



AB

11

P O R
E L C O L E G I O
D E L A C O M P A Ñ I A D E J E S U S
. de la Ciudad de Jaen.

E N E L P L E Y T O
C O N
D O N J V A N D E M E S A,
vezino de dicha Ciudad.

S O B R E
L A V A L I D A C I O N , Y S V B S I S -
tencia de el Testamento , que otorgò,
y baxo de cuya disposicion falleció
Doña Mariana de Mora Da-
valos , vezina que fue de
dicha Ciudad.

Impresso en Cordova : *En el Colegio de la Assumpcion de la
Compañia de Jesus.*

3
7
1
2

P O R
E L P O R T E

DE LA COMANDANCIA DE JERUSALEM

EN EL MES DE

DE MAYO DE 1864

DE

DE

DE

DE

DE

DE

DE

DE

DE

DE

DE

N. 1.  O mas substancia, y preciso de el hecho de este pleyto, se reduce, a que en el dia 3. de

Octubre del año pasado de 1722. Doña Mariana de Mora Davalos, viuda, y vezina de dicha Ciudad de Jaen, hallandose enferma, y sin hijos, otorgó su Testamento, por ante Juan Guerrero de la Cueva, Escrivano Publico, y del Numero de dicha Ciudad, instituyendo por su vniversal heredera à Doña Josepha de Escobar su sobrina, muger legitima de Don Gabriel de Alfaro, à la qual asimismo le prelegó, por vna de las Clausulas de dicho Testamento, el usufructo de vna Heredad, y Zumacar, en el sitio de Torrequebrada, de la qual avia de gozar por los dias de su vida; y que por la fin, y muerte de esta, la huviesse en la misma forma por los dias de su vida en usufructo, y no mas, el dicho Don Juan de Mesa, hijo de Don Francisco Manuel de Mesa, y nieto de Don Fernando de Mesa, marido que fue de la Testadora. Y asimismo ordenó, y dispuso, que muertos los dichos usufructuarios, recayesse dicha Heredad, y Zumacar en propiedad, y para siempre jamás, en el referido Colegio de la Compañia de Jesus: con la carga, y gravamen de costear ciertos ornamentos para el Culto Divino, y de aumentar otra Cathedra, de Philosophia en sus Escuelas: y por otras diferentes Clausulas hizo varias disposiciones, y legados, que por no conducir à el caso de este pleyto se omiten. De cuyo Testamento fueron testigos Don Francisco de Herbás, Presbytero, Alonso Gomez de Aguilera, Escrivano de los Reynos, y Joseph de Aranda, Maestro de Sastre.

2. En el dia siguiente al otorgamiento de dicho Testamento, que

fue en el 4. de dicho mes de Octubre de 722. murió la dicha Doña Mariana de Mora Davalos.

3. En el dia 9. de el mismo mes, el dicho Don Gabriel de Alfaro, como marido de la dicha Doña Josepha de Escobar, acudió ante la Justicia de aquella Ciudad, y haziendo demonstracion de vn traslado de dicho Testamento, y relacion de la Clausula antecedente, pidió, que los Fieles Alamines, con citacion de el dicho Don Juan de Mesa, como segundo usufructuario, y de el Colegio de la Compañia de Jesus, como propietario reconociesen dicha Heredad, y el estado en que se hallaba: lo que así se mandó. Y aviendose citado para ello al dicho Don Juan, y al Rector de dicho Colegio, este dió pedimento, nombrando Perito, el qual se huvo por nombrado, y con el que se nombró por parte de el Don Gabriel de Alfaro, executaron el reconocimiento de dicha Heredad.

4. En este estado se quedaron las cosas desde dicho tiempo, hasta que en el dia 23. de Agosto de el año pasado de 1734. los dichos Don Gabriel de Alfaro, la Doña Josepha su muger, y el Don Juan de Mesa otorgaron Escritura, por la qual hizieron relacion de el expresado Testamento, y Clausula, que queda referida, y que en ello se le avia hecho conocido agravio à el D. Juan, por quanto la voluntad de la Testadora avia sido el dexarle al susodicho la dicha Heredad, y Zumacar en propiedad, por ser este legitimo nieto de el dicho Don Fernando de Mesa, marido que avia sido de la Doña Mariana, de quien avia sido dicha Heredad, y Zumacar; y que por el Testamento, que la susodicha avia otorgado en el año pasado de 718. dexó por absoluto heredero à el Don Juan, sus hijos, y descendientes, y que avia legado à noricia de

3
7
1
2

los otorgantes, que el que se avia hecho el año de 722. padecia nulidad; à lo menos en la Clausula introducida en favor de dicho Colegio, por no aver sido esta voluntad de la Doña Mariana; atento à que en presencia de los testigos instrumentales, que el Escrivano buscó, y solicitó, leyó aceleradamente el Testamento, que llevaba escrito, y de forma, que casi no le podia entender la Testadora; la qual quando llegó à la Clausula referida manifestó sentimiento, y manifestó no ser aquella su voluntad: y reconocido esto por Alonso Gomez de Aguilera Escrivano de su Magestad (vno de dichos testigos) hizo bolverse à leer dicha Clausula, sobre lo qual tuvo altercacion con el dicho Juan Guerrero. Y aviendose leído, con efecto, le preguntó à la Testadora, si era aquello lo que disponia: à lo que respondió, que no; sino que despues de sus dias fuesen los bienes en propiedad à el Don Juan de Mesa. Y que aviendose buécito dicho testigo à el Escrivano le manifestó, que era preciso hazer otro instrumento, enmendando dicha disposicion, y testando la del Colegio. Y que aviendose ido dicho Escrivano, y testigos, bolvió à otro dia por el papel, y se le dieron dos reales de plata, à tiempo, que ya estava la Testadora agonizando, la que murió à breve rato, quedando invalido, y sin averse otorgado dicho Testamento; y que respecto de que sobre ello intentaba el Don Juan de Mesa poner demanda, y resultaria anularse el Testamento, y manifestandose el anterior se hallaba absoluto heredero Don Juan de Mesa; y si no se manifestassen dichos Testamentos, lo quedaria la Doña Josefha, por ser la Parienta mas cercana: se conviniéron, y ajustaron dichos otorgantes, en que si por la sentencia se anulasse dicho Testamento, avia de que-

dar la Heredad, y Zumaca en propiedad para el Don Juan de Mesa, despues de los dias de la Doña Josefha; por aver sido esta la voluntad de la Doña Mariana.

5. En el dia 11. de Septiembre de dicho año de 734. el dicho Don Juan de Mesa acudió ante la Justicia de la dicha Ciudad de Jaen, y presentó cierto pedimento, en el qual hizo la misma relacion puntualmente, que se avia hecho en la antecedente Escripura: y concluyó pidiendo se le admitiesse informacion à su tenor; y se examinassen à los testigos instrumentales, con citacion de la dicha Doña Josefha de Escobar, en presencia de su marido.

6. Admitióse la dicha informacion, en la qual los dichos tres testigos declararon, casi con vnas mismas voces, todo lo que se contiene en la demanda, y en la dicha Escripura de transaccion; y assimismo depusieron otros quatro de oydas.

7. En vista de dicha informacion dió nuevo pedimento Don Juan de Mesa; y haziendo relacion de su contenido, pidió se declarasse por nulo el Testamento de la dicha Doña Mariana; y por vn otoso pretendió se citasse à el Colegio, à el que con efecto se le hizo saber dicha demanda.

8. Por este se formó articulo, sobre que se declarasse, no ser Don Juan de Mesa parte legitima para impugnar el Testamento, mediante à que la parienta mas inmediata, y quien avia de suceder abintesta, era la Doña Josefha de Escobar: con cuyo motivo el Don Juan presentó la Escripura de transaccion, que queda referida; y corrigió su demanda, pretendiendo, que à lo menos la nulidad de el Testamento se declarasse en lo respectivo à la Clausula de el legado de la Compañia.

