

daños resultivos del homicidio hieren directamente á la muger; con la separacion de dos corazones en uno, ó con la division de una propia carne: y que en donde es mayor el interes, vige mayor el derecho de vindicar los males que se le causan. Bajo cuyas sólidas premisas concluyen con teson por la preferencia de la última nombrada. El hijo por el contrario, (apoyan otros) (1) es una propia sustancia del padre, una propia sangre, y una misma persona: que las inducciones del derecho natural no las enerva ni puede enervar el acaso de una afeccion civil y procurada, ni esta es comparable con aquellas: que la muger, propiamente hablando, no es consanguínea del marido, ni tiene derecho de sangre, ni de sucesion: que otro tanto mas interesa á los hijos la vida de padre, que á la consorte; pues de ella pende su susistencia, manutencion, y crianza: y que los sentimientos de filial gratitud, con haberla recibido, y los vínculos de naturaleza y generacion, viven con inmortalidad. Y con fundamentos tan incontrastables se resuelven con no menos constancia por la antelacion de los hijos. En tan especiosa lid (sin dar voto ni por uno ni por otro partido) debe ingenuamente confesarse, que el séquito mas numeroso está por la primera, y abogando por ella, prefieren la madre ó permanente

(1) Baryard. ad. Clarum, § fin q. 14. Franchis, decis. 382. Giurb. consil. 61. n. 14 et 15.

Arias de Mesa, lib. 3. cap. 8. n. 15 et 16.

viuda á los hijos en concurso con la misma (1).

34. Yo no pienso autorizarme; mas con todo no encuentro los motivos justos de esta preferencia. En tal caso abrazaria, por mas seguro, el sistema de aquellos, que á la sobreviviente consorte y á los hijos simultáneamente, no aquella sin estos, ni á estos sin aquella, llaman con igual derecho al indicado fin (2).

35. Siendo la muger la muerta violentamente, se posponen los hijos al marido y padre suyo en el expresado derecho, por lo que influyen los respetos paternos, á la mayor autoridad que tiene el marido que la muger (3).

36. Conforme á los fundamentos apuntados, con volando á segundas nupcias el supérstite consorte, sea el marido, sea la muger, pierden la expuesta prelación, en competencia con los citados hijos del muerto; y lo mismo la pierde la viuda, si permaneciendo en este estado, vive lujuriosamente (4). Lo que no es así, si la instancia criminal ó la remision del delito estaban instauradas antes de pasar á segundas bodas; ó si los que quieren acusar ó remitir

(1) Cevallos, comm. q. 77. Padilla, in leg. transig. n. 57. Guacín. de Pace, q. 15.

(2) Farin. q. 13. n. 15. Paschal. de virib. patriæ potest. part. 2. cap. 1. Carrer. in prax. crim. §. 29.

(3) Farin. in dict. q. et n. 15. Paschal. ubi prox. Decian. lib. 1. cons. 75. Arias de Mesa, lib. 3. cap. 8. n. 17.

(4) Girond. de privil. n. 1424. Plaza ibi. Giurb. consil. 61 n. 9.

son padres, abuelos, ó parientes del muerto, en concurso del enunciado consorte (1). Lo que adquiere este último por este medio no lo reserva á los hijos del primer matrimonio, aunque case otra vez; porque esta adquisicion no es grociosa y lucrativa, sino onerosa con la pérdida del que finó (2). Bien que está en controversia este punto (3).

37. Para conceder la expuesta preferencia en estos concursos, se repara si es sospechosa de fraude ó colusion la persona que intenta acusar ó remitir; y siéndolo se repele (4). Con este supuesto, he aquí otro caso en que puede verificarse, que la viuda que contrajo segundas nupcias no pueda hacer gestion alguna sobre la muerte violenta del marido último, y es en el raro lance que el agresor sea hijo de la misma, habido del primero (5).

38. La misma atencion milita para excluir á los hijos del matrimonio disuelto por homicidio, cuando la muerte es dada por el marido á la muger, ó al contrario; pues el expuesto rezelo, el rubor natural, el respeto debido al supérstite padre ó madre, resiste que puedan entender en asunto de tanta repugnancia. En tal caso los hijos de otro matrimonio,

(1) Girond. ubi prox. n. 1541.  
Plaza ibi, cap. 45. n. 41. Gurb.  
observ. 27. et cons. 61.

