



P O R

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

EN EL PLEYTO

CON DON LUIS FERNANDEZ DE COR-
dova, Conde de Torres Cabrera, vecino as-
imismo de dicha Ciudad.

S O B R E

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

)(✠)(

CON LICENCIA:

IMPRESSO EN GRANADA EN LA IMPRENTA
de Nicolás 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.



O DIFUSO, QUE HAN HECHO ESTE

Pleyto los diversos particulares del, necesitaba de un dilatado examen; y debiendonos ceñir hasta lo permitido, será 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 feligam, unde cetera 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 confió à su buena fe, 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 12y. 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.* Noguier. *alleg. 12. num. 113. & 114.* Surd. *conf. 312. num. 10.* Y es tan poderosa, que aun los Señores Juéces de oficio pueden repeler à el Actor, que no es Parte

4
legítima, para la demanda, que deduce. D. Olea de Cess. Jur. & Abt. tit. 6. q. 9. num. 5.

5. El Conde de Torres Cabrera afirma, que tiene interés, 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, nõ puede tener accion para pedir la cantidad supuesta del depósito; 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 tendria accion para pretenderla en juicio. Dom. Olea de Cess. Jur. & Abt. tit. 4. que 4. n. 4.

6. Por el respecto à 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: *Unde de rebus, vel bonis semel donatis, & postea 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. **E**Nvifo (dice la ley 39. tit. 2. part. 3.) è acucioso debe ser el demandador en catar, que recabdo tiene, para probar aquello, que quiere demandar, cã siempre 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 Adend. Dom. Covarr. lib. 1. Var. cap. 1. num. 8.

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

5

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. 2. 1. 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. **L** Os instrumentos presentados en este Pleyto, son la Escritura 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 1200 ducados, sino solo por Donacion propter nupcias le ofreció cinco mil ducados.

11. Otra Escritura 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 aceptación de la Doña Ana.

12. El instrumento de Poder para las Censuras, (Mem. *num. 5.*) y la declaración Testamentaria del Conde Don Juan en 5. de Mayo de 1738. (Memor. *num. 22.*) En todos estos instrumentos, ni intervino, ni fue noticioso el Marqués de Guadalcazar; con que *alteri per alterum non debet iniqua conditio inferri. Leg. Non debet. 74. ff. de Divers. Reg. Jur. Leg. Debitorum passionibus, 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. quest. 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 necessarias, conjuntasque personas convenit custodiri. Siquidem tlandestinis, ac domesticis fraudibus*

bus facile quid vis pro negotij opportunitate conjungi potest, vel id quod verè gestum est, aboleri. D. Vel. *dissert.* 38. num. 8. Todos estos instrumentos son otorgados constanre 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: *Perfructe vita cum uxore quam diligis, cunctis diebus vite instabilitatis tue.* D. Matth. cap. 19. vers. 5. ibi: *Propter hoc dimittit homo Patrem, & matrem, & adhaerbit uxori suæ, & erunt duo in carne una.* Tacit. lib. 12. Annal. ibi: *Quam assumere conjugem prosperis, dubijsque sociam.* De Morib. Germanor. ibi: *Venire se laborum, periculorumque sociam.* Et postea: *Si unum accipiunt maritum, quomodo unam corpus? Unamque vitam? Nèc ulla cogitatio ultra;* por lo que luego, que contrae Matrimonio la muger, se obumbra su progeie, 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. Boriller. *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 lá de 12ff. ducados. D. Valenz. *conf.* 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 regula, la que exceda de la cantidad de 42ff779. Rs. *Leg. 9. tit. 20. lib. 4. Recop. Maldonad. & Pard. de Secund. Supplicat. 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 eterna* 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 convalescendi diabolica suggestione deceptum, aut alia ex causa quicquam mendaciter affirmare, vel negare:..... quòd non omnis moriens est, aut presumitur Joannes Evangelista, vel (ut frequentius dici solet) Joannes Baptista.* D. Larr. *alleg.* 95. num. 11. 12. & 13. y así 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. conf. 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.* colocaremos 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 sabia, ni podia testificar del deposito, y asi responde con la generalidad, que manifiesta; cuyas expresiones no son de ninguna atencion. *Leg. fin. ff. de Instit. Actio. Urceol. de Transact. q. 60. num. 44. ibi: Si contineat nimis generalia, que ambiguitatem pariunt nullum probationis gradum faciunt*, y podran 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. conf. 183. num. 9. D. Larr. allegat. 95. num. 10. D. Covarr. Pract. cap. 22. num. 6. & ibi Far. num. 34. Leg. 1. 1. 1. & 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 facò en limpio la Carta, y la remitiò à el Padre Provincial; pues pudo formarla en algun rato desocupado, por diversion, u otros fines. *Escañ. de Testam. cap. 16. num. 14. ibi: Et ita vulgare est axioma, quod verba generalia, adulatoria, & complacentie causa prolata dispositionem, aut obligationem minime inducunt.*

