

CAPITULO V.

DE LOS ALCALDES DEL CRIMEN DE LAS AUDIENCIAS de las Indias, como, y en qué causas pueden, y deben conocer, y proceder, y de algunas cuestiones particulares que en esto se ofrecen.

* De la materia de este capítulo trata el tit. 17. lib. 2. Recop.

SUMARIO.

- 1 Los Alcaldes del Crimen conocen en apelacion de las causas criminales del distrito, y en primera instancia en los casos de Corte, y en las Ciudades donde residen, y dentro de cinco leguas.
2 En México, y Lima hay Salas del Crimen separadas, pero en las demás Audiencias los Oidores son tambien Alcaldes, y traen vara, que representa el Cetro Real.
3 En las Indias es muy precisa esta jurisdiccion criminal, y por qué.
Origen de los Alcaldes del Crimen, y cómo se llamaron entre los Romanos, ibidem.
Disimular los delitos es una clemencia sinestra, y perjudicial en tierras remotas, ibidem.
4 Ordenanzas de estos officios.
5 Tambien conocen de causas civiles en el juzgado, que se llama de Provincia.
Si conoció de la causa civil, y luego pasó á ser Oidor, no puede ser juez en la segunda instancia, ibidem.
Sino es que conoció en algun artículo, y se vé en definitiva, ibidem.
6 Si en pleyto de mayorazgo fue juez de primera instancia en el juicio posesorio, si despues siendo Oidor podrá ser juez en el juicio de propiedad, y num. 7.
8 Quando hay competencia sobre si la causa es civil, ó criminal, quiénes son los jueces que la determinan, y num. 10.
9 Cómo se conoce si la causa es civil, ó criminal.
10 Si hay competencia entre Alcaldes del Crimen, y los Ordinarios por prevencion, ó por otro motivo, quien la determina.
11 En competencia de inferiores se recurre al superior.
12 Si se han de votar en el Acuerdo, ó en Sala de Relaciones, y num. 13.
14 En estos casos solo la Audiencia conoce de

EN la misma forma que los Oidores de las Audiencias de las Indias conocen, y juzgan de las causas civiles, que en los distritos de ellas se ofrecen en grado de apelacion, y por otras vias, segun lo que dexo resuelto en los capitulos antecedentes: conocen, y juzgan los mismos en las criminales, de que para ante ellos se apela de los Alcaldes Ordinarios, Corregidores, y otras justicias. Y tambien en primera instancia en los lugares donde residen

(a) Sup. hoc. lib. cap. 3.

- la competencia, que es causa civil.
15 Los Alcaldes del crimen estan subordinados en alguna forma á los Oidores.
16 Antiguamente los Oidores entraban á suplir la falta de los Alcaldes.
17 Si por error los Oidores conocieren de alguna causa criminal, se mantiene la sentencia por no desautorizarlos.
18 Si los Alcaldes se hallan discordes, ó recusados, vá un Oidor; pero si este es recusado, no conocen los Alcaldes de la causa de la recusacion.
19 Al Virrey se le manda, que lleve á su lado á un Oidor en los actos públicos; pero no á un Alcalde.
20 Los Oidores tratan de vos á los Alcaldes en las Executorias, que les dirigen como á Jueces de Provincia.
21 Los Alcaldes conocen de los casados, que tienen sus mugeres en España.
Tambien se les encarga esto á los Fiscales, ibidem.
22 Fundamento que tiene esta resolucion.
23 La muger no es obligada á seguir al marido en los peligros del mar, pero hará prudentemente en seguirle.
24 Si se impusieren censuras para que se declararen los que estan casados en España, hay obligacion de declarar.
25 La execucion de estas causas se encarga mucho, y que no se suelten en visitas de Carcel.
26 Los Alcaldes no den faciles oidos á soplones.
27 Que junten la justicia con la clemencia.
28 Que no procedan á execucion de las penas corporales quando tienen ira, ó enojo.
29 Una cosa es castigo, y otra venganza.
Deben ser recatados en juzgar por indicios, y presunciones, porque no padezca el inocente, ibidem.
30 Y en todas las dichas Chancillerias usan, y exercen promiscua, y simultaneamente ambas jurisdicciones, exceptas las de México, y Lima, en las quales hay distintas salas, y plazas de Oidores, y de Alcaldes, como ya lo dexé notado en otro capítulo (a). Y por eso á todos los Oidores de fuera de estas dos, está mandado que traygan varas, y tambien á los Al-

cal-

caldes de ellas, como se dispone en muchas cédulas, y ordenanzas de las mismas Audiencias, que se hallarán en el segundo tomo de las impresas (b), en tanto grado, que aun el mas antiguo de ellos, aunque haga officio de Presidente por muerte, ó ausencia del que lo era, no se puede escusar de traerla, y sobre ello se despachó cédula particular, en que así se le manda, y ordena el año de 1559. Cuya razon parece haver sido; que la Vara se tuvo siempre por insignia de los Magistrados, y especialmente de los criminales, y en ella se significa, y representa el Sceptro Real, de quien ellos tienen, y reciben esta jurisdiccion, como lo enseña San Geronymo, Casaneo, Pierio Valeriano, Bobadilla, y otros infinitos AA. que traen en prueba de esto muchos lugares de Escritura, y de buenas letras (c).

3 Y fue introducida santa, y prudentemente la potestad, y jurisdiccion criminal de estos Alcaldes en las Provincias de las Indias, porque siendo, como es, qualquier causa criminal mayor que qualquiera civil, ó pecuniaria, por grande que sea (d), no debieron nuestros Reyes cuidar menos de poner buenos, y escogidos Jueces para el conocimiento, y determinacion de ellas que para las civiles. Y especialmente en aquellas tan remotas, y dilatadas Provincias, á las quales pasan, y se acogen de ordinario muchos de los facinerosos de otras. Y en las quales militan urgentísimamente las tres causas, que siempre se han considerado por los que bien sienten, para que se deban castigar los delitos con todo cuidado, y severidad: conviene á saber, para pena, y escarmiento del que los comete, satisfaccion de los que por causa de ellos se hallaren damnificados, y exemplo para que otros no se atrevan á perpetrarlos. Las quales gravemente refiere Aulo Gelio (e), tomandolo de las sentencias de muchos Filósofos, y Alexandro ab Alexandro, y otros AA. que cita Juan Matienzo en su dialogo de los Relatores, y mas en nuestros términos, hablando de los Alcaldes de las Indias en su tratado manuscrito del gobierno del Perú (f), y yo junté mucho en el mio de Parricidio, diciendo el origen que tuvieron estos Alcaldes del Crimen entre los Romanos, y por qué los llamaron Questores patricii (g). Y ahora añado un copioso lugar de Juan Filescaco (h), que con Seneca, y otros prueba, que es siniestra clemencia disimular con los hombres facinerosos, ó como lo dice una ley del Código de Justiniano (i), aumentar delitos con perdonarlos. Y otra del Teodosiano (k), en que gravemente expresan los

Emperadores lo mucho que importa, que en las Provincias remotas del calor, y autoridad de su presencia, haya aventajados, vigilantes, y severos Alcaldes, Questores, ó Defensores que asistan de ordinario á la pública disciplina, y no consentan que crezcan los excesos con la impunidad.

4 El qual texto parece tuvieron delante de los ojos nuestros Reyes quando erigieron estos Alcaldes, y que le trasladaron quando les dieron leyes, y ordenanzas para su officio, como se podrá ver por las que se recopilaron en el tomo segundo (l); que en casi todo convienen con las del Reydo de Castilla. en el título De los Alcaldes del Crimen de las Chancillerias de Valladolid, y Granada (m), y por otras cédulas del año de 1568. y 1573.

5 Y por una de las ordenanzas de las Audiencias del año de 1563. se dispone, como estos mismos Alcaldes en las Ciudades, en que residen, deben tambien conocer, y juzgar de causas civiles en el Tribunal, que vulgarmente llamamos de Provincia. De que tambien hay título particular en la Recopilacion de Castilla (n). Y en nuestros términos de las Indias lo toca el Doctor Carrasco (o), advirtiendo bien, que si de las sentencias que pronunció qualquiera de estos Oidores, que tambien son Alcaldes, como Jueces de Provincia, se apelare para la Audiencia, no podrá en ella conocer como Oidor con los demás compañeros, porque vá apelado de él como de inferior, y así se ha de abstener, porque de otra suerte se viniera á apelar de él mismo para sí mismo, contra las leyes que lo prohiben (p). Pero como el dicho Autor añade no se engendrará este impedimento, si solo conoció en aquella causa en algunos artículos interlocutorios, despues la sentenció otro Alcalde en definitiva, y de esta sentencia es de la que se apela, y así lo vi practicar siempre.

6 Y solo me hallé dudoso en Lima en un negocio grave; que allí se ofreció entre dos hijos del Secretario Alvaro Ruiz de Navamuel de los Rios, que pleyteaba sobre un mayorazgo, y habiendo un Alcalde pronunciado sentencia en él, como Juez de Provincia en lo posesorio, le hicieron despues Oidor, estando ya introducido el mismo pleyto en la Audiencia de Oidores sobre la propiedad, y se puso en question, si se debía abstener de conocer en él, ó si podia ser recusado, como con efecto le recusó la parte por la razon referida. Y por mayor numero de votos salió declarado, que ni debía abstenerse, ni podia recusarse por esta causa, por decir, que es distinta la de la

(b) Sched. & Ordin. 2. tom. pag. 3. & 4. * l. 26. tit. 19. lib. 2. Recop.
(c) D. Hieron. Pratom. 109. Casan. in Catal. 1. part. Cons. 83. concl. 6. Pier. in Hierogly. l. 41. fol. 305. Bobad. in polit. lib. 3. cap. 21. & plurimi alii apud Me 2. tom. lib. 4. c. 5. n. 3.
(d) L. & servorum. D. de penis, l. fin. C. de ord. cogn. laté Menoch. cas. 464. Farin. Valenz. & alii apud Me d. 6. 5. n. 5.
(e) Aul. Gel. 6. Not. Attic. cap. 14.
(f) Alex. 3. gen. c. 5. ubi laté Tiraq. Matienz. in dial. Relat. 3. part. c. 65. & 66. & de mod. Perú, 2. p. c. 23.

