

IESVS, MARIA, IOSEPH.
POR
D. MARIA FERRER

PEREZ DE NVEROS.

In Processu Rectoris, & Collegij Calatubij, super apprehensi.

RESPUESTA A LA DUDA, DADA SEGUNDA VEZ.

D V D A.

RELIGIOSISSIMOS Patres Societatis Iesu Calatubij, sufficienter videtur probare possessione Anna de España, in bonis apprehensis, siquidem producant sex testes, cum omnibus qualitatibus a iure requisitis, & cum in praesentiarum, factum, super quo testes deponunt, sit valde antiquum, non est coangustanda probatio, nec subvertenda facultas probandi, immò potius, confinia, dominium, & possessionem bonorum de antiquo tempore, videtur probari per qualem qualem probationem.

RESPUESTA.

DOS partes tiene la duda. La primera, que respecta a los seys testigos que ay producidos por la parte contraria, sobre el arti. 10. de su replica, para probar, que

A

Ana

= A-641-9 =

A-00641-9 (1)

A-00641-9 (2)

APA-00017

ht. 214946

ht. 214963

Documents 15



① T 214946
C 1142323

②

Pag. 1



PEREZ DE NVEROS

2 In Processu Rectoris, & Collegij Calatubij, super apprehens.

RESPUESTA A LA DUDA, DADA
SEGUNDA VEZ.

2 D V D A.

RELIGIOSISSIMOS Patres Societatis Iesu Calataiubij, sufficienter videtur probare possessionē Anna de España, in bonis apprehensis, siquidem producunt sex testes, cum omnibus qualitatibus a iure requisitis, & cum in praesentiarum, factum, super quo testes deponunt, sit valde antiquum, non est coangustanda probatio, nec subvertenda facultas probandi, immò potius, confinia, dominium, & possessionem bonorum de antiquo tempore, videtur probari per qualem qualem probationem.

RESPUESTA.

DOS partes tiene la duda. La primera, que respecta a los feys testigos que ay producidos por la parte cōtraria, sobre el arti. 10. de su replica, para probar, que

Ana

Ana de España fue señora y poseedora destos bienes. Y la segunda, a que estando en terminos de hecho muy antiguo, no se deue coangustar la prouança, ni quitar la facultad de prouar: antes bien, que los confines, el dominio, y la possession se prueuā en el hecho antiguo, per qualem qualem probationem.

Y quanto a la primera, será menester ir discurriendo por cada vno de los testigos, ponderando y fundando las tachas que padecen, para que con esso quede prouado, que no ay, no solo seys, pero ni aun testigo alguno, con las calidades requeridas por el derecho, para prouar la possession de Ana de España.

Ana Torralua tiene dos defectos; el primero, ser vacilante en su deposicion; porque auiendo nombrado sus dos antiguos, y dicho, que oyeron a otros sus mayores, que auia poseydo estos bienes Ana de España; dize despues, que no està cierta, 'si sus antiguos a quien ella lo oyò, le dixeron auian conocido a Ana de España: que el testigo que vacila, no prueue; es doctrina del *c. praterea de testibus cog. Albericus, in l. qui falsa, nu. 5. de testib. Innocen. § Ioan. And. in d. c. praterea, Bald. ibi Farin. q. 66. n. 10.* y que sea vacilante se conoce, porque deposa con duda y temor, *ad Farin. d. q. 66. nu. 11. § melius q. 52. n. 39.* Y aunque replicò V.S. doctísimamente, que no parece vacilante este testigo in substantialibus, ni en lo que està articulado: porque lo articulado, y que se auia de prouar, solo es, que Ana de España poseyò estos bienes; y asì, que la conociesen, ò no, los antiguos, importaua poco a la substancia de la deposicion, y lo articulado.

