

(79)
L. 18. tit. 16. part. 6. ibi: Pero non debe consentire, que la casa que fue del Padre, o del Abuelo del huérfano, en que el nació se enagene en ninguna manera, pudiéndolo escusar.

(80)
Lament. Jerem. cap. 5. Recordare Domine quod acciderit nobis: intueri, & respice opprobrium nostrum. Hæreditas nostra versa est ad alienos, domus nostra ad extraneos.

(81)
Paul. in L. 2. §. 5. §. Quamquam ff. de aq. & aq. pluv. arcend. ibi. Quamquam tamé deficiat aquæ plubiæ arcendæ actio, attamen opinor utilem actionem, vel interdictum mihi competere adversus vicinum si velim agerem restituere in agro eius, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est. Hæc æquitas fugerit. Et si iure deficiamus.

Jacob. Menoch. conc. 62. num. 16. ibi: Quinto accedit illud vulgatum: quod tibi nõ nocet, & mihi prodest facile est concedendum.

(82)
Dñs Salg. part. 2. labyr. creditor. cap. 5. num. 10. ibi: Cui æquitatis fundamento aliud addiderim ex reg. L. 2. §. Item Varus ff. de aq. pluv. qua docemur ut quod tibi nõ nocet, & mihi prodest præstare tenearis.

(83)
Dñs Solorz. tom. 2. de Indiar. gubern. lib. 1. cap. 4. n. 81. ibi: Nam certum est, ac tritum iuris vtriusque proloquium: ex duobus malis minimum esse eligendum.

Id. lib. 2. cap. 30. num. 107. Minus quippè malum comparatum ad maius, habet rationem bon.

Cap. Juravit David 22. qq. 4. ibi: Juravit David temere: sed non implevit iurationem maiori pietate de duobus peccatis elegit minus, sed minus fuit illud in cõparatione maioris.

Cap. Duo mala.

Cap. Nervi dist. 13.

Dñs Vel. differt. 4. num. 51.

Dñs Gregor. Lup. in rub. tit. 12. part. 4.

(84)
Dñs Solorz. lib. 2. polit. Indiar. cap. 6. fol. 90. §. Lo tercero.

sentencia el daño hecho al Conde aora, no se repara entonces, y si se revoca, el que se pudiera ocasionar á la Santa Yglesia no subsistiera, porque vendiendose las haciendas se ocurriera á él. De que le servirá al Conde litigar, ni averlo hecho tanto tiempo, si al fin se avia de quedar sin las haciendas, y Doña Francisca sin la casa, que fue de la habitacion de sus Padres, y en que nació. Lo que se debe escusar como aconseja el Rey D. Alphonso el Sabio, (79) y se evitará tambien el que Doña Francisca se lamente diciendo, que ha pasado á los extraños su casa, queriéndose de los que son instrumento para ello. (80)

Esto supuesto, parece incontroverso el que la parte de la Santa Yglesia está obligada á consentir que por aora no se rematen las haciendas, quando de que así sea no se le sigue daño, y al Conde le aprovecha mucho, siguiendo la sentencia de el J. C. Paulo, (81) siendo mas apretada la doctrina de otros, pues dicen que están en obligacion de hazerlo, esto es, de consentir aquellos que no son damnificados en lo que á otros aprovecha. (82)

Ni puede prestar embarazo lo que por la Santa Yglesia se ha dicho de que con la dilacion se le sigue indecible perjuicio, quando la clausula de *por aora* lo excluye, no le quita el derecho que puede tener, y solo se intenta con madurez sin daño de tercero decidir el punto, eligiendo en concurso de dos males el minimo, de tal suerte, que este respecto de el mayor merece el nombre de bueno. (83)

En tanta manera es cierto lo referido, que siendo el servicio personal de los Indios prohibido por las Leyes de nuestros Reynos, por los daños, y perjuicios que les suelen ocasionar, ay Regnicola que diga, que por ser necesaria la prestacion de el servicio para la conservacion de estas Provincias, pues sin él, o no pudieran permanecer, o se govnara todo con mucho trabajo, y dificultad, se han de compeler á que lo den con la vulgar regla de que en concurso de muchos males el menor se ha de elegir, evitando el mayor. (84)