(2) Gom. Bayo, q. 91. n. 10.  
Perez de Lara, cap. 13 n. 9

(3) Leyes 14. y 15. de Toro.  
Marin, lib. 1. Resolut. cap. 273.

(4) Gurb. ubi prox.

(5) Gurb. observ. 11. per tot.

los padres, ó parientes mas cercanos del muerto pueden investirse este derecho (1).

39. Las adquisiciones que causan las concordias é indultos de esta calidad pertenecen á la sobreviviente consorte del que perdió la vida al rigor de una agresion, si se considera en ella el derecho preferente de acusar y remitir con arreglo á las doctrinas expresadas en el precedente n. 33; mas si reconoce esta facultad en los hijos, á ellos pertenece. Y si á aquellos, y á esta simultáneamente, á todos, dividiéndose en partes iguales, las que se aplican, una á ella, y otra á los hijos, aunque sean muchos (2).

Por este mismo sistema se disponen las aplicaciones, cuando el perdón es obra de muchos parientes constituidos en igual grado; pues por el orden del derecho de acusar y remitir, se gobierna esta materia (3).

40. Este orden, respecto de las líneas transversales, se rige por el mismo de suceder. Y con él: primero entran los hermanos: despues los hermanos consanguíneos; despues los uterinos: y despues los parientes hasta el cuarto grado, con preferencia precisa de los mas inmediatos; y hecha la acusacion y remision por los unos, priva á los demas el dere-

(1) Julius Clarus, q. 58. n. 31.

(2) Bayo ubi prox. García de  
Conjugal. á q. n. 173.

(3) Véase la observ. 6. c. 1.  
n. 12. Gracia ubi prox.

cho de hacerla (1). De modo que sobreviniendo otro pariente mas próximo despues de instaurada, queda excluido igualmente (2).

41. Exceptúase la madre en la muerte del hijo; como se dijo en los nn. 33 á 36 (3).

42. La remision que se hace de la herida no se extiende á la de la muerte que de ella se sigue; á no ser que expresamente se mencione (4), ó por fuertes conjeturas se deprenda, que el herido quiso perdonar la una y la otra (5). Esta doctrina, aunque fundada y seguida por la comun de los AA., exige la mayor circunspeccion, por el riesgo de equivocarse conceptos é intenciones, cuando se otorgan por el herido en el último periodo de su vida, pues es facilísimo atribuir á libre y espontánea voluntad semejantes perdones, no siendo mas que un efecto de opresion, que causa el peligro próximo de la muerte; como que este estado todo hombre que vive cristianamente atiende con todo su conato á otras obligaciones primeras, lejos de aspirar á la vindicta de sus agravios. Por ello de ordinario se desestiman estos afectos de condonacion, aunque se amplien *ex profeso* á la muerte causada por las heridas (6).

(1) Ley 2. y 26. tit. 1. part. 7.  
Parladorio diff. 51. §. 1. n. 4 ley  
14. tit. 8. part. 7.

(2) Paschal. cap. 1. n. 121.  
Olea, de ces. jurium, tit. 3. q. 4.  
n. 1. Véase c. 1. observ. 6.

(3) Parladorio loc. cit. diff. 51.  
§. 2. n. 6.

(4) Bolaños, Cur. Philip. part.  
3. §. 8. Plaza, cap. 12.

(5) Cebolla, const. crim. 41.  
colum. 4.

(6) Farin. q. 14. n. 28 et 32.

43. Bajo este supuesto, aunque el herido exculpe al agresor, declarándole inocente, si no le indemniza por otro lado, nada hace descaecer esta expresion el mérito de su culpa ó complicidad legítimamente comprobada (1).

44. Los parientes consanguíneos preceden á los afines y herederos extraños; porque este derecho no es hereditario, sino de sangre (2). En fuerza de lo cual, aunque el hijo se abstenga de la herencia del padre, no se abdica de él en este caso (3); ni lo que adquiere transigiendo la ofensa, puede aprovechar á los acreedores del mismo padre (4). No obstante esta doctrina y su autoridad, he visto lo contrario en la práctica; declararse que la accion de acusar y remitir la injuria es del ofendido, y que esta accion con todas las demas activas y pasivas recaen en su heredero escrito, aunque sea extraño.

