

cepto de árbitros , produciéndose en el primer extremo sobre hechos , que penden de su pericia , mas bien del juicio intelectual , que de los sentidos corpóreos , aunque unos , y otros suelen mezclarse segun la qualidad de las cosas , interviniendo en el segundo , quando se eligiesen para juzgar , y no testificar , á imitacion del Asesor , que debe nombrar el Juez lego para sus providencias en aquel ministerio , á que no alcanza.

24 Aunque la regla general del derecho es deber deferirse al juicio de los peritos en su arte , conviene no univocar los primeros con los segundos , por obrar respecto de aquellos todas las disposiciones , que rigen acerca del exámen de testigos , su fe , y excepciones , al paso que con respecto á estos , conviniendo ambas partes en ellos , mas bien puede llamarse su reconocimiento arbitrio , como en el caso de ser elegidos por el Juez , á diferencia de nombrar cada intesado el suyo , cuya diversidad en la práctica es causa quasi familiar de una discordia , por hacer entónces mas bien el oficio de amigos , y defensores de aquellos , que les eligen , que de árbitros , y Asesores imparciales : siendo aquí digno de notar , no puede el perito concordemente elegido por las partes ser recusado , excepto por causas supervenientes á su nombramiento con juramento ; pero sí el tercero , que elige el Juez , quando los dos discordasen ; debiendo el Magistrado para evitar estos círculos cauta , y prudentemente acordar , ántes de pasar á elegir , se haga saber á cada uno de los contendientes presente una lista , ó nómina de los peritos , que tenga por fidedignos , de los quales pueda nombrar el Juez el mas acreditado.

25 Nombrado el tercero en caso de discordia , debe , comun , y generalmente hablando , estarse á su declaracion para evitar un procedimiento interminable , á no ser que aquel tan vaga , obscura , y genéricamente
ma-

manifieste su dictámen , que se haga imperceptible ; en cuyo caso se elige un quarto perito , haciéndose precisamente saber la eleccion de ambos á las partes , que tienen derecho á recusarles.

26 Estos peritos terceros no están obligados á seguir el dictámen de uno de los dos discordantes , de modo , que concluya por la mayor parte , pudiendo discordar del juicio de ambos , y elegir , ó una media via , ó hacer un dictámen singular , al qual debe estarse (1) , precediendo ántes le informen los interesados , y conviniendo mucho oír al mismo tiempo , que las pretensiones de estos , el sentir de cada perito extrajudicialmente , y con prudencia para asegurar su juicio (2).

27 La experiencia nos ha enseñado en muchos juicios de confines el vicio comun de los peritos de no contenerse estos dentro de los cancelos de su propia arte , en lo que no deben ser creídos ; de modo , que para evitar las dilaciones , y contiendas , que suelen ocasionar estos excesos , acostumbran los Jueces doctos prescribir á aquellos un modo preciso , al qual , sujetándose en sus reconocimientos , digan categóricamente lo que entiendan , afirmando , ó negando el hecho , que motiva el dubio , siendo no menos frecuente en la práctica faltar en el ejercicio de la propia arte , ó pericia á las reglas de esta , no distinguiendo por exemplo , así en los predios rústicos , como en los urbanos para su estimacion , ó quando tratan de venderse , ó reclamarse por nulidad de su venta , ó adjudicacion , si son antiguos , ó modernos , infructíferos , ó fructíferos , ó capaces de fructificar al auxilio de la industria , y del tiempo , debiendo dar concluyentes razones , y causas , que hagan

ve-

(1) Luca de Feudis , discurs. 24.

(2) Id. de Empt. & vendit. discurs. 14.

verosímil su dicho para ser creído (1) sobre unos hechos, donde solo deben ser elegidos para declararles, y resolverles por su influxo de una prueba rigorosamente subsidiaria, quando por otra via no pueda descubrirse la verdad (2).

28 Establecidas ya las reglas mas freqüentes en el foro sobre el juicio de los peritos, descendemos al acto del reconocimiento sobre el terreno á instancia de las partes; y con asistencia del Juez inferior, ó del Relator, y Escribano de Cámara en las Chancillerías, y Audiencias, levantando un paño de pintura, segun lo exija la gravedad del asunto, haciéndose saber á las partes el dia, y hora, en que ha de puntualizarse, por si quisieren asistir, ó sus Abogados, á la diligencia; de modo, que sin citacion de las partes padece el acto una notoria nulidad.

