

decision expresa en un capitulo de carta del año de 1537. que se halla inserto en cédula de 1540. (o) \* Haviendo consultado la Camara, que un Entretenimiento que tenia un padre en México de 150 ducados pasase á su hijo, vino en ello S. M. y previno, que sin grande causa no se consulte esto. Auto acordado 35, referido á el fin del tit. 1.º. lib. 6. Recop. \* y del hizo tambien mencion, estendiendole á la hija el Lic. Antonio de Leon (p).

45 Porque esto solo contiene una dispensacion, ó resolucion de la duda, que se podia ofrecer, en si el padre podia hacer este traspaso antes de su muerte, de que en otros casos semejantes tratan algunos textos, y AA. (q) pero en lo demás la Encomienda se quedaba en el mismo estado, sin hacer en ella nueva investidura, ni prorogacion de vidas, mas de quedar desde luego sucesor el hijo en el derecho, lugar, y tiempo que huviera de tener, si el padre por muerte se huviera quitado de enmedio, y el título de éste informa el de aquel: como hablando en el comprador de la herencia, y en otros casos semejantes, lo dicen algunos textos, y Autores (r).

46 En el de los feudos, que es tan parecido al nuestro, Zasio, Juan Francisco de Ponte, y otros que resuelven (s), que en los trasposos, ó refutaciones de ellos que se hacen de padres á hijos, ó á otros agnatos inmediatos sucesores, no se contraviene á la prohibicion de la enagenacion, porque la unidad, y conexidad de las personas obra, que no se pueda tener por tal, ni considerarse interés en perjuicio del señor del directo dominio, y que el feudo adquirido por el padre, y refutado en el hijo, no se dice nuevo en la persona de este, sino antiguo, y el mismo que se consideraba en la de su padre.

47 Y asi en el caso de que tratamos sucederá lo mismo, y no se debe expedir título de nueva Encomienda en la persona del hijo, ni en él podrá pretender, que el tiempo de las dos vidas corra de nuevo desde la suya, como algunos en vano lo han intentado: porque, aunque esto no se declaró bastantemente en el dicho capitulo de carta del año de 1537, despues sobrevino una cédula del de 1574. (t) que lo dexó fuera de toda duda por estas palabras: En lo que toca, á que los padres huelgan, que en su vida comience la permission en los hijos, por lo que toca á casamiento, ó por otros fines, pues no parece que tiene inconveniente, lo podreis hacer, y permitir, haciendolo por la misma via de permission, sin dar título. La qual cédula, siendo declaratoria de la otra, comprende tambien las permissiones semejantes hechas antes de ella, y puede traerse, y alegarse para determinacion de sus pleytos conforme á derecho (u).

48 Y esto lo insinúan mas aquellas palabras: Pues nos parece que tiene inconveniente; porque si se huviera de dar nuevo título, y comenzar á correr en el hijo las dos vidas de la Encomienda, que le cedía su padre, ya se vé que resultará inconveniente, de prorogarse, ó perpetuarse por esta via el goce de ella, y de caer en los fraudes que pretendieron obviar las cédulas referidas, que con tanto aprieto prohibieron estas renunciaciones en favor de terceros.

49 Lo mismo quieren dar á entender las palabras, que dicen, que esto se haga por via de permission, que es como decir, que no se mude, ni altere cosa alguna de la forma, y estado de la Encomienda antigua: porque la nueva forma de la investidura muda la naturaleza del feudo, y esto no sucede segun doctrina de Baldo, y otros (x), quando se queda la antigua como se estaba.

50 Pero podráse oponer á esto, que parecen de poco provecho, y de menor dudar (y) las cédulas referidas, si no se mejora en algo la condicion de la Encomienda, en el hijo por el regreso de su padre, pues lo que toca, á que este pudiese renunciar su derecho, y á se lo tenia concedido el comun, como arriba diximos.

51 A lo qual se responde, con advertir, que en las Encomiendas tenian todas las renunciaciones mucho de duda, por lo que vá referido, y porque en esta de que se trata, y á por lo menos desamparaba el padre el servicio, y ministerio de Encomendero, á que se hallaba obligado, y le queria poner en ombros agenos, y asi no se pudo tener por superflua la merced que en esta parte se le hizo, pues ya se hallan cosas, en que pudo caer, ni tampoco por careciente de razon de dudar, pues vino á vencer, y declarar las dudas que vá apuntadas, y esto basta para que se diga que obran algo las leyes, como ellas mismas lo enseñan (z).

52 Fuera de que, quando en si son claras, no debemos cavilar su disposicion, ni apartarnos de lo que estatuyn, y mandan, y tenerlas por inútiles, por decir son superfluas, ó si deben obrar algo, como lo advierten bien Alexandro, y Simon de Pretis (a).

53 Resta ahora por remate de este capitulo, que digamos algo de las Encomiendas que vacan en la Corte de su Magestad, y si hay algo en ellas, que diferencie su provision: Brevemente respondiendo, que aunque en los Beneficios Eclesiasticos es regla constante (b), que quando vacan en la Curia Romana, queda afectá, y reservada su provision al Sumo Pontifice, con derogacion del derecho que de otra suerte pudieran tener los Ordinarios, cuyas manos, se dice por esto, que quedan ligadas; no

(o) Exstat. 2. tom. impres. pag. 197.  
(p) Leon d. tract. 13. p. c. 9. n. 12.  
(q) L. post mortem, C. de fideicom. l. cum pater, §. de filia, de legat. 2. cum laté traditis á Molin. de prim. lib. 2. c. 4. n. 22. Padill. Mieres, Pretis, & alii apud Me d. c. 26. n. 80. quem vide.  
(r) L. emptore, C. de hered. vel act. vend. ubi Bald. notab. l. si donata, §. 1. de donat. inter. laté Tiraq. & alii apud Valenz. cons. 69. & Me d. c. 6. n. 81. quem omnino vide.  
(s) Zasio de feud. 4. p. pag. 13. post Isern. & scriben. in cap. 1. §. & si libellum, de alien. feud. Ponte de potest. Prorregis, pag. 142. n. 20. & 250. n. 11.  
(t) Exstat. d. 2. tom. pag. 213.  
(u) Auth. de fideis ante dot. instrum. nat. Bald. per text.

in l. non dubium, C. de legib. & alii ap. Menoch. de arbit. casu 185. n. 26. & Me d. c. 6. n. 83.  
(x) Bald. in cap. 1. §. insuper, col. 4. de prob. feud. alien. Alex. Jason, Afflic. & alii ap. Me d. c. 6. n. 84.  
(y) Contra l. quod Labeo, de carb. edit. ubi quod omnis lex debet servire in dubio.  
(z) L. que dubitationis, ff. de reg. jur. & ibi Decius, n. 1. & alii ap. Surd. cons. 123. n. 71. & Me d. c. 6. n. 86.  
(a) Alex. cons. 81. n. 16. vol. 6. Pretis de conjec. lib. 1. p. 262. n. 51. Ego d. c. 6. n. 87.  
(b) Cap. presentis, de prebend. in 6. Clem. 1. us lite pend. laté Palac. Rub. in tract. de hoc articulo, Flamin. & alii ap. Garciam de benef. 5. p. c. 1. §. 1. Valenz. cons. 128. n. 77. & 106. & alii ap. Me d. c. 6. n. 89.

no hállo, que en nuestras Encomiendas se hálle hecha semejante reserva, y asi podrán proveerlas los Virreyes, y Governadores en sus distritos, luego que tengan noticias de estas vacantes, si juntamente con ella no la tuvieren, de que yá la Persona Real ha ocupado su provision: porque, lo que no les está especialmente denegado, siempre queda en su fuerza, y vigor con lo concedido (c).

54 Y asi he visto, que muchas veces el Supremo Consejo de las Indias les remite las provisiones de estas vacantes, sin que obste el egem-

plar de los beneficios, en que interviene regla particular de Cancelaria, y siendo extraordinario, y odioso, por lo que tiene de apartarse del derecho comun, no se puede traer en consecuencia (d): demás de que en terminos de las mismas reglas de Cancelaria está mandado, y recibido, que no hagan, ni induzcan constitucion general, ni ligan á los que están fuera de la Curia Romana, como despues de otros lo advierte Rebuffo en la prefacion que hizo á una de dichas reglas (e).

ubi laté Pech. de reg. jur. in 6. cum aliis ap. Me d. c. 6. n. 91.  
(e) Rebuff. in prefat. ad reg. Cancell. verbo Cancellaria.

