

parte de bienes que habia de heredar de su padre, para que el fiel rocoja sus frutos, y darle el juez plazo para que lo cumpla. Si hasta el plazo lo cumpliera, se le debe entregar su parte con los frutos que de ella salieron; y si no, ha de mandar el juez tornarlo todo al hermano que fué instituido heredero. La VI. razon se omite como inútil en el dia, por hablar de esclavo.

16 Aunque *d. l. 4.* refiere taxativamente dichas razones, diciendo: *Seis razones señaladas son é non mas*, no podemos negar haber otras aprobadas en otras leyes nuestras, como sucede cuando dos litigan sobre la tenuta de un mayorazgo, en cuyo entretanto se suelen poner en secuestro los bienes del mayorazgo, y siempre se ha acostumbrado cometer al señor presidente ó gobernador del Consejo el nombramiento de secuestrador que los administre, beneficie y cobre con total independenciam de los interesados, *nota 4. tit. 24. lib. 44. de la Nov. Rec.* El mismo señor gobernador lo fué algunos años de los estados de Gandía á la mitad del siglo próximo pasado. Y la *l. 4. tit. 25. lib. 44. de la Nov. Rec.* aprueba los secuestros ó embargo que hacen los jueces por deudas ó maleficios; y previene, que cuando esto suceda, no incurra en pena el dueño de las heredades y casa por hacerlas labrar y reparar; y que si durante el secuestro fuese tiempo de coger los frutos de las heredades, los oficiales del lugar donde esto acaeciére, hagan coger los frutos hasta que se determine quién los debe haber. Y la práctica es, que el mismo secuestrador lo haga todo y esté obligado á ello. Y últimamente tendrá lugar el secuestro, siempre que se tema prudentemente, que no haciéndolo, pueden las partes llegar á las armas.

## TÍTULO VI.

## DE LAS PRUEBAS.

Tít. 44. y 48. de la Partida 3. (4).

1. 2. *Qué sea prueba, y que debe probar el demandador, y no el que niega, con algunas limitaciones.*

(4) Tit. 5. 4. et 5. lib. 22. Dig.

3. 4. *La prueba debe darse ante el juez; y la division de pruebas en plenas y semiplenas.*
5. *Tres clases de los que no pueden ser testigos.*
6. 7. 8. 9. *Se refieren varios que no pueden ser testigos, con relacion á las clases.*
10. *Cómo deben recibirse las deposiciones de los testigos.*
11. *Cómo deben responder, dando razon de lo que depoenen.*
12. *Qué se ha de hacer, cuando los testigos están ausentes.*
13. *Cómo puede el juez compeler á los testigos.*
14. *Dos testigos mayores de toda excepcion hacen plena prueba.*
15. *Qué deba hacerse cuando hay testigos por ambas partes.*
16. *Cuál ha de ser el número de testigos; y qué deba creerse cuando chocan entre si el instrumento y las deposiciones de los testigos.*
17. *Division de los instrumentos ó escrituras en públicas y privadas, y que las públicas hacen plena prueba.*
18. 19. 20. 21. 22. *De los minutaros y del protocolo.*
23. *Cómo han de sacarse las copias de las escrituras.*
24. 25. *De las escrituras privadas.*
26. *Es difícil graduar las pruebas semiplenas.*
27. 28. 29. *De la presuncion y sus especies.*

1 Explicada la primera parte del juicio, que es la contestacion, con todo lo que antecede, entramos en la segunda, que es la prueba; porque toda vez que se ha contestado el pleito, suele pedir alguna de las partes que se abra la causa á prueba, y mandarlo el juez, que á veces lo manda tambien sin pedirlo las partes. No es otra cosa prueba que *Averiguamiento que se hace en juicio en razon de alguna cosa que es dudosa* (1). Naturalmente pertenece al demandador, cuando la otra parte niega la demanda, ó la cosa ó el hecho sobre la pregunta que le hace. Y si no la

(1) L. 42. de probat.

probare, deben dar por quito ó libre al demandado de aquella cosa que no fué probada, y no es tenido este tal de probar lo que niega. Ni las negativas pueden probarse por su naturaleza, á escepcion de algunas que contienen afirmacion, de las que luego hablaremos, *l. 1. tit. 14. P. 3.* Es pues regla cierta de Derecho dice la siguiente *l. 2.*, que la parte que niega alguna cosa en juicio, no está tenida á probarla (1). De las negaciones que contienen afirmacion, y por ello las ha de probar el que las vierte, trae varios ejemplos la *l. 2. d. tit. 14.*, que notaremos aquí brevemente, porque son harto dignas de tenerse presentes: I. Si alguno objeta á otro en juicio, que no puede ser juez, abogado ó testigo, porque la ley se lo prohíbe, ó se lo impide algun hecho; deberá probar la existencia de la ley prohibitiva, ó del hecho que lo impide, sin que necesiten probar los otros que pueden ser y son legítimos juez, abogado ó testigo.