(g) Ego in diál. tract. lib. 1. c. 1. & 2.
(h) Filescac. 2. seléct. tit. Regia Majestas, c. 13. p. 264.
(i) L. Si apparitor. C. de cohortal.
(k) L. 3. tit. 10. lib. 1. C. Theod. * Da los motivos de esto la L. 1. tit. 17. lib. 2. Recop.
(l) Sched. d. 2. tom. pag. 73. * tit. 17. lib. 2.
(m) Tit. 7. lib. 2. Recop. Castella.
(n) Tit. 8. lib. 2. Recop. Castella.
(o) Carrasc. ad leg. Recop. c. 9. n. 195. * L. 1. tit. 17. lib. 2. Recop.
(p) L. cor junctá glos. C. de appell. l. Prator. D. de jurisd. laté Scacia, de appell. q. 8.

posesion, y la de la propiedad, como lo enseña el derecho (q). Y que antes en él se pretende, que ambos juicios, si fuere posible, pasen ante un mismo Juez (r).

7 Pero Yo senti lo contrario, porque quando el posesorio tiene mezclada, y embébeda en sí la causa de la propiedad, como aconteció en este caso; virtualmente ambas se juzgan, y reputan por una misma. Y no se puede dudar, que aunque en la primera instancia hubiesen sido diversos Alcaldes los que conocieron; y pronunciaron en estos dos juicios, haya dexado de manifestar su voto, y sentencia aquel que pronunció en el de la posesion, y que la parte pueda tener justo recelo de que ha de seguir el mismo en el de la propiedad, en que ahora viene á introducirse en grado de apelacion. Y aunque á los Jueces superiores no les impide que juzguen en la revista el haver declarado sus votos en la sentencia de vista, en los que juzgaron como inferiores, corre diversa razon (s). Y así tuve por mas seguro, que este de que tratamos, se abstuviese de conocer por apelacion en el petitorio; habiendo juzgado, siendo inferior en el posesorio, en cuyo vientre se contiene el petitorio, como en un caso muy semejante al nuestro lo dixo, y juzgó la Rota, que refiere Lancelotó, trayendo otros muchos AA. (t) y fuera de ellos Menoquío, Molina, Graciano, Cabedo, y Cevallos, y muy en nuestros terminos Capicio, y el mismo Menoquío (u), que son dignos de verse para este proposito, y lo que en otro tengo dicho del pecado que comete el que litiga sobre la posesion, conociendo notorio el defecto de su justicia en la propiedad (x).

8 Pero volviendo á coger la hebra de lo concerniente á nuestros Alcaldes del Crimen, quando entre ellos, y los Oidores en Lima, y México; donde son distintos, se ofrece competencia sobre si alguna causa es civil, ó criminal, está dispuesto por leyes recopiladas de Castilla; y por cédulas despachadas para las Indias los años de 1571. y de 1582. (y) que el Oidor, y Alcalde mas antiguo se junten con el Virrey, y conferida entre ellos la diferencia, se estén por lo que resolviere la mayor parte.

Ram. Val. Está recopilada en la l. 3. tit. 9. lib. 5. donde se previene, que si no hubiere Virrey, entre en su lugar el Oidor mas antiguo, y que la causa se prosiga en el estado que se hallare, y que los Jueces determinen sobre los derechos del Escrivano, y á qual pertenecen; pero no previene que sea el Alcalde mas antiguo, y lo que dos determinan se executa

* Esto mismo se hace si compite simul con Oidores, y Alcaldes el Consulado de Lima, ó México, l. 4. tit. 9. lib. 5. Recop.

* Si la competencia fuere entre Alcaldes, y Consulados, la decide el Virrey, ó Presidente, d. l. 4. tit. 9. lib. 5. Recop. *

9 Para cuyo acierto, y saber quando una causa es civil, ó criminal, se suelen dar muchas reglas; pero casi todas se reducen á una. Y es, que si el negocio parece de calidad, que por la culpa que de él resulta, pueda ser condenado el reo en pena corporal, se tendría sin duda alguna por criminal, como aun nos lo enseñan nuestras leyes de las Partidas (z). Pero si parece que la pena ha de venir á ser pecuniaria, entonces se ha de mirar, si esta tal pena se ha de aplicar al Fisco, ó á la parte; porque en el primer caso se tendrá por criminal, y en el segundo por civil. Si ya no es que esta pena, ó interés pecuniario que se aplica á la parte venga en consecuencia de otra pena corporal, ó pecuniaria, que se aplique al Fisco. Porque entonces totalmente será reputada por criminal; como despues de Bartolo lo resuelven muchos Doctores, que juntan Julio Claro, Menoquío, Farinacio, y Tiberio Deciano (a), poniendo reglas muy magistrales en esta materia, y descendiendo á tratar, si la pena del destierro debe ser tenida por criminal.

10 Pero si la competencia de jurisdiccion no fuere entre Alcaldes, y Oidores, sino entre los Alcaldes con las Justicias Ordinarias inferiores, sobre materias civiles, ó tambien sobre las criminales, por la duda de la prevencion, ó por otra razon; en tal caso en la Audiencia de México está ordenado, y practicado, que solo el Virrey componga, y determine estas causas, como le pareciere, segun consta de una cédula dada en Madrid á 23. de Junio del año de 1571. (b) á que por ventura dieron ocasion los escandalos, disturbios, y otros inconvenientes que allí se solian ofrecer en tales negocios, y competencias, como la misma cédula lo declara, la qual no se guarda en Lima, sino otra algo mas antigua, dada en Madrid á 19. de Diciembre del año de 1568. (c) que aun en México havia cometido la determinacion de ellas á la Real Audiencia.

Ram. Val. De estas cédulas se recopiló la Ley 5. tit. 9. lib. 5. en que se determina, que en Lima, y México decida estas competencias el Virrey, y en las demás Audiencias el Presidente, ó el Oidor mas antiguo en vacantes.

Y

(q) L. naturaliter, §. nihil commune, D. de acq. posses. l. nulli, C. de judic. d. c. 1. de caus. pos.

(r) Dict. c. 1. de caus. pos. l. 1. D. de quibus reb. ad eund. jud. eatur cum aliis.

(s) Dict. l. eos cum similibus.

(t) Rot. apud Lancel. de arbit. 2. p. cap. 4. limit. 2. num. 17. & 18.

(u) Menoch. de arbit. cas. 371. n. ult. Molin. de primogen. lib. 3. c. 13. ex n. 20. Gratian. reg. 6. n. 3. Cabed. decr. Lusitan. 9. part. 2. Zevall. q. 334. plures alii apud Me d. c. 5. num. 15. & omnino videndi. Capic. decr. 149. & 176. & Menoch. de arbit. cas. 111.

(x) Ego supr. lib. 3. cap. 31.

(y) L. 20. tit. 5. in fine, lib. 2. Recop. Castell. Sched. Ind. tom. 2. pag. 90. & 93.

(z) L. 9. §. 24. tit. 4. part. 3. glos. 1. l. 9. tit. 16. eadem p.

(a) Bart. & Doct. per text. & glos. in l. 3. ff. de sepul. violato, & plures alii apud Jul. Clar. & Bajaz. q. 1. Menoch. 1. de arbit. q. 82. & casu 265. Farinac. 1. crimin. q. 19. d. n. 33. & 3. tom. q. 100. & seqq. Decian. resp. 32. d. n. 68. Zevall. q. 897. d. n. 718. Bobad. lib. 5. c. 1. n. 120. & seqq. Parlad. differ. 138. d. n. 1. & Me d. c. 3. n. 16.

(b) Extat. d. 2. tom. pag. 93.

(c) Extat. eod. tom. pag. 93.

* Y porque algunos Jueces, pendiente la competencia, innovan, se declaró que el que así innovase pierda el derecho, y pase el negocio al otro Juez. L. 8. tit. 9. lib. 5. Recop. *

11 Y eso es lo que parecé que piden las reglas ordinarias del derecho, las quales nos enseñan, que en haviendo dificultad, ó competencia alguna de jurisdiccion entre Jueces de Tribunales inferiores, se ha de ocurrir al superior para que la determine (d). Y en este caso el superior es la Real Audiencia, y Chancillería, la qual, en todo lo que concierne á la administracion de justicia, representa la Real Persona, como lo dexo dicho en el capitulo tercero de este libro.

12 Esta práctica se ha guardado, y guarda siempre en la Audiencia de Lima, y nunca vij que sobre ella se moviese dificultad, mas de quanto una vez pretendieron los Alcaldes del Crimen que estas competencias, ó diferencias no se havian de vér, y determinan en sola la Sala de Oidores que llaman de Relaciones, sino llevarse al Acuerdo, y verse, y votarse allí por todos los Oidores, juntamente con el Virrey, que es su Presidente. Fundandose, en que la cédula que dexo citada del año de 1568. comete este conocimiento á Presidente, y Oidores, el qual decian ser extraordinario: porque á no se le haver dado esta cédula, no le pudieran tener, ni tuvieran en causas algunas que tocaran á la jurisdiccion de los Alcaldes del Crimen, como lo dispone una ley Real de la nueva Recopilacion (e).

13 Pero sin embargo de esto se decidió lo contrario, así por el antiguo estilo que havia en aquella Audiencia de llevar, y despachar estas causas en Sala de Relaciones; del qual no debemos apartarnos sin gran fundamento, segun lo dice, y prueba latamente D. Christoval de Paz (f), como tambien, porque en el tiempo que se despachó aquella cédula no havia en Lima mas de una sola Sala de Oidores, y á esa dió aquella jurisdiccion; y quando aun huviera mas, sabido, y vulgar es que lo que por qualquiera de ellas se despacha, siempre indefinidamente se dice, despacharse; y determinarse por Presidente, y Oidores: porque en cada una en hábito, y potencia reside la jurisdiccion de toda la Audiencia, para que en acto decida; y expida todos, y qualesquier negocios que por tiempo á la tal Sala tocaren; y vintieren por relacion, ó en otra manera, como en semejante caso lo dixeron magistralmente Bartolo, Platea, y Lucas de Pena en ar. Tom. II.

(d) Doct. maxime Jas. n. 27. in l. 2. ff. si quis in ius vocatur, Aceved. in l. 4. tit. 1. lib. 4. Recop. cum aliis apud Sylvam in suo pretorio Competensiar. n. 3. & seqq. qui bene tractat. quis preveniatur dicatur, & Tusch. omnino videndus, verb. Prevencio, concl. 647.

(e) L. 20. tit. 5. lib. 2. Recop. Cast.

(f) Paz in proemio ad leges sylli. Burg. de Paz in primam. l. Taur. n. 226. & seqq. & alii plures ap. Me 1. tom. de Ind. jur. lib. 3. c. 1. & 2.

(g) L. unica, C. de Metropol. Beryt. lib. 11. ubi

gumento de una buena Ley del Volumen (g).

