

58 Por otra real resolución á consulta del Consejo de 3 de Enero de 1716 se sirvió mandar S. M., que en la sala segunda de gobierno del Consejo, que habia deliberado se tuviese temporalmente para la mas fácil expedición de los negocios que ocurriesen, solo se viesen las peticiones sueltas, los negocios de la sala de gobierno que hubiesen llegado á estado de contenciosos, y los que la sala principal remitiese á la segunda, y no otros algunos. Esta es la primera vez que se oyó el nombre de sala segunda en calidad de temporal, y para los fines que expresa la enunciada real resolución.

59 Los recursos de injusticia notoria, ya sea porque en su origen y progreso son contenciosos, y estan comprendidos en la cláusula general indicada; ó porque la sala principal empezó á remitirlos á la segunda, se han continuado en la misma, y forman una parte de los de su primitiva dotación.

60 La dotación del Consejo, segun su planta antigua, consistia en el número de diez y seis ministros, distribuidos en esta forma: cinco y el señor presidente á la sala de gobierno, tres á la de justicia, igual número á la de provincia, y cinco á la de mil y quinientas: *ley 62. tit. 4. lib. 2.*

61 Por el *auto acordado 50. del propio tit. y lib.* se aumentó el número de ministros á veinte sin incluir el señor presidente ó gobernador, y se continuó su distribución en las mismas cuatro salas referidas.

62 Por el *auto acordado 71. del mismo tit. y lib.*, que es de 9 de Junio de 1715, se restituyó el Consejo á su antigua planta, acrecentando el número de sus ministros al de veinte y dos, los ocho para la sala de gobierno, cuatro para la de justicia, igual número para la de provincia, cinco en la de mil y quinientas, y uno en la presidencia de la sala de alcaldes. Los ocho ministros se destinaron á la sala de gobierno con los dos fines que expresa el citado *auto 71.*: uno fué para que de ellos se suplieran los que faltasen en las otras salas; y otro para que si ocurrieren algunas veces muchos negocios de la sala de gobierno,

se dividiese esta en dos para la mas breve expedición de ellos, como se ha ejecutado en otras ocasiones.

63 Por la serie de las enunciadas disposiciones se confirma que en los años de 1700 y 1703 y en los anteriores estaba reducido el número de ministros de la dotación de la sala de gobierno á cinco; y aunque se considerase el aumento hasta los ocho, como de estos, aun asistiendo todos, se habian de proveer los que faltasen en las tres salas de justicia, se puede considerar que las mas veces no excederian de cinco; y si de los ocho se formaba la sala segunda de gobierno con el número de cuatro, que era igual á las de justicia, quedaba el de la sala primera reducido al de cuatro.

64 Por todo lo referido se convence que por los *autos acordados 6. y 7. tit. 20. lib. 4.* (Leyes 1. y 2. tit. 22. libro 11. de la Nov. Recop.) se encargó y confió la vista y determinación de los pleitos de injusticia notoria á los cinco ministros que componian la sala de gobierno, y esto cuando asistiesen todos.

65 ¿Qué causas pues han sobrevenido para que en el día, que conoce la sala segunda de estos recursos, no sean suficientes los cuatro de su dotación para verlos y determinarlos? Aunque falte uno de ellos, se despachan con los tres los pleitos y negocios ordinarios que ocurren; pero los de injusticia notoria se ven y determinan siempre por cuatro, pues se completa este número con el que señala el señor presidente ó gobernador, ya sea de los de sala primera ó de las otras.

66 Los pleitos que admiten segunda suplicación son por lo comun de mayor gravedad y entidad en sus valores y en la pena de las mil y quinientas doblas que depositan, ó afianzan los que la introducen, y sin embargo se consideró suficiente el número de cinco ministros para verlos, y el de cuatro para sentenciarlos.

