



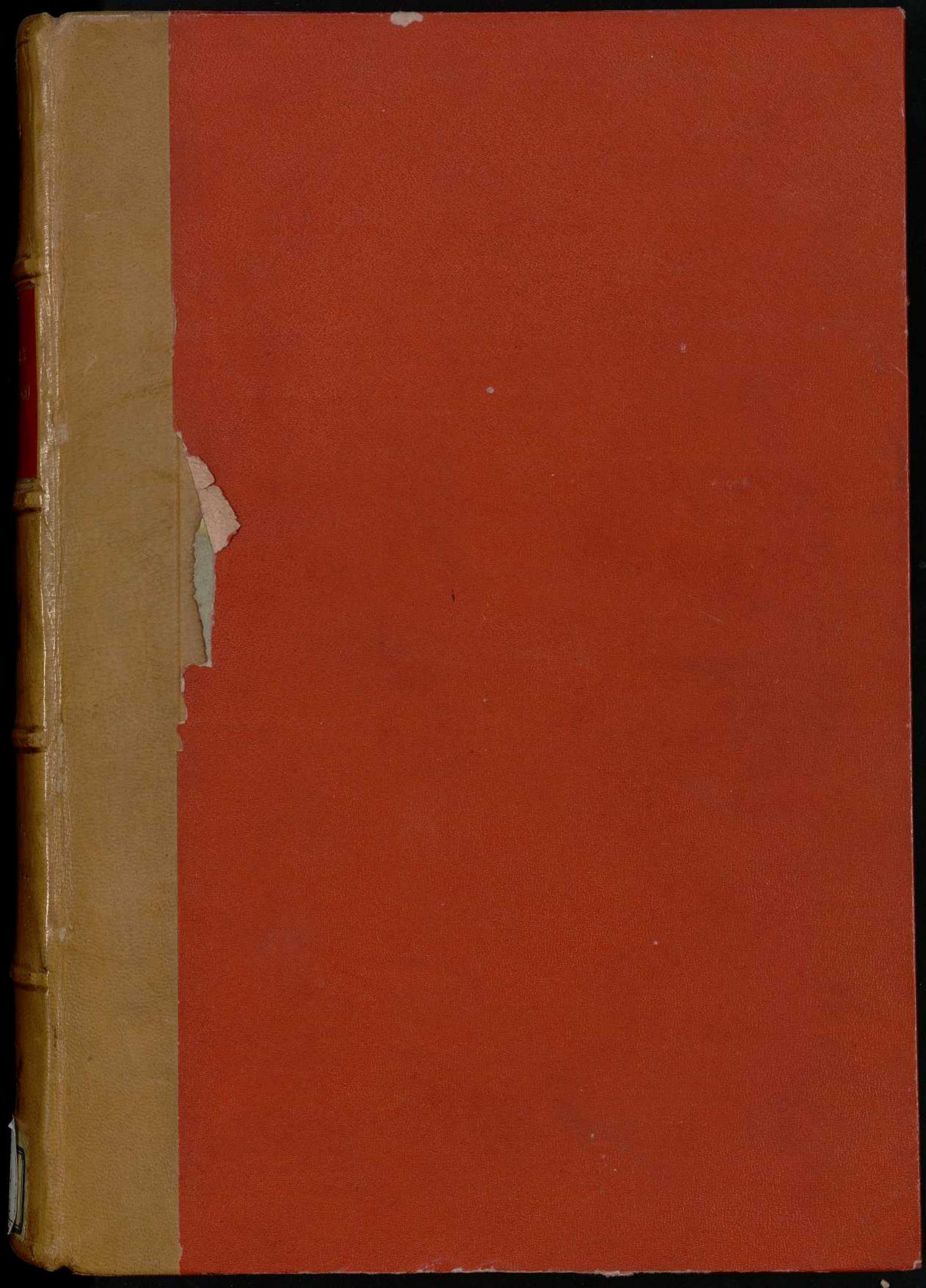
COLECCION
MONTENEGRO

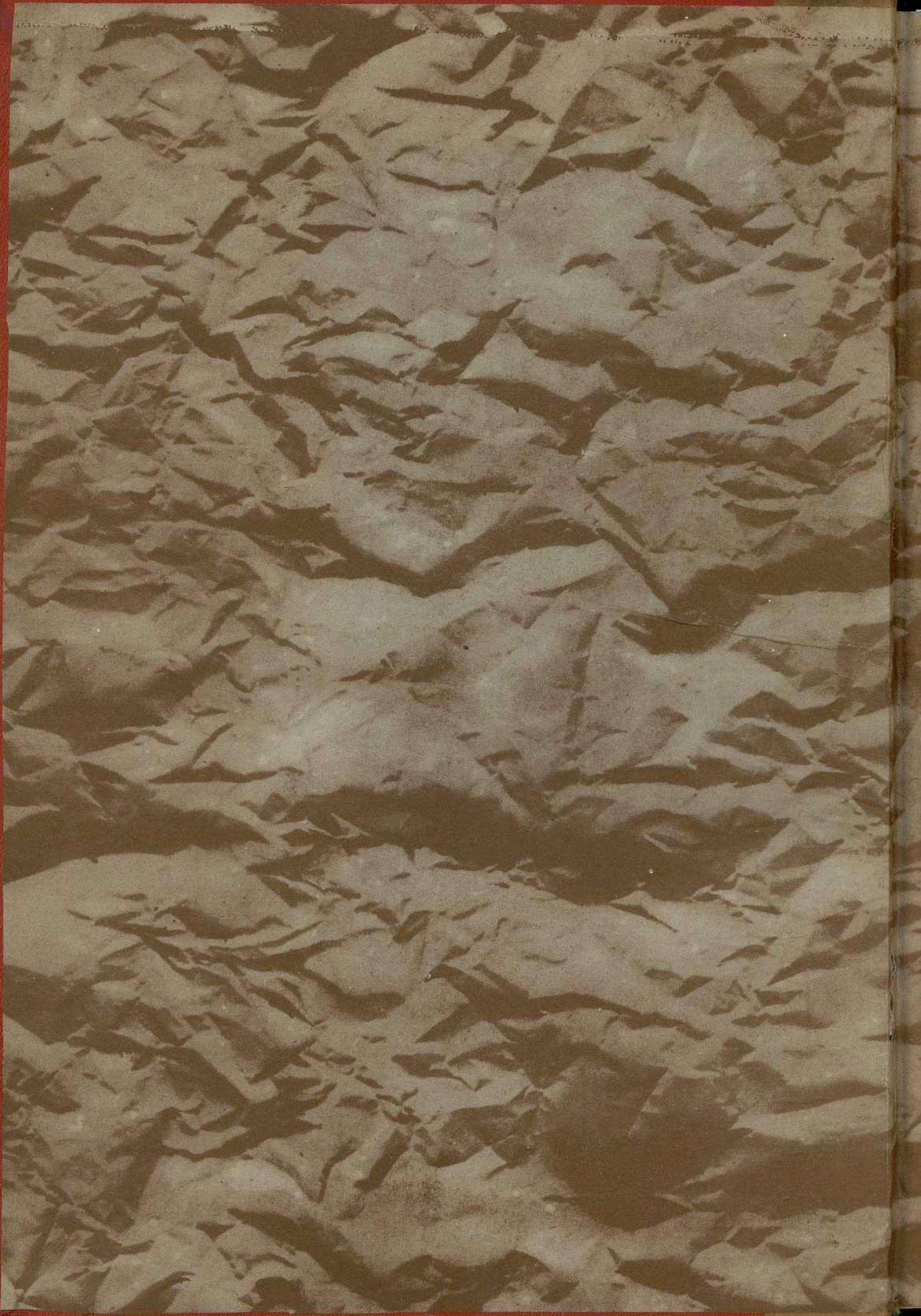


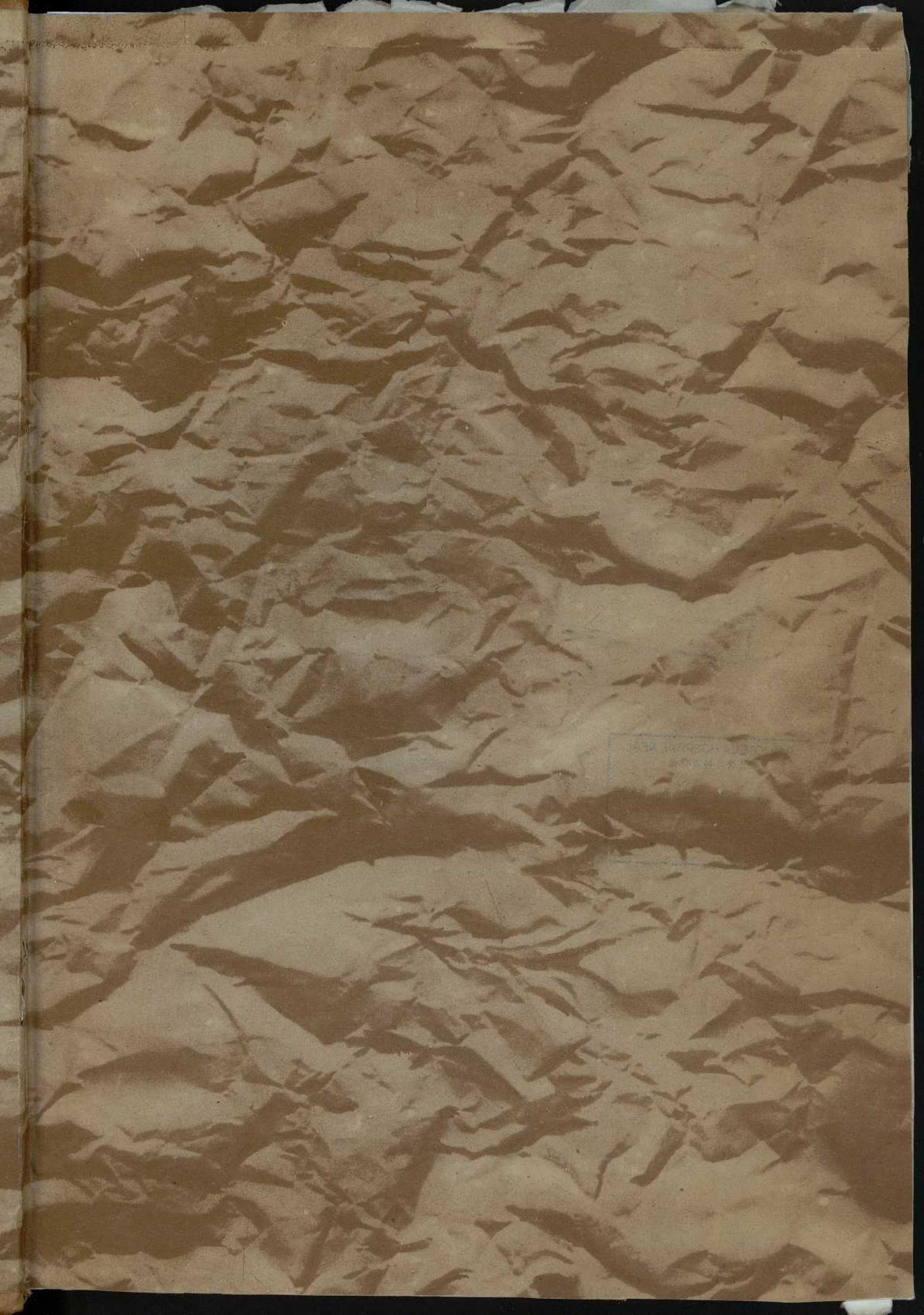
BIBLIOTECA
UNIVERSITARIA

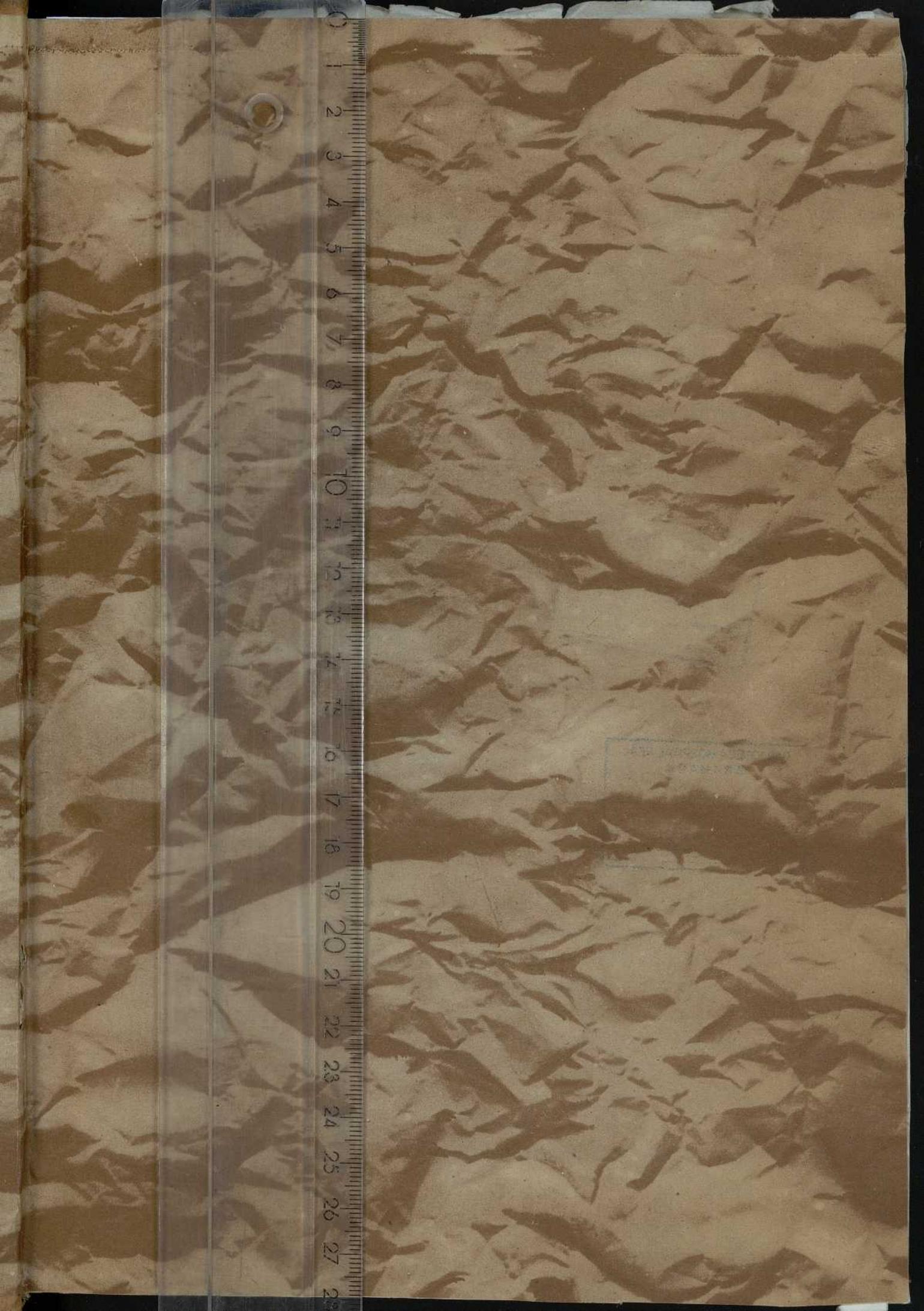


A
44
107









~~BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
- GRANADA -
Sala: B
Estante: 37
Número: 1~~

BIBLIOTECA HOSPITAL REAL
GRANADA
Sala: A
Estante: 44
Número: 107



A
44
107
(3)

P O R
EL EXC^{MO}. SEÑOR
DON JUAN DE DIOS SYLVA Y MENDOZA
de la Vega y Luna, Duque del Infantado , Pastrana,
y Lerma , Marquès del Cenete ; y el Concejo,
y vezinos de su Villa de Xeriz.

C O N
EL MONASTERIO , Y RELIGIOSOS DEL PARRAL
de Segovia, Orden de San Ceronimo, como Patrono, y Ad-
ministrador del Patronato, que fundò el Marquès de Ville-
na, cuya fue la Villa de Cogollos, de ella, y con su
Concejo, y Vezinos.

S O B R E
LA PROPIEDAD DE DIFERENTES AGVAS DE SVS
Terminos, y singularmente de las Azequias , que llaman
la Alta de Cogollos, y la Nueva, por otro nom-
bre la Ladrona.



P O R

EL EXCMO. SEÑOR

DON IVAN DE DIOS SYVA Y MENDOZA
de la Vega y Luna, Duque del Infantado, Pariana,
y Lerma, Marqués del Cenete; y el Concejo,
y vecinos de la Villa de Xeriz.

C O N

EL MONASTERIO, Y RELIGIOSOS DEL PARAL
de Segovia, Orden de San Gerónimo, como Patrono y Ab-
monasterio del Paranal, que fundó el Marqués de Ville-
na, cuya fue la Villa de Cogollos de ellas y con su
Concejo, y Vecinos.

S O B R E

LA PROPIEDAD DE DIFERENTES AGUAS DE SVS
Terminos y singularmente de las Azedunas, que llaman
la Alta de Cogollos y la Nueva por otro nom-
bre la Pariana.

4 P 6 1 8 8 1 1 7

N. 1.



VNQVE ESTE PLEY-
to se ha seguido, sigue, y
està visto sobre la pro-
piedad de las aguas, han
incídido, introducido, y
seguidose diversos jui-
zios sobre la Azequia alta de Cogollos summa-
rísimo de interin, y possessorio plenario, que-
xas, y querellas, sobre que se han han dado va-
rios autos, y providencias, que nos precissan,
sin embargo de averse hecho por el Relator Me-
morial ajustado del hecho del pleyto, à preno-
tar algunos autos, y determinaciones, que en
èl, y su discurso se han dado, como necesarios
para mas clara demonstracion de la justicia con
que litigan el Excelentissimo Señor Duque del
Infantado, y su Villa de Xeriz, procurando no
dilatarnos en este discurso mas que à lo preciso,
atendiendo à lo necesario, y correspondiente à
la defensa de la causa (aunque excessivo) sin
omitir motivo conducente por superfluo, *quia
satis est narrationi, aliquid superesse, quam de esse,
nam super vacua cum tadio dicuntur, necessaria au-
tem cum periculo substrahuntur.* Casiodor. in lib. de
Retoric. verb. *Narrationis virtutis* Plin. Iun. lib.
1. epist. 20. Dom. Solorçan. in *Polytic. Indian.*
lib. 5. cap. 9. vers. ultim. *Et de Iur. Indiar. lib. 1.*
cap. 1. num. 1.

2. Esta causa es tal, por su importancia,
calidad, aparato, confusion, è intrincacion, que
requiere largo espacio, y demonstracion de el
derecho de las partes, *vt in simili Seneca, in epist.*
88. ibi: *Laxum spacium res magna desiderat, Et c.*
*Magna negotia magnis indigent apparatibus, quo-
rum enim varia intrincata initia numen possuit, ne-
cesse est, Et fines longioribus ambagibus peragi, Et c.*
Heliod. in hist. *Ethiop. pag. mihi 460.*

3. Para cuya demonstracion veridica,
def-

despues de referir con la possible brevedad el hecho, y para mayor conocimiento de la justicia, que en el todo assiste al Señor Duque, y su Villa, y vezinos de Xeriz, à aquel como dueño del territorio, y à estos como habitantes, y moradores de el; *vt in cap. Ex parte tua, de Cleric. agrotant. ibi: Princeps terra illius, ac ciues Civitatis eiusdem à te postulant, &c.* nos ha parecido precisa la division, y separacion de el discurso, por ser la que mas seguramente afiança el empeño: *Quia recte habita in causa partitio, illustrem, & perspicuam totam efficit orationem.* Cicer de Invent. lib. 1. Gloss. eisdem, verb. Partiri, in §. Igitur in præm. Instit. Bobad. in Polyt. lib. 4. cap. 4. num. 1. Alvar. Valasc. de Privil. Paup. part. 3. quest. 1. num. 1. Santorel. lib. 1. quest. 4. ibi: *Nam & in animo melius distincta servantur, & ipsa divisio, non sine quadam fermento, quo conditur universitas in unius saporis, usum varia libamenta confundit, ut etiam si quid apparuerit, unde sumptum sit, aliud tamen esse, quam unde sumptum noscitur appareat, &c.*

HECHO.

4. **P**Or preciso antecedente debemos prenotar el hecho de este pleyto, ciñendonos à lo necessariamente conducente, arreglado à los Autos, y al Memorial ajustado de el Relator, y que con mas concission demuestre sus meritos, y contexto.

5. Reducese, pues, à que en el año de 1549. se movió question entre los vezinos de Xeriz, y Cogollos, sobre el aprovechamiento de estas aguas, à que dieron causa los de Cogollos por aver pregonado, que todos saliesen à tomar el agua de Xeriz, y hazer vna Presa, sobre

partitio, Secundum
lib 2

5.
bre q̄ huvio sumaria ante el Governador del Mar-
quesado; y al mismo tiempo se querellò el Con-
cejo de Guadix en la Sala, del Alcalde mayor del
Marquesado, sobre averles impedido à los de
Cogollos el vso de la agua por la Azequia nue-
va, llamada vnas vezes la Azequia baxa, y otras
la ladrona, con que se regaban sus Heredades,
y que derrotaron la Presa; y aunque en la Sala
del Crimen dieron otra querella, se acumula-
ron ambas en la Sala Civil, donde disputada la
possession, goze de las aguas, forma, horas, y
tiempos; y en vista de las informaciones de las
Partes, y de las hechas de oficio, y de algunos
papeles, ò escripturas Arabigas, de que se hara
mencion en su lugar, se diò auto sobre el arti-
culo de interin en 18. de Março de 1559. man-
dando: *Que dicho Lugar de Cogollos, y sus mora-
dores fuessen amparados, y defendidos en la posses-
sion, que avian estado del uso, y aprovechamiento
de regar sus panes, y Heredades con el agua de di-
cha Azequia, sobre que era el pleyto, desde que se
pone el Sol, hasta que sale, todos los dias del año, y
que los Marqueses del Cenete, y Concejos del Mar-
quesado, ni otra persona alguna, no les inquietasse
en dicha possession, so pena de dozientos mil mara-
vedis, &c.*

6. De este auto se suplicò por dicho
Monasterio del Parral, en quanto à no averles
amparado en la possession de regar con dicha
agua desde Visperas hasta otro dia, que la som-
bra de vn hombre hazia siete pies. Y tambien se
suplicò por el Marquès de el Cenete, y Villa de
Xeriz, en quanto à averles concedido à los de
Cogollos la possession de la Azequia alta todas
las noches del año, hasta que sale el Sol, por ser
dos las dudas, vna cerca de las horas, y otra cer-
ca de los tiempos.

7. Y en Revista se remitiò en discordia

6.

sobre la Azequia alta: y visto en Sala de Remission, se confirmò el auto de vista por otro de 26. de Março de 561. y se despacho Executoria al Convento del Parral de Segovia.

8. No se aquietò el Monasterio; pues por èl, y por los vezinos de Cogollos, en 16. de Abril siguiente se diò nuevas querellas de los de Xeriz: Vna suponiendo, que en contravencion de la Executoria, avian derrivado el agua de la Azequia alta sin aver amanecido, echandola à su Villa: Otra, sobre que el Governador de el Marquesado le quitaba la mayor parte de el agua, y para ello daba mandamientos: Otra, sobre cortarles el agua antes del tiempo determinado por la Executoria: Otra, sobre que se tapaba el agua con escobas antes de tiempo, prendiendo à los que la destapaban: Y otra, sobre que los de Xeriz les abrian la Azequia por diferentes partes, llevandoles el agua.

9. Sobre todo lo qual dieron informacion ante Receptor; y la Marquesa del Cenete (que entonces era) saliò à la causa, queixandose de que los de Cogollos querian estender la Executoria à lo que no contenia, queriendola despojar, y à la Villa de Xeriz, de toda el agua del Rio, de donde se toma dicha Azequia alta, queriendo meter en ella toda el agua del Rio, que se toma para la Azequia mas baxa, que vâ à Xeriz, y sus Herrerias, y que riega todo su campo, y dexar en seco el curso del Rio, y à la Azequia baxa, que se toma en la segunda Presa, y que dicha Villa no tuviesse agua que beber, ni con que regar su campo, y moler las Herrerias, sin comprehenderlo la Executoria, en que solo se tratò de las horas, y tiempos en que Cogollos avia de vsar del agua, pero no de la cantidad, y ser de noche, y la misma con que los de Xeriz regaban sus Heredades de dia, que seria hasta la

tercera parte del Rio, y lo demàs iba por la madre, y curso natural, de que se tomaba la segunda Presa, y Azequia, que vâ à Xeriz; lo qual se avia executado de tiempo inmemorial, y aora querian los de Cogollos meter toda el agua del Rio por la dicha Presa alta.

10. Sobre esta nueva question se disputò largamente por ambas Partes, y se hizieron nuevas informaciones: en cuya vista, por auto de 27. de Julio de 1562. se mandò dar sobrecarta de la Executoria de entretanto à Cogollos, para que las Justicias del Marquesado la guardassen, y en su cumplimiento dexassen à los de Cogollos regar con toda el agua, que cupiesse por dicha Azequia alta. Cuyo auto se confirmò en Revista por otro de 20. de Agosto de 563.

11. Tampoco se aquietaron los de Cogollos; pues no contentos con lo referido, en 30. de Abril de 574. diò nueva querella el Monasterio, refiriendo, que los de Xeriz contravenian à la Executoria, suponiendo, que por ella estaban amparados en la possession de regar con el agua de la Azequia alta todas las noches del año, desde que se ponía el Sol, hasta que salía, y hazia la sombra del hombre siete pies en largo, (siendo incierto) que entonces se cortaba el agua, y que sin embargo los de Xeriz se la quitaban al amanecer, cortandola, y llevandola embarcada à sus Heredades.

12. Huvo tambien informaciones de testigos sobre esta nueva pretension; y concluso, por auto de 1. de Junio de 1576. se mandò despachar al Convento Sobrecarta de la Executoria, para que la Marquesa, y Xeriz la guarden, y en su cumplimiento dexen, y consientan al Lugar de Cogollos gozar de toda el agua, que huviesse entrado en la Azequia alta, que viene por el Lugar de Xeriz al salir el Sol, y no se la puedan cortar, quitar,

Memor fol. 37
n. 129.

Memor. fol. 38
num. 129.

Nuevo intento
de Cogollos.

Memor. fol. 43
B. num. 159.

8.

ni detener, hasta que toda huviesse entrado en el termino del Lugar de Cogollos.

Memor. fol. 47
n. 175.

13. Suplicaron la Marquesa, y Xeriz, y en la Instancia de Revista dieron nueva informacion; y concluso, por auto de Revista se revocò el de Vista, y mandò: *Que à la parte de el Convento se le diese Sobrecarta de la Executoria, para que la Marquesa, y Xeriz la guarden; y en su cumplimiento dexen à Cogollos tomar el agua en el tomadero de la Azequia alta al poner el Sol, con tanto que Xeriz se pueda aprovechar del agua, que huviere entrado en la dicha Azequia, que no estuviere en tormino del dicho Lugar de Cogollos al salir del Sol, &c.* De que se despachò Executoria à la Marquesa, y se quedò en este estado el litigio.

Memor. fol. 49
n. 175.

14. Quedò, pues, pendiente el pleyto sobre la Azequia baxa, y por otro nombre la ladrona, ò nueva, que cada Lugar pretendiò le tocaba en propiedad, sobre que hubo informaciones de testigos, y presentacion de varios instrumentos, que por singulares se mencionarán en su lugar, y tambien informaciones de oficio ante el Receptor; y finalmente hubo auto de Vista de 18. de Março de 559. declarando, *no aver lugar de proveerse en el entretanto el amparo de possession, de poder regar Cogollos con el agua de la Azequia ladrona, y se lo denegaron,* que se confirmò por otro de Revista en 26. de Março de 1571. y se despachò Executoria à la Marquesa del Cenete, y Xeriz.

Memor. fol. 49
al 75. B. num.
183. hasta el
277.

Dichofol. num.
176. y signien
tes.

15. Pero en 9. de Octubre de 1617. se otorgò escriptura de transaccion entre el Convento del Paular, y Villa de Xeriz, con poderes bastantes, en que hizieron relacion de la querrela, que avia dado el Convento contra los vezinos de Xeriz, sobre si se avia contravenido, ò no à la Executoria, y en el interin que el pleyto principal, que estava pendiente, de donde di-
manò

manò la Executoria de entretanto, se seguia, y determinaba, se concordaron en esta forma.

