. dict. disput. 4. num. 18. maximè in vltimis voluntatibus vt videre est per supr. citat.* Et Ayllon ad Gom. *tom. 2. cap. 11. num. 46.* D. Vel. *dis. 34. ex num. 80.* con que no aviendose causado los reditos futuros, mal se pudieran aver prescripto, pues no puede aver posseesion, de lo que no ay. D. Salced. *ad leg. Reg. leg. 4. cap. 25. tit. 14. lib. 3. Recop. num. 19.* ibi: *Quia prescriptio non habet vnde verificari possit, cum decima ante culturam non erat*; y esto es sin disputa, quando ademàs de provenir el derecho de los reditos annuos de vltima voluntad; concurre el no ser estos respectivos à Capital determinado, y cierto, y sì debidos, y mandados dar en cada año, sin otro respecto, Avendañ. *de Cens. cap. 104. per tot. maxim. ex n. 3.*

75. Pero aun los reditos passados no se pudieran prescribir contra el Syndico, que representa à la Silla Apostolica, que en el sentir de vnos, se necesita el transcurso de 100. años, para prescribir contra ella, *ex Auth. vt etiam Ecclesia Romana, Coll. 2. tit. 4. cap. Ad Audientiam de præscrip. cap. Quas actiones, & cap. Nemo quæst. 3.* Frater Emman. Roderic. *in Summ. t. 3. quæst. 35. artic. 2.* Dom. Covarr. *in Reg. Possessor. §. 2. num. 6.* y en sentir de otros, no puede correr la prescripcion en modo alguno contra la Iglesia, Matt. *de Iurisdict. part. 4. cent. 1. cas. 94. num. 12.* mayormente, quando el que se vale de la prescripcion en nuestro caso, es vna persona tan poderosa, como la del Señor Marqués de Priego, à quien no aprovecha para dicho efecto la posseesion, *ex leg. Fin. §. 1. ff. quod met. caus. leg. 3. ff. de alien. iud. cap. Quod la-*

tentèr de verb. sign. porque en personas de esta classe, se presume violencia, Dom. Castill. de Tert. cap. 21. num. 17. y se deduce, ex leg. Fin. tit. 29. part. 3. ibi: *Esso mismo decimos, que debe ser guardado, quando aquel, que avia comenzado à ganar la cosa por tiempo, fuesse algun ome tan poderoso, à quien non osasse mover pleyto en Juicio sobre ella.* Y en estos casos, atendiendo á la equidad, se tiene por bastante interrupcion contra el poderoso, la murmuracion de los pobres, vt cum Cancer. Sessé, & alijs tenet Balmaced. de Collect. quæst. 4. n. 23.

76. Sabido es, que à los pobres Religiosos que necesitaban del trigo, que se les debia para su diario alimento, y otros fines, en que conforme à su regla debiera distribuirlo el Syndico, no pudo perjudicar la omision que este ha tenido, en demandar los reditos atrassados, ex leg. *Non debet alteri*, ff. de reg. iur. ex leg. 18. tit. 34. part. 7. Patej. de Vniv. Inst. Edit. tit. 3. ref. 3. à num. 65. Carlev. de Iudic. tit. 1. disput. 5. n. 6. y como èl por sì, no tenia facultad para enagenar el derecho de que se trata; tampoco podia sufrir la prescripcion. Dom. Salgad. Labyrint. part. 1. cap. 40. n. 29. citando otros muchos; y con mas razon, quando esta omision ha sido con justa disculpa, conociendo, que para cobrar los reditos, se exponia el Syndico à vn litigio tan reñido, y costoso como el presente, y què trae las incommodidades, que dixo Sabell. *Verb. Lis. ex num.* 2. ibi: *Adeo, vt prudentes existiment furiosum contra superiorem litigare, cum inferiore sordidè, cum equali dubium, & liberari alitibus, & molestijs pro magno interesse reputari, & multa prorecedendo à litibus imò à timore litium permitti*: Por cuyas circunstancias se equipara este temor, à el justo miedo, que induce la novoluntad de qualquiera acto. Pignatel. tom. 9. cons. 180. n. 10. ibi: *Nam parum ei pro fuisset::: & ius ad legitimam si non poterat experiri sine lite, & inde non habebat vnde se alere, ac proinde non tolleretur iustus metus*: y sea por vna, ù otra causa, lo cierto es, que los Pobres Religiosos, no pudiendo hacer otra cosa derian con Isaias cap. 38. *Domine vim patior responde pro me*: cuya expresion bastarìa, ex dict. num. anteced. in fin. para interrumpir la prescripcion, Otero, de Pasc. cap. 21. num. 25.

77. Lo que se acredita, atendido, que el Legado de Lope Gutierrez, no solo fue de los dos caices de trigo annuales de que se trata, sino tambien de otras porciones de Azeyte, y demàs, referido en la Clausula *supr. n.* 6. Cuya porcion de azeyte tiene confessado el Syndico en el pleyto, estar cobrada de su respectivo Deudor: con que siendo vno mismo el Legado, aunque de diversas cosas, se infiere, que por el vso de la parte se ha conserva-

do

do el derecho al todo, D. Salgad. *de Retent. part.* 1. *cap.* 9. *num.* 67.

78. Pero quando estas circunstancias no fueran dignas de atencion, lo que no tiene duda es, que para que tenga lugar la prescripcion, aunque sea immemorial, son indispensables tres requisitos. El primero la buena fé de el que prescrive, *ex leg. Si is qui* 15. §. *Siquis* 2. *ff. de vsu cap. Leg. Qui fundum* 7. §. *Qui bona* 4. *ff. pro emptor. Leg.* 2. *C. de Prescrip. long. temp. Leg.* 22. 23. *&* 29. *part.* 3. D. Salg. *de Reg. part.* 3. *cap.* 10. *num.* 287. Parej. *de Vniv. Instr. Edit. tit.* 9. *resol.* 2. *à num.* 24. D. Covarr. *in Regul. Possessor. part.* 2. §. 6. Hermosill. *in leg.* 54. *Gloss.* 1. *num.* 7. *tit.* 5. *partit.* 5. Alvar. Valasc. *Cons.* 125. *num.* 6. Dom. Castill. *de Tert. cap.* 6. *à princip. & num.* 33. y otros muchos que refiere Barbos. *in Collect. cap. fin. de Præscript.*

79. El segundo es, que el titulo sea justo, *ex dict. à num.* 73. *& ex leg. Celsus* 27. *Leg. Nunquam* 31. *ff. de vsucap. Leg. Diutina. Leg. Neque petentem*, C. *de prescript. long. temp. Leg. Nullo* 24. C. *de reivind. Leg. Si nulla* 6. C. *de adquir. possess. Leg. fin.* C. *de vsu cap. pro hæred. Leg.* 9. *&* 18. *tit.* 29. *part.* 3. *cap.* 1. *& cap. Si diligent.* 17. *de præscript.* D. Castill. *de Tert. cap.* 26. *num.* 1.

80. El tercero es, la posseision, ó quasi, continuada, *ex leg. Sine possessione*, 25. *ff. de vsu cap. Leg.* 29. *tit.* 29. *partit.* 3. *cap. Sine possessione, de reg. iur. in* 6. *cap. fin. de præscript.* y faltando qualquiera de estos requisitos, se vicia la prescripcion, Dom. Molin. *Hisp. Primog. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 66. D. Larr. *Alleg.* 68. *per tot.* Antunez *de Donat. lib.* 3. *cap.* 44. *à num.* 5.

81. La mala fè, que consiste *in animo*, *ex leg. Si fur.* §. 1. *ff. de vsucap.* se prueba con indicios, y presumpciones, *ex leg. penult. in fin.* C. *de eviction. & ibi Bald. Leg. Quemadmodùm*, C. *de agricol. & censit. Cap. Qui contra iura* 82. *de reg. iur. in* 6. D. Castill. *de Tert. dict. cap.* 26. *ex num.* 27. Barbos. *dict. cap. fin. de præscript. num.* 12. Dom. Larr. *Alleg.* 68. *num.* 11.

82. Y es presumpcion legitima de derecho inductiva de la mala fè, el que por los titulos, è instrumẽtos que paran en poder de el que quiere vsar de la prescripcion, conste su ningun derecho, Geminian. *Cons.* 96. *num.* 4. ibi: *Et quoties legebant titulum, constituebantur in mala fide ac per consequens additivè ad illud præscribere, nequaquàm poterant.* Osasc. *decis.* 101. *num.* 31. ibi: *Ergo ex tali privilegio probatur mala fides.* Barbos. *vot.* 20. *num.* 26. Gratian. *Discept. Forens. cap.* 441. *n.* 17. *&* 18. ibi: *Succedit mala fides præsumpta.* D. Molin. *vbi supr. proximè*, ibi: *Nàm titulus vitiosus præscribentes in mala fide constituit.* Surd. *Cons.* 28. *num.* 76. Balmac.

de

de Colet. quæst. 91. num. 21. Y es la razon la de el Cap. Porro, de Privileg. ibi: *Si enim eos volumus privilegiorum suorum servare tenorem, quod eorum metas transgredi minime videantur.* D. Larr. *Alleg.* 14. *num.* 10. & *alleg.* 28. *num.* 2. ibi: *Quia tùnc ipse titulus pugnat contra possidentem.* Menoch. *de Præsumpt. præsumpt.* 131. *num.* 49.

83. De los titulos presentados por el Señor Marquès (*Piez. 1. fol.* 127. *hasta el* 266.) consta hallarse en su poder, y Archivo, el Testamento de Lope Gutierrez, y tambien la Escritura de de aprobacion, que dèl otorgaron sus hijos, y herederos, en la que hicieron individual expresion de la Clausula en que fundò la Memoria, y consignacion, que de ella hizo en el Cortijo de Duernas: con que por sus mismos titulos, en virtud de que posee el Señor Marqués dicho Cortijo, le era notorio el gravamen que sobre sì tiene, y assi no puede tener lugar la prescripcion, por constar *que el titulo vicioso, fue el que diò causa, y principio à ella*, que es lo mas que requieren los que defienden la prescripcion. Ros. *Conf.* 12. *num.* 48. por lo que està patente la ninguna buena fè, que ha tenido para la posseision que alega. Parej. *de Univ. Instr. Edit. tit.* 10. *res.* 2. *num.* 28. ibi: *Secunda especies in qua verè, & positivè de mala fide possidentis, etiam per tempus immemoriale constare dicendum est, quando ipsemet sponte ad sui favorem titulum vitiosum, & infectum producit. Tùnc enim quandocumque præscriptionem immemorialem non solum corruere dicendum est, verùm in mala fide notoria versari, adeò vt nullo suffragio possit adiuvari.*

84. El defecto de titulo en el Señor Marquès, queda bastantemente demostrado con lo antecedentemente dicho, y con lo que diximos *supr. ex num.* 73. con que faltando estos dos requisitos, no puede correr la prescripcion, porque si qualquiera de ellos era bastante para impedirla, con mucha mas razon concurriendo ambos, Noguer. *Alleg.* 25. *num.* 88. Y assi, ademàs de los fundamentos citados, concluìmos este Punto con el Señor Vela, *dissert.* 48. *num.* 46. ibi: *At verò noviſsimum ius regium inherens vestigijs iuris Pontificij, nullo vnquam tempore præscriptionem cum mala fide admitentis. Cap. Vigilanti* 5. & *cap. fin. de præscript. regul. possessor. lib.* 6. *Similitèr talem præscriptionem ab horret.*

)(*)(*)(*)(*)(*)( )(*)(*)(*)(*)(*)( )(*)(*)(*)(*)(*)(
)(*)(*)(*)(*)(*)( )(*)(*)(*)(*)(*)(
)(*)(*)(*)(*)(*)(

§. VI.

FUNDASE, QUE EL SINDICO TIENE DERECHO para percebir los reditos de la Memoria de que se trata, aunque no aya hecho constar estar cumplidos los Sufragios por el Alma de Lope Gutierrez.

85. AUnque sobre este particular, no se ha hecho por el Señor Marquès el mayor exfuerzo en el Pleyto, y solo sì se ha dicho en el Pedimento (*Piez. 3. fol. 124.*): *Que en la misma Clausula de el citado Testamento, consta el establecimiento de vna Capellania, que esto se entiende cargo de Missas que debian cumplir, y aver anotado su entablamiento con las demas Memorias, cuya anotacion no tienen, ni han tenido:* Y despues en otro Pedimento (*Piez. idem fol. 183.*) dixo el Señor Marquès: *Que en el mismo Testamento consta aver hecho Fundacion de Capellanias, que esto biene à ser cargo de Missas, que debia cumplir dicho Convento, si fuesse cobrador de dicha Memoria, y y con especialidad si fuesse lo que supone, y tiene anotado en su libro moderno:::: de pretenderle dicho situado, y averselo mandado el dicho Señor Lope Gutierrez, como Patrono de la Capilla Mayor de dicho Convento, que quando assi fuesse, al tanto le debian cumplir algunos Sufragios, y estar anotado en la Tabla de Memorias.*

86. Y aunque pudieramos decir, que esta objeccion no era de la inspeccion del Sr. Marquès, *quia hæc exceptio solum admittitur ad instantiam illius, cui implendum est, & non potest opponi ab alio tertio*: vt cum pluribus tradit Noguer. *Alleg. 6. num. 73. & alleg. 31. n. 114.* y q̃ aunq̃ lo fuera, resulta de la diligencia (*Pie. 3. fol. 22.*) averse reconocido *el Libro de Memorias, que tiene obligacion, y sirve este Convento de S. Pedro el Real de Cordova, segun las dexaron los Fundadores de ellas*; en el qual se halla, entre otras, apuntada la Fundacion de la Memoria de Lope Gutierrez, con la anotacion à el margen de las Missas Cantadas, y Rezadas, y previniendose en el Libro, estar en él puestas con toda distincion muchas partidas, que en el Libro antecedente estaban confussas: Y mereciendo estos Libros la fè, y credito para este assumpto, que dexamos tocado *supr. num. 49.* es precisso creer, que dicha Memoria està corriente, como lo estàn las demàs que constan de dicho Libro; y mas quando semejantes Legados tienen respecto, y se permiten en recompensa de el trabajo espiritual de las Missas Cantadas, y Rezadas, Estudios, y demàs que se contiene en la Bula

de Urbano VIII. referida *supra num.* 47.

87. Pero dado, y no concedido, que ni las Missas se ayan cumplido, ni el Convento tuviesse en sus Libros puesta por cargo dicha Memoria, ni huviesse cumplido otro algun gravamen, con que se considere hecha dicha Manda, todavia no podia servir de impedimento al Syndico, para cobrar los reditos de la Memoria.

88. Los Legados, ò son condicionales, ò modales, ò *ex causa*, *leg.* 21. *tit.* 9. *partit.* 6. y que el Legado hecho por Lope Gutierrez, respecto de las Missas, y Sufragios sea modal, además de presumirse assi à favor de la Causa pia, Hermosill. *in leg.* 6. *tit.* 4. *part.* 5. *Gloss.* 1. *n.* 7. & 8. Barbos. *in cap. Verum, de condit. apposit. num.* 3. & 6. es constante, cotejada la Clausula referida *supr. n.* 5. con dicha Ley de Partida, como que à el Legatario del Legado de esta naturaleza, se le debe entregar el Legado antes de cumplir el modo, *ex eadem leg.* & *leg. Liberto*, §. *Lucius*, *ff. de ann. legat. Leg. Quibus diebus*, § *fin.* & *Leg. Eas*, *ff. de condit.* & *demostr. Leg. Si tibi legatum est*, *ff. de leg.* 3.

89. De forma, que quando lo que se ha de cumplir, ha de ser con el estipendio, y producto del Legado, no ay obligacion hasta que se paga este, y el Legatario percibe la vtilidad con que se ha de cumplir. Hermosill. *vbi supr. ex num.* 2. ibi: *Modus vero impleri potest post dispositionem*, & *actum perfectum*, *quia est moderatio agravans in tempus dispositionis perfectæ.* Barbos. *in dict. cap. Verùm num.* 6. ibi: *Interposito modo::: donatum Ecclesiæ adquiri*, & *postea onus esse implendum.* Y esto aunque se señale el tiempo en que se aya de cumplir el modo, con la expressa privacion en contrario. Dom. Larr. *allegat.* 80. *n.* 5. y á lo menos se debe requerir al Legatario sobre el implemento, antes de privarle del Legado, Hermosill. *vbi supr. num.* 6. como en terminos propios de celebracion de Missas, y otras Obras Pias. D. Molina, *de Primog. lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 15. D. Lar. *lib.* 2. *de Capell. cap.* 8. *num.* 37. & 38. ibi: *Dum tamen monitio præcedat.* Et ibi: *Et ita hæc privatio non ipso iure fit, sed prævia causæ cognitione.*

90. Y aunque algunos dicen, que el contrato innominado se rescinde *ipso iure*, por el no implemento, quando la qualidad no cumplida, fue la causa final del contrato, Noguerol, *allegat.* 18. *num.* 97. esto además de no tratarse oy de cumplimiento de contrato, y sì de vltima voluntad, queda satisfecho, y mas acreditado el derecho del Syndico, y la Causa Pia, por el Mostaz. *de Caus. Pijs lib.* 1. *cap.* 4. *num* 8. ibi: *Illa est communis doctrina: in donationibus pijs licet non adimpleatur modus, conditio, seù pactum ad revocationem agi non posse, seu tantum dari actionem, vt adimpleantur, vt est tex-*

tus

tus clarus in dicto cap. Verum, & leg. 44. ff. de manumiſ. Ratio eſt, nam hæc appoſitæ non ſunt, vt cauſæ finales, verum tantum impulſivæ in donationlbus pijs finalis cauſa Dei honor, & bonum animæ eſt. Hermoſill. *vbi ſupr. num. 26.* Barboſ. *vbi ſupr. num. 3.* ibi: *Nam favore Eccleſiæ ſemper modus præſumitur cauſa impulſiva.*

91. El Cardenal de Luc. *de Donat. diſc. 12.* dixo con la erudiccion que acoſtumbra, quanto ay que decir en el aſſunto: trata el citado Autor de vna donacion hecha á cierta Religion, para efecto de que fundaſſe otro Convento: aceptòſe la donacion, y deſpues reflexadas por el Donatario las circunſtancias que ſe refieren, diſpuſo el que no tuvieſſe efecto la Fundacion, para que ſe avian donado los bienes; pretendian los herederos del Donante, la revocacion de la donacion, y el Convento la ſubſiſtencia, el Autor citado diſtingue tres eſpecies de donaciones; de la primera no hablamos, que es quando ſe hace la donacion pura, ſin carga, ni gravamen alguno, ni tampoco de la tercera, que es quando la donacion contiene expreſſa condicion, reſolutiva, ò ſuſpenſiva de la diſpoſicion.

92. La ſegunda eſpecie de donacion es, la que ſe puede contraer, *num. 2. & 3.* ibi: *Altera eſpecies donattonis eſt, vbi aliquod onus, vel modum continet, ſuccesſivis temporibus adimplendum, ita vt præſuponatur opus iam perfectum atque donatio iam executa, & efectuata, quia nempè facta donatione Monaſterio conſtructo ſub onere alendi donatorem, ſeù alia ſingulis annis, vèl ſucceſſivis temporibus adimplendi ab iſtis ceſetur, & tunc quamvis donationes, quæ fiunt privatis perſonis vbi non implementum eſt culpoſum, ac voluntarium, reſolvantur:: á tamen ceſſante pacto expreſſo reſolutivo, id ceſſat in donationibus, quæ fiunt Eccleſiæ, vel pio loco, ſed agendum ſolum eſt adimplementum, ex ea clara ratione, quod cum Donatarius ſit culpæ incapax, vt pote ſub adminiſtrare vivẽs, non debet iſtius culpa, vel negligentia ſibi adeò notabile præiuditium cauſare. Et diſc. 15. num. 8.* Moſtaz. *de Cauſ. Pijs lib. 1. cap. 4. n. 5.* Barboſ. *in dict. cap. Verum n. 1. & 2.* Hermoſill. *dict. leg. 6. Gloſſ. 1. ex n. 27.* aun en el caſo del pacto reſolutivo expreſſo, dice, que no baſta para revocar la donacion, que ſolo el Prelado de la Igleſia tenga la omiſsion de cumplir el gravamen, ibi: *Si ſolus Prælatus:::: committat ingratitudinem, & non adimplet, vel non ſervet modum non erit licita revocatio, quia Prælatus ſolus, vel ſolum capitulum non poteſt præiudicare Eccleſiæ.*

93. Bien reconocidos tiene el Señor Marquès eſtos fundamentos, que manifieſtan el juſto titulo de el Syndico, para que ſe den los caices de trigo, con que annualmente ſe halla gra-

gravado el Cortijo de Duernàs, y por esso se ha valido de otro medio, expressando en sus Alegatos (*Roll. 1. fol. 37. B.*): *Que (caso negado) dicho Convento, y Religiosos por su Syndico tengan accion à pedir semejantes Memorias, esto quando mas, se extiende à pedir, y tomar lo que necesiten por modo de prevencion para su congrua sustentacion, sin ampliarse à prevenciones profusas, y demasiadas, contra las reglas de su Estatuto; por lo que siendo como es tan extensiva la condenacion de los 691. caices de trigo, que contiene la dicha Sentencia, que supera en mucho à la sustentacion de dicho Convento por muchos años, no deben pedir, ni mandarseles entregar cantidades tan excessivas.*

94. De lo que se reconoce, que la oposicion del Sr. Marqués se ha hecho principalmente por ser tan crecido el debito, que contra sì tiene: cuya circunstancia no obsta à el Syndico para su pretension por las razones dichas. P. Thom. Sanch. cum Pelliz. *tract. 4. cap. 2. sect. 2. n. 75.* ibi: *Non repugnare mendicitati supradictorum minorum recipere triticum, & alia similia vltra propriam necessitatem ad effectum, vt ea per Sindicum commutentur in alias res, aut etiam vendantur ad illas coemendas: id enim concessit Leo X. per Bullam.*

95. Pero aun quando los Religiosos fueran parte en esta demanda, mediante su notoria pobreza, que fundan de derecho, los continuos, y crecidos gastos, que para la exaltacion del Culto Divino, y sus Enfermerias, y demàs que està á su cargo, experimentan, y mas en los tiempos presentes, en que las limosnas serán escasas, y las demàs circunstancias, que quedan à el advitrio de V.S. le harian presente lo que se dice en los Prov. *cap. 30. vers. 7. & seqq.* que es con lo que concluye el Syndico à nombre de dichos Religiosos, ibi: *Duo rogavi te, nè deneges mihi antequam moriar: vanitatem, & verba mendacia longe fac à me. Mendicitatem, & divitias ne dederis mihi: tribue tantum victui meo necessaria. Ne forte saciatus illiciar ad negandum, & dicam, quis est Dominus? Aut egestate compulsus furer, & per iurem nomen Dei mei.* Ecclesiast. *cap. 27. vers. 1.* ibi: *Propter inopiam multi deliquerunt.* Mediante cuyos fundamentos, espera el Syndico la determinacion à su favor. S.I.O. V.D.C.

Lic. D. Christoval de Espinosa Ocampo.

Lic. Don Cecilio Lain.



POR

LA MVY NOBLE, Y LEAL Ciudad de Velez.

EN EL PLEYTO

CON LOS VEZINOS DE LA PUEBLA de Nerja.

SOBRE

QUE SE LE ABSUELVA DE LA DEMANDA puesta por dichos Vezinos, en la que pretenden tocarles, y pertenecerles las Tierras, Casas, y Huertos de dicha Puebla libremente, y sin reconocimiento del directo dominio, que pertenece à dicha Ciudad, y que se les imponga á dichos Vezinos perpetuo silencio en ella.



P O R

LA MUY NOBLE, Y LEAL

Ciudad de Vlc.

EN EL PLEYTO

CON LOS VECINOS DE LA PUEBLA

de Nor.

S O B R E

QUE SE PRETENDE ABSOLVA DE LA DEMANDA

puesta por dichos Vecinos, en la audiencia antecedente,

y restituyeras las Tierras, Casas, y Hacienda de dicha

Puebla libremente, y sin reconocimiento del directo de

minio, que pretende á dicha Ciudad, y que le les

impugna á dichos Vecinos pertenecer en

dicen ellos

N. 1. PAra la vista en el Juizio Posseſſorio Plenario, que ſe ſiguiò entre los Vezinos de la Puebla de Nerja, y el Concejo, Juſticia, y Regimiento de la Ciudad de Velez, eſcrivimos vna Alegacion, que tambien firmò el Lic. Don Juan Pedro Coronado y Navas, natural, vezino, y Regidor Perpetuo de dicha Ciudad, Abogado de eſta Real Chancilleria, y al preſente Alcalde Honorario de los Hijoſdalgo de ella.

2. Por el reconocimiento à nueſtra Patria, expreſſamos las palabras del Juriſconſulta Scebola *in leg. Qui habebat* 101. *ff. de legat.* 3. ibi: *Suaviſſimæ Patriæ meæ volo in partem ſuam dari.* Y por quanto ſea eſtimable, como fundó el ſeñor Valenz. *conſ.* 36. *ex num.* 56. y Villad. *in leg.* 8. *Prolog. For. Juzg. num.* 6. Vicent. de Iuſt. *de Diſpenſat. lib.* 3. *cap.* 2. *ex n.* 74. Carmon. *Conſult. Hiſpan. Illuſtrat. Aut.* 13. *ex num.* 30. *& Aut.* 17. *ex num.* 84. Carlev. *de Iudic. tit.* 1. *diſput.* 2. *num.* 75. Oter. *de Offic. part.* 1. *cap.* 12. *à num.* 1. Confeſſabamos nueſtra obligacion, y reconocimiento, juzgando (como verdaderamente lo es) por intereſſe proprio, ſuplicar el buen excito en la deciſsion de eſte litigio.

Vnicum id augurium eſt patriam
defendere verum.
Homer. *illiad.* 12.

3. Hizimos mencion del origen, antiguedad, prerrogativas, y excelencias de dicha Ciudad, de las que eſcriviò D. Franciſco de Belmar, con el titulo de Antiguedad, y Grandezas de la Ciudad de Velez, cuya ſituacion, y abundancia de frutos, delineando con toda extenſion ſu Mapa, tratò Georgio Braum *Civitatis Orbis Terrarum tom.* 2.

4. Que la mas apreciable excelencia de dicha Ciudad, y en la que conſiſte ſu mayor gloria es, la demoſtracion, que como efectos de ſu Amor, les dexaron para perpetua memoria los Señores Reyes Catholicos Don Fernando, y Doña Iſabèl, que la conquiſtaron.

5. Porque teniendo pueſto el ſitio ſobre dicha Ciudad, para reſtaurarla de los Moros (como con efecto ſe capitulò baxo de diferentes condiciones, el dia 27. de Abril de 1487. y ſu Mageſtad tomò la poſſeſsion el dia 3. de Mayo, por darle por ſu Patrona, y Titular à la Santiſsima Cruz, como dize dicho Belmar lib. 6. cap. 3.) ſucediò el memorable caſo de aver los Moros inſultado el Real, en que eſtuvo el Señor Rey Don Fernando en grande rieſgo de ſu vida, neceſsitando manifeſtar ſu valor, para la defenſa de ſu perſona, como lo teſtifica la Cedula de 14. de Septiembre de 1495. librada por la Señora Reyna Doña Iſabèl.

6. Dandole à la Ciudad

la

la mayor señal de su amor, ibi: *E me imbiastes suplicar, è pedir por merced, que acatando, que la dicha Ciudad de Velez-Malaga, fue por Nos ganada, è las cosas, que en el cerco de ella acaecieron à el Rey mi Señor, vos diesse Armas, que truxedes en vuestro Sello, y Vanderas, y en todas las otras cosas, que vos cumpliessen. E yo tuvelo por bien, è por la presente vos doy por Armas vn Rey à Cavallo, con vn Mozo de Espuelas muerto à los pies, è con los Moros huyendo, segun và pintado en esta mi Carta, à memoria de lo que à el dicho Rey mi Señor acaeciò en essa Ciudad, à el tiempo, que la tuvo cercada, è la ganò de los dichos Moros, que en ella estabã, salieron à dar en la estanza, è su Señoria en persona levantando de la Mesa donde estaba comiendo, socorriò à los Christianos, que estaban en dicha estanza, con muy pocos que le acompañaron, &c.* Ita Belmar *lib.* 1. *cap.* 3.

7. Y siendo vna simple señal, que pone el dueño, expressiõn del peculiar dominio, y de la especial consignacion de ser suya, para que todos la conozcan, y traten como tal, *ex leg.* 3. *C. de fabri censib.* Casaneo *in Consuetud. Burgund. Rubric.* 1. §. 8. *num.* 1. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 64. *num.* 6. Balmas. *de Collect. quæst.* 8. *num.* 16. Dom. Lara *de Anniv. & Capp. lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 3. *& seqq.* Lagun. *de Fruct. part.* 1. *cap.* 32. §. 1. *ex num.* 39. y que al primogenito en quien se funda Mayorazgo, se le manda en la principal alhaja vsar de las Armas del Fundador, para memoria de sus hazañas. Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 1. con quanta mayor gloria declamarà la Ciudad de Velez, la especial honra en la demostracion (no hecha à otra de quantas restauraron) de darle por Armas su propria persona, y valor, como dixo Virgilio 12. Eneid.

Dat signum Cœlo quo non prestantitius vllo.

8. Dexando con la descripcion, è imagen de su valor, la memoria de que le debia la libertad del yugo enemigo, y que quedaba su Real Animo por especial Protector, y Dueño, Exod. *cap.* 10. *vers.* 1. ibi: *Vt faciant signa mea hæc in eo, & narres in auribus filij tui, & nepotuum tuorum, quoties contribuerint Egiptios, & signa mea fuerint in eis, & sciatis, quia ego dominus.* Et Deuter. *cap.* 4. *vers.* 34. ibi: *Et tollere sibi gentem de medio nationum per tentationes signa, acque portenta per pugna, & robustam manum stendunt, qui brachium, & horribiles visiones iuxta omnia, quę fecit probabit Dominus Deus vester in Egipto videntibus oculis tuis vt scires quoniam Dominus ipse est Deus, & non est alius pretereum.*

9. Por este excessivo amor (pues naturalmente siempre se ama mas lo que mas cuesta) dexò su Imagen por señal *Psalm.* 4. *vers.* 7. para perpetua firmeza de sus Mercedes, gracias, y exempciones,

nes, y por ennoblecer, y aumentar dicha Ciudad, la Señora Reyna Catholica hizo vna Merced tan especial, y digna de la memoria, y que quedasse esculpida en todas sus insignias, y sitios publicos de su vso, Exod. *cap.* 31. *vers.* 17. ibi: *Pactum est sempiternum inter me, & filios Israel, signumque perpetuum.* Machab. *cap.* 13. *vers.* 29. ibi: *Et super columnas, armas ad memoriam æternam.* Para que todos conociessen su valor, y amor, y en la Ciudad de Velez el debido reconocimiento, en honra tan especial, que comprehendiò este Distico.

Maurus Servum, Rex vero Maurum
ense necavit.
Hunc Menoræ eventum pro suo ho-
nore dedit.

10. Y teniendo tan especial favor la Ciudad de Velez, experimentò de los Señores Reyes Catholicos, y de la Señora Reyna Doña Juana su hija (sin duda por especial recomendacion de los Señores Reyes sus Padres, *super hoc filijs vestri narrate.* Joel. *cap.* 1. *vers.* 3.) las Mercedes, y Donaciones, que le sirven de Titulo de las tierras, que se litigan en este pleyto, y que como verdadero Padre les dió para su lustre, y manutencion. D. Matth. *de Regim. Regn. Valent. cap.* 5. §. 2. *num.* 6. *& seqq.* D. Larrea *allegat.* 110. *num.* 15. pues sin bienes, ni rentas no se podia conservar la subsistencia lustrosa de tanto amor, y de tan excessiva señal del explendor, y lustre, que manifiestan las Armas de su Escudo, *ex leg.* 7. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recop.* ibi: *Como merecieron ser honrados, y acrecentados, merecen de Nos, y de nuestros Successores ser sobstenidos, y conservados.* D. Crespi *observ.* 117. *ex num.* 36. Dom. Salced. *in Theat. honor. Gloss.* 32. *ex num.* 61. D. Valenz. *cons.* 98. *num.* 49. Rosa *consult.* 69. *num.* 173. Otero *de Official. part.* 2. *cap.* 10. *num.* 3.

11. Y assi, quando el Principe concede alguna Dignidad, Excelencia, ò Prerrogativa, previene las Mercedes para mantenerla con el correspondiente lustre, *ex leg. Vnica, C. de Thesaur.* ibi: *Et Imperatoriæ Maiestatis videatur prævenire liberalitas postulanda.* Dom. Salced. *in Theat. honor. Gloss.* 62. *&* 63.

12. Con que aviendo los Señores Reyes Catholicos dado à la Ciudad de Velez Armas de tanta prerrogativa, y excelencia, era preciso le cõfiriessen las Mercedes de su liberal, y magnifica mano para conservarlas, y en las que funda en este pleyto el derecho de dominio, en el suelo, y sitio en que se halla dicha Puebla de Nerja, y fundarèmos en esta Alegacion en dos Discursos. En el primero, el Titulo, y possession en que se halla la Ciudad. Y en el segundo, el ningun fundamento, que assiste à dichos Vezinos para su demanda.

DISCURSO I.

13. AViendo los Señores Reyes Catholicos adquirido, y recuperado el dominio de las tierras del Reyno de Granada, mediante su Conquista, Aguil.ad Roxas *de Incomp. part.7. cap.2. num.30.* Cardin. de Luca *in Conflict. observ.17.* quedaron con tres derechos: El vno el superior, que està vnido al Cetro, y no se puede separar de él, como son el superior conocimiento, acuñar moneda,&c. D.Greg. Lopez *in leg. penult.tit.15. part.2.* Gloss. *No dixesse.* Dom. Valenz. *cons.30. num.10.& 14.* D.Matth. *de Reg. cap.5. §.3. num.65.* Dom. Larrea *alleg.13. num.9. & alleg.14. num.14.* Antun. *de Donat.lib.2. cap.25. num.14.*

14. Otro el de la Jurisdiccion Ordinaria, y otras Regalìas, que se pueden conceder, y concede su exercicio à otras personas perpetua, ò temporalmente, dependiendo siempre de la superioridad del Principe, *ex leg.1. tit.10. lib.5. Recop.* Lagun. *de Fruct. part.1. cap.16. num.18.* D. Castill. *de Tert. cap.18. num.155.* Antun. *de Donat. part.2. cap.8. à num.1. & num.8.* Alf. *de Offic. Fisc. Gloss.1. num.2.*

15. Y el otro es, aquel derecho de dominio, y propriedad, que por la conquista, ò otro titulo adquiere el Princide en las tierras de su Reyno, y este lo puede conceder, y es el que se entiende concedido en la Merced, ò Privilegio, que se haze de qualesquiera tierras, ò Territorio, *vt probatur ex dict. leg.1. tit.10. lib.5. Recop.* ibi: *Y si en los tales Privilegios, Cartas, y Mercedes no fueren puestas las dichas palabras, sino otras que le dà, y dona la tal Villa, ò Lugar, con todos sus derechos, que en èl, y en sus Terminos el Rey ha, y debe aver en qualesquier manera, entiendasse, que no le dà la Justicia por las dichas palabras, salvo solamente las rentas, y derechos de la tal Heredad, y calumnias, y las Heredades, que el Rey huviere en tal Villa, ò Lugar.* Mastrillo *de Magistratib. lib.1. cap.16. num.10.* Azeved. *in leg.2. tit.1. lib.4. Recop. num.8.* Lagun. *de Fruct. dict. cap.16. num.62.* D. Larrea *alleg.70. num.6.* Bobadill. *lib.2. Polyt. cap.16. num.70.*

16. Por Cedula de 26. de Junio de 501. (*Mem. num.10*) los Señores Reyes Catholicos, *por ennoblecer à la Ciudad de Velez*, le hizieron merced de los Lugares de su Jurisdiccion, con todos sus Castillos, y Fortalezas, y entre ellos del Lugar de Nerja, de forma, que todo avia de ser vn cuerpo, y la Ciudad la cabeza.

17. Por esta merced le dieron claramente la Jurisdiccion, porque quedando vn cuerpo con la Ciudad, y como sus Arrabales, tenia el vso de la Jurisdic-

diccion, assi en el fuero contencioso, como en lo economico, y los que poblassen estos Lugares, gozando las proprias prerrogativas, y derechos, como si fuessen Vezinos de la Ciudad. *L. Pupilus, §. Territorum, ff. de verb. sign.* Oter. *de Pascuis cap.* 10. *ex num.* 1. Balmased. *de Collect. quæst.* 59. *ex n.* 2. Dom. Valenç. *cons.* 79. *n.* 33.

18. Y para mayor claridad, de que en dicha merced se comprehendieron los bienes de que eran Dueños los Señores Reyes Catholicos, à instancia de la Ciudad, en dos de Septiembre de 505. (*Mem. num.* 12.) la Señora Reyna Doña Juana hizo merced, gracia, y donacion pura, perfecta, irrevocable de los bienes raizes, que los que se avian passado à los Moros, avian dexado en aquellos Lugares (Torrox, y Nerja) para que la Ciudad los pudiesse dar à las personas, que fuessen à poblar en ellos, en el Lugar de Torrox hasta 70. Vezinos, y 40. en el de Nerja, *y con las condiciones, que quisiesse, y bien visto le fuesse.*

19. Que en virtud de estas mercedes se transfiriò el dominio de dichas tierras, no se puede dudar, como se prueba *ex dict. leg.* 1. *tit.* 10. *lib.* 5. *& cæteris citat. in num.* 16. pues la donacion perfecta, è irrevocable, es titulo, que transfiere el dominio, *ex leg. Perfecta. donat. C. de donat. quæ sub mod.* Antun. *de Donat. lib.* 1. *prælud.* 2. *num.* 5. y la merced del Principe, y Real Titulo, es el mas relevante, que se puede manifestar, *ex leg.* 1. *ff. de constit. Princip. L.* 42. *&* 43. *tit.* 18. *part.* 3. Oter. *de Pascuis cap.* 9. *num.* 3. Tapia *in Rubric. Leg. final. de Constit. Princip. cap.* 1. *num.* 12. Antun. *de Donat. lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 1.

20. El poderoso titulo de dominio, y possessio, que los Señores Reyes de España tienen para la adquisicion de las tierras de las Indias, es el señalamiento, y demarcacion, que hizo el Papa Alexandro VI. cuya Bulla refiere el señor Solorçano en su tratado *de Iur. Indiar.* y en nuestro Idioma puso en su Politica *lib.* 1. *cap.* 10. y reconocidas sus palabras, no son mas extensivas, que la que expressa la referida donacion de la Señora Reyna Doña Juana, fuera *ad instar sacrilegij* el dudar à nuestros Catholicos Reyes, el dominio de dichas tierras, ni el derecho, y facultad de darlas con pension, ò sin ella.

21. Aunque por Cedula de 3. de Abril de 505. (*Memor. num.* 11.) tenia la Ciudad facultad para poblar el Lugar de Nerja, en otra de la Señora Reyna Doña Juana del mesmo dia, pero posterior (*Mem. num.* 13.) se le dàn las reglas, y condiciones, como lo debia hazer, por no serle sin dicha licencia licito el formar nueva poblacion. *L.* 7. *tit.* 20. *part.* 3. Balmased. *de Colect. quæst.* 64. *n.* 41.

22. Las condiciones que conducen à este pleyto, y prueban

ban el dominio de la Ciudad, son en la segunda, por la q̃ se previene, que los que no residiessen, perdiessen las vezindades, y la Ciudad pudiesse de nuevo darlas à otros Vezinos, con tanto, que el Vezino, à quien se diesse la vezindad por vacante, *fuesse por aprecio, à el que se le quitasse todo lo que huviesse mejorado en la hazienda.* (*Mem. num.* 15.)

23. Es de notar la expressión de lo *que huviesse mejorado en la hazienda*, sin hazer mencion del valor proprio de la tierra, porque como la Señora Reyna Doña Juana avia hecho donacion anterior en el mesmo dia, de todos los bienes raizes, y Lugares de Nerja, y Torrox, nunca sus determinaciones se deben entender en perjuizio de tercero, y del derecho adquirido à la Ciudad, donacion, y dominio, que mediante ella adquiriò, *ex leg.* 29. *tit.* 18. *part.* 3. *L.* 7. *tit.* 13. *lib.* 4. *Recop.* D. Gonz. *in cap. Super eo* 15. *de offic. & potest. Iudic. delegat. num.* 6. *& in cap.* 20. *de Rescript. num.* 5. Dom. Larrea *allegat.* 12. *num. fin.* Dom. Solorç. *de Iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 62. Dom. Salgado *de Retent. part.* 1. *cap.* 3. *num.* 18. *& cap.* 7. *num.* 22.

24. Lo contrario fuera entender vna inmediata correccion, que aun en disposiciones menos serias no se presume, *ex leg.* 32. §. 4. *ff. de donat. inter vir. & vxor. L. Non ad ea* 89. *ff. de condict. & demonstr.* Pareja *de Vniuers. Instrum. Edit. tit.* 2. *resolut.* 6. *num.* 304. Dom. Larrea *decis.* 60. *num.* 6. Cardin. de Luca *tom.* 2. *decis. in materia de credit. decis.* 1. *num.* 4. Pign. *tom.* 6. *consult.* 85. *num.* 40.

25. Con que la verdadera inteligencia de estas dos Cedulas es, que siendo ya la Ciudad dueña de la propriedad de las tierras, las diesse à los Vezinos, teniendo estos lo que mejorassen, y la Ciudad el directo dominio de la propriedad.

26. Quedando los Vezinos Pobladores verdaderamente emphyteuticarios, *ex tot. tit. C. de iur. emphyt.* ò salariegos apossessionados en suelo ageno, *ex leg.* 3. *tit.* 25. *part.* 4. lo q̃ se comprueba de la condicion 4. (*Memor. num.* 17.) por la qual se previene, que quando huviesse alguno de vender su vezindad, lo hiziesse saber à la Ciudad, que es el mayor signo, y señal del dominio solariego, *ex dict. leg.* 3. *tit.* 25. *part.* 4. Valeron *de Transact. tit.* 4. *quæst.* 3. *num.* 49. *&* 50. Lagun. *de Fruct. part.* 1. *cap.* 21. *num.* 254. *& seqq.* lo que conforma con la condicion 9. (*Mem. num.* 22.) que ratifica, que el que comprare hazienda en dichos Lugares, fuesse con licencia de la Ciudad, que es la mayor prueba de el dominio directo, *dict. leg. fin. C. de iur. emphyteut.* ibi: *Minimè licere emphyteutæ, sine consensu domini meliorationes suas alijs vendere, vel ius emphyteuticum transferre.* Con

que

que la Señora Reyna Doña Juana juſtiſsimamente àdvirtiò, que la poblacion, y condiciones de ella fueſſe ſin perjuizio del dominio directo, que la Ciudad tenia adquirido en virtud de ſu Merced, Privilegio, y Donacion.

27. Por tanto, aviendo en el año de 717. los Vezinos de Nerja pretendido eximirſe de la Juriſdiccion de dicha Ciudad, y hecho eſta contradiccion en la Real Camara, por Decreto de primero de Septiembre de dicho año, ſe reſolviò, no aver lugar à la pretenſion de dicha Puebla, cuya providencia ſe declarò por paſſada en autoridad de coſa juzgada, y no obſtante ſe le bolviò à oir; y por decreto de 11. de Octubre de dicho año, ſe mandò guardar el de primero de Septiẽbre, por lo que dicha Puebla hizo recurſo à la Real Perſona: y en viſta de Conſulta de los Señores de ſu Real Camara, ſe ſirviò ſu Mageſtad por reſolucion de 3. de Noviembre de dicho año, el denegar à dichos Vezinos ſu pretenſion: de que eſtà preſentado Teſtimonio en la Piez. 2. fol. 17. B. aunque à el tiempo de la impreſsion del Memorial Ajuſtado ſe omitiò el hazer expreſsion de eſte Teſtimonio.

28. Cuyo acto, ademàs de lo que reſulta de las Mercedes, poſſeſsion, è invariable obſervancia, dexa ſin diſputa el derecho de la Ciudad; porque la razon porque ſe le denegò dicha eximicion, fue la de que ſiendo la Ciudad dueña del ſolar, y ſuelo, y por tanto obligados los Vezinos à reconocer eſte derecho, *ex tot. tit. C. de Agris, & Cenſit. L. 2. & ſeqq. tit. 11. lib. 5. Recop.* y por el reſpecto à èl ſugetos à ſu Juriſdiccion. D. Gonzal. *in cap. Cæterum, de Iudicijs, à num. 1.* D. Salg. *part. 1. de Retent. cap. 1. ex n. 132.* Faxard. *Allegat. Fiſcal. alleg. 33. ex num. 399.* D. Matheu *de Regim. cap. 5. §. 1. ex num. 20. & cap. 6. §. 3. num. 11.* Oliv. *de For. Eccleſ. part. 3. quæſt. 29. num. 13.* ſe le denegò la eximicion, y quedò (como ſolariegos ſus Vezinos) ſugeta la Puebla al dominio, y Juriſdiccion de la Ciudad, como antes lo eſtaba, *ex leg. 12. C. d. tit. de Agric. & cenſ.* ibi: *Servos, vel tributarios, vel inquilinos apud dominos ſuos volumus remanere.* Cuya ſuperior reſolucion, es indiſputable prueba del derecho de la Ciudad, para que no ſe admita controverſia que la varie, *ex leg. 14. ff. ad leg. Cornel. de Falſ.* ibi: *Sic inveni Senatum cenſuiſſe.*

29. Las demàs condiciones tienen reſpecto à el reſguardo de las Coſtas, à que no fueſſen Chriſtianos nuevos, y otros graviſsimos inconvenientes, q̃ por la reſidencia de los nuevamente cõvertidos en eſtos Reynos ſe podiá ſeguir, y advierten las leyes 5. 6. 7. y 19. *cap. Y porque nueſtra, y cap. Y mandamos, tit. 2. lib. 8. Recop.* los que pudo prevenir en virtud de ſu ſuperioridad, y que debia até-

der à la conservación, y resguardo de este Reyno, pocos años antes restaurado, y lo que nada conduce à la prueba del dominio, y Señorio particular de las tierras.

30. Los daños que de lo referido se ocasionabã, los representó la Ciudad à dicha Señora Reyna, y por Cedula de 28. de Junio de 504. concedió à la Ciudad, y aplicó à sus Proprios, y Rentas, todos los bienes de los que se passassen à vivir à otro Lugar (*Mem. num.* 24.). Por otra de 20. de Marzo de 1510. se le hizo Merced à la Ciudad para sus Proprios de 500. fanegas de tierra, donde se señalassen (*Mem. n.* 25.).

31. Asimismo se confirmó à favor de la Ciudad, la Merced hecha à Luis de Monterroso de 100. mrs. de vezindades vacas en este Reyno de Granada.

32. En virtud de estas Mercedes, y Privilegios, se halla la Ciudad en possession, con diferentes actos, Apèos, y reconocimientos, desde el año de 530. es la mayor prueba que se puede hallar en la disposicion de Derecho. *L.* 8. §. 1. *ff. Finium Regund.* ibi: *Ad officium definibus cognoscentis pertinet, mensores mittere, & per eos dirimere ipsam finium quæstionem. Cap.* 3. *de probat. Cap. Ne Religiosorum* 10. *de præscript.* ibi: *Certamina eorum Agrimensoris definitione prospeximus finienda.*

33. Siendo de tanta autoridad, que no se debe contra semejantes diligencias admitir Audiencia, y es por la que se ha de regular el derecho de las Partes. *Leg.* 5. *tit.* 3. *lib.* 10. *Fori juzgo*, ibi: *Aquello debe ser establecido en todas maneras, è quando no puede parecer por señales, ò por fitos, cuya debe ser la Heredad, aquello que ambas las Partes escoyeron por avenidores. Dict. cap. Ne Religiosorum de prescript.* ibi: *Quæcumque vero definita fuerint ita servare fraternitas vestra solicite studioseque provideat, vt denuo neque iurgium ex inde aliquod exitari, neque querela aliqua ad nos valeat pervenire.*

34. Es, y se ha tenido siempre por conveniente, el que estas diligencias hagan la assegurada justificacion del derecho, y dominio de los interessados, porque considerando que la memoria de los hombres se envegece, y acaba, Garc. *de Nobil. Gloss.* 12. *à num.* 71. y aun la de los instrumentos, que para perpetuarla se introduxo, in Proemio *tit.* 18. *p.* 3. tambien suele padecer su menoscabo, y pèrdida.

35. Fue advertida la Politica, que introduxo Numa Pompilio, el que à sombras de Religion, no padeciesse detrimento el saber cada Vezino las tierras, que eran suyas, fingiendo la Deidad del Dios, termino, para que tratandole como cosa sagrada, este respecto les contuviesse para no borrarlos, quitarlos, ni introducirse en lo ageno, Rocino *Antiquit. Rom. lib.* 2. *cap.* 19. & 20. & *lib.* 4. *cap.* 6. Lilius Greg. Giral.

His-

Historia Deorum sintagmata 42. Dion. *de Alicarnac. lib.* 2. *in fin.* Plutarc. *Nummi Pompi* 2. *vita fol.* 27. Alciat. *emblem.* 156.

36. La maxima fue, establecer su annual festividad el dia 23. de Febrero, con precissa obligacion de concurrir todos à sus Heredades à la celebridad, con lo que annualmente se renovaba la memoria, y se escusaban muchos litigios, y controversias, assi sobre el dominio, como sobre la possession, entre los convezinos de las Heredades.

37. Teniendose por grave delito el romper lindes, ó quitar los mojones, que dividen la Heredad agena, *ex tot. tit. ff. de term. mot. Leg.* 4. *C. fin. Reg. Leg.* 1. *& seqq. tit.* 3. *lib.* 10. *Foro juzgo*, & ibi Villad. *& leg.* 30. *tit.* 14. *part.* 7. y aviendo cessado aquella vana observancia, quedò à los interessados el derecho para pedir, y hazer los Apèos, para la prueba del dominio, y possession, y conservar la memoria de su derecho, que es lo que ha practicado la Ciudad, por tantos, y repetidos años, como resulta de los Autos (*Mem. nnm.* 33.).

38. La otra razon es, el hallarse la Ciudad en possession desde el año de 651. de dar en arrendamiento las tierras de la Puebla de Nerja (*Memor. n.* 32.), y à censo (*Memor. numero* 33.) lo que prueba, y es argumento del dominio Francisco Pen. *decis.* 135. *n.* 2. Vivio *decis.* 194. *n.* 4. Mascard. *de Probat. conclus.* 542. *num.* 11. Valasc. *de Iur. Emphyt. quæst.* 9. *num.* 16. Dom. Vela *dissert.* 46. *num.* 7. *&* 31. Cenc. *de Cens. quæst.* 93. *ex n.* 26. D. Gonz. *in cap. Quærellam* 24. *de Elect. num.* 7. *&* 8. Dom. Olea *de Ces. Iur. & act. tit.* 4. *quæst.* 3. *n.* 18.