17. **L**A 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 falforum testium periculo non tollit, quin regula Doctoribus, & legibus tradita servandi sint in probationibus, que item tradunt multa juditia, & conjecturas quibus testes falsi haberi sunt discernendi, iudicesque reddunt cautos, & providos circa fidem testimonijs adhibendam, eorumque autoritatem examinandam: quod significare velit Pax; in istis causis produci solet testes falsos id calamitati temporum attribui debet, non causarum generi, in quibus certè multoties timendum est, nè sint falsi testes. Debiendo para ser dignos de aprecio, el que concurren las circunstancias, y calidad de las Personas, que previene la Ley 3. ff. de Testib. ibi: Testium fides diligentè examinanda est. Cap. 1. & 7. de Testib. cap. 39. 2. q. 7. D. Gonzal. in cap. 1. de Consang. & afin. 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 Cayzedo, 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 supueste ofertas, que imaginase posibles para lograr su intento: que contraido yà el Matrimonio aparentase, para cumplir con la correspondiente estimacion, que deseaba, le tuviese su muger, el afirmarle, y asegurarle lo cierto de la Donacion, y dispusiese el Poder, para que à pedimento de la Doña Ana se pidiesen las Censuras, sin que esta tuviese 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-

andez 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 Censura; porque 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. Gurierr. *de Furam. Confr. p. 1. cap. 56. n. 2.* y en el caso de negar, se procedièssè à el medio de las Censuras, y que esto, como preciso antecedente de qualquiera Juicio, lo refirièssen; y por no haver tenido efecto, se usàse de los demàs medios, que juzgàsen 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 sendo 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 excedièssè 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 oido el Escrivano Juan de la Vega, Don Alphonso de Mesa, Don Bartholomè 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 authorizase el acto, por estar exerciendo la Jurisdiccion, es muy notable olvido.

23. No merece fee el testigo referente, sin que conste del Relato. *Leg. Assè toto, ff. de Heredib. 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 compadece con lo dice en su Carta ut infra 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 así lo havia confesado en presencia de dicho Padre, y à este oido otras Personas referir este hecho, y confesion de dicho Marqués.

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 que le preguntaba dicho Conde lo que sabia? (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 que lo pregunta? (Memor. num. 97.) El Don Eusebio Salvage padece el defecto del oido, con que es mal testigo para deponer de oidas. Leg. 4. tit. 4. part. 3. ibi: Ni el sordo, porque no oiria lo que ante el le fuese 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 oido, 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 concurrió 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, fin 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 sabía la Donación, havia sido el director de ella, y que se lo havian oído decir el Escrivano Vega, y los demás que cita; (Memor. num. 8.) y Don Eusebio Serrano, lo que dice, que expresó el Padre Bustos fue, que el Marqués de Guadalcázar le havia confesado ser cierto haver recibido los doce mil ducados, (Memor. num. 94.) y esto no es afirmar, que el Padre Bustos lo sabía, ni que por su dirección se havia hecho la Donación, como refiere el Conde Don Juan.

29. El Escrivano Vega no dice, que el Padre Bustos respondió, que el Marqués le havia confesado cierto el recibo de los doce mil ducados, sino es que para que le preguntaba dicho Conde lo que sabía? (Memor. num. 96.) con lo que conviene el otro testigo Mesa. (Memor. num. 97.) Y aunque dice Vega, que pasaron en la conferencia otras razones, de que no hace memoria; y Mesa, que por el mucho tiempo no puede hacer cabal memoria de si pasaron 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 pasaron, 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 respondió, que el Marqués de Guadalcázar le havia confesado, ser cierto havia recibido los doce mil ducados, (Memor. num. 94.) lo que no queria declarar juridicamente, ni otorgar instrumento.

31. Este dicho se reduce de unas oídas à el Padre Bustos, refiriendose à lo que el Marqués havia dicho extrajudicialmente; y para que esta referencia fuese digna de aprecio, necesitaba el que huviesse dos testigos, que la depusiesen. Gutier. lib. 3. Pract. q. 12. Guacin. Defens. Reor. defens. 33. cap. 14. num. 16. Noguera. 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. Gutier. 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. conf. 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 respondió: *Etiam Domine, tu scis, quia amo te.* En cuya respuesta no dixo, ni se atrevió San Pedro afirmar, que amaba mas que los otros Discipulos, y por esto lo omitió, como dice el Padre Menochio en este lugar, ibi: *Non audet respondere, seplus alijs diligere sed tantum quod diligit. 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 ceteris.* 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: *fàm 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 ceteris.*

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

in fin. ibi : *Quisquis autem esset aliquod genus mendatij, quod peccatum non sit putaverit, decipiet seipsum turpiter.* 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 semper, & 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 inequilibrio, inneutram partem potius inclinans.* Dieg. Perez in leg. 1. tit. 3. lib. 3. Ordnam. vers. *Non abrem quarit. 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 Marqués. (Memor. num. 99. 100. y 101.)