2 II. Si alguno presentare un testamento en que estaba instituido heredero, pidiendo en su conformidad la herencia, y otro lo contradijere diciendo, que el testamento no vale, porque el testador, cuando lo otorgó, no estaba en su memoria ó juicio; deberá este contradictor probar la falta que alega, aunque lo haga por modo de negacion. III. Si cuando el marido muere, se halla dinero ó ropa en poder de la mujer, y pidiéndolo los herederos del finado, negare la mujer que sean de su herencia; los habrá de entregar, si no probare que no eran de su marido, sino suyos. De estos ejemplos II. y III. señala tambien otra razon la misma ley, y es, que en el I. se sospecha ó presume, que el testador estaba cabal cuando testó; y en el II. que los dineros y ropa eran del marido; cuya razon de sospecha puede tambien acomodarse al caso I.; y de ella nace otra regla en asunto de pruebas, á saber, que echa á su contrario la obligacion de probar el que tiene á su favor la presuncion (2). Del ejemplo III. pone *d. l. 2.* al fin una escepcion en aquellas mujeres que usan arte ó menester de que pudieron ganar el dinero, á las cuales no se las debe despojar desde luego, sino oirse las razones que haya por una y otra parte. Por la dicha regla de la presuncion establece la *l. 3. d. tit. 14.* que si algun padre, dejando á un hijo suyo cuanto le per-

(1) *L. 2. et passim. eod.* (2) *L. 25. de probat.*

miten las leyes, declarase en su testamento, que le pagaren al tal hijo cierta deuda, no deberán pagar los coherederos la deuda, si la negaren, á ménos que dicho hijo probare ser cierta y legítima.

3 La prueba debe darse ante el juez y no ante la parte contraria, que podrá estar delante solo á ver jurar los testigos, y á la cual se le ha de dar despues traslado, si lo pidiere; pero como siempre lo desea esta, se le da sin esperarse á que lo pida. Y ha de ser sobre la cosa que se pleitea ó perteneciente á ella: sobre otros asuntos no debe admitirla el juez, *l. 7. d. tit. 14.* Como el juez es el que recibe las pruebas, y debe meditar su fuerza, para acertar en la sentencia que debe dar, y todas no la tienen igual, nace de allí la famosa division de pruebas en plenas y semi-plenas. Se dice plena prueba aquella que hace tanta fuerza, que el juez por ella sola queda bastante instruido para la sentencia, Ant. Gómez, *3. var. cap. 12. n. 3.*; y por lo contrario semiplena la que por sí sola no instruye bastantemente al juez para dar la sentencia. Las graduaremos, despues de haber corrido sus especies. La *l. 8. d. tit. 14.* pone varias: I. La confesion de la parte contra sí en juicio, y fuera de juicio en algunas circunstancias que explicaremos. II. La de testigos. III. La de cartas ó instrumentos. IV. La de presunciones. V. La de vista de ojos en las causas de division ó amojonamiento de términos de lugares ó campos. VI. La de vista de mujeres de buena fama, para averiguar si alguna mujer está corrompida ó preñada. VII. La de la fama. VIII. La de leyes ó derechos, que muestran las partes en juicio. Hay ademas algunas otras, como la comparacion ó cotejo de la letra, *l. 118. tit. 18. P. 3.*, y la fuga en los delitos. Finalmente la del juramento, *l. 11. d. P. 3.*

4 Referidas las especies de pruebas, veamos ahora cuáles son plenas, y mas abajo al *n. 26.* veremos cuáles son semi-plenas. Es plena la de la confesion (las leyes de las *Partidas* la llaman *conoscencia*), cuando se hace en juicio confesando alguno contra sí; y tambien la que se hace en las causas civiles fuera de juicio delante de la otra parte ó su procurador, y con espresion de cosa cierta, su cantidad, y razon por que lo debe. Sin estas circunstancias solo es sospecha, *l. 2. l. últ. tit. 13. P. 3.*, que en cuanto á deli-

tos, dice generalmente, no hacer prueba la confesion hecha fuera de juicio, entendiéndolo de la plena; porque añade, que hace gran sospecha. La *l. 4. d. tit. 13.* explicando mas este asunto, añade los requisitos que deben concurrir, para que haga daño al que la hace, la confesion hecha en juicio, á saber, que sea de edad cumplida; que la hubiese hecho á sabiendas, y no por yerro; y de su grado, y no por premia; y sobre cosa ó cuantía cierta. Si es falsa la existencia del cuerpo del delito, claro es que no vale la confesion de haberle cometido, *l. 5. d. tit. 13.* Ni tiene tampoco valor alguno la confesion que cualquiera hiciere por yerro contra las leyes y contra la naturaleza, *l. 4. l. 6. d. tit. 13.*, que pone ejemplos. Tambien son plenas las de testigos é instrumentos, en los términos que esplicaremos mas abajo. Asimismo son plenas las dos de vistas de ojos V. y VI, y la VIII., si se acomoda bien á la proposicion del que la produce. Contamos tambien los juramentos por pruebas, ó bien sea de premia, cuando el juez los exige en su caso y lugar; ó judiciales, cuando con aprobacion del mismo juez los exige una parte á otra; ó los voluntarios, que sin intervencion del juez pide y da una parte á la otra; cuyas tres especies se esplican en la *l. 2. tit. 11. d. P. 3.* diciéndose, que al tenor de dichos juramentos debe el juez librar el pleito, que es lo mismo que decir, que se halle bien instruido de cómo debe dar la sentencia. En las demas leyes de *d. tit. 11.* se notan varias circunstancias de estos juramentos que las omitimos, porque están muy poco en uso.