14 Finalmente, porque aun quando esto faltara no se quita en el estilo que se ha referido cosa alguna de la autoridad, y jurisdiccion de los Alcaldes del Crimen; ni se contraviene á la ley de la Recopilacion: pues aquí la Audiencia no conoce de causa criminal, ni altera, ó revoca los autos, ó sentencias dadas en ellas por los Alcaldes, sino solo conoce, y decide el punto de la competencia de jurisdiccion, que totalmente es civil, y de que los mismos Alcaldes no pudleron conocer, por ser, como son, partes formales luego que llega á formarse esta competencia (h).

15 Demás de que no es nuevo que los Oidores tengan alguna mayoría, ó superioridad en los Alcaldes del Crimen de sus mismas Audiencias, pues vemos que en muchas cosas les están subordinados. Porque una ley de la Recopilacion (i) dispone: Que los Oidores puedan mandar, y manden á los Alcaldes del Crimen que rondan de noche por las calles, quando pareciere que conviene. Y en las ordenanzas de las Chancillerías de Valladolid, y Granada, aun se decide mas generalmente: Que les manden, que hagan justicia.

16 Y en otra Ley Recopilada (k), se refiere que antiguamente, en defecto de los Alcaldes, uno de los Oidores, el que la Audiencia nombraba, entraba á suplir por ellos. Y aunque manda que de allí adelante este nombramiento no sea electivo, sino por turno, ó tanda, y vicisitudinario entre los mismos Oidores, todavia no se puede negar que es de ellos, y que le deben recibir de su mano de los mismos Oidores; á los quales la misma ley encargá que hagan observar esto, y otras cosas que en ella se ordenan.

17 Hay tambien rastros de esta superioridad en otra (l) que dice, que si inadvertidamente, ó por descuido, ó malicia del Escrivano de Cámara, los Oidores conocieren, y determinaren alguna causa, que despues se eche de vér que era criminal, se sustente la sentencia por no ir contra su autoridad.

18 Y en otras, en que se ordena (m), que los Alcaldes del Crimen pidan se les embie por Juez alguno de los Oidores en los casos en que ellos se hallaren discordes, ó recusados. Siendo así; que si el Oidor que suple por turno la falta de Alcalde fuere recusado en aquel ministerio, no han de conöder de su recusacion, y causas de ella los Alcaldes, sino el Acuerdo de Presidente, y Oidores, como en otra ley se declara (n).

Pp

Y

Bart. Plat. Penna. & alii, & resigi. supr. hoc lib. c. 3.

(h) L. unic. C. ut nemo in sua causa, cum aliis.

(i) L. 66. d. tit. 5. lib. 2. Recop. Cast. * L. 113. tit.

15. y l. 30. tit. 16. lib. 2. Recop. *

(k) L. 49. d. tit. 5. lib. 2. Recop. Castell.

(l) D. l. 20. d. tit. 5. lib. 2. Recop. Cast. vers. Y mandamos.

(m) L. 1. & 8. tit. 10. lib. 2. Recop. Cast.

(n) L. 8. tit. 7. lib. 2. Recop. Cast.

19 Y no son para olvidar las cédulas, de que hice mención en el capítulo tercero de este libro, que mandando á el Virrey que llame, y lleve á su lado al Oidor mas antiguo que con él concurriré en qualquier acto público, expresamente declaran, despues de muchas consultas, y madura deliberacion, que este honor no se ha de dár á los Alcaldes, aunque por su parte se hicieron sobre este punto apretadas instancias.

20 Y hay otra carta de 27. de Febrero del año de 1611. escrita á la Real Audiencia de Lima, por la qual consta, que los Alcaldes sentian mucho, y dieron quexa en el Supremo Consejo de las Indias, que los Oidores los llamasen de vos en los mandamientos, y executorias que les dirigian en las causas civiles, como á Jueces de Provincia. Y sin embargo se aprobó este estilo, y se mandó continuar en lo de adelante, dando por razon: *Que es por hablar de Tribunal superior á Juez inferior, sin que se atienda á las personas que usan los officios, sino al officio que se exerce.*

21 Pero pasando ahora á otros puntos, y dexando muchas qüestiones de esta materia, que pueden ser comunes á las Audiencias de España, lo que en las de las Indias tienen encargado muy en particular á los Alcaldes del Crimen de ellas, y privadamente á los Oidores de sus mismas Audiencias, es, que busquen, y pesquisen con gran cuidado, y diligencia los hombres casados, que habiendo dexado en España á sus mugeres, pasaron, y se deficién en aquellas Provincias, y les compelan á que vuelvan á hacer vida maridable con ellas. De que tratan las muchas cédulas que se podrán vér en el primer tomo de las impresas (o). Y otra de el año de 1571. en el segundo (p), que manda, que las pasadas se executen por los Alcaldes del Crimen, aunque hablen con Presidente, y Oidores, y tambien se encarga á los Fiscales que hagan sobre esto mismo los pedimentos que convengan por otra cédula del año de 1572. (q).

22 Este cuidado, y mandato es muy antiguo en las Provincias de las Indias, como consta de lo que refiere Antonio de Herrera (r), y dél hizo un entero, y largo capítulo Juan Matienzo (s), poniendo, y formando á su modo ciertas leyes, y ordenanzas con que le pareció que esto podría tener mas cómoda execucion. Y fundase en lo mucho que conviene que los casados hagan vida maridable, pues el matrimonio toma de hái lo mas de su definicion, y de que no puedan apartarse, ni privarse volun-

tariamente de su cohabitacion, y comunicacion, como consta de muchos Textos, y doctrinas Santos, y profanos Autores, que en prueba de ello juntan Tiraquelo, Covarrubias, y Tomás Sanchez (t).

23 Y en los mismos terminos, de los que quieren pasar, y navegar á las Indias, lo tratan Fr. Juan Bautista, y Fernando Zurita (u). El qual concluye por doctrina de Santo Tomás, que hace mal la muger, que importandole al marido pasar á las Indias, y queriendo llevar consigo en tiempo oportuno, y acomodada navegacion, no le sigue. Pero que esto procede mas de consejo que de precepto: porque si ella dá en decir que teme los peligros del mar, no puede ser forzada á exponerse á ellos, ni á seguir al marido contra su voluntad (x).

24 El Padre Estevan Dávila (y), toca tambien este punto, y dice, como en dichas Provincias se suelen echar vandos, y pregones generales, para que todos vengan á declarar, y descubrir á los que supieren que residen en ellas sin sus mugeres, y resuelve, que los que los conocieren están obligados á delatarlos; y si sobre esto se pusieren censuras, incurrén en ellas si no los delatan, porque miran al bien comun.

25 A esto mismo miran otras cédulas de 1. de Junio de 1607. y de 26. de Agosto de 1618. y de 10. de Agosto de 1619. por las quales se encarga á los Virreyes del Perú que no dispensen en la execucion de las referidas, ni den plazos, y moratorias á los que estuvieren presos por casados en España, sin grave, y legitima causa. Y lo mismo se manda á los Oidores de Lima. Y que no sean faciles en soltar en las visitas de carcel á los que los Alcaldes del Crimen tuvieren presos por esta causa, por otra cédula dada en Lisboa á 7. de Octubre del año de 1619.

Ram. Val. Estas cédulas se recopilaron en el tit. 3. lib. 7. Y se nota, que aunque tenga officio de Cruzada, no por eso se excusará de ser remitido á España. L. 5. tit. 3. lib. 7. Recop. *

26 En lo que conviene que vayan con tiento los Alcaldes del Crimen en todas partes, y principalmente en estas de las Indias, es, en no dár fáciles, y crédulas orejas á soplores, y entrometidos, de que en ellas hay grande abundancia, por los daños que de lo contrario se suelen seguir, de que les advierten harto Riminaldo, Gregorio Lopez, y Bobadilla (z).

(o) Sched. 1. tom. ex pag. 415. ad 422.

(p) Sched. 2. tom. pag. 79. * L. 14. tit. 1. y l. 33. tit. 18. lib. 2. Recop. *

(q) Extrat. d. 2. tom. pag. 272. * P. Avendañ. in thes. Ind. tom. 1. tit. 4. c. 18. n. 155. *

(r) Herrer. in hist. Ind. deced. 1. pag. 208.

(s) Matienz. de mod. Reg. Perú, 2. p. c. 3.

(t) Princip. instit. de nupt. ubi DD. unaquaque 13.

q. 2. Tiraq. in lib. 1. conn. glos. 1. p. 1. n. 39. Covarrub. de sponsal. 2. p. c. 7. n. 5. Martín Delr. in adag. sacris, 1. tom. pag. 184. Thom. Sanchez, de matrim. lib. 1. disp. 41. d. n. 1.

(u) Bapt. in advert. Confes. 1. p. in tabula, verb. Matrimonium. Zurit. in quest. Ind. q. 38.

(x) De periculis navig. vide laté Ego 1. tom. lib. 1.

c. 16. ex n. 17. * P. Avendañ. in thes. Ind. tom. 1.

tit. 4. cap. 18. n. 155.

(y) Davil. de Censur. 2. p. c. 5. disp. 4. vers. Undecl-

ma conclusio, pag. 76.

(z) Rimin. Jun. conz. 303. numer. 18. lib. 3.

Gregor. Lop. in l. 2. tit. 13. part. 2. verb. Ningun mal. Bobad. lib. 2. cap. 13. num. 61. & lib.

5. c. 1. n. 75.

27 Y en juntar quando huvieren de sentenciar las causas criminales la justicia con la misericordia, y procurar siempre que se conozca que no tienen odio, ni rencor alguno con los delinquentes, sino con los delitos, de que hallarán muy buenos documentos en el mismo Bobadilla, y en otros Autores (a). Y no es malo el de Julio Cesar, que solia decir que era miserabilísimo baculo, ó instrumento para la vejez la memoria de la crueldad.

28 Y sobre todo deben procurar no proceder á execucion de penas corporales arrebatadamente, ni quando se sintieren señoreados de alguna ira, ó enojo, aunque parezca que ese les procede del zelo de la razon, y justicia, ó gravedad del delito, y sus circunstancias: porque como dice bien Caton en sus distichos (b), la ira suele impedir el conocimiento de la verdad; y Seneca (c) enseña, que está cerca de mostrar que gusta mucho del castigo quien le apresura, y de castigar iniquamente, quien mucho.

29 Cerca de lo qual encarece grandemente la singular clemencia de las leyes de los Romanos Tertuliano (d), que es digno de verse para este intento, y tambien Pedro Andrés Canohnerio (e), que junta mucho para cómo

se han de haber en irrogar, ó imponer, y executar las penas capitales. Y Clemente Alexandrino (f) que distingue singularmente, qué cosa es castigo, y en qué se diferencia de la venganza. Lo qual con peligro de sus cabezas han experimentado estos días dos Alcaldes Mayores de Malaga, y Salamanca. Y para quan recatados deben ser en juzgar por indicios, y presunciones, y raros exemplos que han sucedido en descubrirse la inocencia de algunos, que por ellos fueron tenidos por reos manifiestos, y condenados, es lugar excelente el de Bernardo Argenteo, y la decision de Josef Sesé (g), dexando otros que tratan de la misma materia.

