

INDICE

DE LO CONTENIDO EN EL TOMO IV.

	PAG.
Tit. I. De las obligaciones que nacen de delito	5
§ I. De los delitos en general	id
Adicion	15
§ II. Del hurto	19
§ III. De las acciones que competen contra los ladrones y sus penas	24
§ IV. A quienes compete la accion de hurto	29
Adicion	32
Tit. II. De la rapiña	33
Adicion	36
Tit. III. De los daños hechos á otro contrz derecho	37

INSTITUCIONES.

INSTITUCIONES

DE

DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

POR EL DR. D. JOSE MARIA ALVAREZ,
Catedrático de Instituciones de Justiniano en la
Universidad de Guatemala.

SEGUNDA EDICION DE LA OBRA
ADICIONADA Y REIMPRESA EN MEJICO EN 1826;
NUEVAMENTE AUMENTADA, REVISTA Y
CORREGIDA.

TOMO IV.



NUEVA YORK:
EN CASA DE LANUZA, MENDIA Y
IMPRESORES LIBREROS.

1827.

Vir bonus et prudens
. . . . parum claris lucem dare coget:
Arguet ambigüé dictum: mutanda notabit.
Horat. de Art. Poet.

LIBRO IV.

DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO REAL DE CASTILLA Y DE INDIAS.

TITULO I.

De las obligaciones que nacen de delito.

Todo derecho á la cosa, segun se ha dicho arriba nace de la obligacion. Esta trae sn origen, ó inmediatamente de la equidad ó mediante algun hecho, el cual es ó lícito ó ilícito. El lícito lo hemos llamado convencion tratando de los contratos. Mas como el hecho ilícito, que es otra fuente de diversas obligaciones, se llama *delito* ó maleficio, síguese ahora tratar de los delitos.

§ I. *De los delitos en general.*

Por delito entendemos: *un hecho ilícito cometido voluntariamente, por el*

6

*cual se obliga quien lo ejecuta, así á la restitucion como á la pena.** Se llama el delito *un hecho*, porque de la clase de delitos estan escluidos los pensamientos.†

* Prol. del. tit. 1. P. 7.

† Tit. 31. P. 7. No se debe confundir el delito con el pecado, por ser dos cosas realmente diversas. Toda accion contraria á la ley divina, sea interna ó esterna es pecado. Mas ningun acto puramente interno, aunque pecaminoso, es delito, porque aun las acciones esternas para que lo sean, es necesario que con ellas se perturbe la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares. Nadie duda que un pensamiento impuro consentido interiormente con deliberacion, es pecado y pecado grave; pero ni es delito ni está sujeto á las leyes humanas. La razon de todo es clara. Los hombres cuando se unieron para hacer vida social, y renunciaron la facultad que tenian de usar de sus fuerzas particulares depositandolas en la comunidad, lo hicieron con el objeto de que se mantuviese ilesa la sociedad, porque de su conservacion y buen órden depende la mayor seguridad de los particulares, que es lo que principalmente fueron á buscar á la sociedad. Síguese de aquí con evidencia, que no pueden ser castigadas por las leyes ni reputadas como delitos, sino aquellas acciones que directa ó indirectamente turban la pública tranquilidad ó la seguridad de los particulares. No sucede así con el pecado. El hombre aunque nunca hubiera de vivir en sociedad, no puede prescindir de las relaciones de dependencia esencial y necesaria que tiene con Dios como criatura con su criador. Toda accion que de

Ilícito, porque cuando no hay ley que prohíba, sea natural ó civil, no se delinque obrando. Debe ser *cometido voluntariamente*, porque faltando la libertad, ningun hecho se puede imputar.*

cualquier modo ofende estas relaciones, es verdaderamente pecado. Pero como la gravedad y medida de este depende de la imponderable malicia del corazón humano, Dios que solo es capaz de conocerla ha reservado á su omnipotencia el castigo de los pecados y el modo y tiempo en que debe ejecutarse, y por consiguiente no pueden sujetarse á la jurisdicción de las leyes humanas. Fuera de que si estas hubieran de castigar todos los pecados de los hombres siendo tan frecuentes por la corrupcion de la naturaleza, en vez de conservar la sociedad que es su verdadero y principal fin, conseguirian destruirla. Además de que tampoco seria posible castigarlos por su multitud. Lardizabal, Discurso sobre las penas cap. 4. § 1.

* Aunque el ébrio esté privado de conocimiento, esta falta de libertad no debe influir para la disminucion ó remision de la pena. En estos casos parece que se debia hacer distincion entre el que se embriagó por casualidad y el que lo hace por hábito y costumbre. Al primero, si delinque estando privado de su juicio, se le debe disminuir y tal vez remitir la pena, segun las circunstancias: el segundo debe ser castigado como si hubiera cometido el delito estando en su acuerdo, sin tener respecto ninguno á la embriaguez si no es para agravarle la pena. De Pitaco se dice que imponia dos penas al que cometia un delito estando embriagado, una por el delito y otra por la embria-

8

Finalmente, se añade que por el delito *se obliga quien lo comete á la restitucion y á la pena*, porque en todo hecho ilícito hay dos cosas que considerar, el daño hecho á otro y la infraccion de las leyes: lo primero solo se puede subsanar por la restitucion en cuanto fuere posible, y por lo segundo es justo que sufra la pena.