5 Examinemos ahora la famosa prueba de los testigos, que es muy frecuente, y en casi todos los asuntos necesaria. La necesidad está á la vista, porque la mayor parte de las causas ó negocios no se pueden probar de otra manera; y de ahí viene su frecuencia. Testigos, dice la *l. 1. tit. 16. P. 3.*, son *Omes ó mujeres que son atales, que no pueden desechar, de prueba que aducen, las partes en juicio, para probar las cosas negadas ó dudosas.* Y que nace grande utilidad de ellos, porque se sabe la verdad por su testimonio, que en otra manera seria escondida muchas veces. Pueden ser testigos todos los que no están prohibidos de serlo, *l. 8. d. tit. 16.* Contando pues los prohibidos sabremos que lo pueden ser todos los demas. De los prohibidos hay tres clases: la primera es de aquellos que lo están

absolutamente para todas las causas, como son los que carecen de juicio, de manera que no entienden lo que se hacen, cuales son los furiosos, mentecatos, infantes, próximos á la infancia, y los muy borrachos, miéntras lo están. La segunda clase es de los que solo pueden serlo en las causas privilegiadas; y la tercera de aquellos que solo tienen prohibicion de serlo en ciertas causas, ó por algunas, ó contra algunas personas.

6 La *citada l. 8.*, sin hacer distincion de la primera y segunda clase (la que tampoco hallamos espresa en ninguna otra de nuestras leyes, aunque algunas la suponen, y no puede negarse), pone una larga relacion de prohibidos, mezclando el que ha perdido el seso, miéntras le dura la locura, que es el de la primera, con los otros que son de la segunda. Los que nombra son: I. El infame, añadiendo, que puede serlo en los pleitos de traicion contra el rey ó contra el reino, atormentándolo ántes. [Ni aun en pleito de traicion puede ser hoy testigo el infame, por no poder ser atormentado, como lo exigia la ley de *Partida*, para que fuese creído su testimonio.] II. Aquel contra quien fuese probado, que dijo falso testimonio, ó que falsó carta, sello ó moneda de rey, ó que dejó de decir verdad por precio que hubiese recibido. III. Aquel á quien le ha sido probado, que dió yerbas ó ponzoña á alguno, para matarle ó hacerle otro mal en el cuerpo, ó para hacer perder los hijos á las mujeres preñadas. IV. El homicida. V. El que siendo casado, tiene barragana ó amancebada en su casa. VI. El que forzare mujer alguna, aunque no se la llevare, ó sacase las que están en religion. VII. El apóstata. VIII. El que se casa con mujer parienta en grado prohibido sin dispensacion. IX. El que es traidor ó alevoso, ó dado conocidamente por malo. X. El que hubiese perdido el seso. XI. El que fuere de mala vida, como ladron, ó alcabete conocido, ó tafur (ahora decimos tabur), que fuere á las tabernas ó tafurerías manifiestamente, ó mujer que anduviese en semejanza de varon. XII. El hombre muy pobre y vil que usase de malas compañías. XIII. El que hubiese hecho pleito de homenaje, esto es, dado palabra solemne á otro de hacer algo por él, y no lo cumple.

7 A la tercera clase de testigos prohibidos pertenecen los que tienen la prohibicion limitada á ciertas causas ó per-

sonas. En primer lugar, ninguno puede ser testigo en causa propia (1), ni se admite el testimonio de aquel, que fuese hijo, esclavo, aforrado, mayordomo, quintero, hortelano, molinero, ni apañaguado del litigante, porque de todos estos se reputa propia la causa. Ni tampoco se admite aquel, á quien se puede mandar que atestigüe. Pero en pleito de concejo, monasterio ó iglesia, bien pueden ser testigos los que son de aquel concejo, monasterio ó iglesia, *l. 48. d. tit. 16. P. 3.* Por razon de interesado se considera tambien causa propia, y no puede ser testigo el vendedor, en el pleito que movieren al comprador sobre la cosa que compró, respecto á que está tenido á la eviccion, *l. 4. d. tit. 16.* Ni el compañero en alguna mercadería ú otra cosa, en la causa que siguiere su compañero sobre aquella cosa, pues que el interes es comun. Pero no le impide el ser compañero, el que pueda ser testigo en otro asunto no perteneciente á la compañía, *l. 24. d. tit. 16. P. 3.*

8 Están tambien prohibidos de serlo los procuradores y guardadores de huérfanos en las causas que ellos demandasen ó amparasen por aquellos, cuyos procuradores ó guardadores fuesen. Y los abogados en los pleitos en que empezaron á razonar; pero si la otra parte los pidiese por testigos, bien lo podrán ser, *l. 20. d. tit. 16.*; lo que deberá entenderse, sin poder manifestar los secretos ó confianzas que le hubiese hecho el sugeto por quien razonó. Ningun ascendiente puede ser testigo por su descendiente, ni al contrario (2), á escepcion de las causas de edad ó parentesco, en que pueden serlo los ascendientes, *l. 44. d. tit. 16.*; lo que entendemos con la limitacion que espresó el Derecho canónico en el *cap. Super eo, 82. de testib., de las Decretales de Gregor. IX.*, de que sea en causa de que no esperen provecho. Tiene tambien prohibicion de ser testigo la mujer por su marido, y el marido por su mujer, y un hermano por otro, estando los dos bajo la patria potestad, *l. 45. d. tit. 16.* Y no puede serlo contra otro el que tuviere con él grande enemistad, como seria por haber muerto algun pariente suyo, ó querido matarle á el mismo, ó haberle acusado ó infamado sobre tal cosa, que si le fuere probada, hubiera de recibir muerte, perdimiento de miembro, echa-

