

manifestando , si segun su pericia tienen por una misma esta heredad , que la vinculada : pido justicia , juramento , &c.

*Auto.*

Como lo pide.

1 Aunque en el Tomo I. (1), y segundo (2) de esta Obra dexamos insinuados algunos de los medios de prueba , que pueden suministrarse en las primeras instancias , es indispensable añadir ahora , que despues de contestado un pleyto entre los interesados , y concluso para su justificacion , se sigue necesariamente la prueba recíproca de estos , que se llama en verdad por los prácticos , *alma del proceso* , donde se haga ver al Juez , y al Público la verdad , que se indaga con la mas escrupulosa atencion en las causas , debiendo considerarse desde el instante , en que se halla un Magistrado revestido de autoridad , sin enlace de parentesco , y amistad en los casos , donde para proceder rectamente conviene calle la naturaleza , y pronuncie el Juez , quien por su estado es defensor del oprimido , sin que por motivo alguno sea lícito á aquel extraviarse de la senda , que le prescriben la justicia , y el buen orden.

2 La prueba en un sentido civil , no es otra cosa , que el crédito judicial de todo hecho dudoso ; de modo , que acerca del derecho de los contendientes , debe suponerse este patente á el Magistrado , que se mira obligado á decidir por él las controversias , aunque los Clientes , y Abogados le omitiesen por negligencia , ó impericia.

3 En las quëstiones de prueba incumbe esta al actor , que propone el hecho , ó al reo , si contra él excep-

Pag. 124 á la 133.

Pag. 238. á la 240.

cepçiona , perimiendo la instancia del demandante , ó estuviesen por este la presuncion , y el derecho comun (1) ; de modo , que en verdad puede decirse , que ambos contendientes han de probar los hechos opuestos , que articulan , y no otros privados , que son fuera del orden , y juicio del proceso (2) , teniéndose en el conflicto de dos pruebas equívocas por la mas favorable la causa del poseedor á virtud de la presuncion , que induce la misma posesion , de estimarse en el foro externo por dueño al que disfruta una cosa , sin poder ser turbado en ella , hasta no ser judicialmente vencido.

4 Al tratar de la prueba en el primer tomo de esta Obra , ceñimos á seis los medios de ejecutarla (3) , añadiendo ahora sus especies extraordinarias , como son la fama , inscripciones , historias , y demas semejantes , é igualmente otras ordinarias , por escrituras privadas , y libros , no pudiendo fixarse una regla general en esta materia , que es toda arbitraria en el Juez , segun las particulares circunstancias de cada caso ; de modo , que en el foro no ha de llamarse prueba concluyente aquella , que tiene una posibilidad contraria , dividiéndose siempre toda justificacion en perfecta , é imperfecta , y admitiéndose esta en todos los hechos de difícil comprobacion , por los que estén , ó la verosimilitud , ó sus extremos , quando traten de calificarse el medio , ó los accidentes (4).

5 *El juramento decisorio* es un medio de prueba , que puede hacerse en juicio , y fuera de él (5) , así pa-

(1) Damhouder in *Pract. civil. cap. 158.*

(2) Luc. de *Judiciis* , *discurs. 22. n. 4. al 5.*

(3) Pag. 124. §. 3.

(4) Luc. *loc. citat.*

(5) Ley 2 *tit. 11. P. 3.*

para lo Secular, como para lo Eclesiástico, llamándose también purgativo en lo criminal por la reverencia, y concepto, que merecia el juramento hasta que se desterró del foro su medio de prueba en los delitos, donde solo con prestarle públicamente el procesado acerca de su inocencia lograba la absolucion (1).

6 Este juramento es difícil de pedir por los Patronos en las causas, por negarse á su auxilio al actor toda otra prueba; de modo, que debe usarse de él con la cautela de no deferirse en el dicho de la parte á solo aquel impulso, lo que así se practica ordinariamente, acogiéndose á esta especie de prueba, llamada *suppletoria* en defecto de otras, y para causas leves, habiendo tomado principio con el estilo forense en lo Eclesiástico tan parca, y circunspectamente, que rarísima vez se observa para no constituir al que jura Juez en su propia causa. (2)

7 La confesion de la parte es la segunda de las especies de prueba, que para evitar los litigios, y dificultades insuperables en ellos, hizo lugar al uso de las posiciones á exemplo de las interrogaciones en derecho, que acostumbraron los Romanos, y adoptaron las prácticas civiles, y eclesiásticas, llamándose *posiciones* á los artículos, por los cuales el actor, ú el reo, refieren alguno, ó muchos hechos de los alegados en juicio pertinentes, y no capciosos, claros, específicos, y sin generalidad, ú obscuridad acerca de gestiones propias, sobre que manda el Juez al litis consorte, (sin darle ántes traslado en lo Secular, como acostumbra inconcusamente las Curias Eclesiásticas, y parece debiera executarse en los Juzgados Reales (3), res-

(1) Luc. de *Judiciis*, discurs. 25. per tot.