Todo hecho ilícito puede traer su origen ó de dolo, esto es, de intencion directa de dañar, y entonces se llamará *delito verdadero*: ó de culpa lata, esto es, de descuido y negligencia, y entonces es *cuasi delito*:* v. g. si un juez dá una sentencia injusta por dañar á otro, comete un delito verdadero, pero si lo hace por ignorancia será un cuasi delito. Los verdaderos delitos, de que trataremos primeramente, ó son públicos ó privados. Delitos públicos son aquellos que se dirigen principalmente contra

guez. No debe decirse lo mismo del loco ó mentecato, que careciendo enteramente de juicio sin culpa suya, es mas digno de compasion que de pena.

* L. 1. tit. 31. P. 7.

el estado de la república y dañan inmediatamente su seguridad y tranquilidad, y se llaman propiamente *delitos* y también *crímenes*: v. g. el delito de lesa magestad ó de traicion. Delitos privados son los que directa é inmediatamente ceden en perjuicio de los particulares, sin que por esto dejen de ser dañosos á la república, y se dicen *maleficios*.

La diferencia de delitos públicos y privados, no solo nace de la diversidad del objeto contra quien primariamente se dirige el daño, sino tambien porque en los primeros puede el juez proceder contra el delincuente de oficio propio ó por denuncia ó acusacion, la que puede hacer cualquiera del pueblo, si no es que le esté espresamente prohibido. En este sentido por nuestro derecho todos los delitos son públicos,* á escepcion del adulterio en el que no se puede proceder, sino á pedimento del marido,† y

* Ll. 28. y sig. tit. 1. P. 7.

† Ll. 3. tit. 7. lib. 4. Fuero Real. y 2. tit. 10. lib. 8. Rec. de Cast.

del delito de injuria verbal, cuya acusacion solo corresponde al injuriado.*

Los delitos en general tambien se dividen en ordinarios y extraordinarios: aquellos son los que tienen pena señalada por ley, y estos los que se vindican fuera del órden por no haber pena determinada en derecho. Esto puede acontecer entre nosotros raras veces, porque las leyes han sido tan prolijas en establecer penas ciertas á toda especie de delitos, que solo uno muy extraño no la tendria señalada. Lo que sí sucede frecuentemente es que las penas impuestas en las leyes no se pueden aplicar á los reos, así por las diversas circunstancias que ocurren en cada caso, como porque la mutacion de los tiempos ha hecho variar el carácter y costumbres de nuestra nacion. Este es el motivo porque la mayor parte de nuestras leyes penales han perdido su vigor hasta quedar enteramente anticuadas y sin uso, como lo notaremos en cada delito.

Finalmente, hay unos delitos mera-

* L. 4. tit. 10. lib. 8. Rec. de Cast.

mente eclesiásticos, otros meramente seculares y otros mistos. Los primeros son aquellos cuyo conocimiento privativamente pertenece á los jueces eclesiásticos: v. g. los delitos comunes de los clérigos, la simonia, la heregia.* Los segundos son los que corresponde conocerse y sentenciarse precisamente por los jueces seculares ó por estar solamente sujetos á su jurisdiccion los delincuentes, ó por estar prohibidos solamente por el derecho civil y no por el canónico, á quien directamente no pertenece su castigo: v. g. el delito de traicion, de falsedad, &c. Los terceros son aquellos en que indistintamente pueden conocer los jueces eclesiásticos y seculares, y se llaman *delitos de misto fuero* v. g. la usura, sacrilegio, blasfemia, &c.

Acerca de los delitos de los eclesiásticos es necesario tener presente, que los reyes en virtud de la suprema potestad que les está concedida por Dios para el castigo de los delitos de todos los que sean miembros del Estado podian poner

* L. 58. tit. 6. P. 1.

las correspondientes penas á toda clase de personas. Mas los príncipes cristianos atentos siempre al obsequio y reverencia debida á la iglesia y á sus ministros, la defirieron la autoridad de juzgar las causas criminales de estos,* aunque con algunas limitaciones, pues no todos los delitos de los eclesiásticos quedaron sujetos á su jurisdiccion. Se debe pues, distinguir entre los delitos unos que podemos llamar *comunes* y otros *privilegiados* por graves y atroces: tales son los de lesa magestad, el de parricidio, homicidio insidioso y otros en que importa el pronto y severo castigo por el grande riesgo que corre la tranquilidad pública. La primera especie de delitos es privativa de la jurisdiccion eclesiástica; pero la segunda está reservada á la secular cuando haya de imponerse pena corporal, instruyendo el proceso criminal las dos jurisdicciones de acuerdo entre sí hasta poner la causa en estado de sentencia, en el que se debe

* Vanesp. P. 3. tit. 3. cap. 1.