9. A pedimento de el Colegio se recibieron sus declaraciones separadamente à el Don Gabriel de Alfaro, y Doña Josepha de Escobar su muger, herederos de la Doña Mariana, y contestemente declararon, que siempre tuvieron, y tendrían el dicho Testamento por valido, y subsistente, de el qual tuvieron noticia à el siguiente dia de la muerte de la Testadora. Que à poco despues facaron traslado de él, y que reconocieron la voluntad de la Doña Mariana, cumplieron dicho Testamento en todo, y por todo, sin aver oydo, ni entendido contra él cosa alguna, ni de los testigos instrumentales, ni de otra persona: y que en su observancia lo presentaron judicialmente para el fin ya referido:

Que tuvieron, tienen, y tendrán dicho Testamento por una firme, verdadera, y determinada voluntad de la Doña Mariana; y que en esta misma forma lo aceptaron, y lo aceptan, con animo de nunca impugnarlo; porque están persuadidos, que aquella fue la voluntad última de la Testadora: y que el Escrivano ante quien se otorgó, es fiel, legal, y de buena opinion; de quien no pueden creer, que escribiesse otra cosa, que lo que la Testadora dispuso. Y en quanto à la Escritura de transaccion, dixeron: que Don Juan de Mesa les persuadió, è induxo à ella, proponiendoles, que avia otro Testamento, por el qual quedaría en él la herencia, y ellos quedarían privados de el usufructo.

10. Mandóse por la Justicia, que el Colegio respondiesse derecha mente à la demanda, reservando para definitiva la decision de el artículo: y así la contestó, alegando lo cierto, y verídico de dicho Testamento, la legalidad del Escrivano, que lo otorgó, y varias tachas, y defectos de los testigos instrumentales. Y en esta forma se fue continuando, y substanciando dicho pleyto, en el

3.
qual se hizieron varias probanças, y diligencias à pedimento de las Partes.

11. A el dicho Juan Guerrero se recibió su declaracion, y en ella expressó, que dicho Testamento lo avia otorgado la dicha Doña Mariana en la forma, que se halla escrito, el qual se lo leyó en presencia de los testigos, y lo firmò de su puño.

12. Tambien se hizieron varios reconocimientos de Peritos: y de todos ellos resultó, estar dicho Testamento sin vicio, ni defecto alguno; y que la firma, que en él se halla, es la misma, que acostumbra hazer la dicha Doña Mariana; sin embargo, de que en alguno de dichos reconocimientos los Peritos, nombrados por dicho Don Juan de Mesa, opusieron algunos insubstanciales defectos, de que no hizo aprecio el Perito, que la Justicia nombró, para decidir la discordia, el qual en todo se conformó con lo que depusieron los que avia nombrado el Colegio.

13. En el termino de prueba se recibieron otras diferentes declaraciones à los testigos instrumentales: y en ellas se contradixeron unos à otros en varios particulares, y circunstancias, de que se hará mencion en adelante.

14. Tambien justificó el Colegio, con crecido numero de testigos, aver manifestado repetidas vezes la dicha Doña Mariana, que su voluntad era, dexar la dicha Heredad, y Zumacar à el Colegio; y que con este motivo algunos meses antes de su fallecimiento, hizo que el Padre Andrés Ramos su Confessor (que entonces residía en dicho Colegio) con otro Compañero, la misma Doña Mariana, y otras personas, pasassen à ver dicha Heredad, como con efecto lo hizieron, en cuya ocasion dió varias reglas para el modo, con que se avia de cultivar, en la in-

teligencia, de que avia de venir á parar á dicho Colegio.

15. Tambien justificò este, que à el otorgamiento de dicho Testamento, à la enfermedad, y fallecimiento de la Doña Mariana no asistiò persona alguna de la Compañia; ni estos tuvieron noticia de ello; y que quien le auxiliò, y asistiò hasta su muerte fue el Jubilado Cobos, Guardian del Convento de Sr. San Francisco de aquella Ciudad: y que con este comunicò la disposicion de dicho Testamento, y à su presencia, y de dicho Escrivano se fue notando, y extendiendo, por lo qual à el tiempo de el otorgamiento ya se hallaba escrito, y solo hubo necesidad de leerlo à presencia de los testigos, y que lo firmasse la Testadora, como así se executò.

16. Asimismo se justificò por el Colegio la legalidad, buena fama, y opinion de dicho Juan Guerrero, y no aver sido en tiempo alguno amonestado, corregido, ni procesado en su oficio. Y esta misma declaracion hizieron todos los Escrivanos de aquel Numero juntos, por Hermandad, ó Colegio, y aun lo depusieron los testigos presentados por el Don Juan de Mesa.

17. Ultimamente articulò, y justificò el Colegio diferètes tachas, que padecen los testigos de dicho Testamento. Porque por lo tocante à el D. Francisco de Herbàs, se probò ser hombre facil en hablar mal de todos con notable falta de caridad contra la estimacion, y decencia de su estado; y en especial se justificò, tener notoria enemistad, y odio à el dicho Jnan Guerrero, Escrivano, ante quien se otorgò el referido Testamento.

18. Por lo que mira à Alonso Gomez de Aguilera, Escrivano de los Reynos (otro de los testigos) se le justificò, ser hombre demasadamente apasionado à el vino, con

lo qual frequentemente anda embriagado, perturbado de sentido, y falto de memoria, sobre lo qual deponen varios casos particulares, como tambien de aver cometido por esta razon algunas ilegalidades, y faltas en su oficio, sobre lo qual en algunos casos se siguieron autos, que de dos de ellos se puso testimonio en los de este pleyto; y por el vno consta: aver puesto dicho Escrivano vna notificacion al Cabildo de la Santa Iglesia de aquella Ciudad; siendo incierto; pues en aquel dia, ni en el antecedente, y subsequente no se celebrò Cabildo, de lo que hubo queja, y autos, los que tambien se siguieron contra el susodicho por otras suposiciones, que cometió, en vna excoçion seguida por Carlos Angel Rubio contra Alvaro Diaz.

18. Asimismo se justificò por el Colegio, que Joseph de Aranda, Maestro de Sastre (otro de los testigos de dicho Testamento) es hombre muy aficionado à el vino, y otros licores, por lo qual frequenta publica, y ordinariamente las tabernas.

19. En el termino de prueba presentò Don Juan de Mesa varios testigos; pero el vnico, que con especialidad depone sobre el lance de el otorgamiento de dicho Testamento, es Antonio Bernabé Virtudes, el qual depone, que llevado de la curiosidad, y por saber si se dexaba alguna cosa la enferma à el tiempo que otorgaba su Testamento, se puso por la parte de el corredor, y por la junta de las puertas de la sala, donde estava la susodicha, viò, y oyò leer el dicho Testamento, y que acaeciò todo quanto expressan los testigos instrumentales, y se refiere en la demanda, y Escritura de transaccion; y que lo mismo oyò repetidas vezes à Don Gabriel de Alvaro, à Doña Josepha de Escobar su muger, y à Doña Josepha de Aguirre.

20. Para desvanecer la see de este

este testigo se practicaron dos diligencias à pedimento de el Colegio. La primera fue hazer vista de ojos à presençia de el Juez, y los dos Escrivanos del pleyto, y dos de los testigos instrumentales, en las casas de la Testadora; y de ella resultò, que en la forma que estavan las puertas de dicha sala no se podia ver, ni oir cosa alguna, leyendose por el Escrivano en el mismo sitio, y con la misma voz, en que leyò al tiempo de otorgarse dicho Testamento.

21. La segunda diligencia, fue el catear à dicho testigo, con las dichas Doña Josepha de Escobar, y Doña Josepha de Aguirre; y retractò lo que avia declarado, en orden à averles oydo à estas lo que depuso, y solo dixo, averfelo oydo à el D. Gabriel de Alfaro, que ya era defunto. Y tambien justificò el Colegio, que este testigo era espurio, hombre de baxa, y vil condicion, criado de el dicho Don Juan de Mesa.

22. Por este se puso el mayor cuydado en justificar, que Juan Guerrero era hombre ilegal, y notado en su oficio, y así lo articulò en su probançia; pero de los 26. testigos, que presentò, los 13. dixeron: no saber cosa alguna contra la legalidad de dicho Escrivano; y los otros 13. vnos deponen con generalidad, contra la buena fama de el susodicho; y otros, aunque expresan algunos casos particulares, en ninguno afirman de positivo, que huviesse cometido ilegalidad, ò falsedad.

23. Tambien pretendió obumbrar la buena fama, y opinion de dicho Escrivano, por medio de dos testimonios, que presentò, el vno de ciertos Autos, en los quales por ante dicho Guerrero se le avia recibido cierta declaracion à D. Joseph Pablo Fernandez, y este despues en otra dixo, que no avia visto, ni oydo lo que se dezia en su declaracion, la que firmò sin leerla; pero en este

4.
pleyto no hubo resulta alguna contra dicho Juan Guerrero; y solo consta, que las Partes transgrieron sus pretensiones.