(1) *l. 10. de test.* (2) *l. 9. de test.*

miento de la tierra, ó perdimiento de la mayor parte de sus bienes; pero esta prohibicion solo tiene lugar, mientras durare la enemistad, *l. 22. d. tit. 16.*

9 Ninguno puede ser apremiado á ser testigo contra sus ascendientes, ó descendientes ó parientes colaterales, hasta el cuarto grado, ni el suegro contra el yerno, ó al contrario, ni el padrastro contra el agnado, entenado ó hijastro, ó al contrario, en cosa que tocare á su persona ó su fama, ó á daño de la mayor parte de sus bienes; pero si alguno de ellos lo quisiere ser de su grado sin apremio, cuando se lo mandaren, bien podrá serlo, *l. 44. d. tit. 16. P. 3. l. ult. tit. 30. P. 7.* Hay una ley romana (1), que prohibia ser uno testigo contra otro en la línea de padres á hijos ó derecha, tanto por voluntad como por fuerza. La cita Gregor. Lóp. en la *glosa 3. de d. l. 44.* é insinúa, que tal vez se podria tentar, que la permission de *d. l. 44.* de poder atestiguar las personas que refiere, unas contra otras, cuando lo quieran, no deberá entenderse en las de la línea derecha, sino en las demas; pero no se atreve á afirmarse en este piadoso modo de pensar, por estar muy claras en contrario las palabras de dichas *leyes 44. y ult. tit. 30.*: pensamos como él. En las causas civiles no puede ser testigo legitimo el menor de 44 años, ni en las criminales el menor de 20; pero despues de esta edad lo pueden ser de las cosas que, ántes de cumplirla, habian visto y sabido bien, y se acordasen. Y aunque ántes de dicha edad su testimonio no seria completo, serviria de gran presuncion, si tuvieren buen entendimiento, *l. 9. d. tit. 16. P. 3.*

10 Antes de recibir el juez las deposiciones de los testigos, les debe tomar el juramento de que dirán la verdad delante la otra parte, haciéndolo saber á esta con señalamiento de dia; y si esta no quisiere acudir, no por eso debe el juez dejar de tomar el juramento á los testigos, y recibir sus dichos. La deposicion sin juramento no vale, salvo si placiere á ambas partes relevar de que jurase algun testigo, fiándose de su lealtad, *l. 23. d. tit. 16.* Y debe el testigo decir en su deposicion, que no mezclará falsedad alguna, y que no dejará de decir la verdad de lo que supiere, por amor ni desamor, ni por miedo, ni por cosa que le sea dada

(1) *l. 5. de testib.*

ó prometida, ni por daño, ni por utilidad que entienda haber; y que no encubrirá la verdad en cuanto supiere, aunque no lo preguntare el juez; y que no descubrirá lo que dijo, hasta que el juez lo haya publicado, *l. 24. d. tit. 16. l. 3. tit. 11. lib. 11. Nov. Rec.* La práctica es ponerse estas circunstancias en la primera pregunta del interrogatorio, y se llaman comunmente las *generales de la ley*, entre las cuales se añade, si es pariente de alguna de las partes. Para recibir el juez la deposicion de un testigo, lo debe apartar de manera que ningun otro le oiga, y tener consigo escribano que escriba lo que dijere, *l. 26. d. tit. 16. P. 3.*, la cual refiere otras cuidadosas diligencias, que en seguida se deben practicar, para asegurar que no haya alteracion ó equivocacion alguna en la deposicion. Ni debe el juez recibir probanza de extremo, que nada aprovecharia en su pleito al que la pide, ni dañaria á la otra parte; y si la recibiese, no vale, *l. 5. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Rec.* [*Disposicion 4.ª art. 48. del Reglamento provisional.*]

11 Si preguntado el testigo por qué razon sabe lo que depone, dijere que lo sabe porque estaba delante, y vió el hecho ó la cosa en disputa, es valedero su testimonio; y debe ser preguntado del año, mes, día y lugar en que sucedió el hecho; y si fueren dos testigos que discordaren en el lugar, ninguno de los testimonios valdria, como lo entendió y juzgó bien el profeta Daniel en la causa de acusacion contra la justa y honesta Susana. Tambien se le ha de preguntar, quiénes eran los otros testigos que estaban delante cuando acaeció el hecho, y no se pueden hacer otras preguntas al testigo que fuere hombre de buena fama. Pero si fuere vil ó sospechoso, le podrá el juez hacer otras, segun le dictare su prudencia. Si el testigo diese por razon de ciencia, que así lo había oido, no aprovecha su testimonio, si no es que no pudiere darse otra prueba por motivo de ser cosa tan antigua, que escedia la vida de los hombres, u otro semejante. El testimonio del testigo que no diere razon alguna de ciencia, sino que solo dijere que así lo cree, no vale, *l. 28. l. 29. d. tit. 16.*

