

una pena arbitraria: aconteciendo lo mismo, si hubiese duda sobre si el alma se habia ó no infundido (*num. 32, ley 8, tit. 8, part. 7*).

27. Si la bebida se dió no con ánimo de matar sino con el de engendrar cariño ilícito, y el que la recibió muere, ha de sufrir el dante la pena de muerte, porque en tal caso interviene dolo á lo menos implícito, por haber hecho una cosa ilícita, de la cual pudo con verosimilitud seguirse la muerte; mas si se hubiese dado sin dolo por causa de amor lícito, ó para que la muger concibiese, aunque resulte el fallecimiento, únicamente se impone una pena arbitraria, y aun no siguiéndose, por el grave daño que pudo resultar y ser cosa de mal ejemplo, ha de imponerse tambien una pena extraordinaria: de lo cual se infiere que cuanto sea inicuo y escandaloso en la república debe castigar el juez (*num. 33*).

28. En el caso de que Pedro, v. gr., mate á Juan, juzgando que es Francisco su enemigo, será castigado con la pena capital, mediante á que real y verdaderamente consintió en el homicidio, y aunque erró en la persona, es bastante el dolo y ánimo respecto del difunto; en cuya atencion debemos inferir que en este delito de homicidio es suficiente el dolo en general y no se requiere en especie (*num. 34*).

29. Pero si solicitando Pedro quitar la vida á su enemigo Francisco, por casualidad la quita á Juan, segun una opinion que por ser equitativa y seguida de muchos doctores, debe observarse en la práctica, se le impondrá una pena extraordinaria, pues á lo menos no hubo dolo ni ánimo de delinquir en órden al difunto; sin embargo de que la opinion contraria es mas conforme á derecho, por haber tenido dolo el homicida, y haber dado obra á cosa ilícita: de cuya doctrina se infiere que si se quita á alguno la vida casualmente, cuando se intenta matar al agresor por defensa propia, ó al que fué dado por

enemigo, ó cuando se está en alguna ocupacion lícita, en ninguna pena se incurre (*num. 35, ley 6, tit. 15, part. 7, leyes 4, y 13, tit. 23, lib. 8 de la Recop.*).

30. Cuando muchos con dolo y propósito proceden contra alguno y le quitan la vida, todos han de ser castigados con la pena capital como homicidas, ya hiriesen muchos, ya uno solo, porque uno presta auxilio y favor á otro, y es lo mismo que si todos causasen la muerte; pero si muchos quitaron á otro la vida no de propósito sino habiéndose movido riña, y consta que uno hirió, no los otros, ó que uno dió una herida mortal y los otros heridas leves, aquel está obligado por la muerte y éstos únicamente por las heridas; bien que si ninguna herida era mortal por sí, y todas juntas causaron la muerte, todos quedan obligados como homicidas y recíprocos auxiliadores: y si consta que todos hirieron, porque el difunto tiene tantas heridas como eran las personas delincuentes, mas una sola es mortal, sin poderse averiguar quién la dió, á todos ha de imponerse una pena arbitraria, por deberse contemplar la herida de cada uno é ignorarse quien causó la mortal; no obstante que todos se prestaron auxilio mutuamente, pues no se unieron para ello de propósito, sino casualmente por la riña que se ofreció; y no obstante tampoco la *ley 57 del Estilo* que en el caso espuesto impone á todos la pena capital, porque debe probarse su uso para que haya lugar. Lo mismo finalmente sucede cuando consta que uno solamente hirió, por no tener el muerto mas que una herida y se ignora quien la dió: pues como éste tan solo queda obligado á la pena de muerte, no pudiendo constar cuál sea, ninguno ha de sufrirla, en atencion á que de otra suerte seria castigado el inocente contraviéndose al axioma jurídico: *Sanctius est nocentem impunitum relinquare quam innocentem condemnare*. Toda esta doctrina fundadísima, nos hace ver la obligacion que tienen los jueces

á procurar que por el escribano de la causa se escriba ó ponga en autos el número de heridas que tiene el ofendido, como asimismo el sitio, magnitud y calidad de ellas (*num. 36, dic. ley 57 del Estilo*).