45. La pena de privacion de la herencia al heredero que no acusa la muerte del testador, no se observa en la práctica (5). Y si la institucion es de la propiedad á uno, y del usufructo á otro, el heredero

(1) Marinis ad decis. Revert.  
decis. 45. Véase c. 4. observ. 10.  
de la prueb.

(2) Farin. ubi prox. et q. 13.  
n. 8. Clarus, q. 58. vers. Sed  
incidenter quero.

(3) Farin. indict. q. 14. n. 20.  
vers. sed quod. Arias de Mesa,  
lib. 3. cap. 8.

(4) Arias de Mesa, lib. 3. cap.  
8. n. 6.

(5) Farin. q. 13 n. 1. Clarus,  
q. 58.

propietario tiene la prelación en el derecho que tratamos (1).

46. Como este propio derecho de remitir el delito sea correlativo con el de acusarlo, las especies que abriga el presente capítulo son de la propia analogía que las de la observación 6, en donde hallará el curioso las que aquí de propósito se omiten.

47. Descendiendo al segundo extremo del plan propuesto en el n. 3 de este discurso, será el tema especular, qué delitos son aquellos que resisten la remisión. En semejante empeño, ningún otro más difícil, ha de suponerse ante todo, que solo los capitales admiten concordia; por el contrario, que los no capitales la repugnan (2); y que esta notable diferencia, efecto de la benignidad de nuestro derecho, es un destello del carácter piadoso de las leyes que lo constituyen; y se funda en aquel natural conato de salvar la vida, ó redimir el hombre su propia sangre por todos los medios imaginables (3).

Con este conocimiento, si el delito, que se intenta transigir, no es de sangre ó capital (cuyas voces son sinónimas en esta materia) (4), nada hará en su alivio el reo; antes al contrario pensando zafarse, se atollará más en su propia culpa.

(1) Anton. Faber., lib. 2. Co-  
yet. cap. 20.

(2) D. Gregor. Lopez, in leg.  
22. tit. 1. part. 7. Martin Delrrio,  
in leg. transig. n. 34.

(3) Delrrio ubi prox. n. 35.

(4) Observ. 1. n. 17. y observ.  
10. e. 7. punt. 2. n. 3. y sig.

48. Solo este aparato hará conocer, que tan sutil disceptación exige un discreto exámen por partes de los efectos de la diversidad expuesta; mas como esta consista en la entidad de los mismos delitos, debe ser prévio el conocimiento suyo, apurando su gravedad, y sobre todo cuales son capitales, y cuales no, por medio de las doctrinas dadas anteriormente (1).

49. En su presencia ha de caminarse sobre el supuesto, que aunque la pena de muerte civil constituye capital el delito en que se impone, no es así, en cuanto á los indicados efectos de transigirlo; pues se entiende solo de aquella pena, que quita la vida natural ú ocasiona natural y positivo sentimiento íntimo del cuerpo; como la mutilación de miembro, y otras que causan derrame de sangre (2).

50. Bajo esta precípua inteligencia, el reo que transige el indicado delito, no es habido por confeso, suponiéndose, que en tal conflicto, no con el fin de sobornar al acusador se conduce, sino con el de proporcionarse estos favores; á saber, el redimir su sangre, como se deja fundado (3): el libertarse de la persecución del actor, supuesto que ya no le es lícito proseguirla (4): enervar la fuerza del proceso, mediante la remisión de la parte agraviada, y exi-

(1) En la cit observ. 1. n. 17.  
y observ. 10. c. 7. punt. 2.

(2) Ley Licet. 103. D. de verb.  
signific.

(3) Ley fin. §. fin. C. de Judic.

Licet 103. D. de verb. significat.  
Duareno, de tran c. 2.

(4) Duareno, de transact. cap.  
2. ley Eratris, L. Causas. C. de  
transact.

mirse de la pena de la vida y demas corporales, aunque el delito las merezca (1).