Respondiose à V.S. que es verdaderissima la doctrina q̄ el testigo, para que repellatur, quia vacillat debet esse vacillatio, circa substantialia, *ex Bart. in l. eos, n. 5. ff. de falsis, Craue. cons. 78. in fin. § de antiqui. temp. p. 4. sect. sed enim, num. 22. Masc. concl. 1361. n. 5. Petra de fideicom. q. 12. num. 452. § 1352. Menoc. de praeump. lib. 5. praeump. 23. nu. 16. Farin. d. q. 66.*

Para ser
pela deposi-
cion del testi-
go q̄ vacila
es menester
vacile en lo
substancial

66.n.18. § 24. Pero verificasse en nuestro caso puntualmente. Lo primero, porque la razon del dicho que dà este testigo es, por auerlo oydo dezir a sus mayores, los quales por no alcançar con su memoria a auer conocido a Ana de España, y vistole possee, le dixerón, que ellos assi lo auian oydo de otros sus mayores: y assi, los testigos que nombra el testigo, es cierto que ni conocieron, ni pudieron conocer a Ana de España; Luego vacilando este testigo, en si le dixerón, que auian conocido a Ana de España, vacila en lo substancial de su deposicion, que es en la razon de su dicho, por que aquella solo la podia dar por el sentido del oydo de sus mayores, y no por el de la vista: vt patet ad sensum.

Respondiose lo segundo, que vacila acerca de lo articulado: El artic. dize: *Que los que oy viuen lo oyeron a sus mayores*: y porque estas primeras oydas no alcanzan, añade: *Que ellos en sus tiempos lo auian oydo à otros mayores suyos*: De manera, que està articulado, que los mayores que los testigos deuen nombrar lo oyeron a otros sus mayores: Luego dezir, que no està cierta si sus antiguos nombrados le dixerón auian conocido, es vacilar en lo articulado, que es, en si sus antiguos oyeron a otros, ò vieron, y como en este caso sea incompatible, que los antiguos nombrados conociesen, y assi depossassen de vista, y lo oyessen a sus mayores, y assi depossassen de oydas, patet que vacila en lo articulado.

El segundo defecto que tiene Ana Torralua es, que los antiguos que nōbra son de Fuentes de Xiloca, y assi no son del lugar a donde estan los bienes: y para fundar, que por esso no se le deue dar credito, supongo la doctrina comun de los DD. que estos testigos in re magni præiudicij, deuen cōcluyr tambien de fama, ex Crauet. Capicio, Zepha. § alijs Farin. q. 69. nu. 134. § 135. Toro in comp. decis. verbo probatio, fol. 421. Borrel. in summa de testib. tit. 13. nu. 37. y los testigos que han de concluyr de fama, es necessario que las personas de quien lo han oydo, sean del mismo lugar, Bart. in l. 3. §. eiusdem. ff. de testib. § in l. de minore, § plurimū, in vers.

Los testigos que
ande con
de fama es ne-
quero cesario q
Personas de quien lo an
oydo de w. seant en
mismo lugar



quæro quid si testis. ff. de quaestionibus, Alex. cons. 124. col. 1. in fin. vol. 7. referidos por Roland. cons. 3. nu. 54. lib. 1. Luego no deue darse credito a Ana Torralua, por nombrar testigos estrangeros del lugar a donde estan los bienes aprehensos.

Otros tres testigos, que son Domingo Aragon, Iuan Ortiz de Varayz, y Iuan Perez Ferrer, interrogados sobre dicho artic. 10. dicen los dos, que no saben los bienes aprehensos, sino solo los de el num. 1. y Iuan Perez los del 1. 2. y 3. Por lo qual pretende esta parte, no se les deue dar credito, como està fundado en la primera allegacion, fol. 56. y aora se añaden las siguientes consideraciones: La primera, que esta prouança de testigos de oydas, es exorbitante, y contra todas reglas de derecho, introducida en el hecho antiguo por la imposibilidad que ay de prouar con testigos de vista: Gracian. discept. for. c. 363. nu. 10. latissimè Farina. d. q. 69. nu. 1. cum seqq. ubi nu. 8. dicit: *Et propterea testimonium de auditu alieno esse præter, & contra formulam, & regulam iuris, ut notant omnes in c. licet ex quadam de testibus, Pacian. de probat. lib. 1. c. 9. nu. 13. Valenz. cons. 92. nu. 195.*