35. Esta Carta es con fecha de 7. de Junio de 750. en la que (dice) no sabia, ni jamàs havia sabido la Donacion, aun habiendo tenido influxos no comunes en los tratados Matrimoniales, y Capitulaciones de dicho Conde : y tambien expresa lo de las Censuras, y diligencias, que practicò para que declarase ; y que havindole respondido, que con la licencia de su Superior lo executaria, *con la qual respuesta desamparò el Conde la instancia, quizàs persuadido, à que no sabiendo yo, como no sabia cosa alguna sobre el assumpto, serìa mi dicho contra producentem ;* y continua 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 sabia 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 consecuencia 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. decif. 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. Noguier. 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:::*

Et debent jurare eodem die, Et eadem hora, pro quibus pars citatur ad illum actum non autem post. Lo que está dispuesto por el Derecho del Código, *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. c. 17. 9.* por el Derecho Canónico: *Cap. 2. Et 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 así dixo bien Paz en su Práctica, *p. 1. tom. 1. Octav. Temp. num. 54.* ibi: *Quia predicta citatione non premissa, 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.* Herrerr. *Practic. Crimin. lib. 2. cap. 2. §. 1. n. 3. Et §. 2. num. 2.* Cur. Philip. *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. Et seqq.* Hontalv. *de Fur. Superuenient. q. 3. n. 69. Et q. 10. num. 6.* ibi: *Immo ne probant examinati post terminum, etiam parte non opponente.* D. Gonzal. *in cap. Fraternalitatis 17. de Testib. ex num. 1.*

37. Doña María de Mesa no solo no está ratificada en su declaracion, sino es que niega haver dicho lo que en los Autos de las Censuras se refiere; y solo si, que sin leer lo que se havia escrito firmò, sin haver tenido otro antecedente, que lo que le manifestó el Conde Don Juan; y en esta consecuencia, sin asistencia 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 Arbales falsos, ò firmados en blanco, ò por otros trasagos, ò mudanzas de verdad. D. Vel. *dissert. 25. num. 36.* ibi: *Subscriptionem non nocere ei, qui cum subscriberet, que 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. Et Ignor. distinct. 45.* Alv. *Per. 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.* Barbof. *vol. 1 26. 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 fe de testigo, *sup. num. 32.*

40. El tercero testigo es Don Francisco de Fuentes, (Memor. num. 11.) este lo que dice es, que el Don Juan Fernandez de Cordova llegó à sus Casas, diciendole, se fuviesse de admitir en su poder por vía 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 dependencia, *de cuyas cantidades, que así recibió el declarante de el dicho Conde, le hizo Vale.* El Fuentes dice, que à él se le entregò, *que así recibió 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 continúa otras expresiones, que no convienen, ni refiere dicho Fuentes.

41. Para continuar en la forma, que deponen los demás testigos, diremos 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 debajo de un Lantisco, y el otro baxo de una Encina. Daniel. cap. 13. vers. 54. & 58. bastando para decirse contrarios el que depongan 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. Noguier. 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 in una sententia conjunguntur, ex quibus resultat semiplena probatio. Flor. Diaz de Men. *dict. q. 22. n. 46.* Matant. *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.) asegura, 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 Fuentès dice le parece sería 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 composable 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 oídas: *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 su declaracion dice, que la cantidad, que el Fuentès tenia en su poder, la havia entregado *por mano de diferentes Personas à el Marqués de Guadalcázar;* (Memor. num. 13.) y el Fuentès 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 Ravé, (Memor. num. 14.) con cuya disposicion no convienen, ni el Don Francisco de Fuentes, ni Don Diego de Solís; el primero no dice cosa alguna, ni nombra à el Don Diego Ravé; (Memor. num. 11.) el segundo refiere; que llegó à las Casas del Declarante el dicho Ravé, 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). Continúa el Solís, que haviendole entregado el Vale, y papel de contenta *dichos treinta y un mil quinientos nueve Rs. como los entregò à el Ravé, 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 Ravé afirma, que quando le entregò el

el Vale, no le dió 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 tenía contra el Marqués de Guadalcazar, era en mas de cinquenta mil Rs. la expresión mas es en corto exceso. *Leg. Hec 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. Barbof. Diction. Usufreq. dist. 264. à num. 1.*

47. Y el Solís dice, que le dixo dicho Ravé, que en parte de pago de ochenta, y tantos mil Rs. en que lo havia alcanzado de ultimas quantas, y la expresión de mas de cinquenta mil Rs. hasta ochenta, y tantos mil Rs. no es composable, 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 Marqués 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 sabia cosa alguna mas, que haver oido se convirtieron dichos Caudales, recebidos por parte del Marqués en la Donacion de 124. ducados.

