

to, ó donde muriere el Encomendero, tenga otros 20 dias mas para poder hacer la dicha repudiacion. Y es-

to proveyeris que se guarde, y cumpla en esa dicha tierra, como dicho es, &c.

CAPITULO XX.

DE LA PROHIBICION DE SUCCEDER EN UNA ENCOMIENDA

el que tiene otra. Y quando, y cómo se le dá derecho de escoger entre las dos la que más quisiere?

* De la materia de Encomiendas trata el tit. 8. y sig. lib. 6. de la Recop. *

SUMARIO.

- 1 El que tiene una Encomienda no puede suceder en otra, y n. 2.
- 3 Y para al siguiente, y n. 4.
- 5 Y por qué?
- 6 Lo contrario, de que puede elegir, y n. 7.
- 8 Similitud en los Beneficios.
- 9 El que acepta, ó impetra Beneficio incompatible, vaca el primero.
- 11 Opcion, se dá antes de elegir, y n. 28.
- 12 No despues.

- 13 Se responde á la opinion contraria, y n. 15. 16. y 17.
- 14 Como en el Mayorazgo se dá eleccion, así en la Encomienda.
- 18 El que mira por su interés no hace agravio.
- 19 Fundamentos de esta opinion, y num. 20. y 21.
- 22 Las leyes se entienden, y num. 23. 24. 25. y 26.
- 27 Los exemplares de sentencias de pleytos no prueban, y por qué?

Después de las exclusiones de la sucesion de las Encomiendas, de que he tratado en el capítulo antecedente, hay otra que he reservado para este, por tener puntos que requieran tratado particular; y es, que no pueda suceder, ni suceda en ellas qualquiera, que quando se le difiere la sucesion de la que tuvo su padre, ó abuelo paterno, se hallare con otra, ó sea adquirida por sus propios meritos, y servicios, ó por haber sucedido antes en la que tenia su madre, ó abuelo materno, ó estar casado con muger que tenga Encomienda.

La qual prohibicion hallo expresamente dispuesta en la provision del año de 1532. (a) en aquellas palabras: No quisiese, ó no pudiese suceder, por entrar en alguna Religion, ó por tener otros Indios, ó por ser casado con muger que los tenga, &c. Y se inserta á la letra un capítulo de carta del año de 1582. (b) que se escribió á la Audiencia de México, y trae su origen, y razon de decidir de la que hay, para que no se puedan juntar en ninguna persona dos, ó mas Encomiendas, prohibiendo la pluralidad de ellas, y ordenando sean incompatibles, de que tratan otras muchas cédulas que dexé alegadas, y declaradas en el cap. VI. de este libro.

Y de ésta, que prohibe juntarse por via de sucesion, tratan particularmente Antonio de Leon, y mas á la larga el Señor Valenzuela Velazquez (c) en uno de sus doctos, y copiosos consejos, en el qual, por cumplir con lo que pedía la defensa de la parte que tomó á su cargo, pretende probar con muchos medios, y razones, que esta prohibicion es tan eficaz, y obra tan ipso jure, que luego que el primer llamado se halla con este impedimen-

to al tiempo que se defiere la sucesion de la Encomienda; pasa su derecho al siguiente en grado por el ministerio de la ley irrevocablemente, en conformidad de lo dispuesto por la ley 45. de Toro; la qual también há lugar, y se practica en nuestras Encomiendas, como lo dexé dicho en el cap. XVII.

En favor de lo qual pondera, que la habilidad, y capacidad de uno en estas materias se considera y atendiendo el tiempo en que se defiere la sucesion (d), y si entonces se halla inhábil, esa inhabilidad le hace que sea tenido desde entonces por muerto en quanto á ella; y hace lugar á la inclusion, y admision del llamado en siguiente grado, por tenerse por una misma cosa ser inhábil, ó no estar en el mundo (e).

Y de aquí refiere en el artículo segundo del mismo consejo, que esto es verdad en tanto grado, que el primogenito, ó primer llamado, que se halla en semejante impedimento, no pueda optar, escoger, y obtener la Encomienda que vaca, ó se le defiere, aunque esté pronto á dexar la que actualmente tiene, y posee; porque desde el día que admitió, ó aceptó la primera; dice que se cerró la entrada, para poder esperar otra, pues supo, ó debió saber, que la inclusion de una cosa es exclusion de otra, quando entre si son; y se hallan incompatibles (f); y que esta tacita renunciacion, que el derecho induce, por solo haver aceptado la primera Encomienda, obra en él los mismos efectos, que si por palabras expresas huviera renunciado todas las que en lo de adelante se le pudiesen deferrar, pues debió antever que esto podia suceder (g).

Pero Yo, sin embargo de que siempre he de-

(a) Estat. 2. tom. Sched. impres. pag. 203. * L. a. tit. 11. lib. 6. Recop. *
 (b) D. 2. tom. pag. 204.
 (c) Leon de Confr. Real; 1. p. c. 5. n. 31. D. Valenz. cons. 83. per totum.
 (d) L. 2. §. in filijs, de Decurion, l. intervenit, de legat. prest. Molina, lib. 1. cap. 13. d. n. 34. ubi plura jura inve-

nies, & alii ap. Me d. 2. tom. lib. 2. c. 18. n. 3.
 (e) L. 1. §. qui habebat, de bon. posses. contr. Tab. Molin. sup. n. 15. & Ego, quem vide d. c. 18. n. 4. & 5.
 (f) C. de multa, de prob. c. qualis, dist. 25. l. hoc verba ille, ff. de verb. sign. ubi DD. & Me, d. c. 18. n. 6. & 7.
 (g) L. si quis domum, §. idem quartis, ff. locat. cum aliis late adductis á D. Valenz. ubi sup. n. 40. cum multis et quens

ferido, y defiero mucho á este Autor, y he tenido con él particular amistad desde los primeros estudios de Salamanca: todavia en este caso no me conformo con su opinion, y tengo por mas cierto, que bien miradas las leyes, y cédulas que tratan de estas Encomiendas de las Indias, no está prohibido por ellas el optar, y elegir el llamado á su sucesion la que juzgare que le puede estar mas á cuento.

Porque aunque sea verdad que está prohibida su pluralidad, no se puede decir que tiene muchas, quien está aparejado á obedecer á la ley, y quedarse con una sola. Lo qual hecho, cesa toda incompatibilidad; y la razon en que la nuestra se funda es, que uno no ocupe, y goce los premios, y rentas que se buscaron para remunerar, y acomodar á muchos en daño, y perjuicio de ellos, como lo tengo ya dicho en el capítulo referido.

Así vemos, que en los beneficios, en que está igualmente prohibida la pluralidad, y unos á otros causan incompatibilidad (h), no se le estorva al que ya tiene alguno, que espere, ó pretenda otro; y otros, como en habiendolos conseguido, esté dispuesto á escoger el que mejor le pareciere, y renunciar los demás; como nos lo enseña la práctica de cada día, dimanada de la permission en que para ello dán todos los textos; y DD. que tratan de esta materia (i).

Los quales, respondiendo á otros; que parece que dicen, que sin facultad de opcion, ó eleccion alguna, solo por el conseguir el segundo beneficio, se induce ipso jure vacacion del primero, (k) advierten bien que eso procede, y se ha de entender, quando el que tiene ya un beneficio impetra, y acepta otro incompatible con aquel, y con sabiduria de que lo es, porque entonces es visto, que por el mismo caso quiere dexar el primero, y esta aceptación se tiene como por eleccion del segundo; y así no hay necesidad de hacer otra; como lo dán bastantemente á entender los mismos textos, una expresa ley de nuestras Partidas (l), y muchos Autores, que refieren, y siguen Juan Gutierrez; y Nicolás García (m).

Porque, como dice, y totalmente prueba el mismo Señor Valenzuela (n), quien entre cosas incompatibles escoge la una, es visto renunciar la otra; y lo mismo vemos acontecer en el que tiene letras expectativas para algún beneficio, porque aceptando uno, no puede variar; ni óprar otro, aunque haya escogido mal, porque ya consumió su gracia; pero no contradice á lo que decimos, de que el que tiene un beneficio, no pueda pretender, ni aceptar otro mas pingüe, que su buena suerte le encaminare, como esté pronto en dexar

el primero, que es el caso propio del punto de que tratamos.

