



ESTATERA JVRIDICA;
CRISOL, Y PIEDRA DE TOQUE, EN QVE SE
PESSAN, AFINAN, Y RECONOCEN LOS FUNDAMENTOS
 legales, que asisten à el Prior, y Cabildo de la Insigne,
 y Primitiva Iglesia Colegial de
 Santillana.

EN EL PLEYTO CON

EL FISCAL DE SU MAGESTAD, CONCEJOS;
Y VEZINOS DE LOS VALLES DE TORANZO, Y
 Castañeda, y Lugares de Arce, y Oruña del Valle de Pielagos. Y con el
 señor D. Francisco de Zevallos, Oidor en el Real Consejo de Ordenes,
 Y Don Juan de Polanco, vezino de dicho Lugar de Oruña,
 como dueños de las Presas de Corduebo, y Juan
 Royz, fistas en el Rio de Pas.

S O B R E

EL USO, Y APROVECHAMIENTO, MODO, Y FORMA DE LA CON-
 servacion de la Presa, y Estacada de Salmones, que llaman de Malavezina,
 Mataotoro, y San Bartholomè, 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 in-
quisitione discutere: interrogandi, responden-
di, obijciendique prabita 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: & tandem actio ventiletur,
quousque ad rei veritatem perveniat: Fre-
quenter interrogare oportet, ne aliquid pra-
termissum forte remaneat, quod annexi con-
veniat. Cap. final 30. quæst. 5.

1 **D**ISCULPAUA la dilacion el echo tan
dilatado de este pleyto, porque como
advirtiò el señor Rey Don Alonso el
Sabio (que diò leyes à los Oibes , y à la Tierra) no se
puede reducir à compendio lo que por su assumpto ne-
cessita de mayor explanaciò, ó por mejor dezir, y vfan-
do de sus mismas voces del lenguage Castellano anti-
guo en la Ley 3.y 5.tit. 4.part. 2. Porque seria mengua de
fablar con palabras tan breves, è tan aprissa, q̄ l̄s non pu-
dießen entender aquellos que las oyessen; pues aunq̄ dixeran
los Sabios, que el home debe fablar 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 di-
xere, 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, nos ceñirèmos à lo preciso, è inex-
cusable, remtiendonos à èl en lo demás. Y para confe-
guir este fin, y proceder en este discurso Legal con la
expedicion, y claridad que deseamos, el mejor medio,
y la mayor destreza se alegura en premitir en el echo
algunas circunstancias substanciales, en que van llanas
las partes, que hagan fenda para discutir 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 demás que posseen las partes contrarias
están Posteriores à ella. Y que en quanto à el dominio,
y propiedad de dicha Pressa, y que este reside, y ha resi-
dido 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 necesario recurrir por aora
à la probança, y fuerças de la inmemorial, y solo dezi-
mos, que es el mejor titulo del mundo; porque supone
todos quantos se pueden imaginar, aunque sea el Pri-
vilegio del Principe, donacion suya, y de otras quales-
quieras partes que sean legitimas, *ut ex infra dicendis à
num. cum seqq. apparebit*

4 Lo segundo se supone, que el Cabildo en
este pleyo ha sido, y es reo demandado, como dueño, y
poseedor legitimo de la dicha Pressa, y aunque por el-
ta razon pudiera aver declinado la Jurisdicion Real, y
pedido se remitiesse su conocimiento à los Juezes Ecle-
siasticos, que lo fuessen competentes, no ha querido
vistar de este medio, mas antes ha litigado, y litiga en es-
ta 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 pleytó, fue sin aver litigado el Cabildo, ni aversele citado, ni emplaçado, ni averse puesto en la cabeza de dicha sentencia, y solo se litigó 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, ó Cebadero de una braça de ancho en lo mas fondo del agua.* Le fue preciso à el Cabildo mostrarse parte, y apelar de dicha sentencia para esta Real Chancilleria, aunque pudiera aver dicho de naldad, por el defecto insanable de citacion, y aviendo venido los autos, y sustanciadose el pleyto, y hechose probanças, y vista de ojos, se quedò suspenso desde el año de 82. hasta el de 700. que se prosiguió. Y aviendo se 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 fuese la que resultava tenia el año passado de 57. por la escritura que se resiere 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 Uiendo el Cabildo, que esta sentencia de vista le era de notable perjuicio; pues le fuera totalmente invtil su Pressa dexando en ella Portillo, y sin cerrar el hueco q ay entre dichas dos Peñas (que segun resulta de el Memorial fol. 105. num. 381. tiene *Quatro varas de ancho*) le fue preciso suplicar de ella, y en esta instancia de revista ofrecerse à probar, pedir nueva sis-

ta de ojos, y Cedula de su Magestad, para que este pleyto se viesse con dos Salas, y todo lo ha hecho, y consigido assi, con grande costa, y assistencia de vn Prebendado de aquella Iglesia, que ha estado continamente en esta Corte à la defensa, por ser la Pressa litigiosa el principal efecto de la Congrua del Cabildo, que 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 vnicamente se reduce à los dos Puntos principales, de que el Cabildo baxe la altura de su Pressa, y dexé en ella abertura, y Portillo, por donde passe, y se comunique la pesca: Y para que se delestime su intento, y poder manifestar con mas felicidad el derecho, y la notoria justicia que à estas partes les asiste, dividirèmos este Papel en tres Articulos.

9 En el primero se fundará, 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 Arce, 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 está 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 imposicion de
perpetuo silencio, declarando en caso necesario poder tener,

*Su Presa cerrada de Terrero à Terrero, y de
Ripa ad Ripam con la altura que tiene, y sin
ditar en ella Portillo, ni
avertura.*

io **E**l primer fundamento que se nos ofrece (hablando legalmente) es, que siendo el Cabildo dueño de la Presa litigiosa, funda de derecho para poder usar de ella como le convenga, levantandola, y cerrandola à su arbitrio, y voluntad; porque este es el efecto principal del dominio, *Et in reserua quilibet est moderator.* *Et arbiter.* por el conocido texto *in Leg. in re mandata 12. Cod. manda-
ti*, en donde lo exorna Agustin Barbosa en su Collec-
tanea, y es Axioma comun, y Dicteio vulgar, *ut qui-
libet ad suum tollere, & elevare possit usque in
Calum, à su arbitrio, y como le parezca, con tal que ce-
da en utilidad suya, & non fiat ob emulacionem.* *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 pnedela alçar quando quisiere,* Gomez *in Leg.
46. Taur. num. 6.* *Gratianus cap. 896. num. 4.* *Cyriac. con-
trovers. 28.* *Augustin Barbosa in dict.* *Leg. 8. num. 1.* *Et
2. & plures quos plena manu congessit Antunez de
Portugal de donat.* *Regijs, 3. part. cap. 39. num. 13.*

ii Y aunque esta regla se licrita, quando en
algun Lugar ay Costumbre, ó Estatuto en contrario, y
en otros casos que refiere el Antunez desde el num. 15.

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 cierte, y lebante su Pressa, no excediendo de la Norma que dà Paulo in Leg. servitutes 20. §. si domo 1. ff. de servit. urb. Præd. ibi: *Dùm nequid ultra quam quod necesse est itineris causa demoliar*, y arreglándose à el Nivel de Ulpiano in Leg. 1. §. utrum 3. ff. si ususfruct. petat. illic: *Provt ususfructus perceptio desiderat*, esto es, dandole toda la altura que sea necessaria para la pesca de los Salmones, que son frutos del Rio, así 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 iurisdict. omnium iudicium, ubi communiter Doctores.

13 Texto elegante para el caso la Ley si iter 10. ff. de servitut. urb. Præd. La especie es, que aviéndosele legado à Ticio la servidumbre de *iter*, por vn Prædio, simplicitèr, y sin aver añadido el Testador otra cosa, se ofreció despues la dificultad de no poder pàssar sin cabar en el Prædio, y poner en él vna Puente, consultosele el caso à Celso, por parecer que era en grave perjuizio 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: Respondió, que lo podia hazer Ticio, his verbis: *Si iter legatum sit, quæ, nisi opere facto, ire non possit, licere fodiendo, substruendo, iter facere*, porque concedida la servidumbre, se entiende concedido todo lo que es necesario para usar 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 aquæ ductu,

lib.

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

14 Y si à el Cabildo se le coartara 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 huvo menester empeñarse para retenerlas, y ponerlas limite, y riendas. Proverb. Cap. 8. versic. 29. illis verbis: *Quando circundabat 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 está 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 está enseñando la experiença.

15 De esta potestad que el dominio de su Pressa le dà à el Cabildo para lebantarla, y cerrarla à su arbitrio, y voluntad, ó 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 adiitum 24. ff. de servit. Præd. urban. & in Leg. altius 8. Cod. de servit. Y la otra *itineris*, vel *Foraminis*, de quib. in Leg. 1. ff. de servit. Præd. rustic. & in Leg. foramen 28. ff. de servit. Præd. urban.

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

por

por los 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 controversial. 28. num. 5. D. Valenç. conf. 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 aviando pretendido el Cabildo lebantar su Pressa, se lo prohibieron las partes contrarias, y que el Cabildo se aquietó a la prohibicion, y despues de ella aver passado 44. años, que es el tiempo establecido contra las Iglesias, con los quatro que tiene 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. column 2. vers. Item. Posthius de manut. observat. 10. numer. 99. Augustin Barbossa in Leg. 1. Cod. de servit. § aqua. Noguerol allegat. 39. num. 43. D. Larrrea allegat. 16. numer. 19. § 24. Antunez dict. cap. 39. numer. 15. ubi plures, y con otros muchos que cita, y sigue Itanço de protestas. cap. 30. num. 108. y 109.

