

de las preguntas, del modo con que estan concebidas, y del fin á que se dirigen, para explicarlo á los testigos, y evitar que tal vez declaren con error ó falsedad, sin saber lo que deponen, por no enterarse bien, y entender al reves la pregunta, como suele suceder, y hasta que evacuen una, con separacion: lo mismo ha de practicar con la parte, cuando se la pide que jure posiciones al tenor de diversos capítulos. Y respecto á que en esto hay mucha ignorancia y condescendencia perjudicialísima, digo que en el examen de testigos ha de observar las diez circunstancias que trae el capítulo *Causa*, 37. lib. 2. *Decretal* tit. 20. *de testibus et attestationibus*, cuya glosa los resume en los siguientes versos:

*Auditus, visus, personæ, scientia, causa,
Fama, locus, tempus, ac certum, credulitasque.
Dum testes recipit iudex, hæc cuncta notabit.*

Es á saber: si oyó á los litigantes ó á otro lo que deponen, cuándo, en qué parage y cómo se llama el que lo dijo; ó si lo vió, en qué dia y lugar sucedió, á que hora, y quiénes estaban presentes: si conoce á los colitigantes, desde cuándo, con qué motivo, por qué sabe lo que declara; cuál fue la causa del hecho litigioso y de moverse el pleito; si lo tiene por cierto, en qué funda esta certidumbre, ó si lo cree, y por qué; si de él, ó de ser asi, hay fama pública en el pueblo; en qué tiempo se empezó á divulgar esta; si fue desde que se principió el litigio, ó antes, con qué motivo, y de quién sabe que provino; de suerte que dé razon de su dicho, pues no dándola, no sirve (1); al modo que tampoco el de oidas y credulidad, sino en ciertos casos que expresan las leyes (2). De todo ha de poner la respuesta que dé, y esto mismo ha de hacer el acompañado, y no otra cosa, debiendo el comisionado repeler lo demas, como que hace de juez, y no es del caso ni sirve sino para confundir á los testigos y oscurecer la verdad.

53. Suele haber testigos tan perversos que mienten á rostro firme por odio, pasion ó soborno, ó palían los hechos de tal suerte, que los desfiguran, sin hacer caso de la religion del juramento, del imponderable perjuicio que causan, y restitution á que son responsables, ni de las penas con que están conmina-

1 Ley 29 al fin tit. 16. Part. 3.

2 Leyes 29 y 30 del mismo tit.

dos. Para evitar en lo posible los perjuicios y daños que pueden irrogar á las partes, especialmente en causas criminales, luego que el escribano haya instruido al testigo de cada pregunta, debe mirarle atentamente á la cara, como que le está leyendo y penetrando su corazon, oírle con agrado y mansedumbre, sin interrumpirle mientras hable, referirle lo que le responde, para que conozca que le entendió, y hacerle las repreguntas expresadas en el párrafo anterior, segun sea el caso, y otras concernientes únicamente á apurar la verdad, y no más, mirándole todavía á la cara, como lo manda la ley (1); pues en el semblante podrá conocer si se perjura ó no, por ser difícil mentir sin inmutarse (2), bien que esto no es infalible, porque muchas personas con solo presentarse delante del juez ó de algun individuo de justicia, se inmutan y aturden, aunque esten inocentes: lo mismo se debe practicar con la parte cuando le tome declaracion.

54. Pero si la razon que el testigo da de su ciencia y dicho, no es verosimil ni satisfactoria, ó parece contraria á la que depo-
ne, ó está vario, ó se implica, ó titubea, ó es persona vil ó sospechosa, puede replicarle; *que cómo pudo ser, respecto á lo que dice, qué tiempo hacia, si estaba claro ó nublado cuando sucedió el caso; á qué hora fue; quiénes eran los circunstantes; de qué estaban vestidos,* y segun sea el hecho ó cosa litigiosa, hacerle con destreza y disimulo las demas réplicas y repreguntas genéricas é indirectas que le dicten la imparcialidad, prudencia y deseo del acierto, llevando el fin principal, no de que falte á la verdad ni de confundirla ú oscurecerla, sino de desentrañarla, descubrir la mentira, y saber si viene ó no sobornado el testigo por quien le presenta; para lo cual debe el escribano desnudarse de toda pasion, y prescindir de consideraciones que influyen muchas veces en daño de las partes, faltando á su obligacion. Oida la respuesta del testigo debe decirle sustancialmente lo que depuso y las razones que dió de su dicho, y si todo está conforme á su mente, sentarlo ó escribirlo sin añadir ni quitar; leérselo muy de espacio luego, para que quede plenamente enterado; enmendar en el mismo acto lo que quiera se enmiende, y concluido, poner al pie de la declaracion, *que se afirma y ratifica en ella, y que es lo que sabe, puede declarar, y todo la verdad bajo del juramento que tiene*

1 Ley 26. tit. 16. Part. 3.

Nehemias, 2. num. 3. Cicer. *in Pison.* et 2. *de orator.* Senec. *epist.* 98.

2 Prov. 10. num. 29. Ecclesiast. 15. num. 31. y 6. num. 5. Machab. 3. num. 27.

hecho, y sabiendo firmar, hacer que la firme despues de salvas las erratas, enmiendas, testaduras y adiciones que haya; pues sino sabe, no es menester, porque cada testigo debe ser examinado con separacion, y nuestras leyes no mandan que no se reciban las de los que no saben firmar, ni que haya testigos que le vean declarar (1), asi como tampoco son necesarios en los demas autos judiciales, excepto que en el juzgado se estile hacerse estos con ellos.

55. En el examen de la parte y testigos no se debe usar de preguntas *sugestivas*, las cuales son ó claras ó paliadas. Se llaman *claras* las que se hacen especialmente de algunas cosas, expresando las personas, circunstancias y cualidades de la causa civil ó criminal, ó de la cosa hecha ó delito cometido, v. gr. si se pregunta al testigo, *si vió que Pedro mató á Juan en tal dia, en tal parte y á tal hora, hiriéndole con un puñal en el pecho*. Son *paliadas* cuando se previene sutilmente al testigo, indicándole el modo de responder, ó se le abre camino y da luz para la respuesta, aunque en la pregunta no suene directamente. Estos modos de preguntar, como perniciosos y reprobados por derecho (2), no se deben usar, antes bien las preguntas han de ser genéricas é indirectas, y no particulares ó sugestivas; pues de lo contrario las respuestas serán dadas por los que tengan intereses en sugerirlas, y no por los preguntados, especialmente siendo pobres ó sencillos, pues estos, aunque asientan á ellas, mas lo harán tal vez por miedo ó por no desagradar al que pregunta, que por ser verdad lo que dicen, como suele suceder.

56. Si el testigo, despues de haber firmado su declaracion y apartándose del juez ó del escribano que le examinó, hablare ó tuviere tiempo para hablar con alguna de las partes, y quisiere corregir ó ampliar su dicho, no debe ser admitido; y asi, haciendo muchas declaraciones, debe ser atendida la primera; pero si hubiere declarado ambigüamente ó no hubiere dado razon de su dicho, puede ser llamado por el juez, aunque sea despues de hecha publicacion, para que la dé, aclare las dudas que de su deposicion resulten, y no quede oculta la justicia de la parte, en cuyo caso tendrá valor su dicho. Lo mismo puede practicar el juez á instancia de la parte que le presentó, cuando esta halla que no fue preguntado al tenor de todas las preguntas.

1. Leyes 26 y 29. tit. 16. Part. 3 y ley 3. tit. 11. lib. 11. Nov Rec.

2. Ley 1. §. *Qui questionem*, ff. de *questionib.* ley 3. tit. 30. Part. 7. Scacia de ju-

dic. lib. 1. cap. 36. Farinac tom. 1. *Prax crim.* quæst. 84. num. 91 y 92. y tom. 3. quæst. 83. num. 84. y de *testib.* quæst. 79. num. 78.

de su interrogatorio, y las omitidas conciernen al pleito (1).

57. No deben apartarse los testigos despues de juramentados de la presencia del que los examina, hasta que evacuen su declaracion, excepto que no pueda recibírsela entonces; pues en este caso se la ha de tomar despues, y deben esperarle hasta quince dias á lo menos (2); de lo cual se deduce no ser preciso que el testigo sea examinado en el acto del juramento, y que puede serlo despues de algun tiempo; pero en dicho caso debe practicar el escribano dos cosas: la primera extender entonces el juramento en los autos, y que lo firme el testigo si sabe, para que conste que fue presentado y juramentado en tiempo habil; y la segunda, poner en la cabeza de la declaracion: *que la hace en fuerza del juramento que prestó en tal dia, el que en caso necesario reitera*. Cuando el testigo juramentado en tiempo habil, dice que duda de lo que se le pregunta, ó no se acuerda ciertamente, y pide término para hacer memoria de ello, se le debe conceder (3). Lo propio debe hacerse para con la parte, con tal que lo diga en el mismo acto por sí, y no por consejo de su abogado (4); bien que esto es peligroso, y asi solo se observa lo que ordena la ley recopilada posterior, y de jo explicado en el párrafo 20. Si uno y otro dicen que no pueden evacuar su declaracion por tener que inspeccionar algunos papeles, á fin de darla con toda exactitud y certeza; se les debe conceder tiempo para su inspeccion, y no concediéndoselo al testigo, podrá pedir la parte, y el juez deberá mandar que la evacue despues de la publicacion, lo cual, como justo, he visto practicar.

58. Aunque los interrogatorios contengan muchas preguntas, si la parte que los produce dice al escribano que tal y tal (nombrándolos) sean examinados solamente al tenor de ciertas y determinadas que señala, debe expresar en la cabeza de su deposicion para cuales fueron presentados, y de ningun modo examinarlos sobre las restantes, porque á mas de ser superfluo, no aprovecha á la parte el que digan que las ignoran; se le evitan gastos, y no se pierde tiempo, pues no todos pueden deponer acerca de todos los particulares de los interrogatorios.

59. Cada testigo debe ser examinado secreta y separadamente de los demas, sin que éstos, las partes ni otra persona le

1 Ley 31. tit. 16. Part. 3. Hermos. en la 56. tit. 5. Part. 5. glos. 6. num. 72.

2 Ley 27. tit. 16. Part. 3. Ley *Si quando*, 19. Cod. *de testibus*.

3 Ley 11. tit. 11, Part. dicha, verb.

Ca si por aventura.

4 Ley 3. tit. 13. Part. 3. cap. *Per tuas; de testibus*, y cap. *Præterea, de testib. cogend.*

vean declarar, ni sepan lo que depuso ni lo que se le preguntó hasta que se haga publicacion de probanzas; tampoco se la de apartar del que lo examina, hasta que concluya su declaracion, como dejo expuesto (1); á no ser tan larga que requiera mas de un dia para hacerse. El escribano ha de extender sus dichos á la letra y no en abreviatura, ni la letra muy metida, sin mudar palabra ni aclararla, sino como la diga, pues asi lo manda la ley (2); pero no obstante, se permite y está en práctica ponerlos con voces claras, inteligibles y bien sonantes, que no varíen la sustancia, y antes bien hagan mas perceptibles los hechos, porque de lo contrario, si el testigo es rústico, sirve no de declaracion sino de confusion su dicho; cuesta muchísimo trabajo entender á algunos, y es menester casi adivinarlos, y repetirles muchas veces lo que dicen, para que lo entiendan y vean que los entienden (*). Pero si los testigos y las partes quieren escribir sus declaraciones, ó rubricar las hojas de ellas, nadie se lo debe impedir, pues tienen facultad para ello, como que son produccion y acto suyo privativo, que han de corroborarse con su firma, sin que en esto injurien al escribano ni al juez que se las recibe, porque usan de su derecho.