31. El que manda matar ó cometer algun delito, si se pone en ejecucion el mandato, debe ser castigado con la pena ordinaria del crimen así como el mandatario, quedando éste obligado por el delito, y el mandante tambien por el delito á causa del mandato y no principalmente por éste: de lo cual se deduce que en la acusacion ha de espresarse el lugar y tiempo del delito, no el del mandato: que se mira el lugar y tiempo del delito para aumentar ó disminuir la pena: que el mandato debe castigarse en el lugar que se cometió el delito; y últimamente, que el tiempo de la acusacion corre desde la comision del crimen. Lo dicho en orden á la pena, tiene tambien lugar aunque el delito se siga despues de algun grande intervalo, por presumirse siempre cometido en virtud del precedente mandato, mediante á que procediendo el delito de odio y enemistad, no es de creer que lo hizo el mandatario por razon de su persona sino del mandante, y por tanto ambos quedan obligados (*núm. 39*).

32. De la pena del delito cometido por el mandatario, se escusa el mandante en un todo, si se revocó el mandato expresa ó tácitamente, como si se reconcilia antes con su enemigo y llega á noticia del mandatario, aunque la revocacion espresa ó tácita no se notifique al que habia de ser ofendido (*número 40*): y si despues de aceptado el mandato no se comete el crimen porque el mandatario no puede, ó porque se revocó el mandato, solamente por la aceptacion se debe castigar con pena arbitraria si era atroz el delito, escusándose en un todo si no lo era (*núm. 41*).

33. En las cosas que son prohibidas por derecho, el man-

datario que no es persona sujeta al mandante, nunca se escusa poniendo en ejecucion el mandato; pero si lo mandado no es prohibido simplemente, aunque no sea lícito al mandante, sucede lo contrario, como si se mandase hacer alguna cosa en fundo ageno, y el mandatario la hace ignorantemente: y si el mandatario es persona sujeta al mandante, v. gr., hijo, muger pupilo ó criado, se escusa en los crímenes leves, no en los atroces y graves, porque en éstos no debia obedecer aun siendo el mandante el príncipe ó emperador, bien que no será castigado con la pena correspondiente al crimen sino mas suavemente: debiendo notarse que en esta materia cualquiera ofensa personal se dice atroz delito para que el mandatario no se escuse. Y últimamente si lo que se manda es de lo prohibido, pero por alguna causa permitido al mandante, como matar á los adúlteros en el mismo delito, solamente puede cometerse á los hijos por la identidad de las personas, segun debe decirse cuando le es permitida á alguno la venganza por su propia autoridad (*núm. 42, leyes 5. tit. 5, 5, tit. 15 y 8, tit. 10, part. 7*).

34. No solo queda obligado el mandante por la comision del crimen sino tambien el consultor, entre los cuales hay la diferencia de que éste persuade á la comision del delito por contemplacion del persuadido, y aquel manda cometerlo por contemplacion suya (*núm. 43*). Tambien se advierte otra diferencia en cuanto á la revocacion, y es que el consultor sin embargo de que persuada posteriormente lo contrario, no se escusa como se siga el delito, por lo que debe hacer cuanto esté de su parte para que no se ejecute, ó que se noticie á la persona que habia de ser ofendida. La razon consiste en que siendo el mandato por gracia del mandante, es verosímil que revocado aquel no se cometa el delito, y siendo el consejo por contemplacion del que lo recibe; una vez que intentó come-

ter el delito, con dificultad desistirá, y por tanto no basta la simple revocacion (núm. 44).

35. El mandato para la comision de algun crimen puede ser tambien tácito, y así si alguno airado por riña que tuvo con otro, dice á su hijo, amigo ó criado: *Vé y no vuelvas á casa hasta que yo vea algo de nuevo en este asunto*; y efectivamente se ausenta y quita la vida ú ofende al enemigo del irritado, se halla éste obligado por el delito, en atencion á que fué visto haber mandado que se ejecutase; bien que éstas y semejantes espresiones se han de interpretar con respecto á la calidad de la injuria recibida, porque si ésta era grave que requería se vengase con la muerte, se conceptúa que el mandato fué para que se quitase la vida al ofensor, y si era leve para que se causase otra igual en su recompensa, y por tanto en este caso no se obliga por el homicidio y sí en aquel: pues consta claramente del delito y del mismo mandato, el cual aunque general tiene por derecho virtud y efecto de especial: en cuya atencion la prueba que interviene en el presente caso no es dudosa, como cuando el enemigo de otro habla secretamente con alguno y éste sin detencion quita la vida al contrario de aquel, por lo cual no puede imponerse á éste tácito mandante ni la pena ordinaria ni otra corporal, sino otra menor y puede dársele tormento ((núms. 45 y 46); con advertencia que si el consanguíneo, amigo ó familiar del ofendido quitase la vida al ofensor, y no se prueba espreso ni tácito mandato del ofendido, en ningun modo queda éste obligado (núm. 47).