30 Ram. Valens. Los Españoles, no porque lo son se eximen de las penas de la ley. P. Avend. in thes. Ind. tom. 1. titulo 4. cap. 18. á num. 152.

31 * Aunque la persona vil es castigada mas severamente, donde la ley no distingue, debe ser igual. P. Avend. ibid. n. 153.

32 * Los descendientes de Conquistadores, quando deben ser castigados con misericordia. P. Avend. ibid. n. 154.

33 * De la obligacion que tienen á rondar de noche. P. Avend. all. n. 162.

CAPITULO VI.

DEL LOS FISCALES DE LAS MISMAS AUDIENCIAS, de su officio, y dignidad, y qüestiones particulares que á esto conciernen.

* De la materia de este capítulo trata el tit. 18. lib. 2. Recop. *

SUMARIO.

- 1 **A**l principio el Oidor menos antiguo hacia officio de Fiscal.
- 2 En quanto defiende la Real Hacienda tiene un nombre, y en quanto assiste á los pleitos Fiscales tiene otro.
- 3 Autores que tratan de los Fiscales.
- 4 Son Procuradores generales, y por qué, ibid.
- 5 No deben procurar ganar los pleytos sin justicia.
- 6 El Secretario de la Inquisicion precede al Fiscal.
- 7 En el Consejo de Italia se intentó lo mismo, y no se consiguió.
- 8 El interino si goza de la misma prebeminencia, y n. 9.
- 9 Cédulas en contrario, y por qué.
- 10 Se deben hallar en los Acuerdos.
- 11 Y si no se halla presente al tiempo de votar, si será nula la sentencia.
- 12 Refierese un caso, en que fué apartado el Fisco.
- 13 En el nombre generico de Presidente, y Oidores se comprehende el Fiscal.
- 14 Lo que se prohibe á los Oidores, se prohibe á los Fiscales.
- 15 Todos representan inmediatamente la Real Persona, ibid.
- 16 Si el Fiscal puede ser recusado, y n. 16.
- 17 El Rey, ó el Virrey, ó Presidente puede man-

(a) Bobad. lib. 2. cap. 3. & 4. Aldret. de relig. disp. p. 2. Marlian. in thes. polit. cap. 5. per totum, optime Bald. in l. si fugitivi, C. de sero. fugit. & cons. 443. vol. 3. ubi inquit. Quod pietas magis debeat iudicem commovere ad misericordiam, quam ad rigorem.

(b) Cat. in distich. lib.

(c) Senec. lib. 1. de clem. cap. 9.

(d) Tertulian. in cap. 1. & 2.

(e) Canohner. in Aphor. politic. tom. 1. pag. 273.

(f) Clem. Alex. pag. mibi 154. & 743.

(g) Argentr. ad consuetud. Britan. ex pag. 155. Sec. decist. Arag. 111. tom. 1. per tot.

- mandar al Fiscal que se abstenga en alguna causa, por convenir así al servicio de su Magestad.
- Tambien puede ser recusado, si antes havia sido Abogado de la parte, contra quien ha de litigar el Fisco, *ibidem*.
- Si fuere Fiscal contra algun reo, y despues le hicieron Juez, puede ser recusado por esta causa, *ibid*.
- 18 Si le recusan, porque es muy aspero, no es causa justa.
- Si le recusan, porque es enemigo del reo, ú del litigante, se debe atender qué calidad de enemistad es, *ibid*.
- 19 Entran en estos pleytos involuntariamente, y así se excusan de pena, si no prueban.
- 20 Si la enemistad fuere capital, y huviere amenazado con enojo con los pleytos Fiscales, ó huviere mostrado su pasión en otra forma, podrá ser recusado.
- 21 No debe farar de calumnia, ni ser condenado en costas.
- 22 Trae á su Tribunal las causas Fiscales.
- 23 En el Tribunal Eclesiástico assiste el Agente-Fiscal, y lleva las peticiones rubricadas del Fiscal.
- Immunities frias son recurso de los Reos en delitos graves, *ibid*.
- Remedio que el Pontífice ha puesto, allí mismo.
- El Agente-Fiscal assiste á los negocios Fiscales en el Consejo, y cómo, allí mismo.
- 24 De los Agentes Fiscales, remissive.
- 25 Se les prohibe abogar por personas particulares.
- Y el regentar Cátedras, *ibidem*.
- 26 Se refiere un caso contrario.
- 27 Son obligados á defender á los Indios, y se les dá el título de Protectores, y qué será si litigare contra Indios, ó fuere entre Indios, allí mismo.
- 28 Deben defender á las personas miserables.
- 29 Aunque hay Abogados de Pobres en todas las Audiencias.
- 30 Aunque haya Protector de Indios, tambien los defiende el Fiscal.

1 **E** Regidas, y ordenadas en el modo que se ha dicho las Audiencias de las Indias, pareció tambien poner en ellas, á imitacion de las de España, Procuradores, ó Abogados Fiscales particulares que defendiesen el derecho, y hacienda Real. Porque al principio no se nombraron, sino uno de los Oidores suplia por ellos, y exercia este oficio, como consta de sus erecciones, y de algunas cédulas antiguas. Y en las Audiencias de Mexico, y Lima, como se crearon distintas Plazas, y Salas para Oidores, y para Alcaldes del Crimen, como ya lo he dicho, se nombraron tambien dos Fiscales, que el uno se llama de lo Civil, y el otro de lo Criminal. Si bien este debe intervenir con el otro en las causas arduas, y opta su lugar, siempre que vaca, y qual-

(a) Tit. 13. lib. 2. Recop. Castell.

- 31 Deben seguir los justos derechos del Fisco.
- 32 Quando, y cómo deben reconcer la buena fé, y darse por vencidos, *ibidem*.
- Si puede seguir opinion probable en negocios que tocan á Regalías, *ibidem*.
- 33 * Si el derecho del Rey es mas probable, y la contraria es mas verdadera, qual seguirá.
- 34 * Quando estará obligado á la restitucion al Rey por su negligencia, ó impericia.
- 35 * No debe vender el oficio de Agente-Fiscal, ni hacer con él convenio sobre los emolumentos.
- 36 * Están obligados á promover las cosas que tocan al aumento de la Religion.
- 37 * Se pueden ausentar por justa causa, y breve tiempo.
- 38 * Se le deben entregar todos los papeles que pidiere.
- 39 * Deben salir á las causas de gobierno, y quando.
- 40 * Y á las de Oficiales Reales, Contadores de Cuentas, y Fieles executores.
- 41 * Se deben hallar en las almonedas de Real hacienda.
- 42 * Deben pedir las confirmaciones á los Compradores de oficios.
- 43 * Quando los Obispos reservan en sí las absoluciones de los Ministros, qué remedio tendrá el Fiscal.
- 44 * Si recusan, prueban, y depositan como particulares.
- 45 * En los casos graves dán cuenta al Virrey, y si no basta al Rey.
- 46 * Si el Fiscal huviere de hacer fianza en las Indias donde no hay Real Audiencia, se encarga al Factor Oficial Real.
- 47 * No pueden ser Asesores del Santo Oficio, pero sí Consultores.
- 48 * No pagan costas, aunque pierdan los pleytos, ni las partes las deben pagar por ellos.
- 49 * Puede tomar de los Indios algunas cosas comestibles, quando las ofrecen, porque sienten mucho que no las tomen.

quiera de ellos que quede solo ha de servir en interin ambas plazas. Segun que todo esto, y otras cosas que á estos oficios conciernen se hallan mas latamente dispuestas, y explicadas en el título de la Recopilacion de Castilla (a): De los Procuradores Fiscales del Consejo, y Audiencias. Y de nuestro derecho municipal de las Indias en las ordenanzas de sus Audiencias del año de 1563. título de los Fiscales, y en el segundo tomo de las cédulas impresas, y en el Sumario de las leyes, que de ellas vamos sacando, y recopilando (b). * *Et tit. 18. lib. 2. Recop.* porque no se guardó el orden del sumario. *

2 Este oficio de Fiscal, en quanto contiene la defensa de la hacienda Real, y la atencion de cómo se administra, y reparte, segun que

(b) Sched. rom. 2. pag. 261. & seqq. Summ. lib. 2. tit. 19.

que se le encarga en dichas cédulas, y ordenanzas, y en una ley de la Recopilacion, le podemos tener, y juzgar por semejante del que exercian en tiempo de los Romanos aquellos Ministros, ó Magistrados, que por ellos eran llamados *Procuradore Casaris, ó Rationales*, de que hai títulos particulares en el derecho (c). Pero en quanto exerce, y debe tomar en si la abogacia, y patrocinio de las causas, y pleytos que activa, ó pasivamente tocan al Fisco, que es en lo que principalmente consiste su cargo, y ministerio, como lo dicen las dichas leyes, y cédulas, se pueden mas propriamente equiparar á los Abogados del Fisco, los quales se dice, que quando primero los instituyó en Roma fue el Emperador Adriano, como lo refiere Esparciano en su vida, y de ellos tambien hay títulos, y leyes particulares en el derecho comun (d). Y no lo olvidó el de nuestras Partidas, diciendo: *Patronus Fisci, tanto quiere decir en romance, como ome que es puesto para razonar, é defender en juicio todas las cosas, y los derechos que pertenecen á la Camara del Rey.* *

3 Y fuera de Doctores Ordinarios, que de ellos tratan, son muchos los que han hecho especial mencion, y tratados de estos oficios, que latamente refieren Casanco (e), Peregrino, Brisonio, Pedro Gregorio, Lanceloto, Conrado, y Don Francisco de Alfaro, y Pedro Belino, el qual los llama *mal necesario*. Como dando á entender, que ni el Príncipe, ni toda la República puede pasar sin ellos. A que alude Antonio Fabro (f), quando induce de estos principios que el Procurador Fiscal es, y se puede llamar con razon *Procurador general*: porque, aunque lo es de solo el Príncipe, cuida, ó debe cuidar de todas las cosas que pertenecen á la utilidad dél, y á la de la República, y en estas están comprendidas, ó embebidas las de los particulares.