(c) L. precipimus cum vulg. C. de appell.  
(d) L. jus singulare, ff. de legib. ubi DD. c. que exorbitant.

CAPITULO VIII.

COMO SE DEBEN HAVER LOS VIRREYES, Y GOVERNADORES en la provision de las Encomiendas, y si pecarán con cargo de restitucion, si las dan á indignos, ó á dignos, haviendo otros que lo sean mas.

\* De la materia de este capitulo trata el tit. 8. lib. 6. Recop. \*

SUMARIO.

- 1 LAS Encomiendas se deben proveer en beneficios.
- 2 Asi se manda á los Virreyes, y en conciencia son obligados, y n. 4.
- 3 Y al Consejo en todas las provisiones.
- 5 El Deudor dada sentencia es obligado á pagar conforme á ella, si el caudal no basta para todos.
- 6 Escándalos, que de lo contrario, se han seguido, y n. 7.
- 8 Si se ha de elegir al mas digno remitese.
- 9 Se les encarga la conciencia á los Virreyes.
- 10 Que se figen edictos para proveerlas.
- 11 Que los agraviados apelen, y que se pida confirmacion.
- 12 La repeticon de mandatos acredita el animo vehementemente.
- 13 Lo que en contrario se biere es nulo.
- 14 No se atiende á lo que se hace, sino á lo que se debe hacer.
- 15 La repeticon de ordenes acredita, que no se disimula.
- 16 La presumpcion de que obran bien, está á favor de los Jueces.
- 17 Aunque es dificultosa esta averiguacion de beneficios basta obrar prudentemente, y n. 18.
- 19 Deben tener libros de repartimientos, y de beneficios, y n. 20.
- 21 Los Reyes de Persia le tenian.
- 22 El Rey Don Fernando tenia un libro, en que sentaba los vasallos, que eran á proposito para varios empleos.
- 23 Nada se esconde al Principe sollicito.
- 24 La Ley Neque supina, ff. de jur. & fact. ignor. se trae.

- 25 Deben tomar consejo de personas antiguas, y num. 26. 27. 28.
- 29 Como se deben preferir los pretendientes.
- 30 Dos Encomiendas no deben concurrir en uno.
- 31 Los Pobladores deben ser atendidos.
- 32 Los nuevos servicios son como los reparos de la casa.
- 33 Los que han venido á pobreza deben ser preferidos.
- 34 Los Nobles á los plebeyos.
- 35 Los Viejos á los mozos.
- 36 Deben atender á las viudas, y doncellas pobres, y huerfanas.
- 37 Epiqueya debese admitir.
- 38 La prudencia gobierna estas acciones.
- 39 Cap. 1. de offic. custodis se trae.
- 40 Los Virreyes no son dueños, sino dispensadores.
- 41 Quiexosos tienen los que goviernan.
- 42 Diebo de Augusto Cesar.
- 43 Los meritos pasados se han de premiar, no los futuros.
- 44 Las calidades para obtener deben preceder.
- 54 Lo que se permite hacer por meritos, se entiende de los pasados, no de los futuros.
- 46 La cosa que se requiere por forma de un acto, debe ser in tempore actus.
- 47 El que sin meritos recibió Encomienda, si despues, los adquiere, la conserva.
- 48 Los meritos futuros pactados habilitan.
- 50 Si lo pactado fue dinero para el Rey.
- 51 Y se debió aplicar al Fisco, como gasto torpe.
- 52 No incurrre en culpa, si que sigue con buena fe dictamen de Superior, y n. 53.

ESTANDO, pues, vacantes legitimamente las Encomiendas de los Indios, no las pueden, ni deben proveer los Virreyes, y Governadores, á quien esto está cometido, á su libre alvedrio, sino guardando, y cumpliendo exactamente con el tenor de sus instrucciones,

LI 2

y comisiones entre los mas dignos, y benemeritos de ellas, que hallaren en sus Provincias, pues este (como ya lo dexamos dicho) fue el principal intento, que se tuvo en instituir las: y así se le encarga mucho, muy apretada, y repetidamente en casi infinitas cédulas, ordenanzas, é instrucciones, que de ello tratan, y se podrán ver en el segundo tomo de las impresas, de que hacen mención Antonio de Herrera, y otros AA. (a)

2 Pero baste por todas el cap. XVII. de la Instrucción que se dá á los Virreyes, dice así: *Or mando, y afectuosamente encargo, que procedais con toda justificación en la provision de las dichas Encomiendas, teniendo especial cuidado de preferir á los que buviere de mayores meritos, y servicios, y de estos á los descendientes de los primeros Descubridores, y vecinos mas antiguos, que mejor, y con mas fidelidad hayan servido en las ocasiones pasadas.*

3 Esto mismo con no menor aprieto se encarga, y manda aún á los del Real, y Supremo Consejo de las Indias para las Encomiendas que por este se huvieren de consultar, y proveer, y otros qualquier officios, y beneficios en una de sus ordenanzas, que oy es 32. entre las nuevas por estas palabras: *Mandamos, que los del nuestro Consejo de las Indias, y personas á cuyo cargo es, y fuere la provision, y nombramiento de personas para los officios, cargos, dignidades, y beneficios, que para las Indias, y en ellas se buviere de proveer, preferan siempre los benemeritos, y suficientes, que en aquellas partes buviere, ó que en ellas Nos huvieren servido, y sirvieren, así en pacificar la tierra, poblarla, y ennoblecerla, como en convertir, y doctrinar los naturales de ella.*

4 De lo qual se infiere, que quando queramos conceder, que en la Persona del Rey nuestro Señor no sea precisa, y forzosa esta obligacion de repartir siempre estas Encomiendas entre benemeritos por las razones, que considera Antonio de Leon (b), y ponderaremos en otro capitulo, en sus Virreyes, Gobernadores, y demás Ministros lo es tanto, que deben en conciencia cumplir con ella, executando lo que así les está mandado por el dueño de ellas, como se puede probar por el simil del testador, que manda á sus herederos, ó albaceas, que hagan ciertas limosnas entre pobres, ú obras pias, que él especialmente dexa señaladas, en que concluyen todos los textos, y Doctores, que del tratan (c), que deben elegir precisamente los nombrados, y que podrán ser recusados, ó removidos del officio, sino lo hicieren.

\* *Ram. Val.* El Padre Avendaño en su tesoro Indico, tomo 1. titulo 3. capitulo 9. num. 68. dice, que el Virrey, y los demás que dan Encomiendas, deben en conciencia exercer esta jus-

(a) Sched. 2. tom. ex pag. 183. Herret. passim in sua gener. Ind. histor. Acosta de proc. Ind. sal. lib. 3. cap. 11. Zapata de justit. distrib. 1. p. c. 4. num. 11. Ant. de Leon de Confir. Reales, 1. p. fol. 4. n. 51. 62. 74. 94. & per tot. \* L. 14. tit. 2. l. 66. tit. 3. lib. 3. l. 5. tit. 6. lib. 4. l. 4. y 5. tit. 8. lib. 6. Recop. \*

(b) Ant. de Leon sup. 1. p. c. 15. num. 24. & 28. nos infra lib. 5. c. 13. & 14.

(c) Cap. tua nos, de testam. Clem. 1. eod. ubi DD. & plures alii apud Crasum, §. executores, q. 10. & Me 2. tom. lib. 2. c. 7. n. 3.

ticia distributiva. Y que sea pecado mortal, no elegir al mas digno, num. 73. Y que se reputan por mas dignos los descendientes de Conquistadores, num. 75. \*

5 Lo mismo pasa en el deudor de muchos acreedores, para cuya paga no tiene hacienda bastante, que en estando dada sentencia de graduacion entre ellos, debe regirse por ella, pagando á cada uno en el lugar, y cantidad, que está señalado, y si de otra suerte pagare, será condenado á satisfacer á los anteriores, y en conciencia tendrá cargo, y obligacion de restitution, como lo dice un texto, y su glosa, y lo prosiguen latamente varios AA. (d)

6 En terminos individuales de nuestras Encomiendas, atendiendo á lo referido, dice Juan Matienzo (e), que se maravilla, y duele mucho, de que estando tan encargada la justa distribucion de ellas á los Virreyes, y Gobernadores, procedan de ordinario tan de otra suerte, y las den por solo su antojo, y otros respetos á sus allegados, y que esto suele ocasionar los escandalos, y movimientos, que en las Indias se han reconocido por lo pasado.