60. Examinándose los testigos por medio de intérpretes, han de jurar estos: *que dirán en idioma castellano lo mismo que aquellos depongan en el suyo, sin añadir, quitar, interpretar ni tergiversar cosa alguna*, y el testigo tambien ha de ser juramentado. Si hay dos intérpretes en el pueblo, ha de ser examinado cada testigo por medio de ambos, á presencia del escribano, para que no se dude de su deposicion, á menos que los litigantes se conformen en que uno solo intervenga al examen y juramento, ó que en el pueblo no haya mas, en cuyos dos casos se le ha de creer y estar á su dicho, pues hace plena fe, y asi se practica (3).

61. Estan obligados los litigantes á satisfacer á los testigos los gastos que hagan ó ganancias que pierdan en el tiempo que ocupen en ir á declarar y regresar á sus casas (4); pero no de-

1 Ley 27 tit. 16. Part. 3. ley 3. tit. 16. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 5. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec.

* En este punto hay un gran riesgo si los escribanos no proceden con la pureza y buena fe que exige su oficio, como sucede por desgracia muchas veces. Ademas, no teniendo los conocimientos necesarios de nuestra lengua, podran muy bien substituir una voz que en su sentir, ó en la

acepcion vulgar, diga una misma cosa, y sea sin embargo muy diversa en la inteligencia legal. Seria pues conveniente abolir esta práctica, y que se observase literalmente la ley. *Febrero adicionado.*

3 Ley *Theopompus*, 14. ff. *de dote prælegat.* Gom. lib. 2. *Var.* cap. 9. num. fin. *Cur. Filip.* part. 1 §. 17. num. 26.

4 Ley 27 al fin, tit. 16. Part. 3.

ben sobornarlos, corromperlos, intimidarlos, regarlos ni inducirlos á que declaren lo que no saben, pena de ser castigados conforme á derecho; bien que se les permite traerles á la memoria los hechos, y encargales sus conciencias sobre que digan la verdad, y lo que supieren y de que se acordaren (1), y á este efecto entregarles copia del interrogatorio.

62. Puede apremiar el juez á los testigos por prision y embargo de bienes á que comparezcan á su presencia á declarar bajo de juramento lo que sepan, ya sea en pleito civil ó criminal, y no debe admitir su dicho dado ó enviado por escrito, porque ademas de no valer, está prohibido (2). En las causas civiles arduas y de importancia, y en las criminales, debe el juez examinar por sí á los testigos, sin cometer su examen al escribano, ni usar de la cautela de que este tome á solas sus dichos despues que aquel los juramente, y luego en su presencia los lea al juez, pena á este por la primera vez de cinco mil maravedis y al escribano dos mil, por la segunda doblados, y por la tercera privados ambos de sus oficios (3).

63. Existiendo algunos testigos fuera del territorio ó jurisdiccion del juez que conoce de la causa, ha de enviar requisitoria este al del pueblo en que viven, con insercion del interrogatorio y demas conducente, para que los examine á su tenor (4); con cuya requisitoria, ó con la receptoría si se despachare, se debe citar particularmente (como cuando se sigue en rebeldia) á la parte contraria, si está en el pueblo, ó á su procurador, por si quiere ir ó enviar persona que los conozca y vea juramentar, para que le conste, y no se descuide. Lo mismo se practica y debe hacerse para compulsar instrumentos, cotejar los producidos, y redargüirlos civilmente de falsos, ó hacer vista ocular, sin embargo de la citacion general hecha con el auto en que todo lo referido se mande, como se colige de la ley 3. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec. Estas requisitorias deben cumplimentarse, yendo documentadas, asi para el efecto referido, como para otra cualquier cosa, ya sea en causa civil ó criminal, no solo por el juez con quien espresamente hablen, sino por el sucesor en su audiencia y jurisdiccion aunque en ellas no esté nombrado, y el requirente haya fallecido ó cesado en su oficio, como está en práctica.

1 Ley 3. al fin, tit. 11. lib. 11. Nov. Rec.

2 Ley 1. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec. Leyes 32 y 36. tit. 16. Part. 3.

3 Ley 36 al fin, tit. 16. Part. 3. Leyes

36 y 37. tit. 32 lib. 12. Nov. Rec.

4 Ley 28. tit. 16. Part. 3 Ley 3. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec.

64. Si las partes omiten articular en el interrogatorio principal algunos particulares de los alegados y conducentes á su defensa, ya sea por olvido ó porque al tiempo de su formacion no creyeron poder probarlos, y despues de presentado, hallan testigos que los declaren, pueden ponerlos por pedimento ó por otro interrogatorio, y pretender se examinen á su tenor; pero esto ha de ser precisamente dentro del término probatorio; pues ninguna ley lo prohíbe, ni dice que se forme un interrogatorio solo, ni tampoco que no se puedan hacer por pedimento las preguntas á los testigos; lo cual es corriente, y asi lo he practicado y visto practicar.

65. Un solo testigo, por autorizado que sea, no hace prueba regularmente hablando (1), excepto que sea emperador, rey ó papa (2); bien que cuando no se trata de perjuicio de tercero, ó se convienen las partes, ó el testador mandó que en cuanto á su herencia se esté al dicho de cierta persona que señala, ó para probar la inocencia del acusado, ó en las causas en que de ningún modo, ó al menos con grave dificultad, se pueden presentar muchos testigos, ó cuando con su dicho concurre la fama, ó para probar la causa verosimil de ignorancia, ó en causas muy leves, y en otros varios casos que trae Reinfestuel (3), hace prueba el dicho de un testigo solo.

66. Dos testigos contestes en caso ó hecho, tiempo, lugar y circunstancias, y no varios ni singulares, hacen plena probanza siendo hábiles, idóneos y tales que no puedan ser desechados por razon de sus dichos ni personas; á menos que sea para justificar pago ó deliberacion de débito ú otro contrato de que se haya otorgado escritura pública ó testamento, ú otra última voluntad; pues entonces son necesarios mas (4), como queda dicho en sus respectivos lugares.

67. No obstante esto, se permite á cada litigante que presente hasta treinta testigos sobre cada pregunta ó artículo, con tal que jure que no lo hace con malicia ni por dilatar; mas si despues de nombrados supiere de otros, con quienes crea probar mejor su intencion, y lo juraré asi, en este caso, dejando los que no esten examinados, se le deben admitir los que nuevamente nombre, hasta completar el número referido, y no mas (5). Si de

1 Ley *Ubi numerus*, ff. de *testib.* ley 33. tit. 16. Part. 3. cap. *Licet universi*, 23. de *testib.* y Canon, *Si testes*, §. *Ubi numerus*, 4. quæst. 3.

2 Dicla ley 33. tit. 16.

3 Lib. 2. *Decret.* tit. 20. §. 2. tit. 19.

§. 3. num. 61 al 68.

4 Leyes 33 y 41. tit. 16 Part. 3 Deuteron. 19. vers. 15. Matth 18, vers. 16. y Luc 17.

5 Leyes 2 y 5. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec.

los presentados no quiere que se examinen todos, nadie le puede precisar á ello, porque asi como está en su arbitrio el hacer ó no prueba, lo está tambien el presentar y hacer que se examinen ó no los presentados y juramentados, sin que haya ley que diga lo contrario. Pero es de advertir, que en la segunda ó tercera instancia en grado de apelacion y suplicacion no se deben admitir interrogatorio ni testigos sobre los mismos artículos, ú otros directamente contrarios á los que en las precedentes ó en alguna de ellas se recibieron; ya sean relativos á los méritos de la causa principal, ó á las tachas de los testigos examinados en cualquiera de las instancias anteriores; y el abogado que pusiere el interrogatorio, incurre en la pena de mil maravedis (1).

68. Aunque las partes despues de haber presentado algunos testigos, digan que no quieren valerse de mas, no se les han de dejar de admitir por eso los que presenten hasta los treinta expresados, con tal que sea dentro del término probatorio, y que juren que ignoran sus deposiciones y las de su contrario, y no de otra suerte, como lo manda la ley 35. tit. 16. Part. 3. Por esto los escribanos en el requerimiento que hacen á las partes para si quieren presentar mas testigos, y responden que no, ponen esta cláusula: *por ahora, y sin perjuicio de presentarlos siempre que lo tengan por conveniente*, cuyo aditamento es muy util, aunque no necesario, por lo que el escribano comisionado puede, sin embargo de que no se ponga, recibirlos, sin que la parte tenga precision de acudir al juez para ello, durante el término probatorio; porque en virtud de la comision le subroga en su lugar, y le da las facultades que á dicho fin le concede la ley.

69. No hacen plena probanza los testigos varios y singulares, que son los que declaran sobre diversos hechos, de modo que cada uno testifica del suyo, y no concuerdan con el otro. La singularidad es de tres maneras: *obstativa*, *cumulativa* y *diversificativa*. Se llama *obstativa* ó *adversativa*, la que contiene contrariedad de los testigos que deponen de un mismo hecho, ó repugnancia en sus dichos; v. gr. dice uno *que Pedro hizo la muerte ó hurtó, en tal parte y á tal hora*; y otro *que la ejecutó en otro lugar y á otra hora*, pues repugna que una misma muerte ó delito pudiese haberse hecho y cometido en diversos parages

1. Ley 6. tit. 10. lib. 11. Nov. Rec. Clemen. num. 6.
ment. 2. de testib. Covarr. Pract. cap. 18.

y á distintas horas, por lo que á ninguno se debe creer ni deferirse el juramento supletorio; y así mas vale un testigo idóneo, que hace semiplena prueba, que muchos singulares con singularidad obstativa, aunque sean mil, porque uno hace sospechoso, y destruye al otro, y ambos arguyen falsedad (1).

70. *Cumulativa* se llama, cuando los testigos deponen de hechos, que aunque son diversos, se ayudan mutuamente para probar aquello que se controvierte; v. gr. dice uno *que vió á Pedro quitar un caballo*; y otro *que oyó decir á Pedro que había quitado aquel mismo caballo*. Esto sucede generalmente todas las veces que las diversas deposiciones de los testigos se dirigen á averiguar el hecho litigioso; pues unos suelen deponer de vista, otros de fama, oídas ó confesion de él, y otros de hechos que aunque distintos, ayudan al intento, y no son repugnantes; por lo que el uno no destruye al otro, ni le hace sospechoso; y así en las causas civiles si testifican de hecho por su naturaleza sucesivo, continuo ó genérico hacen plena prueba (2); y en consecuencia siendo preguntados sobre él ó sobre el todo integral, aunque depongan de actos diversos, como todos miran por distintos medios á un propio fin y sustancia de la cuestion, no se juzgan singulares, sino contestes (3); pero si se trata de algun acto particular ó especial é individuo, no prueban plenamente; bien que hacen presuncion, y el juez puede deferir el juramento supletorio (4). En las criminales no prueban tampoco para que pueda imponerse la pena ordinaria; pero inducen presuncion grande contra el reo, y abren camino al juez para inquirir, y aun muchas veces son suficientes para imponerle pena extraordinaria (5); pues para la ordinaria es indispensable que la prueba sea indudable (6), no obstante haber delitos para cuya calificacion bastan testigos singulares, siendo fidedignos.

