

textos, porque verdaderamente no es necesaria, sino que indistincte transit dicta poena in haeredes iudicis negligentis, propter rationem supra relatum, ut in terminis sentiunt Angel. Imol. & Alex. in d. l. 4. §. fin. & Pet. Barbos. qui eos refert, & sequitur in d. l. si filius fam. de iudicis, num. 102. & Bobadill. in Polit. d. lib. 5. cap. 1. num. 83. ibi: T lo que en daño de la República, aunque sea sin corruptela, ó torpeza hicieron, ó dexaron de hacer indebidamente, ó de lo que en daño de particulares, por precio, ó por respeto delinquieron.

175 Et possunt * expendi alia, quae de poena talionis, & aliis, quas incurunt iudices negligentes, & dissimulantes crimina gravia, & quod prae sumantur esse in dolo dixi sup. num. 106. & congerunt Corneus, cons. 116. lib. 1. Curtius junior cons. 19. vol. 1. Covarr. 2. var. cap. 9. num. 1. Avilés in cap. Prat. cap. 6. verb. A su costa, num. 2. & cap. 25. verb. Pase, num. 1. Ayendañ. in diction. verb. Engaño, Aflic. in const. Sicilie, lib. 2. rub. 38. de restit. minor. num. 8. Didac. Perez in l. 1. tit. 1. lib. 8. ordin. verb. Fuga, pesquisa.

176 Unde * multo magis idem erit probandum quando los tales delictos fueron de comision: pues es cierto que estos siempre se tienen por mas graves, y se castigan mas severamente que los de omision, ut probat glossa singularis in l. auxilium 37. §. in delictis, de minorib. in l. si mora 9. verb. Ne factio, & in l. si constante 24. §. si maritus, D. solut. matrim. & laté Tiraq. de pen. temp. causa 54. per totam, Cagnol. in l. contractus, num. 67. de reg. jur. Osac. decis. Pedem. 157. num. 6. & Seraphin. omnino videndus de privileg. juram. priviil. 31. cum multis seqq.

Decimatercia, de las demandas de mal juzgado.

177 En quanto * á las demandas del mal juzgado se pudiera decir mucho, por ser tan copiosa esta materia, y en que los mismos Jurisconsultos parece están encontrados, y unos dexan la condenacion á arbitrio, y estimacion del Juez, otros la precisan á toda la

178 estimacion, y daños del pleyto. De lo * qual, y de otras cuestiones que en ella se ofrecen, y de la diferencia que hay entre el Juez que juzga mal dolosamente, ó por impericia, y si se libra del mal juzgado por haverse apelado, ó no apelado de su sentencia, ó por no se haver proseguido la apelacion, ó por haverse confirmado por el Superior, y si hay mal juzgado en las causas que juzgan los Oydores en cuerpo de Audiencia, tratan los DD. per textum ibi: in l. si iudex, de var. & ex traord. cognition. in l. 1. per totam, C. de pen. iudic. qui malè iudic. in l. si filius familias, & seq. D. de iudicis, ubi plenius, & magistratilius ceteris Petr. Barbosa in l. 4. §. fin. de damn. infecto, ubi Roman. & ejus addition. in princip. inst. de oblig. que ex quasi maleficio, & in l. 24. tit. 22. part. 3. Bartol. in q. 9.

9. incip. iudex per imperitiam, Catald. de syn. dio. in princ. q. 26. num. 19. Paris de Puteo, eod. tract. cap. 3. & plures alii relati á Paz in pract. 1. part. 1. tom. 1. temp. ex n. 64. Avend. resp. 111. Avilés in c. 1. Prat. verb. A las partes, n. 19. Wurmserus lib. 1. pract. observ. tit. 1. observ. 2. Alv. Valasc. consult. 26. Grat. reg. 249. Bobadill. omnino videndus in Polit. lib. 5. cap. 3. ex num. 26. usque ad num. 118. Villalob. commun. opin. lit. C. num. 162. Menoq. de arbitrar. lib. 1. q. 65. num. 2. & lib. 2. casu 339. & seqq. & novissimè Gabriel Berartus in speculo visitationis, cap. 17.

Pero * viniendo á resolver el punto que 179 ahora nos toca, que es, si estas demandas se pueden poner á los herederos, aunque no se hayan tratado, ni en contestado con el difunto; digo que el Jurisconsulto Juliano fue de parecer que si; pero otros le notaron, y reprehendieron, como lo refiere Ulpiano in l. Julianus 16. D. de iudicis, cujus verba sunt: Julianus autem in haeredem iudicis, qui litem suam fecit, putat aditionem competere, que sententia vera non est, & á multis notata est. Y la razon en que Juliano se fundaba, era parecerle que esta accion in factum, que se dá contra el Juez que juzga mal, es rei persecutoria, cum per eam actor omnimodo veram litis aestimationem consequatur, juxta d. l. si filius familias 15. eod. tit. Y por el consiguiente havia de pasar, y darse contra los herederos, como las demás de este genero, juxta l. in honorariis 35. cum aliis, quae adduximus sup. limit. 2. per totam.

Pero * la nota de los demás Jurisconsultos se fundó en que mas propriamente es accion penal, pues se dá principal, é inmediatamente en pena del maleficio, ó casi maleficio que se comete en el mal juzgado, y por eso fueron de opinion que se acababa con la vida del delincuente, como las demás acciones penales, fuera de las exceptuadas, ut in l. 1. D. de privat. delict. l. pupillum 111. §. in haeredem, de reg. jur. §. non autem, inst. de perpet. & tempor. acti. cum latè adductis sup. num. 6. & seqq. La qual razon, y exposicion se colige de lo que mas largamente, en declaracion de la dicha ley, disputa, y advierte Barbos. ibidem, ex num. 84. ad 138. & Anton. Faber in rationalibus ad eundem text. Pero * como en él enseña la glossa, & post eam idem Anron. Fab. Gothof. & alii, si se probase que los herederos havian conseguido algo por causa del mal juzgado; lo qual puede acontecer facilmente, si el Juez recibió algun soborno por la sentencia; tunc certum est, eatenus actionem in haeredem quoque competere; ut turpe, ac improbum lucrum ei extorqueatur, juxta l. in haeredem 5. D. de calumn. & alia que adduximus sup. n. 34. Y esta puede ser la primera limitacion de la dicha l. Julianus.