49. Dixo bien, que no sabia cosa alguna, porque el testigo debe dar razon de su dicho, por lo que percibió 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, que perceperint sub aliquo ex quinque sensibus corporeis.* Y por tanto el testigo, que depone de oidas 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 oidas. Leg. 29. eod. tit. & partit. D. Castill. tom. 5. Contrax. 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 halló presente à la Donacion, ni que el

Marqués de Guadalcazar, à presencia de ellos, se constituyesse por depositario, ni hiciesse Escritura de tal obligacion, como requisito preciso para la prueba de la responsabilidad. *Leg. i 19. tit. 18. part. 3. ibi: Probar con dos testigos buenos sin sospecha, que juren, e 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 interesada, 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 leyese, 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 huviessem 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 quod de novo deponant ad tenorem articulorum secularis judici tanquam si aliam depositionem non fecissent.*

52. Haviendo llegado el caso de recibirse à prueba este Pleyto, havian fallecido Don Francisco de Fuentes, y D. Diego Ravé, por lo que pidió 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 exceptúan 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. Præf. 9. 15. à num. 33. D. Vel. dissert. 21. num. 54. Carlev. de Judic. tit. 1. disp. 2. num. 62.* y no habiendo 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. viginti. quinq. ann. Leg. 43. §. 1. ff. de Procurator. Leg. 1. §. 1. §. leg. 13. ff. de Testib. Pignatèl. tom. 9. consult. 186. num. 8. Authent. de Non Eligen. secund. nubent. cap. Cum igitur 3. ibi: Ne quelibet 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 sumuario iudicio tantùm deponant, & postea morte, aut alio casu ratificari nequeant, fidem non faciunt, nec sufficiunt ad torturam.* El mismo requisito de la ratificacion enseñan los demás Authores, y de los que hemos visto ninguno pone la limitacion, de que habiendo muerto baste el abono.*

54. Entre los Criminalistas, el Herrera *Præf. 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 si no merece fee, como son las deposiciones hechas en virtud de Censuras, Noguer. *dict. allegat. 23. num. 27.* y así 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: Secus si fuissent recepti coram arbitratore, qui procedit sine figura iudicii parte non citata, & idem dicit quando essent recepti pro*

prò informatione Curie, & 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 esta 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 apreciamos 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 estuvièssè 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 tazièn en aquel pleyto:: cà si sobre otra cosa firmasen, que non fuesse en fecho de aquel pleyto, non deben ser creidos.* 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.

59. El depósito es contrato, Anton. Gom. tom. 2. Variar. cap. 6. n. 1. Leg. 1. tit. 3. part. 5. qualquiera contrato, ò conven-
cion es *duorum, plurimumve inidem placitum consensus*, ex leg. 1. §. 2.
ff. de Pact. con que necesita probar la convencion entre el Con-
de Don Juan, y el Marqués de Guadalcazar, en el uno de dar
la cantidad por via de deposito, y en el otro de recibirla por
la misma causa; y faltando qualquiera de estos requisitos, no
está perfecto el contrato, ni se puede pedir segun su naturaleza
con tanto rigor, que aun quando interviniessse la estipulacion,
no haciendo clara, perfecta, y expresa la promesa, es de nin-
gun 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 recibido tal deposti-
to, por lo que es preciso, que los testigos concluyan, y assegu-
ren de vista, ò por otra razon legitima, que el Conde D. Juan,
y el Marqués de Guadalcazar se convinieron en dicho contra-
to; y por esta razon, y no por otra recibió en su poder los doce
mil ducados, y no de oídas, 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: Hec autem inania, & ex trans-
fitu perhibita testimonia, nulla modis omnibus valere ratione, & hujus-
modi quedam fingere testimonia, ut propter aliud quodam opus ad in-
veniens audiat aliquos dicentes accepisse ab aliquo aurum, aut debere
alicui. Hec namque aperte nobis suspecta sunt, ex nulla digna ra-
tione.*

60. En la segunda pregunta de su primer Interrogato-
rio, (Memór. num. 78.) articulo dicho Conde sobre dicha do-
nacion, y que se cobraron los 124. ducados por disposicion del
Marqués de Guadalcazar, à quien los fiaron Don Martin de Cayze-
do, y Doña Maria de Mesa, para que los mantuviesse en deposito à fa-
vor de la Doña Ana su hija: y segun lo que se nota en el Memori-
al 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 ofreció hacer la dicha donacion, no da razon porque sepa el referido ofrecimiento antes de el Matrimonio; pues el que se refiera à la Escritura; no es suficiente documento, como otorgada por el mesmo Don Juan Fernandez de Cordova, y despues de conraido 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 que razon lo sabe.* *Malcard. 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. Profigue este testigo el otorgamiento de la Escritura ante el, que es la referida en el Memorial num. 3. Don Alphonso de Mesa, y Don Eusebio Serrano Salvage deponen de oidas 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 120. ducados, y los havia entregado à la disposicion de el Marques; cuya notoriedad se confirmo 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 así no siempre la voz del Pueblo acierra con la verdad. *Rut. cap. 1. vers.* 19. ibi: *Velox apud cunctos fama per crebruit.* *Tacit. lib. 3. Annal.* ibi: *Ut mos fama in majus creditæ.* *Et lib. 4. Historiar.* ibi: *Veraque, & falsa more fama in majus in notuere.* Es notable el caso de David, *secund. Reg. cap. 13. vers.* 30. de que la fama, ò noticia, que llegó 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 *Pæn.* ibi: *Vana voces populi non sunt audiendæ; nec enim vocibus eorum credit oportet, quando aut noxium crimine absolvi, aut innocentem condenari desiderant.* *Zevall. Comm. contr. Coram.* q. 302. num. 3. & 4.