Luego no se deue introducir, sino en aquellos casos, y por aquella parte a que obliga la necesidad, y la imposibilidad de no poderse hallar testigos de vista: y por esto se admite solamente en aquellas cosas que son de dificultosa prouança, Casan. con. 54. nu. 18. Honded. cons. 17. n. 53. tom. 3. y las que se pueden hallar, Cauale. decis. 36. nu. 517. Menoc. de arbitr. lib. 2. casu 475. Castillo c. 122. nu. 23. tom. 6. siquidem extensio non debet fieri in correctorijs, & exorbitantibus, latè Farin. in fragmen. n. 122. & 130. maximè ubi non est eadem ratio, Farin. ibidem: dos terminos ay en esta deposicion: El vno la persona que posseyò: y el otro los bienes que fueron posseydos; quãto a la persona està la imposibilidad, que por auer muerto mas ha de 110. años, no se pueden hallar testigos de vista: pero quanto a los bienes no ay dificultad ninguna de hallar testigos que los sepan y ayan visto, y pues esta es posesion, y factum hominis que deue prouarse por testigos

Los testigos de
auditu tan sola-
mente se admit-
ten q. no se
pueden hallar
testigos del vista

29
732

testigos que depongan per sensum visus, la antigüedad, está bien que haga priuilegiada la prouança, en el conocimiento de la persona solamente, de que no se pueden hallar testigos de vista: pero no en el conocimiento de los bienes, de que fácilmente se pueden hallar: *Nam dua specialitates admitterentur*, esto es, testigos de auditu, en materia q̄ se deuia prouar por testigos de vista, y testigos que no supiesen los bienes de que se trata, *contra iuris dispositionem: de qua latet Barbof. solut. matrim. in l. 1. 3. p. n. 45. Et alter Barbof. axiom. 211. in prin. cum vulgatis.*

y La segunda, que aunque concedamos, que puede concluir el testigo, con solo vn sentido de las cosas, que se perciben con aquel sentido, como de todos los cinco: lo dize y exemplifica *Borrel. in summa decis. 2. to. tit. 13. in prin. Fari. q. 70. c. 3. nu. 127.* Pero en este caso, que ha de depolar: por el sentido del oydo solo, no pudo ser certificado de los bienes aprehendidos, porque supuesto que confiesa, que no los sabe, no pudo el antiguo decirle, que aquellos bienes, mostrandose los, eran los que poseyó Ana de España; porque de esso le resultará necesariamente, la sciencia, y conocimiento de los bienes; y assi era forçoso, que los antiguos le dixeran, que ellos auian oydo dezir a sus mayores, que los bienes contenidos dentro de tales y tales confrontaciones, los auia poseydo Ana de España: y por esta relacion, aunque la confirieran con la lectura del *bona vero*; no podian certificarse, de que poseyó Ana de España estos bienes, ni que los que oyeron dezir a sus mayores, y los contenidos en el *bona vero*, son vnos mismos. Porque las cõfrontaciones no son las mismas agora que entõces; y assi no puede el testigo hazer juyzio, ni certificarse, confiriendo las vnas con las otras, las antiguas con las modernas: Que sean diferentes se prueua, porque ò los antiguos hablarõ delas confrontaciones delos bienes al tiempo que viuia Ana de España, y estas necesariamente son mudadas, auiendo mudado de dueños los campos de los lados; porque por auer passado mas de cien años

se presumen muertos: ò hablaron de las que tenian quando ellos viuián; y aunque en este caso no se conozcan mudadas tan necessariamente, pero se conoce, que ha de auer muchas mudadas, y otras muchas que son equiuocas, como son de las sendas, caminos, braçales, y acequias de herederos (por las quales no se viene en conocimiento de la cosa de que se trata individualmente) y assi no es verosimil, que aunque no sean todas mudadas, el testigo se acuerda de todas *sigillatim*, para conferir las con las del processo, siendo las heredades de que deposa mas de setenta, y teniendo en ellas mas de dozientas designaciones y confrontaciones; y assi estamos en los terminos, de que no se deue dar credito al testigo que deponit inuerosimilia, *Borrel. ubi sup. de testib. tit. 14. n. 23. ubi nu. 10. quod verosimile est, quod est simile veritati. Farin. q. 62. n. 320. § q. 65. n. 128. unde Iudex potius debet adherere verosimilitudinibus, § documentis, quam testibus etiam quod plenè deponerent, quia potest eis non credere, si non sibi videtur. Causalcán. decis. 41. n. 25. p. 2. y para euitar este inconueniente, deuiera la parte contraria hazer articulo positiuo de identidad de los bienes que auia posseydo Ana de España, y los aprehensos, como se haze y deue hazer, siempre que se haze relacion a bienes contenidos, ò expresados en alguna escritura: *Simon de Pratis, de interpret. ult. vol. lib. 5. dub. 4. § ultima, a n. 320. ex Aym. Bart. Decio, Castr. § Alex. § alijs*, y dezir, que no ay confrontacion ninguna mudada, es assumpto imposible, particularmente confessando el testigo, que no sabe los bienes, & ex consequenti, ni sus confrontaciones; *unde non probat identitatem rei, nam si testis dicat se nescire demonstrationes rei petit identitatem non probat, Costa de iuris, § facti scient, cent. 1. dist. 9. n. 12. ex Areti. § Alex. nam debet non solum attestari de antiquis consinibus, sed etiam de modernis, Petra de fideicom. q. 12. n. 1373. Grat. discep. for. c. 447. n. 34. § 35.**

