



P O R
EL COLEGIO
DE LA COMPAÑIA DE JESVS
de la Ciudad de Jaen.

EN EL PLEYTO
C O N
DON JUAN DE MESA,
vezino de dicha Ciudad.

S O B R E
LA VALIDACION, Y SVBSIS-
tencia de el Testamento, que otorgò,
y baxo de cuya disposicion falleciò
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.*

FOR

ORDER OF THE



O mas substancial, y preciso de el hecho de este pleyto, se reduce, à que en el dia 3. de

Oçubre del año passado 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 vniuersal 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 huviessse 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, recayessse 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 Herbas, Presbytero, Alonso Gomez de Aguilera, Escrivano de los Reynos, y Joseph de Aranda, Maestro de Sastre.

En el dia siguiente al otorgamiento de dicho Testamento, que

fue en el 4. de dicho mes de Oçubre de 1722. 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 reconocieffen dicha Heredad, y el estado en que se hallaba: lo que assi 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 hubo 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 passado 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 Don Juan, por quanto la voluntad de la Testadora avia sido el dexarle al suodicho 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 suodicha avia otorgado en el año passado de 1718. dexó por absoluto heredero à el Don Juan, sus hijos, y descendientes, y que avia llegado à noticia de

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 mostró sentimiento, y manifestó no ser aquella su voluntad: y reconocido esto por Aloho 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 buuelto 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 Josepha, por ser la Parienta mas cercana: se conviieron, y ajustaron dichos otorgantes, en que si por la sentencia se anullasse dicho Testamento, avia de que-

dar la Heredad, y Zumacar en propiedad para el Don Juan de Mesa, despues de los dias de la Doña Josepha, 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 Escritura: y concluyó pidiendo se le admitiessse informacion à su tenor, y se examinasen à los testigos instrumentales, con citacion de la dicha Doña Josepha de Escobar, en presencia de su marido.

6. Admitiòse 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 Escritura 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 otro si pretendiò se citasse à el Colegio, à el que con efecto se le hizo saber dicha demanda.

8. Por este se formò 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 abintestato, era la Doña Josepha de Escobar: con cuyo motivo el Don Juan presentó la Escritura 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 Escobal 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 sacaron vn traslado de él, y que reconociendo 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 tuovieron, 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 ultima 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 á la Escripura de transaccion, dixeron: que Don Juan de Mesa les persuadió, è induxo à ella, proponiendoles, que avia otro Testamento, por el qual recaeria en él la herencia, y ellos quedarian privados de el usufructo.

10. Mandóse por la Justicia, que el Colegio respondiessse derecha mente à la demanda, reservando para definitiva la decission de el artículo: y así la contestó, alegando lo cierto, y veridico 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

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

11. A el dicho Juan Guerrero se recibió su declaración, y en ella, expresó, 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 firmó 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 insubstantiales 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 vnos 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 entonçes residia 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-

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

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

16. Asimismo se justificó por el Colegio la legalidad, buena fama, y opinión 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 Número juntos, por Hermandad, ó Colegio, y aun lo depusieron los testigos presentes por el Don Juan de Mesa.

17. Ultimamente articuló, y justificó el Colegio diferétes tachas, que padecen los testigos de dicho Testamento. Porque por lo tocante á el D. Francisco de Herbás, se probó 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 justificó, tener notoria enemistad, y odio á el dicho Juan Guerrero, Escrivano, ante quien se otorgó el referido Testamento.

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

lo qual frequentemente anda embriagado, perturbado de sentido, y salto de memoria, sobre lo qual deponen varios casos particulares, como tambien de aver cometido por esta razon algunas ilegalidades, y falsedades en su oficio, sobre lo qual en algunos casos se figuieron 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 subsiguiente no se celebró Cabildo, de lo que hubo queja, y autos, los que tambien se figuieron contra el susodicho por otras suposiciones, que cometió, en vna execucion seguida por Carlos Angel Rubio contra Alvaro Diaz.

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

19. En el termino de prueba presentó 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 le dexaba alguna cosa la enferma á 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, vió, y oyó leer el dicho Testamento, y que acáció todo quanto expressan los testigos instrumentales, y se refiere en la demanda, y Escritura de transaccion; y que lo mismo oyó repetidas vezes á Don Gabriel de Alvaro, á Doña Josepha de Escobar su mujer, y á Doña Josepha de Aguirre.

