

qua: per Antonium Aleman abscondita, & rursus distributa dicebantur. Et facilis est responsio, quia facilius Commentariensis illudi poterat, quoad eorum introductionem; cum arma essent pugiones, & instrumenta manualia, vulgo pistoles, de quibus testes deponabant, nempe inter linteamina ad usum carceratorum frequentissime introducta perneceffe, aut per fenestras mansionum inferiorum nuncupatarum los cubos, quae, ut dictum est descriptione carceris, aditum praebent rebus parvi ponderis, & voluminis. Si enim carcer Valentinus sic constructus est, ut haec faciliter admittere possit, quare imputabitur Commentariensis, qui in loco remotissimo adesse debet ex officii necessitate? ipse enim, ut apparebat ex actis, fecerat quod in se erat, ob quod culpa punibilis in eum non resultabat. Plaza. d. c. 23. n. 17. vers. caterum. Farin. d. g. 31. n. 45.

111 Ex culpa Antonii Aleman adhuc non poterat accusari, & multo minus condemnari, quia licet Text. in d. l. fin. Electori custodis culpam irrogat, & Farinacius pluribus relatis ampliando conclusionem sequatur d. g. 31. n. 39. Hoc tamen procedit quoad fugam de qua non poterat accusari: sic colligitur ex verbis Textus, ibi: ea prodita culpa reus est qui eam ei commisit. Et adhuc data absentia commentariensis non ei imputandum, sed adjutori ex d. l. 4. C. de custod. reor. ut dixi n. 64. Non autem in casu necis, quia de eo Text. non loquitur in prima specie, & in secunda non de necis ab extraneo illata, sed ab ipso reo, & in his terminis nunquam admittitur acerba dispositio Text. in d. l. ad commentariensem, cum puniendum eadem poena qua reus puniendus erat, sed alia arbitraria: probant Grammat. foto 9. Claros g. 68. n. 8. Boer. decis. 106. n. 3. Mascard. concl. 469. Thoro, in comp. decis. p. 1. verb. custos carceris. Qui loquuntur in casu fugae per portam, quam custos electus per commentariensem apertam reliquit, & magna versatur differentia inter fatalitate contingenter commissam in carcere, & negligentiam culpa latissima factam per custodem, sanam apertam relinquendo, quando ex necessitate muneris clausam habere tenetur. Et adhuc in isto casu plures limitationes conclusio admittit. Quarum primam ponit Farin. ibid. n. 55. scilicet quando custos tempore electionis habebatur pro idoneo, fideli, atque

diligente. Et quod Antonius Aleman has qualitates obtineret, iudicio eorum quibus notus erat, in quantum conditio personarum, quae haec officia obtinent paritur, comprobatur ex actis, & sic ex hac ratione Sebastianus Texidor sive commentariensis absolvendus erat; quia, ut dixit Farin. d. n. 55. ibi: Non procedere quando custos substituitur a principali commentariensem tempore substitutionis, erat tentatus & reputatus communiter diligens, & fidelis ex eo patet quia alius sic in aliis custodiis se bene & fideliter gesserit: namque tunc si fuerit in aliqua culpa vel dolo, commentariensis qui eum deputavit non tenetur.

Secundo quia ex consuetudine inventata, ut probabatur ex actis, & notorium est, Commentariensis Valentini hos custodes defumunt ex Birroariis Regiae Audientiae: qui licet in familia sint officiales infimi, tamen in eo ordine reperiuntur publica auctoritate probati; cum superioribus deserviant in captura reorum, persecutione facinorosorum, citationibus, injunctionibus, & adhuc per foros eis necessitate committenda sunt executiones exiguae summae, nempe centum librarum & infra, hoc est mille drachmarum sive regalium argenti. Quod sufficit ut Commentariensis eligens excusetur: quia eligens publica auctoritate probatum non tenetur ad aliquid superveniens Text. in l. generaliter. §. sparios, ff. de decur. gloss. in l. fin. in princ. ff. de cust. reor. Farin. in d. g. 31. n. 56. Si enim ex his eum destinavit ex quibus consuetudo introductum habet ut destinatur, quomodo electio in culpam imputari poterat; potest ne quis ab astutia, cavillatione, technis atque versutiis hujus farinae gentis liberari? reperiturne vigilantia praevens insidias inopinatas? Quando enim commentariensis nulli alii calamitati obnoxii reperirentur praeterquam huic sustinenda poena ex culpa aliena ferè inevitabili, commiseratione dignos crederem in cunctis praeterquam in his quae ex propria culpa, vel dolo committuntur.

