

ALEGACION EN HECHO, Y DERECHO,

~~ESCRITA POR EL DOTOR~~
Laureano Martinez de la Vega.

SOBRE LA INTELIGENCIA DEL FVERO

19. de Procuratoribus,

~~Tug~~ P O R ~~Tug~~

IAYME DABBADIA CIVDADANO:

C O N

Su hermana Angela Dabbadia.

DVRIORA sunt vincula, & durior est carcer, quam captivitas; & durius est à fratre ratione pecuniae detineri, quam ab hoste impioratione belli. (dixo Baçga de inope debitorc, cap. 3 num. 19.) Duro parece, aspero, y que el punto dese papel (incommodo inusitado, è indigna materia entre dos hermanos) constituta, en si Angela Dabbadia pudo obtener que Iaime Dabbadia su hermano estuviesse preso, como està, por lo cobrado en virtud del poder que ad habendum le hizo, en execuciõ del fuero 19 de Procuratoribus; cuyo texto, porque hemos de tratar de su ingenuo sentido, ad literam se transcribe.

Si Procurator constitutus cum instrumento, vel sine, ad exigendum debitum, vel rem aliquam, a quavis persona receperit pecuniam, vel rem aliam nomine sui principali exactam, & eam illi cuius est procurator non tradet in continenti, vel solvet ad requisitionem constituentis,

A

vel

² vel principalis ipsius: per ordinarium capiatur, & tamdiu detineatur in carcere, donec quidquid acceperit, suo solverit, & satisficerit principali.

SUPONESE EL HECHO.

² **A**ngela Dabbadia casó con Leonardo Pintor; este en su testamento instituyó herederos a sus hijos, y juntamente la dexò tutora con Iaime Dabbadia su hermano. Era preciso (viuda la dicha Angela) tratarse de las cobranzas en q̄ avia de consistir el usufruto, firmar ambos los autos, y asistir a todo lo concerniente a la tutela. Por lo que la dicha Angela hizo poder ad habendum a su hermano, alsi en su nombre, como de la tutoria. Vivieron ambos hermanos en comunión; cobró, y pagó muchas cantidades por la tutela dicho Abadia, y a su hermana la entregó varias sumas, de que ha vivido aquella mientras viuda, y hasta que casó con Isidro donato Reguart.

³ Florencio Palacios Not. procurador de la dicha Angela en 28 de Julio 1657 confessando (importa para el punto) que el dicho Iaime Dabbadia avia cobrado mas de 2000 libras, y que la tenia pagadas algunas cantidades a su hermana, que estaba pronta a recibirlas en cuenta, y descargo. Suplicó a su Excelencia, y Real Consejo fuese mandado a dicho Badia, diese cuenta de lo cobrado en virtud de dicho poder ad habendum, infra decem. Consta en el pleito que pende de dichas cuentas, y es el del num. 8.

⁴ Como la cuenta del usufruto que procura tienen forzosa dependencia de la dicha tutela (q̄ es el mismo auto de poder: *Vos Iacobum Dabbadia fratrem suum in tuteorem, & curatorem una mecum, &c.*) y consistía en cerca de cinco años de administración, no fue facil el acelerarla, y reducirla a juicio en tan breve término de diez días, ella misma lo dice; pues en 28 de Enero se formó, y es tan dilatada que consta de 480 partidas, sin los artículos para la prueba del descargo que son 64.

⁵ Tenia noticia Abadia que Angela su hermana con supplicacion de 22 de Octubre 1657 (valiéndose del dicho fuero) suplicó que dicho Badia fuese prelo, y concluyó assi: *Suplica q̄ la persona de dit Badia sia capturada, y possada en les presons Reals de la present Ciutat, de hon no sia tret, fins tant h̄a a donat dits conteis* (importa)

1013

(importá estas palabras para la materia) y pagat lo que serà deutor, &c. Ad calcem se proveyó *Piant Suplicata*. Abadia en 21. de Março dixo nulidades de dicha provision, fundandolas en que el fuero no era aplicable; que entre dos hermanos no tenia lugar la capcion pro debito civil (aunque le huviera, y no fuese, como era, acreedor notorio en las cuentas de mas de 2000. escudos, segun lo que la misma confessò) que el fuero pide necessaria interpcion, y cantidad cierta para que se siga la capcion, no pagando in continenti; que implicava pedir las cuentas de la procura, è instar la capcion sin deuda cierta; y ultimamente que ad cautelam, y por evitar la vexacion se ofrecia a prestar idonea caucion de iudicato solvendo. Evocada esta insistencia, dixo nulidades la parte de la evocata, se repelieron; pidiose revision, & tandem se declaró por Badia, y quedó contestado este juicio, y remedio suspensivo, que oy està por declarar.