La segunda, y mas general * podemos 182 sacar de la disposicion del Derecho Canonico, el

el qual nunca atiende en estas, ni en otras materias á las subtilezas, y distinciones del Civil, ut optimè notavit Bald. in cap. penult. de re jud. DD. per text. ibi in cap. dilecti, de iudic. Corn. cons. 8. col. 3. vol. 1. Felin. in cap. 1. col. 16. circa fin. de constit. decis. Pedemont. 2. n. 2. & Seraphin. de priviil. juram. priviil. 63. num. 7. & priviil. 74. num. 87. y asi siempre que halla que está gravada la conciencia del difunto, dá accion contra sus herederos para que la descarguen, por lo menos en quanto baste para restaurar el daño que causó, ut supra etiam probatum reliquimus, num. 141. & in his terminis tractat Barbosa ubi sup. num. 138. cum multis seqq. Y havida consideracion á esto, bien podríamos decir, que en qualquier caso que por justa sentencia del Juez es ruviense gravada su conciencia, especialmente si la dió con dolo, y malicia; deben sus herederos satisfacer al condenado de qualesquier bienes que huvieren heredado del Juez, aunque no les hayan pertenecido ningunos por razon del delito.

183 Quinimo * aun quando huviese juzgado por impericia, pues tambien en esto hay lata culpa, que se equipara al dolo. l. quod Nervia, D. depositi, y queda el mismo Juez obligado á la satisfacion de la parte agraviada, ut in d. princ. de oblig. que ex quasi delict.

184 Porque el * que acepta estos cargos debe sentirse, y mostrarse siempre con suficiencia para entenderlos, y cumplir las obligaciones de ellos, como refiriendo otros Autores lo dice, y prueba Barbosa ubi sup. num. 41. & 61. Bobadill. d. lib. 5. cap. 3. num. 26. & 27. & Berartus d. cap. 17. num. 47. & 50.

185 Y en los * propios terminos de la cuestion que vamos tratando, moviendose por este, y otros fundamentos, aunque algo mas flacos, lo resuelve novissimamente Manuel Mendez Cardoso Lusitano en el responso 5. que puso despues de su tratado de jure accrescendi, donde sin dificultad alguna concede esta accion contra los herederos del Juez, y la tiene absolutamente por rei persecutoria, por no haver entendido bien la fuerza de la dicha l. Julianus, ni visto lo que sobre ella escribe Pedro Barbosa.

Decimaquarta, de la pena de la infamia.

Aunque, como se ha visto, las penas corporales se extinguen con la muerte, y las pecuniarias no se pueden pedir á los herederos, si no es en los casos que se han referido. Res- 186 ta ahora de averiguar, * si en ellos se podrán seguir estas causas, aunque se hayan muerto los Jueces visitados, ó residenciados, por lo menos para que quede pura, y limpia su buena fama, si salieren absueltos, ó para que queden con la nota * en que se incurre por semejantes delictos, si se declarare que los cometieron, juxta l. infamem 7. D. de publ. ju-

dicis: Infamem non ex omni crimine sententia facit, sed ex eo, quod publici iudicii causam habet, &c. junctis aliis que tradit Caldas Pereira in d. l. unica, l. ex delict. de functi. 2. part. num. 43. & 1044.

Bobadilla * d. cap. 1. num. 83. pag. 559. 188 dice, que quanto á la pena de la infamia, y que la memoria del difunto sea condenada por los dichos delictos que pasan á los herederos; tuvo Baldo que no havia lugar in cons. 420. vol. 4. in antiq. & 297. in novis, vol. 5. Pero no hallo que Baldo hablè alli palabra de esto, y solo trara en general, si el crimen repetundarum pasa á los herederos, en que tampoco alega cosa de consideracion.

Valerio Maximo * lib. 9. cap. 12. refiere 189 que Ciceron, siendo Pretor, no quiso sentenciar á Cajo Licinio, acusado de los dichos delictos, aunque se havia él mismo ahogado, por no sentir la infamia de su condenacion.

Pero Plinio jun. lib. 3. epist. 9. ad Cornel. Minutian. escribe, que lo contrario se practicó en la causa de Cecilio Clasio, yá difunto, de la qual hice mencion sup. numer. 83.

Y aun en el caso que Valerio cuenta, advierte Pedro Erodio lib. 9. rer. jud. tit. 3. c. 10. fol. 355. que el mismo Ciceron, y Plutarco refieren lo contrario, y que con aprobacion de todos, condenó á Licinio, aunque havia muerto de su enfermedad, antes de la sentencia: Sequè eo damnato magnum fructum ex populi existimatione accepisse.

Nuestra ley * 7. tit. 1. part. 7. despues de 190 haver dicho que la muerte desface tambien á los yerros, como á los factores de ellos, añade estas palabras: Como quier que la fama finque. Pero ni esta ley, ni sus glosadores declaran, si sobre la fama se ha de hacer juicio despues de la muerte, y yo pienso que lo que quiso decir, es, que aunque los hombres se libren de la pena corporal por la muerte, no por eso dexen de obrar, y vivir bien, * pues siempre queda viva la fama, ó la infamia, juxta illud Plauti in Persa.

Hominum immortalis est infamia, Etiam tunc vivit, cum esse credas mortuam.