20. Para desvanecer la fec de este

este testigo se practicaron dos diligencias á pedimento de el Colegio. La primera fue hazer vista de ojos á presencia de el Juez , y los dos Escrivanos del pleyto, y dos de los testigos instrumentales , en las casas de la Testadora ; y de ella resultó, que en la forma que estavan las puertas de dicha sala no se podia ver , ni oír 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 carear á dicho testigo , con las dichas Doña Josepha de Escobar , y Doña Josepha de Aguirre; y retractó lo que avia declarado , en orden á 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 baja, 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 probança; pero de los 26. testigos, que presentò, los 13. dixerón: 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 dezía en su declaracion, la que firmò sin leerla ; pero en este

pleyto no hubo resulta alguna contra dicho Juan Guerrero ; y solo consta , que las Partes transigieron 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 dixerón , 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 estuvo 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 Blàs Gozalvo, Abogado de esta Corte, por la qual se declaró por valido, firme, y subsistente el expresado Testamento. De cuya sentencia apelò D. Juan de Mesa, y traídos 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 Davalos 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** à lo intrincado, y difusio de el hecho de este litigio, huvieramos de medir la extenion de nuestro Informe; era necessario cansar la atencion de V.S. con vn dilatado discurso, en el qual se controvertieran, y trataran por su orden los varios puntos, y questiones, que en el 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 controvierte, 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, despues 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 despues de los dias de la Doña Josepha, passasse en propiedad à el Don Juan de Mesa, y sus descendientes, con todo lo demás, que ya queda expresado.

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

que desde el principio de nuestra Jurisprudencia se ha venido controvertiendo, 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 escrivieron, y trataron la materia, fueron Bartolo, Baldo, Socino, Speculator, Buttrigario, Paulo de Castro, Jasson, Fulgofio, y Saliceto, con otros muchos, à quienes despues figuieron 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 Textos, Canones, y Leyes, que vnicamente se dirigen à resolver, y decidir las dudas, que han ocurrido en este caso. En el Derecho Coman tenemos las Leyes:

Cum

Cum praecibus, 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 cessionem, de probat. & cap. Cum a 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 expreffado las razones, y motivos, porque los instrumentos, y Escrituras deban ser, ó no creídas, y de resolver otros casos dize: *B si por aventara del Escrivano Publico, cuyo nombre fue escrito en la carta viniese ante el Juzgador, e dixesse, que él non escriviera aquella carta, debe ser creído, y la carta desechada por falsa, non probando la parte el contrario. Mas si él otorgasse que verdad era, e que la escriviera, e los testigos que fuesen escritos en ella dixessen, que no se acertaban, y quando el pleyto fue puesto, nin otorgado de las partes, assi como es escrito en ella, estonce dezimos, que si el escrivano es home de buena fama, e fallaren en la nota, que es escrita en el Registro, que acuerda con la carta; que debe ser creído el Escrivano, e non los testigos, e debe valer la carta. E esto es, porque muchas vezes contee, que los homes son testigos de pleytos de que non se acuerdan despues. Onde pues que la nota acuerda con la carta, e el Escrivano es home de buena fama, razon es que sea creído. Cà por esto escriven los homes los pleytos, y las posturas, porque maguer aquellos, que las fazen, e 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 Escrivano non fuesse de buena fama, e los testigos fuesen homes buenos, e el pleyto, e la postura, que dize en la carta oviesse poco tiempo que fuesse fecha, estonce acordandose todos los testigos de la carta, en vno deben ellos ser creídos, e non el Escrivano.*

§. I.