71. Finalmente, se llama singularidad *diversificativa*, cuando los testigos deponen de diversos hechos que no son contrarios ni repugnantes entre sí, ni el uno ayuda al otro, v. gr. dice uno

1 Cap. *In nostræ*, 32. de *testib.* Alex. consil. 94. num. 1. y 4. lib. 6. Mascard. de *probat.* conclus. 958. num. 20. Farinac. glos. 64. num. 37, 41 y 44 al 50.

2 Glos. in leg. *Ob carmen*, ff. de *testibus*, et in cap. *Nihilominus*, 3. quæst. 9. Felin. in cap. *Licet. ex quadam*, num. 2. vers. *Secundo limita*, Farinac. quæst. cit. num. 115, 150, 160 y 164. Mascard. concl. 1025. num. 24 y sig.

3 Ley *Qui sententiam*, Cod. de *pœnis*.

Reinf. lib. 2. tit. cit. num. 297 al 306.

4 Glos. in cap. *Nihilominus*, cit. Felin. in cap. *Licet*, cit. Farinac. quæst. dicha. num. 52, 113 y 126. Mascard. concl. 958. num. 20 al fin.

5 Farinac. *Prax crim.* lib. 1. quæst. 37. num. 34 y 35.

6 Ley *Sciant cuncti* 25. Cod. de *probat.* cap. 1. de *elect.* Canon *Testes*, 2. quæst. 7. Reinf. ibi, num. 307 hasta el fin.

que Pedro prestó á Juan cien reales en tal dia y tal parte; y otro que le prestó veinte en otro dia y parage; y asi estos testigos sin embargo de no ser repugnantes, ni enervar el dicho del uno el del otro, no hacen prueba; pero si alguno es de mayor excepcion, hará semiplena probanza, porque se queda con el valor que merece la deposicion de un testigo fidedigno (1).

72. Probando ambas partes su intencion con testigos, debe el juez gobernarse para dar la sentencia, por los que depongan lo mas verosimil, tengan mejor fama, esten mas autorizados, y sean mas dignos, aunque menos en número. Siendo iguales en fama y dichos, porque todos deponen lo que es posible hubiese sucedido, ha de estar á la pluralidad; y si lo son en el todo, y deponen cosas contrarias, debe absolver al reo (2); á menos que el actor intente causa favorable, como son las de libertad, matrimonio, dote y testamento, pues entonces ha de decidir por estas (3). Si los de una parte discordaren, debe creer á los que digan lo mas verosimil al hecho, y sean de mejor fama, aunque pocos, lo cual no sucederá si el litigante presenta dos instrumentos contrarios, pues á ninguno debe creer el juez, por cuanto aquel pudo verlos antes, y considerar si le aprovecharia ó dañaria su presentacion; pero en los testigos no puede saberlo, porque á la parte suelen decir una cosa, y ante el juez declarar otra, como lo vemos y lo dice la ley: últimamente, si el testigo es contrario á sí mismo en su dicho, no hace fe (4).

73. Comprometiéndose las partes en árbitros, si estos recibieren testigos, y aquellas hicieren algun pacto sobre si el juez ha de sentenciar ó no por sus dichos, en casos que los árbitros no decidan su contienda, se debe estar al pacto. Si nada pactaron, está en eleccion de aquella contra quien se presentaron, el pasar por sus dichos, y hacer que vuelvan á declarar ante el juez; pero si ya estuviesen muertos, deben valer sus deposiciones, y el juez sentenciar con arreglo á ellas, bien que no se priva á la parte de alegar contra las personas y dichos de los testigos (5).

74. Consistiendo el pleito en ciencia, arte ú oficio, han de nombrar las partes dos peritos para que declaren acerca del asunto litigioso, en caso de haberlos en el pueblo: si alguna no quiere nombrar por sí, lo ha de hacer el juez de oficio por su rebel-

1 Farinac. quæst. 64. dicha, num. 41 y glos. y cap. ult. de senten. et re judicat.
 47. Reinf. ibi, num. 294 al 296. 4 Ley 42. tit. 16. Part. 3.
 2 Ley 41. tit. 16. Part. 3. 5 Ley 38. tit. 16. Part. 3.
 3 Cap. Ex litteris, 3. de probat. et ibi

día; pero si no hubiere mas que uno, bastará, y se deberá estar á su informe ó declaracion, excepto en las causas arduas y de entidad, en las cuales se deben buscar dos, á menos que las partes se conformen en uno (1). Con ellos y con el tercero que se elija en caso de discordia (ya asistan ó no todos tres á la vista ocular ó reconocimiento, ó cada uno lo haga por sí solo, como puede, y el juez lo presencie ó no), nada mas tiene que hacer el escribano que recibirles el juramento de que *dirán la verdad como la conciban segun su inteligencia con arreglo á su arte, oficio ó ciencia, sin causar agravio á ninguna de las partes*, pues ellos ponen en borrador sus declaraciones, y se las entregan para que las extienda en los autos, coordinándolas segun estilo forense, bien que si el juez concurre, debe juramentarlos, y no el escribano. Para que depongan con justificacion y pleno conocimiento, se les han de manifestar, siendo preciso, no solo los autos, sino los documentos en ellos producidos por las partes, y al tercero en discordia unos y otros con las declaraciones de ambos peritos, á fin de que con presencia de todo se conforme con la que sea arreglada. Las partes deben ser citadas para asistir al juramento y reconocimiento si quisieren, mas no á la declaracion, señalando dia en que aquel se ha de evacuar, con tal que sea en el término probatorio si el reconocimiento se pide dentro de él: pero el tercer perito puede serlo despues.

75. La cuarta especie de prueba es la que se hace con instrumentos, privilegios y libros de cuentas. En el lib. 1. tit. 6. cap. 2. se dijo que habia tres clases de instrumentos, á saber; *privados, auténticos y públicos*: se habló con extension de las circunstancias que debian tener estos últimos para su validacion, y se insinuó algo acerca de los auténticos, reservando para este capítulo la restante doctrina acerca de unos y otros, como mas enlazada con la cuestion que aqui se ventila.

76. Volviendo, pues, ahora á tratar de los instrumentos públicos, debe saberse que hay dos clases de ellos, esto es, unos que se otorgan entre vivos, y son los relativos á contratos; otros que se hacen por causa de muerte, que son los testamentos y demas últimas disposiciones: todos los cuales se componen de *protocolo ó registro, copia original, y traslado ó ejemplar*, como se dijo en el citado capítulo 2. Llámase público el instrumento, porque lo autoriza persona en quien reside autori-

1 Hermos. en la ley 56. tit. 5. Part. 5. glos. 6. desde el num. 24 al 65. Com. lib.

2 Var. cap. 6. num. fin.

dad pública concedida por el Rey para ser creído, y se otorga ante testigos (1), por lo que no se debe dudar de su otorgamiento. Asi pues si el instrumento producido en juicio está autorizado por escribano no conocido en el juzgado en que se presenta, y la parte contra quien se produce lo redarguye de falso (como puede en cualquier tiempo y estado de la causa, aunque al principio no lo haya hecho por inadvertencia), diciendo que el que lo autorizó no es ó no fue escribano; no hace fe, si á lo menos por fama pública del pueblo en que suena otorgado, no justifica el producente haberlo sido (2); ó si no está comprobado por dos ó tres escribanos que den fe, no solo de que lo es, sino de que la firma y signo puestos á su final son suyos; pues puede ser escribano y haberse suplantado el instrumento; y lo propio sucede habiéndose hecho en parte remota, segun se practica y estima en juicio (3). Pero si es muy antiguo, que pase de cien años, hace fe, aunque no esté comprobado, ni conste que fue escribano el que lo autorizó por la gravísima dificultad de hallar testigos del conocimiento de este, en cuyo caso se omite el reconocimiento (4). Con este motivo convendrá hacer las advertencias siguientes: 1.^a que si un mismo litigante presenta en juicio dos escrituras contrarias en un propio hecho, á ninguna se debe creer (5): 2.^a que el escribano no solo está obligado á custodiar y conservar el protocolo (6), como se insinuó en el citado capítulo, sino que una vez otorgado el instrumento, no debe entregarlo á las partes ni á otro, porque á mas de no hacer fe por los motivos expuestos en el mismo capítulo, debe conservarlo, y existir siempre en su poder, y asi dará copias de él. Tampoco debe romperlo, aunque lo quieran los otorgantes á pretexto de haberse rescindido el contrato, porque es acto que se publicó y puso en el archivo público de que está constituido archivero el escribano, y como tal carace de facultades para extraerlo de este; á mas de que puede probarse su otorgamiento en lo sucesivo, hacérsele cargo de él, y castigarle por su falta; y asi aunque los interesados no usen de él, ó lo revoquen por otro, cumple poniendo en aquel la competente nota de revocacion: 3.^a que si el acreedor devuelve á su deudor el instru-

1 Cap. 15. de fide instrument. Covarr. Pract. glos. cap. 19. num. fin.

2 Ley 115. tit. 18. Part. 3. cap. 2. de fide instrumentor.

3 Ley Jubemus, 24. Cod. de probat. Parej. de edil. tit. 4. rescl. 3. §. 2. num. 42. 51 y sig.

4 Greg. Lop. en dicha ley. 115. glos. 5. Parej. ubi sup. num. 35 y 59. Covarr. Pract. cap. 21. num. 7.

5 Ley 111. tit. 18. Part. 3.

6 Cap. Cuanquam contra, extra de probat. Ley 6. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. Covarr. Pract. cap. 19. num. 2 al fin.

mento de la deuda, ó la cancela, se entiende libertarle de ella, excepto que lo haga por fuerza, miedo ó engaño, y se pruebe (1): 4.^a que aunque el instrumento carezca de la fe de conocimiento del que le otorga, y de la deposicion acerca del de los testigos instrumentales, no será nulo, porque la ley no lo invalida ni pone por forma los expresados requisitos (2).

77. Alegando la parte ser falso el instrumento que contra ella se produce, porque en el dia que aparece otorgado, se hallaba fuera del pueblo donde se hizo, y en otro en que fue testigo de otro instrumento, tan distante que no podia haber venido naturalmente; ha de presentar para probar su falsedad el otro público, hecho aquel dia en el lugar donde dice estuvo, y de que fue testigo; ó á lo menos cuatro testigos idóneos y legales que depongan haber estado en otro diverso de aquel en que suena otorgado el que se impugna; pero si el instrumento no es público, bastan dos que asi lo declaren, y sealo ó no, debe jurar el que alega la falsedad, que no lo hace de malicia ni por calumnia, sino porque cree que es falso. Todo lo cual se entiende cuando la parte que lo presenta quiere usar de él, pues si dice que no, no se ha de admitir prueba sobre su falsedad (3).