& melius Ecclesiastici cap. 41. Curam habe de bono nomine: hoc enim magis permanebit tibi quam mille thesauri preciosi, & magni. Bone vite numerus dierum, bonum autem nomen permanebit in aevum. Unde Casiod. lib. 1. Epist. 1. Inclyti animi signum est, fama diligere commodum, & lucra causarum negligere: nam qui affectat fame commodum, pecunia negligit augmenta. Et lib. 5. Epist. 12. Pulchrum est commodum fame facta neglectisse lucra pecunie. Et lib. 8. Epist. 23. Hoc natura thesauris reponimus, quod fama commodis applicamus.

Pero de qualquier suerte que la dicha ley 5c

se haya de entender, lo que Yo tengo por cierto es, * que de parte del Fisco, sino es en casos de heregia, ó lesa Magestad, no se puede, ni suele proceder contra la fama, y memoria del difunto, ut subjungitur in eadem lege, & in l. ex judiciorum, D. de accusat. l. fin. D. ad leg. Jul. Majest. §. 2. instit. de pub. jud. ubi DD. cum latè traditis à Farinacio d. q. 10. limit. 1. num. 38. Andr. Gail. lib. 1. de pace pub. cap. 20. num. 7. & seqq. Y entonces, como ellos dicen, y Gregor. Lop. in eadem l. 7. verb. De traicion, offerendus est libellus hæredi volenti purgare, & defendere memoriam defuncti, secundum Alber. in d. l. fin. y no durará la facultad de intentar este juicio, sino es por tiempo de cinco años, como lo dixo la glos. in l. Manicheos, C. de hæretic. Angel. Aretin. in tract. de malef. verb. Che ai tradito la patria, col. 4.

De parte * de los herederos del visitado, ó residenciado, hay duda si podrán salir á la causa, y pedir que se tome, ó prosiga su visita, ó residencia, y que se conozca de los delitos de que huviere sido calumniado, para purgar y salvar su memoria, y presumpcion, y que sea absuelto de ellos, si constáre no tener culpa.

Saliceto dixo, que no pueden in l. i. C. si reus, vel accusat. mort. fuer. col. 1. porque pues no se le permite al Fisco, ó al acusador, no ha de claudicar el juicio; pero la contraria opinion es mas cierta, y recibida, ut constat ex Bartolo, & ejus addition. in d. l. ex judiciorum, Bald. in l. unica, col. 2. C. ne ex delict. defuncti. Augustin. Aconitan. in addit. ad Angel. de malef. verb. Qui dicitur iudex, num. 47. Anton. Gomez 3. tom. var. cap. 1. num. 83. donde dice, que no es nuevo, que la absolucion, y defensa sea mas favorecida. Idem probat, & sequitur Menchac. lib. 3. controvers. illust. cap. 96. num. 15. in fine, Peregrin. de jure fisci, lib. 4. tit. 5. num. 35. Farin. d. q. 10. num. 74. Cyrillus in Summa crimin. rub. 28. §. 2. donde * añade: Quod etiam extranei non heredes admitti debent ad purgandam memoriam defuncti; arg. cap. pen. 24. q. 2. & Petrus Caball. qui alios adducit resolut. crim. cent. 3. cap. 298. num. 30. & latius cen. 2. cap. 137. num. 9. & 10.

Todos los quales tienen por texto capital para esto, * y dicen que no se halla otro en el derecho, la l. filio per. §. Seja, D. de adm. nãtis legat. donde un antenado havia acusado á Seja su madrastra de que havia muerto á su marido, padre del antenado, y dá á entender el J.C. que aunque murió Seja antes de la sentencia, se siguió, y determinó despues la causa, en que fue dada por libre, siguiendo, segun parece, los herederos de Seja, asi por volver por su inocencia, como porque se le quitase al antenado, como á indigno, un legado que ella havia dexado en su testamento: Seja testamento suo legavit auri pondò quinque. Titius accusavit tam quod patrem suum

mandasset interficiendum, Seja post institutam accusationem codicillos confecit, nec ademit Titio privigno legatum: & ante finem accusationis decessit. Acta causa, pronuntiatum est, patrem Titii scelere Seja non interceptum: quare cum codicillis legatum, quod testamento Titio dederat, non ademerit, an ab heredibus Seja Titio debeatur? Respondi secundum ea, que proponerentur, non deberi.

Sin hacer mencion de este texto, ni referir Autor alguno de los citados, * dice Georg. Cabedo 1. part. decis. Lusitan. decis. 197. que una Marrona pareció ante el Rey de Portugal, y le pidió premios, y mercedes por los servicios que le havia hecho su marido difunto en diferentes cargos, y oficios que havia tenido. Y que el Rey decretó que presentase testimonio de como havia salido de las residencias de ellos, con lo qual la viuda acudió al Senado á pedir que se viesen, y determinasen; y aunque se dudó mucho, por ser ya muerto, tandem se decidió, que pedía justicia, y determinadas conforme á ella, se le dió el testimonio que pretendia.

Decimaquinta, de los fiadores de los residenciados, y si la obligacion de estas fianzas pasa á sus herederos.

Con lo que se ha resuelto, parece quedan prevenidos todos los casos que tocan á los herederos de los visitados, ó residenciados; pero porque los mas Jueces, y Ministros temporales * dan fianzas al tiempo que entran á servir sus oficios, especialmente si son de administracion de hacienda Real, y aun á los que tienen plazas de asiento, les suelen compeler á que se arraiguen, ó afianzen, quando se trata de visitarlos, ó residenciarlos. Conviene que averiguemos, qual dicendum, vel faciendum sit, si los fiadores que dieron para los dichos casos, huviesen muerto antes de tratarse de ellos, ó de pronunciarse sentencia condemnatoria; y si los herederos de los dichos fiadores podrán ser convencidos, ó quedarán libres con la muerte de ellos?