29 Por estos principios entendemos, que en todos aquellos casos, donde puedan tenerse por suficientemente probados la situacion, y estado de la cosa por testigos, y peritos sin contrariedad, y diversidad, ó por mapas topográficos, ú otras especies de justificaciones, no han de decretar los Jueces los reconocimientos con su asistencia, que siempre ha de entenderse subsidiaria, para excusar las dietas, y otros gastos, que son insupportables á los contendientes, y debe la prudencia judicial por todas las vias evitarles.

30 Entre los mapas para las controversias de confines, situaciones, é identidades de las cosas litigiosas es preciso distinguir los públicos de los privados; esto es, los geográficos de los topográficos impresos, para la utilidad pública, ó hechos por pura conveniencia de las partes, sin consentimiento recíproco de ambas, ó con

(1) Luc. de Feudis, discurs. 99.

(2) Luc. de Regalibus, discurs. 177.

con su citacion, audiencia, y asistencia judicial, en cuyos únicos casos merecen fe, no reclamándose su error, y haciéndose este manifiesto con presencia del terreno (1): siendo rarísimo el caso, en que, no litigando los límites de un Reyno, Provincia, ú Obispado, y sí otros particulares, se valgan los interesados de los mapas geográficos, ya por no designar estos individualmente los mojones, y lindes, é ya tambien por la diversidad de sus Autores, mas, ó menos clásicos, y del tiempo, en que se hicieron, el qual influye á variar el sistema de los objetos, como respectivamente observamos, y podemos decir lo mismo de los hidrográficos, concluyendo en este punto con manifestar ahora, que en los casos sujetos á la inspeccion ocular del Juez, no está obligado á pasar por la declaracion de los peritos, contraria á aquello, que él mismo percibió por sus sentidos corporeos en las cosas pendientes de solo este juicio (2).

31 Es otra especie de prueba aquella, que se hace por *presuncion*, y *admiráculos* (3) nacidos de muchas conjeturas, que en ciertos casos, son todas necesarias, en otros algunas, en otros las mas y en otros las menos, segun las circunstancias del hecho, y la principalísima consideracion de terminar á lo principal, ó incidente de una causa, y á graves, ó leves efectos, elevándose en lo civil la presuncion al grado de concluyente, y perfecta prueba, quando aparece liquidísima por el concurso de muchas pruebas imperfectas, que constituyen una completa copulativamente (4).

32 La prueba por *presuncion siempre es*, y se en-

(1) Luca de Regalib. discurs. 136.

(2) D. Cresp. observ. 50.

(3) Ley 8. tit. 14. P. 3.

(4) Luc. de Judiciis, discurs. 23. ex n. 11.

entiende supletoria, y artificial, dividiéndose aquella en presuncion de solo derecho: *Juris*, & *de Jure*: y del *Juez*, ó *de hombre*: la primera se titula al indicio aprobado por la ley, y expreso en ella: el qual la da una virtud eficaz, hasta que se pruebe lo contrario, como por exemplo, la posesion, que hace creer corresponde la cosa al poseedor en ambos fueros: la segunda se entiende, y se llama tal, quando la ley, ó el canon presumen una cosa: de modo, que sobre esta presuncion establece un derecho invariable, y quiere le tenga el Juez por verdad, sin admitir justificacion en contrario, aunque debe ceder á la natural, principalmente del mismo, á cuyo favor obra la presuncion; y la tercera es aquella, que no señalándola específicamente las leyes, ó los cánones, nace de la opinion, ó concepto del hombre, que forma el Juez para sí por alguna conjetura, ó indicio, debiendo los Magistrados ser prudentes, y circunspectos antes de pronunciar las sentencias definitivas para escudriñar los hechos, y circunstancias, de que han de derivarse las presunciones, sobre que no puede darse regla fixa (1): sentándose únicamente por práctica uniforme, y constante, que en aquellos litigios, donde recaen las sentencias por puras presunciones, no pueden mandarse executar, *sin embargo de apelacion, ó suplicacion* (2); lo que advertimos en este lugar por el abuso, que notamos en decretarse lo contrario especialmente sobre las causas criminales, donde no hay arbitrio para introducir estas corruptelas.

33 *La fama es una de las especies de prueba, que aun-*

(1) D. Salgad. *de Regia protect.* p. 3. cap. 6. *in fin.* Wan-Spen *in Jus Eccles.* p. 3. tit. 7. cap. 5. ex n. 16.

