



Reg. n.º 119



ESTATERA IVRIDICA;
CRISOL, Y PIEDRA DE TOQUE, EN QUE SE
PESAN, AFINAN, Y RECONOCEN LOS FVNDAMENTOS
legales, que asisten à el Prior, y Cabildo de la Insigne,
y Primitiva Iglesia Colegial de
Santillana.

EN EL PLEYTO CON

EL FISCAL DE SV Magestad, CONCEJOS;
Y VEZINOS DE LOS VALLES DE TORANZO, Y
Castañeda, y Lugares de Arçe, y Oruña del Valle de Pielagos. Y con el
señor D. Francisco de Zevallos, Oidor en el Real Consejo de Ordenes.
Y Don Iuan de Polanco, vezino de dicho Lugar de Oruña,
como dueños de las Pressas de Corduebo, y Iuan
Royz, sitas en el Rio de Pas.

S O B R E

EL VSO, Y APROVECHAMIENTO, MODO, Y FORMA DE LA CON-
servacion de la Pressa, y Estacada de Salmones, que llaman de Malavezina,
Matatorodo, y San Bartholomé, propia
de dicho Cabildo.

D I C T A L A

EL LICENCIADO DON IVAN GOMEZ DE LA SIERRA,
Canonigo en dicha Iglesia.

IVDICANTEM OPORTET

cuncta rimari, & ordinem rerum plena inquisitione discutere: interrogandi, respondendi, obijciendique præbita patientia ab eo, ut ibi actio ambarum partium illuminata sit pleniter: nec litigantibus iudex prius velit sua sententia obviare, nisi quando ipsi iam peractis omnibus nihil habeant in questione, quod proponant: & tandiū actio ventiletur, quousque ad rei veritatem perveniatur: Frequenter interrogare oportet, nè aliquid prætermissum forte remaneat, quod annexi conveniat. Cap. final 30. quæst. 5.

I **D**ISCVLPAUA la dilacion el echo tan dilatado de este pleyto, porque como advirtió el señor Rey Don Alonso el Sabio (que dió leyes à los Orbes, y à la Tierra) no se puede reducir à compendio lo que por su assumpto necessita de mayor explanaciõ, ò por mejor dezir, y usando de sus mismas voces del language Castellano antiguo en la Ley 3. y 5. tit. 4. part. 2. Porque seria mengua de hablar con palabras tan breves, è tan aprissa, q̃ las non pudiesen entender aquellos que las oyessen; pues aunq̃ dixerõ los Sabios, que el home debe hablar en pocas palabras, y que como el Cantaro quebrado se conoce por su sueno, assi el home es conocido por sus palabras, esto non lo debe fazer en manera, que non muestre bien, è aviertamente lo que dixere, cà si lo non fiziesse, ternian los que le oyessen, que lo fazia por mengua de entendimiento, è por embargo de razon.

2 Emperò, aviendose hecho por el Relator
Me-

Memorial impresso, nõs ceñirèmos à lo preciso, è inexcusable, remitiendonos à èl en lo demàs. Y para conseguir este fin , y proceder en este discurso Legal con la expedicion , y claridad que desleamos, el mejor medio, y la mayor destreza se asegura en premitir en el echo algunas circunstancias substanciales, en que vãn llanas las partes, que hagan senda para discurrir con mas luz en los Puntos principales.

S V P V E S T O S.

3 Sea el primer supuesto , que la Pressa del Cabildo es la Primera que ay plantada en dicho Rio de Pas, y todas las demàs que poseen las partes contrarias estàn Posteriores à ella. Y que en quanto à el dominio, y propiedad de dicha Pressa, y que este reside , y ha residido siempre , y de inmemorial tiempo à esta parte en el Cabildo, ni se duda, ni se niega por ninguno de los litigantes , con que no es necessario recurrir por aora à la probança , y fuerças de la inmemorial , y solo dezimos, que es el mejor titulo del mundo; porque supone todos quantos se pueden imaginar , aunque sea el Privilegio del Principe, donacion suya, y de otras qualesquiera partes que sean legitimas, vt ex infrà dicendis à num. cum seqq. apparebit

4 Lo segundo se supone, que el Cabildo en este pleyto ha sido, y es reo demandado, como dueño, y poseedor legitimo de la dicha Pressa, y aunque por esta razon pudiera aver declinado la Jurisdiccion Real , y pedido se remitiesse su conocimiento à los Juezes Ecclesiasticos, que lo fuesen competentes, no ha querido vsar de este medio, mas antes ha litigado, y litiga en esta Real Chancilleria, por considerar, que en ella reside como en su centro la Justicia.

5 Lo tercero se advierte, que la sentencia del
Infe-

Inferior que se diò en este pleyto, fue sin aver litigado el Cabildo, ni aversele citado, ni emplaçado, ni averse puesto en la cabeça de dicha sentencia, y solo se litigò con los Arrendatarios de su Pressa, como resulta del Memorial ajustado fol. 11. b. desde el num. 34. hasta el num. 63.

6 Ultimamente se supone, que por aver mandado el Inferior en su sentencia: *Que la Pressa del Cabildo se baxasse, hasta dexarla tan solamente en la altura de tres quartas sobre la tierra; quando el Rio, y la Marea estuviessen baxos sin creciente, ni aluvion, y que se dexasse en ella un Portillo, ò Cebadero de una braça de ancho en lo mas fondo del agua.* Le fue preciso à el Cabildo mostrarle parte, y apelar de dicha sentencia para esta Real Chancilleria, aunque pudiera aver dicho de nulidad, por el defecto insanable de citacion, y aviendo venido los autos, y sustanciádose el pleyto, y hechoso probanças, y vista de ojos, se quedò suspenso desde el año de 82. hasta el de 700. que se prosiguiò. Y aviendose llevado à la Sala se diò sentencia, por la qual se revocò la del Inferior, en quanto à la forma que diò de la altura de la Pressa, y se mandò, que fuesse la que resultava tenia el año pasado de 57. por la escritura que se refiere en el Memorial fol. 10. b. num. 33. presentada por el Fiscal de su Magestad. Y en quanto al Portillo, y Cebadero, manda que sea *entre las dos Peñas* que están en dicho Rio à el lado del Lugar de Oruña, como mas largamente se contiene en dichas sentencias, que están en el Memorial fol. 1. b. y fol. 3. à que nos remitimos.

7 Viendo el Cabildo, que esta sentencia de vista le era de notable perjuizio; pues le fuera totalmente inutil su Pressa dexando en ella Portillo, y sin cerrar el hueco q̄ ay entre dichas dos Peñas (que segun resulta de el Memorial fol. 106. num. 381. tiene *Quatro varas de ancho*) le fue preciso suplicar de ella, y en esta instàcia de revista ofrecerse à probar, pedir nueva vis-

3

ta de ojos, y Cedula de su Magestad, para que este pleyto se viesse con dos Salas, y todo lo ha hecho, y conseguido assi, con grande costa, y asistencia de vn Prebendado de aquella Iglesia, que ha estado continuamente en esta Corte à la defensa, *por ser la Pressa litigiosa el principal efecto de la Congrua del Cabildo, que re-redituà cada año mas de 500. ducados, cuya renta perdian absolutamente, con la circunstancia de la Sangradera, y Portillo.*

8 Con estos supuestos facilmente descubrimos, que la pretension contraria unicamente se reduce à los dos Puntos principales, de que el Cabildo baxe la altura de su Pressa, y dexe en ella abertura, y Portillo, por donde passe, y se comunique la pesca: Y para que se desestime su intento, y poder manifestar con mas felicidad el derecho, y la notoria justicia que à estas partes les assiste, dividiremos este Papel en tres Articulos.

9 *En el primero* se fundarà, que se le deve absolver en todo à el Cabildo de los pedimientos, y demandas que se le han puesto.

En el segundo, nos harèmos cargo de las probanzas contrarias, de sus ponderaciones, fundamentos, y doctrinas, y se darà satisfaccion à ellas por su orden, y con puntualidad.

Y en el tercero, se probarà ser justa la pretension de que se condene à los Lugares de Arçe, y Oruña à que contribuyan à el Cabildo con la mitad de todos los gastos, y salarios de este pleyto, que desde el año de 700. à esta parte ha pagado enteramente, que es el Articulo que està reservado para definitiva.

ARTICULO PRIMERO.

QUE EL CABILDO TIENE DERECHO, Y
justicia para que se le absuelva in totum de la demanda,
y pedimientos de las partes contrarias, con imposición de
perpetuo silencio, declarando en caso necesario poder tener,
su Pressa cerrada de Terrero à Terrero, y de
Ripa ad Ripam con la altura que tiene, y sin
dexar en ella Portillo, ni
avertura.

10 **E**L primer fundamento que se nos ofrece (hablando legalmente) es, que siendo el Cabildo dueño de la Pressa litigiosa, funda de derecho para poder vsar de ella como le convenga, lebantandola, y cerrandola à su arbitrio, y voluntad; porque este es el efecto principal del dominio, *Et in reserva quilibet est moderator, Et arbiter*, por el conocido texto in *Leg. in re mandata* 12. *Cod. mandati*, en donde lo exorna Agustín Barbosa en su *Collectanea*, y es Axioma comun, y Dictorio vulgar, *ut quilibet ad finem suum tollere, & elevare possit usque in Cælum*, à su arbitrio, y como le parezca, con tal que ceda en utilidad suya, & non fiat ob æmulationem. *Leg. Proculus* 26. ff. de *damno infecto*. *Leg. altius* 8. *Leg. si in adibus* 9. *Cod. de servit. Et aqua*. *Leg. 25. tit. 32. part. 3.* ibi: *E puedela alçar quando quisiere*, Gomez in *Leg. 46. Taur. num. 6.* Gratianus *cap. 896. num. 4.* Cyriac. *controvers. 28.* Agustín Barbosa in *dict. Leg. 8. num. 1. Et* 2. & plures quos plena manu congehit Antunez de Portugal de *donat. Regijs. 3. part. cap. 39. num. 13.*

11 Y aunque esta regla se limita, quando en algun Lugar ay Costumbre, ò Estatuto en contrario, y en otros casos que refiere el Antunez desde el *num. 15.*
cum

⁵
cum seqq. ninguno de ellos està deducido, articulado, ni probado por las partes contrarias.

12 Y à toda mala fortuna, no se le puede prohibir, ni embarazar al Cabildo el que cierre, y le bante su Pressa, no excediendo de la Norma que dà Paulo *in Leg. servitutes* 20. §. *si domo* 1. ff. *de servit. urban. Præd.* ibi: *Dùm nequid ultra quam quòd necesse est itineris causa demoliar*, y arreglandose à el Nivel de Vlpiano *in Leg.* 1. §. *utrum* 3. ff. *si ususfruct. petat. illic: Provt ususfructus perceptio desiderat*, esto es, dandole toda la altura que sea necesaria para la pesca de los Salmones, que son frutos del Rio, alsì como los granos, y otras especies lo son del Fundo. Cardinal Tuschus *conclus.* 358. num. 8. litt. P. porque perteneciendole à el Cabildo el dominio de dicha Pressa, y el derecho de pescar en ella, es antecedente preciso la facultad de poderla dàr toda la altura que pide el arte de pescar para coger Peces, ex vulgari *Leg.* 2. ff. *de iurisdic. omnium iudicum*, vbi communiter Doctores.

13 Texto elegante para el caso la *Ley si iter* 10. ff. *de servitut. urb. Præd.* La especie es, que aviendosele legado à Ticio la servidumbre de *iter*, por vn Prædio, simpliciter, y sin aver añadido el Testador otra cosa, se ofreciò despues la dificultad de no poder passar sin cabar en el Prædio, y poner en èl vna Puente, consultosele el caso à Celso, por parecer que era en grave perjuyzio del Prædio, y de su dueño, y sin embargo de no aver cosa mas odiosa que las servidumbres, por ser contra la libertad natural de los Prædios: Respondiò, que lo podia hazer Ticio, his verbis: *Si iter legatum sit, quà, nisi opere factò, ire non possit, licere fodiendo, substruendo, iter facere*, porque concedida la servidumbre, se entiende concedido todo lo que es necesario para vsar de ella, dict. *Leg.* 20. §. 1. *Leg.* 3. §. 3. ff. *de servitut. Præd. rustic.* con otros muchos textos, que siguiendo esta doctrina cita el Moderno Pechio de *aqua ductu*,
lib.

lib. 1. cap. 3. *quast.* 14. *numer.* 49. *cum seqq.*

14 Y si à el Cabildo se le coarctara la altura de su Pressa, y se le pusiere *quota*, y ley fixa en ella, à que se tuviera precisamente à raya, y no se le dexara libertad para darla toda la altura necessaria para la pesca, fuera lo mismo que dexarle à pocos años sin Pressa, y sin el fruto, y emolumento de ella, y quitarle los efectos del dominio, y se diera motivo à pleytos de tracto successivo, que con las novedades del Rio se pueden ofrecer, porque este, y sus aguas son bolubles, inconstantes, altivas, y tan poco sujetas à las leyes, y preceptos naturales, que parece que Dios hubo menester empenarse para refrenarlas, y ponerlas limite, y riendas. *Proverb. Cap. 8. versic. 29. illis verbis: Quando circumdabat Mare terminum suum, & legem ponebat aquis nè transirent fines suos.* Y podran con su altivez arrancar, y desfixar la Pressa del Cabildo, y minar el suelo donde està plantada, dexando en el tal fondo que necessite de mayores Estacas, y no baste la altura de las de este año, para el siguiente, como cada dia nos lo està enseñando la experiencia.

15 De esta potestad que el dominio de su Pressa le dà à el Cabildo para levantarla, y cerrarla à su arbitrio, y voluntad, ò à lo menos todo lo que sea necesario para la pesca de Salmones, se infiere precisamente, que las dos pretensiones de las partes contrarias se reducen en substancia à dos servidumbres conocidas en el Derecho, *altius non tollendi* la vna, de que tratan los Consultos *in Leg. cum eo 9. Imperatores 14. cuius adificium 24. ff. de servit. Prad. urban. & in Leg. altius 8. Cod. de servit.* Y la otra *itineris, vel Foraminis*, de quib. *in Leg. 1. ff. de servit. Prad. rustic. & in Leg. foramen 28. ff. de servit. Prad. urban.*

16 Tambien se infiere necessariamente, que las partes contrarias que pretenden dichas servidumbres, están en obligacion precisa de probarlas, lo vno,
por

por ser actores demandantes, ex *Leg. ei incumbit 2. ff. actor quod asseverat 23. Cod. de probat. cum vulgatis*. Lo otro, porque las servidumbres no se presumen sino se prueban, dict. *Leg. 8. § 9. Cod. de servit. § aqua*, Cyriaco *controvers. 28. num. 5. D. Valenç. cons. 178. à num. 2. Antunez de donat. Reg. 3. part. cap. 39. num. 22.* y para probar las servidumbres negativas *altius non tollendi*, es preciso, que se articule, y pruebe, que aviendo pretendido el Cabildo levantar su Pressa, se lo prohibieron las partes contrarias, y que el Cabildo se aquietò à la prohibicion, y despues de ella aver passado 44. años, que es el tiempo establecido contra las Iglesias, con los quatro que tienè de restitucion, ex *Leg. 26. tit. 29. part. 3. iuncta Leg. 8. § 10. tit. 19. part. 6.*

17 Y sin esta prohibicion, y aquietacion, ni se pueden adquirir, ni pretender. *Cancerius lib. 3. cap. 4. à num. 139. Gomez 2. variar. cap. final, num. 27. columna 2. vers. Item. Posthius de manut. observat. 10. numer. 99. Augustin Barbosa in Leg 1 Cod. de servit. § aqua. Noguerol allegat. 39. num. 43. D. Larrea allegat. 16. numer. 19. § 24. Antunez dict. cap. 39. numer. 15. vbi plures, y con otros muchos que cita, y sigue Iranço de protestat. cap. 30. num. 108. y 109.*

18 Y en terminos de aguas, lo dixo admirablemente el Moderno Francisco Pechio de *aqua ductu, lib. 1. cap. 7. num. 24. per totum, & præcipue, illis verbis: Ad hoc autem, ut possit adquiri hoc ius negativum prohibendi, nè aliunde aqua divertatur, § valeat currere præscriptio, oportet, quod superiores voluerint aliquando aquam aliunde divertere, § fuerint prohibiti, § huiusmodi prohibitioni acquieverint, &c.*

19 Y para la servidumbre afirmativa de aver tenido dicha Pressa el Portillo que se pretende por las partes contrarias, tambien les era preciso probar, y articular, que dicho Portillo le avian tenido siempre avierito, y en en vn mismo sitio, y parte, y que aviendo

pretendido cerrarle, se lo avian prohibido, y el Cabildo a quietadose en la misma forma à la prohibicion, y que despues de ella avia passado el tiempo referido de los 44. años.

20 Y teniendo contra sì las partes contrarias la presumpcion legal de que las servidumbres, ni se deben, ni se presumen, sino se prueban, estaban en obligacion de probarlas con probanças mas claras, y vrgentes, nam qui præsumptionem iuris contra se habet durioribus probationibus oneratur, vt plenè probat D. Molina de primog. lib. 3. cap. 4. numer. 32. § 33. ex Leg. nuptura § 3. ff. de iur. dot. Leg. libertas 17. §. final. ff. de manumiss. testament. Leg. si plures de vulg. Leg. final, in fine principij, ff. quod metus causa, cum alijs.

21 Tan lexos està de que las partes contrarias ayan cumplido con esta obligacion, que aun no se han atrevido à ponerlo en su interrogatorio, temerosos de que los testigos dixessen contraproducentem; porque nunca hubo semejante prohibicion, ni quietacion, ni ay testigo en el Memorial ajustado que lo diga en esta forma; y lo mas que se alargan à dezir algunos interessados, como despues se dira, es aver visto dicho Portillo entre dos Peñas à el lado del Lugar de Oruña, à que se darà satisfaccion en el segundo articulo.

22 Notorio es en Derecho, que quando se trata de probar vn echo antiguo, es mejor probança la que se haze por instrumentos, que la de testigos, texto exprello in Leg. census, § monumenta 10. ff. de probat. y la Ley del Reyno 27. tit. 11. lib. 2. Recopilat. ibi: Haga buscar, y busque con toda diligencia los padrones antiguos, que por ellos mejor se sepa, y averigue si la persona que trata el pleyto sobre su Hidalguia, &c. Los Autores lo exornan à cada passo, y por todos el señor Solorzano, que depone como testigo de echo proprio, hablando de la probança de filiaciones antiguas por testigos, en
que

que regularmente experimentò en muchos pleytos, que las partes probavan cada vna lo que queria, por lo qual dize, que siempre dava su voto por lo que resultava de los instrumentos, es en el tom. 2. de iur. Indiar. lib. 1. cap. 26. à num. 31. vsque ad 37. y porque con esta doctrina esperamos afiançar la defensa principal de este pleyto, nos ha parecido conveniente trasladar dichos numeros, que son en la forma siguiente.

23 Ibi: *Sed quoniam in probanda parentela, seu descendencia, ad huiusmodi successionem obtinendam, gravissima, & ferè inextricabiles difficultates offerri solent, propter contrarias, atque invicem pugnantes testium assertiones, qui cum Indi (ut plurimum) sint, parum sibi constant, & articulos utriusque partis, prout ab eisdem proponuntur, plenissimè explent, & frequenter de auditu, & fama deponunt, quod sufficere solet, ubi agimus de computatione, & comprobatione gradus consanguinitatis, maximè quando sumus in antiquis, cap. licet ex quadam de testibus, cum pluribus alijs que congescit Mascard. de probationib. conclus. 797. num. 19. & Farinac. de testib. quest. 69. cap. 2. num. 63. & 65. & numer. 103. cum multis seqq. Summo ingenio provissum fuit per dictum D. Proregem, ut loci Prator aliam informationem de officio (ut dicunt, que es lo mismo que otra vista de ojos) recipiat, & cum suffragio, vel iudicio suo ad Proregem remittat; cui informationis plus solet, & debet deferri, quam illis, que apartibus presentantur. Nisi quia HI ETIAM PRETORES, ALIQVANDO MAGIS UNIQVAM ALIJ EX LITIGANTIBVS, EX VARIJS RESPECTIBVS, VEL AFFECTIBVS FAVENT.*

24 *Quod in causa erat, ut Ego, cum eiusmodi litibus iudicandis præssem, multum antiqua instrumenta, municipiorum, ac taxarum matriculas, librosque Baptismi, & Matrimoniorum considerarem, & titulos precedentium Cacicorum, qui ex gubernationis Archi-*
vjs

vijs deducebantur, ut ex his indagare possem, quibus magis lux veritatis assisteret. Quoniam licet dici soleat, in exercendis litibus parem vim habere testes, & instrumenta. Leg. in exercendis. Cod. de fide instrum. ubi tamen sumus in antiquis, magis deferendum est instrumentis, quam testibus, ut in simili probant textus in Leg. census. D. de probationib. ibi: Censui, & monumenta publica potiora testibus esse Senatus censuit. Leg. si tibi, Cod. de testib. Leg. monumentorum, Cod. de relig. & sumpt. fun. Leg. 6. D. eod. Cap. series de testib. cum alijs, quæ adducit Cravet a cons. 58. in fine, Roderic. Suarez in Leg. quoniam in prioribus, dub. 2. num. 1. in fine, Mascard. conclus. 411. num. 19. Minsinger. lib. 5. observat. 79. Ioannes Garc. de nobilit. gloss. 4. num. 33. & gloss. 18. num. 12. Otalora eod. tract. 1. part. 3. cap. 7. num. 17. in fine, Ioannes Gutierrez lib. 3. pract. cap. 14. num. 35. Hottoman. cons. 35. num. 2. Perez de Lara de Anniversar. lib. 2. cap. 4. numer. 57. & D. Ioann. Valenzuela cons. 50. num. 136. & seqq.