Consintió Moyses en la vieja Ley, que el marido apartara de sí, y de su casa á la muger, dandole libe-

15
libelo de repudio, (85) lo que hizo solo por escusar el homicidio, teniendo por menor peligro que se apartara de ella, que el que la matara; (86) y aconsejándole el Apostol San Pablo, no á los casados, ni viudas, sino á los celibes, que permanecieran así como él, dice: que si no se pueden contener que se casen, porque es mejor casarse, que abrafarse, amonestando, que siempre se elija lo menos; (87) y porque no se piense, que los exemplares, y autoridades se traen para el presente caso, como vulgarmente dicen por los cabellos, o con violencia, hago patente, que para el mismo efecto de desviar el peligro mayor por el menor los refiere en vna rubrica de sus partidas el Sapiensísimo Rey D. Alphonso, (88) con que siendo menor el daño que se sigue (caso que lo sea) de que se recoja el despacho librado para los pregones, que el perjuicio que se infiriera, rematándose las haciendas, porque no se

pudiera reparar: ya se ve que por evitar este se ha de elegir aquel.

VII. PROP.

El sequestro mandado hazer es conforme á todo derecho, y así la determinacion de esta Real Audiencia justa, y como tal mensurada á las disposiciones legales.

QUATRO causas ha encontrado mi cortedad para el sequestro: la primera, porque perciviendo la Santa Yglesia los reditos, fuera difícil (confirmada la sentencia) su recuperacion. Y la segunda, porque teniendo el Conde sentencia á su favor, tiene lugar en derecho el sequestro. Aunque cesse el temor de la dilapidacion de los frutos (causa porque generalmente se manda proceder al sequestro) sin embargo si ay rezelo de que commodamente no se puedan recuperar los frutos percebidos, se

(85)
Deuter. cap. 24. §. 1. Si acceperit homo uxorem, & habuerit eam, & non invenerit gratiam ante oculos eius propter aliquam feeditatem: scribet libellum repudij, & dabit in manu illius, & dimittet eam de domo sua.

(86)
Matth. 19. §. 8. Quod ergo Moyses mandavit dare libellum repudij, & dimittere? Ait illis: Quoniam Moyses ad duritiã cordis vestri promisit vobis dimittere uxores vestras: ab initio autem non fuit sic.

(87)
1. ad Corinth. cap. 7. §. 8. Dico autem non nuptijs, & viduis bonum est illis si sic permanent, sicut & ego, quod si nõ se continent nubant. Melius est enim nubere quã v. 21.

(88)
Rubr. tit. 12. part. 4.

(89)

Dñus Salg. part. 2. de Reg. Protect. cap. 16. num. 14. ibi: Et interdum etiam cessante fructum dilapidationis ratione, generaliter potest apponi sequæstrum in causa scilicet beneficii, quando timetur quod non possit commode fieri executio, & recuperatio fructuum.

(90)

Jabol. in L. Mævius 55. ff. de cond. & demõstr. ibi: Mævius cui fundus legatus est, cum quo testamēti factionem non habebat, ducenta dedisset conditioni parere debet, & ducenta dare, ut ad eum legatus fundus pertineat.

(91)

Dñus Salg. part. 4. de Reg. Protect. cap. 7. n. 108. ibi: Ex hoc eodem fonte emanat illa exceptio (non implevisti ex latere, & ex parte tua) quæ quidem adeo legitima est, ut etiam in executione opponi possit.