Lo segundo, en favor de esta opinion que llevo, y contra la ópuesta, considero otra ordinaria; y constante regla del derecho, que nos enseña, que en nuestro caso, y los semejantes, quando una persona no puede por disposicion de ley, ó de testador conseguir, y obtener dos cosas juntas, se le ha de dar opcion, y eleccion para que escoja una de ellas, qual mas quisiere (o);

A la qual no obstan otras reglas, y doctrinas, de que en contrario se vale el Autor referido (p), porque proceden despues que ya se ha hecho la eleccion, en el qual caso todos convenimos que no se puede variar, porque hay de ello textos expresos (q); pero esto no se puede aplicar al nuestro, pues antes de haverse deferido la sucesion de la segunda Encomienda, no se halla hecha, ni se ha podido hacer opcion, ni eleccion alguna, la qual requiere, segun derecho, hacerse en tiempo debido, y entre cosas varias, en quien pueda caer, ó entre las quales se pueda escoger (r).

Ni tampoco se puede decir que haya que imputar al llamado, que acierta á hallarse con otra Encomienda; pues quando consiguió, y aceptó ésta; no estuvo obligado á cuidar de la otra que despues se le podia deferrar, y de que por ventura no tenia; ni era justo que tuviese esperanzas próximas y seguras; y mucho menos se ha de querer decir, ni presumir, que por solo la aceptación de la primera, fue visto renunciar esotra, porque nunca estos derechos futuros admiten facilmente estas presumpciones; y renunciaciones, como nos lo dicen muchos textos; y algunos de ellos, sus glosas, y Comentadores (s), hablando expresamente en materia de elecciones, y que el que elige uno de varios derechos que le competen, no se perjudica en los demás; ni es visto renunciar acciones remotas, ó ignoradas.

Lo tercero, hace por mi opinion, que supuesto que de los Mayorazgos á las Encomiendas es válido el argumento, mientras no diere mos entre uno, y otro razon bastante de diferencia, como ya en otras partes lo he dicho, y lo dexó advertido Matienzo (t), parece forzoso que hayamos de conceder la opcion, ó eleccion, de que tratamos en nuestras Encomiendas, pues la concedé en los Mayorazgos la ley de la Recopilacion (u), que habiendo prohibido primero que se pudiesen juntar en una persona los que pasasen de dos cuentos de maravedis, y declarado se tuviesen por incompatibles; despues declara, y permite, que el hijo mayor, en quien así sucediere hacerse esta junta, ó concurso de dos Casas, y Mayorazgos,

(h) D. c. de multa, cum aliis.
 (i) C. referente, §. c. preterea, de prob. §. c. fin. de Cler. non resid. late Navarr. cons. 25. de prob. n. 2. Nicol. Garc. de benef. p. 11. c. 5. n. 57. cum seqq.
 (k) C. 1. de eo, qui mittit, in post. lib. 6. Trident. sess. 7. c. 4. cum aliis.
 (l) Fura sup. relata, l. 3. tit. 16. p. 1. ubi Greg.
 (m) Gutierrez, cons. 10. n. 15. §. seqq. Garcia sup.
 (n) Valenz. d. cons. 83. ex n. 17.
 (o) L. 1. 2. §. per tot. ff. de opt. legata, c. in alternativo, de regul. jur. in 6. ubi late Petr. Pechius, & innumeris apud Velasc. in axiom. jur. lit. D. n. 20. §. seqq. Larreatigui, libell. dist. lib. 5. c. 4. §. 5. & Me d. c. 18. n. 16. & 17.
 (p) D. Valenz. sup. ex n. 40.

(q) L. apud 20. de opt. legat. late Tiraq. de retract. linag. in fine, n. 38. §. in l. bove, §. hoc sermone, de verb. sign. limit. 23.
 (r) L. unum ex familia, cum simit. de legat. 2. §. datur inst. de assig. lib. late Castillo, 2. contr. c. 13. n. 10. & alii ap. Me d. c. 18. n. 19. & 20.
 (s) L. sub preterito, & l. si de certa, C. de trans. l. jubemus, ubi DD. C. ad Velleian. melior text. de electione loquens, in l. mater, 19. ubi glos. ff. de inoffic. testam. l. si quando, §. fin. C. eod. l. fin. C. de furr. cum aliis apud Me, quem vide, d. c. 18. n. 21. ubi plures Auctores allego.
 (t) Matienzo in l. 5. tit. 7. glor. 5. n. 9. lib. 5. Recop. dixi Ego sup. hoc lib. c. 3. n. 17.
 (u) L. 7. tit. 7. lib. 5. Recop.

succeda solamente en uno de ellos, en el mejor, y mas principal que el quisiere escoger, y el hijo, ó hija segundo succeda en el otro, &c. De la práctica de la qual tratan Molina, y otros AA. que citaré luego; (x) y es tan ajustado á nuestro caso, que venimos á estar en la regla vulgar del derecho; que enseña, que donde milita la misma razon, y debe militar la misma disposicion (y).

15. Y no responde bastantemente á la fuerza de este argumento el Autor contrario, diciendo (z), que aquella ley habla en junta, ó cumulación de cantidades de rentas anuales, que por parecer que son en demasía, no quiere que se junten, lo qual no milita en esotro caso, porque Yo no tomo de ahí el argumento, sino de que inducida por aquella ley la incompatibilidad, sea por esa razon, ó por otras que le movieron, todavia en llegando el caso de hacerse la junta, ó cumulación, concede al primer llamado la opcion, y eleccion que diximos; no obstante que por la fundacion de los mismos Mayorazgos se halle llamado otro en defecto del primogenito, en quien por el ministerio de la ley se podía decir haverse transferido luego la posesion, como quiere decir el dicho Autor que sucede en las Encomiendas.

16. Porque aunque no neguemos que esto sea cierto, mucho mas lo es, que se debe entender, y entiendo, si el primer llamado despues de haver deliberado, y mirado bien lo que le conviene, repudiare, ó mostrare voluntaria expresa de repudiar, y dexar el Mayorazgo, ó Encomienda que de nuevo se le diere, como lata, y doctamente lo dice, y funda D. Christoval de Paz(a), fuera de los ya referidos, hablando en terminos de incompatibilidad, y opcion de los Mayorazgos.

17. Mas dificultad tiene, ó mas fuerza parece que hace lo que el mismo Autor (b) considera despues, diciendo, que hay mucha razon de diferencia entre Encomiendas, y Mayorazgos; porque en estos no es mucho que la ley conceda la opcion, que decimos, al hijo mayor, supuesto que quando escoja el Mayorazgo que ultimamente se le diere, ha de quedar, y queda el que antes tenia para el segundo llamado, con que ambos quedan acomodados, como lo dispone la dicha ley recopilada en aquellas palabras: *El hijo, ó hija segundo succeda en el otro Mayorazgo*. Lo qual no sucede así en las Encomiendas; cuya sucesion no es perpetua, y la repudiada no puede pasar, ni pasa al siguiente llamado en otra, sino que por haverse acabado las vidas de ella, se acaba, y devuelve á la Real Corona; y por el consiguiente este se quedará sin nada; si al otro le concedemos que pueda escoger la que de nuevo se ha deferido, y que así no se le debe conceder, por ser tan danosa, y perjudicial al dicho segundo, en fuerza

de algunas leyes que para esto pondera (c). obli-

18. Porque tambien podemos salir de esta consideracion facilmente, con responder, que en concediendo, como debemos conceder, que el primer llamado conforme á derecho, y justicia la tiene para hacer esta opcion, ó eleccion que decimos, no hay que atender si de ella le puede venir, y viene daño al segundo, por las reglas vulgares que dicen (d), que el que usa de su derecho, ó mira por su provecho, indemnidad, ó comodidad, no hace injuria á otro, aunque de esto quede dañado, y siempre es visto, y se presume que lo hace, mas con ánimo de mirar por sí, y escoger lo que le conviene, que de dañar, ni perjudicar á nadie; y que ni en hacer esto engaña, ni es engañado, ni merece pena, y queda fuera de toda mala fé, *obdubitan, y omnia in arbitrio habent*.