(2) Wan-Spen in *Jus Ecclesiast.* p. 3. tit. 7. cap. 8.

(3) Pareja de *Instrum.* tit. 10. resolut. 1. n. 16.

ponda con palabras precisas, y categóricas, que no ha de excusarse á satisfacer qualesquiera de los litigantes á pretexto de ignorancia, ú olvido, absolviéndoles siempre por sí mismos, y no por sus Procuradores, con sinceridad, y verdad, sin cláusulas, ó periodos enfáticos (1).

8 Pero no podemos dexar de referir con dolor inexplicable, sirve de tan poco el uso de las posiciones en el dia, que declina en fomento de calumnias, y en ocasion de muchísimos perjuicios, que frecuentemente cometen los litigantes, negando á la sagrada religion del juramento aquel profundo respeto, que debia contenerles, y á los testigos á decir la verdad, que parece hacen estudio de ocultar con agravio de la justicia, y del bien público (2); cuyos objetos los mas importantes de la Sociedad, exigen la rigorosa, é irremisible observancia de las leyes penales contra los perjurios (3) señaladamente la nota de infamia, ya que el no uso de aquellas en muchos Reynos, y Provincias (donde llegaron hasta el término de cortar la mano derecha al perjuro (4)), ha hecho miren á este con equidad los Tribunales.

9 Para darse mérito á una confesion judicial, es indispensable la evaquen aquellos, que no estén prohibidos de executarla, probando únicamente la extrajudicial en presencia de la parte; pero no en su ausencia, aunque sea por cartas familiares, y debiendo dividirse todas las confesiones en qualificadas, ó inqualificadas; sobre cuyos diversos efectos tratan de intento nuestros Prácticos, á quienes remitimos á la juventud (5).

A

(1) Luc. de *Judiciis*, discurs. 23. per tot.

(2) *Id.* de *Judiciis*, discurs. 22. n. 13. & 14. & disc. 25. per tot.

(3) Ley 57. tit. 5. lib. 2. de la Recop.

(4) Luc. de *Credit.* discurs. 116.

(5) D. Valenz. Velazq. *consilio* 126. Vela disert. 24.

10 A la prueba por posiciones se sigue la executada por *testigos*, que alcanzan á elidir aun la virtud de los instrumentos, pudiendo ser apremiados á declarar, no siendo de los exceptuados; de modo, que regularmente hablando, dos de aquellos hacen plena fe, quando sean de mayor excepcion (1), y preceda á su deposicion el juramento de decir verdad, y la citacion de la parte opuesta para solo verles juramentar; cuyo defecto se subsana por su consentimiento, pudiendo el Juez de oficio repeler á los testigos inhábiles, que lo fuesen notoriamente por derecho.

11 Si bien sobre cada causa, ó artículo pueden únicamente presentarse treinta testigos, deben los Jueces prudentemente moderar el número necesario, para evitar las vexaciones, que trae consigo la multitud superflua de los testigos, no siendo la cuestión sobre costumbre, uso, estilo, ú observancia de algun privilegio, lindes, términos, mojoneras, y otras causas, en que los treinta testigos son necesarios para indagar la verdad (2), examinándose en el lugar designado, y quando haya de ser fuera de la jurisdiccion, por el Juez requerido, que no puede subdelegar su comision en otro.

12 No intentamos dilatarnos muchos acerca de los testigos, dividiéndolos en tres clases, idoneos, de excepcion general, ó mayor, y prohibidos, como pueden serlo de esta última, ya en todas las causas, y contra qualesquiera personas, ó ya con ciertas limitaciones, sobre que hablan de intento nuestras leyes (3), á quienes remitimos á la Juventud, concluyendo en esta materia con significar aquí, es toda ella arbitraria, quando se trata de la fe de los testigos, que merecen ser creidos sin

(1) Ley 32. tit. 16. P. 3.