Y hallo que esta cuestion la tocó * la glosa, hablando generalmante en los herederos de los fiadores de algun delito, ó de otras acciones, ó obligaciones que no pasan á los herederos, in §. fidejussor. el 1. verb. Relinquit, inst. de fidejus. y despues de ella Joan. Fabr. Angel. Plat. y otros Doctores. ibid. que la llaman singular, y notable, & Sebastian. Medicis in tract. mors omnia solvit, 2. part. conclus. 45. num. 124. Menchaca lib. 3. controvers. illust. cap. 96. num. 23. & Cald. Pereyra in l. unic. C. ex delict. defuncti. q. p. n. 17. Y parece que resuelven, que supuesto que estos fiadores tenentur ratione delicti per alium commissi, no han de quedar obligados sus herederos en muriendose ellos, como no lo suelen quedar los del reo principal, juxta supra relata, argum. text. in l. si eum, §. qui injuriarum, D.

si quis caution. & alfortum jurium vulgaritum, que docent, quod subrogatum sapit naturam ejus, in cujus locum subrogatur. Et in eadem sententia esse videtur Bosius tit. de carcer. fide. commit. num. 64. Tiber. Decian. cons. 72. num. 7. lib. 2. Mantica de ambig. convent. 2. p. lib. 16. tit. 20. num. 5. & plures alii relati à Farinacio in praxi crim. tit. de carcerib. q. 34. num. 12. & Pyrrho Mauro in tract. de fidejussor. cap. 17.

Pero * Yo he dudado siempre mucho de la verdad de esta doctrina, y aun la propia glosa no se afirma en ella, pues habla sub verbo Patò, y Menchaca relinquit cogitandum, porque aunque estas fianzas se hagan por delinquentes, la verdad es, que los que las hacen, no se obligan ex delicto, sino ex contractu: y en tales casos, * llano es, que ahora se diga ahora no en la escritura, siempre quedan obligados los herederos, y la muerte del fiador no extingue, ni altera la obligacion, ut in eod. §. fidejus. & in l. 1. §. fidejus. D. eod. l. ex contract. D. de oblig. & action. l. 2. §. ex his, D. de verb. oblig. cum aliis, que congerit Marsil. sing. 159. Roland. cons. 58. num. 1. & seqq. vol. 1. Decian. ubi sup. num. 2. Pyrrhus num. 1. & seqq. & Anton. Hering. in eod. tract. de fidejussor. cap. 20. §. 10. ex num. 21.

Fuera * de que si vive el delincuente por quien fiaron, y así está en pie la causa de la fianza, que razon hay para que cese por haverse muerto el fiador? como muy bien lo advirtió Joan. de Imola in l. potest accipi. D. de fidejussor. diciendo, que caso que pudiera proceder, y practicarse la doctrina de aquella glosa, havia de ser, quando fidejussor, mortuo jam reo principali, decessit: Porque entonces, como se librarian sus herederos, en los casos que las penas pecuniarias de los delitos no pasan á ellos, tambien se librarian los del fiador, ex reg. cum principalis, de regul. jur. & cap. accessorium eod. tit. lib. 6. Non sic quando reo adhuc vivo mortuo obiit fidejussor, quia tunc ejus hæres tenebitur.

Esta advertencia de Imola sigue, y llama notable Caldas Pereyra d. num. 17. in fine, y es certissima en derecho, * porque los fiadores, si se intervenerint pro contractu, si ve pro delicto, siempre dexan igualmente obligados á sus herederos, l. si servum 91. §. nunc videmus, D. de verb. oblig. l. 3. §. 1. l. 4. l. si á colono 58. §. 1. D. de fidejuss. l. fidejussoris 24. C. eod. l. 8. C. mandati, cum aliis traditis ab Heringio ubi sup. n. 23. & 24.

Qui num. 29. hoc planissimum esse concludit, * quando hæres fidejussoris, non pro ipso maleficio, sed pro pona conveniuntur, quam pro eo fidejussor spondit, & ad id allegat Fabr. Angel. Misyng. Uvesemb. Aldobrand. & alios in d. §. fidejussor. cum d. Angel. in tract. de maleficiis, verb. Pro quo Antonius fidejussit, Brun. in tract. de interit. conclus. 10. num. 63. Hipol. de Marsil. in rub. de fidejuss. num. 160. & sing. 159. Medic. ubi sup. n. 125. Bertazol. de clausis, claus. 39. glos. 6. & Roland. à Valle d. cons. 58. num. 5. cum seqq. Obras Posthumas.

vol. 1. Et tandem num. 30. concludit, quod hac conclusio adeo vera est, ut etiam in casu l. sancimus, C. de fidej. & mandator. fidejussor hæredem suum obligatum relinquitur probatur in ead. l. in final. verbis. Y de esta misma opinion viene à ser Farinacio d. q. 34. num. 12. Pyrrhus Maurus d. cap. 17. num. 3. & 4. y Tiberio Deciano, y Mantica ubi sup. y otros que ellos refieren; de suerte, que quando se huviese de sustentar la opinion de la glosa in d. §. fidejussor, ha de ser quando se halláre, que la fianza estrechamente se hizo por maleficio, & delicto, pero no quando se pasó adelante, obligandose tambien á las penas, y sentencias que por él pusieren, ut advertunt Aretin. & Ocerius ibidem, & plures alii ex supra citatis.

Decimasexta, del tiempo en que se deben intentar estas acciones, en los casos que pasan á los herederos.

En los casos * de residencia, que como havemos dicho, pasan á los herederos, es necesario advertir, que si contra ellos, ó contra el difunto se pregonó residencia, y la hicieron, y estuvieron á ella por los treinta dias de la ley, y no se les pidió, ó probó cosa alguna en razon de los dichos delitos, no podrá despues regularmente ningun particular, ni tampoco el Fisco tener recurso para sindicarlos, ó convenirlos de nuevo; como no lo pudieran hacer contra el mismo difunto.