18 Y en terminos de aguas, lo dixo admirablemente el Moderno Francilco 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. § valcat currere prescriptio, oportet, quod superiores voluerint aliquando aquam aliunde divertere, § fuerint prohibiti, § his iusmodi prohibitioni aquieverint, &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 abierto, y en en un mismo sitio, y parte, y que aviando

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 si 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 virgentes, nam qui præsumptionem iuris contra se habet durioribus probationibus oneratur, ut plenè probat D. Molina de primog. lib. 3. cap. 4. numer. 32. ¶ 33. ex Leg. nuptura 53. ff. de iur. dot. Leg. libertas 17. §. final. ff. de manumis. 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 contraproducentes porque nunca huvo semejante prohibicion, ni aquietacion, 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 un echo antiguo, es mejor probança la que se hace por instrumentos, que la de testigos, testio expresso 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 pleito 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. usque 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 descendentia, ad huiusmodi successionem obtinendam, gravissima, & ferè in extricabiles difficultates offerri solent, propter contrarias, atque invicem pugnantes testimonia 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 iesibus, cum pluribus alijs quæ concessit. Mascal. de probationib. conclus. 797. num. 19. & Farinac. de iesib. quest. 69. cap. 2. num. 63. & 65. & numer. 103. cum multis seqq. Summo ingenio provisum fuit per dictum D. Proregem, ut loci Prætor aliam informationem de officio (ut dicunt, que es lo mismo que otra vista de ojos) recipias, & cum suffragio, vel iuditio suo ad Proregem remittat; cui informationis plus solet, & debet deferri, quam illis, quæ apartibus presentantur. Nisi quis H[AB]IT[AT] ETIAM PRETORES, ALIQUANDO MAGIS UNI QVAM ALIj EX LITIGANTIBVS, EX UARIJS RESPECTIBVS, UEL AFECTIBVS FAUENT.*

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

vijs deducebantur, ut ex his indagare possem, quibus magis lux veritatis assisteret. Quoniam licet dici soleat, in exercendis litibus parem vim habere testes. Et 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: Census, Et monumenta publica potiora testibus esse Senatus censuit. Leg. si ibi, Cod. de testib. Leg. monumentorum, Cod. de relig. Et sumpt. fun. Leg. 6. D. eod. Cap. series de testib. cum alijs, qua 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. obseruat. 79. Ioannes Garc. de nobilit. gloss. 4. num. 33. Et 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. Et D. Ioann. Valençuela cons. 50. num. 136. Et seqq.

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

26 Siguiendo, pues, la doctrina de tan gran-
de

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 vsado de su Pressa 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 referirán 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 dizan Goletes, ó Butroneras, el uno se ha llamado, y llama Matalotodo, y el otro Malavezina, ethimologias, que ambas están manifestando tuvieron su origen, y denominacion de estar siempre la Pressa 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 pasar 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 fuerça de la probança de la ethimologia, y con especial cuidado, y diligencia en el señor Salgado de Reg. protect. 2. part. cap. 13. num. 131. Barbolla 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 merecià el primer lugar) que prueba notoriamente el intento del Cabildo, es, la sentencia arbitratia del año de 606.*

Réfierense los instrumentos cõ que prueba el Cabildo aver tenido siempre su Pressa cerrada, deorilla à orilla, sin Portillo, ni Sangradera, y con la altura necessaria para la pesca.

Segundo instru-
mento.

para cuya ponderación, es preciso hazer alto, y parar la consideracion en las circunstancias notables que de este instrumento resultan, porque recayó dicha sentencia sobre otra demanda semejante à la de este pleyto, puesta à el Cabildo por los mismos Lugares de Arce, y Ourenña, en que pretendían, 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 passassem por él 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 Malavezina mas que solia ser, y sobre no dexar Cebadero para subir los Salmones.*

29 El motivo de dicha demanda, era, porque los Lugares tenían, como à el presente tienen, vnos Pozos de Salmones posteriores, contiguos, e 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, ó Paradejos (que son lo mismo que otra Pressa) atravesando el Rio de parte à parte, y decían, 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, tenía su Pressa cerrada, sin Portillo, ni Cebadero, y con la misma altura, respecto de que los Lugares alegavan, que el Cabildo la tenía 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 interés que se les seguia, por ser los mas inmediatos à dicha Pressa.

31 Prosiguióse el pleyto desde dicho año de 601. hasta el de 603. y 605. y en él se hicieron probanzas, y presentaron instrumentos, y por uno, y otro

pro-

probò el Cabildo su intento, y que le pertenecia dicha Presa de tiempo immemorial, con la libertad de tenerla cerrada, sin Portillo, y con la altura que tenia.

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

33. Aceptò el Juez arbitro el nombramiento, y por auto que se notificò a todas las partes mandò, que dentro de 15. dias pareciesen ante el a alegar cada vna de su justicia, y presentasen los instrumentos, y probanças que tuviessen, e hiziesen las demas diligencias necessarias 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 a los Lugares, los quales alegaron mas en forma la peticion que se refiere en el num. 19. del Memorial, insistiendo en la misma pretension de que se le condenasse a el Cabildo a que baxasse su Presa, y dexasse en ella Portillo, y Sangradera: Y pidieron, que dicho Juez arbitro passasse a hazer *visita ocular* de la dicha Presa. A que respondió el Cabildo, que se le avia de absolver, y denegar a dichos Lugares su pretension, por las razones que se expressan en el Memorial num. 20. que son las mismas con que oy se defiende en este pleyto. De que se bolviò a dar traslado a dichos Lugares, y no dixerón cosa alguna.

35. Y en 26. de Diciembre de dicho año de
1605.

605. el Juez arbitro proveyò el auto 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 ya 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, o presentar algunas escrituras, o si tenian alguna cosa mas que alegar, lo hiziesen, si quisiesen, y sino pareciesen ante el a concluir la dicha causa, que estaba prompto a 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 a 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 assi 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 a la letra en el Memorial numero. 24. por la qual declarò: *No està obligado el Cabildo a deixar 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 a motivar en dicha sentencia las razones por que desirò a su favor, y literalmente expresa, que dicho Cabildo avia probado la immemorial por instrumentos, y testigos; y uno de los motivos

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 discuso en los Pezes (quod absit) sin embargo la razon que dà dicho Juez arbitro es tan 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 Filosofos, y nos lo enseña cada dia la experientia, 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 Lugates, y es: *Que todas las demás Pressas que avia en el mismo Rio posteriores à la del Cabildo, estavan en la misma forma cerradas, y no tenian Portillo alguno*, que fue lo mismo que dezir no avia de ser de peor calidad el Cabildo, siendo el primer acreedor à la pesca, y su Presla la primera, y la mas antigua, razon que ilena el entendimiento.

41 Esta sentencia arbitaria 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 tuviessen las partes por bueno, diciendo quando avian juzgado, que se pagavan del juzgio, o escriviendo por sus manos la carta de la sentencia, que la confirmavan, o si se callassen hasta diez dias despues que fuese dada, que la non contradixessen: Tal sentencia como esta*

debe valer. E si alguna de las partes pidiesse despues à el Juez Ordinario del Lugar, que la fiziesse cumplir, debela fazer tambien, como si fuese dada por otro Juez de aquellos que han poder de oír, è librara todos los pleytos.

43 Y si se haze reparo en que no consta, que la dicha sentencia arbitaria se executasse, tiene facil respuesta con la doctrina del señor Salgado, del señor Uallenquela Uelazquez, de Avendaño, y de otros Autores que cita, y sigue el señor Olea de cest. iur. tit. 3. quæst. 11. num. 12. que hazen la distincion quando el actor vence, y en este caso es precisa la ejecucion 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 sucedió entonces; porque el Cabildo (como se ha fundado) era reo demandado por dichos Lugares, y estaba en possession de la Pressa, y de tenerla cerrada, sin Portillo, y con la altura que le correspondia 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 à favor de la Pressa, es sentencia Real, y consiguientemente perjudica, no solo à los que litigaron, sino tambien à todos los demás interessados, aunque no litigassen, por los textos tan conocidos in Leg. liberto 31. §. 7. ff. de negot. gest. ibi: *Uno defendantे causam communis aquæ, sententia prædio 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. Christ. de Paz de

Tenut. cap. 43. num. 8. D. Larra de vita homin. capit. 7. numer. 54. Garcia de Nobilit. gloss. 6. num. 48. versicul. Imò aunque la executoria. Barbolla voto 126. numer. 337. D. Larres 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. numer. 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 Jueces Ordinarios, sino tambien en las que se dàn por los Jueces arbitros, con tal que no se pruebe collusion; porq las sentencias arbitrarias de su naturaleza son tan firmes, y obran los mismos efectos que las dadas por Jueces competentes, y producen igualmente el efecto de cosa juzgada, ut 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 Jueces Ordinarios) *Leg. 4. tit. 21. lib. 4. Recopil. D. Uela dissertat. 45. numer. 28. D. Salgad. de Reg. pratect. 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 arbitrarias 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 assi 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, § approbandi eas conventiones plurimum iubat.*

47 Y esto es en tanto grado cierto, que po-
dez

demos dezir, que la dicha sentencia arbitaria 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 urgentissima presumpcion de que la dicha sentencia era notoriamente justa, como à el contrario quando apelan, y reclaman, es indicio de que tenía duda la materia sobre que se litigava, assi lo pondera doctrinamente 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 indicatam, vel tres conformes, immò, fortior censetur una 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 offado de impedir con offadia loca por fuerça, y con armas contradicir, o defender, o impedir la ejecucion de las sentencias PASSADAS EN COSA JUZGADA*, en que dà à contendere esta Ley lo mismo que llevamos ponderado de la notable fuerça de vna sentencia passada en cosa juzgada, y de la que no se apeló, que es lo mismo. Segun la decision de Geronimo de Zevallos, y de la Ley de la Partida, que en el num. 42, queda expresa.

Tercero instrumento.

49 Quedò el Cabildo (prosiguiendo en el tercero instrumento) en quieta possession de su Presla, con la altura que tenía, y cerrada de Terreno à Terreno, sin Portillo alguno; y viendo los Lugares de Arce, y Oruña, que por este medio, y en justicia no avian podido conseguir lo que pretendían, discurrieron fabricar otra Presla anterior à la del Cabildo, en un Sítio que llaman Labadorio, y con efecto previnieron los materiales, y la comenzaron à fabricar en toda forma en el año passado de 1648.

Re-

50 Reconociendo el Cabildo, que esto era una virtual contravencion à la dicha sentencia arbitria, enologada, y consentida por dichos Lugares, y en notable perjuicio de su derecho, queriendolos hacer segundos acreedores à la pesca, siendo los primeros, salieron à la contradicion, poniendo coto, y embargo de nueva obra, sobre que se suscitò otro nuevo pleito, que durò hasta el año de 53. y à este tiempo, por bien de paz, y concordia, ambos los Lugares hicieron con el Cabildo escriptura de Transacion, y Concordia, con diferentes Capitulos, 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 Capitulos 1. y 2. que están à el numer. 28. y 29. se convinieron en que el producto de ambas Pressas se avia de hazer un cuerpo, y sacar de él 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 entonces tenian (que como se ha dicho era de estar cerradas, sin Portillo, y con la altura necessaria) y aunque en dichos Capitulos, y Escritura de concordia no se expressa literalmente si tenian, ó no Portillo, manifiestase notoriamente, que no le tenian, así por lo que va referido, como porque si le tuvieran le expresaran dichos Lugares, para que en todo tiempo constasse, 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 Sigue el Quarto instrumento, que es la Escritura 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 Arce, y Oruña (en conformidad de la Transaccion,

Quarto instru-
mento.

y Concordia antecedente) y Don Lórenço de Polanco, Dueño que era de la Presa de Juan Royz, inmediata à la del Cabildo, por la qual resulta, que el dicho Don Lórenço attendió la Presa 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 recibió; y para que constasse, se hizo una diligencia (que es lo mismo que una vista de ojos formal) porque se nombraron personas por una, y otra parte para que midiesen la Presa, y declarasen la altura que tenía, y se llamaron Escrivano, y testigos para que se hallasen presentes, y se reduxiese à escritura la medida; y todos juntos con la vara en la mano midieron toda la presa vara por vara, y de Ripa ad Ripam, empezando desde la orilla que tiene el Rio à zia el Lugar de Oruña, hasta llegar à la otra orilla de Arce, expressando muy por menor el alto de dicha Presa, y las varas que tenía de largo de Terreno à Terreno.