(2) Damhouder *loc. citat. cap. 164.*

(3) Tit. 16. P. 3.

sin un nimio rigor en los hechos de difícil prueba, y acerca de la del matrimonio, y naufragio, supliendo su número, y adminículos los defectos, sin presumirse jamas la falsedad de sus deposiciones, en las quales pueden ser varios, opuestos, y mendaces, deponiendo con dubiedad, credulidad, ó claridad, ya con relacion á otra declaracion propia, é ya á otros testigos, ó á alguna escritura, bien con singularidad obstativa, ó adminiculativa, ya con razon, ó sin ella de su dicho, é ya finalmente corrigiendo, ó afirmando lo que negaron ántes, ó al contrario: de cuyas cuestiones escriben altamente los Autores prácticos, donde pueden difusamente especularse, quando lo exija la oportunidad (1), siendo siempre sospechosos aquellos testigos contestes en las palabras una por una, que deben juzgarse premeditadas.

13 La prueba por *instrumento* es la quarta especie de justificacion en un proceso, siendo aquel hecho ante Escribano Público (2), y si bien investido de las qualidades, que exigen las leyes, hace plena fe sobre los hechos, que contiene (3), es indispensable notar la diversidad de escrituras, que hay, unas originales, y otras exemplares, de las quales en ciertos casos merecen plena prueba, en otros semiplena, en otros alguna, y en otros carecen de toda fe.

14 Por esta distincion, y su principio advertimos, no basta solo ser persona pública, simplemente hablando, aquel, ante quien se otorga el instrumento, y si es necesario se halle con igual autoridad para escribirle, de la qual carece el Juez judicial, y extrajudicialmente; y por lo mismo en los Tribunales superiores de España

(1) Luca de *Judiciis*, *discurs. 32. per tot.*

(2) Ley 1. y 114. tit. 18. P. 3.

(3) D. Covarrub. *in Pract. cap. 19.*

asiste un Escribano de Cámara, que se llama *Guarda sala*, á presenciar las providencias, que se diesen para certificarlas despues: siendo aquí digno de notar, puede en un caso el Juez por sí escribir un proceso, el qual merezca fé sin Escribano, y es quando, siendo aquel de sumo sigilo, se tema con grave causa, que ha de expresar en el auto de oficio, le revele el cartulario, sabiéndolo.

15 *Escritura original* se llama á la primera, como origen del mismo acto, y de todas sus copias progresivas, autorizada con el signo del Escribano (1), entendiéndose por exemplares la segunda, y demas, que merecen fé, comprobándose con la original, previa citacion de las partes, para exáminar, si en este se advierten algunos vicios, ó sospechas acerca del nombre, suma, data, ó del Lugar, donde se hallen; pues en otras circunstancias no ha de prestarse crédito á las copias, aunque auténticas, por la regla de ser estas referentes, y no constar del instrumento, á que se refieren, á no ser, que vistas por las partes, no se hubiesen redargüido de falsas civilmente; cuyo solo silencio es argumento perentorio de su autenticidad: para la qual, en caso de contradecirse, deberán comprobarse, siendo copia de copias, no con estas, y sí con las originales, quando los trasuntos primeros, ó no hubiesen sido consentidos por las partes, ó sacados con su citacion sin impugnarles; pues en estas críticas circunstancias es suficiente el cotejo de la segunda copia con la primera, de tanta reputacion civil, que ya equivale á la original.

16 Conocemos, que las escrituras no se requieren en el foro por substancia de los mismos actos; de modo, que sin ellas dexen estos de calificarse al auxilio de otros medios, excepto en aquellos negocios, donde pa-

(1) D. Cavarr. *loc. cit.*

para merecer fé han de acreditarse por escritura, como por exemplo los hechos antiguos, que excedan de la memoria de los hombres, y no tengan en su apoyo la tradicion constante de unos á otros actos judiciales: el contrato enfiteutico (1), y todos los demas, donde se pacte el instrumento, como extremo necesario para su perfeccion.

17 La virtud, y eficacia de una escritura no alcanzan á tanto, que dexen de admitir prueba en contrario, pudiendo aquella ser falsa sin culpa del cartulario, y de los testigos, ó con ellas, como por exemplo, por suposicion de la persona, que contra él atesta ser padre de familias, ó mayor, no siéndolo: por imitacion de la firma del Escribano, ó por introduccion de un instrumento en los archivos, y lugares públicos, obrando en duda la presuncion por la verdad, y no por la falsedad (2).