39. Assimismo probò la Ciudad en la 4. pregunta de su Interrogatorio (*Mem. n.* 84. *y sig.*) que de inmemorial tiempo à esta parte està en possession de arrendar las tierras, y darlas à censo, cuya prueba es la mas relevante, que se halla en la disposicion de Derecho. *L.* 3. §. *Ductus, ff. de aqua quotid.* Dom. Molina *de Hispan. Primog. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 75. Gutierr. *lib.* 3. *Pract. quæst.* 14. *num.* 68. D. Ram. *ad Leg. Iul. & Pap. lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 7. porque siempre se debe estar à lo que se ha observado, y guardado, y consta por la possession immemorial. Azev. *in leg.* 3. *tit.* 7. *lib.* 7. *Recopil. num.* 19. 38. *&* 40.

40. Y teniendo tanta resistencia las imposiciones, y tributos, que los Dueños de Vassallos introducen en sus Pueblos, aunque no conste de titulo la possession de 40. años, les dà derecho de manutencion, y la immemorial assegurado titulo en la propriedad. *L.* 8. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recop.* ibi: *Que todos aquellos, que por tiempo, y espacio de quarenta años, han estado en possession de llevar algunas imposiciones, no sean quitados, ni privados de la dicha possession, por*

Jue-

Juezes de imposiciones, ni por otros algunos, salvo que sobre la propriedad se haga justicia à los que pretendieren tenerlas, y en quanto à el derecho de la propriedad, declaramos, y querèmos, que si los Señores que han llevado de sus Vassallos algunas cosas, ò otras personas, probaren la immemorial costumbre, por la manera, y con las calidades, y circunstancias, que por Derecho, y Leyes de estos Reynos se deben probar, sea avida en lugar de titulo bastante, &c.

41. Cuya legitima posseſsion se halla probada, y adminiculada instrumentalmente desde el año de 1536. (*M. n.* 33.) con los repetidos Apèos, y confessado por los Vezinos de Nerja en la 8. pregunta de su Interrogatorio, en la que articularon: Que desde el año de 680. se avia introducido el que pagassen algunos los censos, y rentas (*Memor. num.* 181.): con que de su propria confesion, que lo es lo alegado por la Parte, *L. Cum præcun. C. de liber. caus.* Dom. Larr. *decis.* 42. *n.* 5. Pareja *de Vniversi. Instrum. Edit. tit.* 7. *resol.* 3. *num.* 1. Card. de Luca *de Iudic. disc.* 23. *num.* 7. Torre *de Maiorat. tom.* 2. *artic.* 6. *respons.* 2. *ex num.* 413. y lo articulado en su Interrogatorio, Alvar. Pegas *de Maiorat. tom.* 2. *cap.* 14. *num.* 60. resulta, que la Ciudad està en posseſsion de cobrar como Dueño de dichas tierras, de mas de 60. años à esta parte.

42. Y el que los testigos digan, que dicha introducion diò principio dicho año de 80. no merece aprecio: Lo primero, porque lo deponen de oydas, sin referirse à instrumento, ni documento cierto, por lo que no merece fee semejante asserto. *L.* 28. *tit.* 16. *part.* 3. ibi: *Mas si dixere, que lo oyera dezir à otro, no cumple lo que testigua.* Y despues: *Tal Testimonio no debe valer, porque el testigo depone de oydas. Leg.* 20. *tit.* 9. *part.* 4. Farin. *de Test. quæst.* 69. *num.* 92. Dom. Valenç. *cons.* 141. *num.* 11. Y lo segundo, porque estàn convencidos instrumentalmente, que desde dicho año de 531. està la Ciudad tomando posseſsion, y haziendo otros muchos, y repetidos actos de dominio en dichas tierras.

43. El dominio se prueba como dixo el *Texto in leg.* 4. *C. de probat. Non tantum instrumento emptionis, sed, & quibuscumque alijs legitimis probationibus.* Mascardo *de Probat. conclus.* 550. *num.* 5. D. Vela *dissert.* 46. *num.* 5. con que assistiendo à la Ciudad tantas Mercedes, Titulos, Privilegios, y inalterable posseſsion, funda el derecho de dominio à las tierras que possee, y en cuya posseſsion està con tan relevante titulo, como lo es la cosa juzgada, por hallarse con Sentencias de Vista, y Reviſta, por las que se le mantuvo, y amparò en dicha posseſsion, Faxardo *Allegat. Fiscal. alleg.* 11. *ex num.* 248. Oter. *de Pasq. cap.* 22. *num.* 11. D. Gonzal. *in cap.*

Lator

Latot, de Sent. rei judicat. num. 4. Dom. Salgad. *part. 3. Labyr. cap. 1. num. 27.* Escobar *de Purit. part. 2. quæst. 4. artic. 1. num. 26.* Hontalv. *de Iur. Superv. in Iudic. tom. 1. quæst. 12. §. 2. ex num. 206.*

44. Y el Posseedor se presume dueño, mientras no se prueba claramente lo contrario. D. Salgad. *part. 2. Labyr. cap. 22. n. 75.* ibi: *Qui iustam habet possessionem rei fundat interim in proprietate ipsius.*

45. Y esta posseſsion la ha conservado por medio de los que han tenido à censo, ò arrendadas dichas tierras. *Ley 4. tit. 15. lib. 4. Recopil.* ibi. *Si alguno tuvo, ò posseyò alguna Heredad, ò otra cosa à empeños, ò en encomiendas, ò arrendada, ò aloxada, ò forzada, no se pueda defender por tiempo, que estos à tales no son tenedores por sì, mas por aquellos de quien la cosa tienen.* Gironda *de Privileg. num. 76.* Villadieg. *in leg. 19. tit. 2. lib. 10. For. Juzg.*

46. Y por tanto no pueden nunca preſcribir, ni adquirir derecho cõtra la persona de quiẽ tienẽ la cosa. Rodrig. *de Ann. Reddit. lib. 1. quæst. 15. num. 51.* y carecen de accion para disputarle el dominio. *Cap. 6. de Fidei instrument. Leg. 18. tit. 8. part. 5.* & ibi D. Greg. Lopez *Gloss. 1.*

47 Tiene otro no menos poderoso fundamento del dominio adquirido por la Ciudad, aun donde se dize, que se situò la primera Poblacion, el que constando por la probanza de la Ciudad, (*Mem. num. 90. y 91.*), y tambien por la vltima vista de ojos (*Mem. num. 234.*) el que se halla despoblado el antiguo, y distante del segundo mas de vn quarto de legua, las tierras, y situacion, quedaron agregadas, y adquiridas à la Ciudad. D. Valenz. *cons. 100. num. 95.* Otero *de Pasc. cap. 23. num. 10. & seqq.* Balmased. *de Collect. quæst. 84. num. 6.* Cortiad. *decis. 42. num. 19.*

48. Y assi lo declarò la Cedula citada de la Señora Reyna Doña Juana de 28. de Junio de 509. (*Mem. num. 24.*) y lo que no dexa duda en la pertenencia de la Ciudad. Cortiad. *tom. 4. decis. 258. num. 58.*

49. Supuesto ya por tantos titulos adquirido el dominio à la Ciudad de dichas tierras, pudo, y debiò darlas con tributo, y pensiõn, y no en otra forma. Es la Ciudad vna Administradora de sus bienes, Valer. *de Transact. tit. 4. quæst. 3. num. 23.* por lo que no pudo donarlos, ni darlos graciosamente, ex Escob. *de Ratiocin. cap. 24. ex num. 1.*

50. Atendiendo à que la Ciudad no tenia obligacion de donar, y conceder gratuitamente el derecho de propriedad, que tenia en las tierras, debió darlas con cierta pensiõn, y tributo, con las demàs reservas de el dominio directo, que tenia, *ex leg. final. C. de Iur. emphyt. cap. fin. de locat. & conduct. Leg. 3. tit. 14. part. 1.*

ibi: *El señor de la cosa debela entregar con tal condicion, que le dè cada año dineros, ò otra cosa cierta en que se avinieren.*

51. Y es tan poderoso este derecho de los Proprios de cada Ciudad, ò Pueblo, que aun quando se le concede à qualquiera Vezino el que pueda fabricar casa, ò hazer plantìos en los sitios comunes, siendo su propriedad de su Magestad, y solo concedido el vso à los Vezinos, Otero *de Pasc. cap. 9. num. 19. & cap. 30. num. 2.* D. Larrea *alleg. 109. n. 7.* Dom. Greg. Lop. *in leg. 15. tit. 5. partit. 5.* Gloss. verb. *Son del Rey.* Valer. *de Transact. tit. 4. quæst. 3.* sin embargo siempre que se les permita lo hagan, como dize el Bobadilla en el *lib. 3. cap. 8. n. 91.* ha de ser pagando censo à los Proprios: assi estaba dispuesto por la *Ley 2. §. 17. ff. ne qui in loco publico*, ibi: *Si tamen ædificium obstet publico vsui vtique is qui operibus publicis procurat debebit, id deponere, aut si non obstet solarium ei imponere. Vectigal enim hoc sic appellatur solarium ex eo quod pro solo pendatur.* Y prueba nuestros Regnicolas, Avend. *de Exeq. mandat. part. 1. cap. 12. num. 23.* Bobadill. *in Polytic. lib. 3. cap. 8. num. 80. & 91.* Antun. *de Fruct. part. 1. cap. 21. num. 164.* Lagun. *de Donat. part. 3. cap. 43. ex num. 83.* D. Solorz. *de Iur. Indiar. tom. 2. lib. 5. cap. Vnic. ex num. 94.* Otero *de Pasq. cap. 16. num. 26. & 27.* Gutierr. *lib. 4. Practic. quæst. 60.* Garcia *de Expens. cap. 5. ex n. 25.* ibi: *Imponitur tamen vectigal, quod à solo solarium dicitur jure consultis, nos vocamus pensionem apendendo, vel censum annũ singulis annis Reipublicæ solvendum.*

52. Y es tan favorable este derecho de los Proprios, que estando prohibido el que no se pueda ocupar los sitios comunes con edificios, ni plantìos, *Leg. 9. tit. 7. lib. 7. Recopil.* si se executaron con licencia del Concejo, y ha estado el que los hizo 20. años en possession, porque no padezca el perjuizio de perder estas mejoras, se le mantiene la licencia pagando censo à los Proprios, ibi: *Se les ponga censo de cinco mrs. por cada aranzada de viña, y à este respecto en lo otro, que estuviere plantado, y edificado, y con esto se queden à los que tuvieron los dichos edificios, y plantas, y aquello que assi fuere cargado de censo sobre los tales Heredamientos, sea para los Proprios del Concejo de la tal Ciudad, Villa, ò Lugar.*

53. Lo què teniendo lugar aun en los bienes, que para el vso comun señala el Principe à los Pueblos, con mayor razon en los que por venta, ò donacion les concediò, cuya diferiencia, por el absoluto derecho de la disposicion de ellos, la advirtiò el señor Larrea *dict. alleg. 109. n. 6.*

)(***)( )(***)( )(***)(

DIS-

DISCURSO II.

54. EL Actor para obtener, debe probar clara, y manifiestamente su accion, *ex leg. Actore, C. de probat.* por tanto con qualquiera duda se debe absolver à el Reo, y Posseedor. *Lex qui accusare, C. de edend.* D. Valenç. *cons.* 113. *num.* 103. D. Castill. *de Tert. cap.* 7.

55. El que pretende la reivindicacion, debe probar el dominio, que le assiste, y la possession en el Reo demandado, *ex leg.* 9. *L. In rem* 23. *ff. de reivindic.* §. *Omnium, Instit. de act.* Alvar. Pegas *Resol. Forens. tom.* 3. *cap.* 26. *num.* 5. ibi: *Quæ ad victoriam in hac actione requirũtur scilicet dominium actoris, & possessio rei.*

56. Que los Vezinos de Nerja pretendan en este juizio la reivindicacion, lo tienen alegado (*Mem. num.* 217.), con que deben probar el Titulo de dominio, por el que les pertenezca el que intentan reivindicar, porque la Ciudad tiene suficiente con la razon de Posseedor, para su legitima defensa, *ex leg. Cogi* 11. *C. de petit. hæredit.* D. Solorç. *de Iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 28. *num.* 3. Parej. *de Vniv. Instrum. Edit. tit.* 5. *resol.* 7. *ex num.* 1. bastandole el *possideo, quia possideo*, sin otra manifestacion de Titulo: D. Salzed. *ad L. L. Regias in leg.* 4. *cap.* 20. *tit.* 14. *lib.* 3. *Recop. num.* 137. con que con mayor razon teniendo la Ciudad manifestados tantos, y tan repetidos titulos del dominio de las tierras donde està situada dicha Puebla.

57. Bastaba à la Ciudad el que teniendo dichos Vezinos la possession de las tierras, y casas, mediante sus arrendamientos, ò daciones à censo, carecian de accion para disputarle el dominio, *vt fundavimus supr. num.* 46. No obsttante, para manifestar con mas claridad el ningun justo motivo, que los Vezinos han tenido para poner esta demanda, responderèmos à los fundamentos mas principales, por los que dizen pertenecerles el dominio libre de dichas tierras.

58. Se fundan en las Cedulas referidas, por las quales se mandò à la Ciudad, que poblasse el Lugar de Nerja con 40. Vezinos, con ciertas condiciones, sin que ninguna determine à dar à la Ciudad derecho de dominio, pension, ni otro gravamen de renta sobre dichos bienes. (*Mem. num.* 219.)

59. Este alegato se satisface suficientemente, con lo que queda dicho desde el num. 20. pero para mayor corroboracion de la verdad, es precisso distinguir entre las 200. fanegas de tierra, de que le hizieron Merced los Señores Reyes Catholicos (*Mem. num.* 9.) otras 500. fanegas,

gas, de que le hizo merced la Señora Reyna Doña Juana (*Mem. num.* 25.) y las de las 1000 y. mrs. de vezindad vacas, de que se avia hecho merced à Luis de Monterroso, de quien las comprò la Ciudad de Velez para sus Proprios, y las compradas à Ginès Carranza (*Mem. num.* 27.) de las dadas à los 40. Vezinos, que poblaron el Lugar de Nerja.

60. En quanto à las primeras de las dos Mercedes, y la hecha à Monterroso, ni aun apariencia de derecho pueden tener los Vezinos de Nerja: con que solo podràn deducirlo à las Vezindades, con que se estableciò dicha Puebla.

61. En este supuesto, por què medio se halla en los Autos, que dichos Vezinos ayan probado, que donde està oy establecida la Puebla de Nerja, son las repartidas à dichos Vezinos, y no las de las tres Mercedes referidas? Conq̃ desde luego aparece el notorio defecto de accion con que litigã.

62. Dizen dichos Vezinos, que no consta donde se señalaron à la Ciudad dichas tres Mercedes, para que con el fundamento de ellas lo tenga para acen suarlas, y darlas, como si fuera dueño privativo de ellas.

63. A lo que satisface la Ciudad, no solo con lo que dexamos dicho desde el num. 37. de que le basta su possession, sino es con fundamentos claros de hecho, y derecho.

64. Lo primero: porque la possession se presume procede del titulo mas favorable, que assiste à el Possedor, *ex leg. Fundo legato, ff. ad leg. Falcid. Leg. Generaliter, ff. de Fideiuss.* Gomez *in leg.* 45. *Taur. num.* 115. Noguer. *alleg.* 4. *num.* 52. 53. *& 54.* Dom. Salgad. *part.* 3. *Labyr. cap.* 2. *n.* 91. *& seqq.* Garcia *de Nobilit. Gloss.* 12. *num.* 39. D. Valenz. *cons.* 33. *ex num.* 104. Tapia *in leg. final. de Const. Princip. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 16. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 6. *præsumpt.* 67. *à num.* 1.

65. Lo segundo: porque quedando su señalamiento diferido à la Justicia (*Mem. num.* 25.) siempre que se señalò, y destinò, quedò radicado el dominio, y à él, y no à otro conviene el titulo: Argum. *leg.* 13. §. 1. *ff. de servit. Præd. Rustic.* ibi: *At si iter actus ve, sine vlla determinatione legatus est modo determinabitur, & qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit: Cæteræ partes agri liberæ sunt, igitur arbiter dandus est, qui vtroque casu viam determinare debet.* Et §. 2. ibi: *Latitudo actus iteneriſquæ ea est, quæ determinata est.*

64. Este señalamiento se persuade de la possession de tantos años; porque el Possedor se presume, que possee con justo titulo, Dom. Salgad. *part.* 2. *Labyr. cap.* 22. *num.* 72. 75. *& seqq.* Garcia *de Nobilit. Gloss.* 1. §. 2. *num.* 3. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 3. *præsumpt.* 100. *num.* 5. y en terminos

lo

lo dixo el Card. de Luca *de Feud. disc. 3. num. 12.* ibi: *Dum erant de dominio Civitatis habentis dominium allodiale à feudo distinctum, quia ex thenore conventionis, atque ex ipsa subiecta materia tàm ratione vectigalium multarum, & publicorum reddituum, quàm ratione publicorum onerum satis liquido constabat huiusmodi assignationem.*

65. Por esto tiene tanta fuerza la posseſsion centenaria, ò immemorial, que siendo assi, que los bienes de Mayorazgo son impreſcriptibles, è inagenables, dize el señor Molina *de Primog.* en el *lib. 2. cap. 6. ex num. 60.* à quien sigue el señor Castill. *de Tert. cap. 26. num. 36.* que siempre que vna alhaja de Mayorazgo se aya poſseìdo como libre por cien años, ó mas, no constando el principio notoriamente vicioſo, y nulo, se presume, que con justa causa se separò, y apartó del Mayorazgo, y assi se debe tener, y reputar como alhaja libre.

66. Con que con mayor razon hallandoſe la Ciudad de Velez con justos titulos, y Reales Privilegios para tener bienes en su Jurisdiccion, y que demàs de 100. años, y de immemorial tiẽpo està poſseyendo las tierras del Campo de Nerja, arrendandolas, acenſuandolas, deslindandolas, y vſando de ellas como Dueño ſolariego, y de su propriedad, sin que los Vezinos de Nerja ayan presentado Titulo, ni documento, que manifieſte la notoria viciosa introduccion de la Ciudad, es preciſſo abſolver à esta, Card. de Luc. *de Fideicom. discurs. 264. num. 3.* ibi: *Sed si prudentius agendo vtatur beneficio temporis non in ratione præſcriptionis, ac facultatis allegandi, quemcumque titulum poſſibilem meliorem, tunc tempus centenarium rectè ſuam facit operationem, atque poſſeſſorem tutum reddit.* Porque ſi tantas razones, y antiquada poſſeſsion no fueſſe baſtãte para la ſeguridad de los Poſſeedores, como dize el dicho Luca *de Feud. disc. 133. num. 27.* ibi: *Vt ita præſumendo titulum, cuius memoria perierit, rerum dominia reddantur certa, neque ſemper ſint in incerto, cum magno totius orbis involutione.*

67. Y lo tercero: porque el argumento *à ſuficienti partium enumeratione*, es muy poderoſo en la diſpoſicion de Derecho. *Lex Pater furioſo, ff. de his qui ſunt ſui, vel alien. jur.* Alv. Baez. *Axiomat. Jur. lit. A. n. 539.* Cevall. *Pract. quæſt. tom. 3. quæſt. 790. num. 24. & tom. 4. quæſt. fin. num. 182.* Mieres *de Maiorat. part. 1. quæſt. 30. num. 16.* Es indiſputable el derecho, que por dichas Mercedes ſe adquirió à la Ciudad, y à tener, y poſſeer en ſu Termino las expreſſadas 700. fanegas de las dos Mercedes, y la de Monterroſo, y que no ſe preſume, que en tantos años aya ſido la Ciudad, y ſus Capitulares omiſſos, de que ſe les ſeñalaſſen, y poſſeerlas, y ponerles cobro, *ex*

cap. Ad Audientiam, de Præscript. Cap. Nisi, de Præbend. Mascard. *de Probat. conclus.* 519. *num.* 3. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 6. *præsumpt.* 77. *num.* 3.

68. Consta de Testimonio presentado por la Ciudad, (*Mem. num.* 165.) que no tiene otras tierras, ni censos impuestos sobre ellas, mas que de la Puebla de Nerja, y lo comprueba el Testimonio presentado por los Vezinos (*Mem. num.* 164.) de que en las Rosas altas, ni baxas no tiene la Ciudad otras tierras, que las de dichas Mercedes, y compredas: con que es precisso, que no verificandose en otra alguna parte de su Termino, sean las que tiene, y possee en dicha Puebla, y su Campo, y por consiguiente, que no fundan su accion probada la precissa identidad, de que la Puebla està establecida en las tierras de de las vezindades, y no en las de las Mercedes, y compredas.

69. Teniendo como tiene la Ciudad à su favor la presumpcion, que son estas, y no aquellas, *ex dict. sup. num.* 47. y se acredita del Apèo de el año de 536. (*Mem. num.* 31. & 102. *y siguientes*) en el qual se le diò à la Ciudad possesion de las tierras del Pago del Chaparril, fundandose en los bienes, que la Ciudad huvo de Monterroso Provision, y Merced para los Proprios, y otros instrumentos en el *Pago del Chaparril.*

70. El Apèo del año de 568. (*Mem. num.* 114. *y* 115. *y siguientes*) se hizo de diferentes hazas en el Pago del Chaparril, y otros en el año de 594. (*Memor. num.* 124. *y siguientes*) se apearon otras hazas en diferentes Pagos, y en el del *Chaparril* declararon los Apeadores ser todas las tierras de la Ciudad, y se amojonaron como tales (*Mem. num.* 131.) y en esta propria forma, y conformidad se repitió el Apèo del año de 604. (*Mem. num.* 138.)

71. Y en este Apèo de el año de 604. (*Mem. num.* 140.) es de notar, que se le dió à la Ciudad possesion de 500. fanegas contenidas en la Merced de el año de 510. que es la que se refiere en el *Memorial num.* 25. En el año de 621. (*Mem. n.* 142.) se hizo otro Apèo, y se diò à la Ciudad la possesion de las tierras, que le pertenecian en virtud de las Mercedes de los Señores Reyes (*Memor. n.* 143.) En el año de 633. (*Mem. n.* 144. *y siguientes*) se apearon las hazas del Pago del Chaparril, y otras tierras en diferentes Pagos.

72 Con esto conviene el Apèo hecho pendiente este pleyto. Se hallaron las Casas, y Huertos de la Poblacion nueva de Nerja (*Mem. num.* 241. 242. *y* 244.) arreglado à el Apèo de el año de 633. que tuvieron presente los Peritos. (*Mem. num.* 239.)

73. Y por consiguiente, como diximos en el *num.* 63. de hecho, y de derecho funda la Ciudad el titulo, dominio, y justa

pos-

posſesion en que ſe halla de las tierras de ſus Mercedes, y Titulos, y que los Vezinos no han manifeſtado alguno, ni probado, que la Poblacion nueva eſtè ſituada en otras tierras, que las de las expreſſadas donaciones, y por tanto los dichos Vezinos ſe hallan eſtablecidos en ſuelo ageno, como dixo la *Ley* 3. *tit.* 25. *part.* 4. ibi: *Home, que es poblado en ſuelo de otro. Leg.* 37. *tit.* 9. *part.* 6. *L.* 2. *& ſeqq. tit.* 3. *lib.* 6. *Recop.* Garcia *de Nobilit. Gloſſ.* 18. *num.* 11. *& de Expenſ. cap.* 9. *num.* 53. *&* 54.

74. Podiaſe alegar por los Vezinos, que aunque la Poblacion mudò el ſitio, debe ſer con los miſmos derechos, eſſempciones, y franquezas, que tenia la antigua. Otero *de Paſc. cap.* 23. *num.* 22. como quando ſe reſtablece en el miſmo ſitio. Balmaſ. *de Collect. quæſt.* 64. *num.* 21. Mieres *de Maiorat.* 1. *part. quæſt.* 11. *num.* 11. Dom. Valenz. *conſ.* 180. *per tot. & notanter num.* 13. Dom. Lara *de Vit. Hom. cap.* 4. *n.* 23.

75. Eſtas doctrinas ſe entienden quando por alguna invaſion de enemigos, ó otro inopinado caſo, ſe mudan los habitadores à diverſo ſitio, que entonces, como que repreſentá la meſma Poblacion, conſervan ſus Privilegios, y derechos; pero no quando deſtruìda la Poblacion, deſpues con el tranſcurſo de el tiempo ſe eſtablece otra, aunque en immediato ſitio, que con los nuevos Moradores, es la Poblacion nueva, y diſtintà, *ita L. Si ſervus legatus* 27. §. *fin. ff. de aliment. legat.* ibi: *Nam, & ſi rurſus in ſervitutem inciderit non tamen legatum eius reſuſcitabitur novus enim homo videtur eſſe.* Balmaſ. *de Collect. dict. quæſt.* 64. *num.* 18. ibi: *Iurà iam mortua non reviviſcunt, quia alij homines ſunt.*

76. De lo contrario ſe ſiguiera vn reconocido perjuizio de Tercero, como es la Ciudad, que teniendo el dominio de ſus tierras en virtud de dichas Mercedes, y compredas, viniera otro à deſpojarle ellas, ſin otro titulo, que el acto voluntario de ocuparlas, lo que es en Derecho digno de caſtigo. *Lex* 1. *tit.* 13. *lib.* 4. *L.* 11. *tit.* 3. *lib.* 6. *Recop.* Gomez *in leg.* 45. *Taur. num.* 187.

77. Mayormente quando conſta, que algunos de los Pobladores antiguos, y ſus herederos han vendido tierras de ſus Repartimientos (*Mem. num.* 48. *y* 46) de que ſe prueban dos coſas: La primera, de que aquel primer Repartimiento ſe hizo en otros ſitios, y pagos, diſtintos de los que oy eſtà la Puebla de Nerja, y que aviendo ya cumplido la Ciudad con hazer vna vez el Repartimiento, y eſtablecimiento de la Poblacion mas de vn quarto de legua diſtante de la Mar, no eſtà obligada à repartirlo, ni bolver à dar tierras de las ſuyas proprias, *ex Leg. Cuius bonis, ff. de Curat. fur. Leg. Bobes,* §. *Hoc ſermone, ff. de verb. ſignific.* Mieres *de Maiorat.*

part. 1. *quæst.* 18. *num.* 14. D. Salg. *part.* 2. *Labyr. cap.* 4. *num.* 37. ibi: *Nam facultas conceſſa ad actum faciendum conſumitur in primo actu, ita vt ad ſecundum ex eadem facultate geſtum deficiat facultas.*

78. Y la ſegunda, porque no probádo los Vezinos, que actualmente lo ſon de dicha Puebla, el que ſean ſucceſſores por titulo particular, ò vniverſal de dichos primeros Pobladores, de ninguna forma pueden tener derecho, ni les aſsiſte el exercicio de la accion Real vindicatoria, que han intentado; pues conſtando, que los primeros Pobladores vſaron de las tierras de ſus vezindades, como reſulta de dichas ventas, y de que otras las poſſeen los dueños del Ingenio, y otras perſonas (*Mem. num.* 48. 49. *y* 77.) carece de todo apoyo legal el querer, que la Ciudad dè ſegunda vez lo que no tiene, y lo que real, y verdaderamente entregò à dichos Pobladores. *L.* 1. §. 2. *L.* 10. §. *Verſum* 6. *ff. de in rem verſ. L. Bona fides* 57. *ff. de Reg. Iur.* ibi: *Bona fide non patitur, vt bis idem exigatur.*

79. Lo dicho es ſuficiente para excluir el intento, y accion de dichos Vezinos, pues no aviendo probado, que la Ciudad poſſea otras tierras, que las de ſus Mercedes, y compredas, ni que tenga algunas de las de aquellos primeros Pobladores, no ay motivo para condenarle, à que las dexe libres para dichos Vezinos.

80. Y es de notar, que à los Vezinos no les baſtarà el juſtificar, que las tierras de las Mercedes, y compredas, no eran las en que ſe ha eſtablecido dicha Puebla, porque debian probar, que eran de las quarenta Vezindades, que ſe repartieron, y debió repartir la Ciudad, y que à ellos les pertenecian, como ſucceſſores de los Pobladores primeros.

81. Y la razon es clara: porque no conſtando ſer las tierras de las primeras Vezindades, quedàran valdìas, y Realengas, pues el Rey funda de derecho, D. Matth. *de Regim. cap.* 6. §. 1. *n.* 34. Antun. *de Donat. lib.* 3. *cap.* 43. *num.* 80. Alv. Valaſc. *de Iur. Emphyt. quæſt.* 8. *num.* 39. D. Larrea *alleg.* 5. *num.* 4. *& alleg.* 13. *n.* 36. y entonces funda la Ciudad à cobrar el cenſo, que eſtablece la Ley del Reyno citada *ſup. n.* 52.

82. Pero aun eſto ſe halla excluìdo; porque conſta, que el Señor Don Chriſtoval de Zehegin, con el juſtificado procedimiento de ſu Comiſsion, ſolo hallò, y declarò por Realengas (*Mem. num. vltim.*) las tierras del Rio de la Miel, y Cantarraijan, que no ſon las que tienen ocupadas los Vezinos de Nerja, ſobre que es eſte pleyto.

83. No obſtante, para que ſe reconozca el derecho, que aſsiſte à la Ciudad, en virtud de las Reales Cedulas para las Vezindades; por ſer el fundaméto principal

cipal de dichos Vezinos, reſponderèmos à èl con diſtincion.

84. Los Vezinos fundan ſu demanda en dezir, que por la Cedulas de 2. de Septiembre de 505. (*Mem. num.* 13. *y ſiguientes*) las Vezindades ſe las concedierō con diferentes calidades, y condiciones, como fueron las de que no tuvieſſen vezindad en otra parte: la obligacion de recidirlas; que no las pudieſſen vender, ni enagenar; que las caſas las tuvieſſen inhieſtas, y reparadas, y las Heredades bien labradas, de manera, que no ſe perdieſſen; que tuvieſſen armas; que ſe recogieſſen à la Fortaleza. (*Mem. num.* 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. *y* 21.)

85 No ſe diſcurre en què puedan los Vezinos inferir el dominio directo, y pleno de las Vezindades, y tierras de ellas, por eſtas condiciones, antes sì de ellas ſe infiere el argumento contrario. Lo primero, que en qualquiera impoſicion de cenſo emphyteutico, ó conſignativo ſe pacta, es la obligacion de tener los bienes reparados, y que no ſe deterioren; porque como en eſto cōſiſte la ſeguridad del cenſo, es advertida prevencion de ſemejantes impoſiciones, para que el dueño del directo dominio tenga ſu derecho aſſegurado, y ſiempre ſea vtil la poſſeſsion de ſu dominio.

86. Ya dexamos dicho en el num. 26. que la condicion, de que no ſe pudieſſe enagenar Vezindad alguna, ſin licencia de la Ciudad, era la mayor ſeñal del dominio directo de eſta: Tambiē dexamos notado en el num. 23. que en la condicion ſegunda ſolo ſe trata de las mejoras, que era en lo que los Vezinos tenian intereſſe. Y ſiendo aſsi, que en la Cedula anterior del meſmo dia (*Mem. num.* 12.) avia la Señora Reyna Doña Juana hecho *Merced, gracia, y donacion, pura, perfecta, y irrevocable de los bienes raizes, que los que ſe avian paſſado à los Moros avian dexado en aquellos Lugares, para que la Ciudad los pudieſſe dar à las perſonas, que fueſſen à poblar en ellos, en el Lugar de Torrox, haſta 70. Vezinos, y 40. en el de Nerja, ſegun, y con las condiciones, que quiſieſſe, y bien viſto le fueſſe.*

87. No puede ſer mas clara expreſsion de la translacion del dominio, y por èl quedò la Ciudad dueño de la propriedad, y como tal pudo darlo *con las condiciones que quiſieſſe, y bien viſto le fueſſe.* Y no aviendoſe revocado eſta Merced, ni preſumiendoſe tal, por ſer de hecho, *ex leg. In bello, §. Factæ, ff. de capt. & poſtlim. reverſ.* D. Valenz. *conſ.* 119. *num.* 130. *& conſ.* 129. *num.* 84. D. Molin. *de Hiſpan. Primog. lib.* 4. *cap.* 7. *num.* 33. quedó el dominio de la Ciudad libre, y con la facultad para vſar de èl, como buen Adminiſtrador de ſus bienes, *ex leg.* 2. *ff. ſi à parente quis manumiſ. ſit.* ibi: *Iniquum eſt ingenuis hominibus non eſſe liberam rerum ſuarum adminiſtrationem. L.* 43. *tit.* 5. *p.* 5.

88. La Ciudad en sus bienes tiene el dominio, como le puede tener otro particular, Cardin. de Luca *de Feud. discurs.* 3. *num.* 12. *& de Alienat. discurs.* 23. *num.* 3. y por tanto tiene arbitrio de dar lo que fuesse suyo, con las calidades, y condiciones, que quisiesse, y no en otra forma, *ex leg.* 21. *C. mandat.* ibi: *Nam suæ quidem quisque rei moderator, atque arbiter.* Y assi fue la Merced, y donacion, segun, *y con las condiciones, que quisiesse, y bien visto le fuesse.* Y siendo cierto, que el que dà vn solar, ò tierra de que es dueño, lo executa como buen Administrador, con pension, y censo, en reconocimiento del directo dominio, no puede, ni debe ser la Ciudad de peor condicion.

89. Lo que se comprueba, de que en virtud de la donacion, el donatario se subroga en el derecho del donante, y puede hazer lo mesmo, que este hiziera, y debe hazerlo, siguiendo su exémplo. *L.* 1. *ff. de Donat. Lex* 19. *&* 33. *C. eodem. L.* 3. *C. de revocand. donat.* D. Olèa *de Cess. Iur. & act. tit.* 3. *quæst.* 9. *num.* 27.

90. No es dudable, que restaurado el Reyno de Granada de los Moros, todas aquellas tierras, de que sus Magestades no hizieron donacion, ni merced à particulares, las destinaron para los Pobladores, que se estableciessen en los Pueblos con diferentes cõdiciones, que fueron, el que los assistiessen. Dom. Vela *differt.* 35. *num.* 83. que tuviessen las casas, y haziendas cultivadas, y reparadas; que tuviessen armas para la seguridad de los Lugares; que pudiessen vender, è hypotecar los frutos, y mejoras, y otras distintas condiciones, que tienen respecto à la conservacion, y defensa de los Pueblos, y subsistencia de las Poblaciones, como consta de los Capitulos de la Real Poblacion de este Reyno, su data en San Lorenzo à vltimo de Septiembre de 1595. y sin embargo se les diò à los Pobladores las tierras, con cargo de censo, y reserva de el directo dominio: con que las condiciones de armas, assistencia, &c. no es argumento, de que la Ciudad debiò darles libres, y sin el cargo del censo, pues con estas, y aun mas gravosas condiciones se dieron las Suertes à los Pobladores de este Reyno, y ademàs con la paga del censo, de cuyos bienes tratò remissivè Aguil. ad Roxas *part.* 5. *cap.* 6. *num.* 37.

91. Lo que se comprueba mas, de que se mandò, el que las tierras se diessen con las condiciones, que la Ciudad quisiesse, y bien visto le fuesse, lo que dize arbitrio libre para ponerle los gravamenes, que le pareciesse à el tiempo de la dacion, *ex leg.* 1. *tit.* 3. *lib.* 6. *Recopil.* ibi: *No les guarden lo que fuere puesto en la encartacion.* Y despues: *Y no les guardando lo que es puesto en la encartacion.* Y prueban las Leyes siguientes,

tes, que sin embargo de ser el solar de los dueños, declaran las condiciones, que se deben guardar en las Poblaciones, y conservacion de los solares, y derechos de los que los poseen.

92. Se trae por argumento por dichos Vezinos, la Cedula de dicha Señora Reyna Doña Juana de 24. de Diziembre de 513. (*Mem. num.* 47.) à favor del Concejo de la Villa de Torrox; y aunque hablando con dicha Villa, no puede servir à la Puebla de Nerja, *quia ex diversis non fit illatio, ex leg. vltim. ff. de Calumniatorib. Leg. Interstipulantem*, §. *Sacram, ff. de verb. obligat.* Pareja *de Vniversf. Instr. Edit. tit.* 2. *resol.* 6. *specie* 2. *num.* 261. D. Valenz. *cons.* 33. *num.* 133. Escob. *de Ratioc. cap.* 28. *num.* 26. Carpio *de Executor. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 19. dicha Cedula es contra el intento de dichos Vezinos.

93. Supone hecho el Repartimiento en Torrox, y dispone, que el que recidiesse en su Vezindad diez años, hiziesse suyas las tierras, y Heredamientos, que les fueren repartidos: con que debiendo el que litiga, y mayormente el Actor, probar el fundamento de su intencion. *Leg.* 5. *ff. de Probat. Lex Actor.* 23. *C. eod.* §. 4. *Instit. lib.* 2. *tit.* 20. *de legat.* Dom. Vela *differt.* 3. *num.* 36. Carlev. *de Iudic. tit.* 3. *disput.* 34. *num.* 18. Dom. Gonzal. *in cap. Si diligenti* 17. *n.* 8. *de Præscript.* Mieres *de Maiorat. part.* 1. *quæst.* 52. *num.* 46. Debian los Vezinos de Nerja probar tres cosas: La primera, que dicha Cedula se entendia tambien con Nerja, contra todas las Reglas de qualquiera Reseripto. *L.* 47. *tit.* 18. *part tit.* 3. Dom. Valenz. *cons.* 71. *à num.* 84. Barbos. *in cap.* 36. *de Præscript. num.* 6. La segunda, que avian recidido sus Vezindades 10. años. Y la tercera, que eran successores de aquellos, que por aver recidido los diez años, hizieron suyas las tierras.

94. Otra Cedula es, la de 15. de Marzo de 515. (*Mem. num.* 54.) la qual prueba la defensa de la Ciudad, porque se reduce à que para el rescate de los Vezinos de Nerja, que estaban en poder de Moros, se pudiessen vender los bienes, y Heredades, que les fueron dados en Vezindades.

95. Porque si huvieran quedado con pleno dominio en las tierras de la vezindad, no necesitaban de Real Facultad para la venta, porque como dueños podian disponer de sus bienes, *ex leg.* 2. *ff. si quis à parent. manum. sit*, & *ex leg.* 21. *C. mandat.* mayormente para vn efecto tan piadoso, y privilegiado, como el de conseguir sus dueños la libertad.

96. Pero como la propriedad de los bienes era de la Ciudad, segun las Cedulas que quedan citadas, y lo repiten en esta, ibi: *Le hizieron merced de todas las Heredades, y bienes de los dichos*

chos Lugares (*Mem. num.* 59.). Deseando el que sus Vezinos gozassen la libertad, y dichos Lugares permaneciessen poblados, y que los Cautivos solo podian tener las mejoras, fue preciso, que el Concejo de Velez ocurriesse à los Señores Reyes Catholicos, y obtuviesse dicha Real Cedula, para poder vender dichos bienes, para el expressado efecto.

97. De esta Real Facultad, y Cedula, no pueden los Vezinos de Nerja fundar derecho, para su pretension, por lo que dexamos repetido, de que no prueban el que las tierras, Casas, y Huertos, que à el presente tienen à censo de la Ciudad, sean aquellas quarenta vezindades, que en muy distinto sitio se les repartieron.

98. Y tambien se infiere, que la Cedula, que habla con la Villa de Torrox, no es extensiva à los Vezinos de Nerja, segun dexamos dicho en el num. 92. ibi: *Mandando, que en quanto à los Vezinos de Torrox, se guardassen las condiciones del avezindamiento, que sobre ello se hizieron, y en quanto à los Vezinos de Nerja, &c.*

99. Pueden assimesmo dichos Vezinos alegar la resistencia de Derecho, que tiene el que los dueños de las Jurisdicciones impongan tributos, ni otros gravamenes, *ex tot. tit.* 11. *lib.* 6. *Rec.*

100. A lo que se satisface con lo que dexamos dicho de q̃ la Ciudad no pretende introducir imposicion alguna solo por razon de la Jurisdiccion que exerce, ni vassallage, que es lo que se prohibe, sin embargo de que por las Leyes citadas en los num. 40. y 41. semejantes imposiciones, y derechos se adquieren, y prescriben por el tiempo, y por legitima costumbre se cobran, y perciben; porque lo que la Ciudad possee, y pretende es, el que tiene el dominio de dichas tierras, y como dueño Solariego las ha possedido, arrendado, y dado à censo de immemorial tiempo à esta Parte, lo que puede executar por todos Derechos, *ex dict. sup. num.* 26. *y* 28.

101. Bastandole aun la possession de diez años, y el reconocimiento, y paga de los Possedores para continuar cobrando los censos, Avend. *de Censib. cap.* 6. *num.* 2. y que se le absuelva de la demanda, no aviendo los Vezinos de Nerja manifestado el notorio error, y claro defecto de titulo en la Ciudad, Avend. *cap.* 99. *per tot.* como no lo han hecho, sino solo repetir los proprios fundamentos del Juizio Possessorio, en el que obtuvo Real Carta Executoria la Ciudad, y prueba la Ley 2. ibi: *Y si no huviere Cartas, ni Privilegios, que les sea guardado el uso, y la costumbre, tit.* 3. *lib.* 6. *Recop.* Por lo que espera la Ciudad de Velez la determinació à su favor. S.I.O.V.D.C.

Lic. D. Christoval de Espinosa Ocampo.



MANIFIESTO

QUE EL CONCEJO, Justicia, y Regimiento de la Puebla de Alfarnate

HACE

DE LOS JUSTIFICADOS, y legales motivos, que le asisten,

PARA PRETENDER,

QUE POR LA SUPERIOR JUNTA DE COMERCIO de estos Reynos se declare, que los Fabricantes de Paños, y Bayetas de dicha Puebla no deben de aqui adelante vivir exemptos de cargas Concegiles; y asimismo se declare, no aver sido Fabricantes Francisco Romero, y Juan Rubio, aver sido justos los procedimientos de los Alcaldes del año de 1733. y deberseles restituir las multas, y costas, que se les sacaron indebidamente.



SEÑOR.

Num. 1. AUNQUE en la superior comprehenſion de V.S. eſtà por demàs qualquier esfuerzo, que el Concejo, Juſticia, y Regimiento de la Puebla de Alfarnate intente hacer de los juſtificados motivos, y concluyentes razones, que le aſsiſten, para aver introducido, y ſeguir con tanto ardor el pleyto, que actualmente ſigue con el Gremio de Fabricantes, y Franciſco Romero, y Juan Rubio, Tratantes de Lanas.

2 Sin embargo haciendoſe cargo de que todos los pleytos tienen ſu eſtrella, *ſua ſydera lites habent*, Salvian. *lib.* 1. propicia unos, y contraria otros; y que de el vicio de eſtos ha adoleſcido el preſente: pues haſta aora no ha conſeguido el Concejo, que à ſu ſatisfacion ſe le aya eſpecificamente enterado à V.S. de las cauſas de equidad, y juſticia, que tiene deducidas, y con la ſuficiente comprobacion repreſentadas: baſtantes para perſuadir, que ni dicha Fabrica tiene privilegios, ni aun quando los huvieſſe generalmente concedidos à las de eſtos Reynos, ſe le debieran obſervar.

3 Las hace preſentes à V.S. por eſte Manifieſto, en que con la poſsible brevedad fundarà por varios medios ſu intento, eſperando, que no obſtante la duda, que ſe origina de la Sentencia dada por el Subdelegado, y Junta de Granada, que parece determinò ſolo un Juicio poſſeſſorio, mandando *manutener* al Gremio de Fabricantes, ſe determine por la Superior Junta, ſobre la propriedad de la exempcion, y franquicias, que pretenden gozar.

4 Aſsi porque el Concejo, haciendoſe cargo de que al tiempo, que ſe principiò eſte litigio, eſtaba dicho Gremio en poſſeſsion, y algunos años antes, no le ha diſputado, que *juſtè*, *vel injuſtè* poſſea, ò detente, ni ſobre ello

ſe

se ha empeñado en probanza, ni otra judicial diligencia; considerando, que aun quando obtuviesse determinacion favorable en el Juicio possessorio, no se escusaria de lo costoso, y molesto de otra nueva Instancia, con las demàs fatigas, y perjuicios, que de los pleytos se originan, ex dictis à Ciceròn *lib.* 1. *de Legib.* Augustt. Barbosa *alleg.* 79. *n.* 14. Valeròn *de Transact. in Proemio à num.* 2.

5 Como porque en Tribunales Supremos, hallandose los Autos con una probanza en plenario hecha, y vestidos de los suficientes requisitos para calificar no tener, ni deber gozar privilegios dicho Gremio, y apareciendo no litigar con justicia en lo principal, se desestima toda manutencion, y escusando nuevas instancias, se procede *ad ulteriora.* Noguerol *allegat.* 26. *n.* 389. ibi: *Quia causa agitur, in Supremo Senatu, in quo secundum communem practicam, nunquam manutentio possessori, qui justitiam in principali non fovet, conceditur.* Fontanella *de Pact. Nupt. tom.* 2. *claus.* 7. *part.* 3. *gloss.* 10. *num.* 78.

6 Con lo que concurre el deberse dàr la sentencia *secundum probata, etiam* que la demanda fuesse limitada, ò no contuviesse la mayor extension, siempre que el intento resulte probado. *Leg.* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recopil.* ibi: *Seyendo hallada la verdad: : : : los determinen, y juzguen segun la verdad, que hallaren probada.* Acevedo *ad dict. leg. à n.* 1. Joann. Gutierrez *Practic. lib.* 1. *quæst.* 100. *num.* 8. Rosa *consult.* 23. *num.* 33. no aviendo libelo, que mas descubra la naturaleza de la causa, que la contencion, que aparece de la prosecucion de los Autos. Jul. Capon. *tom.* 1. *Discept. For. discept.* 7. *num.* 10. *&* 11. *Quod nullus est melior libellus, quam contentio, quam partes habent in prosecutione causæ.*

7 En cuyo supuesto, para manifestar à V.S. el Concejo, con la conveniente separacion, las justas razones, y legales motivos de su pretension, se dividirà este Informe en dos Puntos. En el primero, se fundarà no deberse guardar algunos Privilegios, ni franquicias de cargas Concegiles al Gremio de dicha Puebla: Y en el segundo, no aver sido jamàs Fabricantes Francisco Romero, y Juan Rubio; y en su consequencia aver procedido rectamente los Alcaldes, que fueron el año passado de 1733. y deber-

se-

seles resarcir los daños, y costas, que por causa de los referidos padecieron.

PUNTO PRIMERO.

FUNDASE, QUE EL GREMIO de Fabricantes no debe gozar la exempcion, que hasta aora ha estado desfrutando.

§. I.

POR NO AVER PRESENTADO Privilegio, que los exima.

8 COnsiderando su Magestad por Real Cedula expedida en 3. de Junio de 1728. los graves perjuicios, que del crecido numero de exemptos se seguian, tanto à los Pueblos, por recaer las cargas Concegiles sobre los mas miseros vecinos, à quienes eran insoportables, quanto à las Reales Tropas, que en lugar de descanso, y alivio, encontraban mayor fatiga en sus alojamientos, abrogò, y limitò la abusiva exempcion à diversas personas, que con el pretexto, ò colorado titulo de Oficiales de Rentas, Cruzada, y otros ministerios, indebidamente usaban de ella.

9 Y por una de sus clausulas dispuso, y se previno, que en atencion à que las Fabricas de Texidos, y otras maniobras, estaban tan lexos de ser perjudiciales al publico, que antes bien su fomento era muy util al comun: assi por la falta, que de ellas avia en estos Reynos, como por el beneficio, que resultaba à los Pueblos; y mediante à que con las franquicias, y exempciones, que se les avian concedido, no solo se conservaban, sino que cada dia se iban aumentando, se les guardassen *sus Privilegios*, y libertades, sin embargo de la abrogacion, que se hizo de los demàs privilegiados.

10 Interpretando à su arbitrio esta Cedula, y sin presentar otro Titulo, ò Merced anterior, que especificamente conceda à la Fabrica de Alfarnate, ò generalmente à todas las de estos Reynos, la exempcion de cargas Concegiles, ha querido dicho Gremio se le guarde la que abusivamente ha desfrutado desde el año passado de 1728. en que erroneamente la Justicia de esta Puebla, con el motivo de dicha Cedula, empezò à tolerar su indebida franquicia.

11 Siendo assi, que la mente de su Magestad no fue otra, que el aprobar, ò confirmar generalmente los Privilegios, ò Mercedes antiguas, que à las Fabricas estuviessen concedidos, D. Valenz. *conf.* 79. *tom.* 1. *num.* 7. y su propria genuìna inteligencia es, que las que tuviessen algunos, ò en su origen, ò posteriormente adquiridos, se conservassen en ellos, sin que fuesse visto aprobar, ni conceder franquicia à la que no los tuviesse.

12 Porque siendo una mera confirmacion, que por sì no subsiste, ni obra algun efecto, no aviendo cosa confirmable, no pudo recaer sobre lo que no avia, ni mantenerse super non ente. D. Salgado *in Labyr. Credit. part.* 1. *cap.* 31. *num.* 14. & 15. ibi: *Confirmatio non est actus, per se subsistens, sed præcisè adhærens alteri actui; dicitur enim confirmatio, quasi cum alio firmatio, ubi enim non est quid confirmabile, confirmatio nihil operatur, quia per se sola, non potest subsistere, nec esse in aere*: Cap. *Examinata*, 7. *de Confirmat. util. vel inutil. Leg. Et quia*, 6. *ff. de Jurisdict. omn. Judic.* D. Valenz. *conf.* 69. *num.* 143.

13 Ademàs, que siendo relativa dicha Cedula, con la qualidad de moderna, y no teniendo inserto Privilegio alguno, que especificamente se huviesse concedido, deberà el Gremio que de ella quiera valerse, mostrar los anteriores Privilegios, à que se refiere, para que se verifique el intento de dicha relacion. Carlev. *de Judic. tit.* 1. *disp.* 2. *sect.* 7. *num.* 581. *Authentic. Si quis in aliquo documento. Cod. de Edend.* Joan. Gutierr. *conf.* 23. *num.* 9. D. Salg. *de Retent. Bullar. part.* 2. *cap.* 26. *num.* 61. & 62. D. Faria *in Addit. ad D. Covar. in Pract. cap.* 21. *num.* 5. D. Castill. *Controv. lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 60. Mascard. *de Probat. concl.* 105. *num.* 3. & *sequent.*

En

14 En cuyo ſupueſto la Fabrica de dicha Puebla avrà de comprobar, ò que privativamente le eſtà concedida la exempcion de cargas Concegiles, ò que generalmente tienen Privilegio para eximirſe todas las de eſtos Reynos.

15 Y no ſiendo Privilegio *incluſum in corpore Juris*, el que pretende, por no hallarſe en el Derecho, ni en nueſtras Leyes Reales concedida ſemejante franquicia à los Fabricantes, (que à ſer de eſta claſe le baſtaria probar la qualidad de ſu incluſion. Pareja *de Inſtrum. edit. tit. 2. reſol. 6. num. 35.*) es conſiguiente no ſe deba tolerar ſu obſervancia, mientras no aparezca ſu conceſsion.