Tandem quia in casu necis carcerati non tenetur alius praeter illum cui culpa ascribitur: sic dixit Consultus, in d. l. fin. ibi: Militi culpa ascribitur, id est castigabitur, ita ut non dixerit, Carceri Praeposito, ut de corrupto pretio dixerat, in d. l. 8. Non qui eam ei commisit, sicut in d. l. fin. in princ. sed militi, hoc est ei cui immediate cura mandata erat, & dum Confusus

sultus discretivè de omnibus loquitur, si Praepositus puniendus esset ex culpa militis ratione necis pariter expressisset: & cum haec sit dispositio poenalis, restringenda venit, & strictissime interpretanda ex dictis contr. praecep. num. 5. Haec omnia comprobantur exemplis rerum judicatarum, consuetudinem judicandi in eadem Regia Audientia inferentibus, l. filius emancipatus 14. in fin. princ. ff. ad leg. Cornel. de Sicar. ibi: sic enim invenit Senatam censuisse, pluribus Valenzuela in terminis Regiae Audientiae Valentinae, conf. 40. n. 55. & segg. Et sic videbatur Commentariensem absolvendam esse, & revocandam sententiam. Quod de jure procedere indubitanter teneo, juxta factum resultans ex actorum transumpto quod vidi. Si quid sub herba latebat, exitus causae demonstravit.



CONTROVERSIA XIX.

De negligentia Commentariensis in custodia, & an teneatur de homicidio, facto in rixa, orta ex recuperatione rei exempti fraudulenter.

SUMMARIUM.

- 1 Facti species proponitur.
- 2 Dans operam rei illicita tenetur ratione cuiusvis criminis inde sequentis.
- 3 L. quoniam multa facinora, C. de vi pub. exponenda proponitur, & n. 13.
- 4 Concordantia jura memorantur cum Doctoribus conclusionem firmantibus, etiamsi mortuus sit ex parte invasoris.
- 5 De jure Hispano idem procedit.
- 6 Extrahere reum a loco immuni criminis punibile est.
- 7 Extractio rei ab Ecclesia violenter punibilis est, tam per Judicem ecclesiasticum, quam per laicum.
- 8 Commentariensis negligens in custodia punitur eadem poena, ac reus emissus a carcere.
- 9 Commentariensis non solum tenetur ex dolo, sed ex lata culpa, levis, & levissima.
- 10 Commentariensis non tenens reum in vinculis, dicitur negligens.
- 11 Condemnati ad rivremes, & Praesidia, compediibus debent detineri.
- 12 De jure Hispano idem procedit.