24. El otro testimonio es del Testamento, y Codicilo, q̄ por ante dicho Escrivano avia otorgado Doña Manuela Romero; y aunque la Parte ofreció, y dió cierta informacion, de que estava demente à el tiempo de dicho otorgamiento: los testigos de ella vnos depusieron *contra producentem*, entre los quales fue el Parroco, que le ministrò los Sacramentos. Y los otros solo dixeron, que en algunas ocasiones por su mucha ancianidad parecia fatua; pero que en otras hablaba muy en su razon. Pero el Colegio justificò con los tres testigos instrumentales de dicho Testamento, y siete Eclesiasticos, que la Testadora estava en su entero juicio, y razon, y lo estubo hasta su fallecimiento.

25. Otros muchos particulares se alegaron, y articularon por las Partes, los quales se omiten, así porque los mas de ellos son insubstanciales, como por no dilatar mas la narrativa de el hecho; pero de todo aquello, que pueda conducir à la Justicia de vna, y otra parte, nos haremos cargo en adelante, en el lugar, que parezca mas conveniente.

26. En vista de los Autos, y estando estos legitimamente substanciados, y conclusos, se pronunciò sentencia definitiva por la Justicia de Jaen, y su Acompañado, que lo fue el Lic. Don Blas Gosalvo, Abogado de esta Corte, por la qual se declaró por valido, firme, y subsistente el expresado Testamento. De euya sentencia apelò D. Juan de Mesa, y traidos los Autos à esta Corte, se han substanciado en ella, y se hallan vistos, sobre confirmar, ò revocar dicha sentencia.

PUNTO UNICO,

EN QUE SE PRUEBA, QUE EL TESTAMENTO otorgado por Doña Mariana de Mora Dávalos en el día 3. de Octubre del año pasado de 1722. es valido, legitimo, y subsistente, con todas sus Clausulas, y en la forma, que se halla escrito.

§. I.

27. **S**I à lo intrincado, y difuso de el hecho de este litigio, hubieramos de medir la extension de nuestro Informe; era necesario cansar la atención de V.S. con vn dilatado discurso, en el qual se controvirtieran, y tratáran por su orden los varios puntos, y questiones, que en él inciden; pero como el animo solo es hazer vna breve expresion de los principales fundamentos, que califican, y persuaden la justicia del Colegio, omitiremos todo lo que no fuere preciso: y desde luego entraremos haziendonos cargo de la principal disputa, y duda, que se controvierde, y sobre ella se harán las consideraciones, que parecieren mas conducentes, y de el caso.

28. Ya queda sentado en el hecho de este pleyto, como los testigos instrumentales de el Testamento de la Doña Mariana, después de passados doze años de su otorgamiento, declararon, que el animo de la susodicha no avia sido dexar la Heredad, y Zumacar à el Colegio; sino que después de los dias de la Doña Josepha, passada en propiedad à el Don Juan de Mesa, y sus descendientes; con todo lo demás, que ya queda expressado.

29. El oponerse, y contradizir los testigos aquello, que el instrumento concede, ha sido en el mundo tan frequente, y tan antiguo,

que desde el principio de nuestra Jurisprudencia se ha venido controvirtiendo, y disputando por los Autores de ambos Derechos: Si en el caso de semejante contradiccion deberá prevalecer la prueba de el instrumento, à la deposicion de los testigos; ò si estos taliter reprobarán el instrumento, que ninguna fee merezca?

30. De los Autores antiguos, que escriviéron, y trataron la materia, fueron Bartolo, Baldo, Socino, Speculator, Butrigratio, Paulo de Castro, Jasson, Fulgoso, y Saliceto; con otros muchos, à quienes despues siguiéron Menochio, Guacino, Farinacio, y Covarrubias, y los Canonistas, en el capitulo *Cum Joannes Heremita, de fide instrum.*

31. Pero los modernos, y en especial nuestros Regnicolas, son innumerables los que tratan, y disputan esta question. *Vt videre est apud Gregor. Lopez in leg. 115, tit. 18, part. 3. Quesada divers. quest. cap. 20. num. 4. Cevallos commun. contra. comm. quest. 43. Faria ad D. Covarr. lib. 2. Variar. cap. 13. Azevedo in leg. 13, tit. 25, lib. 4. Recopilat. Joannes Gutierrez consil. 38.*

32. Por esta razon se han ordenado varios Decretos, Canones, y Leyes, que unicamente se dirigen à resolver, y decidir las dudas, que han ocurrido en este caso. En el Derecho Comun tenemos las Leyes:

§. I.

Gum precibus, y la ley final, C. de probat. l. In exercendis, C. de fide instrum. l. Optimam, C. de contrab. stipulat. Y en el Derecho Canonico el cap. Tertio loco. Cap. Post cesionem, de probat. & cap. Cum à nobis, de testib.

33. Pero el Texto mas proprio, y peculiar de nuestro caso, es la ley. 115. tit. 18. partit. 3. En la qual, despues de aver expressado las razones, y motivos, porque los instrumentos, y Escrituras deban ser, ó no creídas, y de resolver otros casos dize: *Es si por aventura de Escriuano Publico, cuyo nombre fue escrito en la carta viniese ante el Juzgador, è dixesse, que el non escriviera aquella carta, debe ser creído, y la carta descabada por falsa, non probando la parte el contrario. Mas si èl otorgasse que verdad era, è que la escriviera, è los testigos que fuesen escritos en ella dixessen, que no se acertaban, y quando el pleyto fue puesto, nin otorgado de las partes, así como es escrito en ella, esonce dezimos, que si el escrivano es home de buena fama, è fallaren en la nota, que es escrita en el Registro, que acuerda con la carta, que debe ser creído el Escriuano, è non los testigos, è debe valer la carta. E esto es, porque muchas vezes contete, que los homes son testigos de pleytos de que non se acuerdan despues. Onde pues que la nota acuerda con la carta, è el Escriuano es home de buena fama, razon es que sea creído. Cà por esto escrivien los homes los pleytos, y las posturas, porque maguer aquellos, que las fazen, è los testigos, ante quien fueren fechas, non se acordassen de ellas, que sinque por siempre remembranza de como passaron, en que guisa fueron puestas. Pero si el Escriuano non fuesse de buena fama, è los testigos fuesen homes buenos, è el pleyto, è la postura, que dize en la carta oviesse poco tiempo que fuesse fecha, esonce acordandose todos los testigos de la carta, en vno deben ellos ser creídos, è non el Escriuano.*

34. **E**S tan vigorosa, y apreciable en el Derecho la prueba, que resulta de el instrumento publico, que siempre se ha tenido, por vna de las mas eficazes, y mejores, *Text. in leg. Optimam 14. C. de contrab. & commit. stipul. l. 3. C. si minor se maior. D. Matheu de Re crimin. Controv. 28. num. 42. Surdus decif. 177. num. 4. Dom. Castill. Controv. lib. 2. cap. 16. num. 4. Stephanus Gratian. Discept. Forens. cap. 952. num. 13. Barbof. in Locis Commun. lib. 9. cap. 98. §. 3. ibi: Hanc probationis formam, que fit per instrumenta publica, probationem esse optimam, atque expeditissimam.*

35. Muchos la denominaron: *probatio probata, & veritas apparens.* Dom. Valenz. Velazq. *conf. 2. num. 4. Dom. Larrea, decif. 66. num. 13. Mantica, decif. 47. num. 2. Pareja de Instrum. Edit. tit. 1. resol. 3. §. 2. num. 5. ibi: Instrumentum autenticum, de quo nostra est disceptatio, facit plenam probationem, probatam, evidentem, ac manifestam, realem, indubitam, & notoriam.*

36. Porque el que tiene à fu favor el instrumento, se dize tener caso de ley. Tiraquell. *de Retract. sit. 1. cap. 2. Gloss. 1. num. 20.* y el que lo presenta funda de derecho su intencion. Barbof. *loco citat. ibi: Vnde, & is, intentionem suam habere fundatam, dicitur, qui instrumentum publicum pro se habet.*

37. Y es la razon, porque el que se funda en instrumento publico tiene à fu favor la presumpcion del Derecho. Mascard. *de Probat. conclus. 905. num. 1. Caldas Pereyr. de empt. & vendit. cap. 34. num. 23. ibi: Pro instrumento autem publico in dubio presumendum est ritè, & solemniter fuisse celebratum, omnia que ad eius validitatem, & perfectionem fuisse observata.*

38. Otros la adquiràran à la confesion de parte. Gamma decif. 43. num. 2. Valascus de Iure Emphyseutico quest. 7. num. 27. Cevallus Resolut. Crimin. cas. 68. n. 9. Pareja de Instrum. Edit. tit. 6. Resolut. 3. num. 11. ibi: *Constat enim probationem, ortum habentem, ex confessione, in omnibus, & per omnia ad paria iudicari, ac illa, quæ procedit ex publico instrumento.*

39. Pero sin embargo de su eficacia, respecto de que tambien la tiene en derecho la prueba de testigos, tiene lugar la controversia: de qual se debe anteponer, quando ambas se hallan encontradas?