78. La falsedad es mutacion de la verdad hecha con dolo en detrimento de tercero; y se comete por escrito, dicho, hecho y uso cuyos modos explica la ley (4). Para que sea fundada la presuncion de falsedad en los instrumentos, se ha de atender á las circunstancias y opinion de la persona que los presenta, á los vicios legales del instrumento mismo, y á los defectos que contenga, ya del modo, ya de la letra, del tiempo, y otros; por ejemplo, mala gramática ó construccion; diversidad de estilo ó forma de dictar del que los hizo; las cláusulas ó cautelas no acostumbradas que contengan, excepto que intervenga causa justa para ponerlas; diferencia de papel y signo; tardanza en producirlos; hallarse en un libro antiguo, cuando consta que entonces no se hacian tales instrumentos; inverosimilitud en las cosas mismas que se contratan; contener testigos muertos, ó estar el uno muerto, y afirmar el otro que no presencié su otorgamiento; haber estrechado ó ensanchado los renglones para concluirlo, habiendo espacio ó campo bastante al principio, hallarse cortado ó roto, ó por orden inverso antepuesto ó pospuesto;

1. Ley 40 tit. 13. Part. 5.

2. Burgos de Paz en la ley 3 de Toro, y ley 3. Cod. de fide instrumentor.

part. 2. concl. 7. num. 1885. Gutierr. lib.

3. Leyes 112, 116 y 117. tit. 12. Part. 3.

4. Ley 1. tit. 7. Part. 7.

1. Pract. quest. 144 al fin.

carecer de la solemnidad que requiere, y otras varias causas. Tambien se hace muy sospechoso cuando está manchado ó agujereado en lugar sustancial, mas no si lo está en otro (1). Pero si se hubiese presentado sin mancha en juicio ante el escribano que entiende en los autos, aunque despues se halle manchado, no pierde su valor, ni la fe que merece (2). Aunque el instrumento sea nulo, no por eso lo será el contrato ni el testamento, si se prueba haber intervenido en ellos el competente número de testigos, porque la escritura no es de sustancia del contrato (3).

79. Afirmando el escribano de buena fama que no hizo el instrumento debe ser creído, no probándose plenamente lo contrario, lo mismo que si confiesa haberle hecho, aunque los testigos instrumentales lo nieguen, ó digan que no se acuerdan si presenciaron ó no su otorgamiento, con tal que la copia concuerde con el registro, y no en otros términos. Pero siendo de mala fama, y todos los testigos instrumentales de buena, si estos concuerdan en una cosa, ya sea afirmando ó negando, y el instrumento há poco tiempo que se hizo, deben ser creídos, y no el escribano (4); de suerte, que para declararse falso el instrumento son necesarias tres cosas, á saber: que los testigos sean mayores de toda excepcion; que todos concuerden en no haberse hallado presentes á su otorgamiento; y que el escribano tenga mala fama; de lo cual se trató ya en el citado capítulo; siendo de advertir, que así como la falsedad opuesta al instrumento, supone el hecho incierto de haberse otorgado (b); por el contrario la nulidad que se le objeta, supone por necesidad la verdad de su otorgamiento, y el hecho cierto de su contexto (6).

80. Si la parte niega que el instrumento está autorizado por el escribano que le signa, porque su signo, firma y letra son desemejantes á las suyas, y él contesta que lo hizo, ha de ser creído, mas si lo niega, no debe hacer fe. Si dice que lo hizo, pero que fue falso y con error, tambien ha de ser creído. Si ha muerto ó está ausente á mucha distancia, se deben elegir peritos, que bajo de juramento cotejen la letra, firma y signo con otras de instrumentos ciertos que haya hecho, y segun declaren y parez-

1 Mascárd. *de probat.* concl. 283, num. 1 al 3, y 284. num. 1.

2 Ley *Si unus*, num. 1. *Cod. de testam.* Farinac. glos. 158, num. 185 al 187.

3 Burgos de Paz en la ley 3 de Toro, part. 2. num. 1041. *Parlad.* ley 2. cap. fin. part. 1. §. 12. limit. 1. num. ult.

4 Ley 115, tit. 18. Part. 2. verb. *E si per aventura*.

5 Ley 1, tit. 7. Part. 7. *Salg. de retent.* part. 2. cap. 30. §. 3. num. 8.

6 Parej. *de edit. instrum.* tit. 1. resc. lut. 3, §. 1. num. 35 y 36.

ca al mismo juez, aunque concuerden en una misma cosa, puede determinar si merece ó no crédito, porque la ley (1) fundada en que por la mudanza de tinta ó pluma, ó por enfermedad ó vejez del que escribe suelen desemejarse las letras, no le sujeta ni obliga precisamente á estar por lo que produzca la mera comparacion ó cotejo, sin otros adminiculos verdaderos ó dos testigos fidedignos que juren habérselo visto firmar; por no ser prueba plena, sino á lo mas semiplena. Ademas el juicio y dictamen de los peritos, como fundados en un mero parecer ó concepto, no hace fe concluyente, sino de credulidad y verosimilitud, y hay notable diferencia entre parecer y ser; por consiguiente lo podrá estimar ó despreciar segun conceptúe mas conforme y verosimil. Si se cotejan firmas, cartas ú otros papeles privados, ha de ser con otros veridicos del sugeto por quien suenan escritos, como son los que pasan ante escribano, de cuya certidumbre y veracidad no se debe dudar, ó los que estan reconocidos expresamente en juicio; pues siendo con otros, de nada sirve el cotejo, porque no hay cosa cierta en que se afiance: lo cual procede igualmente para el actor que para el reo.

81. Aunque el instrumento no valga, se puede justificar su contexto por testigos ó por otro medio legal (2); y en la prueba de testigos instrumentales se incluye el escribano; mas no cuando se hace por otro instrumento, porque no ha de hacer de testigo y escribano á un propio tiempo. Pero es de saber: lo primero, que el instrumento se presume falso por el hecho de querer probar su contenido con testigos el que lo presenta; y lo segundo, que los instrumentos que la parte produce judicialmente han de estar en el idioma vulgar del pueblo del juicio, y en letra legible y clara, pues de lo contrario deberán ser traducidos á su costa; pero si pide que se acumulen algunos autos antiguos seguidos con algun causante ó antecesor del colitigante sobre lo mismo, y se manda asi, no está obligado á poner en escritura usual y corriente lo que está oscuro, antes bien debe el contrario ponerlo á su costa; porque es continuacion del mismo juicio, y lo propio que si con él se hubieran principiado; cuyo caso se me ofreció en cierto pleito.

82. Aunque la parte que produce el instrumento diga y proteste que solo quiere usar de él en lo que sea favorable, no le servirá; pues no obstante su protesta, le dañará lo que contenga

1 Ley 118. tit. 13. Part. 3.

Part. 3.

2 Ley 32. tit. 16. y ley 117. tit. 13.

contra ella (1); y una vez presentado antes de la contestacion, está obligado á reproducirlo en la prueba, ya diga ó no su contrario que quiere redargüirlo de falso, civil ó criminalmente (2). Debe esto hacerse no solo en primera instancia, sino en la segunda de apelacion, mas cuando el instrumento es relativo á los méritos del negocio en lo principal, y hay causa justa, como lo es la de la antigüedad, ó media interes de la parte que lo pide, y ningun perjuicio se irroga á la que lo ha de presentar (3); lo cual es corriente en la práctica. Pero se advierte, que el reo no está obligado á dar al actor sus propias escrituras (4), porque ni la equidad ni el derecho permiten que ninguno dé contra su voluntad y contra sí armas á su contrario; bien que siendo comunes á los dos, está obligado á manifestarlas y darlas (5); é igualmente lo está cada uno á mostrar aquellas en que funda su intencion, si su contrario lo pretende, como diré mas adelante.

83. Tambien ha de reproducir en el término de prueba la he-cha por testigos, instrumentos ó de otra manera en otro juicio con el colitigante ó su causante, como cuando siguiendo via ejecutiva sobre paga de alguna suma, intentó al mismo tiempo otra accion ordinaria, y sobre esta se le reservó su derecho para el juicio correspondiente, en cuyo caso, si la prueba conduce á la accion ó excepcion ordinaria, debe reproducirla, *pidiendose haya por reproducida, y entienda con la prueba*, á lo que se deferirá, y tal vez no necesitará hacer mas; pues si no la reproduce ni hace otra, como que es visto no querer aprovecharse de ella, se quedará indefenso.

84. Para que haga fe el *traslado* ó *ejemplar*, sacado de la copia original, y pruebe en perjuicio de la parte contra quien se presenta, ha de ser dado en virtud de auto de juez, precediendo citacion de esta, si se halla autorizado por otro que aquel ante quien pasó; pues si lo está por este, y es de aquellos de que puede y debe dar cuantas copias le pidan, el mismo efecto produce que la copia original; y aunque no intervenga la citada solemnidad, ni haya pasado ante el escribano que sacó el traslado, si no se redarguye de falso civilmente, no necesita comprobarse, por ser visto aprobarle, y no dudar de él la parte con-

1 Menchac. *Illust. quest.* lib. 1. cap. 2. num. 9. *Parlad.* lib. 2. cap. ult. part. 1. §. 5. num. fin.

2 Ley fin. *Cod. de fide instrum.*

3 Parej. *de edit.* tit. 3. resolut. 3. num. 9. v. tit. 5. resolut. 1. num. 62 y 65, y resolut. 5. num. 32. *Felin.* in cap. 1. num.

23. *de probat.* Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 1. num. 5. *Salg. de reg.* part. 3. cap. 9. num. 90.

4 Cap. 1. *de probat.* y ley *Qui acusare.* 4. *Cod. de edendo.*

5 Cap. *Cum perpetuus Vicarius.* 12. *de fide instrument.*

traria. Lo propio milita, siendo sacado del protocolo con citacion ó sin ella, y por el escribano ante quien pasó, ó por otro, en caso de no redargüirse (1), y si se pierde el instrumento obligatorio, suple su falta la prueba clara de la deuda por otros medios (2).

85. Hace fe el traslado antiguo, aunque sea sacado sin la solemnidad referida, cuando en virtud y á consecuencia de él se ha dado posesion del derecho pretendido al que le presenta, ó á la persona, cuya causa trae; en cuyo caso basta el trascurso de treinta años (3). Asi lo he visto ejecutoriado por el Consejo en pleito de un patronato Real de legos del lugar de Vicálvaro; pues mas crédito se debe dar á los instrumentos antiguos que á los dichos de los testigos, como está resuelto en derecho (4); porque la memoria de estos es debil, mutable y falible; y las palabras de los instrumentos firmes y constantes, y la antigüedad tiene lugar de ley y de verdad; lo cual se entiende no probándose la falsedad del instrumento, porque si se prueba en ningun caso hace fe. El que quiera saber cuando hace ó no fe el instrumento antiguo, qué tiempo se requiere para constituir la antigüedad, y qué solemnidades se pueden presumir por el tiempo para la autoridad del traslado, vea al señor Covarrubias en el lugar citado al pie (*).