- 13 Dans operam rei illicita non tenetur de eo quod sequitur, nisi violentia sit ordinata ad illum finem, & probabiliter excogitari poterat.
- 14 De jure Hispano haec limitatio procedit.
- 15 Armatus dici non potest, deferens enssem prout de more habet.
- 16 Dispositio, d. l. quoniam multa facinora, non comprehendit eum qui iusto recuperare intendit possessionem recenter amissam.
- 17 Aggressor pro recuperatione possessionis recenter amisse solum tenetur de excessu.
- 18 L. fin. §. 2. ff. de custod. reor. expenditur.
- 19 Commentariensis negligens non punitur eadem poena, sed mitiori iudicis arbitrio.
- 20 A prodicione nemo praecaveri potest.
- 21 Si reus vestibus foemineis a carcere per portam emissus fuerit, Commentariensis non tenetur.
- 22 Nimia negligentia, dolus, vel lata culpa requiritur, ut locus sit dispositioni, l. ad Commentariensem, C. de custod. reor.
- 23 Legibus Hispania in casu doli, vel culpa Commentariensis punitur eadem poena, ac ipse reus.
- 24 Commentariensis ex negligentia mitius punitur per leges Hispania.
- 25 Et adhuc mitius per leges novissimas, nempe poena carceris per annum.
- 26 Quae dispositio procedit quoties reus non venit pleciendus poena capitali.
- 27 Decisio Aule.



UM in Regio Curiae carcere detineretur Emanuel Gutierrez, condemnatus ad poenam Praesidii per octo annos, pro crimine furti cum adolescens non deformis vultus reperiretur, fraudulenter fugere destinavit ad quod obrinendum primum a tonsore lanuginem barbae, jam pullulantis, radi curavit: Deinde Maria Andrade vetula sagace auxiliante, habitum muliebrem induit, comam more foemineo adornavit; & medicamine faciem fucavit, ac tandem foemina reputatus per portam palam evasit, die 17. Aprilis anni 1659. Commentariensis, qui cum exemptum cognovit, ut poenam negligentiae evadere posset, recuperare eum procurabat; & cum notitiam habuisset, confugisse ad coenobium D. Martini, associandum D. D. Laur. Matthau, de Re Crim. Pars I.

tibus, custodibus, & aliis duobus, à vestibulo cœnobii violenter extraxit, & dum ad carcerem reduceretur plures milites, ex tyronibus qui in delectu nomina dabant, sub prætextu quod jam nomen dedisset, eripere à manibus Commentariensis & Custodum conati sunt. Don Petrus de Arrundaga, & Don Franciscus Breton scholares Cantabri, mediatores se obtulerunt, sed rixa inter eos & tyrones orta, Don Petrus à militibus occisus fuit, Don Franciscus lethali ter vulneratus, & patier Emanuel Vicente qui ad sedandam rixam accesserat. Accusabatur Don Paulus de Espinosa Præpositus nostri carceris de his omnibus, & dubitabatur qua pœna esset plectendus.

Dicebatur per Fiscalẽ quod ratione necis, & vulnerum pœna capitali plectendus erat, quia dando operam rei illicitæ, scilicet Emanueleẽ Gutierrez à loco immuni violenter eripiendo, tenebatur de cunctis, quæ subsequuta fuerunt, juxta Textum expressum, in l. quoniam multa facinora 6. C. ad leg. Jul. de vi pub. & privat. cujus verba sunt hæc: *Quoniam multa facinora sub uno violentia nomine continentur, cum aliis vim inferre certantibus, aliis cum indignatione resistantibus, verbera, caedæque crebra desegantur admissa, placuit si forte quis vel ex possidentis parte vel ex ejus qui possessionem reme re tentaverit interemptus sit, in eum supplicium exerceri, qui vim facere tentaverit, & alterutri parti causam malum præbuerit, & non jam relegatione, aut deportatione insula plectatur, sed supplicium capitale excipiat: nec interposita provocatione sententiam, cum fuerit data suspendat.* Concordat Text. in l. nihil interest. ff. ad leg. Cornel. de Sicar. c. de cætero, c. suscepimus de homicid. cap. fin. eod. tit. in 6. Boss. in pract. tit. de plur. violent. Tiber. Decian. tract. crimen. lib. 8. cap. 15. cum segg. Cuman. in l. §. divus. ff. ad leg. Cornel. de Sicar. & consil. 534. col. 2. ant. fin. verb. ad secundum. Aretin. consil. 34. in fin. Marfil. consil. 7. num. 5. & 8. Olascus, decis. Pedem. 104. num. 6. Brun. à Sol. q. 34. n. 43. And. Gail. observat. 110. n. 38. lib. 2. plur. Farin. q. 126. num. 61. & 63. cum segg. præcipue n. 70. quod probat conclusionem procedere prout in Textu habetur, etiam si occisus sit ex parte inavortis, ut in nostra specie, pluribus etiam Aug. Barbosa, in d. c. de cætero, n. 7. & 3. Caball. cas. 192. n. 11. & de homic. n. 13. Jul. Clar. in §. homicidium, n. 36. & Ant. Matth. lib. 48. ff. tit. 3. c. 3. n. 6.