7 Lo mismo, sin haver visto á Matienzo, dice Fr. Juan Zapata (f), haciendo un libro entero para probar, y persuadir esta obligacion, y que aún se puede fundar, que no solo es de justicia distributiva, sino tambien de la conmutativa: y concluyendo con Soto, Navarro Ledesma, Azor, Rebelo, y otros, que no solo el Governador que dá estos premios á indios, dexando los dignos, sino aún los que por qualquier causa intervienen en esto, ó se lo aconsejan, ó piden con favores, ó ruegos pecan mortalmente, y están obligados á restitution.

8 Y luego pone en question, si será lo mismo quando, aunque se elige el digno, se dexan sin suerte otros que eran mas dignos, ó solo se incurrirá el pecado mortal? Puntos, que tambien en esta misma materia de las Encomiendas, los trata Antonio de Leon (g), disputando si estas se pueden, y deben tener por bienes de la República. Y en las de los Obispos, Officios, y Beneficios infinitos Doctores, que copiosamente refieren Bobadilla, y Nicolao Garcia, y apuntaremos en otro lugar (h).

9 Allegase á esto la decision de otras cédulas del año de 1588. y de 12. de Diciembre de 1619. de que ya hice mención en el cap. VI. de este libro, las quales no contentas de haver encargado á los Virreyes, y Gobernadores la justificacion de estos premios con tanto aprieto, y declarado, que se deben de justicia á los mas benemeritos, añaden: *Que en lo que en contrario hicieren, se les cargan sus conciencias, la qual clausula*

(d) L. fin. §. etri prafatam, & ibi glos. verbo Satisfaciam, Cod. de jur. delib. l. 7. ubi Gregor. titulo 15. parte 5. laté Turret. cons. 47. libro 1. Flores de Mena libro 1. folio 6. §. 2. á numero 1. & alii apud Me dict. c. 7. numero 4.

(e) Matienzo. in l. 5. gloss. 2. tit. 1. lib. 5. Recop.

(f) Zapata de just. distrib. 1. p. c. 4. n. 18. & 2. p. c. 5. n. 13. & 25. & 3. p. c. ult. ex n. 3.

(g) Leon sup. cap. 11. cum seqq.

(h) Bobadilla. in polit. lib. 1. c. 3. n. 76. Garc. de benef. 7. p. c. 16. ex n. 5. & 26. infra lib. 4. c. 15.

la muestra (i) que se hizo confianza de ellos para esta distribucion, como de Varones aventajados, y temerosos de Dios, y de ellas, y sirve de excitarles, y amonestarles, que así lo cumplan, y pospuestos otros qualquier respetos, executen con atencion lo que se les ha encargado, y mandado.

\* El Acuerdo 127. de los del Consejo de las Indias dice así: *Su Magestad por decreto señalado de su Real mano en Madrid á 2. de Marzo de 1643. dice: Que aunque de las personas de las obligaciones á su servicio de los del Consejo de Indias, y Junta de Guerra del debe fiar la atencion, con que se ajustarán á proponerle para todo genero de officios, y dignidades los mas benemeritos, ha querido encargarlo solo con decir, que no les dexa arbitrio en la materia: porque su animo es, que los mas virtuosos, los mejores, los mas útiles, y convenientes para los ministerios públicos se le propongan, en que les corre á los del dicho Consejo, y Junta precisa obligacion de conciencia. \**

10 Otras cédulas hay (k) que mandan poner edictos con termino competente, para que los que pretendieren ser benemeritos, vengán á oponerse á las Encomiendas que vacaren, las quales se conforman con los que manda poner el Concilio Tridentino para los beneficios, y las han ya obedecido todos los Gobernadores de las Indias (l), excepto los Virreyes del Perú, que dieron varias razones para excusarlo, y entre ellas, que desdecia de la confianza, y representacion de su dignidad.

11 Otras, que permiten á los benemeritos, que se sintieren agraviados de la injusta distribucion, apelar de ella para las Audiencias, ó Consejo de las Indias: otras (m), que mandan embiar todos los años relacion de los benemeritos, y gratificaciones, que se les huvieren hecho: otras, que para afinar aún mas la justificacion de ellas, han mandado se venga á pedir su confirmacion al Consejo (n).

12 De todas trataré mas despacio en otros lugares: en este solo he querido apuntarlas, para que conste aún mas del gran deseo, y cuidado, que siempre nuestros Reyes han tenido de esta justa distribucion, pues la hallamos tan geminada, y prevenida con tantos, y tales recatos: del qual argumento es mucho lo que está escrito por los DD. (o) y para que del todo acaben de saber, y entender las personas, á quien está come-

tida, que la deben executar puntualmente, pues es tan substancial, y tan encargada en sus poderes, é instrucciones pena de ser reos de su tras-paso, y de que se podrá dar, y dará por nulo lo que hicieren de otra manera, como en semejantes casos lo dispone el derecho (p).

13 Y en el nuestro se lo intinan muchas cédulas (q), que desde luego lo dan, y declaran por tal, como ya ha sucedido practicarse en varias ocasiones. Lo qual descubre, que quisieron tener, y tuvieron por substancial, y precisa esta forma de distribucion, segun lo que todos los DD. escriben del efecto de estas clausulas irritantes (r), y que por ningún modo dexaron en su libre alvedrio, lo que tantas veces determinaron, y declararon, como tambien se lo puede enseñar otra regla del derecho, que así lo decide (s).

14 Y no obstará, si á esto se replicare, que pocos, ó ningunos Virreyes, ó Gobernadores han hecho tan exacto escrutinio para la provision de las Encomiendas, como el que les vamos pidiendo; y por las dichas cédulas se requiere, y que así por no usarse, se pueden tener ya por relajadas, ó derogadas (t): porque no havemos de atender lo que han hecho, sino lo que han debido hacer (u).

15 Y para poder inducir derogacion del orden, y forma pedida, y repetida en ellas se requiere ciencia, y tolerancia del Principe que las despachó, y mandó executar, y que se diesen casos de muchas transgresiones disimuladas, pudiéndose frenar, y castigar los quales no se darán, sino los contrarios: pues se renuevan cada dia las dichas cédulas, y se despachan otras de reprension contra los que exceden del tenor de ellas, y se les sacan cargos, y penas en las residencias, con que no puede admitirse, ni alegarse derogacion: como lo resuelve bien el Padre Salas (x) despues de otros muchos DD. y Cerdan Tallada en su Veriloquio, hablando de los excesos de los Virreyes (y).

16 Aunque no quiero, ni puedo negar, qué lo regular es, pasar, y confirmar las mas provisiones que hacen, en que no consta, que se obró por respetos torcidos, ó indebidos, ni con injusticia conocida, y notable, por estar siempre la presumpcion, de que proceden bien, é informaron legitimamente su arbitrio, y cumplen en todo con sus obligaciones, por los que ocupan

(i) Alex. cons. 118. n. 2. vol. 5. Socin. reg. 33. Anan. cons. 34. n. 16. & plurimi alii apud Garcia sup. 6. p. c. 2. n. 6. Sanch. de marrim. lib. 8. disp. 27. n. 43. Acuña in notis ad cap. habuisse, disp. 33. pag. 258. & plures alii ap. Me d. c. 7. n. 11.

(k) Extant. 2. tom. impres. pag. 236. & seqq. apud Anton. de Leon d. c. 11. n. 15. 16. & seqq. \* L. 47. tit. 8. lib. 6. Recop. \*

(l) Trident. sess. 24. c. 18. ubi laté Barbo. in collect. & remit. pag. 477. & seqq. & Garc. supr. 9. part. c. 2. ex n. 30. fol. 64.

(m) Extant. d. 2. tom. pag. 176. & seqq. & 1. tom. pag. 223. & seqq. & alia novis. ann. 1624. apud Leonem sup. n. 36. fol. 64.