40. Esta questioñ ha sido tan intrincada, y dudosa, que apenas podian resolver cosa cierta los Autores, y así lo dixo Farinacio de Falsit. & simulat. quest. 158. num. 1. ibi: *Instrumentum, an per testes reprobetur, per quot testes, & quomodo, est materia ita à Doctõibus confussa, & intricata, ut ex eorum dictis vix certa doctrina, certæ vè conclusiones elici possint.*

41. Algunos afirmaron, que quando dos testigos de los contenidos en el instrumento lo contradicen, assegurando, que es distinto lo que se otorgó de lo que ay en el escrito, ò que no se otorgó en modo alguno, ò no se hallaron las partes presentes à su otorgamiento, que entonces queda reprobado el instrumento, y se debe tener por falso. Ita Dom. Covarrub. Pract. quest. cap. 20. num. 6. versic. *Prima conclusio.* Azeved. in leg. 13. tit. 25. lib. 4. Recopil. num. 36. Cyriacus Nigr. tom. 2. Contror. 289. num. 28. Gutierr. consil. 38. num. 10. Dom. Vel. de Pœnis delict. cap. 24. vers. 2. August. Barbosa, in Collect. ad leg. In exercend. C. de fide instrument. num. 7. Faria ad Covarrub. lib. 2. cap. 13. num. 119. ibi: *Duo testes instrumentarij ad impugnandum instrumentum, in quo des-*

cripti reperiantur, sunt satis, si dicitur actum descriptum non fuisse testibus, vel aliter gestum esse; si dicitur non se fuisse presentes.

42. Otros dixerõn, que para la reprobacion del instrumento publico era necessario quatro, ò cinco testigos à lo menos, que depusiesen lo contrario. Dom. Vela. dissert. 38. num. 55. Dom. Gregor. Lopez in leg. 117. tit. 18. part. 3. Gloss. 2. Y aun se conforma esta opinion con las palabras de la misma ley; ibi: *E podiessè probar por otra carta publica, ò lo podiessè probar por quatro homes buenos, è leales.*

43. Y la razon es, porque la la autoridad del Escrivano equivale à dos testigos, y el instrumento à otros dos; así lo dixo Farinacio ubi supra num. 37. ibi: *Ad probationem instrumenti saltem quatuor, aut quinque requiri testes, ea ratione quia auctoritas Tabellionis equivaleat duobus testibus, instrumentam autem habet vim aliorum duorum.*

44. Otros Authores resolvieron esta duda, haziendo distincion entre la directa, ò indirecta reprobacion del instrumento. Otros siguieron varias opiniones, que de todas se hizieron cargo Reyfentuel, Covarrubias, y Farinacio en los lugares citados.

45. Pero en lo que ultimamente vienen todos à convenir, es en que no se puede dar regla cierta, y que todo se debe dexar à el arbitrio de el Juez, que de la causa conociere: el qual, atendidas, y pesadas las circunstancias, que ocurran, la calidad, y condicion de las partes interessadas; la fama, nota, y opinion del Escrivano, y los testigos; ò admitirá, ò reprobará el instrumento, segun le pareciere mas conveniente. Cyriacus Niger. tom. 3. controvers. 507. num. 292. Cevallos commun. opin. tom. 1. quest. 43. num. 13. Mascard. conclus. 919. n. 10.

Farinac. de Falsit. diēt. quest. 158. num. 48. Barbof. in Collect. ad cap. Tertio loco, in fine, de probation. Dom. Covarrub. lib. 2. Variar. cap. 13. n. 11. vers. Prima conclus.

46. Esta incertidumbre, y conflicto de opiniones, dió motivo para que en nuestro Reyno se formasse, y promulgasse la dicha ley 115. tit. 18. partit. 3. que se notó al num. 33. de este Informe, la qual dió regla, y nibel para la decisíon de este caso, y de los demás, que sobre ello pudieffen acacer. Y afsi lo afirma Juan Gutierrez consil. 38. num. 12. ibi: *Lex 115. tit. 18. part. 3. est optima, & expressa in proposito, & ponit gladium ad radicem, quam legem multum notandum, & menti tenendum, quia corrigit communem opinionem de jure communi.*

47. Quatro requisitos, dize la ley, que deben intervenir para que se tenga por falso el instrumento, quando los testigos lo contradizen. El primero es, que el Escrivano ante quien se huviesse otorgado no sea de buena fama, ibi: *Pero si el Escrivano non fuisse de buena fama.* El segundo: que los testigos sean de integridad, y sin sospecha, ibi: *Et los testigos fuisse bonos.*

48. El tercero: que el hecho contenido en el instrumento sea reciente, y no antiguo, ibi: *Et el pleyto, & la postura, que dize en la carta oviesse poco tiempo, que fuisse fecha.*

49. Y el quarto, y vitimo: que todos los testigos ininstrumentales contestemente depongan contra el instrumento, ibi: *Et nonne acordandose todos los testigos de la carta en vno.*

50. No basta para falsificar, ó reprobar el instrumento, que concurra vno, dos, ó tres de los dichos requisitos, porque indefectiblemente han de concurrir todos quatro: ita Dom. Covarrub. diēt. lib. 2. Var. cap. 13. num. 12. ibi: *Lex Regia 115. tit. 18. part. 3. non aliter auctoritatem*

6.
instrumenti improbari, quam si omnes testes instrumento adscripti adversus id testificentur, imò ea constitutio quatuor exigit, ut fides instrumenti directè improbetur. Primum, &c.

51. Y es la razon, porque la ley no disjunctiva, sino colectivamente los prescribe: en cuyo caso es necesario el concurso de todos los requisitos, que junta la diccíon, ó particula coniuictiva. *Text. in leg. Si mihi, & Titio, ff. de verb. sign. & in leg. Reos, §. Cum in tabulis, ff. de duob. reis. L. Si heredi plures, ff. de condit. inst. L. Si ita quis stipuletur, ff. de verb. oblig. L. Lucius Titius, ff. de heredib. inst. Tenentque Gomez leg. 3. Tauri num. 40. Parej. de Instrum. Edit. tit. 3. resolut. 3. num. 70. Gutierrez lib. 3. Pract. quest. 19. num. 21. Surd. conf. 100. num. 17. Dom. Valenç. Velazq. conf. 141. num. 12. Carlev. de iudicijstit. 1. disput. 2. num. 34.*

52. Pero en el caso de nuestro pleyto absolutamente faltan todos los quatro requisitos, que previene dicha ley; porque el primero, que es sobre la fama, y opinion del Escrivano, nada se ha justificado en los Autos, que pueda oponerse á la legalidad, y justificado proceder de Juan Guerrero Escrivano, ante quí se otorgó el Testamento de que se trata, no justificandose concluyentemente su ilegalidad, y mala fee: es visto saltar el requisito de que hablamos; porque segun derecho, siempre está la presumpcion en favor del Escrivano. Menochius de Presumpt. lib. 2. presumpt. 79. á num. 1. Cyriacus Niger. controver. 408. Joann. Gutierrez conf. 38. num. 12. Caldas Percyra de empr. & vendit. cap. 34. num. 24. ibi: *Pro notario presumi reus suo officio functum esse, & muneris sui partes implevisse.*

53. Y el que dize, ó alega contra la fama, y legalidad del Escrivano, debe concluyentemente probarlo. Lo vno, por ser qualidad de

3
7
1
2

de hecho, que no se presume. *Leg. In bello, §. Facti, ff. de captiv. & post lim. recuperf. Menoch. de Presumpt. lib. 6. presump. 14. Barbof. axiom. 93. num. 27. Mascard. de Probat. conclus. 737. Carleval de Iudici. tit. 3. disput. 8. num. 9. Dom. Sa'gad. 2. part. de Retent. cap. 3. §. 2. num. 16. Dom. Molina de Primogenijs lib. 4. cap. 7. n. 32.*