53. Y en toda la dicha Escritura, ni se expresa, ni se anuncia, que en dicha Presa hubiese Portillo, abertura, ni Sangradera alguna, como de ella misma, y su contexto se reconoce, y lo asiembla 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 expresa, ni se hace mencion de Portillo, ni abertura alguna, aunque se midió toda la Presa.

54. Y de no se aver expressado en la Escritura Portillo, ni Sangradera, prueba el Cabildo notoriamente, que no le tenía su Presa, y que dicho año de 57. veinte y un años antes que se moviese este pleyto, estava toda cerrada de Terreno à Terreno, sin abertura alguna, porque si tuviese Portillo, no es dudable, que se hubiera expuesto, por no tener con él la medida continua-
cion de orilla à orilla, como la tuyó, ni es creible, que Don Lórenzo de Polanco avia de omitir esta diligencia,

que le era tan importante, por ser el principalmente interessado en que huviese dicho Portillo, y se expressasse, pues por él se passaran los Salmones, y subiera mas pesca à su Pressa de Juan Royz, que está posterior, y la mas immediata à la del Cabildo, como la primera Pintura del año de 82. señala à los numeros 13.y 14.

55 Este Discurso se hace mas verdadero con la deposicion que está en el Memorial fol. 62. num. 216. del Licenciado Toribio de Escalante, Presbitero, cuyas palabras son, ibi : *Que en los 23. años que estuvo sirviendo el Curato de dicho Lugar de Arge, y residiendo en él, vió, que en algunas ocasiones que se reparó, y redificó la Pressa del Cabildo, se quejaba Don Lorenzo de Polanco, y otros Dueños de la Pressa de Juan Royz, que está inmediata à la del Cabildo de la parte de arriba, de quo esta se avia lebantado mas de lo que solía estar, y se nombraron personas viejas, y ancianas por unas, y otras partes, que vieron, y reconocieron la dicha Pressa del Cabildo, y declararon estar de la misma forma, y con la misma altura que estaba antiguamente, sin exceder cosa alguna.*

56 Y se esfuerça mas con lo que oy preten-de Don Juan de Polanco, hijo del dicho Don Lorenzo, y successor en la dicha Pressa de Juan Royz, que movido del referido interés coadyuva la pretension del Fis-cal de su Magestad, y Consortes, en quanto à que en la Pressa del Cabildo se dexe Portillo, y Sangrador, ale-gando, y articulando, que su Pressa de Juan Royz fuerá invtil, 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 peticion del dicho Don Juan de Po-lanco, que está en el Memorial à fol. 36.y de la pregón-ta 10. de su interrogatorio, que se refiere fol. 104.b. nu-mer. 377. in fine, y lo assienta el Relator fol. 63. nu-mer. 220. in fine, y lo buelve à repetir con mas expres-sion 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 utillizar mas su Pressa
han puesto siempre Don Lorenço, y su hijo, en que no
se lebantasse mas, y se dexa 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, estan 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 Lorenço la circunstancia
del Portillo, non est verosimile, immò nec credibile, que
el susodicho la omitiera (si le huvielle) en vn instru-
mento tan authentico, 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 tenia tan justo motivo, como era la obligacion que
por ella hazià de dexar la Pressa del Cabildo, feneido el
arriendo, en el mismo estado, forma, y proporcion que
tenia 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. Laguncz 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 quae notabilitèr
funt, nisi specialitèr notentur, videntur quasi neglecta.
Quid enim magis notabile in hoc casu quam renuntiatio-
nem in his muneribus concedere contra eorum naturam, &c.
y el señor Don Juan del Castillo tom. 6. lib. 5. controversial
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 pre-
teriret, & ideo neglecta videntur argum. text. in Leg. item
apud Labeonem, §. hoc edictum de iniurijs, &c. Prue-

59 Pruebase tambien la ponderacion del texto en la *Ley final*, *Cod. de reb. cred.* de cuya hypotesi sacan 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 él no se expresa, como cada dia se experimenta; pues para justificar un 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: *Quae negativa probanda est ex ipsis commissionis, & mandati, ac actorum inspectione, nam negativa coarctata ad certam scripturam, est probabilis per inspectionem oculorum. Nam id quod non reperitur in ea, & in actis, nec in processu presumitur, 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, & relictæ 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, estaba 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, inmediatos à la Pressa del Cabildo, y anteriores à la de Polanco (que vienen à estàr 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 tenian cerrada sin Portillo, y que la avian lebantado mas, que es à lo que se reduxo el ingresso 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 instru-
mento.

61 Los Arrendatarios de la Pressa del Cabildo respondieron a dichas demandas, afimando assertivamente ser incierta la relacion de los Arrendatarios de los Pozos, porque ellos no avian lebantado la Pressa, 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 defendiesse la libertad de los Salmones, se recibió el pleyto a prueba entre dichos Arrendatarios, y Promotor Fiscal, y se hicieron ciertas probanças, y se passò a dar la sentencia que se refiere en el num.2. del Memorial, sin que en todo esto interviniese el Cabildo, ni los Concejos de Arce, y Oruña, que eran las partes formales, aunque por los Arrendatarios de la Pressa del Cabildo se pidieron 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 defendiera 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 a las probanças de este pleyto en el año passado de 682. precediendo el poder que dió el Fiscal de su Magestad para presentar testigos, y nombrar personas que asistiesen a ello, y aviendo las nombrado el Poderaviente, y el Cabildo, y Concejos, y los demás interessados, se hizo con su asistencia la dicha vista de ojos, y de ella resulta, que la Pressa del Cabildo estaba cerrada de Orilla a Orilla, y de Terrero a Terrero, sin que tuviese Portillo alguno, como se asienta por llano en el Memorial fol. 70.b.num.250. ibi: *Y assimismo parece, que en toda la dicha Estacada, y Pressa no ay Sangradera ninguna, y está cerrada con dicha Estacada todo el dicho Rio de Terrero a Terrero, y solo tiene dichos tres Goletes donde ponen los Butrones para pesar.* Por

63 Por manerā, 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 a aquella parte en possession de tener su Pressa cerrada de Ortilla à Orilla sin Portillo, y con la altura necessaria, 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 posseyendo el año de 678. y 682. quando tuvo principio este pleyto, y se hizo la vista de ojos, *ut 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 uso, y observancia, y que la possession en que tunc temporis estava el Cabildo de tener su Pressa cerrada sin Portillo, y con la altura necessaria la continuò despues sin intervalo, ni interrupcion alguna, hasta el año de 678. y 682. que se movió 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 presumpcio legal, y juridica, q se conservò en ella, y la continuò en los tiempos intermedios, por la Regla de Derecho, que nos enseña, q probados los extremos de la possession, media tempora possessionis præsumuntur, *ut 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 *Probatis extremis, § probari medium est regula omnibus nota de qua per Gloss. in cap. accedens 17. in verb. Processus verò temporis post med. de convers. coniuga-*

iusgator, 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 impetratae. 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 indudable.

67 Y con menos se contentó la Ley del Reyno 10. tit. 14. part. 3. en la qual se dispone, que para que se presuma continuado el dominio, ó la possession de la cosa sobre que se litiga, basta que uno pruebe que en algun tiempo fue Señor, ó poseedor de ella, hasta que el adversario justifique lo contrario, que es lo mismo que antecedentemente estaba establecido por los Emperadores Diocleciano, y Maximiniano en la Ley si vè 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 vulgaris, Mascard. conclus. 1221. num. 11. Cyriacus tom. 2. controversial. 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 Presillas de Salmones de otros Ríos, 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 Besaya, en el de Deva, Nansa, 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, palse à el de Nansa, Saza, y Besaya, y aviendo visto, y reconocido las Pressas, y Estacadas de Salmones, que en ellos estan 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 vlo 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 Zevalllos, 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 a los 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 un Reyno à otro Reyno, especialmente à el mas cercano. Cap. sopita 14. de censib. cap. dilecto final de Officio Archidiaconi, verbo: *Abbatijis, vbi Glossa concludit: Quod si dubitetur, quid aliqua Ecclesia facere debeat, ad consuetudinem aliarum Ecclesiarum recurrendum est, Augustin. Barbos. tom. 1. in Collect. ad dict. capit. final, numer. 4. E 5. fol. 209.* Ioannes Baptista Costa de Ratione Rata, quast. 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 passado 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 hubviessen otros Lugares donde hubiere Pressas de Salmones, y que hecho todo se remitiesse à la Sala à los señores que tenian el pleyto visto.*

73 La razon de estàr cerradas, y sin Portillo todas las Pressas de los demás Ríos, que dàn los testigos, es, porque de otra forma fueran invtils, 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, dizen assertivamente: Que especialmente fuera totalmente invtil la Pressa del Cabildo, y se perdiera toda la pesca si se deixasse en ella el Portillo, y sin cerrar el sitio, y hueco que entre las dos Peñas que estan à zia 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, ut constat ex

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 si no, pongamos los ojos en todas las Pesqueras, y Cañales de los Rios (que siempre hemos visto cerrados) y considerese de que servirán à sus Dueños, si en ellos se les obligasse à dexar una abertura de quatro varas, que à pocos años con el paso franco que diera à las aguas, avia de atraher à si toda la madre del Rio.*

74 *Esta misma razon, tan convincente, y clara, fue uno de los motivos especiales que diò el Juez arbitro en su sentencia, para declarar no deber dexar 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 seríà notorio daño, y perjuicio, y no les seríà la dicha Pressa, y Pozo de aprovechamiento; pues por allí se les podría ir, y passar la pesca de Salmones à el Rio arriba, ni tampoco las demás Pressas, y Estacadas que ayen en 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, q̄ dezíamos supra num. 34. y 35. es tā relevante, que quita cualquier especie de duda. Leg. 32. tit. 16. part. 3. ibi: Cà debe hōme asmar, que aquel que es puesto para mantener la tierra en justicia, y en derecho, que no diriā en su testimonio, sino verdad.*

75 *Y para que se tuviere por verdad infalible esta razon que dà el Juez arbitro, y los testigos, no necessitavamos mas, q̄ recurrir à la naturaleza, y propriedad del verbo: Pressa; porque esa no es otra cosa, que un instrumento de pescar, y coger los Peces, & ideo Pressa, porque coge, y prende los aguas para la pesca,*

D. Sebast. de Covarrub. en su *Tesoro de la lengua Castellana*; y assi, 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 formaliter, 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 un eslabón, 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 redditúa 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 pleito se viese con dos Salas: Y pedir se hiziese 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 tenía 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 pleito; porque en la de vista presentó 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 referíamos para ponderarla en su lugar.