6 Atentada, è intempestivamente se puso en execucion la provision que obtuvo la parte; prendieronle a dicho Badia, y este obtuvo mandato para que se pusiese en poder del Escrivano la suplication de capcion (que por mas vexante se retenia; en tanto que la parte en las nulidades de la evocata que dixo a fol. 5. negò huviesse tal provision) y despues pidio revision de lo proveido, respeto de que se pusiera en poder del Escrivano, por dilatarle la carcel que padecia. Exhibiose, y el dicho Badia con peticion de 3. de Agosto representò las nulidades de dicha capcion, y quan contra derecho se executó en su persona, y suplico al Real Consejo con evidentissimas, y fundadas razones (como se provarà inferius) la excarceración, præstita cauzione de se reprenderlo, aut iudicato solvendo. No se ha proveido porque todo el proceso se comunica por duda, y porque se proceda con claridad, se fundarán en breve todas las razones en que funda la excarceracion dicho Badia.

D E R E C H O.

Primer fundamento.

7 **P**orque el remedio de nulidades, y juicio preventivo que contestó la misma parte, en sequela de la referida suplication de 21. de Março 1658. fol. 1. (referido supra

A Ex Bart. in l.
cum que rebatur
de re iud. & in
l. si s. proponis
a. col. Angel.
in l. praes. C.
quem. & quand.
aldus in 5.
qui p. 12. circa p.
q. 12. circa p.
off. de past. tenet
Vant. de nullit.
in Rub. quot. &
quib. modis &c.
n. 14. 15. & 16.
B sedem Vantius
pluribus probat
in tract. quot es
& intra quod
de nullit.
agi poj. a. 11.
& 12.
C Plura ad ma-
teriam contesta-
tionis congesse-
runt D. Guid. Pá-
cirol. in prax. p.
1. §. dilla est au-
tē, fol. mibi 79.
& seq. per tot.
Joan. Calvin. au-
thor damnat Le-
xicō iuris civil.
verb. litis con-
testatio. Novis-
simē D. Joseph à
Vela disert. 26.
n. 89. Ex nostro
iure municipalis
for. 1. de lit. co-
test. & ibi nota-
ta.

lupra num. 5.) es por si suspensivo, y primero devia recaer declaracion sobre el, que executarie la capcion, sub decreto nullitatis; doctrina es corriente, ^A y recibida en este sacro Senado, in tantum que alegadas dichas nulidades per modum exceptionis (como se alegaron) aegorij principalis cognitionem suspendit; processum retardat, & impedit litis contestationem, & pendente earum cognitione conquescit, ac dormit causa negotij principalis. ^B Luego no pudo executarle la provision pendiente dicho remedio, y mas contestado. Que lo quedo es infalible, porque la contestacion se induce ex reloponsione, tam negativa, quam affirmativa, seu etiam dubitativa, ^C de que consta por el mismo pleito.

Segundo fundamento.

8 Porque regularmente quando no impidiese la capcion como la impide la litigpendencia del articulo suspensivo de dichas nulidades, no pudo empeçarse por ella en fuerza de dicho fuero, ni se ajustò la parte a lo que en el se dispone. Testigos son el mismo fuero, y la misma instancia, si se combinan. Dize assila conclusion del libelo contrario, (sobre que recayò la provision de capcion) *Suplica que la persona, del dit laume Dabbadia sia capturada, y possada en les presons Reals de la present Ciutat, de bon no sia tret fins tant baja donat dits contes; y pagat lo que serà deutor.*

9 De dichas palabras se infiere, que la parte entiende el fuero en esta forma: que el procurador ad habendum deve estar presso, y dar la cuenta de la procura en la carcel, adhuc que lo cobrado esté iliquido, è incierto, así lo supone la misma instancia, y tenaciter se defiende en el articulo disilio contradicitorio en dos partes del comparendo de s. de Agosto 1658. Primo, ibi: *Conforme furs del present Regne el procurador ad habendum deu estar pres fins baja donat conte, y pagat lo que tindrá en su poder, y encara estant pres deu donar lo conte.* Secundo, ibi: *No per aver passat los contes la part altra (y es notable para en su lugar, que estos se pusieron a instancia del adversario) ha cessat la causa de aquella (habla de la capcion) ni la dita disposicio foral; puix ha de estar presto procurador per a donar lo conte, y estant pres ha de donar aquell. No dice tal el fuero, y es grave equivocacion, porque si el sentir contrario subsistiera, fuera decir que se ha de empear*

çar por la persona sin otra interpelacion; lo que es falso; y erroneo, digalo el mismo fuero, que no haze aun mención de lo que supone la parte, nempe: que dewe dar la cuenta en la carcel el procurador.