16. *Que desde aquel dia, desde que se pone el Sol hasta el siguiente que salga, tomassen los de Cogollos el agua por su autoridad para regar sus Heredades, conforme à la Executoria, por la parada de las Fayrolas, con que cumplida la hora, que es aviendo salido el Sol, los vezinos de Xeriz puedan regar, y tomar el agua, que estuviere embarcada en la Azequia, que està dentro de su Termino, por las partes que les pareciere, sin tocar el Termino de Cogollos, sino es por el de Xeriz libremente, y que el Regador pudiesse tapar por si los tomaderos, y partes por donde el agua se saliesse, todo el tiempo que tocasse à Cogollos, que es desde que se pone el Sol, hasta que sale.*

17. *Que pudiesen los de Xeriz regar à qualquiera hora, y tiempo que les pareciere, los rotanillos, y pedazos de tierra de labor, que tienen como descenden de la Sierra, hasta llegar à la Presa de el rincon, y no de alli abaxo, sino es de Sol à Sol, que es quando les pertenecia, con pena convencional de mil maravedis cada vez que contraviniesse; y lo mismo à los de Cogollos, si rompiesse la Azequia, y tomassen el agua embarcada.*

18. *Que los de Cogollos avian pedido à los de Xeriz dos mil fanegas de pan por los daños, de cuya pretension se apartaron por este convenio.*

19. *Que para quitar diferencias sobre alçar, y derrivar el agua por las Fayrolas, Cogollos pusiesse à su costa dos compuertas para ello.*

20. *Que por los muchos gastos, que avia hecho Xeriz en seguimiento del pleyto, el Convento del Parral les avia de dar dos mil reales, de que dieron carta de pago, y se obligaron à su cumplimiento, hasta que el pleyto principal fuesse fenecido en todas instancias, y entonces avia de cessar esta concordia, y se pusieron mil ducados de pena convencional à la parte que no cumpliesse, y el Convento à traer apro-*

bacion de él, por averlo otorgado un Religioso en virtud de su poder, y tambien lo avian de aprobar los Concejos de Cogollos, y Xeriz, y el Duque del Infantado por sí, y sus successores dentro de dos meses, y no aprobandose por el Convento, y Lugar de Cogollos, quedaba extinguida la transaccion, y el derecho à salvo para la possession de los pleytos; y si no la aprobasse el Duque, avia de restituir Xeriz los dos mil reales, &c.

21. Niel Duque, Xeriz, ni Cogollos consta, que aprobaron la escriptura; si solo que la aprobò el Convento en 7. de Diziembre del mismo año de 617.

22. No hubo novedad hasta el año de 1683. que el Convento del Parral diò nuevas querellas de los vezinos de Xeriz, por dezir quitaban el agua à los vezinos de Cogollos, en cõtravencion de las Executorias, y transaccion, ocasionandoles mas de quatro mil ducados de daños en sus siembras: y se mandò despachar sobrecarta de las Executorias, cometida à Receptor, que en conformidad de dicha escriptura cumpliesse las Executorias, y notificasse à los de Xeriz, no impidiessen llevar el agua las noches que les tocasse, en conformidad de ellas, y que hiziesse sumaria sobre la contravencion: lo que executò, y diò possession à los de Cogollos del agua de la Azequia alta, por el sitio de las Jayrolas, en conformidad de la transaccion, se prosiguiò la sumaria, se prendiò à algunos vezinos de Xeriz, y tomadas las confesiones, fueron sueltos.

Memor. fol. 75
B. à n. 280.

Pleyto principal.

Memor. fol. 76
num. 281.

23. En este estado el Concejo, y vezinos de Xeriz pusieron demanda sobre la propiedad de dichas aguas, pretendiendo, que sin embargo de las dichas querellas, se avia de declarar pertenecerles, y à sus tierras, y Heredades, todas las aguas que nacen, y passan por su Ter-
mi-

mino. El Convento, y Cogollos dixerón, no tener obligacion à responder, porque solo se litigaba sobre el juicio possessorio: y se declaró assi; y concluso, se diò auto *amparando al Lugar de Cogollos en la possession de regar sus tierras con el agua de la Azequia alta, desde que se pone el Sol hasta que sale, en conformidad de las Executorias, y transacciones*; y se condenò à los de Xeriz en tre-cientos ducados de daños, y en dozientos para la Camara, y costas: Se suplicò, y en revista se revocò en quanto à la condenacion de daños, y se confirmò en 27. de Mayo de 687. en todo lo demàs.

24. Sin embargo no parece quedaron contentos los de Cogollos; pues por Octubre del mismo año diò nueva querella el Convento sobre el agua embarcada, diciendo se aprovechaban de ella los de Xeriz, tocandoles à ellos, y que esta luego que sale el Sol, la cortaban, y tomaban los de Xeriz, por los sitios que les parecia, y no por el de las Jayrolas; sobre que se hizo sumaria, y pidió Xeriz, que en virtud de la transaccion se les diese Provision para regar las tierras, y arboles de su Termino, por donde iba la Azequia alta hasta Cogollos. Esto lo contradixeron, y se mandò *despachar Provision, inserto el capitulo de la transaccion, para que Cogollos no les impidiese regar con el agua, que estuviese embarcada salido el Sol, por los sitios, y lugares que quisiesen, en conformidad de la transaccion.*

25. Los de Cogollos pretendieron se recogiese este despacho; y dado traslado de parte à parte, se diò otro auto mencionando: *Que en el interim que el pleyto se determinaba en lo principal, los de Xeriz gozassen de doze horas de agua en cada un dia de la Azequia alta, que llaman de las Fayrolas, tomandola al salir el Sol, y cumplidas, la tomasse Cogollos, sin que en dicho tiem-*

Memor. fol. 77
B. num. 285.

Provision del
pleyto de pro-
vidas.

27. fol. vovm. 16.
28. r. u. 2.

102. r. 12. 161

po de las 12. horas, vno, ni otro Concejo la quitasen, y para dar la forma conveniente se juntassen ambos. Suplicò Xeriz, y se diò otro auto, en que por aora, y hasta tanto que cogiessen la cosecha de el año de 690. sin perjuizio del derecho de las Partes, se diò licencia à Xeriz, para que pudiesse sacar de el agua que quedaba embarcada en la Azequia alta, salido el Sol, la que huviesse menester para regar las tierras, y arboledas de su Termino por baxo de dicha Azequia alta.

26. Este auto està rubricado de vno de los señores Juezes, y con vna nota, que dize averse suspendido por mandado del señor Iravedra, porque dixo estar ajustadas las Partes, y se quedò todo como estava sin novedad.

27. El Concejo de Xeriz se afirmó en su demanda de propiedad, insistiendole en que se declarasse tocarle, y pertenecerle à dicha Villa, y sus Vecinos, tierras, y Heredades, para sus usos, y aprovechamientos, todas las aguas que nacieran, y passaban por su Termino, sin obligacion de partir, ni dar aguas à otros algunos convezinos, que pretendiessen interes, fundandose para ello en la propiedad justificada por testigos, instrumentos, y vista de ojos, apeos, y otros documentos, que se notarán en su lugar.

28. Cogollos, y el Convento aviendofeles dado traslado, pidieron se les denegasse, y declarasse poder ellos usar de la Azequia alta, que passa por el Termino de Xeriz, y regar con ella desde las tres de la tarde, hasta el dia siguiente à las diez del dia; fundandose tambien en los instrumentos que tenian presentados, informaciones de testigos, y demás papeles, de que tambien se hará mencion, demonstrando su ninguna entidad.

29. El Señor Duque del Infantado salió tambien, pretendiendo se declarasse pertenecerle

Profecucion del
pleyto de pro-
piedad.

Memor. fol. 78
B. à n. 286.

Fol. 81. n. 291

Pleito pri-
cipal.

Memor. fol. 78
B. à n. 286.

Fol. 81.

cerle todas las aguas que nacen en su Termino, y eran propias suyas por legitimos titulos en todos los dias, horas, y tiempos. Sobre que por todas las partes se ha refreido latamente, se recibio la causa à prueba, se hizo vista de ojos, y paño de pintura, y se hizieron probanças por el Señor Duque, y Villa de Xeriz, en que los testigos concluyeron, y declararon los Terminos, aguas, dominio, y possession, con la distincion que se dirà; y hecha publicacion de probanças, quedò el pleyto concluso en el año passado de 668. sin mas novedad, hasta 12. de Abril de 1715. que à instancia del Señor Duque se emplazò por retardado al Convento del Parral, y Concejo de Cogollos; y aunque sobre la propiedad no se ha añadido, ni deducido cosa substancial, y las cosas se han quedado, y están en el mismo estado, ay la novedad de aver dado otra querella el Convento, y Cogollos, sobre averles impedido el uso de el agua, y gozar de la embarcada los de Xeriz, suponiendo estaban en possession, sobre que se despachò Receptor, y substanciò, oyendoles sus descargos, y plena probança, que ha hecho Xeriz, de aver usado siempre de la agua embarcada, arreglandose à los titulos de su dominio, possession, concordia, y providencias, pretendiendo se les absuelva, y reforme la providencia, que modernamente se tomò, dando à los de Cogollos doze horas de agua, en q̄ se aprovechan de la que toca à Xeriz de Sol à Sol, y mas de dos horas mas, y la embarcada, y al Señor Duque, y sus Herrerias han quitado la fabrica, y aprovechamiento de mas de seis horas de el dia. Con que està concluso, y visto sobre todo.

*Memor. fol. 87
n. 296 y 297.
à num. 310.*

*Memor. n. 326
al fin.*

30. Y supuesto este verdadero hecho, arreglado à los autos, y sacado en lo substancial del Memorial del Relator, como preciso, por

escusar su confusa prolixidad, la defensa del señor Duque, y Villa de Xeriz, para lo principal, y accesorio, su mas clara inteligencia, y demonstracion de su justicia, se dividirá en quatro principales Puntos. En el primero se fundará, el privativo dominio de las aguas, que se cuestionan, sin obligacion de comunicar parte alguna à Cogollos, ni otro pretensio interessado. En el segundo, el ningun derecho que tiene à ellas Cogollos, ni el Convento del Parral de Segovia, satisfaciendo al que ha pretendido deducir. En el tercero, que la possession que ha querido persuadir, autos de interin, y quantos se han dado, no le sufragan, ni pueden. Y en el quarto, y ultimo, que al mismo tiempo que esta causa se sentencie en la propiedad, se debe absolver à los de Xeriz de la nueva querella, reformando la providencia dada, y tomandola, para que Xeriz continúe regando con el agua embarcada como antes.

PUNTO I.

*QUE EL AGUA QUE SE CONTRO-
vierte, es propia, y privativa de el Señor Duque
del Infantado, y su Villa de Xeriz, sin obligacion,
que no han tenido, ni tienen, à comunicar por-
cion à Cogollos, ni à otro pretensio
interessado.*

31. **E**L Elemento del Agua es el que como primera substancia, assiento, y vehiculo de Dios, iuxta illud Genes. *Spiritus Domini ferebatur super aquas*, se prefiere, è impera, como mas noble, à todas las demás cosas, y Elementos, y como de superior estimacion, temperando el Cielo, y vapores del Sol, fecunda la tierra,

infun-

infundiendo vital, ò vejetativo espíritu à las yervas, y todo genero de frutos naturales, è industriales, sin cuyo nobilissimo rocío, y beneficio, no produxera la tierra, los animales perezieran de ardor, y la salud humana fuera ninguna, no aprovechandose todos de tantas, y tan vtilis conmodidades, como las que comunica, y ponderan de los Medicos el doctissimo Ludovic. Septal. *in suo Commentar. ad Hypocrat. de aere, & aqua, & loc. comm. 1. text. 3.* Cardan. *in tract. de aqua, in quo de curation, ubi omnem morbum sola aqua curam posse asserit, & probat.* Paul. Zach. *q. medic. legal. lib. 1. tit. 4. q. 2. num. 6. cum quib.* Thales Lactant. *1. instit. 2.* Senec. *3. natur. q. cap. 19. & seq.* Plato, *lib. 1. de Legib. cap. 69.* Aristotel. Tertul. Div. August. Div. Thom. & alij, quos congerunt Rippa *de Pest. tit. de remed. ad preserv. salut. num. 6.* Et ex Avicen. Averr. & alijs, Cæl. Rodigin. *lib. 19. lect. antiq. cap. 35. & 36.* Casan. *in Cathalog. glor. mund. part. 12. confid. 12. & 18.* Cæsar. *de Agricult. lib. 2. cap. 6.* Bobad. *in Polyt. lib. 3. cap. 5. num. 53. & cap. 6. num. 17.* recomendando todos el gobierno, y cuydado de las aguas, y nuestro Lagunez *de Fruct. latamente, 1. part. cap. 5. per tot.* Et novissimè Francisco Gallo *de Fructib. disput. 3. artic. 7. per tot.*

32. Son muchas las aguas de mar, y tierra, muchos sus aprovechamientos, y derechos para su uso, y goze; pero la de que debemos tratar, y vnicamente se questiona, es la de un Rio pequeño, compuesto de varios raudales de Fuentes, que baxan de Sierra Nevada, entran, y se jntan en tierra propia del Marquesado del Cenete, y del Señor Duque del Infantado su dueño, en que ni se ha dudado, ni duda; porque assi lo deponen los testigos de las informaciones antiguas, y modernas; consta de los inf-

trumentos presentados, apeos, y vista de ojos, sin cosa en contrario. Con que desde luego, sin detenernos en distinguir de aguas Reales, publicas, ò privadas, debemos apurar, y firmar la pertenencia de esta, y su cierta naturaleza, para probar su consiguiente dominio.

33. Es segurissimo principio de Derecho, que el de las aguas, y su uso, goze, y aprovechamiento, se adquiere en vno de tres modos, que son, *Ley, Naturaleza, y Antiguedad*, que notò el Jurisconsulto Paulo *in leg. In summa 2. ff. de aq. & aqu. plub. arcend.* ibi: *Lex, natura, loci vetustas.* Ros. *in tit. de aquis, num. 28.* Bocr. *conf. 24. num. 18.* Franc. Gall. *de Fruct. disput. 3. artic. 7. num. 18.* De que proviene, que para verificar, y probar à quien pertenezca la propiedad, dominio, y privativo aprovechamiento de estas aguas, serà el mas seguro medio discurrir por los tres mismos singulares, demonstrando, que por todos, y qualquiera de ellos toca, y pertenece al Señor Duque Marquès del Cenete, y Villa de Xeriz.

POR LEY.

34. **S**I concedemos que esta agua, como Rio perenne, aunque no navegable, sea de *regalibus*, como fundò Cæpol. *in tract. de Servit. rustic. Præd. cap. 31. de Fluminib. num. 4.* ibi: *Dicamus primo de flumine publico, & primo cuius sit proprietas, & ususfructus, & dic proprietatem esse Cesaris: Quia flumina sunt de regalibus, cap. 1. quæ sint regal. & leg. Flum. in princip. ff. de damn. infect.* En cuya disputa, como ociosa, no nos detenemos; la ley abremos de confessar, que es la voluntad del Principe, que concediò por especial privilegio estas aguas à los Marqueses de el Cenete, Progenitores de el Sr. Duque Marquès actual,

actual, y que con la misma concession, donacion, ò merced del territorio, fue visto conceder las aguas, y lugares silvestres; porque aunque esto en la general concession, pudiera ser dudoso, no lo es quando en ella se haze mencion especifica de las aguas, ò Rios, como singularmente fundò Antunez de Donation. Reg. lib. 3. cap. 4. num. 52. ibi: *Denique si Princeps donat castrum cum territorio, donare censetur flumina, & loca silvestria, per text. in cap. 1. Vbi Bald. in tit. de Capitam. qui cur. vend. & in cap. 1. §. Ad hoc in tit. de pac. iuram. firm. Cæpol. de Seruit. rustic. cap. 31. num. 11. Sed in hoc regno contrarium dicendum est, si in donatione de fluminibus non fiat expressa mentio; quia ea tantum veniunt in donatione qua exprimentur, &c.* Cuya expression dixo el señor Gregor. Lop. in leg. 68. titul. 18. part. 3. que era muy bueno se hiziesse por ser pertenciente à la regalía, aunque habló de Rio navegable; porque de el que no lo es, afirmó ser publico, y comun el aprovechamiento, y assi dixo in Gloss. 11. verb. Rios, ibi: *Bonum est hoc exprimere, quia cursus aquarum, flumina, & lacus, pertinent ad eum ad quem pertinet regalía. Ut dicit Bart. in Rubr. ff. ut in flum. publ. navig. liceat. Quod tamen debet intelligi de navigabilibus, vel de eis ex quibus sunt navigabilia, ut in cap. Vnic. qua sunt regal. Ut per Bald. in cap. 1. §. Siquis de manso ad fin. 4. col. de contro. invest. In regno isto flumina sunt libera Civitatibus, & locis per qua transeunt, leg. 9. tit. 28. ead. part. &c.*

35. Y no pudiendose dudar del privilegio, y su comprehension, que se ha presentado por el Señor Duque, por contener las expresas palabras de conceder su Magestad todas las aguas, y mucho menos estando presentada nuevamente la especifica confirmacion de nuestro Rey, y Señor Don Felipe V. (que Dios guarde)

tampoco parece capaz de disputa, que el dominio de estas aguas es privado, y propio del Señor Duque, y esto como quiera que el Rio se considere, ò Real, & de regalib. ò publico, como no navegable, ò privado, como comprendido en su vnico dominio; ò porque en su territorio le originan, y producen las fuentes, y raudales, que en su distrito nacen; ò porque como vnico dueño le compete el dominio, y propiedad privativa, por el especial privilegio, concession, y Real donacion, que son los casos en que fundò Capola, ser el Rio privado *ad instar* de los que *ad tempus flaut*, in cap. 32. de *Servit. rustic. Præd. num. 1.* ibi: *Item flumen privatum dicitur, quando esset in dominio unius tantum, puta quia incipit ex fonte, qui in agro suo oritur, & discurret per sua prædia, usque ad flumen publicum, vel mare: Argum. leg. Siquis diuturno, ff. si sero vindic. Item potest dici flumen privatum cum proprietatis, vel iurisdictio competit tantum Domino, vel Civitati tanquam eius: quia respectu aliorum est privati iuris illius domini, vel Civitatis in cuius territorio est, vel qui in eo habet iurisdictionem, &c.*

36. De todo lo qual verdaderamente resulta, ser el dominio de las aguas que se controvierten, propio de los señores Marqueses de el Cenere, assi por el especial privilegio comprehensivo de ellas, como por nacer en su jurisdicció, y territorio, y correr por él los raudales, cabeça, y principio, de que tiene su origen, y formacion el cuerpo principal del Rio, y por su misma jurisdiccion, y termino, hasta las Azequias, y tomaderos, que corresponden tanto à sus Herreterias para su fabrica, quanto à las Heredades, y campos de sus vassallos, vezinos de Xeriz, para su aprovechamiento, cultura, y riego; cuya singular, y concluyente prueba, resulta (de las declaraciones de los Apeadores de ambas

partes contestes en la vista de ojos, sin que pueda quedar la mas leve duda, ni escrupulo, ni por Cogollos, ni el Convento se aya podido, ni pueda con verdad proponer, ni imaginar.

37. Y quando la imaginassen tenian, y tienen el convencimiento, y total desengaño en el titulo, y merced Real, que de esta Villa, y demás de el Marquesado, hizieron los Señores Reyes Catholicos en 10. de Abril de 1490. al Eminentissimo Señor Cardenal D. Pedro Gonzalez de Mendoza, Arçobispo de Toledo, de que consta en el prócesso, que en remuneracion de sus grandes, y loables servicios, assi en la Corte, y Consejo, como en la guerra contra los Moros, contiene las absolutas, y comprehensivas singulares palabras siguientes: *Y desseando remunerarlos de su proprio motu, grado, y cierta ciencia, le hizieron merced, gracia, y donacion irrevocable hecha entre vivos para siempre jamas, para dicho Señor Cardenal, respecto de su persona (y no para ninguna de sus Iglesias, y Dignidades) y despues para sus herederos, y successores, y para quien de ellos huviesse causa, ò razon en qualquier manera, de las Villas, y Lugares de Xeriz, Alcazar, Allanteyra, y Alquif, que son cerca de la Ciudad de Guadix, con sus Castillos, Fortalezas, y con todos sus terminos, y tierras, distritos, territorios, y linderos, y con todos los vassallos que entonces avia, y huviesse en adelante, con la Justicia, y jurisdiccion Civil, y Criminal, alta, y baxa, mero mixto imperio de todo ello, y con las casas, huertas, corrales, y tierras labradas, y no labradas, y con los prados, pastos, y abrevaderos, egidos, soos, arboles fructuosos, è infructuosos, montes, Dehesas, Rios, Molinos, fuentes, aguas corrientes, estantes, y manentes, y con todos sus terminos modernos, y antiguos, Escrivanias, Alguazilazgos, servicios, Eueros, gallinas, carneros, maravedis, pan, pechos, y derechos, y otras*



qualesquier rentas, que pertenezcan, y debian pertenecer à sus Magestades en las dichas Villas, y Lugares, Fortalezas, y Terminos, y con todos los diezmos de los Moros, que avia, y huviere en ellos, los quales perteneciã à sus Magestades por Bulla Apostolica, y todas las demàs cosas, quantas los dichos Lugares, y Villas han, y aver podian, y debian de uso, y costumbre, exceptuando, y sacando la soberania de la Justicia Real, &c. Cuya donacion hizieron con la repeticion de ser en atencion à los servicios, y trabajos, que con su persona avia hecho dicho señor Cardenal, que eran tales, y tantos, y tan vtiles, y provechosos à sus Magestades, que valian, y montaban mucho mas que las dichas Villas, y Lugares, y demàs que vã referido, y con todas las clausulas, vinculos, y firmezas de propiedad, y possession, &c.

38. Y despues en tres de Março del año siguiente de mil quatrociētos y noventa y vno, por escriptura publica, que dicho Eminenti sismo Señor Cardenal Mendoza otorgò en Guadalaxara, ante Diego Gonçalez de Guadalaxara su Secretario, y Notario Apostolico, Publico, y Real, y en virtud de licencias, indultos, y facultades Apostolicas, y Reales, hizo donacion pura, y perfecta à Don Rodrigo de Mendoza de todas las dichas Villas, Heredamientos, Terminos, y demàs cosas, &c. como se contenian en el referido Privilegio, para èl, y sus hijos, y successores para siempre jamàs; la qual insignuò en forma por otra escriptura de veinte y dos de el mismo mes de Março, ante su Provisor, y Vicario General, y el mismo Notario: de forma, que no queda, ni puede quedar la menor duda en su pertenencia, y que con este titulo tan legitimo, le han posseido dicho Don Rodrigo de Mendoza, y todos sus successores en el Marquesado del Cenete, y lo posee el Sr. Duque Marquès actual.

39. Todo lo qual conviene con la naturalaleza de las dignidades de Titulos de Castilla, llamados por esta razon antiguamente Ricos Homes; pues aunque no se duda se conceden por los Señores Reyes sin jurisdicciones, ni bienes, que comunmente se llaman dignidades ventosas, vt Bobad. in *Polyt. lib. 2. cap. 16. n. 25.* Barbof. in *leg. Quia tale, ff. solut, matr.* Mastrill. de *Magistr. lib. 4. cap. 10.* Ex doct. Bald. in *cap. Cum olim, num. 4. de Consuet.* Loth. de *Re Benef. lib. 1. quest. 16. num. 48.* Giurb. de *SUCCESS. Feud. cap. 118. §. 2. Gloss. 13. num. 23.* Esto succede quando no son por servicios tan relevantes, y meritorios, como los del señor Cardenal Mendoza, en cuyo caso conocen los Señores Reyes, que las dignidades sin territorio, bienes, y rentas, no deben, ni pueden subsistir sin detrimento de la misma dignidad, y se las assignan, para que con decoroso lustre se conserven en ellos, y sus successores. Vt optimè D. Salced. in *Theatr. honor. Gloss. 32. à num. 62. ibi: Nam quamvis conferantur dignitates personales tantum sine territorio, aut iurisdictione.* Bobad. in *Polytic. lib. 2. cap. 16. num. 25. In dignitatis detrimentum verti apparuit, cum sine agris, aut oppidis honorificè, vt decet sustineri non possint. Leg. Et si non sint. §. Pecuniam, de aur. & argent. legat. de quo Ioan. Jacob. Dracov. dict. append. num. 5. & 6. Theod. Reifios. dict. cap. 17. num. 11. Ob quod Constantinus Augustus statuit, vt his dignitatibus agri, aut oppida consignarentur, quæ illis adiuncta splendide decorarètur, ad heredesque transfrent.* Renat. Chopin. *Doman. Franc. lib. 1. tit. 6. num. 12. in margine, &c.* Capibl. de Baron. in *Proem. num. 6. ibi: Varones in Hispania vocare etiam RICOS. Id est divites, quia oportet abundare divitijs, vt potentes milites Regis dici queant, &c.* Et ad intentum D. Cresp. de Valdaur. *decis. 106. num. 8.*

40. Con que teniendo el Señor Duque del Infantado, como Marqués del Cenete, Título, y Privilegio tan Real, y seguro de estas aguas à su favor, no se puede dudar tiene la ley privada, cuyo título, y nombre le confiere la disposicion de derecho, *ut ex Gloss. communiter recepta in rubric. de Rescript. lib. 6. cum Abb. Gonçal. ad Regul. 8. Cancel. Gloss. 35. num. 5. Rodrig. Thusc. Tamburin. & alijs fundat Parej. de Vniv. instr. edit. tit. 6. resol. 3. num. 142.* por aversele transferido el dominio por la donacion Reals porque como doctísimamēte fundò Dom. Valenç. *conf. 151. num. 57.* si por la ley, sin ministerio de hombre se transfiere el dominio, mejor se transferirà por el Principe, que es ley animada, donde con la doctrina original de Jasson, dize, y resuelve, *ibi: Qui format hanc questionem, utrum ex donatione Principis transferatur dominium, & concludit transferri, hoc potissimum argumento, quod à lege sine hominis ministerio transferatur dominium, ergo à Principe qui est lex animata, ita tradit Bart. &c.* citando otras muchas autoridades, y entre ellas la del señor Solorçano de *Gub. Indiar. lib. 2. cap. 9. num. 21.*

41. Y mucho menos quando no solo son claras las palabras dispositivas, y comprehensivas del Privilegio, sino es que aun en el caso negado, que contuvieran alguna ambigüedad, tienen à su favor la firme regla, de que concedido por el Principe, y donado el Lugar, ò territorio con todos sus confines, y pertenencias, es visto donar todo lo perteneciente, è incluso en sus limites, como doctamente fundò Oter. de *Pasc. & Iur. pascend. cap. 9. num. 10.* *ibi: Et inde etiam provenit quod concesso, vel donato oppido per Principem cum suis confinibus, omne inclusum videtur datum. Leg. Qui fundum, §. Si fundus, ff. de contr. emptio. Leg. Fundi vocabulo, ff.*

de action. empt. dict. cap. Cum Berthold. de sent. & re iudic. & omne quod intra limites invenitur, dummodo ad donantem, seu vendentem pertineat videatur concessum. Leg. Si fines, C. de eviction. Aymon, consil. & c. Demàs de la observancia interpretativa, guardada inviolablemente desde su concession, como magistralmente con infinitos Textos, y autoridades firmò Pareja de Instrum. Edit. tit. 2. resol. 6. num. 301. & melius 307. ibi: Quarto nam observantia interpretativa (si qua adest) solum vires suas porrigit, quando de iure verba dispositionis sunt dubia, secus verò, quando sunt clara, & indubitata, quia tunc cum in verbis nulla adest ambiguitas, non admittitur questio voluntatis. Leg. Ille, aut ille 25. §. Cum in verbis, ff. de legat. 3. & c. Lo mismo fundò con otras infinitas autoridades Dom. Larrea, allegat. 92. signanter num. 11. con las mismas palabras, dando la razon en el final concluyentissima, ibi: Quia ita verba scripta erant, nec interpretatio est contra mentem sed ex mente, vide qua notavi in decis. Granat. 1. part. disp. 40. num. 49. & c.

42. De todo lo qual resulta, que fundando, como funda el Señor Duque, de derecho en el caso de su Privilegio, tiene la assistencia de el primero, y mas legitimo titulo de adquisicion de su dominio, y prueba de el, que es la ley: Y aunque basta su dominio, como cabeza, sin necesidad de probar el de la Villa de Xeriz, y sus vezinos, este es innegable, como quiera que se considere; pues por la destinacion del territorio para su manutencion, y conservaciõ, todo lo que dentro de sus limites se contiene, se presume, y estima pertenecerle, y sobre ello funda de derecho, y tiene probada su intencion la vniversidad, no solo para el dominio vniversal, sino es para el particular, y possessorio, de que es copiosissimo, y puntual lugar el de Otero

ro de Pasc. & Iur. pascend. cap. 9. num. 5. 6. & 7. ibi: Destinatione vero facta, vel appropriatione terminorum (quæ semper oppidis solet fieri, ut seminent, atque plantent. Ut notat. Greg. Lop. verb. A ver-vida de aquella tierra, in leg. 10. tit. 26. part. 4. & in leg. 4. per text. ibi, tit. 18. part. 3. & concedi territorium. Ut notat Bald. per text. ibi, in leg. Si testamentum, C. de inst. & subst. Innocent. in dict. cap. Cum ad Sedem. Florian. in leg. Sed, & loci. §. fin. ff. fin. regund. Bald. cons. 420. lib. 1. Paris. cons. 16. lib. 4. & fecit text. in leg. 2. C. de fund. limitrop. lib. 11. Avendañ. ubi proximè) quidquid intra fines, vel maceriem illius territorij assignati inventum fuerit, indubium, videtur ad oppidum, Civitatem, seu Villam pertinere, & super eo fundat intentionem suam universitas. Non solum quoad dominiũ universale, sed etiam particulare ex Socin. in leg. 1. num. 27. ff. de acquir. possess. ubi allegat text. in cap. Cum Bertholdus, verb. Cum de universitate, de re iudicat. & in cap. 1. §. Item si quis, quibus mod. feud. amitt. Eruditè Andræas Nihen, de Iur. Territorij, cap. 3. ex num. 90. Quinimo etiam quoad possessionem, quia possidens caput etiam pertinentia videtur possidere. Ut docet Castr. in leg. 1. ff. de acq. possess. & in consil. 259. antiquior. impressio. incip. in causa, quæ vertitur Bald. in Rubr. C. de contrah. empt. vers. Vigesimo secundo quæro, pro quo communiter adduci solet text. in leg. Æde sacra. §. Intra maceriem, ff. de contrah. emptio. & in leg. 1. §. Cum urbem, ff. de offic. Præfect. urb. Text. in cap. fin. de offic. Archid. ibi: Cum Monasterium intra metas sui Archidiaconatus sit situm docent plures, quos congerit Ant. Gabr. lib. 1. commun. tit. de Præsumpt. præsumpt. 9. num. 8. vers. Contrarium. Alvar. Valasc. de Iur. Emphiteut. quæst. 8. n. 38. &c. Con que sin mas detencion, passarèmos à demonstrar la asistencia de los demás titulos de la adquisicion del dominio.