(n) Sched. ann. 1608. & alii ap. Leonem sup. c. 17. n. 5. & seqq. \* L. 62. tit. 3. lib. 3. y l. 1. tit. 19. lib. 6. Recop. \*

(o) L. Ballista ad Trebel. l. cum pater, §. filius, de legat. 2. cum innumeris ap. Fichar. demora, á n. 81. Castill. 1. con-

trov. c. 47. n. 21. Velasc. axiom. jur. litt. G. n. 1. & Me d. c. 7. n. 18. \* L. 66. tit. 3. lib. 3. Recop. \*

(p) L. diligenter, ff. mand. l. si quis pro eo, ff. eod. l. cum ij, §. si pretor, de transact. cum multis apud Me d. c. 7. n. 19. & seqq.

(q) Sched. ann. 1563. & 1592. 2. tom. pag. 237. & 242. & alia anni 1593. 1. tom. pag. 226.

(r) Marta post alios, de claus. 1. p. claus. 19. novis. Merlin. contr. forens. c. 21. & alii apud Me d. c. n. 23.

(s) L. omnium, ff. de procur. ubi DD. laté Menoch. 1. de arbit. q. 14. per tot. & alii plures apud Me dict. c. 7. n. 31.

(t) L. de quibus, ff. de leg. cum aliis apud Me d. c. 7. n. 15. & apud Menoch. sup. q. 71.

(u) L. Jus pluribus, 11. ff. de legibus, l. sed licet, 12. ff. de offic. praesid.

(x) Salas de legib. lib. 7. c. 18. n. 16.

(y) Cerdan in Viril. c. 10. pag. 123.

tales lugares, como lo dice el derecho (z), y convenir á la autoridad de los mismos, y de quien los nombra, y á veces disimular algo, por no lo turbar, y émbarrasar todo, segun la doctrina del Jurisconsulto Metiano ilustrada, y alabada por varios AA. (a)

17 Ni tampoco obstará, si achacaren que es imposible, ó por lo menos muy dificultoso (lo qual se equipara en derecho) (b) andar haciendo en qualquier provision de Encomienda, por pequeña que sea, este tan ajustado valance de opositores, de sus meritos, y servicios, especialmente en el Perú, México, y otras Provincias grandes, donde son muchos los que por sí, ó por sus pasados, que fueron Conquistadores, Pacificadores, ó Pobladores se tienen, y estiman por benemeritos, y están divididos en diferentes, y distantes lugares.

18 La qual dificultad, y otras reconoce en nuestros terminos Antonio de Leon (c), y en los semejantes Soto, y Molina (d) diciendo, que Dios no nos obliga á tan ansiosas, y escrupulosas tratinaciones, ó averiguaciones, y que basta proceder con la prudencia, y justificación, que buenamente cupiere en la calidad, y condicion de los negocios, y personas, que se ofrecieren.

19 Pero todavía se le puede responder, que como ellos quieren, esta dificultad se podrá vencer del todo, ó en mucha parte, haciendo libros, ó matriculas de los lugares de las Provincias de su cargo, y benemeritos de ellas, como se lo mandan algunas de las cédulas referidas, y en particular la dada en el Pardo á 26. de Septiembre de 1575. dirigida al Virrey del Perú, D. Francisco de Toledo (e), y como lo solian hacer los Romanos, cuyo Imperio era tan dilatado (f), y á su imitacion teniendo personas de su confianza en cada Ciudad, que con verdad, y secreto les informen de los procedimientos de los vecinos, y de los meritos propios, y heredados, que tienen, y qué premios han recibido? á los quales llamaban *Curiosos*, y *Estacionarios*, de que hay titulo en el Volumen, y frecuente mencion en varios AA. (g)

20 Entre ellos Pedro Rebufo (h) dice, que él desea mucho, que en Francia se renovára la costumbre de semejantes libros, y noticias de fieles servicios, y Secretario particular, que los tuviera bien vistos, y de pronta memoria, para hacersela al Principe en las ocasiones que conviniesen: pues por no tenerla premian, y ensal-

zan muchas veces á los indignos, y dexan olvidados, y despreciados á los benemeritos.

21 Bien sabemos, que los Reyes de Persia los tenían, y repasaban de quando en quando, por lo que le pasó á Asueto, Señor de 127. Provincias, que como se cuenta en la Sagrada Escritura (i), leyendo en ellos, hizo memoria de el gran servicio que le havia hecho Mardoqueo, quando le libró de la traicion de Bagathan, y Thares, y trató luego de honrar, y remunerarle, sintiendo mucho no lo haver hecho antes.

22 Mateo de Aflicis, y con él Visconte, y Castillo (k) refieren, que el Rey Don Fernando, el Primero de Napoles, tenia en otro tal libro los nombres de todos los vasallos, que podian ser a proposito para diferentes oficios, puestos por sus clases, y de ellos precediendo otra informacion secreta, escogia, llegado el caso, los mas convenientes.

23 De manera, que como no falte cuidado, ni voluntad, superable es la dificultad referida, y nada, como Casiodoro dice (l), se le puede esconder á un Principe sollicito: y aún dado, que esto no bastára para que el Virrey, ó Governador pudiesen conseguir toda la luz, y conocimiento, que el caso requiere, no por eso han de dexar de procurar por lo menos, la mas que pudieren, siguiendo el exemplo, y consejo de Horacio (m), que lo demás se podrá calificar por escusa afectada, crasa, ó supina ignorancia, la qual el derecho tiene, y castiga por culpa, y por lo mismo, saber una cosa, ó tener obligacion de saberla (n).

24 Y es célebre en el proposito un texto de el Jurisconsulto Ulpiano (o), donde tratando de un Legatario que estaba gravado de dar libertad á muchos esclavos agenos, para cuyo precio no bastaba lo que se le havia dexado, dice las diligencias que ha de hacer, para ver quales segun el orden de la escritura, ú otras conjeturas de la voluntad del testador deben ser preferidos: y que si aún de eso no constare, entren en suertes, ó alegando cada uno sus meritos, se tome arbitrio de libertad á aquellos, que los tuvieren mayores.

25 Fuera de que si tienen deseo de acertar, y cumplir con sus obligaciones, quando, ó por ser nuevos en la tierra, ó por otras causas no se hallaren capaces, de poder hacer por sí mismos tan exacto escrutinio, deberian por lo menos tomar parecer, y consejo de personas antiguas en ella, y de entera satisfaccion, y encaminar por ai sus acier-

(z) L. 1. ff. de offic. Praefec. prat. l. 2. C. de offic. civil. Jud. cum late adductis á Menoch. prat. 67. & 85. lib. 2. & á Me d. c. 7. n. 10.

(a) L. Servo inuito, 65. §. cum prator, ff. ad Trebel. c. si soli de conce. prat. lib. 6. l. nemo, 13. C. de sum. Trin. Cephal. consil. 241. n. 23. vol. 4. & Valenz. cons. 95. n. 3. vide verba apud Me d. c. 7. n. 31.

(b) L. 4. §. non est statu liber. ff. de stat. lib. ubi DD.

(c) Leon sup. 1. p. cap. 13. & seqq.

(d) Sotus de Just. & Jur. lib. 3. q. 6. art. 2. col. 12. ad fin. Molin. de primog. lib. 2. c. 5. n. 74.

(e) Exstat. 2. tom. impres. pag. 236. \* L. 62. tit. 3. lib. 3. Recop. \*

(f) Panciroli. in notitia utriusque Imperii.

(g) Tit. de curios. & station. lib. 12. ubi DD. & Scribae. de verb. jur. verbo Curiosi, Turneb. 2. advers. cap. 15.

Revard. Pamelii, Cerdan, & alii apud Me d. c. 7. n. 36.

(h) Rebuff. ad l. Gall. tit. de Mercator. glos. 14. pag. mihi, 450. vide verba ejus apud Me d. c. 7. n. 37.

(i) Esther cap. 6.

(k) Afflicis ad contr. Neap. lib. 2. rubr. 5. fol. 17. n. 3. Viscontus in conclar. verbo Rex. Castell. tom. 7. contr. c. 41. de regal. n. 19.

(l) Casiod. l. 5. var. epist. 2.

(m) Horat. lib. 1. epist. 1. ibi: Est aliquid, prodire tenus, si non darur ultra.

(n) L. neque supina, ff. de jurit, & facti. ign. late Tirraquel. de retract. linag. §. 35. & §. 12. glos. 1. num. 9. Costa de facti scientia, & ignor. inspect. 81. per tot. & alii apud Me d. c. 7. n. 43.