25 Quod adeò verum est, ut procedat etiam ubi talia antiqua instrumenta, vel monumenta enuntiative, & ad alium finem referant parentelam, consanguinitatem, vel nomina ascendentium, quæ probari intenduntur, Leg. optimam, Cod. de contrah. stip. Bald. in dict. cap. series, num. 4. Iass. in Leg. si quis ex argentarijs, §. Prator, numer. 20. & 21. D. de edendo, Cravet. de antiq. temp. 1. part. in principio, num. 6. & 7. & cons. 317. vers. Secundo respondeo, Mieres de maioratib. 1. part. quest. 10. Surd. decis. 145. numer. 6. Mascard. ubi suprà, Afflictis decis. 13. & plures alios solita diligentia referens D. Ioann. del Castillo lib. 5. controvers. cap. 123. ex num. 7. Et hoc certius, & indubitabilius erit, quando reperiuntur, vel concurrunt duo, vel plura instrumenta antiqua, eandem intentionem iuvantia, vel probantia, ut optimè advertit, & prosequitur Marescot. lib. 1. variar. resolut. cap. 70. num. 6. & Nicol. Garcia de benef. 7. part. cap. 15. num. 31. & seqq.

26 Siguiendo, pues, la doctrina de tan grande

de Senador, y Maestro, hallamos, que además de no aver probado las partes contrarias su intencion en quanto à las dos servidumbres, el Cabildo tiene notoriamente justificado por instrumentos, y testigos, que ha usado de su Presa sin la carga de ellas, teniendola siempre, y de immemorial tiempo à esta parte cerrada de Ripa ad Ripam, y de Terrero à Terrero, sin Portillo, ni abertura alguna, y con la misma altura que à el presente tiene à su arbitrio, y voluntad; y para que esto se manifieste con claridad, se referiràn por su orden los instrumentos de que se haze relacion en el Memorial ajustado, y resultan del pleyto.

27 Y lo primero que ponderamos por instrumento, es, el nombre que han tenido, y tienen los dos Sitios, en donde se ponen las Armanças para la pesca, que se dizen *Goletes*, ò *Butroneras*, el vno se ha llamado, y llama *Matalotodo*, y el otro *Malavezina*, etymologias, que ambas estan manifestando tuvieron su origen, y denominacion de estar siempre la Presa del Cabildo cerrada, sin Portillo alguno, y con toda la altura necessaria para coger la pesca, que esto explica, y quiere dezir el *Matalotodo*, y *Malavezina*, respecto de las demás Pressas posteriores que ay en el mismo Rio; pues, si estuviera mas baxa, y tuviera Portillo por donde se pudieran passar los Salmones libremente (como en contrario se pretende) no les correspondia los nombres referidos; y à cada passo hallamos en los libros, y en los textos de ambos Derechos la fuerza de la probança de la etymologia, y con especial cuidado, y diligencia en el señor Salgado de Reg. protect. 2. part. cap. 13. num. 131. Barbosa in Rubrica solut. matrim. 1. part. cap. 13. D. Vela dissert. 35. num. 16. Lagunez de fruct. 1. part. capit. 1. per totum.

28 El segundo instrumento (aunque merecia el primer lugar) que prueba notoriamente el intento del Cabildo, es, la sentencia arbitraria del año de 606.

Refierense los instrumentos cõ que prueba el Cabildo aver tenido siempre su Presa cerrada, de orilla a orilla, sin Portillo, ni Sangradera, y con la altura necessaria para la pesca.

Segundo instrumento.

para cuya ponderación, es preciso hazer alto, y parar la consideracion en las circunstancias notables que de este instrumento resultan, porque recayò dicha sentencia sobre otra demanda semejante à la de este pleyto, puesta à el Cabildo por los mismos Lugares de Arçe, y Oruña, en que pretendian, que dicho Cabildo baxasse su Pressa, y dexasse en ella Portillo, y Sangradera (que es la misma pretension que oy tienen las partes contrarias) para que passasen por èl los Salmones, como se assienta por el Relator en el Memorial fol. 5. b. num. 12. & fol. 6. b. num. 15. illis verbis: *Y sobre aver levantado la dicha Estacada de Malaveza mas que solia ser, y sobre no dexar Cebadero para subir los Salmones.*

29 El motivo de dicha demanda, era, porque los Lugares tenian, como à el presente tienen, vnos Pozos de Salmones posteriores, contiguos, è inmediatos à dicha Pressa, que la primera Pintura del año de 82. señala à el numero 9. cuya pesca ha sido, y es privativa de dichos Lugares, en donde para coger los Salmones ponen vnas Redes, ò Paradejos (que son lo mismo que otra Pressa) atravesando el Rio de parte à parte, y deziàn, que el Cabildo se lo embarazava, teniendo su Pressa cerrada, y tan alta.

30 Conque de la dicha demanda, que fue el año de 601. se manifiestan dos circunstancias, vna, que el Cabildo en aquel tiempo, que ha mas de 100. años, tenia su Pressa cerrada, sin Portillo, ni Cebadero, y con la misma altura, respecto de que los Lugares alegavan, que el Cabildo la tenia levantada, y que no dexava en ella Cebadero para subir la pesca: Y la otra, que dichos Lugares eran legitimos Contendores, y Contradictores, por el notable interès que se les seguia, por ser los mas inmediatos à dicha Pressa.

31 Prosiguiòse el pleyto desde dicho año de 601. hasta el de 603. y 605. y en èl se hizieron probanças, y presentaron instrumentos, y por vno, y otro pro-

probò el Cabildo su intento, y que le pertenecià dicha Pressa de tiempo immemorial, con la libertad de tenerla cerrada, sin Portillo, y con la altura que tenià.

32 Y en este estado, ambas partes comprometieron dicho pleyto en Rodrigo Velarde, Abogado, y vezino del Lugar de Muriedas, persona de tanta satisfaccion, que todas tres Comunidades convinieron, en que èl solo como arbitro iuris, ò como arbitrador, ò amigable componedor, ò como quisiese, guardando, ò no guardando la forma judicial, sentenciasse, y determinasse dicho pleyto, y le prorrogaron el termino diferentes vezes, *vt constat ex Memor. fol. 6. numer. 13. 14. 15. & 16.*

33 Aceptò el Juez arbitro el nombramiento, y por auto que se notificò à todas las partes mandò, que dentro de 15. dias pareciesen ante èl à alegar cada vna de su justicia, y presentassen los instrumentos, y probanças que tuviessen, è hiziessen las demás diligencias necesarias para poner dicho pleyto en estado de determinarle, como resulta del Memorial *numer. 14. & 17.*

34 En cumplimiento de dicho auto presentò el Cabildo los instrumentos que cita el Relator en el num. 18. y de ellos se diò traslado à los Lugares, los quales alegaron mas en forma la peticion que se refiere en el num. 19. del Memorial, insistiendole en la misma pretension de que se le condenasse à el Cabildo à que baxasse su Pressa, y dexasse en ella Portillo, y Sangraderra: Y pidieron, que dicho Juez arbitro passasse à hazer *vista ocular* de la dicha Pressa. A que respondiò el Cabildo, que se le avia de absolver, y denegar à dichos Lugares su pretension, por las razones que se expresan en el Memorial num. 20. que son las mismas con que oy se defiende en este pleyto. De que se bolviò à dár traslado à dichos Lugares, y no dixeran cosa alguna.

35 Y en 26. de Diziembre de dicho año de 605.

605. el Juez arbitro pròveyò el autò que se refiere en el Memorial fol.8.num. 22. en que dixo tenia hecha la *vista de ojos de los Pozos, y Pressas* sobre que era el pleyto, pedida por los Lugares; y que aunque todas las partes avian concluido yà para sentencia en el dicho pleyto, que ante el pendia, sin embargo de sus conclusiones, *para mas justificacion*, y por si acaso por alguna de ellas despues se huviesse acordado de hazer en la causa *mas diligencias, probanças, ò presentar algunas escrituras*, ò si tenian alguna cosa mas que alegar, lo hiziessen, si quisiessen, y sino pareciessen ante el à concluir la dicha causa, que estava prompto à determinarla, lo qual mandò cumplir dentro de 30. dias que les diò de termino, con apercibimiento, que passados determinaria el pleyto como hallasse *por derecho*.

36 Notificòse este auto à la parte del Cabildo, y de los Lugares, y todos respondieron, que no tenian mas que alegar, ni mas instrumentos que presentar en la causa, y que *asì concluian* para definitiva, y se dieron por citados para la sentencia. Memor. fol.8.b. num. 23.

37 Y aviendo precedido todo este orden, y forma judicial (en que nos hemos detenido algo mas, para que se reconozca la justificacion, y el pleno conocimiento de causa con que procediò el Juez arbitro) en vista de todos los autos, y de los instrumentos, y probanças, en 17. de Octubre de dicho año de 606. diò la sentencia que està puesta à la letra en el Memorial numer. 24. por la qual declaró: *No està obligado el Cabildo à dexar en dicha su Pressa, y Estacada Portillo, ni abertura alguna, mas de las que le fueren necessarias para sus Armanças, Goleteras, Mangas, y Butrones.*

38 Y passò à motivar en dicha sentencia las razones por que desirò à su favor, y literalmente expresa, que dicho Cabildo avia probado la immemorial por instrumentos, y testigos; y vno de los motivos es-

especiales que dà para no deber dexar el Cabildo Portillo en su Presla, es, por que le fuera invtil, y de ningun provecho, si en ella dexara abertura, pues por ella se fueran los Salmones, y pesca.

39 Y aunque esto parece, que es dàr discurso en los Pezes (quod absit) sin embargo la razon que dà dicho Juez arbitro estan notoria, como convincente, y clara, porque todos los animales tienen por su instinto natural tres cosas, *pabulum querere, filios procreare, & declinare ea quæ nocitura videntur*, que es en lo que convienen todos los Filósofos, y nos lo enseña cada dia la experiencia, que el mas torpe huye del lazo, de la Escopeta, y de qualquier peligro.

40 Tambien motiva otra circunstancia no menos relevante, que reconociò en la vista de ojos que hizo à pedimiento de los Lugares, y es: *Que todas las demàs Pressas que avia en el mismo Rio posteriores à la del Cabildo, estavan en la misma forma cerradas, y no tenían Portillo alguno*, que fue lo mismo que dezir no avia de ser de peor calidad el Cabildo, siendo el primer acrehedor à la pesca, y su Presla la primera, y la mas antigua, razon que ilena el entendimiento.

41 Esta sentencia arbitraria se notificò à todas las partes, y pidieron traslado de ella para saber como la avian de observar, y guardar, sin que por ninguna se apelasse, ni reclamasse, como lo assienta por hecho llano el Relator en el Memorial fol. 9. num. 25. & 26.

42 Y aviendose aquietado las partes à dicha sentencia, y no apelado de ella, quedò tan firme, como no sujeta à que oy se pueda impugnar, ni reclamar contra ella, *vt probat textus in Leg. final, tit. 4. part. 3. his verbis: Mas si lo turviessen las partes por bueno, diziendo quando avian juzgado, que se pagavan del juyzio, ò escribiendo por sus maros la carta de la sentencia, que la confirmavan, ò si se callassen fasta diez dias despues que fuesse dada, que la non contradixessen: Tal sentencia como esta*

E

debe

debe valer. E si alguna de las partes pidieffe despues. à el Juez Ordinario del Lugar, que la fiziesse cumplir, debelo fazer tambien, como si fuesse dada por otro Juez de aquellos que han poder de oir, è librar todos los pleytos.

43 Y si se haze reparo en que no consta, que la dicha sentencia arbitraria se executasse, tiene facil respuesta con la doctrina del señor Salgado, del señor Ualenzuela Uelazquez, de Avendaño, y de otros Autores que cita, y sigue el señor Olea *de cess. iur. tit. 3. quest. 11. num. 12.* que hazen la distincion quando el actor vence, y en esse caso es precissa la execucion de la sentencia para ponerle en possession; pero no quando vence el reo, y se le absuelve, porque como se halla en possession no ay que executar, que fue lo mismo que sucediò entonces; porque el Cabildo (como se ha fundado) era reo demandado por dichos Lugares, y estava en possession de la Pressa, y de tenerla cerrada, sin Portillo, y con la altura que le correspondià para la pesca, como los mismos Lugares lo confessavan en su demanda, y el Juez arbitro lo motiva en su sentencia.

44 De esta sentencia no solo prueba el Cabildo en fuerça de instrumento (como se ha ponderado) todo lo que necessita para desvanecer el intento de las partes contrarias, sino que les obsta en fuerça, y autoridad de cosa juzgada, porque aviendose dado a favor de la Pressa, es sentencia Real, y consiguientemente perjudica, no solo à los que litigaron, sino tambien à todos los demás interesados, aunque no litigassen, por los textos tan conocidos *in Leg. liberto 31. §. 7. ff. de negot. gest. ibi: Uno defendente causam communis aquae, sententia pradio datur, & in Leg. dies cautioni 4. §. totiens 6. ff. de damno infect. ibi: Est tamen tutius libellum ad ipsas ades proponere, fieri enim potest, ut ita monitus, defensor existat. Leg. loci corpus 4. §. si fundus 3. ibi: Et victoria unius, & alijs proderit, ff. si servit. vindic. Leg. Imperat. 7. ff. de publican. & vectigal. exornant D. Chrill. de Paz de*

Te-

Tenut. cap. 43. num. 8. D. Lara de vita homin. capit. 7. numer. 54. Garcia de Nobilit. gloss. 6. num. 48. versicul. Imò aunque la executoria. Barbosa voto 126. numer. 337. D. Larrea decis. 77. numer. 10. vbi plures D. Molin. lib. 4. de primogenijs, cap. 8. num. 3. § 4. vbi Addent. egregiè D. Covarrub. practicar. quest. cap. 13. num. 5. per totum, § num. 6. vbi Faria, & plures relati à Valeron de transact. tit. 3. quest. 2. num. 9. in fine.

45 Y esto procede no solo en las sentencias de los Juezes Ordinarios, sino tambien en las que se dàn por los Juezes arbitros, con tal que no se pruebe colusion; porq̃ las sentencias arbitrarías de su naturaleza son tan firmes, y obrán los mismos efectos que las dadas por Juezes competentes, y producen igualmente el efecto de cosa juzgada, vt probat dict. *Lex final, titul. 4. part. 3.* y aun tienen mayores ptivilegios, y prerrogativas, por ser executivas con la fiança de la Ley de Madrid (no lo siendo las sentencias de los Juezes Ordinarios) *Leg. 4. tit. 21. lib. 4. Recopil. D. Uela dissertat. 45. numer. 28. D. Salgad. de Reg. protect. 3. part. cap. 13. D. Valençuel. consil. 11. numer. 63. Carleval de Iuditijs, tom. 2. disputat. 8. num. 2. § 20. D. Covarrub. lib. 2. var. cap. 12. num. 2. Parlador. lib. 2. rer. quotid. cap. final, part. 1. §. 2. num. 1.*

46 Y siempre las sentencias arbitrarías han sido atendidas, y veneradas en esta Real Chancilleria, y en todos los Tribunales Supremos de España, especialmente siendo antiguas, como lo es esta de que el Cabildo se vale, y así lo testifica de hecho propio nuestro Valeron de transact. tit. 4. quest. 3. num. 38. illis verbis: *Et nos semper vidimus in negotijs occurrentibus multum deferri his amicabilibus conventionibus, aut SENTENTIJS ARBITRARIJS factis ab opidis sine Regia licentia super usu Paschui, qui usus, & forensis consuetudo sic iudicandi, & aprobandi eas conventiones plurimum iubat.*

47 Y esto es en tanto grado cierto, que puede

demoſ dezir, que la dicha ſentencia arbitraria tiene mas fuerça que vna Carta Executoria de tres ſentencias conformes; porque aviendose aquietado à ella, y no apelado las partes, vt antea num. 41. dicebamus, es ſeñal evidente, y vrgentiſſima preſumpcion de que la dicha ſentencia era notoriamente juſta, como à el contrario quando apelan, y reclaman, es indicio de que tenia duda la materia ſobre que ſe litigava, aſſi lo pondera doc- tamente Geronimo de Zevallos tom. 3. commun. opin. queſt. 830. numer. 59. ibi: *Non eſt differentia aliqua in noſtro iure inter unicam ſententiam tranſlatam in rem iudicatam, vel tres conformes, immò, fortior cenſetur vna ſententia, aqua non fuit provocatum, quia preſumitur iuſtitia litigantis evidentior, ex eo quod pars adverſa conſentit, vel non provocavit.*

48 Y pudiera traer eſte Autor, aunque no la cita la Ley del Reyno 8. tit. 17. lib. 4. Recopil. ibi: *Ninguno, ni alguno ſea oſſado de impedir con oſſadà loca por fuerça, y con armas contradi- zir, ò defender, ò impedir la execucion de las ſentencias PASSADAS EN COSA JUZGADA*, en que dà à entender eſta Ley lo miſmo que llevamos ponderado de la notable fuerça de vna ſentencia paſſada en coſa juzgada, y de la que no ſe apelò, que eſ lo miſmo. Segun la deciſſion de Geronimo de Zevallos, y de la Ley de la Partida, que en el num. 42. queda expreſſada.

Tercero inſtru-
mento.

49 Quedò el Cabildo (proſiguiendo en el tercero inſtrumento) en quieta poſſeſſion de ſu Preſſa, con la altura que tenia, y cerrada de Terrero à Terrero, ſin Portillo alguno; y viendo los Lugares de Arçe, y Oruña, que por eſte medio, y en juſticia no avian podi- do conſeguir lo que pretendiàn, diſcurrieron fabricar otra Preſſa anterior à la del Cabildo, en vn Sitio que llaman Labadorio, y con eſeecto previnieron los materia- les, y la començaron à fabricar en toda forma en el año paſſado de 1648.

Re-

50 Reconodiendô el Cabildo, que esto era vna virtual contravencion à la dicha sentencia arbitrarîa, emologada, y consentida por dichos Lugares, y en notable perjuyzio de su derecho, queriendolos hazer segundos acrehedores à la pesca, siendo los primeros, salieron à la contradiccion, poniendo coto, y embargo de nueva obra, sobre que se suscitò otro nuevo pleyto, que durò hasta el año de 53. y à este tiempo, por bien de paz, y concordia, ambos los Lugares hizieron con el Cabildo escriptura de Transaccion, y Concordia, con diferentes Capítulos, y condiciones, que se refieren en el Memorial ajustado fol. 9. desde el numer. 27. hasta el num. 32.

51 Y entre otras cosas, por los Capítulos 1. y 2. que estàn à el numer. 28. y 29. se convinieron en que el producto de ambas Pressas se avia de hazer vn cuerpo, y sacar de èl la Quarta parte para dichos Lugares, y que estos por dicha razon avian de tener obligacion de reparar, y conservar perpetuamente dichas Pressas en el estado que entonçes tenian (que como se ha dicho era de estàr cerradas, sin Portillo, y con la altura necessaria) y aunque en dichos Capítulos, y Escri-tura de concordia no se expresa literalmente si tenian, ò no Portillo, manifestase notoriamente, que no le tenian, assi por lo que vâ referido, como porque si le tuvieran le expresaran dichos Lugares, para que en todo tiempo constase, por el notable interès que se seguia à sus Pozos, que la primera Pintura señala al numer. 9. inmediatos, y contiguos à la dicha Pressa del Cabildo, vt probant iura, & Doctores infra num. 58. & 59.

52 *Siguiese el Quarto instrumento*, que es la Escri-tura de medida, y arrendamiento que se expresa en el Memorial fol. 10. b. num. 33. otorgada en el año de 657. entre la parte de el Cabildo, y Lugares de Arçe, y Oruña (en conformidad de la Transaccion,

Quarto instru-
mento.

y Concordia antecedente) y Don Lōrenço de Polanco, Dueño que era de la Pressa de Juan Royz, inmediata à la del Cabildo, por la qual resulta, que el dicho Don Lorenzo arrendò la Pressa del Cabildo en cierto precio, por dos años, con obligacion de dexarla à el fin de el arrendamiento en la misma forma, y con la misma altura que la recibia; y para que constasse, se hizo vna diligencia (que es lo mismo que vna vista de ojos formal) porque se nombraron personas por vna, y otra parte para que midiesen la Pressa, y declarasen la altura que tenia, y se llamaron Escrivano, y testigos para que se hallasen presentes, y se reduxesse à escritura la medida; y todos juntos con la vara en la mano midieron toda la pressa vara por vara, y de Ripa ad Ripam, empezando desde la orilla que tiene el Rio àzia el Lugar de Oruña, hasta llegar à la otra orilla de Arçe, expressando muy por menor el alto de dicha Pressa, y las varas que tenia de largo de Terrero à Terrero.