POR NATURALEZA.

43. **V**erdad es infalible, que lo mejor, lo mas perfecto, y seguro es quanto se haze, obra, y executa, observando, y figuiendo la naturaleza de las cosas, sus inmutables reglas, y leyes, que à su implemento precissan, como decantò Seneca *Epistol.* 76. ibi: *Bonus autem est, si ratio implicita, & recta est, & ad naturæ voluntatem accomodata, &c.* Por ser su ser inmutable, *ut etiam dixit lib. 2. de Ira, cap. 20. & suafforia 4.* cuyo conocimiento aun los Piratas ponderò tenerle en la *controv.* 16. ibi: *Naturæ iura sacra sunt etiam apud Piratas, &c.* Sin que ningun derecho pueda dirimir, ni inmutar el natural, *ex §. Sed naturalia. Instit. de iur. natur. gent. & civil. Leg. Cura sanguinis 8. ff. de regul. iur. Leg. Eas obligationes 8. ff. de capit. dimin. Vazq. illustr. contr. cap. 89. n. 23. & 28. cum Pichard. Borcent. Vin. cæterisque Institut. cum vulgat.*

44. Su origen fue la Creacion del mundo; su principio el que tuvo el Linage humano; y sus Leyes, las que su Supremo Autor Dios constituyò, decretando comunes todas las cosas à los hombres, *vt inquit Bald. in Rubr. ff. de rer. divis. para que todos v fassen de ellas, ò abusassen ad libitum*, como notò el Juriscons. Vlpiano, *in leg. Venditor 14. in princip. ff. commun. prædior. Hag. Grot. in tract. de Mar. liber. quest. 5. in princip. cum Iur. Consult. Martian. in leg. 2. ff. de acquir. rer. domin. & in leg. Nemo 4. eod. tit.*

45. Multiplicòse el Linage humano, y no bastando à todos vna Region, porque creció por familias, fue preciso à cada vno ocupar lo que le pareció para su vso necessario, y guardarlo como propio; conviniendo todos, en que lo que cada qual ocupasse, fuesse suyo, y este se llamó derecho de las gentes, fundado realmente

Creacion, origen
y leyes de las gentes

en equidad natural, con natural ordinacion de la caridad, como sucediò entre Abraham, y Loth, hijo de su hermano, à quien vt ex Genes. 13. dixo: *Ne quasso sit iurgium inter me, & te, & Pastores meos, & Pastores tuos, fratres enim sumus. Ecce vniversa terra coram te est, recede à me obsecro, si ad sinistram ieris, ego dexteram tenebo, si tu dexteram elegeris, ego ad sinistram pergam, &c.* Y assi por este derecho las gentes nuevamente, y en parte se apartaron de aquella natural comunion, por la division de la tierra en Regiones, y Provincias, segregacion precissa de las gentes, y consiguiente distincion de los dominios, vt ex leg. *Ex hoc iure §. ff. de iust. & iur. §. Ius autem gentium, Instit. de iur. natur. gent. & civil. doctissimè*, y nuevamente firmò Franc. Gall. *de Fructib. disp. 3. artic. 8. à num. 3. & trib. seqq.* Procurando todos precaber los muchos daños, è inconvenientes, que pare, y atrae la comunion del goze, y aprovechamiento de las cosas, y discretamente ponderò Petr. Gregor. Tolos. *in Sintagm. Iur. vn. lib. 1. cap. 14. n. 11. & Georg. Mor. de Iur. venand. p. 1. cap. 2. n. 49.*

46. De que procede, que verdaderamente el vso de las cosas naturales por el derecho de las gentes, ò civil, quedò inmutado, limitado, ò restricto, y ninguna cosa quedò en su natural libertad, aunque no empezó por todos *simul, & semel*, sino es que lo que qualquiera Ciudad, ò gente entre si constituyò, se fue estendiendo à otras, que lo fueron recibiendo, y final, y vniversalmente se admitiò, como procedido de principios naturales; de modo, que se debe estimar por derecho natural, por invención civil, y por la comun aprobacion, derecho de las gentes, vt deducitur ex Iustinian. *in §. Ius autem gentium. Instit. de iur. natur. gent. & civil. & cum Vazq. illustr. Controv. cap. 89. num. 25. &*

26. dict. Franc. Gall. dict. disp. 3. art. 8. num. 54.
 Et seqq. ad 58.

47. Y como quiera que se considere su naturaleza, ya adquirido el dominio particular por la Ley, como queda fundado en el primero punto, el goze privativo, la prohibicion absoluta de èl à los convezinos, y ninguna obligacion à comunicarles porcion alguna de estas aguas, viene à ser vn derecho de naturaleza: de las gentes, por invencion, y natural ordinacion de equidad: y civil, como sugeto à las leyes, estatutos, y costumbres, con que las gentes, pueblos, y particulares deben gobernar su dominio, vso, y aprovechamiento, y su constitucion, y legitima adquisicion para su vso, y aprovechamiento, previene, causa, y concede vn privativo derecho con singulares prerrogativas, quales son las que *inferius* se diran.

48. Antes debemos notar que los frutos, de que han constituído los derechos, y Autores varias diferencias, se consideran principalmente en tres classes, ò especies, *Naturales*, *Industriales*, y *Civiles*, y algunos ay mixtos, que participan de las dos naturalezas. Naturales son, los que naturalmète produce la tierra sin labor, ni cultura de hombre, por averla criado el Autor de la Naturaleza en el principio del mundo por su voluntad, para que produxesse los frutos todos sin trabajo alguno del hombre, vt ex Genes. 1. *Germinet terra herbam virentem, Et facientem semen suum, Et lignum pomiferum faciens fructum iuxta semen suum, cuius semen in semetipso sit super terram, Et c.* Pero como por la inobediencia de nuestro primer Padre, fue echado de el Paraíso, y maldixo Dios la tierra, vt Genes. 3. *Terra germinabit tribulos, Et spinas, in sudore vultus tui vesceris pane, Et c.* Las especies de frutos se distinguieron, apellidando naturales aque-

ellos,

llos, que todavia la tierra por si produce; è industriales, los que el trabajo, y labor del hombre logra que produzga, aunque muchos han negado esta diferencia, queriendo, que todos sean industriales, *inxta illud ex sudore vultus tui, &c.* Mas lo cierto es, que muchos frutos quedaron en su primer natural original estado; y se dicen naturales, porque la suma infinita bondad permitiò, y no quitò que la tierra, y arboles produxessen frutos muchos, buenos, y suaves, sin cultura, como mançanas, peras, higos, y otras frutas, *ea ratione, quia initio terra vis produ-cendi indita fuerat.*

49. Y solo se tienen por industriales verdaderamente, aquellos que la naturaleza produce mediante el trabajo, cultura, y cuydado del hombre, *arando, sembrando, regando, &c.* sin cuyo beneficio la tierra no fructifica, y se dicen industriales, aunque realmente dependan de la naturaleza, porque prevalece la industria, que siempre se debe atender, *ex Regul. Text. in leg. Queritur 10. ff. de stat. homin. de quibus omnibus late, & doctissimè Menoch. de Arbitr. cas. 210. num. 16. & seqq. Ioan. Copus de Fruct. lib. 1. tit. 2. cap. 2. Dom. Castell. de V. usufruct. cap. 37. num. 56. Anton. Thesaur. decis. 187. num. 9. vers. Ego verò, Franc. Gall. de Fructib. disp. 2. art. 1. à num. 20. & seqq.*

50. Los civiles son otra especie de frutos, que no produce, ni puede producir la naturaleza, si no es el hecho del hombre, *pro civilis societatis commodo*, como la casa, molino, nave, &c. que no son del caso; si solo los naturales, è industriales: esto es, el agua natural, que Dios criò, y produjo para los vtilissimos efectos, que quedan p. enotados, y los industriales, que con su uso, labor, y trabajo, regando sus campos, logra el hombre, y con cuyo beneficio produce

la tierra, y assi suponiendolos vno mismo el natural que Dios criò, y el industrial, que dependiente de èl, logra el hombre con su trabajo, adquirido el dominio del natural, como dexamos fundado, para el aprovechamiento industrial tiene el Derecho decretados varios privilegios, y prerrogativas en favor de los dueños, que realmente los han adquirido.

51. El primero es, que el agua que nace en propio Fundo, es propia, y fruto propio del dueño del Fundo, ò Heredad, y puede vsar de ella *ad libitum*, como de cosa propia para regar sus Heredades, aunque sea en perjuizio de los dueños de las Heredades inferiores. *Ex leg. Item si fundi 9. ff. de usufr. ibi: Quidquid in Fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, &c.* Tenent Petr. Barbof. *in leg. Divortio. §. Si vir ex num. 37. ff. solut. matrim. Nig. de Laudem. tom. 1. quest. 1. ex num. 1. 54. & 71. Garcia de Expens. cap. 23. ex num. 1. Escobar de Ratiocin. cap. 29. num. 4. & cum mult. Lagun. de Fruct. part. 1. cap. 5. à num. 21. & seqq.*

quidquid in fundo nascitur

52. El segundo es, que aunque el agua no nazca en Fúdo propio, sino es q̄ entre, y corra por èl, procede lo mismo, porque se haze suya en el instante que entra en su Heredad: *Taliter*, que la puede consumir totalm ente en ella, ò divertirla por donde quisiere, sin que inferior convezino alguno se lo pueda impedir, ni disputar: Proposicion que igualmente fundan, y exornan los Autores citados, y singularmente Lagun. *de Fruct. dict. cap. 5. part. 1. num. 28. ibi: Idem est resolvendum in aqua, quæ per fundum alicuius transit, sive decurrit, nam statim ac in fundo ingressa est, illius domini efficitur, eamque similiter in proprium Fundum, vel quo voluerit divertere poterit, iuxta textum notabilem, licet vulgarem in leg. 1. §. Illud labeo, ff. de aq. quotid. & estiv. quin ab eis, qui in-*

feriora prædia habent impediri possit, elegans doctrina Bartol. in leg. *Quamvis*, num. 25. in quest. 12. ff. de flumin. Et ibid. Jasson, n. 88. § 91. Rippa, num. 83. § 95. Bald. in leg. *Aquam*, C. de servit. § aq. Idem Bald. cons. 72. incip. *ad evidentiam*, lib. 1. Paris. cons. 112. 116. § 129. lib. 1. Cæpol. de Servit. rustic. Præd. cap. 4. Idem Bald. in cap. *Cum omnes*, col. 11. de constit. vers. *Penè ex publico* ubi eleganter format casum in rivulo, qui ex flumine publico per prædium Titij ad prædium, vel molendina Seij transiebat, resolvitque bene Titij posse, si ei libuerit, totam aquam in suis prædijs absolvere, § *desiccata prata*, vel molendina Seij relinquere, § c.

53 Lo mismo funda doctamente Francisc. Gall. dict. disp. 3. num. 25. ibi: *Intellige, ut aqua sit privata, donec est in fundo privato.* Leg. 1. §. *Si fossas*, ff. de flumin. Rimin. Iun. cons. 24. num. 10. Beroy. cons. 140. num. 9. l. 3. Menoch. dict. cons. 909. num. 41. § *est illius in cuius fundo existit.* Leg. 1. § *leg. fin.* ff. de flumin. Bald. in leg. *Item capilli*, num. 20. ff. de rer. divis. Alex. cons. 108. num. 2. lib. 2. Decio, cons. 373. num. 1. *Et cum aqua egressa est fundum meum, non amplius est mea, sed illius, qui ibi prædia possidet.* Alexand. cons. 194. num. 1. § 3. lib. 2. § cons. 203. n. 2. lib. 7. Paris. cons. 112. num. 9. lib. 2. Thesaur. decis. 245. num. 2. § *dicebam* num. 18. *Et dum aqua est in territorio alicuius, potest ille de aqua ipsa facere quidquid vult.* Bart. in leg. *Quominus*, num. 25. ff. de flumin. Decio, cons. 373. num. 1. Ios. Hering. de Molend. quest. 19. num. 13. *Et potest eam divertere à solito cursu etiam in damnum vicini inferioris.* Leg. 2. §. *Denique*, ff. de aq. quot. § *estiv.* Thesaur. decis. 245. num. 1. § c.

54 Fue del mismo sentir Antun. de Donation. Reg. lib. 3. cap. 4. num. 24. § 25. ibi: *Postquam aqua licitè derivata à flumine publico intravit*

in fistulam, seu canale, alicuius privati, desinit esse publica, & efficitur privata eius, cuius est canale, & fundus. Surd. cons. 130. num. 2. Boer. decis. 352. num. 5. Valenc. cons. 81. num. 34. Giurb. observ. 61. num. 8. Et ideò is in cuius fundum aqua intravit, potest de illa ad libitum disponere. Secund. Decium, cons. 244. num. 3. & 7. Et post alios Surd. cons. 41. num. 2. Aug. Barbof. in leg. Aquam, n. 4. de Servit. & aq. Tondut. Resol. Civil. cap. 48. num. 1. & 2. Adeo ut in proprio fundo possit quis fossas, vel aliud opus facere, etiam si vicino noceat, & aqua à solito cursu divertatur, dummodo id non fiat ad emulationem. Tondut. Resol. Civil. cap. 48. num. 25. & seqq. & c. Y Cancer. Var. Resol. part. 3. cap. 4. fundò esto mismo con infinitas autoridades, y reglas de Derecho, ex num. 230. 240. & seqq.

55. El tercero es, que este dominio, y possession de el agua, que como fruto propio, pertenece al dueño del Fundo, en que nació, ò entrò, es tan eficaz, que para su uso, y aprovechamiento es licito, y tan facultativo de los mismos dueños su uso, que pueden no solo contenerla, y gastarla toda en sus Fundos, ò mudar su curso por donde mejor les parezca, sin que para embarazarlo puedan valerse los dueños de los Fundos inferiores de prescripcion alguna, aunque sea immemorial, y aunque por mil años aya corrido naturalmente el agua a los Precios inferiores, como singularmente fundaron Cancer. part. 3. Variar. cap. 4. num. 240. & seqq. ibi: *Hoc iacto fundamento respondi in casu premissis, de iure communi non dubium esse, quin licitum fuerit dicto Valli cursum aqua divertere, prout voluit. Quoniam Dominus predij à quo aqua originem trahit, potest illam in alienum fundum ingressam, ad libitum divertere. Ita Bald. in dict. leg. Aquam, C. de Servit. Mascard. de Probat. concl. 123. num. 12.*

Et multi congesti à Vivio, *decis. 411. n. 8. Quod procedit, licet per mille annos aqua illa decurrisset in fundum vicini, ut attestatur. Ant. Thesaur. decis. 245. num. 3. § 4. § c.*

56. Siendo la razon, el que para causar servidumbre, ò prescripcion, es necessario que intervenga hecho de hombre, para que la servidumbre sea, y proceda como impositicia, ò prescripta; porque el agua por si, como cosa natural inanimada, no puede naturalmente inducir servidumbre, por no poder tener esta causa natural, y assi prosiguiò el mismo Cancer. *dict. cap. 4. num. 242. ibi: Est que ratio, quia aqua naturaliter fluit, § descendit in fundum inferiorem, § sic ipsa per se, cum sit res inanimata, non potest causare prescriptionem, aut consuetudinem, cum in prescriptione, seu in consuetudine requiratur, quod interveniat factum hominis. Ut pulchrè notat Balb. de Prescript. in 2. part. 4. princip. quest. 4. num. 9. Et latè concludit Barth. Veron. de Servit. Rustic. in cap. 4. de aqua duct. num. 25. § de Servit. Urban. cap. 22. Et ante eos Bald. in cap. 1. si quis de manso, vers. Sed nunquid aquas de contr. invest. Paris. cons. 112. num. 30. lib. 1. Mascard. de Probat. conclus. 123. Et per rem inanimatam nihil nobis queri posse, tradit glossa reputata solemnis, in §. Penult. Instit. per quas pers. nob. acquir. confert ad predicta quod notat Bald. in cap. Cum omnes, de constit. Vbi dicit ideò defluxum aquæ ad proclivem locum non inducere servitutem, etiam per mille annos, eo quod nulla servitus habeat causam naturalem, sed aut imposititiam aut prescriptam. Leg. 1. §. fin. § leg. seq. ff. de aq. plub. arcend. § c.*

57. Lo mismo fundò Antun. *de Donat. lib. 3. cap. 4. citando à Ant. Gom. Cyriac. Tondut. y otros muchos, y Lagun. de Fruct. part. 1. cap. 5. à n. 26. § seqq. § signäter n. 38. y mas modernamente con Cepol. y otras Franc. Gall. de Fruct. disp. 3. art. 7. n. 30.*

58. Con que no es capáz de duda, que resultan estas prerrogativas, y privilegios legales, y que asisten, y competen indisputablemente à los legitimos dueños de las aguas por naturaleza de ellas, adquiridas por tan seguros títulos, como son: el nacer en su territorio, como nacen las sobre que se litiga en el del Señor Duque, y su Marquesado de el Cenete: el consistir en distrito de el Termino especial propio de su Villa de Xeriz: y el correr por el mismo Termino, y suelo propio, conduciendole à sus Heredades con la industria, y trabajo de sus vezinos labradores; y consiguientemente, que por naturaleza tienen la asistencia del privativo dominio de las aguas que se controvierten, para usar de ellas como les parezca, sin obligacion de comunicarlas à Cogollos.

POR ANTIGUEDAD.

59. **L**A antigüedad de las cosas, constituye otra firmissima legal regla, que decreta la absoluta prohibicion, de que se interrumpa, derogue, ni falte à la costumbre antigua legitimamente introducida, y de que no ay memoria, y especialmente en el dominio de las cosas, adquirido tan antiguamente, y con mas singularidad el de los *aqueductos*, como interminis fundò Posth. post tract. de Manuten. decis. 213. num. 7. ibi: *Vlterius fuit responsum, quod in istis aqueductibus non est recedendum à vetustate, tam ex dispositione iuris communis ad Text. in leg. Si manifeste, ff. de servit. § aq. Jasson, conf. 150. lib. 2. quàm ex statuto interramen. In illis prohibente innovationes ultra solitum cursum, &c.* Y con el señor Valenç. Velazq. y otros muchos, fundò Lagun. de Fructib. part. 1. cap. 5. num. 42. como tambien Antun. de Donation. lib. 3. cap. 4. num.

22. con Cravetā, Giurba, Franch. Tonduto, y otros.

60. Y con superior razon, quando la possession es antigua, y titulada, como aqui, que es la qualidad, que haze mas precisa la manutencion al que en ella se funda, vt ipse Posth. de Manut. decis. 214. num. 5. ex cap. Licet causam, de Probation. Et alijs iurib. Et obseru. 44. num. 13. cum Dom. Covarr. Pract. quest. cap. 17. num. 6. versic. Quarto non sic. Menoch. Grat. Et alijs. lli V

61. Con que no dudandose de la debida legal observancia de la antigua possession de estas aguas, por la justa adquisicion de su dominio, solo pudiera consistir la duda en la prueba de ella; pero no la ay atendidos los titulos de su adquisicion, assi en el señor Duque, y su Casa del Cenete, por la persona de el señor Cardenal Mendoza, como queda referido, como en la Villa de Xeriz, y sus vezinos, por el incontrastable derecho que les confirió el dominio vniuersal de su territorio, para el común aprovechamiento de sus vezinos, y beneficio de sus Heredades, con prohibicion de los convezinos inferiores, como queda fundado.

62. Esta prueba de hecho resulta de todo el proccesso, desde la primera demanda, ò queexas de Cogollos, y del Concejo de Guadix del año de 1549. y por las informaciones que se dieron por ambas partes, y especialmente por la de Xeriz, en que sus testigos afirman, que daba Xeriz à Cogollos el agua por amor de Dios, y que los de Cogollos no tenian titulo alguno para ello, sin que esta costumbre inveterada se aya perdido, ni realmente interrumpido por acto alguno contrario, ni tampoco por las providencias dadas, y autos de interin en todo el discurso de este pleyto, como se dirà en su lugar.

Mem. num. 2.
B. lit. F. à fol. 1.

Mem. num. 8.
à fol. 45.

63. Con que parece, q̄ de lo discurredo en las tres especiales pruebas del dominio, resulta la asistencia de derecho, q̄ concurre en el señor Duque, y su Villa de Xeriz, por asistirles todos los estremos del privilegio de los señores Marqueses del Cenete, de la assignacion, y distinció del territorio à la Villa, y con especialidad el aver vsado *ab antiquo* de todo, como propio, que es la mas real prueba de el dominio, *ex leg. Quicumque, C. de fund. limitroph. lib. 11. ibi: Huius tantum fas est possidere Castellorum territoria, quibus adscripta sunt, & de quibus iudicavit antiquitas, &c. Leg. 1. C. de pasq. public. eod. lib. ibi: Sed eum manere decernet, quam statuit antiquitas, &c. §. 1. Instit. de inutil. stipul. ibi: Quae usibus populi perpetuo exposita sunt, &c. Leg. Inter publica, ff. de verb. signif. leg. 9. tit. 28. part. 3. ibi: Que son establecidos, y otorgados para pro comunal de la Ciudad, Villa, ò Castillo, ò otro Lugar, &c. Leg. 1. tit. 7. lib. 7. Recop. ibi: Que fueren apropiados à las dichas Ciudades, &c. Et tradit Otero de Pascha cap. 9. per totum.*

64. Porque esta costumbre antigua, è inmemorial tiene fuerça de ley, *leg. 1. §. fin. ff. de aq. plub. arcend. ibi: Vetustatem vim legis obtinere, &c. Leg. In summa, eod. tit. ibi: Vetustas pro lege habetur.* Y de privilegio del Principe concedido *ex certa scientia, cap. Super quibusdam. §. Praeterea, iuncta Gloss. verb. Non extat, de verb. signif.* Por cuya razon à la inmemorial se le dà el renombre de Ley, Privilegio, y Constituto; de quo latè Dom. Molin. *de Primog. lib. 2. cap. 6. num. 13. ubi Add.* Los quales fundaron con muchas autoridades, que probada la inmemorial, se dize probado el mejor titulo del mundo, y que se induce vna presumpcion *Iuris, & de Iure, quae non admittit probationem in contrarium.*

65. Procediendo con mas seguridad

esta verdad, y legal fundamentō , à vista de que jamàs ha avido quien la dude , ni pretenda propiedad de tierra , Terminos , aguas , ni su aprovechamiento *iure dominij*, ni tal han imaginado el Convento del Parral, ni Cogollos, vsando, y aviendo vsado siempre los señores Marqueses, su Villa de Xeriz , Justicias, y vezinos de todo, como propio , exerciendo no solo los autos de jurisdiccion propia privativa , sino es quanto es propio , y correspondiente al verdadero dominio , vso , y aprovechamiento de todos sus frutos , que es la mas real , è indubitada prueba de èl, *ex leg. Litibus , C. de Agricol. § cens. lib. 10. ubi Bart. § communiter DD. leg. Titia, ff. de solution. ibi: Omnia pro domina egit, redditus exegit, § moventia distraxit, &c.* Tiraquel. *de Iur. Constit. limit. 1. num. 22.* Alvar. Valasc. *de Iur. Emphit. quest. 9. num. 16. § 17.* Dom. Salg. *in Labyr. Credit. part. 1. cap. 11. § Vnic. à num. 38.* Dom. Valenç. *consil. 93. num. 44.* Cardin. de Luca *de Servit. disc. 35. num. 10.*

66. Y assi pareciendonos , que con lo hasta aqui discurrido queda hecha evidencia de el dominio de estas aguas , y su pertenencia al señor Duque del Infantado , como Marquès del Cenete, y su Villa de Xeriz , por los tres legales medios , que contuvo el Punto primero , passaremos sin mas detencion à discurrir sobre el segundo.

PUNTO II.

QUE EL CONVENTO DEL PARRAL de Segovia, y Lugar de Cogollos, no tienen derecho alguno à las aguas, que se controvierten, ni lo persuade medio alguno de los que han propuesto.



67. **P**Ara pretender derecho à estas aguas el Convento del Parral, y Lugar de Cogollos, parece segun lo discurrido sobre el primero punto, que debia averle deducido, y probado claramente, y por los mismos medios, que lo han executado el señor Duque, y Xeriz; y si se atiende, como es preciso, el origen de estas aguas, y la adquisicion de su dominio, *ex regul. Text. in leg. Qui id quod, ff. de Donation. Leg. Tutor. ff. de fideiussor.* cuya qualidad tiene perpetua duracion, *ex leg. Cum Pater. §. Quindecim libertis, ff. de legat. 3.* por no poderse alterar, aunque solo *habitu retineatur, leg. fin. ff. si ex noxal. caus. agat. de quibus omnib.* Dom. Valenc. Velazq. *conf. 100. num. 32. § 33.* No se podrá dudar quan dificultoso, y aun imposible, aya sido, y sea al Convento, y Cogollos probar derecho alguno de dominio a estas aguas, ni averle tenido, ni podido tener, ni adquirir en tiempo alguno, aviendo demostrado el señor Duque, y Villa de Xeriz los legitimos tan legales, de que se hallan assistidos.

68. Pero prescindiendo de esta verdad, y passando à discurrir sobre los documentos de que se han valido en todo el discurso de este pleyto, no podemos escusar prenotar, que el dominio no solo es de dificultosa probança, *ut ex cap. Sapè, de Restit. spoliat. ibi: Propter difficultatem probationis, &c.* sino es que se tiene por casi

imposible su prueba, *ex Gloss. in leg. Cum res, C. de Probation. Dom. Vela, dissert. 46. num. 29. Farin. in Repert. Judicial. quæst. 24. num. 22. Valmased. de Collect. quæst. 24. num. 22. Mascardo, conclus. § 46. num. 1. § 2. Valasc. de Iur. Emphiteut. quæst. 9. num. 25.*

69. Siendo la mas real prueba de el dominio que pretende qualquiera Villa, ò Lugar, la apropiacion de los Terminos por la Magestad del Principe, y su concession, ò privilegio, por pertenecerle absolutamente, *ex leg. 2. tit. 1. part. 2. ibi: Y solo otrosi es poderoso de partir los terminos de las Provincias, y de las Villas, &c. Mexia ad leg. Tolet. 2. part. fund. 9. num. 53.* Y no de otra forma puede estimarse pertenecer à la Villa, ò Lugar los Terminos, que constando de su apropiacion, *vt ex leg. 5. tit. 5. § leg. 1. tit. 7. lib. 7. Recop. ibi: Que fueron apropiados à las dichas Ciudades, &c. Et leg. 10. tit. 11. part. 3. § in leg. 23. ead. part. ibi: Que son comunales de las Ciudades, è Villas.* Porque como notò Otero de Pasc. *§ Iur. pascend. cap. 9. num. 2.* aquel relativo que es restrictivo, y precisa à la prueba de la destinacion, *ibi: Nam illud relativum que, cum sit restrictivum, vt in leg. Stichum, qui meus erit, ff. de legat. 1. § in leg. Cunctos populos, ubi communiter notatur, C. de Summ. Trinit. Denotat non alias bona oppidi, Civitatis, aut Villa dici, nisi constet de appropriatione, leg. à filio. § Testator. vbi Bartol. & Avend. de Exeq. mandat. num. 4. vers. Dixi autem, num. 4. § cap. 12. num. 19. D. Covarr. Pract. cap. 37. n. 8.*

70. Cuya destinacion, ò apropiacion es *quid facti*, y no se presume, porque se debe probar concluyentemente, como fundò Otero de Pasc. *dict. cap. 9. num. 4. ibi: Cum autem hæc destinatio, vel applicatio facti sit, non presumitur. Leg. In bello. § Facta, ff. de captiv. § post lim. re-*
vers.

vers. Et sic debet concludenter probari à Villa, seu oppido intentante ad se pascua, vel terminos, de quibus contenditur pertinere. Alex. cons. 187. num. 9. lib. 2. Latè Aymon, cons. 293. num. 5. Socin. in leg. 1. n. 7. ff. de reb. dub. &c.