19. Lo quarto, y todavia aún mas en nuestros terminos, hace en favor de esta misma opinion que sigo, y defendiendo, que no parece necesitamos de andar buscando argumentos de fuera, pues en el individuo de nuestras Encomiendas hallamos concedida esta opcion; y eleccion por la primera provision del año de 1536, que es la que concedió, é introduxo la sucesion de ellas.

20. Y hablando de la muger que sucedió en la Encomienda de su primer marido, y despues se quiere casar con otro que tiene otra Encomienda, permite á éste la eleccion entre ambas por estas palabras: *Y si esta se casare, y su segundo marido tuviere otros Indios, darle eis uno de los dichos repartimientos, qual quisiere*. * L. i. tit. 1. lib. 6. Rec. *

21. Las quales, aunque parece que solo expresan este caso de la junta, ó cumulación de Encomiendas, que se hace mediante el matrimonio, no se puede negar que se deben referir, y entender á otro qualquiera, en que venga á darse la misma cumulación, aunque sea por via de sucesion; porque aunque para otros puntos de derecho suele ser verdadero, que la ley que concede algo en un caso, parece que deniega lo mismo en otros, y que antes hace regla para los no exceptuados; y que las palabras de los contratos, ó estatutos no se estendiendo á los casos omitidos regularmente, los quales Brocardicos trae, y exhorna latamente el Autor dicho por su sentencia (e).

22. Esto no procede en las leyes, las quales, como no pueden comprehender todos los casos, y puntos que ofrece su práctica, se traen, y debert traer en argumento, y por via de simil de unos á otros, y estenderse, y ampliarse de casos á casos, todas las veces que su decision, ó disposicion está manifiesta en alguno de ellos, y corre en otros igualmente su misma razon, con que unas suplen por otras, y los que juzgan tienen exemplares de que valerse (*).

Pa-

(x) Molin. & eius addit. lib. 1. c. 8. n. 54. Miet. Parlad. & Castill. statim citandi.

(y) L. illud, ff. ad leg. Aquil. á Titia, ff. de verb. oblig. cum mille aliis apud Valenz. in axiom. jur. litt. R. n. 14.

(z) D. Valenz. d. c. 83. n. 133. & seqq.

(a) Paz de Tenura, l. p. c. 57. n. 200. & seqq.

(b) Item D. Valenz. d. cons. 83. n. 71. in fin. & rursus n. 135. & Ultrius respondetur.

(c) L. Eleganter, §. si quis in fine, ff. de cond. ind. cum aliis apud Onciacum, lib. 1. quæst. 9. n. 3. & Me d. c. 18. num. 29.

(d) L. 3. §. his tamen, de liber. hom. exhib. l. injuriar. §. 1. de injuriis, l. qui jure suo, de reg. jur. l. si pupillus, ff. de acq. hered. c. cum Ecclesia, & Quid, de elect. cum innumeris aliis apud Velasc. litt. I. n. 162. novissim. Magter. de advoc. arm. c. 9. num. 223. & Me d. c. 18. n. 30. & seqq.

(e) D. Valenz. sup. d. cons. 83. n. 80. & 98. & iterum n. 140.

(*) D. I. illud, ff. ad leg. Aquil. neque, l. & idem, l. non possunt, ff. de legib. l. 1. & 2. & ibi glos. C. de bon. que liber. l. non est novum, cum seqq. ff. de leg. cum aliis apud Menoch. cons. 150. n. 44. & Me d. c. 18. n. 36.

23. Para lo qual se me ofrece un texto del Emperador Justiniano (f), donde estendiendo una ley de las Doce Tablas, que solo havia hablado de la tutela que los padres deben tener en sus hijos, á la que despues pareció justo, que á semejanza de aquella tuviesen los Patronos en sus libertos; y dice, que tambien ésta se juzga introducida por las Doce Tablas, porque el serlo en su imitacion, ó interpretacion, obra lo proprio que si se hallara introducida expresamente por sus palabras. Y es digna asimismo de ponderar una célebre ley de nuestras Partidas, y lo que con elegancia apuntan, y juntan para el caso Quintiliano, y otros AA. (g).

24. Así solemos decir, que quando la razon se ajusta bien, la disposicion es la misma, no tanto por via de estension, como de comprehension, ó de declaracion (h), y que aún las leyes penales, con ser odiosas, reciben esta misma estension, ó declaracion; para confirmacion de lo qual pudiera juntar muchas cosas, si yá el mismo Autor de la opinion contraria no lo huviera hecho copiosamente en varios lugares de sus consejos (i), y Villaguta, y otros que trataron expreso esta materia.

25. Y muy en términos de la nuestra, de estas razones, y doctrinas que he ponderado, aún sin haverlas ilustrado tanto, se han valido Parladorio, y otros Autores (k), para decir que la dicha ley de la Recopilacion, que prohibe la junta de muchos mayorazgos, aunque (como por ella parece) solo se expresa y especifica el caso, en que se juntan por causa de matrimonio, todavia procede, y se ha de entender que quiso disponer, y dispuso lo mismo en qualquiera junta, y cumulación, que suceda hacerse despues por via, y título de sucesion, ó en otra manera; pues la razon en ella expresada no comprehende menos este caso que aquel, y segun doctrinas de leyes, y Autores graves (l), la razon expresada en la ley, ó en el estatuto induce disposicion á todos los demás casos, á que se pueda adaptar igualmente, que al especificado en su decision.

26. Lo qual todo bien se vé quan á proposito es para el punto de que tratamos; porque si la razon de prohibir la cumulación, ó propiedad de las Encomiendas, procede con igualdad en las que se juntan por casamiento, y en las que por sucesion, y en aquellas, la ley que prohibió la pluralidad, concedió opcion, y eleccion para que se evitase, ninguna parece que podremos hallar para

no decir, conceder, y admitir lo mismo en esotras; especialmente, si consideramos que en la dicha Provision de 1536, que es la que introduxo esta ley de la sucesion, se trató primero de la de las mugeres en la de las Encomiendas de sus maridos, y luego del caso, en que la viuda (asi heredada) se quiere casar con persona que tiene otra Encomienda, y declara que éste pueda oprar, escoger, y declarar qual de ellas quiere retener, ó dexar, la qual licencia, y permission se ha de entender concedida, y repetida en todos los casos, y llamamientos antecedentes, si por ventura en qualquiera de ellos viniere á acontecer la dicha junta, y cumulación, segun la vulgar, y magistral doctrina, que para esto nos dexaron algunos textos, y muchos Autores (m).

27. No hacen repugnancia á lo referido los exemplos de algunos pleytos que el de la contraria opinion (n) dice haverse sentenciado en conformidad de la suya; porque quando concedamos sean ciertos, intervendrian por ventura en ellos otras causas, y circunstancias, que obligarian á sentenciarse en aquella forma. Lo qual obra, que no podamos hacer facilmente mucho fundamento en estos exemplares, porque se pueden dar pocos que se conformen en todo, como lo dixo bien Curcio Junior, referido por Antonio Tesaura, y Menoquio (o); y otro Autor nuestro refiere del noble, y docto D. Antonio Meneses de Padilla, que despues de varios cargos, y tribunales que exerció, fue Presidente de los Reales Consejos de Ordenes, y de Indias, que solia decir: Jamás vi pleyto que tenga la cara como el otro (p).

28. Pero ciñendonos á los nudos terminos de la question propuesta, de si se ha de dar opcion al que teniendo una Encomienda llega á tener derecho de poder suceder en otra. Nunca vi, ni oi que se haya denegado. Y antes se concedió en la propia causa del Adelantado de la Nueva-Galicia, en cuya defensa parece haverse escrito el consejo contrario, á que vamos satisfaciendo; sin embargo de sus muchas, y doctas consideraciones, y copiosas alegaciones, las quales no deben obrar, ni introducir práctica, ni estilo contrario, no teniendo por sí la asistencia de ley alguna, y encontrandose con las que Yo he referido, y sus exemplares; como lo advierten bien Baldo, Jason, y otros muchos Autores (q), y lo enseña el vulgar axioma, que dice, que no debemos decir lo que la ley no dixere (r).

(f) Justinian. in princip. de legitim. patr. tut. vide verba apud Me d. c. 18. num. 37.