53 *Y en toda la dicha Escritura, ni se expressa, ni se enuncia, que en dicha Pressa huviesse Portillo, abertura, ni Sangradera alguna, como de ella misma, y su contexto se reconoce, y lo asienta por echo llano el Relator en dicho Memorial fol. 119. num. 424. en la Nota que allí pone à el margen, ibi: Es cierto, que en la dicha Escritura de medida del año de 57. no se expressa, ni se hace mencion de Portillo, ni abertura alguna, aunque se midió toda la Pressa.*

54 *Y de no se aver expressado en la Escritura Portillo, ni Sangradera, prueba el Cabildo notoriamente, que no le tenia su Pressa, y que dicho año de 57. veinte y vn años antes que se moviesse este pleyto, estava toda cerrada de Terrero à Terrero, sin abertura alguna, porque si tuviera Portillo, no es dudable, que se huviera expressado, por no tener con el la medida continuacion de orilla à orilla, como la tuvo, ni es creible, que Don Lorenzo del Polanco avia de omitir esta diligencia,*

que

que le era tan importante, por ser el principalmente interesado en que huviesse dicho Portillo, y se expressasse, pues por el se pasaran los Salmones, y subiera mas pesca à su Pressa de Juan Royz, que està posterior, y la mas inmediata à la del Cabildo, como la primera Pintura del año de 82. señala à los numeros 13. y 14.

55 Este Discurso se haze mas verdadero con la deposicion que està en el Memorial fol. 62. num. 216. del Licenciado Toribio de Escalante, Presbytero, cuyas palabras son, ibi: *Que en los 22. años que estuvo sirviendo el Curato de dicho Lugar de Arçe, y residiendo en el, viò, que en algunas ocasiones que se reparò, y reedificò la Pressa del Cabildo, se quexava Don Lorenzo de Polanco, y otros Dueños de la Pressa de Juan Royz, que està inmediata à la del Cabildo de la parte de arriba, de que esta se avia lebantado mas de lo que solia estàr, y se nombraron personas viejas, y ancianas por vnas, y otras partes, que vieron, y reconocieron la dicha Pressa del Cabildo, y declararon estàr de la misma forma, y con la misma altura que estava antiguamente, sin exceder cosa alguna.*

56 Y se esfuerça mas con lo que oy pretendiendo Don Juan de Polanco, hijo del dicho Don Lorenzo, y successor en la dicha Pressa de Juan Royz, que movido del referido interès coadyuva la pretension del Fiscal de su Magestad, y Consortes, en quanto à que en la Pressa del Cabildo se dexe Portillo, y Sangradera, alegando, y articulando, que su Pressa de Juan Royz fuera inutil, y de ningun provecho, y que à ella no pudiera passar pesca si en la del Cabildo no se dexasse Portillo, y assi resulta de la pericion del dicho Don Juan de Polanco, que està en el Memorial à fol. 36. y de la pregunta 10. de su interrogatorio, que se refiere fol. 104. b. numer. 377. in fine, y lo assienta el Relator fol. 63. numer. 220. in fine, y lo buelve à repetir con mas expresion à fol. 119. b. en la Nota que pone à el margen à el fin del num. 424. Por-

57 Porque todas estas circunstancias de el
cuidado, y vigilancia que à fin de vtilizar mas su Pressa
han puesto siempre Don Lorenzo, y su hijo, en que no
se leuantasse mas, y se dexe Portillo en la del Cabildo,
son de tan relevante calidad, que por mas que se quie-
ran cerrar los ojos à la luz de la razon, estàn manifes-
tando, que estava cerrada, y sin abertura el referido año
de 57. y que siendo cosa tan notable, y de tanta impor-
tancia para la Pressa de Don Lorenzo la circunstancia
del Portillo, non est verosimile, iudè nec credibile, que
el susodicho la omitiera (si le huviessè) en vn instru-
mento tan autentico, y probante (por donde siempre
avia de constar) como es la dicha Escritura de medida.
Maximè en ocasion que para pedir se expressasse en
ella tenià tan justo motivo, como era la obligacion que
por ella hazià de dexar la Pressa del Cabildo, fenecido el
arriendo, en el mismo estado, forma, y proporcion que
tenià quando la recibia.

58 Para que es texto formal la *Ley item*
apud Labeonem 15. §. *hoc edictum* 26. alias ait *Prator* 25.
ff. de iniurijs, que à cada passo citan nuestros Autores;
especialmente Carleval *de Iuditijs*, tit. 1. *disputat.* 2. nu-
mer. 1141. *in fine*. Lagunez *de fructib.* capit. 15. §. 4. nu-
mer. 209. D. Larrea *allegat.* 94. num. 25. ibi: *Idque sine*
dubio procedit quia in nulla parte rescripti, & concessio-
nis mentio fit de renuntiatione, quod cum valde notabile
esset, exprimendum erat *Leg. item apud Labeonem* 15. §. ait
Prator, ff. de iniurijs, eis verbis: *Ea enim quæ notabiliter*
sunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta.
Quidenim magis notabile in hoc casu quam renuntiation-
em in his muneribus concedere contra eorum naturam, &c.
y el señor Don Juan del Castillo tom. 6. lib. 5. *controvers.*
cap. 179. num. 4. ita scribit: *Et viri simile non est, quod si*
institutor, electionem concedere voluisset, rem adeò notabi-
lem, & necessariam, specialique nota dignam silentio præ-
teriret, & ideò neglecta videtur argum. text. in Leg. item
apud Labeonem, §. hoc edictum de iniurijs, &c. Pruc-

13

59 Pruebasse tambien la ponderacion del texto en la *Ley final, Cod. de reb. cred.* de cuya hypotesi facan los Autores la conclusion, que de qualquiera instrumento resultan dos probanças, vna afirmativa de todo lo que contiene, y otra negativa de todo lo que en el no se expresa, como cada dia se experimenta; pues para justificar vn legado se vale el legatario del testamento, y para probar que no se debe presenta el heredero el mismo testamento, y solo con leerle se manifiestan estas dos probanças, ita D. Salgad. de Reg. protect. 4. part. cap. 3. num. 169. cum seqq. illis verbis: *Quæ negativa probanda est ex ipsius commissionis, & mandati, ac actorum inspectione, nam negativa coarctata ad certam scripturam, est probabilis per inspectionem oculorum. Nam id quod non reperiatur in ea, & in actis, nec in processu præsumitur, ac fingitur non factum, nec adesse, bonus textus in cap. cum ad Sedem de restitut. spoliat. cap. 1. de lit. contest. Leg. final, Cod. de reb. credit. ubi quod legata non fuerunt mandata, & relicta probatur ex facie, & inspectione testamenti, ubi Doctores.*

60 El quinto instrumento prueba tambien, que el año de 678. veinte y vn años despues de la dicha Escritura de medida, estava el Cabildo en la misma possession de tener su Pressa cerrada sin Portillo, y con la altura necessaria para la pesca, y son los pedimientos, y demandas que dieron principio à este pleyto, puestas por los Arrendatarios de los Pozos de los dichos Lugares de Arze, y Oruña, immediatos à la Pressa del Cabildo, y anteriores à la de Polanco (que vienen à estar en el medio de las dos Pressas, como resulta de la Primera Pintura à el num. 9.) contra los Arrendatarios de la Pressa del Cabildo, quexandose de que estos la tenían cerrada sin Portillo, y que la avian levantado mas, que es à lo que se reduxo el ingreso deste pleyto, y lo que en substancia dixeron en sus demandas, segun se expresa en el Memorial fol. 11. b. n. 34. & fol. 12. n. 37.

Quinto instrumento.

61 Los Arrendatarios de la Presa del Cabildo respondieron à dichas demandas, afirmando asertivamente ser incierta la relacion de los Arrendatarios de los Pozos, porque ellos no avian lebandado la Presa, ni esta avia tenido Portillo, y que la tenian en la forma que se la avian arrendado los Lugares, y el Cabildo, y aviendose hecho sobre esto diferentes autos, y nombradose por la Justicia Ordinaria Promotor Fiscal para que defendiessa la libertad de los Salmones, se recibì el pleyto à prueba entre dichos Arrendatarios, y Promotor Fiscal, y se hizieron ciertas probanças, y se passò à dár la sentencia que se refiere en el num. 2. del Memorial, sin que en todo esto interviniesse el Cabildo, ni los Concejos de Arçe, y Oruña, que eran las partes formales, aunque por los Arrendatarios de la Presa del Cabildo se pidiò les citassen, como dueño de ella, antes bien los otros Arrendatarios, y el Promotor Fiscal lo contradixeron, como resulta del Memorial fol. 15. b. num. 55. reconociendo, que dicho Cabildo defenderia la causa, y desvaneceria su pretension con instrumentos, y probanças, como despues lo ha hecho.

Sexto instrumento.

62 *El sexto instrumento, es la vista de ojos que hizo el Recetor quando fue à las probanças de este pleyto en el año passado de 682. precediendo el poder que diò el Fiscal de su Magestad para presentar testigos, y nombrar personas que asistiessen à ello, y avien-dolas nombrado el Poderaviente, y el Cabildo, y Con-cejos, y los demàs interessados, se hizo con su asistencia la dicha vista de ojos, y de ella resulta, que la Presa del Cabildo estava cerrada de Orilla à Orilla, y de Terrero à Terrero, sin que tuviesse Portillo alguno, como se asienta por llano en el Memorial fol. 70. b. num. 250. ibi: Y asimismo parece, que en toda la dicha Estacada, y Presa no ay Sangradera ninguna, y està cerrada con dicha Estacada todo el dicho Rio de Terrero à Terrero, y solo tiene dichos tres Goletes donde ponen los Butrones para pescar.*

Por

63 Por manera, que de todos estos instrumentos resulta, que el año de 601. y 606. quando se diò la dicha sentencia Arbitraria, y se puso la demanda, sobre que recayò, estava el Cabildo de tiempo inmemorial à aquella parte en possession de tener su Pressa cerrada de Orrilla à Orilla sin Portillo, y con la altura necesaria, y que en esta misma possession se hallava el año de 53. y 57. quando se otorgò la Concordia con los Lugares, y la Escritura de medida, que se han ponderado desde el num. 49. vsque ad 59. y que en la misma forma estava poseyendo el año de 678. y 682. quando tuvo principio este pleyto, y se hizo la vista de ojos, vt constat ex dictis num. 60. 61. & 62.

64 Y de todos ellos se justifica, que la dicha sentencia Arbitraria desde el dia que se diò, y pronunciò ha estado siempre en vso, y observancia, y que la possession en que tunc temporis estava el Cabildo de tener su Pressa cerrada sin Portillo, y con la altura necesaria la còtinuò despues sin intervalo, ni interrupcion alguna, hasta el año de 678. y 682. que se moviò este pleyto, y se hizo la dicha vista de ojos.

65 Porque probandose por los instrumentos referidos, que el Cabildo estava en la dicha possession los años de 601. 606. 653. 657. y en el año de 678. y 682. que tuvo principio este pleyto, como se ha fundado ex num. 27. vsque ad 63. es presumpciò legal, y juridica, q̄ se conservò en ella, y la continuò en los tiempos intermedios, por la Regla de Derecho, que nos enseña, q̄ probados los extremos de la possession, media tempora possessionis præsumentur, vt egregiè in omni negotio, y en terminos rigurosos de prescripcion, docet Stephanus Gratianus tom. 2. cap. 392. numer. 1. & seqq. cuius verba notanda ea sunt:

66 *Probat is extremis, & probari medium est regula omnibus nota de qua per Gloss. in cap. accedens 17. in verb. Processu verò temporis post med. de convers. coniuga-*

Conclusion de
todos los instru-
mentos de el
Cabildo.

iugator, Felinus in cap. inter dilectos, colum. 3. in fine, de fid. instrument. Ubi si probetur aliquem dedisse mandatum procuratori ad impetrandum, & probet se ab eo recipisse literas, de quibus mandaverat, satis videtur probatum, quod per ipsum procuratorem fuerunt impetrata. Et de eo qui vult probare se possedisse tempore requisito ad prescriptionem complendam dicitur probasse continuam possessionem totius temporis, si probat, quod in initio, & in fine totius temporis possedit, licet de medio tempore nihil probaverit. Gloss. in cap. volumus 16. quest. 4. de qua latè Menoch. præsumpt. 65. num. 1. lib. 6. Surd. cons. 73. num. 46. Y desde el num. 4. prosigue otros casos en apoyo de este principio induvitable.

67 Y con menos se contentò la Ley del Reyno 10. tit. 14. part. 3. en la qual se dispone, que para que se presume continuado el dominio, ò la possession de la cosa sobre que se litiga, basta que vno pruebe que en algun tiempo fue Señor, ò poseedor de ella, hasta que el adversario justifique lo contrario, que es lo mismo que antecedentemente estava establecido por los Emperadores Diocleciano, y Maximiniano en la Ley *sive possidetis* 16. Cod. de probat. vbi Augustin Barbosa in *Collectanea*, per totam.

68 Y la presumpcion legal es verdadera probança, quia verè probat qui præsumptivè probat textus in *Leg. licet Imperator* 74. ff. de legat. 1. cum vulgatis, Mascard. conclus. 1221. num. 11. Cyriacus tom. 2. controvers. 318. num. 5. D. Covarrub. lib. 2. variar. cap. 6. num. 1. vbi Faria num. 4. D. Molina de Primog. lib. 3. cap. 4. num. 38. & seqq. vbi Addent.

69 A esto se llega, para mayor firmeza, los Exemplares que ha justificado el Cabildo, porque tiene articulado, y probado en esta segunda instancia à la Pregunta 12. del Memorial fol. 85. b. num. 322. 323. y siguientes, que siempre han estado, y están cerradas de Terrero à Terrero, sin tener, ni aver tenido jamás Porti-

Exemplares de las Presas de Salmones de otros Rios, que están cerradas sin Portillo, y con la altura necesaria para el uso de la pesca.

Portillo, ni abertura alguna todas las demás Pressas de Salmones, que ay en el dicho Rio de Pas, en el de Saxa, y Befaya, en el de Deva, Nanfa, Pesues, Pichon, Barca de Unquera, Puente de Aguero, y en todos los demás Rios del Principado de Asturias, y Montaña, que desaguan en el Mar de Cantabria.

70 Y para confirmacion de esta verdad se ha presentado el exemplar de la Pressa de San Martin de Hinogedo, que se refiere en el Memorial fol. 85. b. num. 322. y fol. 68. num. 241. y el Recetor que fue à las probanças en virtud de la comission, que se le diò para hazer la segunda vista de ojos, y hazer reconocimiento de las Pressas de los demás Rios, passò à el de Nanfa, Saxa, y Befaya, y aviendo visto, y reconocido las Pressas, y Estacadas de Salmones, que en ellos estàn plantadas, hallò: *Que todas estavan en la misma forma, cerradas de Orilla à Orilla, sin Portillo, abertura, ni Sangradera alguna*, y con la altura que les corresponde para el vto de la pesca, como resulta del Memorial fol. 68. numer. 421. fol. 85. b. num. 322. y fol. 114. num. 412. y 413.

71 De cuyos exemplares se vale el Cabildo, para dezir con razon, que no debe ser de peor condicion, y calidad su Pressa, que es la primera, y la mas antigua, solo por querer el señor Don Francisco de Zevallos, y Don Juan de Polanco, por medio del Fiscal de su Magestad (à cuyo Real Patrimonio no importa el que pesquen mas los vnos que los otros, por ser todos sus Vassallos, así los Eclesiasticos, como los Seglares) llevar los Salmones, y pesca à sus Pozos, y Pressas, à fin de utilizarse mas, y defraudar el derecho tan antiguo del Cabildo.

72 Porque en todo genero de disposiciones, y en todos los actos nos debemos arreglar conforme à Derecho à los Exemplares, y à los estilos, y costumbres de los Lugares circunvezinos, en tanto grado, que no los aviendo en vna Provincia, se recurre à otra,

y de vn Reynõ à otro Reynõ, especialmente à el mas cercano. Cap. sopita 14. de censib. cap. dilecto final de Officio Archidiaconi, verbo: Abbatis, vbi Glossa concludit: *Quod si dubitetur, quid aliqua Ecclesia facere debeat, ad consuetudinem aliarum Ecclesiarum recurrendum est*, Augustin. Barbol. tom. 1. in Collect. ad dict. capit. final, numer. 4. & 5. fol. 209. Ioannes Baptista Costa de Ratione Rata, quest. 106. num. 10. ibi: *Consuetudo vicinorum, nec dum eiusdem loci (cessante in loco consuetudine) debet omnino attendi quotiens agitur de interpretatione, seu declaratione alicuius actus*. Y assi se estimò expresamente por el auto de providencia que se diò en este pleyto el año pasado de 83. aviendose visto en definitiva, que està en el Memorial fol. 18. num. 70. por el qual entre otras cosas se mandò: *Que no pareciendo medidas de las Estacas de la Pressa del Cabildo, se tomassen de las que huviere en otros Lugares donde huviere Pressas de Salmones, y que hecho todo se remitiesse à la Sala à los señores que tenían el pleyto visto*.

73 La razon de estàr cerradas, y sin Portillo todas las Pressas de los demás Rios, que dàn los testigos, es, porque de otra forma fueran inútiles, y de ningun provecho, y se fueran todos los Salmones, y pesca si en ellas se dexara Portillo. Y respondiendo à la pregunta 13. fol. 87. b. numer. 329. y siguientes, dicen assertivamente: *Que especialmente fuera totalmente inútil la Pressa del Cabildo, y se perdiera toda la pesca si se dexasse en ella el Portillo, y sin cerrar el sitio, y hueco que entre las dos Peñas que están àzia el Lugar de Oruña, se manda dexar abierto por la dicha sentencia de vista, por tener quatro varas de ancho por la medida que hizo el Recetor, como lo assienta el Relator fol. 106. numer. 381. ibi: Y desde la primera Peña à la segunda tiene de ancho el hueco que ay por encima del agua quatro varas, medidas por los nombrados*. Y por aver cargado por aquel sitio lo mas fondo de la madre del Rio, vt constar ex Me-

Memorial fol. 109. b. num. 395. ibi: Desde el fondo de dicho Rio, y superficie de la tierra, hasta el superficie de el agua, por el medio del sitio de entre Peña, y Peña, y de el corriente de agua, que parece lo mas hondo, buvo vara, y media de agua. Y sino, pongamos los ojos en todas las Pesqueras, y Cañales de los Rios (que siempre hemos visto cerrados) y considere se de que servirán à sus Dueños, si en ellos se les obligasse à dexas vna abertura de quatro varas, que à pocos años con el passo franco que diera à las aguas, avia de atraher à sì toda la madre del Rio.

74 Esta misma razon, tan convincente, y clara, fue vno de los motivos especiales que diò el Juez arbitro en su sentencia, para declarar no deber dexas el Cabildo Portillo en su Pressa, como de ella misma resulta, fol. 9. num. 24. ibi: *Atento, que dexando en la dicha Pressa por cerrar otro algun Portillo, està claro les serìa notorio daño, y perjuizio, y no les serìa la dicha Pressa, y Pozo de aprovechamiento; pues por alli se les podria ir, y passar la pesca de Salmones à el Rio arriba, ni tampoco las demàs Pressas, y Estacadas que ayen el dicho Rio de Pas, en aquel distrito tienen tales aberturas, ni Portillos. Y aunque esta razon no fuera tan natural, la circunstancia de averla expresado en su sentencia el Juez arbitro, despues de aver hecho la vista de ojos, y reconocimiento de las Pressas, q̃ deziamos suprà num. 34. y 35. es tã relevante, que quita qualquier especie de duda. Leg. 32. tit. 16. part. 3. ibi: Cà debe home asmar, que aquel que es puestro para mantener la tierra en justicia, y en derecho, que no diria en su testimonio, sino verdad.*

75 Y para que se tuviesse por verdad infalible esta razon que dà el Juez arbitro, y los testigos, no necessitavamos mas, q̃ recurrir à la naturaleza, y propiedad del verbo: *Pressa*; porque esta no es otra cosa, que vn instrumento de pescar, y coger los Peces, & ideò *Pressa*, porque coge, y prende los aguas para la pesca,
D,

D. Sebast. de Covarrub. en su Tesoro de la lengua Castellana; y así, si tiene abertura, y no las prende, coge, y detiene (como sucediera con el Portillo) le falta el constitutivo de Pressa, y no se puede verificar el *QVID PRESSA*, saltim formalitèr, y en quanto à la pesca, ni el que lo es en cada vna de sus partes, sino es en el todo de ellas, sicque est totum in toto, non totum in qualibet parte, y es como la cadena, que en faltandole vn eslabòn, no es cadena.

76 Por esta misma razon, y por reconocer el Cabildo, que con el Portillo que por dicha sentencia de vista se le mandava dexar entre dichas Peñas, quedava su Pressa infructuosa, y totalmente perdida, y en ella: *El principal efecto de su congrua, que cada año le reditua mas de 500. ducados*, le fue preciso ofrecerse à probar en esta segunda instancia de revista, pedir nueva vista de ojos, ganar Cedula de su Magestad para que este pleyto se viesse con dos Salas: Y pedir se hiziesse por el Relator Memorial impreso.

Refierense las probanças por testigos, con que el Cabildo prueba lo mismo q por los instrumentos.

77 Aunque con los instrumentos que quedan referidos tenia sobrada probança el Cabildo, à mayor abundamiento se halla vestida, y coadyubada de la deposicion de 41. testigos, de que se componen las dos probanças que ha hecho en este pleyto; porque en la de vista presentò 15. como resulta del Memorial fol. 60. b. numer. 212. y veinte y seis en esta de revista, vt constat fol. 77. num. 291. per totum, cuya calidad reservamos para ponderarla en su lugar.