71. Esta prueba verdaderamente, segun las reglas, y principios legales, se debe hazer por vno de dos medios, ò por titulo, ò por legitima prescripcion, *ex cap. 1. cap. Ad aures, cap. Auditis, de Prescription. cap. 3. de Consuetud. in 6. ubi communit. DD.* Porque se equipàran, y proceden igualmente; pues todo aquello que se puede adquirir por titulo, y privilegio, se puede tambien adquirir por prescripcion, ò costumbre, *cap. Super quibusdam, vers. Præterea, de verb. sign. Abb. Felin. Decian. & alij in cap. Cum contingat, de For. compet. Peregrin. de Iur. Fisc. lib. 1. cap. 2. num. 61. Barbos. in dict. cap. Super, sub num. 7. Otero de Pasc. cap. 17. num. 7. ibi: Quinto quia præscriptio immemorialis tantum operatur, quantum Regis Privilegium, seu concessio cum causa. Latè Ant. Gabr. tit. de Præscript. conclus. 1. num. 44. & num. 65. & seqq. Puteus, decis. 205. num. 2. & 3. lib. 1. Rota, decis. 717. n. 2. part. 1. Divers. leg. 8. tit. 15. lib. 4. ibi: Probar immemorial, &c. Et ibi: Sea avido en lugar de titulo bastante, &c. Sed tamen ex Regis indulgentia, seu beneficio posse oppida etiam Regiæ Coronæ privatis condonari aperte disponitur in leg. 1. & 3. tit. 10. lib. 5. Nov. Recop. Ergo consequens est, ut quod privilegio effici potest, præscriptio immemorialis operatur. Vt in leg. 5. tit. 7. lib. 2. ibi: O por costumbre antigua, que el Derecho iguala à Privilegio, &c. Leg. Ex hoc iure, §. Ductus aqua, ff. de aq. quotid. & æstiv. &c. Y es doctrina del señor Greg. Lop. in leg. 7. tit. 29. part. 3. Gloss. 1. Avend. de Exeq. mandat. part. 1. cap. 4. num. 4. vers. Sequitur. D. Larrea, alleg. 109. num. 10. Lagun. de Fruct. part.*

part. i. cap. 7. num. 85. Por ser constante, que la possession inmemorial supone el mejor titulo del mundo, y la concession, y privilegio necesario, y que fue adquirido por el modo mas legal, obrando tan poderosos efectos, como la misma ley, *vt iam est dictum.*

72. Y discurrendo sobre todo quanto se ha propuesto, y deducido en el pleyto, no se hallarà, que en quanto à titulo, ni privilegio, aya presentado el Convento, ni Cogollos alguno, que pueda sufragar, ni atrevidose à alegarle específico, ni aun *in genere*, y el todo de su accion, y defensa se ha reducido à la possession inmemorial, que han propuesto, y pretendido probar por instrumentos, y testigos, tan mal, y tan deftituida de los legales estremos, que deben calificarla, como para su total desprecio demostrèmos.

72. Prescindiendo de que esta inmemorial, para poderse estimar por titulo bastante de la adquisicion, no bastaba, ni basta por si sola para apreciarse, si con ella no se alegasse, y probasse para prueba de su justa apropiacion, titulo, aunque sea *in genere*, que legitime la causa de su prescripcion, como elegantemente probò Otero de Pasc. *cap. 17. à num. 17. ex varijs iuribus, cum Mascard. Roder. Suar. Avend. Dom. Greg. Lop. Azaved. Anguiano, Balboa, Mogrobejo, y otros.* Y mucho menos, quando tiene contra si la resistencia de derecho, como incapaz de prescribirse cosa publica, ò inanimada, como queda dicho; y mas despreciable à vista de que el señor Duque, y su Villa de Xeriz han propuesto la misma inmemorial, y probadola por testigos, coadyubandola concluyentemente con el instrumento, y titulo legitimo de su adquisicion, y no se puede negar que es probança probada, mas valida, y segura, que la que se ha pretendi-

tendido hazer por el Convento, y Cogollos. *Leg. Censur. de Probation. Escob. de Purit. part. 1. quest. 15. à num. 7. Dom. Valenc. conf. 105. n. 16. Sess. decis. 156. num. 9. tom. 2. Capicio Latr. consult. 85. num. 32. ibi: Validior est probatio pro Varone, quia depositio testium coniungitur cum scripturis, &c.*

73. No obstante, para mayor convencimiento del ningun derecho del Convento, y Xeriz, y exclusion del que ha propuesto, y fundado en la possession inmemorial, discurrirèmos por partes sobre su fundamento, y documentos, de que se ha pretendido valer para su prueba.

74. Reconociendose por el Convento, y Cogollos, que la mayor, mas relevante, y eficaz prueba, es la que resulta de instrumentos, por ser probança probada, mejor, y mas concluyente que la de testigos, *ex cap. Cum dilecti, ubi Abb. & Barbat. de Donation. & in cap. Inter de re iudic. Gloss. in leg. fin. C. de reb. credit. Clem. Sapè, de verb. signif. leg. Cum precibus, C. de Probation. Leg. Optimum 14. C. de contrah. & commit. stipul. ibi: Et melius quidem si per scripturam, &c. Et tenent Azeved. in Rubric. tit. 2. lib. 6. Recopil. num. 238. Pateja de Instrum. Edit. tom. 1. tit. 1. resol. 3. §. 2. num. 3. ubi plura ad saturitatem, & tit. 6. resol. 3. num. 25. Vt asserit Matth. de Re Crim. controu. 28. num. 42. & 43. Escob. de Purit. part. 1. quest. 15. num. 4. & §. 3. à num. 12. Dom. Vela, dissert. 38. num. 16. Dom. Solorç. tom. 2. de Iur. Indiar. lib. 1. cap. 26. num. 35. & lib. 2. Polyt. cap. 27. fol. 226. vers. Supuesto. La han pretendido hazer por vnos, que quiere dar nombre de tales sin merecerlo, que se reducen à ciertas escripturas, que han presentado, que son siete, otorgadas, ò fechas en tiempo de Moros, traducidas de lengua Arabiga en Castellana por*

vno que se dixo Romanceador de esta Ciudad de Granada, y empiezan desde el año de 593 de la cuenta de los Moros, que corresponde segun la nuestra al de 1197. y fenecen el de los Arabes de 755. y de nuestra Era 1354. y en ellas se refiere por la primera, que concurren doze Moros, al parecer en forma de Apeo, ò vista de ojos, y declararon: *Que la Azequia conocida de Cogollos, una de las Alcarrias, ò Alquerias de Guadix, era la que baxa de la Sierra Solay, y alcan el agua de ella los de Cogollos para regar sus heredades, desde la hora que diz en alçar de cada dia, con toda la noche, prosiguiendo el dia siguiente desde que amanece, hasta que llega à tener la sombra de la persona siete pies, q̄ entonces cortã el agua de ella los de la Alcarria de Mezina (que quieren dezir era Xeriz) lo qual afirmaron averse usado assi de antiguos años, y dias hasta entonces.* Y parece hizieron las declaraciones reconociendo la Azequia, y en su sitio, en presencia de vn Alfaqui, que quiere dezir *Escrivano Predicador*, refiriendo al fin sus nombres, y el Juez la aprobò. Y los demàs se reducen à ratificacion, y comprobacion de la primera; pero todas contienen tales, y tan visibles defectos, que no merecen fee, y son los siguientes.

175. El primero, que todos son hechos sin citacion de la parte de Xeriz, ni asistencia de persona en su nombre privadamente, sin mandato de Juez, ni autoridad alguna. El segundo, que son traslados de traslados, sacados tambien sin citacion, y no de Archivo publico, ni por persona publica, ni Escrivano. El tercero, que contienen diversas palabras añadidas de distinta letra, y no estàn salvasas. El quarto, que son vnos pedazos de pergamino cosidos vnos con otros, y sacados por concuerda por el Romanceador, que se dixo ser, sin autoridad de Escrivano, y dize lo sacò à instancia del Convento de

San Geronimo, y por mandado del Alcalde mayor de Granada, en 27. de Julio de 1553. sin citacion de parte, y el que se ha presentado es traslado del traslado que diò al Convento el Romãceador. Y el quinto, que aviendose sacado otro traslado de estas mismas escripturas del Archivo de Guadix para su comprobacion el año de 563. en virtud de Provision, y con citacion, este contiene en la escriptura de el año de 1299. las palabras siguientes: *En el lugar por donde se alça el Rio, que se junta en el barranco, que esta encima de la Alcarria de Xeriz, del Cenete de Guadix, &c.* Lo que no contiene el otro traslado.

76. . . . De forma que no se alcanza, que fundamento legal pueda darse, para pretender se estimen semejantes instrumentos para efecto alguno de derecho, ni que se les deba dar credito, fee, ni estimacion, pues para ello es necesario, que no contengan defecto alguno de los que van notados; pues teniendo la escriptura añadidura, y enmiendas, ò testadura, debe estar salvado por el Escrivano antes de las firmas, lo qual està assi dispuesto expresamente por la ley 13. tit. 25. lib. 4. Recop. ibi: *Y si en leyendo la dicha nota, y registro de la dicha escriptura, fuere algo añadido, ò menguado, que el dicho Escrivano lo aya de salvar, y salve en fin de la tal escriptura antes de las firmas, porque despues no pueda aver duda, si la dicha enmienda es verdadera, ò no, &c.* Y substancialmente, todas las declaraciones de los Moros, vienen à ser vnas deposiciones de testigos voluntarios, examinados, y recibidas sin juicio, ni cõtienda de èl; y aunque la huviera, no ay citacion de parte, ni intervencion de Xeriz, ni por el con siguiente pueden causar perjuizio à los que en semejante acto no intervinieron, como hecho, y cosa *inter alios acta*: *Ex notissimis regulis leg. fin. ff. de re iudic. Leg. Si cui. §. Iisdem, ff. de accusation.*

Mem. num. 17
y 25.



tion. *Cap. Inter dilectos, de Fid. instrum.* ibi: *Nec attestaciones, qua continebantur in instrumento sententia, per quas legitima donatio luitwardi videtur esse probata, poterant eidem Archiepiscopatui nocuumentum aliquod irrogare, cum inter alias personas, & in alio iudicio recepta fuissent, &c.* Proposicion que doctamente exornò Dom. Valenç. *conf. 92. num. 18. & seqq.* con muchos, que por ser tan vulgar se omiten.

77 Demàs de ser traslados de traslados, que no hazen fee contra tercero, que no inter vino, ni para su saca ha sido oïdo, ni citado: *ex leg. 2. de Fid. instrum. cap. 1. extra eod. leg. 114. vers. Cã si alguno, in fine, tit. 18. part. 3. Sarmiento, lib. 4. Select. in leg. Gallus, §. Idem credendum, num. 9. de lib. & posth. Escobar de Purit. part. 1. quast. 15. §. 3. num. 22. Dom. Valenç. dict. conf. 92. num. 24. & cum Marant. Dom. Covarr. D. Salgad. & alijs Parej. de Instrum. Edit. tit. 1. resol. 3. §. 3. num. 120. & seqq. donde num. 123. se haze cargo de la disposicion de el cap. fin. de Fid. instrum. ubi Innocentius num. 4. dixit: *Possent tamen dici, quod si aliqua instrumenta sunt in casu perditionis, propter vetustatem, vel aliam causam consimilem, quod tunc etiam ab sentibus partibus possunt transcribi instrumenta, si vocari, & expectari non possunt, &c.* Y sin embargo resuelve lo contrario en el num. 25. ibi: *Verum hæc limitationes nobis in iure non probantur, cum certissimum sit in his exemplationibus requiri citationem generalem per edictum, aut proclamat ut Innocentius sibi contrarius fatetur, &c.* citando al señor Covarr. Gratian. Barbof. y otros. Y à lo mas, como dixo en el num. 126. si en algun caso se debiessen estimar, serà para que el acto tenga subsistencia vnicamente; pero no para que por èl se cause perjuizio à tercero, que no ha sido citado, ibi: *Aut saltem quando in aliquo casu possunt admitti dictæ limitationes, dicendum est**

id

id fore, ut sustineatur actus exemplationis ita facta, non verò ut ex eo pradiuim tertio non citato irrogetur, ut non obscure dixit Bald. in dict. Auth. siquis in aliquo, dict. num. 7. in illis verbis: Quia illud est verum quantum ad existentiam actus, non quantum ad pradiuim probandi ius competere contra tertium, &c. Que no parece puede ser mas terminante para el caso.

78. Es mas despreciable el fundamento de dichos instrumētos, por no estar hechos ante Escriuano Publico, ni sacados, ò concordados, ni saberse quien sea el que se dize Romanceador, ni què autoridad publica tuviesse, para que se le pudiesse dar fee, siendo obligacion precissa de el que produce el instrumento, probar que fue tal Escriuano Publico, à lo menos en la comun estimacion, como notò el señor Presidente Covarrub. Practic. cap. 19. num. 9. ibi: *Qua ratione Forensi usu apud Regia Tribunalia receptum est, ut si quando producto in iudicium instrumento obiectum sit illud non esse publicum, nec authenticum, quia non sit à publico, & verò conscriptum Tabellione, qui illud produxerit teneatur probare id à verò, & publico saltem communi estimatione Tabellione conscriptum fuisse, &c. Ex leg. Reg. 115. tit. 18. part. 3.* Sobre todos los quales defectos, es muy notable, y copioso lugar el del señor Valenç. Velazq. conf. 100. desde el num. 82. hasta el 90. à que nos remitimos.

79. Y aunque algunos quisieron limitar esta segura regla en los instrumentos antiguos, que exceden de ciento, y dozientos años, y que en su figura no contienen sospecha de falsedad, haziendose cargo de sus doctrinas, y de diversas decissiones de Rota, que cita Pareja de Instrum. Edit. tit. 1. resol. 3. §. 2. à num. 35. en el 37. siente lo contrario, rindiendose legalmente à la literal disposicion de nuestra ley de Partida

115. tit. 18. part. 3. que en estos terminos decide: Y quando à tal contienda acaciere, dezimos que el juzgador debe mandar, que aquel que muestra la carta en juicio, si se quiere ayudar de ella, que lo averigüe probando, que aquel hombre que diz e en la carta que la hizo, era Escrivano Publico, ò que en el Lugar do fue fecha, estava por Escrivano Publico, ò era fama entre los hombres de aquel Lugar, que lo era, y usaba de aquel menester; y probando algunas de estas razones, debe ser creída la carta en juicio; mas si alguna de ellas no pudiesse probar, no debe valer, ni ser creída en juicio, &c. Y dà la razon Pareja en el num. 38. de que no distinguiendo la ley, no se debe estimar otra cosa; porque como doctamente notò en el num. 39. assi debe juzgarse de todos aquellos instrumentos, que solo tienen por fundamento la antigüedad, y no se coadyuban con otros adminiculos, porque la antigüedad por si sola no prueba, pues se pueden aver hecho, y supuesto con antedata, y ser executados recientemente, y assi con otros muchos que cita dixo dict. num. 39. ibi: *Quod maximè procedere arbitratur in instrumentis productis, quæ solum antiquitate nituntur, & alijs adminiculis non coadiuvantur, cum certissimum sit in iure, quod data quantumcumque antiqua, non probet instrumenti antiquitatem, cum possibili sit instrumenta confici, quæ antiqua videantur in data, cum tamen recenter scripta fuerint, ut rectè considerat Aymon Cravet. &c.*

80. Conociendolo assi el Convento, y Cogollos, han querido adminicular, y comprobar en alguna forma los referidos instrumentos; y para ello (como queda dicho) hã sacado otras copias del Archivo de Guadix, las quales no solo no prueban su intento, sino es que absolutamente lo destruyen, por no concordar en el todo, como tambien dexamos supuesto, teniendo los vnos palabras substanciales, que no se hallan

en los otros, enmiendas, y añadiduras por salvar; y que les privan de la fee en juicio, como fundan Cephal. *conf.* 409. *num.* 2. *lib.* 3. Hypol. *Rimin. conf.* 109. *lib.* 2. *num.* 100. Menoch. & plur. apud Pareja *de Instrum. Edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 1. à n. 45. Y no solo no se puede aprovechar de semejante instrumento el que lo produce, por tener contra si la presumpcion de que borrò, ò quitò lo substancial del instrumento por su provecho, sino es que incurriò en la pena de falsedad, como fundò doctamente con otros muchos Dom. Vela, *disert.* 38. *num.* 81. *ibi:* *Ergo multo magis contra se presumptionem habet; qui scripturam ad suam ius pertinentem, aut rationes communes deleverit, aut deleri sit passus, ne scilicet. Inde veritas sibi nociva detegeretur, ex quo nedum in falsi suspitione, sed in peccatum incidit. Leg. 2. leg. Instrumentorum, & c.*

81. Muchísimos mas defectos pudieramos dezir contra semejantes instrumentos, para que no se estimasse merecer nombre de tales; pero como insanables, nos contentamos con los referidos, y porque substancialmente nada prueban, por ser regla infalible de Derecho, que los instrumentos quanto quiera que sean legales, solo prueban lo que expressa, y literalmente contienen, sin que se les pueda añadir, ni quitar palabra à su contexto, ni de su contenido, como singularmente fundò Pareja *de Instrum. Edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *num.* 104. *vers.* *Constat, ibi: Constat enim, quod ad probationem dominij instrumentum nihil aliud probat, quam illud quod continetur in eo, & quod omittitur praesumitur, non actum inter partes, & habetur pro omisso. Leg. Ad probationem dominij 21. C. de Probat. ubi scribes communiter, & prater illos tradunt Paris. consil. 117. n. 6. vol. 1. Petr. Sard. de Aliment. tit. 8. privil. 76. Aug. Barbol. in Collect. ad text. in dict. leg. Ad probationem, n. 1. & 3. & axiom. 57. n. 9. & c.*

Memor.
num. 17.

82. Y reconocidos los llamados instrumentos Arabigos, lo que de ellos resulta es, el ningun derecho que los de Cogollos tenian en aquel tiempo à estas aguas; pues en la escriptura, ò declaraciones, que se supone hizieron en el año Arabigo de 699. y de nuestra Redempcion 1299. veinte y siete Moros dixeron las palabras siguientes: *Y saben, que los señores de la dicha Azequia toman toda el agua, que huviere en dicho Rio, si la pudiere llevar la dicha su Azequia, è lo alçar por ella, è no dexan de ello à quien alçar su Azequia en la parte que ellos alçan la suya susodicha, è son los de Xeriz, y otras partes, mas de lo que sobra, despues que ellos alçan lo que han menester para ello, si les sobrare alguna cosa, è no son obligados à dexar à los que estàn debaxo de ellos cosa alguna demàs de lo que les sobrare, è que no tiene nadie compaña con los de la Azequia susodicha en el agua, que ballaren en el Rio susodicho, ni la parte con ellos nadie, è que ellos tienen mas derecho al Rio susodicho, que todos los que tienen represas de Azequias a donde ellos alçan su Azequia, è son los primeros que lo han de tomar; porque alçan el agua en parte, que no està hecha de manos de cosa criada, ni puede hazerlo persona humana, porque es de las cosas que Dios altissimo hizo por su poder, segun quiso, hasta llegar à donde alçan el agua de èl los de la Azequia susodicha, segun està declarado, &c.*

83. Vease, pues, si atendido el todo de estas declaraciones, y sus expressivas palabras, se puede dezir, que en las aguas que se controvierten, tienen, ni han tenido dominio alguno los de Cogollos, ni el Monasterio; y si se deduce realmente lo contrario de las declaraciones de Moros de que se valen; pues expressamente afirmaron, que son los dueños los primeros de la parte mas alta, y que no tienen obligacion à dexar cosa alguna à los de la mas baxa: cuyas asser-

cio-

ciones convienen con lo mismo que dexamos fundado, por la naturaleza de las mismas aguas, y su nacimiento, de modo que quando alguna antiguedad, ò prueba de derecho se pudiesse inferir de semejantes actos, es contraria à lo que ha querido probar el Convento, y Cogollos. Y assi se les puede dezir *illud Divi Marci cap. 14. Et convenientia testimonia non erant, &c.*

84. Pero quando todo lo antecedente fuera capaz de duda, y no la tuvieran los dichos instrumentos, ni padecieran los visibles defectos, que quedan ponderados; tampoco podian servir de aprecio alguno, pues servirian, y podian servir para los Moros, y su gobierno, quando posseian, y posseyeron aquella tierra; pero no para dar regla, ni motivo, para que se observasse la que ellos guardaban, quando, y despues que se conquistaron por los Señores Reyes de España, y sus Catholicas Armas, se mudaron, y su causa con la mutacion de la persona dominante, *ex leg. Cum quaritur, cum seqq. ff. de except. rei indic.* y mudada la condicion de la persona, se muda tambien la condicion de los bienes. *Leg. fin. C. inoffic. testam. ibi: Cum nec nomen peculij permanet, sed alijs rebus confunditur, similem fortunam recipit, quemadmodum, & cetera res, &c. Leg. Castrense, ff. de Castrens. pecul. de quibus omnibus, cum alijs iurib. & AA. Dom. Valenc. Velazq. conf. 91. à num. 52. & seqq. y especialmente num. 73. ibi: Maximè respectu novi status, cuius respectu antiquior dictarum terrarum minimè attenditur, iuxta text. in cap. Constitutis 47. de Election. &c.*

85. La prueba de esta verdad, y singular fundamento, la manifiestan las historias antiguas, las Monarquias diversas, sus mudanças, y temporales possessiones, las singulares adquisiciones de dominios, y prescripciones de los mo-

dernos Dominantes, y Conquistadores contra
 los antiguos, constituyendoles su conquista, y
 adquisicion en vn pleno nuevo dominio absolu-
 to de lo adquirido, ò recuperado, y dandoles vn
 justo indisputable derecho de prescripcion, aun-
 que conste de principio; como sucediò con los
 Romanos, cuyo imperio lo fue casi vniversal de
 el Orbe, y especialmente de las Occidentales
 Provincias de Italia, España, Francia, Alema-
 nia, y otras; y sin embargo los Señores Reyes
 de España, Francia, y Alemania, y otros mu-
 chos Principes de Italia, las adquirieron, y pres-
 cribieron la omnimoda libertad, y legitimo do-
 minio contra el Romano Imperio, de el mismo
 modo que èl lo avia adquirido de los Medos,
 Assyrios, Persas, Griegos, y otras Naciones, y
 con superior razon en nuestra España, despues
 de la expulsion de los Moros, como en terminos
 de derecho de Patronato, y de Diezmos, lata, y
 doctamente notò el Cardenal de Luca in *Miscel-
 lan. Eccles. disc. 1. num. 94. vers. Propositio, & de
 alienation. disc. 3. num. 21. ibi: Nisi quando ut su-
 pra concurrat certitudo initij infecti cum restrictione
 excludente alterius tituli melioris possibilitatem, non
 enim omne initium id operatur, quoniam stant simul,
 ut constet de initio status contrarij, & tamen rectè
 detur prescriptio immemorialis, cuius vigore quilibet
 melior titulus allegari possit, adque pluries in facti
 contingencia agendo, de hoc articulo deducere consue-
 vi exemplum Imperij Romani, quod notorium est
 possedisse pene unversum Orbem, praesertim nostras
 Occidentales Provincias Italia, Hispania, Gallia,
 Germania, & alias, & tamen receptum est plures
 Italia Principes, vel Civitates, dictosque Hispania,
 & Gallia, Germania, aliarumque Provinciarum
 Reges, & Principes omnimodam libertatem, ac exèp-
 tionem ab imperio praescripsisse, ex praescriptione im-
 memoriabili prabente quemlibet titulum meliorem,*

eo modo quo Romanum Imperium prius quaesierat, ac praescripserat contra alias antiquiores Monarchias, Medorum, Assyriorum, Persarum, & Graecorum ex deductis per nostrum eruditum Borrel. in eius tract. de Praestan. Reg. Cathol. cap. 4. § 47. Ergo contrarium initium ita genericè sumptum, & de per se hoc impedimentum non praestat, &c.

86. Ita pariter certum est quod Ecclesiae, quae hodie possidentur cum Iure Patronatus à Laicis, diversum habuerunt initium, cum introductio Iuris Patronatus fuerit posterior, ut advertitur in sua materia sub titulo de Iur. Patron. & sic adest initium, & tamen datur possessio immemoriabilis, idemque in decimis, quas Laici possident, praesertim in Hispania, ut patet ex copioso numero decisionum Rotae, quas desuper inter volumina habemus, certum enim est initium post expulsionem Maurorum, & tamen adhuc datur immemoriabilis, quia haec intelligitur ab eo diverso statu citra, &c.

87. De cuya doctrina, y potissimo fundamento, legalmente podemos deducir, y se prueba, que quando por el Monasterio, y Cogollos se quiera alegar por titulo para su derecho, el gobierno de los Moros, y escripturas Arabigas, que dizen probarle; el nuevo titulo posterior de los señores Reyes de España, despues de su expulsion, y conquista del Territorio, es el que vnicamente se debe atender, y presta la prescripcion, y justo titulo de poseer, que es lo mismo que sucedia, y sucedió en tiempo de los Emperadores Romanos con los fundos, y tierras limitaneas, ò limitropheos, que estavan en Alemania al Rio Ren, ò Reno, y eran limites de su Imperio, y los concedian à los Capitanes, y Soldados, para que defendiesen aquellos Presidios, y Fronteras, peleando valerosamente contra los enemigos, y defendiendolos de las invasiones, y esta publica utilidad era, y fue bas-

tante para la justa nueva adquisicion de los Militares, y Conquistadores, aunque fuesen de particulares; porque no pudiendo estos defenderlos por la publica vtilidad, pudo justamente el Principe quitarcelos, y darlos à los Soldados, como doctissimamēte dixo, y fundò el señor Amaya, *Observ. Iur. lib. 1. cap. 1. à num. 52. & seqq. & num. 58. ad 63. ibi: Quare existimo hoc ideò accidisse ex ea causa, quoniam hac prædia possita erant in Germania trans Rhenum nobile in Germania flumen. Vbi limites Imperij erant, ut ex Tacito Dione, & alijs docent Pancirol. in notis ad Imperij Orientalis notitiam, cap. 139. Iustus Lipsi. de Magnit. Rom. lib. 1. cap. 4. Bulens. lib. 3. de Imper. Rom. cap. 8. & 9. Vnde milites Ripparienses limitani, & limitrophi vocati sunt posteriori ævo, quas ripas Rheni, & limites Imperij sui stationibus ab hostium incursionibus defendere solebant (apud nos sonat Presidios, y guarniciones) & probat eleganter Claudianus de bello Getico, vers. 421. que refiere à la letra, y profigue.*

88. *Et Sueton. in August. cap. 25. ibi: Libertino milite vis usus est ad tutelam ripæ Rheni flumine, eosque servos adhuc viris, fortunisque periculosioribus indictos. His autem ut alacrius pugnarent, & loca illa libentius amantes, hostes fortiter arcerent, in eosque irruere non formidarent, cum se, suaque defenderent, Alexander Imperator prædia eisdem limitrophia constituit (id est illa, quæ in eisdem finibus erant, leg. 2. §. Pro limitaneis, C. de offic. Præf. Afric.) ita ut eorum essent, & heredum, si militassent, ut docet Lamprid. in Alex. & Pet. Fab. l. 2. semest. cap. 4. vers. Ea colonia, Sigon lib. 1. de antiquo Iure, cap. 15. & nos deo dante dicemus in leg. 1. C. de Fund. limitroph. lib. 11. Vnde credibili est, quod cum hac prædia in limitibus essent Imperij ob publicam causam Princeps (qui Alexander fuit, quo tempore vixit Paulus, ut refert Lamprid. sup. & Varon.*

Varon. 2. tom. ann. 225. num. 1.) potuit ea priva-
to auferre, & militibus dare, cum privatus ille de-
fendere ea non posset. Nam certum est Principem
ex causa publica utilitatis auferre posse subdito ius
quassitum, ut tradunt sup. relati. &c.

89. No parece puede darse doctrina
mas terminante para prueba de el assumpto, y
que procede con mas seguridad, considerando
que estos fundos, tierras, aguas, y terminos, no
se quitaron à ningun particular, que tuviesse de-
recho à ellos, por incapaz de su defensa, ni hubo
alguno, que como ocupados de los Tyranos
Enemigos de la Fè, pretendiesse derecho de re-
version *iure posthliminij* à su dominio, lo que po-
dia pretender con el Principe el antiguo dueño,
como dexò fundado el señor Amaya, *dict. cap. 1.*
num. 55. ibi: Sed qua ratione id accidere potuerit ri-
dicula sane ab aliquibus redditur, scilicet credibile esse
omnia prædia trans Rhenum in Germania sita, cum
à fide Imperatoris defecissent Germani, ab eisdem
occupata, quibus expulsis Imperator potuit eadem
militibus victoria, & rerum bene gestarum in præ-
mium assignare; ea nempe prædia, quæ erant Titij
civis, eo non certiorato; nam potuit ab Imperatore
petere eorum restitutionem, & sic ad illum redibunt,
tanquam posthliminij iure, cum expulsis hostibus ex
agris ab eis occupatis, dominia ad Priores dominos
redeunt, neque publicantur, neque loco prædæ sunt.
Leg. Si Captivus, §. 1. ff. de Captiv. &c.