51. Algunos de estos privilegios reservados especialmente á la transaccion del delito de sangre, llegaron á confundir los mayores ingenios de nuestra jurisprudencia; con especialidad el último insinuado, en que se dijo, que ella exime al reo de la pena de la vida y demas corporales, aunque las merezca, habiéndoles dado motivo para dudar de la verdadera inteligencia de las palabras de la ley en que se funda (2). Se creyó que aquella expresion; *vala quanto para no recibir. por ende, pena en el cuerpo al acusado*: no debía tomarse así como suena, ni que por la transaccion y su virtud debía quedar exento el reo de pena corporal; sino que debía entenderse impune corporalmente en cuanto al hecho de haber transigido, ó libre en calidad de seductor ó corruptor de su adversario que le acusó, sin reputarse por ello confeso y convicto en el delito transigido, así como sucederia si la transaccion recayese sobre delito no capital (3). Pero conociendo que no sin caviliosidad podia torcerse tan literal y terminante contexto (4): ellos mismos deponen su error, y confiesan unánimes, que otorgada la avenencia del delito por el acusador

(1) Ley 22. tit. 1. part. 7. Lopez ibi, glos. 11. P. Molina, tom. 4. disp. 47. Cevallos, comm. q. 77. n. 1. Morla, loc cit.

(2) Gom. Variar. tom. 3. cap. 3. n. 56.

(3) Gom. ibi.

(4) Morla, Gom. et Molina ubi prox.

y acusado, no puede este recibir pena corporal, ni á instancia del que le perdonó, ni de otro tercero, ni por el Juez de oficio; antes en el caso de promoverse ó continuarse la causa por estos últimos, (como deben hacerlo, especialmente el Juez en delitos graves, segun se expuso (1), luego se recordará) las penas han de ser arbitrarias, dejando sin lesion el cuerpo (2).

52. Este establecimiento se funda en la expuesta ley 22, tit. 1, part. 7 como se ha persuadido. Y aunque la ley 10, tit. 24, lib. 8 de la Recop. parece correctoria de aquella: no lo es; porque no habla de los delitos de la presente materia, sino de los exceptuados de ella, de que luego vamos á hacer mérito.

53. Para producir tan estupendos efectos la concordia, ha de preceder á la sentencia y condenacion del delito; como la misma ley expresamente lo previene (3). Salvo el adulterio, que por especial privilegio, antes y despues de sentenciado puede el marido graciosamente perdonarlo (4). Y aparte de esto ha de ser de buena fe, sin fraude, dolo, ni colusion alguna (5).

54. Sin apartar el discurso de estas máximas, lo

(1) En la observ. 6. c. 1. n. 4. 49 á 51. y allí, c. 3. Véase el n. 71. de este capítulo.

(2) Delrrio, Morla et Molina, ubi prox.

(3) Gom. ubi prox.

(4) Ley 8. y 15. tit. 17. Part. 7.

(5) Véase el n. 47. á 69. de este capítulo.

es de principal atencion, que hay delitos, que tenidos en concepto de capitales, no pueden transigirse. Entre ellos el adulterio, exceptuado nominadamente por la misma ley 22; bien que solo en el caso de ser pagado el ajuste, ó que el marido, á manera de Leon, disimula la injuria por premio á costa de su honor: no por el contrario; pues siendo gracioso, y que por él se reconcilia la paz matrimonial, depoiendo agravios sin otro premio ni aliciente que el de vivir ajustados á este cristiano deber, es laudable y digno de fomento (1). En sustancia le es ilícito al marido el perdon del adulterio por paga, preponderando el interes al honor (2). De consiguiente no se le resisten los designios dirigidos á poner este último á cubierto, y que se castigue la conducta criminal de aquella; como por ejemplo, el pedir ó convenir sin premio que esta sea desterrada ó reclusa; ó instar el pacto lucrativo de la dote por condescender á la remision; con tal que sea despues de la sentencia en que fué declarada adúltera; ó antes, si fué patente ó indudable el adulterio; porque en estos casos, no como precio de la remision lo adquiere, sino por virtud de la ley que se lo atribuye independiente de dicho pacto (3). Pero es de notar,

(1) Ley 22. tit. 1. Part. 7. et ibi Lop. glos. 13. Palac. Rub. de donat. inter vir. et uxor. Rub. §. 34. num. 4.