(2) Gutierrez *lib. 1. Pract.* q. 49. à n. 5.

aunque por sí sola no alcanza á constituirla perfecta, y concluyente, produce un cierto adminículo, ó justificacion imperfecta, sobre que no puede establecerse regla fixa, pendiendo en lo civil su virtud de la mas, ó menos antigüedad del hecho (1), y de otras circunstancias puestas todas en el arbitrio judicial: de modo, que en lo criminal deducen los Fiscales del Rey un indicio vehemente contra el difamado, acumulando á la fama del delito la de la vida, y costumbre de aquel, al paso que los Abogados de los reos consultan siempre al buen concepto, y opinion de los criminales, y al descrédito de los testigos examinados por la vindicta (2), en que hallan poco reparo los hombres para deponer, creyendo exercen un acto de caridad: de forma, que apenas hay proceso, donde no se articule, y pruebe la buena fama del procesado, con la expresion, que se habia hecho ridícula en el foro, de ser esta *la prueba del Gitano*, desentendiéndose los testigos de aquellos sentimientos de humanidad, que debia inspirarles la memoria de un ofendido en su muger, hijos, y familia abandonados.

34 En las questões profanas, ó espirituales puramente civiles, suele tratarse de la prueba de la fama, que no ha de confundirse con el rumor (3), ya acerca del mismo negocio principal, é ya de sus incidencias, debiendo considerarse en el primer extremo, como uno de los principales adminículos, que sirven de fundamento á la intencion del actor, segun lo exigen, por exemplo, los juicios de Nobleza (4), y es frecuente en las questões de Patronatos, jurisdiccion,

(1) Mascard. *de Probation. conclus.* 735.

(2) D. Matheu *de Re criminal. controuv.* 25. n. 39.

(3) Escob. *de Purit.* 2. p. q. 3. n. 67.

(4) Luc. *de Præminent. discours.* 32.

y confines (1); al paso, que en el segundo se tiene por requisito la fama entre otros muchos, que han de calificar el acto, como por exemplo para la prescripcion inmemorial, y la quadragenaria del uso de un privilegio (2); sucediendo lo mismo en lo benefical sobre las quèstiones de posposicion del menos digno, y acerca de la disminucion de la fe de los testigos por soborno, falsedad, ú otros medios de difamacion.

35 *Las Crónicas, é Historias* son otra especie de prueba acerca de los hechos antiguos, que ofrecen motivo á empeñadas disputas en el foro, para exâminar, y graduar la fe, que merezcan; con cuyo motivo no podemos menos de significar aquí en sentir de los mas juiciosos críticos, deben desecharse todos los Escritores, que no son coetaneos al suceso, ó inmediatos á él, ó que dexen de dar una razon concluyente, por la qual se manifieste, dicen la verdad, ó se acercan mas á ella, distinguiendo á los Historiadores en parciales, y desinteresados, casuales, ó tratadistas de intento, que, ó publicaron sus obras por oficio, á que estaban destinados con autoridad legítima, ó por adhesion á alguna causa particular (3)

36 En los muchos negocios, que hemos patrocinado, nos han ofrecido estos un motivo freqüente de ver el abuso, que se hace del argumento negativo del silencio de los Historiadores coetaneos de un suceso contra la autenticidad de este, á pesar del dictâmen uniforme de los mejores críticos, que exigen quatro requisitos copulativos para dar graduacion á la taciturnidad, y son, el primero que no falten algunas de las

(1) *Id. de Jure patron. discurs. 57.*

(2) *Id. de Judiciis, discurs. 21.*

(3) *Wan-Spen in Jus Eccles. p. 3. tit. 7. cap. 7. n. 39. & 40. Luc. de Præminent. discurs. 2. & 29.*

las obras de los Autores, de cuyo silencio se trata: el segundo, que no ignoraron la materia: el tercero, que tuvieron ocasion, y obligacion de referirla; y el quarto, que no intervino algun motivo extrínseco, que les obligase al silencio. (1).

37 Estimamos no solo por debil, y sí por perjudical el argumento negativo sacado del silencio, acomodando nuestro dictâmen al sentir de muchos Padres de la Iglesia, sostenido de lo que escribe *San Juan del Señor*, y es haber executado muchas acciones prodigiosas, que no se escribieron por los *Evangelistas*, baxo cuyo concepto establecieron los *Padres del segundo Concilio de Nicea* el culto de las Imágenes desde el tiempo primitivo de la Iglesia, refutando á los hereges, que oponian por fundamento de su contradiccion el silencio de los Padres antiguos; pues ni todos lo escriben todo, ni todos lo creen todo, ni todos tienen noticia de todo, sosteniendo entre otros muchos hechos, ya la autenticidad de la *Epístola de Santiago el Justo*, ya de la de *S. Judas*, ya la venida de *S. Pablo á España*, é ya la culpa de *Marcelino*, sin embargo de que no la escribia *San Agustin* (2); pues el recurso comun, con que vexan los críticos imperitos á todos, apoyado en el silencio de los Autores coetaneos, no alcanza á destruir la autenticidad de unos hechos estupendos, señaladamente en nuestra España, que quedaron mas gravados en la memoria de la Nacion, que en las Escrituras, pasando con el tiempo á hacerse una tradicion apoyada en el comun dictâmen de los Historiadores, como sucede al hecho de la violencia de la