10 Dize el fuero en su dispositiva estas formales palabras (que no admiten aun razon de dudar.) *Si procurator constitutus ad habendum, &c. debitum, vel rem aliquam à quavis persona receperit pecuniam, vel rem aliam nomine sui principalis exactam, & eam illi cuius est procurator non tradet in continenti, vel solvet ad requisitionem constituentis, &c. per ordinarium capiatur.*

11 El sentido deste texto es, que sino paga in continenti el procurador lo cobrado, capiatur, & detineatur quoisque solverit. Luego a la capcion deve preceder la interpelacion que pague, y constar de que el procurador deva cantidad cierta, y no pagando capiatur. Porque la formal disposicion deste estatuto no es que el procurador absolute estè preso antes de la interpelacion, y mora, sino no pagando in continenti ad requisitionem constituentis. Luego es menester que la instancia sea esta: que pague, ó este preso, no que estè preso sin pedir que pague. Pruevale del mismo fuero que dice, *summatis: Si procurator non solverit ad requisitionem constituentis in continenti rem exactam, capiatur, &c.* Esta diccion si, adiecta a las demás palabras futuri temporis (scilicet *non tradet, vel solvet*) induce condicion, D & admonitionis nota est quæ denotat *interpellationem, & admonitionem.* E Como pues sin preceder interpelacion de que pagasse pudo pedirse la capcion, ni executarse, como se ejecutò?

12 Ni obsta que la parte aya interpelado al dicho Badia, para que diese la cuenta, porque esto no es dezir que pague, antes bié supone lo iliquido de la deuda (*vt inferius probabitur*) y se sigue que no tiene lugar el fuero, pues solo se aplica quando la cantidad cobrada es cierta; aliter diga la parte que deve pagar Badia, sino esta liquido? Como podia ser interpelado sin saber si devia, ó era acreedor? Como puede tener lugar la prisión si niega la deuda el reo, y no prueba el actor? Y ultimamente si a esta parte no se le ha pedido, ni pide oy cantidad que pague de lo procedido de la procura, sino las cuentas (porque pende de la declaración dellas.) Que mora ha cometido para que insida en la pena del fuero?

D Rub. & l. a
testatore, ff. de
cond. & demon-
stra. & tot. fere
tit. l. i. & ibid.
DD. ff. eod. plu-
res refert, & se-
quitur Barbos.
de dict. vs. freq.
tract. var. dict.
364. n. 1.
E l. muto, §. sub
conditione, & eo
loco. Alberic. ff.
de tutell. tenet
Ioann. Calvin.
auth. damnatus
in Lexicon iur.
dict. si.

13 No está tan destituido de fundamento lo hasta aquí ponderado, que no se prueve en términos terminantes de una decisión de este sacro Senado, tan aplicada a nuestro intento, que parece se previno para apoyo de nuestra justicia, y destruir la instancia de que se siguió la captión. Antes de entrar en la prueba, se supone, como constante, que lo cobrado por dicho B.
dia, y la procura que se le hizo fué en nombre de contutor con la dicha Angela: cōsta por libelo q̄ la parte puso en que pide la cuenta de dicha procura en 28. de Julio 1657. por esta clausula: *Ha cobrat dit Iaume Dabbadia, en virtud de la procura ad habendum que li feu la suplicant, y per trobarse aquell concurrador ab questa, y del profubit de dit vſufruit, li ha donat, y entregat differents cantitats que està prompte a pendreles hi en conte de llegitima data, y descarrib.* Y en el mismo poder donde le constituye procurador, dice así la misma Angela: *Vos Jacobum Dabbadia Civem, fratrem meum, tutorem, vna mecum, &c. Dos* consequencias forçosas se siguen: una que el poder se firmó para cobrar en nombre de contutor, y la accion de pedirle cuenta della no la incumbe a la concu-
ratrix, porque su accion restò extinta, eo ipso que perdió la tutela (por aver convolado a otras nupcias) no necesita de prueba esta ilacion, por ser constante, y por si notoria. La otra que el vſufruto (de que solo podía pedirle la cuenta) estaba, y està iliquido; pruevase por confession de la misma parte, por las palabras referidas: *I del profubit del vſufruit li ha donat differents cantitats, que està prompte a pendreles hi en conte, &c.*

14 En todos los términos propuestos, tratando de la in-
teligencia del fuero, sintió este Senado en nuestro favor. No
era menester mas apoyo, que el epígrafe de la decisión que
trae el señor don Francisco de Leon, por estas palabras: *Pro-
curator ad habendum qui accepit pecunias sui principalis, non debet de-
tineri captus, donec solverit; quando debitum est illiquidum, non ob-
stante foro 19. de procuratoribus.* Propone la duda, y el fuero el
señor Regente Leon, y disputando su inteligencia con eviden-
tes fundamentos, dice se declaró en el Senado *non esse locum
captioni pro quantitate illiquida*, con las razones siguientes.