De jure nostro Hispano idem procedere dicebatur per Text. in l. 8. ad med. tit. 10. part. 7. ibi: *mas si en la fuerza que alguno ficere torticemente con armas fuesse muerto algund ome quier sea de su parte del forçador, quier de la oria, estonce non deve ser deserrado el que fuere el majoral del ajuntamiento, mas deve morir por ende. Porque de qualquier parte que alguno muera el fue en culpa de su muerte: probant Gregor. Lopez, in hoc Text. Gloss. 6. Montalvus, in l. 1. tit. 17. lib. 4. for. leg. gl. vel forçando lo suio Ant. Gomez, var. lib. 3. cap. 4. n. 1. ad medium. Azevedo in l. 2. tit. 13. lib. 8. recopil. n. 28. Cum autem Commentariensis daret operam rei illicitæ Emanueleẽ Gutierrez violenter extrahendo à loco immuni, quod delictum est punibile, tam de jure canonico, quam civili & Hispano Text. in l. 2. & 6. C. de his qui ad Eccle. confug. 6. cap. si aut antiquitas, cap. si quis contumax, cum pluribus segg. 17. q. 4. l. 3. tit. 5. lib. 1. for. leg. 9. tit. 18. p. 1. l. 3. & 4. tit. 2. lib. 1. ordin. 12. tit. 2. lib. 1. recopil. probant latè Barbosa, de jur. Ecclesiast. lib. 2. c. 3. num. 159. Farin. de immunit. in append. c. 20. num. 307. Guazzin. defens. 1. c. 11. n. 22. ex nostratibus Greg. Lopez, in d. 9. gloss. 1. & 2. Didacus Perez, in d. l. 3. & 2. Azevedo, in d. l. 2. tit. 2. lib. 1. recopil. num. 1. cum segg. apud quos plura & plures. Qui quidem, tenent, quod in isto casu extrahens violenter confugam à loco immuni, non solum puniri potest per Judicem ecclesiasticum, verum etiam per laicum, cum autem ex illa opera illicita subsequuta fuissent homicidium, vulnera, scandalum, atque resistentia, sequebatur Commentariensem de cunctis teneri; ac pœna capitali plectendum esse.*

Deinde puniendus pariter videbatur 8 ex culpa, & negligentia commissa in custodia ipsius Emanueleis, per Text. in l. fin. §. 2. ff. de cust. reor. l. ad commentariensem, c. eod. ibi: *Nam ipsum volumus eadem pœna consumi, cui obnoxius docebitur fuisse qui fugerit.* Quæ conclusio non solum procedit quando dolo Commentariensis reus fugerit, sed etiam si lata culpa, levi, aut levissima vel negligentia de carcerebus emissus fuerit, ut docent Baldus, consil. 177. vol. 1. Bossius in pract. tit. de carcer. n. 10. Menoch. de arbitrar. cas. 302. num. 2. Julius Clar. in §. fin. quest. 68. n. 8. ubi Bajard. num. 219 cum seg. Grammat. vot. 29. per totum, latè Farin. quest. 31. num. 10. cum pluribus segg. præcipue si reus