(92)

Id. loc. sup. cit. n. 111. Quæ quidem exceptio adeo legitima dicitur, ut etiam ac statuto rejiciente, excludentēque omnes exceptiones nõ intelligatur sublata, sed quâdocunque de ea opponi potest.

puede, y debe proceder á él; (89) en este caso es racional, y justo el temor, de que percevidos los redivos no se han recuperar: luego por esta razon es licito el sequestro. La mayor es constante á vista de lo que enseña vn Author tan clasico como el que la trae; la menor se prueba con lo dicho en la segunda proposicion, pues dichas las Missas, y celebrados los Maytines impugnara la restitucion la parte de la Santa Yglesia diciendo, no era justo se privara de el estipendio, aviendo tenido el trabajo en la celebracion de los oficios; la consecuencia es cierta: luego el sequestro justo.

Ni puede servir de obice el que se diga, el que interin se determina el pleyto principal se retendrán los redivos sin decirse las Missas, con lo que le será facil á la Santa Yglesia debolverlos si se confirma la sentencia, pues á esto se responde de dos maneras: la primera, que què razon ay, para que siendo tan dudoso, è incierto el fin de el pleyto, y atendidos los meritos de la causa principal mas que dificil el que se revoque, se le aya ciertamente de inferir el daño al Conde. La segunda, que es asentado en derecho, que la condicion se debe cumplir, y en el interin se suspende la disposicion (90) es condicion que se digan las Missas, y se celebren los Maytines: luego suspendiendose esto tambien la disposicion.

Pudierase alsi mismo en este caso oponer la excepcion de que la Santa Yglesia no avia cumplido de su parte aquello á que estaba adstricta, y es tan fuerte la excepcion que opuesta impide la execucion de la sentencia (91) pues como no suspendederà la de la disposicion? Y es tan cierto, que aunque ayga estatuto para que se repelan todas las excepciones, esta en qualquier parte, y siempre se puede oponer; (92) y porque tengo noticia, que hasta la presente no se han dicho, lo que no será dificil caso necesario exuberante ^{mente} justificar, á mayor abundamiento la opongo aun seclusa la hypotecia referida.

La segunda razon en que se funda el sequestro, es por aver sentencia á favor del actor (que es el Conde) contra el poseedor de las haciendas, caso en que el Sumo Pontifice Clemente V. para refrenar, y contener las

16

las malicias de los litigantes, definió se procediese á el sequestro, no solo de los fructos, sino de el beneficio litigioso, para que terminado el pleyto se le restituya al victorioso, deducidas solo las expensas, y gravámenes. (93) No hizo otra cosa la integridad, y literatura de los Señores Ministros de esta Real Audiencia, que arreglar se en todo, y por todo á la precitada decision en el auto de 30. de Henero que se quedò sin suplicacion, pues de el processo no consta que la interpusiera la parte de la Santa Yglesia. En èl se mandò remover el deposito de los ingenios, haciendas, y trapiches hecho en Antonio de Estrada, y Lorenzo Barzelon, Administradores que dixeron ser de ellas, y que se entregassen en deposito, y administracion al Conde con especifica razon de el estado en que estuvieren al tiempo de su entrega, teniendo el Conde libro de cuentas, con separacion de los avios que entrare, y de la de los fructos que cogiere, para que pagados aquellos, lo que de estos sobrare liquido, lo retenga en deposito para lo que se juzgare, y determinar definitivamente. (94)

Este sequestro (con el que se separa, y pacifica á los que contienden) lo apoyan, y dan por bueno, todos los Autores que mi cortedad ha visto, (no han sido pocos, aunque solo referirè las doctrinas de los mas clasicos) asseverando en capitulos enteros, que aviendo sentencia á favor de el actor, (como aqui) sea en el juycio petitorio, ò possessorio se debe proceder á el sequestro.