13

remitir al consejo para lo que haya lugar.*

En virtud de esta potestad que reside en los príncipes, se hallan ya en las leyes de Partida penas establecidas contra el eclesiástico falsificador del sello real y perpetrador de otros delitos en sus personas y bienes.† Pero en semejantes casos para no faltar al respeto debido á la iglesia, no se procede á sentenciar á los eclesiásticos reos de semejantes crímenes, sin que preceda la degradacion y libre entrega,‡ remitiendo al efecto las causas á los prelados respectivos.

El efecto de los delitos es que de ellos nacen regularmente dos acciones: una persecutoria de la cosa ó del daño, y otra penal, por la que se pide la pena pecuniaria si la hay impuesta.§ En estos casos se dice intentarse la accion de los delitos civilmente: mas si se intenta con el fin de que el delito se castigue

* Orden de 19 de noviembre de 1799 y circular de 15 de septiembre de 1815.

† L. 60. tit. 6. P. 1.

‡ Bened. XIV. de syn. Dioeces. lib. 9. cap. 6.

§ L. 18. tit. 14. P. 7.

14

con la pena corporal correspondiente, como de azotes ó de muerte, se dirá intentarse criminalmente.

Entre los dos generos de acciones esplicadas hay varias diferencias. La primera, que las persecutorias de la cosa se dan contra los herederos, á lo menos en cuanto hubieron del difunto; mas las penales no, sino en el caso de estar ya contestado el pleito por el difunto. Segunda: que las persecutorias no infaman como por lo regular las penales. Tercera: en las persecutorias si los delincuentes son muchos, todos estan obligados *in solidum*; pero pagando uno quedan libres los demas: en las penales no se libran por la paga de uno. De aquí se infiere que las acciones *rei persecutorias* y penales no se destruyen mutuamente, de suerte, que intentada una no se pueda intentar la otra. Lo que sí puede verificarse es, que con una sola accion se pidan ambas cosas.

Por pena entendemos; un mal que se hace sufrir á los delincuentes para satisfaccion y venganza de los delitos que

han cometido.* Entre estas unas se llaman *capitales*, porque privan de la vida natural y civil, v. g. la horca, el destierro perpetuo; y otras *no capitales*, porque solo hacen sufrir unos males que no llegan á la pérdida de la vida, como azotes, infamia, &c.†

Veamos ahora los delitos en particular, y primeramente los que el derecho de romanos llama *privados*, y son el hurto, la rapiña, el daño y la injuria.

ADICION.

I. *En este lugar mas que en ningun otro se conoce la instruccion y probidad de nuestro autor; en muy pocos renglones nos dice que los principes cristianos, por atenciones piadosas, hicieron á los eclesiásticos la concesion de la inmunidad personal aunque con algunas limitaciones.*

Ha sido cuestion muy ventilada esta de la inmunidad, y en los siglos pasados,

* L. 1. tit. 31. P. 7.

† Arg. de la ley 4. tit. 31. P. 7

siglos memorables por sus abusos, ignorancia y superstición, se veía tal vez consagrada como un dogma. Palabras truncas de los santos padres, textos mal traídos de la sagrada escritura, interpretaciones de ella al paladar de sus defensores, y mas que todo el silencio de las supremas potestades seculares, dimanado ya de su ignorancia, ceguedad y fanatismo, ó ya del sumo terror en que estaban, temiendo las abusivas y monstruosas destituciones de Roma y las preocupaciones de sus subditos, la pusieron como en sagrado y á nadie era dado el atreverse á tocarla en lo mas mínimo. Pero en el dia que las luces se han abierto paso en medio de los escombros de la ignorancia, es cosa demostrada hasta el último grado de evidencia que la inmunidad es una pura concesion y liberalidad de las supremas potestades seculares.

Mucho y muy bueno hay escrito sobre esta materia, pero considerandola por el único aspecto por el que debemos aquí tomarla que es por lo que toca á la jurisprudencia, remitiremos á nuestros lectores que deseen mayor instruccion al dis-

curso preliminar del Covarrubias en sus Recursos de Fuerza, y al oidor Puente en una disertacion que modernamente imprimió en esta ciudad (aunque con el peor objeto) sobre la inmunidad personal.

El deseo de que los jovenes que comienzan el estudio del derecho se embeban en estas ideas, nos ha hecho comentar un poco mas la doctrina de nuestro respetable é imparcial eclesiástico el doctor Alvarez, aunque nunca se ha dicho todo lo que se deseara no permitiendolo los estrechos límites y concision que ecsige un tratado de instituciones. Solo añadiremos, que en nada de lo espuesto se ha llevado mas objeto que el de sostener la verdad y propagar las verdaderas luces, pues por otro lado nunca se recomendará bastante á la juventud el respeto y consideracion que debe tener á individuos que abrazan la profesion de dominar las mas poderosas pasiones, de alejarse de asuntos mundanos y politicos, de ejercer todas las virtudes y aleccionar con su ejemplo y ecsortaciones á las demas clases de la sociedad.

Nuestra Constitucion en el articulo

154 seccion 7. del tit. 5. dice : “ Los militares y eclesiásticos continuarán sujetos á las autoridades á que lo estan en la actualidad segun las leyes vigentes.”