90. Si no es que como tyranizados, y
ocupados injustamente por los Moros, y justa-
mente conquistados, y recuperados por los Se-
ñores Reyes de España, pudieron donarlos, y
darlos despues de la Conquista, y Expulsion (co-
mo dize el señor Amaya) à los Militares en pre-
mio de la victoria, y valerosos servicios, impo-
niendo, y decretando la nueva adquisicion, do-
minio, uso, goze, y aprovechamiento, sin aten-

cion al antiguo tyrano, y ninguno de los Moros, y su gobierno, à quienes verdaderamente se debe aplicar por su vsurpacion tyranica las palabras del cap. 8. Reg. lib. 1. ibi: *Ins Regis, qui Imperaturus est vobis, filios vestros tollet, & ponet incurribus suis, facientque sibi equites, & praecursores quadrigarum suarum, & constituet sibi Tribunos, Centuriones, & Aratores, & agrorum suorum, agros quoque vestros, & vineas, & oliueta optima tollet, &c.* De quo Sarmiento, lib. 1. Select. num. 20. in fin. Et cum alijs Cevall. comm. contr. comm. quest. 578. num. 2. Por ser esta la ley, condicion, naturaleza, y verdadera antiguedad, que se debe atender, como en este caso noto el señor Amaya, lib. 3. Obseru. Iur. cap. 4. num. 22. ibi: In qua re conditiones agrorum debent inspicere, iuxta leges agro dictas, vel agrorum naturam, aut vetustatem, dict. leg. 1. §. fin. leg. fin. ff. de aq. plu. &c. Sin que pueda en justicia privar à los dueños de estos tales fundos, y territorios, por resistirlo la misma naturaleza, y comprehension de su concession, y privilegio, y disposicion de Derecho, por la singularissima del Texto in leg. 3. ff. de fund. limitroph. lib. 11. ibi: *Agros limitaneos universos cum paludibus, omni que iure quos exprisca dispositione limitanei, milites ab omni munere vacuos ipsi curare pro suo compendio, atque arare consueverant, & si in presenti coluntur ab his firmiter, ac sine ullo concussionis gravamine detineri, &c.*

91. Y assi no se puede dudar, que el titulo del Monasterio, y Cogollos es ninguno, y ninguna, y absolutamente despreciable la prueba, que por instrumentos se ha pretendido por su parte hazer, por no tener otros que las referidas escripturas Arabigas, tan despreciables, como dexamos demostrado, y por testigos, no solo no ay prueba del dominio de las aguas, sino es que no se hallarà, que se ayan atrevido, ni

*Iuxta leges
agro dictas*

aun à proponerle, y solo se han fundado en prescripcion, ò possession, que tampoco han podido probar; y porque esta verdad, y su verificacion, pertenece propriamente al punto tercero, procederè mos à manifestarla cõ la misma evidècia.

PUNTO III.

QUE LA POSSESSION, QUE EL Convento del Parral de Segovia, Concejo, y vezinos del Lugar de Cogollos, han querido persuadir, autas de interin, y quantos se han dado en este pleyto, ni no les aprovechan, ni pueden sufragar.

92. **D**Examos probado exuberantemente en los dos puntos, que se han discurredo, el privativo dominio de todas las aguas, que nacen en la Villa de Xeriz, su termino, y jurisdiccion, à favor del seõor Duque del Infantado, y sus vezinos; y manifiesta la total exclusion de el, que han pretendido assi el Convento de el Parral, como el Cõcejo, y vezinos de Cogollos.

93. Y aunque para obtener en el juizio, que se controviette, nos bastaba lo hasta aqui ponderado; porque no quede el menor escrùpulo en nuestra pretension; demonstrarè mos con la brevedad possible, que la possession vel quasi de estas aguas, tantas vezes repetida, y alegada de nuestros contrarios, autos de interin, y demàs proveidos en el juizio possessorio, no les pueden ser vtiles en este de propiedad.

94. Por ser este vn juizio, que no solo no tiene dependencia alguna con el possessorio, *vt cõstat ex leg. Naturaliter 12. §. Nihil, ff. de adq. poss. ibi: Nihil commune habet proprietas cum possessione. L. 27. tit. 2. partit. 3. ibi: Propriedad, è*

propriedad

possef-

possession son dos palabras, que ha entre ellas muy gran departamento. Cã propiedad quanto quiere decir, como el señorío, que el ome ha en la cosa; e possession tanto quiere decir como tenencia. Azeved. in leg. 7. tit. 15. lib. 4. Recop. num. 3. fino es que por ser entre si incompatibles, no se pueden vnir en vn mismo litigio. L. Ordinarij. C. de rei vindicat. L. 9. § 10. tit. 7. lib. 5. Recop. Dom. Solorç. de Ind. Gubern. tom. 2. lib. 2. cap. 29. num. 7. D. Paz de Tenut. tom. 2. cap. 70. Noster Roxas de Incompat. part. 5. cap. 5. ex n. 33. cum plur. seq.

95. Y assi no basta alegar la possession, ni no se justifica el dominio de la cosa que se controvierte, todas las vezes que el Actor manifiesta titulo, ò instrumento, que à su favor lo induzca. *Vt deducitur ex leg. 28. tit. 2. partit. 3. Barbof. in cap. 3. de caus. poss. § propr. num. 14. D. Salgad. 1. part. Labyr. cap. 10. § Vnic. num. 41.*

96. Mas considerando, que assi el Conuento, como los vezinos de Cogollos, exclaman vna possession inmemorial del vfo destas aguas, para inducir el titulo mas eficaz de dominio, por ser tan poderosa la inmemorial prescripciõ, que al que la alega, y la prueba, le concede aquel titulo, que quisiere fingir, ò pensar; en tanto grado, que esta prescripciõ se iguala à los Reales Privilegios. *Vt constat ex leg. 5. tit. 12. lib. 7. Recop. ibi: Que tienen Privilegio, ò por costumbre antigua, que el derecho iguala al Privilegio. L. 1. § fin. in fin. ff. de aqua plu. arcend. L. 3. Hoc iure. § Ductus aqua 4. ff. de aq. quot. § astiv. L. 16. tit. 31. partit. 3. Dom. Molin. de Primog. lib. 4. cap. 10. n. 10. vbi DD. Add. Pareja de Instrum. Edit. tit. 5. resolut. 9. à num. 126. Dom. Castell. de Tert. cap. 22. num. 1. Petr. Barbof. in Rubr. C. de prescript. 30. vel 40. ann. n. 350. Valer. de Trans. tit. 4. q. 2. n. 79.* Nos harèmos cargo de esta pretensa possession, y prescripciõ, para destruir su concepto.

97. Es principio sentado, que assi como por la vsucapion se adquiere el directo dominio de los bienes muebles, y raizes (medio que introduxo el Derecho Civil, porque el dominio de las cosas no quedasse dudoso, *ex leg. 1. ff. de vsucap. L. 1. tit. 29. part. 3. Dom. Vela, dissert. 34. num. 73.*) por la prescripcion se consigue tambien el quasi dominio de las cosas incorporeas: *Ad leg. 3. ff. de vsucap. L. 1. §. Qui in perpetuum, ff. si ager vectigal. L. Traditionibus 20. C. de Pact.* Siendo la razon de adquirirse por la prescripci6n el quasi dominio, el estimarse esta por especie de enagenacion, como dize el Consulto Paulo *in leg. 28. ff. de V. S.* Y como la enagenacion es vno de los medios para transferir el dominio, *L. Quia ratione 9. §. 5. L. Nunquam 31. ff. de adq. rer. dom.* de la misma forma la prescripcion es vno de los modos, por donde se consigue el quasi dominio de las cosas incorporeas.

98. Tambien es regla indubitada, que para que surta efecto la prescripcion, ha de estar adornada de tres indispensables requisitos. El primero es la buena fee, que debe tener el que prescribe. *L. Si is, qui 15. §. Siquis 2. ff. de vsucap. L. Qui fundum 7. §. Qui bona 4. ff. pro emptor. L. 2. C. de Præscript. long. temp. L. 21. § 23. tit. 29. partit. 3. Dom. Salgad. de Reg. Protect. part. 3. cap. 10. num. 287. Pareja de Instrum. Edit. dict. tit. 9. resol. 2. à num. 11. Dom. Covarr. in Regul. Possessor. part. 2. §. 6. de Reg. Iur. in 6. Hermosill. in leg. 54. Gloss. 1. n. 7. tit. 5. partit. 5. Andr. Tyraq. de Præscript. §. 1. Gloss. 2.*

99. Para que aya buena fee de parte de el que prescribe, es preciso se halle assistido de vna sincera, y recta conciencia, que le escuse de la ignorancia de que la cosa es agena, es viciosa, es furtiva, ò prohibida su enagenacion, creyendo con justa causa, que es de el mismo prescri-

bente. *L. 1. §. Iulianus*, ff. de *Itin. act. que priv.*
L. Bone fidei emptor. 109. ff. de *V. S.* ibi: *Bona fi-*
dei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alie-
nam esse; aut putavit eum, qui vendidit, ius ven-
dendi habere, puta procuratorem, aut tutorem esse.
Dom. Castell. de Tert. cap. 26. num. 3. D. Gonçal.
Tell. in cap. Quoniam omne, de Præscript. in 6. D.
Salgad. de Reg. Protect. dict. cap. 10. n. 287. Parej.
tit. 9. resol. 2. num. 24.

100. Y en tanto grado es precisa la buena fee, que aunque por Derecho Civil basta tenerla en el principio de la prescripciõ, aunque despues sobrevinieste ciencia de la cosa agena. *Vt constat ex leg. 2. ff. de usucap. & ex leg. 2. C. de Præscript. long. temp.* oy por Derecho Canonico, y de el Reyno, ha de ser durable este requisito por todo el tiempo, que se necessita para el logro de la prescripcion: de tal forma, que si sobreviene mala fee, aunque en el principio la huviesse buena, la prescripcion se vicia, è interrumpe. *Text. in cap. Omne 8. 25. quest. 1. cap. Quod Deo 33. quest. 5. cap. Si virgo 34. quest. 2. cap. Dudum 31. de Decim. cap. Si diligenti 17. & cap. fin. de Præscript. L. 5. tit. 15. lib. 4. Recop. Vbi Azeved. num. 16. Fontanel. decis. 153. num. 3. Valasc. consult. 8. num. 21. Gutierr. lib. 1. Canonic. cap. 34. num. 68. Gonçal. Tell. in cap. Quoniam omne 20. de Præscript. tit. 10. Dom. Castell. de Tert. cap. 26. num. 7. ibi:*

101. *Hodie verò, ut dixi, Iuris Civilis dispositione prædicta, & alia quacumque correctæ, ex Iuris Pontificij expressa constitutione nulla præscriptio cum mala fide procedit, sed in omnibus præscriptionibus, nulla excepta, bona fides requiritur, & præcisè necessaria est, & quod adsit omni tempore, usque ad completam præscriptionem. Et ideò quocumque tempore superveniat mala fides, ante perfectam præscriptionem interruptitur, & vitiatur præscriptio,*
 quid-

quidquid aliter de Iure Civili statutum esset, & Iuris Pontificij constitutio, qua nulla valet absque bona fide præscriptio, etiam in foro civili, & temporali, & non modo in Ecclesiastico servanda est, quia cum agatur de materia peccati, Ius Canonicum in omni foro servandum est.

102. La razon de decidir es muy clara: porque donde sobreviene mala fe, no puede aver recta, y sincera conciencia de parte del que prescribe: Vt ait Gonçal. in dict. cap. *Quantum omne*, de Præscript. num. 6. ibi: *Vnde qui interius admonetur, se rem alienam possidere, rei alienæ conscientiam rectè dicitur, ac proinde præscribere eam non posse, quia bonam fidem non habet. Igitur ut præscribens bona fide utatur, necesse est, ut eius conscientia illessa sit, putans rem alienam non possidere.*

103. El segundo requisito, que debe tener el que prescribe, es el justo titulo: *Text. in leg. Celsus 27. l. Nunquam 31. ff. de usucap. l. Diutina. l. Neque petentem, C. de Præscript. long. tempor. l. Nulla 14. C. de rei vindicat. l. Si nulla 6. C. de adquir. possess. l. ultim. C. de usucap. l. 6. l. 9. l. 18. tit. 29. partit. 3. cap. 1. cap. Si diligenti 17. de Præscript. Dom. Castell. de Tert. dict. cap. 26. num. 1.* Considerase justo todo aquel, que es habil para transferir dominio, ut est tit. pro emptore, pro donato, pro legato, pro de relicto, pro heredede, y otros semejantes: de que se infiere, que todo aquel que posee nomine alieno, no puede prescribir, porque le falta justo titulo de adquisicion. Y assi el commodatario, el conductor, y el que ex causa pignoris, aut precarij, posee, nunca puede alegar prescripcion à su favor, porque poseen nomine alieno. *l. 1. C. commun. de usucap. l. 2. C. de Præscript. 30. vel 40. ann. l. 13. §. 1. l. Si servus 22. §. Is, qui pignori. l. Pignori 13. ff. de usucap. D. Gonçal. Tell. in dict. cap. 17. de Præscript. n. 3. & 7. D. Larr. alleg. 28. n. 5. D. Castell. de Tert. cap. 38. per tot.*

104. Es el tercer requisito, la possession, ò quasi possession continuada de los bienes, ò derechos, sin la qual no procede la prescripcion. *L. Sine possessione 25. ff. de usucap. Lex 29. tit. 29. partit. 3. cap. Sine possessione, de Reg. Jur. in 6. cap. fin. de Prescript.* De tal forma, que si falta, se interrumpe: *Vt constat ex leg. Naturaliter 5. ff. de usucap. Dom. Covarr. in Reg. Possessor. de Reg. Jur. in 6. part. 2. §. 1. Ant. Gom. lib. 2. Variar. cap. 15. à num. 20. vers. Servitutes. Et in leg. 65. Taur. num. 2. §. 3. P. Molin. de Iust. §. Jur. disp. 62. Riccio, part. 7. collect. 2760. Dom. Castell. de Tert. dict. cap. 26. num. 1.*

105. Y para que esta possession aproveche, no ha de ser clandestina, violenta, ni precaria, pues por qualquiera de estas cosas se vicia. *L. Clam possidere 6. ff. de adq. poss. L. 1. ff. Precar. L. 1. §. tot. tit. ff. quod vi.* Y por consiguiente la prescripcion no puede surtir efecto, y assi es preciso sea legitima, y con ciencia, y paciencia de aquel contra quien prescribe. *L. Quoties 2. ff. de servit. L. Attilicinius, ff. de servit. urb. prad. Cap. Cum Ecclesia Sutrina, de caus. posses. §. propriet. D. Molin. de Primog. lib. 2. cap. 6. n. 23. ibi: In his namque prescriptionibus iurium requiritur adversarius, qui §. sciat, §. patiatur, §. non aliter poterit prescriptio, nec etiam consuetudo prescripta inchoari. Idque verissimum, atque indubitatisimum est, perpetuoque memoria tradendum. Vbi DD. Add. Dom. Salgad. de Reg. Protect. part. 3. cap. 10. num. 16. ibi: Et hac quasi possessio haberi non potest in his iuribus, nisi mediante scientia, §. patientia adversarij. L. penult. ff. de servit. Si ergo ignoratur, non procederet prescriptio, quasi possessione deficiente, ex dictis iuribus.*

106. Ya se sabe, que la possession se considera en dos maneras, civil, y natural. *Leg. Clam possidere 6. §. Qui ad nundinas, ff. de adquir.*

possession. L. 2. tit. 30. partit. 3. Ant. Gom. in leg. 45. Taur. num. 19. Dom. Covarr. in Reg. Possessor. part. 2. num. 4. La possession civil es aquella, que animo retinetur; y la natural se consigue por la verdadera insistencia, ò vso de las cosas. L. 1. §. Dejicitur. ff. de vi, & vi armat. L. Quemadmodum 8. L. Naturaliter 12. ff. de adq. possess. Dicta L. 2. tit. 30. part. 3. Gom. ubi nuper num. 100. y vna, y otra con precision se requiere para el logro de la prescripcion. L. 15. L. Sine possessione, ff. de usucap. L. penult. ff. pro donat. L. 13. §. Quasitum, ff. de adq. possess. Regul. sine possessione, de Reg. Iur. in 6. Et ibi Dom. Covarr. D. Castell. lib. 5. Controv. cap. 93. §. 9. num. 1. Noster Aquil. in Addit. ad Roxas de Incompat. part. 1. cap. 3. num. 58.

107. Siguese, pues, de lo hasta aqui discurredo, que por no tener el Convento del Parral, ni el Concejo, y vezinos de Cogollos, requisito alguno de los expressados, es inutil, y despreciable la inmemorial prescripcion, en que procuran fundar el dominio vel quasi, de las aguas que nacen en el Termino de Xeriz.

108. Faltales lo primero la buena fee: por que no puede intervenir quando ay cierta ciencia de que la cosa es agena. *Cap. penult. de Consanguin. & affinit. Cap. Siquis ordinaverit 45. de Simon. D. Gonçal. Tell. in dict. cap. fin. de Prescript. num. 14. Et Dom. Castell. de Tertijs, dicto cap. 26.*

109. Que el Convento del Parral, Concejo, y vezinos de Cogollos tengan cierta ciencia, y la ay an tenido de ser el privativo dominio de estas aguas, proprio del señor Duque, y vezinos de Xeriz, se persuade de ser precisamente notoria la donacion, que los Señores Reyes Catholicos hizieron el dia 10. de Abril de 1490. años, à favor del Eminentissimo Señor Cardenal

Mendoza, de todo el Estado del Cenete (en que se comprehende la Villa de Xeriz) con las aguas estantes, y manentes en su Termino, y jurisdiccion para dicho Señor, y sus successores perpetuamente, por lo mismo que este instrumento es Privilegio de Principe. Felin. in cap. Licet causam, de Probat. num. 10. Mascard. de Probat. volum. 2. conclus. 1107. num. 19. ibi: *Infertur secundo notorium induci etiam ex instrumentis, nam instrumenta rem notoriam facere satis probatur, quia dicitur instrumenti veritas apparens, & probatio probata, &c.*

III. Terminanter Gutierrez. lib. 3. Practico. quest. 17. num. 127. ibi: *Et illud dicitur notorium, quod constat ex tenore Privilegiorum, & probatio, quae fit per privilegia, dicitur evidentissima.*

Luego teniendo à su favor el señor Duque de el Infantado, el Privilegio de los Señores Reyes Catholicos (verdaderos Dueños, y Conquistadores de este Reyno) en que fueron servidos conceder el dominio de estas aguas, è induciendose precisamente de este instrumento la notoriedad, ni el Convento del Parral, ni los vezinos de Cogollos, pueden alegar ignorancia de este hecho; antes si en ellos se presume, y debe creer la cierta ciencia de ser el dominio de las aguas proprio del señor Duque. Lo primero, porque para inducir la notoriedad, basta que el hecho, que por notorio se pretende probar, lo pudiesen saber todos los de el Pueblo. Gutierrez. dicto lib. 3. quest. 16. num. 132. ibi: *Proponens notum, vel notorium in aliqua urbe, Villa, aut pago, istud bene probat quando factum est tale, quod de sui natura omnes de illo loco sciunt, vel scire possunt: illudque ita est evidens, quod latere non possit, neque vlla tergiversatione cellari, & cuius testis est populus.* Argum. Text. in cap. Tua nos, de Cohabit. Cleric. & mul. &c.

112. Ni en España, ni en toda Europa, avrá alguno que ignore aver sido los Señores Reyes Catholicos Conquistadores de este Reyno, en que se comprehende el Estado del Conete, sacandolo sus victoriosas Armas del tyrano yugo de los Agarenos, y dentro de España seria afectada la ignorancia de los singulares meritos, y servicios del Eminentissimo Señor Cardenal Mendoza, y que estos movieron el Real animo de sus Magestades à exercitar su liberalidad, y magnificencia con la donacion de este Estado, sus aguas, termino, y jurisdiccion. Circunstancias que convencen, assi en el Convento, como en los vezinos de Cogollos, la cierta ciencia de que estas aguas no son suyas: y por configuiente, que les falta, y ha faltado la buena fee, requisito precisso para el logro de la prescripcion, que alegan.

113. Lo segundo: porque la notoriedad, para inducir la ciencia en aquellos à quienes puede ser de perjuizio, basta se manifieste en qualquiera tiempo de el litigio por prueba de testigos, siendo para esto suficientes dos, que la depongan. *Gloss. in cap. Deus omnipotens. §. Quin autem, vers. Iudicis 2. quest. 1. Mascard. de Probat. conclus. 1110. num. 1.* En nuestro pleyto, à mas del Real Privilegio presentado, tenemos no solo prueba de testigos, sino es tambien de otros instrumentos, que acreditan la cierta ciencia en el Convento del Parral, y vezinos de Cogollos, de ser el privativo dominio de estas aguas de el señor Duque del Infantado, y sus vezinos de Xeriz, como se reconoce de todo el contexto de los autos sobre el juicio de interin, y possessorio, y de las probanças, que entonces se hizieron, donde los testigos contestes afirman, que toda la dicha agua es propria de los vezinos de Xeriz, por nacer en su Termino el Rio.

Mem. num. 39
 & seq. & n.
 61.

Mem. n. 103.
 ad 115. &
 149. vsque ad
 158. & num.
 160. ad 171.

Et num. 199.
ad 239.

64

Y también consta plenamente probado el dominio, y posesión de todas las aguas, que nacen en el Termino de Xeriz en comun, y en particular de la agua, que va por la Azequia nueva, y por otro nombre la Ladrona, y afirmando asi los testigos, y asegurandolo las muchas escripturas, que por la señora Marquesa del Cenete, que entonces era, se presentaron, reconociendose de ellas, que en diferentes tiempos el Concejo, y vezinos de Cogollos recibieron por arrendamiento de los señores Marqueses de el Cenete, la agua de la Azequia nueva, obligandose à pagarles ciertas porciones de cevada. De forma, que asi por testigos, como por escripturas, y lo que mas es, por Real Privilegio de los Señores Reyes Catholicos, se halla probada la cierta ciencia que han tenido, y tienen, asi el Convento, como los vezinos, de ser todas estas aguas propias del señor Duque del Infantado, y de cada vno de los successores en el Mayorazgo, y Estado del Cenete, y reconocido, y confessado su dominio por los de Cogollos en las expressadas escripturas de arrendamiento, con lo qual no queda razon de dudar, en que les falta, y ha faltado la buena fee, primero requisito para la prescripcion, en que pretenden fundar su derecho.

Que tampoco tengan el segundo, que es el justo titulo, se haze evidente: pues el que à su favor para esto padieran alegar, y con efecto han alegado, se reduce à las llamadas escripturas, que fueran hechas, y otorgadas en el tiempo, que los Mahometanos detentaban injustamente estas tierras. Y el desprecio que estas merecen, queda bastantemente fundado desde el num. 74. de esta Alegacion: assi por los vicios, y defectos, que alli especificamos, y que verdaderamente destruyen, y aniquilan su fee; como

Et num. 199.
ad 239.

Et num. 199.
ad 239.

Y

como tambien por no ser estos titulos habiles para transferir el dominio, ò quasi dominio de estas aguas: pues (como ya hemos dicho) el justo titulo no se entiende por qualquiera escriptura; pues solo lo es aquel contrato, en que intervienen contrayentes habiles, por cuya capacidad se logra, en fuerza de el mismo contrato, la translacion de el dominio; y como no es capaz de transferirlo aquel que no lo tiene, *ex leg. 2. C. de Pæn. L. 1. C. qui pro sua iurisdic. cap. Nemò potest 79. de Reg. Jur. in 6. Surd. consil. 126. n. 31. Sesse, decis. 188. num. 15. & 23. Argel. de Legit. contradic. quest. 9. num. 58. Pichard. ad princip. Instit. de adquisit. per arrogat. num. 49.* Se sigue, que por las llamadas escripturas Arabigas no se prueba el dominio, ò quasi dominio de las aguas à favor de los vezinos de Cogollos, y Convento del Parral, por quanto los legitimos dueños de ellas fueron los Señores Reyes Catholicos, en virtud de la conquista, y aquel, ò aquellos, que de sus Magestades Catholicas tuvieron especial concession, ò privilegio, como lo mereció el Eminentissimo Señor Cardenal Mendoza, y todos los señores Successores del Estado del Genete. *Ex quibus legitimè inferitur*, que à nuestros contrarios falta el segundo requisito para la prescripcion.

116. Carecen tambien del tercero, que es la possession continuada por todo el tiempo, que para la prescripcion se necessita. En prueba de esta proposicion dezimos: que aunque es compatible en el Derecho, que vno posea *civiliter*, y otro posea *naturaliter* vna misma cosa, no lo es, ni puede ser, que dos personas diversas tengan en vn mismo tiempo vna misma possession *in solidum*: pues esto, assi por arte, como por naturaleza, es imposible. *Vt probat Textus in leg. 3. §. Ex contrario, ff. de adq. poss. ibi. Plures eandem*

rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippè est, ut cum aliquid ego teneam, tu quoque id tenere videaris. L. Si ut certo 5. §. Si duobus vehiculum 15. ff. commodat. ibi: Duorum quidem in solidum dominium, vel possessionem esse non posse. L. Duo in solidum 19. ff. Præcar. ibi: Nam neque iusta, neque iniusta possessiones duæ cōcurrere possunt. Cap. Licet causam, verl. Ex præmissis, de Probat. ibi: Cum duo in simul eandem rem, & eodem modo, possidere non possint. Ant. Gom. in leg. 45. Taur. num. 49. Y la razon es, porque aunque se quisiera fingir lo contrario, la ficcion no se admite, ni tiene lugar en lo que es imposible por naturaleza. L. Qui ad certum 14. ff. locat. L. Adoptio 16. ff. de adoption.

117. Que de vna, y otra possession carezcan el Convento del Parral, y el Concejo, y vezinos de Cogollos, y ayan carecido desde la Conquista de este Reyno, con facilidad se demuestra, si se advierte, que inmediatamente de haver adquirido el Eminentissimo Señor Cardinal Don Pedro Gonçalez de Mendoza el Estado del Cenete, con todos los Lugares de que se cōpone, sus Terminos, y jurisdicciones, aguas vertientes, y manantes, en virtud de la merced, y Real donacion, que los Señores Reyes Catholicos le hizieron, transfirió la possession, y dominio de todo el Estado, en la misma forma que lo avia adquirido, à la persona de Don Rodrigo de Mendoza, à quien hizo pura, perfecta, è irrevocable donacion intervivos de todos estos bienes, y derechos por titulo de Mayorazgo, para él, y sus successores perpetuamente, à los quales representa oy el Excelentissimo Señor Duque del Infantado, que con los mismos vinculos, y firmezas lo està poseyendo.

118. De el mismo hecho de ser Vinculo, y Mayorazgo el Estado del Cenete, y todo

quanto en la merced de los Señores Reyes Catholicos se comprehendiò, resulta omnimoda exclusion de la quasi possession continuada, que alegan el Convento de el Parral, y vezinos de Cogollos, en razon de las aguas, que no se duda nacen dentro del Termino de la Villa de Xeriz: en tanto grado, que para averfela de conceder, es preciso borrar nuestra ley 45. de Toro, cuyas palabras, por lo que hazen à la exclusion del tercero requisito, las pondrèmos à la letra, ibi:

119. *Mandamos, que las cosas que son de Mayorazgo, aora sean Villas, ò Fortalezas, ò de otra qualquiera calidad que sean, muerto el tenedor del Mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de possession, se traspasse la possession civil, y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion de el Mayorazgo debiere succeder en el, aunque aya otro tomado la possession de ellas en vida del tenedor de el Mayorazgo, ò el muerto; ò el dicho tenedor le aya dado la possession de ellas, &c.*

120. Las palabras de esta ley persuaden, que por lo mismo que las aguas, y todo quanto ay en el Termino, y jurisdiccion de el Estado de el Cenete, son bienes, y cosas de Mayorazgo, la possession civil, y natural de ellas, hà residido en cada vno de los señores Successores de este Mayorazgo, y actualmente reside en el señor Duque del Infantado.

121. Luego siendo (como es) cierto, y dexamos probado, que la prescripcion no procede sin que el Agente tenga la civil, y natural possession de la cosa, que intenta prescribir; y siendolo tambien, que estas dos especies de possession *simul, & eodem tempore, & in solidum*, no pueden concurrir en diversos sujetos; y aviendo de confessar, que por ministerio de nuestra ley de Toro, cada vno de los Successores de este Estado, y Mayorazgo ha tenido la vna, y la otra;

por precission se nos ha de cōceder, que el Convento del Parral, y vezinos de Cogollos, carecen de el tercero requisito para la prescripcion, que intentan fundar: pues la quasi possession de estas aguas, existe en el señor Duque del Infantado, atendida su naturaleza, y lugecion, que tienen al mismo Vinculo, y Mayorazgo.