65. Deben concurrir muchos requisitos para ser digna de alguna atención. Farin. *Prax. Crimin.* tom. 1.º q. 47. ex num. 208. Noguier. *allegat.* 1.2. n. 178. *Et allegat.* 2.4. num. 121. lo que latamente trata el Escobar de *Purit. Et Nobilit.* p. 1. q. 10. §§. 2. y 3. donde refiere el verso de Ovidio, *Et minimo sua per mendatia crescit*; por lo que dixo bien el Señor Vel. *dissert.* 38. num. 46. ibi: *Ubi etiam in Civilibus fama, neque semiplenam inducis 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: *Vana voces populi non sunt audienda.* Noguier. *allegat.* 2.3. n. 96. ibi: *Et omnes testes de auditu vago deponunt, Et Authores, vel rationem suarum depositionum non assignant, nec etiam de fama faciunt mentionem, sed quod ita publicè audierunt.* D. Castill. *de Tert. cap.* 27. n. 13.

67. Ningun testigo depone de fama, sino de notoriedad, y oídas 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 celebrarse, 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 confirmó 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 oyó à muchos despues, que el Pleyto fue comenzado.* Mascard. *de Probat. tom.* 1. *conclus.* 69. n. 6. *Et conclus.* 410. n. 4. Farin. *dict.* q. 47. num. 172. Noguier. *dict.* *allegat.* 2.3. num. 97. *Et allegat.* 2.5. num. 289.

68. Como el testigo para ser creído, debe dar razon de su dicho, y las oídas 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. *Et 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, ò oídas eran anteriores à la Escritura, 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 Escritura otorgò en 28. de Marzo de 1738. (Memor. num. 22.) y de la publicacion de las Censuras; y no haciendolo afsi los testigos, queda dudosa la prueba, y con ella no se debe condenar à el Reo. *Leg. Favorabiliores, ff. de Reg. Jur. Barbosa. 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 notorio, y como las conversaciones familiares padecen tanto engaño, y fomentan lo que no ay, es manifestamente un principio vicioso de lo notorio, y publico. *Leg. 35. tit. 7. lib. 1. Recop. cap. 2. ibi: Otrofi, que las palabras que se ayen 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 prolate locutionibus, quantumcumque in plurium prævolverint 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 que non sunt dicentes: hoc ipso consentitur, quia ea que verè sciunt, neque volunt patefieri, neque secundùm ea proferre iudicia.* Sobre cuyo assunto escribió 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 indeseñencia 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.) además de ser publico, y notorio, por haverlo oído 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 conf-

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

71. Las oídas 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 wideretur absurdum illos admitti quorum repeterentur Authores. Surd. conf. 135. num. 96. Farinac. de Testib. q. 69. num. 1. Conciol. verb. Testis, resolut. 4. n. 1. Noguez. alleg. 25. n. 289.*

72. Prosigue este testigo haverlo tambien oído à el Padre Maestro Pedro de Bustos, de la Compania de Jesus, *que en presencia del testigo, y otras Personas expresó haver sido el mediador, ò conductor de dicha cantidad de doce mil ducados à el Marqués de Guadalcázar, y, asegurando 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 expresari 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, asegurando, *que en presencia de el testigo, y otras Personas, &c.* lo que no fue asi; porquè 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 veían, por haverse entrado en otro Quarto inmediato, 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 asegura, que el Padre Bustos expresó *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 Marqués de Guadalcázar le havia confesado, ser cierto haver recibido 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 dexámos ya 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 fe, ni aprecio alguno. Farin. de Testib. q. 60. n. 35. Q. 36. ibi: *Tunc dicitur testis animose deponere, quando in favorem producentis constantè asseverat, illud quòd certitudinalitè scire non poterat:..... quòd testis dicitur animose deponere, quando probat cum sua depositione omnes articulos partis etiam de presenti.* Menoch. de Presumption. lib. 2. presumpt. 55. n. 3. Noguez. alleg. 25. num. 33. Q. 34.