78 Todos estos testigos contestes à fol. 61. num. 215. y 216. fol. 79. num. 294. y 295. dicen assertivamente: Que la Pressa del Cabildo no se ha levantado, y que està à el presente en la misma forma, y con la misma altura que siempre, y de immemorial tiempo à esta parte ha tenido, sin que dicho Cabildo, ni sus Arrendatarios ayan hecho novedad en las ocasiones que se han ofrecido de repararla, por averla dexado con la

la misma altura que siempre ha tenido, y lo mismo se califica de la dicha escritura de medida del año de 57. y de la vista de ojos que se hizo en el de 82. porque de la escritura resulta, que en aquel tiempo, 21. años antes que se moviese este pleyto, tenía la Pressa por vnas partes *dos varas de alto*, y por otras mas, y por otras menos, Memorial fol. 10.b.num. 33. y en esta misma altura, y proporcion se hallò despues quando tuvo principio este pleyto, y se hizo la dicha vista de ojos, como de ella se reconoce à fol. 71. ex num. 251. cum seqq.

79 Y en quanto à el Portillo, y que la Pressa del Cabildo jamás le ha tenido, y que siempre, y hasta que se moviò este pleyto ha estado cerrada de Terrero à Terrero, y de Ripa ad Ripam, sin mas abertura que los tres Goletes en donde se ponen las Armanças para la pesca: Ay diez y seis testigos, y entre ellos seis Sacerdotes, de 70. y 80. años de edad, que todos concluyen la *immemorial* en toda forma, los nueve respondiendo en la primera instancia à la Tercera Pregunta. Memorial fol. 63.b.num. 223. y los siete à la Quarta en esta segunda de revista, que están à fol. 79. num. 294.

80 Los demás testigos hasta el numero referido de 41. aunque no concluyen la *immemorial* como los antecedentes, dicen lo mismo, sin cosa en contrario, de todo el tiempo de su acordança, y muchos dàn primeras oidas. Memorial fol. 64. num. 224. & fol. 79. num. 195.

81 Y aqui nopodemos excusar de referir la deposicion del Licēciado Toribio de Escalante, Presbytero, Cura, y Beneficiado q̄ fue 23. años en el dicho Lugar de Arçe, donde està la Pressa del Cabildo, y otros 9. años Cura en el Lugar de Bioño, por donde passa el Rio, y distante de dicha Pressa menos de media legua, y à el tiempo que depuso Cura de la Uilla de Treceño, y con 83. años de edad, como resulta de dicho Memorial fol. 60.b. in fine.

Este

82 Este testigo ; además de la *immemorial* que concluye con todas sus circunstancias, expresa las razones por que lo sabe , que son las referidas , de aver sido tal Cura de dicho Lugar de Arçe los 23. años: Con- que era preciso , que cada dia viesse la Pressa, por estar inmediata à el, y contigua à sus Casas , è Iglesia : Y en los demás años por la frecuencia de ir, y venir.

Razon que dan todos los testigos de sus dichos.

83 Y la razon que generalmente dan de sus dichos todos los testigos, assi los 16. que convienen en la *Immemorial*, como los demás que no la concluyen, es, por la cercanía que ay de sus Lugares à la Pressa del Cabildo (que el mas lexos, como se dize en las cabeças de arriba probanças , fol. 60. b. num. 212. & fol. 77. numer. 291. dista vn quarto de legua, y otros, medio) y por aver passado continuamente desde que tienen uso de razón, por el parage donde està plantada dicha Pressa, y averla visto reparar, componer, y reedificar en dicho tiempo las ocasiones que se ofrecieron. Memor. fol. 64. num. 225.

Otras razones especiales que dan los testigos.

84 Y los mas deponen de hecho propio, por aver sido Arrendatarios, y Administradores de dicha Pressa, y dan otras razones individuales, como lo asienta el Relator dict. fol. 64. à num. 226. cuyas palabras formales son las siguientes, ibi : Y además de estas razones que dan todos los testigos, ay algunos que dan otras especiales, como son los dichos Licenciado Toribio de Escalante, el Licenciado Francisco de Herrera, el Licenciado Pedro Diaz del Real, el Licenciado Francisco de Herrera Escobedo, Clerigos Presbyteros, que en diferentes tiempos administraron, y llevaron en arrendamiento algunos años la Pressa del Cabildo: Y los dichos Antonio de la Barçena, Domingo, y Francisco de Herrera, todos los quales dicen, que ellos mismos asistieron à reparar, y componer, y que repararon, y reedificaron la Pressa de dicho Cabildo en muchas ocasiones, unos como Arrendatarios de ella, y otros como Operarios.

85 *Y estos testigos, y Juan de Herrera añaden: Que saben también el contenido de la Pregunta, por aver servido, vivido, residido, y criado en los dichos Lugares de Arçe, y Oruña, donde están las dichas Pressas, antes de passar à vivir à los Lugares donde son vezinos, &c.*

Mas razones
especiales de los
testigos.

86 Los Arrendatarios de la Pressa del Cabil-
do en la misma forma articularon, y probaron ante el
Inferior à la segunda, y quarta pregunta con seis testi-
gos circunvezinos, que deponen de hecho propio, y se
refieren en el Memorial fol. 57. à numer. 201. *vsque ad*
206. & fol. 59. b. num. 208. & seqq. Que no innovaron
en el reparo de ella, ni la levantaron mas de lo que an-
tecedentemente estava, y que así esta, como todas las
démás Pressas que ay en el mismo Rio, estavan, y avian
estado de immemorial tiempo aquella parte cerradas,
sin Portillo, y levantadas, à el arbitrio, y voluntad de sus
dueños, sin que jamás se les huviesse puesto embarazo
alguno. Conque damos la llave à este primer discurso,
y passamos à el segundo, para cumplir lo q̄ ofrecimos.

ARTICULO SEGUNDO.

RESPUESTA A LAS PROBANZAS; *y Fundamentos contrarios.*

87 **D**EZIAMOS en el num. 22. y siguientes,
que el señor Don Juan de Solorzano
avia experimentado muchas vezes,
en pleytos como este, la facilidad de probanças por
testigos, y lo dixo primero el Emperador Justiniano en
la Ley 14. Cod. de test. con estas palabras: *Testium facili-*
tatem per quos multa veritati contraria perpetrantur,
provt possibile est refecantes.

88 De esta facilidad se han valido las partes
contrarias, y les ha sido facil conseguirlo, por ser los
tes-

21
testigos todos interesados, como luego se dirà; porque
assi en las deposiciones de la sumaria informacion que
se recibió por el Alcalde Ordinario de aquel Valle, à
pedimiento de los Arrendatarios de los Pozos de los
Lugares en el ingreso de este pleyto, como despues
aviendose proseguido à pedimiento del Promotor Fis-
cal ante dicho Alcalde Ordinario, y en las dos instan-
cias de vista, y revista, por el Fiscal de su Magestad, y
los que coadyuban su derecho, ay algunos testigos, que
dizen està levantada la Pressa mas de lo que solia estar,
y que ha tenido vn Cebadero, ò Portillo àzia el Lugar
de Oruña, para que los Salmones passassen Rio arriba.

89 De la Sumaria hecha por los Arrenda-
tarios se refieren cinco testigos en el Memorial fol. 12.
b. num. 40. que dizen avia Portillo àzia el Lugar de Oru-
ña. Pero estos no merecen la menor estimacion, por
ser interesados, y partes formales en este pleyto, como
vezinos que son todos cinco de los dichos Lugares de
Arçe, y Oruña, que oy litigan contra el Cabildo, coad-
yubando el derecho, y pretension del Fiscal de su Ma-
gestad, por el considerable interès que se les sigue en
que aya el Portillo, para que por èl suban los Salmones
à sus Pozos que tienen inmediatos, y contiguos, co-
mo lo està manifestando la Pintura del año de 82. à el
num. 9. Y los mismos testigos lo confiesan, y recono-
cen assi en sus dichos, à que nos remitimos.

90 Y esto se manifiesta mas, de que avien-
do hecho el Rio el rompimiento, y novedad (que se di-
rà infrà num. 99. & 100.) entre las dos Peñas q̄ están àzia
Oruña, los Lugares, Administradores que son, y han si-
do de la Pressa en virtud de la Concordia, han tenido
descompuesto, y mal reparado aquel sitio, hasta que el
Cabildo ganó Provisión de la Sala, para componerle, y
repararle bien, y esto lo hazian maliciosa, y cuidadosa-
mente à el mismo fin de que se passasse la Pesca à sus
Pozos, como lo tiene justificado el Cabildo con los tes-
tigos

tigōs que se refieren en el Memorial fol. 84. *ex numer.* 314. *¶* fol. 85. *ex num.* 318. *¶* fol. 91. *b. num.* 346. en donde se afsienta, que los quatro testigos son vezinos del mismo Lugar de Oruña.

91 Del Promotor Fiscal ay nueve testigos, que se expressan fol. 51. *b.* desde el *numer.* 177. hasta 186. Los dos vezinos de Oruña, que litiga contra el Cabildo, y los demás son de los Lugares de Bioño, y Possadorios, y aunque todos estos convienen en dezir, que en la Presa ha avido Portillo àzia la parte de Oruña, entre ellos ay grande variedad, porq̃ *num.* 177. 178. y 184. no dā sitio fixo à el Portillo, y *num.* 179. 181. 182. y 183. dizen, que le avia cerca de vn Nogal, y de vnas Peñas, y *num.* 185. y 186. afirman, que le avia entre dichas Peñas. Y afsimismo estā discordes en el ancho que quieren dezir tenia dicho Portillo, porque *num.* 178. dize, que era de doze pies, y *num.* 179. 181. 182. y 183. que tenia vna braça, y *num.* 177. y 184. braça, y media; y solo por esta variedad no se les deve dār credito, por la regla del texto *ubi repugnantia, ff. de regul. iur.* Farinac. *de testib. quest.* 65. *numer.* 99. *¶* 100. Noguero *allegat.* 25. *num.* 318.

92 Ademàs, de que assi estos testigos del Promotor Fiscal, como los antecedentes de la Sumaria, se presentaron, y examinaron ante el Inferior, quando el Cabildo no litigava, y sin aversele citado, ni emplaçado, antes bien el dicho Promotor Fiscal contradixo que se le citasse, como lo afsienta el Relator fol. 15. *b.* *num.* 55. Con que es mas sin duda el que no hazen fee, ni prueba contra el Cabildo, segū la decission del texto *in cap. 2. de testib. Leg.* 23. *tit.* 16. *part.* 3. Farinac. *de testib. quest.* 72. à *num.* 1. Noguero *allegat.* 10. *n.* 118. *in fine.*

93 El Fiscal de su Magestad en la primera instancia bolviò à articular lo mismo, que el Promotor ante el Inferior, y à presentar seis de los mismos testigos, y siete nuevos, que solo deponen de oídas ge-

nerales, sin dezir cōsa alguna de sustancia, y los seis primeros se ratificaron en sus dichos, como lo asienta el Relator fol. 56. num. 196. y siguientes, y estos que se ratificaron, tampoco merecen estimacion, por la misma variedad con que ante dicho Inferior depusieron.

94 Los Lugares de Arçe, y Oruña, sin embargo de aver hecho en la defensa de este pleyto vn cuerpo con el Cabildo, viendo que por la sentencia de vista se mandava dexar el Portillo (que nunca creyeron) se separaron, y arrimaron à Don Juan de Polanco, coadyubando su derecho, y pretension, y la del Fiscal de su Magestad, contra su propio hecho, y lo que antes avian defendido. Y esto por el interès que se sigue à sus Pozos de que aya Portillo, y por otros fines, y razones particulares, que por estas partes se expresan en el Memorial fol. 42. b. y 43. à que tambien nos remitimos.

95 Estos Lugares, y Don Juan de Polanco, articularon en vn mismo Interrogatorio: Que en la Pressa del Cabildo avia siempre avido Sangradera àzia Oruña, entre las dos Peñas, que la segunda Pintura señala con las letras I. & J. y presentaron diez testigos, que son de los mismos Lugares de Arçe, y Oruña, y quatro vezinos de Possadorios, y de otros Lugares circunvezinos à el Rio, que se refieren en el Memorial fol. 94. b. ex num. 352. usque ad 365.

96 Los quales dicen, que la Sangradera, ò Portillo le avia en esta forma. Puesto entre Peña, y Peña, por el fondo del agua, y à rayz del suelo vn madero grande, y en èl hechos vnos ahugeros en donde estriaban, y se ponian vnas Estacas, y estas remataban por encima del agua en otro madero que atravessava de Peña à Peña en donde estavan clavadas, por no se poder hazer en dicho sitio Estacada por ser el suelo de Peña viva, y que de Estaca à Estaca avia bastante distancia para poder passar los Salmones en Marcas muertas.

97 Pero en la distancia que dan de Estaca à

Esta-


Estaca, tambien están varios, y discordes; porque numer. 356. y 360. dizen, que avia vn pie, y num. 362. tres pies, y num. 364. vna tercia, y num. 359. media vara, y num. 353. 354. 355. 358. 361. 363. y 365. vna quarta, con que así por esta variedad, como por ser interesados en que aya dicho Portillo, y ser partes formales en este pleyto, tampoco se les deve dar credito à estos testigos.

98 A esto se reducen todas las probanças contrarias, que flaquean mas, por ser (como de ellas resulta) todos los testigos de que se componen, vnos vezinos de Arze, y Oruña, otros de Possadorios, Bioño, y Barçenilla, y de otros Lugares por donde passa el Rio, que el Cabildo tiene justificado à la 17. Pregunta fol. 90. b. num. 342. son interesados en dicho Portillo para que por él passen mas Salmones à sus terminos, y Pozos, y así lo tiene confessado, y reconocido el Promotor Fiscal en la 10. y 12. Preguntas de su interrogatorio fol. 54. b. y 55. y lo mismo dizen los testigos de la Sumaria fol. 12. b. num. 40. ibi: *Lo qual era en perjuyzio de los Pozos que estavan mas arriba propios de los dichos Lugares de Arze, y Oruña, y en perjuyzio assimismo de los naturales, y circunvezinos del dicho Rio.*

99 *Uterius.* Todos los testigos contrarios están claramente convencidos, con los instrumentos que hemos referido, y con 21. testigos de los que en esta segunda instancia presentò el Cabildo (en que ay seis Sacerdotes) cuyas deposiciones están fol. 79. b. ex num. 297. *vsque ad* 304. *Et* fol. 81. b. à num. 307. hasta 310. Los quales declaran de cierta ciencia, que la Pressa del Cabildo el año de 82. y quando se moviò este pleyto, fixava, y rematava con *vna Peña* que avia à la Orilla del Rio àzia Oruña, que la Primera Pintura señala à el num. 7. y la Segunda con la letra I. Y que despues de dicho año de 82. con sus crecientes llevó el Rio vn Terrero que estava despues de la dicha Peña, y descubrió

briò las otras dos Peñas , que se señalan con las letras J. & K. y el hueco de entre Peña, y Peña, que por la dicha sentencia de vista se manda dexar abierta. Y que cargò la Madre del Rio por aquel sitio , y en èl hizo el agua el corriente que à el presente ay, y antes no avia.

100 *Et quod magis est*, està convencido su arrojo , y temeridad con las dos Pinturas , y vistas de ojos, vieja, y nueva del dicho año de 82. y la que se hizo el proximo pasado de 702. que manifiestan lo mismo que deponen los testigos del Cabildo , porque en la de 82. que se refiere fol. 70. b. num. 249. in fine, se dize así:

 *Que remataba dicha Estacada con una Peña num. 7. que està en TIERRA de la parte de dicho Lugar de Oruña.* Y en la del año de 702. que se expresa fol. 106. num. 381. desde la dicha Peña , se dan otras dos Peñas mas, hasta llegar à tierra, y entre la Primera , y Segunda Peña el hueco, y sitio que los testigos contrarios dicen ha sido siempre Portillo, y Sangradera, siendo así , que dicho hueco, y sitio, ni las dos Peñas q̄ oy ay mas, por averlas descubierto el Rio, no las avia quando se moviò este pleyto, ni el año de 82. quando la Primera Pintura , y vista de ojos, como de ella , y de la otra que se se hizo el año de 702. evidentemente se està manifestando.

101 Con estas dos Pinturas, y vistas de ojos, queda mas claro, que la luz, el arrojo , y temeridad de los testigos contrarios , y con ellas tiene el Cabildo la probança mas relevante, que podià deslevar, para calificar la novedad , y rompimiento del Rio, y que en el sitio, y hueco que ay entre las dos Peñas , no puede aver auido el Portillo , ni Sangradera que dichos testigos quieren dezir, porque no ay probança que iguale à la que resulta de la vista de ojos. *Leg. si in ruptione 8. §. 1. ff. fin. regund. Leg. 8. §. 13. tit. 14. part. 3.* y la suben tanto de punto los Autores, que la llaman la mas poderosa, la mas eficaz, y la mejor del mundo , & quòd iater om-

nes

nes primum locum obtinet tanquam Regina, & quod est fulgentior inter alia probationum genera sicut Luna inter Stellae. D. Valenç. *consil.* 100. à n. 1. D. Matheu de re Crim. *controvers.* 61. num. 23. D. Salced. de leg. Polit. lib. 1. cap. 9. §. 1. num. 15. Cortiada in praxi content. decis. 2. num. 15. Posthius de manut. *observat.* 19. à numer. 70. Noguerol *allegat.* 18. num. 14. Hermosilla in Leg. 56. tit. 5. part. 5. gloss. 6. num. 74.

102 Y el señor Perez de Lara de *Annivers. & Capellan.* lib. 1. cap. 10. en el num. 36. dize, que en fuerça de la vista de ojos pueden los señores Juezes determinar los pleytos, aun contra lo que resultasse por otras probanças de testigos, con estas palabras: *Quod limita quando iudici constat per inspectionem oculorum* (vulgo vista de ojos) *quia tunc potest iudicare secundum quod ipse Iudex novit, & eius conscientiam, & non secundum allegata, & probata, quia inspectio oculorum omnes alias probationes superat.*

103 La razon la diò el Emperador Justiniano en el §. final, de grad. *congnat.* ibi: *Sed cum magis veritas oculata fide quam per aures animi hominum infingatur*, y mejor (si se puede dezir así) nuestro Español el gran Seneca en la epistola 6. illis verbis: *In rem presentem venias oportet, primum, quia homines amplius oculis, quam auribus credunt*, y así dixo el Juris-Consulto Baldo en el consejo 388. num. 6. volum. 1. *Quod oculus vidit nemo fideliter negat.*

104 Y aviendo reparado con especial cuidado en la dicha vista de ojos del año de 82. hallo, que se hizo medida de la longitud de toda la Pressa, y del ancho que entonces tenía el Rio desde la Orilla del Lugar de Arze (donde está el Golete de San Bartholomè) hasta la Isla que la Primera Pintura señala à el num. 4. dentro de dicho Rio, y la Segunda con la letra C. Y dize el Recetor, con asistencia de las partes, tenía 31. varas, y desde de la dicha Isla, y su Orilla, hasta la Orilla del Lu-

gar de Oruña, dize, q̄ tenià de ancho el Río de Terrero à Terrero 53. varas, como lo asienta el Relator en el Memorial fol. 71. b. num. 253.

105 Esta medida se omitiò en la vista de ojos, que aora se hizo en esta Segunda instancia de revista, y fue omisión culpable en el Recetor, y mas aviendo llevado la Pieza original de la vista de ojos que se avia hecho dicho año de 82. por donde constava dicha medida, y debiò hazerla del ancho que aora tenià el Río, para cumplir con la obligacion de su Oficio, aunque las partes no lo pidiessen; pues reconocia que iba derechamente à probar, y justificar la novedad, y rompimiento de èl àzia Oruña, y extension del Alveo, y Madre, ¶ porque si de la medida resultasse ser aora mayor, y mas extendido el Alveo, y tener mas varas de ancho el Río entre la dicha Isla, y Orilla de Oruña, q̄ tenià el año de 82. quando se hizo la Primera vista de ojos, y Pintura, era prueba evidẽte, y real para descubrir la verdad, y reconocer con certeza si los testigos del Cabildo la dizen en afirmar la dicha novedad, y rompimiento, y si es cierto lo que en quanto à esto dizen.

106 Y si à los señores Juezes, que tienen visto este pleyto, les pareciere conveniente (à el mismo fin de averiguar mas la verdad) que antes de votarse se haga la dicha medida, que se omitiò, y se traiga, y co-tege, con la que se hizo el dicho año de 82. ¶ serà practicar lo que previene el señor Don Juan de Solorzano en el lugar que se ha repetido *suprà numer. 23.* donde dize, que en tales casos se deve mandar de oficio hazer semejantes diligencias, his verbis: *Summo ingenio provissum fuit per dictum D. Proregem, ut loci Prætor aliam informationem de Officio (ut dicunt) recipiat, & cum suffragio, vel iuditio suo ad Proregem remittat, cui informationi, plus solet, & debet deferri, quam illis, quæ à partibus presentantur.*

107 Aviendo hecho el Río el rompimiento,

to,

to, y novedad que se ha dicho, y descubiertò las referidas Peñas, y hueco que ay entre ellas, despues que se moviò este pleyto, y cargado por aquel sitio la Madre, y la mayor corriente de las aguas, passò el Cabildo à cerrarle, y à extender su Pressa, de manera, que cerrasse formalmente el rompimiento desde la Primera Peña, hasta llegar à tierra. Y lo pudo hazer legalmente, por ser proposicion infalible, q̄ mudando el Rio las aguas, el nuevo alveo sit eiusdem naturæ, ac erat flumen, y el que tenia derecho en las aguas, mutato Alveo se puede aprovechar de ellas sicut antea, y seguirlas tanquam lepra leprosum, & sicut canis leporem, §. quod si naturali alveo. Instit. de rer. divis. Leg. 7. §. quod si toto, ff. de adquir. rer. dom. Leg. 31. tit. 28. part. 3. Antunez de donat. Reg. 3. part. cap. 4. num. 36. latè Arias de Mella lib. 2. var. resolut. cap. 42. precipue num. 9. & seqq. & cap. 44. numer. final, & cap. 45.

