

y á distintas horas, por lo que á ninguno se debe creer ni deferirse el juramento supletorio; y así mas vale un testigo idóneo, que hace semiplena prueba, que muchos singulares con singularidad obstativa, aunque sean mil, porque uno hace sospechoso, y destruye al otro, y ambos arguyen falsedad (1).

70. *Cumulativa* se llama, cuando los testigos deponen de hechos, que aunque son diversos, se ayudan mutuamente para probar aquello que se controvierte; v. gr. dice uno que *vió á Pedro quitar un caballo*; y otro que *oyó decir á Pedro que había quitado aquel mismo caballo*. Esto sucede generalmente todas las veces que las diversas deposiciones de los testigos se dirigen á averiguar el hecho litigioso; pues unos suelen deponer de vista, otros de fama, oídas ó confesion de él, y otros de hechos, que aunque distintos, ayudan al intento, y no son repugnantes; por lo que el uno no destruye al otro, ni le hace sospechoso, y así en las causas civiles si testifican de hecho por su naturaleza sucesivo, continuo ó genérico, hacen plena prueba (2); y en consecuencia siendo preguntados sobre él ó sobre el todo integral, aunque depongan de actos diversos, como todos miran por distintos medios á un propio fin y sustancia de la cuestion, no se juzgan singulares, sino contestes (3); pero si se trata de algun acto particular ó especial é individuo, no prueban plenamente; bien que hacen presuncion, y el juez puede deferir el juramento supletorio (4). En las criminales no prueban tampoco para que pueda imponerse la pena ordinaria; pero inducen presuncion grande contra el reo, y abren camino al juez para inquirir, y aun muchas veces son suficientes para imponerle pena extraordinaria (5); pues para la ordinaria es indispensable que la prueba sea indudable (6), no obstante haber delitos para cuya calificacion bastan testigos singulares, siendo fidedignos.

71. Finalmente, se llama singularidad *diversificativa*, cuando los testigos deponen de diversos hechos que no son contrarios ni repugnantes entre sí, ni el uno ayuda al otro, v. gr. dice uno

1 Cap. *In nostræ*, 32. de *testib.* Alex. consil. 94. num. 1 y 4. lib. 6. Mascard. de *probat.* conclus. 658. num. 20. Farinac. glos. 64. num. 37, 41 y 44 al 50.

2 Glos. in leg. *Ob carmen*, ff. de *testibus*, et in cap. *Nihilominus*, 3. quæst. 9. Felin. in cap. *Licet*, ex *quadam*, num. 2. vers. *Secundo limita*. Farinac. quæst. cit. num. 115, 150, 160 y 164. Mascard. concl. 1025. num. 24 y sig.

3 Ley *Qui sententiam*, Cod. de *pænis*.

Reinf. lib. 2. tit. cit. num. 297 al 306.

4 Glos. in cap. *Nihilominus*, cit. Felin. in cap. *Licet*, cit. Farinac. quæst. dicha, num. 52, 113 y 126. Mascard. concl. 958. num. 30 al fin.

5 Farinac. *Prax. crim.* lib. 1. quæst. 37. num. 34 y 35.

6 Ley *Sciatis cuncti*, 25. Cod. de *probat.* cap. 1. de *elect.* Canon *Testes*, 2. quæst.

7. Reinf. ibi, num. 307 hasta el fin.

que Pedro prestó á Juan cien reales en tal dia y tal parte; y otro que le prestó veinte en tal dia y parage; y así estos testigos sin embargo de no ser repugnantes, ni enervar el dicho del uno el del otro, no hacen prueba; pero si alguno es de mayor excepcion, hará semiplena probanza, porque se queda con el valor que merece la deposicion de un testigo fidedigno (1).