La tercera, que es practica y estilo de casi todos los Regentes de las Eseruancias de su Corte de V.S. y de la Audien
cia

*testi deponenti
in uerosimilia
non credetur*

7
cia Real, y de los otros Tribunales desta Ciudad, que los testigos de hecho antiguo, que son producidos para prouar possession, sino saben los bienes de que se trata, no solo se entiendo comunmente por los dichos Regentes, y casi todos los Causidicos desta plaça; que no pueden concluir, sino aun de no recibirles las deposiciones: y de este estylo, y comun intelligencia, puede V.S. ser seruido de informarse fuera de processo, *plures relati a Peregrin. decis. 97. Et facit ius, Et debet seruari, Nouar. qq. forens. l. p. q. 78. n. 13. Zouallus 3. tom. comm. q. 829. n. fin. Ricc. collect. 794. Et 2608. Barbos. in c. ex litteris, de consti.* y esto con mucha razon, porque esta especie de prouança por testigos de hecho antiguo, es sospechosa, y facilmente se hallan testigos que digan, *sic Et sic audiuisse, Petra de fideicom. q. 13. n. 82.*

De lo dicho se infiere, que no pueden concluir los testigos que no saben los bienes, y que no obsta lo que se dice del ciego, porque aquello se admite, en lo que solo sensu auditus potest percipi: y en esso, nihil mirum que pueda depositar concluyentemente por el sentido del oydo, como con qualquiere otro, solo se deposa lo que es objecto de aquel sentido respectiuè: pero como aqui hablamos de *re qua includit verum actum hominis*, solo sensu visus perceptibilem, no auemos de admitir, que quiso la ley (ya que priuilegio la prouança de hecho antiguo, en que se admitiessen testigos que no conociessen a la persona, por ser imposible) priuilegiar esta prouança en que pudiessen concluir los testigos, sin auer sabidolos bienes per sensum visus, cosa en que no auia imposibilidad, ni dificultad alguna.

Y a lo que se pondera del Comissario de Corte de vn processo, que siendo aprehensos los bienes, de que es comissario en otro processo, confiriendo el vno con el otro haze juyzio el Iuez, de que son los bienes vnos mismos, y le declara comissario dellos sin auerlos visto; se responden dos cosas. La primera, que alli se trata de prouar identidad de bienes, no possession, que *includit factum hominis*, y assi

70
934
*testes de hecho
Antiquo producti
ad probandam
possessionem Li
nescunt bonas
quibus agitur
non poss. Concludit
imò non sunt re-
cipiendi*

*Aliud est pro
bare idem pro-
prietatem bonorum
aliud vero pos-
sessionis*

nihil mirum, que se pueda inferir la identidad, *per lecturam ex collatione confinium, iuxta notata per Gratia. disce. c. 437. § 599. § 790. n. 5. c. 3. n. 12. § 13. Sese decis. 119. n. 17. Macerat. lib. 1. c. 36.* La segunda, que es muy diferente, aun para inferir la identidad, el hazer la conferencia, teniendo los bienes escritos y confrontados en ambos procesos, y pudiendolos leer vna y muchas vezes; del caso en que estamos, en que se quiere esforçar, que los testigos, con la relacion que tuuieron tantos años ha, pueden hazer la conferencia, y la illacion de la identidad, cosa que in actu practico contiene la imposibilidad moral que se vee. A mas, de que como se ha dicho arriba, es assumpto imposible querer, que no aya mudadas muchas confrontaciones, y que no aya otras muchas equiuocas, de las quales se vee, que es forçoso, que sea muy falaz el juyzio que el testigo se arroja a hazer.