36. En el delito puede prestarse ayuda antes de su comision, al tiempo de ella y despues. Prestándose antes de su comision, v. gr. con la entrega de armas para matar, ó con la de escala para cometer algun hurto, incurre en la misma pena el auxiliador que el reo principal segun aquella regla: *Qui*

*causam damni dat, damnum dedisse videtur* (núm. 48). Lo mismo acontece cuando se presta el auxilio al tiempo del delito, v. gr., asistiendo para que mas fácilmente se cometa el delito, ó mirando si venia persona que pudiese impedirlo, aunque no se proceda á otro acto; pero no queda en manera alguna obligado el que por casualidad se halló presente al delito, no obstante que por esto hubiese cobrado mas ánimo el delincuente, ni el que á ruegos de éste lo acompañó ignorantemente: incurriendo en una pena extraordinaria segun el arbitrio del juez, el que presta auxilio por medio de un acto remoto al delito, sin el cual pudo cometerse cómodamente; como si sabiendo que otro queria delinquir, le dijese cuál género de armas era mas apto para la ejecucion de su deseo, y en otros casos que se dejan á la consideracion del prudente juez inspeccionadas las circunstancias concurrentes (núm. 49).<sup>1</sup>

37. Y últimamente si se presta el auxilio al criminoso despues de la comision del delito, v. gr., ocultándolo alguno en su casa, manifestándole el camino por donde podia huir con mas seguridad; diciéndole que huyese porque venia el juez, ó procurando de otra suerte que el juez no lo aprehenda: por no haber prestado ayuda para que el reo delinquiese, sino para que se escapase, incurre en una pena arbitraria y mas suave que la que corresponde al reo, á no ser que antes entre ellos hubiese intervenido convencion de prestar el referido auxilio, por ser visto prestarlo para la comision del delito sin que pueda imponerse la pena ordinaria del crimen, por presumirse la in-

<sup>1</sup> No se ha de distinguir si el acto fué proximo ó remoto, y sí se ha de mirar si fué causa del homicidio, si influyó en él ó no: debiendo sufrir tan solo el auxiliante la misma pena que el principal, cuando dió con su ayuda causa al delito, ó cuando sin la ayuda no se hubiera podido cometer (núm. 50, vers. *Sed pro concordia*).

tervencion de algun convenio del mismo hecho de prestar la ayuda inmediatamente que el delito fué cometido, en atencion á no haber prueba clara segun es indispensable: debiendo advertirse que si el receptor es consaguíneo ó afin del delincuente, ha de castigarse con mas benignidad que si fuese un extraño por la justa causa que tiene en la defensa de su sangre: y asimismo que no tiene lugar la dicha pena arbitraria aunque recibiese en su casa al reo de lesa magestad, en el que receptó con ignorancia que siempre se presume, y por consiguiente ha de probarse ciencia, esceptuándose el delito notorio en que se verifica lo contrario (*num. 50, ley 18, tit. 14, part. 7*).

38. Si el difunto habia instituido por su heredero á su homicida, no puede éste sucederle, y se aplica al fisco la herencia por reputarse indigno. Lo propio se verifica si el muerto no tenia hecho testamento, respecto del mas próximo consanguíneo y sucesor abintestato que le quita la vida; bien que si hay otros coherederos legítimos y consanguíneos en el mismo grado, les acrece, sucediendo en todo con exclusion del fisco. Esta incapacidad de suceder en el homicida no se admite si el difunto le perdona la injuria y le instituye, como tampoco si teniendo lugar de mudar el testamento ó hacerlo de nuevo, no lo practica; pues es visto que quiso sucediese su homicida por testamento ó abintestato (*num. 51*).

39. Aunque la herencia del muerto haya pasado á otro legítimo sucesor por testamento ó abintestato, de ningun modo puede suceder en ella el homicida en los casos de su incapacidad, antes bien se aplica al fisco, sin embargo de ser herencia distinta por haberse incorporado en el patrimonio de otra persona, mediante á que esto lo causa el ódio y la pena del delito; por cuyo motivo los hijos del matador no emancipados ni casados, sino constituidos en su potestad, tampoco

podrán suceder en los bienes del muerto por razon del usufructo que se adquiere al padre, sino que éste lo renuncia (*num. 52*)<sup>1</sup>