78 Todos estos testigos contestes à fol. 61. num. 215. y 216. Et fol. 79. num. 294. y 295. dizen asertivamente: Que la Pressa del Cabildo no se ha lebantado, y que está 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 halló 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 movió este pleyto ha estado cerrada de Terreno à Terreno, 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 revisa, 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, dizen 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 no podemos excusar de referir la de-
posición del Licenciado Toribio de Escalante, Presbytero, Cura, y Beneficiado q̄ fue 23. años en el dicho Lugar de Arce, donde está la Pressa del Cabildo, y otros 9. años Cura en el Lugar de Bioño, por donde pasa el Rio, y distante de dicha Pressa menos de media legua, y à el tiempo que depuso Cura de la Villa de Treceño, y con 83. años de edad, como resulta de dicho Memorial fol. 60.b. in fine.

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

Razon que dàn
todos los testigos
de sus dichos.

83 Y la razon que generalmente dàn 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 lejos, como se dice en las cabecas de arribas probanças , fol. 60. b. num. 212. & fol. 77. num. 291. dista un quarto de legua, y otros, medio) y por aver passado continuamente desde que tienen uso de razon, por el parage donde está 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
dàn los testigos.

84 Y los mas deponen de hecho propio, por aver sido Arrendatarios, y Administradores de dicha Pressa; y dàn 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 dàn todos los testigos, ay algunos que dàn 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.

Mas razones
especiales de los
testigos.

85 *T*estigos, y Juan de Herrera añaden: *Q*ue saben tambien el contenido de la Pregunta, por aver servido, vivido, residido, y criadose en los dichos Lugares de Arce, y Oruña, donde están las dichas Pressas, antes de passar à vivir à los Lugares donde son vezinos, &c.

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 scis testi-
gos circunvezinos, que deponen de hecho propio, y se
refieren en el Memorial fol. 57. à numer. 201. usque ad
206. & fol. 59.b.num. 208. & seqq. Que no innovaron
en el reparo de ella, ni la lebantaron mas de lo que an-
tecedentemente estaba, y que assi esta, como todas las
dèmas Pressas que ay en el mismo Rio, estavan, y avian
estado de immemorial tiempo aquella parte cerradas,
sin Portillo, y lebantadas, à el arbitrio, y voluntad de sus
dueños, sin que jamás se les huviese puesto embarazo
alguno. Conque damos la llave à este primer discurso,
y passamos à el segundo, para cumplir lo q ofrecimos.

ARTICVLO SEGVNDO.

RESPUESTA A LAS PROBANZAS; y Fundamentos contrarios.

87 **D**EZIAMOS en el num. 22. y siguientes, que el señor Don Juan de Solorçano avia experimentado muchas veces, 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,
prout possibile est resecantes.*

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

88
testigos todos interesados, como luego se dirà; porque así 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 ingresso de este pleyto, como despues aviendose proseguido à pedimiento del Promotor Fiscal ante dicho Alcalde Ordinario, y en las dos instancias de vista, y revista, por el Fiscal de su Magestad, y los que coadyuban su derecho, ay algunos testigos, que dicen està levantada la Pressa mas de lo que solia estar, y que ha tenido un Cebadero, ó Portillo àzia el Lugar de Oruña, para que los Salmones passassen Rio arriba.

89 De la Sumaria hecha por los Arrendatarios se refieren cinco testigos en el Memorial *fol. 12. b. num. 40.* que dicen avia Portillo àzia el Lugar de Oruña. Pero estos no merecen la menor estimacion, por ser interesados, y partes formales en este pleyto, como vecinos que son todos cinco de los dichos Lugares de Arce, y Oruña, que oy litigan contra el Cabildo, coadyubando el derecho, y pretension del Fiscal de su Magestad, por el considerable interés que se les sigue en que aya el Portillo, para que por él suban los Salmones à sus Pozos que tienen inmediatos, y contiguos, como lo està manifestando la Pintura del año de 82. à el num. 9. Y los mismos testigos lo confiesan, y reconocen assi en sus dichos, à que nos remitimos.

90 Y esto se manifiesta mas, de que aviendo hecho el Rio el rompimiento, y novedad (que se dirà infrà num. 99. & 100.) entre las dos Peñas q̄ estàn àzia Oruña, los Lugares, Administradores que son, y han sido de la Pressa en virtud de la Concordia, han tenido descompuesto, y mal reparado aquel sitio, hasta que el Cabildo ganò Provision de la Sala, para componerle, y repararle bien, y esto lo hazian maliciosa, y cuidadosamente à el mismo fin de que se passasse la Pesca à sus Pozos, como lo tiene justificado el Cabildo con los testigos.

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 assienta, que los quattro 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 à la parte de Oruña, entre ellos ay grande variedad, porq num. 177. 178. y 184. no dàn 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 assimismo estàn discordes en el ancho que quieren dezir tenià dicho Portillo, porque num. 178. dize, que era de doze pies, y num. 179. 181. 182. y 183. que tenià vna braça, y num. 177. y 184. braça, y media; y solo por esta variedad no se les deve dàr credito, por la regla del texto *vbi repugnantia. ff. de regul. iur. Farinac. de testib. quast. 65. numer. 99. & 100.* Noguerol 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 aversle citado, ni emplaçado, antes bien el dicho Promotor Fiscal contradixó que se le citasse, como lo assienta el Relator fol. 15. b. num. 55. Con que es mas sin duda el que no hazen fee, ni prueba contra el Cabildo, segù la decision del texto *in cap. 2. de testib. Leg. 23. tit. 16. part. 3. Farinac. de testib. quast. 72. à num. 1. Noguerol 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 oidas ge-

nerales, sin dezir cosa alguna de sustancia, y los seis pri-
meros se ratificaron en sus dichos, como lo assienta el
Relator fol. 56. num. 196. y siguientes, y estos que se ra-
tificaron, tampoco merecen estimacion, por la misma
variedad con que ante dicho Inferior depusieron.

94 Los Lugares de Arce, y Oruña, sin em-
bargo 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 creye-
ron) 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
ayian 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 expressan en el Me-
morial 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 à la
Oruña, entre las dos Peñas, que la segunda Pintura se-
ñala con las letras I. & J. y presentaron diez testigos,
que son de los mismos Lugares de Arce, y Oruña, y
quatro vezinos de Posselarios, y de otros Lugares cir-
cunvezinos à el Rio, que se refieren en el Memorial fol.
94. b. ex num. 352. usque ad 365.

96 Los quales dizen, que la Sangradera, ó
Portillo le avia en esta forma. Puesto entre Peña, y Pe-
ña, por el fondo del agua, y à rayz del suelo vn madro
grande, y en él hechos vnos ahugeros en donde estrí-
vaban, y se ponían vnas Estacas, y estas remataban por
encima del agua en otro madro que atravesava de Pe-
ña à Peña en donde estavan clavadas, por no se podet
hacer 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

Estaca, tambien estan 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 assi por esta variedad, como por ser interessados 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 flauean 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 Barcenilla, y de otros Lugares por donde pasa el Rio, que el Cabildo tiene justificado à la 17. Pregunta fol. 90.b. num. 342. son interessados en dicho Portillo para que por él passen mas Salmones à sus terminos, y Pozos, y assi 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 perjuicio de los Pozos que estavan mas arriba propios de los dichos Lugares de Arze, y Oruña, y en perjuicio assimismo de los naturales, y circunvezinos del dicho Rio.*

99 *Ulterius.* Todos los testigos contrarios estan claramente convencidos, con los instrumentos que hemos referido, y con 21. testigos de los que en esta segunda instancia presentó el Cabildo (en que ay seis Sacerdotes) cuyas deposiciones estan fol. 79. b. ex num. 297. usque ad 304. Et fol. 81. b. à num. 307. hasta 310. Los quales declaran de cierta ciencia, que la Presa del Cabildo el año de 82. y quando se movió este pleyto, fixava, y remataba 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 un Tercero 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 él 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 passado 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 dice assi: *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 dàn otras dos Peñas mas, hasta llegar à tierra, y entre la Primera , y Segunda Peña el hueco , y sitio que los testigos contrarios dizen ha sido siempre Portillo, y Sangradera, siendo assi , que dicho hueco , y sitio, ni las dos Peñas q oy ay mas, por averlas descuberto 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 probanza mas relevante, que podia desear, para calificar la novedad , y rompimiento del Rio, y que en el sitio, y hueco que ay entre las dos Peñas , no puede aver avido el Portillo , ni Sangradera que dichos testigos quieren decir, porque no ay probanza 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 inter omnes

nes primum locum obtinet tanquam Reginam, & quod est fulgentior inter alia probationum genera sicut Luna inter Stellas. D. Ualenc. 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. dice, que en fuer-ça de la vista de ojos pueden los señores Jueces determi-nar 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 ve-ritas oculata fide quam per aures animi hominum infin-gatur, y mejor (si se puede decir assi) nuestro Español el gran Seneca en la epistola 6. illis verbis: In rem pre-sentem venias oportet, primum, quia homines amplius oculis, quam auribus credunt, y assidixo el Juril-Consul-to Baldo en el consejo 388. num. 6. volum. 1. Quod ocu-las vidit nemo fideliter negat.*

104 Y aviendo reparado con especial cuidado en la dicha vista de ojos del año de 82. hallo, que se hi-zo medida de la longitud de toda la Presa, y del ancho que entonces tenia el Rio desde la Orilla del Lugar de Arze (donde està el Golete de San Bartholomè) hasta la Isla que la Primera Pintura señala à el num. 4. den-tró de dicho Rio, y la Segunda con la letra C. Y dice el Recetor, con assistencia de las partes, tenia 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 Rio de Térreo à Térreo 53. varas, como lo assienta 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 omission culpable en el Recetor, y mas aviendolo llevado la Pieza original de la vista de ojos que se avia hecho dicho año de 82. por donde constava dicha medida, y debiò hacerla del ancho que aora tenià el Rio, para cumplir con la obligacion de su Oficio, aunque las partes no lo pidiesen; pues reconocià que iba derechamente à probar, y justificar la novedad, y rompimiento de èl à la 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 Rio 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 evidente, 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 Jueces, 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 contege, 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 Prator 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 Rio el rompimiento,

to,

to, y novedad que se ha dicho, y descubierto 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 hacer legalmente, por ser proposicion infalible, q̄ mudando el Rio las aguas, el nuevo alveo sit eiusdem naturæ, ac erat flumen, y el que tenià derecho en las aguas, mutato. Alveo se pue de aprovechar de ellas sicut antea, y seguir la tanquam lepra leprosum, & sicut canis leporem, §. quod si naturali alveo. *Inst. 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. præcipue num. 9. & seqq. & cap. 44. numer. final, & cap. 45.*