122. Teniendo el señor Don Juan Baptista de Larrea por solido fundamento nuestra ley 45. de Toro, defendiò en la *decis. 53. num. 23. y 24.* que contra los legitimos Successores de el Mayorazgo, que no han llegado à nacer, ni aun la prescripcion in memorial es admisible: porque sièdo precisso q̄ aquel que de la in memorial se vale, *possea civiliter, & naturaliter*, si la Ley Real transfere vna, y otra possession à aquel que llega à succeder en el Vinculo, y Mayorazgo, dexa sin este precisso requisito à el Prescribente, y assi contra esta calidad de bienes, ni aun la in memorial surte efecto.

123. Pero nuestros contrarios podran hazernos dos replicas. La primera: que aunque sea Mayorazgo el Estado de el Cenete, la prescripcion in memorial de las aguas, que se conducen por la Azequia alta, estava legitimamente causada, aun antes que los Señores Reyes Catholicos hiziesen la donacion al Eminentissimo Cardenal Mendoza: y para acreditarlo se valdràn, assi de las escripturas Arabigas, que han presentado, como de las probanças, è informaciones, que tienen hechas en el Juizio possessorio, queriendo esforçar con sus testigos, y llamados instrumentos, que el quasi dominio de estas aguas lo tenia el Lugar de Cogollos, antes que el Señor Cardenal llegasse à posseder el Estado del Cenete; y que aviendo hallado con este yugo, y servidumbre, se deberà mantener contra el dictamen de todos sus Successores.

124. A esta replica respondemos: que aunque fuesse cierto (que no lo es) el contexto de las que dizen escripturas Arabigas, y todo quanto depusieron sus testigos en el juicio posesorio; y se les concediesse, que antes de la conquista de este Reyno, y de tiempo inmemorial, avian adquirido los vezinos de Cogollos el uso de todas las aguas, que caben, y pueden conducirse por la Azequia alta: esta prescripcion aprovechar a, si el Reyno estuviera poseido por Mahometanos, y entre ellos fuera el litigio, como queda dicho.

125. Pero como es posible persuadir, ni fundar, que la costumbre de aquellos puede servir de titulo a los Christianos vezinos de Cogollos? Y que la prescripcion inmemorial de aquella era, ha de servir despues de la conquista? Lo contrario si tiene muy segura prueba, por ser principio certissimo, que yna vez que la posesion se interrumpe, la prescripcion se destruye, y vicia, como dize el Consulto Paulo en la ley *Usurpatio 2. ff. de usucap.* y exorna con muchos el señor Castillo de *Tert. cap. 26. n. 1. § 4.*

126. Dos modos ay de interrumpir la prescripcion, el vno natural, y el otro civil: La natural interrupcion surte su efecto, quando a vno se le arroja de la posesion que tiene, sea, o no dueño legitimo el que lo executa. *Text. in leg. Naturaliter 5. ff. de usucap. ibi: Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deijcitur, vel alicui res eripitur, quo casu non adversus eum tantum, qui eripit, interrumpitur possessio, sed adversus omnes. Neque eo casu quicquam interst, is, qui usurpaverit, dominus sit, nec ne. L. 29. y 30. tit. 29. partit. 3. O quando pierde la posesion. L. 2. C. de servit. § aq. Dom. Castill. de Tert. cap. 35. num. 4. ibi: Naturalis dicitur quando amititur possessio, quod est requisitum praeipuum, et substantiale*

prescriptionis. Et postea: Idem esse, si deficiat quodcumque aliud substantiale prescriptionis, &c.

127. La interrupcion civil se causa por la litis contestacion. *L. Mora litis 26. C. de rei vindicat. Dom. Covarr. in Reg. Possessor. de Reg. Jur. in 6. part. 2. §. 12. num. 4. vers. Secunda conclusio. Dom. Castell. de Tert. dict. cap. 35. n. 6.* Y esto, atendido el derecho comun: pues por el de nuestro Reyno para la interrupcion civil, sobra con la citacion, ò emplazamiento. *L. 29. tit. 29. part. 3. ibi: Otrósi dezimos, que si alguno oviesse empezado à ganar por tiempo cosa agena, que si aquel cuya era, è contra quien la ganaba, le ficiesse emplazar sobre ella por carta del Rey, ò del Judgador, ò por Portero, ò gela oviesse demandado en juicio, la ganancia de tiempo, que avia comenzado contra èl, destajasse, è pierdese por ende, &c.*

128. Y el señor Gregorio Lopez en la glosa de esta ley, dize comprehende todo genero de prescripcion, *ibi: Et fortè dicendum esset, quod attentis verbis huius legis, qua non distinguit; & per alternativam, vel parificat citationem, & litis contestationem. Ibi: O gela oviesse demandado. Quod habebit locum in omni prescriptione, sive cum bona fide, sive cum mala fide, &c.*

129. Estas mismas especies de interrupcion, intervienen en las servidumbres, ò derechos incorporeos. *Ex dict. leg. 2. C. de servit. L. Sequitur 4. §. Si viam 27. ff. de usucap. Cap. Cum Ecclesia Sutrina, de caus. posses. & propr. Cap. Auditis, de Prescript. Dom. Castell. ubi nuper n. 15. Barth. in dict. cap. Auditis.* Sin que en el modo de interrumpirse la prescripcion, aya diferencia entre cosas corporales, è incorporeales: pues en esto *pari passu ambulant.*

130. La interrupcion natural, que contra si tienen los vezinos de Cogollos (en la hypothesis de que fue cierta la prescripcion inme-

morial que alegan, antes que los Señores Reyes Catholicos conquistassen este Reyno) es innegable : pues por medio de la Conquista, y recuperacion de estos dominios à su legitimo Rey, fueron expulsos, y arrojados por fuerça de armas los Moros, que antes le ocupaban, quedando por este medio destruidos sus Ritos, Leyes, y costumbres ; y por configuiente qualquier derecho de prescripcion, de que pudieran valerse, *ad dict. leg. Naturaliter §. de usucap.* Luego aunque fuera cierta la prescripcion causada antes de la Conquista, no les podria aprovechar : pues el nuevo dueño, y Conquistador, por ningun titulo obligado à observarla, pudo conceder, y concediò el Estado del Cenete, con todas sus aguas, al Eminentissimo Señor Cardenal Mendoza, libre de todo gravamen, y con esta misma libertad lo deben gozar los señores Successores.

131. Y si se dixere, que esta inmemorial prescripcion se pudo causar por aquellos vezinos Pobladores, que ocuparon el Lugar de Cogollos, luego que se conquistò por las Catholicas Armas, a mas de no darse prueba alguna, que lo persuada, tenemos concluyente, è indubitada justificacion de no averse podido principiar, ni causar : pues la Conquista de el Estado del Cenete, y Lugar de Cogollos, fue muy poco tiempo anterior al dia en q̄ los Señores Reyes Catholicos hizieron merced del Estado al Eminentissimo Cardenal Mendoza, cuyo titulo le transfirió la possession, y dominio de todo quanto en la merced se contenia. Vno, y otro se transfirió en el año siguiente de 491. en Don Rodrigo de Mendoza, en virtud de la donacion intervivos, que le hizo à titulo de Mayorazgo, con todas las clausulas, vinculos, y firmezas, que transfieren possession, y dominio en el donatario, como latè, & dotè fandat Antun. Portug. lib. 1. *pralud.*
 1. *per tot. de Donat.* Def-

132. Despues de Don Rodrigo de Mendoza, se ha sucedido en este Estado por titulo de Mayorazgo hasta de presente: Con que assi la possession civil, como la natural, ha estado preocupada en conformidad de nuestra ley de Toro; por cuya razon los vezinos de Cogollos, y el Convento del Parral, no han podido principiar, ni legitimamente causar la fingida inmemorial prescripcion, que pretenden para titulo de el dominio de estas aguas.

133. Por otra razon innegable està excluida la pretensa prescripcion, sacada del contexto de estos autos, donde consta, que desde el año de 1549. (59. despues que los Señores Reyes Catholicos hizieron merced de el Estado al Señor Cardenal) han estado los vezinos de Xeriz, y los de Cogollos en vn continuo litigio sobre el uso, y aprovechamiento de las aguas, que se conducen por la Azequia alta: este litis fue causa de la interrupcion civil (como dexamos fundado) y aunque en su seguimiento se ayan pasado 160. años, estos en manera alguna aprovechan al logro de la prescripcion. *Vt constat ex dict. leg. Mora litis 26. C. de rei vindicat. L. 2. tit. 9. partit. 3. y fundò doctamente Dom. Salgad. part. 1. Labyr. cap. 40. num. 58. ibi: Etenim de tempore prescriptionis, etiam immemorialis, deducitur tempus litis pendentis, &c.* Y con justificado motivo, no es apreciable el tiempo que dura el pleyto: pues si el tiempo que al litis precedió, se aniquila, y extingue por la citacion, y litis contestacion, *ex leg. 29. tit. 29. partit. 3. Petr. Barbos. ad leg. Cum notissimi 7. §. Imò, C. de prescript. 30. vel 40. ann. num. 25. cum seq.* como es dable aproveche el tiempo que dura el litigio?

134. La segunda replica, que pueden hazer nuestros contrarios es: que la doctrina del Señor Larrea, en quanto no admite la inmemorial

rial prescripcion contra bienes, ò cosas de Mayorazgo, es singular, y no recebida en los Tribunales, siguiendose en ellos por segura la opinion de aquellos, que admitieron la prescripciõ inmemorial contra esta calidad de bienes. Siendo, entre otros, de este sentir Dom. Molin. *lib. 4. cap. 10. num. fin. & lib. 2. cap. 6. Vbi Add. Dom. Castell. lib. 5. Controv. cap. 93. §. 8. Dom. Salg. part. 1. Labyr. cap. 40. num. 61. & 62. Valer. de Transact. tit. 4. quest. 2. ex num. 74.*

135. A que satisfacemos, que la prescripcion en la sugeta materia de Mayorazgos, se puede considerar de tres modos. El primero, quando es favorable al Mayorazgo; y esto sucede quando la disputa se sufre sobre pretender el successor legitimo, que tales, ò tales bienes son pertenecientes al Mayorazgo, y no sugetos à division, y particion entre sus hermanos; porque como vinculados se han poseido por los primogenitos.

136. El segundo, quando la prescripcion es en perjuizio de el mismo Mayorazgo; y esto sucede quando la question es sobre pretender alguno tocarle dominio de algunos bienes, ò mantenerse en la possession de ellos, por dezir que el, y sus Autores de tiempo inmemorial los han poseido como libres.

137. El tercero, quando el litis se reduce à pretender vna linea tener derecho adquirido de succeder en perjuizio de otra linea, que tiene à su favor los llamamientos contenidos en la fundacion de el Mayorazgo, fundandose en que la costumbre de succeder los ha de rogado.

138. En el primero modo, ò medio, de los que se han propuesto (aunque no es de nuestro assumpto) es comun sentir de los AA. que à favor del Mayorazgo se prescriben los bienes, aviendo possession de 40. años, justo titulo, y

buena fee. Dom. Molin. lib. 2. cap. 6. num. 51.
 § 52. Vbi Add. lib. 1. cap. 3. num. 22. vers. *Nec
 verum est dicere.* Et vers. *Neque contrarium dedu-
 citur.* Et in lib. 2. cap. 6. num. 51. 52. § 53. Et in
 vers. *Vera,* § *communis resolutio est.* Et in §. *Super-
 rior deinde.* Et in lib. 4. cap. 10. num. 10. Mier.
de Maiorat. part. 4. quest. 21. num. 38. Dom.
 Castell. tom. 5. *Controv. cap. 93. §. 8. num. 10.*
usque ad 13. Dom. Salg. 1. part. *Labyr. cap. 40.*
num. 62.

139. En el segundo medio (que pro-
 piamente es de nuestro intento) no es suficien-
 te la possession quadragenaria con titulo, y bue-
 na fee, y precissamente se requiere la prescrip-
 cion inmemorial para adquirir derecho contra
 bienes de Mayorazgo. Vt tenent Ant. Gom. in
leg. 40. Taur. num. 90. Dom. Greg. Lop. in *leg.*
10. tit. 26. partit. 4. verb. Nihil empeze, column.
8. D. Roderic. Saar. *allegat. 3. part. 3.* Dom.
 Molin. *de Primog. dict. lib. 4. cap. 10. num. 10.* vbi
 DD. Add. § in lib. 2. cap. 6. §. *Superior.* Dom.
 Castell. *dict. cap. 93. §. 8. num. 10. 13. § 47.*
 Mier. *de Maiorat. dict. part. 4. quest. 21. num. 38.*
 Valer. *de Transact. tit. 4. quest. 2. num. 79.* Op-
 timè Dom. Salg. *part. 1. Labyr. cap. 40. num.*
62. ibi: At vero quando agitur de prescribendis,
§ distrahendis bonis, quare vera fuerunt maiora-
tus, tunc non sufficit quadragenaria cum titulo, sed
inmemoriales precise requiruntur.

140. Y aunque la razon de diferencia,
 que ay para que en el primer medio baste la
 prescripcion quadragenaria con titulo, y buena
 fee, y en el segundo sea precissa la inmemorial
 prescripcion, no la expressaron el señor Molina,
 y sus Adicionadores, la tocò el señor Salgado
vbi nuper num. 63. Y consiste, en que de la reduc-
 cion de bienes libres à favor de el Mayorazgo,
 no se sigue contravencion alguna de ley, ni de

voluntad de Fundador; al contrario quando se trata de prescripcion de bienes contra el mismo Mayorazgo, en que no solo ay prohibicion de ley, sino es tambien la de el Fundador, que impide su enagenacion, baxo de la qual la prescripcion esta comprehendida. *Vt constat ex leg. Alienationis verbum 28. ff. de V. S. ibi: Verbum etiam alienationis usucapionem continent; vix est enim ut non videatur alienare, qui patitur usucapi; eam quoque alienare dicimus, qui non utendo amisit servitutem.* *Et c. illa causa in qua f. in v. d. l. 3. in v. r. l. b. r. d.*

141. Y para que pueda la prescripcion surtir efecto, assi cōtra los bienes, ò cosas de Mayorazgo, como contra los successores futuros, que tienen derecho independiente de aquel que los enagenò, ò tolerò la prescripcion, debe ser inmemorial; pues cada successor *ex propria persona*, y por la de el Fundador, tiene derecho à los bienes, y solo la inmemorial, en que se presupone justo titulo, pudiera abdicarlo. Esta razon cessa quando la controversia es à favor de el Mayorazgo; porque entonces, como la prescripcion se dirige contra aquella persona, que solo tiene derecho hereditario, y libre facultad para enagenar los bienes, la possession quadragenaria con titulo, y buena fee basta para prescribirlos.

142. Esta es la razon de diferencia tradita à Dom. Salgad. *dict. num. 63.* cuyas palabras, por considerarlas propias de este pleyto, nos ha parecido insertarlas, *ibi: Et ratio differentia, licet ab ijs DD. nõ reddatur, clara est: quia in reductione honorum liberorum ad vinculum maioratus nulla adest, nec Testatoris, nec iuris prohibitio, tàm ex parte possessoris maioratus, quàm ex parte eorum, contra quos intentatur prescriptio: qui isti, tanquam sua, & libera prætendunt vindicare à possessore maioratus titulo hereditario, vel pro donatione, vel aliter; at*

verò in reducendis bonis vincularis ad libertatem adest
 tam iuris, quàm Testatoris, & Fundatoris Maioratus
 prohibitio alienationis, sub qua clausa est prescriptio,
 per quam etiam bona alienari; & ista prescriptio, ut
 operetur contra omnes successores in futurum haben-
 tes ius independens ab alienante, sed à fundatore, de-
 bet esse inmemorialis: quæ ratio prorsus cessat in pri-
 mo distinctionis membro, quando agitur de reducen-
 dis bonis liberis ad vinculum maioratus, cum quili-
 bet Dominus, contra quem prescribitur, habeat ius
 hereditarium, & liberam facultatem alienandi rem
 suam, &c. *l. q. et eboq. cup. p. q. Y. d. 2. l. 1. p. 1.*

143. Esta doctrina, que admite la in-
 memorial prescripcion contra los bienes, ò co-
 sas, que verdaderamente son de Mayorazgo, se
 limita, restringe, y no tiene lugar quando se re-
 conoce, que el Agente, ò persona, que de esta
 prescripcion pretende valerse, trae por origen
 algun titulo injusto, ò invalido; y esto por dos
 razones: La primera, porque el titulo que per se
 es injusto, constituye al que intenta prescribir
 en mala fee. *Cap. 1. cap. fin. de Prescript. & ibi*
D. Emman. Gonç. Tell. y como sea requisito de
 la inmemorial, la buena fee desde el principio, y
 por el titulo injusto aparece lo contrario; se si-
 gue, que la inmemorial en este caso no aprove-
 cha al que de ella pretende valerse.

144. La segunda razon es, que aunque
 por la inmemorial se presupone justo titulo, y
 buena fee, si constasse lo contrario, cessa la pre-
 sumpcion de la ley, para que la verdad preva-
 lezca. *Cap. Veritate. 8. distinct. Mieres de Maio-*
rat. part. 4. quest. 2. n. 156. & quest. 31. ex n. 65.
P. Molin. de Iust. & Iur. tract. 2. disp. 75. num. 1.
& 9. Dom. Covarr. in Reg. Possessor. part. 2. §. 7.
num. 5. vers. Hec autem secunda conclusio. Dom.
Molin. de Primog. lib. 2. cap. 6. num. 68. vers. Ce-
terum, ibi: Ceterum quamvis questio hæc ad utram-

que partem disputari facillimè possit, in hac opinio-
num varietate mihi hæc distinctio semper placuit,
quam frequenter receptam vidimus, scilicet, aut ti-
tulus est reprobatus à iure, & cui lex resistit, seu
manifestè vitiosus, veluti si sit contractus alienatio-
nis factus ab Ecclesia, minore, civitate, seu fisci pro-
curatore de re immobili, absque debitis solemnitati-
bus, vel quilibet alius titulus, ex quo manifestè mala
fides colligatur, tunc dicendum erit huiusmodi titu-
lum non præstare iustam causam præscribendi; imò
constituere præscribentes in mala fide, tam in longi,
quàm in longissimi, seu immemorialis temporis præ-
scriptione, &c.

145. De el mismo sentir son los Add.
dict. lib. 2. cap. 6. num. 61. usque ad 55. vers. Li-
mitatur primò, ibi: Limitatur primò, quando titu-
lus continet apertum defectum, ex quo nullus, & in-
validus apparet, &c.

146. Lo mismo enseña Dom. Salgado
de Reg. Protect. part. 3. cap. 10. num. 283. 284.
& 285. ibi: Et generaliter, quod immemorialis
prescriptio non suffragatur, quando constaret de in-
valido, & iniusto principio, atque in fecto titulo, quia
tunc nihil operatur, quantumvis probata fuerit im-
memorialis, &c.

147. El docto Pedro Barbosa ad Rubric.
tit. C. de Prescript. 30. vel 40. ann. tratando de
la inmemorial prescripcion, que se pretende, y
alega para succeder en bienes de Mayorazgo
contra el tenor, y forma de su fundaciõ, al num.
391. prorrumpe en estas palabras, ibi: Et ulti-
mum exemplum est, quando ostenditur instrumen-
tum Maioratus, in quo ad illius successionem certæ
personæ sunt vocatæ, & nihilominus alia diversa pre-
tendunt successionem Maioratus præscripsisse adver-
sus in prædicto instrumento vocatos: nam cum ex
instrumento Maioratus constet hos mala fide possi-
dere, nullo tempore præscribent. POSSESSIO

*ETIAM MILLE ANNORUM NON
POTEST FACERE VERUM HÆRE-
DEM ILLUM, QUI VOCATUS NON
EST AD ILLIUS SUCCESSIONEM.*

*L. Obligationum ferè. §. Placet, ff. de Action. &
obligat. &c.*

148. De el mismo sentir son Dom. Cas-
till. de Tert. cap. 26. num. 31. 32. 33. 34. & seq.
y con muchísimos Autores el Pareja de Instru-
ment. Edit. tit. 10. resol. 2. per tot. donde tratò esta
materia con la erudicion que acostumbra.

149. Y aplicando estas doctrinas, y li-
mitacion, que de ellas se deduce, al caso de nues-
tro pleyto, se hallarà absolutamente desvaneci-
da la inmemorial prescripcion, de que procuran
valerse el Convento de el Parral, y vezinos de el
Lugar de Cogollos: porque si atendemos à los
titulos que han presentado, no son otros, que
las escripturas Arabigas; las quales, à mas de
los vicios, y defectos que dexamos notados, fue-
nan hechas por los Tyranos injustos detentado-
res Agarenos, los quales no tuvieron otro titu-
lo, que la notoria injusticia con que tyranizaron
estos Reynos, como lo decantan todas las histo-
rias de España.

150. Si se miran con reflexion los titu-
los presentados por el señor Duque del Infanta-
do, y vezinos de la Villa de Xeriz, se haze mas
manifiesta la injusticia, y la mala fee, con que
nuestros contrarios pretenden dar colorido à la
inmemorial prescripcion de estas aguas, por
quanto de ellos consta, que los legitimos due-
ños, y gloriosos Restablecedores de este Reyno,
transfirieron el dominio de todas ellas, y de to-
dos quãtos derechos pertenecian à sus Magesta-
des en dicha Villa de Xeriz al Eminentissimo Sr.
Cardenal Mendoza, que de vno, y otro se fundò
Mayorazgo en cabeça de Don Rodrigo de Men-
doza

doza su primero poseedor, y en todos sus sucesores, à quienes en justicia, y en conciencia toca, y pertenece su privativo dominio *iure Maioratus*; que à estos, y à cada vno de ellos pertenecen por voluntad de los Señores Reyes, y por la del mismo Fundador: Luego por lo mismo que ha parecido instrumento, que califica la injusticia, y mala fee de nuestros contrarios, y acredita quienes son los verdaderos dueños de las aguas, aunque los vezinos de Cogollos por mil años las huvieran detentado, no les pudiera valer la prescripcion en que se fundan.

resol. 151. No solo queda esta (à nuestro parecer) despreciable, por la falta de aquellos requisitos, que esencialmēte se necessita para que surta efecto; si tambien, porque atendidas las probanças, que assi por los señores Marqueses del Cenete, como por los vezinos de Xeriz, se han hecho, y las escripturas, que los señores Marqueses han presentado, solo se saca vn contrato de locaciō de la Azequia nueva, otorgado en diversos tiempos à favor de los de Cogollos; y vna tolerancia de los moradores de Xeriz, no continuada, sino es por el tiempo, que han querido permitir à Cogollos el vso de la agua de la Azequia alta, que en buenos terminos ha sido solo vn precario, que dura el tiempo, que quiere el concedente; *ex leg. 1. § tot. tit. ff. Precar.* cuyo titulo, ni el de locacion, es, ni puede ser, habil à transferir el quasi dominio de las aguas, *ut supra diximus*, cum Dom. Gonçal. Tell. *in cap. 17. de Prescript.* ni el corto descuydo, ò omision, que los vezinos de Xeriz pueden aver tenido, debe perjudicar al señor Duque del Infantado, como poseedor de el Estado, y Marquesado de el Cenete. *Leg. 18. tit. 34. partit. 7. Parej. de Instrum. Edit. tit. 3. resol. 3. à num. 65. Carlev. de Indit. tit. 1. disp. 5. num. 28.* mayormente quan-

quando es notorio que los señores Duques del Infantado han vivido muy retirados del Estado de el Cenete: en cuyos terminos nunca pudieran los vezinos de Cogollos, ni el Convento del Parral, arguirles ciencia, y tolerancia para establecer la prescripcion de las aguas: con que à mas de faltarles los substanciales requisitos para constituir la prescripcion, que son, la buena fee, el justo titulo, y posesion continuada, tiennē contra si, que esta prescripcion se ha dirigido contra cosa perteneciente à Mayorazgo, cuya enagenacion està prohibida por ley, y por voluntad del Eminētissimo Sr. Cardenal Mendoza, y que aun la ciencia, y tolerancia de los poseedores, que han sido de este Estado, no la ha avido, ni podido aver por razon de su ausencia; faltando por estas razones todos los extremos, que pudieran habilitar la fingida prescripcion.

152. Sin que à lo referido obste la probança de testigos, que el Convento del Parral, y vezinos de Cogollos hizieron, durante el juicio possessorio: pues ademàs de referirse sus deposiciones al estylo, y costumbre, que los Moros observaban (lo que no aprovecha, como ya se ha dicho) tienen contra si legales vicios, para que no deban ser atendidas.

153. El primero es, la condicion de las personas, pues todos los mas eran Moriscos, y partes en el pleyto, por estar avezindados en el Lugar de Cogollos. *L. Testium 3. ff. de Testib. ibi: Testium fides diligenter examinanda est, ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis conditio cuiuscumque: Vtrum quis Decurio, an plebeius sit: Et an honesta, Et inculpate vitæ, an verò notatus quis, Et reprehensibilis; an locuples, vel egens sit, ut lucri causa quid facile admittat: vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert: vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat: nam si careat*

suspi-

suspitione testimonium, vel propter personam, à qua fertur, quod honesta sit, vel propter causam, quod neque lucri, neque gratia, neque inimicitia causa sit, admittendus est. L. 10. ff. eod. ibi: Nullus idoneus testis in re sua intelligitur. Leg. Eos testes 5. C. eod. cap. Forus, vers. fin. de V. S. Ant. Gomez, lib. 3. Variar. cap. 12. ex num. 14. Vbi Ayll. P. Sanch. lib. 6. Conf. cap. 5. dub. 14. Matth. de Re Crimin. contr. 2. num. 18. Et seqq.

154. El segundo vicio, que estos testigos padecen, para que sus dichos no merezcan fee, es el de perjuros, y falsos: pues estando justificado por medio de instrumentos autenticos, fidedignos, sin vicio, ni sospecha alguna, que el vfo que los vezinos de Cogollos han tenido de la Azequia Nueva, ha sido en fuerça de los contratos de locacion, en nombre de los señores Marqueses de el Cenete celebrados (en que no ay, ni puede aver la menor duda, ni controversia) se arrojaron à dezir, que la agua de esta Azequia era propia de los vezinos de Cogollos, porque estos en lo antiguo la avian comprado. Esta razon sola es suficiente para no ser creidas sus deposiciones, por lo mismo que están convencidos de falsos. *Text. in cap. Parvuli 22. quest. 5. Cap. Quicumque 6. quest. 1. Cap. Testimonium, de Testib. Cap. Licet el 1. de Probat. Cap. 1. de Crimin. fals. Et in ea D. Gonç. Tell. L. 8. tit. 16. partit. 3. Et ibi D. Greg. Lop.* De lo qual se infiere, que las probanças que han reproducido en este juizio de propiedad, son de ningun fundamento.

155. Menos obstan los autos de interin, y demàs proveidos en el juizio possessorio. Lo primero: porque el juizio de interin, ni perjudica à la possession, ni perjudica à la propiedad. *Alvar. Valasc. consult. 79. num. 15. Et 16. n. 9. Dom. Paz de Tenut. tom. 1. cap. 9. num. 15. ibi: Denique in hoc iudicio tutorio, nihil aliud agitur nisi*

de vitanda molestia, & turbatione illius, qui in possessione est, & nullus ex litigatoribus ex hac interlocutione, nisi in quandam consequentiam, damnum sentire potest; cum ex interim interdicto, nec possessioni, nec proprietati praeiudicium fiat.

156. Lo segundo: porque los autos, y sentencias en los juizios possessorios, no causan excepcion de cosa juzgada en los petitorios. *L. Naturaliter* 12. §. 1. ff. de adq. possess. ibi: *Nihil commune habet proprietatis cum possessione.* *L. 32.* ff. eod. ibi: *Nec possessio, & proprietatis misceri debent.* *L. 2.* §. 7. ff. de Interdict. *L. 1.* §. 2. ff. uti possidetis. *L. 9.* & 10. tit. 7. lib. 5. Recop. Dom. Paz de Tenut. cap. 6. num. 18. ibi: *Nam ex praedicto iudicio possessorio non inferitur plenum praeiudicium, sed reparabili in iudicio proprietatis.* Roxas de Incomp. part. 5. cap. 5. n. 53. usque ad fin.

157. Lo tercero: porque si en el juizio possessorio se huviera tenido presente el Real Privilegio, y concession de los Señores Reyes Catholicos, à favor de el Eminentissimo Señor Cardenal Mendoza, y la fundacion que este hizo titulo *Maioratus*, en Don Rodrigo de Mendoza, y sus successores, como instrumentos que desde luego justificaban à su favor el quasi dominio de todas estas aguas, no solo se huvieran admitido, y apreciado, vt tenent Giurb. de Success. Feud. Gloss. 2. num. 37. tit. 4. partit. 5. Dom. Covarr. Practic. cap. 23. num. 3. Dom. Solórcan. de Jur. Ind. tom. 2. lib. 2. cap. 28. à num. 65. Dom. Salgad. de Reg. Protecl. part. 3. cap. 12. à num. 91. Aguil. ad Roxas de Incompat. part. 5. cap. 5. n. 81. fino es que estos titulos fueran suficientes, para que el Convento del Parral, y vezinos de Cogollos, no huviesen obtenido en el juizio de interin, y menos en el plenario possessorio, porque ellos mismos están manifestando la injusticia, y vicio de la presente possession. Ita Posth. de Mat. observ. 42. n. 137. ibi: Et

158. Et postquam constat in promptu notorie, & evidenter absque alia disputatione de iniustitia possessionis, seu de illius violentia, clandestinate, vitio, improbitate, dolo sitate, vel de spolio, seu possessorem esse furem, vel pradonem, seu intrusum, non est huiusmodi possessori danda inuentio, sed spolium est purgandum, & possessio reuocanda. *L. I. in princ. ff. uti possidet. L. Improbata. C. de adq. possess. Menoch. de Retinend. remed. 2. num. 790. Bocat. de Interdict. uti possid. cap. 3. 20. & cap. 4. num. 1. Paris. de Resignat. benefic. lib. 1. quest. 6. num. 8. Caneet. Var. Resol. cap. 14. num. 54. 55. & seq. part. 3. Roderic. de Ann. Reddit. lib. 1. quest. 17. num. 21. & seq. Gracian. Discept. Forens. cap. 870. num. 18. ubi de Possess. cuius resistat, & cap. 899. num. 11. 20. & 22.*

159. Ex quibus omnibus iustamente referimos, que la prescripcion, autos de interin, y demás proveídos en el juizio possessorio, no sufragan, ni pueden sufragar al intento de nuestros contrarios en este juizio de propiedad.