(o) Ulpian. in l. generaliter, §. quid ergo, de fideicom. liberr.

aciertos, que á esto en casos tales les obliga el derecho, y aún se lo admite en disculpa, y descargo, dado que yerren (p).

26 Y aún quando se aconsejasen con una persona sola, si esa fuese digna de entero crédito, bastaria su asercion para cumplir con lo que deben en esta parte, y dexarles libres de todo escrupulo: porque tambien se dice, que sabemos aquello de que somos informados, y certificados por varones notables, y fidedignos, como ampliandolo latamente, y aplicandolo á puntos muy practicables lo resuelven muchos Autores (q).

27 Es verdad en tanto grado esto, que decimos, de que los Virreyes para el acierto, y de que tratamos, deben pedir, y seguir el consejo de varones mas noticiosos, y expertos, que dice Matienzo (r), que así se les encarga en sus comisiones, y que de otra suerte no se aconsejando, y siendo de por sí nuevos ignorantes, ó voluntariosos, ván á riesgo de errarlo, y perderlo todo, y que ojalá llegáran estas palabras suyas á oídos del Principe.

28 Sin duda debieron llegar, porque así se les ha encargado en muchas cédulas antiguas, y modernas, y se les pone por especial capitulo en su Instruccion (s) por estas palabras: Y porque los Oidores tienen conocimiento de las personas de la tierra, y de lo que cada uno ha servido, y merece, servá bien que lo comuniquen con ellos, y oídos, bareis lo que á vos mejor os pareciere.

29 Pero porque las cédulas, de que hize mencion en el principio de este capitulo, especialmente la provision del año de 1528. y el capitulo de carta del de 1552. y otras, que se hallan en el segundo tomo de las impresas (t), constituyen ciertos grados, ó clases de los benemeritos, entre quien se han de repartir estas Encomiendas, y en primer lugar llaman á los que se dicen Conquistadores, á sus hijos, y descendientes, y en segundo á los Pobladores, y en tercero á los pacificadores, y que son los que en algunas sediciones, y disturbios que ha havido siguieron el Pendon Real, y á los que despues, y hoy en día hicieron, ó hacen servicios dignos de tales premios contra enemigos internos, ó externos por mar, y tierra, ó en otra forma, ó á los que han ganado Cédulas Reales, para ser acomodados en las Encomiendas vacas, ó que vacaren. Conventrá mucho, que los que las pueden proveer vayan por estos pasos, mas con advertencia de considerar entre los mismos opositores, yá la antigüedad, yá la calidad de las personas, de sus meritos, y servicios, y qué otras gratificaciones se les han hecho por esta causa, ó á ellos,

ó á sus pasados, y de no dár á otra persona, ó á una familia tantas rentas, que otras se queden sin nada, porque esto tendrá en sí mucha desigualdad, y obligará á los que se vieren pobres, y sin suerte á gemir al compas de su desventura, como Casiodoro lo dexó dicho en otra ocasion semejante (u).

30 Que es lo que tambien dió causa de prohibir en una persona la pluralidad de Encomiendas, como queda dicho en el capitulo VI. y lo insinuó Tacito (x); quando dixo, que lo que se amontona en uno, se quita á muchos, y San Ambrosio (y), dándole nombre de gran maldad, y que es como quitar el agua á la tierra que se halla seca, y regar los rios que no necesitan de ella.

Ram. Val. De la incompatibilidad de Dignidades Fras. de Reg. Patron. cap. 27. n. 30. Juan Cokier in prim. prec. sect. 3. \* no habia de ser un sup

31 Y así las cédulas referidas mandan de tal suerte acudir á los Conquistadores, que no se olviden los Pobladores, y que siempre se han estimado mucho, por ser los que llenan la tierra, y la conservan, defienden, y ennoblecen, como lo dicen algunas leyes (z).

32 Y tambien en tal forma quieren que se remuneren servicios antiguos, que no se menosprecien los que se hicieron de nuevo, por ser tan util su accion, y remuneracion para conservar lo ganado, que podemos decir de ellos lo que de la prelación que se dá al que presta su dinero para el reparo, y adrezo de algun navio (a).

33 Asimismo no se han de remunerar igualmente los plebeyos, y los nobles: pues la calidad, y dignidad de sus personas los diferencia, caso que en lo demás se halláran iguales, como lo enseñan los Teólogos (b), aconsejando, que aún en las limosnas voluntarias debemos socorrer con mayor largueza á los nobles, que á los que no lo son.

34 Podrán tambien los que reparten las Encomiendas salir algo de la rigurosa atencion, y ponderacion de los meritos de los opositores, ó de la antelacion de sus cédulas, quando el aprieto, y urgente necesidad de alguno de ellos, que por sí los tenga, aunque no sean tantos, no sufiere dilacion, como si conviniese remediar algunos hijos, ó hijas doncellas de nobles Conquistadores, que muertos sus padres, y acabadas en ellos las Encomiendas de que gozaban, suelen quedar pereciendo, y obligados á pedir limosna, como lo dice Fr. Juan Zapata (c), porque siempre se tuvo por loable, y agradable la liberalidad de los Principes con las personas, y

(p) L. regula, §. sed facti, ff. de jur. & facti. ignor. l. si aviam, 3. C. de jug. manum, cum aliis ap. Bobad. in polit. lib. 2. c. 6. n. 7. Paz ab Scal. in tract. de cens. Lap. & Me d. c. 7. n. 46. & 47. & 1. tom. lib. 3. cap.

(q) Domin. per text. in cap. de capitulis. dist. 10. latis. Tirraquel. de pen. temp. caus. 51. & plur. alii ap. Farinac. de test. q. 72. n. 47. & Me d. c. 7. n. 48. & 49.

(r) Matienzo. in l. 5. glos. 1. tit. 10. lib. 5. Recop. vide verba ejus apud Me d. c. 7. n. 50.

(s) Instruc. Prorog. ann. 1595. cap. 35. habetur 1. tom. pag. 316. & seqq. \* L. 24. tit. 3. lib. 3. Recop. \* Cap. 316. & seqq. \* L. 24. tit. 3. lib. 3. Recop. \* (t) Sched. 2. tom. pag. 187. & 214. \* L. 3. tit. 8. lib. 6. Recop. \*

(u) Casiod. 1. var. epist. 7. vide verba apud Me d. c. 7. n. 53.

(x) Tacit. apud Navarrete, qui alia congerit, disc. poetice. 24. per totum.

(y) D. Ambros. lib. 3. de sum. bon. c. 14.

(z) L. fin. C. de bon. dam. l. 1. tit. 14. p. 2. cum aliis ap. Casan. Aceded. Laram. Carranza, & alios, quos refero Ego d. c. 7. n. 51.

(a) L. 2. juncta, l. hujus, ff. qui potiores, vide omnino Decianum respon. 108. á n. 26. & Casiod. lib. 2. epist. 16.

(b) D. Thom. & alii in 2. 2. q. 32. art. 9. & plures alii apud Tiraq. de nobil. c. 20. n. 154.

(c) Zapata de tract. de just. distrib. 3. p. cap. fin.

familias nobles que han venido en pobreza, como lo advierte Contzén, y lo repetiremos en otro lugar (d).

35 Lo mismo será, si algun pretendiente se hallase tan viejo, que le vendría á ser inutil la remuneracion, si se le retardase, y como si se la hicieran para quando muriese, al modo de la libertad que se solia dar en Roma á los Dediticios, y por esto se prohibió por el Emperador Justiniano (e).

36 En igual grado se apiadarán de viudas honestas, que por muerte de sus maridos perdieron el amparo, y haciendas que gozaban, y de las doncellas huérfanas benemeritas, cuya remuneracion en tales mercedes hecha en tiempo oportuno, las puede servir de dote, y escape de los peligros, á que de otra suerte por el sexo, edad, y necesidad se hallaban expuestas. Doctrinas todas, que se hallan apoyadas en las de San Ambrosio (f), quando nos dió reglas de la prudente, y perfecta liberalidad, de quien las copió Graciano en un capítulo del decreto (g).

37 En fin nunca en ordenes semejantes, por apretados que sean, dexan de ofrecerse epiqueyas, que templan su rigor con la equidad, y piedad que resulta de las circunstancias, y consideraciones referidas, y de otras tales, como con buenos exemplos, y graves palabras nos lo dexaron enseñado Aristoteles, y algunos Jurisconsultos (h) declarando, que aunque el derecho sea fixo, y estable, la equidad, que es hija de la razon natural, le templá, modera, y altera á las veces, segun lo piden los casos, que se suelen ofrecer, que por el tiempo, lugar, personas, y otros varios accidentes piden se ajuste, y acomode á las ocasiones.