72. Probando ambas partes su intencion con testigos, debe el juez gobernarse para dar la sentencia, por los que depongan lo mas verosimil, tengan mejor fama, esten mas autorizados, y sean mas dignos, aunque menos en número. Siendo iguales en fama y dichos, porque todos deponen lo que es posible hubiese sucedido, ha de estar á la pluralidad; y si lo son en el todo, y deponen cosas contrarias, debe absolver al reo (2); á menos que el actor intente causa favorable, como son las de libertad, matrimonio, dote y testamento, pues entonces ha de decidir por estas (3). Si los de una parte discordaren, debe creer á los que digan lo mas verosimil al hecho, y sean de mejor fama, aunque pocos, lo cual no sucederá si el litigante presenta dos instrumentos contrarios, pues á ninguno debe creer el juez, por cuanto aquel pudo verlos antes, y considerar si le aprovecharia ó dañaria su presentacion; pero en los testigos no puede saberlo; porque á la parte suelen decir una cosa, y ante el juez declarar otra, como lo vemos y lo dice la ley: últimamente si el testigo es contrario á sí mismo en su dicho, no hace fe (4).

73. Comprometiéndose las partes en árbitros, si estos recibieren testigos, y aquellas hicieren algun pacto sobre si el juez ha de sentenciar ó no por sus dichos, en caso que los árbitros no decidan su contienda, se debe estar al pacto. Si nada pactaron, está en eleccion de aquella contra quien se presentaron, el pasar por sus dichos, y hacer que vuelvan á declarar ante el juez; pero si ya estuviesen muertos, deben valer sus deposiciones, y el juez sentenciar con arreglo á ellas; bien que no se priva á la parte de alegar contra las personas y dichos de los testigos (5).

74. Consistiendo el pleito en ciencia, arte ú oficio, han de nombrar las partes dos peritos para que declaren acerca del asunto litigioso, en caso de haberlos en el pueblo: si alguna no quiere nombrar por sí, lo ha de hacer el juez de oficio por su rebel-

1 Farinac. quæst. 64 dicha, num. 41 y 47. Reinf. ibi, num. 294 al 296.

2 Ley 41. tit. 16. Part. 3.

3 Cap. *Ex litteris*, 3. de *probat.* et ibi

glos. y cap. ult. de *sentent. et re judicat.*

4 Ley 42. tit. 16. Part. 3.

5 Ley 38. tit. 16. Part. 3.

día; pero si no hubiere mas que uno, bastará, y se deberá estar á su informe ó declaracion, excepto en las causas arduas y de entidad, en las cuales se deben buscar dos, á menos que las partes se conformen en uno (1). Con ellos y con el tercero que se elija en caso de discordia (ya asistan ó no todos tres á la vista ocular ó reconocimiento, ó cada uno lo haga por si solo, como puede, y el juez lo presencie ó no), nada mas tiene que hacer el escribano que recibirles el juramento de que *dirán la verdad como la conciban segun su inteligencia con arreglo á su arte, oficio ó ciencia, sin causar agravio á ninguna de las partes*, pues ellos ponen en borrador sus declaraciones, y se las entregan para que las extienda en los autos, coordinándolas segun estilo forense, bien que si el juez concurre, debe juramentarlos, y no el escribano. Para que depongan con justificacion y pleno conocimiento, se les han de manifestar, siendo preciso, no solo los autos, sino los documentos en ellos producidos por las partes, y al tercero en discordia unos y otros con las declaraciones de ambos peritos, á fin de que con presencia de todo se conforme con la que sea arreglada. Las partes deben ser citadas para asistir al juramento y reconocimiento si quisieren, mas no á la declaracion, señalando dia en que aquel se ha de evacuar, con tal que sea en el término probatorio si el reconocimiento se pide dentro de él; pero el tercer perito puede serlo despues.

75. La cuarta especie de prueba es la que se hace con instrumentos, privilegios y libros de cuentas. En el lib. 1. tit. 6. cap. 2. se dijo que habia tres clases de instrumentos, á saber: *privados, auténticos y públicos*: se habló con extension de las circunstancias que debian tener estos últimos para su validacion, y se insinuó algo acerca de los auténticos, reservando para este capítulo la restante doctrina acerca de unos y otros, como mas enlazada con la cuestion que aqui se ventila.