(2) Sanchez, lib. 10. disp. 7.

n. 10. et lib. 10. disp. 8. n. 12.

(3) Sanchez, loc cit. Gamma, decis. 83. ibi Flores de Mena, et decis. 369.

que sufre alguna variedad de los AA. este último punto (1).

55. La causa de exceptuarse el adulterio de la regla general que permite la concordia de los delitos capitales, puede colegirse, sobre estas doctrinas explicadas, de otras que en este tratado particular se expondrán (2).

A ejemplo del adulterio se exceptua tambien el estupro de doncella inmadura, y todo delito de su analogía que sobre su perpetracion lo califique alguna otra calidad no comun agravante, y que en su virtud sea condigno de pena capital (3); como el ser inmadura la doncella estuprada, ó el ser habida la cópula ó acceso con violencia; pues la atrocidad de estos delitos, y el ser mas que capitales los exime de dicha regla (4). Tal es la detestacion de semejantes excesos, que basta el ósculo dado á la muger con arrojamiento, para ser punido severamente (5).

56. Lo mismo debemos decir, por la misma ó mayor razon, del rapto de muger honesta (6); cuya

(1) Flores de Mena, loc. cit.

(2) Observ. 11. e. 20. 21. 22. 23. y 24.

(3) Gaspar, Thesaur. lib. 4. q. 57. Fontanela, de pact. nup. claus. 5. glos. 5. part. 2. num. 9.

(4) Ley. 3. tit. 20. punt. 7. ibi. Lopez, et in leg. 2. tit. 51.

Part. 7. Clar. §. Stupr. q. fin.

(5) Gutier. lib. 1. Canonic. q. 37. num. 3. Reyterer. decis. 221. Navarro, decis. 33. Afflictis, decis. 276.

(6) Ley unic. C. de Rapt. virg. ley 3 tit. 20. Part. 7.

gravidad hace que hasta los padres que se portaron indulgentes en el robo de su hija, disimulando ó remitiendo el agravio, incurran en pena de deportacion (1). Lo propio del crimen *lesæ Majestatis Divinæ, aut humanæ*, incesto, alevosía, blasfemia, asesinato y otros de igual ascendiente (2). Y lo propio de todo delito, que aunque no sea de estos exceptuados, haya sido cometido con reincidencia, despues de haber sido remitido algunas veces, pues en ellos, y cuantos se dejan en reserva, no obstante de ser remitidos, se procede á la imposicion de la pena corporal que tenga merecida (3).

57. En consecuencia del propuesto axioma, es ilícita la indulgencia lucrosa y pagada de los delitos no capitales, y de los que siéndolo, la ley resiste su transaccion, y quedan exceptuados. Porque como la licitud de estas gestiones se funda en el indicado derecho de redimir cada uno su sangre á costa de su dinero ó de otro cualquiera modo: no puede ser puro y recto el intento del reo redimiendo por este medio los delitos que la pena suya no ha de derramarla: antes se cree que lleva el fin de hacer callar á su adversante acusador, corrompiendo su ánimo y voluntad á fuerza de dádivas y promesas, y

(1) Martin del Rio, in dict. leg. de Rapt. virg. n. 114. Lop. ley 22. tit. 1. Part. 7.

(2) Padilla, in dict. leg. P. Molina, loc. cit.

(3) Aillon ad Gom. tom. 3. cap. 3. n. 59. et 69. ley 1. tit. 25. lib. 8. ley 10. tit. 24. lib. 8.

Recop.

con ellas salir del cuidado en que le constituye la culpa de aquel delito que malamente transigue (1). Por esta calidad, y la de que calificándose corruptor el reo se hace infame y es habido por confeso y convicto en su perpetracion (2): ha de proceder muy cauto y reflexivo en semejante negocio, mirando en sus resultas el fin que puede tener.