12 Si los testigos que quieren presentar las partes, morasen en otro lugar, debe el juez enviar carta ó requisitoria al juez de aquel lugar, para que reciba sus deposiciones, y las haga escribir y sellar, de manera que ninguno las pueda

ver, y despues de hecho todo se lo envíe. Si la causa fuese tan grande que pudiese nacer de ella muerte, perdimiento de miembro ó echamiento de la tierra, no tiene lugar la requisitoria, porque el juez que ha de juzgar el pleito, debe recibir los testigos por sí mismo y no por otro, *l. 27. d. tit. 16. P. 3.*, para lo cual habrán de ir los testigos al lugar del juez que conoce de la causa, como lo advierte Greg. Lóp. en la *glos. de la misma ley*. [En el día, si los testigos residen en otro pueblo, no se les obliga á acudir al lugar del juicio, á no ser corta la distancia, sino que son examinados por la persona á quien el juez comisiona para este fin, pero siempre ante escribano, *art. 8. del Reglamento provisional.*]

13 El juez debe compeler á los testigos de las partes á que vayan ante él, á decir sus dichos sobre cualquier pleito civil ó criminal, al plazo que les señalare, así por los bienes como por los cuerpos, *l. 4. título 11. lib. 11. de la Nov. Rec. l. 35. d. tit. 16. P. 3.*, la cual pone limitacion en los viejos de mas de setenta años, mujeres honradas, personas ilustres, enfermos de grande enfermedad, y otros embarazados por varias ocupaciones que refiere, los cuales no serán obligados á ir ante el juez á hacer sus deposiciones. Si el pleito fuere muy granado, deberá el juez ir al lugar donde están, á recibir su testimonio y hacerlo escribir; y si el pleito no fuere tal, puede el juez enviar allá su escribano que reciba sus dichos y los escriba; y hecho así, vale lo mismo que si ellos hubiesen ido á dar su testimonio ante el juez. Otra limitacion hemos notado al *n. 9.*

14 Para probar cualquier pleito, bastan dos testigos que sean de buena fama, y que no se les pueda desechar por parte alguna, y como suele decirse, mayores de toda excepcion: hacen pues plena prueba dos testigos de esta clase, *l. 32. d. tit. 16. (4).* Solo se exceptúa el caso en que uno quisiere probar haber pagado ó satisfecho deuda, á que se había obligado por escritura pública. Entónces para probar su liberacion, ha menester otra escritura pública, ó que cinco testigos digan, que eran presentes cuando aquella paga ó quitamiento fué hecho, y que fueron llamados y rogados para que fuesen testigos. Greg. Lóp. en la *glos. 2. de d. l. 32.* abraza la opinion comun de que esta prueba especial solo es nece-

(4) L. 12. de testib.

saria, cuando las partes no quisieran contraer sino por escrito, y que esto en duda no se presume; y que en otros términos basta la ordinaria. Pero no basta para probar ningún pleito el testimonio de uno solo, aunque fuere muy eminente (1), bien que haría gran presunción; si no es que fuese el del rey, que basta por sí solo, *l. 32. d. tit. 16. P. 3.*, la cual añade, no tener lugar esta regla en los testamentos que tienen sus peculiares solemnidades, como hemos visto tratando de ellos.

15 Cuando solo una de las partes da testigos que hacen plena prueba, claro es que debe el juez dar la sentencia á favor del que los presentó; pero sucede á las veces, que hay testigos por una y otra parte, que unos y otros por sí parecen suficientes. Entónces el juez debe atender y creer los dichos de aquellos, que entendiere que dicen la verdad, ó que se acercan mas á ella, ó fueren de mayor fama, aunque los que dijese lo contrario, fuesen mas en número. Y si fueren iguales en razon de las circunstancias de sus personas y dichos, debe juzgar por los que fuesen mas en número. Y si tambien en el número hubiese igualdad, deberá absolver y dar por quitto al demandado, *l. 40. d. tit. 16. (2)*, que da la razon de que los jueces deben ser aparejados, mas para quitar ó absolver al demandado, que para condenarlo (3).

16 Limitó la *l. 32. d. tit. 16.* al número de doce los testigos que cada parte puede presentar en juicio; pero la *2. tit. 41. lib. 41. de la Nov. Rec.* los aumentó hasta 30. Y la *l. 117. tit. 18. P. 3.* señaló el número de testigos extraños, con que debemos probar ser falso un instrumento que diga que en cierto dia estábamos en tal lugar, cuando nos conviene ó deseamos probarlo, previniendo que deben ser cuatro, si el instrumento es público, y dos, si fuere privado. Y si hubiere contradicción entre el instrumento público, y los testigos instrumentales, manda la *l. 115. d. tit. 18.*, que si el escribano fuese hombre de buena fama, y el instrumento concuerda con el protocolo, deba ser creído el instrumento; pero que si el escribano no tuviere buena fama, y los testigos la tuvieren, y además el instrumento fuese reciente, debe ceder este al testimonio de los testigos.

(1) *L. 9. § 1. C. de testib. (2) L. 5. in princ. et plures §§ de testib.*

(3) *L. Arrianus, 47. de obl. et act.*

Si el instrumento fuese antiguo, prueba Greg. Lóp. en la *glos. 8. de d. l. 115.*, que tambien en este segundo caso debe prevalecer el instrumento á los testigos.