16 Y fundandoſe en ella dicha Fabrica, es indiſpenſable el que la deba probar, y juſtifique el titulo en que eſtriva la exempcion, que aclama à ſu favor. *Text. in cap. Cum perſonæ, 7. de Privileg. in 6.* ibi: *Quod ſi tales Privilegio, & præſcriptione aſſerant ſe munitos, Privilegium quidem ipſum exhibeant.* Pareja *de Inſtrum. edit. dict. reſol. 6. num. 34.* ibi: *Illud enim ab eo, qui allegat, probandum eſt.* D. Gonzalez *in cap. Porrò, 7. de Privileg. num. 2.* Menoch. *de Præſumpt. lib. 6. præſumpt. 14. num. 15.* Flores de Mena *Variar. lib. 2. quæſt. 21. num. 262.*

17 Preſentando la Cedula, ò Merced en que ſu Mageſtad le concediò la franquicia, que alega tener, idem Pareja *ubi ſupr. tunc probata dicetur, ſi exemptionem ſe habere contendit, quando Privilegium producitur, & in eo comprehenſum oſtenditur*; reſultando de ſu regiſtro, y preſentacion la noticia de quales, quantas, y en què forma ſon las gracias que ſe les puedan, ò deban obſervar. *Cap. Porrò, 7. de Privileg.* ibi: *Ex inſpectione Privilegiorum ſuorum pleniùs advertere poteris, & ſecundùm, quod inveneris, ita obſerves.*

18 Con que no aviendo preſentado, ni juſtificado haſta aora ſus Privilegios, debiendo hacerlo, *ex leg. Si qua per calumniam, 12. §. Prætereà, Cod. de Epiſcop. & Cleric.* D. Molin. *de Hiſpan. Primog. lib. 2. cap. 8. num. 8.* Otero *de Paſcuis, cap. 11. num. 12. & ſequent.* no ay meritos para que la citada Fabrica desfrute qualidades, que no tiene, y quiera ſubſiſtir exempta ſolo con la ſombra de dicha Cedula, ſin moſtrar el relato, ò confirmado Privilegio, que debiò anteceder à ſu expedicion para fundarſe en ella.

§. II.

§. II.

QUE AUNQUE DICHA FABRICA tuviera algun ſemejante Privilegio, no ſe le debe tolerar, ni de nuevo permitir, por no ſer continua.

19 Y Aun quando con algun pretexto ſe pudieran conſiderar en dicha Fabrica algunos Privilegios, ò de nuevo intentaſſe conceſsion, ò permiſsion de ellos, propone el Concejo à V. S. las juſtas cauſas, que reſiſten la exempcion de ſus Fabricantes, y los conſtituye en la debida obligacion de concurrir *in diſcriminatim* à las cargas Concegiles.

20 Siendo la primera el eſtàr plenamente juſtificado no ſer Fabrica corriente, y continua la de dicha Puebla, ſino ſolo temporaria; y que ſus Laborantes ſe ocupan ſolo en ella la menor parte del año, que es deſde el corte de las Lanas, que regularmente ſe hace à fines de Mayo, haſta la Feria de Villa-Martin, que es à 21. de Septiembre, ocupandoſe lo reſtante, y mayor parte de èl en el exercicio, y labor de los campos.

21 Por lo que no merecen con propriedad el nombre de Fabricantes, ni ſe debe decir, que aſsiſten à la Fabrica, aſsiſtiendo *ad tempus*, y no perpetuamente. *Leg. Si fundus*, 43. *al.* 42. *ff. de Legat.* 3. ibi: *Si fundus legatus ſit, cum his, quæ ibi erunt, quæ ad tempus ibi ſunt, non videntur legata.* Undè Bartholus, ad eam inquit: *Non videntur eſſe in loco, quę ibi ſunt ad tempus.*

22 Y ſe avràn de reputar por Labradores, ò Jornaleros, que es el exercicio en que mas ſe ocupan, y no por Oficiales rigoroſos de Fabrica de Lanas, en que menos ſe emplean. *Leg. Legatis, 65. al. 63. §. Si unus, ff. de Legat.* 3. ibi: *Ei cedere ſervum dicendum eſt, cui legati ſunt, in quo artificio, plerumque verſabatur*; ſino es que ni de uno, ni de otro merezcan el nombre, por faltarles para ambos aquella ſuficiente aplicacion, è inteligencia, *ex leg. fin. C. de Aſſeſſor.* ibi: *Cum ad utrumque feſtinat, ne utrum benè per-*

peragat. Leg. 1. *Cod. de Præpoſ. agent. in reb. lib.* 12. ibi: *Et duobus officijs operam ſuam adhibere non poſſunt.* Roxas *de Incompat. part.* 4. *cap.* 4. *num.* 5.

23 Y en concurſo de qualidades diverſas ſe deberà apreciar la que ſolo prevalece. D. Valenz. *conſ.* 65. *num.* 22. *&* 23. y de ella, como mas principal, y eſtimable, ſe avrà de tomar la denominacion, *leg. Queritur*, 10. *ff. de Stat. Hom.* D. Salgad. *in Labyr. Creditor. part.* 2. *cap.* 9. *num.* 13. porque peſandoſe las circunſtancias de una, y otra, ſe atiende la que prepondera, *leg. Qui habent*, 3. *ff. de Tutel. cap.* 2. *de Converſ. Infidel.*

24 Por cuyos principios, para ſer con propriedad de algun oficio, y mucho mas para gozar de ſus inmunidades, y franquicias, ſi algunas le ſon concedidas, parece innegable aver de aplicar à èl un continuo, y no temporal exercicio, y uſarle con aquellos requiſitos, que enuncien ſer à èl la unica, ò principal aplicacion, ex dictis à Vincentio de Franchis *deciſ.* 175. D. Perez de Lara *in Compend. Vitæ Homin. cap.* 11. *num.* 10.

25 Y aſsi, quando ſu Mageſtad en el año de 1708. reformò algunos Privilegios, que ſo color de Oficiales de Guerra, Inquiſicion, y Cruzada, gozaban diverſas perſonas, determinò no ſe tuvieſſen por tales *los que no fueſſen de actual, y preciſo exercicio, Part.* 2. *Aut.* 153. *de los Acordados.*

26 No ſiendo veroſimil el que ſu Mageſtad, aun quando quiſieſſe ſe concedan algunas exempciones à las Fabricas de Texidos, penſaſſe concederlas à las que ſolo eſtàn corrientes una temporada, ſino ſolo à aquellas que ſean continuas, y perpetuas, *juxtà text. in leg. Qui ſaltum*, 67. *al.* 65. *ff. de Legat.* 3. ibi: *Non videtur de illis pecoribus ſenſiſſe, quæ hyeme hybernis, aut æſtate in æſtivis eſſe ibi ſolent; ſed de illis, QUÆ PERPETUO IBI SUNT.*

27 Siendo tan abominable por Derecho, el que no teniendo ſu mayor aplicacion, y continuo conato à un exercicio, pretenda el que le uſa, con el pretexto de èl, gozar de ſus inmunidades, y franquicias, y libertarſe de otras cargas, *leg. Qui ſub prætextu*, 1. *Cod. de Collegiat. & Chartoprat. lib.* 11. ibi: *Cum id munus non impleant, alijs ſe*

muneribus, connantur ſubtrahere; eorum fraudibus, credimus eſſe obviandum: ne quis ſub ſpecie muneris quod minùs exequitur, alterius muneris oneribus relevetur.

28 Cuyas reglas militan en nueſtro caſo, infiriendoſe de ellas, que la Fabrica de dicha Puebla, ſolo con impropriedad merece eſte nombre; y que ſus Laborantes, por ningun titulo deben llamarſe tales, y mucho menos pretender ſe les obſerve, ò conceda la exempcion que intentan, à viſta de no ſer tolerable, que ſiendo el mayor tiempo del año el que ſe aplican al cultivo del campo, y durando ſolo una temporada la Fabrica ſurtida, quieran ſe tenga por continua, y corriente.

29 Quando à lo menos no ſe puede negar, que para ſerlo con algun fundamento, debieran ocuparſe en la labor de Lanas la mayor parte del año, como ſe prueba, *ab argum. text. in leg.* 8. *tit.* 27. *lib.* 9. *Recop.* ibi: *Salvo ſi en el tal Lugar morare, y tuviere vecindad, y caſa poblada la mayor parte del año.*

30 Y *ex abundanti* ſe colige, *ex text. in leg. Cum de Lanionis*, 8. §. *Sabinus*, 12. *ff. de Inſtruct. vel inſtrum. legat.* donde para verificarſe la permanencia en las coſas deſtinadas à un fundo, quando el Teſtador tuvo reſpeto à que fueſſen continuas, y ſubſiſtieſſen en èl, ſe requiere, que ſubſiſtan la mayor parte del año, ibi: *Quęque ibi majori parte anni morabantur*; latè docet D. Amaya *ad leg. Cives*, 7. *C. de Incolis, lib.* 10. *à num.* 131.

31 Y ſi ſe les concede, lo mas à que pueden aſpirar, que es el uſar igualmente de uno, y otro exercicio, y que por ello avràn de gozar los Privilegios, que ambos tuvieren, *ex leg. Ejus qui*, 27. §. *fin. ff. ad Municipal. & de Incolis*, no por eſſo ſe deberàn eximir; pues del miſmo modo que uſando uno dos exercicios, goza las franquicias de ellos, quando ſon compatibles, *ita ſimilitèr* eſtà obligado à las cargas, y gravamenes de uno, y otro, cum Decio *in cap. Ex litteris de Probat. à num.* 67. *ad* 72. D. Larrea *Allegat. Fiſc. tom.* 2. *allegat.* 113. *num.* 11. con que aunque como Fabricantes ſe eſcusàran de las cargas Concegiles, deberàn contribuir à ellas como Labradores.

32 Fuera de que no ſiendo compatibles en una perſo-

na

na dos oficios, quando la expedicion, y miniſterio del uno ſirve de impedimento à la ocupacion del otro, Roxas *de Incompat. part. 6. cap. 4. num. 17.* como ſucede con el de Labrador, ò Jornalero, que neceſsita de la perſonal aſsiſtencia al campo, y el de Fabricante, que ocupa al Artifice en la Fabrica, no ſe les puede conceder el uſo con propriedad de uno, y otro, y ſe avrà de deſeſtimar, como menos principal, eſte ultimo.

§. III.

DEBESE EXCLUIR, POR SER EN Alfarnate muy continuas, y gravoſas las cargas Concegiles.

33 PEro fuera de lo dicho, y aunque el ſer temporaria dicha Fabrica es ſuficiente cauſa para excluirla de qualquiera intentada exempcion, concurre tambien, y ſe propone por ſegunda cauſa, el eſtàr probado, y dexarſe aſsi diſcurrir, ſer las cargas Concegiles en dicha Puebla mas gravoſas, y continuas, que en otros Lugares; en cuya atencion, y porque *ubi majus periculum, ibi cautius agendum*, ſe halla acreedor el Concejo de que ſe atiendan por V. S. con la mayor reflexion, los perjuicios que al comun ſe ſiguen de la exempcion que ſe intenta.

34 Reſultando de Autos, ſin coſa en contrario, que por ſer dicha Puebla el tranſito comun de las Reales Tropas para las Coſtas del Reyno de Granada, y el de Preſidiarios para la Caxa de Malaga, ſon muy frequentes los alojamientos, y prevencion de vagages, con tanto gravamen à veces, que llegando en un dia dos Regimientos, ha ſido preciſo que los Eccleſiaſticos ſe ofrezcan piadoſos à hoſpedar crecido numero de Soldados.

35 Siguiendoſe de eſto, el que à no ſer aſsi, fuera inſoportable al vecindario tolerar hoſpedages tan repetidos, y copioſos; porque aviendoſe de exceptuar, como ſe exceptùan, las viudas, por el decoro, y honeſtidad de

ſus

sus personas, y los pobres por su necesidad; Lagunez *de Fructib. part.* 1. *cap.* 26. *num.* 128. & 131. y no excediendo de trecientos vecinos la Puebla, à no aliviarles en lo referido los Eclesiasticos, no obstante ser exemptos, *leg.* 1. *Cod. de Sacrosanct. Eccles. leg.* 51. *tit.* 6. *part.* 1. *Canonistæ in cap.* 1. *de Immunit. Eccles.* & ibi Aug. Barbos. y la prevencion hecha en el Auto 152. p. 2. sobre alojamientos: yà se dexa discurrir quan gravosa, è intolerable les serìa dicha carga.

36 Repugnando à toda equidad, el que al mismo tiempo los Fabricantes, con el colorado pretexto de su Fabrica, se apelliden exemptos, y se libren, como actualmente sucede, de semejante pension: siendo assi, que por ser carga patrimonial, que no los abstrae de sus labores, *leg.* 3. §. *Munus*, 14. *ff. de Muner.* & *honor.* ibi: *Munus hospitis, in domum recipiendi, non personæ, sed patrimonij onus est.* Petrus Gregor. *Syntagm. part.* 2. *lib.* 19. *cap.* 8. *num.* 8. Lagun. *de Fruct. dict. cap.* 26. *num.* 47. & 50. aun quando de otras estuviessen exemptos, se les debe negar la inmunidad, y franquicia de esta, *leg.* 3. *Cod. de Muner. patrimonior.* ibi: *Qui immunitatem publicorum munerum consecuti sunt, onera patrimoniorum substinere debent: in quibus causis, & hospites recipiendi sunt.*

37 A que se llega, el que ninguno mas bien que el Fabricante puede soportar esta carga; porque assistiendo continuamente à su casa (si propriamente usa del oficio) le es mas facil ocurrir à las incomodidades, que para las familias causan los alojamientos de Soldados; lo que no sucede al Labrador, que por la indispensable assistencia à los campos desampara su casa, y familia.

38 Con lo que concurre el no ser menos frequentes los repartimientos de Utensilios; pues como dicha Puebla es Aldèa de la Ciudad de Velez-Malaga, y en esta, por lo regular, como una de las mas socorridas de la Costa, se hallan aquartelados Soldados en crecido numero cada dia, el Corregidor pide Utensilios à los vecinos de Alfarnate, y con la misma frequencia se hacen repartimientos de ellos.

39 No siendo justo, que los Fabricantes dexen de contribuir à esta carga, no solo porque de ninguna deben eximir-

mirse, sino tambien porque aun quando pudieran exceptuarse de alojamientos, no les sucederia assi con los Utensilios, que se pagan en especie de paja, luz, y leña, ò en dinero, *juxt. Aut.* 150. *part.* 2. en cuyo caso, ni los que por especial Privilegio se libran de aquellos, pueden escusarse de concurrir à estos. Thesaurus *Quæst. Forens. lib.* 1. *quæst.* 93. *num.* 9.

40 Lagunez *de Fructib. part.* 1. *cap.* 26. *num.* 127. ibi: *Unum tamen nota, quod prædictæ omnes personę, quæ à munere hospitij immunitate de jure, sive speciali Privilegio, aut stante consuetudine gaudere debent, id dumtaxat prætendere poterunt, cum actuales hospitationes indicuntur: secùs verò, si contributio in pecunia pro eis indicatur*, como sucede con las viudas. Donat. Ant. Marinis *lib.* 1. *Var. Resol. cap.* 167. *num.* 7. & 8. sino es que tambien se eximan por pobres, Lagun. *ubi sup. num.* 131.

41 Y con los repartimientos de Sisas, y Derramas generales, que llaman de Fuente, y Puente, y para reparos de Muros, Calles, y Caminos, y otras cosas publicas, de cuya paga no ay Privilegio, ni Exempcion, que liberte, y ni el Eclesiastico debe escusarse, *leg.* 11. & 12. *tit.* 3. *lib.* 1. *Recopil.* latè el Bobadilla *in Politica, lib.* 5. *cap.* 5 *num.* 33.

42 De donde se infiere, quan nociva serà en dicha Puebla la tolerada exempcion, que indebidamente estàn gozando los Fabricantes, assi en los repartimientos, como en el hospedage de Soldados, mayormente quando unos vecinos, porque dàn à texer un Paño, ò Bayeta, y otros porque cardan, desmotan, ò texen, son muchisimos los que quieren gozar de libertades, y franquicias.

43 Todos con el pretexto de una Fabrica de doce Maestros Texedores, que por necesitarse de dos en cada Telar corriente, como ellos mismos declararon en el año passado de 1728. vienen à quedar en seis Telares, que con la Lana, que se les hallò, teniendo hecha prevencion, no pueden surtirse todo el año; porque parece fueron como unas dos mil arrobas; y cada Telar necesita de mas de setecientas para su consumo: de lo qual, y ser lo mas que cada uno puede texèr una pieza en cada semana, se falsifica la prueba, que dicen de fabricar mil piezas cada año;

pues aun estando corrientes todo èl, si son seis, labraràn trecientas y doce; y si todos, seiscientas y veinte y quatro.

44 Con que si en dicha Puebla no se remedia el abuso de la tolerada inmunidad à los Fabricantes, denegandoles toda nueva concesion, vendràn à recaer las cargas Concegiles, ò sobre aquellos pocos, que por su estimacion no buscaren el pretexto de Oficiales, ò sobre los muchisimos, que por pobres, y miserables no tienen algun caudal de Lanas.

45 Viniendose à cumplir en quanto à los alojamientos, el no servir de descanso, antes sì de fatiga al Soldado, ni ser tolerables al resto del vecindario, cuyo perjuicio tuvo su Magestad muy presente en la Real Cedula de 3. de Junio de 1728. que se refiriò *sup. num.* 8.

46 Y en quanto à dicho servicio, y demàs cargas, resultaràn, y se veràn puntualmente cumplidos los inconvenientes, y daños, que movieron al señor Don Carlos II. à derogar algunos Privilegios por su Pragmatica de 18. de Enero de 1672. *ut constat in Pragmat. fol.* 319. *column.* 2. ibi: *Y estas cargas, y las Concegiles, que repartidas entre muchos fueran tolerables; reduciendose à pocos, se hacen insoportables, y causan grande deseaecimiento en los caudales, de los que no son exemptos: de que resulta la diminucion de los tributos, la despoblacion de los Lugares, el desconsuelo de los Pueblos, y otros perjuicios notorios.*

47 De donde se vè con quanta atencion se ha mirado siempre por su Magestad el bien comun de los Pueblos, y el suavizar à sus Vassallos las indispensables cargas, à que estàn obligados, y expuestos; no siendo verosimil, ni aun posible, que en su Real aprecio sea mas estimable la exempcion de Fabrica tan misera, que el bien publico de un Lugar, conmodo hospedage de sus Tropas, è igual contribucion de los vecinos, mayormente quando por lo referido, ni se destruye la Fabrica, ni se priva à sus Individuos de que fabriquen los Paños que pudieren.

§. IV.

TAMBIEN ES SUFICIENTE CAUSA de ſu exclaſion la perturbacion, que ſe ha originado de ſu tolerancia.

48 Y Aunque lo referido todo, no fuera ſuficiente obſtaculo, para negar Privilegios à dichos Fabricantes, y el reſto de vecinos ſe hallàra con fuerzas para tolerarlos, por tocar ſolo en el diſpendio patrimonial; no les feria facilmente ſufrible, el que los ſuſodichos, ſin otro fundamento, que el de ſu figurada, y erroneamente permitida exempcion, ſean el eſcandalo de la citada Puebla.

49 Cauſando las perturbaciones, è inquietudes, que de los Autos conſtan, de las que, unas por faſtidioſas ſe omiten, y otras por indecentes ſe callan; y por ellas, demàs de lo odioſa, que por sì es la deſigualdad, Giurba *de Fœud.* §. 2. *gloſſ.* 8. *num.* 16. à no aver la prudencia de unos vecinos contenido la honroſa intrepidèz de los otros, eſperando de la determinacion de eſte litigio ſu quietud, ſe huvieran originado no pocas quimeras, y ruidoſos motines.

50 Lo qual por sì ſolo es baſtante para que anteponiendo la quietud, y utilidad publica à los Privilegios, ni ſe les permitan, ni concedan algunos; porque eſtos no ſolo no ſe conceden, ſino que deben ceſſar, luego que comienzan à ſer nocivos, *Cap. Suggeſtum*, 9. *de Decim.* & ibi D. Gonzalez *num.* 4. D. Valenzuela *conſil.* 71. *num.* 89. D. Creſpi de Valdaura *part.* 2. *obſervat.* 101. *num.* 29. Antunez Portugal *de Donat. Reg. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 59. & 60. D. Larrea *allegat.* 77. *num.* 11. *ex leg. Ex facto*, 43. *ff. de Vulgar. & Pupil. Subſt.* ibi: *Etenim iniquum incipit fieri beneficium Principis, ſi adhuc id valere dicamus.*

51 No ſiendo veroſimil, que dirigiendoſe el animo de ſu Mageſtad à la ſuave quietud de los Pueblos, D. Ramos del Manzano *tom.* 2. *ad Leg. Juliam, lib.* 3. *cap.* 52. *à num.* 9. quiſieſſe, en perjuicio de ella, concederlos à ningun

gun Gremio. *Dict. leg. Ex facto*, 43. ibi: *Nec enim, aut Patrem, aut Principem de hoc casu cogitasse, verosimile est*; à que alude el proloquio de Tacito *lib.* 3. *Historiæ*, ibi: *Apud sapientes casa habebantur, quæ nec dari, nec accipi salva Republica poterant.*

52 Por cuyas razones de equidad, y justicia, hasta aqui reflexionadas, haciendose V. S. cargo de que dicho Gremio no ha presentado otro Privilegio, que la Cedula relativa, ò confirmatoria, sentada *sup. num.* 8. que la Fabrica es temporal, y no continua; que la Puebla de Alfarnate es el comun transito de Tropas, y Presidiarios; y que con el pretexto de su exempcion causan los Fabricantes la inquietud referida: no duda el Concejo, que no solo se declare no deber gozar de Privilegios, y ser abusiva la inmunidad, en que estàn, sino que tambien se les deniegue toda nueva concesion, que intenten.

PUNTO SEGUNDO.

QUE FRANCISCO Romero, y Juan Rubio, no han sido, ni son Fabricantes, fueron justamente incluìdos en los Repartimientos de Utensilios à principios de el año de 1733. se funda aver sido justos los procedimientos de los Alcaldes, y deberseles restituìr multas, y costas.

53 SI contra razon, y justicia ha estado erroneamente gozando la franquicia, que và dicha, el Gremio de Fabricantes: yà se dexa discurrir, quanta menos podrà concurrir, para que el que nunca ha sido de èl, con la supuesta imagen de Fabricante quisiesse gozar

de

de ella; por lo que es preciso tratar con separacion de estos dos, *juxtà textum in leg. Semper, 5. §. Divus, 9. ff. de Jur. Immun.* ibi: *Illud excutiatur, an effugiendorum munerum causa, imaginem Navicularij induat.* Haciendo presente su malicioso pretexto, aun quando la Fabrica estaba gozando la inmunidad de cargas Concegiles.

§. I.

QUE NI SON, NI HAN SIDO Fabricantes los referidos.

54 DOS requisitos son indispensables en qualquiera, que pretende ser reputado por Individuo de algun Gremio: el primero, estàr aprobado por Artifice de aquel oficio, que exerce: y el segundo, hallarse admitido, y escrito en la Matricula de los Oficiales, que componen el Gremio, probandose uno, y otro, *ex dict. leg. Semper, 5. §. Quibusdam, 12. ℣. Nec omnibus, de Jur. Immun.* ibi: *Nec omnibus promiscuè, qui assumpti sunt in his Collegijs immunitas datur, sed Artificibus dumtaxat.*

55 Y en quanto à deber estàr puestos en la Nomina, ò Matricula, que es uno de ellos, se prueba tambien, *ex text. in Leg. Quicumque, 10. C. de Cohortalib. lib. 12.* ibi: *Non antea accedere permittatur, nisi ejus nomen matriculis receptum primitus fuerit. Leg. Si duas, 6. §. In vulgari lectione, & §. Decet, ff. de Excusationib.* y para poder gozar de los Privilegios concedidos à un Oficio, lo supone por necessario antecedente el Narbona *in leg. 20. tit. 1. lib. 4. Recopil. gloss. 5. n. 2.* ibi: *Quemadmodum legimus, pleriscque alijs in casibus, necessarium esse, quod Officiales, vel aliæ personæ matriculæ adscribantur, ut suæ Artis, vel Officij Privilegijs perfruantur.*

56 Como se observa con los Soldados para que les valga el Privilegio Militar, *Leg. Eos, qui, 5. C. de Apparitor. Magistror. Milit. lib. 12.* Pareja *de Instrument. Edit. tit. 6. resolut. 6. num. 36.* con los Estudiantes, *leg. 1. C. de Collegiat. & Chartoprat. lib. 11.* Carleval *de Judic. tit. 1. disp. 2. sect. 5.*

*num.*495. y con los Familiares del Santo Oficio, de cuyo numero se debe dàr copia à los Ayuntamientos, para que conste quantos, y quienes son, *leg.* 18. *cap.*3. *tit.* 1. *lib.* 4. *Recopil.* Narbona *ubi sup. gloss.*5. *per tot.*

57 Cuya circunstancia, como se descubre de la inspeccion de los Autos, falta absolutamente à los dichos Francisco Romero, y Juan Rubio; pues no teniendo la Fabrica otra Matricula, que dos Nominas presentadas; la una con declaracion jurada de tres Laborantes en el año de 728. que se remitiò al Corregidor de Velez; y la otra embiada à la Junta de Granada en el de 732. la qual se tuvo presente para la ereccion, no consta averse comprehendido en una, ni en otra los dos referidos: siendo assi, que no solo se especificaron en ellas los Maestros, sino otros muchos.

58 Pero no solo no consta estàr matriculados, sino que tampoco pueden estarlo, por faltarles el primer requisito, y qualidad de Artifices, ò Fabricantes, sin la qual de nada les serviria la Matricula, *dict. leg. Semper*, 5. §. *Quibusdam*, 12. vers. *Nec omnibus*, *ff. de Jur. immunit.* ibi; *Sed Artificibus dumtaxat.*

59 Pues hasta aora no han presentado Cartas de Examen, por donde conste estàr idoneos para el obrage de los Paños, y demàs Texidos, hallandose por general ley, para todas las Fabricas de España establecido, que sin dicha circunstancia ninguno se admita en ellas, *leg.* 100. *tit.* 13. *lib.* 7. *Recop.* ibi: *Otrosi mando, que todas las personas que huvieren de hacer obrage de los dichos Paños en las Ciudades, Villas, y Lugares de estos mis Reynos, y Señorìos, sean examinados cada uno en su oficio.*

60 Et infrà: *Y que sin la dicha Carta de Examen no pueda tener ninguno de los dichos Oficiales Tienda de los dichos oficios*; de modo, que como circunstancia, *sine qua non*, serà intruso, y desestimable Fabricante, el que sin ella se quiera introducir en la Fabrica, y oficio para que no se halla examinado, Acevedo *ad dict. leg.* 100. vers. *Cada uno*, ibi: *Neque potest quis se intromittere in alio officio, quam in illo, ad quod est examinatus.*

61 Por cuyo principio se hallan los expressados con no-

notoria exclusion, y no menos que resistencia de Derecho, para ser numerados en la clase de Fabricantes, debiendo aver probado dicha qualidad, como apetecida en dicha Ley. Pareja *de Instrum. edit. tit. 2. resol. 6. num. 32.* Paschalius *de Virib. patr. potest. part. 1. cap. 6. num. 12.* D. Valenz. *cons. 191. num. 1.* Cencius *post tract. de Censib. Decis. S. Rotæ, dec. 38. num. 1.* Gratian. *Discept. Forens. tom. 1. cap. 90. num. 25.*

62 Sin que en modo alguno les patrocine el alegar, que aunque no se hallan examinados, mantienen Telares en sus casas surtidos, y con Maestros; porque además de ser lo mas cierto, que solo Francisco Romero, *lite pendente*, puso un Telar, se halla tambien prevenido este caso por otra Ley del Reyno, que aun con dicha circunstancia excluye del numero de Fabricantes à los que assi lo executan.

63 Y solo les dexa arbitrio para la labor de sus proprios Paños, *leg. 11. tit. 15. lib. 7. Recop.* ibi: *Otrosi mandamos, que ninguna persona pueda tener ninguno de los dichos quatro oficios, no siendo examinada, aunque ponga Maestros examinados, salvo para hacer sus proprios Paños.*

64 Tampoco les aprovecha, el que ayan querido persuadir se ocupan en desmotar la Lana, escarduzar, y aviar canillas para los Texidos; pues aunque este pueril, ò mugeril exercicio fuera digno de algun aprecio, que no lo es, y por èl se les concediera poder llamarse Obreros, se hallan con exclusion legal para reputarse por tales con propriedad.

65 Porque para serlo con la precisa idoneidad, se requiere tambien indispensable examen, *leg. 99. tit. 13. eod. lib.* ibi: *Y mando à los dichos Maestros, que no reciban Obrero alguno, que gane dineros como Obrero en los dichos oficios, sin que el tal Obrero sea examinado, y tenga Carta de Examen.*

66 Además, que bien claro se colige requiere dicha Ley mayor inteligencia en los Obreros, que la de escarduzar, desmotar, y hacer canillas, assi por ser dichas maniobras comunes à las mugeres, y niños, como es regular en las Fabricas, sin que estos necesiten de examen; como porque dicha Ley no permite se examinen hasta tener diez

y seis años, ibi: *Que se entienda, que ha de aver diez y seis años*; siendo assi, que de menor edad saben con perfeccion hacer canillas, y desmotar la Lana.

67 Y assi es preciso confessar, que la referida *ley* 99. habla en el sentido, que su declaracion *in leg.* 10. *tit.* 15. *eod. lib.* donde se permite, aya en cada Telar un Oficial por examinar, aviendo otro examinado; no siendo verosimil se entienda de los que solo desmotan, &c. y de que tantos se sirve un Telar, sino solo de los Oficiales que entienden del obrage, y con la direccion del Maestro saben texer, lo que no han probado, ni aun alegado los referidos.

68 Menos les aprovecha el que hagan, ò no, algunos empleos de Lanas, dandolas à beneficiar à los Maestros, y comerciando con las Telas que se les fabrican; porque esto en ningun modo excede de los limites de Tratantes, Mercaderes, ò Negociadores, sin que por ello sea visto adquirir el titulo de Fabricantes.

69 Pues aun quando excediera de negociacion, y por algun respeto fuera equivalente à alguno de los oficios de obrage de Paños, no por esso se escusarian del examen, pues este se requiere *pro forma* en dicha *ley* 100. *tit.* 13. *lib.* 7. *Recop.* in illis verbis: *Y que sin la dicha Carta de Examen no pueda tener ninguno de los dichos Oficiales Tienda de los dichos oficios*, las quales corresponden à las Latinas, *non aliàs, non alitèr*, que inducen forma en la disposicion. Pareja *de Instrum. edit. tit. 6. resol. 6. num.* 18. cum Decio *cons.* 528. *num.* 11. *&* 13. Cardin. Thusc. *littera C. concl.* 311. *num.* 14. *ex leg. Si unus, Cod. de Testam.* Antun. *de Donat. Reg. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 41. *&* 42.

70 En cuyo caso no se puede, ni debe cumplir por equivalentes, debiendo *ad unguem*, y especificamente observarse, *leg. Julianus*, 9. §. *Si quis rem, ff. ad exhibend.* Pareja *ubi sup. num.* 16. D. Valenz. *cons.* 3. *num.* 21. *&* 22. teniendose por de ningun efecto quanto se executa con inobservancia, por pequeña que sea, de lo que la Ley previene *pro forma*, Antun. *ubi sup. num.* 40. D. Vela *dissert.* 7. *num.* 6. *& dissert.* 37. *num.* 8. Joannes Gutierr. *Practic. lib.* 3. *quæst.* 15. *num.* 11. D. Salgad. *de Reg. Protect. part.* 3. *cap.* 9. *num.* 86. Valasc. *consult.* 133. *num.* 4.

Con-

71 Convenciendose indubitadamente de lo reflexionado en este §. que Francisco Romero, y Juan Rubio, ni han sido, ni son Fabricantes; y que aun estando indebidamente la Fabrica en el goce de franquicias, no debieron los referidos ser participes de ellas; y verificandose à la letra, que el pretexto de su negociacion han querido les sirva de sombra para huir de las cargas Concegiles, que fue el justo recelo del Jurisconsulto, *in leg. Semper, 5. §. Divus, 9. ff. de Jur. immunit.* ibi: *An effugiendorum munerum causa, imaginem Navicularij induat.*

§. II.

QUE LOS ALCALDES OBRARON arregladamente, y se les deben resarcir las costas, y multas.

72 DE lo dicho en el §. antecedente se infiere con evidencia, que los dos pretextados Fabricantes injustamente han dexado de contribuir à las cargas Concegiles, las veces que con error ha omitido la Justicia el incluirles; y aparece à todas luces arreglado, el que los Alcaldes que fueron el año passado de 733. los incluyessen en el repartimiento de Utensilios.

73 Mayormente quando por reducirse esta contribucion, ò à especie, ò à dinero, no se liberta de ella, ni aun el que tiene Privilegio para eximirse de alojamientos, *ut dictum est sup. num.* 40. & 41. y sin duda, de no incluirlos faltarian los Alcaldes à la observancia de aquella igualdad, que deben practicar entre los contribuyentes, *ex leg. Omnium, 6. Cod. de Vectigal.* ibi: *Omnium rerum, ac personarum in publicis functionibus æqua debet esse inspectio.* Antun. *de Donat. Reg. lib. 3. cap. 1. num.* 19.

74 Pero mal contentos los referidos, viendo por entonces à la Fabrica en la indebida possession de franquicias, y figurandose por Individuos de ella, acudieron al Corregidor de Velez, y quexandose de averles repartido dicho Servicio, obtuvieron un Auto en 21. de Abril de dicho

año de 733. por el que se mandò à los Alcaldes guardassen los Privilegios à los Fabricantes, sin que en ello interviniesse *fraude en perjuicio de la causa coman.*

75 Desde aqui tuvo principio el pleyto; y por averseles culpado en las diligencias que practicaron, y causado gravisimos daños, y costas à los Alcaldes, es preciso tocar los hechos con alguna reflexion, para que se descubra, no solo su arreglado proceder, sino tambien deberseles resarcir los perjuicios, y gastos.

76 Requeridos con dicho Auto, proveyeron otro, por el que mandaron, que los Veedores, dentro de tercero dia, diessen relacion jurada de los Laborantes de profesion que avia en dicha Puebla; encargandoles, que mirassen por la causa comun, la qual sin duda quedaria perjudicada, si estando por entonces dicha Fabrica gozando exempcion, no se supiesse el determinado numero de sus Individuos.

77 Y no satisfechos dichos Alcaldes de lo justificado de su providencia, viendo que los Veedores se negaban à dàr la relacion, embiaron sus Autos al citado Corregidor, quien por uno que proveyò en 29. de Abril les aprobò lo hecho, y mandò continuassen en la averiguacion intentada. Con esta aprobacion, sabiendo que toda Fabrica debe tener lista de los Fabricantes, y que los Veedores no podian escusarse à la declaracion pedida, mandaron segunda vez la diessen, con apercibimiento de apremio.

78 Y perseverando tenaces en no darla, asseguraron sus personas en la Carcel. Quan premeditada, y justa fue esta prision, no avrà quien lo dude, conocida la inobediencia de los referidos, y teniendo presente, que en materias de Hecho, omitida la controversia, que por Derecho Comun avia, se debe oy precisar à cumplirle personalmente, sin recurrir à intereses, *leg.* 13. *tit.* 11. *part.* 5. *leg.* 15. *tit.* 27. *part.* 3. ubi Gregor. *glos.* 3. D. Salg. 3. *part. Labyr. cap.* 12. *num.* 17. Noguer. *alleg.* 6. *num.* 22. D. Valentia *Illustr. Quæst. lib.* 2. *tract.* 2. *cap.*4. *num.*22.

79 Executada la prision, se querellaron en la Junta de Granada; y suponiendo en su querella quanto les dictò su cautela, obtuvieron un Despacho para que se soltassen los Veedores, no estando presos por otra causa: y aviendo

re-

requerido con èl à los Alcaldes, no le dieron el cumplimiento, y reſpondieron: *Que por ſer Legos, y neceſsitar de aſſeſſorarſe, ſe les dieſſe una copia de èl.*

80 Poco menos que ſacrilega ſe ha llamado de contrario eſta reſpueſta, arguyendo de ella el execrable delito de averſe negado el cumplimiento à un Deſpacho de la Junta, y no obedecido el precepto de Juez Competente; y ſin reparar que incurrian en la Sentencia de Seneca: *Ipſe me damno, dum accuſo*, por no aver los Veedores querido dàr la relacion que debieron, ocurrieron ſegunda vez al miſmo Tribunal; y ſin otro teſtimonio que aver ponderado quanto cupo la inobediencia, ganaron ſegundo Deſpacho, cometido à Miniſtro, y Eſcrivano de Granada, quienes con el eſtrepito de una Audiencia paſſaron à cumplir el primero: prendieron à los Alcaldes, les embargaron ſus bienes, y hicieron ſu deber al cobrarles las coſtas, ſobre lo qual es muy particular el lugar del ſeñor Amaya *in leg. 2. Cod. de Exactorib. tribut. lib. 10. num. 8. 9. & 10.* donde figura muy al vivo lo que ſon ſemejantes Audiencias.

81 Pero bolvamos à la reſpueſta, para fundar el ningun motivo que huvo para ſemejante extorſion. Si ſe entiende en el natural ſonido de las voces, ſe hallarà, que ſi como el Deſpacho fue de la Junta de Granada, huviera ſido de la ſuperior de eſtos Reynos, (caſo que los Alcaldes pudieſſen cumplirle) reſpondieron como debian, y les era facultativo.

82 Pues cada dia ſe practìca, el que las Juſticias Ordinarias, requeridas con Deſpachos de Tribunal Superior, ſiendo Legas, ſe aſſeſſoren, ò para dàr llanamente el cumplimiento, ò para ſuplicar repreſentando, por huir los Jueces del error à que eſtàn expueſtos, no ſiendo literatos. *Eccleſ. cap. 32. Fili ſine conſilio nihil facias, & poſt factum non pœnitebit, leg. 2. tit. 21. part. 3.* ubi D. Greg. Lop. *gloſ. 4.* Bobad. *in Polit lib. 1. cap. 8. à num. 6. & lib. 3. cap. 6. numer. 255.*

83 Pues ſi la Superior Junta no culparia à los Alcaldes, ſi à un Deſpacho ſuyo, pudiendolo cumplir, reſpondieſſen lo miſmo, por uſar en ello de ſu derecho, en que no cabe culpa, *leg. Fluminum, 24. §. fin. ff. de Damn. Infect.*

leg. Factum, §. *Non videtur de Reg. Jur.* D. Valenz. *conſ.* 56. *num.* 14. en què ſe funda la quexa de contrario, y de donde ſe arguye exceſſo en la reſpueſta, que mereciеſſe el tropèl de una Audiencia?

85 Y aunque ſe quiera inferir, que negaron el cumplimiento, tampoco en eſto (omiſſo que aſsi fueſſe) cometieron delito; porque ſiendo, como es, dicha Puebla de Alfarnate Arrabal, ò Aldèa de la Ciudad de Velez, y ſus Alcaldes pedaneos, ſe reputa por Barrio, y como coſa individua con ella, D. Greg. Lop. *in leg.* 7. *tit.* 20. *part.* 3. *gloſ.* 3. Otero *de Paſcuis*, *cap.* 10. *à num.* 5. D. Valenz. *conſ.* 79. *num.* 33. contemplandoſe ſus vecinos por miembros, è individuos de ella, y de ſu Juriſdiccion, DD. relati, *ex leg. Qui ex vico*, 30. *ff. ad Municip. & de Incol. leg. Pupillus*, §. *Territorium*, *ff. de Verbor. ſignificat.*

86 Por cuyos principios ſe debiò ir à tomar el cumplimiento del Corregidor de Velez, y no de dichos Alcaldes, como ſe ha obſervado, y obſervò el miſmo Franciſco Romero, querellante, en el año de 729. en el que acudiò à dicha Juſticia, *ante omnia*, con una Proviſion de la Chancilleria: y como advirtiò la miſma Junta de Granada, quando por reſiſtir el cumplimiento del ſegundo Deſpacho, à Conſulta, que el Miniſtro Executor hizo, mandò paſſaſſe à Velez à preſentarlo.

87 Y aſsi falſificado el ſupueſto de que podian cumplirle, ſe falſifica la negacion del cumplimiento, juxta principium: *Ejus eſt nolle, qui poteſt velle*, *leg.* 3. *de Reg. Jur.* y ni en el ſentido de no obedecerle, ni en el de aſſeſſorarſe, ſe puede con razon figurar delito à los Alcaldes; y quando mas, à quien ofenderian, ſeria al Corregidor de Velez, ſi ſe apropriaban baſtante juriſdicion para cumplirle.

88 Dexandoſe perſuadir ſin violencia, que el animo fue muy diverſo de lo que enuncia la reſpueſta, y que al reſponder los requeridos, era preciſo preſentarle, ò conſultarle con dicho Corregidor, para lo que pidieron la copia: impropriando las voces, puſo el que lo notificò la circunſtancia de *aſſeſſorarſe*, diſcurriendo los que le ganaron, que por eſte medio quedarian los Alcaldes Reos.

89 Y que asi fuesse, presto se reconoce, de que à continuacion de la Copia del Despacho, que se les entregò, se halla un Auto proveìdo por el citado Corregidor; mandando, que por no poder los Alcaldes cumplirle, acudiessen los que le obtuvieron à presentarle en su Juzgado, y à ello se les apremiasse: con que mal se compadece, pedir la Copia para assessorarse, y remitirla à dicho Corregidor, sino es que à este eligiessen por su *Assessor*.

90 Ademàs, que el hecho de ocultarse al punto el que le notificò, y la Parte, para que no se le hiciesse saber el Auto, el aver luego acudido à la Junta, y la siniestra relacion, con que se obtuvo el segundo Despacho, acredita bastantemente la malicia con que se procediò.

91 Con que por todos medios se justifica el arreglado procedimiento de los Alcaldes en lo referido, y calumniosa extorsion de los dos citados intrusos Fabricantes, quienes, demàs de lo dicho, se valieron tambien, de que en el intermedio que huvo desde dicha respuesta, hasta passar la Audiencia à soltar los Veedores, passò una noche uno de los Alcaldes, y les bolviò à poner los grillos.

92 Pero este cargo no necessita, para ser desvanecido, de otra Jurisprudencia, que la que saben los menos versados Alguaciles: porque estando justificado, que la Carcel de la Puebla se reduce à una casa particular, poco segura; que de noche se iban à sus casas; y que de su autoridad se avian quitado los grillos: no se descubre por què les fuesse prohibido bolverselos à poner, mienttas se tomasse, ò no, el cumplimiento del Despacho, con que avian sido requeridos, y no pudieron executar. Y si huviera sido por odio, ò venganza, no mandarian soltar al dia siguiente à uno de ellos, con solo certificacion del Medico de estàr algo indispuesto.

93 Acreditandose de todo, que Francisco Romero, y Juan Rubio nunca han sido Fabricantes; que los Alcaldes procedieron arregladamente, gastaron, y padecieron sin causa; y que los dos referidos deben resarcirles las costas

processales, y personales, que por su culpa lastaron, y las multas que se les exigieron. *Ex leg. 9. & 10. C. de Calumniator.* Bobadilla *in Politic. lib. 5. cap. 2. num. 95.* vers. *Cerca.* Valerón *de Transact. tit. 3. quæst. 5. num. 11.* Joann. Gutierr. *Practic. lib. 3. quæst. 21. num. 1.* D. Amaya *in Rubr. C. de Delatorib. à num. 17.*

94 Siendo contra todo Derecho, y equidad el que semejantes calumniadores queden indemnes, y sin castigo, y que los Alcaldes, que administraron rectamente justicia, no sean resarcidos en sus gastos, ni se les dè el debido desempeño, contra lo qual exclama el señor Don Juan de Larrea *in decis. 98. num. 54.* ibi: *Quid enim magis dissonum à jure, quam falsos testes, & calumniosos Delatores sinere impunitos? Aut quid segnius, quam Judicum vexatorum incolumitati non consulere.* Latè Mastrill. *de Magistratib. lib. 6. cap. 2. num. 7. & seq.* Siguiendose de no quedàr satisfechos los Alcaldes, el que *in eos omnes nunc facilè insultant*; idem D. Larrea *ubi sup. num. 57.*

95 *Ex quibus omnibus*, espera el Concejo, que atendiendo V.S. à quantos fundamentos vàn reflexionados, y los demàs que su superioridad tiene presentes, declare, no deber gozar la Fabrica de dicha Puebla Privilegios algunos, ni poderse le conceder sin perjudicar al comun: y asimismo mande restituir à los Alcaldes las multas, y que estas, y las costas, las resarzan los que las causaron. S. I. O. V. D. C.

Lic. D. Pedro Joseph Perez Valiente.

✠

POR

D. MANVEL JOSEPH DE MORALES,

Abogado de los Reales Consejos, vezino, y Regidor Perpetuo de la Ciudad de Antequera.

EN EL PLEYTO

CON LOS Sres. ABAD, Y CABILDO

del Sacro Monte Valparaìso desta Ciudad de Granada.

SOBRE

EL ARTICVLO INCIDENTE DE

exhibicion de instrumentos.

N. 1. EL Emperador Justiniano *in leg.* 39. §. *In refutatorijs* 1. *C. de appell.* encomendò la compendiosa narracion, ibi: *Sed hæc sola eis inscribere, quæ compendiosa narratione, &c.* Et Gloss. ibi: *Ego in referendo prolixus esse non debui.* Advertencia de Oracio *lib.* 1. *Sem. satyr.* 10. ibi: *Est brevitate opus.* Lo que teniendo por norte, solo se referirà del hecho lo precisso para la justificacion del articulo de exhibicion, incidente en la causa: *Et vt promissa adimpleamus.*

2. Parece por los Autos, que por dicho Cabildo se presentaron los seguidos en la Jurisdiccion Real, y en su virtud pedido ante la Eclesiastica nueva execucion contra Don Manuel

Ni-

Nicolàs de Morales Presbytero, como posseedor de vna casa Calle de Ledesma de esta Ciudad, que el instrumento en cuya virtud en vno, y otro Tribunal se pidiò, fue vna copia de Escriptura sacada sin citacion de Parte, ni mandato de Juez, la que se dize otorgada ante Antonio Ruiz de Prado, Escrivano de Granada, año de 1631. en que se dize: que D. Luis Cavero, Doña Francisca Tamariz su muger, y Doña Elvira Cavero su hija, venden à dicho Cabildo dos censos perpetuos en 3217. Rs. y 17. mrs. que el vno era de 1125. mrs. al año, y se pagaba sobre vna casa Collacion de San Mathias, linde casas de Andrès Villanueva de la Morata, de Fernando de Siles, y por delante la Calle Real; cuya casa Antonio Cavero, por poder de Gaspar Cavero vezino de Avila su Padre, là diò à censo perpetuo à Alonso de Rus Collado, ante Alonso Montilla Escrivano de Granada, por Escriptura en el año de 1545. y esta Escriptura es el relato de la predicha referente.

3. Presenta tambien dicho Cabildo vn Arbol de las personas, que succedieron en dicho censo, y otro de las que dize han succedido en la referida casa de Don Manuel, sobre que se dize constituìdo el censo, por cuyos reditos pidiò las executiones, que se declarò no aver lugar; y se recibiò la causa à prueba; por aver Don Manuel puesto cierta reconvencion al Cabildo; Don Manuel alegando sobre lo principal de la causa, desde luego redarguiò de falsos los instrumentos presentados por el Cabildo civilmente, y pidiò, que assi los instrumentos relatos, que constaban de su referẽte predicha Escriptura presentada, como todos los que confessò con los dos Arboles, que presentò de succesion de casa, y cẽso los exhibiesse, y presentasse, en que insistiò continuo en sus pedimẽtos; de los que solo aviendose dado traslado à dicho Cabildo, sin responder pidiò, que à Don Manuel se notificàra, presentàra los Titulos de dominio de su casa: y sin darle de esto traslado, se mandò; y à la notificacion respondiò, que el que tenia era de heredero de dicho su hijo; lo que repitiò por peticion, que presentò con su firma, porque no huviesse detencion, en que se mandasse, que el Cabildo hiziesse la edicion de instrumentos que pidiò; y reconociendo, que de ello solo se bolviò à dar traslado à dicho Cabildo, por otro pedimento saliò formando articulo sobre

bre que se avia de reponer el Auto, en que se mandò exhibiesse los titulos, y que se avia de mandar, que el Cabildo exhibiesse los instrumentos, que confessò en su libelo, presentacion de Arboles, y relatos en su Escriptura de venta; y que como articulo incidente, y perjudicial se avia de determinar ante todo, sin passar à la disinitiva.

4. Esto es el sucinto hecho, en lo que toca para fundar dicho articulo; pues para lo principal que se trata, es otra la defensa, que resultarà de su determinacion; por lo que para fundar el derecho, que à Don Manuel assiste, se dividirà este Papel en dos Puntos: En el primero se tratarà de fundar la obligacion, que tiene el Cabildo de exhibir, y presentar los instrumentos, que se le han pedido; y no assi Don Manuel. Y en el segundo se procurarà ajustar. que este articulo es perjudicial, y requiere precissa determinacion, sin que se pueda reservar para difinitiva, ni proseguir en lo principal del pleyto, hasta tanto, que el Cabildo cumpla su obligacion.

PUNTO I.

5. NO intento se apremie al Cabildo exhiba dichos instrumentos, como persona, que *ratione officij* estè obligado à tenerlos, y guardarlos, *ex leg. Argentarius, ff. de edend.* Parej. *de Edit. Instrum. tit.* 5. *resol.* 15. *num.* 5. sino por razon de litigar, por la que se sugeta à la carga, y obligacion de exhibir à su contrario instrumentos, *vt in leg.* 1. *ff. de fid. instrum.* Cevall. *quæst.* 827. *num.* 1.