Porque este * es termino legal, y su transcurso causa prescripcion de ellos, salvo si no se alegáre, y probáre estár la residencia tan mal tomada, y con tantas negligencias, y colusiones, que obligue á volverse á tratar de ella, juxta decisionem text. in l. 41. tit. 4. lib. 2. Recopilationis.

Y así lo advirtió en nuestros propios terminos Avendañ. d. respons. 3. num. 3. vers. Quinta conclusio, ubi allegat Angel. & Puteum, idem tenentes, & sequitur Bobadilla d. lib. 5. cap. 1. num. 83. & novissimè Gabriel Berartus in speculo visitat. cap. 3. num. 22. & generaliter loquentes, de præscriptione, que resultat ex lapsu termini ad residentiam præfixi, plures alii quos refert, & sequitur Jul. Clar. recep. sent. §. fin. q. 51. num. 6. Jacob. Cancr. variar. resolut. cap. 12. num. 42. Cavalcan. de brachio Regio, 5. part. num. 10. & 11. Mas-trill. de Magistr. lib. 6. cap. 6. num. 3. cum seqq. Anton. Gomez d. tom. 3. de delict. cap. 1. num. 23. in fine, Paz in praxi, 8. part. primi tom. num. 11. ubi refert Avilesium, & Did. Perez idem tenentes, Bobadilla d. lib. 5. c. 1. num. 174. & cap. 2. num. 24. Curia Filip. 4. p. 5. 3. & latissimè, & elegantissimè Lancelot. Gallia omnino videndus cons. 28. num. 14. & seqq.

Peto * si diesemos caso en que no se huviese tomado la dicha residencia, ó visita, sino que se tratase de tomarla despues de la muerte del reo, tunc videtur dicendum, que siendo tan graves, y públicos estos juicios, y delitos que pasan á los herederos, se podria

tratar de ellos por via de demanda, o residencia, o de inquisicion, y visita, hasta que huviesen pasado veinte años. Hoc * enim tempore, & non antea, praedicta crimina praescribuntur, imò, & quoad actiones civiles, que ex illis descendunt, triginta annis durant, ut tenent communiter DD. per text. ibi in l. querela, C. ad leg. Cornelianam de falsis, l. 2. & 3. D. de requirend. reis, & late pluribus relatis tradunt Boer. quast. 26. Bosius in praxi, cap. 41. quomodo procedatur per act. in delictis, num. 17. Jul. Clar. recep. sent. §. fin. quast. 51. in princip. Andr. Gail. de pace publ. lib. 1. cap. 20. num. 31. & seqq. Farin. d. quast. 10. regul. 1. & Ego in tract. de crimin. parricid. lib. 2. cap. 20.

Sed praedicta jura, & Auctores hablan, y se han de entender generalmente, y quando se trata de pedir al mismo reo que cometiò el delicto, y en su vida. At verò * en los casos, in quibus reus post mortem damnandus est, & bona ejus Fisco vindicanda, debe el Fisco intentar sus derechos dentro de cinco años, y hacer la probanza que le conyenga, para conseguir las penas pecuniarias, o bienes confiscados, y los herederos pueden defenderse, y alegar lo que les conviniere para mostrar, y defender la inocencia del difunto, y en el entretanto se suspende la exaccion de las dichas penas, o la confiscacion de los dichos bienes, ut probat text. expressus in l. res qua in princip. D. de jur. Fisco. l. fin. C. eod. & l. 2. C. de vctigal. que hablando en comisos dice: Quod commissum ante quinquennium factum vindicari non potest, & tradit Odofred. in l. eorum, C. de jur. Fisci. Alioqui praescriptione quinquennii Fiscus excluditur, & rei defuncti haeres molestari amplius nequibit, l. 2. ubi Bartul. C. de apostat. glos. & Salicet. in l. Machabios, C. de heret. Roman. singul. 432. Capola consil. 17. num. 7. ubi loquitur de crimine laesae Majestatis. Gigas in eod. tractat. q. 23. num. 1. & q. 27. in 2. part. & plurimi alii, quos refert, & sequitur Anton. Gomez. d. 3. tom. de delictis. cap. 1. num. 81. Dom. Covarrub. in 4. part. 2. cap. 6. §. 8. num. 16. ubi ampliat hoc verum esse, aunque los herederos hayan tenido noticia de los delitos que cometiò el difunto, y penas en que por ellos havia incurrido; Peregr. d. lib. 4. de jure Fisci, tit. 5. numer. 33. Tiber. Decian. libr. 5. crimin. cap. 57. num. 12. & lib. 7. cap. 48. num. 5. & Farinac. d. q. 10. n. 81.

Rursus * en lo que tocã de cohechos, y baraterias, y otros delitos de Jueces, y Corregidores que inciden en estos, de quibus supra num. 74. & seqq. no parece que se puede proceder contra el difunto, ni contra sus bienes, y herederos por lo tocante al interes, ni por la pena de ellos, en pasando un año despues de su muerte, o de la aceptacion de la herencia, sino es que en vida quedasen ya contestados, o sentenciados estos juicios, ut probat text. in l. 2. D. ad l. ful. repetund. ibi: Datur ex hac lege, & in heredem actio, & intra annum dumtaxat à morte ejus qui argueba-

tur. Et per eam ita tenent glossa, & reliqui DD. communiter ibidem, & in l. 2. C. eod. dicentes, hoc ea ratione procedere, ut in uno gravatus haeres, in alio releverit. Idem probari potest ex text. in l. unusquisque 5. C. eod. sit. ibi: Intra anni spatium quidquid dederit repetiturus occurrat: si verò ex tempore deposita administrationis praestituti temporis curricula transfuxerint, nulla vox advocacionis emergat, & sequitur Avendañ. d. resp. 3. num. 3. in conclus. 3. & 4. ubi inquit: Quod post annum, nec potest procedi, nec accusator audiri, Bobadill. d. cap. 1. num. 83. Caldas Pereyra d. l. unie. C. ex delictis defuncti. 4. part. num. 32. & 5. part. num. 26. & sentit Gregor. Lop. in l. 8. tit. 1. part. 7. verb. Despuis.