Las córtes españolas con fecha de setiembre 26 de 1820 dieron un decreto que llamó entonces toda la atencion y que podrá consultarse para una completa instruccion.

Tambien deberá tenerse presente el auto acordado número 85 del primer foliaje de Montemayor y Beleña, pues allí se prescribe á los provisores lo que deban hacer en causas de inmunidad.

2. El autor nos pone por ejemplos de penas capitales y no capitales la horca y los azotes, ambos han dejado ya de ecsistir gracias al sistema actual: véase para la primera el decreto de las cortes españolas de 24 de enero de 1812 y para los segundos los de las mismas de 7 de setiembre y 17 de agosto de 1813 y el de nuestro primer congreso de 2 de agosto de 1822.

§ II. *Del hurto.*

El hurto no es otra cosa que *una contractacion* fraudulenta de la cosa agena mueble contra la voluntad de su dueño, con animo de lucrar.†* Decimos que el hurto es *contractacion*; porque no solamente es ladrón el que se lleva la cosa agena sino también el que la mueve de su lugar con intención de llevarsela. De aquí se infiere: que si alguno encuentra al ladrón en su casa en el acto preciso de hurtar, deberá este ser castigado como tal aun no habiendo trasportado la cosa; y que no mereceria sino pena extraordinaria el que hubiese entrado en la casa agena con ánimo de hurtar, pero no hubiese tocado cosa alguna. Decimos que el hurto es una *contractacion fraudulenta*; así porque

* Se usa de la palabra *contractacion*, que es latina derivada del verbo frecuentativo *contracto, contractas*, por no encontrar en nuestra lengua castellana voz que segun la aceptación del derecho sea tan significativa, ni que tan propiamente espresese el acto con que el ladrón echa mano á la cosa agena, la toma y se apodera de ella.

† L. 1. tit. 14. P. 7.

20

el dolo es necesario para todo delito, como tambien para diferenciarlo de la rapiña, que es el acto de quitar una cosa á otro, no fraudulenta sino violentamente. Pero se infiere de aquí que el delito de hurto no tiene lugar en los furiosos, locos, infantes ni prócsimos á la infancia :* porque hasta esa edad no son capaces de dolo.† Pero si lo cometerán los prócsimos á la pubertad, porque regularmente la malicia suple la edad. Decimos que el hurto ha de ser de *cosa aiena*, porque si el dominio de las cosas no se hubiera introducido, tampoco se verificaria hurto por ser comunes. De aquí se infiere que ninguno puede cometer hurto de cosa suya :‡ y mucho menos de la que sea de ninguno, pues

* L. 17. tit. 14. P. 7.

† Prócsimo á la infancia se llama en las leyes el mozo mayor de siete años y menor de diez y medio, puss de ahí adelante se llama prócsimo á la pubertad.

‡ Es verdad que se puede llamar ladron el que á su acreedor hurta la prenda que le entregó para seguridad de su crédito aun siendo señor de ella ; pero este no es hurto de cosa, sino de posesion, como diremos luego hablando de las divisiones del hurto.

21

esta debe ser del primero que la ocupe. Asimismo se deduce la razon porque no comete hurto el que toma algo de una herencia aun no aceptada por el heredero á que dicen *yacente*, pues en este estado aun es de ninguno : pero como se apodera de una cosa que no le pertenece, debe restituirla con los frutos, y es castigado, aunque no como ladron.* Decimos tambien que esta sustraccion de la cosa agena debe ser contra la voluntad de su dueño, porque si esta se presume ó se supone de buena fe, no habrá hurto.† Asimismo lo que se tome para socorrer la hambre en caso de necesidad extrema no es hurto, por que ó no es contra la voluntad del dueño, ó á lo menos no lo es contra una voluntad racional. A que se añade, que en este caso las cosas se hacen comunes.

Tampoco se verifica hurto entre el padre y el hijo, á lo menos en cuanto á los efectos civiles, pues en lo moral peca y es un verdadero ladron : pero no nace

* L. 21. tit. 14. P. 7.

† L. 1. tit. 14. P. 7.

22

accion de hurto ni se le impondrá la pena de tal. Lo mismo se debe decir de la muger respecto del marido, y del siervo respecto de su señor.* Finalmente, se añade que debe intervenir en el hurto ánimo ó intencion de lucrar, porque faltando esta, será otra especie de delito: y así si alguno roba una esclava con fin deshonesto, ó si se apodera de mi casa para dañarla ó para injuriarme, no comete hurto.†

Dividese este delito en hurto de cosa, de uso, y de posesion. El primero es tomar una cosa agena mueble, porque si fuere raiz no será hurto sino fuerza ó violencia.‡ Hurto de uso se verifica cuando uno aunque no se apropia la cosa agena, pero usa de ella de otra suerte de como debia, contra la voluntad de su señor, v. g. si usa de una cosa dada en comodato para mas tiempo del que se le concedió.§ Finalmente, hurto de posesion se comete cuando se toma la cosa

* L. 4. en el princ. tit. 14. P. 7.