76. Volviendo, pues, ahora á tratar de los instrumentos públicos, debe saberse que hay dos clases de ellos, esto es, unos que se otorgan entre vivos, y son los relativos á contratos; otros que se hacen por causa de muerte, que son los testamentos y demas últimas disposiciones: todos los cuales se componen de *protocolo ó registro, copia original, y traslado ó ejemplar*, como se dijo en el citado capítulo 2. Llámase público el instrumento, porque lo autoriza persona en quien reside autori-

1 Hermos. en la ley 56. tit. 5. Part. 5. glos. 6. desde el num. 24 al 60. Gomez. lib. 2. Var. cap. 6. num. fin.

dad pública concedida por el Rey para ser creído, y se otorga ante testigos (1), por lo que no se debe dudar de su otorgamiento. Asi pues si el instrumento producido en juicio está autorizado por escribano no conocido en el juzgado en que se presenta, y la parte contra quien se produce lo redarguye de falso (como puede en cualquier tiempo y estado de la causa, aunque al principio no lo haya hecho por inadvertencia), diciendo que el que lo autorizó no es ó no fue escribano; no hace fe, si á lo menos por fama pública del pueblo en que suena otorgado, no justifica el producente haberlo sido (2); ó si no está comprobado por dos ó tres escribanos que den fe, no solo de que lo es, sino de que la firma y signo puestos á su final son suyos; pues puede ser escribano y haberse suplantado el instrumento; y lo propio sucede habiéndose hecho en parte remota, segun se practica y estima en juicio (3). Pero si es muy antiguo, que pase de cien años, hace fe, aunque no esté comprobado, ni conste que fue escribano el que lo autorizó por la gravísima dificultad de hallar testigos del conocimiento de este, en cuyo caso se omite el reconocimiento (4). Con este motivo convendrá hacer las advertencias siguientes: 1.^a que si un mismo litigante presenta en juicio dos escrituras contrarias en un propio hecho, á ninguna se debe creer (5); 2.^a que el escribano no solo está obligado á custodiar y conservar el protocolo (6), como se insinuó en el citado capítulo, sino que una vez otorgado el instrumento, no debe entregarlo á las partes ni á otro, porque á mas de no hacer fe por los motivos expuestos en el mismo capítulo, debe conservarlo, y existir siempre en su poder, y asi dará copias de él. Tampoco debe romperlo, aunque lo quieran los otorgantes á pretexto de haberse rescindido el contrato, porque es acto que se publicó y puso en el archivo público de que está constituido archivero el escribano, y como tal carece de facultades para extraerlo de este; á mas de que puede probarse su otorgamiento en lo sucesivo, hacérsele cargo de él, y castigarle por su falta; y asi aunque los interesados no usen de él, ó lo revoquen por otro, cumple poniendo en aquel la competente nota de revocacion: 3.^a que si el acreedor devuelve á su deudor el instru-

1 Cap. 15. de fide instrument. Covarr. Pract. glos. can. 19. num. fin.

2 Ley 115. tit. 18. Part. 3. cap. 2. de fide instrumentor.

3 Ley Jubemus, 24. Cod. de probat. Parej. de edit. tit. 1. resol. 3. §. 2. num. 42, 51 y sig.

4 Greg. Lop. en dicha ley 115. glos. 5. Parej. ubi sup. num. 35 y 59. Covarr. Pract. cap. 2. num. 7.

5 Ley 111. tit. 18. Part. 3.

6 Cap. Quamquam contra extra de probat. Lev 6. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec. Covarr. Pract. cap. 19. num. 2 al fin.

mento de la deuda, ó la cancela, se entiende libertarle de ella excepto que lo haga por fuerza, miedo ó engaño, y se prueba (1): 4.^a que aunque el instrumento carezca de la fe de conocimiento del que le otorga, y de la deposicion acerca del de los testigos instrumentales, no será nulo, porque la ley no lo invalida ni pone por forma los expresados requisitos (2).

77. Alegando la parte ser falso el instrumento que contra ella se produce, porque en el dia que aparece otorgado, se hallaba fuera del pueblo donde se hizo, y en otro en que fue testigo de otro instrumento, tan distante que no podia haber venido naturalmente; ha de presentar para probar su falsedad el otro público, hecho aquel dia en el lugar donde dice estuvo, y de que fue testigo; ó á lo menos cuatro testigos idóneos y legales que depongan haber estado en otro diverso de aquel en que suena otorgado el que se impugna; pero si el instrumento no es público, bastan dos que asi lo declaren, y séalo ó no, debe jurar el que alega la falsedad, que no lo hace de malicia ni por calumnia, sino porque cree que es falso. Todo lo cual se entiende cuando la parte que lo presenta quiere usar de él, pues si dice que no, no se ha de admitir prueba sobre su falsedad (3).