Con el motivo de enseñar (con la energia que acostumbra) el Señor D. Francisco Salgado de Somoza el punto de si harà, ò no fuerza el Juez Ecclesiastico, no disriendo á la apelacion interpuesta de la sentencia de sequestro, de su relaxacion, de el deposito, ò de su remocion, trata la presente materia, y haziendose cargo de que la sequestracion por todo derecho Canonico, y Civil, es prohibida, pues con el pretexto de el pleyto movido, ninguno debe ser arrojado de su possession, y percepcion de los fructos en que se halla; sin embargo resuelve, que en algunos casos es licito, y necesario proceder al sequestro, como quando la Ley se lo manda, ò per-

Dñus Salg. part. 2. de Reg. Protect. cap. 16. num. 14. ibi: Et interdum etiam cessante fructum dilapidationis ratione, generaliter potest apponi sequæstrum in causa scilicet beneficii, quando timetur quod non possit commode fieri executio, & recuperatio fructuum. (93) Clement. vnica de sequæstr. possess. & fructuum: ibi: Ad compescendas litigantium malitias diffinimus, ut vna contra possessorem diffinitiva sententia super beneficio apud Sedem Apostolicam duntaxat in petitorio, vel possessorio promulgata, beneficium ipsum etiam si dignitas, vel personatus existat, & curam habeat animarum à possessore huiusmodi, dum tamen triennio pacifice antea ab eo possessum non fuerit per loci ordinarium apud aliquam personam idoneam sequæstratur, quæ plenam de ipso, & debitam curam gerens id quod de fructibus ipsius debitis eiusdem soportatis oneribus, super esse contigerit illi restituat, qui finalem in causa victoriam obtinebit.

(94)

Fox. 17. quadern. corrient.

Dñus Salg. part. 2. de Reg. Protect. cap. 16. num. 14. ibi: Et interdum etiam cessante fructum dilapidationis ratione, generaliter potest apponi sequæstrum in causa scilicet beneficii, quando timetur quod non possit commode fieri executio, & recuperatio fructuum. (93) Clement. vnica de sequæstr. possess. & fructuum: ibi: Ad compescendas litigantium malitias diffinimus, ut vna contra possessorem diffinitiva sententia super beneficio apud Sedem Apostolicam duntaxat in petitorio, vel possessorio promulgata, beneficium ipsum etiam si dignitas, vel personatus existat, & curam habeat animarum à possessore huiusmodi, dum tamen triennio pacifice antea ab eo possessum non fuerit per loci ordinarium apud aliquam personam idoneam sequæstratur, quæ plenam de ipso, & debitam curam gerens id quod de fructibus ipsius debitis eiusdem soportatis oneribus, super esse contigerit illi restituat, qui finalem in causa victoriam obtinebit. (94) Fox. 17. quadern. corrient.

Dñus Salg. part. 2. de Reg. Prot. cap. 16. n. 2. ibi: Tamen ex quo sumus in materia prohibitiva, pro vt sequæstratio, quæ omni iure Canonico, & Civili prohibita est regulariter. Id. n. 11. Prætextu enim litis motæ ñ debet quis à sua possessione, & fructu perceptione desistere, neq̄ ejici. Id. num. 12. Sed isthæc conclusio, aliquot modis declarari convenit; quod licet ita verum sit vt regulariter prohibita sit sequæstratio, aliquibus tamen casibus, vel ex permissione iuris, vt quia Lex permittit Judici secundum quod sibi necessarium esse videatur, vt tunc possit sequæstrum apponere, vel præceptione, & mandato preciso iuris, vt quia Lex statuit, & mandat necessitative, vt aliquo in casu apponatur, aliqua sibi iusta, & rationabili causa motus. Id. num. 15. Prædicta tamen regula, scilicet appellationem licitam esse fallit in aliquibus casibus, vt primo scilicet non procedat, nec locum habeat quando Lex, vel Canon præcipit, & mandat sequæstrum apponere, & sit exemplum in casu textus in Clem. 1. de sequæst. posses. & fruct.

Dñus Præf. Covarrub. præf. qq. cap. 6. num. 6. §. Secundum quod: ibi: Nihilominus sententia adhuc appellatione pendente quandam habet præsumptionem iustitiæ, & rectitudinis. Quæ quidem præsumptio aliquot operatur effectus quorum mentio fit in Clem. vnic. de sequæst. posses. & fruct.