17 Los instrumentos ó escrituras son la otra famosa prueba que vamos á esplicar, y son muy útiles, y para conservar la memoria de lo antiguo necesarios, *princ. del tit. 18. P. 3.* Las escrituras son públicas ó privadas: aquellas hacen plena prueba, si están bien hechas y no contienen vicio, *l. 144. tit. 18. P. 3.*, y las privadas solo en algun caso, como vamos á ver. Públicas son las selladas con sello del rey ó de otra persona que haya dignidad con sello; y las hechas por escribano público, de las cuales solas trataremos en *este titulo*. Para esplicar este asunto con mas claridad y provecho, queremos manifestar ante todo la práctica con que se gobierna. Comparecidas las partes que han de otorgar la escritura ante el escribano, le esponen su intencion en los términos en que se han convenido, y escribiéndola el escribano, ó dictándola á su escribiente, la firman las partes, ó á sus ruegos uno de los testigos y el mismo escribano en un cuadernillo de papel comun, al que llaman *minutario*, porque se ponen las cosas en menor, sin la estension con que se alargan despues las escrituras, y van colocando en el protocolo.

18 A este minutario no se le puede negar la calidad de original, como que lo es con toda propiedad, siendo la primera escritura, que es lo que se requiere para serlo, Covarrúbias, *pract. quest. 49. n. 1.* Y por lo mismo, y que se formó á presencia de los otorgantes en los términos que espresaron querer, cuyas circunstancias faltan á las escrituras estendidas en el protocolo; no parece poder dudarse, que se debe mas fe á ellos que á estas, cuando se observase alguna discordancia. Pero como en dichos minutarios hay á las veces borrados y enmendados, y no se cuida salvarlos, y por no estar custodiados y recabdados como corresponde, es fácil á cualquiera mal intencionado el romperlos, y al mismo tiempo hay escribanos que no los conservan como deben; nace de ahí, que no son respetados y atendidos como se merecian, si estuviesen buenos. Si se presentaren algunos enteros y perfectos, siempre seria de dictámen, que deben ser preferidos á los protocolos, por mas campanillas que se pongan á estos, como no fuera

el de que ántes de firmarse las escrituras estendidas en él, se hubiesen leído á las partes, y de ello y de su aprobación constase allí mismo.

19 Recorrido lo perteneciente á minutarios, pasamos á hablar de los protocolos. Esta palabra *protocolo* se acomoda muy bien á los minutarios, como prueba Covarr. *pract. quest. cap. 49. n. 2.* Pero á causa del poco respeto con que se miran, como hemos dicho, y por perderse con frecuencia, se ha aplicada á un libro encuadernado de pliego de papel entero que deben tener los escribanos, de cuyas circunstancias y fe habla la *l. 4. tit. 23. lib. 10. de la Nov. Recop.* ep estos términos: « Mandamos, que cada uno de los escribanos haya de tener y tenga un libro de protocolo, encuadernado de pliego de papel entero, en el cual haya de escribir y escriba por estenso las notas de las escrituras que ante él pasaren, y se hubieren de hacer; en la cual dicha nota se contenga toda la escritura que se hubiere de otorgar por estenso, declarando las personas que la otorgan, y el día, y el mes, y el año, y el lugar ó casa donde se otorgan, y lo que se otorga; especificando todas las condiciones, y partes, y cláusulas, y renunciaciones y sumisiones que las dichas partes asientan; y que así como fueren escritas las tales notas, los dichos escribanos las lean, presentes las partes y los testigos; y si las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres, y si no supieren firmar, firmen por ellos cualquiera de los testigos, ú otro que sepa escribir; el cual dicho escribano haga mencion como el testigo firmó por la parte que no sabia escribir.

20 Y si en leyendo la dicha nota y registro de la dicha escritura, fuere algo añadido ó menguado, que el dicho escribano lo baya de salvar y salve en fin de la tal escritura ántes de las firmas, porque despues no pueda haber duda si la dicha enmienda es verdadera ó no: y que los dichos escribanos sean avisados de no dar escritura alguna signada con su signo, sin que primeramente al tiempo del otorgar de la nota, hayan sido presentes las dichas partes y testigos, y firmada como dicho es: y que en las escrituras que así dieren signadas, ni quiten ni añadan palabra alguna de lo que estuviere en el registro, salvo la suscripcion: y que aunque tomen las tales escrituras por registro ó memorial, ó en otra manera, que no las den signadas, sin que

primeramente se asienten en el dicho libro y protocolo, y se haga todo lo susodicho, so pena que la escritura que de otra manera se diere signada, sea en sí ninguna, y el escribano que la hiciere, pierda el oficio, y dende en adelante sea inhábil para haber otro, y sea obligado á pagar á la parte el interese.» No espresa esta *ley* el número de testigos que se requiere para las escrituras públicas; pero se halla en la *ley 114. tit. 18. P. 3.*, que dice deben ser dos á lo ménos.