78. La falsedad es mutacion de la verdad hecha con dolo en detrimento de tercero; y se comete por escrito, dicho, hecho y uso, cuyos modos explica la ley (4). Para que sea fundada la presuncion de falsedad en los instrumentos, se ha de atender á las circunstancias y opinion de la persona que los presenta, á los vicios legales del instrumento mismo, y á los defectos que contenga, ya del modo, ya de la letra, del tiempo, y otros; por ejemplo, mala grámatica ó construccion; diversidad de estilo ó forma de dictar del que los hizo; las cláusulas ó cautelas no acostumbradas que contengan, excepto que intervenga causa justa para ponerlas; diferencia de papel y signo; tardanza en producirlos; hallarse en un libro antiguo, cuando consta que entonces no se hacian tales instrumentos; inverosimilitud en las cosas mismas que se contratan; contener testigos muertos, ó estar el uno muerto, y afirmar el otro que no presencié su otorgamiento; haber estrechado ó ensanchado los renglones para concluirlo, habiendo espacio ó campo bastante al principio, hallarse coitado ó roto, ó por orden inverso antepuesto ó pospuesto;

1 Ley 40. tit. 13. Part. 5.
2 Burgos de Paz en la ley 3 de Toro. part. 2. concl. 7. num. 1285. Gutierr. lib. 1. Pract. quest. 144 al fin.

3 Leyes 112, 116 y 117. tit. 18. Part. 3, y ley 3. Cod. de fide instrumentor.
4 Ley 1. tit. 7. Part. 7.

carecer de la solemnidad que requiere, y otras varias causas. Tambien se hace muy sospechoso cuando está manchado ó agujereado en lugar sustancial, mas no si lo está en otro (1). Pero si se hubiese presentado sin mancha en juicio ante el escribano que entiende en los autos, aunque despues se hallé manchado, no pierde su valor, ni la fe que merece (2). Aunque el instrumento sea nulo, no por eso lo será el contrato ni el testamento, si se prueba haber intervenido en ellos el competente número de testigos, porque la escritura no es de sustancia del contrato (3).

79. Afirmando el escribano de buena fama que no hizo el instrumento debe ser creído, no probándose plenamente lo contrario, lo mismo que si confiesa haberle hecho, aunque los testigos instrumentales lo nieguen, ó digan que no se acuerdan si presenciaron ó no su otorgamiento, con tal que la copia concuerde con el registro, y no en otros términos. Pero siendo de mala fama, y todos los testigos instrumentales de buena, si estos concuerdan en una cosa, ya sea afirmando ó negando, y el instrumento há poco tiempo que se hizo, deben ser creídos, y no el escribano (4); de suerte, que para declararse falso el instrumento son necesarias tres cosas, á saber: que los testigos sean mayores de toda excepcion; que todos concuerden en no haberse hallado presentes á su otorgamiento; y que el escribano tenga mala fama; de lo cual se trató ya en el citado capítulo; siendo de advertir, que asi como la falsedad opuesta al instrumento, supone el hecho incierto de haberse otorgado (5); por el contrario la nulidad que se le objeta, supone por necesidad la verdad de su otorgamiento, y el hecho cierto de su contexto (6).

80. Si la parte niega que el instrumento está autorizado por el escribano que le signa, porque su signo, firma y letra son desemejantes á las suyas, y él contesta que lo hizo, ha de ser creído; mas si lo niega, no debe hacer fe. Si dice que lo hizo, pero que fue falso y con error, tambien ha de ser creído. Si ha muerto ó está ausente á mucha distancia, se deben elegir peritos, que bajo de juramento cotejen la letra, firma y signo con otras de instrumentos ciertos que haya hecho, y segun declaren y parez-