Aunque no halo * ley del Reyno que apruebe esta limitacion, porque la l. 23. tit. 7. lib. 3. Recop. solo dispone, que el Juez se pueca ausentar sin pena, si pasado el año no le vinieren à tomar residencia. Y parece, que quando por la autoridad de las del derecho comun convengamos en que se prescribe este delito por un año, se debia entender por lo tocante à la pena de él: porque el lapso, y transcurso de tan breve tiempo, no ha de estorvar la satisfaccion, y restitucion de lo mal llevado que los Jueces difuntos debieren, y que los herederos secundum regulas Juris Canonici, tienen obligacion de pagar, para descargar su conciencia, saltem in quantum ad eos pervenerit ex bonis defuncti, juxta ea que dixi supra num. 142.

Fuera de que si solo se trata de la dicha restitucion, o satisfaccion, venimos tambien à estar, etiam de jure civili, en la que queda notado num. 28. & seqq. de las acciones rei persecutorias, y esas son perpetuas, como elegantemente lo dixo el Jurisconsult. in l. Sabinius 30. D. de dolo, dando por razon, que en estos casos calculi ratione potius quam maleficii haeres conveniuntur: que es como si dixera, que no se les pide pena, sino cuenta, y que han de ser obligados à darla con pago, y restitucion de todo lo que les huviere tocado de los cohechos, y torpes ganancias del difunto, como muy bien lo interpr. to la glosa allí, y Cujacio, y Goroff. en sus notas, & Caldas Pereyra in d. l. unica, 4. part. num. 25. Y este es uno de los entendimientos, y limitaciones que dà la glosa à la d. leg. 2. d. ad l. ful. repet. à la qual siguen allí Bart. y otros Doctores comunmente.

Decimaséptima, del modo que se ha de tener en seguir estas causas contra los herederos, y fadores, y en pronunciar las sentencias de ellas.

Ultimamente, * porque quede tocado, y resuelto todo lo que se puede dudar, y ofrecer en esta materia, conviene discurrir sobre el modo que se ha de tener en seguir, y sustanciar estas causas con los herederos de los visitados, o residenciados.

Et quidem, si en vida de ellos se comenzaron,

ron, y contestaron, es cosa llana, * que la instancia pasa à los dichos herederos activè & passivè, l. heres abiens 19. l. si petitor 31. l. si tu qui Roma 34. D. de judiciis, & ex late traditis à Barbosa, in eisdem juribus, & in l. si constante, §. fin. D. sol. matrim. Carroc. decis. 44. & in nostris terminis Joann. Scharh. num. 20. Caldas Pereyr. num. 25. in 4. p. & numer. 5. in d. l. unie. C. ex delictis defuncti. Greg. Lopez in l. 25. tit. 1. p. 7. ubi inquit, quod eadem instantia veteri, non nova est agendum, & ex ea possunt condemnari haeres, y la han de tomar en el estado en que la hallan, juxta ea que in simili tradit D. Præses Covarrub. in pract. cap. 13. & 14. Joseph Ludovic. decis. Perusiana 26. per totam, Gail. lib. 1. obs. v. 69. & 70. Maranta 5. part. pag. 224. n. 12. & Paz in praxi 1. tom. fol. 112.

Y si en esta instancia * dexò Procurador nombrado, y aceptado al difunto, con el qual yá se havian hecho autos, pues con esto quedò señor de ella, l. ab executore 4. §. ultim. D. de appellationibus, l. procuratoribus 22. cum seqq. C. de procurat. se podrá continuar con el mismo, y dár, y pronunciar contra él la sentencia, sin que haya necesidad de citar à los herederos, y todo esto les perjudicará, como si con ellos se hiciera, y optimè observat, & probat. And. Gail. lib. 1. pract. observat. cap. 109. num. 7. Vincent. de Franchis 245. Surd. consil. 99. ex num. 72. & decis. 89. num. 17. & ideò glos. in l. si procurator la 2. D. de except. inquit, quod lite contestata dominus, & procurator consentent eadem persona, quam sequitur, & pluribus ornat Jas. in d. l. procuratoribus.

Pero si la causa * no tenia Procurador, y el residenciado murió antes de la conclusion de ella, deben ser citados sus herederos de oficio del Juez, o de pedimento de parte (si la huviere) para que la sigan. Mas estando conclusa, bien la podría sentenciar sin citarlos, si no tuviese noticia cierta, y judicial de la muerte del reo. Pero si judicialmente le constò de ella, los ha de mandar citar. Imò, quòd plus est, si viniese à tener la dicha noticia judicial, aun despues de haver dado, y pronunciado la sentencia definitiva, ha de proveer otra interlocutoria, para transferir la causa à los herederos, y mandar que se les notifique el estado, y sentencia de ella, para que les pare perjuicio, y se pueda executar contra ellos, porque yá contra el difunto quedò ineficaz, ut probat J. C. in l. 2. D. que sententia sine appellat. rescind. l. si eum hominem 33. D. de fidejuss. ibi: Dicendum est judicium in eum transferri, ubi Paul. Castrens. idem Castrens. in l. in summa, D. de re judicat. Bartul. in l. postulante 44. D. ad Trebel. Abbas, & Decius in cap. quia, de judiciis, donde añaden: Quòd licet instantia transeat in dictos haeres, judex tamen mortuo reo procedere amplius illis non citatis, non potest, & eorum personas legitimare debet, & post plures alios, quos refertur, idem elegant. tractant, & resolvunt Ant. Gam. decis. 324. Mastrill. decis. 137. à n. 13. Misyng. cent. 1. obs. 85. Gail. d. cap. 109. ex num. 4. ubi Greveus in addit. consider. 2. Rutger. Ruland. in tract. de Obras Posthumas.

commission. lib. 2. cap. 5. n. 6. Cabedus decis. 197. n. 6. p. 1. Caldas Pereyra d. l. unie. 4. p. n. 24. & Alvar. Valascus, licet neminem referat, consult. 38.