PUNTO IV.

QUE AL MISMO TIEMPO QUE ESTE pleyto se sentencie en la propiedad, se debe absoluer à los vezinos de Xeriz de la nueva querella, reformando la providencia dada, y tomandola para que Xeriz continúe regando sus tierras con la agua embarcada.

160. Sendo assi, que el Convento del Parral de Segovia, y vezinos de el Lugar de Cogollos, con notorio defecto de titulo, y manifesta iniusticia vsan de la agua, que es tan propia del señor Duque del Infantado, v de sus vezinos de la Villa de Xeriz, se manifiestan quexosos:

pues

pués estando pendiente el pleyto en el juizio pe-
 ritorio, procuraron impedir su curso, querien-
 do hazer Reos de diferentes delitos à muchos
 vezinos de la Villa de Xeriz, y entre ellos à Ber-
 nabè Ruiz, y Felipe Garcia, Alcaldes Ordina-
 rios que eran en ella al tiempo que el Convento
 del Parral, y Concejo de Cogollos ocurrieron
 à la Sala dando formal querrela, expreffando di-
 ferentes crímenes, y excessos; no porque para
 hazerlo assi tuviessen solidos fundamentos, sino
 es por discurrir precisa favorable sentencia en
 este litis à favor del señor Duque, y que mien-
 tras la verdad se averiguaba quedaban ganan-
 ciosos, porque fertilizaban sus tierras, aunque
 fuesse con perjuizio de tercero. Y aviendose re-
 servado para difinitiva la resoluciõ de este acces-
 sorio juizio, nos es preciso manifestar la inocen-
 cia de estos pobres vezinos, para que en vista de
 ella los Señores que tienen visto este pleyto, se
 sirvan de absolverlos. Y porque los cargos son
 muchos, y vnidos todos ocasionarian confusion,
 Dom. Gregor. Lopez, *in leg. 17. tit. 22. part. 3.*
 haremos mencion especifica, y separada de ca-
 da vno de ellos.

161. El primero se reduce, à que los ve-
 zinos de la Villa de Xeriz quitan el agua à los de
 Cogollos, no solo à las horas que les toca de no-
 che, sino es tambien la embarcada, que se halla
 en la Azequia despues que ha salido el Sol, de-
 biendola dexar correr hasta que llegue la corta
 à el Termino de Cogollos, en que vãn à dezir
 dos horas de tiempo, que es lo que tarda en cor-
 rer hasta llegar al expreffado Termino: y de
 aqui inferen, que aun no les quedan las doze
 horas, que les estãn concedidas para regar con
 el agua, en virtud de los autos, y providencias
 de la Sala.

En este particular depusieron qua-

tro testigos vezinos de Cogollos, que dixeron tener noticia de estas providencias, y que en virtud de ellas los vezinos de Cogollos están en possession de regar desde que se pone el Sol hasta que sale: y assimismo de las dadas, para que cada vno de dichos Lugares gozasse la agua por doze horas. Y aun se propassan à estender esta possession al agua embarcada, assegurando la gozan los vezinos de Cogollos, y que à no ser assi, no tendrian dichas doze horas de agua; porque desde que se pone el Sol, hasta que llega al Terminio de Cogollos, passan mas de tres horas, y otras tantas en evaquarse la agua embarcada, y que esta la quitan los vezinos de Xeriz, y tambien la que les toca de noche.

163. Lo despreciable, injusto, y temerario de este cargo, resulta de los mismos autos, en los quales se reconoce, que la Executoria que el Convento, y los vezinos de Cogollos alegan à su favor, se reduce à permitirles (interin que este pleyto se decide en lo principal) el uso de la agua de la Azequia alta para regar sus panes, y heredades en todos los dias del año, desde que sale el Sol hasta que se pone, como consta de los autos de Vista, y Revista en esta razon proveidos. Y estas providencias se han guardado, y observado por los vezinos de Xeriz, sin agravio de los de Cogollos, como plenamente lo han justificado en la probança, que han hecho en esta nueva causa con 15. testigos, que ocularmente lo deponen: añadiendo Don Blàs de Martos, Presbytero, y Don Blàs Gomez, que en los meses mayores de Abril, Mayo, y Junio, las Justicias de Xeriz madrugan, y zelan con la mayor vigilancia la dicha Azequia, para que sus vezinos no lleguen al agua hasta que sale el Sol.

Mem. n. 67.

272.

164. De forma, que aunque se quiere arguir inobservancia de esta Executoria de inte-

rin, è inobediencia de parte de los vezinos de Xeriz, à la cosa juzgada de vn Tribunal Superior, contra lo dispuesto en la ley 8. tit. 17. lib. 4. Recopil. y lo que en razon de esto notò Fontanela de Paçt. clausul. 4. Gloss. 17. ex num. 89. resulta de las nuevas probanças desvanecido este cargo. Lo primero, porque contra ellas solo tiene el Concejo de Cogollos el examen de 4. testigos, que estos por vezinos de el mismo Lugar, è interesados en este pleyto, no merecen estimacion, ni son de aprecio alguno sus deposiciones. Vt ait Pomponius, in leg. 10. ff. de Testib. L. 19. tit. 16. partit. 3. vbi D. Greg. Lop.

165. Lo segundo, porque esta tacha no se puede oponer à los testigos de la probança hecha por el Concejo de Xeriz, pues los mas de ellos no tienen vezindad en dicha Villa, son testigos fidedignos, y de mayor excepcion: razon porque deben ser en el todo creídos, ad leg. 3. ff. de Testib. L. 5. C. eod. cap. Forus, vers. fin. de V. S. Ant. Gom. lib. 3. Var. cap. 12. n. 12. D. Covarr. in Pract. cap. 18. in princ. Doct. Paz in Prax. tom. 1. fol. 54. n. 21. column. 2.

166. Lo tercero, porque los testigos de Cogollos examinados sobre este particular, no dãn razon de sus dichos, siendo preciso que depongan dãdola por aquel sentido corporeo, que es capáz de perceber el acto de que se trata. Authent. de Testib. cap. 2. §. Et licet, ibi: Causam testimonij faciant manifestam. Cap. Testes 3. quæst. 9. L. 29. tit. 16. partit. 3. ibi: Otrosi dezimos, que el testigo que no diere razon de como sabe lo que atestiguare, sino es que diz e lo que cree, que no debe valer lo que atestiguare, &c. Delben. de Iuram. confirm. cap. 5. dub. 2. num. 11. Y lo contrario sucede à los testigos examinados por el Concejo de Xeriz, los quales de vista afirman la observancia de la expressada Executoria, y que desde que se po-

Luzgo q' den
aaron

ne el Sol hasta que sale, gozan enteramente del agua de la Azequia alta los vezinos de Cogollos, aplicandose à su custodia las Justicias de Xeriz. De todo lo qual se deduce, que padeciendo tacha los testigos de la probança de Cogollos, y siendo fidedignos, y de mayor excepcion los examinados por el Concejo de Xeriz, se ha de estar precissamente à lo que estos deponen, como se previene en la ley 40. tit. 16. partit. 3. ibi: *Quando alguna de las partes los aduce, si son tales que por ninguna de las razones, que diximos en este titulo, non pueden ser desechados, debe el Juzgador seguir su testimonio, è dar el juizio por la parte que los traxo, &c.*

167. Lo quarto, porque los testigos de la probança de Xeriz, son en numero tres partes mas, que los que ha examinado Cogollos: circunstancia muy apreciada por los Autores, para que se estime por verdad la excepcion, que resulta probada con el mayor numero. Cardin. Thusc. litt. T. conclus. 240. 255. & 256. Rota, part. 13. Recent. decis. 353. & part. 4. Recent. decis. 456.

168. Lo quinto, porque aunque las probanças de vna, y otra parte contuvieran igual numero de testigos, debieran ser absueltos los de Xeriz, por lo mismo que son Reos. Cap. Interdilectos, de fid. instrum. Cap. Ex litteris, de Probat. L. 40. in fin. tit. 16. partit. 3. in fin. ibi: *Entonces dezimos, que debe el Juzgador dar por quito al demandado de la demanda que le facen, &c.*

169. Lo sexto, y vltimo, porque los testigos examinados de parte del Convento, y vezinos de Cogollos, estan contrapuestos al hecho de la verdad: motivo justo, para que sus deposiciones sean despreciadas. Cap. Quicumque 6. quest. 1. Cap. Testimonium, de Testib. L. 16. ff. eod. Auth. de Testib. collat. 7. cap. 3. vers. Si verò, ibi:

ibi: *Eijciant eiusmodi Testationes. Et postea, ibi: Si verò hastu apparuerint malignantes, & ex hoc incidentes in contrarietatem, neque immunes eos derelinqui. L. 8. tit. 16. part. 3. & ibi D. Greg. Lop.*

170. La implicacion, y falta de verdad, con que han depuesto, està patente: pues dizen, que los vezinos de Xeriz les quitan de noche la agua, verificandose lo incierto, y temerario de este hecho por la misma probança de Xeriz, y añaden que se les quita la agua embarcada, debiendola gozar los de Cogollos por tener possession de ella, y que à no ser assi no tuvieran las 12. horas, que les están concedidas.

171. Quan inveridica sea la possession, y goze de esta agua embarcada, se acredita por diferentes medios. Vno es la Real Carta Executoria, que en el año passado de 1576. se despachò à favor de la señora Marquesa del Cenete, y vezinos del Lugar de Xeriz, en que se manda, que esta Villa se aproveche de la agua embarcada, que al salir el Sol no estuviere dentro de el termino del Lugar de Cogollos, de la qual se haze especifica mencion.

Mem. n. 173.

172. Otro de dichos medios se funda en la plenissima probança, que para obtener dicha Real Carta Executoria se hizo, en que consta que los vezinos de Xeriz de tiempo inmemorial avian usado, y aprovechado de la agua embarcada.

Mem. à num. 160. ad 171.

173. El otro es la escriptura de transaccion, y concordia, que por parte de el Convento del Parral de Segovia, y Villa de Xeriz se otorgò en 9. de Octubre de 1617. por la que se convinieron, y ajustaron (interim que este pleyto se fenecia) en que desde dicho dia en adelante, desde que el Sol se pone hasta que sale, pudieffen tomar los vezinos de Cogollos el agua por su autoridad para regar con ella sus heredades, en conformidad de la

Carta Executoria, por la parada de las *Fayrolas*, con que cumplida la hora, que es aviẽdo salido el Sol, los vezinos de *Xeriz*, puedan regar, y tomar la agua, que estuviere embarcada en la *Azequia*, que està dentro de su termino, por la parte, ò partes que les pareciere, libremente, y sin tocar al termino de *Cogollos*, &c.

174. De forma, que por el tenor, y letra de esta concordia, y capitulos de ella, que dexamos supuestos *sup. à num. 16. Et seqq.* sus tres medios, y qualquiera de ellos, quedan convencidos de falsos los testigos presentados por el Convento, y Lugar de *Cogollos*, en quanto afirmaron, que de la agua embarcada debian vsar, y estavan en possession de ella, teniendo contra si probança en contrario, y Real Carta Executoria, contra la qual, ni pueden dezir, ni tienen que oponer: *Ad tot. tit. C. ne liceat tert. provoc. L. fin. C. sentent. rescind. non poss. L. Cum tibi, C. de Iudic. L. Terminato, C. de fruct. Et lit. expens. D. Salgad. de Retent. part. 2. cap. 31. ex n. 63.*

175. Y vltimamente vna escriptura de transaccion, cuya observancia (interin que el pleyto se fenece en lo principal) se haze precissa, por quanto diò fin à las diferencias, que estavan pendientes, y en ella se comprehendieron. *L. 1. ff. de Transact. L. 1. §. Conventionis, vbi Gloss. Et DD. in verb. Transigendi, ff. de Pact. L. Fratris 10. C. de Transaction. Joseph. Vrcol. de Transact. quest. 2. num. 1. Valer. de Transact. tit. 5. quest. 1. num. 1.* Y tambien, porque esta especie de contrato, es vna imagen tan verdadera de la cosa juzgada, que de vna à otra *valet argumentum. L. Non minorem 20. L. Sivè apud acta 28. C. de Transact. Gratian. discept. 400. num. 27. Fontan. decis. 379. num. 9. D. Larr. decis. 68. n. 6. Valer. vbi nup. num. 2.*

176. Y la razon es, porque si la senten-

cia impone fin à los pleytos, *ad leg. 1. ff. de re iudicat.* Cujacius in *Paratit. ff. eod. ibi: Sententia est, de re, sive lite, ultima definitione.* El mismo officio exercitan las transacciones, pues vnas, y otras impiden el ingreso à los pleytos, y son excepciones *litis finitæ.* *Vt constat ex cap. 1. de lit. contestat. L. Causas 16. C. de Transact. Surd. conf. 451. num. 16. Valer. dict. tit. 5. quest. 1. per tot.* y se tuuiera por torpeza apartarse de su contenido. *L. 39. C. de Transact. Valer. de Transact. in Proem. num. 34.* mayormente quando por las Sentencias de Vista, y Revista, pronunciadas en el juicio plenario possessorio, se mandò guardar, y observar esta transaccion. Deduciendose de todo lo expressado la ninguna fee, y aprecio, que los testigos de Cogollos merecen, por aver faltado à la realidad, y verdad, quedando convencidos de falsos en sus deposiciones, y por consiguiente sin justificacion alguna el primero cargo de la querella presentada contra los vezinos de Xeriz.

*Mem. n. 282.
vsque ad 285.*

177. Sin que à los de Cogollos pueda servirles de fomento el auto, que se proveyò en la Sala, en que parece averse mandado, que en el interin que el pleyto se veia, y determinaba en lo principal, los de Xeriz gozassen doze horas de agua cada dia de la Azequia alta, y los de Cogollos gozassen otras doze horas de la misma Azequia. Lo primero, porque esta providencia, por lo mismo que se opone à las Sentencias de Vista, y Revista antecedentemente pronunciadas en el juicio plenario possessorio, no se debe, ni puede practicar, como expressamente se decide por el Emperador Constantino en la ley final, *C. sentent. rescind. non poss. ibi: Impetrata rescripta non placet admitti, si decissa semel causa fuerint iudiciali sententia, quam provocatio nulla suspendit: Sed eos, qui talia rescripta meruerunt etiam limine iudiciorum repelli, &c.*

Mem. fol. 37.

178. En las expressadas sentencias solamente se concediò à los de Cogollos la agua desde que se pone el Sol hasta otro dia que sale, en conformidad de las Executorias de interin, y escriptura de transaccion: Por esta providencia se deroga lo determinado, y ya decidido; por cuya razon este decreto nunca se pudo practicar, mayormente por mediar la escriptura de transaccion; en cuyos terminos, ni aun el Rescripto del Principe puede invalidar lo ya determinado, ò transigido. *L. 16. C. de Transact. ibi: Causas, vel lites transactionibus legitimis finitas, imperiali rescripto resuscitare non oportet.* D. Salgad. de Supplicat ad Sanctis. part. 2. cap. 31. n. 63.

179. Lo segundo: porque este auto (como de el mismo se reconoce) se ganò con siniestro informe, y sin conocimiento de causa, pues no la hubo para invertir vna Executoria de vn Tribunal tan Superior. Y vltimamente, porque aviendo suplicado la Villa de Xeriz de la expressada providencia, se le concediò licencia para vsar de la agua embarcada, luego que saliesse el Sol, y esto en todo su Termino, y jurisdicció. De lo qual se sigue ser quimerica, y sin fundamento la tenáz pretension de los vezinos de Cogollos, en quanto quieren gozar de la agua de la Azequia alta por tiempo de doze horas integras cada dia.

Mem. fol. 41.

180. El segundo cargo, que en la querrela se haze à los vezinos de Xeriz, se dirige à que sin embargo de estar pendientes las sumarias, que se han hecho sobre quitarles, y substraerles la agua que les toca, con mayor desorden, y excesso lo continúan; de forma, que apenas dexan correr vna porcion de agua tan corta, que no alcanza à abastecer el Lugar de Cogollos, y regar sus tierras. Esto à causa de que por la Sierra, y antes de llegar à la Paradas de las Jayrolas,

rolas, donde están los tomaderos, la quitan de los nacimientos los vezinos de Xeriz, haziendo en ellos roturas, por donde la substraen, è impiden su curso à la expressada Parada donde tienen su Prefa.

181. La justificación de este cargo consiste en las deposiciones de 4. testigos, vezinos del Lugar de Cogollos, que dicen aver visto, que los de Xeriz han hecho roturas, y Azequias mas arriba de el tomadero del agua, quitandole con ellas el curso natural, y que llegue al termino de Cogollos la que le pertenece; que de esto se han originado muchos daños à sus haziendas, perdiendose las siembras. Y vno de estos testigos añade, que especialmēte ha sucedido en los años de 715. y 717. que se hallò precissado à dezir al Convento del Parral, pusiesse cobro à las haziendas, porque estavan perdidas, à causa de que el Concejo, y vezinos de Xeriz quitaban la agua de noche, como de dia la embarcada; y que de pocos años à esta parte avian roto muchas tierras montuosas para hazerlas de labor, las quales están por cima del corral del rincon, distante de el tomadero vn quarto de legua; y para su riego tienen hechas muchas Azequias, quitando estas aquel quanto de agua, que naturalmente tocaba, y pertenecia à la Azequia, con que se riega el Termino de Cogollos; y esta agua, con que riegan las tierras nuevamente labradas, se estiende luego en tierras infructiferas, lo qual redundada, no solo en daño del Lugar de Cogollos, sino es que acaece, que la violencia, y golpe de la agua derriba grandes porciones de torronteras, y piedras à la Azequia alta, con las quales se atascaba, no corria la agua, y costaba mucho dinero à los de Cogollos la limpia.

182. Otro testigo dixo, que en el año de 715. el Concejo, y vezinos de Xeriz sub-

traian el agua, haziendo diferentes rutanes, con los quales embarazaban el curso natural, y que llegassen al Termino de Cogollos.

183. Otro dize, que no observan las providencias de la Sala, haziendo roturas, y rutanes por cima del tomadero, y en tierras que no estàn sorteadas; los quales ha visto assi en los años antecedentes, como en el de 717. causando con lo referido grandes daños à las siembras.

184. Otro vezino de Cogollos, que es el Molinero, dixo: que los de Xeriz todas las mas noches quitan à los de Cogollos vna hazada de agua, y que lo experimentò la noche del dia primero de Pasqua de Resurreccion de dicho año de 717. y que al amanecer de dicha noche faltaba mas.

185. Para mas justificacion se hizo vista de ojos de la Sierra, y fuentes, de que se compone el Rio de Xeriz, y lo que resulta es, que en el sitio del Corral del Rincon, por baxo de la Presa donde se alça la agua, à distancia de vn quarto de legua de el tomadero, avia vn peñascar de peñas crecidas, y que se avia desplomado, y caido grande porcion de ellas dentro de la Azequia, en la qual subsistian todavia cinco, ò seis cajas muy grandes arrimadas à vno, y otro lado de la Azequia, y las restantes estavan (al parecer) recién sacadas, y fuera de la Azequia: y assimismo se viò estar en dicho sitio desplomados otros muchos peñascos, y expuestos à caer en ella; y que si caen, impediràn el curso natural de la agua. Y se reconociò, que con la de los nacimientos de que se compone el Rio de Xeriz, se riegan algunas tierras, que estàn antes de el tomadero, que tienen los vezinos de Cogollos.

186. Este cargo es tan insubstancial como el primero: pues en la parte que mira à attribuir à los vezinos de Xeriz culpa, en que la Aze-

quia alta se llene de piedras, ya se reconoce no tienen alguna; pues no està en su mano detener los peñascos, que con el tiempo se deshazen: y siendo assi, que los que han caido en la Azequia, se han venido de su peso, sin que preceda obra, ni industria de hombres (como de la misma inspeccion se reconoce) se infiere, que los vezinos de Cogollos sobre este punto deponen temerariamente, sin mas motivo, que el que les finge su sinrazon.

187. Aun es mayor la que resulta de la segunda parte de este capitulo, en quanto dicen, que por diferentes roturas, y rutanes extravian los vezinos de Xeriz la agua para regar aquellas tierras, que estàn antes de el sitio donde se forma el Rio, y existe el tomadero de los de Cogollos, suponiendo que estas tierras nunca se han regado. Y en esto (como en todo lo demàs que dicen) faltan estos testigos à la verdad; y la prueba real, y concluyente consta de vno de los capitulos de la escriptura de transaccion, y concordia, donde expressamente se pactò, y previno, que los vezinos de Xeriz pudiesen regar à qualquiera hora, y tiempo que les pareciere, los rotanillos, y pedazos de tierra de labor, que tienen como descienden de la Sierra, hasta llegar à la Presa del rincon (que es la misma tierra, de que fomentan queexas los vezinos de Cogollos, suponiendo que nunca se ha regado, y que es novedad introducida en contravencion de las Executorias de interin.)

188. Y aunque con la escriptura de concordia tienen sobrado convencimiento, por ser vn instrumento que haze plenissima probança en todo lo que contiene. *L. In exercendis 15. C. de fid. instrum. Mascard. de Probat. volum. 1. q. 4. Noguier. alleg. 26. ex num. 151.* tenemos voz viva de testigos, que deponen averse dichas tierras

regado en todos tiempos cō el agua de las chor-
 reras negras, y de el Alhori, sin contradiccion de
 persona alguna, y de tiempo inmemorial à esta
 parte, como lo concluyen los testigos, que pre-
 sentò la Villa de Xeriz, examinados sobre la sep-
 tima pregunta de su interrogatorio: Con que à
 mas de lo que en la transaccion consta, tienen
 los de Xeriz la probança natural, que consiste en
 la deposicion de los testigos examinados. *Cap. In
 omni negotio. Cap. Licet vniversis, de Testib. Ol-
 drad. conf. 75. Mascard. & Noguer. vbi nup. à
 cuyas voces se debe atender, y estar; porque los
 mismos instrumentos que ay en el pleyto, las
 califican de verdaderas. Auth. de Instrum. caut.
 Et fid. Cap. 1. Siquis igitur. Cap. Tertio loco, extra v.
 de Probat. Mascard. de Probat. volum. 1. q. 5.*

189. Y tambien, porque de regarse las
 tierras, que estàn antes de formarse el Rio, y dis-
 tantes de el tomadero, no se ha seguido, ni pue-
 de seguir el menor daño à los vezinos de Cogol-
 los: pues en el juicio possessorio, su pretension
 solo fue, se les avia de mantener en la possession
 de regar con la agua de la Azequia alta, y sobre
 esto mismo recayeron los autos de Vista, y Re-
 vista, y no sobre si los vezinos de Xeriz avian de
 regar aquellas tierras, que la naturaleza puso an-
 tes de llegar à dicha Azequia alta; porque estas
 antes, y despues, y en todos tiempos se regaban,
 como la concordia lo refiere, y podian regarse
 por los de Xeriz, por ser suyo el dominio de las
 aguas, nacer, y correr en su propio Termino,
 como latamente dexamos fundado sobre el se-
 gundo punto.

190. Esto mismo persuade la passion, y
 temeridad de los vezinos de Cogollos, los qua-
 les à cada capitulo inciden en vn juramento fal-
 so, como aqui lo es afirmar, que los de Xeriz
 han hecho esta novedad de regar las expressadas

tierras, y que lo executan de muy poco tiempo à esta parte, y que les llenan la Azequia alta de piedras. Y resultando (como resulta) de la vista de ojos, y probanças todo lo contrario, esperan con la mayor seguridad, no solo que los testigos de Cogollos sean severamēte castigados, si tambien, que por reconocerse con evidencia avergado de tiempo inmemorial los rotanillos, y pedazos de tierra, que estàn desde la Sierra hasta el tomadero de la agua; y siendo expresso capitulo de la concordia, que en todas horas, y tiempos los puedan regar, y estando (como està) prevenida su observancia en los autos de Vista, y Revista de el juizio plenario possessorio, se de prompta providencia (interin que el juizio, sobre la propiedad de las aguas, se fenece) para que no se les impida en manera alguna el riego de estas tierras, en la forma que hasta de presente se ha practicado; previniendo assimismo, que en esta razon no se admita à los de Cogollos peticion alguna. Para lo qual ay muy seguros fundamentos.

191. Como son, reconocerse que los vezinos de Cogollos se valen de estas imposturas, y han valido en todos tiempos, para diferir la decission definitiva de esta causa, intentando por tan injustos medios hazerla inmortal, contra *L. Properandum, C. de Iudicijs*: ser capitulo de la concordia, que expressamente se manda observar por los autos de Vista, y Revista de el juizio plenario possessorio (lo que por si solo es suficiente, para que sobre este assumpto no se admita à los de Cogollos la menor pretension, *ex dict. leg. fin. C. sentent. rescind. non poss. L. Causas, C. de Transact. L. fin. C. de errorib. advocat. L. Rescripta, C. de Pracib. Imper. offer. Pont. conf. i. num. 72. C. de Porest. Proreg. tit. de abundant. Civit. §. 3. num. 14.*) tener los vezinos de Xeriz titulo,

tulo, y derecho de naturaleza à estas aguas, porque nacen, y pasan por sus tierras, aun antes de llegar à la Azequia alta. Y por esta misma razon se encuentra natural repugnancia, para que los de Cogollos impidan el uso de ellas, y riego de dichas tierras, lo que sobradamente explicó el Emperador Claudio en la ley *Præses 6. C. de servit. Et aq.* asegurando que era demasadamente duro, y especie de crueldad sacar la agua, que nace en las tierras propias para fertilizar las ajenas, dexando aridas, è incultas aquellas, que producen la agua, ibi: *Cum sit durum, Et crudelitati proximum, ex tuis prædijs aqua amnem ortum, sitientibus agris tuis, ad aliorum usum vicinorum iniuria propagari, Et c.*

ley de 2022

192. Y se ha confessado por el Convento del Parral, y vezinos de Cogollos en este mismo pleyto, y juicio de propiedad, en vno de sus libelos, que està al fol. 139. del Rollo, ibi: *Y que aunque no tuviera tan justificado su derecho, lo es natural, que las aguas, aunque passen por termino de otro, las que à este le sobran, las participe, y se aproveche dellas el vezino; y siendolo mi Parte, y pudiendo commodamente los de Xeriz, permitirles dicho aprovechamiento, està obligados à consentirlo, Et c.*

Mem. n. 294

193. Que este alegato se tenga por confession de la misma Parte, assi en causa civil, como en criminal, se prueba, *ex leg. Cum precum, C. de liberal. caus.* y exornan *Gom. lib. 3. Var. cap. 12. num. 4. Gratian. discept. 79. num. 21. Dom. Larr. alleg. 66. num. 74.* Luego conociendo los de Cogollos, y el Convento del Parral, que el derecho, que pueden tener, solo es à las aguas, que sobran à los vezinos de Xeriz, conceden à estos el uso, y riego de dichas tierras en qualquiera tiempo del año, por lo mismo que nace, y passa el agua por ellas, antes de llegar al termino de Cogollos.

109 194. *Potiori titulo*, quando el derecho, y dominio de estas aguas se halla asegurado à favor del señor Duque, y sus vezinos de Xeriz, con instrumentos, quales son los Reales Privilegios, y mercedes, y Cedula de la Real Junta de Incorporacion, que se han presentado, y testimonio de el libro del Apeo de la Real Hacienda de Poblacion, con probança de testigos hecha en la instancia de Vista de el juizio de propiedad, y vltimamente con la vista de ojos, que en la expresada instancia se executò: Constando por cada cosa de estas, que las aguas nacen en el Termino de Xeriz; que el dominio de ellas pertenece al señor Duque, y à los vezinos de su Villa, para regar, y fertilizar sus tierras, por lo mismo que la agua nace, y passa por ellas: Siendo digno de reparo, que hasta los Apeadores que nombrò el Convento de el Parral, y el Concejo de Cogollos, assi lo declaran, asegurando que dicho Lugar no ha tenido, ni tiene titulo alguno de dominio para pretender dicha agua, ni acciõ à pedirla, y que solo han regado con las sobras de Xeriz, y esto quando los vezinos de dicha Villa querian dexarlas caer à la Azequia alta.