Dñus Larr. decil. 58. num. 1. Sequæstrum non concedendum suadet ex iuris regulis, quibus semel prohibetur incipi à sequæstratione, id que si aliquis in possessione inveniat, quamvis rixæ, & contentiones inter litigantes timeantur: quia pendente lite possessor debet frui commodo possessionis.

Id. num. 3. Semper litigantem esse conservandum in eo statu in quo invenitur tempore litis motæ quibus adiungo, vt quamvis in causis beneficiis facilius admittatur sequæstratio, tamen debet vna sententia ferri contra possessorem. Id. n. 5. Sed contraria sententia vt in nostro casu locum possit habere sequæstratio, etiam iure suadet, quippè timor dissipationis, bonorum sufficit vt possit sequæstrum locum habere, & n. 6. Cui addendum est semper ad officium Judicis pertinere ne iudicium eludatur, aut lite pendente bona de quibus controversia fuerit alienentur. L. Divus 5. in princ. §. fin. ff. de hæred. pet.

(98) Lancel. de attent. 2. part. cap. 12. limit. 12. n. 1. Quamvis enim appellatione pendente regulariter contra possessorem appellatorem non debeat fieri sequæstrum cū integer debeat esse illius status, nihilominus ad propositum nostrū etiam pendente appellatione fieri potest in quibusdam casibus, nec qb id dicitur attentare. Num. 2. Primus est quando sumus in sequæstratione secundum formam Clement. ad compescendas de sequæst. posses. & fruct. Num. 11. 19. 22. 25. & 26. in quibus referuntur casus.

mite al Juez, ò quando à este por justa causa bien vista, le parece que se debe poner; y diciendo, que es licita la apelacion, exceptua el caso de la Clementina referida, por no ser admisible el recurso, quando la Ley, ò el Canon mandan que se haga alguna cosa. (95)

El Señor Presidente Covarrubias (hablando de las presunciones que tiene à su favor la sentencia, (aunque de ella se aya interpuesto el recurso de apelacion) dice: que aun pendiente esta, tiene cierta presuncion de justicia, y rectitud, la que obra algunos efectos de los que se haze mencion en la supracitada Clementina. (96)

Trae la question el Señor Larrea con la ocasion de tratar de la controversia que se mueve entre dos sobre algun mayorazgo, y despues de apuntar las replicas comunes que se hazen: diciendo, que no se concede el sequestro, porque segun las reglas de derecho siempre se prohibe comenzar por él; que aunque aya rixas, y dissensiones, debe aquel que está en la possession gozar el commodo de ella, que el litigante se ha de conservar en aquel estado en que estaba al tiempo que se movió la lid, y que aunque en las causas beneficiables facilmente se admite la sequestracion, debe aver vna sentencia contra el poseedor; pero que con todo la contraria sentencia de que tiene lugar el sequestro segun derecho se persuade. Afirma, que el temor solo de la dissipacion de los bienes, basta para que tenga lugar; que inmediatamente incumbe al noble oficio de el Juez, que no escarnezca, ni quede burlado el juycio, como tambien el que pendiente el pleyto no se enagenen los bienes sobre los que ay controversia. (97)

Ro-

Roberto Lanceloto dice: que en muchos casos tiene lugar; aunque regularmente se prohiba: el primero, segun la forma de la Clementina. El segundo, quando por el poseedor se dissipan los fructos. El tercero, quando se apela de la execucion. El quarto por evitar los escandalos, y que vengan à las armas los que contienden, porque el Juez debe obiar las rixas, y discensiones. El quinto, quando el que lo pide tiene hypoteca en la cosa, cuyos fructos pide se sequestren. Y el sexto, en todos aquellos casos que al Juez le pareciere conveniente, y en mi dictamen ningun caso lo pide mas de justicia, que el presente. (98) Jacobo Menochio hablando de la presuncion que tiene à su favor la sentencia aun pendiente la apelacion, y de los efectos que produce refiere, que el segundo es el que se sequestren los fructos con lo decidido en dicha Clementina. (99)