67 Así se reconoce por las leyes y *autos acordados*, que por menor se refieren en el capítulo próximo. En la *ley 2. tit. 20. lib. 4.* se dice que cinco de los ministros del Consejo «puedan

«ver, y determinar cada una de las dichas causas.» En la *ley 12. del propio tit. y lib.* se dispone que en los pleitos vistos en grado de segunda suplicación, y en los que se vieren en adelante, si muriese antes de sentenciarlos uno de los cinco ministros, los determinen los cuatro que quedan. El *auto 2. del mismo tit. y lib.* previene que si comenzando á verse algun pleito de segunda suplicación, faltase alguno de los jueces por muerte ó promoción, se nombre otro para que acabe de verse por cinco jueces. Y esto mismo se repite en la *ley 62. cap. 19. título 4. lib. 2.*, y en el *auto 1. tit. 20. lib. 4.*

68 Por las leyes y *autos acordados* posteriores, que se refieren en el citado capítulo anterior, se mandó que los pleitos de segunda suplicación se viesen en las sentencias definitivas y en los artículos que tuviesen fuerza de ellas con los ministros de las tres salas de justicia, que en lo antiguo componian once, y despues se aumentaron á trece, sin que pudiesen empezarse á ver con menor número que el de nueve; pero este mayor número de ministros fué señalado para la vista, mas en cuanto á su determinación se confió á cinco de ellos, aunque hubiesen faltado los demas, ó no pudiesen votar por escrito, como se declaró por real resolución publicada en el Consejo á 6 de Setiembre de 1747, á consulta del mismo tribunal de 12 de Agosto anterior, motivada en la duda que ofrecia el mismo decreto de 12 de Julio del propio año de 1747, indicada en el referido capítulo próximo.

69 En las enunciadas disposiciones se motiva haber condescendido S. M. á que los pleitos de segunda suplicación se determinasen por los cinco ministros que hubiesen quedado, para que no se retardasen con daño del público y de las partes.

70 Mucho mayor daño se experimentaria si para la vista y determinación de los recursos de injusticia notoria se aumentase el número de los cuatro ministros que componen la sala segunda, pues no solo se retardarian los pleitos de esta clase, sino que se in-

terumpiria el despacho de otros negocios de la mayor importancia. Y aunque por real resolución de 9 de Junio de 1715 se acrecentaron cinco plazas en el Consejo, la experiencia de muchos años me ha hecho conocer que no alcanzan á completar la dotación de las salas, especialmente en el estado presente; hallándose unos ministros excusados de asistir al Consejo por reales cédulas de S. M., otros enfermos, ausentes y ocupados en varias comisiones, sin incluir las vacantes de plazas, cuya provision por necesidad se dilata algunos meses.

## CAPÍTULO VI.

## De la recusación de los jueces.

1 Entre todos los medios y modos que los hombres tienen para defender sus facultades y derechos, es sin duda la recusación uno de los mas cumplidos y seguros; pues siendo un remedio preventivo que se anticipa al daño, es como todos los de esta especie mas ventajoso que los que se buscan para reparar el mal ya sucedido. Por esta razón el solo temor de que pueda venir y suceder el daño justifica la recusación: *ley 1. Cod. Quando liceat unicuique sine iudice se vindicare: ley 5. Cod. In quibus causis in integrum restitutio non est necessaria: ley 2. ff. de Damno infecto.*

2 Si se recusase al juez ordinario ó al delegado, no se expresa la causa, ni las leyes antiguas imponian obligación de jurarla si la parte contraria no lo pedia: *ley 22. tit. 4. Part. 3. ibi: «Jurando el que esto dixere, si le demandaren la jura, que lo non dice maliciosamente, por alongar el pleito, mas porque ha miedo, é sospecha del Juez. E despues que lo oviere así dicho, é jurado, non le debe el Juegador apremiar de responder antel, maguer non le diga, porque razon lo ha por sospechoso. Ca segund es establecimiento de las leyes antiguas, non ha porque lo decir, si non quisiere.»* La *ley 1. tit. 5. lib. 3. del Ordenamiento* tiene por suficiente alegar por sospechoso al alcalde, jurando que no lo

hace de malicia sin necesidad de expresar la causa. Esta ley se trasladó casi en todas sus palabras á la 1. tit. 16. libro 4. de la Rec. (Ley 1. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Rec.), viniendo á ser uniforme en todos tiempos la regla de que no es necesario alegar causa particular en que se motive la recusacion.