108 A todo esto parece que se opone la probança que hizieron los Arrendatarios de la Pressa del Cabildo ante el Inferior en el año de 79. antes de la Primera vista de ojos, en que seis testigos (que se refieren fol. 57. num. 201. y siguientes) dicen avia dos Peñas àzia la parte del Lugar de Oruña, y en ellas vnos Maderos, el vno à rayz del suelo, y otro por encima del agua, en que fixavan vnas Estacas para cerrar por aquella parte, y que no passassen los Salmones.

109 De cuyas deposiciones se quiere inferir ser cierto lo que dicen los testigos contrarios, y que hubo alli Portillo, y esto parece tambien que estimò la sentencia de vista, respecto de que por ella se manda dexar avierto el mismo sitio, y en ello parece que hiere la mayor dificultad de este pleyto; pues los señores Juezes que le vieron en la primera instancia lo estimaron assi.

110 Y aunque con lo que se ha dicho se ha dado plena satisfacion. Para que se reconozca la poca esti-

estimacion que se debió, y debe dár à dichos testigos, y que están convencidos con tanto numero de instrumentos, y testigos, como se han presentado por el Cabildo: à mayor abundamiento.

111 Lo que discurro (arreglandome à la doctrina inconcusa de todos los Autores , que nos enseñan , que quando parece ay contrariedad entre los testigos, se han de interpretar, y reducir à concordia las deposiciones de los vnos con las de los otros, y con los instrumentos, en quanto fuere posible, y en aquel modo que sea necesario para evitar la contrariedad, & vt probent, & probationem inducant. *Cap. periculosè de penit. dist. 2. cap. nihil 7. de U. S. Cap. cum tu 16. de test. vbi D. Gonçal. num. 3. §. cum seqq. Fragossio de Regim. Reipub. Christ. part. 1. lib. 5. disputat. 23. §. 5. Gratian. discept. Forens. tom. 4. cap. 52 §. n. 10. Surdus conf. 530. num. 13. §. seqq. Augustin Barbossa in dict. cap. 16. de testib. num. 3. columna ego verò, post quam in num. 2. antecedenti, in fine ita scriptum reliquerat: Et sic Iudices summa ope niti debent, vt testes contrarij reducantur ad concordiam etiam per improprietatem verborum, ex Menoch. dict. lib. 5. presumpt. 23. num. 11. nam testium dicta sunt iuvanda, §. non cavilanda) es: Que así los testigos de las partes contrarias, como los de los Arrendatarios de la Pressa del Cabildo ante el Inferior, y en esta Real Chancilleria en la instancia de vista, y revista, son faciles de concordar, sin salir de los autos del pleyto, ni de lo que de ellos resulta, con el Discurso siguiente.*

112 El año de 78. que tuvo principio este pleyto ante el Inferior, y siguientes, hasta el de 82. que se hizieron las probanças, y Primera vista de ojos. Lo cierto es, que el Rio, y la Pressa solo llegavan hasta la Primera Peña, como assertivamente se dize en la dicha vista de ojos fol. 70. b. num. 249. in fine, illis verbis: *Que remataba dicha Estacada con una Peña numer. 7. que está en TIERRA de la parte de dicho Lugar de Oruña,* &

& inferius num. 250. ibi: Y assimismo parece, que en toda la dicha Estacada, y Pressa no ay Sangradera ninguna, y està cerrado con dicha Estacada todo el dicho Rio de TERRERO à TERRERO, en lo qual convinieron el Recetor que la hizo, y todas las partes, y personas nombradas por los litigantes, y Fiscal de su Magestad, y aprobaron la dicha vista de ojos, y Pintura, vt constat fol. 76. b. num. 290. illic: Cuyo auto se notificò à todas las partes, que dixeron noteniàn que dezir contra dicha Pintura: Y no es creible, que sino fuera assi, el Recetor die-
ra fee, ni los nombrados por las partes contrarias convinieran en ello.

113 Y assimismo es cierto, que despues de la dicha primera Peña, adonde llegava el Rio, y la Estacada, se descubria mas adelante otro poco de Peña; pero entre vna, y otra avia tierra, y encima de la segunda vn Nogal mediano (que es el que dan todos los testigos de vnas, y otras partes) à el qual le desmoronava la tierra de la rayz la fuerça del agua, quando crecia el Rio, y despues el agua de las crecientes, con su violencia fue llevando poco à poco la tierra que estava entre la primera Peña, y de la otra que se descubria, y sobre que estava el Nogal mediano, y descubriò del todo la dicha segunda Peña, y las demàs que oy se reconocen en la segunda Pintura, como en esta misma forma, y con estas mismas voces en sustancia, y con toda esta especificacion, è individualidad lo dizen, con la palabra *averlo visto*, dos testigos contestes del Cabildo, que se refieren en el Memorial fol. 79. b. numer. 298. y 299. cuyas deposiciones suplicamos à los señores Juezes no dexen de passar por los ojos, para que por ellas, que dan noticias tan individuales, y especificas, se entiendan, y se concilien las de los testigos contrarios (que dizen à bulto avia Peñas, sin esta distincion, expression, ni claridad) con las de los del Cabildo: Deforma, que vnos, y otros digan verdad, segun la doctrina del Agustin

Barbossa *in dict. cap. 15. de testib. num. 5. in fine, ibi: Et testis generaliter loquentis depositio declaratur per alium in specie deponentem, prout regulariter unius testis depositio declaratur à depositione alterius.*

114 Tambien es cierto, que en las ocasiones de avenidas, crecientes del Rio, y de Mareas vivas, se extendia el agua mas afuera de la Primera Peña, hasta dicho Nogal, cuyas rayzes, y lo poco que avia de la Segunda Peña tenían empezado à descubrir dichas crecientes, y en las ocasiones de estas, y de las Mareas vivas podian passar por allí los Salmones, y para que no lo hiziesen se ponian dos maderos, vno por la parte de abaxo, encima de la rayz de la Peña, con sus ahugeros para fixar en ellos Estacas, otro por encima del agua, para clavarlas en él. Y para que los Salmones no se passassen por dicho sitio, con las crecientes, y Mareas vivas, ponian entre las Estacas Pertegones, y Ramos, que con facilidad los llevaban las crecientes, y otras vezes los quitaban de noche, antes, y despues del rompimiento formal del Rio, los Arrendatarios de los Pozos de dichos Lugares de Arçe, y Oruña, y los dueños de las Pressas, que están posteriores à la del Cabildo, como lo dicen sus testigos fol. 85. b. numer. 321. remitiendose allí à lo que en quanto à esto dexan dicho en las antecedentes Preguntas. Y con la ocasion proxima que hallavan los que iban à registrar los Butrones, y la Pesca, en las de Crecientes, y Mareas vivas, passavan por el madero que estava encima del agua, y vsaban de él como Puente; y à esto se reduce con claridad, lo que con obscuridad dicen los testigos contrarios.

115 Despues del año de 82. cargò el Rio àzia dicho Sitio, y fue lamiendo la tierra, llevò el Nogal, y descubriò las otras Peñas, que aora en la Segunda Pintura se manifiestan con las letras J. & K. de tal manera, que por dicho sitio se inclinò, y empezó à correr la madre del Rio, y lo mas profundo del agua, como que-

queda probado en el *numer. 73. circa finem*. Y viendo esto el Cabildo passò à extender su Pressa formalmente, y cerrarla con seguridad hasta el nuevo Terrero.

116 En esta forma (que es la pura verdad) hallamos, q̃ vnos, y otros testigos la dizen, assi los de las partes contrarias, como los del Cabildo, distinguiendo los tiempos, las circunstancias, y casos; porque quando se hizo la vista de ojos en el año de 82. no llegava el Rio, ni la Pressa mas que à la dicha Peña, porque se hizo en tiempo que no avia crecientes, ni Mareas vivas, y quando iba en su curso natural, como de la misma vista de ojos resulta.

117 Y quando deponen los testigos de las partes contrarias, que llegava à el Nogal, y avia los Maderos, y Estacas, y se passava por encima, era en tiempo de las crecientes del Rio, ò de las Mareas vivas, y con esta distincion de casos, y cosas se verifica el Dictorio comun: *Distingue tempora, & concordabis iura.*

118 Este discurso (que es verdadero) se prueba literalmente con las deposiciones de vnos, y otros testigos, y no pueden las partes contrarias negarlo; pues ay algunos contraproducentem, que leídos con atencion lo dàn à entender assi.

119 De que sale por ilacion segura, que en dicho sitio no hubo Portillo formal, y esto se manifiesta del mismo hecho, que es la mejor probança, *ex Leg. final. ff. ad municipal.* assi porque no iba por allí en aquel tiempo agua, mas que en los casos exceptuados, y referidos de Crecientes, y Mareas vivas, como porque si fuera Portillo formal, no permitieran los demás interesados poner dichos Maderos, y Estacas, Ramos, y Pertegones en el, ni otra cosa que pudiesse servir de embarazo à el passo de la Pesca.

120 Y el mejor testigo, que acrisola esta verdad, es, la escritura de medida del año de 57. (veinte y vn años antes que se moviesse este pleyto) que tantas

vezes se ha repetido, en el Memòrial fol. 10. b. en que para que se reconociesse el estado que tenia la Pressa litigiosa, quando la recibia Don Lorenço de Polanco, y en el que la avia de dexar fenecido el Arriendo, se hizo vista de ojos, y medida de ella por ante Escrivano, y testigos, y Medidores, que se nombraron, y en ella se dize, ibi: *Y hallaron, que la Pressa de Malavezina por la parte de dicho Lugar de Oruña, à el principio tienen de alto sus Estacas, desde la superficie de la tierra à lo alto cinco palmos.*

121 Notense las palabras: *Por la parte del Lugar de Oruña, à el principio tienen de alto sus Estacas:* para reconocer con evidencia, que el Rio, y la Pressa formal llegava hasta el Terrero de Oruña, y que en aquel Sitio, y Parage no avia Portillo; pues si le huviera le expressara Don Lorenço, *ex dictis suprà à num. 54. cum sequentibus.*

122 Esto mismo se manifiesta de lo que el Promotor Fiscal articulò ante el Inferior à la 6. Pregunta fol. 51. b. diziendo, ibi: *Que las dichas Paradas de Malavezina, &c. Las conservaron sus Dueños con unos Cebaderos, en lo MAS HONDO del agua, el qual era à el Sitio del Golete de San Bartholomè numer. 5. Et littera G. y el menos Fondo de todo el Rio en la parte del Golete de Malavezina, num. 6. Et littera H. (que està àzia Oruña, mucho antes de la primera Peña) como se reconoce de la medida del Fondo de dicho Rio, que se hizo en la vista de ojos del año de 82. Memòria. fol. 71. num. 251. per totum.*

123 Y esto mismo mandò el Inferior en su sentencia fol. 2. y que todos los Reos demandados dexassen en sus Pressas vn Cebadero en lo mas HONDO que se hallasse del agua: En la de Malavezina, à el lado de Oruña: Y en la Pressa del Pontòn, y Juan Royz entre vna, y otra de ellas, &c. Y si fuera cierto, que el Portillo formal huviera estado siempre, y de tiempo

inmemorial en el sitio de entre las dos Peñas, como en contrario se dize; es llano, y sin disputa, que lo huviera articulado así el Promotor Fiscal, y no lo hizo, ni pudo hazer; porque à dicho tiempo no avia en dicho sitio Rio. Y lo mismo se manifiesta de la sentencia del Inferior, porque no manda en ella que la Sãgradera se dexe en dicho sitio entre las dos Peñas, sino en lo mas FONDO del Rio à el lado de Oruña; y así se convence de las Autoridades, y doctrias del señor Larrea, Castillo, Salgado, y los demás Autores que se alegan en este Papel *suprà num. 58. & 59.*

124 *Ergò sequitur*, que ni los demandantes, ni el Juez Inferior que diò la sentencia, que eran interesados, y lo estavan viendo cada dia, no tuvieron por Sitio formal, el que oy es entre Peña, y Peña, y tambien se sigue necesariamente, que los señores Juezes de vista percivieron error, y equivocacion en estimar por Sitio formal de Portillo, el que oy es de entre Peña, y Peña, porque en aquel tiempo, ni lo era, ni la Madre del Rio iba por alli, como despues ha cargado, y profundado en aquel Sitio.

125 Con lo qual quedan convencidos, y desvanecidos los testigos de las partes contrarias, y quando se hallasse esta materia en terminos de competencia de probanças (quod inficiamur) y de pessar las vnas con las otras, no tiene la desigual comparacion.

126 *Lo primero*, porque sobre ser 41. testigos los del Cabildo, y con grande exceso mas en numero, que los de las partes contrarias (quo in casu eis semper magis credendum est. *Cap. in nostra 32. de test. Leg. 40. tit. 16. part. 3. Bovadilla lib. 5. Polit. cap. 2. num. 32. Carleval lib. 1. tit. 2. disputat. 3. num. 20.*) entre ellos ay 16. que concluyen *la immemorial*, y doze Sacerdotes, como resulta de las Cabezas de ambas Probanças, q̃ cada vno de estos Ecclesiasticos vale por dos testigos, vt docet Sperello *decis. 12. num. 13. & 14. Silva de qualit.*

Pralat. num. 87. fol. 17. D. Valenç. conf. 21. num. 55.

127 *Lo segundo*, porque los dichos de los testigos del Cabildo, que afirman aver estado su Pressa cerrada, y sin Portillo, son mas verosimiles que los de las partes contrarias, que dicen le ha tenido, por oponerse estos, y arreglarse aquellos à la naturaleza, propiedad, y constitutivo del verbo *Pressa* (de quo suprà num. 75.) y à los exemplares, y lo que està sucediendo generalmente en todas las demás Pressas de otros Rios, que como hemos probado ex num. 69. vsque ad 71. estan cerradas en la misma forma sin Portillo, nam verisimile est quòd maiore ratione fulcitur, & vrgentioribus argumentis confirmatur, & naturæ rerum plus accedit, vt tradit Escobar *de puritat. sang. 2. part. quest. 9. §. 2. num. 12.* y en materia de probanças es fuertissimo en el Derecho el argumento que se induce à communiter accidentibus. *Leg. certè condictio 9. §. si nummos 8. versic. Quotidiè, ff. de reb. credit. Leg. non possunt 12. Leg. ideò 27. ff. de leg. Barbosa in loc. commun. loc. 20. num. 1. §. 4. vbi num. 6. ex Tuscho, & alijs ait, valere argumentum hoc; non solet fieri, ergò non est verissimile quòd sit factum.*

128 Y siendo inverosimil lo que deponen los testigos contrarios, se haze sospechoso, y de ninguna estimacion, por ser imagen de la incertidumbre. *Leg. ob carmem 21. §. 3. Leg. 3. §. 1. ff. de testib. Leg. 40. tit. 16. part. 3. ex pluribus Escobar dict. §. 2. num. 12. D. Valenç. consil. 121. num. 118. latissimè D. Castillo lib. 5. cap. 63. à num. 1. §. cap. 64. Augustin Barbosa voto 64. numer. 35.*

129 *Lo tercero*, porque los testigos del Cabildo dicen lo mismo que resulta de vna sentencia Arbitraria dada en vn pleyto tan reñido, con tan pleno conocimiento de causa, y de los instrumentos que hemos referido. Y las declaraciones de los contrarios están desnudas, sin instrumento que las coadyube, y en

com-

competencia de probanças siempre vence , y prevalece la que està vestida de instrumentos , como mas verosimil. *Leg. 15. Cod. de fide instrument. Leg. 18. de testib. D. Solorçano ubi suprà num. 24. Pareja de instrum. edit. tit. 1. resolut. 3. §. 2. num. 3. D. Valenç. conf. 2. num. 4. D. Matheu de re Crimin. controvers. 28. à num. 42. Escobar de puritat. sang. 2. part. quest. 2. num. 8. porque el instrumento est probatio probata, & notoria. Clementina sepe, de verbor. significat. & quod ex instrumentis constat dicitur evidenter apparere. Cap. cum accessissent de constit. cap. 24. de rescriptis, D. Castillo lib. 2. controvers. cap. 16. num. 5. & 6.*

130 Lo quarto , porque el Cabildo en este pleyto es reo demandado, que està en possession de tener su Pressa sin Portillo, y en estos terminos aun quando las probanças fueran iguales , se devian , y deven considerar por mayores las suyas, como en terminos lo ponderò el señor Salgado de Retent. Bullar. 2. part. cap. 34. numer. 193. & 194. ibi: *Et quatenus præsumptiones redderentur pares , in paritate præsumptionum preferendus est reus , & possessor , Speculator in titul. de iura. dela. §. 1. num. 9. Caphal. consil. 152. numer. 30. Felin. in cap. ex literis, numer. 4. de probat. Alciatus regul. 3. præsumption. 44. num. 1. Tiraquell. de iure primogenijs, quest. 17. opin. 11. num. 2. & ut dicit Aretinus in cap. in nostra de rescriptis, cum POSSESSIONE PARITAS PROBATIONVM REDVCITVR AD IMPARITATEM.*

131 A que se añade, que el Cabildo es Comunidad Ecclesiastica, à quien aun quando la materia fuera dudosa, se devia favorecer , vt optimè Fontanela de pact. nupt. clausula 7. gloss. 3. part. 2. num. 9. in fine , & num. 10. illis verbis : *Sufficit enim quòd dubia res sit, vt pro Ecclesia iudicare debeamus, ne de eis qui contrarium fecerint dicatur, quòd de Dyno refert Ang. in Leg. 1. Cod. de falsa causa adiect. legat. & post eum Guiller. Benedict.*

in cap. Raynuntius, quòd condemnatus fuerit, existatque in inferno, propterea quò in dubio sententiam contra Ecclesiam dederit, sicque fuisse cuidam Eremita revelatum referunt, &c.

OBIECTIO PRIMA.

Satisfacese à los fundamentos q̃ se representaron por el Abogado contrario, y explicase la Ley del Reyno, que habla de la Caza, y Pesca, vsque ad num. 142.

132 Todo el empeño del Abogado del señor Don Francisco de Zevallos, y de los Valles de Toranzo, y Castañeda (que solo en el sonido litigan, y para dár mas cuerpo à este pleyto, à persuasión de los Agentes de dicho señor Don Francisco, que hazen los gastos por todos, como se sabe extrajudicialmente por notorio, y se halla calificada esta verdad en los autos por ser vnos mismos los pedimientos, el Abogado, y Agente) para persuadir, que se le ha de condenar à el Cabildo à que baxe la Pressa, y dexe en ella Portillo, se ha puesto, en las Probanças del Promotor, y Fiscal de su Magestad, que quedan desvanecidas. Y en la Ley 10. tit. 8. de la Caza, y Pesca, lib. 7. Recopilat. que dispone: *No se pesque en los Rios, con paños de gerga, ni liengos, ni sabanas, ni Cestos, ni fagan Paradas, ni Corrales, ni Pozos, ni se pesque en tiempo de cria, ni quando desobare el pescado, para que no se yerme.*

133 Y reducida toda su defensa à Punto critico, y legal, no es mas, que lo que de dicha Ley 10. resulta, y que no se yerme la pesca, que es el fin vnico, y principal de la Ley.

SATISFACTIO.

134 Desvanecese la ponderacion de la Ley del Reyno, con las doctrinas de todos los Autores que tratan de esta materia de la Caza, y Pesca, en que refieren dos limitaciones solemnes.

135 La vna, es, quando el Principe concede este

este derecho de pescar limitadamente à ciertã parte del Rio, ò del Mar, para que estexto formal la *Ley venditor* 13. ff. *communis Prad.* que habla de la pesca de los *Atunes*, y allí la *Glossa littera D.* verbo: *Privata*, lo dize expressamente, ibi: *Sed à Principe potest*, y cita la *Ley servitutes, §. publico, ff. de servit. urb. Prad.* ibi: *A Principe autem peti solet*, Bobadilla lib. 2. *Politic. capit. 16. numer. 138.* Lagunez de *fructib. 1. part. cap. 12. num. 137.* en donde cita vna plana de Autores, y à el señor Don Juan del Castillo de *tertijs, cap. 41. numer. 118.* Antunez de Portugal de *donat. Reg. 3. part. cap. 9. numer. 31. 33. 37.*

136 Y no era necesario recordar mas doctrinas que la decission formal de la *Ley del Reyno 2. tit. 10. lib. 7. Recopilat.* Por ella manda su Magestad, no se embaraze el Curso de la navegacion en los Rios navegables, con Pressas, ni otros impedimentos, ni tampoco à los Pescadores el uso, y exercicio de la Pesca. Empero esta regla general la limita despues su Magestad, en todos aquellos que tuviesen Privilegio suyo para poderlo hazer.