54. Y lo otro, porque qualquiera se presume bueno, y que se versa bien en su empleo, si no se le justifica lo contrario. *L. Merito, ff. pro socio. L. Quoties, ff. de probat. cap. Vnico de serut. in ord. sac. ca. Dudum, & cap. fin. de Presumpt.*

55. Y aunque Don Juan de Mesa en la probança, que hizo puso el mayor cuydado en obumbrar la buena fama, y opinion de dicho Escrivano; no solo no lo consiguió; sino que de su misma prueba resultò mayor convencimiento de lo contrario, pues de 26. testigos que presentò, los 13. dixeron, no saber cosa alguna contra la legalidad, y buena opinion de dicho Juan Guerrero. Y siendo como eran vezinos de aquella Ciudad, y personas, que le conocian, y trataban, era preciso (ò à lo menos así se debe creer) que si fuera hombre notado de ilegal, tuvieran noticia de ello. *Ex Text. in leg. Oñavij, C. unde cognat. & ex cap. Quanto 8. de presump.*

56. Y solo algunos testigos de dicha probança, dixeron, que le tenían por hombre sospechoso, y de mala opinion; pero sin dar razon convincente, por lo qual, y por ser vnas declaraciones vagas, é indeterminadas nada justifican. *Pr. leg. Liberarum, ff. de accusat. Leg. Prator 7. in princip. ff. de injurijs, & leg. 14. tit. 1. part. 7. Menoch. consil. 701. num. 50. Fagnanus in cap. Qu'liber, & quando de accusat. n. 38. Reifensuel. lib. 2. Decretal. tit. 22. §. 12. n. 397.*

57. Pues además de que semejantes declaraciones las reprueba

el Derecho generalmente, ay otra razon particular en nuestro caso, que las haze mas despreciables; como lo es el que los testigos, que depusieron contra la buena fama, y opinion nada prueban, aunque digan que es publica voz en el Pueblo; porque para ello es necesario; que la publica voz, y fama que se alega, tenga fundamento, y raiz cierta, de que proceda. *Text. in leg. 3. §. Eiusdem, ff. de testib. L. 11. §. Mulier, ff. ad leg. Jul. de adult. L. Decurionnum filij, C. de penis, Cevall. com. opin. quest. 302. num. 3. & 4. Mantica de Tacit. & ambig. convent. lib. 3. tit. 7. num. 33.*

58. La buena fama de los hombres proviene de sus buenas obras, y de el arreglado proceder en sus empleos. Ita Escobar de Purit. Sang. 1. part. quest. 10. num. 8. ibi: *Ex bonis igitur factis bona oritur fama, que existimatio vocatur.*

59. Y por el contrario la mala fama proviene de los malos hechos, con que han sido notados en el Pueblo. Idem Escobar *ubi supra* num. 9. ibi: *Ex pravis etiam factis prava oritur fama, que in nostro iure infamia vocatur, quasi non fama, dan existimatio apud bonos, & honestos viros gravata existit.*

60. De lo qual se infiere, que para que con la ley de la Partida, se diga, que el Escrivano, *No es hombre de buena fama*, es necesario, que se justifiquen los casos, en que ya faltado à la legalidad, y obligacion de su oficio, y que por tal este notado entre hombres buenos, y honestos. *Dum existimatio apud bonos, & honestos viros gravata existit.*

61. Y aun en este caso no basta qualquiera prueba, ò justificacion, sino por lo grave de la materia debe ser la prueba mas clara, y convincente, como le dize la ley 12. tit. 14. partit. 3. ibi: *...ha cosa es, que pleyto que es movido contra la fama sea probado, y averiguado por personas cla-*

ras, como la luz, en que no venga dada alguna.

62. Sin que pueda obstar à lo antecedente dos testimonios, que se presentaron por dicho Don Juan de Mesa, porque de ninguno de ellos resulta cosa que pueda perjudicar, ni obstar à la buena fama, y opinion de dicho Escrivano. Porque del primero de dichos testimonios solo consta, que vn testigo negó aver dicho, lo que consta de vna declaracion que avia hecho, y firmado por ante dicho Juan Guerrero, en cuyo pleyto se transigieron las partes; pero aun quando no lo huvieran quedado, y huviera llegado à sentenciarse, no solo no podia resultar condenacion alguna contra dicho Juan Guerrero, sino que debia prevalecer. y estarle à su afirmativa, y no à la retractacion del testigo. Analect. Reifensuel lib. 2. Decret. tit. 22. §. 8. num. 276. Guzmán de Eoiff. quaff. 9. num. 34. Guazín in defens. 14. cap. 5. num. 4. Bobadill. tom. 2. Politic. lib. 3. cap. 14. num. 46. Faria in Suis Adit. lib. 2. Variar. cap. 13. num. 100. ibi: Si quis neget, etiam cum iuramento, se deposuisse, prout in actis scriptum reperitur, et non creditur, sed notario fides adhibetur.

63. Y por lo que mira à el segundo testimonio, tampoco prueba cosa alguna, porque en los Autos de este pleyto. y testigos presentados por el dicho Don Juan de Mesa no se prueba, que Doña Manuela Romero estuviesse demente à el tiempo, que otorgó su Testamento, y Concilio ante dicho Juan Guerrero; antes bien con el Parrocho, y otros muchos testigos se justificó plenamente su capacidad, advertencia, y la entera razon, con que se hallaba al tiempo de dicho otorgamiento.

64. De todo lo antecedente se infiere, que no se ha justificado en modo alguno por el dicho Don Juan de Mesa el primero, y principal re-

quisito de la ley; para que pudiera tener lugar la pretension que deduce; à que se llega, el que por el contrario se ha justificado por el Colegio exactamente, y con testigos de la mayor excepcion, así el arreglado proceder, fama, y opinion de dicho Juan Guerrero, como tambien el que es hombre de buena vida, y temeroso de Dios. Y à estos testigos es à los que se debe dar credito, y no à los que deponen contra la buena fama. Noguier. alleg. 23. num. 99. & 100. ibi: Et sic testes de bona fama deponentes pr. feruntur contrarium asserentibus:: & hoc procedit etiam, quod testes de bona fama deponentes sint numero pauciores.

65. Y esto mismo declararon por Vniversidad, ò Colegio todos los Escrivanos del Numero de aquella Ciudad, lo qual es la prueba mas eficaz para justificar la buena fama, por ser las personas de su mismo exercicio, y que mas deben saberlo. Ita Reifensuel lib. 2. Decretal. tit. 20. §. 12. num. 395. & 396. ibi: Testes deponentes de fama debent intr alia deponere, quod audierint ita publicè à maiori parte populi:: quod intelligendum est pro maiori parte eorum, qui hoc scire poterant sibi quæritur de fama super peritia alicuius, vel eius scientia, sufficit esse famam inter peritos illius artis: puta inter legistas, si queratur de fama legis, vel inter Canonistas, si de Canonista, & huiusmodi.

66. Y lo mismo afirmaron Don Gabriel de Alfaro, y Doña Josepha de Escobar su muger, principales interesados en la nulidad de dicho Testamento, por ser la que succederia abintestato à la Doña Mariana, como la parienta mas inmediata.

§. II.

67. EL segundo requisito, que debió probar el Don Juan de Mesa es, el que los testigos con-

contradizen el Testamento fuesen hombres de buena opinion, y sin sospecha: y este tampoco se halla justificado, porque así los tres instrumentales, que depusieron en la informacion, como Antonio Bernabé Virtudes, que despuso en el plenario (y son los quatro, que dicen averse hallado presentes a el acto, que se disputa) padecen varias tachas, y defectos, que hazen absolutamente despreciables sus declaraciones. Porque a el primero (quelo es D. Francisco Herbás, Presbytero,) se le ha justificado plenamente ser hombre loquaz, y que frequentemente con audacia, y libertad habla mal, y con desprecio de todos, sin portarse con la estimacion correspondiente á su estado, y que le ha tenido especial odio, y enemistad al mencionado Juan Guertero, lo qual basta, para que ni sea admisible, ni merezca fee su deposicion. Gomerius *tom. 3. Var. cap. 1. num. 14.* Barbosa *in Collect. cap. Per tuas de simonia.* Mantica *de Coniect. ult. volunt. lib. 12. cap. 5. num. 14.* Glorba *consult. 37. num. 33.* Guaz. *de Defens. Reor. defens. 28. cap. 1. num. 17.* Rosa *consult. 68. num. 14.* Dom. Valenc. Velazq. *cons. 161. num. 57.* Noguer. *alleg. 23. num. 78.*