58. Toda vez que la circunstancia de ser pagado el perdon del delito capital, lo hace improbo, por lo que induce la expuesta jurídica presuncion de impureza: se viene á la mano el decir, que las remisiones graciosas sin premio ni recompensa alguna, son tolerables, y de calidad que no infaman al agraciado reo, ni producen los insinuados efectos que aquellas otras que á influjo del lucro se dispensan (3).

59. La confesion ficta que resulta contra el reo, por estos hechos siniestros no es bastante para condenarle ni convence cuando es necesario, el cuerpo del delito, pues son limitables sus efectos; y el mérito se eleva á cierto punto que en otro estado se demostrará (4).

60. En obsequio de la claridad, conviene observar por conclusion de esta materia, que en ella, el

(1) Delrrio, ubi prox. num. 134. ley 12. tit. 1. Part. 7. ibi Lopez.

(2) Ley 22. tit. 1. Part. 7. Lopez et Delrrio, ubi prox.

(3) Delrrio, ubi n. 129 et 135. Mascard. cons. 501. n. 2. 4. et 7.

(4) En la Observ. g. c. 7. num. 65.

carácter del transigente reo es cambiante; de modo que aparece con un carácter cuando el delito es capital: con otro distinto cuando no lo es: y con otro muy diferente cuando dejando de serlo, la remision es gratuita, ó no interesada, resultando en su efecto, producidos tan distintos, como se coligen de las doctrinas explicadas.

Hay ocasiones en que la conducta del reo es tan conforme que el premio del perdon, ó aquel contingente que pactó y dió para conseguirlo, puede revocarlo y repetirlo del adversario contendor; y es cuando su fin no fué el de pervertir, sino el de librarse de las molestias de la acusacion injusta (1).

61. Semejantes convenios que especulamos, y vienen recomendados desde el n. 10 cap. 1 de la Obs. 6 son útiles al reo; pues le deparan los alivios ponderados en los nn. 50 y sucesivos del presente: y tambien lo son al actor; á causa que con ellos facilita las resultas de su acusacion: destierra el justo temor de incidir en las penas de la calumnia no probando su instancia (2): y como sacra áncora evita el riesgo de caer en la nota de infamia y otras penas desamparando aquella fuera de tiempo (3). Pero con todo debe caminar zeloso y cauto en su adhesion, no sea caso que envilezca su procedimiento cuando podia

(1) Véase en esta Observ. 7. 5. 1. n. 15.

(2) Observ. 6. c. 1. num. 77. y sig.

(3) Menoch. ley 2. de Arb. Centur. 4. Can. 322. Delrrio, ubi prox. Véase la Observ. 6. c. 1. 49. y 50.

hacerlo digno de elogio y gratitud. Conviene decir: que si la remision la otorga de buen grado, ó por efecto de conmiseracion y generosidad, será laudable; y por el contrario, será las mas veces fea y denigrante, adhiriendo á ella por precio (1); entre otras, en el caso de no portarse con lisura y rectitud. Sobre todo esto, es de advertir que el pactar en la concordia el reintegro de las costas y daños no es de la expuesta regla, ni se cuenta en los capítulos de la notada prescripcion, como en prueba de este concepto, siempre que la gracia es solo de la injuria ó delito, no se entiende de los daños é intereses, no haciéndose de ellos especifica mencion (2).

62. De los delitos no capitales que repugnan la transaccion se eximen algunos, que sin serlo la admiten. Uno de ellos es el hurto, que aunque no es capital puede ajustarse; y en su efecto, ni el reo, ni el actor tienen que sufrir las señaladas penas á que son incursos los que concordan delitos no sangui-narios (3); cuya máxima no altera el expuesto general régimen de derecho; pues como se deja sentado, ella es excepcion acordada por la ley (4).

63. La misma dispensa se halla establecida en la injuria y el daño; cuyas acciones, aunque no son de penas *corporis* afflictivas, pueden transigirse con im-

(1) Ley 2. tit. 1. Part. 7.

(2) Narbon. q. 19. num. 8. Barbos. in collect. ad cap. 2. de off. ordin. lib. 6. num. 20.

(3) Arias de Mesa, lib. 2. variar. cap. 13. num. 14.

(4) Lex Duodecim tabular. : ita de furto pacisci licitum est.