15 Refiere Leon en dicha decisión num. 2. las palabras
del fuero, y lamentándose de que a los procuradores tal vez
les ponen presos, y detienen indebidamente, al num. 3. dice
así:

assí: In occurrenti tam en casu, sacra Regia Audientia iudicavit dis*ta*
positionem dicti fori, non procedere quando dubitatur, an procurator qui
pecunias exigit remaneat debitor, & sunt reddenda rationes in quibus
ille negat se debitorem. Nam dictus forus (que es la razon en que
nos fundamos) presupponit certum esse remanere debitorem; veluti
quando de recepta pecunia constat cum apacha, à procuratore firmata,
procuratorio nomine, & exoneratio est illiquidam; secus quando creditum
est illiquidam. Que mas prueva de lo iliquido que la confesion
de la parte, ponderada num. 13. ni que doctrina mas aplicable
si se considera el hecho del pleito?

16 Aun el argumento, y doctrina de Cancer, G que refie-
re el mismo Leon H se aplica a nuestro intento; donde dice, que
lo resuelto en el Senado se defendia con la dicha doctrina de
Cancer, qui ait: *Quod licet Surdus decis. 184. tenet, tutorem compel-*
lire reddere mobilis contenta in inventario non effectata redditione gen-
eralizationum tutellae; hoc tamen non procedere ubi per instrumentum
guarentigiatum ad dictorum bonorum restitutionem se obligasset, alias
secus tutorem excipiente non teneri reddere dicta bona, nisi rationes
redderentur, ut appareret an ipse creditor remaneret, tunc enim inquit
nisi factio prius dicto examine, tutor non tenetur ad alicuius rei, aut
quantitatis restitutionem, &c. I La constituyente hizo el poder
curatorio nomine, y el constituido le admitio en el proprio
nombre, como queda provado. El usufruto, segun principios
de derecho, sin la propiedad no se verifica: *quia proprietati est*
coherens. K Siguele pues, que por lo que cobró Badia no po-
dia estar preso, porque recibio la propiedad como concura-
dor in vim mandati, & curatorio nomine, y como a tal no la
devia dar cuenta de la procura, porque cesso el interes de An-
gela concuratrix, quando convoló ad secunda vota; ni como
concurrador no devia pagar, porque supone la cuenta lo iliqui-
do, y le sufraga la doctrina alegada que refiere Leon; como
procurador de la usufructuaria (por lo cobrado del usufruto)
menos; porque como queda provado, el fuero supone cant-
dad cierta, y interpcion, y no se aplica menos que concur-
riendo dichas calidades. L Ni puede en nuestro caso, porque
la parte no pudo valerse del fuero, eo ipso que instó el juicio de
cuentas, y liquidacion, antes bien se apartó de lo que dispone
electa via de dichas cuentas, por la vulgar, *vía una electa non po-*

G Cancer lib. 33
var. cap. 15. &c
renunt. n. 314.

H Regens Leo
dec. pradicta n.
3.

I Ex Crav. com.
fil. 231. num. 6.
Latv. conf. 275.
num. 13. & 14.
Cavalc. de tut.
nu. 237. Flam.
Cart. dec. 74. n.
21. tradit. Idem
Leo d. dec. 104.
n. 4.
K l. 126. ff. de
verb. oblig. l. si
cum testamento,
§. penult. ff. de
exec. rei iud. Cu
iac. ad l. 56. ff.
de verb. oblig. l.
3. ff. si usufruct.
pet.

L Ex supra ad-
ductis n. 15. ex
Leon d. dec. 104
num. 3.

M Barbos. loca
com. verb. via,
nu. 50.
N l. i. mulier, §.
fin. ff. quod met.
caus. cap. cum om
nes, de constitut.
Surd. conf. 377.
Farin. in
prax. cr. q: 175. n. 199.

test aliam recurri, M imò debet quisque sequi eam, quam sibi elegit. N Y es implicancia pedir cuentas de la procura que suponen lo iliquido, y valerse del fuero, que solo tiene lugar por lo liquido.

O Ex text. in l.
peto, §. prædium,
ff. de leg. 2. l si
quis domum, §. 1.
ff. locati. Surd.
conf. 420. nu. 4.
& ex Aristotel.
Purpurat.
conf. 339. nu. 3.
Anchar. confil.
235. col. 2. vers.
Præterea.
R Alexand.
confil. 192. per
tot. vol. 7.

17 Otro si porque de lo cobrado del usufruto no pudo sacarse lo liquido menos que discurriendo en cada un año por lo que importava la propiedad (como se han formado las cuentas.) La razon es llana, porque el usufruto est causa secunda, & usufructus est usufructus quatenus vim capit à proprietate que est causa prima. O Luego no se pudo hacer otro que entrar en las cuentas de la tutela, para saber lo que importava en cada un año dicho usufruto; y así no tuvo lugar, ni se puede aplicar el fuero, por lo incierto de lo cobrado, y dependencia formal de las cuentas de la propiedad.

S Ex vulgari
regula Legis ra-
tione cessante ces-
sat dispositio.