3 Dos observaciones he debido hacer sobre lo dispuesto en la citada ley 22. tit. 4. Part. 3.: una en la razon que señala para continuar con la regla indicada, ibi: «Ca segun es establecimiento de las leyes antiguas, non ha porque lo decir, si non quisiere:» otra en la referencia que hace á las leyes antiguas, pues en esta clase considero la ley 22. tit. 1. lib. 2. del Fuero Juzgo, en la cual se dispone entre otras cosas lo siguiente: «O por ventura diz que el su Juez mismo ha sospechoso.»

4 Por resúmen viene á decir la citada ley de Partida que no hace novedad en cuanto á que se proponga generalmente y en confuso la sospecha contra el juez ordinario, porque así estaba dispuesto con la propia generalidad en las leyes antiguas.

5 Este pensamiento de seguir ciegamente, y sin la debida crítica ó discernimiento la antigüedad, trae muchas veces el daño de no perfeccionar las cosas, ya sea en el estado civil ó ya en el fisico, cerrando la puerta al adelantamiento y mejoras de que son capaces las materias, que aunque se hayan tratado por siglos de un mismo modo, se ha manifestado despues de ellos el error que contenian, y se ha demostrado la verdad por la razon y la experiencia.

6 Esta sola consideracion obliga á inquirir los daños que producen al público y á las partes las recusaciones generales, y si seria mejor que se obligase á señalar y determinar la causa en que pretenden fundar el temor ó sospecha del juez ordinario ó delegado.

7 Los jueces ordinarios son acreedores de justicia por una presuncion poderosa á que se consideren con la integridad y justificacion necesaria para llenar las obligaciones de su oficio; y por estos respectos deben ser tratados con honor en las palabras y

en los hechos, corrigiendo y castigando á los que de cualquier modo se exceden injuriándolos, como se dispone tantas veces en las leyes del reino y en los cánones.

8 Quien recusa al juez duda de su integridad, y empieza desde aquí la injuria; pues la considera fácil á desviarse del camino recto de la integridad y justicia por causas y motivos, que ó no deben imputársele, ó deben ser despreciadas. Esta es una proposicion en que convienen las leyes y los autores.

9 Las causas para recusar pueden ser varias: unas inocentes sin culpa de los jueces, como la de parentesco de consanguinidad y afinidad, ó la de amistad anterior con alguna de las partes que litigan; y otras criminosas, como la de soborno, enemistad y otras semejantes. Quien recusa sin expresar la causa, envuelve todas las que puede haber, y deja al arbitrio del público que conciba contra la opinion del juez recusado la que sea mas perniciosa, y esto aumenta la injuria, y se le priva de su natural defensa.

10 Si el juramento del que recusa ha de servir de prueba de la causa en que se funda, caerá mas fácilmente en malicia por la seguridad de que no puede ser descubierta ni convencida; y esta ocasion en que se ponen las partes, no solo de proceder maliciosamente en las recusaciones, sino tambien de abusar del juramento, está indicada y comprobada con la experiencia que recuerdan las leyes reales, señaladamente la 1. tit. 5. del Ordenamiento, ibi: «Recusaciones ponen los demandados algunas veces contra los jueces maliciosamente, por no responder á las demandas que les son puestas:» ley 2. tit. 10. lib. 2. Rec. (Ley 4. tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.) ibi: «Porque muchos maliciosamente, y sin justa causa se atreven á recusar:» ley 17. del prop. tit. y lib. (Ley 7. titulo 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) ibi: «Porque sin embargo de lo que está proveido por leyes de nuestros Reynos, todavia se hacen muchas recusaciones con malicia.»

