

El Monopolio, y Mohatra siempre han sido de prohibicion legal: y en este último se castigan ambos contrayentes, el que vende y recompra, por razon de la usura que envuelve su intencion y manejo, y el que compra y revende, por la prodigalidad é indiferencia con que abandona sus naturales y civiles obligaciones (1). Esto no obstante es de atender, que este contrato en algunos lances puede ser de naturaleza lícita; entre ellos, cuando la cosa que lo ocupa sigue el precio regular y corriente: cuando la reventa no fué por pacto precedente, sino de pura voluntad: y cuando cesa toda sospecha y escándalo en la negociacion (2).

40. Otra especie de hurto fuera de las numeradas en este capítulo, se halla en la esfera criminal: de ella se conoce judicialmente, y así se persigue y castiga: y lo es cuando alguno con dolo detiene sin restituir la cosa que para algun fin especial se le consignó; ó la que le fué entregada bajo cierto título, (como de administrador ó depositario) le da otro destino, invirtiéndola en utilidades propias; ó le da otro uso ageno de aquel á que fué destinada (3).

(1) P. Sanchez consil. mor. lib. 2 cap. 7 dubit. 11. q. 88. n. 3.
Ciriac. cont. 169, n. 8. D.
Matth. cont. 40, n. 107.

(2) Gutier. pract. crimin. q. 88. n. 3.
(3) Ursayaubi prox. lib 2, tit. 8, n. 143 et seq.

41. El arranque de buegas, linderos, ó mojoneras de los campos pudiera colocarse en esta clase, por el carácter de hurto que tiene su efecto, cuando con malicia ó temeridad se usurpa el territorio ageno utilizándose con él; pero no conviene repetir su discusion, supuesto se hizo ya tratando de la fuerza, poco antes (1).

CAPÍTULO XIX.

DEL ENGAÑO.

CONTIENE:

Nos

1. La incidencia del engaño, en hurto y falsedad.
2. y 3. El engaño, produce accion civil y criminal; y esta última surte solo en el caso de verificarse dolo malo.
5. Estelionato, ó delito de vender ó empeñar una cosa á dos ó mas, cobrando de todos el precio, si puede perseguirse de oficio?
4. Quiebra, ó decocion de mercader alzado, cómo se califica este delito; qué calidades deben concurrir; y cómo se prueban, y tratan estas causas?
5. Série, y explicacion de otros fraudes, engaños, y falsedades: acciones y medios que prestan para su persecucion: nota de los que cometen los regatones, revendedores, bribones, y otros de tal mecanismo; y los que denigran á los dependientes, miembros, y ministros de los tribunales.
6. Particularidades, y excepciones de la accion de engaño.

(1) En el cap. 10 de esta observ. 11.

1. El engaño cae entre hurto y falsedad (1); pues participa de uno y otro, con sola la diferencia, que el que engaña quita al engañado lo que es suyo con ánimo, dolo y travesura, enriqueciéndose con detrimento del mismo; y el que hurta, quita la cosa mueble materialmente, moviéndola de un lugar á otro, contra la voluntad de su dueño y con lucro suyo; viniendo á ser en uno, y otro hecho, igual el ánimo é intento, y en todo comparables los efectos.

2. La esfera del engaño es inmensa; pues son tantos los fraudes y petardos que sufren unos hombres de otros, cuanta es la malicia y vivacidad humana. Mediante lo cual, supuesta la íntima conexión suya con los delitos que poco ha se han especulado, justo es se impenda en él algun estudio, haciendo progresivo el orden que seguimos.

3. Con este supuesto, el engaño que aquí se trata es aquel que es delito, y se equipára con el mismo dolo malo (2). En su catálogo, que es infinito, entra en primer lugar el estelionato, ó aquel manejo estudiado de vender, ó empeñar una misma cosa á muchos á un tiempo, cobrando de todos su importe. Bien que si á esta voz ha de darse su significado propio, es el estelionato un

(1) Tit. 16, part. 7.

(2) Preludio de dicho tit. 16, y ley 1, alli.

delito irregular, vago, é incierto, que puede aplicarse á toda accion injusta ó hecho ímprobo del hombre, que siendo criminoso y punible, carece de nombre de delito (1). Por esto el instituto de esta nominada transgresion es tan rara, como ella misma: solo puede inquirirse de oficio, cuando la violencia del fraude ofende á la causa pública: y no tiene penas fijas, positivas y ordinarias para su castigo (2).