4 Y son muy notables, y dignas de leerse las varias, ó fórmulas de Casiodoro (g), en que trata de estos oficios, y sus obligaciones, y entre otras cosas les aconseja, que no piensen que por defender al Príncipe le hacen servicio en procurar vencer los pleytos: que le tocaren, con su potencia: porque para él no havrá cosa mas gustosa, y loable de que le pierda quando no tuviere justicia. Palabras, en que imitó las de Plinio Junior (h), tan repetidas, y celebradas, y las de algunos

textos (i), en que los Emperadores profesan, que quieren en esta parte igualarse con sus vasallos. Y uno hay tan apretado (k), que ordena, que el Fiscal, ó qualquier otro Juez que injuriosa, ó calumniosamente, con color, y pretexto del Fisco, hiciere robos, ó daños á los particulares, sea quemado vivo.

5 Pero no consintiendo que nuestra pluma estienda mucho el vuelo en lo que no se ajustare á los Fiscales de nuestras Indias, advierto que la necesidad, y dignidad del cargo que exercen ha resultado el estár mandado por las cédulas de ellas, que se les guarde, así en el salario, como en las demás cosas, el mismo honor casi que á los Oidores. Y así les mandan traer Garnacha, y sentarse con ellos en el Tribunal al lado del mas moderno: las que dexé citadas en el capítulo 4. de este libro, y en nuestros términos lo observó tambien Don Francisco de Alfaro (l), las quales se conforman en esto con la misma costumbre que se guarda en los Consejos, y Audiencias de España, Francia, Italia, de que testifican Juan García, Casanco, Rebufo, Surgento, Jason, y otros muchos que refiere Mastrillo, (m) donde él, y los que cita, juntan otras muchas cosas tocantes á las honras, y preeminencias de que gozan; y que se les debe el título de *Clarísimos*, como á los Senadores, ó Consejeros, y que son como sus hermanos, y compañeros. Y que en Francia hacen juntamente oficio de Jueces en todos los negocios que no tocan al Fisco. Por lo qual vino á poner en question Eguinario Baron (n), si los debemos llamar Fiscales, Jueces, ó Litigantes. Y así tambien en nuestras Indias les está concedido este poder de juzgar en todos los negocios que se remitiesen en discordia de voros, ó en que no huviere numero bastante de Oidores, como no toquen al Fisco, segun parece por una cédula dada en Madrid á 20. de Noviembre de el año de 1578. (o) * *Recopilada en la Ley 97. tit. 15. y l. 45. tit. 18. lib. 2. Recop.* donde se manda que no lleven Asesorias. *

6 De todo lo dicho en primer lugar saco la ilustracion, y razon de otras cédulas que están en el primer tomo de las impresas (p), y de una de las ordenanzas de los Tribunales, y Contadurias mayores de Cuentas de las Indias, las quales dán á los Fiscales en lugar, y asien-

(c) Tit. ff. de offic. Procur. Cas. & Ration.
 (d) Tit. C. de advoc. Fisc. l. nemo, C. de advoc. diver. jud.
 (e) Oros. in Rubr. de offic. Proc. Cas. Casan. in Catal. 7. p. cons. 33. Peregr. de jur. fisc. lib. 11. Bris. 3. select. c. 18. & seq. Petr. Greg. lib. 49. Synt. c. 47. Conrad. in temp. jud. lib. 1. cap. 18. Alf. de offic. Fiscal. glos. 9. n. 30. & seqq. & innum. alij ap. Me 2. tom. lib. 4. c. 6. n. 2. Bellin. de re milit. 1. p. tit. 23.
 (f) Faber. in Cod. lib. 1. tit. 21. diffin. 49. n. 7. Valenz. cons. 100. ex n. 101.
 (g) Casiod. 6. var. epist. 8. & 9. & lib. 1. epist. 19. & 22.
 (h) Plin. Jun. in Panegy. ad Trajan. & in epist. 112. ad eund. vide simile dictum Phil. 11. ap. Larream. infra citandum.
 (i) L. non dubito, ff. de jure fisc. juncta expo. Covar.

rub. 1. var. c. 16. l. ult. C. de appell. in Theodos. l. C. de Advoc. Fiscal. eod. lib. * P. Avend. in thes. Ind. tom. 1. tit. 4. c. 19. n. 164. *
 (k) L. universi 9. C. ubi causa Fiscalis, vide Zipæum de Magistr. lib. 3. c. 23. n. 40.
 (l) Alf. ubi supr. glos. 31. n. 6. * L. 2. tit. 18. lib. 2. Recop. *
 (m) Mastrill. de Magistr. lib. 5. c. 9. n. 125. & lib. 6. c. 4. n. 7. & seqq. & decis. 214. & plenius ceteris Ego, dict. cap. 6. num. 6. & 7. quem omnino vidend. & Larr. ubi infra.
 (n) Eguinar. Baro. in d. tit. de offic. Proc. Cas. in commentar. de jure Gallice.
 (o) Extat. d. 2. tom. pag. 262.
 (p) Sched. 1. tom. pag. 263. & 267. * L. 2. y l. 22. tit. 18. lib. 2. Recop. *

asiento la misma precedencia que á los Oidores, y Alcaldes del Crimen, respecto de cualesquier hombres particulares de su distrito, y tambien de los Secretarios, Alguaciles mayores, Oficiales Reales, y Contadores de las Contradurias mayores de la hacienda Real, como asimismo vemos que la tienen en los Consejos, y Chancillerías de España, en que los Fiscales preceden á todos los demás Ministros, excepto en el Consejo de la Suprema Inquisición, donde el Secretario precede al Fiscal. * *L. 2. tit. 18. lib. 2. Recop. **

7. A cuyo exemplo, ahora de proximo pretendieron lo mismo los Secretarios del Supremo Consejo de Italia contra el Fiscal, que de nuevo se creó en él, llamado D. Juan Ruiz de Laguna; pero no salieron con ello. Y él se defendió bien, escribiendo, é imprimiendo doctas alegaciones en derecho en defensa de su causa, en que juntó con erudición muchas cosas tocantes á este oficio, su dignidad, y prestantia.

8. La qual encarece mucho novísimamente D. Juan Bautista de Larrea en la primera de sus alegaciones Fiscales, y tanto D. Francisco de Alfaro (q), que aun dice, que en caso que por muerte, ó ausencia del propietario se nombre, como es costumbre, por las Audiencias de las Indias otro Letrado que supla su falta, este tambien ha de gozar de las mismas preeminencias, y privilegios, y preceder en lugar, y asiento á todos aquellos, á quien precediera el propietario. Y que en terminos lo vió practicar así en la Audiencia de la Plata, y trae para comprobación de ello algunos textos, y AA. (r).

9. Pero sin embargo el Consejo Supremo de las Indias, donde estos días se ofreció tratar este punto, no quiso admitir esta práctica, y declaró, que los Oficiales Reales de la Ciudad de Guadalaxara en las almonedas de hacienda Real, y en los demás actos, en que concurriesen con el Teniente, ó substituto de Fiscal, le havian de preceder, y mandó, que de esto se despachasen cédulas generales para todas las Indias. Para lo qual por ventura se movió, ó pudo moverse por la doctrina de Peregrino, que en otra parte refiere, y sigue el mismo D. Francisco de Alfaro (s), que afirman, que no es propriamente Fiscal, ni se puede llamar, ni tener por tal, sino es el que fuere nombrado por el Rey. Y que los Oficiales que son elegidos, y nombrados por el Rey, y tienen en propiedad sus oficios, regularmente se han de preferir á los substitutos, ó interinarios, y á otros cualesquier que tuvieren títulos de sus Ministros, y Magistrados inferiores, como está dispuesto en derecho, y Yo lo he tocado en otro lugar (t).

(q) Alfaro. ubi supr. glos. 31. n. 6. in fin. & glos. 28. n. 4. pag. 251.

(r) *L. suggestente, C. de offic. ejus, qui vicem jud. ger. cum aliis ap. Marsil. sing. 649.*

(s) Peregrin. de jure fisci, lib. 7. tit. 2. n. 2. Alfaro. glos. 1. n. 2. & glos. 31. n. 8.

(t) *L. Restituida in fin. C. de Advoc. div. Jud. l. fin. ff. de albo scrip. l. spuris, §. fin. ff. de Decurion. cum aliis que adduxi supra lib. 3. c. 31.*

(u) Sched. 2. tom. pag. 264. & 265. * *L. 26. y 30.*

10. Y en tanto grado es verdad, que los Fiscales tienen lugar inmediato á los Oidores, que no solo le tienen en los Tribunales, mientras en ellos se vén, y discuten los pleytos, en que asisten, y abogan como tales Fiscales, sino tambien en los acuerdos secretos que por los mismos Oidores, con su Virrey, ó Presidente se hacen para votarlos, y decidirlos. Cerca de lo qual, hallo estár despachadas una cédula dada en el Escorial á 22. de Agosto de 1568. otra en Toledo 2. de Junio de 1560. y otra en Madrid 7. de Julio de 1572. y otra en Mentrida á 21. de Mayo de 1577. que se recogieron en el segundo tomo de las impresas (u). Y expresamente disponen: *Que pueda el Fiscal entrar, y hallarse en los Acuerdos, siempre que quisiere, y se huviere de votar qualquier pleyto que tocara á la Real Hacienda. Y que ningunos se puedan hacer, ni hagan en días extraordinarios, sin llamarle á ellos, y que se sienta en el asiento mismo que los Oidores al lado del mas moderno.*

11. En esto consiste uno de los grandes privilegios del Fisco, y del Fiscal, y se les debe guardar de suerte, que hay muchos que sienten que la sentencia que se diere, y pronunciare contra el Fisco, ausente su Fiscal, será nula. Aunque en otros Abogados se práctica lo contrario, y no se les permite asistir á oír votar los pleytos, como todo consta de muchos textos, y Autores que de esto tratan (x), algunos de los quales lo estienen tanto, que dicen, aun no bastaría que le hayan citado, sino interviniera actualmente.