195. El tercero capitulo, que en su querrela incluyen los de Cogollos, es, que el Concejo, y vezinos de Xeriz, en el dia 20. de Abril de dicho año, con el motivo de ir à limpiar la Azequia, profundaron el tomadero, que và à dicha Villa, para que quedando mas baxo, se llevasse toda la agua en perjuizio de los de Cogollos. Y parece que de la diligencia, y vista de ojos resultò, averse quitado del tomadero del agua que và à Xeriz, algunos pedazos de peña.

196. No expresa, ni puede esta diligencia la justa causa, que los vezinos de Xeriz pudieron tener para aver quitado parte de la peña; pero resulta justificada de la pregunta 6. de

el Interrogatorio, que presentò la Villa de Xeriz, en que los 15. testigos dicen, que el motivo de averse baxado el tomadero de la agua de Xeriz no fue otro, que aver antecedentemente hecho lo mismo los vezinos de Cogollos con el suyo: y siendo de perjuizio à los de Xeriz esta novedad, les fue preciso (al tiempo que se limpiò la Azequia) baxar su tomadero, para dexarlo igual con el de Cogollos, sin que por esto se les aya seguido el menor daño, y perjuizio.

197. Y esta verdad se acredita, de que la limpia de la Azequia se executò muchos tiempos antes, que los de Cogollos presentassen la querrela, y siendo (como es) cierto, que al tiempo de la limpia se baxò el tomadero de la Villa de Xeriz, para igualarlo con el de Cogollos; si lo fuera lo que los vezinos de este Lugar dicen, inmediatamente se huvieran querellado, sin dexar passar tanto tiempo: pues no es presumible, que en cosa tan grave, y de tanto perjuizio, se estuviesen callando: *Arg. Text. in cap. 1. de Frig. C. Malefic. Gonç. Tell. in cap. Laudabilem 3. eod. Cum tanto tempore tacuisti, ex l. Procula, ff. de Probat.* De lo qual resulta desvanecido este cargo.

Cum tandem ta-
cuisti

198. Otros dos (que mas parecen chismes) se incluyen en dicha querrela. El vno es, que reconociendo los de Cogollos, que por la falta de agua no podian pagar la renta, que eran obligados al Convento del Parral de Segovia, escribieron sobre este assumpto; y el Monasterio diò orden al Padre Fray Andrès de Santa Maria, para que passasse à dicho Lugar, y sollicitasse la quietud de sus vezinos, y que con paz se observasse lo mandado por la Sala: Que aviendo este Religioso, con asistencia del Beneficiado de Cogollos, y otros vezinos de la primera distincion, passado à la Villa de Xeriz por vno de los dias del mes de Abril, y hablado con los

Alcaldes, y Justicia de dicha Villa, respondieron con gran desprecio, diciendo, no querian dexar passar el agua, aunque se mandasse por la Sala, y que la embarcada la avian de tomar enteramente por donde, y como quisieran; y no solo esta, sino es que por la Sierra, y antes de llegar el agua al sitio, y Parada de las Jayrolas, donde estàn los tomaderos, avian de distribuir toda la que les pareciesse; y esto con tantas voces, que casi se tumultuò la Villa, siendoles precisso à los Sacerdotes, y demàs vezinos de Cogollos retirarse de ella.

199. La justificacion de este cargo contiene mucha variedad: pues tres testigos van contestes en el viage que hizo el Religioso, como passò à la Villa de Xeriz à las casas de Don Blàs Gomez, Presbytero, que embiò à llamar à los Alcaldes, y Regidores de Xeriz, los quales acudieron promptamente.

200. En quanto à los demàs particulares de este capitulo, depusieron otros tres testigos vezinos de Cogollos, vno de ellos Agustin Muñoz, y este dize: que el Religioso les pidió por amor de Dios, mandassen derrivar las Presas innovadas, porque se perdia la siembra de el Lugar de Cogollos, por divertirse el agua en tierras montuosas; y que à esto respondiò Bernabè Ruiz, Alcalde de Xeriz: que què cuydado le daba se perdiessse dicha agua, que se criarian castaños, y jarales? A que el Religioso le hizo cargo de las providencias de la Sala; y el Bernabè Ruiz respondiò, que todavia querian levantar mas Presas, que las que avian hecho, y que avian de regar fuesse como fuesse, y que los de Cogollos regaran con la agua que llegasse: y que Estevan de Pitres, vezino de Xeriz, estava con grande alboroto diciendo, que qualquiera de Cogollos que entrasse en el Termino, mirasse como entraba.

201. Christoval Garcia dixo, que al ruego del Religioso respondiò Bernabè Ruiz, avian de levantar mas Presas, y regar, aunque lo mandasse la Chancilleria, y que què Sala, ni que Salo: y que à este tiempo entrò Estevan de Pitres diziendo, que qualquiera de Cogollos que entrasse en el Termino de Xeriz, mirasse como entraba, y esto con muchas voces, à las quales acudiò mucha gente silvando al Religioso: con lo qual salieron de la casa, y se fueron al Lugar de Cogollos.

202. El Beneficiado de Cogollos dixo, que aviendo èl, y el Religioso reconvenido à los Alcaldes, y Regidores de Xeriz con las providencias de la Sala, y que con paz gozasse vno, y otro Pueblo de la agua, en el tiempo, y horas señaladas: respondieron los Alcaldes, y Regidores, avian de regar con el agua embarcada siempre que quisiessen. Y aviendoles reconvenido, con que seria precisso acudir à la Sala: respondieron, à todos cogeràn V. mds. porque todos hemos de regar por donde, y como quisieremos; y que à este tiempo llegò Estevan de Pitres, diziendo, que ninguno entrasse en el Termino de Xeriz, ni llegasse à la Azequia, porque avia de hazer, y acontecer; y que este testigo, y el Religioso le respondieron: Que si el Termino de Xeriz era Iglesia, y ellos estaban excomulgados para no entrar en èl?

203. El otro (que es el vltimo, y quinto capitulo) se reduce, à que los de Xeriz continuando la substraccion de la agua, y amenazas de prender à los vezinbs de Cogollos, que passassen à reconocerla; determinò el Religioso con algunos vezinos de dicho Lugar, y otros forasteros, passar à reconocer la Azequia en la madrugada de el dia 18. de Abril, y aviendo entrado en el Termino de Xeriz antes de salir el Sol, encontra-

ron tres vezinos de dicha Villa rompiendo la Azequia; y aviendoles dado los buenos dias, la respuesta fue dezirse vnos à otros fuesen à llamar à la Justicia, y sin hablarles palabra cōtinuaron el reconocimiento de la Azequia, y encontraron à vn Alcalde, y vn Regidor con otros vezinos de Xeriz, que baxaban hazia el Termino de Cogollos, reconociendo quien regaba con la agua.

204 Y que aviendo passado mas adelante encontraron à Gregorio Rabaneda, y à otro Alcalde, asistido de otros vezinos; y aviendoles dado los buenos dias, la respuesta fue venirse Gregorio Rabaneda hazia el Religioso, cō la azada levantada, diziendo con grandes voces, y votos, venga el picaro Frayle à quitar el agua, que lo avia de matar en la Parada. Y aunque el Religioso procurò sossegarle, prorrumpio en mayores desahogós, tanto que el Religioso preguntò à Felipe Garcia, Alcalde de Xeriz, si estava loco aquel hombre? A que respondió dicho Alcalde, que no lo estava, y que tenia mas juicio que el Religioso; y echando muchos votos, y manoteando de forma, que à no averse el Religioso apartado, le huviera dado con las manos en el rostro. Que Felipe Garcia le preguntò, que à què iba alli? Que fuesen todos presos, y el primero el Frayle. Y à estas voces acudiò gran numero de vezinos, el otro Alcalde, y los Regidores, que todos estavan preyenidos, y de hecho con garrotes, y palos los cogieron en medio, y llevaron cerca de la Villa de Xeriz; y alli permitieron que el Religioso se bolviesse, prosiguiendo el viage con los demás hasta dicha Villa. Y que antes de dar licencia al Religioso para que se retirasse, Diego Moreno, vezino de Xeriz, instaba con muchos votos, y para que al Frayle se le diese vna calça de arena; y aviendo llegado à la

Villa, se entraron los Alcaldes en las casas de D. Blàs de Martos, Presbytero, dexando en la calle à los de Cogollos cercados de mucha gente, y (al parecer) por su dictamen no los entraron en la Carcel, y saliò dicho Don Blàs, y les dixo, se retirassen à su lugar de orden de dichos Alcaldes.

205. La justificacion, que ay sobre este capitulo, es la siguiente. En quanto al particular de aver ido el Religioso à reconocer la Azequia en la madrugada de dicho dia, lo deponen quatro testigos vezinos de Cogollos, por averle asistido en todo el viage; y en quanto al lance acaecido sobre el reconocimiento, depusieron otros diferentes vezinos de Cogollos cõ alguna variedad: pues Agustin Muñoz dixo, que yendo la Azequia arriba, encontraron à Felipe Garcia, Alcalde, con vn Regidor, y el Escrivano, y otro mozo; y mas arriba encontraron à Bernabè Ruiz, Alcalde, y à otro Regidor; y mas arriba estava Gregorio Rabaneda; y sin dezirle este testigo, ni los que con èl iban, cosa alguna, se vino hazia todos con la azada levantada, diciendo: venga el picaro Frayle, y todos los cornudos cabrones à quitarme el agua, que alli la tenia; y aviendo el Religioso procurado con buenas razones dar à entender, que con èl no se metia, para que de aquella forma le axasse, llegò al sitio, y se incorporò el Alcalde Felipe Garcia, à quien preguntò, si aquel hombre estava dementado? Y que avia respondido, tenia mas juicio, que el Frayle, à quien le fuera mejor estar se en su Monasterio, que hazer visita, y registro de la Azequia; y que podia tener entendido, y los de Cogollos, que aunque por la Sala, ò otro qualquiera Juez se mandasse, que el dicho Lugar se aprovechara de la agua embarcada, avian de regar con ella cada que les pareciesse, à costa de sus haciendas, y de otros qualesquier castigos, y es-

to manoteando, que à no averse retirado el Religioso, le huviera dado en el rostro.

206. Christoval Garcia difiere en que al tiempo, que Gregorio Rabaneda dezia las palabras, que se han expressado, venian hazia dicho sitio los Alcaldes, à los quales preguntò el Religioso, si aquel hombre estava loco? Y que le respondieron tenia mas juicio que èl, à quien mejor le fuera estar en el Confessionario, y no inficionar toda la tierra.

207. Blàs Molero, vezino de Cogollos, que iba en asistencia del Religioso, solo dize, que encontraron à Gregorio Rabaneda, y no à los Alcaldes, y demàs Justicias de Xeriz; y añade, que Rabaneda diò vn brinco, y saltò la Azequia, haziendo ademanes, como de querer tomar piedras; y que à este tiempo llegaron las Justicias, y demàs vezinos, y que Diego Vadillos, Maestro de Barbero, meneandole los Avitos al Religioso, dezia, que què doctrina era la suya, que iba à tumultuar las Villas para que se perdiessen?

208. Y otros tres testigos, residentes en dicho Lugar, vienen à contestar en las voces, y alboroto de Gregorio Rabaneda, aunque cada vno se explica con diferentes voces, y terminos, en orden à las palabras, en que dicho Rabaneda prorrumpiò.

209. En lo que mira à la prision del Religioso, y vezinos de Cogollos, quatro testigos dizen, que la Justicia, Regidores, y algunos vezinos, dixeron fuessen todos presos, y dos de ellos añaden, que el Religioso avia de ser el primero; y los otros dos solo refieren, que quando la Justicia dixo fuessen todos presos, preguntò el Religioso, si avia de ir èl tambien? Y que respondieron, todos han de ir à Xeriz. Y todos van conformes en que los llevaron; y ayiendo llegado à

la cuesta de dicha Villa, salieron muchos vezinos, y entre ellos Diego Moreno con vn palo en la mano, diziendo, era lastima no darle al Padre vna calça de arena; y que algunos de Xeriz dezian era lastima, que yendo los primeros hombres de Cogollos, fuesen con vn picaro Frayle; y que aviendo llegado à lo alto de la cuesta, pidió el Religioso licencia para bolverse, y le dixeran se fuesse, que seguro iba, y à los demàs los entraron en dicha Villa, dexandolos à la puerta de las casas del Beneficiado.

Las excepciones opuestas por los vezinos de Xeriz para exclusion de estos capitulos, consisten en que al tiempo, y quando el Religioso, asistido de algunos Eclesiasticos, y vezinos de Cogollos, fue en vno de los dias primeros del mes de Abril à las casas de Don Blàs Gomez, y llamaron à los Alcaldes de Xeriz, para disputar à quien tocaba la agua embarcada, aunque tuvieron vna dilatada conferencia, no se habló por vezino alguno de Xeriz en toda ella palabra descompuesta, ni à otro fin, que à la continuacion de su derecho, y possession, en que han estado, y estàn los de Xeriz de regar con la agua embarcada, como lo deponen contestes 4. testigos, que se hallaron presentes à todo este lance, y con mas especialidad el Licenciado Don Blàs Gomez, Presbytero, en cuyas casas estuvieron el Religioso, Alcaldes, y demàs vezinos de Cogollos, assegurando que estos iban con escopetas largas, y que el Religioso entregò à vn criado, que con èl iba, vna escopeta corta, y que los vezinos de Xeriz que concurrieron, no llevaron armas algunas, ni hablaron palabra que no fuesse decente; y que la question se reduxo à pretender el Religioso, y demàs que le acompañaban, les pusiesen la agua en las tierras de Cogollos, al mismo tiempo que el Sol se ponía:

que respondieron los de Xeriz era vn imposible, por razon de la distancia que avia de vno à otro Lugar.

Tambien articularon los vezinos de Xeriz, que aviendo quedado desengañados, assi los de Cogollos, como el Religioso en la conferencia expressada, por vno de los dias de Pasqua de Resurreccion, cumpliendo los Alcaldes, y Regidores de Xeriz, con la obligacion que tienen de zelar el Termino, y hazer guardar la formalidad de el riego, y evitar las discordias, que sobre ello suele aver, salieron à reconocer la tierra, y tuvieron noticia, que el Religioso, y otros muchos vezinos de Cogollos, iban entrando por el Termino de Xeriz, atropellando los trigos con las cavallerias, haziendo notable daño; y aviendose adelantado à buscarlos, y concurrido vnós, y otros, los de Cogollos bolvieron à altercar sobre la agua embarcada, à que los de Xeriz dixeron, no entendian de pleytos, que fuesen todos à la Villa à casa del Beneficiado Don Blàs de Martos, y reconoceran por el Memorial ajustado, que era sinrazon lo que pretendian de quererse llevar la agua embarcada.

Y con efecto fueron con gran quietud, y sin que precediese la menor violencia; y aviendo llegado à las casas del Beneficiado (menos el Religioso, que no quiso ir à Xeriz) despues de aver hablado sobre la dependencia, se despidieron sin que passasse otra cosa.

Para la justificacion de este alegato, tienen los de Xeriz las deposiciones de ocho testigos, que se hallaron à todo el lance, y contestes afirman no aver passado otra cosa, que lo que queda expressado. Y el Beneficiado D. Blàs de Martos declara, que aviendo llegado à su casa los vezinos de Cogollos (y entre ellos Agustin Mañoz, y Joseph de Molina) se hablò sobre el

derecho de la agua embarcada, reconyiniendoles, assi con el Memorial ajustado, como tambien con la possession, en que se hallaban los vezinos de la Villa de Xeriz de aprovecharse de ella, sin que huviesse voces, ni alboroto alguno; y de publico, y notorio asegura lo mismo Don Blas Gomez, que es el otro Beneficiado.

214. De esta probança plenissima, y concluyente, resulta la precissa exclusion de los dos cargos antecedentes: ya porque los testigos de la Sumaria padecen los insanables vicios de ser vezinos de Cogollos, y partes interesadas en el litigio; ya por las contradicciones, è implicaciones, y variedad, que en sus deposiciones se nota; ya porque aviendo faltado en parte al hecho de la verdad (como se reconoce de lo declarado en los capitulos antecedentes) deben no ser creídos en parte alguna de sus declaraciones, por la razon que traen Farinacio de *Testib. quest. 67. num. 111. Caren. de Offic. Inquisit. part. 3. tit. 6. §. 9. num. 72.* y la que se deduce de los Textos in *cap. Parvuli 22. quest. 5. Cap. Quicumque 6. q. 1. Cap. Testimonium, de Testib. Cap. 1. de Crim. fals. y de la ley Si is qui documenta. §. Vtrum, ff. de reb. dub. Leg. 8. tit. 16. part. 3.* que se reduce, à que el testigo, que es mendaz, ò depone falsamente en vn articulo, se tiene, y reputa por mendaz, y falso en los demás articulos de su declaracion.

215. Y tambien por lo que dexamos dicho, y fundado, de estar justificadas las excepciones de los vezinos de Xeriz, y la certeza de vno, y otro lance con mayor numero de testigos, y estos fidedignos, y contestes de vn mismo tiempo, y acto, y lugar: Circunstancias, que persuaden por plenissima la probança de los vezinos de Xeriz. *Leg. Denuntiassse. §. Quid tamen, ff. de Adulter. Leg. Qui sententiam, C. de Pen. cap. Licet causam, vers. Quamcumque, de Probat. cap. Cum dilec-*

dilectus. vers. Et si tres, de Elect. Ant. Gom. tom. 3. Variar. cap. 12. num. 10. vers. Item adde, ubi Ayllon eius Addition. no siendo la de menor aprecio hallarse por testigos en esta probança dos Sacerdotes Beneficiados en dicha Villa, cuyo estado estima tanto el Derecho, que à cada vna de sus deposiciones dà tanto valor, como si fuesse de dos testigos fidedignos, *vt constat ex cap. 7. de Probat. cap. 23. § 28. de Testib. Ant. Fab. in Codic. tit. 2. lib. 1. definit. 70. num. 14.*

216. Y quando por todos Derechos no fuera (como es) atendida justificacion tan concluyente, que ella misma inclina à la precisa absolucion de los vezinos de Xeriz, y se estimaran por ciertas las palabras, que se suponen dichas por algunos contra el Religioso de Señor San Geronimo, aun en este caso se debieran tener presentes muchos motivos para que estos vezinos fuesen en el todo dados por libres. El primero es, aver sido provocados por los vezinos de Cogollos: pues siendo assi que estos por los autos de Interim, y los de Vista, y Revista proveidos en el juicio plenario posesitorio, solo tienen el vso de la Azequia alta desde que el Sol se pone hasta otro dia que sale, y por ningun motivo la agua embarcada en todo el Termino de Xeriz; pues por la misma Executoria està concedida à los vezinos de dicha Villa: y siendo asimismo cierto, que de tiempo inmemorial están en possession de regar los rotanillos, y tierras situadas desde el nacimiento de la agua, hasta el sitio en que se levanta la Azequia, y sus tomaderos; y estando confessado por vno de los capitulos de la concordia, y està mandada guardar por la misma Executoria, han insistido los vezinos de Cogollos tenazmente en querer privar à los de Xeriz de la agua embarcada, y de el riego de dichas tierras, y rotanillos, introduciendose

en tropa, y con armas en la jurisdiccion de dicha Villa à mover, y suscitar questiones sobre prentension tan injusta.

217. En estos terminos, aunque algunos vezinos de Xeriz se huvieran excedido en las palabras, no por esto se hazian dignos de pena, por la razon de ser provocados. *Text. in leg. Qui cum maior. §. Si libertus. ff. de bon. libert. Tyraquel. de Pæn. temper. aut remit. caus. 1. num. 5. §. 12.* Y porque se debe creer, y discurrir recibirian notable dolor, al ver que los vezinos de Cogollos intentaban despojarles de lo que por tantos, y tan justificados titulos les pertenece, y es muy dificultoso, que calle aquel que està dolorido. *Cicer. pro muren. ibi: Dificilimum est tacere cum dolore. Atræus apud Senec. in Thyestr. act. 3. scæn. 1. ibi: Vix dolor frenos capit.*

218. No es facil se reprima aquel que reconoce, que con fuerza, y violencia le quieren quitar lo que es suyo: La agua embarcada es, y ha sido de los vezinos de Xeriz; estos de inmemorial tiempo à esta parte estàn en possession de regar los rotanillos, y pedazos de tierra, que ay desde los nacimientos de la agua hasta el sitio, en que se levanta la Azequia alta. Y siendo licita, y por ningun motivo punible la defensa contra los que procuran cometer alguna violencia, ya sea contra la persona, ò ya contra los bienes, *L. 1. ff. de vi, §. vi armat. L. Vt vim, ff. de Inst. §. Iur. Cap. Significasti el 2. de homicid. Cap. Si verò, de Sentent. excom. L. 7. tit. 10. L. 3. tit. 15. partit. 7. Gomez, lib. 3. Variar. cap. 3. à num. 20. Riccio, part. 4. collect. 792. Dom. Salgad. de Reg. Protect. part. 1. cap. 2. num. 19.* aunque algunos vezinos huvieran excedidose en las palabras, tienen à su favor la legitima disculpa, que nace de la provocacion, y violencia continuada por los vezinos de Cogollos, en tiempo que las Justicias

de Xeriz solicitaban con el mayor zelo, y aplicacion la observancia de las Executorias, como plenamente lo han probado.

219. Otro de los motivos apreciables para la exoneracion de estos capitulos (en la hypothesis de que fuesen ciertos) consiste en la condicion de las personas, à quienes se atribuyen las palabras, suponiendolas injuriosas: y siendo estos vezinos vnos pobres rusticos, tienen à su favor por esta causa la commiseracion de las leyes, mayormente quando no se les pueden negar los justos fundamentos para defender su derecho. Esta razon, y su misma rusticidad fueran bastantes para absolverles, *ad leg. 2. ff. siq. in ius vocat. L. Siquis, §. 1. ff. de Iurisdic. omn. Indic. L. Plagij criminis 13. ubi Gloss. C. ad leg. Fav. de Plagiar.*

220. Y no solo deben esperar ser absueltos de tan despreciables capitulos, sino es que al mismo tiempo, y en el interin que el juicio sobre la propiedad destas aguas en todas instancias se fenezca, se reforme la providencia dada sobre las doze horas de agua concedidas al Concejo de Cogollos, y se mande rigorosamente observar las Reales Cartas Executorias del Juizio Possessorio, y capitulo de la concordia, en razon de la agua embarcada, assi por lo que se ha dicho de no poderse dar providencia, que altere la cosa juzgada; como tambien por los evidentes gravissimos perjuizios, que de lo contrario se siguen à los vezinos de Xeriz, y cada dia se experimentan: Pues siendo assi, que en las Executorias, y capitulo de la concordia, que en ellas se manda observar, solo previene, que los de Cogollos gozen la agua de la Azequia alta, y la quien à sus tierras, desde que el Sol se pone hasta que sale à otro dia, quedando la agua embarcada para los vezinos de Xeriz: Si oy se permite la novedad

en quanto à las doze horas, y en quãto à la agua embarcada, no solo quedaran derogadas absolutamente las sentencias, y autos de los juizios de interin, y plenario possessorio, y la escriptura de transaccion; sino es de el todo perdidos los pobres vezinos de Xeriz, aridas, y infructiferas las tierras que labran; pues como se reconoce de la probança, que han hecho en esta nueva causa que se les ha fulminado, à la 8. 9. y 10. pregunta plenamente justifican, que si los de Cogollos huvieran de tener dentro de sus tierras doze horas continuas de agua cada dia, y y utilizasse de la agua embarcada, quedaran privados los vezinos de Xeriz, y sus haziendas de el vso de ella en muchas horas.

221. sup La razon es: porque si en el mes de Junio se pone el Sol à las 7. y media de la tarde, y sale à las 4. de la mañana, y los vezinos de Cogollos huvieran de tener integras las doze horas, gozarian de la agua hasta las 8. del dia, y por este medio los de Xeriz quedarian defraudados; y lo mismo sucediera en muchos meses de el año, lo que se evita con que las Executorias se observen mientras se fenece el juizio de la propiedad, y de esta forma no perdieran sus panes por falta de riego, como concluyentemente deponen los testigos averse perdido: y dan la razon, porque las tierras de Xeriz, y las de los rotanillos exceden de 400. fanegas, para las quales necessitan de mucha agua, y tambien de la embarcada; y de limitarles la agua, se les pierden las viñas, maizes, y castaños.

222. Este daño nunca pueden experimentar los de Cogollos: pues sus tierras se componen de 32. suertes, y no pagan censo alguno à su Magestad; las de Xeriz son 121. suertes, y cada vna de ellas contribuye al año 12. ducados à la Real Hazienda de Poblacion, lo que consta

por testimonio, que se ha presentado en el pleyto; si la agua se les quita en los tiempos, que las Executorias mandan, y tambien la embarcada en la Azequia alta, no solo padecen los vezinos de Xeriz; si tambien la Real Hazienda, y su Erario: porque siendo el medio vnico para que estas fuertes fructifiquen, darles la agua que tanto necessitan, mientras no se les conceda, estaran infructiferas, y los vezinos no tendran de que pagar el tributo.

223. Con que concurre la gran diferencia que ay de vna à otra Poblacion; pues la de Xeriz es dos partes de tres mayor, que la de Cogollos, y tener esta agua bastante para abastecerse, y para sus ganados, sin necessitar de la litigiosa; y la de Xeriz muy poca, y que necessita necessariamente de la del Rio, y Azequias, sin q̄ tenga otra para su comun vso, y aprovechamiento: de forma, que aun quando esta agua fuera comun (que no lo es) y se debiera dividir *per mēsuras*, si *sufficeret utrique ad tradita per Capol. de Serv. Rustic. pradior. cap. 4. de Serv. aq. duct. num. 44. Otero de Pasc. cap. 27. num. 8. & 9. Gall. de Fruct. disp. 3. num. 26. & seqq.* No se podia dudar de la injusticia, con que temerariamente pretende Cogollos con mucho menos Termino, menos Fundos, menos Pueblo, y menos indigencia, llevarse, y aprovecharse de la mayor parte de estas aguas.

224. Y esto de vn Rio verdaderamente privado, como el que consiste en dominio de algun particular, como lo es el señor Duque del Infantado, ò por tener su origen de fuentes, que nacen en su territorio, ò porque la jurisdiccion del mismo origen, y nacimiento compete à el mismo particular, Ciudad, ò Villa: cosa tan injusta, como contraria à la singular doctrina de el mismo Capol. *in cap. 32. de Flumin. privat.*

queriendo privarle de su dominio tan firmissimo, como queda fundado, y probado, y acreditado, y su possession con el singular hecho de los Adversarios, por los arrendamientos particulares, que constan de los autos averse hecho, de las porciones de aguas que han necesitado, y se les han querido conceder, que es la mas concluyente prueba de el dominio, como doctamente se fundò en la *decis. 214. del Rostb. num. 13. § 47.* y contra la expresa disposicion de la *ley 9. tit. 28. part. 3.* que ordena, que los de vn Lugar no puedan vsar de las cosas comunales de los de otro, contra la voluntad de estos, como lo pretenden los de Cogollos, y privar al señor Duque de su misma agua, y fabrica de sus Herrerias.

225. Por estas razones, que se hallan tan manifiestas, como justificadas de los mismos autos, y probanças que se han hecho, debemos esperar muy prompta providencia, à fin de que se reforme la dada en quanto à las doze horas de agua, y se mantengan las Reales Cartas Executorias, y capitulos de la concordia, en quanto à la agua embarcada, y en quanto al riego de los rotanillos, y tierras, que estàn desde el nacimiento de la agua, hasta el sitio donde se alça la Azequia, por ser expresse capitulo de la misma transaction, y estar los de Xeriz en possession de regarlas de tiempo inmemorial à esta parte, sin que se permita la menor dilacion, por ser visible el peligro, que de retardarse se sigue à su Magestad, al señor Duque del Infantado, à los vezinos, y haciendas de Xeriz. Y quando ay peligro en la tardança, aun las mismas leyes se alteran para el prompto remedio. *L. Periculum 35. ff. de Reb. credit. Bobad. lib. 3. Polyt. cap. 8. num. 140. cum mult. Dom. Salgad. de Reg. Protect. part. 1. cap. 1. pralud. 3. à n. 103. § part. 2. cap. 5. à n. 72. D. Sorç. de Iur. Ind. tom. 2. lib. 3. cap. 23. n. 54.*

- 226. Quedan (en nuestro sentir) incon-
cluyentemente probados los quatro Puntos,
que hernos discurrido precissos à la defensa de el
señor Duque, y sus vezinos de Xeriz. Y aunque
confessamos lo difusso, tenemos en nuestro abo-
no el dictamen de Marcial, *intra illud*:

- *Non sunt longa, quibus nil est, quod demere possis*

- 227. Para la inteligencia, ha sido indis-
pensable la relacion de el Hecho, que conduce
al intento de las Partes; y la expression de el De-
recho, para àcreditar la justicia, que al señor
Duque, y su Villa assiste: y siendo esta tan clara,
como de Hecho, y Derecho se deduce, espera-
mos se difiera à su favor la Sentencia de Vista.
S. T. S. D. C.

Lic. D. Antonio Gomez Lic. D. Nicolàs Felix
de la Caba. de Nava Noroña.