38 Pero para nivelar estas circunstancias, es menester stimo desinterés, y prudencia, en el que gobierna, porque esta virtud segun la definicion de Macrobio (i), y otros, dirige todo lo que piensa á la norma, ó regla de la razon, y con eso no obra nada que no salga derecho, y loable: pero si falta, ó no la gobiernan los respetos, y fines debidos, todo vá perdido, y aunque sea con pretextos de piedad, equidad, y misericordia; nos vendremos á engañar muchas veces, y erraremos perniciosamente, y sin justa causa contra los Preceptos Reales, ó legales, en cuya observancia pudieramos asegurar el acierto, como singularmente nos lo dexó advertido Paulo Jurisconsulto, Seneca, Oracio, y otros Autores (k), que por esto nos aconsejan, que

procedamos con mucho tiento, y que hay equidades caprichosas, y mal formadas, que se suelen llamar *Cerebrinas*, de que no debemos usar, quando se trata de quitar el derecho de otros.

Ram. Val. *De aequitate Cerebrina* Escalon. *Gazophilac. part. 2. cap. 11. §. 2. num. 3.* Garcia de *expensis, cap. 1. n. 28.* Escobar de *puritate sang. part. 2. quest. 4. art. 4. à n. 40.* Gotofred. in l. 5. de *serv. export. \**

39 Con los quales conviene un célebre texto del canonico (l), digno de tenerse siempre en memoria, que advierte al Sacristan, ó Guardian de la Iglesia, que aún en el cebar, ó extinguir las lamparas de ella vaya con atencion, no echando tanto aceyte en unas, que falte para otras, ó que se pierda por mucho, el que se echare, ó falte la luz por ser poco, procediendo en todo con discrecion, y prudencia, que es la madre de todas las virtudes, en el qual texto añade no menos á nuestro intento la glosa, que así se puede, y suele exceder en lo mucho, como en lo poco, para lo qual alega otros textos. Yo alego el de Joviano Pontano (m), que dice, que para que un Ministro execute bien las ordenes de su dueño, no le basta ser fiel, si tambien no fuere prudente, y que aún será dificultoso que se halle fidelidad, donde faltare prudencia, é industria.

40 Finalmente por desembarazarme de este articulo, digo, que los Virreyes, y Governadores para proceder como deben, en la reparticion de estos premios, no se han de tener por dueños de ellos, sino por dispenseros, imitando á lo que dice Christo por San Lucas (n), *ser fieles, y prudentes, y dar en tiempo á los benemeritos la medida de trigo: ó segun San Mateo (o) la comidá*, que es como si dixera, que moderen el premio con el servicio, y que le repartan en tiempo. Porque hay mercedes, que dexan de serlo por dilatadas, como lo dixo bien Seneca (p): y en terminos de nuestras Encomiendas Antonio de Leon (q), y hablando de los que dilatan maliciosamente la paga de lo que deben, Soto, y otros Autores (r), y del Juez, que por negligencia, ú otra causa culpable dilata la dererninacion de los pleytos, un buen texto de los Autenticos (s); como por el contrario, la destreza en el dar, y hacer beneficios, los acrecienta, y hace mas agradables, y aún lo que se paga debiendose, por esta via, pasa plaza de dado, como con elegancia lo dixeran Seneca, y Casiodoro (t).

41 Y procediendo de esta suerte los que gobiernan, demás del descargo de sus conciencias,

(d) Contzén 3. *polit. c. 9. n. 11.* Nos *infra hoc lib. c. 10.*

(e) Justin. in l. 1. *C. de edit. §. libertinorum. inst. de libertin. cum aliis ap. Cujac. 3. obs. c. 34.* Costam 2. *select. c. 5.* & Me d. c. 7. n. 63.

(f) D. Ambros. 1. *offic.*

(g) *Cap. patre, 86. dist. vide omnino verba ap. Me d. c. 7. n. 63.*

(h) Arist. *magn. mor. c. 1. l. in omnibus. 90. de reg. jur. ubi vide omnino Petr. Fab. & tradita á Me dist. cap. 7. num. 67.*

(i) Macrobi. *Juven. satyr. 10. in fin. Lesius de just. & jur. lib. 1. c. 1. & 2.* Chavas. *d. perf. prud. lib. 1. c. Matienz. Parlad. Segur. & alii ap. Me d. c. 7. n. 68. & 69.*

(k) Paul. in l. *si servum, 91. §. sequitur, de verb. obligat. Horat. in arte Poet. Senec. epist. 120. & plures alii ap. Me*

*d. c. 7. n. 71. & seqq. quem vide.*

(l) *Cap. 1. de offic. custodiis.*

(m) pontan. *de obed. cap. 6.*

(n) Lucæ 10.

(o) Matthæi 24.

(p) Seneca lib. 6. *de benef. c. 46. & ult. vide verba apud Me d. c. 7. n. 78.*

(q) Leon d. *trad. c. 4. n. 40. fol. 28. p. 1.*

(r) Soto de *just. lib. 4. q. 7. art. 4.* Cayet. Navarr. & Covarrub. *apud Me ubi supr.*

(s) *Auth. ut Judices, §. volumus, Bart. Puteus, Aviles, & alii apud Me d. c. 7. n. 79.*

(t) Seneca de *benef. lib. 1. c. 1.* Casiod. *lib. 12. epist. 16.* & plures alii apud Me d. c. 7. ex n. 81. ad 85. ubi adduco eorum verba.

cias, no tendrán que tener las quejas de los que quedaren sin suerte, que esas nunca les pueden faltar á los doloridos, y antes parece se sustentan, ó descansan con ellas; segun los mismos Autores (u), y otras graves sentencias que para esto mismo juntó un entendido Politico (x), porque como Antistrenes dixo (y), siempre ha sido anexo á los Reyes, y á los que los representan oír males aun quando hacen bienes.

42 Es bonissimo egemplo el que de Augusto Cesar refiere Suetonio Tranquilo en su vida, á quien daba quejas un Romano, porque nunca le dió un oficio que él havia pretendido, y pedido muchas veces, y se le vino á dar despues á otro (sin pedirle) que ni le estimaba, ni se mostraba agradecido de tal merced, al qual respondió el Cesar sin enojarse: *Tu eras digno de pedirle, y el otro de recibirle.*

43 Pero supuesto que en la distribucion de que heramos se ha de hacer ponderacion de los meritos, es de saber que estos han de preceder á la merced que se hiciere, y no pagar con premios adelantados servicios por hacer, ó en espera, y en perjuicio de otros que ya los han hecho. Lo qual he querido advertir, porque he visto muchos Governadores que ó por malicia, ó por ignorancia han cometido este yerro, pareciendoles que satisfacen con lo que en esta parte se halla ordenado, si al tiempo de proveer la Encomienda, y en el titulo de ella les ponen alguna condicion, ó gravamen, de que hayan de hacer tal, ó tal cosa en servicio de su Magestad, ó bien de la tierra: cuyos autos por esta causa se suelen irritar de ordinario en el Consejo de las Indias, y así sucedió particularmente en el pleyto que se siguió contra Don Bernardino de Meneses, á quien siendo muy niño, el Virrey del Perú havia dado una gruesa Encomienda en la dicha forma.

44 Porque en bien fundada Jurisprudencia, y conforme á sus reglas (z), las obligaciones, ó concesiones que requieren alguna condicion ó calidad, no se pueden pedir, ó dar sin que se pruebe antecedentemente que está cumplida: y esto es lo que vulgarmente decimos, que á quien no convienen las palabras de la ley, tampoco le podrá convenir, ni competet su disposicion ó distribucion (a); y que la habilidad ó capacidad de uno, requerida en el tiempo que se le ha de conferir el beneficio, ó herencia, entonces es necesario que intervenga, y se pruebe, porque no bastará ni le aprovechará si interviene despues, como nos lo enseñan muchos textos, y Autores (b), y hablando en los terminos individua-

Tom. I.

les de Encomiendas el Señor Valenzuela (c).