137 La segunda limitacion, es, quando por costumbre, y prescripcion immemorial, alguna persona, Concejo, ò Comunidad adquiere este derecho privativo: Porque aunque los Rios perennes sean publicos, y el uso, y derecho de pescar en ellos, comun à todos, ex iure Gentium, §. 3. *Instit. de rer. divis. Leg. 4. ff. de acquir. rer. domin. Leg. 6. tit. 28. 3. Leg. 68. tit. 18. part. 3.* y con antelacion, y preferencia, de aquellos Pueblos, personas, y Vniversidades por cuyo Territorio pasan, y discurren los Rios, vt cum plurimis Valeron de *transact. tit. 4. quest. 3. num. 12.*

138 Tamen, por derecho posterior à el de las Gentes, es llano, q̃ el derecho de pescar con Pressas, Cañales, Buironeras, y otros instrumentos, y Armanças, circunscripto à cierta parte, & in aliquo Fluminis,

vel Maris diuverticulo, se puede adquirir privativamente por costumbre, y possession immemorial, y à el que la tiene se le debe amparar en ella, con tal, que justifique aver pescado solo, prohibiendo à otros, como explicando, y conciliando todos los Doctores para este punto. los textos *in Leg. si quis quam* 7. ff. de diuers. Et temp. prescript. cum Leg. final. ff. de usucap. lo enseñan D. Covarrub. *in regula peccatum*, 2. part. §. 8. numer. 10. Gutierrez lib. 2. *Canonic. cap. 28. num. 46.* D. Pichard. *in dict. §. 3. num. 3.* D. Suarez *allegat. 16. num. 3.* Azbedus *in proemio, tit. 8. lib. 7. Recopilat. numer. 7.* Et 9. Posthicus *observat. 10. num. 50.* Et 51. Lagunez *dict. capit. 12. numer. 199. 201. Et 210.* Bobadilla *dict. cap. 16. num. 138.* Antunez *dict. cap. 9. num. 34.* Et sequentib. apud quos ceterorum turba.

139 Lo mismo dictò à nuestro proposito *Avendaño de exeq. mand. cap. 12. numer. 11.* Et 12. que fue Abogado en esta Real Audiencia, y acalo con noticia de otros pleytos como este, q̄ defendiò, resuelve, q̄ el q̄ se halla en la dicha possession immemorial puede tener en el Rio, Redes, Cañales, y todos los instrumentos necesarios para la Pesca, his notabilibus verbis: *Quarta conclusio est, quod probans consuetudinem circa ius piscandi, pretendens, quod ipse solus piscaverit, Et antecessores sui prohibendo omnes alios à piscatione à tempore immemoriali in aliqua parte fluminis, ipse solus debet piscari, Et non alius, tanquam adquisierit iuste hoc ius piscandi in fluminibus, Et c.* Et paulo inferius prosequitur ita: *Et iste talis ad PISCANDVM potest habere RETIA, ET CAÑALES, ET ALIA INSTRUMENTA.*

140 Y fuera culpable, y mas culpable en mi, no citar la grande autoridad del señor D. Pedro Garcia de Ovalle, dignissimo Abad que fue de la dicha Iglesia de Santillana, que litiga, à quien nombrò su Magestad siendo señor Oidor de esta Real Chancilleria, y Presidente de Sala, el qual parece, que vacinava la defensa de

Aleganse las autoridades, y doctrinas del señor Don Pedro Garcia de Ovalle, en defensa de su Iglesia.

de su Iglesia, en el Tratado de *interdict. Cleric. venat.* (que con tanto Magisterio escribió muchos años antes, siendo Cathedrático de la Real Universidad de esta Ciudad) ad explicationem textus in *cap. omnibus de Cleric. venat. vbi num. 205.* y siguientes, con lo que allí juntò de toda literatura, y erudicion, sigue esta comun opinion, y alega à el señor Amaya in *Leg. 6. Cod. de excusat. muner. ex num. 57.* à el señor D. Juan de Solorzano *tom. 1. de iur. Indiar. lib. 3. num. 66.* y à el señor Don Juan de Larrea *allegat. 44. à num. 30.*

141 Y es tan cierto, è induvitable, este principio de las dos limitaciones à dicha *Ley 10.* que aunque pocas, è ningunas sean las disputas de Derecho, que por vna, y otra parte no parezcan defensables (*quod dolent, & meritò Pinell. in Authentica nisi tricenali, Cod. de bon. mater. numer. 58. Craveta de antiquit. 4. part. §. materia ista, num. 48. D. D. Francisc. de Leon decis. 193. num. 46.*) esta, de que por Privilegio, y concession del Principe, è por costumbre, y possession immemorial, es adquisible el derecho privativo de pescar en los Rios publicos, con Pressas, Cañales, y otros instrumentos, no lo es, y todos los Autores referidos, y otros infinitos que citan, lo assientan así vniformemente, por conclusion que no admite disputa. Y esta disposicion legal està practicada en estos Reynos, y en terminos precisos de Pressas, y Estacadas de Salmones, como la litigiosa, se halla especialmente observada en todas las Asturias, Galicia, y Cantabria, en donde las Comunidades, y muchos Particulares tienen en los Rios publicos Pressas, y Pozos privativos para la Pesca, con el derecho de prohibir à otros, como es notorio.

142 Ambas las circunstancias del Privilegio, è Immemorial que limitan la dicha *Ley 10.* de la *Caza, y Pesca,* las tenemos aqui en este pleyto; porque el Cabildo tiene probada por instrumentos, y 16. testigos la immemorial en toda forma, de aver tenido la Pressa

22
Pressa litigiosa en el Rio de Pas, entre los dichos Lugares de Arçe, y Oruña, con la altura que ha necesitado para la Pesca, y cerrada de Terrero à Terrero, sin Portillo, ni abertura alguna, como queda justificado *suprà ex num. 78. cū seqq. Ex num. 27. usque ad 71.* y con esta Immemorial, tienetambien Privilegio, merced, y concession de su Magestad para tener, y aver tenido dicha Pressa en la referida forma.

143 Porque la Immemorial supone concession, y Privilegio del Principe, D. Molina *lib. 4. de primogen. cap. 10. numer. 10.* Ualeron *tit. 3. quest. 6. numer. 57. & 58.* y no Privilegio como quiera, sino el mejor, el mas vtil, y relevante, obtenido, y concedido legitimamente *cum causa, & ex certa scientia*, y se retrotrahe à el tiempo que à la parte le sea mas necesario, y le convenga para su defensa, Gutierrez *lib. 3. pract. quest. 14. num. 70. & quest. 17. num. 141.* Lagunez *de fruct. 1. part. cap. 12. §. 4. à num. 70. & 81. & capit. 17. num. 82.* Noguero *allegat. 39. num. 7.* y se pone comunmente el exemplo en los Diezmos possedidos por vn Lego de tiẽpo immemorial, en cuyo favor se presume Privilegio Apostolico obtenido en tiempo habil; esto es, antes del Concilio Lateranense, *quod Laycos incapaces reddidit possidendi Decimas*, Fontanel *de pact. nupt. claus. 4. glossa 17. num. 48. & glossa 19. à num. 65.* D. Molin. *cap. 6. num. 47.* Pareja *de instrum. edit. tit. 5. resolut. 9.* Valeron *dict. num. 58.*

144 Y es la immemorial, tal Privilegio, y tan igual à el que dimana del Principe, que tiene la misma fuerça, puede tanto, y obra lo mismo, *vt prater relatos expressè probat Lex §. tit. 2. lib. 7. Recopilat. ibi: Que tienen Privilegio, ò por costumbre antigua, que el Derecho ignala à Privilegio.* Y aun es mas poderosa, y tiene mayor fuerça, y poder, que el Privilegio, *vt inquit Innocentius in cap. accedentibus de privileg.* Lagunez *dict. 1. part. cap. 17. num. 2.* D. Valenç. *conf. 8. num. 11.* Avendañ. *Respons. 17. num. 2.*

145 Ni de estàr la Pressa del Cabildo con la altura que tiene, y ha tenido, y cerrada sin Portillo, como siempre lo ha estado, se impide el passo, y procreacion de los Salmones, ni se estancan, ni se dà motivo para que se *yeme* la pesca (que es el fin de la Ley) como en contrario se supone; porq̃ cada Mes son *mas de 50. los tiempos, y ocasiones*, que se cubre la Pressa con las Mareas, y Crecientes del Mar, en que pueden subir, y passar por encima de ella à el Rio arriba, y abaxo, no solo los Salmones, y qualquier genero de pesca, sino tambien Barcos, y Ganados, y asì resulta de los autos, y de las vistas de ojos del año de 82. y 702.

146 Para lo qual, sin salir de los autos, se advierte, que todos los dias ay Mareas, y Crecientes del Mar, vnas vivas, que duran vna Semana, y otra las Mareas muertas, que suceden à las vivas, de manera, que cada Mes ay quince, ò diez y seis dias de Mareas vivas, y en cada dia dos Mareas, y otros quince, ò diez y seis dias de Mareas muertas, y en cada dia otras dos Mareas, como consta literalmente en el Memorial fol. 107. num. 383. de las declaraciones de las personas nombradas por todas las partes, y del Fiscal de su Magestad, para la Pintura, y vista de ojos del año de 702. à que la verdad se remite.

147 Doze testigos, que la Primera instancia respondieron à la 4. Pregunta, fol. 64. b. num. 230. & 231. y otros 14. testigos en esta Segunda instancia à la 14. fol. 88. b. ex num. 333. vsque ad 336. dizen lo mismo, y que con cada Marca viva se cubre *mas de una vara* la Pressa del Cabildo; deforma, que han visto muchas vezes passar Barcos, y el ganado Bacuno nadando por encima de dicha Pressa. Y por la medida que en la vista de ojos del año de 82. se tomò de la Marca viva de vn dia, se hallò, que avia sobre pujado *una vara en alto*, vt constat fol. 71. b. num. 252. in fine. Y lo mismo sobrepujò la Marca viva que otro dia se tomò en la del año

Que por estàr la Pressa del Cabildo con la altura, y sin Portillo, no se *yerna* ni estanca la pesca, por cubrirse cada dia de agua con las Mareas, deforma, que no solos los Peces, sino Barcas, y Ganados pasan por encima de ella, y se prueba concluyètemente hasta el num. 151.

de 702. sin embargo de averse mezclado dicha Marea con parte de la Creciente del Rio , que las personas nombradas declararon, la avia embarazado crecer mas, y llegar à sus limites. Memorial fol. 110. num. 396. & 397. Y tambien se tomaron en esta misma ocasion otros tres dias diferentes de Mareas vivas, que fueron el dia 25. 26. y 27. de Febrero, y declaran el Recetor, y las dichas Personas nõbradas por el Fiscal de su Magestad, y demàs partes: *Que todos tres dias se cubriò con dichas Mareas la Pressa, tanto, que no se pudo ver, ni reconocer rastro, ni señal de ella, como lo assienta el Relator fol. 107. num. 384. 385. y 386.*

148 Y en las declaraciones que en la vista de ojos del año de 82. hizieron ante el Recetor las personas nombradas por todas las partes, dicen vnanimemente, y conformes, que cada Marea viva cubrira la Pressa del Cabildo 6. dias, vt constat fol. 76. num. 84. ibi: *Y por lo que avian reconocido en dichas Pressas con las señales de Marea viva por donde la midieron, les parecia, y tenian por cierto, que cada Marea viva cubrirà la Pressa, y Estacada de San Bartholomè, Malavezina, y Matalotodo seis dias, que cada veinte y quatro horas son dos Mareas.* Con que aun arreglándonos à estas declaraciones, y à las que en el num. 146. deziamos, que hizieron en la vista de ojos del año 702. Sale por quenta infalible, que la Pressa litigiosa con las Mareas vivas se cubre excesivamente 12. dias, y 24. vezes cada Mes, respecto de aver dos Mareas cada dia.

149 Tambien las Mareas muertas cubren la Estacada otras tantas vezes cada Mes, como pueden passar Barcos, y Ganados por encima de ella, porque en la vista de ojos del año de 82. se hizo la experiencia con vna Barca en tiempo de Mareas muertas, y passò arriba, y abaxo con quatro personas por encima de la dicha Estacada, como lo assienta el Relator fol. 123. b. en la advertencia que alli pone à el margen, en la co-
lum-

30
lumna, ò versículo *Para las Mareas muertas del año de 82.* Y consta assi de la misma vista de ojos à fol. 70. num. 245. y 248.

150 Y se tomaron las Mareas muertas de siete dias continuos, que fueron 28. de Febrero, 1. 2. 3. 4. 5. y 6. de Março, y se hallò, que en todos estos dias cubrieron, y sobrepujaron la Pressa, deforma, que el Quarto dia de Marea, siendo assi que era menor que las demàs (porque cada dia van menguando hasta q̃ se acaban, y empiezan las vivas) se hizo tambien la experiencia con otra Barca que llevaba quatro personas, y passò con ellas por encima de la Pressa, dos vezes, vna abaxo, y otra arriba, como todo se expresa en el Memorial fol. 111. desde el num. 399. hasta 405. y en el num. 402. se dize quando passò la Barca: Y es de notar, que las dichas Mareas muertas, se mezclaron las mas, con parte de la Creciente del Rio; y quando sucede assi, son mucho menores, y mas baxas, porque qualquiera porcion de Creciente, aunque en corta cantidad, detiene las Mareas, y haze que no sean tan crecidas como vinieran sin el. Uease para esto la nota que el Relator haze fol. 123. b. y las declaraciones que sobre ello hizieron los Nombrados fol. 107. b. numer. 387. y fol. 109. numer. 394. y 396.

151 Resumiendo pues, todas las Mareas, sale mas claro que la luz, que cada Mes se cubre de agua 28. dias la Pressa con las vivas, y muertas, y que siendo vnas, y otras dos vezes cada dia, son 56. Mareas las que cada Mes sobrepujan la dicha Pressa, como pueden pasar Barcos, y otras tantas ocasiones, y tiempos, en que pasan, y suben los Salmones Rio arriba por encima de ella, y además de resultar assi de las dichas vistas de ojos, lo afirman tambien todos los testigos de ambas instancias. Memorial fol. 64. b. ex num. 228. cum seqq. Es fol. 88. b. à num. 332. vsque ad 335.

152 Y lo que mas es, aunque las Mareas vivas,

Pruebasse, que 56. vezes cada Mes se cubre la Pressa con las Mareas, como pueden pasar Barcos, y Salmones por encima de ella.



Que solo los alluviones del Rio, aun-



aunque no huviera Mareas, sō bastantes, para franquear el passo à la pesca, y conservar la procreacion de los Salmones.

vas, y muertas del Mar, nō llegassen, como llegan à cubrir, y sobrepujar la Presa del Cabildo, no por esso se impidiera el passo, y procreacion de los Salmones, ni se estancara la pesca; porque solo con los alluviones de las aguas pluvias, y dulçes, que en el dicho Rio de Pas son muy frequentes en tiempo de Ibierno, y de la Pesca, se cubre la Estacada del Cabildo con el exceso de *dos, y tres varas*, y en estas ocasiones son tambien infinitos los Salmones que se suben, y pasan por encima de la dicha Presa, y para hazer la experiencia quādo la vista de ojos del año de 702. se tomaron quatro alluviones q̄ huvo sin mezcla de Marea, en 24. y 26. de Febrero, y 8. y 9. de Março, y todos quatro cubrieron la Estacada, con tanta abundancia, que no se pudo ver, ni reconocer vestigio, ni señal de ella, y con especialidad se midiò el alluvion del día 26. y se hallò aver sobrepujado la Presa *tres varas*, como lo afirma el Relator fol. 110. num. 396. fol. 113. num. 407. 408. y 409.

153 Y à mayor abundamiento, lo declaran en la misma forma todos los testigos del Cabildo en esta 2. instancia à la Pregunta 15. fol. 89. b. ex numer. 336. vsque ad 340. y con individualidad à fol. 92. desde el num. 347. hasta 350. especificando alli, en comprobacion de esta verdad, la Presa de Muño-Rodero, y otras Presas de Salmones, que ay en otros Rios, à las quales no llegan las Mareas, y Crecientes del Mar, y sin embargo dizen: Que con los alluviones del Rio, suben por encima de ellas los Salmones, en tanto grado, que despues en el Verano se pescan, y matan Rio arriba, en sitios posteriores à dichas Presas, y distantes de ellas mas de tres leguas.

154 Y no se puede omitir la deposicion de vn testigo, que se refiere en el Memorial fol. 64. b. num. 232. el qual dize de hecho propio: Que en vna ocasion que fue à comprar Salmones à la Presa del Cabildo, para traerlos à vender à Castilla, estuvo detenido ocho dias,

31
dias esperando, à causa de nō averse podido sacar los
Butrones de la dicha Pressa, por aver estado todo este
tiēpo cubierta con las Crecientes del Rio; porque à el
testigo que declara de hecho propio, que tratò, y expe-
rimientò, aunque sea singular se le debe dār entera fee,
y prueba plenamente. *Leg. quero, §. ult. ff. de Ædilit.
Edict. Leg. servi, responso, ff. de testib. Ualasco consult. 73.
per tot. Farinac. de opposit. contr. test. quest. 63. num. 207.
Manuel Barbosa in Collect. ad Ordinam. Portugal. lib.
3. tit. 55. conclus. 1. num. 26. Suelves tom. 1. conf. 77. nu-
mer. 12. Augustin Barbosa in cap. in omni negotio 4. de
test. num. 26.*

155 Todo esto, se afina, y acrisola mas, con
la observancia de tantos Siglos como han pasado, y la
immemorial supone, en los quales, sin embargo de aver
estado cerrada la Pressa del Cabildo sin Portillo, y con
la altura que tiene, y otras Pressas mas perjudiciales, no
ha faltado la procreacion de los Salmones, y Pesca, en el
dicho Rio de Pas, y se han conservado los Pozos de los
Lugares de Arze, y Oruña, y las otras quatro Pressas,
y Estacadas litigiosas q̄ estan en dicho Rio agua arriba,
posteriores à la del Cabildo, y en ellas, y en dichos Po-
zos se ha cogido, y coge gran numero de Salmones, y
se arriendan cada año en mucha cantidad, y las man-
tienen sus dueños para la pesca, lo qual no sucediera
assi, ni los dueños las conservaràn, y la pesca se huvie-
ra extinguido, si por estar cerrada, y sin Portillo la Pres-
sa del Cabildo se embarazara el passo à los Salmones,
como se prueba con sus testigos fol. 90. b. num. 341. y
lo està manifestando la misma experiencia, y observan-
cia, que es el verdadero Interprete, y la viva voz que di-
suelve todas las dificultades, y el vnico Norte por don-
de se rigen, explican, y entienden las dudas, y ambi-
guedades.

156 Y para mayor desengaño, bolvamos los
ojos à los otros Rios en donde no entran las Mareas, y

Crecientes del Mar, cōmō en el de Pas, ni llegan à cubrir sus Estacadas, como à la litigiosa, y digan, si en ellos ha faltado la procreacion de los Salmones, sin embargo de estàr, y aver estado tãtos Siglos sus Pressas sin Portillo, y con toda la altura necessaria para la pesca, como resulta de los exemplares presentados, y de los reconocimientos que hizo el Recetor en esta Segunda instancia de los demàs Rios, y Pressas.

OBIECTIO SECUNDA.

157 Lo segundo, que se dize por las partes contrarias, y especialmente por el Promotor Fiscal, es, que el Rio de Pas donde està plantada la Pressa del Cabildo, pudiera ser navegable, y excusando muchos gastos, conducirse por Mar las maderas que en los Lugares circunvezinos se cortan para las fabricas de Navios que se hazen en el Astillero Real de Guarnizo, si en dicha Pressa, y las demàs litigiosas huviera Portillo competente para la navegacion, y que de cerrarlas intotum, y de nõ mandar que se baxen, se impide la navegacion, y es en grave perjuyzio de la causa publica, y asì lo articulò ante el Inferior en la 3. Pregunta. Memorial fol. 50. ibi: *Es navegable, y se pudiera navegar muy bien, y comerciar por èl, y conducir las maderas, y demàs materiales para las fabricas Reales de Navios, excusando infinitos ducados à su Magestad, por conducir las por otras partes de mas trabajo, y coste*: Cuya Pregunta reproduxo despues à la letra el Fiscal de su Magestad, como lo advierre el Relator fol. 55. b.

SATISFACTIO.

158 Respondese, que dicho Rio nunca ha sido, ni es navegable, con el mismo hecho, de aver estado siempre, y de inmemorial tiempo à esta parte cerrada,

da, y sin Portillo, y con la misma altura que oy tiene la Pressa del Cabildo, como lo tiene justificado; porque nada arguye mayor implicacion, y repugnancia, que aver estado cerrado el Rio por aquel sitio, y sido à el mismo tiempo navegable, à lo menos quando no ay Mareas, ni Crecientes del Mar, y à que en estas puedan passar Barcos, vt anteà num. 149. & 150. dicebamus.

159 Esto mismo lo estàn confessando ambos en su Pregunta, asì el Fiscal de su Magestad, como el Promotor, pues dizen ambos: *Se pudiera navegar, y comerciar por èl, y conducir las maderas excusando infinitos ducados, por conducir las por otras partes de mas trabajo, y coste:* Que en substancia es lo mismo que dezir, que dicho Rio no avia sido navegable, ni por èl se avia comerciado, ni conducido los materiales para las fabricas, hasta aquel tiempo, en que articularon, y que aunque esto era asì, y actualmente no era el Rio navegable, lo podìa ser, y comerciarse por èl, y conducir à menos costa las maderas.