11 El juramento se dirige á probar

qué el ánimo de la parte que recusa no se mueve de malicia por alargar el pleito, ó por injuriar al juez; pero no trasciende á calificar de verdadera, suficiente y justa la causa del temor y sospecha que concibe, pudiendo suceder, y acaso será así las mas veces, que ó no hubiese causa alguna para desconfiar del juez, ó no fuese suficiente para recelar que faltase á la justicia.

12 Las leyes andan siempre diligentes en apartar las ocasiones de pecar, y en alejar de las partes y del público los peligros de delinquir, previniéndolos con oportunas providencias; y ningun riesgo puede ser mas notorio en lo espiritual y temporal que el indicado en las recusaciones vagas.

13 Ninguno puede encargar á otro la administracion de sus bienes, relevándole de dar cuenta y razon. El padre en uso de su patria potestad puede dar tutor á sus hijos, y exonerarle de fianza, pero no de dar cuenta de la tutela. Estas disposiciones y otras semejantes se fundan en que teniendo los hombres la seguridad de que no serán descubiertos sus excesos, estan en carrera de cometerlos. Así se explican las ley. 29. y 33. tit. 11. Part. 5.: ley 5. §. 7. ff. de Administrat. et periculo tutorum: ley 119. de Legatis primo; ley 9. y 20. de Liberatione legata; y el señor Covarrubias con otros que refieren en el lib. 2. de sus Varias, capit. 14. n. 3.

14 En las recusaciones de los presidentes y ministros del Consejo, alcaldes de corte, y los de las chancillerías y audiencias, se deben expresar las causas; y pareciendo justas, probables y tales que probadas sean suficientes, se admiten, y es del cargo de la parte que recusó probarlas, y no lo haciendo cae en la pena que señalan las leyes del lib. 2. tit. 10., y los aut. acord. del propio tit. y lib. Estas nuevas calidades, que se han exigido en las recusaciones de los magistrados superiores, se motivan en la malicia con que muchas veces los recusaban las partes; y quando se atreven á ofender á unos jueces de tan alta autoridad, ¿qué no harán

Tom. I.

con los inferiores, y cuánto mayor y mas repetido será el peligro de que abusen con dolo y malicia del remedio de la recusacion, que es recomendable cuando se dirige de buena fe á la defensa natural, y debe ser punible si se convierte en daño del público y de las mismas partes?

15 Yo no hallo diferencia entre la mayor ó menor autoridad de los jueces que se recusan, para que con unos haya libertad absoluta de hacerles ofensas con malicia y dolo, sin permitirles la natural defensa de su honor y opinion; y se hayan puesto para con otros tan exactas precauciones á fin de contener y corregir la malicia de los que intentan recusarlos. Que hubiera alguna diferencia en la mayor pena con que deben ser castigados los que no justifican sus recusaciones contra los jueces superiores, era muy razonable; pero dejar á unos enteramente indefensos sin que puedan ni aun saber los motivos que hayan dado para ser recusados, parece que no es compatible con el derecho que tienen todos á mantener su honor y buen nombre, defendiéndose de las calumnias con que se intentan oscurecer.

16 Por último si la causa de la recusacion es verdadera y suficiente para sospechar del juez inferior, ¿qué reparo puede tener la parte en expresarla y probarla? Si es inocente, como la de parentesco ó amistad anterior al pleito, logrará la parte su intento, y el juez quedará sin agravio en el público; y si la causa fuese criminoso, importa á la república su castigo, pues con el ejemplo de unos se contienen los demas.

17 El derecho canónico precavio los mismos riesgos en la malicia de los que recusan los jueces eclesiásticos, disponiendo que expresen las causas en que fundan la sospecha, y que las prueben ante los árbitros, que deben nombrarse en el breve tiempo que á este fin les señalen; y no probándolas, ó no declarándose por justas, procede y continúa el juez eclesiástico en el conocimiento de la causa. Esto es lo que sin diferencia de jueces ordinarios

ó delegados dispone el *cap. 39. ext. de Officio et potestate judicis delegati: cap. 61. ext. de Appellat.*; y otros que refiere Gonzalez en sus *Comentarios*.