† L. 1. tit. 20. P. 7.

‡ L. 1. tit. 14. P. 7.

§ L. 3. tit. 14. P. 7.

23

propia justamente poseida por otro : v. g. si un deudor hurta á su acreedor la cosa que le habia dado por prenda.*

Se divide tambien el hurto en manifiesto y no manifiesto. Manifiesto se dice cuando el ladron es hallado, ó en el acto mismo de hurtar ó con la cosa hurtada en la casa ó lugar donde hizo el hurto, ó en cualquiera otro, pero antes de trasportarla á aquel á donde intentaba, ahora fuese preso, hallado ó visto por el dueño ó por cualquiera otro. No manifiesto es aquel que ni en el acto de hurtar, ni en el comino es visto ni aclamado como ladron.† Esta division, aunque confirmada por la ley de Partida, ningun uso tiene en la practica, como tampoco las penas impuestas á estas especies de ladrones, segun diremos despues.

De mas utilidad es la division del hurto en simple y calificado. Simple es el que se comete sin quebrantamiento ni violencia. Calificado es aquel en que intervienen algunas circunstancias que

* L. 9. tit. 14. P. 7.

† L. 2. tit. 14. P. 7.

lo agraven, como es subiendo por escalas, quebrantando puertas ó entrando con armas.* El hurto simple se subdivide en grande y pequeño: es decir, que en este delito se tiene consideracion á la mayor ó menor cantidad hurtada, como tambien á las circunstancias de haber sido cometido de dia ó de noche; por la primera, segunda ó tercera vez; en la ciudad ó en los caminos: todo lo cual importa ecsaminar para graduar la gravedad del hurto y la pena que se le debe imponer.†

§ III. *De las acciones que competen contra los ladrones y penas que les impone el derecho.*

Dijimos hablando de los delitos en general, que las acciones que nacen de ellos se pueden intentar civil ó criminalmente, si intentamos la accion civilmente,

* L. 7. tit. 11. lib. 8. Rec. de Cast.

† L. 18. tit. 14. P. 7. y Ll. 7. y 9. tit. 11. lib. 8. Rec. de Cast.

25

tendrá el efecto de que el delincuente pague la multa pecuniaria, siempre que la haya establecida por las leyes á mas de la restitucion de la cosa ó satisfaccion del daño: pero si se intentare criminalmente, se le castigará corporalmente con la pena impuesta al delito para escarmiento de otros malechores: como v. g. con azotes, destierro &c.

En el hurto pues, á mas de conceder el derecho al dueño accion para perseguir la cosa hurtada, ó ecsigir la estimacion á aquel que se la hurto,* debe el ladron si el hurto es manifiesto pagar ademas el cuatro tanto del valor de la cosa, y en el no manifiesto el dos tanto ó duplo; † estendiendose esta pena contra los que dan

* Debe advertirse que la cosa ó su estimacion la puede pedir el señor contra el mismo ladron ó sus herederos, por ser la accion conque la pide de las que llaman *persecutorias de la cosa*, que competen tambien contra los herederos segun hemos notado ya: pero el cuadruplo ó duplo solo puede pedirlo (suponiendo que esta pena estuviese en práctica) contra el ladron y no contra sus herederos; si no es que viviendo el ladron se hubiese contestado el pleito; por ser esta pena puramente penal. Así lo dispone la ley 20 tit. 14. P. 7.

† L. 18. tit. 14. Part. 7.

TOM. IV—3

ayuda ó consejo tal, que por su influencia se realice el hurto que de otra manera no se hubiera hecho.* Pero convienen todos en que estas penas pecuniaras impuestas á los ladrones no están en uso, sino solo las corporales que diremos ú otras á arbitrio del juez atendidas las circunstancias, precediendo siempre que sea posible la restitution de la cosa hurtada y satisfaccion de perjuicios.

Acerca de los hurtos simples y calificados está dispuesto, que por el primer hurto simple se imponga al reo alguna pena de vergüenza y seis años de galeras ó á algun presidio.† Por el segundo cien azotes y diez años de destierro.‡ Posteriormente se ha declarado que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias segun y como se regularé la cualidad del delito, teniendo presente para ello la repeticion ó reincidencia, el valor de lo hurtado, la cali-

* L. 4. del mismo tit. Antonio Gomez Var. Resol. T. 3. cap. 5. núm. 4.

† Ll. 7. y 9. tit. 11. lib. 8. Rec. de Cast. y ley 18. tit. 14. P. 7.

‡ L. 7. tit. 11. lib. 8. Rec. de Cast. y Prag. de 19. de marzo de 1771.

dad de la persona á quien se hurtó y la del delincuente, &c. y esto es lo que se practica, por ser difícil que en tanta variedad de casos tengan lugar las penas establecidas para el hurto.* Por el tercer hurto se debe imponer al reo la pena de horca como á ladron famoso :† con tal que los tres hurtos sean distintos en las cosas y en el tiempo, y que hayan sido grandes ó de consideracion, lo que debe graduar el juez con atencion á la persona y demas circunstancias.‡

En el hurto calificado se debe imponer pena de muerte, aun por el primero en los casos siguientes: 1. Si fuere ladron conocido que públicamente robe-se en los caminos. 2. Si fuere corsario ó ladron que roba en el mar con navios armados. 3. Si fuere ladron que entrase por fuerza á la casa ó lugar de otro para robar con armas ó sin ellas. 4. Si hurtase de la iglesia ú otro lugar religioso alguna cosa sagrada. 5. Si

* Decreto de 18 de abril de 1746.