(g) L. 1. tit. 38. p. 7. Quintil. lib. 7. instit. orat. Menoch. Mendoz. ex Didac. Perez, & alii apud Me d. c. 18. n. 38.

(h) L. statu liberi, §. Quintus Mutius, de statu. lib. l. illud, C. de Sacros. Eccles. latè Tiraq. in l. si unquam, verbo Libertis, n. 44. & 45. Magter, de ado. arm. c. 16. n. 877. & alii plures apud Me d. c. 18. n. 29.

(i) Valenz. cons. 54. n. 38. & cons. 18. n. 84. Villag. Perez de Lara, Menoch. Magter, & plures alii apud Me d. c. 18. n. 40.

(k) Parlad. lib. 3. quot. q. 6. Lara de annivers. lib. 1. c. 4. d. n. 13. Robles de Salcedo, de repres. lib. 2. c. 6. Castill. 3. cons. c. 18. d. n. 29. & tom. 6. c. 177. ex num. 2. Addit.

Molin. lib. 11. c. 8. n. 54.

(l) L. emptor, §. fin. ff. de rei vindic. ubi Bart. & Alberic. latè Molin. lib. 1. c. 5. n. 7. & Ego d. c. 18. num. 44.

(m) L. 3. §. filius inter medias, de lib. & posthum. l. dol. de verbor. l. 1. C. de lib. prat. cum allegatis á Roman. Riminal. Vivio, Crasso, & alii apud Me d. c. 18. n. 47. & 48.

(n) Valenzuel. sup. n. 115.

(o) Thesaur. in pref. ad decis. Pedemont. n. 33. Menochio, cons. 59. n. 11.

(p) Doct. Carrasc. ad leg. Recop. c. 9. n. 253. fol. 179.

(q) Bald. in c. nihil in fin. de elect. Jas. in l. illam, C. de collat. Schrad. Rodulf. & alii apud Me d. c. 18. n. 51.

(r) Velascus latè in axiom. jur. litt. L. n. 51.

CAPITULO XXI.

SI EXCLUIDO EL PADRE DE LA SUCESION DE ALGUNA

Encomienda por tener otra, vendrá á entrar en ella su hijo de éste, ó su tío, hermano del excluido, é hijo segundo de aquel, por cuya muerte vacó la Encomienda?

SUMARIO.

- 1 Si el hijo no quisiere la Encomienda, si entrará el nieto, ó hermano del poseedor?
2 Ley á favor del tío.
3 Si venzo al que te viene, te venzo á tí.
4 Si el medio es incapaz, no puede llegar al fin.
5 El incapaz, y sus hijos se reputan por muertos.
6 Esto sucede en el incapaz por haver quebrantado alguna condicion, y n. 23.
7 Si se admite representacion en las Encomiendas? y num. 24.
8 Ten los Mayorazgos?
9 La palabra muerte en duda se entiende de la natural, y n. 27.
10 En la linea excluida no se dá representacion.
11 Y qué será si fuere subrogacion?
12 Las Encomiendas se dieron en premio, y quantos mas son premiados, se verifica el motivo.
13 El padre, y el hijo hacen una persona, y así tiene una persona dos Encomiendas.
14 Referense dos Executorias á favor del nieto.

- 15 Leyes á favor del nieto.
16 La ley posterior declara, y se une con la anterior.
17 Llamado por la ley el hijo, son llamados sus hijos.
18 Responde al fundamento del num. 3.
19 Responde al fundamento del num. 4. 20. y 21.
20 El furioso, y el reo de delito, su incapacidad, y numeros siguientes.
21 Y si la causa exclusiva del padre no se halla en el hijo?
22 Hallandose incapaz el primer llamado, entra el substituto.
23 Responde al argumento del num. 12.
24 El que usa de su derecho no hace agravio.
25 En el caso presente el nieto sucede por sí.
26 Propone el caso, en que el nieto tiene Encomienda en que entrar por muerte de su abuelo, y esperanza de entrar en otra mas pingue que tiene su Padre, en concurso de tío, y numeros siguientes.

NO es ménos dudosa, y frecuente la question que pretendo tratar en este capítulo: conviene á saber, si el hijo primogenito, ó primer llamado por la ley de la sucesion de las Encomiendas no quisiere, ó no pudiere aceptar, y adquirir la que se le defiere por muerte de su padre, ó de su madre, por tener otra mas pingue que induce incompatibilidad, como queda dicho en el pasado, se ha de admitir el hijo de éste que así queda excluido, que viene á ser nieto del difunto, de cuya sucesion se trata, ó le excluirá, y preferirá su tío, hermano segundo de su padre, é hijo del mismo difunto, que por estos titulos pretenda pertenecerle, en virtud de la dicha ley de la sucesion, y de su declaratoria del año de 1552 (a), que dispone, que si el primogenito no quisiere, ó no pudiere suceder por la dicha incompatibilidad, se admita el segundo genito, y así los demás por sus grados, y en falta de hijos varones, las hijas en la misma manera.

2 Y parece que están muy de parte del tío las palabras de esta ley; porque expresamente le llaman, y admiten sin hacer memoria alguna del nieto, diciendo así: Y porque podría acaecer que quando los tenedores de los dichos Indios encomendados falleciesen, quedasen dél dos, ó tres hijos, ó hijas, ó mas, y el hijo mayor que huviese de suceder en ellos, ó no pudiese suceder por entrar en alguna Religion, ó por tener otros Indios, ó por ser casado

con muger que los tenga, ó por otro algun impedimento, ó incapacidad; y en tal caso se podría dudar, si pasaria la sucesion de los dichos Indios al segundo hijo; y queriendo quitar toda duda, y pleytos que sobre esto se pudiesen reocurrir, visto, y platicado por los del nuestro Consejo de las Indias, fue acordado, que debiamos mandar dar esta nuestra carta en la dicha razon, é Nos tuvimoslo por bien. Por la qual declaramos, y es nuestra merced, y voluntad, que quando lo tal acaeciere en esta Nueva-Espana, que no suceda el hijo mayor en los Indios de su padre por alguna de las causas susodichas, ó por otra alguna, que la tal posesion pase al hijo segundo: y no sucediendo el segundo, pase al tercero; y así por consiguiente hasta acabar los hijos varones. Y en defecto de no suceder en ellos, suceda la hija mayor: y no sucediendo ella, pase la sucesion á la segunda, por la manera que dicho es en los hijos varones; y por el consiguiente á la tercera, hasta acabar las hijas. Y en defecto de hijos, ó hijas, venga la sucesion á la muger por la manera que está dicho. Por donde parece, que quien se ha de admitir es el tío, pues tiene por sí tan especial, y tantas veces repetido llamamiento, segun lo que en casos semejantes resuelven, y aconsejan Aymon, Craveta, y Socino, y otros AA. (b), y que al nieto se le puede oponer que del no habla la substitution, como en otro proposito lo dice Socino Senior, y otros, que tienen ésta por regla, y teorica general (c).

3 Lo segundo, hace tambien en favor del tío

(a) Extat. 2. tom. impres. pag. 203. * L. 2. tit. 11. lib. 6. Recop.
(b) Craveta, cons. 162. n. 15. & 16. Socin. cons. 62. lib. 3. & alii apud Castillo, tom. 2. controv. c. 22. & lib. 5.

c. 160. ex num. 26. Me 2. tom. lib. 2. c. 19. n. 3.
(c) Socin. Jun. cons. 62. n. 4. vol. 3. laté Surd. cons. 129. n. 15. & seqq. lib. 1. Clarus, §. testamentum, q. 76. Valenz. cons. 97. ex n. 216. & cons. 113. n. 119.

tío, que si en tal caso como este puede preferir, y prefera á su hermano mayor porque tiene la dicha exclusion: con mayor razon parece que debe excluir al sobrino, hijo de su hermano, pues este no puede tener derecho alguno, sino es el que en el se deriva por su padre, conforme á una vulgar regla del derecho, que enseña, que si venzo, ó soy superior al que lo es tuyo, tambien te será superior á tí (d): la qual regla en los propios terminos de la exclusion del hijo por la incapacidad del padre ponderan Molina, Mantica, y otros á cada paso (e).