86. El instrumento *auténtico*, que es el que está autorizado con el sello del Rey, Príncipe, arzobispo, obispo, cabildo, abad bendito, maestro de orden militar, ó de otra persona constituida en dignidad, v. gr. grande, duque, conde, marques, ó de concejo, hace fe para probar su contenido contra el que lo mandó sellar; mas no á su favor. Lo propio milita para con el que otra persona hizo por su mano, ó mandó hacer y sellar con su sello, obligándose en él á dar ó pagar alguna cosa que consista en número, peso ó medida, si lo reconoce en juicio, en cuyo caso será ejecutivo tambien, y no de otra suerte; pero no hará fe si le niega, á menos que se pruebe con testigos que lo hayan visto firmar; ni tampoco cuando es de otro contrato, v. g. compra, venta ó cambio de cosa raiz &c., porque este debe otorgarse ante escribano público y testigos para su perpe-

1 Parej. de edition, tit. 1. resolut. 3. §. 3. num. 152 y sig.

2 Ley 2. Cod. de fide instrument.

3 Covarr. Pract. cap. 21 num. 7.

4 Ley Census, 10. y ley Si arbiter, 28. ff. de probat. Mascard. de probat. tomo 1. quest. 6. num. 11.

* Pract. cap. 21. num. 7, donde trae nueve casos. Véase tambien el mismo cap. num. 2 al 6, donde el autor trata qué fe merece el traslado, ya sea sacado del protocolo ó de la copia original por el escribano ante quien se otorgó, ó por otro.

tuidad; y así solo induce presunción, por lo que los testigos del instrumento auténtico de estos contratos, para hacer prueba, no solo han de declarar haberle visto firmar, sino también deponer de su contexto (1).

87. Se diferencian el instrumento público y el auténtico, en que por instrumento público se entiende el que está hecho por persona en quien reside autoridad pública, con todas las solemnidades prescritas por derecho para su validación y firmeza; y por auténtico el que hace fe por sí mismo, ya sea por estar autorizado con el sello del que lo hizo, ó de otra suerte; bien que el público se suele llamar también auténtico, porque el mismo que lo hizo y firmó, le da autoridad y fuerza para que sea creído; pero el auténtico no es público, porque no se otorga ante persona pública ni testigos, ni con solemnidad alguna, y hace prueba por sí, sin tener que remitirse á otro sin embargo ambos convienen en la estabilidad que tienen, y crédito ó fe que merecen.

88. El instrumento *privado*, según se llama el que no está autorizado en forma por escribano, ni sellado como el auténtico, es de tres maneras, á saber: *ápoca* ó *quirógrafo*, bajo del cual se incluye la *antápoca* y *síngrafa*; libro de *cuentas*, ó *inventario privado*, y *cartas*. Apoca ó quirógrafo es el instrumento ó resguardo que el acreedor da á su deudor para acreditar lo que recibió de él, y le pagó. Antápoca es el que da el deudor de lo que percibe prestado ó á censo ó en otros términos de su acreedor, con el cual acredita el débito de aquel, que en castellano llamamos *vale* ó *pagaré*. Síngrafa es escritura ó cédula que hacen algunos para la fe de sus pactos. Libro de cuentas es escritura privada en que alguno sienta lo que da y recibe. Inventario privado es aquel en que sienta sus bienes; y epístola ó carta es la escritura privada que alguno envía á otro ausente.

89. Aunque se debe dar crédito al instrumento público, aun cuando hayan muerto el escribano que le autorizó, y los testigos que presenciaron su otorgamiento (2), no sucede esto con el privado; y así no hace fe, ni prueba por sí solo en juicio si se le opondrá esta objeción, ó se redarguye de falso (3), como es conveniente para enervarlo; de modo que para probar con él

1. Leyes 1 y 114. tit. 18. Part. 3. Greg. Lop. en esta, glos. 10. y ley 1, tit. 20, de la misma Part.

2. Cap. penult. y ult. de *fide instrum.*

y ley 55, tit. 18. Part. 3.

3. Ley *Instrumenta*, Ley *Rationes*, y ley *Exemplo*, Cod. de *probat.*

en juicio, es preciso que lo reconozca el que lo hizo ó firmó; y en defecto del reconocimiento, ó por su negativa, que se compruebe por dos testigos idóneos y fidedignos, á lo menos, quienes bajo del propio juramento declaren con su citacion que se le han visto firmar. Y aunque se compare ó coteje con otros verdaderos del que lo hizo, y la letra y firma de todos se asemejen totalmente; ó declaren testigos que lo tiene por suyo, por haberle visto firmar muchas veces; no merece fe ni hace prueba bastante (1), porque la ley no estima por tal compensacion sola, antes bien lo deja al arbitrio del juez para que la aprecie ó desprecie (2), como queda dicho. Asi que el cotejo de papeles privados produce efectos muy diversos del de un instrumento público que se redarguyen de falso civilmente, por no ser original, ó por no estar sacado con la debida citacion, porque aquellos por ser simples, como ninguna fe hacen por sí, no les da el cotejo solo el valor que necesitan; pero en el instrumento, como es indudable y hace fe á causa de estar autorizado por persona pública á quien se debe dar crédito, y no contienen mas defecto que el de haber sido sacado sin asistencia ó citacion de la parte á quien perjudica se subsana este defecto de pura solemnidad con el cotejo, el cual lo remueve enteramente para que no se dude de su contexto, y se queda del mismo modo que si no se hubiera impugnado; lo que no sucede á los instrumentos privados, si con el cotejo no concurren otros adminículos; sobre lo cual véase al Señor Covarrubias, *Pract.* cap. 22. que lo trata con claridad. Pero si el instrumento privado no se redarguye de falso, ni se objeta defecto que destruya su legitimidad, hará prueba contra quien se produzca; aunque no lo reconozca ni se compruebe, porque es visto confesarlo y aprobarlo tácita y virtualmente por su silencio; lo que he visto declarado en juicio.

90. A la cuarta especie de prueba pertenecen como dejamos dicho los privilegios ó rescriptos. Es el privilegio una gracia ó merced que concede el Soberano á alguna persona, comunidad ó pueblo; ó una ley dada señaladamente á alguno para su utilidad (3). Puede concederlo solamente el que tiene potestad de hacer leyes; ya sea su propio *motu* ó voluntad, ó á instancia del agraciado. Si contiene la cláusula de *motu proprio*, cierta ciencia y plenitud de potestad ó poder absoluto; no solo es pro-

1. Leyes 114, 119 y sig. tit. 18. Part. 3. Cap. *privilegia*, 3. dist. 3. cap. *Abb.*
 2. Greg. Lop. en ellas. 25. *de verb. signific.* y leyes 1. tit. 11.
 3. Ley 118, cerca del fin; tit. y Part. cit. Part. 1. y 2, y 28, tit. 18. Part. 3.

picio y agraciado, y admite plenísima interpretacion á su favor (1); sino que no se le debe objetar el vicio de obrepcion ni el de subrepcion (2); pero si carece de ella se le puede argüir de haberse ocultado para su consecucion la verdad intrínseca y esencial, que es lo que constituye el vicio de *obrepcion*, ó de haberse dicho falsedad y mentira, que es la *subrepcion*, pues su concesion se entiende siempre con la condicion tácita de que sea verdadero lo expuesto, aunque en él no se exprese (3), y si contiene alguno de los dos vicios mencionados, no vale (4). Puede ser personal y real: personal es el que se concede privativamente á uno ó mas personas determinadas, ó por ley general á cierto género de personas, á las que compete solamente, y no á sus herederos; de suerte que no es cedible ni trasmisible, porque á serlo, saldria de la persona agraciada contra la voluntad del concedente (5); real es el que se concede á la cosa, causa y accion, y como coherente á ella pasa no solo á los herederos del agraciado, sino tambien á los que sucede en la misma cosa; y en caso de dudarse si es personal ó real, oneroso y gracioso, se ha de entender personal y gracioso (6). Tambien puede ser mixto de real y personal, gracioso, remuneratorio, puro, convencional comun, ó de comunidad y privado ó de personas privadas.

91. Se dividen los privilegios en afirmativos y negativos: los primeros son para dar, hacer, ó percibir cierta cosa; y los segundos para no darla, hacerla ni pagarla (7). De ellos algunos están incorporados en el derecho, cuales son los de las iglesias, eclesiásticos, soldados, menores, estudiantes, labradores, hidalgos, jueces, abogados, hijos de familia, fisco, acreedores, mugeres &c. Otros fuera de él, v. gr. el que por especial rescripto se concede á alguna persona, comunidad ó pueblo. Otros son contra el derecho comun, porque lo derogán y eximen al privilegio de la ley á que estaba sujeto, y estos pueden ser concedidos por el Príncipe á sus súbditos solamente; y otros no lo son, por no prohibir el derecho al acto, cosa ó materia sobre que recae el privilegio; y puede concederse tanto a los vasallos, como á los que no lo son (8).

1 Cap. *Quamvis*, 4. de *praebend.* in 6. et ibi glos. verb. *Plenissime*.

2 Cap. *Si motu proprio*, 23. eod. tit. Ferrar. *Biblioth.* verb. *Privilegium*, art. 1. num. 12.

3 Cap. *Ex parte*, 2. de *rescript.*

4 Leyes 36. y 37. tit. 18. Part. 3.

5 Ley 19. ff. de *reb. auctorit. judic. possid.* y regla 27. tit. 33. Part. 7.

6 Ley 3. §. 1. y 4. §. 3. ff. de *consib.*

7 Ley Falso, 2. Cod. de *divers. rescript.* y ley 42. tit. 18. Part. 3.

8 Leyes 28 á la 34. tit. 18. Part. 3.

92. No solo puede adquirirse el privilegio por concesion del Soberano hecha de su espontánea voluntad, ó á súplica del privilegiado, sino tambien por prescripcion ó costumbre legítimamente prescrita (1); porque esta tiene fuerza de privilegio y por ella se adquiere la jurisdicción, la facultad de exigir tributos, la exención de pagar diezmos, y otras cosas (2); bien que para adquirir la jurisdicción en estos dominios es necesario título con el uso de ella por espacio de cuarenta años continuos sin interrupción civil ni natural; y á falta de título es indispensable la prescripcion inmemorial (3). Tambien se adquiere el privilegio por comunicacion ó participacion, y es cuando el Soberano manda que el que concedió á uno, se amplíe y extienda á otro, y que este participe de él (4); pero siendo concedido á personas singulares, no se debe ampliar por identidad de razon á otras no expresadas en él, ni de un caso á otro (5). Tampoco se extiende la dispensa á casos en que milita mayor razon que en los contenidos en ella, porque es odiosa y restringible por su naturaleza (6); lo contrario sucede en la legitimacion, á causa de ser favorable; por lo que para la concesion de esta no es necesaria citacion de los parientes que deben suceder abintestato, y para la dispensacion sí, aunque algunos lo niegan (7).