6. No solo atendiendo à la llaneza, con que se procede por estilo de todos Tribunales, *vt Actor, Reo, & Reus. Actori primiscuè edere teneantur,* de quo Valasco *de Iur. Emphyt.* 1. *part. quæst.* 8. *num.* 4. *&* 8. Azeved. *in leg.* 3. *num.* 10. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop.* Gutierr. *de Gavell. quæst.* 226. *num.* 20. Burgos de Paz *quæst.* 5. *num.* 5. *&* 10. Cevall. *quæst.* 827. *à num.* 21. Parej. *tit.* 6. *resolut.* 1. *à num.* 8. Dom. Olea *tit.* 6. *quæst.* 6. *à n.* 8. pero tambien los apizes del derecho comun, que aunque disponia,

ria, que el Reo no fuera obligado à exhibir al Actor, para que fundaſſe ſu intencion. *L.1. & 4. & fin. C.de edend. L.6. C. de teſtib. L.10. §. Tormenta, ff. de quæſt. cap. Si teſtes §. 4. quæſt.3. cap. fin. 6. quæſt.5. & pro regula.* Socin. *regul.* 112. Dueñ. 230. Menoch. *de Arbitr. lib.2. cent.3. caſ.* 499. Rodrig. *de Redit. lib.1. quæſt.16. num.19.* Cyriac. *controv.* 116. *num.* 120. Barboſ. *in Collect. ad leg.1. num.4. C. de edend.*

7. At verò à contrario, *Actor Reo rationes, & inſtrumenta ædere tenebatur ad exceptiones ſuas fundandas. L. fin. C.de edend. L. fin. C. ad exhibit. Leg.* 27. *ff. de furtib.* Barboſ. *in Collect. ad dict. leg. fin. C. de edend.* Patian. *de Probat. lib.1. cap.* 63. *num.* 117. Gayto *de Credit. cap.2. tit.5.* Pareja *tit.7. reſol.* 1. *à num.2. vſque* 8. donde pone la diferiencia, y dà muchas razones, que la principal es la equidad, en que ſe funda eſte genero de edicion, *iuxta Text. in leg.* 1. ibi: *Equiſsimum videtur. Leg. Prætor ait* 4. ibi: *Huius edicti ratio equiſsima eſt. ff. de edend.* la qual milita ſiempre por el Reo contra el Actor, *vt in leg. fin. C. de edend.* ibi: *Quod vtique ipſa rei æquitas ſuadet.*

8. Y ceſſa, quando ſe pide por el Actor para poder fundar ſu accion. *L. Qui accuſare 4. C. de ædend.* ibi: *Cum neque æquitatis ratio permitat. Dict. leg.6. C. de teſt.* porque el Reo contra ſu voluntad *trahitur ad judicium. L.63. §.1. de verbor. oblig.* y las mas vezes ſin eſtar inſtruìdo de ſus defenſas, y con termino limitado para oponer, y concluir ſus excepciones. *Auth. iubemus, C. de jud. L.1. C. de dilat. L.1. tit.4. lib.5. Recop.* y no ſe vale de los inſtrumentos del Actor, para que ſe le condenen por ellos, ſino ſolo para defenderſe; de que reſulta mayor favor à ſu pretenſion. *L. Favorabiliores, ff. de regul. iur. Leg. Arrianus, ff. de obligat. & action. Naturalis enim eſt pro laboribus favor.* Quint. *lib.4. Inſtit. cap.5.*

9. Lo qual corre con mas liſura por las circunſtancias del caſo preſente, en que Don Manuel, ni alguno de los mencionados en la Eſcriptura de venta, no conſta fueſſen dueños de la caſa que poſſee, ni que de ellos ſea heredero, ni ſucceſſor immediato, ni mediato, ni que eſtè probada la identidad, ni obligacion real, ni perſonal, y preſentando los inſtrumentos el Cabildo, pudie-

diera hallar mas bien defendida su justicia; cuyo peligro no en vano teme la de ocultarsele, y podrà quexatse vt aliàs. Ovid. *Epist.* 19. *Cur Reus infelix absens agor, & mea cum fit optima, non nullo, causa tuente perit?*

10. Y mas quando se halla convenido sin materia, para que aun como tercero posseedor de cosa afecta à tal censo que se pide pueda defenderse, no siendo heredero, ni successor, *ex à se, vel ex parte* de los que se suponen obligados, contra quienes principalmente compitiesse el derecho de executar; que este se llama tercero posseedor. *L. Quædam. §. fin. ff. de edend. Leg. Hæreditatem, §. Mandatum, & §. Legatarijs, Instit. de legat.* Barb. *de Præscript. 3. part. quæst. 12. num. 1.* Guzm. *de Evict. quæst. 11. num. 35.* ibi: *Qui non est hæres, vel successor ex à se, vel ex parte illius, in quem principaliter jus exequendi competit.*

11 Quo supposito: Venit disputanda quæstio: *Quæ instrumenta debeant exhiberi, & quæ non? Et est regul. iur.* que aquellos instrumentos se deben exhibir, en que concurren dos circunstancias; vna, que se siga de ellos algun interesse à quien pide, como parte, la exhibicion. *L. 3. §. Sciendum, & §. Plus dicit, ff. ad exhib. L. 4. & 6. & fin. eod. L. Senatus. L. Siquis. §. Ex hoc edicto. L. Quædam. §. Cæterum, ff. de edend.* Y la otra, que se pruebe la existencia del instrumento en poder de la persona à quien se pide. *L. 4. C. ad exhib.* ibi: *Instrumenta sui juris, quæ penes diversam partem fuisse probaberis. L. 17. cum seqq. tit. 2. part. 3.* Parej. *tit. 5. resol. 15. num. 15.* Cyriac. *controv. 544. à num. 18.*

12. En quanto à la primera no se requiere, que conste con certeza del interesse, porque basta, que con probabilidad parezca le puede aver. *L. 5. & 6. L. fin. C. de edend.* ibi: *Rationes promi reus desideret, quibus se posse instruere contendit. L. 4. C. de fid. instr.* Bald. *in Rub. C. eod. num. 10. Item dico, quod eduntur indiferenter omnibus, qui volunt instruere, quorum interest verisimiliter. Quod quidem postulat equitas,* en que *principaliter* se funda la edicion, *vt suprà manet dictum, & ratio indagandæ veritatis, quam semper boni Iudicis inquirere, & preoculis habere debent. Cap. Iudicantem 30. quæst. 5. cap. 1. de re iudicat.*

lib.6. L. Illicitas, §. Veritas de officic. pro consul. L.9. C. de iud. L. fin. ff. de probat. L.10. tit. 17. lib.4. Recop.

13. Y para ello bastan congeturas. Bald. *in leg. 1. C. de edend. num.4. & in leg.3. §. Sciendum num.1. & 2. ff. eod.* ibi: *Dicitur sumaria cognitio respectu probationi, & fidei, quæ non requirit probationes omni exceptione maiores, sed sufficiunt præsumptiones, vel indicia, quæ Iudicem ad suspitionem inducant.* Et cum Garc. Burg. de Paz, Donell. Farin. Oliver. Alex. Ludov. *quorum verba refert.* Parej. *tit. 5. resol. 11. num. 22.* y aun el juramento de la parte. *L.15. ff. ad exhib. L.1. §. Sciend. eod.* ibi: *Quod fiet si solum iurabit Actor sua interesse; statim enim exhibetur ei, iunctis, quæ cummulat.* Parej. *vbi proximè num.23.* y el interesse, que Don Manuel tiene en dicha exhibicion, que ha pedido por estar tan patente de los Autos, no necessita de prueba. Por lo que dixo San Leon Papa *Epist. ad Iubenel. 78. tom.1.* illic: *Non potest non videri, quid laborat intellectus vbi est magister aspectus?*

14. Nec etiam se puede dudar de la existencia (que es la segunda circunstancia) por las presumpciones de derecho, que para ello resultan, *quarum qualibet rectè dicitur perfecta, & liquidissima probatio. L.77. de legat. 1. L.64. L.67. §. fin. de legat. 2. L.39. de legat. 3. & L.38. §. penult. L.35. de hæred. instit.* Garcia *de Nobil. Gloss. 1. §. 2. num. 13.* Surd. *cons. 82. num.39.* Patian. *de Probat. lib.1. cap.8. num.2.* Dom. Valenz. *cons.28. à num.7.*

15. Tum, por aver presentado el Cabildo la Escriptura de venta del censo relato en ella, y de los reconocimientos, que hasta entonces se avian hecho, y succesiones de los dueños de èl, y los Arboles de estos, y successores de los obligados, con confesion propria *in juditio facta. Ex possessione enim partis præsumitur possessio totius. L.3. §. Quod autem, ff. de acquir. poss. L.13. Siquis omis. caus. testam. L.32. de legat. 3. L.18. de serv. rust.* Afflictis *in cap. Vnic. de conten. inter domin. & vassal. de invest. Iud.* Menoch. *præsumpt.69. n.26. lib.6.*

16. Quibus accedit, & rem radicitur apperit, que el instrumento ya producido, y presentado en juizio *nequis occultari,*

sed

ſed omnino debet exiberi. L. 1. §. *Edendo, ff. edend. cap. Contingit juncta Gloſſ.* verb. *Exhibere. L.* 2. 4. *&* 5. *familiæ hærciſc. ſemel enim producta in iuditio ſiunt communia, dict. leg.* 1. §. *Editiones. L. Siquis,* §. *Si initium, ff. de edend.* ibi: *Communis enim omnis ratio eſt præpoſitia. Cap. Quoniam contra, de probat.* Felin. *in cap. Venerabili num.* 23. verſ. *Quintus de exception.* Maſcard. *de Probat. concluſ.* 916. *n. fin.* Dom. Covarr. *Pract. cap.* 20. *num.* 7. verſ. *Secundo eſt.* Azev. *in leg.* 3. *num.* 17. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop.* D. Valenz. *conſ.* 150. *num.* 44.

17. Qnod non ſolum procedit *in productione reali, ſed in verbali.* Bald. *in leg.* 2. *num.* 16. *ad fin. C. de edend. & in leg. Diſoluta num.* 4. *C. de cond. ex leg.* Feret. *in repet. cap.* 1. *num.* 51. *de prob.* Vrſil. in Add. ad Afflict. *deciſ.* 330. *num.* 3. & 4. Patian. *de Prob. lib.* 1. *cap.* 66. *num.* 113. *& ſeqq.* Cravet. *de Antiq. temp.* 1. *part.* §. *Quæritur, cum alijs.* Parej. *tit.* 7. *reſol.* 6. *num.* 10. y en el proceſſo eſtàn producidos *non ſolum verbaliter* por la peticion, ſino por los Arboles, que el Cabildo preſentò; y ſiendo como ſon parte de los Autos *nequeunt ſeparari*, y ſe entienden producidos todos; imò, que aunque el que preſenta proteſte lo haze ſeparatim, y ſolo en lo favorable, *adhùc habetur productio facta in totum*, y le dañarà lo perjudicial. *Cap. Cum olim in fin. de cenſ. Gloſſ. in leg.* 1. §. 1. verb. *Die, ff. de edend.* Parlad. *Rer. Quotid. cap. fin.* 1. *part.* §. 5. *num. fin.* Alex. Ludov. *deciſ.* 238. *num.* 11. Mench. *lib.* 1. *quæſt. illuſt. cap.* 2. *num.* 9. his non relatis Parej. *tit.* 7. *reſol.* 3. *num.* 77. *& ſeqq.* Dom. Valenz. *conſ.* 150. *num.* 23. *uſque ad* 45. *& præcipuè num.* 32.

18. Tum, & concludenter, porque aunque fueſſen diſtintos inſtrumentos, ſolo por hazer relacion à otros, y referirſe en ellos, *intelliguntur in eſſe in ipſis, ſimulque cum eis videntur productis.* DD. *in leg. Hæres palam.* §. *Siquis poſt, ff. de teſtam.* Paul. ibi. *num.* 3. & 4. Oldrad. *conſ.* 266. verſ. *Et advertendum,* Surd. *deciſ.* 29. *num.* 4. & 5. Gratian. *diſcept.* 147. *num.* 1. D. Salgad. *de Reg.* 4. *part. cap.* 12. *à num.* 30. D. Caſtill. *cap.* 182. *n.* 11. *Nam relatum eſt in referente ac ſi ſpecialiter, & expreſsè inſertũ eſſet. L. Ex à ſe toto* 77. *de hæred. inſtit. L.* 10. *de cõd. inſtit. L.* 38. *de cond. & demonſt. L. Ait Prætor.* §. *fin. de re judic.* Surd. *cõſ.*

200. *num.* 5. Gratian. *discept.* 751. *num.* 3. Difusè D. Castill. *lib.* 4. *cap.* 43. *à num.* 8.

19. Quapropter: Es conclusion cierta, que *sunt exhibenda contenta, & relata in instrumentis semel productis*, y de que en ellos se haze mencion. Vt omnium primus docuit Bald. *in leg. In civile num.* 7. *ff. de legat.* sequitur Alex. *cons.* 3. *num.* 1. *lib.* 2. Decio, *in leg. Edita num.* 87. *C. de edend.* Crav. *cons.* 112. *num.* 15. *lib.* 1. Marant. *in Pract. tit. de Actor. edit. n.* 7. Parej. *tit.* 7. *resol.* 9.

20. Y no pudiera relevar al Cabildo si negasse la existencia en su proder de los instrumentos relacionados en dicha Escriptura de venta, que presentò, y Arboles de succesion que diò, ni si jurasse no tenerlos. *Ad cuius intelligentia distinguendum est, tripliciter enim quis adstringitur edere instrumenta, aut ratione officij, de quo suprà, & tunc*, no basta el juramento de no tenerlos al que lo resiste, sino es necessario probar la amision que con liquidissimas pruebas, y que fue sin su culpa. *L. Siquis argentarijs, §. Anne hæredi, ff. de edend.* Barthul. *in hac leg. num.* 4. Bald. *ibid. §. Prætor num.* 3. *& alijs*, quos refert Parej. *tit.* 5. *resol.* 15. *num.* 7. *& 9.*

21. *Aut iure actionis, vel in vim contractus debetur editio. L.* 5. *C. de pign. titia action. dict. leg. Siquis, §. Ex hoc edict. vbi communiter scribentes*, y corre en la misma conformidad la resolucion de Barth. & Bald. *in dict. leg.* Surd. *cons.* 151. *n.* 60. Trentacinq. *Var. de Fid. Instrum. resol.* 9. *n.* 5. Honded. *cons.* 19. *num.* 20. Sesse *decis.* 201. *à num.* 45. D. Valenz. *cons.* 21. *ex num.* 176. Parej. *tit.* 5. *resol.* 55. *num.* 8. *&* 10. Grato *cons.* 23. *num.* 22. Menoch. *præsumpt.* 16. *num.* 19. *lib.* 6. Patian. *de Probat. lib.* 2. *cap.* 47. *num.* 38. *& cons.* 84. *num.* 3. *&* 13.

22. *Aut neque ratione officij, neque jure actionis, sed tantum judicis officio*; y en este caso, à distincion de los dos antecedentes con solo jurar parece saliera de la obligacion, *ex leg. fin. C. de fid. instrum.* ibi: *Sed si dicat perdidisse, vel alioquim non habere facultatem eius exhibendi juramento, tantum fidem facito, neque amplius ad exhibendum cogitur.* Roboratur, *ex leg. Prætor ait, §. Si servus, ff. de edend.* ibi: *Sed si inscio domino fecit,*

cit, satis esse dominum jurare eas rationes nõ habere. L. Cum ita, §. Species, ff. de leg. 2. L. Cum lex, ff. de prob. L. vlt. §. Licentia, C. de iur. deliber.

23. Sed tamen in contrarium *est veritas: Nempè, quod in præsenti*, nada le aprovecharà dicho juramento, & fundatur ex seqq. Tum, porque no estamos en terminos de que *tantum teneatur officio Iudicis*, porque en el pleyto estàn ya producidos con aver presentado dicha Escriptura referente, peticion, y Arboles, y son parte de èl; y lo otro por referirse en ellas, è incluirse en ella virtualmente, vt observatum est, *suprà à num.* 15. *vsque* 20. *& ex die productionis*, quedaron afectos al juizio enteramente, *vt probatum manet dict. num.* y con obligacion de exhibirse siempre, que se exhibiessen por Don Manuel, *non solum officio Iudicis, verum etiam actione ad exhibendum, vel in factum. L.* 3. *§. Sciendum, ff. ad exhib. L.* 1. *§. Edenda, ff. de edend.* Rippa *in dict. leg. num.* 26. *C. de edend.* vbi Mantua *num.* 221. Honded. *cons.* 19. *num.* 21.

24. Tum, porque aunque cessara la referido, & solũ el Cabildo teneretur officio Iudicis, adhùc no fuera cierta su escusa con el juramento que hiziera; lo vno, *quia militare eadem ratio edita servaretur eadem juris dispositio.* Gloss. vers. *In longinquo habere, in dict. leg. Siquis, §. Penult. per text.* ibi: *Sàlicèt, in dict. leg. fin. C. de fide instrum. num.* 5. cum plurimis Patian. *cons.* 84. *num.* 13. Sesse *decis.* 201. *num.* 45. *& seqq.* Menoch. *cons.* 354. *per totum.* Lo otro, porque dicha *ley fin. §. fin. C. de fid. instrum.* no haze al caso; porque en el que procede, solo es quando se trata de exhibicion de Escripturas, que *semel fuerant exhibitæ apud acta*, y despues se restituyeron à la parte, quedando traslado en el pleyto, *vt ex verbis leg. Constat*, ibi: *Ille verò, qui eam iam protulit secũdam exhibitionẽ recuset, quod se dicat cartam.* Que es muy diferente de no averse exhibido, y sin embargo se recusa mostrarlos; que es comun resolucion no aprovecha el juramento, ni extenderse à ello dicha *ley fin.*

25. *Vt tradit* Gloss. verb. *Compelendos in clem.* 1. *§. Cæterum de vsur.* Menoch. *cons.* 354. *n.* 19. *volum.* 4. ibi: *Secus vbi agitur, quod exhibeatur illud, quod numquam fuit exhibi-*

tum. Et lib.6. præsumpt.61. num.15. Afflict. *decis.230. num.1.* Burg. de Paz Iunior. *quæst.5. n.16.* Augustt. Barbos. *in Collect. ad dict. leg. fin. num.7. & seqq.* Parej. *tit.7. resol.8. à num.24.* y la diferencia consiste en argumento *à cessante ratione*; porque la que tuvo el Emperador en aquella ley para su decision, fue la que refiere Alex. *in §. Prætor num.14.* vers. *Et per hoc*, ibi: *Quia pars, quæ semel producit instrumentum suum, postquam adversarius ei adhibuit fidem, non fuit in culpa si diligenter, vel serius tale instrumeutum non custodibit, cum illum ad alium non pertineret, nec ipse ratione alicuius sui officij tenebatnr ad custodiendum, vt alteri exhiberet.* Burg. de Paz *dict. quæst.5. num.17.* Trentacinq. *dict. resol.9. num.5.* siendo corriente en qualquiera parte del juizio se puede formar este articulo. Decio, *in cap.1 n.251, de Prob. in leg.2. n.18. C. eod.* Gratian. *tom.2. cap.262. n.17.* ibi: *Et in qualibet parte Iudicij acta edi debet.* Y se entiende, que quando se escusa la exhibicion de los instrumentos, son contra el Cabildo, y en defensa de Don Manuel. Barthol. *in leg.2. §. Divus num.3. de jur. fisc.* Bald. *cons.406. num.2.* Crav. *cons.112. n. fin. & 134. num.17.* Onded. *cons.19. num.30.* Menoch. *cons. 375. num.18.* Garc. *de Nobil. Gloss.2. §.1. num.44.*

26. A dicha exhibicion precisa mas: porque siendo el todo de la disposicion de la Escriptura la cõstitucion del censo, que por ella se vende, y se refiere, no puede probarse tal censo sin la Escriptura de èl, como relato, ni ella hazer fee. Escob. *de Purit. part.2. num.75. & quæst.3. à num.37.* Dom. Castill. *de Tert. cap.5. per tot.* Parej. *tit.4. resol.1. §.1. num.35. & tit.7. resol.1.* Gom. *in leg.1. Taur. num.11.* porque el relato ha de estar en el referente con todas sus qualidades. Castill. & Parej. ibidem Dom. Vel. *dissert.24. num.3. & dissert.49. num.12.* Barbos. *axiom. 201.* Thusc. *liter. R. concl.129.*

27. Sentado, que el relato ha de estar en el referente con sus qualidades en todo acto, materia, y disposicion. *L. à se toto 73. de hæredib. instit. L.38. ff. de condit. & demonst.* D. Castill. *vbi proximè num.3. cum multis*; desde el num.7. considera quatro casos explicando esta materia. El primero, quando el instrumento, ò otra disposicion referente contiene cosa cierta, expres-

sa,

sa, y determinada, y tal, que para su inteligencia, no precissa recurrir à la disposicion à que se refiere, y se hizo disposicion por aquel, que libremente puede disponer, que en este caso, solo el referente puede probar, porque subsiste por si solo. El segundo, quando la disposicion referente contiene cosa expressa, cierta de la determinacion de algun caso en materia, en que el que dispone no puede libremente disponer, sino es otro, por quien fue hecha la disposicion relata, ò del instrumento que se refiere, y entonces el referente no opera sin el relato. Tercero caso: quando la disposicion referente no contiene cierta determinada cosa, sino se refiere à otro instrumento; y entonces no vale sin el relato. El quarto: quando el instrumento referente està por sì, y tambien disposicion relata, ò aparece el relato, y contiene menos, que el referente, y en este caso el referente se restringe à aquello solo, que el relato contiene con todas sus qualidades; lo que tambien explica Guzmàn *de Evic. quæst.* 11. *à num.* 92. *vsque in fin.* Parej. *tit.* 7. *resol.* 9. *per tot.*

28. Por lo que conteniendo dicha Escriptura de venta presentada, no solo el relato censo, sino de las de los reconocimientos de el hecho, sin exhibirse estas, mal puede conocerse si en ellas ay cierta otra disposicion, que sin el relato pudiera de per se sola operar, ò excepciones, que pudieran manifestarse, ò si de ellas pudieran hazer alguna accion sin el relato en favor del Cabildo.

29. Por lo que faltando el titulo legitimo de la constitucion del censo, se presume introducido por fuerza, ò ilicitamente, y no puede valer, *cap. Quod latente de regul. iur. & ibi Gloss.* ibi: *Quod latenter, aut per vim aliàs illicitè introductum est, nulla debet stabilitate subsistere.* Ni por prescripcion longissima. *L. Proculus, ff. de damno infect. L.* 1. *§. Denique, ff. de adquirend. possess.* porque en estas prescripciones annuas, para que obliguen en lo futuro, se requiere estar hechas por legitima causa, y si no, no perjudican, porque los bienes por la paga del censo no se hazen censuales, sino se prueba verdaderamente el contrato de tal. *L. Herennius, ff. de decurion. L. Siquis, C. de fabric. lib.* 11.

30. Y assi qualquiera reconocimiento, que se assegure hecho del censo, como no se presente para reconocer, si por

èl se haze nueva disposicion acolando el censo ya justificado constituìdo el que reconoce, no pudiera, ni à èl, ni à otros perjudicarles; y como à la verdad nada conste de la causa porque se hizo, se entiende erroneo, y no puede dañar, ni al mismo que lo hizo. Menoch. *cons.* 1. *num.* 87. *&* *cons.* 162. *à num.* 28. Surd. *cons.* 577. *num.* 32. Bertrand. *cons.* 1. *num.* 13. *vol.* 3. donde al n. 17. sic ait: *Quo verò ad tertios possessores dico, & constituto, quod ipsi conveniri non possunt ad solutionem census, aut servitij, nec etiam agi potest contra eos ad commissum in vim dictarum recognitionum, quia ad hæc agitur actione personali. L.* 1. *C. de iure emphit. quæ non datur contra tertium possessorem, vel rei particulare successorem. L. fin. ff. de contrah. empt. L.* 1. *§. Si hæres cum similibus, ff. ad Senat. Consult. Trebell. Hæc omnia miraviter congessit.* Dom. Valenz. *cons.* 178. con muchos Autores, y textos *à num.* 56. *vsque in fin.* lo mismo afirma Guido Papa *decis.* 24. Guller. Bened. *in cap. Reinuncius.* verb. *Et vxorem, n.* 444. Rebuf. *de constit. reddit. artic.* 2. *Gloss. vnic. num.* 6.

31. Ex quibus necessario se infiere, que sin aver presentado dichos instrumentos, el Cabildo no ha fundado accion con que poder convenir à Don Manuel; por cuyo defecto no le puede aver constituìdo Reo en su demanda, y assi cessa en este caso lo expressado num. 6. y probado, de que sea promisquo al Actor, y Reo la obligacion de exhibir instrumento; porque sin lo antedicho, Don Manuel no està constituìdo Reo de la demanda puesta, no puede tener obligacion à exhibir al Cabildo los titulos de su casa, aun quando huviera probado quales, y la existencia en Don Manuel, à quien solo bastarà para obtener su possession, y que el Actor no pruebe su accion.

PUNTO II.

32. SUpuesta ya la obligacion del Cabildo à exhibir, este es articulo, que necessario se ha de determinar ante todo sin poderse proceder *ad vlteriora negotij*; porque la question de exhibicion es perjudicial à la causa principal. *Et ideò prius de illa,*

quam

quam de principali judicare opus est. DD. in §. Præiudiciales, instit. de action. L. Siqui, ff. de pet. hæred. L. Si de hæreditate. L. Si status. L. Cum status. L. 1. C. de ordin. cognit. cap. 1. Cap. Tuam eod. L. 5. tit. 10. part. 3. Dom. Covarr. *in 4. de Sponsal. 2. part. §. 3. num. 4.* Dom. Paz *de Tenut. cap. 12. n. 60.* Garc. *de Nobil. Gloss. 1. num. 27.* Dom. Castill. *lib. 5. cap. 105. n. 3.* Dom. Larr. *decis. 8. num. 28. & decis. 64. n. 5.* Bald. *in Summ.* ibi: *Quando obstaculum est in medio, prius debet agi ad remotionem obstaculi, quam vlterius procedatur.*

33. Floriano à Santo Petro, *in leg. 6. ff. ad exhib. num. 10.* ibi: *Nota, quod quando reperitur obstaculum aliquod in medio, ad iuditium dirigendum, prius debet agi ad remotionem obstaculi, quam ad vlteriora procedi possit.* Parej. *tit. 8. resol. 2. num. 13.* ibi: *Tum etiam, quia in hac specie clarius apparebat, cum constet editionis quæstionem præiuditialem esse causæ principali, atque ita prius de illa, quã de principali iudicare potest.*

34. Lo que mas se prueba: porque toda question incidente, que mira al Processo, y no à los meritos de la causa (como es la presente) se debe decidir luego sin reservarse para difinitiva. Bart. *in leg. 74. de Iud.* Innoc. *in cap. Cum inter 16. num. 3. vers. Si verò de elect. Gloss. 1. cap. 1.* vbi Abbas *num. 11. de Ord. cog.* Menoch. *cons. 364. à num. 11. L. 4. Gloss. 1. & in leg. 11. tit. 3. part. 3.* cum multis Carlev. *tom. 2. de Iud. disp. 5. num. 18.* ibi: *Addendum item est omnes exceptiones emergentes, quæ respiciunt processum, non meritа causa, vt exceptio brevitatis, dilationis, an testes sint recipiendi, vel ne, & similes statim, & ante omnia esse decidendas, & super illis interloquendum, nam nisi hoc fiat negotium principale non potest expediri.*

35. Gratian. *discept. 262. num. 13.* ibi: *Non autem quando pendente causa principali peteretur exhibitio alicuius instrumenti profundando iure petentis: tunc enim ista petitio esset incidens tanquam de re necessaria ad causam principalem.* Porque es de su naturaleza merè dilatoria, que nunca puede para la difinitiva reservarse; vt latè comprobat Carlev. *dict. tit. 2. disp. 5.* Dom. Salgad. *de Reg. 1. part. cap. 97. num. 39.* ibi: *Quia hoc impedimentum, quod de facto provenit sufficiens est ad differen-*

dum cursum negotij, quia actis non visis ferri non potest sentẽtia. 36. Parej. *tit.* 8. *resol.* 23. *num.* 13. trae muchas decisiones, y dize: *Nan Rota sine actis processus de facto fuit privata in expedicione causæ procedere non posset.* Honded. *cons.* 19. refiere otra decisiõn, donde por no aver querido vn Actor exhibir vn instrumento, se mandò cessar en lo principal; y tambien el Parej. *dict. resol.* 23. donde pone las penas, à que se sugeta el Actor, ò Reo que no exhibe, es vna, que al num. 11. dize: *Segunda pena, quam patitur litigator, qui recusat exhibere, est illa, quæ conspicitur lata adversus quendam nomine Gassarem per tres Senatores Rotæ Perusinæ, de quorum decreto testatur Honded. cons.* 19. *& num.* 17. pone otra, que concierne à esta, y es: *Quod ei denegatur Audientia ad litem in futurum, qui edere recusat. Ex leg. Sed si, §. Ait Prætor,* vers. *Sed si, ff. quib. ex caus. maior.* Bald. *in leg. Consentaneum num.* 24. *C. quo mod. & quand. jud.*

Constat igitur la Justicia del articulo por Don Manuel propuesto, quien espera favorable determinacion. S.I.O.D.C.

Lic. D. Manuel Joseph de Morales.

N. 1. AVIENDO CONQUISTADO LOS Señores Reyes Catholicos D. Fernando, y Doña Isabel, de glorioſa memoria, la Ciudad de Almeria, y entrado en ella el dia veinte y ſeis de Diziembre, en que ſe celebra á San Eſtevan Proto-Martyr, año de mil quatrocientos y noventa, y erigido con generoſa dotacion la Santa Igleſia Cathedral el ſiguiente de noventa y dos, en deſempeño de aquel zelo Catholico, con que ſin perdonar fatigas, y trabajos emprendieron la Conquiſta de eſtos Reynos; ſin otra emulacion, que la extenſion de la Divina Fè, y exaltacion del nombre de Jeſus, erigieron, fundaron, dotaron ſu Real Cõvento de el Glorioſiſsimo Padre Señor S. Domingo, para que con la doctrina de ſus hijos Predicadores, fueran convirtiendo los Infieles, y reducidos al gremio de la Fe Catholica, ſe vieſſe logrado el fin de la Conquiſta: por cuya cauſa en treinta y vno de Diziembre de 1494. ſe deſignó el ſitio del Convento, dotandole con la mas piadoſa Real magnificencia, para que ſiempre conſervaſſe ſu Religioſa Obſervancia. Y ademàs de la generoſa dotacion de los Havices, en que ſe le dio vna tercera parte de ſus bienes, y la abſoluta de todos quantos tenian en propriedades, y haziendas (que eran muy copioſas) vnos Moriſcos de Nijar, que apoſtatando de la Fè Catholica ſe paſſaron à las Regiones de el Africa, le dieron en el Repartimiento Comun otras haziendas, como à eſpecial Poblador, entre los quales fue vna la hazienda de la Almazàra, en Termino, y Arrabàl de Guelcar, que ſe llamaba, y llama, la Heredad de el Rey, por aver ſido de los Reyes Moros ſu poſſeſsion, y propriedad, quienes los Catholicos Fundadores la compraron para dotar con ella à ſu Real Convento; y en ſu conſignacion hizieron eſpecial memoria, de que la donaban con la agua, que le tocaba, y pertenecia, como conſta del titulo, y teſtimonio del Repartimiento, que conſerva el Convento oy en ſu Archivo.

2. Deſde el referido año de 96. en que obtuvo el Convento eſta dotacion, eſtuvo poſſeyendo la referida Heredad, vſando para el beneficio de ſus riegos de la mitad de todas las aguas claras, que tocan, y pertenecen à todo el Heredamiento de el Arrabàl de Guelcar, baxo de la buena fee, y con el ſeguro, de que en el tiempo de los Reyes Moros (en cuyo derecho, y accion ſucedió el Convento) tenia la referida Heredad eſte miſmo derecho.

cho, y posseſsion; pero con el motivo de no aver deslinde, liquidacion, titulo, ni apeo de las Aguas, y que los nuevos Pobladores del Arrabàl de Guelcar, ò llevaban mal el derecho, y posseſsion del Convento, ò le subſtraìan la dicha Agua, para apropiarla à sus Heredades, y haziendas, acudiò el Convento ante la Justicia Real à los treinta y tres años de su Fundacion, en el de 1529. pidiendo el apeo, liquidacion, y deslinde de la Agua, que le pertenecia à su Heredad del Rey, conforme à su derecho, y posseſsion, con designacion de los dias, horas, y tandas, para en adelante poder vsar de ella, como de cosa propria, obiando por este medio los fraudes, y litigios, que pudieran seguirse en la posteridad contra el Convento, el qual apeo, liquidacion, y deslinde es à la letra del tenor siguiente.

APEO, DESLINDE, Y LIQVIDACION, que se hizo por la Justicia Real el año de 1529. con citacion de todos los interesados à las Aguas en el Heredamiento del Arrabàl de Guelcar, con designacion de los dias, horas, y tandas, que tocan, y pertenecen à la Heredad del Rey, propria del Real Convento de Sto. Domingo de Almeria,

EN la Noble Ciudad de Almeria, doze dias del mes de Mayo, año del Nacimiento de nuestro Salvador Jesu Christo de mil quinientos y veinte y nueve años, ante el señor Bachiller Francisco Narvaez Alcalde Mayor en esta dicha Ciudad, è su tierra, por el magnifico Señor el Comendador Ruy Diaz de Rojas, Corregidor, è Justicia Mayor en la dicha Ciudad, y en las Ciudades de Guadix, è Baza, è Vera, è Purchena, è Villa de Mocar, è sus Tierras, è Jurisdicciones por sus Magestades; y en presencia de mì Christoval de Viedma, Escrivano Publico, è del Concejo de la dicha Ciudad, por sus Magestades, è de los testigos de juso escriptos, pareciò el Rmo. Padre Fr. Alonso de Tegle, Maes-

Maestro en Santa Theologia, Vicario del Monasterio del Señor Santo Domingo de esta Ciudad, è Procurador del dicho Monasterio, por virtud del Poder, que del dicho Monasterio dixo, que tenia, el tenor del qual es este, que se sigue.

AQUI EL PODER, QUE OTORGO LA COMUNIDAD ANTE ALONSO DE PALENZUELA EN 9. DE JUNIO DE 1528.

4. En la Ciudad de Almeria diez dias del mes de Mayo de 529. años, ante el Señor Bachiller Francisco de Narvaez, Alcalde Mayor en la dicha Ciudad, pareciò el Reverendo Señor Fray Alonso Tegle, Maestro en Santa Theologia, de la Orden de Santo Domingo, è presentò el testimonio siguiente.

5. Noble Señor. El Maestro Fray Alonso de Tegle, Procurador del Convento de Señor Santo Domingo de esta Ciudad de Almeria, parezco ante V.md. è digo: El dicho Convento tiene en el Rio de esta Ciudad muchas Heredades, à las quales en el Repartimiento se diò el Agua, que les pertenecia, assi por antiguedad, como por razon del dicho Repartimiento; y por no tener las dichas Heredades liquidadas, é puestas por el justo las horas de Agua, que tienen nuevamente, y reciben detrimento, y lo recebiràn mayor de aqui adelante, porque algunas personas con poco temor de Dios hurtan de la dicha Agua, adjudicandosela à sus proprias Heredades, y hazen otros excessos en el Agua en detrimento de las dichas Heredades: por tanto à V.md. pido, y si necessario es, requiero en la mejor forma, que de derecho ha lugar, mande, que liquidadas en publica forma al dicho Convento las horas de Agua, que las dichas Heredades tienen, y en què dias, para guarda, y conservacion de su derecho, para que se eviten los inconvenientes por mì dichos, mandando citar à todas las personas, que pretendieren derecho à ello, para que estèn presentes al dicho liquidamento, y repartimiento, é no puedan despues pretender, ni alegar ignorancia alguna. El qual dicho liquidamento V.md. mande señalar, y señale, breve, è convenible termino, en que se pueda hazer. Para el qual de parte del dicho Convento señalo al Aguazil de Guelcar, y à Luis de Jaen, vezinos de esta dicha Ciudad, è à Borjòn, vezino del dicho Lugar de Guelcar, los quales assistan, è hagan el dicho liquidamento: à los quales, si no lo quisieren hazer assi, V.md. lesr,

compela à que lo acepten, ſo graves penas, porque lo ſabràn hazer mejor, que otras perſonas algunas, por ſer, como ſon, habiles, y expertos à cerca de lo ſuſodicho, que yo eſtoy preſto de les pagar ſu juſto, y debido ſalario: y ſi otro eſtilo, y coſtumbre en hazer el dicho liquidamento en eſta Ciudad, è ſu tierra ſe tiene, aquel le pido à V.md. ſe tenga, è guarde en eſte, para lo qual el debido oficio de V.md. imploro, è pido cumplimiento de juſticia. El Bachiller Viedma. E preſentado el dicho eſcrito en la manera ſuſodicha, el dicho Señor Alcalde Mayor, que lo oye, y que èl lo verà, è harà juſticia. Teſtigos el Bachiller Hernan Carrillo, y Juan Phelipe Alcaliano, y Bernardino Velez.

6. Deſpues de lo ſuſodicho, en catorze dias del dicho mes de Junio, año de mil y quinientos è veinte y nueve años, el dicho Señor Alcalde Mayor fue en perſona al Alquerìa de Guelcar, donde la dicha Agua ſe tiene de liquidar, y eſtando preſentes Martin Vleylas, y Garcia Vochon, è Martin el Ruy, è Luis Abalfad, è Diego Abulfad, Alguazil, è Diego Aloriovi, vezinos del dicho Lugar de Guelcar, dixo: que mandaba, è mandó, dar traslado à todos los Herederos, è à todas las otras perſonas de el dicho Lugar, à quien les pretenda algun derecho à la dicha agua, para que dentro de tercero dia digan de ſu juſticia, lo que les convenga, porque èl eſtà preſto de los oìr, y ſu merced darſela à ambas las dichas Partes. E que anſimiſmo mandaba à las perſonas nombradas por parte del dicho Convẽto, q̃ pagandoles ſu juſto, è debido ſalario, por ſer, como ſon, perſonas viejos, Labradores, è ſabidores en eſte arte de agricultura, vean lo ſuſodicho pedido por parte del dicho Monaſterio, y parezcan ante èl à declarar, y jurar, lo que ſupieren. Y que anſimiſmo, ſi la parte de los Herederos, è Señores de las otras Heredades les conviene, por eſtar ocupados en otras coſas de ſus haziendas, nombrar otras tres perſonas de ſu parte, que eſtà preſto de ſe lo mandar, y compelelles à ello, para que juntamente con los nombrados por parte del dicho Monaſterio, è mejor liquidar la dicha Agua, el qual dicho termino paſſado proveerà en ello, lo que ſerà juſticia. El Bachiller Narvaez.

7. E luego el dicho Padre Maeſtro en nombre del dicho Monaſterio, dixo, que pedia, è requeria al dicho Señor Alcalde Mayor, que porque lo ſuſodicho venga à noticia de todos, è ninguno pueda pretender ignorancia, mande, que por el Alguazil del dicho Lugar, è por el Pregonero, ſegun, que ſe acoſtum-

tumbra hazer en el dicho Lugar, lo mande notificar à los Herederos del dicho Lugar, el dicho liquidamento de la dicha agua, para que en el dicho Termino de los dichos tres dias, digan lo que les convenga: è paſſados, à que ſe ſiga el dicho liquidamiento. Teſtigos, Luis Abulfad, y Diego Alariovi, y Martin Vleylas.

8. E luego el dicho Señor Alcalde Mayor, dixo: que mandaba, é mandò à Diego Albufad, Alguazil del dicho Lugar, que con voz de Pregonero lo notifique, que dentro de los dichos tres dias, à los dichos Herederos, è vezinos del dicho Lugar de Guelcar, lo ſuſodicho, para que notificado, digan lo que vieren que les cumple. Teſtigos los dichos. El Bachiller Narvaez.

9. Y deſpues de lo ſuſodicho, en la dicha Ciudad, diez é ſeis dias del dicho mes de Junio del dicho año, parecieron ante mí Chriſtoval de Viedma, Eſcrivano de eſta Cauſa, Alonſo de Velvis, è Franciſco Rodriguez, è Sebaſtian de Cariaga, è Diego de Aybàr, è Martin de Harìza, como Mayordomo, que ſe dixo del Monaſterio de la Concepcion de Nueſtra Señora, è Diego Lopez Vahary, Tintorero, è Alonſo Herrero, è Alonſo Elveny, vezinos de eſta Ciudad, è Franciſco Elbucayèl, vezino de Guelcar, è dixeron: que para alegar de ſu derecho, à cerca del apeamiento, è averiguacion del agua, que pide el Monaſterio del Señor Santo Domingo de eſta Ciudad, en la dicha Alqueria de Guelcar, è reſponder à qualquier pedimento, ò demanda, por parte del dicho Monaſterio hecha, ò que ſe hiziere, cerca de lo ſuſodicho, è hazer en ello todos los Autos, é diligencias, à ello neceſſarias, que otorgaban, è otorgaron ſu poder cumplido, libre, llanero, baſtante, ſegun que ellos lo tienen, è han, è de derecho mas puede valer à Juan Perez de Zamudio, Jurado, vezino de eſta Ciudad, que era preſente, &c. Y proſigue el Poder.

10. Luis de Jaen, vezino de eſta Ciudad de Almeria, y Diego Albufad, Alguazil de Guelcar, è Garcia Borjòn, vezino del dicho Lugar: Ya ſabèis, como por parte del Convento del Monaſterio de el Señor Santo Domingo de eſta Ciudad fuiſteis nombrados para me inſtruir del agua, q̃ el dicho Monaſterio tiene, para ſus Heredades en la dicha Guelcar. E yo de ſu pedimento os he mandado, que vieſſedes la dicha agua, è que lo hizieſſedes con toda verdad, lealtad, è diligencia, è dentro de tres dias, que parecieſſedes ante mi à lo dezir, è declarar con juramento. è huve mandado notificallo à los otros Herederos de Guelcar,

para

para que nombrassen otras personas de su parte para ello, si quisiessen en el mismo Termino, è à vos el dicho Alguazil mandé, que lo notificassedes: è constandome, como me consta por Auto, aver venido à noticia de los dichos Herederos, y no han querido alegar, ni nombrar en su favor cosa alguna, è hasta oy, aviendo passado el termino, è muchos dias mas, nunca avèis cumplido el dicho mi mandamiento, ni parecido ante mí: è como quiera que por esta inobediencia, yo pudiera proceder contra vosotros; mas movido à equidad, mas que à rigor, os torno à mandar cumplàis el dicho mi mandamiento dentro de tres dias, despues que este mi mandamiento os fuere notificado, hagàis, è cumplàis, è parezcades ante mì à lo declarar, è à me informar ron juramento. E si alguno se toviere por agraviado, parezca ante mì, à lo dezir, è demandar, que yo le guardarè su justicia, lo qual mando, que hagades, è cumplades, so pena de cada diez mil maravedis, para la Camara de su Magestad. Fecha à veinte y cinco de Junio de quinientos é veinte è nueve años: è visto os mando, pagandoos vuestro justo, è debido salario. El Bachiller Narvaez. Christoval de Viedma, Escrivano Publico, è del Concejo.

11. Despues de lo susodicho, en la dicha Ciudad de „Almeria, veinte y nueve dias del mes de Junio, de mil y quinien„tos y veinte y nueve años, ante el dicho Señor Alcalde Mayor. „pareció el dicho Luis de Jaen, è so cargo del juramẽto, que ante „Castillo, dize, que jurò, siendo preguntado, què sabe de la di„cha agua: Que este testigo tiene cargo de la Hazienda del Con„vento de SantoDomingo de esta Ciudad, de veinte y cinco años „à esta parte, y que desde entonces les ha visto posseer al dicho „Monasterio el agua, que tiene en Guelcar, de esta manera: Que „de cinco dias de agua, què tienen todos los del Alqueria de Guel„car, constando noche por dia, è dia por dia, que son dos dias, è „tres noches; que es vna tanda, tienes los Frayles en la Heredad „del Rey vn dia, y vna noche: Esta agua tiene dos tandas, vna en „pos de otra. E en la tercera tanda, es de vnas Heredades, que se „deziá la Raya. Y en esta tiene el Monasterio medio dia de agua, „que es para la Heredad, donde vive Lope Aurfay. Esta tanda de „agua, es costumbre, que la tomã los Frayles, vna tanda à el prin„cipio, è otra à la postre. El medio dia es costumbre, que lo to„man de continuo al principio de la tanda. E que para las Here„dades, que tienen los Frayles dentro de la dicha Alqueria, sin la

dicha

„dicha Heredad del Rey, tienen medio dia de agua: la qual estava „junta con el agua de la Alqueria, por sus peonías. Y el año de „quinientos y treze, los Frayles pidieron à la Justicia, que les man- „dasse dar el agua, que les pertenecìa, porque no se la daban: E la „Justicia diò su mandamiento, para Martin de Orozco Alìd del „Rio, para que viesse el agua, que les pertenecìa, è se le mandasse „dar. E que el dicho Orozco fue à Guelcar, y en presencia de el „Pueblo, à la puerta de la Iglesia, hizieron la quenta del agua, que „les pertenecia à los Frayles, y hallaron, que les pertenecìa el di- „cho medio dia. Y ellos concertaron, que fuesse el Sabado en la „noche de cada semana. E de esta manera se la ha visto posseer de „diez y seis à quinze años à esta parte. Y que esto es lo que sabe, „por el juramento que hizo. Y firmòlo de su nombre. Luis de „Jaen.

12. „Gregorio Borhon, vezino de Guelcar, que sabe „el Alhamìa, è ansimismo fue Interprete por mayor declaracion „de la verdad Juan de Harìza, y so cargo de el dicho juramento, „que hizo ante Castillo Escrivano, dixo: que todo lo dicho por „Luis de Jaen, es verdad, y passa ansi: salvo, que en lo del medio „dia, que lo tenian por peonías, è lo juntaron, como el dicho Luis „de Jaen declara, que ansi es la verdad: mas que aquel juntar no „fue de placer de la Alquerìa, è que cada dia todos lo tienen por „mal. E que esto es la verdad por el juramento, que hizo, è fir- „mòlo de su nombre.

13. „Ottrosi, el dicho Diego de Abulfad, Alguazil de „Guelcar, so cargo del juramento, que hizo ante Castillo, dixo, „que la verdad es lo que el dicho Luis de Jaen dixo, è como èl „lo dixo ansì passa. Mas en quanto al medio dia, que tenian los „Frayles por peonìas, è juntaron, è hizieron de ello medio dia, „como el dicho Luis de Jaen dize; aunque passò: mas no fue de „consentimiento de la Alquerìa, antes cada dia lo contradizen; „è tienen por mal, è que esto es la verdad, so cargo del juramen- „to que hizo, è firmólo el Señor Alcalde Mayor, y el dicho In- „terprete, porque el dicho Alguazil dixo, que no savia escrivir. „El Bachiller Narvaez. Por Interprete Juan de Harìza. Todo lo „qual se notificò este dia à Juan Perez de Zamudio, en el dicho „nombre, el qual dixo: que lo oye: Testigos, Juan de Harìza, „è Luis de Jaen.

14. „E yo Christoval de Viedma, Escrivano Publico del „Concejo de la dicha Ciudad de Almeria, por sus Magestades,

„ à lo que dicho es, con los dichos testigos presente fui, è lo fize
„ escrivir, è por ende fize aqui este mi signo acostumbrado, que
„ es tal. En testimonio de verdad. Christoval de Viedma.

15. Es tan justificado, y relevante este titulo, que es el vnico, que en orden al derecho de las aguas, tienen en este Reyno todas las Haziendas; pues como es constante, el particular derecho, que cada vna tiene, para el beneficio de su riego, vnicamente està fundado en los libros, que llaman del Apeo, à cuya anotacion se reduce en qualesquiera litigio, la decision de los pleytos, sin que sea necessario, que tengan los interessados otro titulo; pues el mas inteligente, y cuydadoso, para guarda de su derecho en este punto, lo mas que executa, es, el sacar vn testimonio del deslinde de las aguas, la liquidacion, y Apeo, que se hizo en el principio, despues que esta tierra se ganó de Moros. Esta misma diligencia practicò el Real Convento de Santo Domingo de Almeria, pues oy conserva, como titulo original de su derecho, el testimonio ante escripto, signado, y firmado de Christoval de Viedma, Escrivano Publico, que fue el mismo, ante quien se hizo el referido Apeo, y ante quien ansimismo se hizo el repartimiento de todas las Haziendas à los Ganadores, y nuevos Pobladores de Almeria.

16. Ciento y treinta y siete años estuvo en possession pacifica, sin que ninguno le inquietasse en ella, el Real Convento de Santo Domingo de Almeria, gozando de la mitad de toda el agua, que entra en el Arrabàl de Guelcar, conforme à la liquidacion, y Apeo, que queda arriba referido, hasta que en diez y nueve de Noviembre del año de mil seiscientos y treinta y tres, Pedro de Medina, Regidor perpetuo de Almeria, vnido con otras personas poderosas, con el motivo de ser possedores de algunas Haziendas en el dicho Arrabàl, y no tener toda el agua, que desseaba su ambicion, acudieron al Consejo, y Real Junta de Poblacion de este Reyno, y dieron Peticion, diziendo.

Primera pretension contra el Convento año de 1633.

17. Que siendo la mayor parte del Termino, y Dezmeria de el Arrabàl de Guelcar, tocante à las suertes de su Mageftad, que llaman de Poblacion, padecian estas el mas grave detrimento, causado del mal govierno de las aguas, que de algunos años à aquella parte se avia introducido por los Alcaldes de ellas, y demàs personas, que las administraban, por cuya causa, y darlas estos à las Haziendas, à quien no pertenecian, se avian secado muchos Olivos, Moreras, Morales, y otros arboles, por

falta

falta de riegos, y con grave daño de la Real Hazienda, lo que sucedia, por ser, como es el vltimo Lugar de riego, y tanda, y ser los Pobladores pobres, que no avian podido alcanzar justicia. Por lo que pidieron, y suplicaron, se proveyesse el remedio. Y se librasse à sus Partes Real Provision, por la que se mandasse à los Alcaldes del agua, Alcaydes, y Azequieros de aquel Partido, que eran, ó en adelante fueran, que hiziessen à sus Partes justicia con igualdad, dandoles, y repartiendoles el agua, que les tocaba, Parada, por Parada, como lo hazian los demàs Lugares de la Jurisdiccion: porque de otra manera continuandose el dicho daño, se acabarian de perder, y secar los dichos Arboles, de que se pagaba la renta à su Magestad, del Real Censo perpetuo de Poblacion, sin que se les ocasionasse acudir nuevamente à la Real Junta, causandoles nuevas costas, à que no podian sufragar por su pobreza, imponiendo para ello las penas necessarias.

18. Se mandò despachar la ordinaria: y con efecto se despachò en dicho dia, mandando à la Justicia de Guelcar, y otros qualesquiera, que fuessen requeridos, que en razon del riego de las aguas, de que se hazìa mencion, hiziessen à los dichos vezinos justicia. Y requerido el Alcalde Mayor de Almeria, la mandò cumplir, y que se les notificasse à los Alcaldes, Alcaydes, y Azequieros de las dichas aguas, hiziessen el repartimiento, contenido en la Real Provision, como en los demàs Lugares de la Jurisdiccion se acostumbrasse, sin sacarse del Lugar de Guelcar, para otro Lugar ninguno, las que les toca de su tanda, lo que cumpliessen, pena de las contenidas en dicha Real Provision. Se despachò la ordinaria.

19. Tres años al parecer, estuvo sin vso este Despacho; hasta que hallandose Alcalde de las aguas el Pedro de Medina, en veinte y nueve de Marzo, de mil seiscientos y treinta y seis, ante la Justicia de dicha Ciudad de Almeria, por parte del Convento, y Religiosos de Santo Domingo de dicha Ciudad, se diò querella de Pedro de Medina, Regidor, y Alcelde de las aguas de ella, y de los demàs, que resultassen culpados, Querella del Convento, ante la Justicia de Almeria.

di-

diziendo: que los Señores Reyes Catholicos, fundaron el dicho Convento, y para su dotacion, y riego de sus Heredades aplicadas, dieron la mitad de todas las aguas del Lugar de Guelcar, empezádo siempre en la primera tanda. Y estando en esta pacifica possessión, de mas de ciento y treinta años à aquella parte, el dicho Pedro de Medina, como interessado por la Heredad, que tenia en dicho Lugar, y con Poder de todos sus vezinos, aviédo ganado cierta Provision del Consejo de Poblacion, dirigida à la Justicia Mayor de dicha Ciudad, solamente para que se les guardasse de las aguas su justicia, y no mas, avia procurado estenderla à otros fines, y diversos sentidos, en daño, y perjuizio de el dicho Convento. Y sin averle hecho notoria la dicha Provision, y intento, para que tratàra de su defensa: de hecho, y por hallarse Alcalde del agua aquel año, pretendia despojar al dicho Convento, de su quieta, y pacifica possessión. Y que aviendose dado por dicha Justicia Mandamiento antiguo, y refrendadolo de presente, para que el Alcalde de dichas aguas, diesse à el dicho Convento la mitad de todas ellas, como suyas, se avia opuesto, impidiendo su efecto, en que avia cometido grave delito: cuyo castigo tocaba à dicha Justicia, como asimismo la manutencion, y amparo Real, y defensa al dicho Convento, en su libre, y quiata possessión. Y intentando este remedio, y otro mas eficàz, que le convenga, pidiò, y suplicó, se librasse Mandamiento contra el Alcalde de dichas aguas de el Lugar de Guelcar, se las dè, y entregue en primera tanda, como les pertenece, amparandole, y defendiendole en ellas, y embiando vn Alguazil, que le assista, y poniendo graves penas à el dicho Pedro de Medina, y procediendo à el conocimiento, y castigo del delito cometido, segun justicia, que pidiò, &c.