El Doctor D. Manuel Gonzalez Tellez, dice: que en la referida Clementina se constituyó vn nuevo derecho, de fuerte, que no ay necesidad de que se dissipen los bienes, sino que basta que se interponga apelacion de sentencia pronunciada contra el poseedor de el beneficio. (100)

Para corroborar (en este caso) el sequestro, me ha parecido indispensable traer lo que se dice en vn texto arrogante de el Decreto, y es que quando el poseedor apela siendo el evento de el pleyto dudoso, entonces tiene lugar la sequestracion. (101)

D. Nicolas Rodriguez Ferosino con ciencia de la citada Clementina es de el mismo sentir, y aun refiere, que siendo nula, y atentada la sequestracion que se haze pendiente la apelacion tiene su falencia, quando es en el caso de dicha Clementina, sin embargo de que en la sentencia no se haga mencion de la dilapidacion de los bienes. (102)

Ni se puede decir que lo referido tiene lugar solo en las causas beneficiables; (y que así ni se adaptan bien los textos expendidos, ni son de el caso las doctrinas que se han traydo, y muchas mas que por no hazer immenso este manifesto se omiten) por dos razones: la primera, porque esta causa no es profana, quando en ella se trata vna cosa tan piadosa, como

Dñus Salg. part. 2. de Reg. Prot. cap. 16. n. 2. ibi: Tamen ex quo sumus in materia prohibitiva, pro vt sequæstratio, quæ omni iure Canonico, & Civili prohibita est regulariter. Id. n. 11. Prætextu enim litis motæ ñ debet quis à sua possessione, & fructu perceptione desistere, neq̄ ejici. Id. num. 12. Sed isthæc conclusio, aliquot modis declarari convenit; quod licet ita verum sit vt regulariter prohibita sit sequæstratio, aliquibus tamen casibus, vel ex permissione iuris, vt quia Lex permittit Judici secundum quod sibi necessarium esse videatur, vt tunc possit sequæstrum apponere, vel præceptione, & mandato preciso iuris, vt quia Lex statuit, & mandat necessitative, vt aliquo in casu apponatur, aliqua sibi iusta, & rationabili causa motus. Id. num. 15. Prædicta tamen regula, scilicet appellationem licitam esse fallit in aliquibus casibus, vt primo scilicet non procedat, nec locum habeat quando Lex, vel Canon præcipit, & mandat sequæstrum apponere, & sit exemplum in casu textus in Clem. 1. de sequæst. posses. & fruct.

Jacob. Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 67. num. 42. ibi: Secundo effectum hunc parit sententia etiã pendente appellatione vt fructus sequæstrari possint vt probat text. in Clem. 1. de sequæst. posses. & fruct. (100)

Gonz. in cap. 3. de sequæst. posses. & fruct. num. 11. ibi: Sed supra traditis, & præcipue decisioni textus in cap. fin. hoc tit. obstat Clement. unica vbi statuitur quod si sententia fuerit prolata cõtra possessorem beneficij, & ab ea appellatum fuerit etiam si fructus, non dissipentur Judicem à quo debere beneficium ipsum sequæstrare. (101)

Cap. Quoties 26. 2. qq. 6. ibi: Quoties post auditã causam Judici possessor appellat fructus possessionis, de qua agitur dum secundæ audientiæ eventus dubius est merito sequæstrantur. (102)

Feros. ad rubric de sequæstr. posses. & fruct. qq. 1. n. 8. Igitur fiet sequæstratio in beneficio si vna sententia lata fuerit in curia super petitorio, vel possessorio cõtra possessorem beneficij. Id. qq. 2. num. 2. Quo supposito ad primam respondeo revocandam esse sequæstrationem quasi verè attentatam. Et num. 3. Huic tamen cõclusioni obstat text. in Clem. 1. vbi si post appellationem sequæstratur possessio non revocatur remedio attentatorum.