1 Mascard. de probat. concl. 283. num. 1 al 3. y 284. num. 1.

2 Ley Si unus, num. 5. Cod. de testam. Farinac. glos. 158. num. 185. al 187.

3 Burgos de Paz. en la ley 3 de Toro. part. 2. num. 1041. Parlad. ley 2. cap. fin. part. 1. §. 12. limit. 1. num. ult.

4 Ley 115. tit. 18. Part. 3. verb. E si por aventura.

5 Ley 1. tit. 7. Part. 7. Salg. de retent. part. 2. cap. 30. §. 3. num. 8.

6 Parj. de edit. instrum. tit. 1. resol. 3. §. 1. num. 35 y 36.

ca al mismo juez, aunque concuerden en una misma cosa, puede determinar si merece ó no crédito, porque la ley (1) fundada en que por la mudanza de tinta ó pluma, ó por enfermedad ó vejez del que escribe suelen desemejarse las letras, no le sujeta ni obliga precisamente á estar por lo que produzca la mera comparación ó cotejo, sin otros adminículos verdaderos, ó dos testigos fidedignos que juren habérselo visto firmar; por no ser prueba plena, sino á lo mas semiplena. Ademas el juicio y dictamen de los peritos, como fundados en un mero parecer ó concepto, no hace fe concluyente, sino de credulidad y verosimilitud, y hay notable diferencia entre parecer y ser; por consiguiente lo podrá estimar ó despreciar segun conceptúe mas conforme y verosimil. Si se cotejan firmas, cartas ú otros papeles privados, ha de ser con otros verídicos del sugeto por quien suenan escritos, como son los que pasan ante escribano, de cuya certidumbre y veracidad no se debe dudar, ó los que estan reconocidos expresamente en juicio; pues siendo con otros, de nada sirve el cotejo, porque no hay cosa cierta en que se afiance: lo cual procede igualmente para el actor que para el reo.

81. Aunque el instrumento no valga, se puede justificar su contexto por testigos ó por otro medio legal (2); y en la prueba de testigos instrumentales se incluye el escribano; mas no cuando se hace por otro instrumento, por que no ha de hacer de testigo y escribano á un propio tiempo. Pero es de saber: lo primero, que el instrumento se presume falso por el hecho de querer probar su contenido con testigos el que lo presenta; y lo segundo, que los instrumentos que la parte produce judicialmente han de estar en el idioma vulgar del pueblo del juicio, y en letra legible y clara, pues de lo contrario deberán ser traducidos á su costa; pero si pide que se acumulen algunos autos antiguos seguidos con algun causante ó antecesor del colitigante sobre lo mismo, y se manda asi, no está obligado á poner en escritura usual y corriente lo que está oscuro, antes bien debe el contrario ponerlo á su costa; porque es continuacion del mismo juicio, y lo propio que si con él se hubieran principiado; cuyo caso se me ofreció en cierto pleito.

82. Aunque la parte que produce el instrumento diga y proteste que solo quiere usar de él en lo que le sea favorable, no le servirá; pues no obstante su protesta, le dañará lo que contenga

1 Ley 118. tit. 18. Part. 3.

2 Ley 32. tit. 16. y ley 117. tit. 18. Part. 3.

contra ella (1); y una vez presentado antes de la contestacion, está obligado á reproducirlo en la prueba, ya diga ó no su contrario que quiere redargüirlo de falso, civil ó criminalmente (2). Debe esto hacerse no solo en primera instancia, sino en la segunda de apelacion, y mas cuando el instrumento es relativo á los méritos del negocio en lo principal, y hay causa justa, como lo es la de la antigüedad, ó media interes de la parte que lo pide, y ningun perjuicio se irroga á la que lo ha de presentar (3); lo cual es corriente en la práctica. Pero se advierte que el reo no está obligado á dar al actor sus propias escrituras (4), porque ni la equidad ni el derecho permiten que ninguno dé contra su voluntad y contra sí armas á su contrario; bien que siendo comunes á los dos, está obligado á manifestarlas y darlas (5); é igualmente lo está cada uno á mostrar aquellas en que funda su intencion, si su contrario lo pretende, como diré mas adelante.

83. Tambien ha de reproducir en el término de prueba la heccha por testigos, instrumentos ó de otra manera en otro juicio con el colitigante ó su causante, como cuando siguiendo via ejecutiva sobre paga de alguna suma, intentó al mismo tiempo otra accion ordinaria, y sobre esta se le reservó su derecho para el juicio correspondiente, en cuyo caso, si la prueba conduce á la accion ó excepcion ordinaria, debe reproducirla, *pidiendo se haya por reproducida, y entienda con la prueba*; á lo que se deferirá, y tal vez no necesitará hacer mas; pues si no la reproduce ni hace otra, como que es visto no querer aprovecharse de ella, se quedará indefenso.