Auto de manuntencion, à favor del Convento.

20. Y por Auto de dicho dia, el Alcalde Mayor de dicha Ciudad, mandò, que Pedro de Medina, Alcalde de las aguas, no despoje de la possessión, que se refiere en la Peticion, à el Convento, y Frayles de Santo Domingo, antes los ampare en ella, no librando ningun Mandamiento, para lo contrario: y como

Juez

Juez ſuperior de eſte agravio, deſde luego qualquiera librado por el dicho Pedro de Medina lo dà por ninguno, y de ningun momento, como fecho ſin citacion de Parte, lo que cumplieſſe, pena de quinientos ducados, y que ſe le notificaſſe, y à la Parte de dicho Convento dedugeſſen ſus derechos en juſticia, que eſtava prompto à hazerla. Y porque à ſu noticia avia venido, que el Alcalde del Partido Baxo, avia dado ciertas reſpueſtas, indebidas al Mandamiento, que avia librado, en razon del repartimiento de las aguas, tocantes à el dicho Convento, mandò por vn Alguazil, fueſſe à el Lugar de Guelcar, y le llevaſſe preſo: y ſi caſo llegaſſe à tiempo de eſtàr repartiendo las dichas aguas, quitandoſelas al Convento, contra el Mandamiento librado por dicho Alcalde Mayor, luego à el punto las cortaſſe, y las guiaſſe à la Hazienda de dicho Convento, dandole lo que le toca, conforme à ſu coſtumbre, y derecho.

21. Y aviendoſe notificado dicho Auto, à dicho Pedro de Medina, y dado cierta reſpueſta, enunciando, no ſer el Alcalde Mayor Juez competente, y ſolo ſerlo privativo, y particular el Regidor Alcalde de las aguas, que nombraba la Ciudad, para el govierno de ellas, en virtud de Cedula, y Real Facultad, apelando, en caſo neceſſario, de dicho Auto. Por parte del Convento ſe acudiò à el Conſejo, y Junta de Poblacion, de donde dimanó la Proviſion ganada, à pedimento del Pedro de Medina, y demàs Conſortes.

Quexa del Convẽto, en el Conſejo de Poblaciõ.

22. Y ſe dixo, que el dicho Convento, por Merced, y dotacion de los Señores Reyes Catholicos, que fundaron dicho Convento, le dieron por dote la mitad de todas las aguas, para que las aplicaſſen à las Heredades, de que aſsimiſmo les hizieron merced, y que diſpuſieſſen de ellas à ſu voluntad, tomando antes, que el Lugar, y vezinos de Guelcar en la primera tanda, por dias, y ſemanas. Y que eſtando en poſſeſſion quieta, y pacifica dicho Convento, deſde ſu dotacion, de mas de ciento y treinta años à aquella parte, regando ſus tierras calmas, Olivos, y Moreras, que las tienen en lo vltimo de lo que ſe riega, era anſi; que por

Noviembre del año de seiscientos y treinta y tres, por parte de tres, ò quatro vezinos de dicho Lugar, por sí, y los demàs , que tienen Hazienda de Poblacion , se quexaron del mal govierno , que de algunos años à aquella parte avia avido , causado por los Alcaldes del agua, y aversela dado à quien no pertenecía, se les avian secado muchos Arboles, en daño de la Real Hazienda, por ser el vltimo Lugar de riego , y los dueños, y Pobladores pobres, no podian alcanzar justicia, pidieron se les despachasse Provision, para que los Alcaldes del agua, Alcayde, y Acequieros, que fuessen del Partido, les hiziessen justicia , repartiendo el agua con toda igualdad, como les toca, parada, por parada, como lo hazian en los demàs Lugares de el Partido , y se avia mandado dar la ordinaria , para que se guardassen las Haziendas de Poblacion. Con cuyo motivo, la Justicia , por favorecer á las contrarias, sin causa , queria impedir el riego de sus tierras al dicho Convento, y el llevar su agua, por la parte que siempre, en los dias, y semanas acostumbradas: para cuyo remedio se le mandasse despachar Real Provision, para que las Justicias, y Lugar, Alcaldes de aguas, Alcayde, Acequieros, ni otro alguno impidiessen à dicho Convento , el tomar el agua, que les pertenecìa en sus dias , y semanas , y primera tanda, para regar sus tierras, y Arboles, como lo avian acostumbrado hazer , desde el tiempo de su dotacion, y possession, sin hazerle agravio, ni retardacion, imponiendoles graves penas.

Real Provision de emplazamiento, traslado, y prueba: Se recoge la librada à los vezinos de Huelcar , y que no se innove en la possessiõ del Convento.

23. Y por Auto de onze de Abril de seiscientos y treinta y seis , se mandò dar traslado à las otras Partes, y que diesse informacion la del Convento , y entre tanto la Justicia no innovasse , y se recogiesse la Provision, despachada à los vezinos de Guelcar. Y consta se despachò Provision, con que se citò , y emplazò à dichos vezinos , para el dicho traslado. Y tambien consta, se despachò otra Provision , en que se mandó à la Justicia de la Ciudad de Almeria , que siendole presentada por parte del Convento, esta diesse informacion de lo contenido en su Peticion, dentro de veinte dias, contados desde el de la data, haziendo parecer

à

à todas las personas, que por dicha Parte fueren nombradas por testigos, de los quales por ante Escriváno, que nombrasse, recibiesse juramento, y los preguntasse por el Interrogatorio, que se les presentasse. De forma, que diessen razon de sus dichos: cuya informacion, con los demàs Autos, que se hiziessen, los entregasse cerrados, y sellados à la Parte del Convento, sin llevarle derechos, ni maravedis algunos, mandando à la dicha Justicia de Almeria, à la de Guelcar, Alcaldes de las aguas, Alcaydes, y Acequieros, que fuessen requeridos, que en el entre tanto, que por los Señores del dicho Consejo, y Junta de Poblacion proveen, cerca de lo que se ha de hazer en el dicho negocio, no innoven cosa alguna contra el dicho Convento, y se recogiesse la Provision despachada à los vezinos Pobladores del Lugar de Guelcar, y que no vsassen de ella en manera alguna, y todo se remitiesse con los Autos.

Requerimiẽto à la Justicia Real, y citaciõ à los interessados, para la prueba del Convento.

24. Y consta, que aviendose requerido con dicha Real Provision à el Alcalde Mayor de Almeria, y mandandola cumplir por parte de dicho Convento, se dieron diferentes pedimentos, pidiendo se pusiessen con los Autos diferentes Bulas, Apeos, è instrumentos, que justificaban la dotacion de dicho Convento, Apeo, y repartimiento de las aguas, y que se mandasse recoger la Provision, despachada à los vezinos de Guelcar, y que todo fuesse con su citacion, como la probança, para que asimismo se presentò Interrogatorio, que todo se mandò executar, y cumplir.

Presenta el Convento sus Titulos.

25. Presentò el Convento por peticion vna Bula en idioma Latino, en que consta la aprobacion del Eminentissimo Cardenal à Latere, embiado à España por la Santidad de el Señor Clemente Septimo, su fecha en Granada à seis de Julio de mil quinientos y veinte y seis, que aprobó, y ratificò la dotacion hecha por los Señores Reyes Catholicos, á el Convento de Santo Domingo de Almeria, en que aplicaron por bienes de ella, la tercia parte de las tierras, y Heredades, Casas, y Predios, que en dicha Ciudad, y los Lugares de su Rio, se avian aplicado à la Fabrica Mayor de aquella Santa Iglesia, por aver sido en tiempo de

Mo-

Moros, bienes, y dotaciones de sus Mezquitas: cuya confirmacion fue à instancia del Illustrisimo Don Rodrigo, Obispo de Almeria, y del Prior del Convento de Santo Domingo de ella.

26. Presentò asimismo otro instrumento, que fue la postulacion, que hizo el Illustrisimo Señor D. Fray Diego de Villalàn, Obispo de dicha Ciudad, à dicho Eminentisimo Señor Cardenal Nuncio, Legado à Latere, en que dixo: Que por quanto por la Bula de la creacion de dicha Iglesia de Almeria, y por pedimento, y consentimiento de los Señores Reyes Catholicos, todos los bienes, que avian sido de las Mezquitas de Moros, se aplicaron à ellas mismas, despues de ser Consagradas en Iglesias: y despues sus Magestades, como Patronos de ella, dotando la dicha Iglesia de otras Rentas, los bienes, que esta tenia, siendo Mezquita de Moros, que llamaban Avizes, los dividieron en ciertas partes, y entre ellas considerando, que era bien, que en aquella Ciudad huviesse vn Monasterio del Orden de Santo Domingo, y que sus Altezas en los bienes que dieron, fue vna parte à el dicho Convento, para la manutencion de los Religiosos moradores, para que edificassen las Almas de aquellos nuevamente convertidos, y los alumbrassen à la Santa Fè Catholica, fue condicion, que para la concesion de dichos bienes, huviesse consentimiento de nuestro muy Santo Padre: y que por parte del Prior de dicho Convento, se avia pedido la dicha aprobacion, al Reverendisimo Don Juan Salviato, Cardenal à Latere, el dicho Illustrisimo Señor Obispo, atento à la grande necsidad, que en dicha Ciudad avia del dicho Monasterio, y el mucho provecho, que hazian los Religiosos en las Almas, y que de ninguna manera se podian sustentar, sin los bienes de su dotacion, y aun con ellos à penas se sustentaban. Por tanto, dixo: Que si el Reverendisimo Señor Legado avia hecho la tal confirmacion, y aprobacion, la avia por buena, rata, y firme, y la consentia por si, y sus Successores. Y que si la tal concesion no estava hecha, suplicaba humildemente à su Reverendisima, tuviesse por bien de confirmarla; pues los Señores Reyes

yes Catholicos, se avian dignado de hazer tan piadosa dotacion al dicho Monasterio.

27. Por otra Peticion, presentó la Parte del Convento, el Testimonio de vn instrumento juridico, en que consta, que en veinte y vno de Enero de mil quinientos sesenta y vno, respondiendo el Prior, y Religiosos del dicho Real Convento à cierta demanda, y gracia, que les pidieron el Alcalde Mayor, y Regidores Comissarios de dicha Ciudad de Almeria, sobre, que el Convento les cediesse por vna vez vna tanda de agua propria, que tenia para sus Heredades, en atencion, à que las Haziendas del comun padecian grave necesidad. Para conceder esta gracia, dixeron el Prior, y Religiosos, que por hazer merced, y buena obra à la dicha Ciudad, y sus Comissarios, era contento el Monasterio de hazer la dicha gracia mera, con tanto, que la dicha Ciudad conozca, y declare, y assi quede por escrito, y Testimonio autorizado, que la dicha Ciudad recibe la dicha tanda de agua, por esta sola vez, y que no se alegue, ni pueda alegar, que esta licencia, y gracia, ni otras, que huviere hecho, ni en adelante hiziere el Monasterio, sirvan de fundar algun derecho à la Ciudad, ni à otra persona particular; porque como tiene protestado, esta licencia, gracia, y consentimiento, es de su liberalidad, y si en adelante no la quisiere dàr, sea libre para no la dàr. Y se tenga, respecto, à que las Heredades del Convento se avian de regar, muy bien regadas. Cuya licencia, y consentimiẽto, visto assi por dicho Alcalde Mayor, y Regidores Comissarios lo aceptaron, consintieron, y firmaron.

Mera gracia, que hizo el Convento à la Ciudad, del agua de sus sobras por vna sola vez.

28. Assimismo pidiò ante la Justicia Real la Parte del Convento, le mandasse al Escrivano de Cabildo, que diesse Testimonio de los Autos de querella, seguidos contra Pedro de Medina, y Auto de manutencion en vista de ellos proveydo à favor de la parte del Convento, para que no se le despojasse de la possession de la mitad de las aguas, en que desde su fundacion se avia mantenido, el qual Testimonio, se presentò assimismo en el termino de prueba, y està en Autos.

PROBANZA, QUE CON citacion de los interessados, en virtud de Real Provisión, hizo la Parte del Convento, sobre el derecho de propriedad, y possessión à la mitad de todas las aguas, que entran en el Arrabàl de Guelcar.

29. SE PRESENTARON POR PARTE DE el Convento catorze testigos de la mayor excepcion, vezinos de Almeria, Pechina, y Rioxa, sus edades de quarenta, hasta ochenta y quatro años, à quienes no tocaban las generales, y del mayor conocimiento, por ser Labradores del Rio de Almeria, Regidores perpetuos, y Jurados de dicha Ciudad, y personas, que avian exercido las Alcaldias, y Govierno de
1. *Preg.* las aguas.

30. Todos ellos contextaron en lo antecedente, y conocimiento de las Partes, à que se reduxo la pri-
2. *Preg.* mera pregunta,

31. En la segunda pregunta se articuló, si saben, que luego, que se ganò aquella Ciudad de los Moros, los Señores Reyes Catholicos instituyeron, y dotaron el Convento de Santo Domingo, y para su dote le dieron en el Lugar de Guelcar vna Heredad, que llaman del Rey, porque era propria del Rey Moro de este Reyno, y assimismo otras Heredades en dicho Lugar, y otras partes, y para el beneficio de dicha Heredad le consignarõ, y dieron la mitad de todas las aguas claras, y de tandas, que pertenecian á todo el Lugar, y sus Heredamientos, tomandolas antes, y primero, que los demàs vezinos, y Herederos, las que concedieron, y dieron en la misma conformidad, que antes las avian las dichas Heredades, con poder, y facultad de vsar de

ellas

ellas absolutamente à su voluntad, y disposicion, como cosa propria del dicho Convento.

32. Todos los testigos dizen, la pregunta de vista, ciencia, y conocimiento en su edad, y averlo oìdo, y sabido de sus Padres, Abuelos, y mas ancianos, y el mayor, por aver tenido trato, y comunicacion con los Moriscos, Christianos nuevos, que governaban las aguas, supo de ellos lo que executaban, como se contiene en la pregunta. Y por aver visto la dotacion, que al Convento hizieron los Catholicos Reyes, y otros por aver sido, y sus Padres Alcaldes de las aguas, y otros por averlas regado, y governado en la Hazienda del Convento de veinte, de treinta, de quarenta, de cinquenta años, y todos concluyen con la immemorial.

33. Si saben, que en virtud de la dicha merced, y dotaciõ, el dicho convẽto, de mas de ciento y treinta años à aquella parte, y desde, que se ganò aquella tierra de Moros, se le diò à el Convento la possesion en forma, de la mitad de todas las aguas, que entran, assi claras, como de tanda, de todas las que ay en el Rio, y en sus Lugares, segun la division, y repartimiento de dias, y horas, que á cada vno toca en cada semana en el dicho Lugar de Guelcar; de manera, que el Convento, y sus Heredades tienen tanta agua, como todo lo restante del dicho Lugar, y sus Heredamientos, tomandola en primera tanda, antes, y primero, que el dicho Lugar tome la otra mitad. Todos los testigos la contextan, y se remiten à lo dicho en la antecedente, y Titulos del Convento, y razones, porque lo dizen, y saben. 3. Preg.

34. Si sabẽ, q̃ el dicho Convento desde los dichos ciento y treinta años à aquella parte, y q̃ se ganò aquella tierra de los Moros, y de immemorial, que no ha avido noticia en las gentes, ha estado en su quieta, y pacifica possesion de tener, y gozar la mitad de todas las aguas, que entran, son, y pertenecen en cada tanda al dicho Lugar de Guelcar, conforme el repartimiẽto, dias, y horas que en cada semana tiene, con los demàs Lugares del Rio, gozando de esta en primera tanda, y primero, y antes, que el dicho Lugar, y sus Herederos, disponiendo dellas en sus Heredades, y otras 4. Preg.

par-

partes, à su libre voluntad, como Dueño verdadero de ella. Todos los testigos la dizen, como se articùla, y se remiten à las razones dichas en la segunda.

5. *Preg.* 35. Si saben, que la dicha possessión antiquissima, è immemorial, que el Convento tiene, de gozar, como suya propria la mitad de todas las aguas, que son, y tocan à el dicho Lugar de Guelcar, le tuvo, y gozò quieta, y pacificamente, en todo el tiempo que huvo Moriscos en el dicho Lugar, antes q̃ se revelàran, y despues con los nuevos Pobladores, que les sucedieron, à vista, y conocimento de todos, sin que ninguno hasta entonces le huviesse hecho contradiccion, ni resistencia: y si alguno de noche, ò à escusas le inquietava, ò le hurtava parte de sus aguas, avia sido gravemente castigado por las Justicias Ordinarias de aquella Ciudad, juzgandolo por grave delito de hurto? Todos los testigos la dizen, y deponen, como se articùla.

6. *Preg.* 36. Si saben, que siempre, y desde que se saben acordar, y tienen vso de razon, han visto à el dicho Convento, sus Religiosos Legos, Labradores, Inquilinos, y Parcialeros, tener, gozar, y posseer la mitad de todas las aguas de dicho Lugar de Guelcar, y sus tandas, las que les daban los Alcaydes, y Azequieros libremente, y sin contradiccion alguna, como cosa suya propria, gozando de ella en sus Heredades, dandola, y disponiendola à su libre voluntad. Y solo el dicho Lugar, sus vezinos, y Heredamientos, han tenido, y gozado de solo la otra mitad, repartiendola entre sí, y sus Heredades, despues de aver dispuesto, y gozado de su mitad el dicho Convento: Y esto mismo oyeron, y les dixeron, y dieron por traduccion sus Padres, y Abuelos, y demàs ascendientes, viniendo de vnos en otros, sin que jamàs se aya dudado de ello por ninguna persona.

R. 37. Todos la refieren, y se remiten à lo dicho en la segunda pregunta, en que concluyen el contenido de esta.

7. *Preg.* 38. Si saben, que quando algunos vezinos del dicho Lugar de Guelcar han procurado inquietar al dicho Real Convento en la dicha su pacifica possessión

de

la mitad de dichas aguas, no es, porque duden, ni ayan dudado, que son del dicho Convento en propriedad, y possessión, sino por ser Regidores, y personas poderosas en dicha Ciudad, que por aver comprado algunas possessiones de dicho Lugar, procuran inquietar à el dicho Convento, y aprobecharse de sus aguas. Todos los testigos se remiten à lo que tienen dicho en las antecedentes, y algunos añaden, serà gran disparate, de que se pretendiesse inquietar al dicho Convento en tan antigua, privilegiada possessión; y que aunque en dicho Lugar ha avido sugetos muy hazendados, nunca avian perturvado, ni inquietado à el Convento en ella, como los avian conocido, tratado, y comunicado: y todos dizen de publico, y notorio, publica voz, y fama, &c.

39. Con la dicha informacion, y demàs instrumentos citados, fecha en virtud de la Real Provisión, despachada à el Convento dentro de los veinte dias señalados en ella, por esta Parte se acudiò al Consejo, y Junta de Poblacion, en veinte y siete de Agosto de quinientos treinta y seis, y reproduciendolo todo, y haziendo relacion de ello, se concluyò, pidiendo, que sin embargo de la Provisión, que se diò, y librò à los vezinos, y Herederos del Lugar de Guelcar, que fue la ordinaria, y no contra el Convento, ni en perjuizio de su derecho, se le despachasse à este Real Provisión, segun, y como la tenia pedida, para que se amparasse à el Convento en la possessión de gozar de la mitad de dichas aguas, segun, y como siempre las avian gozado, imponiendo graves penas à quien les perturbasse en ella. De que se mandò dar traslado, y notificado à el Procurador de los Herederos de dicho Lugar, acusada la rebeldia por parte del Convento, concluso el pleyto, se proveyó el Auto del tenor siguiente.

Auto de manutencion de las aguas à favor del Convento.

40. En la Ciudad de Granada, en diez dias del mes de Septiembre de mil seiscientos treinta y seis, visto por los Señores de Hazienda, y Poblacion de este Reyno el pleyto, que es entre los vezinos nuevos Pobladores del Lugar de Guelcar de la Jurisdiccion de Almeria, de la vna parte, y el Convento, Prior, y Frayles de Santo Domingo el Real de dicha Ciudad de Almeria de la otra, y la Provisión pedida por parte del dicho Convento, para que las

Justicias de dicha Ciudad, y Lugar de Guelcar, y Alcalde de las aguas, no les impidan el tomar el agua, que les pertenece para el riego de sus tierras, y arboles, y demàs contenido en su Peticion. Y visto la contradiccion sobre ello fecha, por parte de los vezinos de dicho Lugar, *dixeron: Que mandaron, y mandaban, se dè Provision de su Magestad à la Parte de dicho Convento, para que las Justicias de la dicha Ciudad de Almeria, y Lugar de Guelcar, Alcaldes de las Aguas, y demàs personas, à cuyo cargo està el repartimiento de ellas, no los impidan el tomar el agua, que les pertenece en sus dias, semanas, y primera tanda, para el riego de sus tierras, y arboles, conforme lo tienen de costumbre, y assi lo mandaron, y rubricaron.*

Real Provision del Auto difinitivo à favor del Convento.

41. De esta Sentencia difinitiva se despachò à la Parte de dicho Convento, Real Provision Executoria en onze de Septiembre de mil seiscientos y treinta y seis, refrendada de Pedro Ferrèr, Escrivano del Consejo, y Hazienda de Poblacion, en que haziendo relacion de todos los Autos, se manda, à las Justicias de la Ciudad de Almeria, y Lugar de Guelcar, y Alcaldes de las aguas de ella, que siendo requeridos por parte de dicho Convento, no se le impidiesse, ni consintiesse impedir tomar el agua, que le pertenece en sus dias, y semanas, y primera tanda, para con ella regar sus tierras, y arboles conforme lo ha hecho, y acostumbrado hazer, sin le hazer agravio alguno en razon de lo susodicho.

Requerimiento à la Justicia de Almeria, y cumplimiẽto de la Real Executoria.

42. Requerida la Justicia Real, Alcaldes de las aguas, y Alcayde del Lugar de Guelcar con la Real Provision Executoria referida, la mandàron cumplir, guardar, y executar, como consta de las diligencias puestas à su continuacion.

43. Desde el referido año de seiscientos terinta y seis, hasta el de ochenta y seis, en que passaron cinquenta, continuò sin novedad, ni contradiccion la Parte del Real Convento en la quieta, y pacifica possesion, que desde su fundacion avia tenido, en que yà se contaban 192. años; pero con el motivo de que algunos Labradores, y Herederos del Lugar de Gulcar, le vsurpaban parte de sus aguas, para el remedio, bolviò à acudir al Consejo, y Real Junta de Poblacion.

Peticion, y quexa del Convento.

44. Y en doze de Septiembre del citado año de 1686.

pre-

presentò Peticion la Parte del Convento, diziendo: Que de tiempo immemorial avia estado en quieta, y pacifica posseesion de la mitad de las aguas, que le tocaban, y pertenecian del Arrabàl de Guelcar, para regar las Haziendas, que en èl tenia dicho Convento, tomando la primera tanda, en cuya consideracion se le avia despachado la Real Provision del año de 636. que aviendose mandado cumplir, avia estado el dicho Convento en quieta possession, y que aora diferentes vezinos de dicho Arrabàl de Guelcar, pretendian perturbar à dicho Convento la dicha possession, en contravencion de lo mandado por dicha Provision, y aunque los Alcaldes de Agua, que de presente eran, no lo consentian por no ir contra lo mandado por dicha Real Provision, que demonstraban, concluyeron, pidiendo se despachasse Sobrecarta, para que todas las Justicias, y personas à quien tocasse su cumplimiento, guardassen, y executassen lo mandado, imponiendo para ello graves multas, y apercevimientos: Y en virtud del pedimèto se mandò: *Que las Justicias, y Alcaldes de las aguas, y demàs personas, y Ministros, que las goviernan, y cada vno por lo que le tocasse de dicha Ciudad de Almeria, luego que fuessen requeridos por parte de dicho Convento, viessen la Real Provision, que le fue despachada en el año de 636. refrendada de Pedro Ferrer Escrivano de Camara de dicho Consejo, y como si con cada vno hablara, la guardassen, cumpliessen, y executassen, y que por ante Escrivano, que de ello diesse fee, imbiassen razon, la que huviesse assistido, para aver consentido se embarazasse à dicho Convento el goze de la dicha agua en los dias, horas, y tanda, que le toca, para que visto, se proveyesse del remedio conveniente.* De que se despachó Real Provision Sobrecarta, refrendada de Diego Martinez de Sotomayor, Escrivano de Camara de dicho Consejo, y Real Junta de Poblacion.

Real Provision Sobrecarta à favor del Convento.

45. Con las dicha Real Provision, y Sobrecarta, se requiriò à la Justicia de dicha Ciudad, y à Don Indalecio de Escamez, Alcalde de las aguas de dicha Ciudad, estando en el Arrabàl de Guelcar, los que las mandaron cumplir, y excutar, y en su consequencia mandaron hazer diferentes diligencias para su notoriedad à los interessados en dichas aguas.

Requerimiento.

ESTA-

ESTADO DEL CONVENTO en el año de 1728. y motivos del justisimo recurso al Juzgado de P oblacion, para reintegrar tan apreciable, radicado, y titulado derecho.

46. COMO EN LOS CONVENTOS MEnores de Riligiosos Dominicos, regularmente se eligen por Prelados los hijos de las Casas Grádes, luego que concluyen la infatigable, noble tarèa del estudio, à que desde su niñèz, de tal suerte les aplicò la Religion, que ni les permite rato ocioso, ni menos, que puedan exercitarse en otro emplèo: y siendo tan estraño el economico govierno (especialmẽte, el que se ha de practicar con litigios, que siempre miran con desdèn los Religiosos) assi por la Profession del estado, como por la dedicacion precissa à los sagrados libros. Y por otra parte, como los Prelados de los menores Conventos, quando mas duran en su Oficio, apenas cumplen el tiempo de tres años. A que se llega, el que como no tienen hijos estas menores Casas, y à los particulares, que se assignan para vivir en ellas, los muda la Obediẽcia cada dia à otros Conventos, y tienen su conventualidad, como por transito: resulta de estos tan inevitables principios, vna precissa, aunque inculpable amission de los derechos. Y muy en especial en materia de intereses, porque la generosa Estrella de Guzmanes les influye à descuydados, por huir la nota de ambicioso.

47. Por esta causa, si à todos los Eclesiasticos, y especialmente al Estado Religioso, se les concede la restitucion *in integrum*, porque los cõtempla el derecho no culpados, quando llegan à perder los proprios: parece que executa mas este establecimiento de la ley à favor de los Religiosos Dominicos, ò por menos cuydadosos, ò por mas abstraydos de los pleytos.

48. Esta fue la causa, porque en medio de tener el

Real

Real Convento de Santo Domingo de Almeria vna poſſeſsion tan antiqua, y vna propriedad tan ſin diſputa, robora da con la autoridad de la Sentencia en contradictorio juizio conſeguida, viendoſſe deſpojar violentamente, ò à lo menos en fuerça de vn ſinieſtro informe no ſe defendiò como debiera, ſucumbiendo à vna violencia tan notoria, como la que intervino en ſu deſpojo, la que es preciſſo, q̃ calle lo modeſto, y mas quando no duda de la reintegracion de ſu juſticia, ſin llegar à los terminos de hazer publica la culpa, que eligiò por medio la malicia, para conſeguir el fin de la violencia.

49. En el año de ſetecientos y veinte y ſeis, avia vna confuſa tradiccion, que muchos la procuraban ocultar, de que la mitad de las aguas, que entran para ſu riego en el Lugar de Guelcar, era propria del Convento, pero eſte no ſabia de ſus Titulos. El motivo deſta ignorancia es, el que calla la modeſtia, baſtando dezir, que en ſemejantes Pueblos ſe pierdẽ, ó ſe hallan los Titulos, y Libros, ſegũ para ſus pleytos neceſsitã los menos ajuſtados. Con aquella confuſa tradiccion, y el motivo de vn pleyto de Diezmos, que ſeguì, para cuya defenſa fue preciſſo regiſtrar los Libros de enlegajamientos de los Oficios de Camara, y demàs Juzgados de eſta Corte, hallè en el de la Real Poblacion, todos los Autos relacionados haſta aquí. En fuerça de ellos, y de conſulta de los mas autorizados Abogados, acudì por parte del dicho Convento de Santo Domingo de Almeria, donde actualmente era Prelado, y reclamè ante V. S. mi deſpojo, reproduciendo los referidos Autos, y querellandome de los Alcaldes de las aguas de Almeria, Alcaydes, y Azequieros del Arrabàl de Guelcar, dì pedimento en eſta forma.

Querella del Cõvento en 14. de Agoſto de 1728.

50. Que hallandoſe el dicho Convento con la propriedad, y derecho à la mitad de las aguas del dicho Arrabàl de Guelcar, y en la immemorial, quieta, pacifica, y executoriada poſſeſsion, que ſe manifeſtaba de los Autos reproducidos, le avian violentamente deſpojado, à cauſa de que los hazendados en dicho Arrabàl de Guelcar, ò intereſſados à las dichas aguas, eran perſonas poderoſas, en quienes ſe hallaban los empleos de Alcaldes dellas; los que con el poder, y manejo, que tenian, para vtilizarſe de ellas,

se las avian apropiado, lo que avian executado sin justa causa, titulo, razon, ni motivo, que tuviessen para ello, en grave perjuizio, è irreparble daño del dicho Real Convento. De modo, que no le dexaban agua para poder regar sus Heredades, y Haziendas, padeciendo tal detrimento en ella, y en sus frutos, que no podian dar los precissos para la manutencion de sus Religiosos, siendo tan privilegiado su derecho, como resultaba de su Real dotacion, y los referidos, y reproducidos Autos. Por lo q̃ se concluyó pidiẽdo, se le librasse despacho, para que la Justicia de la Ciudad de Almeria, à quien se le cometiera, le diesse, y mantuviesse en la possession de la mitad de sus aguas, en conformidad de lo mandado por el mencionado Auto, y Provisiones, Carta, y Sobrecarta de los citados años de 1636. y 1686. despachadas para su execucion, poniendo en la possession à dicho Convento, sin que en ello se pusiesse impedimento, ni embarazo alguno; imponiendo las penas correspondientes.

Despacho del Señor Juez de Poblacion, para reintegrar su possession al Convento.

51. En cuya vista se mandò dar, y diò el Despacho cometido à la Justicia Real, para que los Alcaldes de las aguas, y demàs personas à cuyo cargo està el repartimiento dellas en el Arrabàl de Guelcar no impidiessen à dicho Real Convento tomar el agua, que le pertenece en sus dias, semanas, y primera tanda, conforme su costumbre, y estava mandado por el Auto, y Reales Provisiones, Carta, y Sobrecarta de los citados años de 1636. y 1686. Y que si algun interessado tuviera, que pedir, lo hiziesse en dicho Juzgado de Poblacion, donde seria oído, como se hallasse por derecho.

52. Requerida la Justicia de Almeria con dicho Despacho, le diò su cumplimiento, y mandò se notificasse, como de hecho se notificò al Alcalde de las aguas, Regidor perpetuo de Almeria, y al Alcayde, ò Azequiero del Arrabàl de Guelcar.

53. Esta misma diligencia de requerir cada año à los nuevos Alcaldes de las aguas la practicò el Convento en los siguientes, para que no pretendiessen, ni alegassen ignorancia, como consta de las diligencias puestas à continuacion del referido Despacho, por Miguel Antonio Romero, Escrivano Publico.

Desde

54. Desde el Agosto del año de 728. hasta el Junio del siguiente de 32. en que ya contaba el Convento la posseſsion pacifica de las tandas de cinco años, ni huvo quien le hizieſſe contradiccion alguna entre todos los interessados del Arrabàl de Guelcar, ni quien no le pidieſſe como merced, y pura gracia el agua, que al Convento le sobraba, despues de aver regado este su hazienda, en que Don Francisco Luis de Vallesteros, y demàs en este pleyto interessados, fueron los mas continuos en pedir semejantes gracias al Convento, y este las hizo con liberalidad tan generosa, que aunque alguna vez el agua, que les daba le hazia falta para el preciſſo riego de su hazienda, ni les negaba el beneficio, ni pidiò en recompensa el interès de precio alguno. *Nueva quexa de el Convẽto ante el Señor Juez Conservador.*

55. Al cabo de los dichos cinco años de estar reintegrado à su antigua executoriada posseſsion el Real Convento, por Junio de 32. acudiò Don Francisco Luis de Vallesteros ante la Justicia Real de la dicha Ciudad de Almeria, pidiendo, que Miguel Antonio Romero, Escrivano Publico de dicha Ciudad, y quien requirió con el despacho del Señor Juez Protector, expedido en Agosto de 728. lo entregaſſe con los Autos, y diligencias, que à su continuacion se huvieſſen hecho, sobre cuyo assumpto, y pretender, que se apremiaſſe al Escrivano, acudió segunda vez ante el Señor Juez Protector de Poblacion la Parte del Convento, pidiendo se le mandaſſe dar despacho, para que en observancia del primero no se le inquietaſſe, y perturvaſſe en el goze, y posseſsion de la mitad de las aguas de el Arrabàl de Guelcar; y assimismo se insertaſſe en el nuevo despacho el deslinde, liquidacion, y apeo de el año de 1629. (que queda arriba referido) para que los Alcaldes de las aguas de dicha Ciudad, Alcaydes, y demàs personas, que en su repartimiento intervinieſſen, no impidieſſen, por manera alguna el goze de la mitad de dichas aguas, segun la distribucion de ellas, que en el referido apeo constaba, y se prevenia: Mandando assimismo, que la Justicia Real se inhibieſſe del conocimiento de esta causa, no admitieſſe informacion, ni peticion alguna, remitiendo originales qualesquiera Autos, que tuviera principiados, y que si algun interessado en dichas aguas tuviera que pedir,

lo

lo hizieſſe en eſte Juzgado dentro de vn breve termino.

Segundo deſpacho de el Sr. Juez Protector.

56. Aſsi ſe mandò, como pidiò el Convento: y expedido el Deſpacho ſe requiriò con èl à la JuſticiaReal, la que le diò ſu cumplimiento llano, y en ſu conſequencia remitiò originales los Autos, que avia fechos, y ſe requiriò à todos los hazendados en el Arrabàl de Guelcar, è intereſſados à ſus aguas, para que ſi tuvieſſen que pedir contra el derecho, y poſſeſsion del Convento, lo hizieſſen, como ſe les mandaba, ante el Señor Juez Protector de la Real Hazienda.

57. Con eſta diligencia ſuſpendiò dicho D. Franciſco Luis de Valleſteros la ſuya, pero aviendo amenazado, que con fuerça de armas quitaria ſus aguas à el Convento, aunque no paſsò à efecto ſu amenaza, ſirviò eſta de motivo à otros intereſſados, para que quitaſſen con violencia las aguas à el Convento, en que recibió grave perjuizio: por cuya cauſa en 23. de Abril de eſte preſente año diò repetida quexa la Parte del Convento, repreſentando al Señor Juez Protector.

Tercera quexa de el Convẽto en 23. de Abril de 1733.

58. Que en contravencion à los Deſpachos antecedentes ſe inquietaba à la Parte de el Convento por algunos intereſſados del Arrabàl de Guelcar en la poſſeſsion, y goze de ſus aguas, ſin que los Alcaldes, Alcaydes, y Azequieros de ellas, proveyeſſen de remedio, para el qual pidiò nuevo Deſpacho, ſobre que ſe cumplieſſe lo mandado en los antecedentes, y no inquietaſſen al Convento; y ſi tuvieſſen alguna coſa, que pedir, lo hizieſſen dentro de vn breve termino ante el Señor Juez Protector.

Tercero deſpacho de el Sr. Juez Protector.

59. Aſsi ſe mandò, y ſe libró el Deſpacho, con el que requerida la Juſticia de Almeria, lo mandó guardar, cumplir, y executar, y ſe notificó aſsimiſmo à los Alcaldes de las aguas, y à todos los intereſſados à ellas en el Arrabàl de Guelcar, como conſta de las diligencias, que puſo à ſu continuacion [illegible] Eſcrivano.

DE-

DEMANDA DE LOS hazendados en el Arrabàl de Guelcar, en 10. de Mayo de este presente año de 1733.

60. LAs diligencias, que à pedimento de Don Francisco Luis de Vallesteros, y Consortes, se practicaron ante la Justicia Real en 10. de Mayo de este presente año de 733. no son dignas de consideracion: Lo primero, por su insanable notoria nulidad, pues fueron practicadas por Juez, que no lo era, y con la especial circunstancia de estar inhibido vn año antes, aver dado cumplimiento al despacho de su inhibicion, en fuerça del qual remitiò los Autos originales, que por entonces hizo; y averse le mandado, no admitiesse informacion, ni pedimento alguno, à que diò su cumplimiento llano; y estar emplazados, y citados los interessados todos por dos Despachos distintos, para que si tuviessen algo que pedir, lo hiziessen ante el Señor Juez Protector. Lo segundo, porque la informacion, que el Don Francisco Luis hizo ante la Justicia Real, tiene tanto de inconsiderada, y ofensiva, como de poco verdadera; de modo, que para hazer algun aprecio, assi del pedimento, que firmaron, como de la informacion, que por èl pidieron, era precisso, ó justificar, que los testigos son perjuros, ò dar querella contra lo calumnioso, è immodesto. Pero en el supuesto de que la informacion no puede servir para este caso, pues su nulidad la excluye de este juizio, se desprecia por parte de el Convento, de que en los mismos Autos están convencidos los testigos; los qne sin atender à la verdad, que pide la religiõ de el juramento, afirman todo lo contrario de las diligencias, que puso à continuacion de los Despachos del Señor Protector, Miguel Antonio Romero, el que demàs de la fee publica, que como à Escrivano se le debe, tiene asseguràda la opinion de la mas nimia honrada legalidad.

Peticion de los hazẽdados en el Arrabàl de Huelcar, en Mayo 733

61. Acudieron, pues, el Don Francisco Luis de Vallesteros, y demàs interessados ante el Señor Juez Conservador, y presentando cierto testimonio, de que despues

se harà mencion, con la informacion referida original: pidieron se les reintegrasse en la possessión de las aguas, de que se dizen despojados por informe siniestro del Convento, para lo qual, en caso necessario, se reformassen los Autos del Señor Juez Protector, en que se mandaron librar los Despachos referidos à favor de la parte del Convento.

AUTOS, QVE PRESENTAN los hazendados en el Arrabàl de Guelcar, para fundar su derecho à las aguas contra el Real Convento de Señor Santo Domingo de Almeria,

62. DE Autos hechos desde 17. de Agosto de 686. hasta el de 88. de que se presentò compulsa de contrario, parece, que por parte del Convento se hizo relacion de la pertenencia, y derecho referido de sus aguas, y presentando la Real Provision ya referida de 11. de Septiembre de 636. en que se contiene, y manda guardar la sentencia pronunciada à su favor, pidiò su cumplimiento, el que diò el Alcalde de las aguas, con parecer de su Assessor, por su Auto de 17. de Agosto de 686.

Apelacion de los interessados, al Consejo de Poblacion.

63. De cuya providencia se apelò para este Juzgado por parte de los hazendados en dicho Arrabàl de Guelcar, alegando, que la Provision ganada à favor de el Convento se obtuvo con siniestra relacion, mayormente estando, como estavan, dichos interessados en possessión immemorial, à vista, ciencia, y paciencia de dicho Convento, de regar con la primera randa, y parada por parada sus tierras; y siendo la mayor parte de ellas pertenecientes à la Real Poblacion, y tener los dichos interessados mas de 2ȳ. Taùllas de tierra, y menos de 200. el Convento.

Consiente el Convento la apelaciõ, y el Juez la otorga.

64. En el traslado, que se le dió al Convento consintiò en la apelacion, y el Alcalde de las aguas la otorgó en 16. de Septiembre de 686. sin perjuizio de lo mandado.

65. Y aviendo repetido su instancia los dichos interessados en 15. de Octubre de dicho año de 86. hizieron relacion ante el referido Alcalde de las aguas por nuevo pedimento, diziendo, que estando siguiendo pleyto en el Consejo, y Junta de Poblacion, necesitábaban se les admitiesse informacion, de que en contravencion expressa de las Ordenanças de dicha Ciudad, y su Jurisdiccion à cerca de el govierno de las aguas, el dicho Convento las estava vendiendo por dineros, y frutos, y gozaba las que no le pertenecian, en grave daño, y perjuizio, assi de las haziendas de la Real Poblacion, como las de propriedad de los demàs vezinos, que se iban perdiendo, como tambien sus arboles.

66. De que se diò traslado à la Parte del Convento, y este contradixo la informacion ofrecida de contrario, pidiendo se mandasse à dichos interessados, que acudiessen à pedir su justicia al Consejo de la Real Poblacion de donde debian de dimanar los Despachos, assi para la ofrecida informacion, como para qualesquiera otras pretensiones.

67. Lo que assi se mandò por el referido Alcalde de las aguas.

68. En cuyo estado parece, que à los 8. de Noviembre de 1687. por parte de los vezinos, y hazendados del dicho Arrabàl de Guelcar, se requiriò à la Justicia Real de la Ciudad de Almeria con vna Real Provision del Consejo, y Junta de Poblacion, en que haziendo relacion de estàr en possession immemorial los dichos hazendados de regar con preferencia de paradas, y equidad de horas de agua, à proporcion de las Taùllas de tierra, les avia despojado la Parte del Convento, en fuerça de ciertas Provisiones, que con siniestra relacion, y pretestando, tener Titulos para ello, avia ganado; siendo assi, que ni tenia, ni podia tener Titulo alguno para que se le diesse la mitad de las aguas del dicho Arrabàl de Guelcar, para menos de 200. Taùllas de tierra, que tenia el dicho Convento; siendo assi, que passaban de 2ꝑ. las de los vezinos, y la mayor parte de estas eran pertenecientes à la Real Hazienda de Poblacion: por lo que pidieron, que no mostrando la Parte de dicho Convento Titulo alguno, se despachasse

Real Provisiõ à peticion de los interessados, para que se haga repartimiento de las aguas, conforme al Libro del Apéo.

Real

Real Proviſion, para que ſin embargo de las libradas à la Parte de dicho Convento, la dicha Juſticia de Almeria, y Alcaldes de las aguas, en conformidad del Libro del Apèo de dicho Lugar, coſtumbre, y Ordenanças, en razon del repartimiento de las aguas, con que ſe riegan las Haziendas del dicho Lugar; hizieran el repartimiento de dichas aguas, dandole à cada Hazienda la que le tocaſſe, ſin que ſe executaſſe lo contrario, pena de 10ꝝ. maravedis. La qual Proviſion ſe concediò, como ſe pedìa: Y ſe obedeciò, mandò cumplir, y executar por el Alcalde Mayor: quien diò ſu comiſsion al Alcalde de las aguas, para hazer el repartimiento, que por dicha Proviſion ſe mandaba; por hallarſe ocupado en dependencias de el Real ſervicio.

Peticion de los intereſſados, ſobre no hallarſe el Libro del Apèo, ofreciendo informacion del eſtilo de repartir las aguas en otros Lugares.

69. Dado el cumplimiento por el Alcalde Mayor à la Real Proviſion, preſentaron pedimento los dichos hazendados, diziendo: Que mandandoſe por ella repartir à cada hazienda el agua, que le tocaba, y pertenecia en conformidad del Libro del Apèo, y Ordenanças, coſtumbres, y vſos, que ſobre eſte caſo avia, y aviendoſe hecho diferentes diligẽcias para juſtificar el repartimiento de dichas aguas, no ſe avia hallado el dicho Libro en la dicha Ciudad de Almeria, ni en ſus Archivos, ni en el Oficio de Eſcrivano del Lugar de Gador: por tanto, y que ſegun lo mandado, ſe debia hazer dicho repartimiento: pidieron ſe les admitieſſe informacion de la forma, y ſegun ſe repartian las aguas, para los riegos de las Haziendas, que eſtàn en dicho Lugar de Gador, Rioxa, Benaxadùz, y Pechina, para que en dicha forma ſe repartan à las Haziendas del Artabàl de Guelcar. Y por vn otro sì pidieron, ſe hizieſſe la medida de las Taúllas de tierra, que ay en dicho Arrabàl, para hazer el repartimiento de las aguas, que les pertenece.

70. Se admitiò la informacion, y ſe mombraron Perìtos para la medida de Taùllas, los que aceptaron, y juraron el nombramiento.

Informacion del modo de repartir las aguas en otros Lugares.

71. Se hizo la informacion con cinco teſtigos, vezinos de Almeria, Gador, y Pechina. Sus edades de 40. haſta 60. años: convienen todos, en que las aguas ſe reparten entre los Lugares de Gador, Rioxa, Benaxadùz, y Pechina, dando vna hora de agua en vnos Lugares à quin-

ze Taùllas, en otros à diez y seis, y en otros à veinte. Pero ninguno dize del repartimiento, que se haze de las aguas en el referido Arrabàl de Guelcar.

72. Presentaron con Peticion los hazendados la informacion referida, insistiendo, en que en su vista, y lo mandado por la Real Provision, se hiziesse la mensura de las tierras, y repartimiento de las aguas à proporcion de las Taúllas: Y por vn otro sì, le acusaron al Convento la rebeldia, sobre no aver nombrado por su parte persona inteligente, que hiziesse la mensura referida, para executar dicho repartimiento de las aguas.

73. Y por Auto de 12. de Enero de 1688. se mandò hazer la medida, y huvo por acusada la rebeldia à la Parte del Convento, mandando se le hiziesse saber, nombrasse persona inteligente para la dicha medida, con apercebimiento, que se nombrarìa de oficio.

74. Por parte del Convento se diò Peticion relacionando, que teniendo repartimiento, liquidacion, y apèo de las aguas en la conformidad, que està alegado por merced, y Privilegio, y con la possession de tiempo immemorial, que no se les podia alterar, à causa de que quando lo avian solicitado los hazendados del Arrabàl de Guelcar, avian sido vencidos en Juizio contradictorio, y manutenido en su possession à la parte de dicho Convento, como constaba de las Reales Provisiones, por lo qual no debian nombrar persona alguna para los efectos, que se pretendia de contrario, y sin que fuesse visto por este, ni por otro acto contextàr demanda, por no aversele dado traslado, ni querido entregar los Autos, aunque los avia pedido, por no tener noticia de lo que pretendian dichos interessados, por cuya causa concluyó pidiendo, se le absolviesse, y diesse por libre de la nominacion, que se pretendia, y se le mantuviesse en la possession, sin dar lugar à pretension alguna de contrario, guardando lo mandado por dichas dos Provisiones; y caso, que la Parte de dicho Convento debiera hazer alguna cosa, se le diesse traslado de todos los Autos, y pretensiones de dichos interessados, y de lo contrario omisso, ò denegado, y de passar ad ulteriora, apelaba, y apelò, para ante su Magestad, y Señores, su Presidente, y Oydores del Consejo, y Real Junta de Poblacion:

Contradicciõ del Convento.

protestando la nulidad, y atentado, y otro debido remedio; y lo pidió por Testimonio.

75. Dado traslado à la Parte de los vezinos, y hazendados de Guelcar, insistieron en que se hiziesse la mensura de tierra, y repartimiento de aguas, sin atender à la Parte del Convento, alegando, que siendo vn mero Executor el Juez à quien se avia cometido el repartimiento de dichas aguas, no debiò dar traslado de la Real Provision, y Autos en su virtud fechos, por cuya causa debia passar à nombrar de oficio, persona, que hiziesse el repartimiento sin dar lugar à dilaciones notoriamente malicioſas.

Segunda Provision, para, que no constando por los Libros.

76. En cuyo estado, por parte de los vezinos se requiriò à las Justicias de dicha Ciudad de Almeria, y Alcaldes de las aguas con Real Provision, despachada en 6. de Abril de 688. Por la qual se les mandaba, que no constando por los Libros del Cabildo, de el agua, que tocaba à cada Hazienda, la dicha Justicia, y Alcaldes del agua hiziessen el repartimiento de ella, segun las Haziendas, que cada vno tuviesse, con igualdad, y que no hiziessen lo contrario, pena de 10ꝓ. maravedis.

77. Dado cumplimiento à dicha Real Provision, se mandò por Auto de 10. de Mayo de dicho año, notificar à los Escrivanos de el Ayuntamiento de dicha Ciudad de Almeria diessen Testimonio, de si constaba por los Libros Capitulares algun repartimiento de la agua, que tocaba á las Haziendas del Arrabàl de Guelcar.

Testimonio de los Escrivanos de Cabildo, de que no avia hallado el Libro de el repartimiẽto de las aguas.

78. En virtud de el qual Auto dieron Testimonio los Escrivanos de Cabildo, de que no tenian noticia de tal repartimiento, ni avian hallado tal Libro, sì solamente el de las Ordenanças, que no estava autorizado, por el qual no constaba mas, que el dia en que entraba el agua en las haziendas de Guelcar, pero no el repartimiento de las horas, que tocaba à cada vna.

Auto para la medida.

79. En cuya vista por Auto de 21. de Mayo de 688. se mandò hazer la medida de tierras de dicho Arrabàl de Guelcar, sin exceder de lo mandado por la Real Provision, y se notificasse à la Parte del Convento, nombrasse Medidores dentro de vn breve termino.

Contradiccion por la parte de el Convento.

80. Y aviendose notificado, pidiò se le entregassen los Autos baxo de ciertas protextas; pero se le mandò

cum-

cumplir lo proveìdo, y que dentro del dia nombraſſe, con apercebimiento.

81. A la notificacion de eſte Auto preſentò peticion la Parte del Convento, alegando ſu poſſeſsion en las aguas, que ſe intentaban repartir, la ſinieſtra relacion, con que ſe avia obtenido la Real Proviſion: y por quanto por eſta ſe prevenia, que ſe hizieſſe el dicho repartimiento conforme à los Libros de Apèo, Ordenanças, y coſtumbres de el Arrabàl de Guelcar, y ſe dezia no aver tales Libros: para que conſtaſſe el derecho, que tenia el dicho Convento à la mitad de eſtas aguas, y que eſtas no ſe podian repartir: hazia demonſtracion de ciertos papeles antiguos, que eran los Titulos originales, q̃ tenia el Convento por donde conſtaba el repartimiento, que en la antiguedad ſe hizo de dichas aguas, de que ſe pidiò ſe ſacaſſe vn traslado con citacion de la contraria Parte, y ſe puſieſſe con los Autos; y que interin no le corrieſſe termino, ni paraſſe perjuizio, ſobre que protextó daños, y perjuizios, y la nulidad de los Autos.

Auto del Alcalde de las aguas.

82. El que ſe proveyò à eſta peticion fue, que ocurrieſſe la Parte de el Convento con dichos papeles ante los Señores del Conſejo de Poblacion, y ſe cumplieſſe con lo proveìdo por los Autos de 21. y 25. de Mayo, y que por no aver nombrado el Convento perſona inteligente para la medida de las Haziendas, ſe nombraba de oficio à Chriſtoval de Llamas.