40. El heredero del difunto está obligado á vengar su muerte antes de adir la herencia, no por su propia autoridad sino judicialmente, acusando al homicida en el término de cinco años, y de lo contrario se aplica al fisco, pero de esta pena se escusan el menor y otras personas que refiere nuestro autor (*num. 53, ley 13, tit. 7 part. 6*).<sup>2</sup>

41. Haciendo el reo concordia y transaccion (bien graciosamente ó bien por precio) con su contrario sobre el delito que se haya cometido, principalmente en su persona ó en la de los suyos, v. gr., el homicidio, injuria ú otra ofensa personal, no se le puede imponer pena de muerte ni otra corporal, como la de mutilacion de miembros, la de azotes, la de galeras y la de infamia que se equipara á la capital, por ser lícito á cada uno redimir su sangre del modo que le sea posible; pero si el delito se hubiese cometido principalmente en la cosa, como el hurto, ó el acusador fuese extraño, sin embargo de la concordia puede y debe el juez de oficio ó á instancia de otro acusador, proceder á la imposicion del castigo condigno al crimen; lo cual se comprueba de que no vale la remision de la pena que de algun delito hace el rey ó príncipe, hasta que los contrarios del delincuente se apartan de la acusacion y remiten la ofensa ((*núms. 54, 55, 56, 57 y 58, ley 22, tit 1, part. 7, y 24, tit. 4, part. 3*): y es de notar que si alguno despues de propuesta la acusacion, se desiste sin licencia del juez, incur-

1 Por quitar alguno la vida á su muger, no tiene el hijo de familia impedimento para suceder á su madre, aunque en este caso sin renuncia no pertenece el usufructo al padre por su indignidad (*num. 53*).

2 Varios autores aseveran que esta pena no está en uso [*num. 64*].

re en la pena de cinco libras de oro para el fisco (*dic. n. 54, vers. Unum tamem, ley 19, tit. 1, part. 7*).

42. Para que la transaccion surta el efecto mencionado, ademas de lo espuesto es indispensable que intervenga en aquellos delitos por los cuales se impone pena corporal, sean públicos ó privados: porque si interviene en los que se castigan con otra mas suave, en vez de aprovechar perjudica, mediante á que en virtud de ella se tiene el reo por confeso (*dic. núm. 54*). Tambien es indispensable que el homicidio ó delito se cometa simplemente y sin cualidad que agrave mucho, como si se comete con alevosía, veneno, saeta, fuego ú otra semejante circunstancia; pues no obstante la concordia puede imponerse la pena ordinaria, en atencion á que tan solo vale el perdon concedido sobre algun delito por el príncipe, cuando se cometió sin ninguna de las cualidades referidas (*número 59*).

43. Finalmente, es indispensable que el reo á quien se remite el delito, no hubiese cometido otro semejante, cuya pena le fuese perdonada por transaccion de las partes, gracia del príncipe, grande pericia suya en alguna arte ú otro semejante motivo, mediante á que la remision del príncipe no aprovecha al que habia cometido otro delito de la misma especie, si no se hace de él mencion especial (*num. 60, ley 2, tit. 25, lib. 8 de la Recop.*).

44. En la remision de la injuria es preferida la muger por la hecha al marido, segun sucede en el derecho de acusar. Despues tienen lugar los consanguíneos dentro del cuarto grado, sin distincion de sexo, hallándose en el mas próximo al tiempo de la transaccion, y prestando todos su consentimiento, si hay muchos, sin que se requiera la voluntad de los que se hallan en grado mas remoto, porque aquellos son preferidos en la facultad de acusar (*nums. 61 y 65*).

45. Los herederos del muerto pueden desistir de la acusacion y hacer concordia con el reo (*num. 62*); y habiendo muchos, ya por testamento, ya abintestato, para que valga es forzoso que todos consientan, sin que baste la voluntad de uno solo ó de la mayor parte (*num. 63*): prefiriéndose aunque sean estraños á los consanguíneos del difunto, por representar su persona, como se observa en el derecho de acusar (*número 64*).

46. El menor con autoridad de su curador y el tutor del pupilo por sí solo pueden remitir la injuria y hacer transaccion sin que se necesite decreto del juez, y sin que pueda ser restituido, bien se haga por precio, bien graciosamente, á causa de que interesa á los menores y pupilos no tener pleitos. Igualmente el hijo espurio del difunto así como puede acusar la injuria hecha á su padre, puede de consiguiente remitirla haciendo transaccion, porque en cuanto mira al derecho de la sangre se reputa hijo, y es hábil ó capaz (*num. 66*).