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. l. 4. 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, indubitatum, & notoriam.*

36. Porque el que tiene à fu favor el instrumento, se dize tener caso de ley. Tiraquell. *de Retract. tit. 1. cap. 2. Gloss. f. 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 Pcreyr. 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 aquiparan à la confesion de parte: Gamma decif. 43. num. 2. Valascus de Iure Emphyteutico 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, que 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 question 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 Doctõribus confussa, & intricata, ut ex eorum dictis vix certa doctrina, certæ vè conclusiones elici possent.*

41. Algunos afirmaron, que quando dos testigos de los contenidos en el instrumento lo contradicen, asegurando, que es distinto lo que se otorgó de lo que ay en el escrito, ò que no se otorgó en modo alguno, ó 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.* Azaved. in leg. 13. tit. 25. lib. 4. Recopil. num. 36. Cyriacus Nigr. tom. 2. Controv. 289. num. 28. Gutierr. consil. 38. num. 10. Dom. Vel. de Penis delict. cap. 24. versic. 2. Auguff. 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, sed dicant actum descriptum non fuisse celebratum, vel aliter gestum esse, sed negent se fuisse presentes.

42. Otros dixerõ, que para la reprobacion del instrumento publico era necesario quatro, ò cinco testigos à lo menos, que depusiesen lo contrario. Dom. Vela differt. 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, y ibi: *E podiessè probar por otra carta publica, ó 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 authoritas Tabellionis equivaleat duobus testibus, instrumentum autem habet vim aliorum duorum.*

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

45. Pero en lo que vltimamente 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 Nigr. tom. 3. controvers. 507. num. 292. Cevallos commun. opin. tom. 1. quest. 43. num. 13. Mascard. conclus. 919. n. 10. Fa-

Farinac. de Falsit. dict. quæst. 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 pudiesen acaecer. Y así 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 fuessen homes buenos.*

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

49. Y el quarto, y vltimo: que todos los testigos instrumentales contestemente depongan contra el instrumento, ibi: *Estonce acordandose todos los testigos de la carta en vno.*

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

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

51. Y es la razon, porque la ley no disjunctiva, sino colectivamente los prescribe: en cuyo caso ès necessario el concurso de todos los requisitos, que junta la diccíon, ò 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. Pareje. de Instrum. Edit. tit. 3. resolut. 3. num. 70. Gutierrez lib. 3. Pract. quæst. 19. num. 21. Surd. conf. 100. num. 17. Dom. Valenc. Velazq. conf. 141. num. 12. Carlew. 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 à la legalidad, y justificado proceder de Juan Guerrero Escrivano, ante quié se otorgò el Testamento de que se trata, no justificandose concluyentemente su ilegalidad, y mala fee: es visto faltar el requisito de que hablamos; porque segun derecho, siempre està la presumpcion en favor del Escrivano. Menochius de Presumpt. lib. 2. presumpt. 79. à num. 1. Cyriacus Niger. contro. 408. Joann. Gutierrez conf. 38. num. 12. Caldas Pereyra de empt. & vendit. cap. 34. num. 24. ibi: *Pro notario presumi rectè suo officio functum esse, & muneris sui partes implevisse.*

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

de hecho, que no se presume. *Leg. In bello, §. Facti, ff. de captiv. & post lim. revers.* Menoch. *de Presumpt. lib. 6. presump. 14.* Barbof. *axiom. 93. num. 27.* Malfard. *de Probat. conclus. 737.* Carleval *de Iudicis tit. 3. disput. 8. num. 9.* Dom. Salgad. *2. part. de Revent. 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. fac. cap. 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 configuió; sino que de su misma prueba resultò mayor convencimiento de lo contrario, pues de 26. testigos que presentó, 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 se conoçian, 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 tenian por hombre sospechoso, y de mala opinion; pero sin dar razon convincente, por lo qual, y por ser vnas declaraciones vagas, è indeterminadas nada justifican. *Ex leg. Liberatorum, 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. Qualiter, & quando de accusat. n. 38.* Reifensuel. *lib. 2. Decretal. tit. 22. §. 2. n. 397.*

57. Pues además de que semejantes declaraciones à la prueba

el Defecho generalmente, ay otra razon particular en nuestro caso; que las haze mas despreciables; como lo es el que los testigos, que deponen 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. §. Einsdem, ff. de testib. L. 11. §. Mulier, ff. ad leg. Jul. de adult. L. Decurionum filij, C. de pœnit. 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, quæ 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, quæ in nostro iure infamia vocatur, quasi non fama, dum existimatio apud bonos, & honestos viros gravata existit.*