Recuſa el Convento al Alcalde de las aguas.

83. En eſtos terminos diò peticion la Parte de el Convento à Don Indalecio de Venavides, Juez, y Alcalde, que ſe dezia ſer de las aguas, recuſandolo por juſtas cauſas, que à ello dixo le movian, pidiendole ſe huvieſſe por recuſado; y delo contrario proteſtàba de nuevo la nulidad de Autos, y que ſe le dieſſe por teſtimonio.

Haze el Convento la recuſacion del Alcalde de las aguas ante la Juſticia Real.

84. El Auto que ſe proveyó fue: que no avia lugar à la recuſacion, por temeraria, y malicioſa, y que ſe cumplieſſe lo proveìdo, practicando la medida de tierras, y repartimiento de aguas.

85. En viſta de eſte Auto vsò el Convento de el vltimo remedio, dando nueva peticion ante la Juſticia Real, en que refiriendo la recuſacion hecha del Don Indalecio Venavides, y no averla admitido, nueyamente lo recu-

cusaba, pidiendo le huviera por recusado, alegando la nulidad de los Autos por defecto de jurisdiccion en el D. Indalecio, en atencion à que hablando la Real Provision, ganada de contrario, con la Justicia Real, para que esta practicasse el repartimiento, solamente tenia las vezes de vn Juez Delegado, y de Comision, y como tàl no avia podido subdelegarla al Don Indalecio de Venavides; ni menos este podia reconocer en dicha causa como Alcalde de las aguas, pues no lo era: para cuya justificacion pidió, se le diesse testimonio del Regidor à quien le avia tocado la suerte de Alcade de las aguas aquel año, y si el Don Indalacio exercia el Oficio por nombramiento de la Ciudad, por muerte de Don Juan de Funes; y asimismo pidiò otro testimonio de el repartimiento, que le avia tocado al Convento en aquel año en la limpieza de Azequias, al parecer.

Auto del Alcalde Mayor.

86. A este pedimento, el Auto que se proveyó fue: no aver lugar la recusacion, y que se le diesse à la Parte del Convento el Testimonio, que pedia. Y como quedò dudoso, qual de los Testimonios se mandaba dar, no diò vno, ni otro el Escrivano. Por cuya causa diò nueva peticion la Parte del Convento, relacionando esto mismo, y pidiò se le diessen ambos Testimonios. Los que se le mandaron dar por otro Auto: Cuya notoriedad se puso por diligencia, y se passó à la medida de Haziendas, y repartimiento de las aguas, de las quales diligencias, sin dar mas traslado à la Parte del Convento, resultó, dàr possession al Alcayde de las aguas del Arrabàl de Guelcar, de las que le tocaba repartir conforme al apèo, y liquidacion, que de ellas se hizo, para que las aplicasse segun el repartimiento.

DEFECTO DE ESTOS Autos, presentados de contrario en el original.

87. ES DE NOTAR, QUE AVIENDO PRESentado la Compulsa de estos Autos, pidiò la Parte del Convento su cotejo con los originales, del qual resultò, que concluyendo el Auto del Alcalde Mayor,

yor, en que mandò dàr à la Parte del Convento los dos Teſtimonios, que vltimamente pidiò, y la diligencia de notoriedad de dicho Auto; folio (50.) y quaſi en todos ellos ſe regiſtran emmendados todos los numeros de los ſiguientes folios ; en que ſe conocen ſubſtraydas las fojas en que la Parte del Convento, para juſtificar, que no era Alcalde de las aguas el Don Indalecio Venavides (à demàs de eſtàr legitimamente recuſado) al parecer avia preſentado el Teſtimonio, que pidiò: Cuyo defecto, à demàs de las muchas nulidades, que tienen dichos Autos, manifieſta la ninguna fee, que ſe les debe dar.

PROSIGVE LA NVEVA demãda de D. Frãciſco Luis, y conſortes, en fuerça de los Autos antecedentes.

88. EN FUERZA DE ESTOS AUTOS, DIO la Parte de D. Franciſco Luis ſu pedimento, pero fundado en vna relacion, que falta en vn todo à la verdad; en que el Abogado fue mas corteſano que debiera, eſcriviendo lo que le informarõ los intereſſados por ſus cartas, contra lo miſmo, que de dichos Autos conſta. Sienta en primer lugar, que ſus Partes tuvieron la immemorial, inviolable poſſeſsion, de que toda el agua del Arrabàl de Guelcar, ſe ha repartido à todas ſus Haziendas con equidad à las Taúllas, ſin que la Parte del Convento huvieſſe gozado la mitad de todas ellas, haſta el año de 728. Que eſto ſea contra el hecho de la verdad, conſta de los Autos, de que và hecha mencion.

89. Alega tambien , que la Parte del Convento ſupuſo para ganar el Deſpacho del citado año de 728. que eſtava en actual poſſeſsion, en que le pretendian inquietar: Y con eſta ſinieſtra relacion ganò el dicho Deſpacho, que de otra ſuerte no ſe le huviera concedido. Que eſto no ſea aſsi, conſta del miſmo pedimento, que el Convento preſentò, quando le mandò reintegrar el Señor Juez Protector.

90. Haze otro supuesto la Parte de Don Francisco Luis, tan injusto, como falto de verdad: Y es, dezir, que el Convento no requiriò con dicho Despacho à la Real Justicia, ni al Regidor Alcalde de las aguas, sino al Azequiero, ò Alcayde de Guelcar, que como rustico, ni pudo entender lo contenido en el Despacho, ni menos pudieron los interessados saber de su despojo. La falsedad de lo primero està claramente convencida de las diligencias, que el Escrivano puso à continuacion del referido Despacho. En quanto à lo segundo, de que no supieran los interessados su despojo, diga el Don Francisco Luis, quantas vezes le pidiò al Convento, por tiempo de los cinco antecedentes años, que le diesse el agua, que le sobrasse, para regar la hazienda de su Vinculo, que no lo negaràn los demàs interessados, que aun siendo Alcaldes de las aguas, recibieron el mismo beneficio del Convento.

91. Alegan tambien, que porque no tuvieron noticia de los Autos del año de 88. de que han presentado la compulsa, no han hecho hasta aora su defensa. En esto caen en vna implicacion, por faltar tambien à la verdad. La implicacion con que se contradizen està en sus dos primeros pedimentos evidente; porque diziendo en el primero, que hasta aora no han sabido, que huviera tales Autos, luego en el segundo, para contradezir el cotejo de la compulsa con sus originales, afirman, que siendo, y aviendo sido los referidos Autos el govierno, y regla para el repartimiento de las aguas, no pueden sacarlos de el Archivo de la Ciudad por la falta, que le podràn hazer. Y ademàs, que de ellos mismos constaba, que à Don Roque Vazquez, vno de los interessados, y consortes, se le mandò dar vn Testimonio de los dichos Autos, que no es de creer lo aya perdido, ni menos, que lo tuvieran olvidado; pero se colige, que este no podria servir, porque estarà conforme al original, antes que llegasse el caso de aver enmendado los numeros de los folios.

92. En el segundo alegato de justicia, afirmandose los interessados en su instancia, presentaron algunos Testimonios, que ademàs de no venir à el caso: Si alguna cosa prueban, es *contra producentem*, como se harà notorio por este escrito.

El

93. El primero, es ſacado de el Libro de el repartimiento general, en que fue ſeñalado el ſitio del Convento en el año de 494. por el Alcayde Hernando de Cardenas, el Corregidor Diego Lopez de Truxillo, y Diego de Vargas, Repartidor.

94. El ſegundo, en que conſta la donacion de la Heredad del Rey, que fue en el miſmo año, y en el miſmo repartimiento general, hecho por los miſmos Repartidores.

95. El tercero Teſtimonio le ſacaron de vn Libro de Hiſtoria, en que como eſtraño de los alegatos de juſticia, ſe implicaron con malicioſa inadvertencia; pues contiene el Repartimiento de los bienes Avices, que mandaron los Señores Reyes Catholicos dividir en partes, ſeñalando la mitad de todos ellos à la Santa Igleſia Cathedral, y que haziendo de la otra mitad tres partes iguales, las dos ſe aplicaſſen al Real Convento de Santo Domingo, y la tercera reſtante al Hoſpital, que es del Patronato, y adminiſtracion de la miſma Santa Igleſia. Eſta conſignacion la encargaron los Señores Reyes al Illuſtriſsimo Señor Arçobiſpo de Granada, y eſte à Diego de Chinchilla, en el año de 496. y es tan diſtinta del Repartimiento general, que no tiene con èl alguna conexion, aunque mas ſe quieran de contrario confundir, lo que conſta de originales Titulos, que tiene demoſtrados el Convento.

96. El quarto Teſtimonio, es de cierto repartimiento de Peones, que ſe dize aver hecho la Ciudad, y Regidores de Almeria, à peticion de la Parte del Convento, para limpiar la Azequia de la Boquera, à la entrada de Venajaduz, para el riego de las haziendas de Guelcar: en que ſe repartieron noventa Peones à todos los Hazendados, y tocaron diez y ſiete, y tres quartos à la Parte de el Convento. De donde infieren los contrarios, que la dicha Heredad del Rey no tuvo en tiempo alguno privilegio de mas aguas, que las demàs Haziendas, pues entrò en el repartimiento comun de los Peones correſpondientes à las Taúllas de tierra, que tenia.

97. Pero el contenido de eſte Teſtimonio, en primer lugar no viene al caſo, porque el repartimiento de los Peones, que en èl ſe hizo, no fue para la limpia de la Azequia,

quia, por donde se conducen las aguas claras, y de tanda, para el riego de las Haziendas del Arrabàl de Guelcar, sino para otra Azequia de Boquera, por donde los vezinos del dicho Arrabàl tomaban antiguamente el agua, que và perdida por la canal del Rio en tiempo de Invierno, la qual Boquera tenia su cola, ò tomadero à la entrada de Benajaduz. Y assi, y por esta causa no se le repartierō Peones à la Heredad del Rey, porque desde tiempo de los Moros tuvo, y conserva de presente, su boquera privilegiada, y particular.

98. Esto se convence con evidencia de la misma quenta de las Haciendas del Convento à que se le repartieron los dichos 17. Peones, y tres quartos; pues del mismo Testimonio consta, que estos se tepartieron à onze distinctas Haziendas, que el Convento tenia en dicho Arrabàl de Guelcar: Y siendo cierto, (como consta del deslinde de ellas, que à peticion de el dicho Convento hizo la Justicia Real el año de 529. y està demonstrado) que en estas onze Haziendas, no se incluìa la Heredad del Rey: se induce por ilacion precissa, que la dicha Heredad no entrò en este repartimiento del comun, porque tenia, y tiene su particular Boquera: Pero como las otras onze Haziendas, que en el Testimonio presentado de contrario se mencionā, (y son las mismas, que en el demostrado por Parte del Convento se designan) no tenian Boquera particular, fue precisso, que entraran en el repartimiento de el comun: si la Parte contraria negare, que el dicho repartimiento de Peones, fue para limpiar la Azequia de la Boquera antigua; y quisiere dezir, que era para la Azequia, con que el Arrabàl de Guelcar conduce la tanda de aguas claras: Sera el Testimonio, que presenta *contra producentem*. Y con el mismo convence su intencion, y justicia la Parte del Convento. La prueba es evidente, y arismetica.

99. En el apèo, y deslinde de las aguas, que hizo el Convento el año de 529. declararon los inteligentes, que de cinco dias de agua, que tiene en cada semana el Arrabàl de Guelcar, contando, noche por dia, y dia por dia, tomaba el Convento para la Heredad del Rey la mitad, (que son dos dias, y medio) de modo, que al comun de las demas Haziendas del Lugar, quedaban otros dos dias, y

medio,

medio, y de eſtos tomàba el Convento medio dia para las otras Haziendas, que tenia en dicho Arrabàl, fuera de la Heredad del Rey: Pues aora la quenra ariſmetica: Eſtos dos dias y medio componen cinco medios dias: Con que al Convento tocaba vna quinta parte de las cinco del comun, para las Haziendas, que tenia fuera de la Heredad del Rey. Eſto ſupueſto, vamos à la quenta del repartimiento, que conſta del Teſtimonio preſentado de contrario. Los Peones, que ſe repartieron fueron noventa, de eſtos tocaron 17. y tres quartos à la Parte del Convento, que es vna quinta parte de los noventa Peones, menos vn Peon, y vn quarto; conque por buena ariſmetica reſulta, que ſi los Peones ſe cargaban á proporcion de las horas de agua, que les tocaba à las Haziendas; y el agua, que tocaba à las onze Heredades, que el Convento tenia en Guelcar, fuera de la Heredad del Rey, era la quinta parte de los cinco medios dias, que pertenecian al comun; y otros tantos Peones fueron los que le repartieron, y cargaron: Se infiere del Teſtimonio preſentado de contrario, que en el repartimiento, que en èl ſe hizo, no ſe incluyó la Heredad del Rey, ſino las otras onze, que tenia el Convento fuera de ella en el dicho Arrabàl.

80. Y lo convence mas otra reflexion. En el deſlinde hecho de las aguas el referido año de 529. diſcordaron los inteligentes, en que Luis de Jaen dixo, que para las otras Haziendas, que tenia el Convento fuera de la Heredad del Rey, le tocaba, y pertenecia medio dia de agua de los dos y medio, que ſe aplicaba al Heredamiento, y Haziendas del comun: y Borjòn, y Abulfad, Moriſcos, dixeron, que eſto lo contradezian los vezinos del Arrabàl; no en quanto al tanto de las horas de agua, ſino en quanto à que ſe dividieſſe el medio dia, de los cinco medios del comun, y lo tomaſſe el Convento en horas continuadas todo de vna vez, ſino que lo debia tomar por peonìas: eſto es, que tomaſſe las miſmas horas, que componen medio dia; pero que fueſſe por el ſequito de la ſituacion de las Haziendas, parada por parada. Con que lo mas, que con el Teſtimonio preſentado de contrario ſe puede probar, es, que ſe le quitò la poſſeſsion à las otras onze Haziendas, que tiene el Convento fuera de la Heredad del Rey, de tomar, como tomaban, medio dia de agua en continuadas horas para ſu riego en cada tanda; y que ſe ſugetaſſen à regar por peonìas, y parada por parada, como de preſente ſe riegan, pues oy tiene el Convento la propriedad de las miſmas onze Haziendas, y riegan parada por parada, con el agua, que les toca de aquella mitad, que pertenece al comun de el Heredamiento de Guelcar.

81. El quinto Testimonio presentado de contrario, es del libro de las Ordenanças fecho por la Ciudad, el año de 502. que empieza: *Se acordò por la Ciudad para el repartimiento de las aguas, conque se riegan los campos, Huertas, y Heredamientos desta Ciudad, con consulta, que para ello tuvo con el Dean, y Cabildo de la Santa Iglesia, y con el Convento, y Frayles de Santo Domingo*: Por el qual libro consta, al parezer, de vna Ordenança, que se dize la 45. tratando del riego de Guelcar. Y habla deste modo. *En el riego de dichas Azequias, y repartir el agua de ellas se ha de guardar la costumbre, que tenian los Moros, y que cada Alcaria tiene en el regar, regando por las Azequias en orden, como siempre lo han hecho, dando à cada vno el agua por los Peones que tiene.* Destas Ordenanças infiere la contraria Parte, que la Heredad del Rey, no tiene privilegio especial, ni consignacion alguna de mas agua, que qualquiera de las otras Haziendas, sino que se le debe repartir por Peones, y parada por parada, como con todas las Haziendas se practica.

82. En la presentacion deste Testimonio se manifiesta, por muchos capitulos, la mala fee de los contrarios, y ella misma les ha confundido, para que confiessen lo que hasta aora han negado. Hagasse en primer lugar la reflexion, de que en los Autos,, que siguieron en el año de 688. aviendo mandado el Consejo, y Real Junta de Poblacion, *que no teniendo Titulo alguno el Real Convento por donde constasse tener derecho particular à determinadas horas de agua, se repartiesse la que entra en el Heredamiento de Guelcar conforme à los libros de repartimientos, y las Ordenanças, y la costumbre, que huviera.* Ya se sabe, que el Convento tenia Titulo, y lo presentò, y no lo quisieron admitir. Por otra parte se justifica, que estava à favor de el Convento la costumbre, de regar sus Heredades del Rey con la mitad de la agua perteneciente al Arrabàl, à que debiò conformarse el Juez de Comision, en fuerça de la Real Provision. Pero esto solamente prueba la injusticia, y la nulidad insanable de los referidos Autos. Vamos aora à la mala fee, y modo con que la Parte contaria ha seguido este tan injusto pleyto en todo tiempo.

83. En virtud de la Real Provision referida; y para no arreglarse à lo mandado por ella; luego que se hizo el requerimiento à la Justicia Real, presentò la Parte contraria peticion: diziendo, que por quanto no avia libro de repartimiento de las aguas del Arrabàl de Guelcar, y que el de las Ordenanças estava de letra tan antigua, que no se podia leer; se passasse à hazer medida de las Haziendas de Guelcar, y se hiziesse repartimiento de las horas de agua à proporcion

cion de las Thaùllas, en la miſma forma, con que en los demàs Lugares del Rio ſe practicaba. A eſte fin pidieron tambien, que los Eſcrivanos de Cabildo dieſſen Teſtimonio, ſi avia tales libros. Lo que executaron Franciſco de Molina, y Antonio Romero. Eſte dixo: *avia mirado el libro de Ordenanças de la dicha Ciudad, que no eſtava autorizado, y por èl no conſtaba mas, que el dia que tocaba al dicho Lugar de Guelcar.* El primero declarò, *no avia hallado, ni viſto tales libros en el Archivo de la Ciudad.*

84. Pues cómo aora parecieron libros de repartimientos de las aguas del dicho Lugar de Guelcar? Y còmo aora, que ya eſtà la letra del libro de Ordenanças mas ilegible, por mas antigua, ſe hà podido leer con tanta facilidad? Y ſi antes no trataba de la agua, que pertenecia à las Haziendas, ni del modo de repartirla, ſi no de el dia, que tocaba la tanda al Arrabàl de Guelcar; cómo aora yà ſe halla en el miſmo libro la Ordenança 45. que ſe preſenta de contrario?

85 El còmo, yà ſe harà manifieſto, en pleyto, que tienen pendiente el Cabildo de la Santa Igleſia, y Real Convento de Santo Domingo de Almeria, contra el Concejo, Juſticia, y Regimiento de la dicha Ciudad, ſobre la propiedad, y adminiſtracion de las aguas de las fuentes de Aljadra, y con que ſe abaſtece la Ciudad, y riegan ſus campos, y Huertas. Han pretendido dicho Cabildo, y Regidores privar, aſsi à la Santa Igleſia, como al Real Convento, del dominio, y Privilegio, que le dieron los Reyes Catholicos ſobre dichas aguas, en el repartimiento de los bienes Avizes, à cuya propriedad pertenecian en el tiempo de los Moros: Y como en la cabeça de dichas Ordenanças, para repartir las aguas referidas (que ſon muy diſtintas de las del Rio de la Thaa de Marchena, conque ſe riega el Heredamiento de Guelcar) conſta, que para hazer repartimiento *ſe conſultaron al Dean, y Cabildo de la Santa Igleſia, y al Prior del Convento de Santo Domingo*, como legitimos dueños de la propiedad de dichas aguas; por tanto, ſiempre han ocultado el libro de las Ordenanças. Y aora, que la manifeſtarõ hà ſacado Teſtimonio la Parte del Convento del miſmo preſentado de contrario, para ponerlo con el pleyto, que ſe ſigue en la Real Chancilleria. Eſto le ſucede à quien litiga de mala fee: pues por vltimo ſe manifieſta la verdad à favor del que procede con ella, y con juſticia; aunque mas ſe intente confundir.

86. El por què en el año 688. no pareciò, ò no ſe pudo leer el libro de las Ordenanças, y no ſe valieron los contrarios de la 45. que aora preſentan, es tambien manifieſto: porque en la Real Proviſion, que ganaron, para *que ſe hizieſſe repartimiento de las aguas del*

Arra-

Arrabàl de Guelcar, conforme à la coſtumbre; y no teniendo titulo la Parte del Convento, viendo los cõtrarios, q̃ la Ordenança mandaba, *que en el repartimiento de dichas aguas ſe guardaſſe la coſtumbre, que los Moros tenian de regar en cada Alqueria;* y que por el deſlinde, que el Convento preſenta, ſe comprovaba, *que la coſtumbre, que tenian los Moros de regar en el Arrabàl de Guelcar, era, aplicando la mitad de todas ſus aguas à la Heredad del Rey, y diſtribuyendo la otra mitad por Peones, al reſto de todas las otras Haziendas del dicho Arrabàl,* tuvieron por conveniente, para lograr ſu injuſto intento, el ocultar la dicha Ordenança, y no admitir en los Autos el titulo, ò deſlinde, que preſentò el Convento.

87. Entonces, porque no les pudieſſe obſtar el dicho Libro de Ordenanças, declarò el Eſcrivano, que no eſtava autorizado: y aora ſe calla eſta tan importante circunſtancia; pero valiendoſe la Parte del Convento del Teſtimonio de la dicha Ordenança 45. preſentado de contrario, y teniendo, como tiene, juſtificado en la Probança, que hizo el año de 636. que la coſtumbre, que tenian los Moros de repartir las aguas en el Arrabàl de Guelcar, era, aplicar la mitad de todas ellas à la Heredad del Rey; y que la otra mitad ſe repartieſſe por Peonìas à las demàs Haziendas, reſulta *contra producentem* el dicho Teſtimonio, y es prueba irrefragable del derecho del Convento.

88. El vltimo Teſtimonio, que ſe ha preſentado de contrario, manifieſta igualmente la mala fee, con que ſiempre han procedido los intereſſados, y la inconſequencia en los alegatos, que han deducido. Contiene el dicho Teſtimonio vn repartimiento de Peones, que dizen, ſe deben entender por horas de agua, hecho el año de 572. à todo el Heredamiento del Arrabàl de Guelcar, en que ſe contaron ochenta horas, y ſe aplicaron à la Parte de el Convento veinte y media. Aora la inconſequencia de la Parte contraria, y la verdad, en que ſiempre ha fundado el Convento ſus alegatos de juſticia.

89. Han alegado ſiempre los contrarios, que no tiene mas de 200. Taúllas de tierra en Guelcar el Convento, y que llegan à 2ꝯ. las otras Haziendas de los demàs vezinos, para inferir, que no es juſticia, ni equidad, que 200. Taùllas de tierra tengan otra tanta agua, como las 2ꝯ. que deben tener igual derecho al todo de ella. Pues cotegeſe aora eſte alegato con el dicho Teſtimonio, porque, ò fue injuſto aquel repartimieuto, ò falta à toda la verdad el alegato. Si el repartimiento fue juſto: correſpondia à 800. Taùllas el todo

de

de las Haziendas de Guelcar, entrando tambien las de el Convento; porque ello fueron 80. las horas del agua repartida, y al Convento para 200. Taùllas le aplicaron 20. horas y media; con que si fue con equidad el tal repartimiento, reſtando 59. horas, y media, que repartir al reſiduo de las demàs Haziendas, ſolo podian componer eſtas otras 600. Taùllas, para que à cada 200. ſe le aplicaſſen 20. horas de agua.

90. De aqui ſe infiere, lo primero, la verdad, en que el Convento ha fundado ſiempre ſus alegatos, quando ha pretendido afirmar en ſus eſcritos, que ſolo vna tercera parte de las Haziendas, que de preſente ſe cultivan en el Arrabàl de Guelcar, tiene derecho à la agua. Y la quenta es Ariſmetica, (ſi es verdadero el Teſtimonio del repartimiento de aguas, preſentado de contrario.) Pues ſolo à 800. Taùllas ſe les aplicò el todo de las 80. horas de agua: Luego ſolamente las 800. Taùllas tenian derecho à ella, porque no avia mas agua que repartir, que las 80. horas. Y el regarſe oy todo el Heredamiento, es, porque como los Regidores, Alcaldes de las Aguas, han ido comprando Haziendas en el dicho Arrabàl, les han ido aplicando el agua, que antes no tenian, defraudando eſte beneficio à las que tenian derecho de propriedad al riego.

91. Lo ſegundo, que ſe infiere, y es verdad incontraſtable, es, que el agua, que ſe repartiò en el año referido de 572. fue la mitad ſolamente de la que entra en el Arrabàl de Guelcar, porque la otra mitad eſtava conſignada à la Heredad del Rey. Y de las 80. horas, que ſe repartieron à las Haziendas del comun, en que entran las onze Haziendas, que ademàs de la Heredad de el Rey tiene el Convento en dicho Arrabàl, le tocaron al dicho Convento para eſtas onze Haziendas (que ſe componen de cerca de 300. Taùllas) las veinte horas y media de agua. Y la razon es evidente, porque, ò fue juſto el dicho repartimiento, y como tal tuvo exiſtencia? (y en eſte caſo no ſe le conſignò por Peones el agua à la Heredad del Rey, como à las otras del comun) ò fue injuſto, y porquè incluyò à la dicha Heredad del Rey, no tuvo efecto? Si eſto ſegundo? No viene al caſo el dicho repartimiento, pues paſſaron deſpues mas de 150. años, en que ſin novedad eſtuvo el Convento en poſſeſsion de tomar ſu mitad del agua, para la Heredad de el Rey, ſin entrar en el repartimiento de Peones, y horas del comun. Si fue juſto, y tuvo ſubſiſtencia? Luego ſolamente comprehendiò à las dichas onze Haziendas del Convento, que ſon las que han eſtado, y eſtàn ſugetas à regar por peonìas, y parada por parada, como las otras de el comun.

92. Los alegatos de contrario se impugnarán en este escrito, fundando en derecho al mismo tiempo, los que el Convento, para prueba de su derecho, ha deducido.

93. Un solo alegato de contrario merece especial reflexion en el presente punto, porque su impugnacion pertenece solamente al hecho. Se reduce, pues, el alegato à negarle la honra à la Parte del Convento del Titulo Real, con que apellida à la *Heredad de el Rey*: diziendo, que es incierto, el que se deba nombrar con este Titulo, y que solamente le conviene este honroso nombre, porque el Convento quiere assi llamarle.

94. Con las mismas vozes le pretendiò quitar la imbidia à Jesu Christo el Titulo de Rey, tan radicado, que tenia por natural derecho. Es incierto, dezian, que tenga Titulo de Rey, porque èl solamente se lo quiere atribuir, sin razon, ni causa para poderselo apropriar: *Nolli scribere: Rex Judeorum: Sed quia ipse dixit. Joannis* 19. Aqui mi Agustino, à quien cita Hugo, sobre el Texto: *Erat scriptum tribus Linguis, (Hebaice, Grece, & Latine) quasi tribus testibus, ut in ore duorum, vel trium stet omne verbum.* Rey se ha de llamar de los Judios, respondiò Pilatos: *Quod scripsi, scripsi::: Rex Judeorum.* Y por esso puso en tres diversas lenguas, tres testigos, para que en todo tiempo pudieran confirmar el testimonio, de que le pertenecia de justicia el Titulo. Eran estos testigos, dize el mismo Hugo, no solamente los Fieles, que avia en los Hebreos, sino los Infieles de Griegos, y Latinos; y fue correspondencia mysteriosa, porque no solamente los Profetas anunciaron à Christo, como Rey, sino que los Magos Gentiles le adoraron como à tàl: *Hoc signum Magni Regis, ubi est, qui natus est Rex Judeorum? Matthæi* 2. Pues si tiene el Juez vna prueba tan relevante de testigos, con vna tan calificada tradiccion, por què le han de negar el titulo de Rey? Y por què se ha de dezir, que este titulo solamente le conviene, porque el mismo Christo quiso assi llamarse?

95. En el Apèo, y deslinde de las aguas, que se hizo en el año de 529. en que declararon Christianos viejos, y Moriscos: y en las Probanças de los años de 551. y de 636. en que se examinaron mas de veinte y quatro testigos, contestan todos, en que la dicha Heredad tenia el Titulo de *Heredad del Rey*. Y dàn los testigos la razon: porque en tiempo de los Moros era de sus Reyes; y los Catholicos quando ganaron aquella tierra la dieron al Convento, y que assi lo oyeron dezir à los Moros, Moriscos, y Christianos viejos. Pues si tiene el Convento, no solamente tres testigos, sino tan

excesivo numero, y con la tradiccion de las tres lenguas de los Moros, Moriscos, y Christianos viejos, que todos convienen en el Titulo de *Heredad del Rey*; por què no se ha de escrivir assi?

96. *Quid loquimini* (dize San Agustin sobre el citado Texto *quia ipse dixit? Quid fieri contradicitis, quod mutare nullo modo potestis*: Sino es posible quitarle al Convento tan apreciable honra, por què se contradize, que se glorie de ella? Tres Psalmos, dize el citado Hugo, ay que tienen este titulo: *Ne corrumpas tituli inscriptionem.* (Psalm. 56. 57. & 58.) Pues si en tres Testimonios afirma la antiguedad, que no se borre la inscripcion, (del Titulo del Rey) por què la malicia lo ha de confundir? En qué perjudica à los contrarios la inscripcion del Regio Titulo? *Quid vobis hic titulus lædebat.*

97. Para animar à los pobres de Guelcar, no solamente à que diessen poder para este pleyto, sino para que contribuyan al todo de los gastos, les asseguraron los hombres poderosos, que tenian destruìdo ya al Convento, y que este no se podria defender por su pobreza, demàs de estar por los interessados la justicia. Pues si esto es verdad, para què es el temor, de que la Almazàra se llame Heredad del Rey, y que el Convento la intitule por escrito assi? *Si enim imbecilis erat, & mortalis, & extingui debebat, quid litteras formidatis? D. Agust. apud Hug. ibidem.* Fuera disculpable este servil temor sobre honrarse el Convento con el Titulo Real, si en el seguimiento deste pleyto litigàra como poderoso, si se defendiera con insidias, ò fundàra en la ambicion su instancia; pero si litiga como pobre, y ha de quedar destruìdo, como dizen, en què fundan los contrarios los temores? *Formidabile fuerit nomen Regium, si dominandi consilium tyranicus pròderit apparatus, si provisio armorum, si congregatio divitiarum.* (S. Leo Pap. Serm. 8. de Pass.

REFLEXIONES DE DERECHO, QUE PRUEBAN EL que tiene el Real Convento de Santo Domingo de Almeria, à la mitad de todas las aguas de el Arrabàl de Guelcar, fundadas en los titulos, y hecho verdadero, relacionado de los Autos.

98. ES Ley la Merced del Principe, expliada, y practicada por sus Juezes: especialmente en aquellas acciones, en que les comete la execucion de las gracias, que quiere dispensar. *Text. in leg. 1. ff. de Consist. Princip.* Ibi: *Quod Principi placuit, legis habet vigorem. Textus, in leg. 1. ff. de Offic. ejus. qui mandat. est jurisd.* Gonçalez, *in Reg.*

Reg. 8. *Chanc. Gloss.* 35. *n.* 5. Pareja *de Univers. instruc. edit. tit.* 6. *resolut.* 3. *num.* 142. *& Text. in leg.* 1. *C. delvet. jur. enucl.* §. 6. Ibi: *Omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impartietur authoritas.*

99. Es innegable, que los rios, y fuentes, estàn en el dominio del Principe. *Cap.* 1. *de Feud. quæ sint. regal.* Cæpol. *de Servitut. Rust. Prædior. cap.* 31. *num.* 4. Pont. *de Potest. pro Reg. tit. de abund. civit. in add.* §. 6. Pecchio *de Servit. tom.* 3. *de Servit. Rustical. cap.* 9. *q.* 36. *num.* 286. Y assi, para que los Vassallos tengan el vso de tan noble, y necessario elemento, necesitan precissamente la destinacion, merced, y concesion del Principe: *Textus in leg.* 1. §. *Permititur. ff. de aqua quot. & æstiv.* Como es precissa, por el mismo caso, para qualquiera otro comun aprovechamiento. *Textus in leg.* 9. *partit.* 3. Ibi: *Que son establecidos, è otorgados para pro comun al de cada Cibdad, ò Villa, ò otro Lugar: Ca todo home, que fuere, y morador, puede vsar de todas estas cosas sobredichas. Textus in leg.* 1. *tit.* 7. *lib.* 7. *Recop.* Ibi: *Que fueren apropiados à las dichas Cibdades. Quos & allios, congirit.* Oter. *de Pasq. cap.* 2. *num.* 2.

100. Assi se practicò en las Ciudades conquistadas, y especialmente en la de Almeria, pues en el repartimiento, que hizieron los Catholicos Reyes de sus Tierras, les mandaron proporcionalmente distribuir las aguas: pero como estas eran suyas, no se entiende, que entraran en la ley comun las haziendas, que reservaron para sí: ò yà para distinguir su regalia: ò yà, porque à las Haziendas, que para sí reservaron, les quisieron conservar el Privilegio, que tuvieron en tiempo de los Reyes Moros.

101. Del Apèo, y deslinde de las aguas, que se hizo el año de 1529. ante la Justicia de Almeria, y consta de la relacion del hecho desde el numero tercero de este escrito, y la probança practicada en el año de 636. y el Testimonio demostrado del derecho, y propriedad de la Boquera del Rami, consta, que porque la Heredad del Rey, que es propria del Real Convento de Santo Domingo de Almeria, era, en tiempo de Moros de sus Reyes, tenia la especial prerrogativa de gozar la propriedad, y vso de la mitad de todas las aguas claras, que entraban para el riego del Heredamiento del Arrabàl de Guelcar. Assi todos los testigos en la probança del año de 636. de que và hecha mencion. Lo mismo consta del Testimonio referido, que se comprobò con citacion de los contrarios. Y sobre la possession, y propriedad de su derecho, que goza el Convento del Señor Santo Domingo, ay dos distintas Provisiones de su Magestad: vna

ga-

ganada en el año de 730. y otra en el presente de 33. en ellas se contiene, el especial Privilegio, que tiene la Heredad referida del Rey, y que no entrò en el comun repartimiento de sus aguas, costumbres, estilos, ni Ordenanças, que ay en dicha Ciudad, sobre el vso de Boqueras; y esto se evidencia, porque siendo ley comun para todas las Haziendas, que ninguna deba darle servidumbre à otra, para regar con aguas turbias; sino que ayan de regarse parada por parada, y por el orden de ellas: Tiene la Heredad del Rey tal preeminencia, y privilegio, que atrabesando mas de vna milla por las Haziendas proprias de Don Francisco Luis, y otros consortes hazendados en el Arrabàl de Guelcar, ninguno puede abrir parada, ni atrabesar con ningun genero de faxinas la Boquera, hasta que enteramente esté regada la Heredad del Rey: y aun en este caso, podràn abrir paradas; pero no atrabesar por manera alguna la Boquera; y entonces entra la ley comun, de que todas las demàs se ayan de regar parada por parada segun la situacion, y primacía de la Hazienda.

102. Y sì tiene el Convento este derecho, porque la Heredad del Rey gozaba el privilegio mismo, quando era de los Reyes Moros: Siendo de menor entidad el regar con aguas de avenida, ó de allubion, que el regar con aguas claras, que son consistentes, y perpetuas; no es creyble (aunque el Convento no tuviera el titulo del apèo, deslinde, y probanças, que justifican su derecho) que los Reyes Catholicos, que compraron la referida Heredad, le conservassen el menor beneficio, y privilegio, quitandole el mas apreciable, y provechoso.

103. De aqui se convence de divinatorio, voluntario, y sin fundamento vno de los alegatos de contrario, en que se dize: Que ni el Convento tiene, ni puede tener especial privilegio à la mitad de las aguas, que de presente se litiga. Porque el *no tiene*, se verifica falso, y lo convence el deslinde, y apèo, que se hizo en el principio; pues semejantes instrumentos son en este Reyno, los vnicos fundamentales titulos. *El no puede tener*, es adivinar por vna parte: y por otra limitar la potestad del Principe. *Leg. 1. C. de Crimine Sacrilegis.* Ibi: *Dubitare de potestate Principis instar sacrilegis est.*

104. Que tuvo facultad la Real Justicia para hazer el Apèo, liquidacion, y deslinde de las aguas del Arrabàl de Guelcar, y las que à cada Hazienda les tocaban: es principio cierto; porque duraba todavia la facultad de repartir, ò à lo menos de dar à los repartimientos hechos la necessaria explicacion; y constando de lo vna vez

executado en este punto, se debe tener por permanente este derecho, no convenciendose plenamente lo contrario, *leg.* 10. *tit.* 14. *partit.* 2. vers. *E esto es, leg.* 16. *C. de Probat.*

105. Dixolo Paulo Jurisconsulto en semejante caso, *in leg.* 2. §. 8. *ff. de Aq. & aq. plub. arc.* Ibi: *Cum queritur, an memoria extet facto opere, non diem, non consulem ad liquidum ex quirendum; sed sufficere, si quid sciat factum; hoc est, si esse non ambigat, nec utique, necesse esse, super esse, qui meminerint. Et ex Text. in leg.* 11. *ff. de Fin. Regund.* Ibi: *In finalibus quæstionibus vetera monumenta, census authoritas ante litem inchoatam ordinati sequenda est: modo si non varietate successionum, est arbitrio possessionum fines additis, vel detractis agris postea permutatos probetur.*

106. Aviendo vsado de su facultad la Real Justicia en la liquidacion de dichas aguas, que no contradixeron los interessados à ellas, siendo citados, y presentes al deslinde de la que tocaba, y pertenecia al Convento: y constando, que estuvo en possession 192. años, es ilacion precissa, que funda este vn immutable, y titulado derecho à las dichas aguas, *Text. in leg.* 10. *ff. si servit. vindicet.* Ibi: *Siquis diuturno usu, & longa, quasi possessione ejus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse, docere de jure, quo aqua institutus est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionẽ, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario, posse disse. Et Text. in leg.* 1. §. *ult. de aqua plub. arcend.* Ibi: *Si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. Et postea: Habuisse longa consuetudine, vel ex jure imposítam servitutem videatur. Et Text. in leg.* 3. §. 3. *ff. de Aq. quotid. & æstiv.* Ibi: *Ductus aquæ, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur.* Pecchio *de Servitut. lib.* 1. *cap.* 1. *quæst.* 14. *num.* 15. Laguna *de Fact. dict. cap.* 5. *num.* 42. Antun. *de Donat. lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 22. Ibi: *Et in aquæ ductibus à vetustate recendendum non est.* Jasson *cons.* 150. *lib.* 2. Posth. *decis.* 213. *num.* 7. Tonduct. *Resolut. Civ. cap.* 49. *num.* 9. Vincent. de Francht. *decis.* 183. Mascard. *de Probat. conclus.* 123. *num.* 4. Francisc. Gall. *de Fruct. disp.* 13. *n.* 30.

107. Y si la possession, que probò el Convento à la mitad de las aguas del Arrabàl de Guelcar, fue immutable, y con la misma antiguedad, que su fundacion; y ademàs se probò de immemorial desde el tiempo de los Reyes Moros, de que no pudo probarse su principio, tiene à su favor la presumpcion, y asistencia del derecho de radicarse en los mas relevantes, y necessarios titulos, para que no se le pueda controvertir el justo derecho titulado, que produce tan assegurado, y radical principio, Dom. Castill. *de Tert.*

cap.

cap.7. num.13. Pareja *de Univerſ. Inſtrum. Edit. tit. 5. num. 116. & ſequentib.* Fontanel. *de Pact. numpt. clauſ. 4. gloſſ. 17. num. 30.* Ibi: *Quia immemorialis præſcriptio vim tituli habere dicitur conceſsionis, privilegij, ac conſtituti. Text. in leg. Hoc jure, §. Aquæduct. ff. de Aquo quotid. ſtiv. & de aqua plub. arcend. leg. 1. §. finalis, & in leg. 2. §. Idem labeo, & in leg. final. eodem tit. cum ſimil.* Covarr. *lib. 1. Variar. cap. 17. §. 10. num. 8. & 10.* Læſius *deciſ. 5. num. 26.* Tamb. *de Jure Abbat. tom. 1. diſput. 15. quæſt. 18. num. 56.* Suarez *cap. 13. n. 1.* Gutierrez *Canon. quæſt. lib. 2. cap. 21. num. 65.* Palaus *part. 5. n. 1.* Salm. *tom.4. tract. 18. cap. 18. de Privil. punct. 2. num. 55.*

108. Favorece eſte Privilegio, para que les ſirva de verdadero titulo, à los que han tenido de tiempo immemorial el vſo de las aguas, para el riego, y beneficio de ſus Haziendas, como expreſſamente conſta de las leyes, que immediatamente eſtàn citadas, ſic Lagun. *dict. cap. 5. num. 79.* Cæpol. *de Servit. ruſt. prædior. cap. 4. num. 55.* Pecchio, *dict. quæſt. 24. num. 13. 15. & ſequent.* Franciſc. Galleg. *diſp. 6. art. 1. num. 63. & diſp. 3. art. 7. num. 35.* Ibi: *Secundo adverto, quod ſi cum lapſu aquæ concurret curſus tanti temporis, quod in contrarium non exiſteret memoria, forte non poſsit à ſuperiore diverti, quia carſus temporis immemorialis habet vim Privilegij, & conſuetudinis.*

109. Eſtas doctrinas baſtaban aun en el caſo de faltarle al Convento el legitimo, y verdadero titulo, que juſtifica ſu poſſeſſion tan antiquada, y que ſe le deba mantener en ella, ſin que obſte, el que ſe la interrumpieron de contrario en el año de 88. pues ademàs de la nulidad de aquellos Autos, de que ſe harà evidencia en eſte eſcrito, y que aquella vſurpada poſſeſsion no les pudo à los contrarios transferir derecho, es principio ſentado, que el que prueba ſu poſſeſsion en el principio, en el fin, y alguna vez enmedio, no neceſsita probar mas, para la legitima, y rigoroſa preſcripcion, aunque eſta ſea contra la miſma ley: *Qui præſcriptionem probat ſecundum Gloſſam communiter probatam in cap. Vollumus 16. quæſt. 4. Non tenetur probare, ſe continue poſſe diſſe, cùm ſit impoſsibile, ſed ſufficit probare, quod à principio poſsidet, & in fine, & quandoque immedio.* Silv. *de Præſcript. 1. num. 2.*

110. Pues aora la ilacion: Del hecho de los Autos es notorio, que eſtuvo poſſeyendo la mitad de las aguas el Convento deſde ſu fundacion (que fue el principio) haſta el año de 636. en que paſſaron 140. años. Tambien conſta, que en el año de 86. las poſſeìa. (En cuyo tiempo no huvo interrupcion alguna.) Aora, en el

fin està el Convento en posseſsion, dada por legitimo, y verdadero Juez, la que ha mantenido por tiempo de seis años, bastando solos tres, segun las disposiciones de derecho, para la vsucapion, con que se adquiere el directo, y verdadero dominio, *ut constat instit. eod. in principio, & notat Joann. 26. quæst. 3. in summ. C. de Pact. leg. Traditionibus, ff. de Usucap. leg. 1. & 3. ff. pro suo. leg. finali.*

111. Luego funda el Convento su derecho, aunque le faltàra el verdadero titulo, para que ni aun el mas supremo Tribunal le pueda divertir su posseſsion; y mas quando al mismo tiempo se prueba immemorial: *Quia si cum lapsu aquæ concurret cursus tanti temporis, quod in contrarium non existeret memoria, forte non posit à superiori diverti.* En este caso aun està demàs el titulo de la liquidacion, deslinde, y Apèo, que tiene el Convento deducido: sirviendo de inviolable ley para establecerle su derecho, la posseſsion immerial; y aun la antiquada en tantos años: *Ut constat ex Text. in leg. 1. §. ultim. ff. de Aqua publ. arcend. si tamen lex agri non inveniatur vetustatem vicem legis tenere.*

112. Tiene su posseſsion titulada en la Real Executoria de manutencion, y amparo, despachada en el año de 1636. y la Sobrecarta del siguiente de 86. cuya deciſsion no admitiendo controversia, ni aviendose apelado de ella en el espacio de los diez siguientes dias, passò en cosa juzgada, sin disputa, y tiene fuerça de verdadero titulo, que le establece al Convento vn invariable derecho.

113. Decidiò Silvestro esta queſtion, quando preguntò assi: *Qui sunt tituli dominium transferentes.* Responde: *Verbo usucapion. 1. num. 4. in fine. Decimus titulus pro judicato, quì locum habet, cum res est judicata, aqua non appellatum spacio decem dierum, quæ usu capitur: quia transit in rem judicatam 2. quæst. 6. anteriorum.* A que se añaden las doctrinas, que los Doctores fundan, *in leg. Si instituta, §. 3. ff. de Innoffic. Testam. Text. in leg. Herennius 63. §. 2.* Ibi: *Est bonam causam, ff. de Evict.* Dom. Vela *dissert. 48. num. 5.*

114. Es tan justificado, y poderoso este titulo para adquirir derecho, y transferir dominio, que se tiene por ley indisputable, de tal suerte, que si lo huvieta tenido presente el Consejo, y Junta de Poblacion, quando en el año de 88. despachó las Provisiones à favor de los contrarios, ò no les huviera oìdo, ò huviera mandado cumplir la Executoria como inviolable ley, que el Senado mas superior debe seguir, *Text. in leg. 25. ff. de Stat. Homin. leg. 1. ff. de Re Judicat. & leg. Res judicata 107. ff. de Diversis reg.* D. Matth. *de Regimin. cap. 12. §. 1.* Dom. Gonçalez *in cap. Lator præsentium, de sententen-*

tent. & re judicat. num. 4. Dom. Valençuela *c.* 40. *num.* 15. ibi: *Nam sententia Senatus Regij habetur pro lege, & præstat exemplum, quod sequantur qui postea judicaturi sunt.*

115. El fin justificado de las leyes en establecer las prescripciones, fue para poner fin à los litigios, como afirman todos los derechos (*cap. Vigilanti, de Præscript. leg.* 1. *ff. de usucapion. & leg. ult. ff. pro suo, & communiter omnes DD. Canonistæ, & Theologicæ, cum D. Thom. quod lib.* 16. *artic.* 14.) Y si solamente sirven las Sentencias para dexar dormir las causas, y no para ponerles fin, y decidirlas, de què sirven los Juezes, ni las leyes? Y en què aprovechan al bien comun las prescripciones?

116. Demàs de la sentencia, que ganò el Convento en contradictorio juizio, y la Sobrecarta del año de 686. Huvo primero à su favor vn mandamiento de la Justicia Real en el año de 513. (diez y siete despues de su fundacion) como consta de la relacion del hecho al numero 11. de este escrito. Despues en el siguiente año de 529. tuvo la declaracion del apèo, liquidacion, y deslinde: Luego al cabo de ciento y quatro años, que fue en el de 633. (al num. 19. se haze mencion) que avia dado la Justicia mandamiento antiguo, y por entonces refrendado, para que se amparasse, y mantuviesse à la Parte del Convento en possession de la mitad de dichas aguas, por ser como eran suyas proprias. A que se siguiò, como se justifica del num. 20. otro nuevo Auto de la misma Real Justicia, amparando al Convento en su possession antiquada. De forma, que por buena cuenta, tuvo el Convento seis Autos de amparo à su favor hasta el año de 686. y demàs la Real Executoria de la Sentencia en juizio contradictorio ganada. La reflexion aora.

117. Para aquellas prescripciones, que fueron introducidas por las leyes, ò se requiere Titulo existimado, ò verdadero, de la possession, que se adquirió, ò que aya passado tiempo immemorial, ò à lo menos el señalado, por la ley: *Textus leg.* 3. *ff. de Usucapion.* de modo, que la immemorial del tiempo, tiene fuerça de verdadero Titulo: Bañez Præamb. *ad q.* 62. *de Dom. q.* 4. *fol.* 169. Tapia *lib.* 5. *q.* 23. *art.* 5. *num.* 9. Covat. *ad Regula Professar.* 2. *part.* §. 5. *&* 8. Palaus *punt.* 22. §. 5. *num.* 6. Læsius *lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 8. *leg. disp.* 7. *sect.* 2. *num.* 13. Y siendo la Sentencia del legitimo, y verdadero Juez el Titulo de la mayor aprobacion (Vervec. *citat. à Silvest. Præscrip.* 1. *num.* 1. serà la prescripcion màs justa, que le transfiriò dominio à la Parte del Convento, la multiplicidad de tantos autos, en que se declarò su possession; ò antiquada, ò ya por avida de tiempo im-

memorial: Y ſobre todos la Sentencia ganada à ſu favor: de la que no ſe pudo, ni apelar, ni ſuplicar, ſino en el tiempo determinado por la ley. *Textus in leg. ſiquis quacumque C. ne liceat in quacumque cauſa.*

118. De eſtos principios ſe infiere por legitimo diſcurſo, que eſtando amparado en ſu poſſeſsion immemorial el RealConvento por tan repetidos, y conformes Autos; y por la vltima Sentencia ganada en juizio contradictorio; y paſſada en autoridad de coſa juzgada; de la que ni ſe apelò de contrario, ni aun ſe reclamò en tiempo alguno: Nò le pudo obſtar la Real Proviſion del año de 688. ni los Autos, que en ſu virtud ſe hizieron. Lo primero, por razon de la dicha poſſeſsion immemorial, que como ſe ha dicho, tiene fuerça de rigoroſa ley. Lo ſegundo, porque no ſiendo nulo el acto de judicatura, que exerciò el Conſejo, y Junta de la Real Hazienda; ſe ha de confeſſar por firme, eſtable, y valedera la Sentencia, ſerioſamente, y en contradictorio juizio pronunciada: Y màs, quando la ley deſtos Reynos determina, que en manera alguna, ſe puedan bolver à ſuſcitar aquellas cauſas, que terminaron en legitimo juizio las Sentencias, ni para impedir ſu execucion, ni menos para bolverlas à mover. *Leg.* 11. *tit.* 17. *lib.* 4. *Novæ Recop.*

119. Fuera de eſtos principios, eſtablece otros mas claros el derecho, que ſon terminantes para el preſente aſſumpto. Conſta por el apèo, y deſlinde, que tiene el Convento preſentado, y de la probança hecha en el año de 636. en que conteſtan los teſtigos; que deſde la fundacion, y principio del Convento tuvo la poſſeſsion de las aguas, que de preſente le litigan: O yà fundada, en que aun en tiempo de los Reyes Moros gozaba la Heredad del Rey el miſmo privilegio; o yà, porque al tiempo de repartir las Haziendas, le continuaron el privilegio, como pidiò en el apèo referido, el agua que le tocaba, *aſsi por antiguedad, como por razon del dicho repartimiento.* Eſtando, pues, en eſte principio, y el de aver mantenido ſu poſſeſsion el Convento por el tiempo de 192. años, ni ay juriſdiccion en las inferiores à la Perſona del Rey, para poderſela alterar, ni el Principe (en terminos de la equidad de ſu juſticia,) puede hazer novedad en eſta gracia: O porque ſe ha de contemplar remuneratoria; ò porque aſsi lo determinan las leyes en la eſpecifica materia del repartimiento de las aguas.