21 Hemos querido poner á la letra esta *ley*, porque aunque no está lijera, concisa y sin repeticiones, como pudiera estar, conservando toda su claridad, nos hace ver el mucho y debido cuidado y fervor, que se ha puesto en dar y conservar la fidelidad y exactitud que tanto se merecen las escrituras públicas, como que de ellas depende nuestra hacienda, nuestro honor y aun nuestra vida. Pero debemos advertir, que algunas de las solemnidades que en ellas se espresan, no hay uso de practicarse en las mismas escrituras que se estienden en el libro protocolo, sino en el minutario que se hace ántes; como es, que los escribanos las lean presentes las partes y los testigos, porque unos y otros asisten, como deben, al tiempo de escribirlas en dicho minutario; pero no al tiempo de estenderlas en el protocolo ó registro. Bien que todo es una escritura puesta en ménos ó mas estension, y su otorgamiento se hace cuando se pone en el minutario; pero como son piezas separadas, nos ha parecido preciso hablar con esta separacion. La misma necesidad la ha introducido, porque como muchas escrituras se otorgan fuera de la casa del escribano, y con urgencia y priesa, especialmente las de testamento, sin tener el escribano el protocolo á mano, y muchas veces le llevan con algun atraso, sin estar corriente; ha sido precisa la introduccion de los minutarios, que por lo mismo merecen que se ponga un muy riguroso y escrupuloso cuidado en su legalidad y exactitud, y que sean enteramente conformes á ellos las escrituras de los protocolos, como que son su matriz.

22 De las solemnidades que deben tener las del protocolo en sí, y para darse copia de ellas, nada tenemos que añadir á lo que dispone la citada *l. 43.* En cuanto á las que han de tener los minutarios, nada hallamos establecido;

por lo cual somos de dictámen, que para probar su legalidad, y que tengan fuerza, se necesita la prueba regular, segun la naturaleza del acto que contiene, que basta para acreditar su conteso; y que concurriendo esta, y faltando la estension de la escritura en el protocolo, podrá el interesado pedir que lo dé por legítimo el juez, y lo mande protocolizar, como se hace cada dia en los testamentos que se otorgan sin escribano, y en los mismos minutarios, cuando mueren los escribanos sin haber alargado en el protocolo las escrituras que contienen, como lo lloramos algunas veces. Tampoco está en uso que se espese la casa del otorgamiento.

23 Viviendo el escribano que autorizó la escritura, y no estando inhábil por enfermedad ú otro legítimo impedimento, él solo deberá sacar la copia que se le pida de la escritura que recibió; y lo que dice la *l. 5. tit. 23. lib. 10. de la Nov. Rec.*, que no puede entregar dos sin mandamiento del juez, debe entenderse, cuando de la duplicidad de copias pudiese seguirse perjuicio á tercero; como lo advierte Azev. en *d. l. 47.* diciendo, que así se prueba, como es verdad, de la *l. 40. tit. 49. P. 3.*; que hace esta distincion espresamente. Y dice Covarr. *pract. quæst. 21. n. 4.*, que la copia de la escritura firmada y sellada por el mismo escribano es también original, aunque de comision de dicho escribano esté escrita por otro. Y añade al *n. 3.* que también hace plena fe la escritura, que muerto ó inhabilitado el escribano receptor, fuese sacada de su protocolo con autoridad del juez por otro escribano, concurriendo algunos requisitos que refiere y omitimos aquí, porque vemos no observarse, y bastar el que solo se saque con autoridad del juez. Si hubiere contradiccion, podrán agregarse dichos requisitos, que pueden verse allí. Y advertimos con el señor Covarr. *pract. quæst. 49. n. 4.*, llamarse auténtico todo instrumento que hace plena fe.

24 Hemos visto qué escrituras son públicas, y cómo se han de efectuar para que se hagan bien y sean legítimas, en cuyo caso hacen plena prueba, como hemos notado al *n. 17.* Privadas escrituras son aquellas, que hacen las personas privadas ó particulares, sin que intervenga en ellas pública autoridad. Hacen también plena prueba contra el que escribió ó firmó en ellas, que debía alguna porcion de di-

nero, ú otras cosas de las que se suelen contar, pesar ó medir en los términos de la obligacion literal, que hemos explicado arriba *tit. 49. n. 4.*; pero si la escritura fuese de venta ó cambio de casa, viña ú otra cosa tal, no haria plena prueba, aunque sí alguna presuncion, *l. 444. d. tit. 48. P. 3.*, que da la razon de esta diferencia, diciendo ser, porque las escrituras de tales pleitos deben ser hechas por manos de escribanos públicos ó de otros, siendo firmadas por buenos testigos, porque falsedad ni engaño no pueda ser hecho en ellas.

25 A favor del mismo que escribió, que se le debía algo, no hace prueba alguna, *l. últ. d. tit. 48. (1)*. Ni tampoco habria prueba, si presentase uno dos cartas contrarias entre sí, *l. 44. título 16. P. 3.* La citada *l. 444.* dice además, que haria plena prueba aquella escritura, que no estando hecha por mano de escribano, y de consiguiente, siendo privada, estuviese escrita por otro, y firmada por dos testigos escritos por sus manos, otorgando ellos, que así fué hecha la obligacion, como dice la escritura. Pero esta prueba, como pendiente en un todo de la deposicion de los testigos, no merece el nombre de prueba de escritura, como ya lo observó Greg. López en la *glos. 7. de d. l. 444.*