47. Si se hace concordia con el herido por la herida que se le causó, siguiéndose despues la muerte, á ésta se estiende la remision siempre que la herida fuese mortal, de suerte que con verosimilitud por ella se esperase la muerte; mas si no era mortal ni verosímilmente se aguardaba la muerte, por ser presumible que no se pensó en ella, sucede lo contrario, y por tanto puede proponerse la acusacion del homicidio; bien que para evitar y huir de las opiniones que se versan en este particular, procurará el delincuente se esprima en la transaccion, que se hace así por la herida como por la muerte, y todo el daño que de ella pueda seguirse (*num. 67*).

48. La transaccion no solamente puede hacerse antes de la sentencia definitiva, sino tambien despues de ella habiéndose apelado, porque con la apelacion se estingue la sentencia y todo su efecto, y no parece haberse pronunciado sentencia.

No se opone en modo alguno la *ley 22, tit. 1, part. 7*, por aquellas palabras: *Tenemos por bien que si la avenencia fuere fecha ante que la sentencia sea dada sobre tal yerro &c.*, mediante á que debe entenderse en el caso que no se apeló de ella á ejemplo de otros actos. Lo mismo debemos decir aunque no se haya apelado; como sea durante el término de la apelacion, por cuanto corren parejas en nuestro derecho el haberse apelado de la sentencia y el estar dentro del tiempo de la apelacion (*núms. 68 y 69*).

#### CAPITULO IV.

##### *De la violencia.*

1. El crimen público de la violencia puede cometerse con armas y sin ellas. Cuando se comete con armas, v. gr., quitando á alguno sus bienes, espeliéndolo de la posesion, ú oprimiéndolo para que entregue algun dinero ó cosa, contraiga, se obligue ó haga cosa semejante, aunque no pueda ser vencido el violentado ni se consiga lo que se intenta, debe imponerse la pena de deportacion y de confiscacion de todos sus bienes: la cual igualmente se ha de imponer cuando alguno convoca á otros para cometer sedicion ó violencia, y si en el acto de ésta es muerto alguno, ya sea por el que la causa, ya sea por el que la padece, ha de sufrir la pena capital el principal autor de la violencia; pero cometiéndose sin armas, solamente incurre en la pena de confiscacion de la tercera parte de los bienes, y asimismo en la de infamia como en el caso anterior (*n. únic. desde el princ. hasta el vers. Aliquando & tertio, leyes 2 y 8, tit. 10, part. 7*).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> La pena de deportacion no está hoy en uso, y de consiguiente no tendrá lugar: la de confiscacion de todos los bienes por derecho comun era accesorio de la primera; por lo que en el día, segun la costumbre general, el que comete fuerza pública ó privada se castiga con pena arbitraria [*núm. 2*].

2. Tambien se infiere á otro miedo y violencia compulsiva, impeliéndolo á vender ó contraer, en cuyo caso el acto *mero jure* válido, debe rescindirse con la accion *quod metus causa*. Asimismo cuando el acreedor quita por fuerza al deudor la cosa debida, por lo cual la pierde. Y últimamente, cuando alguno despues de contestado el pleito en la causa *finium regundorum* ocupa parte del fundo agero por su propia autoridad, poniendo en aquella mojones, por cuyo hecho la pierde, y ha de dar otro tanto de lo suyo al contrario (*vers. Aliquando et sexto y sigg. leyes 9 y 14, tit. 10, part. 7*).

#### CAPITULO V.

##### *Del hurto.*

1. El delito privado de hurto es una *contractacion fraudulenta de la cosa agena contra la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrar*. De esta definicion se colige que cuando alguno por su propia autoridad toma para algun uso la cosa de otro, creyendo que éste lo habia de permitir, por haberlo dicho á presencia de algunos, por ser consanguíneo, ó por otra causa justa que concorra, no se comete hurto; bien que en caso de duda siempre se presume contra el ladron, aunque diga el dueño haberse tomado la cosa con su consentimiento (*números 1 y 2, vers. Ex quibus etiam, ley 1, tit. 14, part. 7*).

2. El que toma alguna cosa cuyo señor ignora, ó se halla la que se hubiere perdido, está obligado á pregonarlo en cierto modo y forma, para que si el dueño parece dentro del término señalado por ley, se le entregue satisfaciendo las espensas hechas en ella, y si no parece el dueño en el tiempo establecido, se aplica al inventor; pero si éste no observa la forma y solemnidad que la ley previene, se halla obligado á restituir como ladron (*dic. n. 2, ley 1, tit. 12, lib. 6, ordin.*).