68. A el segundo testigo (que lo es Alonso Gomez de Aguilera) se le ha justificado, que continuamente se embriaga del vino, y priva de sentido, por lo qual es igualmente despreciable su declaracion en juicio. Text. *in leg. 3. §. Julianus, ff. de testib.* Farinac. *de Testib. quest. 56. num. 335.* Pat. Thomás Sanchez *in Consil. Moral. lib. 6. cap. 3. dub. 14.* Anton. Gom. *lib. 3. Variar. cap. 12. num. 17.* ibi: *Nono repellitur ebrius à testificando, quia reputatur vilis, infamis, & alienus à mente sua.*

69. Sin que sea necesario para ello, que el testigo al tiempo de la deposicion se halle actualmente ebrio, pues basta para repelerle,

el que en ello tenga habito, y frecuencia. Idem Gomez *ubi sup. ibi: Et adde, quod si tempore depositionis non sit actualiter ebrius, sufficit, quod solitus sit inebriari.*

70. Tambien se justificó instrumentalmente, y con los testimonios, de que se hizo mencion al n. 17. el que dicho testigo Alonso Gomez de Aguilera, ha cometido diferentes falsedades en su Oficio de tal Escrivano Real, cuya tacha es legal para repelerlo. *Ex cap. Parvuli 22. quest. 4. & cap. Quicumque 6. quest. 1. & cap. Testimonium, de testib. & in cap. Licet de probat. & leg. 8. tit. 16. partit. 3.*

71. Ni tampoco merece fee la deposicion de Joseph de Aranda Maestro de Sastre, y tercero testigo de dicho Testamento, por estarle asimismo justificada su demasiada aficion al vino, y que continua, y publicamente entra á beber en las Tabernas. Farinac. *de Testib. quest. 57. num. 437.* ibi: *Hinc popinones, vel ut aliqui vocant tabernarios, eos scilicet, qui in tabernis, & popinis assidue versantur, comedendo, bibendo, & ludendo non admittuntur ad testificandum.*

72. Ultimamente se justificó, que el dicho Antonio Bernabé Virtudes, además de ser criado del Don Juan de Mesa, como el mismo lo declara, es espurio, persona de baxa, y vil condicion, lo qual bastaba para repelerlo. Noguerol *allegat. 26. num. 78.* Farinac. *ubi supra num. 51.* Bobadill. *lib. 5. Polysticor. cap. 2. num. 50.*

73. Pero con las diligencias, que se executaron á pedimento del Colegio, y se expressaron á los numeros 20. 21. quedó convencido de falso, y perjuro dicho testigo: porque del reconocimiento, que se hizo en la casa de la Testadora, resultó ser imposible, que huviesse podido ver, ni oír lo que depuso; y de la diligencia del careo con Doña Josepha de Escobar, y Doña Josepha de

de Aguirre, resultò el retractar lo que avia dicho: por lo qual no solo no merece fee, sino que debe ser castigado, por semejante exceso. *Ex Textu in leg. Qui falso, ff. de testib. cum qua concordat cap. Si testes 4. quæst. 3. ibi: Qui falso, aut variè testimonia dixerunt, vel utrique parti prodiderunt, à iudicibus competenter puniantur.*

74. Pero además de las tachas, y defectos, que en particular padecen dichos testigos, y quedan referidas, se deben tener por falsas sus declaraciones, por los fundamentos, y consideraciones siguientes.

75. Lo primero, porque todas ellas las hizieron por vn mismo contexto, y casi con iguales voces, lo qual arguye averlas excentado por inducimiento, y soborno. *Mascard. de Probat. conclus. 1347. n. 2. Conciolo Resolat. Crimin. verbo Subornatio, resol. 3. num. 4. ibi: Testes presumuntur subornati, quando deponunt per eundem premeditatum sermone.*

76. Lo segundo, porque antes de declarar dichos testigos, hizo el Don Juan de Mesa individual relacion de todo el contenido de sus deposiciones, así en la Escripura de transaccion, como en su demanda: y esto prueba, que antes de declarar los avia instruido, é inducido para ello: por lo qual no pueden merecer aprecio dichas declaraciones. *Valasco consult. 43. à num. 15. Hiermosill. in leg. 56. tit. 5. part. 5. Gloss. 6. num. 73.*

77. Lo tercero, porque la presumpcion del inducimiento, y soborno se corrobora, y acredita, de que aviendo declarado en favor del Colegio Michaela Francisca expofita, que avia criado en sus casas la Testadora, despues la induxo, y persuadiò el Don Juan de Mesa, con amenazas, y ofertas para que depu-

sieste à su contemplacion, como así lo executò en la probança del susodicho, retractando en el toda la declaracion, que avia hecho.

78. Y el que la huviesse inducido se halla justificado con varios papeles eseritos por la dicha testigo à el Padre Rector de dicho Colegio, y à el citado Juan Guerrero, les quales reconociò, y declaró ser suyos, despues de aver hecho ambas declaraciones: y todos ellos se reducen à lamentarse, y quejarse de que el Don Juan de Mesa la violentaba, y persuadia con promessas, y amenazas, para que retractasse dicha declaracion: con que el aver corrompido, y sobornado à este testigo es prueba clara, de que lo mismo executaria el Don Juan de Mesa con los demás. *Ex cap. 8. de Reg. Jur. in 6. & ex leg. 4. §. 1. & ex leg. 9. ff. de accusat. D. Matheu de Re Crimin. controv. 36. num. 42. Lanfranco in Clement. Dispendiosam, de Iudicijs, n. 26. Thufcus Practic. conclus. tom. 5. liter. M. conclus. 28. per tot. Dom. Gregor. Lop. leg. 1. tit. 18. part. 6. verb. Procurando.*

79. Lo quarto: porque es inverosimil, el que despues de doze años, que mediaron desde el otorgamiento de dicho Testamento, hasta el examen de dichos testigos, conservassen estos en la memoria tan por apices el hecho, que declaran con todas sus circunstancias, y que las fuesen expressando, y manifestando todos ellos con vnas mismas voces, y contexto: y esta inverosimilitud, y repugnancia acredita de falsas dichas declaraciones. *Ex cap. Quasi verisimile, de presumpt. Et venit Bofius in Praxim tit. de opposit. contra testes num. 94. Dom. Valenç. Velazq. consil. 92. num. 211. Nogueroi alleg. 32. num. 67.*

80. Y lo quinto, y último: porque aviendo depuesto conteste- mente dichos testigos, en sus prime-

ras declaraciones ; despues padecieron varias contradiciones , y disonancias en otras , que se les recibieron à pedimento del Colegio, lo qual basta para que no merezcan fee, en nada de quanto afirman. *Ex Text. in leg. 41. tit. 16. part. 3. Faria ubi supra num. 77. Nogueroi. alleg. 26. num. 206. & 107. Dom. Larrea allegat. 96. num. 33. Purring. in cap. In nostra de testib. Reifentuel lib. 2. Decret. tit. 22. §. 9. num. 322.*

81. Infierese de lo dicho, que por la contraria no se ha justificado, ni pudiera el segundo requisito de la ley , que lo es el que los testigos sean homes buenos, pues para esto era necesario, que no padecieran tacha, ni defecto alguno de quantos quedan referidos.

§. III.

82. **E**S el tercero requisito de la ley el que el hecho contenida en el instrumento sea moderno, y no antiguo; y no se puede dudar, que en el caso de nuestro pleyto se halla excluido dicho requisito, porque la antigüedad de los hechos para la aprobacion, ò reprobacion del instrumento se debe entender, el que excede de diez años, como expresamente lo afirman Burgos de Paz *conf. 3. num. 76. Agustín Barbosa in colleçtan. ad eod. in leg. 15. C. de fide instrum. num. 5. ibi: Nota, quod instrumenta in antiquis preferantur omni alij probationi, & antiquum in hac materia dicitur, quod excedit decem annos.*

83. Y quando el acto se ha de medir, ò regular por la memoria, ó vida de los hombres, siempre se estima, que es tiempo antiguo, y largo el que excede de diez años. Y así lo resolvió la ley 14. tit. 14. partit. 3. ibi: *E dezimos, que si aquel de cuya muerte dudan, dizen, que en extraña, ò luengua tierra es muerto, ò grande*

tiempo es passado, como de diez años arriba.

84. Con que aviendo passado doze años desde el otorgamiento de dicho Testamento, hasta la deposicion de dichos tres testigos, es visto ser hecho antiguo, y no reciente, ò moderno el que se ventila.