18 He indicado y reunido las consideraciones antecedentes con el deseo de que se mejorase este artículo, si pareciese á otros de superiores luces que merece examinarse del modo y por los medios que señalan las leyes, especialmente las 17. y 18. *tit. 1. Part. 1. y las 7. y 8. tit. 1. lib. 2. de la Recop.* (Leyes 7. y 8. *tit. 2. lib. 11. de la Nov. Recop.*)

19 El principal efecto de la recusacion del juez ordinario, segun el tenor de las leyes reales que se han referido, se reduce á que tome otro, con quien proceda á sustanciar y determinar la causa. La *ley 22. tit. 1. lib. 2. del Fuero Juzgo* manda que el recusado se acompañe con el obispo de la ciudad, y no deja eleccion para nombrar otro, ibi: «Mas aquellos Jueces que él dice, que ha sospechosos, deven judgar el pleyto, é oír con el Obispo de la Ciudad; é lo que judgaren, métanlo en escrito.»

20 En lo antiguo mereció con los cristianos grande concepto la autoridad del obispo para juzgar sus causas en forma de arbitrio, reduciéndolos á la paz sin estrépito ni figura de juicio; y con este importante fin ponian en sus manos con mucha frecuencia todos sus derechos. Los emperadores y reyes veian el fruto que producian estas convenciones en lo espiritual y temporal, y las protegian elevando las determinaciones de los obispos al grado mas sublime de cosa juzgada, sin permitir su reclamacion: Sozomeno *lib. 1. de su Historia Eclesiástica cap. 9.*; Baroni. *Ana. año 398. n. 63.*; Tomasino *de Disciplina Eclesiástica part. 2. lib. 3. cap. 102. n. 1. y 2.*; Van-Spen *de Jure Ecclesiastico part. 3. tit. 1. cap. 1. n. 17.*; Divus Augustinus *de Opere Monachorum cap. 29.*, y Posidio *de Vita Augustini cap. 19.*; quienes reunen todas las leyes y autoridades que confirman las proposiciones indicadas.

21 Como en tiempo de los godos mantenian los obispos la misma auto-

ridad y respecto, como lo refiere Ambrosio de Morales *en su Crónica lib. 12. cap. 31.*, citado tambien en el comentario á dicha *ley 22.*, fue muy oportuno, para remover la sospecha del juez recusado, que se acompañase con el obispo.

22 La experiencia haria conocer que ocupándose principalmente los obispos en los ministerios espirituales de su cargo, no podrian atender á la ordenacion y decision de las cosas temporales, dilatándose necesariamente con daño de las partes y del público; y estas consideraciones obligarian á relevarlos de esta penosa ocupacion, confiándola á otras personas de integridad y buen seso á eleccion del mismo juez ordinario recusado, como se dispone en la citada *ley 22. tit. 4. Part. 3.*, y en la *1. tit. 5. lib. 3. del Ordenamiento*.

23 Esta práctica, observada constantemente en los tribunales por el tenor y forma de las leyes citadas, induce una diferencia respecto á los jueces delegados, en que convienen los autores; pues estos con la misma recusacion general jurada quedan removidos de todo el conocimiento de la causa que les era encomendada, como se dispone en la enunciada *ley 22. título 4. Partida 3.*

24 La razon en que funda la ley la diferencia indicada consiste, segun se expresa en ella, en «que despues que tal Juez como éste es escogido de Rey por bueno, y le ha otorgado poderio de librar todos los pleytos, de aquel logar do es puesto, non deve omie aver mala sospecha, que él ficiese en ningund pleyto, que demandasen antel, si non lo mejor.»

25 Es muy crecido el número de los jueces ordinarios que ejercen jurisdiccion en estos reinos sin que hayan merecido aprobacion, ni tengan nombramiento de S. M., ni éste noticia de sus personas, de su literatura, ni de sus costumbres, por ser nombrados por los dueños particulares de los pueblos y de su jurisdiccion, y otros elegidos por los mismos pueblos; y faltando en todos ellos aquella razon distintiva, que expresa la ley como causa princi-

pal para no remover á los jueces ordinarios del conocimiento del proceso en que son recusados, debia por consecuencia cesar este efecto, y considerarse como los delegados para poderlos separar enteramente.