18 A estos terminos se regula la disposicion aquella p q potest tutor non minus remanere debitor, quam creditor, y por esto se avia de empezar el juicio (como se empeçó) por las cuentas: Quia actio contra tutorem datur ad factum, id est, ut rationem reddat, non aliquid certum. Q Y assi ante redditam rationem, quod debet tu- tor, est incertum; adeo ut interpellatio non eum constituit in mora. R Hinc est que si lo cobrado por dicho Badia, ratione usufructus, era iliquido, por dependiente de las cuentas, y administracion de la tutela, no podia tener lugar lo dispuesto por el fuero, por que habla de cantidad cierta, que se pide liquida, y no pagada, y faltando la razon de fuero, falta la aplicacion de lo que dispone. S Demas que no ay dar medio, ó pide la parte la cuenta; y esta ya la tiene dada, taliter que por respuestas a los articulos consta que es acreedor A badia de mas de 2000. libr. (sin lo que despues ha provado con testigos) y aunque tardó a darla, no dice el fuero, ni nadie dixo, que por la mora en darla deve estar preso el procurador; ó le pide que pague lo cobrado; no se padio, ni pudo por lo iliquido, ó la carcel es porque assigure la cobrança, y alcance; ya tiene ofrecida caucion. Pues con que titulo, ó motivo puede tener lugar la capcion, si dicho Badia no ha cometido mora en la paga, ni se le pide otra mas de que de la cuenta a que obtemperò este processu? Error es esforçar lo contrario, y dezir, como se esfuerça, que se deve dar en la carcel. Bien es verdad, que dadas dichas cuentas, y con

9

consentencia definitiva condenado, si restara deuda de cantidad cierta (precediendo legitima interpelacion) & incontinenti no pagasse deviera estar preso; pero antes es vexacion, de que la parte vsa sin derecho, ni mas motivo que obrar de hecho, tacita veritate, y con pretextos falsos, sin manifestar al Real Consejo la verdad que defendemos.

19. Prosigue el señor don Francisco de Leon en la referida decision, provando, que pro quantitate illiquida non tener captura contra procuratorem, y en justificacion, y apoyo de la conclusion de nuestra instancia (en que pedimos que *præstata cauzione de se representando*, procediera la excarceracion, adhuc que estuviesse la materia dudosa por esta parte) haze aquella ponderacion tan ajustada a nuestro intento, quanto juridica, q por serlo tanto se transcribe, T dice assi: *Ad supradictum autem sequendam sententiam, quod ubi creditum non est liquidum, procurator, qui nomine sui principalis accepit pecunias, non debet interim captus detineri me movent sequentia. Primo, quod tradit Baldus, &c. Videlicet, quando habebam duos correos debendi in solidum, & egi contra unum qui exceptionem opposuit; deinde egi contra alium, qui mihi solvit, & cessi sibi iura qui ex iure cesso fecit capi correum, sed ex forma statuti ille opposuit exceptionem litispendientiae* (como lo opusimos en el libelo, alegando las nulidades de la provision de capcion tempore habili, ponderado supra num.) & petijt se relaxari: quæsum fuit qui iuris? In qua questione inquit Bald. quod aut exceptiones sunt patenter frustratoria, & tenet captura, aut sunt iuste, & veræ (que mas justa que no aver precedido lo formal que dispone el fuero de la interpelacion, y mora en la paga?) & non tenet captura; aut est dubium, (que es in fortioribus) tunc etiam captus interim dimitti debez dando fideiussorem de se representando in carcere, casu quo exceptionem reprobari contingat. V Si Badia pudiera pedir la excarceracion por la nulidad de la capcion quando no se guardò la forma a foro establecida (ex regulâ iuris omessa forma legi vitiatur factum, X) con quanta mas razon la pide dando fiado de se representando, y assistiendole una decision tan justa delte Senado, en que declaró non esse locum capturæ pro quantitate exacta cum esset illiquida?

T Idem Leo. d.
decis. 104. n. 5.
ex Bal. in l. per
diversas nu. 35.
cum seq. usque
ad n. 39. C. mā-
dati. Alberic.
Odofred. &
Ioan. Andr.

V Arg. tex. in
l. divis. de offi.
Præf. & alijs
relatis à Leon
ibidem n. 6.
X Plura conge-
sit Barbos. loc.
com. litt. A. n.
45.

Tercer fundamento.

20 **S**i lo ponderado en el antecedente se aplica inter extra-
neos, con mas razon inter consanguineos, que es otra
de las razones en que se fundó la instancia de la escar-
ceracion. Confieso que no me fue facil el desempeño, y el
hallar mas doctrina en terminos que dictarlo la equidad, y que
quando di en ella, viendo la resolucion contraria a mi sentir,
me hizo horror la soluciõ, y si bien quedava disuelta la dificul-
tad, quedando, como queda provada la nulidad de la capcion,
ex ante dictis, con todo por mas justificacion de la instancia
(aunque costoso el estudio por la brevedad del tiempo) no
perdone el trabajo buscando la solucion, y provando: *Quod*
frater non potest ob debitum civile fratrem in carcerem detrudere.