4. Luego viene en zaga la decoccion ó quiebra de mercader alzado; cuyo detestable delito (3) se pune con penas mayores, que en su lugar fueron notadas (4); y es otro de los artículos de la inquisicion de oficio. Para calificarse es de esencia, que el tal mercader ú hombre de comercio se alce con dolo y fraude, negándose al pago de sus acreedores; verificándose esta calidad con el hecho de esconder los bienes, negar los libros de cuenta y razon, ó presentarlos viciosos ó ilegales. pues obra con vehemencia contra él en este caso la expuesta presunta mala fe, por la obligacion que le impone la ley (5) de tenerlos sin tacha ni defecto. Por el contrario, aunque él se oculte, ó emigre, no por esto se dice decocto, estando

(1) Ley Stelionat. accusat. 3, cap. 1

serv. 1, n. 12

(2) Observ. 10, cap. 7, punt. 2, n. 84.

punt. 2, n. 84.

(3) Tod. el tit. 19, lib. 5. Recop.

(4) Observ. 10, cap. 7

punt. 2, n. 84.

(5) Aceved. alli.

xento de aquellas calidades; porque en la ocultacion de los bienes ó libros se cifra el delito, no en el retraimiento de la persona; el cual suele nacer sin dolo, de lo que atribula y naturalmente afflige la desgracia ó reves de fortuna constituyendo en estado de no poder pagar lo que se debe (1). Este delito es de difícil prueba por lo que toca á la expresada ocultacion prévia de los bienes, deduciéndose por conjeturas de los hechos antecedentes, actuales y subsiguientes, entre ellos, el de aparecer el alzado reo, despues de pasada la tormenta del concurso de acreedores, sobre el mismo pie de comercio y opulencia en que antes estaba. A este fin, bajo el supuesto que lo mismo es cesion fraudulenta que decoccion por lo que hace á los efectos criminales, conviene se sepa, que en el caso de fundarse en algun naufragio ó desgracia de comercio (como es frecuente, y las mas veces con fraude), incumbe la prueba de este punto al propio mercader, con obligacion de acreditarla plena y legítima, sin vestigio ni sospecha de simulada maldad (2).

5. Siguen por orden tras de estas especies explicadas de engaño, otras innumerables; como el encubrir con artificio y mentira el vicio de la cosa que se vende ó contrata (3): el aparentar distinta

(1) D. Matth. cont. 39, ubi prox.
per tot.

(3) Ley 1, tit. 16, part. 7.

(2) D. Matth. et Aceved.

calidad buena y perfecta en ella, de la falsa y ruin que en sí tiene: el sustituir el género dado por muestra, con otro mas inferior, despues de concertado: y el poner en las manufacturas, obrages, géneros, frutos y materias preciosas otras mas viles, disimulándolas bajo aquella misma preciosidad; así como, en el oro y plata el cobre: en la cera el cebo de animal: en el aceite la miel: en la miel el almidon: en el azafran las hebras de carne seca de vaca: en la harina de trigo la de maíz; y así otras que adulteradas maliciosamente, defrauda su menos valor la estimacion intrínseca de aquellas en que van combinadas (1).

Estos engaños y demas semejantes atribuyen al engañado oportunas acciones civiles y criminales para repetirlos segun la maldad; y si esta es tan grave que trascienda á la causa pública, puede perseguirse tambien de oficio (2). Regularmente cuantas se cometen en esta materia pueden concretarse á los ejemplos que aducen nuestras leyes; así como las de los regatones y revendedores que muestran, fingen y ostentan una mercadería por otra: las de los baratadores, que abusando de la confianza del hombre de bien, le depositan confidencialmente materias despreciables metidas en arcas, bolsas, ú otras vasijas con apariencias su-

(1) Ley 8. alli.

(2) Ley 3 y últ. de dich. tit. 16.

perficiales de ser moneda ú otra cosa preciosa en que va simulada su entrega (1): las de las peleas, riñas, sustos, espantos, asaltos y otros amagos, que fingen los aviesos y bribones en los lugares de juegos, ferias, mercados y concursos para sorprender y confundir á los jugadores ó feriantes, á fin de que abandonen el dinero, ó mercaderías, y en tribulacion pillarlos ellos, ú otros de su propia complicidad (2): los engaños judiciales trazados por el Criminal, que temiendo ser acusado ó perseguido de sus maldades, enreda y tramoya con ardid que otro tercero de su confianza le acuse, á fin de que resultando improbadamente la instancia, quede absuelto de ella, sirviéndole esta de excepcion de cosa juzgada á la nueva y legítima que se mueva contra él (3): las colusiones, intrigas é inteligencias de los Abogados, Escribanos, Procuradores y dependientes del tribunal: y todas las demas picardías y manejos que ocurren en todos los ramos de la república (4).

6. Esta accion dura dos años; y contrayéndola á las distinciones notadas en este cap. no tiene lugar contra el heredero del que engaña; solo la civil (5); y contra el padre, abuelo ó señor ni una ni otra, por la reverencia y respeto debido

(1) Ley 8 y 9, allí.

(2) Ley 10, allí.

(3) Ley 11, allí.