† Arg. de la ley 7. tit. 11. lib. 8. Rec. de Cast. y ley 18. tit. 14. P. 7. en ella Greg. Lop. glos. 5.

‡ L. 17. al fin tit. 14. P. 7.

algun oficial del rey, que tuviere en guarda algun tesoro ó hubiese de recoger sus pechos, ó sus derechos hurtare ó encubriere alguna parte de ello. 6. Si el juez hurtase el dinero del rey ó de algun concejo mientras estuviere en el oficio. Todos estos y los que les dieren ayuda ó consejo para verificar semejantes hurtos tienen pena de muerte.* Tambien se debe imponer la misma pena á los ladrones de bestias y ganados, á que llaman *cuatrerros*, en el caso de que lo acostumbren y no por el primer hurto, por el que se les impone alguna pena mas moderada. Pero sí se les asigna la de muerte cuando en primera ocasion hurtan número de bestias suficiente á llamarse grey, v. g. de diez ovejas arriba, cinco puercos, cuatro yeguas.†

Para el segundo hurto calificado impone la ley pena de muerte á los que hurtan en tiempo de guerra á sus compañeros.‡ Pero en el dia se mira con suma escrupulosidad la pena de muerte,

* Ll. 6. tit. 5. lib. 4. Fuer. Real y 18. tit. 14. P. 7.

† L. 19. tit. 14. P. 7.

‡ Ll. 6. y 7. tit. 23. P. 2.

y por lo regular no se impone á los ladrones, sino en algunos casos de extraordinaria gravedad. Se castigan pues los hurtos tanto simples como calificados con penas de vergüenza, de azotes, de servicio en obras públicas ó destierro á algun castillo por mas ó menos años, segun la gravedad del delito y reincidencias del delincuente.

§ IV. *A quienes compete la accion de hurto.*

La accion de hurto se concede por derecho á todos aquellos á quienes interesa que la cosa no se pierda, y esto aun cuando no sean dueños de ella sino solo poseedores por algun titulo honesto.* Por falta de esta circunstancia no se le concede al ladron, ni tampoco al poseedor de mala fe, no obstante que les importa que la cosa no sea hurtada, pues seria cosa inicua que su delito les produjese una accion lucrativa. Compete

* Arg. de la ley 9. tit. 14. P. 7.

pues, la accion de hurto á aquellos á quienes interesa por una causa honesta siempre que por culpa suya la cosa haya sido hurtada, suponiendo que la tienen á su cuenta y riesgo: v. g. en prenda, en conduccion ó en comodato. De aquí es, que tiene la accion de hurto no solo el dueño de la cosa, sino tambien el acreedor á quien hurtan la cosa dada en prendas por su deudor;* pues por dos razones le interesa. La primera porque debe restituir la prenda verificado el pago de la deuda, si por culpa suya fue hurtada: la segunda, porque aunque el hurto no se haya verificado por su descuido, le importa que su crédito esté asegurado con prenda. Así mismo el conductor puede intentar la accion de hurto, si por falta de la diligencia media á que está obligado le hurtaren la cosa, pues en este caso reconvenido con la accion del contrato de locacion, deberá pagar la estimacion de la cosa. Pero si el hurto sucediere sin culpa suya, solo al señor. competará la

* Dicha ley 9.

31

accion de hurto, porque en este caso á solo él interesa.*

En la cosa dada en préstamo ó comodato, tiene opcion el dueño de ella para demandarla á aquel á quien la dió prestada, ó al ladron. Pero si escogiere ó le pareciere mejor demandarla á este, no puede despues reconvenir al ladron aun en el caso de que no pueda recobrar la cosa del comodatario, quien sí podrá en este caso demandar al ladron. Y si el comodante elige demandar al ladron, no le quedará accion contra el comodatario, aunque no la pueda recobrar del ladron.†

Si la cosa hurtada fuere dada en deposito, no compete al depositario la accion de hurto porque como no presta mas que el dolo, no interesa á el, sino al señor el que la cosa no perezca: sino es que por alguna otra causa estuviese obligado á la culpa, en cuyo caso por razon de interesarle podria intentar la accion de hurto.‡

* L. 10. tit. 14. P. 7.

† Ley 11. del mismo tit.

‡ L. 12.

ADICION.

Muchas han sido las providencias que se han tomado para castigar á los que cometian el delito del hurto que se llaman ladrones; cuando tratemos del juicio criminal haremos mencion de ellas, y por ahora nos reduciremos á esponer que las penas de horca y azotes están abolidas como se ha dicho en la anterior adicion, y que sobre la del presidio hay un decreto del congreso de 10 de junio de 1823 en el que se faculta al gobierno para que destine á los presidiarios en los lugares y trabajos que tuviere á bien. Sobre esta misma pena del presidio pueden verse el auto acordado núm. 32 del cuarto foliage y el 665 del último de Montemayor y Beleña.