84. Para que haga fe el *traslado ó ejemplar*, sacado de la copia original, y pruebe en perjuicio de la parte contra quien se presenta, ha de ser dado en virtud de auto de juez, precediendo citacion de esta, si se halla autorizado por otro que aquel ante quien pasó; pues si lo está por este, y es de aquellos de que puede y debe dar cuantas copias le pidan, el mismo efecto produce que la copia original; y aunque no intervenga la citada solemnidad, ni haya pasado ante el escribano que sacó el traslado, si no se redarguye de falso civilmente, no necesita comprobarse, por ser visto aprobarle, y no dudar de él la parte con-

1 Menchac. *Illust. quest.* lib. 1. cap. 2. num. 9. *Parlad.* lib. 2. cap. ult. part. 1. §. 5. num. fin. *rotus* in *abuo*.

2 Ley fin. *Cod. de fide instrum.*

3 Parej. *de edit.* tit. 3. resolut. 3. num. 9. y tit. 5. resolut. 1. num. 62 y 65, y resolut. 5. num. 32. *Felin.* in cap. 1. num.

T. IV.

28. *de probat.* Covarr. lib. 1. *Var.* cap. 1. num. 5. *Salg. de reg.* part. 3. cap. 9. num. 90.

4 Cap. 4. *de probat.* y ley *Qui accusare*,

4. *Cod. de edendo.*

5 Cap. *Cum perpetuus Vicarius*, 12. *de fide instrument.*

traria. Lo propio milita, siendo sacado del protocolo con citacion ó sin ella, y por el escribano ante quien pasó, ó por otro, en caso de no redargüirse (1), y si se pierde el instrumento obligatorio, suple su falta la prueba clara de la deuda por otros medios (2).

85. Hace fe el traslado antiguo, aunque sea sacado sin la solemnidad referida, cuando en virtud y á consecuencia de él se ha dado posesion del derecho pretendido al que le presenta, ó á la persona, cuya causa trae; en cuyo caso basta el trascurso de treinta años (3). Asi lo he visto ejecutoriado por el Consejo en pleito de un patronato Real de legos del lugar de Vicálvaro; pues mas crédito se debe dar á los instrumentos antiguos que á los dichos de los testigos, como está resuelto en derecho (4); porque la memoria de estos es debil, mutable y falible; y las palabras de los instrumentos firmes y constantes, y la antigüedad tiene lugar de ley y de verdad; lo cual se entiende no probándose la falsedad del instrumento, porque si se prueba en ningun caso hace fe. El que quiera saber cuando hace ó no fe el instrumento antiguo, qué tiempo se requiere para constituir la antigüedad, y qué solemnidades se pueden presumir por el tiempo para la autoridad del traslado, vea al señor Covarrubias en el lugar citado al pie (*).

86. El instrumento *auténtico*, que es el que está autorizado con el sello del Rey, Principe, arzobispo, obispo, cabildo, abad bendito, maestro de orden militar, ó de otra persona constituida en dignidad, v. gr. grande, duque, conde, marques, ó de concejo, hace fe para probar su contenido contra el que lo mandó sellar; mas no á su favor. Lo propio milita para con el que otra persona hizo por su mano, ó mandó hacer y sellar con su sello, obligándose en él á dar ó pagar alguna cosa que consista en número, peso ó medida, si lo reconoce en juicio, en cuyo caso será ejecutivo tambien, y no de otra suerte; pero no hará fe si le niega, á menos que se pruebe con testigos que lo hayan visto firmar; ni tampoco cuando es de otro contrato, v. gr. compra, venta ó cambio de cosa raiz &c., porque este debe otorgarse ante escribano público y testigos para su perpe-

1 Parej. de edition. tit. 1. resolut. 3. §. 3. num. 152 y sig.
2 Ley 2. Cod. de fide instrument.
3 Covarr. Pract. cap. 21. num. 7.
4 Ley Censur, 10. y ley Si arbiten, 28. ff. de probat. Mascard. de probat. tom. 7. quest. 6. num. 11.