108 A todo esto parece que se opone la probança que hicieron 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) dizen avia dos Peñas àzìa la parte del Lugar de Oruña, y en ellas vnos Maderos, el uno 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 dizen 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 dejar abierto 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

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 discutro (arreglandome à la doctrina inconclusa 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, & ut probent, & probationem inducant. *Cap. periculose de penit. dist. 2. cap. nihil 7. de U. S. Cap. cum tu 16. de test. ybi D. Gonçal. num. 3. § 5. cum seqq. Fragoso de Regim. Reipub. Christ. part. 1. lib. 5. disputat. 23. §. 5. Gratian. discept. Forens. tom. 4. cap. 525. n. 10. Surdus cons. 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, ut testes contrarij reducantur ad concordiam etiam per impropietatem verborum, ex Menoch. dict. lib. 5. præsumpt. 23. num. 11. nam testium dicta sunt invanda, & non cavilanda) es: Que assi 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 dè 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 hicieron 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 dice 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;

&

& infraeius 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, ut 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 así, el Recetor die-
ra fe, ni los nombrados por las partes contrarias con-
vinieran en ello.

113 Y assimismo es cierto, que despues de la dicha primera Peña, adonde llegava el Rio, y la Esta-
cada, se descubria mas adelante otro poco de Peñas 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 crecià el Rio, y despues el agua de las crecientes, con su violencia fue llevando poco à poco la tierra que estaba entre la pri-
mera Peña, y de la otra que se descubrià, y sobre que estaba el Nogal mediano, y descubriò del todo la dicha segunda Peña, y las demás que oy se reconocen en la segunda Pintura, como en esta misma forma, y con es-
tas mismas voces en sustancia, y con toda esta especifi-
cacion, è individualidad lo dizen, con la palabra *aver-
lo visto*, dos testigos contestes del Cabildo, que se refie-
ren en el Memorial fol. 79. b. numer. 298. y 299. cuyas deposiciones suplicamos à los señores Juezes no de-
xen de passar por los ojos, para que por elias, que dàn noticias tan individuales, y específicas, se entiendan, y se concilien las de los testigos contrarios (que dizen à bullo avia Peñas, sin esta distincion, expression, ni cla-
ridad) con las de los del Cabildo: De forma, 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 Marcas 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 tenian 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, uno por la parte de abajo, 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 passassem por dicho sitio, con las crecientes, y Marcas vivas, ponian entre las Estacas Perregones, y Ramos, que con facilidad los llevaban las crecientes, y otras veces los quitaban de noche, antes, y despues del rompimiento formal del Rio, los Arrendatarios de los Pozos de dichos Lugares de Arce, y Oruña, y los dueños de las Pressas, que estan 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 Marcas vivas, passavan por el madero que estaba encima del agua, y usaban 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. cargó el Rio àzia dicho Sitio, y fue lamiendo la tierra, llevó el Nogal, y descubrió las otras Peñas, que aora en la Segunda Pintura se manifiestan con las letras J. & K. de tal manera, que por dicho sitio se inclinó, 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 Término.

116 En esta forma (que es la pura verdad) hallamos, q̄ vnos, y otros testigos la dizan, así 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, ó de las Mareas vivas, y con esta distincion de casos, y cosas se verifica el Dicterio 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 contraproducentes, que leídos con atencion lo dàn à entender así.

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.* así 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 Percegones en él, ni otra cosa que pudiesse servir de embarazo à el passo de la Pesca.

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

vezes se ha repetido, en el Memorial fol. 10.b, en que para que se reconociese el estado que tenía la Pressa litigiosa, quando la recibió Don Lorenço de Polanco, y en el que la avia de dexar feneido 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 dice, ibi: *T'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 Terreno de Oruña, y que en aquel Sitio, y Parage no avia Portillo; pues si le huviera le expressara Don Lorenço, *ex dictis supra à num. 54. cum sequentibus.*

122 Esto mismo se manifiesta de lo que el Promotor Fiscal articuló ante el Inferior à la 6. Pregunta fol. 51. b. diciendo, 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 numero. 5. littera G. y el menos Fondo de todo el Rio en la parte del Golete de Malavezina, num. 6. littera H.* (que está àzìa 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. Memor. fol. 71. num. 251. per totum.

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

immemorial en el sitio de entre las dos Peñas, como en contrario se dice; es llano, y sin disputa, que lo hubiera articulado assi el Promotor Fiscal, y no lo hizo, ni pudo hacer; 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 Sagradera se dese en dicho sitio entre las dos Peñas, sino en lo mas FONDO del Rio à el lado de Oruña; y assi se convence de las Autoridades, y doctrinas 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 visita 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 profundo 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 pellar las ynas 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, q cada uno de estos Eclesiasticos vale por dos testigos, ve docet Sperello *decis. 12. num. 13. & 14. Silva de qualit.*

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 Ríos, 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, & urgentioribus 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 condicío 9. §. si nummos 8. versic. Quotidiè, ff. de reb. credit. Leg. non possunt 12. Leg. ideo 27. ff. de leg. Barbossa 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. §. cap. 63. à num. 1. & cap. 64. Augustin Barbossa 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 estan desnudas, sin instrumento que las coadyube, y en

competencia de probanças siempre vence, y prevalece la que está vestida de instrumentos, como mas verosímil. *Leg. 15. Cod. de fide instrument. Leg. 18. de testib. D. Solorçano vbi suprà num. 24. Pareja de instrum. edit. tit. 1. resolut. 3. §. 2. num. 3. D. Valenç. cons. 2. num. 4. D. Matheu de re Crimin. controvers. 28. à num. 42. Escobar de puritat. sang. 2. part. quæst. 2. num. 8. porque el instrumento est probatio probata, & notoria. Clementina sæpè, de verbor. significat. & quod ex instrumentis constat dicitur evidenter aparere. 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 pleito es reo demandado, que está en possession de tener su Presa sin Portillo, y en estos terminos aun quando las probanças fueran iguales, se devian, y devien 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 præferendus est reus, & possessor, Speculator in titul. de iura. de la. §. 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, quæst. 17. opin. 11. num. 2. § ut dicit Aretinus in cap. in nostra de rescriptis, cum POSSESSIONE PARITAS PROBATIONVM REDVCITVR AD IMPARIATEM.*

131 A que se añade, que el Cabildo es Comunidad Eclesiastica, à quien aun quando la materia fuera dudosa, se devià favorecer, ut optimè Fontanela de pact. nupt. clausula 7. gloss. 3. part. 2. num. 9. in fine, & num. 10. illis verbis: *Sufficit enim quod dubia res sit, ut pro Ecclesia iudicare debeamus, ne de eis qui contrarium fecerint dicatur, quod 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 Eremitæ revelatum referunt, &c.

OBJECTIO PRIMA.

Satisfacese à los fundamentos q̄ 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 Toranco, y Castañeda (que solo en el sonido litigan, y para dar mas cuerpo à este pleyto, à persuasion 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 dexé 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 Ríos, con paños de gerga, ni lienzos, 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 yñico, 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 Layna, es, quando el Principe concede este

este derecho de pescar limitadamente à cierta parte del Rio,ò del Mar,para que este texto formal la *Ley venditor* 13. ff. *communia Præd.* que habla de la pesca de los *Atunes*, y allí la *Glossa littera D.* verbo : *Privata*, lo dice expressamente, ibi : *Sed à Principe potest*, y cita la *Ley servitutes*, §. *publico*, ff. *de servit. vrb. Præd.* 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 decision 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 Ríos navegables, con Presas, ni otros impedimentos, ni tampoco à los Pescadores el uso, y ejercicio de la Pesca. Empero esta regla general la limita despues su Magestad, en todos aquellos que tuviessen Privilegio suyo para poderlo hacer.

137 La segunda limitacion, es, quando por costumbre, y prescripcion immemorial, alguna persona, Concejo, ò Comunidad adquiere este derecho privativo : Porque aunque los Ríos 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 adquir. rer. domin.* Leg. 6. tit. 28. § Leg. 68. tit. 18. part. 3. y con antelacion, y preferencia, de aquellos Pueblos, personas, y Universidades por cuyo Territorio pasan, y discurren los Ríos, *ut cum plurimis Valeron de transact.* tit. 4. *quæst. 3. num. 12.*

138 Tamen, por derecho posterior à el de las Gentes, es llano, q el derecho de pescar con Presas, Cañales, Buitroneras, y otros instrumentos, y Armanças, circumscribo à cierta parte, § *in aliquo Fluminis.*

*vel Maris diventiculo, 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. *siquis quam 7. ff. de divers.* Et temp. *præscripta. 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 *dicti. §. 3. num. 3.* D. Suarez *allegat. 16. num. 3.* Azebedus in *procœmio, tit. 8. lib. 7. Recopilat. numer. 7.* Et 9. Posthius *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 dictó à nuestro propósito Avendaño de exeq. mand. cap. 12. numer. 11. Et 12. que fue Abogado en esta Real Audiencia, y acaso con noticia de otros pleitos como este, q̄ defendió, resuelve, q̄ el q̄ se halla en la dicha possession immemorial puede tener en el Rio, Redes, Cañales, y todos los instrumentos necessarios para la Pesca, his notabilibus verbis: *Quarta conclusio est, quod probans consuetudinem circa ius piscandi, pretendens, quod ipse solus piscaverit, Et antecessores sui prohibiendo omnes alios à pescatione à tempore immemoriali in aliqua parte fluminis, ipse solus debet piscari, Et non alius, tanquam adquisierit iuste hoc ius piscandi in fluminibus, &c.* Et paulo inferius prosequitur ita: *Et iste talis ad PISCANDVM potest habere RETIA, ET CAÑALES, ET ALIA INSTRUMENTA.*

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

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

de su Iglesia, en el Tratado de *interdict. Cleric. venat.* (que con tanto Magisterio escribió muchos años antes, siendo Catedrático 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 juntó 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 Larría *allegat. 44. à num. 30.*

141 Y es tan cierto, è indudable, este principio de las dos limitaciones à dicha Ley 10. que aun que pocas, ó ningunas sean las disputas de Derecho, que por vna, y otra parte no parezcan defensables (quod dolent, & meritò Pinell. in *Authentica nisi tricennali, Cad. 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 concesion del Príncipe, ó por costumbre, y posesion immemorial, es adquisible el derecho privativo de pescar en los Ríos publicos, con Pressas, Cañales, y otros instrumentos, no lo es, y todos los Autores referidos, y otros infinitos que citan, lo asientan así uniformemente, por conclusion que no admite disputa. Y esta disposicion legal está 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 Ríos 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 aquí en este pleyo; porque el Cabildo tiene probada por instrumentos, y 16. testigos la immemorial en toda forma, de ayer tenido la Pressa

22
Pressa litigiosa en el Rio de Pas, entre los dichos Luga-
res de Arce, y Oruña, con la altura que ha necessitado
para la Pesca, y cerrada de Tertero à Tertero, sin Por-
tillo, ni abertura alguna, como queda justificado suprà
ex num. 78. cù seqq. *Ex num. 27. usque ad 71.* y con esta
Immemorial, vien tambien Privilegio, merced, y con-
cession de su Magestad para tener, y aver tenido dicha
Pressa en la referida forma.