Y conforme a la dotrina dicha, en la primera respuesta, la tiene el consejo de *Alex. 187. n. 13. lib. 2.* porque aquel conf. solo trata de prouar la identidad de los bienes *ex identitate confinium*, como de su lectura consta, *§ in id allega. a Cald. Perey. de emp. § vend. c. 2. n. 15. § alijs passim*, y esto no lo dudamos por esta parte, ni nos es de perjuyzio para hazer illacion a prouança de posesion, *ex supra dictis*. A mas, de que como alli no se trataua de prouar identidad, sino por confines expresados en la inuestidura, y referidos por los mayores, es verosimil que fuesen vnos mismos, y de eodem tempore: pero aqui versamus in diuersis longè terminis, de confines referidos por los mayores tantos años ha, y de confines expresados en el processo tantos años despues; y assi no es creyble que fuesen vnos mismos, y no obsta a la intencion desta parte.

Tampoco obsta lo que ex aduerso se dice, que los confines se prueuan por testigos de auditu in antiquis; porque esso in cōfinibus, in dominio, & in possessione, sicut in omnibus factis antiquis, lo admitimos, pero aquellos testigos deuen tener los requisitos necesarios, y admitirse solo de auditu

auditu en lo que la necesidad obliga, y no mas, ex supra dictis.

Y a lo que se dize de los exemplares D. Martini de Bardaxi, y D. Francisci Clauero; se responde, q̄ caso negado, que tal se aya declarado: no obsta, porque hablan aquellos procesos en lugares que es notorio que los aya, y lo son tambien notorios perpetuos, è invariables sus confines, y lo notorio tiene esta especialidad, que se puede depasar sine sensu visus, *Petra de fideicom. q. 12. n. 328. ad Peregr. de fideicom. art. 44. n. 17. vers. verum, Ex quo sunt loci satis constat de identitate, ad Cesar. de Barzis, decis. 2. n. 56. ubi plures refert.*

El discurso que haze la parte contraria, de que tambien dos, o tres testigos de esta parte padecen el mismo defecto: y assi no los puede oponer a los de la contraria: tiene facil respuesta, porque no fundamos nuestra probança en aquellos testigos, sino en los demas que concluyen contestadamente de lo articulado por esta parte; y no se nos puede obiectar, que produziendolos los aprouamos, porque solo esto procede, *quo ad personas non quoad dicta, Maranta in Speculo, 6. p. actu 12. n. 12. Borrel. in summ. de testib. tit. 15. nu. 66. Farin. q. 62. n. 241. ubi plures allegat, Et aliquibus contrarium tenentibus sub distinctione respondet.* Y assi, pues podemos reprovar sus dichos, multo fortius, los testigos contrarios que depossan con el mismo defecto que ellos, cuyas personas, ni dichos auemos aprouado.

Y quando esta objeccion no fuesse bastante para excluir estos tres testigos, los dos dellos padecen otra muy considerable: A saber es, Iuan Ortiz de Varayz, que deposa de mas de diez años antes de su memoria: porque como el dize en su deposicion, fol. 418. tiene de memoria 55. años, y sobre el art. 21. de la replica de la parte contraria, dize, q̄ conocio a Francisco Ferrer 2. el qual, como se articula en el 22. de dicha replica, murio sobrenuiendole Francisco 1. y Francisco 1. quando deposa este testigo que fue en Octubre de 1630. ha que murio mas de 60. años, como consta de la carta de

C

muer-

*Testigos de la
una que ad
pero has tanta
sint appo bat*

muerte, fecha en Belmonte, a 24. de Deziembre de 1570. y aun cinco años antes, consta que auia muerto Francisco 2. porque Francisco 1. en su testamento, fecho en Belmonte a 5. de Julio de 1565. no dexa legitima à Francisco 2. y la dexa à Francisco 3. hijo de Frãcisco 2. y assi deposa de mas de 65. años de memoria, y no teniendo sino 55. como el dize, deposa de diez años mas de su memoria: y no se puede escusar: porque dize en el 22. de replica, que conocio à Francisco 2. como dicho tiene: pero que oyò dezir, &c. pretendiendo que falta la negatiua, que se quedò en el tintero, como dize la parte contraria: Por que ya en el artic. 21. auia dicho, que lo auia conocido de vista y platica, y lo que dize en el 22. es directamente contrario, aunque se añade la negatiua, y assi no se puede excusar de falso, y se deue presumir mas por el Notario, y su legalidad, ex multis Mascard. de probat. concl. 1114. in prin. etiam si testis dixerit cum iuramento se aliter depossuisse, quam sit scriptum per Notarium, idem Mascard. d. concl. 1114. nu. 7.