A Baeça de In-
ope debitore
cap. 18. n. 80.

B Bald. conf.
418. lib. 1. nu.
81. & 82.

C Anto. Thes-
au. dec. Pede-
mont. 119. per
tot.

21 Baeça ^A mueve la question, y dice: *Nunc tractemus de*
fratre an possit ob aë alienum detrudere fratrem in carcerem, & faces
re ut sibi serviat si solvendo non sit. Y refiere que Baldo ^B resuelve
que no puede, con los fundamentos que alli cita Baeça, y con-
cluye en la afirmativa num. 83. ibi: *Quod verius est fratrem non*
solventem posse ad petitionem fratri detineri in vinculis. Y aunque
esta resolucion parece contraria a nuestro sentir, no embaraça;
pues quando no tuviesse otra en contrario que la refuta, basta-
ria el suponer, que habla Baeça del hermano deudor, que non
est solvendo, y no son estos nuestros terminos, porque no se
verifica que Badia non sit solvendo, maximè ofreciendo la cau-
cion. Con todo es admirable la doctrina, y decision de Antonio Thesauro, ^C que refutando a Baeça arguye su doctrina de
aspera, y dura con vivos fundamētos, y por proceder con mas
brevedad, y para carear la vna con la otra, se transcrivirà la de-
cisiõ de Thesauro, que por peregrina, y breve, y refutar a Bae-
ça ex professo no es desacuerdo el transcrivirla.

DECISIO PEDE MONTANA.

22 *Fratrer fratrem carcerari, & detineri facere pro debito civili*
intendebat, & pro eo supplicem libellum nobis in Senatu protexerat
(dize Baeça num. 1.) *dubitatum fuit an id esse fratri postulanticon-*
cedendum. Questio haec mibi visa fuit pulcherrima, & notanda tanquam
peregrina (dize bien, porque es raro, y casi incontingente el aver
quién dispute tal question, ni quién dude si un hermano pue-
de

de encárcelar á su hermano por deuda civil.) Y prosiguiendo dize, que Baeça disputó la question in vtranque partem, y que tandem concluyó: *Possit fratrem ad instantiam fratri arrestari res probata aliquorum distinctione, &c.*

23 Sed illius opinio (palabras de Thesauro) durior mihi visa est quam quæ in iudicijs observatur: Et propterea Senatus in causa Boetorum rescripsit posse quidem conveniri fratrem in solidum non tamen carcerari ad fratri instantiam.

24 Que era duro, y riguroso sentir el de Baeça, y que devia seguir la parte mas benigna, parece que ademas de lo que se pondera en dicha decision, se convence el mismo Baeça en el otro lugar suyo que citamos supra num. 1. donde lo tuvo por duro, cruel, y riguroso, D por las palabras: *Durius est à fratre ratione pecuniae detineri, quam ab hoste impio ratione belli.* Y prosigue diciendo: *His accedit quod iurisconsultus prudenter scripsit sumnum ius summa iniuria est.* Luego quando huius razon jurídica que permitiese la carcel entre los hermanos esset summa iniustitia, cosa dura, è impia en sentir del mismo Baeça.

25 Prosigue Thesauro, y en prueba de su sentir, y decision dize: E Pro qua sententia ad confirmationem rescripti facit in princ. is: *quod frater dicitur quasi fere alter, & crudelis est ille qui carnem suam odio prosequitur, cap. non estimemus 13. q. 2.* Y es razon natural; porque qui fratri providet se ipsum curat. F Et Plutarchus: G Mulas dicebat simul de gentes propter sororiam animorum coniunctionem. Como pues puede ser equidad que un hermano vexe a su hermano con la carcel, quando deviera librartle si por otri la padeciera.

26 La segunda razon en que se funda Thesauro es: *Quia socius conveniri non debet, nisi in quantum facere potest.* Y la razon que dà es: *Quia loco fratris est.* Ergo idem in fratre, l. verum in princ. ff. pro soc. quia iuxta dictum Philosophi. P opter quod unum quodque tale, & illud magis tale. H Y como Baeça se funda en la glossa del texto, en la ley verum, ff. pro socio, y siente, q de aquella no se prueba lo que defendemos, por hablar del socio, y no del hermano, trata Thesauro de la inteligencia de dicha glossa, y dice num. 3. *Et quamvis glossa ibi dicat fratrem in hoc non esse ita privilegium, ut est socius, & eam gloriam notabilem dicant, & sea quantur Petrus Iacob. Butr. &c. tamen (prosigue Thesauro) illa*

D Ipse Baeça:
de inope debit.
cap. 3. n. 19.