143 Porque la Immemorial supone con-
cession, y Privilegio del Principe, D. Molina *lib. 4. de*
primogen. cap. 10. numer. 10. *Valeron tit. 3. quæst. 6. nu-*
mer. 57. *Ex 58.* y no Privilegio como quiera, sino el
mejor, el mas útil, y relevante, obtenido, y concedido
legitimamente *cum causa, & ex certa scientia*, y se re-
trotreha à el tiempo que à la parte le sea mas necessa-
rio, y le convenga para su defensa, Gutierrez *lib. 3.*
practic. quæst. 14. num. 70. *Ex quæst. 17. num. 141.* Lagu-
nez *de fruct. 1. part. cap. 12. §. 4. à num. 70.* *Ex 81.* *Ex ca-*
pit. 17. num. 82. Noguerol *allegat. 39. num. 7.* y se pone
comunmente el exemplo en los Diczmos poseídos por
vn Lego de tiépo immemorial, en cuyo favor se presu-
me Privilegio Apostolico obtenido en tiempo habil;
esto es, antes del Concilio Lateranense, *quod Laycos in-*
capaces reddidit possidendi Decimas, Fontanell. de pact.
nupt. claus. 4. glossa 17. num. 48. *Ex glossa 19. à num. 65.*
D. Molin. cap. 6. num. 47. *Pareja de instrum. edit. titul. 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 præter relatos*
expressè probat Lex 5. tit. 2. lib. 7. Recopilat. ibi: Quæ tie-
nent Privilegio, ò por costumbre antigua, que el Derecho
iguala à Privilegio. Y aun es mas poderosa, y tiene ma-
yor fuerça, y poder, que el Privilegio, *vt inquit Inno-*
centius in cap. accendentibus de privileg. Lagunez dict. 1.
part. cap. 17. num. 2. D. Valenc. conf. 8. num. 11. Ayendañ.
Respons. 17. num. 2.

145 Ni de estar 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 procreation de los Salmones, ni se estancan, ni se dà motivo para que se yermé la pesca(que es el fin de la Ley) como en contrario se supone ; porq 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 assi 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 , demanera, que cada Mes ay quinç, ò diez y seis dias de Mareas vivas, y en cada dia dos Mareas , y otros quinç, 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. 6* 231. y otros 14. testigos en esta Segunda instancia à la 14. *fol. 88.b. ex num. 333. usque ad 336.* dizen lo mismo, y que con cada Marea viva se cubre *mas de una vara* la Pressa del Cabildo ; deforma , que han visto muchas veces 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 Marea viva de un dia, se hallò, que avia sobre pujado *una vara en alto*, *ut constat fol. 71.b. num. 252. in fine.* Y lo mismo sobre pujò la Marea viva que otro dia se tomò en la del año

Que por està la Pressa del Cabildo con la altura , y sin Portillo, no se yermé ni estanca la pesca , por cubrirse cada dia de agua con las Mareas, deforma, que no solos los Peces, sino Barcas , y Ganados passan por encima de ella, y se prueba concluyétemente 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 nombradas por el Fiscal de su Magestad, y demas 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, dizen vnanimes, 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 parecià, 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 auu arreglandonos 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. veces cada Mes, respecto de aver dos Mareas cada dia.*

149 Tambien las Mareas muertas cubren la Estacada otras tantas veces 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 experientia 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-

lumna, ó 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, de forma, que el Quarto dia de Marea, siendo assi que era menor que las demás (porque cada dia van menguando hasta q se acaban, y empiezan las vivas) se hizo tambien la experiencia con otra Barca que llevava quattro personas, y passò con ellas por encima de la Pressa, dos veces, vna abaxo, y otra arriba, como todo se expressa en el Memorial fol. 111. desde el num. 399. hasta 405. y en el num. 402. se dice 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 qualquier porcion de Creciente, aunque en corta cantidad, detiene las Mareas, y haze que no sean tan crecidas como vinieran sin él. 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, salte 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 veces cada dia, son 56. Mareas las que cada Mes sobrepujan la dicha Pressa, como pueden passar Barcos, y otras tantas ocasiones, y tiempos, en que passan, y suben los Salmones Rio arriba por encima de ella, y ademas 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. Et fol. 88. b. à num. 332. usque ad 335.

152 Y lo que mas es, aunque las Mareas vi-
yas,

Pruebase, que
56. veces cada
Mes se cubre la
Pressa con las
Mareas, como
pueden passar
Barcos, y Salmones
por encima de ella.



Que solo los allu-
viones del Rio,
aun-

aunque no hu-
viera Mareas, sô
bastantes , para
franquear el pas-
so à la pesca , y
conservar la pro-
creacion de los
Salmones.

vas , y muertas del Mar , nô llegassen , cômo llegan à
cubrir , y sobrepujar la Pressa del Cabildo , no por esto se
impidiera el passo , y procreacion de los Salmones , ni se
estancara la pesca ; porque solo con los alluviones de
las aguas pluvias , y dulces , que en el dicho Rio de Pas
son muy frequentes en tiempo de Ibierno , y de la Pes-
ca , se cubre la Estacada del Cabildo con el exceso de
dos , y tres varas , y en estas ocasiones son tambien in-
finitos los Salmones que se suben , y passan por encima
de la dicha Pressa , y para hacer la experientia quâdo la
vista de ojos del año de 702. se tomaron quattro alluvio-
nes q̄ luvo sin mezcla de Marea , en 24. y 26. de Febrero , y
8. y 9. de Março , y todos quattro cubrieron la Estacada ,
contanta abundancia , que no se pudo ver , ni reconocer
vestigio , ni señal de ella , y con especialidad se midió el
alluvion del dia 26. y se hallò aver sobrepujado la Pres-
sa 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. usque ad 340. y con individualidad à fol. 92. des-
de el num. 347. hasta 350. especificando alli , en com-
probacion de esta verdad , la Pressa de Muño-Rodero , y
otras Pressas de Salmones , que ay en otros Rios , à las
quales no llegan las Mareas , y Crecientes del Mar , y sin
embargo dizan : Que con los alluviones del Rio , su-
ben por encima de ellas los Salmones , en tanto grado ,
que despues en el Verano se pescan , y matan Rio arri-
ba , en sitios posteriores à dichas Pressas , 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 Pressa del Cabildo ,
para traerlos à vender à Castilla , estuvo detenido ocho
dias ,

31

dias esperando, à causa de no averse pôdido sacar los
Butrones de la dicha Pressa, por aver estado todo este
tiempo cubierta con las Crecientes del Rio; porque à el
testigo que declara de hecho propio, que tratò, y expe-
rimentò, aunque sea singular se le debe dar entera fe,
y prueba plenamente. *Leg. quaro, §. vlt. ff. de Edilit.*
Edict. Leg. servi, responso, ff. de testib. Ualasco consuli. 73.
per tot. Farinac. de opposit. contr. test. quæst. 63. num. 207.
Manuel Barbosa in *Collect. ad Ordinam. Portugal. lib.*
3. tit. 55. conclus. 1. num. 26. Suelves tom. 1. cons. 77. nu-
mer. 12. Augustin Barbosa in cap. in omni negotio 4. de
test. num. 26.

155

Todo esto, se afina, y acriolla 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 Otuña, y las otras quattro Pressas,
y Estacadas litigiosas q̄ están 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 conservaran, 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 está manifestando la misma experienzia, 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 Ríos en donde no entan las Mareas, y

Q

Cre-

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 estar, y aver estado tātos 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 demás Rios, y Pressas.

OBJECTIO SECUNDA.

157 Lo segundo, que se dice por las partes contrarias, y especialmente por el Promotor Fiscal, es, que el Rio de Pas donde está 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 hacen en el Astillero Real de Guarnizo, si en dicha Pressa, y las demás litigiosas huviera Portillo competente para la navegacion, y que de cerrarlas intotum, y de no mandar que se baxen, se impide la navegacion, y es en grave perjuicio de la causa publica, y assi lo articuló ante el Inferior en la 3. Pregunta. Memorial fol. 50. ibi : *Es navegable, y se pudiera navegar muy bien, y comerciar por él, y conducir las maderas, y demás materiales para las fabricas Reales de Navios, excusando infinitos ducados à su Magestad, por conducirlas por otras partes de mas trabajo, y coste : Cuya Pregunta reproduxo despues à la letra el Fiscal de su Magestad, como lo advierte 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 a el mismo tiempo navegable, a lo menos quando no ay Mareas, ni Crecientes del Mar, y a que en estas puedan passar Barcos, ut ante a num. 149. & 150. dicebamus.

159 Esto mismo lo estan confessando ambos en su Pregunta, asi el Fiscal de su Magestad, como el Promotor, pues dizen ambos: *Se pudiera navegar, y comerciar por el, y conducir las maderas excusando infinitos ducados, por conducirlas 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 el se avia comerciado, ni conducido los materiales para las fabricas, hasta aquel tiempo, en que articularon, y que aunque esto era asi, y actualmente no era el Rio navegable, lo podia ser, y comerciarse por el, y conducir a menos costa las maderas.