Iuan Perez Ferrer tambien padece otra objeccion: porque el vno de los antiguos que nombra es Pedro Ferrer, y no se le deue dar credito, como no se le diera a Pedro, por ser interessado, en que fueron estos bienes de Ana de España, y assi subsistiera su vinculo, que auia fenecido en el mismo Pedro, y le quedaran los bienes libres, y no subsistiera el vinculo de su padre Francisco, que es perpetuo, y el testigo deue nombrar antiguos, no interesados, punctim Farin. q. 69. nu. 140. multis relatis: Ni tampoco es bueno Pedro para antiguo, por ser autor de el derecho que pretenden los contrarios, pues su legado es solo de los bienes que les podia dexar Francisco 3. como heredero de Pedro, y el autor no es bueno para nombrarlo por antiguo; Petra de fideicom. q. 13. nu. 63.

Otro testigo, que es Pedro Torralua, tiene defecto de contradiccion manifesta; desta manera, que quando depusò producido por esta parte al interrogatorio de Rosada, que con-

*pot'q' dicto no-
tarij quam testis
standum est in
positio netty*

*In Anagis re-
testis in sua de-
positione no
nominare An-
tiquos non inter-
esse Sabentes
in causa*

contenia si auia oydo dezir que auia posseydo Ana de España: responde, que se refiere a su deposicion, y en aquella no auia hablado palabra de Ana de España; con lo qual negò auer oydo dezir lo cōtenido en el interrogatorio, pues deuio respōder a el: *arg. tex. ubi glos. verb. pro cōfesso de confessis in 6. Borrellus de articulis, tit. 1. n. 681. tom. 2. ex Bald. in l. 2. §. quod si actor 1. de iuram. calumn. Rebus. ad const. Gallia, tit. de responsionibus, artic. 2. glos. unica, nu. 6. tom. 3.* y porque el que responde a vn interrogatorio que tiene dos partes, afirmando la vna niega la otra: *Pacian. de probat. lib. 1. c. 34. n. 3. §. 4. Surd. decis. 291. n. 22. nam affirmatio unius est negatio alterius: DD. in c. nonnè de præsumption. ubi Barbos. in collect. latissimè.* Y assi, aunque Pedro Torralua respondio al interrogatorio, se refiere a lo dicho, y parece dezir lo que auia depòsado: pero no respondiendò a la parte del interrogatorio, si auia oydo dezir que Ana de España auia posseydo estos bienes, niega auer oydo dezir, que Ana de España auia posseydo.

Pedro Sanchez tiene la misma contradiccion en su deposicion: porque al mismo interrogatorio respondio, que no ha oydo dezir cosa de lo contenido en el interrogatorio: Y estos dos testigos Pedro Torralua, y Pedro Sanchez, producidos por la parte aduersa, sobre el articulo 10. de sus replicas, dicen que oyeron dezir, que auia posseydo estos bienes Ana de España; en que manifestamente se contradizen a lo que antes auian respondido al interrogatorio de Rosada, pues circa eandem personam res, & tempus, afirman dos cosas contrarias, y assi no prueuan, como se ha fundado por esta parte in 1. allega. fol. 56. in vers. *Pedro Torralua*, quibus addo *Azeued. conf. 30. num. 25. Ludouis. decis. 510. n. 3. Clarum q. 56. n. 14.* es en terminos, y decisiuo el lugar de *Fabro in C. tit. de testibus, diffinit. 34. in fine*, his verbis: *Si primo interrogatus testis negauerit se scire, postea verò testificetur, illi credendum non est, tanquam aut periuro, aut etiã corrupto.* *Pacia. de proba. lib. 1. c. 31. n. 16.* el qual dize *ex Alex. esse communem.*