(1) *Florez Clave Histor. en la 19. pag. 43.*

(2) *Nicéforo Calixto lib. 2. cap. 35. Cabasucio in Not. Eccles. pag. 80. Jacob. Laert. in tom. 1. Act. Sanctorum Christ. Martyr. lib. 1. cap. 20. & lib. 3. cap. 21.*

la hija del Conde Don Julian, que no escribieron Isidoro Pacense, Don Alonso el Magno, y los Cronicones de aquel tiempo, siendo el Monge de Silos quien empezó á referirle, y al que siguieron los demas (1): no haciendo expresion Isidoro Pacense, que escribió la Historia del Rey Don Pelayo, del milagroso caso de la Cueva de Cobadonga, que constantemente tienen por auténtico nuestros Historiadores críticos de un juicio exácto, y vasto conocimiento de la antigüedad, como lo fuéron Don Joseph Pellicer y Tobár, y el Marques de Mondejar.

38 Por estos principios confiesa paladinamente el Padre Mabillon, puede haber un grande abuso en el argumento negativo, si se apura mucho, y falta la discrecion, y el modo, siendo factible el silencio sobre sucesos, que aunque no consten por una parte, esto es, por el testimonio de los Escritores coetaneos, resultan de otros seguros principios, como son la tradicion, y observancia, á cuya vista el argumento negativo no vale, por dexar de fundarse en un silencio universal de los Autores antiguos, y solo consistir en el particular, reducido á que no lo dixeron por escrito, baxo cuyo concepto aquel Sabio crítico encarga se observe en el uso del argumento negativo la diferencia, que hay entre los puramente tales, y aquellos, á quienes se agrega un positivo, por ser mas facil hacer un discurso falso en los primeros, que en los segundos: de modo (concluye el Padre Mabillon), que para no padecer engaño, es necesario, no solamente haber leído todos los Autores, de cuyo silencio se deduce, si tambien haya seguridad, de que no se perdie-

(2) Ferreras en su Historia año de 1710. n. 3. y en la 4. p. pag. 32. año de 708. n. 3. Guillerm. Vibereg. en el Codig. de los Cánones de la Primitiva Iglesia, vindicado, é ilustrado, lib. 1. cap. 16. §. 8.

dieron algunos de los que vivieron entónces, y que nada se ocultó de quanto pasó en la materia á la diligencia de los Autores, que nos han quedado de aquellos tiempos, por poder suceder, que alguno, que no hubiese llegado á nosotros, hiciese memoria de una cosa omitida de los demas.

39 Exercitó, y excitó no poco á los ingenios de los Historiadores, é Intérpretes la donacion del Grande Constantino á la Iglesia de Roma, fundándose los impugnadores, en que Eusebio, Obispo Cesariense, Escritor de la vida de aquel Príncipe el mas exácto, ni una sola palabra dixo de esta donacion: cuyo hecho de la mas excelsa, y liberal piedad, ni debió, ni pudo omitirse por un Historiador tan noble; pero á pesar de la impugnacion es mas sólida la autoridad de los que sostienen la autenticidad, como puede verse en uno por todos de nuestros Escritores, á quienes remitimos á la Juventud estudiosa (1).

40 En una palabra, sobre esta especie de prueba concluimos manifestando, que los testigos referentes á historias, reciben de estas su fe, y esta se corrige por los instrumentos públicos, no las escrituras por aquellos, importando poco, como subscribe un célebre crítico, y nuestro especial amigo, se opongán Historiadores: "si consta lo contrario de los instrumentos, los cuales no dexan de ser auténticos, quando sean privilegios por mas que se redarguyan, excusando la antigüedad de comprobacion, si la escritura se halla autorizada de persona pública, y sin vicio visible de rasura, testadura, y otros, por abonarla su misma antigüedad, y exímirle de unos requisitos de pura fórmula, y solemnidad, que nunca pueden arrastrar al fondo de la verdad en los juicios, don-

(1) D. Retes de Donst. cap. 13. per tot. Tom. IV. Q