120. Que las gracias remuneratorias, y en eſpecial las que à Religioſos fueron concedidas, no puedan revocarſe, deſpues que fueron aceptadas, es conſtante en los DD. fundados en Textos ter-

mi-

minantes. Porque passando *ad jus quæsitum*, tienen fuerça de contrato, para cuya posseſsion basta la immemorial, aunque no aparezca el Privilegio de su conceſsion, *Text. in cap. Cum longe 63. dist.* Ibi: *Salvo Privilegio, uniuscujusque Provinciæ. Et in leg. 14. tit. 3. lib. 1. Recop.* Giurba *cons. 89. num. 14. ubi congesit infinitos pœnæ Doctores.* Et Elacius *in consil. 114. à num. 14. & consil. 94. num. 12.* Enriquez *lib. 2. de Pontificis clabe, cap. 24.* Azeved. *in leg. 14. tit. 3. lib. 1. Recopil. à num. 42.* Dom. Salgad. *de Suplicat. 1. part. cap. 2. à n. 191. & cap. 7. à num. 39.* Pellic. *tract. 8. cap. 1. sess. 5. num. 101.* Tamb. *tom. 1. disput. 16. quæst. 12. num. 95.* Salas *de Legibus, disp. 14. section. 9. num. 108. & disput. 17. sect. 14. num. 70. & disput. 21. sect. 18. ad finem.* Baseus *privil. 3. num. 2.* Petrus ab Anselis, *disp. 4. sess. 1. num. 3.* Læsius *lib. 2. cap. 33. dub. 4. num. 53.* P. Salmant. *tom. 4. tract. 18. cap. 2. punt. 3. num. 29.* Palaus *tract. 3. disput. 4. punt. 21. §. 2. num. 2.* Garcia *in Politic. Regul. tom. 1. tract. 8. diff. 1. dub. 6. num. 2.* Lezana *verb. Privileg. num. 20.* Diana *part. 3. tract. 1. resol. 57. & part. 5. tract. 1. resol 14.* Bonacina *disp. 1. quæst. 3. punt. 8. §. 2. num. 5.* Suarez *lib. 8. cap. 37. num. 7.* Basilius Pont. *lib. 8. de Matrimon. cap. 19. §. 2.* Filutius *tom. 1. tract. 16. cap. 10. num. 258.* P. Suarez *contra Regul. Anglis lib. 4. cap. 34. num. 20.* Ex Cardinali Bellarmin. Navarr. *in Manual. cap. 27. num. 71.* Vazquez *in 1. 2. tom. 2. disp. 167. cap. 4. num. 32.* Becanus *in Sum. Theolog. 2. tract. 3. cap. 6. quæst. 11. num. 2.* Malderus *in part. 2. quæst. 96. art. 4.* Fagund. *de Præcept. Eccles. tract. 1. lib. 3. cap. 7. num. 17.* Zanard. *in direct. confess. tom. 1. cap. 50.* Decian. *tom. 1. lib. 4. cap. 9. num. 66.* Cipæus *Anal. Jur. Can. lib. 2. de Foro Compet. num. 41. in fin.* Item P. Enriquez *lib. 10. cap. 15. num. 5. in gloss. lit. G.*

121. Esta doctrina es inconcusa en nuestros Reynos; pues de ella, y los Doctores Theologos citados, deducen los Jurisconsultos referidos, que los Privilegios concedidos por la Romana Silla à nuestros Catholicos Monarcas, no son revocables; y por el mismo caso, ni aquellas Regalìas, en que tienen immemorial costumbre, ò posseſsion, aunque no aparezca el privilegio concedido al mismo fin. Sic Dom. Salgad. *ubi supr. cap. 2. num. 196. & seq.*

122. De donde se infiere, que aunque el Convento de Santo Domingo de Almeria, no tuviera à su favor otro titulo de propriedad, para la mitad del agua, que la prueba tan relevante de testigos, que hizo en el año de 1636. donde probò su posseſsion de 137. años, sin que se huviesse interrumpido, y aun immemorial desde el tiempo de los Moros; con la tradiccion, de que se le continuò

nuò à ſu Hazienda, como gracia, el Privilegio, que antes de ſu dotacion tenia, le baſtaba eſta poſſeſsion immemorial, para que ni aun el Principe, vſando de ſu abſoluto poder (dentro de los terminos de juſticia, y rectitud) pudiera hazer novedad. Porque las Familias Religioſas fundan en vn miſmo principio, que los Reyes el *jus quæſitum*, de que no ſean las gracias, que les conceden revocables. *Etiam Pontificem jura quædam ſpiritualia, quæ Rex quiſpiam ex contractu remuneratio, aut immemoriali habet, revocare no debere.* Dom. Salgad. *vbi ſuprà num.* 198.

123. Tambien ſe ſigue otra ilacion de eſte diſcurſo, y es, que aunque ſe huviera hecho algun repartimiento de las referidas aguas, en que ſe huvieran dado à proporcion de las Haziendas, como pretenden aora los intereſſados, que litigan, y contra lo que juſtifica el deſlinde, y apèo, que preſenta el Convento como titulo; todavia el tàl repartimiento no les pudiera aprovechar para quitarle al Convento ſu propriedad, y poſſeſsion (digo, que aunque huviera Ordenança, deſlinde, apèo, ò repartimiento, en contra del que tiene el Convento preſentado; porque los teſtimonios de ellos, que la contraria ha deducido, no vienen al caſo en eſte pleyto: porque como deſpues ſe probarà con evidencia, ſon repartimiento de otras aguas, y no incluyendo la mitad, que eſtà deſignada à la Heredad del Rey)

124. Y la razon, en terminos de derecho, es evidente, porque, ò ſe hizo el tàl apèo, repartimiento, ó deſlinde, (que los intereſſados pretenden) deſpues del año de 529. ò ſe hizo antes? Si antes del referido año, en que ſe hizo el apèo, à peticion de el Convento? Aviendo dexado paſſar los intereſſados 192. años, en que ſe mantuvo en poſſeſsion el Convento, ſin vſar del repartimiento à ſu favor (en el caſo permitido, que lo huviera) perdieron del todo, y abſolutamente, ſu derecho; y la poſſeſsion del Convento le transfiriò vn indiſputable, y verdadero dominio. Dà la cauſal mi Angelico Doctor: *Quia lex poteſt aliquem pro peccato, & negligentia punire in re ſua, & illam alteri dare, & concedere Quodlibeto* 12. *quæſt.* 16. *artic.* 24. Y aunque no fuera la omiſsion culpable, juſtiſsimamente ſe determina por las leyes, que ſe transfiera el dominio, y propriedad de el que fue omiſſo, al que pudiere probar ſu poſſeſsion, por el tiempo determinado por la ley: *Non ſolum quando domini prioris interceſsit negligentia in re ſuâ recuperanda, ſed etiam quando conſtat, nullam interceſsiſſe.* Salmant. *tom.* 3. *tract.* 12. *de Juſtitia, & Jure, cap.* 2. *de dominio, punt.* 9. §. 1. *num.* 111.

125. Y es là razon, que dà el derecho, porque fuera en daño grave del bien publico, el que por mucho tiempo permanecieran inciertos los dominios, y que nunca ſe vieran los pleytos acabados. *Text. in leg. 1. ff. de Uſucap.* Ibi: *Bono publico introducta eſt uſucapio, ne diu, & fere incerta eſſent rerum dominia. Et leg. ultima, ff. Pro ſuo, & in cap. Vigilanti, de Præſcript.* Por cuya cauſa eſtablecieron las leyes, ſiempre juſtas, que ſe dieſſen por transferidos los dominios de vnos à otros dueños, ſin que puedan alegar agravio los quexoſos, quando tuvieron el tiempo neceſſario, para poder vſar de ſu derecho. Salmant. *vbi ſupr.* Ibi: *Cum alias domino vero datur ſufficiens tempus, ſi negligens non ſit, ut rem ſuam recuperare poſsit. Ex leg. Nunc, C. Uſucap.* Bañez *Præamb. ad quæſt. 62. de domin. quæſt. 4. col. 2.* Tapia *quæſt. 23. art. 5. num. 8. lib. 5.* Læſius *lib. 2. cap. 6. dub. 17.* Covarrub. *ad Regulam Poſſeſſor. part. 3. §. 2. num. 3.* Soto *de Juſticia, & Jure, lib. 4. quæſt. 5. art. 4.* Palaus, *diſp. unic. punt. 22. §. 2. num. 2.* Lug. *diſp. 7. ſect. 1. num. 5.*

126. Si el tàl repartimiento (que permitìmos, pudieran tener à ſu favor los contrarios) ſe huviera hecho deſpues del año de 529. en que el Convento obtuvo ſu apèo, liquidacion, y deſlinde: por vna parte no les pudiera aprovechar, porque no ſe pudo hazer; pues queda probado, que gracias concedidas à Conventos Religioſos, ſon remuneratorias, y que paſſan al *jus quæſitum* (para lo que baſtaba la juſtificacion, que hizo el Convento, quando los teſtigos del dicho apèo declararon, que avia 33. años: eſto es, deſde ſu miſma fundacion, que poſſeìa la mitad de las aguas de el Arrabàl de Guelcar) y por otra parte tienen en ſu contra los intereſſados la reflexion antecedente. De que no obſtante, que ſe les huvieran repartido todas las aguas à proporcion de las tierras, perdieron ya el derecho, que pudieran adquirir, aviendoſe mantenido el Convento en ſu antecedente, y antiquada poſſeſsion.

127. Todas las antecedentes doctrinas convencen en eſpecifica forma en el aſſumpto de aguas, porque prohibe en terminos terminantes el derecho, que pueda hazerſe alteracion, ò mudança en el repartimiento de ellas, ſino que preciſſamente ſe eſtè à la inveterada forma, y la antiquada coſtumbre, con qne la han gozado las Haziendas. *Text. in leg. 1. C. de Servitut. & Aqua.* Ibi: *Si manifeſte doceri poſsit, jus aquæ ex vetere more; atque obſervatione per certa loca, pro fluentis utilitatem certis fundis irrigandi cauſa exhiberet Procurator noſter, nequid CONTRA VETEREM FORMAM, ATQUE SOLEMNEM MOREM INNOVETUR, providebit. Et Text. in leg. 4. C. de*

Aquæduct. Ibi: *Usum aquæ veterem, longoque dominium constitutum singulis Civitatibus manere censemus, NEC ULLA NOVATIONE TURVARI: ita tamen ut quantitatem singuli, quam veteri licentia percipiunt more usque in præsentem diem perdurante percipiant.* Laguna *de Fructib. dict. cap. 5. à num. 42.* Dom. Valenç. *cons. 40. num. 23. & cons. 81. num. 20.* Cœpol. *de Servit. Urb. Præd. cap. 69. de Aquæductis, num. 3.* Giurb. *observ. 61. num. 15.* Posthio *post tract. de Manutent. decis. 213. num. 7. & decis. 214. num. 15.* Dom. Covarr. *Pract. q.q. cap. 17. n. 6.* Antun. *de Donat. dict. cap. 4. num. 22.*

128. Por esso en las Facultades, que concede el Principe para repartir las aguas, se debe entender, que vna vez repartidas, ya no queda arbitrio à ningun inferior para poder mudar, ni alterar lo executado; y si se hiziere alguna novacion, contiene notoria nulidad, *ex leg. Cujus bonis, ff. de Curator. furios. & leg. Boves, §. Hoc sermone, ff. de Verb. Signific.* Dom. Salgad. *part. 2. Labyr. creditor. cap. 2. num. 37. Nam facultas ad actum faciendum consumitur in primo actu, ita ut ad secundum ex eadem facultate gestum, deficiat facultas, & primus prævaleat, secundo in eficaci, & nulliter gesto, ex defectu potestatis, & facultatis.* Carr. *tract. 2. an habeat loc. rest. cont. sentent. n. 80.* Ibi: *Quo fit, ut judices, qui habent declarari, non possunt, nisi semel, & quilibet alius, nec amplius variari possunt.*

129. Y es la razon elemental, porque de no permanecer la observancia de los primeros repartimientos de las aguas, ò en defecto de ellos, la costumbre, vso, y possession, que al mas, ò menos de ellas tienen las Haziendas, se siguieran litigios cada dia, y ninguno pudiera tener propriedad, ni possession assegurada. Cuyo inconveniente previno expressamente la ley, como regla, que en todo juizio se debe observar. *Text. in leg. 1. §. 10. ff. de Nov. Oper. nunpt.* Ibi: *Quid enim agat Prætor, quam hoc, ut controversias dirimeret.* Por los graves perjuizios, que se originan de los pleytos: y mayores de dexar puerta abierta, para que cada dia se susciten. Valer. *de Transact. in Proem. per tot.* y no es el menor cuydado del Principe ocurrir, à que no sean los pleytos immortales, *Textus in leg. 13. C. de Judic.* Ibi: *Properandum nobis visum est, ne lites fiant pænè immortales.*

130. Por tanto, es ley inviolable, que la distribucion de las aguas no se mude. *Text. in leg. vltima, C. Aquæduct.* Ibi: *Super his, qui aquam sibi de publicis aquæductibus, seu fontibus præberi desiderant, promulgatam, hac etiam lege in sua firmitate durare sancimus.*

131. Ni contra esta disposicion puede servir el beneficio de el comun, que se acostumbra en semejantes litigios alegar; ni menos

los

los particulares intereſſes, q̃ en la mutacion de nuevo repartimiento de las aguas, pudieran ſeguirſe à las Haziendas; porq̃ la ley previno, que aun en el caſo de que ſe reconozca, que el comun padece ſemejante agravio, no les queda à los Juezes el arbitrio de hazer novedad en tiempo alguno, *Text. in leg.* 12. *C. de Servit. & aqua.* Ibi: *Non modus prædiorum, ſed ſervitus aquæ ducendæ terminum facit. Et Text. in leg.* 1. §. *Illud, ff. de Aqua quotidiana, & æſtiv.* Ibi: *Illud tamen hoc inteligendum eſt, eodem modo Prætorem diu aquam juſiſſe, quo ducta eſt, hoc anno proinde, neque amplioris modi, atque allia permiſsiſſe, poteſt videri.*

132. De cada vno de eſtos dos vltimos Textos, ſale vna convincente conſequencia del diſcurſo. Ponderan, y ſiempre han ponderado los Hazendados del Arrabàl de Guelcar, que de tener el Convento la mitad de toda el agua, ſe ſigue intolerable perjuizio à ſus Haziendas, el que no ſolamente proclaman daño del comun, ſino mayor, y principal de la Hazienda Real de Poblacion. Pues aora la ley: *Non modus prædiorum, ſed ſervitus aquæ ducendę terminum facit.* El Real Convento de Santo Domingo, ſobre 192. años de poſſeſsion, tiene la immemorial del goze de la mitad de todas las aguas, que entran en el Arrabàl de Guelcar: Luego aunque padezcan grave daño las Haziendas de Poblacion, y el comun de los vezinos, es preciſſo, que aquella poſſeſsion decida el pleyto, poniendo termino à eſte, y à qualeſquiera litis, porque tiene el derecho de ſu parte: *Non modus prædiorum, ſed ſervitus aquæ ducendæ terminum facit.*

133. La ſegunda conſequencia no es menos demonſtrativa. 192. años, ſobre la poſſeſsion immemorial, ha eſtado el Convento en el goze de las aguas, que de preſente ſe litigã: Luego eſte derecho ſe lo dieron ſus Catholicos Fundadores con la Hazienda, ſin que pueda preſumirſe coſa en contra; porque ſe ha de juzgar, que conforme lo gozaba el año de 86. aſsi, y no en otra forma fue ſu conceſsion: *Inteligendum eſt, eodem modo Prætorem duci aquam juſiſſe, quo ducta eſt hoc anno proinde; neque amplioris modi atque alia permiſiſſe, poteſt videri.* Y aſsi no viene al caſo, el que la contraria pida al Convento, que manifieſte el Privilegio, que le hizieron los Señores Reyes Catholicos de la mitad de las aguas: porque ſu miſma poſſeſsion es privilegio en realidad, es titulo, è immutable ley.

134. Se esfuerça mas el concepto de la primera conſequencia, fundado, en terminantes leyes, y clariſsimas doctrinas. Alegan los intereſſados, que no debe gozar de la mitad de aguas el Convento para regar con ellas, poco mas, ò menos de 200. Taùllas. Siendo

aſsi,

asi, que para la otra mitad, que corresponde al comun de las Haziendas proprias de los demàs interessados, ay mas de 2ꝯ. Taùllas, que regar, y lo prueban asi; porque es repugnante de crer, atendiendo à la equidad, y buena distribucion, el que dividido todo el Heredamiento de Guelcar en onze partes de Hazienda, cada parte al computo de 200. Taùllas (que son las 2ꝯ200. que suponen tener todo el Heredamiento del referido Arrabàl) toque à vna parte sola tanta agua, como à las otras diez partes del todo de las onze dichas. De donde infieren los dichos Heredados, que no pudo tener este privilegio, derecho, y preeminencia, la Parte del Convento. Y dado caso, que lo tuviera, por alguna razon, causa, ò titulo, no se le debiera tolerar con tan conocido, y grave daño del comun: porque en semejante excesivo, y natural beneficio, como el que resulta de los riegos, se debe atender à la vtilidad comun, prefiriendola al proprio interès de qualquiera particular. Hasta aqui el alegato de contrario, tantas vezes repetido; pues en todos los pleytos, que hasta aora han seguido contra la Parte del Convento, siempre lo han ponderado, y de presente lo ponderan, como el vnico, y principal fundamento de equidad, y de justicia.

135. Pero este alegato es tan superficial, como repugnante à la natural razon; pues esta dicta, que no porque en algun Pueblo aya muchos pobres, que viven vnicamente de su trabajo, ó la limosna, y vn solo poderoso con abundantes riquezas, se le han de minorar à este, para repartirlas con equidad entre los pobres, que componen el comun. Porque Dios, y los Reyes, (cada vno en su esfera) como soberanos Padres de Familias, no hazen injuria, en darle à vno, como gracia, lo que à otros no se les debe de justicia. Antes sì pertenece à su alta, y justa providencia, el que vno solamente sea rico con el caudal, que à muchos pudiera sacar de pobres, sin que estos tengan motivo de quexarse. *Matthæi* 20.

136. Ademàs, que ni debe preferirse la vtilidad de muchos, quando es en evidente perjuizio de vno solo, ni à este se le debe privar de su derecho, é interés, por la vtilidad, y mayor beneficio del comun. *Textus in leg.* 2. §. 10. *ff. ne quid in loc. publ.* Ibi: *Nam quocieſcumque aliquid in publico fieri permititur, ut ſine in juria cujuſquam fiat. Text. in leg.* 4. *C. de Emancip.* Bartul. *in leg. Quo minus, ff. de Flumin.* Sab. *n.*21. verb. *Præterea.* Ibi: *Præterea facienti opus eſt magna utilitas, & vicinis non eſt damnum. Cum leg.* 1. §.4. *ff. de Aqua, & aqu. plub. arcen.* Ibi: *Sic enim debere quem meliorem agrum ſuum facere, ne vicini deteriorem faciat.* Antum. *de Donat. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 19. Franc. Gall.

de

de Fruct. disp. 3. art. num. 22. vers. Fallit primo. Et Textus in leg. 1. §. 3. ne quid in flumine publ. De modo, que aunque la vtilidad de algunos, se considere grande en repartirles el agua, que à vn solo individuo pertenece, no puede hazerse el tal repartimiento siempre, que á este individuo se le pueda seguir qualquiera daño, aunque este se considere corto. *Ubi supra.* Ibi: *Quocumque modo damnum exmutationè cursus aquæ contingat.* Sino es tal, que por tan leve se equipàre à ninguno. Bartul. *Vicinis est in comoditas modica, vel nulla.* Pues de lo contrario, se vendrà à perjudicar à derecho de tercero sin hecho proprio, lo que no puede ser. Gonçal. *in Reg. 8. Chanc. Gloss. 8. num. 1. & seq. Textus in leg. 3. tit. 14. lib. 4. Recop.* Ibi: *Que la dicha justicia florezca, y sea dado, y guardado enteramente à cada vno su derecho, y no reciba agravio, ni perjuizio en su justicia.* Y de lo contrario se vulnera el natural derecho, por el qual se introduxo la distincion de los dominios. *Textus in leg. 5. ff. de Justicia, & jure,* Ibi: *Ex hoc jure Gentium::: dominia distinta.* Salçedo *de leg. Polit. lib. 1. cap. 1.*

137. El gravissimo, è intolerable daño, que se siguiera à la Heredad del Real Convento, si se repartieran al comun las aguas de su dominio, y propriedad, los mismos contrarios lo ponderan, en el que dizen, padecen en sus Haziendas proprias: Y tratando el Convento de evitar su daño; y los contrarios de aumentar su vtilidad, debe la pretension de estos despreciarse, y la del Convento en terminos de justicia preferirse. *Textus in leg. 41. §. 1. ff. de Divers. Regul. juris.* Ibi: *Melius est faveri repetitioni, quam adventicio lucro.* Franc. Pecch. *trat. de servit. cap. 9. q. 36. num. 281.* Ibi: *Verun tamen Dominus rei, in qua fuit opus, debet servari indemnis, secundum regul. Non esse discooperiendum, unum altare, ut aliud cooperatur: Præcipué, quando unus agit de lucro cap. tando, & alter. de damno vitando. Ut nos diximus: lib. 2. de servitut. cap. 8. q. 4. num. 59.*

138. Ni à esta doctrina puede obstar la reflexion, que se haze de contrario, diziendo: Que no es de presumir, que las aguas, que se llevaron al Lugar de Guelcar, en los principios, de que no ay memoria, se distribuyessen, tan sin justicia, y equidad, que se aplicasse vna mitad de todas ellas à vna sola parte de onze, que componen todo el Heredamiento: Y la otra mitad à las diez Partes pertenecientes al comun. Porque las aguas, que se destinan à qualquiera Lugar, ò Heredamiento determinado, se deben creer, por vn comun beneficio, à que todos deben ser igualmente acreedores, como igualmente interessados.

139. Lo que confirman con los exemplares de los reparti-

mientos del agua, que està respectivamente consignada à los Lugares de Gador, Rioja, Benajaduz, y Pechina, en los que se reparten con equidad las aguas à proporcion, y commensuracion de las Taùllas de Tierra: Por cuya causa, y no tener el Convento de Santo Domingo especifico Titulo, ò particular Privilegio de los Señores Reyes Catholicos sus Fundadores, que en especifica forma, le huviessen hecho la piadosa, y particular gracia de concederle la mitad de toda el agua consignada al Heredamiento, y Arrabàl de Guelcar, se debe considerar por injusta su possession, y existente el derecho de los vezinos, y comun, para que se reparta el agua con justicia, y equidad.

140. Porque à estas razones se responde. Lo primero, que haziendo la costumbre nueva ley de naturaleza. Antonio Mang. *de Imp. q.* 77. *num.* 25. & ex Phil. Surd. *de Alimen. tit.* 1. *num.* 7. Sin admitirse prueba contra ella, ni menos tergiversacion alguna. *Text. in leg. Alta C. de Prob.* Ibi: *Cum per rerum naturam factum negantis, probatio nulla sit.* Hallandose en la politica consideracion, no despreciable el derecho, que las Tierras del Convento tienen adquirido, por el continuado curso de dozientos años, à las aguas, en que la costumbre hizo ley natural su possession. *Facit. lib.* 1. Plinio *in dict. paneg.* No puede el comun beneficio prevalecer contra este, ya natural derecho del Convento.

141. Lo segundo, porque las razones de equidad, y beneficio, que de contrario se pondera del comun, no pueden tener lugar alguno, quando, ò no se hallan con la assistencia de derecho, ò son contra èl. *Textus in leg. si serbum.* 91. §. 3. *ff. de Verb. Oblig.* Ibi: *Esse enim hanc quæstionem de bono & quo, in quo genere plerumque sub authoritate juris scientiæ perniciose erratur.* Garcia *de Expens. cap.* 1. *num.* 28. *& de Alabilit. glos.* 1. *num.* 31. *&* 32. Gutierrez *de Matrim. cap.* 27. *num. finali.* Dom. Salg. *part.* 1. *de Reg. Protect. cap.* 2. *n.* 17.

142. Lo tercero, por el perjuizio, que se le siguiera al Real Convento, que como queda dicho, se prueba de los mismos alegatos de contrario.

143. No pudiendo elidir estas razones la contraria Parte, apela, à impugnar el Titulo, que tiene à su favor el Real Convento del apèo, liquidacion, y deslinde del año de 529. diziendo: Que ni es Titulo, ni por èl pudo adquirir el Convento algun derecho. Lo primero, porque los Deslindadores, ò inteligentes, que se nombraron, eran criados del Convento. Lo segundo, porque no consta, que el Alcalde Mayor (que hizo la liquidacion, y apèo referido como Juez) pusiesse Auto, aplicando la mitad de dichas aguas al Conven-

vento. Lo tercero, porque aunque huviera puesto el dicho Auto, fuera de ningun valor, porque no era legitimo competẽte Juez: Porque en estas materias, son privativos los Regidores Alcaldes de las aguas.

144. Lo superficial de estos alegatos, se convence de ellos mismos. Y al primero, se responde con el mismo Testimonio del referido apèo, en que consta: que aunque Luis de Jaen, era Regador de la Heredad de el Rey, aviendo declarado à vista de todos los interessados, y en materia, que se trataba de su interès, ò su perjuizio, no se debe presumir, que declarò à contemplacion del Convento: antes bien, que dixo en todo la verdad, assi, porque en ella contestaron los otros dos inteligentes, como porque los interessados no contradixeron. Demàs, que los otros dos inteligentes no podian tener dependencia alguna del Convento, como lo manifiesta su naturaleza, y empleos; pues el vno era Alguazil de Arrabàl, que en aquel tiempo tenian el exercicio de Azequieros. El otro sabìa la Alhamìa, que equivale, en nuestra Lengua Castellana, à Inteligente en los derechos del Campo, y Tazmías del agua, repartida de comun consentimiento: y siendo las declaraciones de estos, las que hizieron ley en materia del repartimiento de las aguas, en orden à la que debia tocar à cada Hazienda, conforme lo tenia determinado la Ciudad en el año de 502. en la Ordenança 45. que està presentada en vn Testimonio de contrario, en que se dispuso: se mandase guardar la costumbre, que tenian los Moros de regar en cada Alqueria sus Haziendas, aviendo los referidos inteligentes declarado, que por repartimiento, y antiguedad pertenecia, y gozaba de la mitad de toda el agua de Guelcar, la Heredad del Rey, fue su declaracion el Titulo mas relevante, que pudo tener el Convento como inviolable ley, que la posteridad debe observar.

145. Que el Alcalde Mayor, que hizo el deslinde, liquidacion, y apèo, no huviesse puesto Auto alguno, no puede ser de perjuizio à la Parte del Convento. Lo primero, porque este no pidiò despojado, y assi no necesitaba, que se le restituyesse la possession, que tenia: Tampoco se quexò, que le inquietaban en ella, y assi no necesitaba de Auto, que le amparasse. Solamente pidiò, se liquidassen, y pusiessen por el claro los dias, y horas de agua, que le tocaban, à su Hazienda, lo que executado con toda la solemnidad, prevenido por derecho, no era necessario, que el Alcalde Mayor pusiesse Auto alguno, y mas quando los interessados consintieron en el hecho: Lo que se convence de no averlo contradicho; y sino, diga la contraria, quando, ò como?

146. Que

146. Que en aquel tiempo no era el Alcalde Mayor legitimo, vnico y competente Juez para el liquidamiento, cauſas, y dudas, que ſe ofrecieron, ſobre el derecho de las aguas; es hablar de memoria. Lo primero, porque como conſta de Real Cedula, q̃ tiene el Convento demoſtrada, aviendo acudido à la Señora Reyna Doña Juana en el año de 506. en q̃ contaba doze de ſu dotacion, y fundacion, ſe quexò diziendo, que algunas perſonas de fecho, y por fuerça le inquietabã, y pretendian deſpojar de la juſta poſſeſsion de los bienes, en que ſus Catholicos Reales Fundadores avian dotado al referido Convento. En cuya viſta, mandò deſpacharle ſu Real Cedula, cometida al Corregidor, ò Juez de Reſidencia de la Ciudad de Almeria, ó ſus Tenientes, para que en viſta de los Titulos, y poſſeſsion de las Haziendas, que dicho Convento tenia, llamadas, y oydas las Partes, que pretendian inquietarle en la poſſeſsion de dichos bienes, hallando ſer juſticia, mantenerle en ella, lo executaſſen, amparando, y defendiendo al dicho Convento. Lo ſegundo, porque alli ſe trataba, de aclarar el derecho, que en fuerça del repartimiento tenia el Convento, y eſta accion ſiempre fue privativa de la Juſticia Real que ſuſtituyò, en las vezes de los Repartidores.

147. En cuyo ſupueſto, quando ſe empezò à dudar (ò por mejor dezir) quando los vezinos del Arrabàl de Guelcar empezaron à defraudar al Convento en parte de la mitad del agua, que eſtava en poſſeſsion de tomar, para la Heredad del Rey, debiò el Convento vnicamente acudir ante el Corregidor, ò ſu Teniente el Alcalde Mayor, con quien privativamente hablaba la Real Cedula, y no ante el Alcalde de las Aguas, aunque tuviera, y tenga, la Judicatura abſoluta de ellas, en cuya virtud hizo el referido Alcalde Mayor en el año de 529. el deſlinde, y apèo del agua, que pertenecia à la Heredad del Rey, citando para ello à todos los intereſſados en las dichas aguas, como ſe prevenia en la referida Real Cedula.

148. En conſequencia de la qual, en el año ſiguiente de 1538. dió otra de eſpecial privilegio à dicho Real Convento el Señor Emperador D. Carlos Quinto, en que mandò: que qualeſquiera dudas, pleytos, ò litigios, que ſe ſiguieran, ò movieſſen en adelante contra los bienes de la dotacion de dicho Real Convento, vnica, y privativamente ſe vieſſen, y determinaſſen en la Real Chancilleria de Granada, con excluſion de qualquiera otro Tribunal; en atencion, à ſer los bienes referidos, y dicho Real Convento, pertenecientes al Real Patronazgo, y tratarſe en los pleytos, que ſe movieſſen, ò pudieran mover, del intereſſe, ò perjuizio del Patronato Real.

149. Por

149. Por cuya causa se haze gravemente culpable la inobediencia del Alcalde de las Aguas, al Señor Juez Protector, en las incidencias de este pleyto; pues le consta, que en virtud de dichas Reales Cedulas, nunca han conocido los Alcaldes de las aguas de los pleytos, que se han seguido, y de presente se siguen, sobre las que à dicho Real Convento pertenecen, sino ante la Justicia Real de dicha Ciudad de Almeria, como consta del Testimonio demonstrado de los pleytos seguidos sobre la Boquera en el año de 551. que de presente se ha suscitado, y se està siguiendo en esta Real Chancilleria.

150. De estas razones se infiere ya la validacion del dicho apèo, y que tiene fuerça de legitimo, justo, verdadero, y relevante Titulo (atributos, que tanto se impugnan de contrario) porque en fuerça del dicho apèo estuvo el Convento en possession de su mitad de aguas 192. años à vista, ciencia, y paciencia de los interessados, sin averlo reclamado, y sin que los Regidores, Alcaldes de las aguas (que no tendrian menos aplicacion al bien comun, que los de aora) huvieran procurado remediar su daño por dos siglos. Lo que prueba, que el dicho apèo fue justo, y acertado, y debe servir de incontrastable Titulo para la Parte del Convento. Mascard. *de Probat. conclus.* 1098. *num.* 18. Cevall. *Comm. contr. Comm. quæst.* 425. *num.* 10. Ibi: *Quia non est verosimile, quod tanto tempore fuisset in officio Tolleratus, absque solemni creatione, & titulo.* Y hablando de los Escriptores Rodrig. Suar. *allegat.* 8. *num.* 22. Ibi: *Vel quod illa Scriptura fuisset tanto tempore tollerata, si non continuisset veritatem.* Parece es la Sentencia terminante para el caso, pues convence el ningun fundamento, con que se redarguyò por los contrarios de falso civilmente el referido apèo, quando su observancia por dozientos años, lo comprueba de verdadero, aunque le faltàra la circunstancia de aver sido presentado en legitimo juizio, y admitido en èl el año de 636. y en su virtud aver ganado el Convento Sentencia à su favor. Por cuya causa debe el dicho instrumento de apèo hazer fee en juizio, y fuera de èl. Pareja *de Univers. Instrum. Edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *num.* 35. Ibi: *Quæ omnia procedunt, nec sibi locum vendicant instrumentis antiquis, in sui figura probantibus, nec suspitionibus falsitatis involutis: in quibus constat, ob antiquitatem ultra centum, aut ducentos annos præsumptionem pro se habere, quod à Notario publico, seu tabellione fuerunt confecta, & vera, & authentica esse.* Dom. Covarr. *cap.* 21. *Practicarum, num.* 7. Ibi: *Sed & propter antiquitatem fides adhibetur exemplo: & versu Secundo casu.* Ibi: *Sufficire in hac specie temporis centum annorum antiquitatem.* Noguer. *allegat.* 26. *num.* 319. & 320.

151. A que se llega, el que el dicho apèo fue presentado en juizio contradictorio en el año de 336. en virtud de Real Provision, despachada en 22. de Abril de el mismo año, interponiendo, para su saca, la Justicia su autoridad; y aviendo sido emplazados, y citados para ello los interessados por otra Real Provision, despachada en el mismo dia, mes, y año: y no aviendoles entonces redarguido, antes sì recaído sobre ellos la Sentencia à favor del Convento, es temeridad la presente redarguicion. Pareja *de Univ. Instrum. Edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 5. *num.* 20. Dom Salgad. *part.* 1. *lab. cap.* 22. *num.* 42. Ibi: *Qualitas exceptio, aut instrumentum informe deductum in judicio, quorum copia fui data adversario, si non impugnaverit, videtur consentire, & aprobare: ita ut pars deducens adprobationem eorum ase deductorum vlterius non cogatur; cum per approbationẽ tacitam probata remaneant; nec ulterius admititur adversarius ad ea impugnada.* Luego aunque el apéo referido, y los demàs Testimonios reproducidos por la Parte del Convento tuvieran la qualidad de informes, ò defecto de solemnidad en la presentacion, que se hizo de ellos, en pleyto seguido el año de 1636. ya no tiene accion la contraria Parte para la redarguicion, en que sin flexion, insiste.

252. A la doctrina antecedente, se llegan otras no menos constantes. Dom. Covarr. *Practic. cap.* 4. *num.* 7. *vers.* 4. Ibi: *Ubi exemplum est antiquum transcriptum à Tabellione notæ fidei, & in eo enunciantur solemnitates requisitæ à jure, ut quia ipse Notarius refert, se hoc exemplum traduxisse mandato judicis, parte vocata, & examinato diligenter instrumento originali: & in hac specie opinor, omnium consensu receptum esse, quod præter antiquitatem huic exemplo adhibenda sit plena, & integra fides.* Pareja *de Univ. Instrum. Edit. tit.* 1. *regist.* 3. §. 3. *n.* 120. Dom. Salgad. *part.* 2. *de Retent. Bull. cap.* 26. *num.* 60. Pareja *dict.* §. 3. *num.* 117. Ibi: *Quando instrumentum exemplatum in judicio producitur citatione non facta adversario, & ipse in termino ad opponendum præfixo, aut usque ad sententiam difinitivam tacuit, tunc enim tamquam acquiescens ejus fidei, nihil poterit opponere.*

153. Entre los instrumentos presentados de contrario, para despojar à la Parte de el Convento de vna possesion tàl, como de 200. años, se valen especialmente de las Ordenanças hechas, segun dizen: en el año de 502. y los repartimientos del agua por Peones, que hizo la Justicia, y Regimiento de Almeria en los años de 571. y siguiente de 72. sobre que supuesto lo ya dicho sobre el hecho, y que no viene al caso para el presente assumpto, todavia admitiendo, que alli se huviera ordenado el repartir toda el agua del Arrabàl de

Guel-

Guelcar por Peones, comprehendiendo en el repartimiento comun à la Heredad del Rey, contra el Titulo, y Privilegio del apèo de el año de 529. y el que fundaba su immemorial posseesion. Todavia en este caso no se podia privar de ella à la Parte del Convento, por quanto està prohibido por las Leyes Reales, que las Justicias, y Cabildos puedan hazer Ordenanças, determinaciones, ò providencias dirigidas à la governacion polytica, y economica, sin consulta, y aprobacion Real. *Leg.* 14. *tit.* 6. *lib.* 3. *Recop.* Ibi: *Y las Ordenanças, que assi enmendaren, ò de nuevo hizieren, embien à Nos el traslado de ellas, para que Nos las mandèmos vèr, y proveer sobre ello.* Laguna *de Fructibus cap.* 28. *num.* 105. Cuya precissa Real confirmacion, en la distribucion de las aguas, es sin controversia necessaria; porque no pudiendose conceder por otro, que por el Principe. *Text. in leg.* 1. *ff. de Aqua quot. & æstiv.* Ibi: *Itaque à Principe cõceditur, & alij nulli competit jus aquæ dandæ.* Por cuya causa, no se puede alterar, ni mudar la distribucion, y repartimiento de ella, aunque se alegue, ò diga, que la novacion redunda en vtilidad particular, ò beneficio de el comun. Dom. Valenç. *cons.* 81. *num.* 22. Lagun. *cap.* 5. *num.* 49. Ibi: *Nisi à solito cursu aquæ divertatur, quia licencia Principis necessario exigitur, quod & declarant.* Sesse *decis.* 418. *n.* 29. Armend. ad Franq. *decis.* 183. *num.* 5. Antun. *de Donat. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 19. *& sequent.*

154. Ni obsta contra esta doctrina, el que se diga de contrario, que estas disposiciones de derecho se deben entender, quando el Convento tuviera Titulo, ò Privilegio especial, por donde constàra, que en el primer repartimiento de las aguas se le aplicò para su Heredad la mitad de ellas, que pretende. Porque quando ay resistencia del comun derecho, como lo es, el que el beneficio de los riegos se reparta con igualdad, y equidad, es necessario, que el que intenta ser preferido, ó privilegiado, manifieste la Merced, ò Privilegio, en que pueda fundar su preemidencia, y essempcion de las reglas generales del comun. Que esta rèplica no obste, consta, y se convence de la doctrina general de los Doctores. Resiste al derecho comun, el que los Legos puedan percebir, prescribir, ni posseer las rentas Dezimales, *cap. Causam, & cap. de Quarta, de Præscriptionibus, & 16. quæst.* 1. *cap. Placuit.* Y solamente en caso de tener legitimo, y verdadero titulo, podrà assegurar el Lego la posseesion de percebir los Diezmos; y no obstante, el que la probare de tiempo immemorial, no necesita manifestar el titulo, con que empezò su posseesion, *ut patet in cap. Super quibusdam, & leg.* 3. §. *Aquæductus, ff. de Aq. quot.* & tenet Gabriel. *tit. de Præscript. conc.* 1. *num.* 94. Mascard. *de Probat.*

bat. conc. 1377. *num.* 17. Cardin. Thusc. *tom.* 6. *lit. P. conc.* 150. *num.* 4. Covarr. *lib.* 1. *Variar. cap.* 17. §. 10. *num.* 5. Menoch. *illustrat. cap.* 89. Gilch. *cap.* 8. *num.* 23. Por cuya causa concluye sobre el assumpto Barbosa, con Silvestro: Que el que alegare, no ya el Titulo, sino la fama dèl vnicamente, y la probare con la possession immemorial prevalece contra la resistencia del derecho comun. Silvest. *Verbo Decima num.* 16. Barb. *Juris Ecclesiast. lib.* 3. *cap.* 16. *de Decim.* §. 2. *à num.* 53. *qui quam plures citat Doctores.*

155. Por esta causa, qualquiera immemorial possession trae tan fundada la assistencia de derecho, y presuncion à su favor de assistirle el mas relevante Titulo, que no ay capacidad, para que se el pueda controvertir, como queda probado en los numeros (106. & 107.) en este escrito: cuyas doctrinas son para el punto de aguas, que se disputa terminantes.

156. Es verdad, que las aguas han tenido siempre sus Juezes particulares con Tribunal separado, donde se conociesse de las causas, que sobre ellas se moviessen, y por especiales Privilegios, concedidos à las Ciudades, reside oy esta facultad en sus Ayuntamientos, que anualmente nombran entre sus Capitulares, vno, ò mas Alcaldes de las aguas, para el buen govierno en el repartimiento, y vso de ellas: Pero à estos siempre les ha estado por derecho prohibido, el alterar, ò hazer mudança en el primer repartimiento de ellas. De modo, que no solamente el Ayuntamiento, y Regidores de las aguas de Almeria no pudieron hazer la novedad del repartimiento de ellas en los años referidos de 571. y siguiente de 72. sino, q̃ ni el Consejo, y Real Junta de Poblacion pudo mandar en juizio, ni fuera dèl en el año de 688. que se hiziesse el nuevo repartimiento que pidieron los interessados, en el supuesto de la Sentencia dada en el de 636. à favor del Convento; en que atendiendo à la possession immemorial, que avia probado, se le mãdò amparar, y manutener en ella, contra la qual Sentencia ningun sucessor en la Judicatura de dicho Tribunal pudo hazer novedad, ni alteracion. *Leg.* 3. *tit.* 22. *part.* 3. Ibi: *Por que tàl Juizio, como este, pues que vna vez lo oviere bien, ò mal juzgado, no lo puede toler, ni mudar aquel Juez, que lo juzgò, sino fuere el Rey, ò el Adelantado Mayor de su Corte. Leg.* 13. & 19. *eodem tit.* Ibi: *Otrosì, dezimos: Que no pierde su fuerça el Juizio, maguer muriesse el Juez, que la diò; antes son tenudos los otros Juzgadores de lo fazer guardar, è cumplir.*

157. Ni à esto obsta el meromixto imperio en el govierno, y distribucion de las aguas, que tanto ponderan el Cabildo, y Regi-

dores

dores de Almeria pretextando, que vsando en semejantes repartimientos de su facultad, por ser providencias convenientes al bien publico, y comun: porque este efugio, quando se trata del perjuizio de tercero, y en cosa, que se le puede seguir considerable daño, es muy peligroso, y no practicable, ni por los Principes, ni sus mas superiores Consejos. Dom. Larrea, *aleg. 90. per. tot. & num. ultim.* Ibi: *Denique quia valde peticulosum est in causis justitiæ, gubernationis prætextum, vel rationem status miscere, maxime ubi versatur præjudicium tertij, in quo Neronem reprehendit Cornelius Tacitus. Nam cum vellet contra Vestinum procedere, & nullam justitiæ causam inveniret, regiminis prætextu usus fuit, ut constat. Lib. 15. Annal. eis Verbis: Igitur non crimine, non acusatore existente, quia speciem justitiæ induere non poterat, ad vim dominationis conversus. Et quod idem,* Cornelius Tacitus, *lib. 1. Historiat. tradit adversus Titianum, & Proculum,* Ibi: *Ticianus, & Proculus, ubi Consilijs vincerentur, ad jus Imperij transibant. Et ex purpurato, & alijs.* Casaneus *in Cathalog. glos. mand. part. 7. cons. 3. Vers. Octavum. Reprobat opinionem eorum, qui tenuerunt adversus leges posse judicari regiminis prætextu, quia numquam ex eo debet justitia, & partium jus violari, & ita Judices monet hoc periculum vitare.* Bobadill. *lib. 2. Politic. cap. 2. num. 82. Et rectius probatur praxi supremi Senatus Castellæ, nam quando in Aula gubernationis aliqua pendet quæstio, si quis se oferat quasi ejus interesse ostendens, & petierit ad justitiam ejus causæ discussionem remitti, statim à gubernatione abdicatur, & ad justitiæ Aulam quæstio disceptanda transmittitur, ubi auditis partibus cum causæ cognitione res decidatur.* A que es conforme la ley 11. *tit. 4. lib. 2. Recop.*

158. Con que estando el Convento en possesion immemorial de la mitad de las aguas, por aver sucedido en el derecho, que en tiempo de los Moros tenia à ellas la Heredad del Rey, y continuado en dicha possesion, hasta el referido año de 572. no pudo el Ayuntamiento de la Ciudad de Almeria hazer nuevo repartimiento de las dichas aguas, en fuerça de la Facultad sobre lo guvernativo, y economico, sin citar à la Parte del Convento, oìrle en juizio, y sentenciar en terminos de justicia, si tenia, ò nò algun derecho. De que se infiere: que los repartimientos referidos fueron nulos, y con el vicio de atentados, hechos por los Regidores de aquel tiempo, para dar riego à las Haziendas que compraban, y antes no lo tenian, defraudandolo à las que desde el principio lo tuvieron, como consta de la probança del año de 636. en que contextan à la septima pregunta los testigos.

159. Se haze mas evidente el derecho del Convento à la mi-

tad de las aguas, que de presente se litigan, de la Escriptura, que presentò en el pleyto del año de 636. y que se refiere en la relacion del hecho en este escrito, pag. 9. num. 21. en que pidiò la Ciudad, y en su nombre el Alcalde Mayor, y dos Regidores Comissarios al Prior, y Religiosos del Convento en el año de 561. les concediesse por mera gracia vna tanda de agua, para regar los campos de Almeria, la que concediò el Convento, con tàl, que el dicho Alcalde Mayor, y Comissarios reconociessen, y declarassen por escrito, y en Testimonio en publica forma autorizado, que recebian la dicha tanda por merced, y pura gracia, y sin que fuera visto, que fundadaban por ella algun derecho; antes bien, quedasse al Convento libertad, para darla, ò negarla en otra vez. Lo que assi aceptaron, consintieron, y firmaron en nombre de dicha Ciudad el dicho Alcalde Mayor, y Regidores Comissarios.

160. Es el dominio perfecto: *Quo habetur jus in re quantum ad proprietatem, & usum natum circa rem; vendendo, donando, distrahendo, ut libet.* Silv. Verb. *Dominium num.* 1. El que se explica mas en la difinicion de los Theologos *apud Salmant. tom. 3. trat. 12. de Justitia, & Jure, cap. 2. de Domin. punt. 2. num.* 10. Ibi: *Facultas utendi re, ut propria, quo ad omnes vsus lege permissos in suum commodum*: De modo, que no se puede mejor manifestar la propriedad, dominio, y possession sobre alguna cosa, que en el vso de concederla, por donacion, contrato, ò pura gracia, que es, lo que la difinicion del dominio verdadero explica. Y en ningun acto se protesta mejor el verdadero dominio al que lo tiene, que en el precario, en que se concede la gracia, que se pide. Se dize precario, quando se concede alguna cosa à vso, en fuerça de los ruegos del que pide por el tiempo, que permite el dueño, ò Señor, que la concede. Silv. Verb. præcario. *num.* 1. Ibi: *Præcarium à præce dictum, dicitur dupliciter. Primo res concessa per contractum præcarij, & est, quod præcibus petenti conceditur, quandiu patitur is, qui concessit. Extra. Eodem. cap. final. ut ff. eodem. leg.* 1.

161. Luego si en vn acto precario le concediò à la Ciudad de Almeria el Real Convento vna tanda de agua por pura gracia, y por vna sola vez, y otrogò la Ciudad Escriptura de que assi la recebia: Esta le protestó, y confessó en el mismo hecho la propriedad, possession, y verdadero dominio.

162. Ni à esto puede obstar la confusa, y nada verdadera explicacion con que la Parte contraria pretende responder. Lò primero en la redarguicion de falsa civilmente, que haze à la Escriptura;

pues

pues ademàs que se presentò su Testimonio en los Autos del año de 636. con citaciõ de los cõtrarios, por cuya causa no es redarguible, (como queda dicho.) Porq̃ al buen pagador no duelen prẽdas, ha demostrado ya su original la Parte del Convẽto para satisfacer à este nimio, y mal fundado escrupulo: Lo segundo, porque consta de los mismos Autos, que desde su fundacion, y hasta el año de 688. estuvo en possession el Convento (sin alguna interrupcion) de tomar la mitad de toda el agua del Arrabàl de Guelcar, para la Heredad del Rey: De forma, que en cada tanda, siempre tomava la primera. Luego aviendo pedido la Ciudad à la Parte del Convento, que le hiziesse la gracia de vna tanda, para que passasse à regar las Haziendas del campo de Almeria, no la tenia por Peones, y horas, parada por parada, como las demàs haziendas; sino que gozaba vna tanda entera: que es lo que de los mismos Autos, y en todos ellos se justifica. Pues si el Convento tuviera entonçes el agua por Peones, y horas, solamente sele pidiera consintiesse en el passo de las que le tocaban: Y no en que concediesse vna tanda entera.

163. En este supuesto, lo que se nombra por la contraria evidencia, es manifiesto engaño: Pues ni se concede, ni permite por los vezinos del Arrabàl de Guelcar, que passe el agua de su consignacion à regar los campos de la Ciudad, como se justifica de la Real Executoria, que ganaron los Vezinos del dicho Arrabál de Guelcar en esta Real Chancilleria en el año de 562. que fue el siguiente al de el otorgamiento de la referida Escriptura, de cuyos Autos consta: Que hasta dicho año, los Regidores de dicha Ciudad con mano poderosa, passaban al Arrabàl de Guelcar, y bolcaban el agua, perteneciente al comun, conduciendola al campo de dicha Ciudad. Lo que nunca executaron con el agua de la Heredad del Rey, porque en ella no tenian manejo, ni jurisdiccion alguna; y assi, en casso de grave necessidad, la concedia el Convento por merçed, y el aver salido este con los Vezinos, à seguir el pleyto contra la dicha Ciudad, fue, no por el perjuizio de la Heredad del Rey, sino por el que se seguia à las otras onze Haziendas, que se debian regar con la mitad de la agua, que componia la tanda del comun.

164. Comprueba esta certissima verdad, el Testimonio presentado de contrario en el vltimo pedimento, sacado de vn Acuerdo celebrado por el Cabildo de la Ciudad de Almeria, en 13. de Enero de 1561. en que aviendose tratado, que se participasse à los Labradores, y Concejos de los Lugares del Rio, la grave necessidad de agua, que padecian las Haziendas del Campo de Almeria, para que no embara-

barazaſſen el paſſo de la dicha agua perteneciente à los referidos Lugares, para ſocorrer con ſu riego las Haziendas del Campo de dicha Ciudad. Porque contradixo el referido Acuerdo Martin de Carriaga Regidor, à que coadyuvaron otros muchos intereſſados en las Haziendas del Rio: Se celebraron en los ſigientes dias otros tres Cabildos, en que determinò el Regimiento de dicha Ciudad, que no obſtante la opoſicion de los referidos Hazendados, paſſaſſe, y ſe llevaſſe el agua al Campo de la Ciudad, conſiderando eſta determinacion por beneficio del comun.

165. Pues haziendo aora cotejo, de que en 21. del miſmo mes, y añc, pidiò la Ciudad por merced, y gracia al Prior, y Religioſos del Convento, que le dieſſe vna tanda de agua para las dichas Haziendas del Campo de Almeria, y que el Alcalde Mayor, y Regidores Comiſſarios, hizieron la Eſcriptuaa en dicho dia, de que recebian la referida tanda por merced, y pura gracia, ſe infiere por legitima ilacion, que la tanda de la Heredad del Rey, no entraba en la governacion de las aguas del comun, antes sì, que abſolutamente eſtava ſeparada de ellas. Y tambien, que ninguno de los Acuerdos, que ſobre governacion de aguas hazìa la Ciudad, comprehendia à la tanda de la Heredad del Rey; porque no huviera otorgado la Ciudad vna Eſcriptura, confeſſando, que recibia por pura merded, y gracia la tanda de agua, que como tàl le conecdiò el Convento, en la miſma ocaſion, que con pretexto de buen govierno, y beneficio del comun, mandò, que las aguas del Arrabàl de Guelcar, paſſaſſen à regar el Campo de la Ciudad, en atencion à la mayor neceſsidad, que en èl avia.