reus per portam carceris fugerit, ut in nostra specie Boërius, decis. 217. num. 10. Grammat. d. vot. 19. n. 5. Farin. d. q. 31. num. 16. Culpa enim, & nimia negligentia videbatur comprobari ex eo, quod carceratum prout debuert in vinculis non tenuit, per Text. in l. Carceri Præpositus, ff. de cust. d. reor. ibi: *sine vinculis agere custodiam, docent Angelus, in d. l. milites, numer. 2. ff. eodem tit. Boër. decis. 216. n. 3. Mascard. de probat. concl. 469. num. 6. aliis relatis Farin. dict. quest. 31. num. 34. & 35. Neque dici poterat quod crimen Emanueleis acerbiter carceratum non requirebat, ut in d. Text. habetur. Nam, ut dixi, condemnatus per sententiam reperiebatur in pœnam Præsidii, in gradu supplicationis apud nos rematado. Et similes, sicut condemnati ad trirèmes, ex generali consuetudine compedibus teneri solent, ut innuit Bobadilla, lib. 5. pol. cap. 3. num. 10. in fin. cum autem Commentariensis in Emanuele facere neglexerit, satis de culpa, atque negligentia constabat.*

De jure Hispano hæc pariter procedere asserabatur per Text. in leg. 12. in princ. tit. 29. part. 7. ibi: *Deven recibir los guardadores aquella misma pena que devian sufrir los presos, l. 12. tit. 14. lib. 2. ordin. l. 12. tit. 23. lib. 4. recopil. tradunt Gregor. Lopez, in d. l. 12. part. Gloss. 2. Didacus Perez, in d. l. 12. ordin. Gloss. 1. vers. sed quæramus, & Azevedo, in d. l. 12. recopil. num. 1. cum segg. Ant. Gomez var. tom. 3. cap. 3. num. 16. Cum autem Emanueleẽ condemnatus jam esset in pœnam Præsidii in gradu supplicationis, ita ut de pœna hesitari non posset, in eandem condemnandum esse Commentariensem dicendum apparebat.*

Sed mitius in eum animadverti placuit, quia licet dispositio, dict. l. quoniam multa facinora, vera sit, & communiter in praxi recepta, non tamen absolute applicanda est quoties dando operam rei illicitæ sequitur homicidium, vel aliud malum, sed requiritur quod turba armatorum concitetur ad violentiam inferendam, & ex ea sequatur homicidium quod probabiliter excogitari poterat, vel debuert, utpote quia ipsa violentia erat ordinata aliquali modo ad illum finem, ut notat Gloss. in eo Text. verb. quoniam, & verb. continentur, & probat. Bartol. in l. si ut certo, §. sed interdum, num. 1. vers. quandoque culpa potest esse ordinata ad eum casum ff. commodat. & in l. dicens, n. 1. & 7.