85. El quarto, y último requisito de dicha ley es, el que todos los testigos contestemente depongan vna misma cosa; y aunque en esto se puso por Don Juan de Mesa tanto cuidado, que en las primeras declaraciones, que hizieron dichos testigos, no se les notó disonancia, despues se contradixeron en varios particulares, con lo que acreditaron, el que para hazer las primeras avian sido instruidos, y sobornados.

86. Infierese de lo dicho, que conforme lo prevenido por nuestra ley del Reyno debe valer, y subsistir el Testamento de que se trata, pues para anularlo con la deposicion de los testigos, era necesario, que colectivamente interviniesen los dichos quatro requisitos, que ya quedan notados.

87. Llegase à lo antecedente, el que la misma ley de partida previene, que quando el instrumento se halla escrito en el Registro, que le corresponde, y el Escrivano es hombre de buena fama, y de pone en favor del instrumento, este debe valer, aunque los testigos lo contradigan. *Vt cum dicta lege tenent Cevallos dictis quest. 43. num. 12. Gutierrez confil. 38. num. 12. Ebia Bolaño in Curia, §. 17. num. 33. Dom. Covarr. lib. 2. Variar. cap. 13. num. 12. Bobadilla lib. 3. Polytic. cap. 14. num. 48. Quésada divers. quest. cap. 20. num. 4.*

88. Es así, que en nuestro caso se halla justificado, que el Escrivano es hombre de buena fama, y este deponer por el instrumento, el qual asimismo está acorde con el referido Registro, y Protocolo: Lue-

go no puede dudar de su certeza.

89. Pero aun quando no tuvieramos en nuestro Reyno la dicha ley de Partida, que dió regla para la decision de este caso, y solo huvieramos de atender á las opiniones de el Derecho Comun; todavia, segun ellas, se debia declarar por valido, y subsistete el referido Testamento: porq̃ como ya queda notado en el principio deste Informe: en lo que todos los Autores convienen es; en que aya de quedar á el arbitrio del Juez la resolucion de la duda, y segun las circunstancias determine: si debera dar mayor credito á los testigos, que á el instrumento. Menoch. *de Arbitrar. lib. 2. sent. 2. casu 105. num. 19.* Mascard. *de Probat. conclus. 920. num. 10.* Reifensuel. *lib. 2. Decretal. tit. 22. §. 10. num. 3 18.* Farinac. *de Falsi. quest. 158. num. 63.* ibi: *Limita generaliter omnes predictos casus, & etiam alios, quos infra referam, in quibus instrumentum reprobatur, per testes descriptos, vel non descriptos, necessarios, vel non necesarios, ut non procedat, nisi quando sic Iudici visum fuerit.*

90. Y dá la razan el Texto en la ley 3. ff. de testib. ibi: *Qua argumenta ad quem modum probanda cuique rei sufficiant nullo certo modo satis desinari potest.* Por lo qual el mismo Jurisconsulto en el principio de la citada ley dize: *Eum, qui iudicat magis sive posse, quanta fides habenda sit testibus.*

91. Debe atender el Juez las circunstancias de el caso, y lo que fuere mas verosimil para determinar, si debe dar credito á el instrumento, ó lo debera dar á los testigos. *Text. in leg. 21. §. 3. ff. de testib.* ibi: *Confirmabitque Iudex motum animi sui ex argumentis, & testimonijs, quae sui aptiora, & vero proximiora esse compererit.*

92. Y es cierto, que atendida las circunstancias, que ocurren

en el caso de este pleyto, todas ellas, y cada vna de por sí están acreditando, y persuadiendo, que el expresado Testamento en la forma, que se halla, y con todas sus clausulas, es como lo otorgó la dicha Doña Mariana; y que lo que dizen los testigos á el cabo de tan dilatado tiempo es supuesto, y contra verdad.

93. Esta realidad se acredita: Lo primero, porque el D. Juan de Mesa era persona, que con familiaridad, y aun con el titulo de pariente, frequentaba las casas de la Doña Mariana, y aun esperaba, que esta le dexasse algun beneficio en su vltima disposicion; por lo qual se debe creer, que de todo lo que dispuso tendria individual noticia, y la folicitaria: y si fuer. cierto lo que dizen dichos testigos, y que el Testamento no huviera llegado perfectamente á otorgarse, inmediatamente lo huviera sabido, y reclamado; lo qual no solo no executó, sino que aprobó la dicha disposicion, por el mismo hecho de perceber cierto legado, que le dexó por vna de sus clausulas.

94. Lo segundo: porque el delito de falsedad, es vno de los mas atrozes, que en el mundo se cometen, y es de grave nota, y desdoro para el delincente. Fontanell. *decis. 257. num. 7. & 8.* ibi: *Dicunt enim Doctores, delictum falsitatis esse homicidio, & veneficio gravius, ledens notabilissimè famam, & statam hominis: Et nullum crimen esse in mundo, quod ita vituperet famam.*

95. Y por esta razon nunca se presume, que el delincente lo comete, sin tener para ello especial motivo, y esperar conseguir algun interesse, ó beneficio. *Ex Text. in leg. Penult. C. de probat. & in leg. 1. §. Sed si quis instrumenta, C. de latin. liber. toll. Surd. cons. 512. num. 5.* Gonzalez *in Reg. 8. Chancell. in Proemio, §. 7. num. 161.* Stephanus Gracianus

3
7
4
2,

tom. 2. cap. 262. num. 39. & 40. D. Castill. de Aliment. cap. 20. num. 32. Mascard. conclus. 831. num. 12. Concioi. Resolut. Grionin. verb. Falsum, resolut. 6. num. 1. Menoch. de Praesumpt. lib. 3. praesumpt. 20. num. 48. Cardin. de Luca de Testam. discurs. 4. num. 7. ibi: *Cessabat suspitio falsitatis, quia non agebatur de alicujus privato interesse, sine quo non de facili praesumptio est huiusmodi delicti perpetratio.*

96. Es así, que Juan Guerrero, Escrivano, ante quien se otorgó el Testamento, de que oye se trata, ni tuvo motivo, ni pudo esperar beneficio, ó interesse, de que la Heredad, y Zumacat se le dexassen en propiedad à el Colegio, ó de que se le dexasse à el Don Juan de Mesa: Luego no se debe creer, que sin causa, ni motivo llegasse à cometer semejante falsedad.

97. Lo tercero: porque aunque por posible, ó imposible se llegara à discurrir, que el dicho Juan Guerrero, por complacer à los Padres de dicho Colegio, pudiera aver cometido la citada falsedad, à fin de tenerlos propicios, para que le diessen la Sotana à vn hijo suyo (como se alega por Don Juan de Mesa) esto no se debe creer, ni es presumible en derecho.

98. Lo vno: porque para la presumpcion de falsedad no basta qualquiera commodo; sino aquel, que sea maximo, y considerable. Idem Concioiolo, dict. resolut. 6. num. 2. & 3. ibi: *Falsitas enim non censetur commissa, sine causa, & sine commodo, & lucro: quod intellige quando commodum, & lucrum est magnum, & ad modum considerabile; alias secus: cum falsitas, quae dicitur grave delictum, non praesumatur commissa pro parvo commodo, & pro modico lucro.*

99. Y lo otro: porque, ó la falsedad se comeria con noticia de los Padres, ó sin ella: Si lo primero,

no se puede, ni debe presumir, que los Padres lo aceprassen: y si lo segundado, nada tenian que agradecerle à Juan Guerrero, ni este conseguia el fin de complacerlos; porque semejante liberalidad era preciso, que la estimassen por acto privativo de la Testadora.

100. Lo quarto: porque en el tiempo de la enfermedad de la Doña Mariana, en el que otorgó su Testamento, en el de su muerte, y muchos meses antes no la hablaron, ni comunicaron los Jesuitas, ni persona alguna de el Colegio: con que es visto cessar qualquiera presumpcion, que pudiera aver de persuasion, coigacion, ó fraude de parte de los Jesuitas, que eran los principales interessados en lo que se trataba.

101. Lo quinto: porque en el mismo dia del otorgamiento comunicó la Testadora su disposicion con Fr. Geronimo Cobo su Confesor, Lector Jubilado, y Guardian, que entonces era, en el Convento de Señor San Francisco de aquella Ciudad, en cuya presencia, y la de dicho Escrivano Juan Guerrero, fue la Doña Mariana dictando su Testamento, y se escribió, y llenó en la forma que lo previno, y segun oye se halla, y así lo dixo, y publicó repetidas vezes dicho Religioso aquella tarde, y despues en otras ocasiones, como lo deponen diferentes Religiosos del mismo Convento, y otros testigos, que se lo oyeron mientras vivió.