* Pract. cap. 21. num. 7, donde trae nueve casos. Véase tambien el mismo cap. num. 2 al 6, donde el autor trata qué fe merece el traslado, ya sea sacado del protocolo ó de la copia original por el escribano ante quien se otorgó, ó por otro.

tuidad; y asi solo induce presuncion, por lo que los testigos del instrumento auténtico de estos contratos, para hacer prueba, no solo han de declarar haberle visto firmar, sino tambien deponer de su contexto (1).

87. Se diferencian el instrumento público y el auténtico, en que por instrumento público se entiende el que está hecho por persona en quien reside autoridad pública, con todas las solemnidades prescritas por derecho para su validacion y firmeza, y por auténtico el que hace fe por sí mismo, ya sea por estar autorizado con el sello del que lo hizo, ó de otra suerte; bien que el público se suele llamar tambien auténtico, porque el mismo que lo hizo y firmó, le da autoridad y fuerza para que sea creído; pero el auténtico no es público, porque no se otorga ante persona publica ni testigos, ni con solemnidad alguna, y hace prueba por sí, sin tener que remitirse á otro; sin embargo ambos convienen en la estabilidad que tienen, y crédito ó fe que merecen.

88. El instrumento *privado*, segun se llama el que no está autorizado en forma por escribano, sellado como el auténtico, es de tres maneras, á saber: *ápoca* ó *quirógrafo*, bajo del cual se incluye la *antápoca* y *singrafa*; libro de cuentas, ó *inventario privado*, y *cartas*. Apoca ó quirógrafo es el instrumento ó resguardo que el acreedor da á su deudor para acreditar lo que recibió de él, y le pagó. Antápoca es el que da el deudor de lo que percibe prestado ó á censo ó en otros términos de su acreedor, con el cual acredita el débito de aquel, que en castellano llamamos *vale* ó *pagaré*. Singrafa es escritura ó cédula que hacen algunos para la fe de sus pactos. Libro de cuentas es escritura privada en que alguno sienta lo que da y recibe. Inventario privado es aquel en que sienta sus bienes; y epístola ó carta es la escritura privada que alguno envia á otro ausente.

89. Aunque se debe dar crédito al instrumento público, aun cuando hayan muerto el escribano que le autorizó, y los testigos que presenciaron su otorgamiento (2), no sucede esto con el privado; y asi no hace fe, ni prueba por sí solo en juicio si se le opone esta objecion, ó se redarguye de falso (3), como es conveniente para enervarlo; de modo que para probar con él

1 Leyes 1 y 114. tit. 18. Part. 3. Greg. Lop. en esta, glos. 10. y ley 1. tit. 20 de la misma Part.

2 Cap. penult. y ult. de fide instrum.

y ley 55. tit. 18. Part. 3.

3 Ley Instrumenta, Ley Rationes, y ley Exemplo, Cod. de probat.

en juicio, es preciso que lo reconozca el que lo hizo ó firmó; y en defecto del reconocimiento, ó por su negativa, que se compruebe por dos testigos idóneos y fidedignos, á lo menos, quienes bajo del propio juramento declaren con su citacion que se le han visto firmar. Y aunque se compare ó coteje con otros verdaderos del que lo hizo, y la letra y firma de todos se asemejen totalmente; ó declaren testigos que lo tienen por suyo, por haberle visto firmar muchas veces; no merece fe ni hace prueba bastante (1), porque la ley no estima por tal la comparacion sola, antes bien lo deja al arbitrio del juez para que la aprecie ó desprece (2), como queda dicho. Asi que el cotejo de papeles privados produce efectos muy diversos del de un instrumento público que se redarguye de falso civilmente, por no ser original, ó por no estar sacado con la debida citacion, porque aquellos por ser simples, como ninguna fe hacen por sí, no les da el cotejo solo el valor que necesitan; pero en el instrumento, como es indudable y hace fe á causa de estar autorizado por persona pública á quien se debe dar crédito, y no contiene mas defecto que el de haber sido sacado sin asistencia ó citacion de la parte á quien perjudica; se subsana este defecto de pura solemnidad con el cotejo, el cual lo remueve enteramente para que no se dude de su contexto; y se queda del mismo modo que si no se hubiera impugnado; lo que no sucede á los instrumentos privados, si con el cotejo no concurren otros adminículos; sobre lo cual véase al Señor Covarrubias, *Pract.* cap. 22. que lo trata con claridad. Pero si el instrumento privado no se redarguye de falso, ni se objeta defecto que destruya su legitimidad, hará prueba contra quien se produzca, aunque no lo reconozca ni se compruebe, porque es visto confesarlo y aprobarlo tácita y virtualmente por su silencio; lo que he visto declarado en juicio.