160 Lo qual tambien es imaginario, y supuesto por las partes contrarias, para lebantar mas de punto este pleyto, y a fin de darle mas cuerpo, y entidad, y de disfrazar su injusta pretension, porque ademas 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 asi, de la certificacion, y testimonio que se refiere a fol. 66. num. 239. dado en virtud de Provision compulsoria por Gabriel de Herrera, Escrivano que asistio en dicho Astillero a dichas Reales fabricas, en q certifica: Que las maderas q se cortan en los Montes de dicho Lugar de Arze, y de otros circunvezinos a 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 pesar 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 pleito , vean que no ay armas tā ineficaces como las que mueven guerra à la razon , adelantamos mas : Que aun concediendoles (sin perjuicio de la verdad) que el Rio fuese navegable , como no lo es , adhuc en essa hypotesi , no se le podià obligar à el Cabildo à que baxasse , y abriesse 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 hallasen con Privilegio de su Magestad , his verbis : *Salvando ende aquel , ó 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 aertura , 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 pleito , si se repará , 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 , ó probasse la immemorial de averlos tenido en el mismo Rio , ut misericò probant Avendaño de exeq. mandat. 1. part. cap. 10. numer. 11. verfic. Sin autem , Gotierrez lib. 4. pract. quest. 3. num. 1. Anton. Gomez in Leg. 46. Taur. num. 11. his ad rem verbis : *Si vero flumen sit navigabile , non potest quis in eo adificare , 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 , s.*

duetus aquæ ff. de aqua quot. Estiv. Y todo nace 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 exentos 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 librarse de pagar Tercias con Titulo, Privilegio, y Merced de los señores Reyes, ita (aqui) & eodemmodo videtur necessario dicendum: Que se pueda, y deba eximir con la immemorial, pues obra lo mismo.*

165 De que se arguye, que no puede ser mayor la sintazon 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. quæst. 101. à num. 3. y el señor Olea tit. 5. quæst. 5. num. 12.* Pongamos el exemplo en este Rio Pisuerga, que tenemos presente: Si los vecinos de Santovenia, y Cabeçon, como Concejo, ó como particulares saliesen poniendo demanda à los que tienen los Cañales, Hazeñas, y Pesqueras agua abajo, que siempre han estado atravesando el Rio de parte à parte. Si estos pretendiesen, que los otros baxassen sus Pressas, y en ellas dexassen Portillo, con el motivo de querer dezir se estancava la Pesca, y se impidiá la navegacion. Si vnos, y otros, si estos, y aquellos, si todos juntos à yna voz, solicitaran à un Pro-

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

166 Pregunto: Despreciarián esta pretension los señores Jueces, que están aquí à la vista? Parece, que si: Y que la tendrían por ridicula, viendo, que con pretextos tan frívolos se tirava à desquiciar vnos derechos tan antiguos, y que esto era querer rebolver el mundo en pleytos, contra la observancia, y costumbre tan envejecida, como los Autores lo exclaman à cada passo, ponderando vna doctrina de Baldo, Casanço, y otros antiguos, q̄ juntò el Fontan. *de pac̄. nupt. claus. 6. glossa 3. part. 2. tom. 2. num. 34. fol. 339. ibi*: *Et finaliter usu in violabili confirmata destruere, est difficillimum, immo inverttere mundum, &c.*

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

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

169 Diez, y seis testigos contestes, que en toda forma la concluyen, y de tan 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 han coadyubadas con los Instrumentos, y Exemplares,

y

y arregladas à lo que dellos mismos 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 demás Ríos, 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 *quattro 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 estan 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 escrivió de los Duques de Cantabria *lib. 3. cap. 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 arbitratia 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 quattro años antes avia dado à el propio Monasterio la Iglesia Parroquial de Renedo, con muchas heredades, Montes, Egidos, Y POZOS EN EL RIO DE PAS: Esta Escritura está à fol. 23. del Libro de Regla de Santillana, que possee dichas Iglesias, y hazienda,*

Pruebase la antiguedad 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 quan 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 disertar à la pretension de las partes contrarias, ni condenar à estas, à que baxen su Pressa, y dexen 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 està coadyubados con instrumentos los del Cabildo, y ser este favorable en el Derecho, *ex dictis supra à num. 126. usque ad 132.*

173 Los instrumentos, y exemplares, y sus efectos, que se han ponderado, y referido desde el numer. 27. hasta el 76. Y la sentencia arbitratia, y su fuerça, 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 arbitratia antigua, *ad dicta ex num. 28. usque ad 49.*

174 La *immemorial*, que concluyente, 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 arbitratia, y de los demás instrumentos resulta. Que es probança tan excelente, tan aventajada, y tan superior à todas las demás, que no ay con quien compararla, y la llaman los Autores la mejor del Mundo, el *Manà de los titulos, y la Yerba Laconica*, que todo lo saná, 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 Principe, ni este la tiene, para poder prohibir, ni embarazar sus admirables efectos, quia ius ex immemoriali adquisitum,

35

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

176 Tan honrada, y favorecida, de los Príncipes Soberanos de los primeros Siglos, que el Emperador Justiniano en la Ley 2. §. 10. in principio, *Cod. de iur. enucleando*, se dexó decir, q̄ la venecaba, 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*, Ciceron lib. 2. *Officiorum*, à nuestro proposito, ita: *Quam autem habet aequitatem, ut agrum multis annis, aut etiam saculis ante possessum, qui habuit, amittat?* Con esta razon los Lacedemonios apud Hyocratem, respondían à los que intentaban repetir la Ciudad de Messena, que dezián ser suya en los Siglos pasados, que lo hazián injustamente, *cum firmam stabilemque possessionem longa dies redidisset*. Y disputando Sulpicio contra Antiocho, apud Libium lib. 35. manifestó ser cosa iniqua, que por aver servido los Pueblos de Grecia en Assia, 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* llamó inversecundo à Enrico Emperador Latino, *quia in dubium revocabat, vetustissima, & longa possessione obtenta*.

TERTIA OBJECTIO, ET SATISFACTIO.

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

S

Y

178 Y cōmō esto se reduce en substancia à que cōgerán menos Pesca, es muy facil la respuesta; porq no pueden dezir, que por esto, y por no està mas baxa, y con abertura la Pressa del Cabildo, se les hize perjuyzio, aunque no sea en su vtilidad, *quia non est idem fieri deteriorem conditionem alicuius, ac non fieri meliorem,* por los textos vulgares, *ff. qua in fraud. credit.* Demane-
ra, que aunque debitoribus noliceat in fraudem credi-
torum alienare, pero dexar de adquirir, si: porque en este
caso, no ay perjuyzio, por no se les disminuit su patri-
monio, aunque no se les aumenta. *Leg. 6. in principio,*
Et §. 2. ff. cod. tit. Leg. 184. ff. de reg. iur. D. Olea titul. 2.
quæst. 3. num. 5. Et 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 crudelidad querer obligar à el Cabildo
à que baxasse, y abriesse su Pressa, para que les subiesse la
Pesca que necesita para si, por que las partes contrarias
la tuviessen, y se vtilizassen mas en ella, texto elegante
in *Leg. Praes 6. Cod. de servit. Et aqua, his mirificis ver-
bis: Cum sit durum, Et crudelitati proximum, ex meis Prae-
dijs aquæ agmem mortum, SIT IENTIBVS AGRIS.*
MEIS, ad aliorum usum vicinorum iniuria propagari:
& foret Predo sui ipsius el Cabildo, si los Salmones que
la Divina Providencia le ha puesto en su Pressa, los alar-
gata, y dexara passar à los Pozos, y Pressas posteriores,
porque sus dueños se vutilizaran: Y dà la razon la Glossa
de Gotofredo, por el axioma comun del *PRIMVM
MIHI, SECUNDVM TIBI*, eis verbis: *Quemlibet
presumi rem suam curare, deinde alienam, Et sic ordina-
tam charitatem incipere à se ipse, idem ferè cavetur in*
Leg. 2. §. item varas, ff. de aqua pluv. arcend. en terminos
de Pressa.

180 Rursus, stat optimè, que digan, que ces-
sat 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 An-
tunez de donat. Reg. 3. part. cap. 9. numer. 45. illis verbis:
*Non capere, & damnum sentire plurimum inter se diffe-
runt*, dando la razon 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 ideo capti non
sunt fieri estimationem, cum incertum fuerit, an caperen-
tur.* Y en terminos de aguas lo confirmò Vlpiano in
*Leg. 21. §. 21. ff. de aqua pluv. arcend. dum 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 Objebto de este
pleyco, no dexa passar à los Pozos, y Pressas del señor
Don Francisco de Zevallos, y de los Lugares de Arce,
y Oruñ, y de Don Juan de Polanco, tantos Salmones,
quantes quisieran coger mas, no por ello es en su perjuya-
zio, y solo pueden decir, 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 con-
formemente resuelven, que no podrè yo V.g. embara-
zar 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 redituarà menos, ni esto lo puedo alegar
por perjuyzio que se estime, por dos razones. Lo
primero, porque con la fabrica de Ticio, tantummodo
michi auferatur commodum, & lucrum non dum quæ-
situs, & quod in meis bonis adhuc non est, sed tantum
in spe. La otra, porque aunque se quisiera llamar per-
juyzio, no es daño, quod cohaeret rei, id est, à mi Mo-
lino, sed tantum consistit, en la facultad que todos tie-
nen libre para ir à qualquier Molino, in quibus nullum
ius est mihi quæsitus; y assi lo afirman, dando estas mis-
mas razones Gutierrez lib. 4. practicar. quæst. 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 bestiæ volucres, & pisces 12. Instit. de rer. divis. ibi: *Et in naturalem libertatem se se receperint.* Y nadie tiene adquirido dominio, ni derecho en ellos, antequam capiantur, dict. §. ferè, & Leg. I. §. vlt. ff. de adq. rer. domin. y la esperança de cogerlos es incierta, contingente, 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 contrahend. empt. Leg. si factum retis 12. ff. de act. empt. Leg. 11. ff. de hared. vel act. vendit. por lo que dixo (aunque para otro asumpcio) el mismo Justiniano en el §. illud 13. eod. tit. de rer. divis. ibi: *Quia multa accidere possunt, ut eam non capias.*

183 Y adelantando licet ex abundanti el Discurso, dezimos mas: Que aunq de coger menos Pescas, y de tener el Cabildo su Pressa lebantada, y sin Portillo se les siguiera possitivo daño, y perjuicio à las partes contrarias, tampoco fuera motivo legal para quitarle à el Cabildo de lebantar, y cerrar su Pressa à su arbitrio, y voluntad, con tal que lo hiziese por su provecho, & non animo nocendi, ni por emulacion. Prueba el intento la Ley vicinus 24. ff. de aqua pluv. 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 seguia detimento: Respondio el Consulto, que no era justa su pretension, y que el otro podia hechar los surcos como quisiese, y mas le conviniese, mirabiliter his verbis: *Respondit non posse eum facere, quominus agrum vicinus QVEMADMO-*

MODVM UEL ET ARARET: Luego, podrá muy bien el Cabildo, como dueño de su Presea, y Fundo superior por estar la Primera formaliter, y en quanto à la pesca, hazer surcos, cerrarla, y levantarla, quemadmodum vellit, sin que se lo puedan embarazar los Dueños de los Pozos, y Preseas posteriores, que son el Fundo inferior.