45 A los quales añado en los de meritos, y servicios un célebre texto, por cuyo argumento nota allí Bartolo, seguido comunmente por otros muchos (d), que todas las veces que á los que les está prohibido hacer gracias, y donaciones de sus haciendas, se les permite que las puedan hacer por meritos, y servicios, se entiende de los pasados, y no de los por venir, ó por hacer, &c.

46 En fuerza de cuya doctrina, y de otro texto muy singular, sacó otra en general Alexandro, que tambien es ya recibida (e): conviene á saber, que qualquier cosa que se requiere por forma de otra, ha de ser contemporánea del acto en que se requiere, y no puede estár en suspenso.

47 Si bien se podrá decir en el caso propuesto, que si este Inmerito antes de quitarle la Encomienda por esta causa hiciese algunos notables servicios, se podría sustentar la colacion, y titulo de Encomienda que se le dió sin tenerlos, inutilmente: como en caso semejante lo dice una ley recopilada en estas palabras (f): *Salvo si los que las recibieron, sirvieron á Nos despues de manera que en toda, ó en parte las mereciesen.*

48 El qual texto dice Juan Matienzo (g), que se puede aplicar á las Encomiendas que se confieren por servicios futuros. Lo qual es contra lo que acabamos de resolver, si no lo entendemos, remplantos, ó practicamos de suerte, que el servicio que se ha de hacer sea cierto, y señalado, y se deduzca en convencion, y obligacion al tiempo de dar la Encomienda, y venga á ser equivalente á la renta de ella. Porque en esta conformidad hallamos tambien doctrinas de muchos AA. que dicen (h), que la donacion que se hace por servicios futuros se puede tener por remuneratoria.

49 Y de verdad, aun quitado el concierto, si el servicio hecho despues es tal que parezca digno de la Encomienda antes del conferida, no será injusto tolerarla, y conservarla: pues de razon se le pudiera, y debiera dar de nuevo, si ya no se hallara dada, como para muchos casos prácticos, y especialmente para sustentar algunas nulidades de los procesos egecutivos quando consta de Justicia notoria en la via ordinaria, lo dicen infinitos DD. tomando ocasion de un texto del Jurisconsulto Ulpiano, en que así lo aconseja (i).

50 E insistiendo en estos principios de que no se puedan dar Encomiendas sin servicios preambulos, siendo Fiscal en el Supremo Consejo de las Indias, contradixé la confirmacion de una que el Governador del Tucumán havia dado á un hombre de pocos meritos, gravándole como por suple-

Mm men-

(u) Sénec. 2. *de benef. c. 27.* Casiod. *lib. 2. epist. 27. vide verba ap. Me d. c. 7. n. 87.*

(x) *Admiratus in discurs. politic. pag. 181.*

(y) *Laetius in ejus vita, Foscat. & alii ap. Valez. cons. 164. num. 3.*

(z) *L. hoc jure, 10. de verb. oblig. l. si verò, §. qui pro rei qualitate, ff. qui satisd. cogant. melior text. inl. continuus, 126. §. cum quis in fine, ff. de verb. oblig. cujus verba vide ap. Me d. c. 7. n. 91.*

(a) *L. 4. §. tertio, ff. de damn. infect. l. quod, constitutum, de milit. testam. cum vulgus.*

(b) *L. in delictis, §. si extraneus, de noxal. actio. l. Titius, ff. de testam. milit. cum aliis ap. Me d. c. 7. n. 92. & Castill. qui plures citat. lib. 3. contr. c. 15. ex n. 3. & lib. 5. c. 90. & seqq.*

(c) *D. Valenz. cons. 83. n. 3. & 4.*

(d) *L. rescripta in fine, de numer. & bonar. ubi Bartol. &*

*in l. 1. C. de verb. signif. Imol. Roman. Jass. Castrens. & alii ap. Me d. c. 7. n. 94.*

(e) *Alex. per text. in l. 1. §. 13. fuit quantum, ff. ad Trebell. l. si quis mihi bona, §. iustum, ff. de acquir. hered. latè Valen. cons. 103. ex n. 3. & alii ap. Me d. c. 7. n. 95.*

(f) *L. 16. tit. 10. lib. 5. Recop. Castelle.*

(g) *Matienz. d. l. 16. glor. 2. n. 3.*

(h) *Bart. & Cuman in l. Avilius, de donation. Jas. Argem. & alii ap. Tirac. in l. si unquam, verbo Donations, n. 93. C. de revocand. donat.*

(i) *L. fm. in fin. ff. quod met. caus. latè Jason in l. á Divo Pio, §. in venditione ff. de re jud. Covarr. & alii ap. Me d. c. 7. n. 101. & seqq. \* Hontalva novissime, qui Scriptoris celebritis signa dedit in suo trad. de Jur. Superven. in add. ad n. 31. q. 15. cum aliis quos refert. \**

mento de este defecto, que metiese dos mil pesos de Plata en Caxas Reales para cosas del bien publico en servicio de su Magestad, y alegué, y obtuve, que esto era contra el tenor de sus comisiones, y contra la intencion Real, y fuera de ello de mal ejemplo, y en grave fraude de las cédulas que de esto tratan, y de los benemeritos tan repetidamente llamados, y preferidos por ellos, pues se abria puerta á reducir á mercaderia, y negociacion lo que se destinó para premio, y aliento de virtud, y servicios contra el Aforismo de Cicerón, y otros graves AA. (k)

51 Y añadió, que aquel dinero, como dado por torpe causa, se havia de aplicar al Fisco, y quedarse en las mismas Caxas Reales, en conformidad de lo que hablamos de estas dadivas, ó promesas hechas por torpes causas, dicen algunos textos (l).

52 Pero en esto último no pude obtener,

(k) Cicer. 2. offic. 2. Sallust. in princip. Male se res habet, ubi quod virtute fieri debet, pecunia tentatur. Val. Max. lib. 4. (l) L. 2. § 3. § 1. si ob turpem, ff. de condit. ob turp. caus. l. 49. tit. 14. p. 5. ubi Greg. Lopez, § in l. 38. tit. 11. p. 5. & alii ap. Me d. c. 7. n. 104. (m) L. 1. §. idem. Pomp. ff. quod falso tut. l. non videtur,

porque el Consejo mandó volver su dinero á la parte, juzgando por ventura que en ello no se podia considerar exceso, ni torpeza digna de ese castigo, pues siguió el dictamen del Governador, y con buena, y pública fé ofreció, y pagó aquel dinero, no para sobornarle, sino para el bien comun, y servicio Real. Caso en que no han lugar los textos referidos, sino otros que dicen, que no está en culpa el que sigue lo que le ordena su Superior, ni puede ser notado ni punido, si por su mandado hizo pacciones dando dinero (m).

53 Y así no parece se ha de regular por los titulos de la condicion, ó repetición que llaman de torpe causa, sino por las otras que concede el derecho, quando alguna cosa se dió sin causa, ó dada con ella, sucedió no tener efecto: de cuya materia, y práctica tratan Bartolo, y otros Autores (n).

§. qui iustu, de reg. jur. l. furti, §. qui iustu, de his, qui not. infam. vide verba, & plures AA. ap. Valenz. cons. 39. n. 7. § 28. & Me d. c. 7. n. 105. (n) Bart. & DD. in rubr. de condit. sine causa, vel causa data, causa non secuta. Wesemb. Schendavyn. Petr. Gregor. & alii ap Me d. c. 7. n. 106.

CAPITULO IX.

DEL CONCURSO, Y GRADUACION DE LOS QUE CONCURREN con Cédulas Reales á pedir Encomiendas, y si se ha de hacer por la data de ellas? Y estár por la relacion de los servicios y meritos que contienen?

\* De la materia de este capitulo trata el tit. 8. lib. 6. Recop.

SUMARIO.