4 Y se fortalece con otra no menos cierta que vulgar, de que en faltando, ó estando inhabil, ó incapaz el medio, y arcadúz por donde se ha de influir, y derivar en otro la sucesion, falta el efecto, y fin de ella, y se impide la calidad, y juntura de sus extremos (*):

5 A que se añade, que en estas materias de sucesion es tambien doctrina Brocardica, que los incapaces, y los hijos de esos se reputan por muertos, ora se excluyan por disposicion de la ley, ora por la particular de algun testamento, ó contrato; y no hacen parte, ni obstan á los siguientes en grado, como si no estuviesen in rerum natura, porque en el causado no se pudo dar, ni considerar mas derecho, ni virtud, ó potencia de la que en sí tenia el mismo, que se la pudo infundir, ó influir (f).

6 Lo qual tienen algunos por tan verdadero, que enseñan, se debe practicar, aun en los que son inhabiles por sola la transgresion de algun gravamen, ó precepto puesto, y requerido por el testador, afirmando, que en quedando excluido el tal transgresor, lo ha de quedar tambien su hijo, aunque pretenda entrar, y ser admitido por su propia persona: cerca de lo qual pudiera leerse planas de AA. si ya no lo huviera hecho D. Juan del Castillo (g), hablando casi en nuestros terminos, pues trata de la exclusion por la incompatibilidad de los mayorazgos, de que hablé en el capítulo antecedente.

7 Lo tercero, por la misma parte del tío se puede considerar, que aunque concedamos (como debemos conceder) que en la sucesion de las Encomiendas se admite representacion, y que así regularmente excluye á su tío, como se prueba por lo que ya tengo dicho en el capítulo XVII: todavia en el punto de que ahora tratamos no parece, que el nieto se puede ayudar de esta representacion, porque en las Reales Cédulas, que de ella hablan (h), solo se concede

Tom. I.

(d) L. de accretionibus, de divers. prescription. l. 2. §. fin. ff. ad Tertul. laté Everard. loco 6. Tusch. lit. V. concl. 208. Velasc. eodem lit. n. 137.

(e) Molina, lib. 3. c. 5. Mantica de conjec. lib. 10. tit. 7. n. 6. Raudens. respons. 2. d. n. 117.

(*) L. qui sella, §. fin. §. l. tria prædia, de consero. tut. urb. ubi Bald. & alii, laté Tiraq. de primog. q. 12. n. 12. & 16. Robles de Salced. de repres. lib. 2. c. 16. ex n. 41. & plures alii ap. Me d. c. 19. n. 8.

(f) L. si quis, l. §. sed, & si §. ff. de conjug. cum emanc. l. 1. ff. de Senator. ubi Bald. quem omnino vide, laté & Molina, lib. 1. c. 9. n. 29. & 30. Valenz. cons. 83. n. 7. & segg. & Bgo d. c. 19. n. 9. 10. & 11.

(g) Castill. §. contrrov. c. 178. ex n. 2. & plures alii ap. Me d. c. 19. n. 12. & 13.

quando el nieto quiere entrar, y subrogarse en lugar de su padre, que murió en vida de su abuelo, como consta de aquellas palabras: Declaramos, y mandamos, que en la sucesion de los dichos repartimientos de Indios, aunque el hijo mayor muera en vida del poseedor del tal repartimiento, si el tal hijo mayor dexare hijo, ó hija, nieto, ó nieta, ó descendiente legitimo, en quien concurren las demás calidades que se requieren para suceder en los tales repartimientos, conforme á lo que por Nos está mandado: estos tales descendientes del hijo mayor por su orden se preferan al hijo segundo del dicho poseedor que murió.

8 Lo qual se declaró en conformidad del derecho comun, y del Reyno, que tenia dispuesta la misma representacion en solo el caso de la premoriencia del hijo mayor, como consta de muchos textos, y AA. (i), en cuyos escritos se podrá ver esto latamente; y así no debemos estenderla á otros casos fuera del referido, especialmente si vamos con la opinion de los que sienten, que fue introducida por privilegio, y contra lo que pedian, y requerian las reglas ordinarias de bien fundada Jurisprudencia; y que por el consiguiente no se debe admitir, sino es en los casos expresados en el derecho, segun lo que siguiendo la mas comun, y verdadera lo resuelven Covarrubias, y otros muchos, que refieren Castillo, y Robles de Salcedo (k).

9 A lo qual se llega, que por lo menos no parece se puede negar que las referidas están, ó dudosas, ó defectuosas en la declaracion de este punto de que tratamos, y en caso dudosos siempre la palabra muerte se ha de entender de la natural, y no de la civil, por ser aquella su propia, y regular significacion (l).

10 Fuera de que, aun quando esto faltara, en la linea ya una vez excluida no se dá representacion por la razon que ya queda apuntada, de que no puede tener mas derecho lo causado que el causador (m); y supuesto que el nieto que succede á titulo de representacion de su padre succede por derecho, que él le transmite, ó transfiere: el hijo, que por hallarse inhabil, ó incapaz no tuvo alguno para entrar en la sucesion de su padre, tampoco le tendrá para transmitirle al nieto (n).

11 Lo mismo debemos decir, aun quando á este derecho de representacion le queramos dar el nombre, y efectos de subrogacion, pues esta tambien se hace, y debe hacer con todas sus calidades, y la persona subrogada se juzga, y tiene por la misma de aquel en cuyo lugar se subroga: con

Xx

(h) Sched. anno 1580. & 1582. que habentur 2. tom. pag. 204. * L. 128. tit. 15. lib. 2. §. 1. tit. 1. lib. 6. Recop.

(i) Authent. Post fratres, §. l. 1. C. de suis, §. legit. Navel. c. 3. l. 3. tit. 13. p. 6. l. 2. tit. 25. p. 2. l. 40. Tauri, que est. l. 5. tit. 7. lib. 5. Recop. laté Molina lib. 1. c. 6. & alii ap. Robles de Salced. de repres. lib. 1. c. 2. n. 5. & Me d. c. 19. n. 16.

(k) Covarr. 38. præf. n. 4. plures apud Castillo. 3. controver. c. 19. n. 35. Salced. sup. lib. 1. c. 6. n. 25. & Me d. c. 19. n. 18.

(l) L. ex ea, §. pen. ff. de verb. l. Statius, 48. §. Cornelius, de jure Fisci, cum aliis ap. Me d. c. 19. n. 17.

(m) Molina, d. lib. 3. c. 7. ex n. 1. Salced. sup. lib. 2. c. 16. n. 41. & 42.

(n) L. nemo potest. 79. de reg. jur. cum aliis apud Me d. c. 19. n. 21.

mo despues de Aretino, y otros lo resuelve Robles de Salcedo, hablando en terminos de representacion (o).

12 Lo quarto, hace tambien por el tio, que supuesto que las Encomiendas de que tratamos, se dieron, (como ya queda dicho) en premio, y remuneracion de servicios, y siempre se deseo, que el goce, y aprovechamiento de ellas redundase en utilidad de muchas personas, parece mas puesto en razon, que la que no quiso, o no pudo heredar el hijo primogenito, pase a su hermano segundo, antes que al nieto de esotro: pues toca en grado mas cercano al padre, por cuyos servicios se alcanzo la gracia, en que se trata de suceder, como en proprios terminos lo considera un Autor (p).

13 Y tambien, porque de otra suerte el padre que constituye una persona con su hijo, vendra a tener dos Encomiendas, y a conseguir por indirectas, por persona de su hijo el aprovechamiento de ellas, de que por la suya le quiso privar la ley, y quedara frustrada, y fraudada por esa via: lo qual no se permite conforme a derecho (q), y se abriria puerta a maliciosos trasposos, y renunciaciones: por cuyo medio, quien con dano de otro busca aprovechamientos vedados, puede ser arguido, y acusado no solo de dolo, sino de malicia, como lo enseña el Jurisconsulto Ulpiano en uno de sus respuestas (r).