Ni



Ni obstan las doctrinas que exaduerso se ponderan, porq̃ hablan en los testigos que dubitatiuè loquuntur, como se vee de su lectura: y las *decis. de Ludouis. 547. nu. 8.* habla de el testigo, que in eodem examine, se va acordando, que es muy conforme a la practica ordinaria que se tiene, de que el testigo iterum interrogatus, añade algo a su deposicion, diuerso, pero no contrario: y la 194. n. 4. habla del que primero se acordò, quando erat factum recens, que despues ha podido olvidarse, y todo esto no se adapta a nuestro caso, en que in diuerso examine auiendo dicho expressemente, no que no se acordauan, sino assertiuè, que no auian oydo dezir depossan despues directè, lo contrario, que han oydo a sus mayores, &c. ni el instruyr los testigos, que es permitido en el Reyno, *ex for. si aliquis de testib. Moli. & Portol. s. testes, n. 54. & 55.* se adapta a este caso, por ser despues de la primera deposicion, y assi, mas q̃ instruccion permitida se deue presumir la diligencia que sintio Fabro en el lugar citado.

De todo lo qual resulta, que no ay testigo alguno, cõ que se prueue esta possession que la parte cõtraria pretende, por que Ana Torralua vazila, y nombra antiguos estrangeros, Iuan Perez, Iuan de Varayz, y Domingo Aragon, no saben los bienes: y tambien Iuan Perez nombra el vn antiguo defectuoso, y Iuan de Varayz depossa de mas de diez años antes de su memoria: Pedro Sanchez, y Pedro Torralua, tienen manifesta contradicion, y no se les deue dar credito, como està fundado sigillatim arriba: y assi no ay prouança de aquella possession, maximè de los bienes que no son comprehendidos en los nu. 1. 2. y 3. y en estos por ser prelegados del testamento de Ana de España, puede tener menos dificultad la justicia desta parte, vt dictũ est in 1. alleg. punct. 2. articulo 1. fol. 15. con que parece queda satisfecho a la primera parte de la duda, que respecta a los seys testigos de la possession.

A la segunda parte de la duda, que propone, que la prouança no se ha de coangustar, ni la facultad de prouar se ha de

instruir los testigos y permitido en el Reyno



de quitar, y que los confines, el dominio, y possession, con
hecho antiguo se pruevan *per qualem qualem probationem*.
Se responde, que es cierta la regla que *facultas probationum*,
coangustanda non est, de qua *Pacian. de probatio. lib. 1. c. 5. n. 9.*
y esto, *nec in tempore, nec in genere probationis*: y contraven-
driamos a esto, si quisiessemos negar la prouança per testes,
ò el tiempo a prouar, que son los terminos en que los DD.
entienden aquella regla, pero no por esso se deuen admitir
testigos defectuosos; *quia licet probationum facultas coan-*
gustanda non sit, non tamen est adeo amplianda, ut quod iure
non permittitur probationum intuitu Iudex permittere debeat,
ut inquit Masc. concl. 77. in prin. § n. 2. Y no obsta, que
confinia dominium, § possessio probetur, per qualem qualem
probationem in antiquis, porque ya esso lo admitimos, y pro-
cede en nuestro caso, en que auiendose de prouar la posses-
sion per testes de visu, por ser in facto antiquo, se admiten
testigos de auditu, con fama, conjecturas, y otros adminicu-
los, y prouanças irregulares, y no admitidas en otros casos:
pero no de ay se infiere, que se ayan de admitir testigos, que
no tengan las calidades y requisitos que aduerten los DD.
antes bien cada genero de prouança, ha de ser completa, y
perfecta en su genero, *Petra de fideicomis. q. 13. n. 27.* y aqui
no lo es la prouança de testigos, por ser aquellos defectuo-
sos, como està dicho y fundado arriba.

Y aunque la duda no habla indiuidualmente de otras co-
sas que por la parte contraria se ponderan en vn papel que
dio, respondiendo a la vltima duda, en 21. de Setiembre de
1637. porque no pueda quedar del, escrupulo alguno, se irá
satisfaziendo a las razones que representa, y quiere que sean
adminiculos de su prouança, y no obsta lo que adierte de
el artic. 37. de la triplica desta parte: porque alli solo se dize,
que los bienes aprehensos, y los expressados en las particio-
nes, que por esta parte se exhibiran, son vnos mismos, y no
auiendo exhibido particion alguna, bien se vee quan lexos
està este articulo de ser perjudicial a esta parte: y el querer

D la

la contraria, que este artículo se entienda de las particiones por ella exhibidas, es hazerle dezir lo que no cabe en su letra, y adiuinar la intencion, que quizá no supo el que lo escriuio, limitando la generalidad de las particiones que se podian exhibir a las que han exhibido por su parte, y arrojandose a dezir que no podian ser otras.