160 Lo qual tambien es imaginario, y supuesto por las partes contrarias, para lebantar mas de punto este pleyto, y à fin de darle mas cuerpo, y entidad, y de disfrazar su injusta pretension, porque ademàs de constar de las vistas de ojos, que la regular altura del Rio, y su fondo, quando està sin Marea, y en su curso natural, no excede de *vara, y tercia* en la parte que ay mas agua. Memorial fol. 71. n. 251. Resulta tambien asì, de la certificacion, y testimonio que se refiere à fol. 66. num. 239. dado en virtud de Provision compulsoria por Gabriel de Herrera, Escrivano que asistiò en dicho Astillero à dichas Reales fabricas, en q̃ certifica: Que las maderas q̃ se cortan en los Montes de dicho Lugar de Arze, y de otros circunvezinos à la Pressa del Cabildo, y Rio donde està plantada, se conducen por tierra, y no por la Ria, por aver solo legua, y media por tierra, y por Mar siete leguas, y escusarse muchos gastos.

161 Y à pèssar de la malicia, y para que los que con capa del Fiscal de su Magestad, y pretexto del beneficio comun, y causa publica, solicitan este pleyto, vean que no ay armas tã ineficaces como las que mueven guerra à la razon, adelantamos mas: Que aun concediendoles (sin perjuyzio de la verdad) que el Rio fuese navegable, como no lo es, adhuc en esta hypotesi, no se le podià obligar à el Cabildo à que baxasse, y abriessse la Pressa, que siempre ha tenido cerrada, y sin Portillo, y con la altura correspondiente à la pesca.

162 Porque la Ley del Reyno 2. tit. 10. lib. 7. Recopil. que estableciò: *Que ninguno cierre, ni embargue los Rios, y Canales por donde suelen andar los Navios* (y notese que habla de Navios, que es mas) limitò la regla en aquellos que se hallassen con Privilegio de su Magestad, his verbis: *Salvando ende aquel, ò aquellos que mostrassen Privilegio de los Reyes donde Nos venimos, para poderlo fazer, y como les fue otorgado por ellos, &c.* Y este Privilegio le tiene el Cabildo, con la possession immemorial en que ha estado de tener su Pressa cerrada, sin avertura, y con la misma altura que tiene, ex aductis suprà num. 143. & 144.

163 Y esto se persuade con evidencia, en tetminos rigurosos de este pleyto, si se repara, que prohibiendo el Derecho qualquier genero de edificios en los Rios navegables, nihilominus tamem, puede reedificar, y fabricarlos el que se halla con Privilegio del Principe, ò probasse la immemorial de averlos tenido en el mismo Rio, vt mirificè probant *Avendaño de exeq. mandat. 1. part. cap. 10. numer. 11. versic. Sin autem, Gotierrez lib. 4. pract. quest. 31. num. 1. Anton. Gomez in Leg. 46. Taur. num. 11. his ad rem verbis: Si verò flumem sit navigabile, non potest quis in eo edificare, vel facere Molendinum sine licentia Principis, vel nisi tanto tempore quis habuerit ibi Molendinum, cuius memoria in contrarium non esset, argumento textus in Leg. hoc iure, §.*

duc-

ductus aqua. ff. de aqua quot. & estiv. Y todo nasce de que la immemorial es Privilegio, puede tanto, y obra lo mismo por los textos, y doctrinas que en los num. 143. y 144. ilustran este principio.

164 A que para mayor firmeza añadimos el lugar del señor Don Juan del Castillo *de Tertijs, lib. 7. cap. 33. à num. 17. versicul. Pro contraria*, en donde asienta, que si los que perciben Diezmos, probassen en forma la immemorial, de no aver pagado de ellos las Tercias Reales pertenecientes à su Magestad, quedan exemptos de pagarlas, *ex dispositione Leg. 1. tit. 21. lib. 9. Recopilat.* y en el num. 21. *propè finem*, dà la razon este grave Autor, ibi: *Porque la prescripcion immemorial tiene fuerça de Titulo, y Privilegio, y de concession Real, y del Titulo mejor del Mundo, y obra quanto se puede imaginar. Quemadmodum ergò: Se. pudiera, y puede uno defender, y librar de pagar Tercias con Titulo, Privilegio, y Merced de los señores Reyes, ita (aqui) & eodem modo videtur necessario dicendum: Que se pueda, y deba eximir con la immemorial, pues obra lo mismo.*

165 De que se arguye, que nõ puede ser mayor la sinrazon de las partes contrarias. Y sino, siguiendo la doctrina del Juris-Consulto Juliano en la *Ley 3. ff. de collat. bon.* ibi: *Quod dico exemplo manifestius fiet*, que ponderan elegantemente Cencio de *cens. quest. 101. à num. 3.* y el señor Olca *tit. 5. quest. 5. num. 12.* Pongamos el exemplo en este Rio Pisuerga, que tenemos presente: Si los vezinos de Santovenia, y Cabeçon, como Concejo, ò como particulares salieslen poniendo demanda à los que tienen los Cañales, Hazeñas, y Pesqueras agua abaxo, que siempre han estado atravesando el Rio de parte à parte. Si estos pretendiessen, que los otros baxassen sus Pressas, y en ellas dexassen Portillo, con el motivo de querer dezir se estancava la Pesca, y se impedià la navegacion. Si vnos, y otros, si estos, y aquellos, si todos juntos à vna voz, solicitaran à vn Pro-

motor Fiscal, que saliera coadyubando su intentò, con la exclamacion de *causa publica*, de beneficio comun, y del perjuyzio de la navegacion: Si esto sucediera, y oyésemos.

166 Pregunto: Despreciaràn esta pretension los señores Juezes, que estàn aqui à la vista? Parece, que si: Y que la tendràn por ridicula, viendo, que con pretextos tan frivolos se tirava à desquiciar vnos derechos tan antiguos, y que esto era querer rebolver el mundo en pleytos, contra la observancia, y costumbre tan envegecida, como los Autores lo exclaman à cada passo, ponderando vna doctrina de Baldo, Casanco, y otros antiguos, q̄ juntò el Fontan. *de pact. nupt. claus. 6. glossa 3. part. 2. tom. 2. num. 34. fol. 339. ibi: Et finalitèr usu in violabili confirmata destruere, est difficillimum, immò invertere mundum, &c.*

167 Pues aqui de la razon, aqui de la justicia: Si para estimar probada la immemorial de aver tenido el Cabildo su Pressa, cerrando con ella todo el Rio, sin Portillo, y con la altura que tiene, son suficientes probanças.

168 La sentencia arbitraria del año de 606. dada en vn pleyto, tan controvertido, y emolagada, y consentida por las partes, que despues ha estado siempre en vso, y observancia, y Tantos instrumentos, y Exemplares, como estàn presentados.

169 Diez, y seis testigos contestes, que en toda forma la concluyen, y de tã relevante calidad, que los mas son Eclesiasticos, y todos circunvezinos à la Pressa, que deponen de hecho propio (à favor de vna Comunidad Eclesiastica, que es favorable en el Derecho, y se halla en possession): vnos como Arrendatarios, otros como Operarios, que fueron en dicha Pressa, cuyas deposiciones son mas en numero sin comparacion, y mas verosimiles que las de los testigos contrarios, y se hallan coadyubadas con los Instrumentos, y Exemplares,

y arregladas à lo que dellos mismõs resulta, y à la razon natural, que es mas que todo, y el mejor texto del mundo. *Leg. ubi naturalis ratio, ff. de bon. damnat.*

170 Y si todo esto no basta, para conocer, y desestimar la malicia que ha fomentado este pleyto, es preciso, que desmayen nuestras cortas fuerças, y que sienta por suma desgracia el Cabildo perder *in totum*, el principal efecto de su congrua, y que su Pressa se haga de peor calidad, que quantas ay en los demàs Rios, con la circunstancia del Portillo que por la dicha sentencia de vista se le manda dexar entre las dos Peñas (que como se ha dicho, y resulta de la vltima vista de ojos, tiene de ancho *quatro varas* medidas, Memorial fol. 106. num. 381.) siendo su Iglesia del Patronato Real, y de las Primitivas de España, tan honrada, y favorecida de los señores Reyes Catholicos, como lo estàn publicando sus Archivos, y su Pressa la Primera de todas, y la mas antigua.

171 Tanto, que el Padre Maestro, y Coronista de su Magestad Fray Francisco Sota, en la Historia que escribiò de los Duques de Cantabria *lib. 3. capit. 50.* aviendo hecho en el *num. 2.* mencion de diferentes donaciones, que el señor Conde Garci Fernandez de Castilla, y su hermana la señora Doña Fronilda hizieron à la dicha Iglesia de Santillana, Era de 1025. año de 987. (que han corrido 716. años) passa despues en el *num. 3.* à dezir: Que en las dichas donaciones se comprehendieron los Pozos privativos de Salmones, que en la sentencia arbitraria se declaran por propios del Cabildo, inmediatos, y contiguos à su Pressa, de la parte de abaxo, cuyas palabras son, ibi: *T la misma Doña Fronilda quatro años antes avia dado à el propio Monasteriola Iglesia Parroquial de Renedo, con muchas heredades, Montes, Egidos, Y POZOS EN EL RIO DE PAS: Esta Escritura està à fol. 23. del Libro de Regla de Santillana, que possede dichas Iglesias, y hazienda.*

Pruebase la antigüedad de la Iglesia de Santillana, y que es de las Primitivas de España, con donaciones de los señores Duques de Cantabria, año de 987. que han pasado 720. años.

en virtud de estas donaciones, &c. Para que se vea quàn antiguo es el derecho de pescar, que el Cabildo tiene en dicho Rio.

172 Y hablando con la reverencia debida, no parece, que se puede diferir à la pretension de las partes contrarias, ni condenar à estas, à que baxen su Pressa, y dexeñ Portillo, sin dispensar los mas firmes principios de Derecho, como son: Lo inverosimil de sus testigos: La verosimilitud de los de el Cabildo: Y la desigualdad de estos, y aquellos, assi en el numero, como en estàr coadyubados con instrumentos los del Cabildo, y ser este favorable en el Derecho, *ex dictis suprà à num. 126. usque ad 132.*

173 Los instrumentos, y exemplares, y sus efectos, que se han ponderado, y referido desde el *num. 27. hasta el 76.* Y la sentencia arbitraria, y su fuerza, que es igual, y tan firme, y aun mas privilegiada, que las dadas por Juezes competentes, y se les ha dado estimacion siempre en esta Real Chancilleria, especialmente siendo la sentencia arbitraria antigua, *ad dicta ex num. 28. usque ad 49.*

174 La *immemorial*, que concluyentemente, y con graves circunstancias està probada, no menos, que con 16. testigos, y entre ellos seis *Sacerdotes*, arreglados todos à lo mismo que de la dicha sentencia arbitraria, y de los demàs instrumentos resulta. Que es probança tan excelente, tan aventajada, y tan superior à todas las demàs, que no ay con quien compararla, y la llaman los Autores la mejor del Mundo, el *Manà* de los titulos, y la Yerba *Laconyca*, que todo lo sana, *vt probant iura, & Doctores suprà num. 143. & 144. adducta, & iterum num. 164.*

175 Tan privilegiada sobre todas, y tan poderosa, que no està sujeta à la jurisdiccion del Príncipe, ni este la tiene, para poder prohibir, ni embarazar sus admirables efectos, quia *iur ex immemoriali adquisitū,*

35

est, quasi alterum ius naturale, super quod non est Principis imperium, §. 13. *Instit. de iur. natural. Ec. Leg. 31. tit. 18. part. 3.* D. Larrea *allegat. 15. numer. 1.* D. Molina *lib. 2. de primogen. cap. 2. num. 2.* D. Valençuel. *conf. 93. num. 45. & 48.*

176 Tan honrada, y favorecida, de los Principes Soberanos de los primeros Siglos, que el Emperador Justiniano en la *Ley 2. §. 10. in principio, Cod. de vet. iur. enucleando*, se dexò dezir, q̃ la veneraba, y respectaba, his verbis: *Tanta autem à nobis antiquitati habita est reverentia*, y ha sido atendida, y conocida por todas las Gentes. Tacito *lib. 6. Annal.* dixo: *Vetera reposcere vani loquentiam esse*, Cicero *lib. 2. Officiorum*, à nuestro proposito, ita: *Quam autem habet aequitatem, ut agrum multis annis, aut etiam seculis ante possessum, qui habuit, amittat?* Con esta razon los Lacedemonios apud Hyso- cratem, respondian à los que intentaban repetir la Ciudad de Messina, que deziàn ser suya en los Siglos pasados, que lo haziàn injustamente, *cum firmam stabilemque possessionem longa dies redidisset.* Y disputando Sulpicio contra Antiocho, apud Libium *lib. 35.* manifestò ser cosa iniqua, que por aver servido los Pueblos de Grecia en Asia, se les tratasse de reducir de nuevo à la antigua sujecion, y servidumbre, *aqua fuerant facti in munes per longam possessionem libertatis.* Y Nicetas Coniates en el *lib. 1. de su Historia* llamò invecundo à Enrico Emperador Latino, *quia in dubium revocabat, vetustissima, & longa possessione obtenta.*

TERTIA OBIECTIO, ET SATISFACTIO.

177 El Tercer fundamento, ò cavilacion, de las Partes contrarias, es dezir, que se les haze perjuizio en tener su Pressa el Cabildo sin Portillo, y con la altura presente, porque no subiràn los Salmones à sus Pozos, terminos, y Paradas, como subieran estando mas baxa, y con Sangradera. S Y

178 Y cómo esto se reduce en substancia à que cogeràn menos Pesca, es muy facil la respuestas porq̃ no pueden dezir, que por esto, y por no estàr mas baxa, y con abertura la Pressa del Cabildo, se les haze perjuyzio, aunque no sea en su vtilidad, *quia non est idem fieri deterio rem conditionem alicuius, ac non fieri meliorem*, por los textos vulgares, ff. *qua in fraud. credit.* Demanera, que aunque debitoribus noliceat in fraudem creditorum alienare, pero dexar de adquirir, si: porque en este caso, no ay perjuyzio, por no se les disminuir su patrimonio, aunque no se les aumenta. *Leg. 6. in principio, §. 2. ff. eod. tit. Leg. 184. ff. de reg. iur. D. Olea titul. 2. quest. 3. num. 5. & 6.*

179 Sicque, stat optimè, que digan, que non fit melior eorum conditio, pero que fit deterior, no: Porque aun no han llegado los Salmones à sus Pozos, y Distritos; y fuera crueldad querer obligar à el Cabildo à que baxasse, y abriessse su Pressa, para que les subiesse la Pesca que necessita para sì, por que las partes contrarias la tuviessen, y se utilizassen mas en ella, texto elegante in *Leg. Prasfes 6. Cod. de fervit. & aqua*, his mirificis verbis: *Cum sit durum, & crudelitati proximum, ex meis Prædijs aqua agmem ortum, SITIENTIBVS AGRIS MEIS, ad aliorum usum vicinorum iniuria propagari: & foret Prædo sui ipsius el Cabildo, si los Salmones que la Divina Providencia le ha puesto en su Pressa, los alargara, y dexara passar à los Pozos, y Pressas posteriores, porque sus dueños se utilizaran: Y dà la razon la Glossa de Gotofredo, por el axioma comun del PRIMVM MIHI, SECVNDVM TIBI, eis verbis: Quemlibet præsumi rem suam curare, deinde alienam, & sic ordinatam charitatem incipere à se ipse, idem ferè cavetur in Leg. 2. §. item varas, ff. de aqua plu. arcend. en terminos de Pressa.*

180 Rursus, stat optimè, que digan, que cessat eorum lucrum, pero que emergit eorum damnum,

no: Por la diferencia que ay entre el lucro cessante, y damno emergente, y hablando de Pesca lo dixo el Antunez de donat. Reg. 3. part. cap. 9. numer. 45. illis verbis: *Non capere, & damnum sentire plurimum inter se differunt*, dando la razo en el num. 46. *Nam spes capiendi in bonis non est*, elegans ad rem textus in Leg. 29. §. item La-beo, ff. ad Leg. Aquil. ibi: *Non piscium qui ideò capti non sunt fieri estimationem, cum incertum fuerit, an caperentur*. Y en terminos de aguas lo confirmò Vlpiano in Leg. 21. §. 21. ff. de aqua plu. arcend. dùm dixit: *Si aqua pluvia noceat non si non prossit*. De que se infiere, que aliud est non prodesse, & aliud est nocere, y que aunque la Pressa del Cabildo, que es el principal Objeto de este pleyto, no dexe passar à los Pozos, y Pressas del señor Don Francisco de Zevallos, y de los Lugares de Arçe, y Oruña, y de Don Juan de Polanco, tantos Salmones, quantos quisierà coger mas, no por esso es en su perjuyzio, y solo pueden dezir, que no les aprovecha, y que solo se les sigue, no lucro: no utilidad: no provecho.

181 Hazese mas insuperable este Discurso con la opinion comun de todos los Autores, que conformemente resuelven, que no podrè yo V.g. embarazar à Ticio la fabrica de vn Molino, en terminos de la Ley del Reyno 18. tit. 32. part. 3. solo con el motivo de que otro mio redituara menos, ni esto lo puedo alegar por perjuyzio que se estime, por dos razones. Lo primero, porque con la fabrica de Ticio, tantummodo mihi aufertur commodum, & lucrum non dum questum, & quod in meis bonis adhuc non est, sed tantum in spe. La otra, porque aunque se quisiera llamar perjuyzio, no es daño, quod cohæret rei, idest, à mi Molino, sed tantum consistit, en la facultad que todos tienen libre para ir à qualquier Molino, in quibus nullum ius est mihi questum; y asì lo afirman, dando estas mismas razones Gutierrez lib. 4. practicar. quest. 31. num. 5. propè finem, Gratian. cap. 89. à num. 2. optimè Cyriacus

controvers. 310. & 462. num. 5. Antunez 3. part. capit. 4.
num. 13. D. Salgad. 1. part. Labyrinth. cap. 37. num. 32.

182 Y esto mismo passa en los Salmones,
que tambien tienen su libertad natural para ir à esta, ò
à la otra Pressa, y passar à aquellos, ò à los otros Pozos,
como las Gentes à qualquier Molino, teste Justiniano
in §. ferè igitur bestia volucres, & pisces 12. *Instit. de rer.
divis. ibi: Et in naturalem libertatem se se receperint.* Y
nadie tiene adquirido dominio, ni derecho en ellos, an-
tequam capiantur, dict. §. ferè, & *Leg. 1. §. ult. ff. de adq.
rer. domin.* y la esperança de cogerlos es incierta, con-
tingente, y falible, & in bonis non est, vt antea, ex *Leg.
29. §. item Labeo, ff. ad Leg. Aquil. num. 180.* dicebamus,
& insuper nunc probant textus in *Leg. 8. §. 1. ff. de con-
trahend. empt. Leg. si iactum retis* 12. *ff. de act. empt. Leg.
11. ff. de hered. vel act. vendit.* por lo que dixo (aunque
para otro assumpto) el mismo Justiniano en el §. *illud*
13. *eod. tit. de rer. divis. ibi: Quia multa accidere possunt,
vt eam non capias.*

183 Y adelantando licèt ex abundanti el
Discurso, dezimos mas: Que aunq̃ de coger menos Pes-
ca, y de tener el Cabildo su Pressa lebantada, y sin Porti-
llo se les siguiera positivo daño, y perjuizio à las partes
contrarias, tampoco fuera motivo legal para quitarle à
el Cabildo de levantar, y cerrar su Pressa à su arbitrio, y
voluntad, con tal que lo hiziesse por su provecho, &
non animo nocendi, ni por emulacion. Prueba el in-
tento la *Ley vicinus* 24. *ff. de aqua plu. arcend.* en donde
pretendiendo el dueño de vn Fundo inferior, que otro
del Fundo superior, no le avia de arar con los surcos
derechos, de suerte, que el agua cayesse por ellos en el
Inferior, por dezir, que se le seguià detrimento: Res-
pondiò el Consulto, que no era justa su pretension, y
que el otro podià hechar los surcos como quisiessse, y
mas le conviniessse, mirabilitèr his verbis: *Respondit non
posse eum facere, quominus agrum vicinus QVEMAD-
MO-*

MODVM VELET ARARET: Luego, podrá muy bien el Cabildo, como dueño de su Presa, y Fundo superior por estàr la Primera formalitèr, y en quanto à la pesca, hazer surcos, cerrarla, y levantarla, *quemadmodum vultit*, sin que se lo puedan embarazar los Dueños de los Pozos, y Presas posteriores, que son el Fundo inferior.

184 Lo mismo confirmò Vlpiano in *Leg. Proculus* 26. ff. de *dam. infect.* & in *Leg. 1. §. denique Marcellus* 12. ff. eod. tit. de *aqua plu. arc.* en donde tambien se propone, que aviendo vn vezino querelladose de otro, por dezir, que este cabando en su Fundo sin intencion de hazer daño, y solo à fin de mejorarle, le avia desviado vna Fuente que passava por èl, tampoco Vlpiano quiso admitir la pretension, y la denegò, his verbis: *Cum eo qui in suo fodiens, vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi, id fecit, idem probat textus in Leg. fluminum* 24. §. final, ff. eod. tit. de *dam. infect.* optimè Pereyra decis. 25. à num. 1.