ff. ad leg. Corn. de Sicar. Carret. in pract. tr. de homic. & ass. §. excusat, n. 13. vers. & tunc, Olascus, decis. 104. n. 1. & 8. pluribus Farin. d. q. 126. n. 77. & 78. Thori. in compend. decis. tom. 1. verb. homicida an censetur, & tom. 3. verb. carcerarius qui relicto. Eliscus Danza, in pug. doctor. tit. de carcer. & carcerat. n. 38. nam delictum ex voluntate pendet, l. qui injuria 33. in prin. ff. de furt. ibi: *nam malefica voluntas, & propositum delinquentis distinguit, melior Text. in l. 1. C. ad leg. Cornel. de Sicar. ibi: crimen enim contrahitur si & voluntas nocendi intercedat, l. 1. §. divus, l. divus 14. ff. eod. l. cum autem vers. capitales, ff. de adl. edit. secus si hæc deficient, ut omnes Doctores relati distinguunt, præsertim Farin. d. n. 78. Hæc eadem limitatio procedit, in d. l. 8. tit. 10. p. 7. ut colligitur ex eodem Textu, ibi: *Con armas, & ibi: el majoral del ajuntamiento, quæ verba supponunt coadunationem plurimum cum armis; & sic tenent Montalvus, in l. 6. tit. 17. lib. 4. for. leg. Gloss. fin. per tot. Plaza in epist. delictor. c. 10. n. 9. & Azevedo, in d. l. 12. tit. 23. lib. 8. recopil. n. 15. cum segg. ad ejus comprobationem allegat Text. in l. 6. tit. 15. p. 7. Cum autem Commentariensis non concitaret turbam armatorum ad vim inferendam, sed solum tres aut quatuor amicos, secum afferret ad extrahendum Emanueleẽ à loco immuni, nec hi fuissent armati, cum solum enses deferrent (arma quidem, sed propria Hispanorum à quibus & Romani propriis depositis à tempore Annibalis sumptere; ut tradit Vegetius de militia Rom. lib. 3. & ibi Just. Lips. dialog. 3. in prin.) quod assuetum est, etiam ad orandum, vel rem sacram audiendam in templo Hispani ingrediantur; & ea quæ secuta fuerunt verisimiliter cogitare non posset; nec debuisset, cum nemo posset excogitare, quod fur ille fraudulenter à carcere creptus, sub prætextu militiæ haberet paratos tyrones ad auxilium præstandum: Neque Commentariensis, aut aliquis ex sociis in rixa pugnavit; imò custodia Emanueleis addidit, dum viderunt turbam tyronum venientem strictis gladiis, in domum proximiorum eum eo se receperunt: Tyrones enim sui mediatores insurgentes unum trucidarunt & duos vulnerarunt; quæ nihil commune habent cum extractione à loco immuni, nam ex eo ut plurimum censura rum incutsum cogitare poterat, vel debebat Commentariensis. Clarissimè appa-**

ret non reperiri in casu, d. l. quoniam multa facinora, & d. l. s. tit. 10. p. 7. sed in limitatione adducta per Far. d. n. 78. quam secuti fuere nostrates, præsertim Azevedo, d. num. 15. & segg.

16 Neque improprie dici poterat procedere pariter in nostra specie primam limitationem d. regula, quam adducit Far. d. g. 126. n. 75. scil. quod dispositio, d. l. quoniam multa facinora, procedit quoad injustum invasorem rei, vel possessionis alienæ, secus in invasore justo, prout ille est qui in continenti conatur recuperare possessionem rei, a qua nequiter eiectus est: nam is minimè tenetur de cæde, vel vulnere, aut aliquo alio malo inde feuto, ut notat Gloss. in eod. Text. verb. in reemptus in fin. Bar. ibid. n. 3. vers. hoc intellige verum, Baldus, n. 2. vers. in Glossa quæ incipit. Alber. n. 4. vers. si autem habuit justum bellum. Angel. n. 2. in fin. vers. item ex hoc Textu, & n. 6. vers. item attende & segg. Joan. Faber n. 7. vers. & cave. Salicet n. 9. vers. primo casu, Bald. in l. data opera n. 64. cum segg. C. de iis qui accusar. non poss. Paul. de Castr. cons. 277. Olfacius decis. 104. n. 6. Carr. in pract. tract. de homic. & assass. §. undecimo excusat. num. 13. Quæ distinctio fulcitur ex Text. in c. dilectus filius, in fin. de homic. ubi communitur Canonistæ, cum aliis adductis per Farin. d. g. 126. n. 75. qui subjungit n. 76. quod in eo casu nec adhuc tenetur ad poenam extraordinariam, nisi adfit excessus. Cum autem Commentariensis, si bene inspiciatur, tractaret de recuperando carcerato fraudulenter erepto ab ipsius custodia; si ve de reintegrando in quasi possessione carcerati; legitimè detenti, & fraudulenter emissi in damnnum ipsius; & sic licet ratione excessus similia exequendi in loco immuni, puniendus esset, non tamen poena acerbissima illius Textus, sed mitiori iudicantium arbitrio.