60. De lo qual se iufiere, 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 aya faltado à la legalidad, y obligacion de su oficio, y que por tal estè 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 lo dize la ley 12. tit. 14. partit. 3. ibi: *Derecha cosa es, que pleyto que es movido contra la fama sea probado, y averiguado por pruebas cla-*

nas, 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 obscurecer 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 estarse à su afirmativa, y no à la retractacion del testigo. Anaclet. Reifensfuel *lib. 2. Decret. tit. 22. §. 8. num. 276.* Guzmán de Eviç. *quaest. 9. num. 34.* Guazin. *in defens. 14. cap. 5. num. 4.* Bobadill. *tom. 2. Politic. lib. 3. cap. 14. num. 46.* Faria *in Suis Addit. lib. 2. Variar. cap. 13. num. 100.* ibi: *Si quis neget, etiam cum juramento, se deposuisse, prout in actis scriptum reperitur, ei 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 estuvièsse demente à el tiempo, que otorgó su Testamento, y Codicilo 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-

7.
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, assi 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 preferuntur 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 Reifensfuel *lib. 2. Decretal. tit. 20. §. 12. num. 395.* & 396. ibi: *Testes deponentes de fama debent inter alia deponere, quod audierint ita publicè à maiori parte populi::: quod intelligendum est pro maiori parte eorum, qui hoc scire poterant sicubi quaritur de fama super peritia alicuius, vel eius scientia, sufficit esse famam inter peritos illius artis: puta inter legistas, si queratur de fama legistæ, vel inter Canonistas, si de Canonista, & huiusmodi.*

66. Y lo mismo afirmaron Don Gabriel de Alfaro, y Doña Josephina de Escobar su muger, principales interessados 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 que

D

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 à el acto, que se disputa) padecen varias tachas, y defectos, que hazen absolutamente despreciables sus declaraciones. Porque à el primero (que lo 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 à su estado, y que le ha tenido especial odio, y enemistad al mencionado Juan Guerrero, lo qual basta, para que ni sea admisible, ni merezca fee su deposicion. Gometius tom. 3. *Var. cap. 12. num. 14.* Barbosa in *Collect. cap. Per tuas de simonia.* Mantica de *Contest. ult. volunt. lib. 12. cap. 5. num. 14.* Giurba *consult. 37. num. 33.* Guaz. de *Defens. Reor. defens. 28. cap. 1. num. 17.* Rosa *consult. 68. num. 14.* Dom. Valenç. Velazq. *conf. 161. num. 57.* Nogueroi *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. Thomàs 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 necessario 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 justificò 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 testibus, & 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 afsimismo justificada su demasiada aficion al vino, y que continua, y publicamente entra à 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. Vltimamente se justificò, que el dicho Antonio Bernabé Virtudes, además de ser criado del Don Juan de Mesa, como èl mismo lo declara, es espurio, persona de baxa, y vil condicion, lo qual bastaba para repelerlo. Nogueroi *allegat. 26. num. 78.* Farinac. *ubi supra num. 51.* Bobadill. *lib. 5. Polytoric. cap. 2. num. 50.*

73. Pero con las diligencias, que se executaron à pedimento del Colegio, y se expressaron à los numeros 20. 21. quedó convencido de falso, y perjuro dicho testigo: porque del reconocimiento, que se hizo en la casa de la Testadora, resultò ser imposible, que huviesse podido ver, ni oir 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. quest. 3. ibi: Qui falso, aut variè testimonia dixerunt, vel utriusque 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 executado por inducimiento, y soborno. *Mafcard. de Probat. conclus. 1347. n. 2. Conciolo Resolut. Crimin. verbo Subornario, resolut. 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 Escritura 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. Hermosill. 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 expuesta, que avia criado en sus casas la Testadora, despues la induxo, y persuadió el Don Juan de Mesa, con amenazas, y ofertas para que depu-

siese 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 escritos por la dicha testigo à el Padre Rector de dicho Colegio, y à el citado Juan Guerrero, los quales reconoció, y declaró ser suyos, despues de aver hecho ambas declaraciones: y todòs 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. Iur. 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 expresando, 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 presump. Et tenet Bosius in Praxim tit. de opposit. contra testes num. 94. Dom. Valenc. Velazq. consil. 92. num. 211. Nogueroi alleg. 32. num. 67.*