E Thesaur. phl
supra n. 2.

F Xenophon:
lib. 8. de instit.
Cyr.
G Stob. Serm.
82.

H Auth. multo
magis, c. de sa-
cros. Eccles.

videtur dura, & destruere illum textum; & contra opinionem glossatæ
nuit Jacob. de Raven. quem ibi citat Alber. & etiam Ioan. Fab. in d.
§. sed & si quis cum parente, num. 4. instit. de act. Addo ego quod con-
tra illam faciunt verba textus, ibi:

Cum societas, ius quodammodo
fraternitatis in se habeat.

Con estas palabras del dicho texto arguye a la glossa Thesau-
ro, y prosigue diciendo: Nam comparat ibi: Vlpianus societatem
fraternitati, vnde non debet esse melior comparatio comparato, & non
negat accusius ibi quin frater solum conveniatur in quantum facere
potest, & non ultra. Sino puede convenir nisi in quantum fa-
cere potest el hermano a su hermano, como podrá lo mas ri-
guroso que es ponerle en las carceles por la deuda?

27 Tertiò, pondera Thelauro, † que el hermano està te-
ñido a alimentar a su hermano pobre, si non habet vnde; y sa-
ca la consecuencia, vnde ergo non debet convenire fratrem in
plus quam facere potest.

28 Quartò, podera contra dicha glossa, que licet iura non
loquantur de fratribus, præsertim, textus in d. §. sed si quis, cum
extensio, conveniat æquitati, & bonis moribus, fienda est. K Y assi aun-
que el dicho texto hable de los socios, tiene, y admite exten-
sion en los hermanos, y se funda en el texto de la ley non tantum
ff. de re iudic. cui addo Gracian. † his verbis: Cum etiam tales
socij debeant inter se gerere cum charitate, & pietate omisis apicibus,
& rigoribus iurium, & statutorum, &c. tanquam societas habeat ius
fraternitatis. Bien se aplica el lugar.

29 Yes muy al caso aquella doctrina: L Quod frater redimes
ab hostibus fratrem ægenum, videtur facere pietatis intuitu, & non ani-
mo repetendi. Luego no parece equidad que el hermano deti-
neat fratre in carceribus, quando no puede repetir lo que pagó
en su redencion siendo cautivo.

30 Quinto, impugna Thesauro la resolucion de Baeça,
y dice, concluyendo la decision, estas admirables palabras:
Minus obstat quæ Baeça scribit in supradictato loco, quia vltra quod
non bene respondit ad cons. Bald. quem allegavit, illius ratio non est
concludens, dum voluit socium liberari, & fratrem non, quia hoc est
contra naturalem æquitatem, & esset melioris conditionis constituez
re socium quam fratrem, contra mentem ipsius Iurisconsulti in dict. l.
verum,

I Ex Ioan. Fab.
§. Sed & si quis
cum parente, nu.
4. Instit. de act.
Add. Molin. de
Hispan. lib. c.
15. num. 56. &
seqq. & Addi-
tionator ad eun-
dem, nu. 56. ex
Mieres, Surd.
Mat. Coler. &
pluribus alijs.
Salg. labyrinth.
cred. p. 1. c. 24.
n. 137. & seqq.
Noster D. Fran-
cisc. de Leon de-
cis. 27. tom. I.
n. 2.
K Thesaur. dict.
dec. 104. nu. 3.
Ex Ioa. de Plat.
in §. sed & si
quis inst. de act.

† Gracian. dis-
cept. foren. cap.
729. nu. 17. &
18.

L Bald. in l. li-
ber captus, n. 4.
vers. quid defra-
tre, c. de capt.
& in authent. si
captivi in fin. c.
de Episc. & Cler.

verum; & quamvis leges de hoc non dicant, tamen præsumendum non est illas voluisse hoc beneficium fratri negare, cum benignæ sint, l. benignus ff. de leg. præsertim verò inter nos Christianos, inter quos inter fratres, charitatis exuberantia maior exigitur, iuxta illud Malich. 2. Quare ergo despicit unus quisque vestrum fratrem suum. Et Machab. 12. Vbi societatem fraternitatem appellat. Et Paul. ad Rom. cap. 12. Charitatem fraternitatis invicem diligentes. Et alibi: Nemo supergrediatur in negotio fratrem suum, neque vrgebit eum quasi exactor, & similia. Que mas admirable doctrina, y que mayor equidad? Y si esto ha lugar, y se aplica en terminos, que el hermano es pobre (que parece la carcel se encamina a cobrar la deuda por su medio) con mas razon se aplicará a nuestro intento, que el el hermano abunda de patrimonio, no niega la paga, y ofrece caucion de iudicato solvendo, aut se representando, vt quid ergo la capcion contra dicho hermano?

que no debe proponer
tal fuerza contra una
no que acoso crea
despacio

Quarto fundamento:

31 **A**legose en esfuerço de la escarceracion, que en nuestro Reino no parece tener lugar la capcion cótra el hermano, en los terminos, y aplicacion del fuero 19. de procuratoribus por dos razones.