14 Pero no obstante estos argumentos, y consideraciones que hacen por el tio, que no se puede negar que son de harto peso: todavia Yo en la question propuesta he tenido siempre por mas probable la justicia del nieto, y por ella pocos dias ha salieron sentencias en el Supremo Consejo de las Indias en un pleyto muy reñido de una Encomienda de la Provincia de Yucatan, entre Diego Santos de Magaña Pacheco, y D. Francisco Magaña Pacheco, su sobrino: y en otro, entre el hermano segundo, y un nieto del primogenito del Capitan Melchor del Solorzano, Encomendero de Chiapa, y los fundamentos de ellas fueron, o pudieron ser los siguientes, en cuya relacion acomodaremos juntamente la respuesta de los contrarios.

15 El primero, que aunque sea verdad que en el capitulo de la provision del año de 1552. que se ha referido, solo se halla llamado el hijo segundo para la sucesion en el caso propuesto, de que el primogenito no pueda suceder en la Encomienda que dexa su padre, por hallarse embarazado con otra mas pingue, sin que en toda la dicha provision parezca haverse hecho mencion alguna del nieto; sobrevinieron despues otras cédulas de los años de 1580. y 1582. declaratorias de las antecedentes, las quales dexo ya citadas, y en ellas hay expresas declaraciones de

que los nietos han de preferir á los tios.

16 Y asi no se les puede oponer que no tienen llamamiento en la ley de la sucesion, pues estas cédulas, por ser las declaratorias, hacen con ella una misma disposicion, como lo tengo advertido, y probado en el capitulo VII. Y no es nuevo, que las leyes anteriores se lleguen, y arraygan á las posteriores, quiero decir, se suplan, y expliquen por ellas, ó se corrijan quando es necesario, y con eso se tengan todas por una misma (s).

17 Y aun este suplemento, ó declaracion se puede escusar, como lo dice la dicha cédula del año de 1582. reprehendiendo á los Oidores de Mexico, por haverlo puesto en duda. Porque llamado (como lo estaba por la ley de la sucesion) el hijo primogenito, se debieron tener, y juzgar por llamados los nietos hijos de este, y todos sus descendientes, para que igualmente excluyesen al hijo segundo, como le excluyera su padre, aunque expresamente se halle llamado á falta del hijo mayor: como reformando á Casaneo, Antonio Rubeo, y otros que sintieron lo contrario, lo prueba, y defiende latamente Covarrubias (t), y otros AA. que dexo citados en el cap. XVII. y esto es lo que quiso decir la dicha cédula en aquellas palabras: Porque la provision del año de 1552. no excluye nieto, antes en el nombramiento de hijo le comprehende conforme a derecho tan claro, que allá no se debia ignorar.

18 El segundo fundamento que se hace por esta parte es, que aunque concedamos lo que se dixo en el segundo de la contraria, de que vencido el que es mas fuerte, queda vencido el que lo es menos, y que la incapacidad del padre suele dañar á los hijos que entran, ó quieren entrar en su lugar, y derecho (u), eso no perjudica al nieto en nuestro caso; porque estas reglas entre varias limitaciones que tienen reciben una, y es que se hayan de entender, y entiendan quando hay la misma razon en el vencido, y en el que se pretende vencer, ó el uno recibe el derecho, y causa del otro: porque quando esto falta, ó se varían las circunstancias de los casos, y personas, muchas veces acontece, que Yo te pueda vencer, ó excluir á tí, aunque tú hayas vencido, y quedado superior al que á mí me excluía: como trayendo muchos textos, y exemplos para probarlo, lo enseña Molina, Covarrubias, y otros AA. (x).

19 Y lo que se dice de la inhabilidad, ó incapacidad, tambien se limita al caso, en que el padre indistinta, y absolutamente se halla excluido, ó la razon de la exclusion grava, y mancha de tal suerte su persona, que se estiende á poder igualmente comprehender, dañar, y manchar toda su linea, como sucede quando la inhabilidad consis-

(s) Const. Princ. Ossual. ad Donel. lib. 1. c. 13. & 15. (t) Cavart. in pract. d. 38. n. 11. ex l. cum avus, de cond. & demonstr. l. cum acutissimi, C. de fidei commiss. tradit. plura Humius, 3. var. tract. 6. q. 16. pag. 775. (u) Dist. 1. de accessionibus, & d. l. qui illa cum similib. supr. relatis. (x) Molin. de primog. lib. 3. c. 5. Covart. 4. var. c. 7. n. 3. Tusch. litt. V. concl. 208. & plures alii apud & Me d. c. 19. num. 33.

(o) Aretin. cons. 2. n. 8. Robles de Salcedo, d. lib. 1. c. 12. n. 18. & lib. 3. c. 1. n. 7. & c. 18. n. 31. (p) D. Valenz. cons. 83. n. penul. (q) C. quod una via, de reg. jur. in 6. l. quaritur, 38. de bon. liber. l. non duobus, C. de leg. l. fraus legib. ff. eodem, cum aliis ap. Me d. c. 19. n. 24. & seqq. (r) L. 1. §. an pupillum, ff. de posses. cum notat. Decio, Matá, Craveta, Pen. & alii ap. Me d. c. 19. n. 17. (s) L. non est novum, 26. cum seqq. de legib. l. fin. de

te en el vicio, y defecto del origen, y nacimiento, qual es la de los espurios, hembras exclusas, y sus semejantes; porque ese vicio se tiene, y juzga por real, y como tal influye en la linea, y en todos los que de ella descendien.

20 Pero quando la inhabilidad, y exclusion que por ella se induce, solo procede de algun impedimento temporal, ó accidental, el qual no concurre, ni se halla igualmente en la persona del hijo, entonces es cosa llana, y asentada, que no le perjudica, ni debe perjudicar la incapacidad, ó inhabilidad de su padre, si él solo trata de entrar por su persona propia, y por el particular derecho que le han dado, y transferido sus llamamientos.

21 Porque tales inhabilidades, ó incapacidades no pasan de aquel, en quien concurren, ó de quien las padece, y así á él solo se deben restringir, y restringen: como lo enseñan expresamente muchos textos, y AA. (y) que debaxo de esta distincion, y diferencia responden á otros, que parecen contrarios, y reducen á concordia las opiniones adversas, ó diversas, que se hallan en esta materia.

22 Es buen simil para darla mejor á entender el que ponen Molina, y su Adicionador (z) en el inhabil, ó impedido por ser furioso, y el de Gregorio Lopez (a), que dice, que si el primogenito llamado á algun mayorazgo no puede entrar en él, por haverse hecho incapaz de su sucesion por causa de algun delito, pasará luego esta á sus hijos, porque él es tenido por muerto, y en ellos no milita la dicha exclusion.

23 Conforme á esta distincion se han de entender los Doctores citados por la parte contraria, excepto los que excluyen al hijo de la sucesion del mayorazgo, cuyos preceptos, y condiciones menosprecio, y contravino su padre, cuya opinion podria sustentarse quando no llegó á entrar, ni suceder en el mayorazgo el que se hizo inhabil del por la contravencion, ó quando contravino, y fue privado por esta causa antes de tener hijos, y entró luego en la sucesion el siguiente en grado: porque si ya los tenia, la mas cierta, y comun opinion es, que aunque él quede excluso por transgredirse, no lo quedarán sus hijos, ó nietos, que no cooperaron en ese pecado, como lata, y doctamente lo resuelve el mismo Molina, Alexandro, Raudens, y otros AA. (b)

24 El tercer argumento sea, que supuesto que no podemos negar que en nuestras Encomiendas se dá representacion, como aun se concede en el Tam. I.