80. Y lo quinto, y ultimo: porque aviendo depuesto confesivamente dichos testigos, en sus prime-

ras declaraciones ; despues padecieron varias contradicciones ; 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. Noguero. alleg. 26. num. 206. & 107. Dom. Larrea allegat. 96. num. 33. Pirring. in cap. In nostra de testib. Reifensuel lib. 2. Decret. tit. 22. §. 9. num. 322.*

81. Infierefe 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 Butgos de Paz *conf. 3. num. 76. Agustín Barbosa in collectan. ad eod. in leg. 15. C. de fide instrum. num. 5. ibi: Nota, quod instrumenta in antiquis preferuntur 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, è lengua tierra es muerto, è 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 vltimo 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 cuydado, que en las primeras declaraciones , que hizieron dichos testigos, no se les notò disonancia, despues se contradixeron en varios particulares, con lo que acreditaron, el que para hazer las primeras avian sido instruidos, y sobornados.

86. Infierefe de lo dicho, que conforme lo prevenido por nuestra ley del Reyno debe valer , y substituir el Testamento de que se trata, pues para anularlo con la deposicion de los testigos , era necesario, que colectivamente interviniessen 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 depone en favor del instrumento, este debe valer, aunque los testigos lo contradigan. *Vt cum dicta lege tenent Cevallos dicta quest. 43. num. 12. Gutierrez conf. 38. num. 12. Ebia Bolaño in Curia, §. 17. num. 33. Dom. Covarr. lib. 2. Variar. cap. 15. num. 12. Bobadilla lib. 3. Polytic. cap. 14. num. 28. Quefada 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 depone por el instrumento, el qual asimismo está acorde con el referido Registro, y Protocolo: Lue

90. Pero aun quando no tuvieramos en nuestro Reyno la dicha ley de Partida, que dió regla para la decisión 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 Testaméto: porq̃ como ya queda notado en el principio deste Informe: en lo que todos los Autores convienen es, en que áya de quedar á el arbitrio del Juez la resolucion de la duda, y segun las circunstancias determine: si deberá dar mayor credito á los testigos, que á el instrumento. Menoch. *de Arbitrar. lib. 2. cont. 2. casu 105. num. 19. Mascard. de Probat. conclus. 920. num. 10. Reiffenshuell. lib. 2. Decretal. tit. 22. §. 10. num. 318. Farinac. de Falsif. quest. 158. num. 63. ibi: Limita generaliter omnes prædictos casus, & etiam alios, quos infra referam, in quibus instrumentum reprobatum, per testes descriptos, vel non descriptos, necessarios, vel non necesarios, ut non procedat, nisi quando sic Iudici visum fuerit.*

90. Y dà la razan el Texto en la ley 3. ff. de testib. ibi: *Quæ argumenta ad quem modum probanda sunt, que rei sufficiant nullo certo modo satis definiti potest.* Por lo qual el mismo Jurisconsulto en el principio de la citada ley dize: *Eum, qui iudicat magis scire 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 deberá dar á los testigos. *Text. in leg. 21. §. 3. ff. de testib. ibi: Confirmabitque Iudex motum animi sui ex argumentis, & testimonij, quæ vel aptiora, & verò proximiora esse compererit.*

92. Y es cierto, que atendi-
das las circunstancias, que ocurren

9.
en el caso de este pleyto, todas ellas, y cada vna de por sí están acreditando, y persuadiendo, que el expressado 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 solicitaria: y si fuera 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. *decif. 257. num. 7. & 8. ibi: Dicunt enim Doctores, delictum falsitatis esse homicidio, & venefico gravius, ledens notabilissimè famam, & statum 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. Chancel. in Proximis, §. 7. num. 161. Stephanus Gratianus*

20m.2. cap. 262. num. 39. & 40. D. Castill. de Aliments. cap. 20. num. 32. Mascard. conclus. 831. num. 12. Goncioli. Resolut. Crimin. verb. Falsum, resolut. 6. num. 1. Menoch. de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 20. num. 48. Gardin. de Luca de Testam. discurs. 4. num. 7. ibi: Cessabat suspitio falsitatis, quia non agebatur de alicuius privato interesse, sine quo non de facili presumenda est huiusmodi delicti perpetratio.