75. Atento, que este testigo Francisco de Molina se refiere con tanta seguridad à las oídas de el Padre Bustos, y que como dexamos dicho en el num. 23. el relato no hace fe sin el referente, està convencido así con los demás testigos, que refieren esta conversacion del Padre Bustos, como con el mismo Padre, el que niega haver sabido tal donacion, y demás 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 fe. Leg. 18. tit. 16. part. 3.) refiere la donacion de oídas 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 números 69. y siguientes, y fenece haverlo oído 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 Solís, à cuya Casa no llevaron dineros algunos de las del Conde Don Juan, como lo declara el mismo Solís, (Mem. num. 13.) dice: que por quantas particulares, que tenia con la Marquesa de la Puebla, le embid 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, in his obscuram, dubiam, sed in certam depositionem, nihil pro suis pro.* Consolo. Resolut. Crimin. verb. testis resolut. 13.

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 Marqués 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 oídas à el Conde Don Juan; con que este testigo no concluye cosa alguna en el punto del recibo de el Marqués de Guadalcazar, y que se constituyesse depositario.

78. El D. Diego Perez no afirma cosa alguna mas, que del entrego, à que asistió de los 51600. pesos, que compusieron 8411. Rs. hecho à Fuentes, lo demàs lo dice de oídas vagas: el otro testigo, que concurrió con este à la entrega de los 51600. 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 oídas à distintas Personas, *que era parte de 1211. 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 Marqués de Guadalcazar, à quien despues supo, y entendió en las Casas de el mismo Fuentes, se havian entregada;* 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 ya 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 presentó 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. partis. 3. ibi: *Mas si el testigo despues que huviesse acabado su Testimonio, è se tirase delante del juzgador, hablase 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 juzgador caber en ninguna manera. Cap. Praterca, de Testib. cogend. ibi: Secus*

autem erit si correctioni suae interposuerint intervallum. D. Gregor. Lop. in *dist. leg. Gloss. 2. ibi* : Nota quòd ista lex ut velle quòd dicat incontinenti corrigere , quando non fuit locutus cum aliqua ex partibus ; sed supiendo intelligerem , esse idem , si tantum tempus prae-terit , quòd verisimile sit , quòd potuit cum ea , vel eis loqui.

80. Artículo dicho Conde (Memor. num. 88.) à la tercera pregunta del Interrogatorio la lectura de las Censuras, y que se leyeron por negarse el Marqués à restituir los 12y. ducados. En quanto à esto, el Escrivano Molina (Mem. num. 89.) lo dice de oídas à el Conde Don Juan : Luis Fernandez tambien deponie de oídas, 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 expresà 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 12y. ducados de dicha donacion, *con el deseo de emplearlos en Possesiones, lo que empezó 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 12y. ducados se solicitaban para emplearlos, y que con efecto se empezó 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 compatible con pedir à el Marqués toda la cantidad de los 12y. 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 Marqués à la entrega, por lo que se leyeron las Censuras, *todo lo qual refirió à el testigo dicho Conde* : fenece su declaracion con que no fue necesaria su deposicion, por tenerla hecha Don Francisco de Fuentes, y demas que entregaron el dinero, *el qual, y su recibo por dicho Marqués* : queda la duda, si el recibo era de los que entregaron el dinero, ò de el Marqués; y sea de unos, ò sea de otro, tal recibo no parece; y si lo quiso decir por recibo de el Marqués, en el contexto de todo el Pleyto siempre el

Conde de Tórres Cabreta 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 haràn el juicio , que corresponda para la Sentencia. *Leg. Ob carmen*, §. 3. ff. de Testib. D. Castill. tom. 4. Cont. cap. 28. num. 28. Paris. volam. 3. cons. 88. n. 56. ibi: *Potius videtur judicare , quam 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 oídas 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 pasó 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 Marqués 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 valleance mas en su Christianidad , que no el mayor interés. Cardin. de Luc. de Donat. disc. 16. num. 4. ibi: *Omnimode inverosimilitudinis , ut vir doctus ac integerrime vite reputatus:..... alicui pio loco pro ejus anime suffragio relinquenda , voluisset cum manifesto peccato , ac propria anime perditione illam uni Ecclesie auferre , ut alteri Ecclesie dare.*

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

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

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 Marqués de Guadalcazar, como pariente tan inmediato de Doña Ana de Caycedo, y por su authoridad, y representacion concurriese à el Matrimonio, es muy proprio de semejantes actos, como con Robert. *Rer. Judicat. lib. 4. cap. 1. in fin.* dice Fontanel. de *Paët. 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 Marqués, como preciso requisito para ello, havia de preceder la dotacion de los doce mil ducados, y lo demás que contiene esta pregunta, (Memor. *num. 112.*) en la que no adelantan los testigos mas, que tenian dicho en el primer Interrogatorio.