93. No las cosas claras sino las oscuras necesitan de interpretacion. La de los privilegios es de cuatro especies. La una se llama *extensiva*, y es aquella por la que la disposicion legal se extiende á otro caso ó persona fuera de las palabras de la ley, y de la mente del legislador; mas no contra la intencion de este (8). Otra *comprehensiva*, y es la que se hace fuera de las palabras de la ley, y no de la mente del legislador; la cual se verifica cuando la decision de la ley se amplía á otro caso ó persona no comprendida en aquellas, pero sí en la voluntad del legislador, que es la que debe ser atendida, y no las palabras con que la manifiesta ó explica (9). Otra *autoritativa* ó *auténtica definiti-*

1 Cap. *Nobil*, 13. *de judic.* cap. *Conquest.* 8. caus. 9. quæst. 3. cap. *Quia sancta*, 28. disc. 63. cap. *Quia per ambitionem*, 6. dist. 64. y cap. *Super quibusdam*, 26. *de verb. sign.*

2 Cap. *Duo simul*, *de offic. jud. ordin.* y cap. *Quod alicui*, 74. *de reg. jur. in 6.*

3 Ley 1. tit. 10. lib. 5. Rec. y en ella Martienz. glos. 19, hoy es la 6. tit. 5. lib. 3. de la Nov.

4 Arg. cap. *Cum de diversis*, 2. *de privileg.* lib. 6.

5 Ley 1. 4. *Permituntur*, ff. *de aqua quotidian.*

6 Cap. fin. *de postulat. reit.* cap. 1 y 2. *de fil. presbyter.*

7 Martienz. en la ley 10. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 15. y sig.

8 Arg. cap. *Cum dilecta*, 4. 4. *Non igitur de confirmat. util.*

9 Ley *Sice*, 16. ff. *de legib.* cap. *Humanæ aures*, 11. caus. 22. quæst. 5. 7. cap. *Certum est*, 83. *de reg. jur.* lib. 6.

va ó judicial, y es la que hacen el Soberano que concede el privilegio, ó su sucesor; y á esta se debe estar así en juicio como fuera de él (1). Y la otra *doctrinal* ó *magistral*, que es la que pueden hacer los doctores, maestros y personas versadas en el derecho; pero esta, aunque tiene autoridad y hace opinión, no induce necesidad ni obligación de asentir á ella, como á la otra (2). Supuesto lo referido, digo que los privilegios que son contra el derecho común, ó ceden en detrimento de tercero, se deben interpretar estrechamente, ya porque toda derogación de aquel es odiosa, y estas se deben restringir (3); ya porque no es visto derogarlo, ni querer privar el Príncipe á nadie del que tiene adquirido, á menos que el mismo privilegio lo exprese (4). Los que no son contra derecho, sino fuera de él, ni ceden en perjuicio de tercero, por ser unas meras gracias ó beneficios del Soberano, se ha de interpretar latamente (5); y si este concede privilegio, por el que hace donación de villa, castillo ú otro lugar poblado ó que se pueble después, se ha de entender esta donación con arreglo á lo que ordena la ley 9. tit. 4. Part. 5.

94. La confirmación es ratificación y corroboración del derecho adquirido; y la de privilegios es un rescripto, por el cual el Soberano ratifica y corrobora el primero expedido legítimamente, pues el que es malo, no se puede confirmar; y cuando se confirma simplemente algún acto, no se extiende esto al que contiene nulidad (6). De dos maneras se hace la confirmación: la una en forma común, simple y ordinaria; y la otra en forma específica, y de cierta ciencia. La primera es aquella por la cual se confirma el derecho ó privilegio sin que preceda conocimiento de causa, ni darle más vigor, ni tampoco concederle nuevo derecho; de modo que le deja en el estado en que antes se hallaba, sea el de válido ó inválido (7). La confirmación en forma específica es la que se hace con pleno conocimiento, y examen del privilegio y de todas sus circunstancias, de tal suerte que no solo corrobora el privilegio válido, y da nuevo derecho al privilegiado,

1 Leyes *Inter aquilatam*, 1, 9, y *Si imperialis*, 12. *Cod. de legib. cap. Inter alia*, 31, *de sentent. excomm.* y *cap. Cum Venissent*, 12. *de judic.*

2 Ferrar. *Biblioth. verbi Privilegium*, art. 2. num. 21 al 28.

3 *Cap. 1 y 2. de ofit. presbyter.* in 6. *cap. 15 y 28. de reg. jur.* in 6.

4 *Cap. Super eo, de off. ordinar.* exp. *Cum capella*, 16. *Pastoralis*, 19, y *Dudum*, 31, *de privileg.*

5 *Cap. Cum olim*, 16. *de verb. signif.* ley 27. tit. 18. Part. 3. y regla 28. tit. 33. Part. 7.

6 *Cap. Ex parte de constit.* *cap. Dudum, de dec.* *Mieres de major.* part. 4. num. 9. al 13.

7 *Cap. Cum dilecta*, 4. *de confirmat. util.* *cap. Quia diversitat.* 5. *de conc. praeb.* y *cap. Praeceptis*, 2. *dist. 10.* y ley 2. tit. 18. Part. 3. *verbi Pero si fuere de confirmat. miento.*

sino que revalida y de nuevo concede los privilegios revocados, y asi viene á ser nueva concesion (1). Debe inferirse que hubo este conocimiento en la expedicion de un privilegio cuando contiene estas cláusulas: *de ciencia ciencia: de plenitud de potestad ó de poder absoluto. No obstante cualesquiera leyes, decretos, usos, costumbres y estatutos en contrario, pues los derogo y anulo etc.* y otras semejantes; ó cuando en el privilegio de confirmacion se inserta el primitivo confirmado, que es lo mas seguro para evitar dudas, como se ordena en una ley de Partida (2). Se divide la confirmacion en: util y en inútil: se llama *util* la que es válida, y tal que el juez no puede contravenir á ella, ni aun tomar conocimiento de la misma (3); é *inútil* cuando es de ningun valor, por haber sido obtenido el privilegio con vicios de obrepcion y subrepcion (4), ó por contener defectos sustanciales segun las leyes que no se subsanan específicamente en su confirmacion; pues las cosas contrarias á derecho nunca se entienden confirmadas, excepto que el Príncipe las conceda nuevamente.

95. No goza de privilegio el privilegiado contra el que lo es igualmente, y asi el menor no es restituido contra otro menor; lo cual se limita: 1.º para con el que es dos veces privilegiado, ó tiene doble privilegio, pues este goza de él contra el que lo es solamente una (5); 2.º cuando el uno trata de adquirir lucro, ó utilidad, y el otro de evitar su daño, pues este gozará del suyo contra aquel; y lo 3.º para con el privilegiado específico, porque se prefiere al genérico (6). En concurrencia de dos privilegios, uno general y otro especial, vale este, porque el género se deroga por la especie (7); siendo de advertir que el privilegiado que atropella y quebranta otro privilegio, debe ser privado del suyo (8), por ser justo no se conserven los derechos y prerrogativas al que se atreve á vulnerar, y despreciar las ajenas, y que se le trate del modo que trata á los demas (9).

96. Siendo personal el privilegio, cesa y se extingue por muerte de la persona á quien singularmente se concedió, con lo

1 Arg. cap. *Sicut grave*, 1. de trans.

2 Ley 2. tit. 18. Part. 3. vers. *Pero si fuere de confirmamiento*.

3 Cap. *Si quis*, 1. cap. de confirm. 3. conf. util.

4 Cap. *Bonæ memor* 3. *Ad nostram*. 5. *Porrect*. 6. y *Examinata*, 7 de confirm. util. y cap. *Super liberis*, 20. de rescript.

5 *Cefal*. cons. 748. num. 18. *Barbos*.

lib. 14. cap. 83. axiom. 26.

6 *Barbos*. ibi, *Menoch*. cons 52. num.

49. *Mangil*. de imput. quæst. 13. num. 25.

7 Ley 90. de reg. jur. cap. 1. de reg. jur. in 6.

8 Cap. *Dilecti*, 4. de privil.

9 Cap. *Sic decet*, 22. caus. 25. quæst.

2. Cap. *Cum omnes*, 6. de constitut. y cap. *Porro*. de privil.

dejo espuesto (1): mas no por la del que lo concedió, ni por la deposicion de su oficio, si es concedido absolutamente (2), pues siéndolo con alguna condicion, ó limitacion á tiempo cierto, cesa con la muerte del concedente (3), aunque no si lo fue con la cláusula *hasta que lo revoque*; porque para la revocacion se requiere acto nuevo positivo contrario, el que no se verifica por sola la muerte del concedente, y únicamente hay cesacion de su voluntad; ó falta de continuacion en ella. Siendo el privilegio real, cesa por extincion de la cosa privilegiada (4), lo cual procede cuando se extingue ó perece, sin que haya esperanza de repararse ó volverse al estado que antes tenia, y no en otros términos.

97. Se extingue asimismo por las siguientes causas. 1.^a Cuando cesa la final por que se concedió, pues no basta la impulsiva que motivó su concesion, lo cual se entiende del privilegio que deroga el derecho comun ó el de algun tercero, más no del que proviene de mera liberalidad y munificencia del Príncipe, y no es derogatorio de aquellos, pues este, como no requiere causa, se conserva aunque cese la que motivó su concesion (5). 2.^a Por haber espirado el tiempo de su concesion, ó faltando la condicion puesta en él (6). 3.^a Por renuncia que de él haga libre y espontáneamente el sugeto privilegiado, lo cual se entiende cuando fue concedido singularmente á su persona, pues cada uno puede renunciar lo que está establecido en su privativo beneficio; pero si se concedió principalmente á favor de alguna iglesia, comunidad, pueblo, estado, universidad ó dignidad, no se extingue ni pierde por renunciarlo alguno ó algunos de los individuos de estos cuerpos (7). 4.^a Cuando empieza á ser nocivo, pues entonces cesa por sí mismo (8). 5.^a Por convertirse en daño de muchos (9). 6.^a Por abusar de él la persona privilegiada (10); bien que por esta causa no siempre se pierde de derecho, por lo que es menester que recaiga sentencia declaratoria. 7.^a Por no usar de él en juicio para su defensa el agraciado, siendo demandado, ó no apelar de la sentencia condenatoria (11); ó fuera de juicio en el discurso de diez

1 Ley *In omnibus causis*, 68. y *Privil. quedam* 196. ff. *de reg. jur.* cap. *Privil.* 7. *de reg. jur.* lib. 6. y regla 27. tit. 33. Part. 7.

2 Cap. *Si super gratia*, 9. *de offic. deleg.* in 6. y cap. *Si cui*, 20. *de præb.* Cod. lib. 6.

3 Cap. *Si gratiosæ*, 5. *de rescript.* in 6.

4 Cap. *Accessorium*, 42. *de reg. jur.* lib. 6.

5 Cap. *Cum cessante*, 60. *de appellat.* Abb. in cap. *Sugestum*, 9. *de decim.*

6 Arg. cap. *de causis*, 4. *de offic. deleg.*

7 Cap. *Si diligenti*, 12. *de foro compet.*

8 Cap. *Quod ob gratiam*, 64. *de reg. jur.* in 6.

9 Ley 43. tit. 18. Part. 3. verb. *Otrosí decimos*.

10 Ley 42. tit. 18. Part. 3. al fin. cap. *Ubi ista*, 7. dist. 47. cap. *Privilegium*, 33. caus. 11. quæst. 4. y cap. *Ut privil.* 24. *de privil.*

11 Dicha ley 43. verb. *Otrosí decimos*; al fin. tit. 18. Part. 3.

años entre presentes, y treinta entre ausentes; lo cual se entiende cuando es afirmativo y concedido con gravamen de tercero, y sin embargo de haber ocurrido al privilegiado ocasion de usarpe él, no lo hizo sabiendo que lo tenia, pues por esta omision es visto renunciarlo tácitamente (1); pero si es de pura gracia, y no cede en detrimento de tercero, no se pierde por el no uso. 3.º Por el contrario uso, siendo privilegio negativo y oneroso á otro ú otros sugetos; mas no, si es puramente gracioso y á nadie gravoso (2); y quien alega haberse perdido por el no uso, ó por uso contrario, debe probarlo, porque es el fundamento de su intencion (3); pero si es de confirmacion debe probar el que lo presenta que se ha usado, y no el que lo niega. Si en el posterior se dice, *salvo los derechos de los privilegios de otros*, deben presentar los suyos todos los privilegiados, y valdrán solamente los primeros (4); porque entre el privilegio y su confirmacion hay la diferencia, de que en la confirmacion nada se pone ni afirma, ni se concede nuevo derecho, antes bien todo se entiende condicionalmente; pero en el privilegio es al contrario (5).