(4) Dicha ley 11.

(5) Ley 3 y 6, allí.

á sus personas (1). Siendo tambien propio de este delito, que cometido por muchos de consumo, todos son tenidos *in solidum* (2).

Las acciones redibitoria, quantiminoris, y las que produce el engaño enorme, ó enormísimo, aunque son de este tratado, no respectan al instituto criminal de esta obra.

CAPÍTULO XX.

DEL ADULTERIO.

CONTIENE:

Nos

1. Una mencion de los delitos carnales.
2. Accion de adulterio, á quién compete: cómo se instaure bajo las prohibiciones de derecho: si puede seguirse de oficio: y si la muger tiene alguna, para reclamar la vida desarreglada de su marido?
3. La causa de adulterio es de difícil prueba: y cual debe haber para tener lugar las penas de ley?
4. Excepciones, y excusas que eximen de estas penas, y dirimen la accion referida.
4. De los pactos licitos, ó ilícitos relativos á esta materia.
5. Cómo puede el marido matar á los adúlteros? y si no obstante esta licitud, se procede de oficio contra él?

4. El adulterio y todos los demas delitos de sensualidad; como son la sodomía y coito contra

(1) Ley 4, allí.

(2) Ley 3, allí.

natura, la fornicacion, el rapto, el estupro, el amancebamiento, la vida meretriz, la alcahuetería y lenocinio, se tratan en juicio bajo cierto orden distinto y nada conforme entre sí, no obstante su analogía y correlacion; por ello de uno hablaré separadamente.

De algunas otras transgresiones contenidas en esta materia; como el incesto y nefando: el acceso del esclavo con su señora: el del criado ó familiar con la consorte del señor, hija, ó criada: y el de una secta, con persona de otra, nada diré; pues de las penas respectivas á que cada uno se remitirá en las incidencias de estos discursos, podrá colegirse su debida discusion (1).

2. Del adulterio, tema del presente cap. aunque se anticipó ya alguna idea (2), conviene repetir, que la accion suya solo compete al marido, mas no á la muger, aunque sus quejas justas y fundadas de la vida desarreglada de aquel, se atienden en el foro (3): que la tal accion es primitiva y reservada al primero, sin que otra persona alguna pueda ejercitarla, ni el Juez de oficio, no siendo con lenocinio (4): que la acusacion ha de comprender precisamente á los dos adúlteros, y ha de formalizarse en un propio libelo: y que el ma-

(1) En el cap. 7, punt. 2. Véase el dich. n. 13, obs. 6, observ. 10, n. 20 y sig. cap. 1.

(2) Obs. 6, cap. 1, n. 13. (4) Obs. 6, cap. 3, n. 6.

(3) Ley 1, tit. 17, part. 7.

rido no solo es socorrido con la criminal, si que tambien con la civil, bajo estos distintos efectos. Que procediendo civilmente para el divorcio, pierde la adúltera su dote y demas bienes que le pertenecen, los que se aplican al mismo: y que instaurando la criminal ante el Juez secular tambien los lucra y se aplican, como no haya llegado á matar á aquella de su autoridad, en uso de la que la ley le dispensa (1).

3. La causa de adulterio es de difícil prueba (2); por cuyo respecto tienen lugar los indicios y presunciones, siendo de derecho ó vehementes de hombre (3); como el hallazgo del adúltero y adúltera solos en un aposento ú otro lugar recóndito desnudos, cerradas las puertas, yaciendo en un propio lecho, ó en otra disposicion que la induzca tan fuerte y violenta, que no deje motivo para presumirse otro hecho que el adulterino.

Como las penas de este delito son tan acerbas y duras, (pues entre otras (4), se entregan los adúlteros al marido para que los castigue, dándoles muerte, mutilándoles algun miembro, ó haciéndoles alguna otra injuria á su arbitrio), no debe fiarse esta condena á una prueba vaga y débil que acaso influyan conjeturas leves, infun-

(1) Ley 80 y 82 de Toro. Gom. n. 50. Véase la obs. 10,

(2) Observ. 9, cap. 2, n. 7, cap. 4, punt. 2, n. 105, 170 á 13. á 191.

(3) Ley 8. Tauri et ibi. (4) Gom. loc. cit.

dadas, ó temerarias (1); antes debe ser del carácter que poco ha se indicó para afianzar en ella una resolución de tanta gravedad.

Para calificarse no es preciso que el patrimonio sea válido y legítimo; pues aunque por alguna causa ó motivo se anule, no por esto deja de haberse verificado el adulterio, ni de ser punible como en el otro caso (2).

4. Si en los cinco años de su prescripción (3) no se acusa, se entiende remitido (4); y lo mismo si sabiéndolo el consorte lo sufre y tolera admitiendo en su cama la adúltera (5).