(y) L. si is qui, 31. ff. de inoffic. l. cancellaverat, ff. de his que in testam. delent. cum multis aliis quest. post Bart. & antiquiores congerit Tiraq. de ces. causa 1. p. n. 94. & 142. Molina, & ejus Addit. lib. 3. c. 7. n. 4. & c. 10. & lib. 1. c. 90. n. 27. & plures alii apud Robles de Salcedo, ubi sup. lib. 1. c. 11. n. 5. & 18. & Me d. c. 19. n. 35. (z) Molin. & ejus Addit. lib. 1. c. 13. n. 35. (a) Greg. Lopez in l. 2. tit. 15. p. 2. verbo Si dexare hijos. * quem sequuntur Alvarad. de consuet. lib. 2. c. 3. §. 3. n. 21. Ant. Gomez in l. 40. Taur. n. 65. Castill. cons. lib. 3. c. 9. d. n. 135. * (b) Molin. lib. 1. c. 9. n. 58. & c. 13. n. 36. & lib. 3. c. 7. n. 4. Raudens. resp. 2. n. 120. lib. 1. & resp. 30. ex n. 73. Castill. 3. contron. c. 15. n. 56. Robles de Salcedo, sup. lib. 1. c. 10. n. 13. & 14. & alii plures apud Me d. c. 19. n. 37. (c) L. 1. §. emancipatus, de conjung. cum emanc. Authent. de hered. ab intestat. ven. in princip. l. 2. tit. 15. p. 2. l. 40.

tercer fundamento de la parte contraria, parece forzoso que tambien concedamos, que el nieto en la sucesion de ellas deba preferir á su tio, pues este es de linea posterior á la suya, porque este es el privilegio que se atribuye á esta representacion, el principal efecto que de ella se consigue, y el fin que parece tuvo el derecho para introducirlo, como ya tambien lo tengo tocado, y probado en el cap. XVII. y se podrá vér en muchos textos, y AA. que de ello tratan (c).

25 La qual ficcion, y disposicion de derecho, aunque comunmente parece que habla en los nietos, que tratan de entrar en el lugar de sus padres, muertos en vida del abuelo, y este mismo modo de hablar se halla en las cédulas que la admiten en nuestras Encomiendas; de cuya explicacion estamos tratando; todavia nadie puede poner duda, que hayamos de decir, y practicar lo mismo, aunque el padre esté, y se halle vivo, si le hallamos con tal inhabilidad, ó incapacidad que le renueve, y excluye de la sucesion que se le desirio por la muerte de su padre, y este impedimento que á él así le excluye no concurre en sus hijos.

26 Porque esto es lo que ordinariamente nos enseñan por máxima de esta materia (d), que hallandose incapaz el primer llamado, se abre luego puerta, ó se hace lugar á sus substitutos, como si él no tuviera tal llamamiento. Y que la representacion obra en el caso de la incapacidad, ó de otros que se llaman, y tienen por de muerte civil, lo que pudiera obrar, y obrara en él la muerte natural, pues esto se equipara, y quitado el padre de en medio, hace que entre el hijo á ocupar su lugar.

27 Porque aunque sea verdad, que esta palabra muerte propriamente se entiende de la natural, como lo apunté en el argumento de la opinion contraria, eso procede quando se pone expresamente por via de condicion, que entonces por su naturaleza se debe cumplir, y verificarse en el caso verdadero, y no en el fingido (e). Pero quando esto falta tambien se estiende la palabra muerte á la civil, quando de una, y otra resulta el mismo efecto, como trayendo en comprobacion de ello muchos textos expresos lo resuelven los AA. citados, y otros casi infinitos, que copiosamente juntan algunos modernos (f), estendiendolo á qualquier genero, ó especie de inhabilidad, ó incapacidad que pueda impedir la sucesion, ó el hecho de que se trata, en igual forma, ó grado, que lo hiciera la muerte natural.

28 El quarto, y ultimo argumento que po-

Xx 2 de- Tauri, innumeri apud Castillo d. lib. 3. c. 19. n. 53. Salced' d. lib. 3. c. 8. n. 4. & 5. & Me d. c. 19. n. 38. (d) Molina, & ejus Addition. lib. 1. c. 9. n. 19. alter Molin. omnino legendus, disp. 624. n. 4. tract. 2. tom. 3. DD. communiter in §. quid si tantum, innumeri apud Robles de Salcedo, sup. lib. 1. c. 10. n. 12. Castillo 3. contron. c. 12. Cevallos 9. 63. & 64. Trentacin. de substit. 4. p. c. 6. & Me d. c. 19. n. 41. & in terminis Commendarum. Valenz. omnino videndus d. cons. 83. n. 10. (e) L. qui heredi. l. Movius, ff. de condit. & demonstr. Socin. d. §. quid si tantum, n. 16. & 17. Surd. decis. 207. n. 9. & decis. 202. (f) August. Barbos. verbo Mora, 157. n. 3. & 4. Vellasc. in axiom. jur. litt. A. num. 487. laté Masrill. de Magistrat. lib. 1. c. 26. per tot. Merlin. controuv. Forens. c. 52. ex n. 17. Castill. d. c. 12. n. 25. & 31. & Ego plures adducens d. c. 19. n. 42. & 43.

demostramos considerar por esta misma parte, con que tambien se satisfice al ultimo de la contraria es, que aunque las Encomiendas se den en remuneracion de servicios, no por eso debemos favorecer mas al hijo segundo, que al nieto que quedó del primero, y le representa, porque antes en este concurren, y militan con mas fuerza las causas de la misma remuneracion del goce, y aprovechamiento de ella. Y así se echa de ver, pues las leyes de nuestras Encomiendas, le prefirieron al tío, mostrando todas, si se juntan, como está dicho, que no tienen mas que éntre á representar á su padre por muerte, que por otro qualquier estorvo, ó impedimento.

29 Y á la hora que confesemos, que á él le dan este derecho, y al padre el de poder oír, y elegir la Encomienda que mas quisiere, no se puede decir que hacen agravio á nadie, ni cometen fraude, ni malicia en usar dél, como ya lo dixe en el cap. antecedente. Ni que vendrán por indirecto á juntarse dos Encomiendas en una persona, porque en quanto á esto por distintas se tienen la del padre, y la de su hijo; y mas si vamos con la opinion de los que dicen, que no se les adquire á los padres, ni aún el usufructo de las Encomiendas, que están en cabeza de sus hijos, de que ya dixe mucho en el cap. XVI. de este mismo libro.

30 Y en efecto, aunque en la sucesion de los ascendientes, y transversales se representa la persona, grado, y derecho de aquél, á quien se trata suceder, en la de los descendientes, solo atendemos al grado, quando, como en el caso presente, tienen por sí, y para sí llamamiento, y derecho particular á la tal sucesion, y le piden, y quieren por su propia persona, sin necesidad de valerse de la de su padre, ni de su derecho, ni poderles ser de embarazo el impedimento accidental de sus padres (g), como magistralmente lo enseñó Bartolo, á quien siguen los demás comunmente, y Baldo (h), trayendo un símil muy apropiado, y unas palabras muy notables en el caso de una hija, que en sus pactos dotales hizo uno, de no suceder á sus padres, y le firmó con juramentos, y resuelve, que aunque á ella le dañe, y excluya, no así á sus hijos, porque aunque entran en su lugar no es por su derecho, el qual ella ya dexó extinguido por su renunciacion, sino por el que á ellos mismos les compete, entrando en el que hallan vacante de la herencia de sus abuelos: la qual doctrina, y palabras dicen Cornéu, y otros son muy dignas de tener en memoria (i).

31 Pero, porque se toque todo lo que puede ser concerniente á este punto, restamos ahora de averiguar (supuesto, que en el caso referido decimos, se debe preferir el sobrino al tío) qué diríamos, si este sobrino tuviera derecho de heredar la Encomienda mas pingue, con que se quedó su padre, por estar en él en primera vida? Por-

que parece duro, que en este caso excluya á su tío de la sucesion de la otra, que vacó por muerte del abuelo, y que despues, muriendo su padre, quiera dexar esta, y optar, y escoger la paterna, á tiempo que ya, en la que así dexa, no podrá tener entrada, ni derecho alguno su tío por haverse acabado la permision de las dos vidas que concede la ley de la sucesion.

32 Verdaderamente, quando sucediese el caso de semejantes circunstancias, mas dudosa sería la admision del nieto, si es primogenito, á la Encomienda que dexó su abuelo. Porque estando llamado, y siendo inmediato sucesor á la otra mas gruesa, que gozaba su padre, y que ocasionó la incompatibilidad, para entrar en ella, parece, que este derecho de la primogenitura causado, y radicado ya en su persona, es tan considerable, que le podemos, y debemos tener, y juzgar, como si ya fuera actual poseedor de la Encomienda de su padre, y que esto baste para impedirle el ingreso, y sucesion á la del abuelo, por evitar la misma incompatibilidad, que obligó á que no entrase en ella su padre, como se puede colegir del exemplo, que en terminos muy semejantes nos propone la ley 40. de Toro en sus finales palabras, y de otros muchos, que juntan, y doctrinas con que los ilustran varios Autores (k), diciendo los efectos que obra sola la esperanza de poder heredar, y que la que tiene el primogenito para suceder en los mayorazgos, es invariable, inmutable, y digna de atenderse, y considerarse mucho, aun en vida del ultimo poseedor: en tanto grado, que en llegando á una vez á conseguir, no le puede renunciar, sino es interviniendo muchos requisitos, que refieren los mismos AA. (l).