12. Aunque he oído decir, que huvo en las Indias un Presidente de Quito, que se llamó el Licenciado Barros de Santillán, el qual no queria admitir esta práctica, y hacia que se saliese del Acuerdo el Fiscal al tiempo que se havia de determinar alguna causa que le tocase, diciendo, que así lo hizo el Emperador Antonino en aquella célebre ley que se tomó del Jurisconsulto Marcelo (y). Y que despues de haver oído, y echado fuera al Fiscal, y á los demás interesados, se quedó solo para deliberar. La qual forma, dice allí Dionisio Gotofredo en sus notas, que era la que de ordinario en aquellos tiempos se practicaba. Pero no repararon estos Barones, en que Calurnio Longo, que es quien en aquel texto se dice, que hizo las partes del Fisco, no tenia las preeminencias que en los de ahora tienen nuestros Fiscales, como se ha dicho. Y fuera de esto, allí no se dió la sentencia por Oidores, ó Senadores, que es entre quienes está concedido este derecho de asistencia, y interseñencia á los Fiscales, sino por el mismo Emperador, que quiso por su persona determinar aquel pleyto. Y así no fue necesaria la intervencion del Fiscal, que se manda asistir en defecto del Principe, y como quien, hacien-

tit. 15. l. 4. y 5. tit. 18. lib. 2. Recop. *

(x) *L. volamento, C. de postulando, ubi Bald. Salicet. & alii, l. si Fiscus 7. de jure fisci, l. unie. C. de sentent. ad vers. Fise. lib. 10. ubi latet Piscat. cum multis aliis ap. Joan. Garc. de nobil. glos. 3. n. 13. & 14. Peregr. d. lib. 7. tit. 2. n. 2. & seqq. & lib. 6. tit. 4. n. 5. Alfaro. sup. glos. 16. priv. 65. n. 210. & Me d. c. 6. n. 14. quem vide & novis. Larream 1. p. alleg. Fiscal. alleg. 2. ex n. 28.*

(y) *L. proximè, ff. de iis, que in testam. delin. ibi Remotis omnibus cum deliberaret, &c.*

ciendo sus partes, le representa. En tanto que en las causas Fiscales, las sentencias no hablan, ni se pronuncian en la cabeza, ni en el cuerpo con el Rey, sino solamente con su Fiscal; aunque en las demás se hace mención de las partes, y de sus Procuradores, como lo enseña el derecho, y magistralmente nuestro Gregorio Lopez (z).

13. En segundo lugar, descien de tambien de lo que se ha dicho, que debaxo del nombre generico de Presidente, y Oidores, ú Oficiales de algun Consejo, ó Audiencia se comprehenden tambien casi en todas cosas los Fiscales, que con Garnacha, y titulo Real sirven en él, ó en ella, así en lo favorable, como en lo penal, y odioso, como para muchos puntos muy utiles en la práctica lo disputan, y resuelven Aponte, Vincencio de Franquis, Mastrillo, Marcelino Mauro, y otros Autores (a). Y Yo lo suelo notar para aquella célebre Ley que dice, que no suelen llevar bien los hombres puestos en dignidades que sus nombres anden en escrituras (b), de manera, que se entiendan igualmente en Oidores, y Fiscales. Y para los casos que se refieren en algunas leyes de la Nueva Recopilación de las de Castilla (c).

14. Y principalmente para muchas provisiones, y prohibiciones de las municipales de nuestras Indias, en las quales todo lo que se dispone, ó prohíbe en las personas de los Oidores, y Alcaldes, y de sus mugeres, é hijos, se guarda, y se manda que se guarde, y practique en la misma forma con los Fiscales, como por ellas parece, y en especial por la del Señor Rey Don Felipe III. del año de 1610. que estatuyendo: *Que los Presidentes, y Oidores de las Audiencias de las Indias se abstuviesen de hacer visitas en sus distritos á personas particulares de ellos, hizo tambien mención de los Fiscales, y dió por razon, la que se ajusta mucho para el punto que voy tratando. Por quanto vosotros mis Presidentes, Oidores, y Fiscales representais inmediatamente mi Real Persona.*

15. En cuya conformidad dice Don Francisco de Alfaro, que las leyes recopiladas (d), que tratan de las recusaciones de Presidentes, y Oidores, y de la forma, y penas que se ha de tener, y poner en ellas, se han de practicar asimismo en las recusaciones que se hicieren á los Fiscales. En lo qual es visto sentir este docto, y grave Varon, que es punto sin duda que los Fiscales pueden ser recusados. Pero no alega cosa alguna para probarlo, siendo así que siempre se ha tenido por muy difícil, y dispu-

table, y que hay muchos que afirman que no puede ser recusado, pues no tiene voto, y que así se ha pronunciado muchas veces, como consta de lo que traen, y juntan Peguera, Fontanela, y Mastrillo (e), de los quales este último afirma que hay Cédula Real, despachada para el Reyno de Sicilia, que así lo declara. Y en terminos de nuestros Fiscales de las Indias dice lo mismo el Doctor Francisco Carrasco (f), diciendo que así lo vió practicar siempre, y trayendo algunas distinciones.

16. Pero lo contrario sienten, demás de Alfaro en el lugar referido, Jacobo Laurencio, Alvaro Valasco, y otros muchos Autores (g), trayendo en confirmación de esta parte las razones, y fundamentos que en sus escritos se podrán vér. Y demás de ellos hallo que novísimamente es de este mismo parecer Antonio Mornacio (h), y refiriendo que así se determinó en el Senado Parisiense despues de gran consulta que huvo sobre ello, y haverse reconocido los Arrestos antiguos en 27. de Agosto del año de 1612. y con lo mismo pasa, citando mis escritos Don Juan Bautista de Larrea en una de sus alegaciones Fiscales.

17. En esta diversidad de opiniones, la distinción que Yo he seguido siempre, y tengo por muy jurídica, es, que si la recusación que se hace al Fiscal es por la parte del Fisco, por que por alguna causa justa le tiene en la que se ofrece, por sospechoso, no hay duda alguna que puede ser recusado, ó por mejor decir que se debe abstener de abogar, y proceder en ella, luego que esto se le ordenare por el Rey que le nombró, ó por el Virrey, Presidente, y Audiencia Real que tienen sus veces, y en su nombre se lo ordenan, declarando que así conviene á su Real servicio, sin que en tal caso haya necesidad de hacer juramento, ni deposito, ni andar en probanzas, si son, ó no son bastantes las causas, porque ninguna hay que mas lo sea que no quererse por entonces servir del el que le nombró, como cada día acontece en las mudanzas que las partes pueden hacer, y hacen de Procuradores, y Abogados que una vez eligieron. Y esto lo viene á reconocer así el Doctor Carrasco en el lugar citado, refiriendo muchos casos, y causas en que dice lo vió hacer, y ordenar en esta conformidad á los Virreyes en Lima. Y con lo mismo pasa Peregrino (k), hablando de que puede ser recusado un Fiscal del Rey, por haver sido primero Abogado de la parte, contra quien despues se intenta pleyto por la del Fisco. Y Mastrillo (l), tambien se allana, en que como

(z) *L. 1. C. de sentent. & interloc. signanter Greg. Lop. per text. in l. 11. tit. 5. p. 3.*

(a) Pont. cons. 49. lib. 1. n. 32. & seqq. Franch. decir. 407. p. 2. Mastrill. ubi supr. Maur. alleg. 23. & 27. Lanar. Grati. Fab. de Ana. & alii ap. Me d. c. 6. n. 18.

(b) *L. Pupillar, §. item queritur, ff. de auct. tutor.*

(c) *L. 50. tit. 5. lib. 2. l. 21. tit. 1. lib. 1. §. 47. tit. 2. lib. 9. Recop. Castell.*

(d) Alfaro. d. tract. de offic. Fiscal, glos. 17. n. 4. ad leges tit. 10. lib. 2. Recop.

(e) Peguera, decis. Catal. 232. fol. 174. Mastrill. decir. Sicilia 214. per tot. 3. p. Fontanel. decir. Catal. 30. per tot.

(f) *L. proximè, ff. de iis, que in testam. delin. ibi Remotis omnibus cum deliberaret, &c.*

(g) Carrasc. ad leges Recop. c. 9. ex n. 43. ad 47. Laurent. de judice suspent. c. 6. n. 9. cum seqq. fol. 34. Valasc. consulti. 124. per tot.

(h) Mornac. in notis ad leg. 1. de offic. Proc. Cer. pag. mibi 50. D. Lart. 1. tom. alleg. Fiscal, alleg. 2. per totam.

(i) *L. judicium solvitur, ff. de jud. l. post. litem, de Procur. l. 24. tit. 5. p. 3. cum aliis apud Boer. decis. 258. num. 7. Petrez ad leg. ordinam. col. 959. vers. Quæro 8.*

(k) Peregrin. de jure fisci, lib. 7. tit. 2. n. 11.

(l) Mastrill. decis. 151. n. 49. & seqq.

Fiscal entendió en la causa criminal de algún reo, si después le hicieron Juez, podrá ser en ella recusado por sospechoso.

18 Pero si no estuviésemos en este caso, sino en el contrario, de que la recusacion se intentase, y pusiese por la persona particular, contra quien el Fiscal mueve, y sigue algún pleyto civil, ó criminal, haciendo su oficio por parte del Fisco, entonces convendrá ir con mayor tiento, y proceder con madura deliberacion: porque no ha de estar en la mano de los reos excluir los Abogados, y Procuradores que el Rey busca, y entresaca de los mas escogidos para que le asistan, y defiendan en sus negocios, y de quienes hace la confianza que he referido. Y así Yo no admitiría fácilmente por causas para darlos por recusados, las de decir, que siguen estos pleytos con mucha aspereza, que son mal acondicionados, ó tratan mal á los reos: porque si en esto excedieren algo, (aunque siempre será mejor que lo escusen) otros modos hay para remediarlo, que refiere Millio en su Práctica criminal (m). Pero si se diere por causa que el Fiscal es enemigo del litigante, tambien entonces convendrá mirar mucho, que enemistad es la que se le opondrá, y de qué ocasiones ha procedido; porque puede ser que la indignacion que el Fiscal muestra, sea mas contra la causa que contra la persona, y esa no es reprehensible. Y supuesto que la enemistad no quita que uno pueda pedir, y pida en juicio civil, ó criminalmente la injuria, ó agravio que á él, ó á los suyos se huviere hecho, como después de otros lo resuelven Julio Claro, y el Cardenal Tusco (n), tampoco debe bastar para excluir al Patrono del Fisco, que como havemos dicho, representa al mismo Fisco, y al Rey. El qual, porque no puede seguir por sí estos negocios, ni andar, y parecer en las Cúrlas, y Tribunales, pone estos sus Procuradores Fiscales, con amplísima facultad para que en su nombre los intenten, sigan, ó defiendan, y pidan lo conveniente á su Real patrimonio, y á la vindicta pública de los delitos, y delincuentes, como singularmente lo dicen Marteo de Afflictis, y Julio Claro (o).

Ram. Valenz. Quando el Fiscal es Conjuer por falta de Oidores, entonces, para ser recusado se ha de observar lo mismo que con los Oidores.

* Y lo mismo será si su Magestad le huviese dado facultad de votar en los pleytos en que no fuere parte. *

19 Lo qual obra que siempre se entiende,

que los Fiscales entrán en semejantes pleytos como forzados, y por la obligacion del oficio, mas que por su voluntad, ó con animo de hacer daño, como lo prueban algunos textos (p), en que se dice, que así por esta necesidad, como por el favor del Fisco, se escusan de pena si no probaren.