- 1 Cédulas de recomendacion se dan,
2 Con servicios, ó sin ellos, y si se deben ejecutar? y n. 3.
4 El que la impetó para Encomienda vaca, ó para quando vacare, es preferido.
5 El de la Hypoteca especial es preferido en ella al de la general.
6 La voluntad especial del Principe se antepone á la general.
7 Y mas si las palabras son con irritacion, ó eniexas.
8 No si fueren generales, que solo causan derecho ad rem.
9 Y qué será, si al impetrante se le dá facultad de señalar?
10 En estos rescriptos generales se atiende á la fecha.
11 Como se ejecuta en las libranzas.
12 El llamado por el Testador con prelación en orden, debe ser preferido.
13 De la mayor cantidad se argumenta prelación.
14 Mucho queda al arbitrio de los Virreyes, &c. y numero 41.
15 Sin embargo deben ser atendidos los Conquistadores, y benemeritos.
16 Estas cédulas son excitativas, y sin perjuicio de tercero, y num. 17. 18.
19 De las cédulas alcanzadas por ruegos impor-

- tanos, y num. 20.
21 Se debe atender el fin de conceder estas Encomiendas.
22 Pero si estos recomendados fueren benemeritos, deben ser preferidos.
23 Porque tienen dos razones para conseguir.
24 Y aun deben ser preferidos en las vacantes anteriores del rescripto.
25 No se debe dar credito á los meritos que relacionan, y num. 27.
26 La distancia presume ignorancia, y la vecindad ciencia.
28 Si el Principe se refiere á autos, se le debe creer.
29 Si solo relaciona los servicios, se debe inquirir.
30 Las enunciativas en rescriptos de Virreyes, &c. no prueban.
31 Se limita en rescriptos antiguos de Principe.
32 Si tienen vicios de obrepcion, y subrepcion en lo de gracia se anulan, y en lo de justicia lo son ipso iure.
33 La verdad siempre queda indemne.
34 Debe ser castigado el que engaña al Principe.
35 El que representa mercede alabanza, y quantas veces se ha de representar?
36 Lo mismo sucede en los feudos.
37 Puede el Virrey representar los meritos de otros terceros.

38 La

- La 7 eadad se debe tener delante.
39 El Virrey no ha de ser escrupuloso en examinar estos relatos.
41 Basta probar algo de lo relato, y queda al arbitrio del Juez.

- 42 Qué cosas hacen subrepticio ó obrepticio el rescripto.
Lo superabundante sea cierto, ó incierto no vicia, ibid.
43 Refierese un caso de Encomienda dada en dote.

1 Porque muchos de los que se tienen por benemeritos en las Provincias de las Indias, no contentos con las cédulas, y mandatos generales que tienen en su favor, de que ya se ha dicho en el capitulo antes de este, suelen impetrar otras particulares de la Real Persona, para que los Virreyes, y Governadores les acomoden en las Encomiendas que estuvieren vacas, ó que vacaren, unas veces señalando la cantidad de renta en que han de ser encomendados, y otras sin señalarla, sino en la que pareciere competente á sus personas, meritos, y servicios.

2 Las quales cédulas tambien piden, y obtienen muchas veces otros á titulo de servicios hechos en Flandes, ó en otras partes, y no pocas algunos que en ningunas los tienen, y las ganan por mera gracia Real, ó por favores, é intercesiones de que se valen.

3 Conviene ahora que veamos, qué fuerza tengan estas cédulas, y lo qué se debe hacer en su cumplimiento, ejecución, y examinacion? lo qual servirá para entender infinitas que tratan de esta materia, y se hallan en el segundo tomo de las impresas, y entre las ordenanzas de Mexico, que recogió el Lic. Puga, y en el tratado de Confirmaciones Reales que imprimió el Lic. Antonio de Leon (a).

4 Y comenzando el mio, que espero ha de ser provechoso, y gustoso á quien le leyere, asiento en primer lugar, que si las dichas expectativas señalan expresa, y especificadamente alguna Encomienda ya entonces vacante, ó para quando vacare, no tendrá duda que el que la impetó se ha de preferir en ella á los demás benemeritos, aunque se hallen con otras cédulas generales, por la regla del derecho, que dice (b), que lo especial previere, y deroga lo general, de que hablando en terminos de estas expectativas, usó una célebre decretal (c), donde el Sumo Pontifice la amplía, diciendo, que procede, y ha lugar, aunque en la concesion especial no se halle hecha derogacion de la general.

5 Es buen simil el de las hypothecas en que vemos, que el de la especial se previere en quanto ella á los demás acreedores aunque sean anteriores, que solo la tienen general: cuya razon es, que á ellos les quedan otros bienes, de los quales podrán cobrar lo que se les debe, como lo en-

Tom. I.

seña una ley del Código que la celebran por singular Baldo, y otros DD. (d)

6 Y esto es lo que comunmente solemos decir (e), que las provisiones, ó disposiciones especiales de los hombres, y mas siendo Principes, hacen cesar las generales de sus ordenes, ó leyes antecedentes: Brocardico de que en esta misma materia de Encomiendas se valió un grave Autor (f) diciendo, que como el Rey es su verdadero, y universal Señor, como ya otras veces lo hemos dicho, en habiendo declarado bastantemente que tiene voluntad de que alguna se dé á alguno, no les queda á sus Ministros autoridad de obrar en contrario, ó de consultarle sino necesidad precisa de obedecerle, como en semejantes casos lo dicen algunos textos (g).

7 Quedando como revocadas ó suspendidas en quanto á la Encomienda especificada las comisiones generales que tienen para proveerlas, y ligadas sus manos para no poder conferirla á otro que al que alcanzó esta gracia, porque se irritará, ó dará por nula la colacion: como en estas expectativas para beneficios lo enseña el derecho canónico (h), especialmente si en ellas se pone clausula de decreto irritante, ú otras palabras por donde conste, que la voluntad del Principe fue tan enixa de que la Encomienda señalada se diese al impetrante, que por el mismo caso parezca quiso inducir prohibicion de que no se pudiese dar á otro (i).

8 Porque si no tuviese el dicho decreto, ó no constase de esta enixa voluntad en forma bastante, y solo viniese la cédula despachada en forma comun, valdrá la colacion que se hiciere á otro, aunque el que la hace, podrá ser castigado por su inobediencia, como se dispone en el mismo derecho (k): cuyos textos, y los Autores que los comentan, dan por razon de esto, que en tal caso el Papa ó el Principe no es visto ad vocar en si aquella provision, ni revocar el poder del Ordinario, ni dar desde luego al impetrante el derecho que llaman in re, sino el que llaman ad rem: que es como si dixesemos, de acudir á pedir cumplimiento de su gracia, y merced, y poderse quejar al que se la hizo, sino se la cumple; pero no despojar, ni privar á la persona, á quien éste, aunque excediendo, quiso hacer, é hizo la investidura.

9 Pero si dixesemos caso que estas cédulas

Mm 3

cs-

(a) Sched. 2. tom. impres. pag. 240. Ord. Mexic. apud Pugam, fol. 109. Leon. d. irad. 1. p. c. 9. in fin. & in seqq. fol. 70. 80. 84. 87. & 88. (b) L. in toto, de reg. jur. c. generi, 34. eodem in 6. c. 1. in fin. de rescript. cum vulgat. ap. Me d. 2. tom. lib. 2. c. 8. n. 4. (c) Cap. dudum, 14. v. Præsertim. de præben. in 6. (d) L. quamvis, 2. C. de pignor. Bald. in c. 2. de offic. legat. Cremens. singul. 53. & Plures alii ap. Alphan. collect. 767. Franchis decr. 5. pag. 2. & Me d. c. 8. n. 5. (e) L. fin. C. de pact. conv. l. & habet. §. cum quis, ubi gloss. de precario, cum aliis ap. Tusch. lit. F. concl. 951. Velasc. deced. lit. n. 234. & seqq. (f) D. Valenz. cons. 83. n. 140.

(g) Cap. Ecclesia, de constit. c. cum olim, de reb. Eccl. c. bene quidem, 96. distin. cum aliis ap. Me d. c. 8. n. 7. (h) Cap. quia cunctis, 1. de conce. præb. in 6. c. propositus, 4. eod. in antiq. gloss. & ejus additio, v. Duxerit, in c. dilectus, 27. de præben. (i) Cap. inter cætera, cap. dilectus, de præb. c. si soli, de conce. præben. in 6. l. cum ita, de condit. & demonstr. cum aliis ap. Me d. c. 8. n. 9. & 10. (k) Dist. 6. dilectus, & c. si capitulo, & d. c. si soli, de conce. præb. l. 6. ubi gloss. & DD. c. cum aliquibus, de rescript. in 6. laté D. Ludov. Gomez de mand. de provid. n. 4. & plur. alii ap. M quem omniñó vide d. c. 8. n. 11. ad 15. & l. 17. tit. 3. lib. 7. Recop. Castella.