102. Lo sexto: porque la Doña Josepha de Escobar, sobrina, y heredera de la Doña Mariana, era la principal interessada, en que el Testamento se declarasse por nulo, y la herencia se desiriesse abintestato, pues de esta fuerte percebiria el todo del caudal, sin el gravamen de tantas cargas, y legados como dexò: y no solo no ha pretendido cosa alguna;

na; sino que ella, y su marido expresá, y virtualmente tienen aprobado dicho Testamento, y todo su contenido.

103. Lo vno: presentandolo judicialmente ante el Eclesiástico, para que se declarasse por cumplido: y ante el Secular, para que reconociese la Heredad. *Ex Text. in cap. Cum olim, de censib. & ex leg. Cum præcum, C. de liberal. caus.* Dom. Salgado 1. part. *Labyrinth. cap. 6. n. 24.* Dom. Vela *differt. 24. á num. 41.* Pareja *de Instrum. Edict. tit. 7. resolut. 3.* Cevallos *comm. opin. quest. 696. num. 3.* Menochius *lib. 2. de Præsumpt. præsumpt. 45. unum. 1.*

104. Y lo otro: porque en las declaraciones, que se les recibieron en este pleyto, confessaron, que siempre avian tenido, y tendrian en adelante el dicho Testamento, y sus Cláusulas, por firme, y determinada voluntad de la Doña Mariana su Tia; y esto excluye toda presumpcion, y defecto, que se quiere arguir contra él. Vt tenent Leon *Decis. Valentis, decis. 30.* Luca *de Testamentis, discurs. 4. num. 4.* Gomez *lib. 1. Variar. cap. 11. num. 6.*

105. Lo septimo: porque à el tiempo que la Doña Mariana tratò de otorgar su Testamento es indubitable, y consiguiente, que todos los domésticos, la Doña Josepha su sobrina, el Don Juan de Mesa, y los demás Parientes, y llegados, que la contemplaban poderosa, y sin herederos torzofos, estuviessen observandole todas sus acciones, y movimientos para regular por ellos su voluntad, y saber la disposicion, que hazia, ò trataba de hazer, à quien dexaba por heredero; què cantidades, ò alhajas les mandaba, ò legaba à cada vno, pues así lo manifesta la experiencia en este caso: en donde el mas extraño se contempla acreedor de que le dexen el caudal, ò la mayor parte; y à lo menos es in-

creible, que todos, ò los mas dexafen de saber las Cláusulas de dicho Testamento (pues era nuncupativo) y lo acaecido à el tiempo de su otorgamiento; porque esta ciencia, y noticia la presume el Derecho de los domésticos, y vezinos, y parientes. *Text. in leg. Tutela, C. de in integrum restit. L. Consensu. §. Super plagis, ff. ad leg. Jul. repetund. L. Octavij, ff. unde cognati, cap. Quanto 8. de Præsumpt. Mascard. consult. 2294. num. 18.* Menochius *de Præsumpt. lib. 1. quest. 18. num. 14.* Dom. Solorçano *de lure Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 8. num. 41.* D. Matheu *de Re Crimin. controvers. 76. num. 17.* ibi: *Item præsumitur scientia ratione consanguinitatis, affinitatis, domesticitatis, vel conversationis.*

106. Lo octavo: porque en los instrumentos, y demás actos, que se executan à presencia de personas estrañas, nunca se presume, que interviene falsedad, como lo prueba Farinacio *de Falsit. quest. 153. num. 220.* ibi: *Sic & falsitas non præsumitur commissa in actu gesto palam, & publicè.*

107. Porque el que trata de cometer semejante delito, procura ocultarse de tal modo, que no ayæ testigos que lo descubran; y por esso dize el señor Larrea *en la alleg. 96. num. 1.* que el probar el delito de falsedad, casi depende de revelacion divina, ibi: *Falsitas aedè in occulto fit, ut ex divina revelatione sit probanda.*

108. De lo qual se infiere, que aviendo sido el Testamento de la Doña Mariana nuncupativo, y otorgado à presencia de tres testigos, que para ello se llamaron, sin estudio, ni premeditacion alguna, y solo por casualidad, ò accidente de ser los primeros, que se encontraron en la calle; no es creible, que en tal acto fuesse à cometer falsedad dicho Escrivano, sin tener para ello el mas

3
7
4
2

leve motivo pudiese, que por algun interese tratara de cometerla huviera llevado testigos; de quien pudiera fiarse, prevenidos, y avisados, para concurrir á el fraude, que intentaba cometer.

109. Lo nono, y vltimo: porque el dicho Testamento se halla firmado de la Doña Mariana, lo qual no huviera executado, sino estuvieran sus Clausulas arregladas, y conformes á lo mismo que ella determinaba. Y el que la dicha firma fuesse fuya, quedò resuelto por el cotejo, y comparacion de letras, que se hizo por los Peritos, cuya diligencia es suficiente justificacion en derecho. Dom. Covarr. *Pract. quæst. cap. 22. num. 7. & ex leg. Comparationes, C. de fide instrum. D. Crespi Valdaur. p. 1. observ. 27. n. 7. D. Valenc. Velazq. cons. 102. num. 85. Barbof. vot. 126. n. 33. D. Salgad. de Regla. Protec. part. 2. cap. 1. num. 177.*

110. Llegase á lo antecedente, el que Don Juan de Mesa carece absolutamente de accion para la pretension, que ha deducido, porque de que se declarasse por nulo el Testamento de la Doña Mariana, solo viniera á resultar, que la herencia se desirriese á Doña Josepha de Escobar su parienta, y no á el D. Juan de Mesa, que no lo es; segun lo qual, cóforme á Derecho se debió repeler su demanda, por la carencia de accion en que fundarla. *Ex leg. Procuratorem, §. Mandati. ff. mand. vel contra. L. Si servos, ff. de condi. furtiva. D. Salgad. de Reg. Protec. part. 2. cap. 8. n. 90. Tiraq. de Retract. §. 1. Gloss. 2. n. 51. D. Vela differt. 19. n. 16. Dom. D. Martinus de Larrea regni Select. Iur. lib. 6. cap. 6. num. 3. Giurba decis. 16. num. 16. Carlev. de Iudicijs lib. 1. tit. 2. disput. 5. num. 27.*

111. Vltimamente ponemos en consideracion de V.S. que Doña Mariana de Mora Davalos otorgó su Testamento en el año passado de 722.

en el dia 3. de Octubre, y que en el dia 4. del mismo mes falleció baxo de dicha disposicion: que así se anotò en la Parroquia, y se visitò en el Juzgado Eclesiastico: que tambien se presentó ante el Secular para el reconocimiento de la Heredad, y Zumarar: que en esta inteligencia, y concepto han estado la heredera, los parientes, los domesticos, el D. Juan de Mesa, la Justicia, y Ecrivanos de aquella Ciudad, que tambien tenia interese en el abintestato: y que en el tiempo de 12 años no ha avido persona alguna, que se aya opuesto, ni contradicho el referido Testamento. Todo lo qual es prueba clara de su legitimidad, y verdad, pues qualquiera disposicion se debe regular por la subsiguiente observancia. *Ex leg. 6. tit. 7. part. 1. D. Cassill. lib. 5. Controv. cap. 93. §. 7. Gutierr. lib. 3. Pract. quæst. 16. num. 76. D. Solorç. tom. 2. de Iur. Iudiar. lib. 2. cap. 24. à num. 79. Parej. de Instrum. Edit. tit. 2. resol. 6. num. 210. D. Paz de Tenut. cap. 57. num. 162. Barbof. voto 52. Lara de Anniv. & Capell. lib. 2. cap. 1. à num. 50.*

112. Y no por las deposiciones voluntarias de quatro testigos, el vno notoriamente convencido de falso, y los otros tres tachados, con justificadas notas, que los repelen de poder testificar, aun en casos de menos importancia. Mayormente sobre vn hecho tan antiguo.

De todo lo qual se convence claramente, que la sentencia del Alcalde Mayor de Jaen, y su Acompañado, que declaró por valido, y subsistente el referido Testamento, fue arreglada, y segun Derecho: por lo q no duda el Colegio de la justificacion de V.S. ferá servido de confirmarla, y así lo espera. S. I. O. V. D. C.

Lic. D. Agustín Gutierrez.