La multitud de providencias, lo riguroso y poco acomodado de las penas y otras muchas circunstancias que á cada paso se agravan, hacen clamar repetidamente por la necesidad del código penal, y mas que todo la mácsiama en el dia nada disputada de que es necesario dejar á los jueces cuanta menos arbitrariedad se pueda.

Muchos estados han manifestado ya su opinion por el establecimiento de jurados, y el de Puebla tiene la gloria de haberlo establecido el primero á pesar de las dificultades é inconvenientes que por una consecuencia natural deben habersele presentado.

Anhelmos pues, el arreglo y formacion del código penal, deseando que los legisladores penetrados de las luces del siglo y sabiendo acomodar las penas al perjuicio que los delitos hayan inferido á la sociedad, nos ahorren el doloroso espectáculo de la pena de muerte y castiguen al delincuente de modo que resulte en provecho é indemnizacion de esta misma sociedad.

TITULO II.

De la rapiña.

El segundo delito de los que llaman privados es la rapiña. Esta es *un despojo violento de la cosa agena mueble con intencion de lucrar ó de aprovecharse de ella, lo que necesariamente ha de ser hecho*

con dolo* Decimos que la rapiña es *un despojo violento*; en lo cual se distingue del hurto, que se hace clandestinamente. Decimos que debe verificarse *en cosa mueble*; en lo que conviene con el hurto, pero se distingue del delito que comete el que esple á otro de la posesion de una cosa raiz. Conviene tambien con el hurto, en que debe ser *de cosa agena*, pues la rapiña rigurosamente no tiene lugar en la cosa propia: aunque no quedará sin castigo el que violentamente arrebatá del poder de otro una cosa suya, por que el mismo se quiere hacer justicia y no la solicita del juez á quien corresponde administrarla. Por esta razon y para que no se perturbe la tranquilidad pública, ya que no se puede imponer la pena de hurto ni de robo al que comete semejante violencia, está dispuesto: que si el que arrebató la cosa era su dueño, pierda el dominio de ella. Si engañado juzgó que era suya, á mas de restituirla debe pagar otro tanto de su valor en pena. Asimismo el acreedor que violen-

* Prologo y ley 1. tit. 13. P. 7.

tamente ocupa alguna ó algunas cosas de su deudor en prendas de su credito, tiene la pena de perderlo.*

Finalmente, se añade en la definicion; que la rapiña se comete con intencion dolosa de hacer logro con lo cosa agena: para que se escluya el hecho de algun furioso ó falta de juicio, que debe carecer de pena aunque violentamente arrebate alguna cosa.

La pena establecida contra los que roban, si se intenta la accion civilmente, es el triplo ó tres tantos del valor de la cosa robada,† la cual solo se puede pedir dentro de un año útil:‡ pero la misma cosa siempre puede ser repetida por su dueño con los frutos, y en su defecto la estimacion, al robador ó sus herederos, en los mismos terminos que la hurtada, y competen las acciones que á los mismos.§

* Ll. 10. 11. y 12. tit. 10. P. 7. y 11. tit. 13. P. 5. y 1. tit. 13. lib 4. Rec. de Cast.

† Ll. 3. tit. 13. P. 7. y 2. tit. 12. lib. 8. Rec. de Cast.

‡ L. 3. tit. 13. P. 7.

§ Ll. 2. y 3. tit. 13. P. 7.

Como el robo no sea en realidad otra cosa que una especie de hurto, y solamente mas grave que el clandestino, pueden tambien los que le han padecido intentar la accion de hurto manifiesto; aunque segun se ha advertido yá, estas penas no se practican.

Con tanto odio vé el derecho toda especie de violencia, que se halla establecido por nuestras leyes: que el que fuere despojado de sus bienes, aun cuando sea por su verdadero acreedor, quejandose ante la justicia del lugar, esta se los restituya luego, haciendo solamente sumaria informacion de que le tomaron sus bienes sin mandado del juez legítimo, renovando las penas establecidas por las leyes de Partida para estos casos, y concediendo que las personas así agraviadas gocen del beneficio de *caso de corte*.*

ADICION.

Ya en otra parte se ha advertido que en el dia no se conoce el llamado caso de

* L. 1. tit. 15. P. 7.

cóрте tanto por el espíritu mismo del sistema, cuanto por estar señalados espresamente y con entera igualdad para todos los ciudadanos los tribunales de primera, segunda y tercera instancia.

TITULO III.

De los daños hechos á otro contra derecho.