91. Lope de Calatrava añade, lo que oyò à el Marqués 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 Marqués; (Memor. *num. 208.*) y concurre asimismo ser testigo unico de semejantes oídas, que no merece aprecio, *ex dict. supr. num. 31. & 49.* traer por testigo à un muerto, y de oídas 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 Edilit. edict.* ibi: *Ea autem dicta, sive promissa admitenda sunt, quaecumque sic dicuntur, ut presententur, non ut jactentur.* Anton. Gom. in *leg. 50. Taur. num. 12.* ibi: *Quia est verbalis tantum, & faciliter, & inconsiderate 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 Calatrava-

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. Gutierrez. *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 Marqués, sin hacer instrumento, y demás 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: Doming. num. 2.* con mayor razon no se deberá permitir, que en la misma instancia se repitan con alguna interposicion de dias los mismos, y las stanciales 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 intervalo no puede el testigo volver à 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 oídas à el Conde Don Juan, (Memor. *num. 115.*) con que no es de ningun aprecio. El Escrivano Calattava depone de oídas à Personas, que no expresa, (Memor. *num. 116.*) y así queda en los terminos de oídas 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 Marqués, el Rector Gallardo se remite à las oídas 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.*

97. La deposición de Luís Fernandez, (Memor. num. 121.) además de lo que tenemos dicho en el num. 77. y lo que contra este testigo se alega por el Marqués, (Mem. n. 211.) se refiere también a la Doña Ana, y a 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 huviesen tenido motivo de quejarse de los procedimientos del Marqués, y así no merece ser sin el relato, *ex dict. supr. num. 23.*

98. La deposición del Procurador Castro, está también falsificada con las declaraciones de la Doña Ana, y Doña Maria de Mesa, y tiene los reparos alegados por el Marqués, (Memor. num. 212.) y que advierte en su declaración. (Memor. num. 125.)

99. Las expresadas confesiones 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 fe, *ex dict. supr. n. 41.*

100. Por no haber depuesto en el Interrogatorio del Conde Pedro Prieto, Notario, que fue ante quien se examinaron los testigos de las Censuras, solicitó a su parecer evaquar este reparo; y pendiente ya el Pleyto en la Sala, ocurrió ante el Provisor de la Ciudad de Cordova, pidiendo, que reconociese un Testimonio, que demostró de las Censuras, y declarase si era cierto haber asistido a la declaración 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 declaración, contextando en la certeza de la tal declaración, en que se ratificó en virtud de Real Provision. (Memor. num. 269.)

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

102. Lo demás articulado por el Conde se termina

à las otras quantas, 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. **E**Ntre las demàs especies de prueba, que ay en el derecho, es la de presunciones, *ex tot. tit. 14. part 3.* y en los Decretales *lib. 2. tit. 23.* se reducen à las presunciones *juris*, *es ab jure, juris*, *es ab homine*. D. Gonz. *in cap. 2. de Presumpt. num. 12.* Menoch. *de Presumpt. lib. 1. q. 12. num. 2. es seqq.* De las primeras, no tenemos alguna, que pueda aplicarse à este Pleyto; y 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. es de Postlim. es redempt. ab host. Leg. 1. C. de Probat. Leg. Asserentatio, C. de Non numer. pccun. Gonz. ad Reg. Octav. Chancell. Gloss. 43. num. 95.* y no habiendo probado concluyentemente el Conde de Torres Cabrera su intencion, tiene contra si la presuncion de derecho, la que favorece à el Marquès de Guadalcazar, *in 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 así 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, es indecens, ut in re dubia certa detur sententia.* D. Gonz. *in cap. 3. de Sponsal. es 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. *Carlin. de Luc. de Testam. disc. 6. num. 5. es de Locat. es*

Conduct. disc. 10. num. 4. ibi: Per quam probatio reddebatur dubia, cum Reo sufficiat reddere dubias, & obscuras probationes. Actores, ut vincant: alio etiam axioma suffragante, quod probatio concludens, & perfecta, que 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 Guadaleazar un delito, como era el quererfe apropiiar la cantidad de los doce mil ducados, y faltar à la fe de la confianza, que se hizo del, lo que repugna à todo derecho: Menoch. lib. 5. *presumpt. 3. n. 30.* Farinac. *Prax. Crimin. p. 2. q. 89. num. 2.* Barbof. *in cap. 20. de Rescript. num. 19.* Mostaz. *de Caus. Pijs, tom. 1. lib. 3. cap. 2. num. 23. vers. Hac 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. & Actio. ibi: Ubi de obligando queritur, propensiores esse debere nos si habeamus occasionem, ad negandum. Ubi deliberando, ex diverso, & ut facilius sis ad liberationem: y como dice el Alv. Peg. de Majorat. tom. 2. cap. 9. num. 17. vers. Res adeo, 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 Falsu. & simulat. q. 153. n. 176.* Conciol. *Resolut. Criminal. verb. Confessio, resol. 17. n. 2.* D. Valenz. *conf. 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, escrivio un Informe en Derecho, que omitiessè 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 Mexio Patre, ibi: Prima ut unusquisque sibi tuta, & facili securitate cabeat, siquis enim alterius fidem absque ulla cautionis, scriptura securus desipiatur, is sibi imputare debet, quod minus fidelem amicum elegerit. Laudanda est ejus prudentia, qui accepto Chirographo, certa que & perpetua scripturae cautionis probatione.* Y de no haverlo hecho se manifesta lo inverosimil de el supuesto Deposito.