166. Uno de los fundamentos, que mas ſe pondera en los alegatos de contrario, y conque ſiempre han pretendido mover el animo de los Señores Juezes del Tribunal de Poblacion en eſte pleyto, es el graviſsimo perjuizio, que dizen: Que ſe ſigue à la Hazienda Real de Poblacion con que ſe impoſibilitan los vezinos à pagar à ſu Mageſtad el Cenſo, como ſi los Señores Juezes pudieran ignorar, que las ſuertes de Poblacion de aquel Pais, ò no tienen agua, ò es tan poca, como ſe juſtifica del corto Cenſo anual, que redituan; pues paga cada ſuerte tan ſolos nueve reales, ſiendo por ſu naturaleza pingues, que ſi tuvieran agua en propriedad, redituaran el Cenſo à proporcion de las ſuertes de los demàs Lugares de eſte Reyno; pues ay algunas, que paſſan de 200. reales, otras 120. y la que ménos à 20. y 21.

167. Pero

167. Pero aquì viene à propoſito vna importante reflexion para eſte pleyto. El camino de la verdad es vno ſolo, y de contradictorias, no puede ſalir vna miſma conſequencia. El que procede con verdad, nunca niega el principio, que vna vez eſtableciò, porque la inconſequencia en el que dize, que buſca la juſticia, haze, que paſſe à dolo la inconſtancia. Todo eſto ſe verifica à la letra en el modo, con que los intereſſados han ſeguido contra el Convento el pleyto.

168. En el año de 1633. acudió Pedro de Medina, Regidor perpetuo de Almeria, y Alcalde de las aguas, vnido con otras perſonas poderoſas, y con algunos vezinos del Arrabàl de Guelcar al Conſejo, y Real Junta de Poblacion, diziendo: que ſiendo la mayor parte de las Haziendas de dicho Arrabàl, Suertes de Poblacion, padecian grave detrimento por la mala diſtribucion de las aguas; pidiendo, ſe hizieſſe repartimiento de ellas. Y en el ſiguiente de 36. ponderaron lo miſmo en el referido Tribunal, donde ſe radicò eſte pleyto, como coſa perteneciente à Poblacion. Eſto miſmo han repreſentado en eſte miſmo año en ſus pedimentos D. Franciſco Luis, y demàs intereſſados. Pues aora la inconſequencia. Aviendo concurrido Don Luis de Palençuela, Alcalde actual de las aguas, Don Franciſco Luis, y otros intereſſados, en las que ſe litigan, à vn Cabildo, que celebrò la Ciaudad el mes de Mayo, determinaron de comun acuerdo, ſe hizieſſe el pleyto, caſo de Ciudad, y ſe eſcrivieſſe al Señor Juez Protector, en cuyo Tribunal ſe avia de ſeguir, como cauſa radicada en èl. Y porque ſobre la incidencia de ella, librò cierto Deſpacho el Señor Juez Protector, le negò el cumplimiento el Don Luis de Palençuela, y pidió à dicho Señor, ſe abſtuvieſſe del conocimiéto de la cauſa, y los inteſſados, que concurrieron en aquel primer Cabildo, propuſieron à la Ciudad en otro, celebrado en eſte mes de Julio, ſe reſolvieſſe, acudir al Real Conſejo, para quitar el conocimiento à dicho Señor Juez Protector, y que remitieſſe los Autos al Don Luis de Palençuela Alcalde de las aguas, negando, el que el dicho pleyto pudiera pertenecer al Juzgado Real de Poblacion. Eſta inconſequencia arguye falta de verdad, y de juſticia. Falta de verdad, en lo que ſe pondera en los principales alegatos de contrario, y falta de juſticia, en mudar de medio.

169. Pero permitàmos el caſo, de que el Tribunal de Poblacion no es competente, para juzgar, y determinar ſobre eſte pleyto: Luego ſentado eſte principio, tampoco lo fue el año de 688. y en eſte caſo, fue nulo quanto executò Don Indalecio Venavides, en virtud de la Real Proviſion del miſmo Tribunal. Y ſiendo nulo, ſe

ha de tener por no executado el despojo, que se hizo de la mitad de las aguas al Convento, y este estando oy en possession, podrà contar 241. año de ella, sin interrupcion alguna, porque el acto nulo no causa efecto; y siendo nulo el despojo de vna possession, por manera alguna la puede interrumpir.

170. Y si se diera el caso de que el Tribunal de Poblacion fuera incompetente para este pleyto. De donde infiere la Ciudad de Almeria, y sus Alcaldes de las aguas, que pudiera determinarse en otro Tribunal, que en la Real Chancilleria à donde por especial Privilegio estàn remitidos por su Magestad todos los pleytos, que puedan ocurrir sobre los bienes de la fundacion, y dotacion del Convento de Señor Santo Domingo, como incorporados, y declarados por pertenecientes al Real Patronato.

NVLIDADES DE LOS AVTOS, hechos el año de 1688. presentados de contrario.

171. EN LA PRIMERA VISTA DE LOS AUTOS, presentados de contrario, que se dizen, hechos el año de 688. se registra la nulidad de todos ellos, porque estàn emmendados quasi los numeros todos de los folios; los que los haze absolutamente falsos, y con nulidad insanable por derecho. Silv. Verb. Tabell. num. 10. ò à lo menos sospechosos, para que no se deban admitir en juizio. *Leg. jubemus, Cod. de Probat.*

172. Empezaron los Autos referidos, en virtud de vna Real Provision del Consejo, y Junta Real de Poblacion, donde acudieron los interessados en las aguas del Arrabàl de Guelcar, y dixeron: que estando en possession immemorial de regar con ellas, segun el orden de paradas, con equidad de horas, à proporcion de las Taùllas, les avia despojado la Parte del Convento, en fuerça de ciertas Provisiones, que con siniestra relacion avia ganado, y sin que les huvieran oído, ni vencido en juizio. En fuerça de cuya falsa relacion, ganaron Provision de dicho Consejo, y Junta Real, para que se hiciesse repartimiento de las dichas aguas, en conformidad del libro del apèo de dicho Lugar, Ordenanças, y costumbres, que en èl huviera sobre el modo de repartirlas. Que los Autos, que en fuerça desta Provision se hizieron, sean nulos, es constante en los principios del derecho. Mueve Silvestro la quæstion. Verb. *Rescriptum. n.*

7. y pregunta. Ibi: *Septimo quæritur: quomodo reſcriptum tollatur, & elidatur?* Y reſponde. *Ex Archi. primo poſt. Gofr. quod multis modis. Primo, ſi fuit impetratum ſciẽter expræſſa falſitate, aut veritate ſubpræſſa: Vel etiam ignoranter: ſed ſi tali, qua non interviniente, literæ non fuiſſent obtentæ, ut conſtat cap. ſuper litteris; etiam, ſi ſit conſentaneum juri 26. q. 2. Et ſi legibus. Etiam ſi per mendacium juris obtineatur, ead. quæſt. Præſcriptum. Et C. ſi cont. jus, vel util. pub. leg. Præſcriptione.* Y en el n. 6. antecedente, dize: *Quod ad hoc ut reſcriptum teneat, nihil debet ſubprimi ex his, quæ movere poſſunt animum Principis ad dandum illum, vel denegandum, & primo quidem exprimenda eſt ſeries facti, de cohabita. Gleſ. cap. ſuper eo, Item proceſſus cauſæ, de Re Judic. inter Monaſterium, & ſi per ſugeſtionem falſi, vel ſupreſsionem veri reſcriptum fuit impetratum tollitur. Extra cap. ſuper litteris. Ubi notantur aliquæ regulæ. Prima, quia per fraudem, aut malitiam litteras impetravit expræſſa falſitate, vel ſuppreſa veritate, nullum commodum ex eis conſequitur, ut in dicto cap. Super litteris, & cap. ad Aures, de Præbendis, non poteſt. lib. 6.*

173. No tan ſolamente, quando à ciencia cierta, ſe calla la verdad, para mover el animo del Juez, y ſe haze falſa ſinieſtra relacion, ò yà encubriendo el hecho, ò yà ſentando en lo que es contra derecho, ſe elide el reſcripto, y haze nulo; ſino que padece la miſma nulidad, quando por ignorancia del que lo pidiò, ſe informa coſa en contra de la verdad del hecho: De modo, que ſi el Principe lo huviera ſabido, no huviera concedido el tal Deſpacho. Silv. *num. 6.* Ibi: *Qui vero per ſimplicitatem, aut ignorantiam impetravit expræſſa falſitate, vel ſupræſa veritate, quæ ſi eſſet ſupræſa, vel expræſſa Papa nihilominus in forma communi litteras conceſiſſet, valet, ſi vero Papa nullatenus erat conceſurus, reſcriptum non valet, quia dicitur in C. ſuper litteris quod delegatus procedere non debet. Immo Secund. Sum. Ang. & Roſ. etiam ſi non ita defacili erat conceſſurus, quod Pan.* Ibi: *Videtur probare per C. poſtulaſti, eo tit. & profecto concludi poteſt ſecundum eum, quod omne, quod expræſſo, vel ſupræſſo Papa, aut non conceſsiſſee, aut non ita defacili; vitiat gratiam, vel privilegium.*

174. Conſta de los miſmos Autos, que haſta el año de 86. eſtuvo en poſſeſsion de la mitad de las aguas el Convento ſin averla interrumpido, ni aun por vna hora, deſde el principio de ſu fundacion; con que no ſolamente callaron los intereſſados la verdad, al Conſejo, y Junta Real de Pablacion, ſino que le ſupuſieron falſamente, que eſtavan en poſſeſsion immemorial los vezinos de repartir el todo del agua por horas, y por el orden de paradas. Pues ſi por vna parte callaron la verdad, de que eſtava el Convento en immemo-

morial executoriada poſſeſsion, y por otra propuſieron vna falſedad tan manifieſta, como dezir, que ellos la tenian: eſtàmos en los terminos de la obrepcion, y ſubrepcion, que viciaron la Real Proviſion con manifieſta nulidad, y por conſiguiente fueron nulos los Autos, que en ſu virtud ſe hizieron.

175. Callaron tambien el hecho, por ganar el Real Deſpacho; y no hecho como quiera, ſino el de vna Senetncia, que tenian en ſu contra en juizio contradictorio pronunciada: y ſolamente propuſieron al Conſejo, y Real Junta de Poblacion, que el Convento les avia perturbado ſu poſſeſsion immemorial, en virtud de ciertas Proviſiones, que con ſinieſtra relacion avia ganado. El aver callado la verdad en eſte punto, y aver ſentado en tàl ſupueſto falſo: elidiò la Proviſion, y providencia, que en ſu virtud ſe mandaba executar: Y no tan ſolamente no ſe debiò admitir, ſino que fue nulo quanto en ſu virtud ſe executò, como reſcripto injuſto, è incivil. *Ut in rubro, & nigro, C. ne liceat tertio provocare. Leg. Reſcripta, & authentica quæ ſuplicatio. C. de Præcib. imper. offerend. leg. probatorias. C. de Diverſ. Officijs, lib.* 12. *Authent. ut Divinæ juſiones cap. fin. collat.* 8. *ſuper litteris de Reſcript.* Gaball. *milleloq.* 992. Tepat. *lib.* 1. *var. titulo de Execut. ſent. colum.* 9. *in princ.* Ant. *Sola ad decret. ſubaud. tit. de concluſ. in cau. part.* 3. *gloſ.* 1. *num.* 7. Trentacinq. *lib.* 1. *tit. de Reſcript. reſ.* 6. *num.* 1. Pont. *conſ.* 1. *num.* 72. *de Poteſt. Prorreg. tit. de Abund. Civit.* §. 3. *num.* 14. Berdac. *conſ. crimin.* 478. *num.* 20. Dom. Salg. *de Suplicat.* 2. *p. cap.* 31. *num.* 64. *&* 69. Ibi: *Reſcriptum enim contra rem judicatam, aut tres conformes quatenus eſt impeditivum executionis, & effectus earum, contra jus, & ab eo reprobatum::: & propterea tamquam injuſtum, & in civile admiti non debet. Et congerit quam plurimos DD. dict. num.* 69.

176. Y es la razon en el derecho elemental, porque para la juſtificacion del procedimiento del Principe, ó ſus Juezes, ha de preceder conocimiento de cauſa, ſobre que deben recaer ſus providencias; porque de lo contrario ſiempre tendràn nulidad, y ſeràn por lo regular injuſtas. *Text. in leg.* 6. *C. de Appellat.* Ibi: *Non niſi audita omni cauſa, atque diſcuſa. L.* 1. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recopil.* Ibi: *Las razones cerradas.* Carraſc. *tract.* 2. *de Reſt. contr. ſentent. num.* 68. *& ſeqq.* Bant. *de Nullit. tit. de Nullit. ex defect. proceſ.* Ibi: *Id circo etiam quod judex pronuntiaret abſque proceſſu.*

177. Porque no es dudable, que ſi los Señores del Conſejo, y Real Junta de Poblacion, que mandaron deſpachar la Real Proviſion el año de 87. huvieran ſabido, que la librada en el de 36. à favor del Convento, inſertaba vna ſentencia en contradictorio juizio

pro-

pronunciada, en vn todo contraria à lo que por los interessados se pedia. Aunque no huviera expressa ley, por la que les estava prohibido librar semejante Provision, *Text. in leg.* 11. *tit.* 17. *lib.* 4. *Nov. Recopil.* no la huvieran mandado despachar; porque la Sentencia à favor de el Convento pronunciada hazia indisputable ley, à que no podia contravenir el mismo Senado Real de Poblacion, *Text in leg.* 25. *ff. de Stat. Homin. leg.* 1. *ff. de Re Judic. & leg. Res Judicata* 107. *ff. de Diverf. Reg.* D. Matth. *de Regim. cap.* 12. §. 1. *num.* 81. Dom. Gonçal. *in cap. Lator præsentium, de sentent. & re judicat. n.* 4. Dom. Valenç. *conf.* 40. *num.* 55. Ibi: *Nam sententia Senatus Regij habetur pro lege, & præstat exemplum, quod sequantur, qui postea judicaturi sunt.*

178. Y si se atiende à los formales terminos de el Auto, en que se mandò por la Real Junta, hazer el repartimiento referido, fue en vn todo tan arreglado, como justo, porque fue condicional, como la Parte de los interessados lo pidiò. Esto es, que se hiziera el repartimiento de las aguas à proporcion de las Haziendas, en caso, y baxo de la condicion, que el Real Convento no tuviesse titulo, que pudiera obstar à que se debiera repartir. Y con la precaucion, que en tal caso se debiera el dicho repartimiento executar conforme à los Libros, que tuviera la Ciudad para este fin; y en caso de que tambien faltassen, se hiziesse conforme al estilo, vsos, y costumbres, que huviera de aplicar las aguas en el Lugar de Guelcar. El qual decreto fue en todo arreglado al establecimiento de las leyes, *Text. in leg.* 1. *ff. de Aqua publ. arcend.* Ibi: *Si tamen lex agri non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere.*

179. Enmedio de esta serioſa reflexion, por los Señores de la Real Junta prevenida, invirtiò el Don Indalecio tan arreglada providencia. Porque no aviendo parecido el Libro del Repartimiento de las Aguas del Arrabàl de Guelcar, y no aver, como entonces dixeron, Ordenança alguna, que tratàra de ellas, debiò el Don Indalecio, nominado Juez en dichos Autos, examinar testigos del Arrabàl de Guelcar, para hazer informacion de la costumbre, que en èl avia en el modo de repartir las aguas, y arreglarse à ella, que si lo huviera executado assi, no huviera interessado alguno, que no huviera declarado la possession immemorial del Real Convento.

180. Demàs, que aviendo presentado, como presentò, la Parte de el Convento el apéo, y deslinde de las aguas, que era titulo legitimo de su pertenencia, no lo quiso aceptar, conociendo, que con èl se desvanecia su intencion; porque fue condicion expressa, que se hiziesse el repartimiento pedido por los interessados, en caso que

no tuviera titulo el Convento; y precaviò su malicia, que purificada la condicion prevenida en el decreto, cessaba su comisson en todo.

181. Que avia en Almeria Libro de Repartimiento de las Haziendas, y Aguas, se manifiesta, de que el Testimonio, que ha demostrado del deslinde, y apèo de las suyas el Convento, es traslado del que hizo el Bachiller Francisco de Narvaez, ante Christoval de Viedma, que lo firma. Y traslado sin original, no puede ser: y mas de Escrivanos de aquel tiempo, en que la legalidad, y fee publica no admite sospecha. La causa de que no parezcan tales Libros, la saben, y la callan muchos: la que no le toca averiguar à mi Convento, aunque sì dezir, que es sospechoso.

182. La sospecha se manifiesta por experiencia en este pleyto; pues siendo assi, que en el año de 688. no se pudieron leer las Ordenanças, ni parecieron los Libros del Repartimiento del Arrabàl de Guelcar, aora que les ha parecido à los interessados, que les conviene presentar algunos testimonios, han sacado vnos defragmentos, y papeles sueltos, otros de Libros, que dizen, estavan en su Archivo; porque los contrarios lo tienen de su mano, y solamente hallan, lo que les parece, que puede tenerles conveniencia. Y naciendo de este dolo, como de principio, assi los Testimonios aora presentados, como los Autos por Don Indalecio seguidos, no pueden patrocinar à la contraria Parte, para el derecho, y possession, que pretenden. *Text. in leg. Ita demum, ff. de Arbit.* Ibi: *Ne quis doli sui præmium ferat. Leg. Verum, §. Tempus, ff. pro socio.* Ibi: *Æquum non esse dolum suum quemquam relevare. Leg. 1. ff. de Dolo malo.* Ibi: *Nec vel illis malicia sua sit lucrosa. Et leg. penult. C. de leg.* Ibi: *Ut non accipiat fructum suæ caliditatis.* Et ex alijs Dom. Salgad. *part. 2. de Retent. cap. 20. num. 69.*

183. Prosiguiò la mala fee de los interessados del abysmo de vn engaño, y falsa relacion, con que consiguieron la Provision primera, al abysmo de otro para obtener la segunda. En la primera Provision se prevenia, que no teniendo titulo el Convento para la mitad del agua, que gozaba, *se repartiesse en conformidad de las Ordenanças, Libros de Repartimientos, ò costumbres, que huviera à cerca de los riegos del Arrabàl de Guelcar.* Y no ignorando, que el Convento tenia titulo, y ocultando los Libros de Ordenanças, y repartimientos, hizieron vna informacion de la costumbre, que avia en otros Lugares de regar; pero no de la que se practicaba de tiempo immemorial en Guelcar, siendo esto vltimo lo que expressamente mandaba el Real Despacho. Y acudiendo de nuevo al Consejo de Poblacion, representaron, que ni tenia titulo el Convento para la mitad del agua, ni avia

Li-

Libros de Repartimientos, y Ordenanças de ella. Y que la costumbre de regar en los demàs Lugares, era parada por parada, proporcionando las horas de el agua à las Haziendas, segun el numero de las Taùllas. En fuerça de esta tan dolosa relacion consiguieron segunda Provision, en que se mandaba, que medidas las Haziendas del Arrabàl de Guelcar, se repartiesse el agua de su consignacion por horas à proporcion de las Taùllas.

184. Que este dolo hiziesse nulo quanto se executò en virtud de las Provisiones referidas, es constante; y que fuesse dolo, es evidente: porque omitieron executar las providencias, que en virtud de dicha Provision se prevenian, como necessarias para passar à repartir, ò no, el agua à las Haziendas. Farinac. *de Pœnis temper. q.* 89. *n.* 951. D. Matth. *de Re Crimin. controv.* 63. *n.* 31. Y este dolo es mas acreditado por la falta de verdad, q̃ se hizoen la relacion al Consejo, y Junta Real de Poblacion. Farinac. *dict. quæst. num.* 106. Ibi: *Hinc dolus etiam præsumitur ex falsa expræsione, assertione, vel persuasione, Et num.* 107. *iste autem dolus ex falsa assertione, seu persuasione resultans, dicitur dolus verus, & evidens, non autem præsumptus.*

185. Obtenido el despacho segundo, se opuso la Parte del Convento, pero el Juez de Comision no le quiso oìr, de que resultò la primera nulidad. Dom. Valenç. *consil.* 6. *num.* 54. Ibi: *Eo ipso quo monitus comparet, & se opponit.* Porque era precisso oìrle, para que substanciados los Autos legitima, y debidamente, se pudiera seguir la determinacion. *Leg.* 2. *tit.* 13. *lib.* 2. *For.* Ibi: *Despues que las razones fueren acabadas, de guisa, que mas no pueden dezir las Partes en el juizio, el Alcalde dè la sentencia.* Dom. Salgado *part.* 2. *de Reg. Protect. cap.* 13. *num.* 38. Ibi: *Et ideo sententia causæ cognitione non præmissa ipso jure nulla est.*

186. Ademàs de averse opuesto la Parte de el Convento al repartimiento de aguas, que se intentaba executar, presentò el titulo de su pertenencia, para que en vista de èl se manifestasse la falsa relacion de los interessados, y que no podia su pretension tener efecto. Pero no quiso admitir el Juez de Comision el titulo, ni menos oìr las excepciones del Convento, con que añadiò esta nulidad à sus Autos. Dom. Larrea *allegat.* 90. *num.* 3. Ibi: *Præsertim, cum prædicti se liti obtulerint, quo casu non debent ex guvernatione procedi, sed necessario audiri oportet eorum exceptiones. Ex leg. Si per lusorio, leg. Ab executore, §. Alio, ff. de Apellat. leg. Si suspecta, ff. de Inoffic. Testam. leg. Venditor, ff. de Judicijs. Leg. Paulus, ff. de Procurat. leg. Si pariter, ff. de Lib. Caus. cap. ult. ut lite pendente in* 6. *cap.* 2. *de Procurat. eod. lib. cap.* 1. *ut*

cir-

circa de lection. eodem lib. 6. Clement. constitutionem, de election. leg. 4. & 7. tit. 23. part. 3. ubi omnes Glossæ. Bart. *in leg. 2. §. Hoc interdictum n. 1. ff. Nequid in loco publico.* Felin. *in cap. Exhibita, de Judic.* Covarrubias *Practic. cap. 13. num. 2. & cap. 15. in principio.* Dom. Larrea *in Compendio Vitæ Homin. cap. 8. num. 6.*

187. Quando el Juez procede con dolo, todo lo que executa, y obra, es por derecho nulo, y por consiguiente no debe tener algun efecto. Dom. Salg. *part. 2. de Reg. Protect. cap. 6. num. 78.* Ibi: *Sententia lata per dolum judicis nulla est, adeo ut non transeat in rem judicatam.* Escarcia, *num. 78. Est ergo Universalis, & communis limitatio ad omnes sententias merentes executionem, ut illam omnino admitant, quando sententia ex aliquo Juris defectu nulla est, vel quando sententia est evidenter injusta, quæ nullæ æquiparantur, quia quod nullum est executione non meretur.*

188. El dolo del Don Indalecio Venavides, Juez, que suponia ser de Comision, fue tan notorio, como se manifiesta de aver passado à la execucion de vna, tan extraordinaria novedad, sin dar audiencia à la Parte del Convento, y por vltimo, à dar posseſsion (que fue terminar, como por Sentencia la causa) de la agua, que pretendian. Este atentado hizo nulos todos sus Autos, con nulidad insanable, y de ningun efecto el despojo seguido à la Parte del Convento, porque no le quiso oìr en juizio, *cap. 1. de Caus. poss. & propiet.* Ibi: *Nec nos contra inauditam partem aliquid possumus definire.* Dom. Valenç. *latissimè cons. 6.* Vant. *de Nullit. ex defect. citat. num. 3.* Ibi: *Ut putat, defensionem respiciens, quæ à jure provenit naturali. L. ut vim ff. de Justit. & Jur. L. 1. §. cum Arietes. ff. si quadr. paup. fecis. dic. quæ defensio nemini deneganda est. Leg. Defensionis facultas.* Et ibi Bart. *cap. de Jure fisc. lib. 10. & L. unius, §. Cognitorum,* Ibi: *Defensionem quocumque tempore postulante reo negari non oportet, & ff. de Quæst. cap. cum inter, extra de excep. etiam Diabolo, si foret in Judicio inquit.* Rot. *decis. 364. cum jura, & 201. licet in causa quantumvis judex liberam, & absolutam habere potestatem: quia ex hoc non debet, quidquam facere, quod sit bonis moribus interdictum: Ut probat Tex. in leg. si à Milite. §. Edictum, ff. de Milit. Testam. Et ponit Alex. cons. 65. habita col. 2. lib. 1. & Decis. Neap. 391. fuit dubitatum, secunda col. dec. cons. 651. in fin. lib. 5. tollere enim defensionem omni æquitati, ac jure naturali, & Divino repugnant.*

189 Y especialmente en materias, que pertenecen à la governacion comun, previno la *ley 8. tit. 1. lib. 7. Recop.* Que de ninguna forma se diesse providencia sin audiẽcia de los interessados. Ibi: *Mandàmos, q̃ cada, y quando que à las Justicias de las Ciudades, y Villas pareciere, q̃ con-*

vie-

viene facer algunas Ordenanças, para la buena governacion, antes si primero reciban informacion de las Partes, à quien tocaren, si son vtiles, y necessarias, y convenientes, y la embien al nuestro Consejo, con las contradicciones, que oviere, y las dichas Ordenanças, para que alli se provèa, lo que se deba mandar, guardar, ò confirmar.

190. Con el defecto de la Audiencia à la Parte del Convento bastava, para que esta fundasse la presumpcion, que excluye la justificacion de los Autos, formados por el D. Indalecio de Venavides. Noguer. *alleg.* 21. *num.* 11. Pero como sus proprios Autos son la mayor prueba de la injusticia de sus procedimientos, basta la inspeccion de ellos, para acreditar sus nulidades. Dom. Salg. *part.* 1. *de Reg. Protect. cap.* 2. §. 2. *num.* 1. Ibi: *Ut de iniquitate judicis perperam procedentis appareat acta omnia sunt necessaria, quia ex eorum inspectione apparere. Et part.* 3. *cap.* 9. *num.* 35. Ibi: *Nullitas, seu iniquitas sententiæ tunc notoriè aparet, quando inspectione actorum detegitur.*

191. Deben preceder todos los terminos substanciales del juizio, y no passar à la execucion de lo que en fuerça dèl se huviere de determinar, hasta aver oìdo à las Partes. *Cap. Laudabilem, ut litt. pendent.* Dom. Gonçal. *in eodem num.* 5. *&* 6. Y hecha la contradiccion, es expressa decision de la ley, que no se debe passar à execucion: *In leg.* 2. *tit.* 32. *part.* 3. Ibi: *E oìr à cada vno lo que quisiere dezir, è probar, entre tanto debe estàr queda la labor.* Con que en aver despreciado el D. Indalecio Venavides la contradiccion del Convento, fue precissa, y notoria la nulidad de sus Autos por ser contra derecho. D. Mathe. *de Reg. Regn. Balent. cap.* 21. §. 1. *n.* 88. D. Salg. *de Reg. Protect.* 3. *part. cap.* 9. *num.* 6. Carrasco. *trat.* 2. *an hab. loc. rest. contr. sentent. num.* 65. Ibi: *Septimo, si non observatione terminorum substantialium.* Et num. 72. Ibi: *Decima tertia nullitas est ob non observatos terminos substantiales judiciorum.* Bant. *de Nullit. tit. de Null. sent. ex defect. process. per tot.* Dom. Salgad. *part.* 3. *de Reg. Protect. cap.* 9. *num.* 31. Ibi: *Idem enim dicendum est de nullitate, proveniente ex non servatis terminis substantialibus, quia sententia lata non servatis substantialibus judicij, & sententia est notoriè nulla, & nullitas insanabilis, quia termini sunt de substantia.*

192. Assi como es la defensa de Derecho Natural, Divino, Canonico, y Civil. *Cap. Non inferenda* 23. *quæst.* 3. *leg. Sciendam,* §. *Qui cum aliter, ff. ad Legem Aquil. leg.* 1. C. *Unde vi.* Notat Marsil. *in leg. unicus,* §. *Cognitorum, num.* 56. *ff. de Quæst. & in leg. ut vim, ff. de Just. & Jur. & const.* 4. *num.* 4. *& in* §. *Quoniam, num.* 76. *Gloss. in* §. *Quod verò, Instituta de Jure Natural. Gent. & Civil.* Assi es el juizio vna

legal disputa, precissa, y necessaria, para el acierto de la justicia. *Leg.2.§.5. ff.de Orig.Jurisdict.* Ibi: *Necessariam esse disputationem fori.* En que las excepciones del Reo,y el replicato del Actor sirven de satisfaccion entre las Partes,y de informar la mente de los Juezes,*leg.2. ff. de Except.* A los que pertenece indagar la verdad por este medio, para formar el dictamẽ de su juizio.Y este requisito es necessario para todas las providencias, yà sean de justicia, ò de govierno, *leg.10. tit.17. lib.4. Recop.* Ibi: *Seyendo hallada, y probada la verdad del hecho, por el Processo en qualquier de las instancias, que se viere, sobre que se puede dar cierta sentencia. Leg.34. tit.16. part.3.* Ibi: *Esto es, porque los Judgadores siempre deben ser apercebidos para puñar la verdad.*

193. Viendo la Parte del Convento las providencias irregulares de Don Indalecio Venavides (como que los interessados, ó la mayor parte de ellos eran sus parientes immediatos, à cuya contemplacion ajustaba sus procedimientos) le opuso la nulidad de todo lo que obraba, por defecto de jurisdiccion, que notoriamente no tenia. Porque aviendosele cometido el hazer el repartimiento de las dichas aguas à el Alcalde Mayor de Almeria, en que avia de proceder, como vn solo Juez de Comision, ò Delegado, para vn hecho individuo: este no pudo subdelegar su comision en el Don Indalecio Venavides, ni aun con la ocupacion, que pretestò tener en otras dependencias del Real Servicio. La excepcion es fundada en los legales principios, con que la convencen los Doctores, *utriusque juris.* Y en especial Silvestro, verb. *Delegatus, num.12.* Ibi: *Delegatus non à Principe, sed ab inferiori, subdelegare non potest, etiam impeditus infirmitate, vel alia justa causa. Argum. leg. Prætor. §. Si post. ff. de va. mu. & dict. leg. à Judice.*

194. Aviendo despreciado esta excepcion tan justa la Justicia, le opuso la Parte del Convento otra; esta fue el remedio comun de la recusacion, y fue tan legitima para el Don Indalecio, como que en él se hallaban todos los capitulos, que para su validacion se establecen por derecho, Silv. *verb. Recusatio, §. vnic.* Ibi: *Potest Judex Delegatus recusari, primo, quia consanguineus adversarij. Secundo, quia ejus commensalis. Tertio, quia oriundus de ejus terra. Quarto, quoniam loquitur in aure, & familiariter cum adversario. Quinto, quia in alia causa litigavat cum eo. Sexto, quia imperitus, & habet assessorem suspectum. Hæc secundum Panorm. in cap. Accedens, ut lit. non constet.*

195. Aviendo despreciado la recusacion el Don Indalecio Venavides, se valió del remedio la Parte del Convento, que fue oponerla ante el Alcalde Mayor, el que aviendola asimismo despre-

do,

do, sin otra causa, que voluntariamente dezir, era malicioſa, continuò el Don Indalecio en el atentado de ſus providencias.

196. Que todos los Autos hechos por el Don Indalecio deſpues de recuſado, ſean nulos, no ſolo es la mas probable, ſino es la probabiliſsima ſentencia de los Doctores mas claſicos. Bart. *in leg. Quia poterat* 4. Alex. *ex num.* 6. *ff. ad Trebell.* Andre. Barbatia *in tract. de Cardinalibus Legat. à Latereſ. num.* 3. *ex part.* 3. Et ibi num. 26. *Reſolvit, hanc eſſe veriorem opinionem.* Dom. Salgad. *de Suplicat.* 2. *part. cap.* 5. §. 1. *à num.* 6. *Qui congerit quam plurimos Doctores.* Carlev. *de Judicijs, tit.* 2. *diſp.* 5. *num.* 11. *pænè infinitos citat Doctores, & probat, quid de jure civili, in leg. Qui juriſdict.* 10. *ff. de Juris Omn. Judic. leg. Apertiſsimè* 16. *authentica ſi vero, leg. Cum ſpecialis* 18. *C. de Judicis, & de Jure Canonico, & de veteri, & novo Caſtellæ, leg.* 22. *tit.* 4. *part.* 3. *& leg.* 1. *&* 2. *tit.* 16. *lib.* 4. *Recop.*

197. Viendo la Parte del Convento, que no obſtante la recuſacion, y con la inſanable nulidad, que de ella ſe induce, proſeguia en los Autos Don Indalecio Venavides, acudiò ante la Real Juſticia vltimamente, y pidió ſe le dieſſe Teſtimonio, de que el dicho Don Indalecio, no era Alcalde de las Aguas aquel año, por aver tocado la ſuerte de dicho Oficio à Don Juan de Funes, Regidor Perpetuo: con eſte Pedimento comprobò la Parte del Convento la nulidad inſanable de los Autos, y que en ningun tiempo le podian parar perjuizio alguno. Porque dèl reſulta vn argumento de dos eſtremos contrarios, que qualquiera de ellos concedido, convence la nulidad de todos los Autos del año referido de 688.

198. El argumento ſe reduce à dezir, que, ò era Alcalde de las aguas en aquel año el Don Indalecio, ò no? Sino era Alcalde de las aguas, no podia vſar de la Comiſsion de la Real Proviſion de el Conſejo, y Real Junta de Poblacion, aunque ſe eſforçaſſen à dezir: que eſta iba cometida à la Juſticia Real, y Alcaldes de las aguas. Y no ſiendo tal Alcalde, eſtàmos en los terminos, de que procederia como ſubdelegado de la Juſticia Real, la que, como queda dicho, no le pudo ſubdelegar la comiſsion, y por conſiguiente todo lo obrado reſultaba atentado, y nulo.

199. Si era verdaderamente Alcalde de las aguas, y la Real Proviſion hablaba indiferentemente con èl, y con la Real Juſticia? Fue ocioſa, en primer lugar, la ſubdelegacion, que ſe le hizo, y no es de preſumir, fueſſe tan inadvertido aquel Alcalde Mayor, que practicaſſe diligencia tan ſuperflua.

200 En ſegundo lugar. Si como tal Alcalde de las aguas tuvo

la Comisſion del Conſejo, y Real Junta, hizo todos los Autos nulos, por no aver admitido los papeles, y Titulos, que preſentó el Convento à cerca del derecho de ſu mitad de aguas, por donde conſtaba el repartimiento, y apéo de ellas, que ſe le mandaba por la Real Proviſion, que tuviera preſente, para practicar las diligencias, que ſe le cometian; y de no aver oìdo en eſta excepcion tan juſta, y pretenſion tan arreglada à la Parte del Convento, faltò à la obligacion del cometido, y fue quanto executò nulo, y atentado. Y es la razon.

201. Porque el Juez de Comiſsion, que no es meramente Executor, ſino es mixto (eſto es aquel Juez, que alias tiene por sì juriſdiccion, y ſe le comete la execucion de algun mandato, antes de oìr las excepciones de las Partes) puede, y debe oìrlas, aunque no para definir, à lo menos para vèr, ſi pueden obſtar à la cometida execucion. Carleval *de Judicijs tit. 3. diſp. 17.* Ibi: *Quo caſu Judex requiſitus poteſt, & debet iſtas exceptiones admitere, & de illis cognoſcere, non quidem, ut eas definiat, ſed ut videat, an vere militent, & obſtent executioni. Quod ſi viderit, illas non ſubſiſtere, nec obſtare, & calumnioſe oponi, debet illis non obſtantibus ad executionem procedere. Ut in leg. Satis 2. C. ad leg. Cornel. de Falſis. Si verò videat, tales exceptiones obſtare, non debet, neque poteſt ſuper illis pronuntiare, ſed debet abſtinere ab exequendo, & remitere ad Judicem principalem. Quod prob. Text. in leg. Cum Fideicommiſſum 7. ff. de Confeſsis, & leg. ſi Prætor 75. in princip. & in §. Marcelus, ff. de Judit. ſumpto, argum. de Judice, dato ad delegat.* verb. *Ordinarium requiſitum*, ita reſolbunt Angel. in Peg. à D. Pio *in princip. num.* 4. Immola, *num.* 5. Cuman. *num.* 5. Alex. *ex num.* 9. Jaſſon, *num.* 12. & 13. *ff. de Re Judic. Gloſſ. in cap. Paſtoralis* 28. §. *Quia vero*, verb. *Et ſi ſciat. ff. de Offic. & Poteſt. Judic. de leg.* Acharr. *in Clem.* 1. *num.* 10. *de Sentent. & Re Judic.* Menoch. *de Arbitr. lib.* 1. *quæſt.* 38. *num.* 9. Cancer. *Variar. Reſol. part.* 2. *cap.* 15. *num.* 17. & *ſeq.* Carrocius *de Remed. contra Sentent. except.* 64. *ex num.* 1. Bobadilla *lib.* 2. *Politic. cap.* 20. *ex n.* 43. Dom. Salgad. *de Reg. Protect. part.* 4. *cap.* 8. *à num.* 28. Surd. *conſ.* 358. *num.* 14. & 15. *lib.* 3.

202. Pero es de notar, que la Parte de los intereſſados ſe implicaron à cada paſſo en eſto miſmo. Unas vezes negando al Don Indalecio de Venavides la facultad de Juez de Comiſsion mixto, en orden à oír las excepciones de el Convento, diziendo: era vn mero Juez Executor del ſuperior mandato, como conſta de la relacion del hecho al *num.* 75. y otras ampliandole la juriſdiccion, como Alcalde de las aguas, para que el Alcalde Mayor no pudiera averlo por recuſado en fuerça de la recuſacion, que hizo el Convento.

Con

203. Con estas nulidades se procediò al despojo de la mitad de las aguas, que desde la fundacion del Convento, y aun de tiempo immemorial, posseìa la Heredad del Rey. Antonio Mag. *post tract. de Subhast decis.* 90. *num.* 1. Ibi: *Moniales esse restituendas tanquam spoliatas facto judicis nulliter procedentis.* Y assi, aunque no huviera reclamado, como reclamò, su agravio, la ley lo està destruyendo, para que nunca pueda tener fuerça, ni adquirir firmeza alguna en juizio, ni fuera de él. *Text. in leg.* 5. *C. quand. provoc. non est necesse.* Ibi: *Quod si aliter, & contra legis statutum modum Provinciæ Præses multam vobis irrogaverit, dubium non est, id quod contra jus gestum videtur, firmitatem non tenere, & sine apelatione posse rescindi.*

204. Pero admitido, que no tuvieran tantas nulidades los referidos Autos, estava siempre reclamando su despojo el Real Convento, sin poderle obstar lo executado en el año de 688. ni por el transcurso de tiempo, ni otra introducion, por el Privilegio de Comunidad Religiosa, la que en comun siempre posee, y retiene sus legitimos derechos, sin que por tiempo los pueda, ni deba perder, renunciar, enagenar, ni en modo alguno apartarse de ellos. *Text. in L.* 26. *tit.* 29. Barb. *in cap.* 1. *de Præscrip. in* 6. *num.* 10. Cardin. de Luc. *de Judicijs, disc.* 21. *num.* 40. Ibi: *Istud privilegium Religionibus communicatum est.* Jul. Cap. *tom.* 2. *disc.* 127.

205. Pero constando del principio, y titulo vicioso, ò nulo con que los interessados despojaron al Convento, aunque tuvieran mil años de possession, no pudieran en ella prescrivir. Dom. Molin. *de Primog. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 61. Dom. Castill. *tom.* 5. *Controvers. cap.* 93. §. 8. *in adict.* Garc. *de Nobil. Glos.* 8. *num.* 80. Dom. Larr. *allegat.* 110. *num.* 33. Lag. *de Fruct. part.* 1. *cap.* 15. §. 4. *num.* 130. *& sequent.*

206. Y en este caso la Sentencia contraria à la antecedente, que tuvo el Convento à su favor, ni pudo obrar efecto alguno, ni dar causa de posseer. *Leg.* 22. *tit.* 22. *part.* 3. *leg.* 1. *C. Quando provoc. non est necesse, leg.* 4. *ff. de Except. Rei Judicat.* D. Ram. del Marc. *ad leg. Jul. & Pap. lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 7. Dom. Greg. Lop. *in leg.* 13. *dict. tit.* 22. *part.* 3. *Gloss.* 2.

207. Y hallandose, como se hallan, los interessados con notorio defecto en la propriedad, no pueden tener derecho manutenible en la possession. Sarm. *lib.* 2. *Select. cap.* 13. *num.* 5. *&* 6. Balmased. *de Colect. quæst.* 36. *num.* 1.

208. Y assi, no pudiendo negar el Abogado de contrario, los titulos, con que assegura su possession el Convento, confiessa en

su segundo escrito, *que le sirven de prueba para la possession*. Y si esta es la que se disputa en este Juizio, debe valerse de su mismo alegato la Parte del Convento.

209. Para confundir el derecho del Convento, y ponderar el proprio, presenta en su vltimo Pedimento la contraria Parte vn legajo entero de Testimonios, que los mas de ellos no vienen al caso, otros prueban los alegatos verdaderos del Convento, y el vltimo, es vna evidente ilacion de la malicia, con que semejantes Testimonios se sacan, y presentan.

210. El primero, es vna recopilacion de los Privilegios, que tiene la Ciudad para nombrar Alcaldes de las aguas, y que estos privativamente conozcan de las causas, que sobre su distribucion, y govierno ocurran. No le niega este Privilegio à la Ciudad la Parte de el Convento; pero tiene probado en los numeros 166. y los siguientes, que no viene al caso este Privilegio para el presente litigio; porque à no estàr radicado à peticion de los contrarios en el Tribunal de Poblacion por los intereses de la Hazienda Real: vnicamente pudiera tratarse de esta causa en la Real Chancilleria, por las razones yà significadas.

211. El segundo Testimonio presentado de contrario, es à fin de elidir el Apèo, que tiene por Titulo de sus aguas el Convento. En que intenta probar la Parte contraria, que Luis de Jaen, (vno de los inteligentes, que declararon el agua, que pertenecia à la Heredad del Rey, y gozaba desde la fundacion del Convento) no dixo la verdad, porque era criado del Convento, y aun le ponen la nota de Morisco (siendo Christiano viejo, y muy rancioso) y la prueba, que dàn para este intento es, que el Convento lo eligiò por Escusado, y que en otra ocasion hizo vna fiança al Convento. Verdaderamente quien prueba con estos principios, ignora lo que es *Escusado*, y lo que es salir por fiador de vn hombre de bien. La Religion de Santo Domingo tiene el Privilegio, de que cada Convento nombre vn Escusado, aunque no se practica en estos tiempos. Este contribuìa con todos los Diezmos al Convento, que le nombraba, y estava libre de todas cargas Concegiles, y los Conventos nombraban à los Labradores mas ricos, con que lo que se prueba en el Testimonio de contrario es, que Luis de Jaen era muy rico, y assi lo eligiò por fiador el Convento, y tambien por Escusado.

212. Otro Testimonio es de la concordia hecha entre la Ciudad de Almeria, y Lugares de la Taha de Marchena, obligandose la Ciu-

dad

dad al pasto comun; porque los Lugares dichos dexassen passar el agua à los del Rio de Almeria. Este pudiera probar alguna cosa, si pretendiera el Convento, q̃ toda el agua, que viene de la Taha de Marchena, se debia aplicar à la Heredad del Rey, y no se beneficiassen con ella todos los Lugares del Rio de Almeria; por cuyo interesse se hizo la concordia. Es verdad, que si la Santa Iglesia, Convento de Santo Domingo, y Hospital de Almeria, huvieran puesto en la antiguedad el cuydado, que debian en recobrar sus derechos, ni huviera este litigio, ni la Ciudad necesitaba de aver hecho tal concordia; pues conserva en su Archivo la dicha Santa Iglesia vna Escriptura otorgada en tiempo de Moros ante dos Escrivanos de ellos mismos, en el año de 1212. y traducida por otros dos de Granada, luego que se ganò esta tierra, en que se manifiesta, que las aguas del Rio de Albuluduy, y de Marchena, eran proprias de la Mezquita Mayor, cuyo derecho recayò, por especial merced, en la Santa Iglesia, Convento, y Hospital.

113. Otro Testimonio contiene vna Peticion, que hizo la Parte del Convento por el mes de Março, sobre que los oficiales del agua la pusiessen en tanda, y conduxessen al Arrabàl de Guelcar. Lo que esto quiere dezir, no es, que tiene menos agua la Heredad de el Rey; antes sí, que el Convento era el mayor interessado, pues pidiò por todos. Y esta misma diligencia de pedir, que se ponga el agua en tanda, la executan los interessados todos los años por el mismo tiempo. Porque como en el Invierno se và el agua sobrada por el Rio, no se pone en tandas, hasta que faltando, piden los interessados que se ponga.

114. Lo mismo quiere significar otro Testimonio de cierta Peticion, que hizo el Convento, sobre que el agua no se dividiesse en dos Azequias, por ser poca; sino que se conduxesse por vna sola à todos los Lugares, y estos regassen por su orden en los dias, y horas, que à cada qual pertenecia.

115. Otro Testimonio de diferentes Acuerdos de la Ciudad à cerca de el govierno de las aguas, no dize en todos ellos otra cosa, que el que se repartiesse con equidad el agua à las Haziendas: y no niega la Parte de el Convento, que estas providencias fueran justas; pero de ninguna de ellas, ni de todas juntas, puede salir por consequencia, que la Heredad del Rey no tiene derecho à la mitad de toda el agua, que entra en el Arrabàl de Guelcar; pues enmedio de todos essos Cabildos, desde su fundacion, y por tiempo de 200. años, se ha mantenido en la possessiòn de dicha mitad de aguas el Convento.

Otro

216. Otro Testimonio, que se presenta de contrario, se sacò del mismo original, que el que en el segundo Pedimento de justicia presentò la misma Parte contraria, y està al folio 79. de los Autos. Aquel primero, como se sacò de cencillo, contiene, lo que por entonces hallò el Escrivano en su original. Alli se refiere vna sola Hazienda con el titulo de *Frayles*. Y no se dize en èl: Que otras nueve Haziendas tuviessen al margen el mismo Titulo. Y en el segundo Testimonio se dize: q̃ en el dicho original, q̃ està en el Archivo de la Ciudad, se hallan testadas con tinta *moderna, y mas negra* las nueve notas marginales, que dizen: *Frayles*. Y es de suponer, que dà Testimonio el mismo Escrivano, que el referido original està baxo de tres llaves en el Archivo de la Ciudad, de donde se puede colegir: quien avra testado con tinta *nueva, y negra* las referidas notas, y à què fin. Y si antes estavan de la misma forma, por què callò el Escrivano tan notable circunstancia. Lo cierto es, que se dexa presumir, que juzgò conveniente la Parte contraria, el alegar, que dicho original tenia tales notas, y testadas con tinta negra, y nueva, para poder responder en algun modo à la quenta, que sobre dicho repartimiento, hizo el Convento, y que provaba à su favor el dicho Testimonio. Pero no dexa de manifestarse la mala fee, con que se litiga de contrario.

217. En vista de lo dicho, y de ciento y noventa y dos años, que tuvo de possession el Convento de la mitad de las aguas del Arrabàl de Guelcar para la Heredad del Rey, que se contaron hasta el de 688. y otros seis, desde el año de 728. hasta de presente: La qual possession està convencida, no solamente en todos los Autos, assi modernos, como antiguos; sino que la han confessado todos los interessados en sus pedimentos: Y que esta possession es immutable ley, que infiere, el mas radicado derecho, y convence, el verdadero dominio: esperan el Prior, y Religiosos del Real Convento de Santo Domingo de Almeria la mas conveniente, justificada providencia, para que los interessados, no le muevan cada dia nuevos pleytos, sobre el mismo assumpto contra justicia, contra caridad, ley, y derecho. Assi lo espera, &c.

Por el Real Convento de Santo Domingo de Almeria.

Fr. Alonso de Heredia,
Prior.

De orden del Real Acuerdo remito à V.S. èste Exemplar para su inteligencia, cumplimiento, y respectiva comunicacion à las Justicias de esse Partido, y del recibo me darà V. S. aviso à la mayor brevedad, por mano del Señor Don Joseph Antonio de Burgos, Fiscàl de esta Chancillerìa, con documento que acredite haverlo comunicado à las citadas Justicias, y quedar en poder de estas, para passarlo al Supremo Consejo, como lo tiene mandado.

Dios guarde à V. S. muchos años. Granada, y Octubre 5. de 1771. Don Joseph Manuel de Vargas.

Es Copia de la Real Pragmatica Sancion, de que certifico Yo Don Joseph Marzelo Montoro, Escrivano del Rey nuestro Señor, Publico en todos sus Reynos, y Señorìos, Mayor del Cabildo, y Ayuntamiento de esta Ciudad, de su Juzgado de Aguas, Junta de Propios, y Advitrios, y Real Renta de Salinas de ella, y su Reyno, que firmè. Granada, y Noviembre veinte de mil setecientos setenta y uno.

Don Joseph Marzelo Montoro.

PUBLICACION.

EN la Villa de Madrid à diez dias del mes de Octubre, año de mil setecientos setenta y uno, ante las Puertas del Real Palacio, frente del Balcòn principal del Rey nuestro Señor, y en la Puerta de Guadalajara, donde està el pùblico Trato y Comercio de los Mercaderes, y Oficiales; estando presentes Don Joseph Severo de Cuellar, Caballero del Orden de Santiago, Don Phelipe Santos Dominguez, Don Miguel de Galvez Gallardo, y Don Miguel Gomez, Alcaldes de la Casa, y Corte de S. M. se publicò la Real Pragmatica-Sancion antecedente con Trompetas, y Timbales, por voz de Pregonero pùblico, hallandose presentes diferentes Alguaciles de dicha Real Casa, y Corte, y otras muchas Personas, de que certifico yo Don Pedro Escolano de Arrieta, Escribano de Càmara del Rey nuestro Señor, de los que en su Consejo residen. Don Pedro Escolano de Arrieta. Es Copia de la Real Pragmatica-Sancion original, y su Publicacion, de que certificò. Don Antonio Martìnez Selazar.

REmito à V. S. de orden del Consejo el Exemplar adjunto certificado de la Real Pragmàtica-Sancion, en que se prohiben los Juegos de Embite, y dà reglas, del modo como se han de usar los permitidos, à fin de que haciendolo presente en el Acuerdo de ese Superior Tribunal disponga su cumplimiento, comunicandolo para el mismo efecto à los Corregidores de su Territorio, conforme està resuelto por punto general, y del recibo me darà V. S. aviso para trasladarlo à la superior noticia del Consejo.

Dios guarde à V. S. muchos años. Madrid 11. de Octubre de 1771. = Don Antonio Martinez Salazàr. = Señor Don Domingo Alexandro de Zerezo. Se hizo notoria en el Real Acuerdo General, celebrado por los Señores Presidente, y Oìdores de la Real Chancillerìa de Granada à diez y siete de Octubre de mil setecientos setenta y uno, y se mandò imprimir, y comunicar para su cumplimiento. = Vargas. Escopia de la Original, de que certifico. Don Joseph Manuel de Vargas.

De