18 Neque ratione negligentia in custodia habitæ, acerbè puniendus erat eadem poena juxta Text. in l. fin. §. 2. ff. de custodia reor. quo Herennius sic inquit. Qui si negligentia amiserint pro modo culpa, vel castigantur, vel militiam mutant: ita ut in casu negligentia, qualis noster erat, non eadem, sed arbitraria puniatur, pro modo culpæ, præsertim quando carceratus præparavit fugam proditorio modo, qui non poterat à custode prævideri: quia à prodicione fraudulenta nemo se præcavere potest, malum inopinatum divinan-

do, quod casus fortuitus reputatur in quo Commentariensis non tenetur, leg. 20 milites 12. in fin. ff. de custod. reor. vel saltem mitius plerctendus est, l. 5. §. fin. ff. de pæna. Thor. in compend. decis. 101. verb. custos carceris, Ant. Matth. in proleg. cap. 1. num. 2. in fin. cuius rei exemplum ponit Farin. hanc conclusionem tradendo. dict. g. 31. número 166. in viro qui ab uxore veste muliebri ornata, custodiam evasit, quod pluries accidit, ut refert Bobadilla, lib. 3. politic. cap. 15. n. 30. & post eum Parlador. in sequent. differenc. §. 1. numer. 3. Quod idem est ac contentum in nostra specie, quia quod vestis muliebris apponatur per uxorem, vel per aliam extraneam mulierem, speciem doli, vel fraudis, quoad Commentariensem non mutat. Quis enim ex custodiis prævidere poterat furem illum similem fraudem excogitaturum? Quis quod lanuginem barbæ raderet, vestes muliebres indueret, genas medicamine fucaret, crines modo femineo componeret, ita ut ab omnibus femina crederetur? negligentia enim, præter in omissione tenendi cum compedibus non apparebat, & sic neque ratio imponendi poenam acerbam: quia dispositio dict. leg. ad Commentariensem, procedit quando dolo, vel lata culpa sive nimia negligentia, pretio nempe, vel precibus corruptus, aut custodiam omnino omittendo, vel portam apertam relinquendo, reus evaserit; ut ex dict. l. milites, clarè infertur in illis verbis, ibi: quatenus custodia militibus evaserit exquiri oportere utrum nimia negligentia militum evaserit an casu. Et ibi: & ita demum afficiendos supplicio milites, quorum custodia evaserit, si culpa eorum nimia deprehendatur, alioquin pro modo culpa in eos statuendum est, docent Gloss. in dict. leg. ad Commentariensem, verbo qui fugerit: & ibi Salicet, num. 2. Alberic. in d. l. fin. num. 3. ff. de custod. reor. Paris de Put. de fudic. verb. carcer. & carceratus, cap. 3. num. 12. Boër. decis. 217. num. 1. Boslius, in prax. tit. de carcere, numer. 10. Farin. d. g. 31. n. 125.

Quod jure nostro Hispano expressè cautum reperitur; nam licet in casu doli vel nimie culpæ per dict. leg. 12. tit. 29. part. 7. in princ. poena eadem Commentariensi apponatur, qua puniendus carceratus fugiens veniebat: in casu negligentia mitius puniendum noster Alfonso subjungit, in eodem Text. ibi: Quando