18 Para impugnar la fe de una Escritura pública por culpa del cartulario, de modo, que esta se convenza, han de concurrir quatro circunstancias (3), quales son: ser aquel sospechoso, los testigos de providad, el hecho moderno, y testificar juramentados todos los que concurren á él por testimonio unánime, y conforme, que le resista, causando en estos puntos un particular influxo la verosimilitud, ó inverosimilitud, y convenciéndose la falsedad, ó alteracion por actos positivos, ó negativos del Cartulario, bien por ser la escritura diversa de la matriz, ó protocolo en lo substancial, y contener mas, ó ménos que este respectivamente, ó bien por no parecer el original.

19 Dando el Escribano sobre un mismo acto dos ins-

(1) Ley 28. y 29. tit. 8. Part. 5.

(2) Luc. de *Judiciis*, *discurs.* 26. *per tot.*

(3) D. Covarr. *lib.* 2. *Var. cap.* 13. n. 81.

instrumentos públicos diferentes entre sí, queda en el arbitrio judicial, estimar qual merezca fé, atendidas las qualidades, y circunstancias de cada caso en particular, y recurriendo á la matriz, ó protocolo, con quien han de comprobarse, manejándose los Magistrados en estos actos con mas cautela, que ciencia, por ser siempre quëstiones de hecho, que no reciben una regla cierta, y uniforme, debiendo estarse en el concurso de conjeturas, y argumentos por los favorables (1) á la carta.

20 Puede ocurrir con frecuencia el caso, ó de quemarse un archivo, ó de perderse y dilacerarse una escritura particular, corroyéndola el tiempo, de modo, que sea necesario justificar su contexto por testigos, los quales para merecer fe han de deponer, que el instrumento se hallaba en el lugar, donde ocurrió el caso fortuito sin culpa, ó pérdida afectada del mismo interesado, expresando bien informados el tenor del instrumento con razones concluyentes de su ciencia, para evitar las maquinaciones, y malicias, á que estan expuestas estas controversias (2), recurriendo en las circunstancias de corroerse un instrumento á su restitution, y renovacion por el Juez, con citacion, y asistencia de las partes interesadas en él (3).

21 En los juicios civiles están hoy mutuamente obligadas las partes á exhibirse sus instrumentos, constando copulativamente de estos extremos: haberles al tiempo de moverse el pleyto, ó despues: tener interés el que los pide, y poder solo hacer ver por este medio su derecho, creyéndose al que los exhibe, no tener otros, afirmándolo así con juramento, y siendo visto aprobar-

(1) Luc. loc. cit. & discurs. 27.

(2) Luc. de Judiciis, discurs. 28. n. 26.

(3) Wan-Spen in Jus Ecclesiast. p. 3. tit. 7. cap. 7. n. 49.

barles por solo el hecho de exhibirles, lo que puede acaecer, quando lo hiciesen voluntariamente, ó en comprobacion de su justicia, sobre la qual debe el colitigante ser oido, para que se tengan presentes al tiempo de la vista, y determinacion del pleyto; lo que así se manda, quando son sacados con citacion de los litisconsortes, sin perjuicio del estado de la causa, no aprovechando, ni dañando las escrituras producidas en un juicio á otro, aunque sea entre las mismas partes, si no es que se produzcan, ó repitan en él (1).

22 Otra especie de prueba es por *vista, y evidencia del hecho* (2), que haga el Juez por sí mismo sobre reconocimiento de libros de comercio, para saber, si están bien, y legalmente extendidos acerca de la disposicion de partidas, y cálculos, términos de Pueblos, edificios, é injurias (3), servidumbres, retractos, y otras cosas, que no pueden explicarse por el Juez, y exigen necesariamente su manifestacion por medio de peritos en la arte, y ministerio; cuya justificacion, menos expuesta á falsedades, y alteraciones, que todas las demas, es la que corresponde al caso figurado en el libelo: debiendo executarse en el término de prueba, regularmente hablando (4), previa citacion de las partes interesadas, que tienen derecho á nombrar cada una por la suya un perito, substituyéndole en su defecto aquel, que nombre el oficio judicial para la visura, apeo, y medida (5).

23 Entre los *peritos* conviene distinguir sus clases en dos especies, una como testigos, y otra en el concep-

(1) Luc. de Judiciis, discurs. 28. in fin.

(2) Ley 8. y 13. tit. 24. Part. 3.

(3) Ley 8. y 13. tit. 24. P. 3.

(4) Fontanell. decis. 382. & 600.

(5) D. Cresp. observat. 50.