Ni obsta lo que se pondera de la particion de entre Anton, y Francisco Ferrer: porque no es aquella particion de estos bienes aprehensos, y assi della no se deue hazer juyzio para este pleyto; y esto es en tanto verdad, que aunque la parte contraria conocio que deuián articular y prouar identidad de los bienes partidos alli, y aprehensos aqui, y hizo artículo della en el 5. de su triplica, no lo pudo prouar, y assi no produjo testigo alguno en aquel artic. y deuia prouarse la identidad: *ex Surd. in eadem decis. 339. n. 5. Fußar. q. 616. in fin. cum alijs*: mayormente no pudiendo durar agora las confrontaciones de entonces, por auer passado mas de cien años, y assi muerto los poseedores de los predios, con quien entonces confrontauan, vt dictum est supra.

Para hazer otro discurso, supone la parte contraria, que esta pretende, que solo consta de aquella particion, que Francisco Ferrer i. poseyó como heredero de Ana, algunos bienes aprehensos, sin certeza de quales sean; y auiendo negado esta suposicion, porque no se cree, ni consta, que los bienes aqui aprehensos, sean de los contenidos en la particion, se responde al discurso, que la incertidumbre de quales de los bienes aprehensos, son los que poseyó Ana, puede solo ser dañosa a la parte contraria, que para su intencion ha menester con toda certidumbre prouar, quales bienes poseya Ana, para que en aquellos pueda fundar lo que pretende contra el vinculo de Francisco i. Porque esta parte con toda certeza prueua, q todos los bienes aprehensos fueron de Francisco i. y assi pide se declare subsistio su vinculo, ò en todo, ò a lo menos a fauor de Francisco 3. su nieto, y assi estante la incertidumbre de quales fueron de Ana,

no

no se puede por su testamento hazer juyzio recto, ni dar cierta sentencia, por la regla que alega y funda, y aunque esté por la incertidumbre, viciado todo lo que respeta al testamento de Ana, quedan illesas las proposiciones dadas por esta parte, y se deuen recebir, salva censura senatus, sin acudir en recurso y falta de otra, a la del aprehendiente, ni a la decisíon del *Fuer. item porque, de apprehen.*

De la misma doctrina resulta, la respuesta de lo que se dize acerca del processo Mariæ Ximenez Ferrer, porque no consta, que los bienes expressados, y aprehensos allí, sean los que litigamos, ni las confrontaciones pueden durar, ni ser las mismas agora que entōces, por auer passado mas de cien años. Amas, de que ya la parte contraria se separò, y fue auido por apartado en 12. de Iulio de 1633. y aunque por la produccion se hizo aquel processo comun, y esta parte, por tal pretende aprouecharse del, como abaxo se dirà: esto no puede directa, ni indirectamente beneficiar a quien se apartò, y así no se due alegrar de q̄ quède produzido por Mathias de la Rosada, pues no tienen los Padres causa del: y porque se vea, que es de beneficio a esta parte, ò a lo menos lo seria, si se entendiesse, que allí se tratò destos bienes; suplica esta parte, que se vea como allí de Paraquellos, y Calatayud, que es donde estàn los bienes que litigamos, no ay mas de 28. heredades aprehendidas; de donde se infiere, con que verisimilitud oy se piden 72. como bienes de Ana de España, y que credito se puede dar a los testigos que deposan de hecho antiguo.

De todo lo qual se vee manifestamente, que ni ay prouança de aquella possession de Ana de España, por los seys testigos producidos exaduerso, por padecer los defectos dichos; ni tampoco ay adminiculos subsistentes en los que la parte contraria pretende, para poder ayudar aquella prouança: y esto mayormente en los bienes que no son comprehendidos en los numeros 1. 2. y 3. y en estos, aun conforme la

la intencion de la parte contraria, es mas clara la justicia de esta parte, por ser prelegados del testamento de Ana de España; y que no se deue recibir la proposicion de los Padres de la Compañia, sino la de esta parte. Salua G.S.C. en Zaragoza a 15. de Nouiembre de 1637.

Diego Serra de Fonzillas