At verò, * si estuviesemos en caso que contra el difunto no se huviese comenzado el juicio, ni demanda alguna; pero se pretendiese començar contra sus bienes, herederos, o fadores por parte del Fisco, o de otros interesados, por decir que cometiò delitos, que no se acaban con la muerte, y pasan contra ellos, tunc dubium non est, quòd absque aliqua distincione haeres, vel fidejussores citandi sunt, ut cum illis causa ex integro agatur, & defuncti innocentiam ostendere, & memoriam, & bona defendere possint, lo qual se ha de guardar aun quando se tratase de delicto de heregia, o lesa Magestad, ut post plures, quos refert, concludit Mandell. Albens. consil. Farin. d. quast. 10. num. 83. Cald. in d. l. unie. 5. part. num. 5. Peregr. d. tit. 4. num. 35. latisimè Petr. Caball. resol. crimin. lib. 3. cas. 398. num. 29. & seqq. Osas. decis. 148. in princip. & decis. 106. num. 3. Menoch. d. cap. 96. num. 11. Cardin. Tusch. lit. M. conclus. 376. num. 32. & Cabedo d. decis. 197. n. 6.

Ubi benè subjungit, * que si un reo de xase muchos herederos ex testamento, y con partes señaladas, bastaría citar à uno de ellos, si en su parte huviese cantidad suficiente para pagar la condenacion; pero si fuesen herederos ab intestato, y estuviesen poseyendo pro indiviso, sería necesario citarlos à todos, o aguar-

dar à que se hiciese la division. Si autem * no se supiese donde están los herederos, o estuviesen en partes muy remotas, como en las Indias, y la causa se huviese de hacer en España; o en España si se huviese de hacer en las Indias. En tal caso bastaría nombrar defensor à los bienes, y con él se podría hacer la causa, juxta ea que in simili tradit Bartol. in l. muto, §. fin. D. de tut. l. qui liberis, §. hac verba, D. de visig. & in l. ignorare, C. de rest. milit. in final. verb. & tradit Cabed. ubi sup. num. 8. & 9. donde dice, que así se determinò por el Senado de Portugal en la causa de uno que estaba en la India, & prosequitur Gregor. Lop. in l. 10. tit. 5. part. 5. glor. penult. Joan. Garc. de expens. cap. 20. ex num. 3. ad 7. & Mascard. de probat. quast. 6. & 8. Y à este tal * defensor en los casos referidos, no se debe conceder termino para consultar à los dichos herederos, porque si eso se permitiese, no se havia conseguido nada en nombrarle, ni se abreviaría el pleyto, que es lo que se desea, ut optimè, & magistratitèr consideravit Specular. in tit. de dilat. §. videntium, num. 17. Abb. in cap. expositum, num. 1. eod. tit. & Aceved. in l. 3. tit. 8. lib. 4. Recop. num. 24. Ni tampoco * le corre obligacion de buscar, ni alegar defensas afectadas, dilatorias, o calumniosas, como lo dixo Bart. per text. ibi in l. pen. & ult. D. de procurat. sino las que supiere, y pudiere à ley de hombre de bien, que así entiendo yo las palabras de los Jurisconsultos in eisdem juribus: Omnis qui defenditur, boni viri arbitrato defendendus est. Et

ideo non potest videri boni viri arbitratu litem defendere is, qui actorem frustrando efficiat, ne ad exitum controversia deducatur. Porque los que hacen lo contrario no son defensores, como dice Anton. Morn. in not. ibid. sino: Villigatores, intricones, vasaframenta fori, vel ut melius Aristoph. in nebul. *neque in eadem quoad ferè idiotismo nostro dixerimus Pilliers du Palais, trampas de Palacio, quo verbo omnes denique comprehenduntur, qui sub telas litium quaslibet convolvunt, implicant, & agglomerant.*

220 El modo, * y forma de pronunciar la sentencia en estos casos, ha de ser, no condenando al difunto, ni á su memoria en pena alguna, porque eso solo se practica en los delitos de heregia, ó lesa Magestad, sino declarando haver incurrido por tal cargo en tal pena puesta por tal ley, estatuto, ó ordenanza, y que sus bienes, y herederos están obligados á pagarla, y pronunciar, y mandar que así se haga: la qual práctica, despues de otros Autores que refiere, pone Mandello Albens. consil. 90. num. 5. vers. Puto tamen, Foller. in practica crimin. 6. part. princ. num. 12. Caball. d. resol. 298. num. 37. y otros muchos que refiere Peregr. de jure fiscal, lib. 4. tit. 5. n. 34. & Farinac. 1. tom. crimin. q. 10. n. 83.