20 Pero si excediendo de este compás, se probase que la enemistad que el Fiscal tiene contra los reos es capital, ó que les ha hecho graves amenazas con estos pleytos, mostrándose escandecido con ellos, ó que los sigue mas por venganza que por justicia, ó interviniere otras tales razones, y causas que descubran que procede apasionadamente, no dudo que podrá ser recusado, y en este caso se podrán verificar, y ajustar las razones, y autoridades que he considerado por la parte afirmativa, y la regla general que enseña, que puede ser recusado cualquiera que occultamente con la mano, y pretexto de su oficio nos puede hacer daño, de que dicen mucho Alvaro Velasco, y Muñoz de Escobar (q). En el qual número no podemos negar que entra, y se debe contar el Fiscal que es gravemente enemigo, y contrario á la parte. Siendo así, que como dice Mornacio (r), su oficio en las causas públicas, y particulares debe ser el que antiguamente hacía el Coro en las Tragedias, culpando lo que era mal hecho, alabando lo que se hacía bien, y prescribiendo modo, y norma ajustada á todos los casos que se ofrecian, como elegantemente lo dexó dicho Oracio en su Arte Poética (s).

21 Lo tercero, de la misma dignidad que vamos ponderando en el Abogado Fiscal, y de la necesidad en que le pone la obligacion de su oficio, procede, y resulta, que segun la mas común opinion en las causas que mueve, ó defiende, regularmente no debe jurar de calumnia, ni ser condenado en costas, y usa, y goza de otros muchos privilegios, honores, y preeminencias que dexo de referir por la brevedad, y por haver hecho copiosas, y doctas relaciones Marteo de Afflictis, Juan Garcia, Simancas, Francisco Lucano, Jacobo Calicio, y otros muchos Autores que refieren, siguiendo el mismo intento Peregrino, y Alfaro, y novísimamente Don Juan de Larrea (t).

22 Entre los quales, el que tengo por mas eminente, y considerable, es, que ahora sea actor; ahora reo, no está obligado á ir á pleytear ante otros algunos Jueces fuera de los mismos Consejos, ó Audiencias en que él sirve, y asiste, que de ordinario son los que privativamente tienen facultad, y jurisdiccion para co-

no-

(m) Mill. in práx. crimin. verb. instit. & suppl. form. fol. 38.

(n) Clar. quest. 14. & Tusch. lib. A. conclus. 160. num. 5.

(o) Afflic. ad constit. Neapol. lib. 2. rub. 39. de restit. Reip. Clar. §. fin. q. 3. n. 6. pag. 9.

(p) L. Tutorem, l. resp. de his que ut indign. l. si servus, §. quod vero, de furtis, l. si mulier, §. i. ff. rerum amor. l. 2. §. de jur. Fisco. cum alijs ap. Gregor. Lop. in l. 5. §. 6. tit. 1. p. 7.

(q) Velasc. d. consult. 124. n. 4. Escob. de ratiocin. cap. 8. ex n. 13. ad 21.

(r) Monarc. sup. citans ad id unum, ex Horatii inter-

(s) Horat. in Arte, ibi: Auctoris partes Chorus, & vide verba ap. Me d. cap. 6. n. 26. & alia ap. Harr. in d. 1. alleg. Fiscal.

(t) Peregr. d. lib. 7. cap. 2. per tot. Alfaro. de Offic. Fisc. glor. 16. 17. 18. & 31. & plures alijs apud Me d. d. cap. 6. num. 27. & Larrea. d. alleg. 2. ex n. 28. * L. 15. tit. 18. lib. 2. y l. 38. X en esta se ordena que si coadyuva al Delator, no por eso se libra de afianzar. *

nocer, y juzgar de causas Fiscales. Y por el consiguiente puede traer ante ellos todas las de este genero que estuvieren pendientes en otra qualquiera parte, á imitacion de lo que entre los Romanos se le concedia al Procurador, y Racional del Cesar. Cerca de lo qual juntan asimismo muchos textos, y Autores los ya referidos, y otros, y el novísimo Carleval (u).

23 Lo qual he querido notar con particularidad, porque estando en Lima tuve este punto muchas veces entre manos, y especialmente en la duda que se ofreció de un Fiscal que seguia cierta causa ante el Vicario Arzobispal contra un reo muy facinoroso que pretendia gozar de la inmunidad Eclesiástica, en conformidad de lo que las leyes le mandan hacer en tales casos, en defensa de la jurisdiccion Real, segun Bobadilla (x). Y queria el Vicario que el Fiscal de la Audiencia compareciese personalmente en su tribunal, ó que por lo menos firmase de su nombre las peticiones que presentaba. Y el Fiscal replicaba, que debía contentarse en que esta causa, por lo que tenia de espiritual, y Eclesiástica, no se la sacase de su fuero, y llevase á la Audiencia, y que bastaba que él pareciese, y alegase en la suya, por persona del que llaman Solicitador, ó Agente Fiscal, y presentase las peticiones rubricadas de su rubrica. Sobre lo qual hubo gran diferencia de votos, y pareceres en el Acuerdo de Lima, y se hizo consulta al Real Consejo de Indias, á que respondió por carta de Madrid de 3. de Junio del año de 1620. Ha parecido que no tiene duda, sino que el Fiscal puede seguir estas causas por sí, ó su Solicitador Fiscal, con que él firme las peticiones en los casos que le tocaren, ó las rubrique. Y lo mismo refiere Don Francisco de Alfaro (y), y haverse respondido á otra consulta semejante que él hizo siendo Fiscal de los Charcas. * Esta carta está recopilada en la ley 30. tit. 18. lib. 2. *

Ram. Valenz. La práctica que estila el Fiscal de la Sala de Alcaldes de Corte de Madrid es, que el Fiscal rubrica las peticiones, y el Agente Fiscal asiste personalmente en la Audiencia Eclesiástica.

* Quando havia Consejo de Aragón, Flandes, é Italia, si ocurría pasar alguna Supplicatoria de la Sala para la prision de algún reo, ó cosa semejante, la Supplicatoria la presentaba el Agente Fiscal, con peticion que él firmaba, y se le daba el despacho auxiliorio.

* Y es de notar, que como después del año de 1706. se huviesen hecho muchas prisiones por delitos de infidencia, y las causas fuesen graves, los reos se valieron de inmunidades, no solo frias, sino falsas; y como el Agen-

Tom. II.

te Fiscal asistiese á ver jurar los testigos, y reconociese su mala calidad, se pidió por el Fiscal, que fuesen repreguntados al tenor de otro interrogatorio que traia prevenido de repreguntas sobre circunstancias del hecho que intentaban justificar, y así que daban miserablemente confundidos, y se logró, que en definitiva mandase el Vicario de Madrid recoger las Letras que havia despachado sobre la restitucion del robo á lugar sagrado, y llevaron su merecido castigo. Y de esto, y de lo que pasaba en Italia, resultó, que su Santidad ex-pidió Bula, mandando, que así que tuviesen inmunidad fria se restituyesen á las Iglesias dentro de cierto termino, y pasado, no les valiese, y se publicó en la Corte por orden del Eclesiastico, y viene en el Bulario Magno, Clem. 11. Dic. 22. de 1716. *Reol. ch. subrogat.*

* 24 Tambien es de notar, que en el Consejo de las Indias algunas veces, quando falta el Fiscal, se manda que asista el Agente Fiscal en Sala de Justicia, y se sienta en el banco del Relator con el Abogado del reo, tomando el mejor lugar al lado del Relator, quedando este en medio del Abogado, y Agente Fiscal, y lo mismo se executa en pleytos Fiscales. * 25 Y con esta ocasion toca algo de estos Agentes, ó Solicitadores que de ordinario tienen los Fiscales. Al qual, en quanto á esto, añado Yo á Pedro Gregorio (z), donde los llama *Subcognitores*, y refiere las instrucciones que suelen darles en Francia, y á Antonio Mornacio (a), que los llama *Vitarios*, y dice en qué casos pueden suplir por los Fiscales. Y tambien es digno de leerse un memorial que sobre el uso, dignidad, y potestad de estos Agentes imprimió Don Juan Bejarano, por haverlo él sido muchos años con entera satisfaccion; aunque murió quando podia esperar la que merecia.

25 Lo quarto, dexando otras muchas cosas, concluye este capitulo con advertir, que aunque de derecho comun no se halle del todo prohibido, que el Abogado del Fisco no pueda tomar en sí el patrimonio, ó abogacia de otros negocios, como lo notan bien Caravita, y Matcelino Mauro (b), y en los Fiscales de España, y de nuestras Indias se observa, y practica lo contrario, y se les prohibe abogar por personas particulares en la misma forma, que á los Oidores; y tambien el pretender, y regentar Cátedras en las Universidades que suele haver en las Ciudades, donde residen las Chancillerias, como expresamente se dispone en sus ordenanzas, y en algunas leyes de la Nueva Recopilacion de las de Castilla, y lo nota en propios terminos Don Francisco de Alfaro (c).

Qq

Y

(u) Afflic. decis. 41. num. fin. Alciac. cons. 12. 11. lib. 8. Peregr. d. lib. 7. tit. 1. ex n. 1. Mastrill. lib. 3. cap. 4. n. 14. Alfaro. glor. 11. n. 1. & fin. §. glor. 15. & 29. per tot. & Carlev. de judicis disput. 2. n. 330.

(x) Bobad. lib. 2. cap. 19. n. 32.

(y) Alfaro. suprad. glor. 11. n. 4. & glor. 10. n. 7. & seq. & glor. 28. n. 5. * L. 30. tit. 18. lib. 2. Recop. *

(z) Petr. Gregor. lib. 49. Syntag. c. 7. n. 8. & 15.

(a) Monarc. d. l. 2. de offic. Procur. Car. * L. 47. tit. 18. lib. 2. Recop. *

(b) Caravit. ad tit. Sicil. ritu 11. Maur. alleg. 22. & 77.

(c) L. 2. tit. 13. l. 30. tit. 4. l. 50. tit. 5. lib. 2. Recop. Car. Alfaro. glor. 9. n. 35. * L. 6. tit. 18. lib. 2. Recop.

26 Y á mí me ofrecieron, luego que llegué á Lima por Oidor, la Cátedra de Prima de Leyes de aquella Universidad, con muy crecido salario, y honrosos partidos, y que acomodarian la hora en que se huviese de leer, de forma, que no se encontrase con las de la Audiencia; y aunque hice de este ofrecimiento la estimacion debida, no me atrevi á aceptarle, por no contravenir estas leyes. Si bien ahora ha salido un libro de un docto moderno (d), que dice haver acetado á mí imitacion la que á él le dieron en la Universidad de Nápoles, por no estar bien informado de lo que huvo en el caso, ó porque en Salamanca corrió la voz, de que me la havian dado.