Leg. 25. ff. de Probat. ibi : Nunquam ita re supinus est ; ut facile suas pecunias jactet, et in debitas efundat.

111. La septima se deduce , de que las deposiciones de testigos por si 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 legiimos adminiculos tienen respeto à las razones concluyentes , que den los testigos , y tambien à 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 así en muchos casos no se admiten. *Leg. 25. §. fin. ff. de Probat. Leg. 3. C. si min. se major. dix. Leg. Generaliter, C. de Non numer. pecun. Leg. Necui, C. locat. et conduct. Leg. Testium facilitatem, C. de Testib. et remisivè, D. Olea de Cess. Jur. et Actiõn. 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 Solis, 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 oidas 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 así respondiò muy bien el Marquès, (Memor. num. 249.) que le era *facil, mediante sus caudales, y rentas, superabundantes para este, y mayores empleos,*
fisc-

siempre que quisiese hacerlos 3.ª aunque no tuviera las crecidas rentas, que le producen sus Mayorazgos, nunca es presunción, 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 adquirió, y expendió. *Leg. 10. C. Arbitr. Tutel. ibi: Nec enim pauperibus industria, vel augmentum Patrimonij, quod laboribus, et multis casibus queritur, 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 Privit. et Nobilit. p. 1. quest. 10. §. 3. num. 2. Eminimo sua per mendatia crescit*, que podemos numerar por octava conjetura.

116. Y no es menos de atención, el que havien- dose leído 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 reperirla por condicion indebiti, propone el Jurisconsulto, à qual pertenece el probar su intencion, y distingue, si el que recibió la pecunia negasse el que era indebita, sino que la recibió por alguna razon de debito, tiene legitima excepcion.

118. El Conde de Torres Cabrera dice, que su Padre confió à el Marquès de Guadalcazar doce mil ducados, y se los entregò sin deberse los: el Marquès dice, que si recibió 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 tenían, y apuntò en su declaracion, (*Memor. num. 54. 58. 59. y 60.*) y articulò en su Probanza. (*Memor. num. 146.*)

119. Teniendo estas justas causas para perceber algunos

nos maravedis, que se presume, ni entienda semejante donación, ni que diese la cantidad sin el resguardo correspondiente, como diximos en el *num.* 110. tiene reconocida resistencia, y asiste à el Marqués de Guadalcazar una legitima, y peremptoria excepción, que excluye la pretension de dicho Conde, *ex dict. leg. 25. ff. de Probat. ibi: Sin verò abinitio confiteatur quidam suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, presumptionem 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 podría avenir sobre la demanda, que alguno ficiesse à otro, diciendole, que paxara por yerro, lo que non debía, si el otro dixesse, que non era así, 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 acción, se puede usar de ella en juicio, con lo que pretendió el Conde de Torres Cabrera evadirse del argumento, que produce la omisión de no haver pedido desde la muerte del Conde D. Juan; (Memor. *num.* 168.) pero en los términos de presumpcion, y conjetura, es poderosísima contra el Actor, que quiere el usar de su acción. *Judic. cap. 11. vers. 26. ibi: Quare tanto tempore nihil super hac repetitione 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 Admistr. Tutor. Leg. Si quis forte, §. 1. ff. de Pen.*

121. Es tambien poderoso el fundamento, de que habiendo el Conde de Torres Cabrera pedido, que el Marqués de Guadalcazar declarase sobre lo cierto del depósito, lo negó baxo de juramento, (Memor. *n.* 43.) *ibi: Que estando todo hombre obligado, como Christiano, à decir verdad, añuado de la citada clausula, y siendo absolutamente falso, que el Conde Don Juan huviesse entregado à el declarante los 12 M. ducados, que en ella referia, que es poderosísimo documento para la absolucion del Marqués, dict. leg. 25. §. 3. ibi: In omnibus autem visionibus, quas prae posuimus 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.*

122. **E**L acompañado en su Sentencia absolvió à el Marqués de Guadalcazar de la pretension de los 120 ducados, y reservò à el Conde de Torres Cabrera su derecho, sobre las cantidades, que constaba haver entrado en poder del Marqués, y su distribucion, para que usasse del como le conviniesse; por cuya reserva pide el Marqués 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 su 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. Saig. *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. Supplicat. tit. 1. q. 4. num. 7.* con el Sr. Salgado, Noguerol, y otros.

124. Para manifestar el ningun motivo, que asiste 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 habiendo vivido el Conde Don Juan algunos años, fenecido yà el motivo de la correspondencia, y figurando haver entregado 120 ducados, con mayor razon, si el Marqués le debiera algunas cantidades, se las huviera pedido; ibi: *Nunquam 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 respeto. Cardin. de Luc. *de Emption. & vendit. disc. 9. n. 8.* Escob. *de Ratiocin. cap. 37.* Por lo qual espera el Marqués la determinacion à su favor. S. I. V. D. C.

Ldo. Don Christoval de Espinosa
Ocampo.