32 La primera, porque por los fueros 3. y 4. Rub. de in ius vocando, está dispuesto, que entre los hermanos no puede aver litigio alguno, y que sobre sus pretensiones se les deniegué toda audiencia, y que para decidirlas, comprometan en dos arbitros. La causa final, è impulsiva, y razon de decidir está en aquellas palabras del fuero 3. Com los plets, è contencions iudicials sien odiosos, è nutrius de grans inimicicies, è males voluntats, è senyaladamente quant corren entre pare, è mare, fills, è filles, germans, &c. Et ibi: Per evitar les dites males voluntats, &c. Y el Filosofo dixo: M. Fratrum contentiones, & iræ sunt acerbissimæ, & qui se nimis amant se nimis moderunt. Y Graciano^N lo considerò advertidamente, que hablando de los pleitos entre los hermanos dixo: Quorum solitæ sunt iræ, & eorum gratia rara est; ita, ut plerumque molestius ferant, si quæ ad se pertinent, aut pertinere contendunt, ad fratres suos pervenerint, quam ad extraneos: adeo inter eos discordia, imbidia, & lites oriuntur, ut ne Fiscos quidē indivisos relinquant, &c.

M. Arist. 7. politic. cap. 7.

N. Gracian. discept. forens. c. 706. num. I.

Y prosigue: *Vbi etiam quod non est mirandum si propter fundum, & domum ad sunt inter fratres iurgia, quando propter tunicam inter filios sancti Iacobus exarsit imbida.* Si el fin del fuero es evitar la discordia, como se puede entender del 19. de procurat. puede tener lugar entre los hermanos, admitiendoles la encarcelacion, y permitiendo con lo especial del 19. lo mismo que les está prohibido por la general disposicion de dicho fuero tercero? no es dezible, porque seria dezir que este fuero, que prohibe a los hermanos el litigio, quedaria derogado, ó clusoria su disposicion, siendo assi: *Quod nulla lex in particulari lata, legem generali derogat.*

P Pat. Brunon.
Chesaing. de pri
vileg. Regular.
propos. 6. nro 4.
et. veram.

Q Guazzin. de
defens. reor. de
fens. 5. cap. 4. n.
10. ad fin.

Y que estandoles prohibido lo menos a los hermanos, que es el litigio, lo ha de estar el poderse encarcelara su instancia, quando necesariamente ha de engendrar odio dicha caption: *Quia captura adfert praetudicium irreparabile, sive quo ad honorem, sive quo ad personae salutem, sive quo ad bona, sive quo ad scandala, ob infamiam quae ex ea resultat.* Bien se dexa entender, si le sucede todo a quien sin razon padece en bienes, persona, salud, y credito. Luego no tiene lugar el fuero inter consanguineos.

33 La segunda, y ultima razon, porque el fuero 19. no comprehende al dicho Badia (ultra de las alegadas superius) está en esta ponderacion. Aunque en dicho fuero no se halla la razon de decidir, parece se saca del privilegio 153. (con quién concuerda) del serenissimo Señor Rey don Iayme el Segundo. *in corpore Privilegiorum* fol. 76. part. 2. por aquellas palabras: *Cum plures draperij, & alij mercatores dictæ Civitatis gravia damna passi sunt: ex eo quod famuli, sive negotiatores, aut procuratores eorundem, plerumque pecunias quas nomine prædictorum draperiorum, & mercatorum recipiunt, penes se retinent, & quandoque cum eis aufugiunt, vel negando easdem pecunias recepisse cum prædictis draperijs, & mercatoribus lites subeant, &c.* Y dispone por esto lo mismo q el dicho fuero 19. referido supra n. 1. De la dicha razon de decidir, y de todas las hasta aquí ponderadas se sigue que no comprehende el fuero a dicho Badia; porque nec negat debitum, quando no se le pide sino la cuenta, nec debet; porque es acreedor, & vt cunque pende de la declaracion de las cuentas, y por ellas se haze la deuda iliquida; nec agitur de mandato factio per mercatorem famulo, aut negotiatori; quia factum

O Ex Div. Am
broſ. de Ioseph.
Patriarch. cap.
2. Genes. 37.

2029

15

factum fratri, ni tampoco adest timor fugaz en quien tiene patrimonio que excede de 20000. ducados, & ultimo cessa qualquier peligro, dando la caucion de iudicato solvendo, con que no le obste el fuero, es nula la captura, y deve declararse en su favor, ainsi lo confia, salvo el mejor sentir, & tanti Senatus censura.

Imprimatur.

M. Roig F. Adu. *El D. Lauriano Martinez
de la Vega.*