184 Lo mismo confirmò Vlpiano *in Leg. Proculus 26. ff. de dam. infect. 6 in Leg. 1. §. denique Marcellus 12. ff. eod. tit. de aqua pluv. arc.* en donde tambien se propone, que aviendo vn vezino querelladose de otro, por dezir, que este abandona en su Fundo sin intencion de hazer daño, y solo à fin de mejorarle, le avia desviado vna Fuente que passava por él, 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 damn. infect. optimè Pereyra decis. 25. à num. 1.*

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

186 Y el Antunez de donat. *Reg. 3. part. cap. 4. à num. 25. 6 26. 6 num. 48.* con ocasion de si el dueño del Fundo puede mudar el curso de las aguas que en él entraron, afirma que si, y como quisiere, y mas le convenga, ibi: *Dominus fundi in quem aqua intravit POTEST ADLIBITVM aquae cursum mutare, por la vulgaridad del texto en la Ley 21. Cod. mandati, quia*

in re sua quilibet est moderator, & arbitrus, y como no
sea ob simulationem, prosigue: *ETIAMS1 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 prauiditum facit.* Leg. 6. §. 7. ff. que in-
fraud. cred. Leg. 51. §. 4. ff. de fideiuss. Leg. 13. §. 1. ff. de in-
iur. Leg. 87. de leg. 1. D. Larrea allegat. 22. numer. 72. §
77. D. Ualenz. cons. 2. num. 12. D. Solorçan. de iur. Indian.
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, AVNQVE SE MENGVE EL
AGVA DE SVS POZOS, ETIAMS1 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 está contentos con su suerte, quexense (si se
puede decir así) à la Divina Providencia, que quiso dár
mejor derecho al Cabildo, y hazer à su Iglesia el primer
accedor à la pesca.

ARTICULO TERCERO.

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

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

Por

Por ella consta, que el Cabildo, y dichos Lugares hicieron un cuerpo la Pressa litigiosa, y otra de Labadorio mas inmediata à el Mar, que los Lugares avian fabricado con diferentes Capitulos, 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 Capitulos 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 assienta el Relator fol. 38. b. en la nota que alli 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 tenian mal compuesta, y reparada la Pressa litigiosa, cuidadosa, y maliciosamente, à fin de que la pesca subiese 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 rescission 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 percibiesen cosa alguna en adelante, y aviendose subsanado la demanda, y proseguidose el pleito, està y à 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 haciendo vna misma parte, defendiendolos vn mismo Procurador, Agente, y Abogado, y las probanças de vista se hicieron 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 emplazamiento de pleyto retardado, y debiendo los Lugares proseguir con el Cabildo en la forma que antes, y convenia en que vn Prebendado viniese à la defensa por ambos, como siempre se avia practicado, no lo hicieron assi, antes bien otorgaron nuevo poder à D. Lorenço, 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 embliar vn Prebendado à su costa.

Subs-

195 Substituído el poder en Pedro de Uc-
lasco, se estuvieron los Lugares nautrales cuñadosa-
mente, sin hacer diligencia alguna, esperando el suceso
de la sentencia de vista, y si el Cabildo proseguía la de-
manda sobre la rescission de la Concordia, en que te-
mián ser excluidos de la Pressa del Cabildo, y esto se
prueba del Memorial ajustado; pues en todos los autos,
q à fol. 18.b. ex num. 71. usq ad 146. refiere se fulminaró
desde el año de 700. q se despachó el emplazamiento
de pleyto retardado por el Fiscal de su Magestad, hasta
7. de Mayo de 701. q se dió la sentencia de vista, no se
hallará pedimiento alguno, ni otra diligencia hecha por
los Lugares, mas que la presentación del poder. Conque
tambien le fue forçoso à el Cabildo hacer por sì solo la
defensa, y todos los gastos, sin que el Relator, ni el
Oficio, ni otro alguno cobrassé derechos de los Lug a-
res, 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 seguía con gran tesson la de-
manda para excluirlos de la Pesca, que están gozando
en su Pressa y reconociendo, que no tenían 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 él 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 te-
nián alegado, probado, y deducido, especialmente en
cuanto à q en la Pressa nunca avia avido Portillo, y aora
lo niegan, y afirman, q le ha tenido entre las dos Peñas, y
lo han articulado, y pretendido probar con el dicho D.
Juán de Polanco. Véase 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 imprimió, y todos los demás que se han causado hasta aqui: Y de todos ellos, y de los que se causaren hasta fenerarse este pleyto, pide el Cabildo justamente, que los Lugares le paguen, y contribuyan con la mitad, por lo pactado en la dicha escritura 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 aora 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 aquí 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 interés de sus Pozos con el Portillo; y está descubierta su malicia, cui nō est indulgēdū. Leg. 15. tit. 7. part. 3. ibi: *Una de las cosas del Mundo de q̄ mas se deben trabajar los Reyes, & 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, están 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 petition que refiere el Memorial fol. 39. §. vel column 4. y en este caso debe ser el Cabildo manutenido 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 q se feneza, y determinne, ut expressè docet Valeron de transact. tit. 6. quast. 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, ut docet, & summè notandum commedas Mieres de Maioratib. 3. part. quast. 15. num. 105. Unde, & poterit executio eius interim peti, pricipue si nullitas altiorem requirat indaginem, ex his qua tradunt Giurba decij. 100. Carleval de iudit. tom. 2. tit. 3. disput. 16. per totam.*

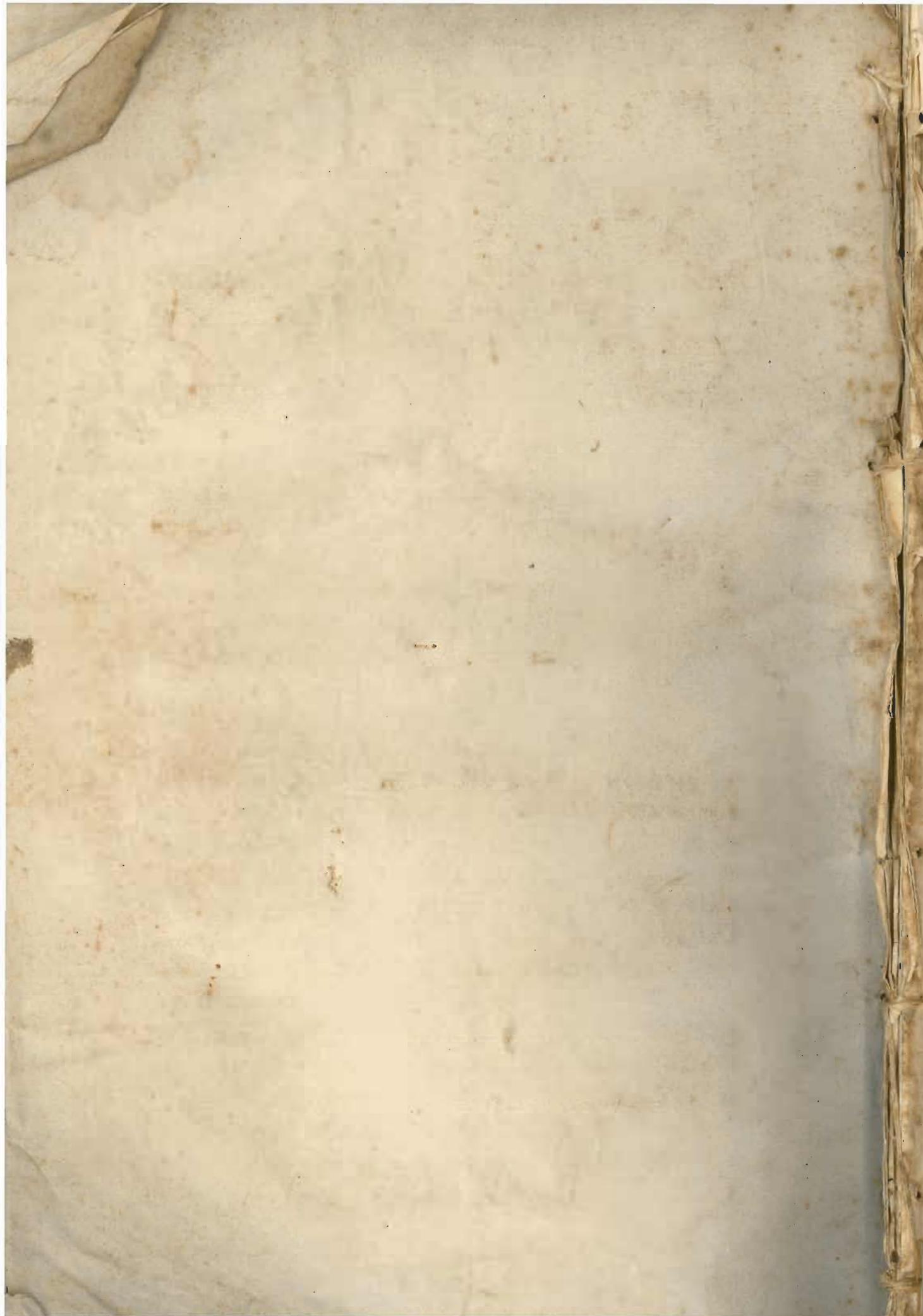
201 Y quando el Cabildo no estuviera en la dicha possession, ni pactado en la Concordia, la contribucion de gastos por mitad, en justicia debian hazerlo los Lugares, que están actualmente gozando la mitad del producto de la Pressa que se defiende, por el derecho de equidad, y regla vulgar, que à contratio sensu se deduce del texto en la Ley 10. ff. de regul. iur. ibi: *Secundam naturam est, commoda cuiuscumque rei, cum 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 Pressa litigiosa, y q el Cabildo llevara toda la carga de los gastos en defenderla, quod ius naturæ non patitur. *Leg. nam hoc 14. ff. de condic. indebit. Leg. 206. ff. de regul. iur.*

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

cia , esperá de tan justificado Senado (de quien el Principe tiene hecha tal confiança, que el texto en la Ley 1.
S. 1. ff. de Offit. Praefect. Prator. dixo estas palabras : *Cre-
didit enim Princeps eos, qui ob singularem industriam ex-
plorata eorum fide, & gravitate, ad huius Offitij magnitu-
dinem adhibentur, NON ALITER IUDICATV-
ROS ESSE, pro sapientia, ac iure dignitatis sua, QVAM
IPSE FORET IUDICATVRVS) que ha de diferir
en todo à su pretension. Salva in omnibus. D.U.D.C.*

*Licenc. Don Juan Gomez
de la Sierra.*

卷之三



340.13 (1.a)