98. La nona y última causa porque cesa y se extingue el privilegio, es por revocacion ó derogacion hecha por el concedente ó por su sucesor ó superior. La revocacion puede ser *expresa* ó *tácita*: y la expresa, *especial* ó *general*. Se llama especial cuando se nombra en ella cierto ó ciertos privilegios determinados; y general cuando generalmente se revocan todos los privilegios contrarios á cierta ley, constitucion ó decreto. La revocacion general es de dos maneras; *comun* y *extraordinaria*: la comun es la que se hace por cláusula general comun, cual es esta: *no obstante cualesquiera privilegios*; por cuya cláusula, puesta en el privilegio posterior, sin otra expresa ni específica mencion, no se revocan los incorporados en el derecho; ya porque se debe evitar cuanto sea posible la correccion de este, que no se presume sino se expresa claramente (6), y ya tambien porque con la general derogacion no se juzga abolirse ni quitarse el derecho especial, excepto que el Príncipe lo diga, pues si este

1 Leyes 42. tit. 18. Part. 3. y 3. tit. 7. Part. 5. al fin. cap. *Cum super*, 23 de *offic. deleg.* cap. *Si de terra*, 6. de *privil.*

2 Dicha ley 43. al principio. Suar. dicho lib. 8. cap. 34. num. 20. y cap. 35. num. 1 y 22.

3 Greg. Lop. en la ley 42. cit. glos. 8. a) fin.

4 Ley 27. tit. 18. Part. 3. et ibi glos. 2. la 7.

5 Cap. *Cum dilecta*, de *confirmat. util. vel inutil.* y cap. *Quia diversitatem*, de *conces. præb.*

6 Arg. cap. *Cum expediat*, de *elect.* in 6.

lo quisiera lo espresaria (1); ni tampoco se quitan ni suprimen los privilegios existentes fuera del cuerpo del derecho, si estan concedidos con la cláusula *de que no se entiendan revocados, excepto que de ellos se haga específica mencion en el de revocacion*. Pero se entenderán serio, si contuvieron cláusulas generales extraordinarias, v. gr. *No obstante cualesquiera privilegios concedidos con cualesquiera cláusulas ó forma de palabras, ó con las de que: se deba hacer mencion literal y específica de los anteriormente concedidos; pues sin embargo de esto se revocan y dan por referidos é insertos á la letra como si lo fueran, para que jamas valgan, ni de ellos se pueda usar*. Si el privilegio fue concedido por modo de contrato ó por remuneracion de méritos y servicios, no se juzga revocado por la cláusula general comun, á menos que en el posterior se ponga esta específica y particular expresion; porque esta revocacion cede en perjuicio de tercero á quien por ella se pretende privar del derecho que tiene adquirido, y no se presume que el Príncipe quiera quitárselo sin causa mientras no le exprese, excepto que interese la causa pública, la cual siempre se prefiere á la privada (2).

99. La revocacion tácita se hace por acto del Soberano directamente contrario al privilegio, ó porque no puede subsistir ni tener efecto el fin para que se dió, sin revocarse el anterior, con tal que sea de presumir tenia este presente: de modo que por la ley general, que no revoca expresamente los privilegios, se juzgan tácitamente revocados los que estan en el cuerpo del derecho, porque como estos pertenecen á las leyes universales, se presume que el legislador las sabe, y que revoca la primera que contiene el privilegio del derecho comun, aunque en la posterior no lo exprese. Pero no se consideran revocados los que existen fuera del cuerpo del derecho, á menos que de ellos se haga referencia, porque como contienen derecho privado y hecho particular, y no se presume que el legislador lo sabe, se sigue que no se entiende haber querido revocarlos mientras no lo diga. Tampoco se revoca el privilegio primero por el posterior contrario, excepto, que de él se haga especial mencion; porque como el privilegio es un derecho privado y particular;

1 Cap. *Inter corporalia*, 2. *de translat. episc.* 1. *Sed neque*, cap. *Audientiam*, 12. *de decim* y cap. *Quia circa*, 21. *de privil.* y ley 37. tit. 18. Part. 3.

2 Leyes 27. verb. *E si fueren*: 29 y 30.

tit. 18. Part. 3. Ley *Quæ ex relationibus*. et ibi Bald. Cod. *de legib.* et ibi glos. y cap. *Veniens*, *de præscript.* Ferrar. *Biblioth.* dicho art. 3. num. 39 al 46.

se presume que el Príncipe concedió el segundo con ignorancia del anterior, y por consiguiente que esta concesion fue subrepticia, y como tal nula (1). Se advierte que por la sentencia proferida contra el privilegio por el Soberano que pudo concederlo, no se revoca tácitamente, sino que se reprueba y desecha como inválido y defectuoso.

100. Antes de la era de 1442, que corresponde al año de 1404, se expedian los privilegios ó cartas de donaciones y mercedes Reales de dos modos; el uno por albalá ó cédula firmada por el Rey y sellada con el sello de plomo ó cera, ó con otros signos de que usaban los reyes: y el otro con sello en forma de rueda, y expresion de los nombres del rey, reina, infantes y demas próceres y ministros que los confirmaban, á cuyos privilegios llamaban *rodados* (2). En las Cortes celebradas en Valladolid el referido año por el señor Don Juan el II, se estableció que no se hiciesen dichas donaciones sin acuerdo de los de su Consejo, ó de su mayor parte y número de personas, exceptuando los oficios menores de la casa Real, limosnas y otras cosas que espresaba la ley 5. tit. 10. lib. 5. Rec.; y actualmente se despachan los títulos, privilegios y sus confirmaciones por el Real y supremo Consejo de la Cámara, en virtud y á consecuencia del Real decreto de la concesion de la gracia que precede, se refrendan por el secretario de la Camara, los firman ó rubrican los señores de ella á la espalda de la firma Real, se registran y sellan en la cancillería ú oficina del Real sello, y se toma la razon de ellos en las contadurías que á su final se previenen.

101. Todo privilegio Real antiguo, ya sea ó no rodado, para hacer fe en juicio, debe contener el nombre del Rey que lo concedió los años de su reinado, el dia, mes y año, ó era y pueblo de su concesion, y mencion específica de la cosa que se concedió. Debe tambien estar sellado con el sello, ó señalado con el signo que usaba, refrendado del notario ó escribano (ó llámese como hoy *secretario*) ante quien se expidió; registrándose en los libros de mercedes, y ademas de no estar roto, cancelado ni sospechoso en parte sustancial, ha de ser conforme á los que aquel rey expedia (3); lo cual deberá acreditar precisamente con otros indubitados el que le tiene; si se le niega ser suyo, por contener defectos sustanciales que le constituyan sos-

1 Dichas leyes 29 y 39. tit. 13. Part. 3. 3 Leyes 2, 3, 4, 44, 111 y 114. tit. 13. Ferrar. ibi, num. 46 al 49. Part. 3.

2 Leyes 2 y 4. tit. 13. Part. 3.

pechoso, ó por otro motivo, aunque tenga sello de plomo ó cera; porque como este puede de hilos, se pende quitar de uno y poner en otro cuando se quiera, y así este sello por sí solo le da poco valor. Conteniendo todos los requisitos expresados, hace prueba en juicio en todas cosas, lo que no sucede con las cartas selladas por otros, pues prueban solamente contra ellos (1). Si es rodado, debe contener, á mas de lo expuesto, los requisitos que prescribe la ley 2. tit. 18. Part. 3, y siendo de confirmacion, ha de insertarse en este el confirmado, para que no se dude que lo fue con conocimiento de causa, como lo manda la ley (2); Pero se debe tener presente; lo primero, que el traslado del privilegio no hace fe ni, á menos que el rey le mande sellar, ó que se compruebe con su original, manifestando este el privilegiado (3); lo segundo, que el privilegio ó carta obtenida sin poder del dueño del pleito no vale, excepto que el que lo obtuvo sea de los que pueden comparecer en juicio sin él (4); y lo tercero, que el rescripto ganado por uno de los socios aprovecha á sus consocios (5). Acerca de las donaciones hechas por el señor rey Don Enrique IV, véase la ley 9. tit. 5. lib. 3. Nov. Rec., y de las del Señor Don Enrique II, en caso de reversion á la corona, la 10 y 11. tit. 17. lib. 10 del propio libro que la declara. Sobre otros particulares relativos á este punto véanse tambien las leyes 1 á la 53. tit. 18 de la Part. 3, á Ferraris adicionado, verb. *Privilegium* y verb. *Rescriptum*, y las leyes y autores que cita.

102. Los libros de cuentas en que sientan los mercaderes y otros lo que dicen les deben (que es la última de las tres clases de prueba contenidas en la cuarta especie), no prueban sino contra ellos mismos; pero si contienen cantidad cierta, y es mayor el debito, pueden sus herederos probarlo á menos que aquellos juren en el testamento que no es más, ó remitan el exceso al deudor; pues entonces no se debe admitir prueba á los herederos, ni pueden pedirlo (6). Si los libros contienen varias partidas en pro y contra, ha de aceptarlas ó desecharlas en el todo el que los tiene, porque se le prohíbe admitir lo favorable, y desechar lo adverso (7) (*).

1 Ley 1. tit. 26. Part. 3,

2 Dicha ley 2. verb. *E si fuere de confirmamiento*; et ibi, glos. 8.

3 Dichas leyes 44 al fin, y 114. verb. *E todo esto*.

4 Leyes 10. tit. 5. y 39 al fin, tit. 18. Part. 3. et ibi, glos. 4. y cap. *Nonnulli*, 4. *Sunt et alii, de rescript.*

5 Ley 40. tit. 18. Part. 3. et ibi, glos. unic.

6 Ley 121. dicho tit. y Part.

7 Salg. part. 3. *Labyrinth.* c. 4. num. 32. Nogueroi. allegat. 33. num. 25. Escobar. *de ratiocin.* cap. 13. num. 10.

* De estas clases de instrumentos tratan con bastante extension Reinf. lib. 2.

103. La quinta especie de prueba es *por vista ocular y evidencia de la cosa ó hecho*; y así ninguna es mejor que ella cuando puede haberla, como sobre edificios, términos de pueblos y heredades, injurias graves, y otros semejantes, á que asiste ó puede asistir el juez (1), en cuyos casos no debe este, sin preceder dicho requisito, dar el pleito por probado, como lo dice la ley 13 al fin, tit. 14. Part. 3: *ca en cualquier destas razones non debe el juzgador dar el pleito por probado, á menos de ver é primeramente cuál es el fecho, porque ha de dar su juicio, é en qué manera lo podrá mejor ó mas derechamente departir.* En este supuesto podrá admitirse hasta despues de la conclusión; y si las partes no piden la vista ocular, puede el juez de oficio mandarla hacer antes de la sentencia para mejor proveer, asistir á ella, y nombrar peritos que la hagan, y si se pide en la prueba, han de ser juramentados dentro de ella los inteligentes que se nombren.