El tercer delito privado es el daño hecho a otro contra derecho, por lo cual se entiende: *toda disminucion ó menoscabo de nuestro patrimonio causado por un hombre libre sin razon y sin justicia.** Solamente esplicando su definicion entenderemos la naturaleza de esta especie de delito. Decimos en ella, que este daño es *toda disminucion ó menoscabo de nuestro patrimonio*: de donde se infiere claramente: que un daño inestimable no se puede repetir con la accion de este delito: v. g. la muerte ó heridas dadas á un hombre libre. Decimos tambien: que este menoscabo debe ser *causado sin*

* Ll. 6. y sig tit. 15. P. 7.

razon y sin justicia ; porque el que obra del todo conforme á derecho, no delinque. De donde se infiere : que para la obligacion de resarcir el daño importa poco que este haya provenido de dolo ó intencion directa de dañar, de culpa lata, leve ó levísima porque aunque á la naturaleza del verdadero delito pertenezca el que sea cometido por dolo ; con todo las leyes guiadas por la razon, creen que es debido se resarza á otro cualquier daño que se le haya seguido por su negligencia, ó descuido capaz de ser evitado.*

De este principio de equidad nace : que sean responsables al daño que causaren, los que en parage de concurso de gentes hicieren alguna cosa por la cual se esponen á causar daño : de lo cual se encuentran muchos ejemplos en nuestro derecho. Segun él, es culpable un barbero que se ponga á afeitar á otro en la calle ó plaza pública : por que puede tropezar alguno, y ser causa de herir al afeitado.† Del mismo modo es culpable el que corre á

* Ll. 6. y sig tit. 15. P. 7.

† L. 27. del mismo tít.

39

caballo por las calles; el albañil que no avisa en alta voz cuando arroja desde alto piedras ó tierra á ellas: el que corta ramas de árbol á la parte del camino público sin prevenirlo antes.*

Igualmente es culpable el que hace trampas, ó zepos en caminos ó lugares públicos donde caen ó reciben daño los pasajeros; y el que guiando bestias bravas no las guarda de suerte que no hagan mal.† El medico ó cirujano que por ignorancia caurase mal á algun hombre ó bestia, ó que despues de comenzada la cura la abandonase, deberá resarcir estos daños; y si causare la muerte á algun hombre libre debe ser castigado á arbitrio del juez.‡ Tambien debe resarcir el daño el que en tiempo de viento enciende fuego cerca de paja, madera, mies ú otra cosa facil de quemarse; y el hornero que no cuida del fuego del horno, si por tal causa se pierde lo que allí se cuece.§ Son tambien responsables del

* Ll. 6. y 25. tit. 15. P. 7.

† L. 7. del mismo tit.

‡ L. 9.

§ Ll. 10. y 11.

40

daño los que en nave ú otro vaso donde se guardan mercaderias hiciesen algo porque se menoscaben ó pierdan ; y los mesoneros ú otros por el daño que causen á los pasajeros las cosas que tienen colgadas á sus puertas ó ventanas.*

De todos los ejemplos puestos podemos inferir : que con cualquiera culpa que concurra, hay accion para pedir enmienda del daño ocasionado. Mas tambien se infiere, que al que usa de su derecho, no se le puede imputar el daño que sucediere, pues este no será hecho contra justicia ; y así si yo cavo en mi campo para hacer un pozo y con esto deja de brotar agua en el del vecino, no soy culpable porque uso de mi derecho. Del mismo modo no es responsable el que causa daño á otro por caso fortuito : v. g. si una nave impelida de los vientos se estrellare contra otra y la quebrase : ó si corriendo á caballo en lugar acostumbrado atropellare á alguno ;† pues el caso fortuito no se presta ni en los con-

* Ll. 13. y 16. tit. 15. P. 7.

† L. 14. tit. 15. P. 7.

tratos ni en los delitos. Pero lo dicho se ha de entender cuando la cosa que se hace es lícita, en el lugar acostumbrado, y del modo debido.*

* En la ley 18. tit. 15. P. 7. se confirman dos capítulos de una ley que había en el derecho de los romanos llamada *Aquilia*; y dispone que si alguno se querrela delante del juez del daño que le fue hecho por razón de que le mataron algún siervo, caballo, ú otro cuadrupedo de aquellos que pacen en manada, y que nos son más útiles, debe pagarle el que le hizo el daño, tanto, cuanto más podría valer aquel animal desde un año antes, hasta el día en que lo mató. Y que si el daño no fuere por muerte de los cuadrupedos que refiere, sino por heridas ú otros males que los empeoraron; ó si matasen ó hiriesen otras bestias, quemasen, derribasen, destruyesen, ó hiciesen cualquier otro daño, deberá pagar tanto, cuanto más podía valer la cosa en que se recibió el daño desde 30 días antes hasta aquel en que sucedió. Y no solo debe resarcirse el daño que se causó en la misma cosa, sino también los menoscabos que se ocasionaron al dueño. Mas para que haya obligación á este resarcimiento es preciso que el daño haya sido hecho con alguna culpa, pues sin ella á nada estaría obligado el que lo causó según dijimos arriba. Pero es muy digno de advertirse que en el día no está en uso el hacerse las estimaciones de los daños mirando hacia atrás, sino que se tasa á arbitrio del juez; y se manda pagar. Ley 1. tit. 4. lib. 4. del Fuero Real.