Otras varias excepciones sufragán á la muger casada que se dió con otro hombre fuera del suyo; señaladamente estas: el haber desamparado el marido la causa de esta especie despues de instada: el haber expresado al Juez que no quería usar de este derecho: el concurrir al adulterio la adhesión del mismo (bien que por otro lado es punible de oficio semejante torpeza) (6): el haber sido cometido con violencia, ó contra la voluntad de aquella: el haber sido con error, pensando que era su marido: y el haber abjurado este

(1) Gom. ubi prox. Véase la obs. 10, cap. 4, punt. 2 n. 170 á 191.

(2) Ley 81. Tauri ibi. Gom.

(3) Véase la obs. 1, n. 18.

(4) Tit. 17, part. 7.

(5) Alli tit. 17, part. 7.

(6) Obs. 6, cap. 3, n. 6.

nuestra fe y religion católica, volviéndose apóstata ó herege (1).

5. Es lícito al marido matar á los adúlteros en fragante; con tal que lo haga en el propio acto adulterino, no fuera de él; y mate á los dos, no al uno sin el otro (2).

Esta legal cuanto tremenda permisión se funda, en que el marido no se arroja á un homicidio voluntario, sino de justicia, movido de su celo, y como ejecutor de ella (3); á parte de que el justo sentimiento, que en él se supone, al ver delante de sus ojos manchado su honor, parece superarse á la misma prohibición de matar (4).

Semejante derecho como que es de privilegio sin igual, solo reside en el marido, sin facultad de cometerlo á otra persona; fuera de los hijos, que se juzgan en derecho la misma del padre (5).

Aunque la adúltera sea preñada y la mate el marido sabiéndolo, queda inmune; y lo mismo si el adúltero es eclesiástico á otra persona de órden sacro (6).

(1) LL. 6, 7 y 8, tit. 9, n. 18, et in leg. 82 n. 52. part. 7.

(2) Gom. in leg. 76. Tauri 55. n. 18, et in leg. 82, n. 52,

(3) Gom. ibi n. 61 et seq. ley 14, tit. 17, part. 7.

(4) Gom. ibi n. 53 et seq.

(5) Gom. in leg. 76. Tauri

Nunca se debe olvidar, que el derecho que tiene el marido de quitar la vida á los adúlteros, es con la restriccion insinuada de hallarles en fragante, matar á los dos, y ejecutarlo en el mismo acto; á no ser que por fuga, defensa, ó resistencia no pueda verificarlo (1). De consiguiente la prueba de haberse portado con la expuesta calidad esencial, incumbe al marido matador; y siendo como estan difícil, bastará para su convencimiento el encontrar á los adúlteros muertos desnudos en un propio lecho, ó con tal disposicion, que ella fuese bastante para acreditar el adulterio si estuviesen vivos (2).

Las nociones de este delito aquí apuntadas, con las otras anteriores á que nos remitimos, parecen suficientes para la direccion de sus causas, no obstante las ampliaciones, limitaciones y excepciones innumerables que las abruman; pues en su ocurrencia puede recurrirse á los Profesores de ambos derechos (3) que dignamente las escribieron; siendo siempre de advertir, que aunque la muerte que ejecute el marido de los dos adúlteros sea lícita y justa: con todo se procede contra él, se le aprisiona, y se le hace cargo, viniendo á que-

(1) Gom. ibi n. 50, 51 et jur. tract. 3, disp. 80. D. Valenz. consil. 18 et 28. de Co-

(2) Gom. ibi n. 56 et 57. varr. cap. 7, de Matrim.

(3) Farin. de delict. carnal. Ferr. verb. adult. Todo el tit. 9, part. 4. y tit. 17, part. 7.

dar despues pródidamente absuelto, cuando patiente en su defensa la justificacion y justo derecho con que se condujo (1).

CAPÍTULO XXI.

DEL COITO CONTRA NATURA.

CONTIENE:

1. El procedimiento en estas causas, en las de sodomía, y bestialidad; y especiales penas con que se castigan.

4. La sodomía y bestialidad son excesos tan horrorosos, cual otros haya en el espacio criminal. La inquisicion del primero es ordinaria, y casi siempre de oficio. Se admiten testigos menos idóneos y conjeturas, por la dificultad de la prueba que reside en el delito y delincuente (2); la cual consiste sin otro medio, en la vista ó hallazgo en el propio acceso carnal, ó hallazgo de los coeuntes, uno sobre otro, ó acercándose entre sí con movimiento para acto lujurioso contra natura, ó en términos que se infiera su efecto sin poderse presumir otra cosa (3). Puede asimismo compro-

(1) Véase el cap. 7 de esta observ. y 18.

(2) Observ. 9, cap. 2, n. 7 á 13. Gom. ley 82, n. 17

(3) Gom. ubi prox. in leg. 82. Tauri.