26 Las otras pruebas semiplenas no se pueden graduar con exactitud, porque sobre fundarse en circunstancias que arman algo la prudencia, y son innumerables, reciben en sí aumento y disminucion. Hablaremos con especialidad de algunas de las mas frecuentes y conocidas. Lo es en primer lugar la deposicion de un solo testigo de buena fama, que será mayor ó menor á proporcion de su calidad, probidad y crédito: la comparacion de letras, *l. 418. d. tit. 48.*: la fuga en los delitos, como lo sientan los autores criminalistas; y la confesion hecha fuera de juicio en los términos que hemos notado arriba *n. 4.* La *ley 8. tit. 44. d. P. 3.* cuenta entre las pruebas á las presunciones, segun hemos dicho al *n. 3.* De ellas debemos hablar con alguna mas estension. Dijimos que los que las tienen á su favor, echan la obligacion de probar al contrario: lo que es de suma utilidad, segun la regla que sentamos al *n. 4.*, to-

(1) *L. 7. de probat.*

mada de la ley 4. d. tit. 14., de que no probando el que debe, queda el otro libre.

27 Presuncion es *Impulso nacido de alguna ó algunas circunstancias, que mueven al juez para que forme este ó el otro concepto*. La dividen los intérpretes en vehemente ó violenta, probable ó mediana, y leve. A la vehemente la falta poco para ser prueba plena, cual es la que le produjo á Salomon su ingenio para sentenciar, cuál de dos mujeres era la verdadera madre de un niño, que ambas pretendian ser hijo suyo (1). Se refiere en *d. l. 8.* diciéndose, que en todo pleito no debe ser cabida solamente prueba de señales y sospechas, sino en aquellas cosas que mandan nuestras leyes; porque las sospechas muchas veces no aciertan con la verdad, cuya limitacion dice sin duda respecto á las causas criminales, en que se requiere, para reputarse probado el delito, que las pruebas sean claras como la luz, en que no venga ninguna duda, *l. 12. d. tit. 14. P. 3.*, Góm. con su adicionador Ayllon, 3. var. cap. 12., citando á muchos. Se exceptúa el delito de adulterio, que se prueba por varias presunciones referidas en *d. l. 12.* Tambien es de las mas vehementes la que hace creer, que el hijo de alguna mujer casada, lo es tambien de su marido, sujeta solamente á pruebas contrarias que no puedan resistirse, *l. 9. d. tit. 14.*

28 De la misma clase son las presunciones ó sospechas que precisarian al juez á resolver al tenor de lo que se sigue, no habiendo prueba capital en contrario, que es poco ménos que imposible en los casos siguientes: I. Si nacieren á un tiempo dos hermanos varon y hembra en un mismo instante, se presume haber nacido primero el varon; pero si ambos fueren varones ó hembras, debe partirse la cosa ó derecho, sin haber pié alguno para formar presuncion. II. Si el marido y la mujer muriesen ambos de un lance, como por quebrantarse una nave, incendiarse ó desplomarse alguna casa, se presume que la mujer murió antes. III. Si la misma desgracia sucediese á un padre y á un hijo mayor de 44 años, se cree que murió antes el padre, y por lo contrario, si el hijo fuese menor de dicha edad; y lo mismo si los muertos fuesen madre é hijo, *l. ult. tit. 33. P. 7.* (2), que pone todos estos casos, y da la

(1) Cap. Afferte, 2. extra de præsump. (2) L. 9. § 1. et ult. de reb. dub.

razon de las resoluciones, manifestando como pueden ser muy interesantes.

29 Tambien es vehemente, pero mas débil, la de que murió aquel, que habiendo ido á tierras lejanas, han pasado mas de diez años sin saberse de él, y es fama en su lugar, y todos dicen que es muerto, *l. 14. d. tit. 14.* Se mejante á esta es la presuncion que tiene á su favor de que es suya la cosa, aquel que probó que era de su padre ó abuelo, *l. 10. d. tit. 14.* Y téngase presente generalmente en materia de presunciones el famoso axioma, que las mas vehementes vencen y disipan las que no lo son tanto: las presunciones probables ó menores tienen ménos fuerza, y las leves poco mas que nada. Advertimos últimamente en conclusion de este asunto, que dos pruebas semiplenas se unen y forman una plena en las causas civiles, aunque no en las criminales, Molina de primogen. lib. 2. cap. 6. n. 35. Ant. Góm. 3. var. cap. 12. n. 26., citando á muchos. Lo que creemos deber entenderse de aquellas semiplenas, que son de las mas robustas; y que por ello se debe proceder en esto con el mayor tiento.

## TÍTULO VII.

### DE LAS FERIAS Y LAS DILACIONES.

1. 2. *Qué sean dias feriados y sus especies, y que en ellos no se pueden hacer actos judiciales.*
3. 4. 5. *Diligencias permitidas en los dias feriados, y el modo de concederse la licencia.*
6. *Modo en que han de proceder sobre escándalos publicos los prelados y jueces eclesiásticos, y que no pueden exigir multas.*
7. *Dias feriados de las especies 2. y 3.*
8. 9. 10. 11. *De las dilaciones ó plazos.*

4 No queremos omitir lo poco que hay que decir sobre ferias y dilaciones, porque obran en la actuacion de todos los pleitos. Hablando de las ferias la *l. 33. tit. 2. P. 3.* dice, que el demandador debe cuidar de no hacer su demanda en los dias prohibidos, que llaman feriados; y que estos son