26 El acompañado, que nombre el juez ordinario, no puede serenar los recelos de la parte que le recusó: porque si este fué sospechoso al tiempo de su recusacion, quedará con ella mas irritado y contrario, como la acredita la experiencia, y lo indicó el *cap. 39. ext. de Offic. et potest. judic. delegati ibi: Suspicionis causa contra judicem assignata: non ipse (qui forsam provocatus obesset) sed arbitri potius: ley 11. ff. de Recept. qui arbitrium: Carrasco del Saz ad Leg. Rec. cap. 10. n. 347.*

27 Cuando el acompañado no se adhiera al dictámen del juez principal, que sucede las mas veces, quedarán en discordia, y producirá mayores daños á las partes; y esta es otra prueba de no ser suficiente este medio para remover la sospecha, ni para evitar los daños, que temia la parte que recusó al juez ordinario.

28 Los ministros de los tribunales superiores que fueren recusados, siendo probada y declarada la causa por suficiente, son removidos enteramente, sin que baste para quitar la sospecha el que los compañeros juzguen con el mismo recusado. ¿Cómo pues podrá extinguirse el recelo permaneciendo el juez en el conocimiento de la causa con solo un acompañado que nombre el mismo?

29 Lo dispuesto por el derecho canónico con todos los jueces eclesiásticos que se recusan, califica igualmente no haber tenido por suficiente el acompañado, y haber estimado necesario remover al juez recusado.

30 Para llegar á esta decision juzgaron indispensable las leyes que se expresase la causa de la recusacion, y que se examinase y declarase por justa y bien probada, confiando este conocimiento en el primer caso á los ministros de la sala, en que estaba el recusado, y en el segundo á los árbitros. Uno y otro se expresa en las *leyes del*

*Tom. I.*

*tit. 10. lib. 2. de la Recop.*, y en el *cap. 39. ext. de Offic. et potest. Judic. delegat.*: en el *61. ext. de Appellat.*, y en el *2. eod. tit.*; conformándose con sus respectivas disposiciones Gonzal. *en sus Comentarios: Acev. á ley 1. tit. 16. lib. 4. de la Recop. n. 14.* con otros que ellos refieren.

31 Queda dicho, y consta por la letra de las citadas leyes, que para tranquilizarse el que recusa al juez ordinario, debe este tomar por acompañado un hombre bueno; y como las leyes no determinan quien ha de pagar los derechos y costas que se acrecientan con este nuevo juez, han excitado esta duda algunos autores. Acevedo, *sobre la enunciada ley 1. tit. 16. lib. 4. de la Recop. n. 21.*, dice que el recusante debe pagar los gastos y costas que cause el acompañado; fundándose en que este fué la causa de nombrar á un juez extraño. Lo mismo asegura Avendaño *in cap. Prætor. lib. 2. capítulo 3. n. 15.*

32 Sin embargo la razon que indican es debilísima: porque la parte, que estima sospechoso al juez ordinario, usa de su derecho por un medio que se funda en la razon natural; pues se dirige á su defensa, y esto es incompatible con la culpa que se le atribuye. La recusacion y el juramento suponen que hay causa suficiente y justificada, y así mas parecia que debia recaer sobre el juez la sospecha, y el motivo de aumentarse otro.

33 Todos los inconvenientes que se han indicado, y resultan de admitirse las recusaciones de los jueces ordinarios sin expresar la causa y probarla, cesarian si se procediese del modo y forma establecida por el derecho canónico en los respectivos jueces de su fuero, y de lo que determinan las leyes respecto de los ministros de los tribunales superiores; y se lograria tambien el fin de que no se repitiesen con tanta frecuencia, y que los mismos jueces se contuviesen en sus obligaciones, sabiendo que sus excesos podian descubrirse y justificarse, cuando alguna de las partes concibiese de ellos sospecha en la administracion de la justicia.