221 Pero * porque aqui se puede, y suele ofrecer una duda de que fui consultado por un grave Consejero que llevaba á su cargo una muy importante visita, la quiero tambien dexar ultimamente tocada, y resuelta: Y es, supuesto que en los juicios de visitas de Audiencias, y otros Tribunales, y Ministros Superiores, no se dá copia de los testigos, ni de sus deposiciones á los visitados, ex stylo, & rationibus de quibus per Redinum de majest. Princ. verb. Sed etiam per legitimos tramites, num. 147. cum seqq. Raudens. cons. 36. per tot. 1. part. & Bobadill. in Polit. lib. 5. cap. 1. numer. 129. Si se havrá de dar á los herederos en los cargos, y costas en que se puede proceder contra ellos. Y parece que sí, pues cesa la razon de la dicha especialidad, que como dicen los Autores citados, se funda en la mano, y poder de los Ministros Superiores, y que nadie por ese respeto se atreveria á declarar contra ellos, ni á cobrarlos por enemigos si entendiése que se havia de saber su deposicion. Unde cesante ratione legis, debet cessare ejus dispositio, l. adigere, §. quamvis, de jure Pa-

222 tronat. cum vulgat. Y nos havemos * de volver á lo que comunmente dispone el derecho, nempè, ut testium copia edenda sit in omnibus causis, & etiam in processu syndicationis ordinariæ, y en los de capitulos, cap. qualiter, & quando 2. cap. olim, ubi glos. de accusat. l. 11. tit. 17. part. 3. l. 113. tit. 18. ad part. ubi Greg. verb. Testigos, cum aliis traditis ab Amadeo de syndicat. verb. Coram nobis, n. 220. & Avilés in cap. 4. Prator. verb. Pesquisa, n. 9.

223 & 10. Maximè * cum omnis recessus á jure communi sit odiosus, & restringendus, & de facili ad ordinarias regulas reducendus, ut in cap. 1. de rescript. in 6. l. jus singulare, l. quod

verò contra, D. de legib. cap. 1. & 2. de jure patron. cum aliis, quæ latè adducit Tiraq. de retract. in presat. num. 62. Sylva nuptial. lib. 6. quomodo sit judicandum, num. 26. & Dom. Reg. Valenz. cons. 18. ex num. 54.

Pero sin embargo de esto soy de opinion, que no se ha de hacer con los herederos mas que lo que se hiciera con el difunto á quien representan, porque * la calidad de este juicio no se ha de mudar por el respeto de sus personas, ut aliis in obligatione dixit Jurisconsult. in l. 2. §. ex his, D. de verb. obligat. ubi alia adducit Jas. num. 3. melior text. in l. 2. in fin. C. de fruct. & litium expensis, donde dice, que ha de ser igual la fortuna del heredero con la del difunto: *Heredit quoque succedentis in vitium par habenda fortuna est.* A lo qual se puede añadir, * que el cuerpo, ó proceso secreto de la visita es todo uno, aunque se hace á un mismo tiempo contra muchos, y no se ha de alterar por haver muerto alguno de lo visitados, l. cum qui ades, D. de usucap. Porque en dando copia de los testigos, ó de sus deposiciones á los dichos herederos, se pudiera venir en conocimiento de los que havian declarado en la dicha visita contra los demás; y con esto se frustraria el intento, y recato de ella: Unde sumus * in regula juris, quæ habet, quod

226 generalis, seu principalis causa, semper principaliter attendenda, & consideranda est, non ea quæ veniunt in consequentiam, l. si quis neque causam, D. si cert. petat. l. 1. D. de auctor. tutor. vel quod uni, aut alteri prodest, vel nocet, l. jura 8. D. de legibus: & quod ea quæ ad aliquem finem sunt instituta, secundum ea quæ ille finis exigit, ordinantur, extenduntur, & contrahuntur, cap. prodest 23. quest. 5. quem ad hoc citat Archidia. in cap. si peccaverit 2. quest. 1. & docet Bart. in l. ambitiosa. num. 17. & seqq. D. de decretis ab ord. faciend. & plures alii, quos Ego refero in meo tract. de Indiar. jur. lib. 2. cap. 16. n. 54. & seqq.

Fuera de que si la razon con que se salva lo riguroso, ó irregular de este juicio de visita, en quanto á no dar copia de los testigos á los visitados, ni citarlos para su examen, se funda en que con ese cargo, ó gravamen contraxeron al tiempo que acetaron los oficios, ut tradunt Auctores citati sup. num. 223. no tienen de que agravarse * los herederos, pues 227 pasa á ellos la fuerza de este mismo contrato, y teniendo los bienes del difunto, y representando su persona, no pueden dexar de reconocer, y continuar sus cargas, y obligaciones, l. 1. & seqq. C. de heredit. action. l. nemo plus juris, l. heredem 59. l. hereditas 62. D. de regul. jur. cum vulgat. l. in his quæ officium 175. §. non debeo, D. eod. tit. ibi: Non debeo melioris conditionis esse quam auctor meus, á quo jus in me transit.

Y con estas advertencias, y distinciones me parece que se debe determinar esta causa, y tomar cierta, y fixa resolucion para las demás que pudiere haver de este genero, pues pocos puntos se ofrecerán en ellas, que no vayan tocados en este ovel. Salva en todo, &c.

DIS-

DISCURSO, Y ALEGACION EN DERECHO,

SOBRE LA CULPA QUE RESULTA

CONTRA EL GENERAL DON JUAN DE BENAVIDES BAZAN,

EL ALMIRANTE DON JUAN DE LEOZ,

ambos Cavalleros de la Orden de Santiago,

Y OTROS CONSORTES,

En razon de haver desamparado la Flota de su cargo, que venia el año de 1628. á estos Reynos de la Provincia de Nueva-España, dexandola, sin hacer defensa, ni resistencia alguna, en manos del Cosario Holandés en el Puerto y Bahia de Matanzas, donde se apoderó de ella, y su tesoro.

POR EL DOCTOR DON JUAN DE SOLORZANO PEREYRA, del Consejo de su Magestad en el Real de las Indias, que por su mandado hace oficio de Fiscal en él,

Melior est miles in pugna prælio amissus, quam in fuga salvus. Malo miserendum, quam erubescendum.

Textul. de fuga, cap. 10.

AÑO DE M.DC.XXXI.