185 Esto mismo romancedò despues, el señor Rey Don Alonso el Sabio, en la *Ley 19. tit. 32. part. 3.* con estas palabras: *Fuente, ò Pozo de agua aviendo algun home en su Casa, si algun vezino quisiesse fazer otro en la suya para aver agua, è para aprovecharse del: puedelo fazer, è non gelo puede el otro deve dàr, COMO QUIER QUE MENGVASSE POR ENDE EL AGVA DE LA FVENTE, O DEL SV POZO.*

186 Y el Antunez de donat. *Reg. 3. part. cap. 4. à num. 25. & 26. & num. 48.* con ocasion de si el dueño del Fundo puede mudar el curso de las aguas que en èl entraron, afirma que si, y como quisiere, y mas le convenga, ibi: *Dominus fundi in quem aqua intravit POTEST AD LIBITVM aqua cursum mutare*, por la vulgaridad del texto en la *Ley 21. Cod. mandati*, quia

in re sua quilibet est moderatōr, & arbiter, y cōmo no
sea ob æmulationem, profigue: *ETIAMSI VICINO
NOCEAT*. Y en el num. 48. ibi: *LICET ALIVM
LEDAT*, y dà la razon, *nam is qui iure suo utitur ne-
mini iniuriam, aut præiudicium facit. Leg. 6. §. 7. ff. que in
fraud. cred. Leg. § 1. §. 4. ff. de fideiuss. Leg. 13. §. 1. ff. de in-
iur. Leg. 87. de leg. 1. D. Larrea allegat. 22. numer. 72. C.
77. D. Valenc. cons. 2. num. 12. D. Solorçan. de iur. Indiar.
lib. 2. cap. 18. num. 30.*

187 Ergò podrá el Cabildo cerrar, y leban-
tar su Pressa *ADLIBITVM*, y como le convenga pa-
ra la pesca, *QVAMVIS VICINI FONTEM
AUERTAT*, AVNQUE SE MENGVE EL
AGVA DE SVS POZOS, *ETIAMSI VICINO
NOCEAT*, *LICET ALIVM LÆDAT*, idest,
aunque por ello pesquen menos Salmones en sus Po-
zos, y Pressas, el señor Don Francisco de Zevallos, los
Lugares de Arze, y Oruña, y Don Juan de Polanco, y
estos, sino estã contentos con su suerte, quexense (si se
puede dezir asì) à la Divina Providencia, que quiso dàr
mejor derecho al Cabildo, y hazer à su Iglesia el primer
acreedor à la pesca.

ARTICVLO TERCERO.

*QUE SE DEVE CONDENAR A LOS LV-
gares de Arze, y Oruña, à que paguen à el Cabildo, la mi-
sad de los gastos, y salarios, que ha puesto en la defensa de
este pleyto desde el año de 700. y à que contribuya con
la mitad de los que se causaren
hasta fenecerle.*

188 **L**A Ley que ha de resolver esta pretension,
y articulo reservado para definitiva, es
la Escritura de Transaccion, y Concor-
dia, que està en el Memorial fol. 9. num. 27. y siguientes.

Por

Por ella consta, que el Cabildo, y dichos Lugares hizieron vn cuerpo la Pressa litigiosa, y otra de Labadorio mas inmediata à el Mar, que los Lugares avian fabricado con diferentes Capítulos, pactos, y condiciones.

189 Por el Capitulo 1. 2. y 5. de ella, que se refieren en el Memorial fol. 9. b. num. 28. y 29. pactaron: Que los Lugares avian de tener siempre la administracion de ambas Pressas, sin que el Cabildo pudiese quitarsela, y à su cargo el reparo, y conservacion de ellas, y la obligacion perpetua de reedificarlas, en caso que faltasen, y que por esta razon, de todo su producto, y pesca, avian de sacar para si, en primer lugar la Quarta parte, y partir igualmente con el Cabildo las otras tres partes remanentes.

190 En virtud de estos Capítulos han percibido hasta aqui los Lugares, y actualmente estan gozando en la Pressa del Cabildo, la dicha Quarta parte precipua, y la mitad de las tres partes remanentes, como lo asienta el Relator fol. 38. b. en la nota que allí haze à el margen: pero no han reedificado la Pressa de Labadorio, que despues se llevò el Rio, aunque por parte del Cabildo se les ha pedido, y requerido.

191 Por cuya razon, y porque tambien tenían mal compuesta, y reparada la Pressa litigiosa, cuidadosa, y maliciosamente, à fin de que la pesca sobiesse à sus Pozos inmediatos, que la Primera Pintura señala num. 9. le fue preciso à el Cabildo ponerles aqui la demanda que refiere el Memorial fol. 19. b. sobre la nulidad, y rescision de la dicha Escritura de Concordia, concluyendo en ella daños, y que se condenasse à los Lugares à que no pescassen mas en su Pressa, ni de ella percibiesse cosa alguna en adelante, y aviendose substanciado la demanda, y proseguidose el pleyto, està yà visto sobre lo principal en la Sala del señor Don Francisco de Santelices, aunque no se ha votado, como es notorio en la Chancilleria.

192 Bolviendo pues , à la Concordia , por ella tambien se pactò en el Capitulo 9. que si se moviesse algun pleyto sobre el reparo, reedificio , y conservacion de ambas Pressas, se avia de defender , y contradecir por el dicho Cabildo , y Lugares , contribuyendo en los gastos por mitad, en la misma forma que partian los emolumentos de sus productos , como literalmente se previene en dicho Capitulo. Memorial fol. 10. num. 31.

193 Este Capitulo se guardò , y observò en este pleyto, hasta el año de 700. porque aviendose apelado por el Cabildo, y Lugares, de la sentencia que diò el Inferior, entre los Arrendatarios, siguieron juntos la apelacion haziendo vna misma parte , defendiendolos vn mismo Procurador, Agente, y Abogado, y las probanças de vista se hizieron por vn mismo Interrogatorio, y Recetor, defendiendo , alegando, y articulando vn mismo derecho , y que la Pressa del Cabildo siempre, y de immemorial tiempo avia estado cerrada , y sin Portillo , y assi consta del Memorial fol. 17. b. num. 66. y de las probanças , y su cabeza, y lo en ellas articulado en la Primera instancia, fol. 60. 62.

194 Despues se quedò suspenso este pleyto, hasta el año de 700. que por el Fiscal de su Magestad se despachò emplaçamiento de pleyto retardado , y debiendo los Lugares proseguir con el Cabildo en la forma que antes , y convenir en que vn Prebendado viniessse à la defensa por ambos, como siempre se avia practicado , no lo hizieron assi , antes bien otorgaron nuevo poder à D. Lorenzo , y D. Juan Polanco, dueños de la Pressa de Juan Ruyz, num. 13. & 14. que litigan contra el Cabildo, coadyubando la pretension del Fiscal de su Magestad , y estos le substituyeron en su Procurador Pedro de Uelasco, Memorial fol. 18. b. num. 71. 72. 73. Con que fue preciso à el Cabildo embiar vn Prebendado à su costa.

Subf-

39

195 Substituido el poder en Pedro de Ue-
lasco, se estuvieron los Lugares nautrales cuidadosa-
mente, sin hazer diligencia alguna, esperando el suceso
de la sentencia de vista, y si el Cabildo proseguia la de-
manda sobre la rescission de la Concordia, en que te-
nian ser excluidos de la Pressa del Cabildo, y esto se
prueba del Memorial ajustado; pues en todos los autos,
q̃ a fol. 18. b. ex num. 71. vsq̃ ad 146. refiere se fulminarõ
desde el año de 700. q̃ se despachò el emplazamiento
de pleyto retardado por el Fiscal de su Magestad, hasta
7. de Mayo de 701. q̃ se diò la sentencia de vista, no se
hallarà pedimiẽto alguno, ni otra diligencia hecha por
los Lugares, mas que la presentacion del poder. Conque
tambien le fue forçoso à el Cabildo hazer por sì solo la
defensa, y todos los gastos, sin que el Relator, ni el
Oficio, ni otro alguno cobrasse derechos de los Lugares,
por considerarse en virtud de la concordia, y de los
autos del pleyto, por vna misma parte con el Cabildo.

196 Dada la sentencia de vista, y viendo los
Lugares, que por ella se mandava dexar el Portillo, que
nunca creyeron, y siempre descaron, para sus Pozos pri-
vativos, y que el Cabildo seguia con gran tẽsion la de-
manda para excluirlos de la Pesca, que estàn gozando
en su Pressa; y reconociendo, que no tenian buen pley-
to, tomaron las armas contra el Cabildo, y se arrimaron
à el dicho Don Juan de Polanco parte contraria, y ha-
ziendo vn cuerpo con èl en esta segunda instancia, han
alegado, y articulado ambos, debaxo de vn contexto
contra el Cabildo. Y lo que mas es, se han opuesto à su
propio echo, y à lo que antes en la primera instancia re-
nian alegado, probado, y deducido, especialmente en
quanto à q̃ en la Pressa nunca avia auido Portillo, y aora
lo niegan, y afirman, q̃ le ha tenido entre las dos Peñas, y
lo han articulado, y pretendido probar con el dicho D.
Juã de Polanco. Vase para esto el Memor. fol. 34. y la ca-

beça de las Probanças, y lo articulado en ellas, fol. 93. b.
& fol. 104. b.

197 Por lo qual, tambien le ha sido preciso à el Cabildo, proseguir solo en esta segunda instancia, pagando enteramente los salarios, que ha devengado el Prebendado q̄ ha tenido en esta Corte à la defensa, los derechos de Relator, y Abogado, los gastos del Receptor que fue à las probanças, de este informe, del Memorial ajustado que se imprimiò, y todos los demás que se han causado hasta aqui: Y de todos ellos, y de los que se causaren hasta fenecerse este pleyto, pide el Cabildo justamente, que los Lugares le paguen, y contribuyan con la mitad, por lo pactado en la dicha escriptura de Concordia: Y assi parece, que es de justicia.

198 Sin que obsten las razones, que por los Lugares se alegan para excusarse, que se reducen à confessar, que siempre han contribuido en los gastos de este pleyto, y que si agora no lo hazen, es, por el pleyto, y demanda que el Cabildo les ha puesto sobre la rescission, y nulidad de la concordia, y averse opuesto à ella.

199 Porque esto (sin faltar à la modestia) es hablar à bulto, y de lo que hasta aqui hemos dicho (que es la verdad) se reconoce la razon que tuvo el Cabildo para ponerles la demanda, y que esta no fue la causa final de separarse en este pleyto los Lugares, sino el interès de sus Pozos con el Portillo; y està descubierta su malicia, cui nõ est indulgēdū, Leg. 15. tit. 7. part. 3. ibi: *Una de las cosas del Mundo de q̄ mas se deben trabajar los Reyes, è los otros Señores, que tienen logar de Nuestro Señor Dios en la Tierra, para mantener la justicia, es, de contrastar à la malicia de los homes: Demanera, que el Derecho non pueda ser embargado por ellos.*

200 Præter quam quod, estàn actualmente gozando de la mitad del producto de la Pesca, en virtud de lo pactado en la Concordia, y el Cabildo tambien hasta

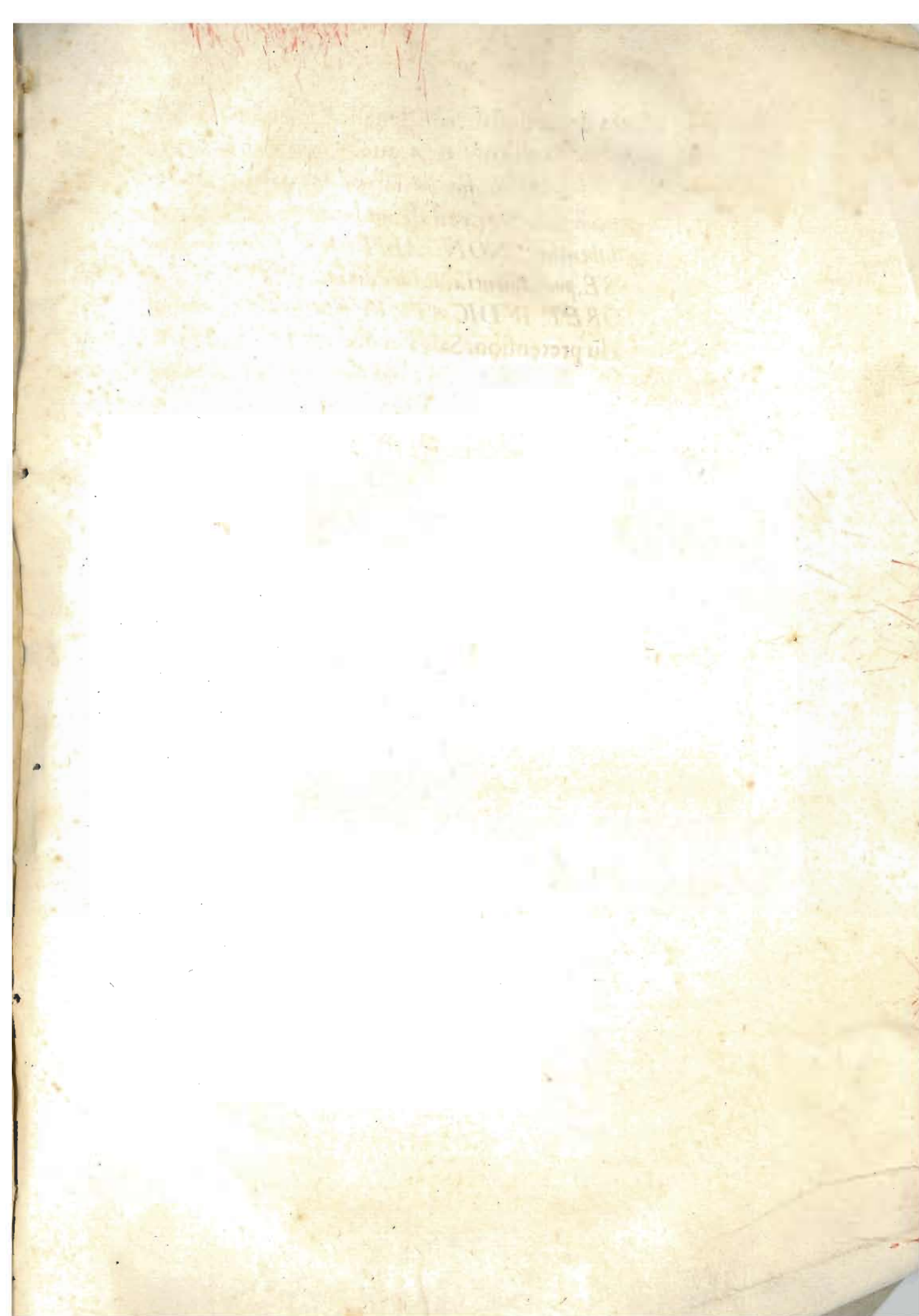
hasta el año de 700. ha estado en possession de que dichos Lugares contribuyan en los gastos de este pleyto, como ellos mismos lo confiesan en la peticion que refiere el Memorial fol. 39. §. vel *columna* 4. y en este caso debe ser el Cabildo mantenido en la dicha possession, y es executiva la Concordia, en quanto está pactado en ella, adhuc pendiente el pleyto, y demanda sobre su rescission, y nulidad, hasta q̄ se fenezca, y determi-
ne, vt expressè docet Valeron *de transact. tit. 6. quest. 3. num. 36. & 37. ibi: Tandem observandum est, quod si nullitatis, aut rescissionis remedium adversus transactionem allegetur, qui eius virtute possidet, est interim in possessione tuendus, vt docet, & summe notandum commedat Mieres de Maior. lib. 3. part. quest. 15. num. 105. Unde, & poterit executio eius interim peti, precipue si nullitas altiore requiratur indaginem, ex his que tradunt Giurba decij. 100. Carleval de iudit. tom. 2. tit. 3. disput. 16. per totam.*

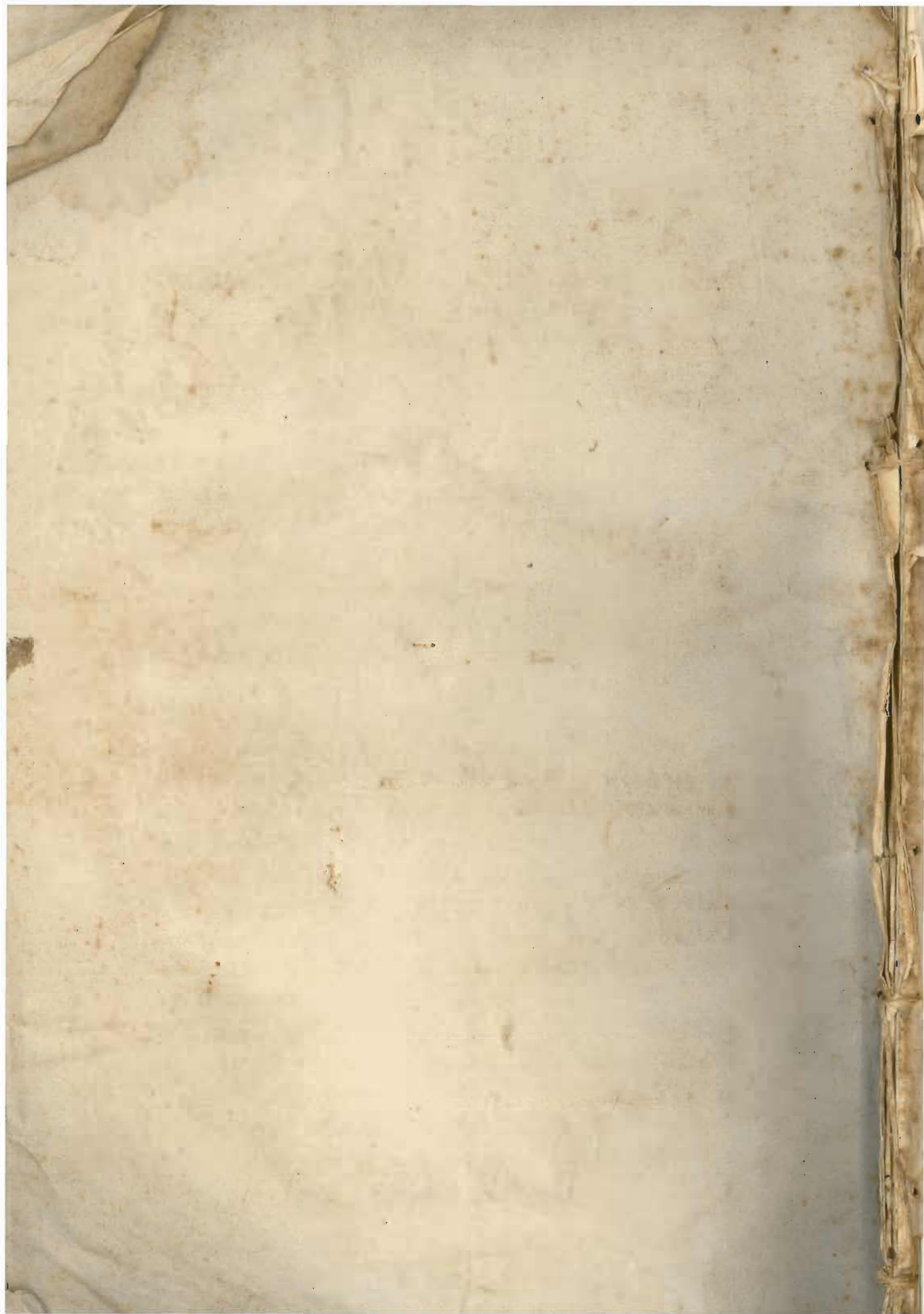
201 Y quando el Cabildo no estuviera en la dicha possession, ni pactado en la Concordia, la contribucion de gastos por mitad, en justicia debian hazerlo los Lugares, que estan actualmente gozando la mitad del producto de la Presa que se defiende, por el derecho de equidad, y regla vulgar, que à contrario sensu se deduce del texto en la Ley 10. ff. *de regul. iur. ibi: Secundam naturam est, commoda cuiuscumque rei, eum sequi, quem sequuntur incommoda.* Y fuera iniquidad, y contra el dictamen del Derecho Natural, que los Lugares estuviesen gozando el provecho de la mitad de los frutos de la Presa litigiosa, y q̄ el Cabildo llevara toda la carga de los gastos en defenderla, quod ius naturæ non patitur. Leg. nam hoc 14. ff. *de condict. indebit. Leg. 206. ff. de regul. iur.*

202 Estos son los fundamentos, que nuestra cortedad ha podido congrega en defensa del Cabildo, que con gran vigor, y sin desmayo alguno de su justicia:

cia, espera de tan justificado Senado (de quien el Principe tiene hecha tal confianza, que el texto en la Ley 1.
§. 1. ff. de Offit. Praefect. Prator. dixo estas palabras: *Credidit enim Princeps, eos, qui ob singularem industriam explorata eorum fide, Et gravitate, ad huius Offitij magnitudinem adhibentur, NON ALITER IUDICATVROS ESSE, pro sapientia, ac iure dignitatis sua, QVAM IPSE FORET IUDICATVRVS*) que ha de dileric en todo à su pretension. Salva in omnibus. D.U.D.C.

Licenc. Don Juan Gomez
de la Sierra.





Handwritten text, possibly a signature or name, in cursive script.

340.13 (p.a)
7