96. Es assi, que Juan Guerrero, Escrivano, ante quien se otorgó el Testamento, de que oy se trata, ni tuvo motivo, ni pudo esperar beneficio, ò interesse, de que la Heredad, y Zumacar se le dexassen en propiedad à el Colegio, ò 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, ò 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 Conciolo; disc. resol. 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, qua dicitur grave delictum, non presumatur commissa pro parvo commodo; & pro modico lucro.

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

no se puede, ni debe presumir, que los Padres lo aceprassen: y si lo segundo, nada tenian que agradecerle à Juan Guerrero, ni este coneghia 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, coligacion, ò fraude de parte de los Jesuitas, que eran los principales interesados 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 previo, y segun oy se halla, y assi 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 interesada, en que el Testamento se declarasse por nulo, y la herencia se desiniesse abintestato, pues de esta suerte percebiria el todo del caudal, sin el gravamen de tantas cargas, y legados como dexó: y no solo no ha pretendido cosa alguna;

na; fino que ella, y su marido expresa, y virtualmente tienen aprobado dicho Testamento, y todo fu contenido.

103. Lo vno: presentandolo judicialmente ante el Eclesiastico, 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 pracum, C. de liberal. caus. Dom. Salgado 1. part. Labyrinth. cap. 6. n. 21. Dom. Vela dissert. 24. á num. 41. Pareja de Instrum. Edit. tit. 7. resolut. 3. Cevallos comm. opin. quæst. 696. num. 3. Menochius lib. 2. de Presumpt. 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 Clausulas, 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 domesticos, la Doña Josepha su sobrina, el Don Juan de Mesa, y los demás Parientes, y llegados, que la contemplaban poderosa, y sin herederos forzosos, estuviesen 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 assi lo manifiesta 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-

crecible, que todos, ò los mas dexasen de saber las Clausulas 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 domesticos, vezinos, y parientes. *Text. in leg. Tutela, C. de in integrum restit. L. Consensu. §. Super plagis, ff. ad leg. lul. recetund. L. Octavij, ff. unde cognati, cap. Quanto 8. de Presumpt. Malcard. consult. 2294. num. 18. Menochius de Presumpt. lib. 1. quæst. 18. num. 14. Dom. Solorzano de Iure Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 8. num. 41. D. Matheu de Re Crimin. controverf. 76. num. 17. ibi: Item præsumitur scientia ratione consanguinitatis, afinitatis, 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. quæst. 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 aya 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 adeò 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 crecible, que en tal acto fuesse à cometer falsedad dicho Escrivano, sin tener para ello el mas leve

leve motivo: pues caso, 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 fuese suya, 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. Valenç. Velazq. conf. 102. num. 85. Barbof. vòs. 126. n. 313. D. Salgad. de Regia Protecç. 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 à resultar, que la herencia se desiriesse abintestato, à Doña Josepha de Escobar su parienta, y no à el D. Juan de Mesa, que no lo es; segun lo qual, còforme à 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 condiç. furtiva. D. Salgad. de Reg. Protecç. part. 2. cap. 8. n. 90. Tiraq. de Retracç. §. 1. Gloss. 2. n. 51. D. Vela dissert. 19. n. 16. Dom. D. Martinus de Larrea-tegui Select. Iur. lib. 6. cap. 6. nam. 3. Cirya 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 Testaméto 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 acordò en la Parroquia, y se vistió en el Juzgado Eclesiastico: que tambien se presentó ante el Secular para el reconocimiento de la Heredad, y Zumarcar: que en esta inteligencia, y concepto han estado la heredera, los parientes, los domésticos, el D. Juan de Mesa, la Justicia, y Escrivanos 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. Castill. lib. 5. Controv. cap. 93. §. 7. Gutierr. lib. 3. Pract. quæst. 16. num. 76. D. Solorc. tom. 2. de Iur. Iudiar. lib. 2. cap. 24. à num. 79. Parej. de Instrum. Edis. tit. 2. resol. 6. num. 210. D. Paz de Tenuit. 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 conveçe 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.