90. A la cuarta especie de prueba pertenecen como dejamos dicho los privilegios ó rescriptos. Es el privilegio una gracia ó merced que concede el Soberano á alguna persona, comunidad ó pueblo; ó una ley dada señaladamente á alguno para su utilidad (3). Puede concederlo solamente el que tiene potestad de hacer leyes, ya sea de su propio *motu* ó voluntad, ó á instancia del agraciado. Si contiene la cláusula de *motu proprio*, cierta *ciencia* y *plenitud de potestad* ó *poder absoluto*, no solo es pro-

1 Leyes 114, 119 y sig. tit. 18. Part.

3. Greg. Lop. en ellas.

2 Ley 118, cerca del fin; tit. y Part. cit.

3 Cap. *privilegia*. 3. dist. 3. cap. *Abb.* 25. *de verb. signific.* y leyes 1. tit. 11. Part. 1. y 2, y 28. tit. 18. Part. 3.

picio al agraciado, y admite plenísima interpretacion á su favor (4), sino que no se le debe objetar el vicio de obrepcion ni el de subrepcion (2); pero si carece de ella, se le puede argüir de haberse ocultado para su consecucion la verdad intrínseca y esencial, que es lo que constituye el vicio de *obrepcion*, ó de haberse dicho falsedad y mentira, que es la *subrepcion*, pues su concesion se entiende siempre con la condicion tácita de que sea verdadero lo expuesto, aunque en él no se exprese (3), y si contiene alguno de los dos vicios mencionados, no vale (4). Puede ser personal y real: personal es el que se concede privativamente á una ó mas personas determinadas, ó por ley general á cierto género de personas, á las que compete solamente, y no á sus herederos; de suerte que no es cedible ni trasmisible, porque á serlo, saldria de la persona agraciada contra la voluntad del concedente (5); real es el que se concede á la cosa, causa y accion, y como coherente á ella pasa no solo á los herederos del agraciado, sino tambien á los que suceden en la misma cosa; y en caso de dudarse si es personal ó real, oneroso ó gracioso, se ha de entender personal y gracioso (6). Tambien puede ser mixto de real y personal, gracioso, remuneratorio, puro, convencional comun, ó de comunidad y privado ó de personas privadas.

91. Se dividen los privilegios en afirmativos y negativos: los primeros son para dar, hacer, ó percibir cierta cosa; y los segundos para no darla, hacerla ni pagarla (7). De ellos algunos estan incorporados en el derecho, cuales son los de las iglesias, eclesiásticos, soldados, menores, estudiantes, labradores, hidalgos, jueces, abogados, hijos de familia, fisco, acreedores, mugeres &c. Otros fuera de él, v. gr. el que por especial rescripto se concede á alguna persona, comunidad ó pueblo. Otros son contra el derecho comun, porque lo derogan y eximen al privilegiado de la ley á que estaba sujeto, y estos pueden ser concedidos por el Príncipe á sus súbditos solamente; y otros no lo son, por no prohibir el derecho el acto, cosa ó materia sobre que recae el privilegio; y puede concederse tanto á los vasallos, como á los que no lo son (8).

1 Cap. *Quamvis*. 4. *de præbend.* in 6. et ibi glos. verb. *Plenissime*.

2 Cap. *Si motu proprio*, 23. eod. tit. Ferrar. *Biblio'h.* verb. *Privilegium*, art. 1. num. 12.

3 Cap. *Ex parte*, 2. *de rescript.* quib.

4 Leyes 36 y 37. tit. 18. Part. 3.

5 Ley 19. ff. *de reb. auctorit. judic. possid.* y regla 27. tit. 33. Part. 7.

6 Ley 3. §. 1. y 4. §. 3. ff. *de censib.*

7 Ley Falso; 2. Cod. *de divers. rescript.* y ley 42. tit. 18. Part. 3.

8 Leyes 28 á la 34. tit. 18. Part. 3.