24 Quando fuerint los presos por negligencia de los guardadores en que non ay mesclado engño ninguno, esto es, si los guardassen a buena fe, mas non con tan gran acucia como deven, e en tal caso como este deven ser tollidos del officio los guardadores castigados de feridas. Et ibi: quando fuerint los presos por ocasion e non por culpa nin por engano de los guardadores, e en tal caso como este non deven recibir, pena ninguna: & licet hæc dispositio mitis sit, mitiorem dispositionem habemus jure novissimo, nempe quod custos aut Commentariensis si carceratus per illius negligentiam evaserit, puniatur poena carceris per annum, ita Textus in l. 12. tit. 14. lib. 2. ordin. ibi: y si por mengua de la guarda se fuere por negligencia del guardador, que este un anno en la cadena, eadem verba habentur in l. 12. tit. 23. lib. 4. recopil. docuit Gregor. Lopez in d. l. 12. tit. 29. p. 7. gloss. 4. Didacus Perez in d. l. 12. tit. 14. lib. 2. ordin. gloss. 1. q. 1. & 2. Bobadilla d. lib. 3. politic. cap. 15. num. 132. & licet Gregor. Lopez in d. gloss. 4. in fin. dubitet de observantia, hanc nova promulgatio recopilationis instituit, & clarissime tradidit Azevedo in d. l. 12. tit. 23. lib. 4. recop. num. 1. his verbis, Si carceratus poenam mortis non merebatur, sed corporalem mitiorem, tunc si custos cum eo aufugerit, eandem poenam patietur, quam ipse carceratus aufugiens passurus esset si non fugeret, sed si (in casu in quo carceratus mitiorem mortis poenam non merebatur) ob negligentiam custodiam aufugit, tunc custos ipse in poenam mala custodia per annum debet in carcere adesse. Quam sententiam firmasse videtur Parlador. ubi proxime, n. 5. in fin. quatenus tenet puniendum capitaliter Commentariensem, si carceratus puniendus capitaliter veniret: nam per nostras leges ut custos, aut Commentariensis eadem poena puniatur requiritur, vel quod capitaliter puniendus carceratus sit; vel si poena sit corporalis, dolose procedat cum ipso carcerato fugiendo, ut in dictis juribus clarè habetur. Cum autem Emanuel Gutierrez poenam Præsidii impositam jam habuisset, & non dolo, si que nimia negligentia Commentariensis fugerit, poena carceris per annum, ut plurimum tenebatur, licet cum Farinacio d. n. 166. dici poterat casu magis, quam negligentia evasisse; & sic ad nullam poenam teneri, ex d. l. 12. tit. 29. part. 7.

27 Ex quibus omnibus sententia diei 31.

Julii ejusdem anni 1659. Commentariensis poena levi extraordinaria plexus fuit, nempe exilii, & suspensionis per brevis, & quingentorum ducatorum. Sed Maria de Andrade quæ fraudem dolose disposuerat, cum juxta leges Regni teneretur eadem poena qua tenebatur Emanuel è carcere ereptus, ut dixi controvers. 17. n. 23. quam poenam tanquam femina subire nequibat, condemnata fuit ad verecundiam ignominiosam, & exilium per quadriennium. Nam licet Farinacio, Bobadilla, & cæteri superius laudati, quoad uxorem eximentem virum teneant justissime absolvendam fore, imò & præmio dignam; in extranea, qualis Maria Andrade, erat, ratio decidendi non procedit, cum deficiat amor conjugal, reverentia mariti, & cætera quæ à Doctoribus perpenduntur, & sic poena plexa fuit sententia ejusdem diei 31. Julii. Actuarius Francisco Mangano.

CONTROVERSIA XX.

De homicidio patrato per plures, quorum homicida non apparet, an auctor insultus poena ordinaria plectatur ex liberatione presumpsa?

SUMMARIUM.

1. Facti species proponitur.
2. Pluribus concurrentibus ad rixam, si ve insultum, dum non apparet quis nocuerit, omnes propter incertitudinem absolviendi sunt, vel saltem leviter puniendi.
3. Homicidium poena mortis non punitur nisi consensit de voluntate deliberrata.
4. Crimen contrahitur si voluntas nocendi intercedat.
5. Deliberatio premeditata ad occidendum in specie probanda est, ut poena mortis subintret.
6. Quæ procedunt de jure nostro Hispano.
7. Incertitudo delinquentis in causa est, ut omnes levius puniantur.
8. Auctor insultus, vel rixa dans operam veri illicitæ poena ordinaria venit plectendus secundo homicidio.
9. Auctori insultus non prodest incertitudo veri homicida, aut percussoris.