27 Pero lo que toca á la Abogacia, se limita en las Indias notablemente en las causas, y negocios de los Indios, en cuya favor, no solo pueden abogar los Fiscales, y recibirlos de baxo de su patrocinio, y amparo, quando no pleytean con el Fisco, sino que antes les está mandado con mucho aprieto que lo hagan, y en sus títulos se les suele añadir por esta razon el de Protectores generales de los Indios, como se decide en las ordenanzas del año de 1563. y en muchas cédulas, que se hallarán en el segundo tomo de las impresas (e). En lo qual no repugnan á las dichas leyes, porque nuestros piadosos Reyes, y Señores han juzgado, que las causas de los Indios, como tan abatidos, y miserables, son propias suyas.

Ram. Valenz. Esta cédula se recopiló en la ley 34. y 36. tit. 18. lib. 2. donde se manda, que los defiendan en todos los negocios que tuvieren civiles, y criminales, como actores, ó como reos; y si fuere el pleyto entre Indios, no ayude á alguna de las partes.

* Si el Fiscal litigare contra Indio, lo defiende el Protector; y si este no puede, se nombra persona que lo defienda. L. 35. tit. 18. lib. 2. Recop. *

28 Y en atencion á esto, aún suelen tomar, y avocar en sí su conocimiento; quitandoselas á sus Jueces Ordinarios, como lo dice la ley del Código que de esto trata (f). Y lo nota en términos, hablando de todas las personas miserables, y exortando á los Fiscales por esta razon, á que los asistan, y ayuden; Pedro Gregorio (g), con palabras muy dignas de leerse.

29 Aunque Yo no he visto que los Fiscales practiquen estas defensas sino por los Indios, ó quando se trata del cumplimiento de algunas obras pias. Porque los demás pobres, y miserables, en cada Consejo, ó Chancilleria tienen señalados, y diputados Abogados pro-

prios, con salarios competentes, á los cuales acuden para sus causas, y pleytos, como lo dispone una ley de la Recopilacion, la qual ilustran bien Covarrubias, y otros Autores, que refiere Alvarez de Velasco (h).

30 Peño los Indios, como digo, aunque tambien tienen sus Abogados particulares, quisieron nuestros Reyes que intercediesen, y abogasen asimismo sus Fiscales, por ser tal su suerte, y desventura, que conviene sea defendida por muchos, como mas largamente lo dixe en otro capitulo (i). Y aunque allí trato de que de nuevo se han introducido en las mas Audiencias de las Indias Protectores, Letrados con Garnacha, y títulos de Defensores de los Indios, no por eso deben desampararlos los Fiscales de ellas, siempre que entendieren que en algo les pueden ser de provecho. * D. l. 34. tit. 18. lib. 2. Recop. *

31 Y tendrán por norte de su oficio la Varria de Casiodoro (k), en que les aconseja, que los Príncipes que los nombran, como Procuradores suyos, segun lo dice Plinio Junior (l), siempre quieren que miren por el justo, y legal aprovechamiento del Fisco. Porque su clemencia se contenta con lo que en esta forma les pertenece, y como no desean gravar á nadie, así tampoco deben perder lo que se les debe. Y juntamente procuran escusar la pobreza que suele persuadir excesos, y es perniciosa en los que dominan, Y que así guarden en todo la moderacion debida, que es la que merece ser alabada. Y no permitan que por negligencia vituperable pierdan lo que fuere, ó pudiere ser suyo, y se hallen necesitados de echar mano con codicia torpe á lo ageno. Y por esto les aconseja Baldo (m), que aunque no les esté prohibido reconocer tal vez la buena fé, y darse por vencidos, donde es notoria, como lo enseñan algunos textos (n); lo mas seguro es, que pocas, ó ningunas muestren flaqueza, y haciendo por su parte la defensa que buenamente permitiere la causa, dexen la determinacion de ella á los Jueces. El qual consejo de Baldo refiere, y sigue Bertraquino (o). Pero para el modo en que se ha de recibir, y tem- plar, convendrá que se vea lo que advierten Peregrino, Alfaro, y Larrea (p).

32 * Los Fiscales no pueden seguir opinion probable que contradiga al Fisco en aquellos negocios que tocan á Regalias. P. Avendañ. *Ind. tom. 1. tit. 4. c. 19. n. 163.*

33 * Si el derecho del Rey es mas probable, segun la mas comun opinion, y acostumbrada á ser antepuesta en la práctica, está obli-

gado el Fiscal á seguir este derecho, aunque juzgue que la opinion contraria es mas verdadera. P. Avendañ. *alli mismo, num. 166.*

34 * Quando el Fiscal estará obligado á la restitution del daño al Rey por su negligencia, ó impericia. P. Avendañ. *alli mismo, numer. 167.*

35 * No debe vender el oficio de Agente Fiscal, ni hacer con él convenio sobre los emolumentos de la Agencia Fiscal. P. Avendañ. *alli mismo, num. 168.*

36 * Están obligados á promover las cosas, que tocan al aumento de la Religion Católica. P. Avendañ. *alli, num. 169. l. 6. tit. 18. lib. 2. Recop.*

37 * Se pueden ausentar por justa causa, y breve tiempo, d. l. 6.

38 * Se le deben entregar todos los papeles que pidiere. L. 7. 8. 9. d. tit. 18. lib. 2. Recop.

39 * Deben salir á las causas de gobierno, en que es interesada la Real Hacienda, ó sus Regalias. L. 10. d. tit. 18. Recop.

40 * Y á las de Oficiales Reales, y Contadores de Cuentas, y Fieles Executores en apelacion. L. 12. 13. y 14. d. tit. 18.

41 * Se deben hallar en las almonedas de Real Hacienda, l. 18. d. tit. 18. y preferen á Oficiales Reales, l. 22.

42 * Deben pedir las confirmaciones á los compradores de oficios, pasado el término, l. 26. *alli mismo.*

43 * Suelen los Obispos reservar en sí las confesiones, y absoluciones de los Corregidores, y otros Ministros, y se manda, que los Fiscales usen del remedio que las compete, l. 31. d. tit. 18. Dom. Castro *discept. l. n. 149.*

44 * Si recusan, prueban, y depositan como particulares, l. 41. d. tit. 18.

45 * En los casos graves que ocurrieren, deben representar á los Virreyes, ó Presidentes por escrito, para que lo remedien; y si no bastare, den aviso al Consejo con recados de comprobacion, l. 44. d. tit. 18.

46 * Si el Fiscal huviere de hacer probanza en las Indias, donde no hay Real Audiencia, al Oficial Real Factor se encarga esto, l. 46. d. tit. 18.

47 * No pueden ser Asesores del Santo Oficio; pero si Consultores, l. 22. tit. 19. lib. 1. Recop.

48 * No pagan costas, aunque pierdan los pleytos, ni por ellos las pagan las partes, l. 26. 27. 28. tit. 22. y l. 52. tit. 23. lib. 2. Recop.

49 * Pueden tomar de los Indios algunas cosas comestibles quando las ofrecen, porque sienten mucho que no las tomen. P. Avendañ. *in thes. Ind. tom. 1. tit. 4. cap. 19. n. 170.*

CAPITULO VII.

DEL JUZGADO DE LOS BIENES DE DIFUNTOS, QUE los Oidores de las Audiencias de las Indias exercen por turno en las Provincias de sus distritos, y de varias, y practicables questiones que se suelen ofrecer en esta materia.

* De la materia de este capitulo trata el tit. 32. lib. 2. Recop. *

SUMARIO.

- 1 UN Oidor es juez de bienes de difuntos.
- 2 En Indias es preciso este Juzgado.
- 3 Cédulas sobre la materia, y num. 5.
- 4 Es un Oidor por turno anualmente, y de sus sentencias se apela á la Audiencia.
- 5 Tienen una arca de tres llaves, en que se guarda este dinero, *ibidem.*
- 6 El Oidor que dexa el Juzgado, dá cuenta con pago al que entra.
- 7 Este dinero no se puede prestar, ni para causa pública, aunque sea muy urgente, *ibidem.*
- 8 El año se prorrogó á dos.
- 9 Tienen Escritorio aparte.
- 10 No deben embiar Comisarios á los Lugares de su partido, sino encargar las comisiones á los Corregidores, *ibidem.*
- 11 Los Corregidores dan fianzas particulares por lo que toca á este Juzgado, *ibidem.*
- 12 A ninguno se le dá licencia para venir á España, si no saca certificacion de no ser Tom. II.
- 9 deudor á este Juzgado.
- 9 En llegando estos caudales á España, hace las diligencias para su entrego la casa de la Contratacion.
- 10 Hay Defensores oficios vendibles, y los Fiscales tienen obligacion á asistir á la defensa.
- 11 Es causa pública, y qualquiera del pueblo puede pedir lo conveniente para el mejor cobro.
- 12 Autores, que de este Juzgado tratan, y si convendrá hacer novedad en el modo de guardar el dinero.
- 13 Si hay segunda suplicacion en los pleytos de este Juzgado, y num. 14.
- 15 Traese el exemplar del Tribunal de Vizcaya de Valladolid.
- 16 La palabra suplicar denota, que el tribunal es superior, y la palabra apelar inferior.
- 17 Y qué será, si el pleyto se comenzare ante el Corregidor, y num. 18.
- 19 Es conveniente, que haya un Juez parti-

(d) Ferd. Arias. de Mesa, in tom. variar. resol. in orar. ad finem libri, quem vide.

(e) Sched. 2. tom. pag. 268. & 270.

(f) L. 1. c. quando in p. inter pup. & vid.

(g) Petr. Greg. d. lib. 49. cap. 7. n. 13.

(h) L. 16. tit. 16. lib. 2. Recop. Cust. Covarrub. in pract. cap. 6. n. 4. & alii apud Velasc. de privileg. pau. 1. p. cap. 28.

(i) Supr. lib. 2. cap. ultim.

(k) Casiod. lib. 1. epist. 19.

(l) Plin. Jun. lib. 10. epist. ad Trajanum.

(m) Bald. in rubr. C. de Consti. pec. n. 4.

(n) L. quisies, §. nec. utique, ff. de admn. tut. l. emptorem 12. in princip. ff. de act. emp.

(o) Bertachin. in repert. verb. Officialis Fisci, ver. 7.

(p) Peregr. de jur. fisci, lib. 7. tit. 2. n. 7. Alfaro. glor. 34. n. 238. & glor. 9. n. 37. latius Larr. d. alleg. Fiscal. l. ex n. 14. in proam. ex n. 8.