33 Dixe, no sin misterio, si es primogenito, porque si se hallase otro nieto fuera dél, en este no havia duda, de que podría entrar en la dicha Encomienda, y excluir al tío, como lo excluyera su hermano mayor, á faltar el reparo que he dicho, como lo dá á entender un buen texto (m), y sucedió en la causa de los Magañas, de que dexó hecha mencion: y como se practica, y sentencia cada dia en el Supremo Consejo de Justicia, quando á uno le excluyen de la sucesion de algun mayorazgo, que se le ha deferido por la incompatibilidad de otro, ú otros que acierta á tener; porque tal sucesion no se dá al primogenito del exclusivo, aun mientras dura la vida de su padre, con no tener por entonces mayorazgo alguno, sino al hermano segundo, que no se halla impedido actualmente con otro, ni con esperanza proxima de tenerle, como estos dias se litigó, y pronunció en el pleyto tan renido de los Saveras de Cáceres, en el qual abogó, y escribió doctamente en conformidad de lo que voy diciendo, Don Antonio de Mesa Maldonado, y me dió su docta, y bien trabajada alegacion, donde trae otros muchos

Au-

(g) Bart. in l. 2. ff. de collat. dot. idem, & Bald. & alii in l. 2. C. de liber. proter. & plures alii apud Salced. d. l. 1. c. 12. per tot. & Me d. c. 19. n. 48. & seqq.

(h) Bald. in l. pactum dotale, C. de collationib. q. 18. vide verba apud Me d. c. 19. n. 48. & seqq.

(i) Cornéu consil. 216. n. 13. vol. 2. tradit alia D. Larrea, decis. Granat. pag. 439. n. 34.

(k) Ruin. consil. 19. n. 3. & 4. lib. 1. Tiraq. de primog. q.

21. n. 7. & ad leg. connub. glor. 2. n. 63. & seqq. Molin. de primog. lib. 2. c. 6. n. 37. Mieres eodem trad. 2. p. in initio, d. n. 475. Matienza. in l. 7. tit. 7. lib. 5. Recop. glor. 5. n. 6. Valenz. cons. 70. n. 36. & 37. D. Larrea decis. Granat. pag. 497. n. 10. & 509. & alii plures ap. Me d. c. 19. n. 52. & seqq.

(l) Mieres ubi sup. q. 18. ew. n. 31. Giphán. de renun. c. 1. n. 1. & 2.

(m) L. 1. §. qui habebat, ff. de contra tabul.

Autores, y Yo añado la doctrina de Bartolo seguida por muchos (n); de que siempre la porcion del exclusivo se debe al que entra en lugar dél, de la

(n) Bart. in l. hujusmodi, §. si Titio, ff. de legat. 1. Castrens. Rom. Hieron. Gab. & alii ap. Me dist. capitulo 19.

qual, y de otras; hablando en terminos de nuestras Encomiendas; se aprovechó tambien otro docto, y grave moderno (o).

(o) D. Valenz. d. cons. 83. n. 62. vol. 1.

CAPITULO XXII.

DE LA SUCCESION DE LAS MUGERES EN LAS ENCOMIENDAS de los maridos; y si gozan de ella las esposas de futuro, y de presente, antes de haver consumado el matrimonio, y están en mutua cohabitacion?

SUMARIO.

- 1 LAS mugeres succeden á los maridos á falta de hijos.
- 2 La muger no succede en el feudo del marido.
- 3 La razon porqué las mugeres succeden en las Encomiendas.
- 4 La hija sucesora se ha de casar dentro de un año.
- 5 Que los Encomenderos edifiquen casa de piedra.
- 6 Por qué á las viudas no se les pone el gravamen de casarse?
- 7 Con las Encomiendas hallan marido.
- 8 El titulo se despacha en cabeza del marido.
- 9 Para que la muger succeda, ha de haver estado casada seis meses.
- 10 Lo mismo el marido.
- 11 El matrimonio in articulo mortis es válido.
- 12 Las esposas de futuro no succeden, y n. 13.
- 14 Diferencia entre la esposa, y la muger.
- 15 Lo mismo será en el matrimonio de presente antes de la edad canónica.
- 16 La condicion de bodas no se cumple con las invalidas.
- 17 Si no se consumó el matrimonio, y n. 18.
- 19 Mugeres solo se llaman las casadas, y n. 20.
- 21 Y que pasaron á vivir con sus maridos, y numeros 22. y 23.
- 24 Etimologia de la palabra Uxor.
- 25 El marido puede obligar á la muger á la copula, si la tiene en casa.
- 26 El ánimo de la ley de la sucesion fue la procreacion, y n. 27.

1 Aunque el feudo, que llaman *recto*, y *proprio*, no admite hembras por su naturaleza; como ya lo he apuntado en otros capitulos (a); todavia nuestros Católicos Reyes quisieron diferenciar en quanto á esto las Encomiendas de los feudos; y así no solo llamarón á la sucesion de ellas hijas, y nietas en defecto de hijos, y nietos varones, sino tambien á falta de todos estos permitieron, y ordenaron; que las mugeres sucediesen en las que huviesen tenido sus maridos en primera vida, las continuasen, y gozasen en segunda por toda la suya, en lo qual tambien salieron del com-

- 28 Los gananciales no tocan á la esposa.
- 29 Ni las arras.
- 30 En estos casos no hay extension de casadas á esposas.
- 31 En los estatutos que dan á la muger parte de la herencia del marido, se entienden consumado el matrimonio. No basta haver tenido copula antes, *Ibid.*
- 32 Fundamentos á favor de la esposa.
- 33 El matrimonio de futuro es matrimonio. Y si el Papa puede dispensar en él? *Ibid.*
- 34 El legado hecho á la muger, si se casare, se verifica en el matrimonio rato.
- 35 Desde el dia del desposorio se llaman mugeres.
- 36 El comun estilo es llamarlos muger, y maridos.
- 37 Contraria opinion; y que nuestra Señora se llama Innupta.
- 38 Velaciones, su institucion, y significacion.
- 39 A quien convienen las palabras de la ley conviene su disposicion.
- 40 El ánimo primario de la ley fue remunerar meritos, y el secundario la procreacion.
- 41 Es ley favorable, y admite extension.
- 42 En los estatutos favorables las palabras muger, marido, y matrimonio comprenden á los desposados.
- 43 Las leyes últimas no derogaron lo favorable de las antiguas.
- 44 Por ambas partes hay autoridades, y n. 46.
- 45 La cohabitacion no impide el que sea matrimonio.

pás de los mismos feudos; donde no se dá sucesion de marido á muger, ni de muger á marido, por parecer, que éntre si no tienen agnacion, cognacion, ni aún afinidad; á cuyo titulo pueda pertenecerles (b).

2 Y esto es verdad en tanto grado, que ni aún la muger pobre succede en el feudo respecto de aquella quarta parte, que á las que lo son, se les suele dar por el beneficio de una autentica, en cuyos escolios, ó declaraciones, la notaron muchos DD. y latamente Tiraquelo, Rosenthal, y otros (c) que aún añaden, que no le es lícito al vasallo feuda-

(a) Suprà hoc lib. cap. 7. & 17. l. 6. tit. 26. p. 4.
(b) Text. glos. Prapros. Alvarot & alii, in c. 1. an marit. succed. usor. cum aliis ap. Rosenth. de feud. c. 7. concl. 60. n. 6. Petra de potest. Princip. c. 23. n. 15. & seqq. & Me 2. rom. lib. 2. c. 10. n. 3. & 4.

(c) Alex. & alii in auth. pratered, C. unde vir. & uxor. & plures alii ap. Tiraquel. de retract. l. i. §. 21. glos. 3. Rosenth. d. concl. 60. n. 8. & l. i. §. 9. g. 15. n. 6. Me d. c. 20. n. 5. & 6.