104. La sexta especie de prueba es la que se hace *por presuncion ó conjetura*. Hay presuncion de *derecho*, de *hombre* y de *hecho*. La de derecho se divide en presuncion *solo de derecho* [*juris*] y presuncion de *derecho y por derecho* [*juris et de jure*], La primera es la que se halla mencionada en las leyes como una sospecha ó conjetura razonable y fundada; y la segunda es la que constituye ciertas y verdaderas las cosas, segun la ley, y así hace plena prueba estando bien determinada por aquella (2). La de hombre es la que no se menciona en el derecho, y puede concebir toda persona sensata atendidas las circunstancias; pero esta no hace prueba, aunque sea del juez, porque como hombre puede engañarse, excepto que sea grande ó manifiesta (3). La presuncion de hecho es aquel concepto que se forma por las ocurrencias pasadas ó futuras, de lo que sucedió y puede suceder, como lo dicen estos versos:

*Rumor de veteri faciet ventura timere,
Crás poterunt fieri turpia, sicut heri:*

y esta tampoco hace prueba. La sentencia dada en virtud de presunciones, no se debe mandar ejecutar sin embargo de apelacion

Decretal, tit. 22. §. 5, 6 y 7 y otros autores que cita, con muchas especies dignas de saberse por los letrados.

1 Ley 8. verb. *Otrosi: hay otra manera de prueba*; y ley 13. tit. 14. Part. 3.

2 Leyes 8, 10 y 12. tit. 14. Part. 3.

3 Ley 11. tit. 14. Part. 3. *Menchio de praxunpunc*, lib. 1. quast. 3. y 60. Card. de Luca de *judic.* disc. 33.

ó suplicacion: si no hay otras pruebas, y no se apela de ella, pasa en autoridad de cosa juzgada [1], y es lo que se practica [*].

105. La séptima prueba que se hace es por *ley ó fuero*, sobre lo cual se debe tener presente, que si los colitigantes son extranjeros, y la controversia es sobre contrato celebrado en su reino, ó sobre cosa que en él existe, se ha de decidir con arreglo á sus leyes y faeros, haciendolos constar; pero si la cosa existe, ó el contrato se celebró en nuestro reino, se debe resolver por las de él, porque las de una nacion extranjera no tienen aqui fuerza de tales [2]. Si son regnícolas, se ha de observar lo que manda la ley 1 de Toro, que es la 3. tit. 2. lib. 3. Nov. Rec.

106. La octava especie de prueba y última pregunta general es por *fama y notoriedad*, y asi se articula en los interrogatorios; *que los testigos digan de público y notorio, pública voz y fama y comun opinion*. La fama no es á veces otra cosa que una vana voz del vulgo ó ramor del pueblo, que no tiene autores ciertos ni razones probables para que el hecho sea creído, la cual no debe ser atendida ni estimada por tal; otras veces se origina de algunas personas malévolas y sospechosas, que por su propia utilidad y comodidad, ó por malevolencia esparcen aquella voz, y esta tampoco es fama ni merece otra cosa que un absoluto desprecio; y otras veces trae su origen de personas graves y timoratas. Para nuestro propósito se llamará *fama* ó hecho notorio ó manifiesto, el que todos los vecinos, ó la mayor parte del pueblo afirman, por haberlo visto ú cido á personas ciertas y fidedignas que lo vieron (3), á diferencia del *rumor*, pues para este basta que algunos lo digan, sin señalar el autor de quien lo saben.

107. El efecto de la fama, originada de personas timoratas y fidedignas, es hacer regularmente semiplena probanza; bien que se deja al arbitrio del juez el graduar el aprecio que merezca, atendidas la cualidad de ella, las causas, conjeturas y personas de quienes trae su origen, la gravedad del negocio contencioso, y otras circunstancias; teniendo entendido que los autores es-

1 *Cur. Filip. ilustr.* part. 1. §. 17. num. 37.

* Las divisiones de la presuncion que se hacen en este párrafo, no se encuentran en nuestras leyes, y son seguramente invencion de los intérpretes, como á primera vista ellas mismas manifiestan. Los miembros de la presuncion de derecho, hasta ahora oscura y desaliñadamente de-

fnidos, debieran ser mas breves, mas claros y significativos y el miembro de *presuncion de hecho* debería omitirse como conperdido bajo del de *presuncion de hombre*. *Febrero reformado.*

2 Ley fin. tit. 14. Part. 3.

3 Cap. *Qualiter*, y cap. *Licet ex quadam*, 47. hoc tit.

tan vacilantes sobre si la fama hace prueba semiplena aun en las causas civiles, por ser tan falaz, siguiendo fácilmente muchos el dicho de uno. Como quiera que esto sea, en las causas criminales no hace prueba, porque esta debe ser clara como la luz, concluyente é indubitada, y no se han de determinar por sospechas (1).

108. Sin embargo la fama prueba plenamente hechos antiguos á que no alcanza la memoria de los hombres (2); como tambien en cosas de leve perjuicio; en las de difícil prueba; cuando concurre con ella otros adminículos y presunciones (3); ó se trata del interdicto de recuperar, para que el despojado sea restituido; ó de evitar pecado (4); ó de probar la muerte de alguno en guerra, naufragio ó parte remota; ó cuando la opinion de todos los hombres del pueblo es de la certidumbre inmemorial de aquella cosa; ó la ley quiere que baste la fama para la prueba de algun hecho; y en otros casos que trae Mascard. conclus. 154, desde el número 22.

109. Como la ley presume que la vida del hombre puede llegar á cien años (5), hay discordia de pareceres acerca de si por fama se podrá probar la muerte del ausente, cuyo paradero se ignora. Unos lo niegan absolutamente, fundados en que se requiere nuncio ó portador cierto de la noticia (6); porque la fama suele traer su principio de autor incierto y á veces falso, por lo que no prueba integra ni ciertamente (7). Otros lo afirman, con tal que con la fama pública concorra la ausencia de diez años del que se dice difunto (8). Y otros (que es la opinion segura) distinguen asi: si há poco tiempo que se supone muerto el sujeto, v. gr. cinco años ó menos, ó el pueblo en donde se dice que murió está cercano, es menester que depongan dos testigos fidedignos haberlo visto enterrar, como lo manda la ley (9), pues no basta la fama de su muerte. Si por la distancia del pueblo no se pudiere justificar esto, para que la prueba se pueda llamar cierta en el concepto moral, es preciso, lo primero, que la fama esté auxiliada de otros adminículos, á saber, con su generalidad;

1 Ley 12. tit. 14. Part. 3.

2 Cap. *Cum causam*, 13.^o de *prob.*

3 Cap. *Præterea de testibus*, cap. 1. de *appell.* y cap. *Illu quoque, de præsumpt.* lib. 6.

4 Cap. *Super eo*, et ibi glos. fin. de *consag.* et *affin.*

5 Leyes fin. Cod. de *sacros. eccl.* y 26. tit. 31. Part. 3. Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 7. num. 6.

6 Cap. *In præsentia, de spons.* Sanchez de *matr.* disp. 41. *In sumar.* lib. 2. quæst. 3. num. 13.

7 Cap. *Vestra, de cohab. cleric.* Sanchez ibi.

8 Jul. Clar. lib. 5. *Recep. vers. penul.* Gom. en la ley 80. de Toro, num. 31 Perez en la 3. tit. 1. lib. 5. *Orden al fin.*

7 Ley 14. tit. 14. Part. 3.

con la larga distancia del pueblo en que se asegura haber muerto; con la ausencia de él, que exceda de diez años (1); con la de posicion de si tenia edad avanzada, si estuvo en la guerra sin volver despues de algun tiempo, como el de un año, en que se esperaba su regreso &c. Lo segundo, que se acredite á lo menos con dos testigos mayores de toda excepcion, que depongan haberlo oido á otros fidedignos que nombren, y publicamente á la mayor parte del pueblo, no siendo suficiente que en sitio público lo hubiesen oido á uno solo, y que expresen de qué personas ha nacido la fama, que estas sean próbidas y honestas, y no tengan ningun interes. Lo tercero, que concorra causa razonable de que dimanase ó se origine la fama, v. gr. si el supuesto difunto se embarcó; si hubo alguna tempestad, y no volvió cuando se le esperaba, ni la nave tampoco; y ni de él ni de esta se supo por mas exactas y exquisitas diligencias que se practicaron en su busca en los parages en que podia hallársele, y otras que especifican los autores (2); pues la fama debe traer su origen de noticias probables, y la vana voz del vulgo que carece de autor no solo cierto sino fidedigno y de verosímiles fundamentos, no es atendible; por lo que los testigos deben expresar las causas de que se deriva, á fin de que el juez discierna si son probables, ó es voz vana (3). No probándose la muerte en bastante forma, solo podrá el que intenta suceder al que se supone difunto, deducir accion para que bajo de fianzas se le encargue la administracion de sus bienes (4); pero si alguno pretende pension, salarios ó rédito vitalicio de otro, no le basta la presuncion legal de que puede estar vivo, sino que debe probar que realmente está vivo al tiempo que pide, que es el fundamento de su intencion (5); y asi la prueba del que se funda en vida, es muy diversa de la del que alega la muerte de alguno.

110. Cinco cosas se requieren á lo menos para que la fama pruebe: 1.^a que sea uniforme, constante, perpetua, y no vaga, leve ni contraria, ó mezclada con alegaciones ó dichos contrarios; porque si unos dicen que sí y otros que no, no se sabrá de que cosa es la fama: 2.^a que traiga su origen de personas honestas y fidedignas; pues de lo contrario no será fama sino rumor ó vaga voz del pueblo, que es despreciable: 3.^a que se pruebe

1 Dicha ley 14. tit. 14. Part. 3.

2 Masc. concl. 748. num. 11. y concl. 1075. num. 8. Sanchez ibí. num. 16.

3 Masc. dicha concl. 748. num. 5. al 7.

4 Ley 1. §. 1. ff. *Ad tertill.* Ley 1. ff. *de honor. possess. furiosi*, Greg. Lop. en la

14. tit. 14. Part. 3. glos. 2.

5 Glos. *In leg. 2. §. Si duxitetur*, ff. *Quomodo testam. aperiunt.* glos. 2. cit. al fin, en la ley 14. tit. 14. Part. 3. *Cur Ff lip.* part. 1. §. 17. num. 22.

legítimamente, á lo menos por dos testigos mayores de toda excepcion, que expresen las causas probables de que se ha originado; que estas sean capaces de inducir y persuadir al pueblo ó á su mayor parte á creerlo; y que asimismo digan bajo de juramento, que aquel ó la mayor parte lo cree asi, y se lo han oido, debiendo entenderse por mayor parte la de aquellos que pueden, y á quienes toca saberlo, segun sea la cosa que se va á probar: 4.^a que los testigos den razon de su dicho, quiero decir, que expongan haberlo oido á lo menos á dos personas fidedignas, y las causas probables que estas dieron para saberlo y persuadir al pueblo á creerlo; v. gr. por haberlo visto aquellas, de quienes se originó la fama, pues no siendo asi, no prueba: 5.^a que siendo preguntados (como deben serlo) depongan del tiempo que trae su origen aquella fama, y que esta no sea despues de movido el pleito, pues en este caso no prueba, porque tiene contra sí la presuncion de que se originó con motivo de él, y de que su motor lo esparció. Tendrá presente todo esto el escribano para saber preguntar á los testigos acerca de la fama de lo que deponen.