

CAPITULO XXIV.

DE OTRAS QUESTIONES PRACTICAS, QUE PERTENECEN á este punto de la sucesion de las mugeres en las Encomiendas de sus maridos.

* De la materia de este capitulo trata el tit. 11. lib. 6. de la Recop. *

SUMARIO.

- 1 **P**roponese la question, si el que casó con viuda Encomendera en segunda vida por el nuevo titulo se hace Encomendero en primera vida? y n. 2.
- 3 Razon del marido en virtud del nuevo titulo.
- 4 Fundase en la ley.
- 5 Es de causa onerosa la concesion.
- 6 No se pueden dar en dote los feudos, sino es consintiendo el Señor.
- 7 Resuelvese contra el marido.
- 8 Fuerza de las palabras dichos, y así.
- 9 Si la ley no quiere esto en los hijos, menos lo querrá en los maridos.
- 10 Fuera absurdo atender mas al marido que á los hijos.
- 11 Si el estatuto excluye de la herencia á las hijas dotadas, tambien excluirá á las hijas de estas hijas.
- 12 El llamado primero es predilecto, y tiene facultad de elegir.
- 13 Algunos Governadores no quieren despacharles titulos.
- 14 Ley que quitó las dudas. Otra cédula.
- 15 Muerta la muger cesa la Encomienda en el caso figurado.
Si el marido tenia Encomienda en primera vida, y la muger en segunda, y eligió la de la muger, la tendrá por una vida, allí.
- 16 En algun tiempo se dudó si las Encomiendas se havian de dar ad nutum. Fuerza de la
- palabra hasta que, *Ibidem.*
- 17 Ley referente, y ley relata, como se entiende.
- 18 En el Perú no hay marido que pida, en la Nueva-España sí, y por qué?
- 19 Si en tercera, ó quarta vida hay hijos, y marido, quien ha de suceder.
- 20 Pleyto en estos terminos, y n. 21.
- 22 Fundamentos á favor del hijo, y n. 23.
- 24 Si la muger Encomendera dexa hijo de su primer marido, y otro del segundo, qual de los dos hijos sucederá en la tercera, ó quarta vida.
- 25 Fundamentos á favor del primogenito, y n. 26.
- 27 Executoria á favor del segundo.
Reserva de una ex exclusion de la otra.
- 28 La viuda que tiene Encomienda de su marido, si casare con Encomendero, ha de dexar una, n. 29. y 30.
- 31 Esto proviene de la incompatibilidad.
- 32 La admision de una es exclusion de la otra.
- 33 Para la eleccion hay tiempo señalado. Hecha una vez no se puede variar.
- 35 Cáso con Doña Francisca Pizarro, hija del Conquistador, y n. 36.
- 37 El Autor fue de opinion contra esta hija.
- 38 Porque la ley prohibe el concurso de Encomiendas en todos casos.
- 39 La disposicion de la ley general se restringe á los terminos de la sujeta materia, porque no turbe la buena jurisprudencia.

LO dicho en el capitulo pasado nos obliga á tratar en este otras questiones que pueden, y suelen ofrecerse cerca de esta sucesion en las Encomiendas de mugeres á maridos, y por el contrario. Para entrar en la primera, supongo, que la provision del año de 1536, que fue la que dió principio á estas sucesiones, entre otras cosas dispone: *Que si la viuda que heredó á su primer marido en segunda vida, se casare con otro hombre que no tenga Indios, se le encomienden á este los que así la muger viuda tuviere: y que esta Encomienda la tenga por el tiempo que fuere la voluntad Real.* * Está recopilada en la L. 1. tit. 11. lib. 6. Recop. * Y con ocasion de estas palabras, se acostumbraba antiguamente, y hoy lo usan muchos Governadores, poner el titulo de la Encomienda en cabeza del marido, y darsela como por nueva investidura. Así por juzgar que los hombres son mas aptos que las mugeres para tenerlas, y servir las, segun lo tengo dicho en el capitulo 21. como porque las mismas mugeres vienene en ello, y aún suelen renunciar todo su derecho en manos

del Governador, y en favor de los maridos para este efecto.

2 Lo qual así supuesto, se ofrece dudar, si el marido retendrá para sí esta Encomienda por dos vidas en virtud de su nuevo titulo, aunque su muger haya muerto, y en ella se hayan acabado las otras dos vidas, porque fue concedida al primer marido, de quien ella la hubo? Este punto sé que se ventiló en el Consejo de las Indias el año de 1563, pretendiendo por esta causa la Encomienda de Guadacori en el Perú Don Diego de Carvajal, siendo Fiscal el Lic. Gamboa. Y despues otra vez entre un Lic. Cuellar con Juan de Hinojosa, cuyas alegaciones del hecho, y derecho de estos pleytos pñan en mi poder.

3 En sustancia se reducen á decir los maridos, que luego que se les pasó la Encomienda en su cabeza, despachandoles nuevo titulo de ella, no se ha de atender mas el derecho, y vidas de la muger. Porque la nueva forma de la investidura muda la naturaleza del feudo, como lo enseñan Baldo, y otros DD. (a) especialmente si la muger vic-

(a) Bald. in cap. 1. §. in super, de prohib. feud. alien. Jason, cons. 24. vol. 3. Afflicti dec. 122. num. 15. &

alii apud Me 2. tom. libro 2. capitulo 22. numero 5. & 6.

viene en ello, y refuta el que tenia para este efecto, en el qual caso resuelven comunmente los mismos (b), que queda totalmente abierto (como ellos dicen) el feudo, y se devuelve al señor directo del para que le pueda dar de nuevo, y como nuevo, á quien mas quisiere, en tal manera que no tiene la muger derecho de volverle á pedir, ni alegar lesion contra este consentimiento.

4 Ni tampoco se puede alegar perjuicio de parte del Real Fisco, pues parece que en las palabras de la cédula referida dá licencia para que esto así se haga, pues dice: *Encomendarle eis los dichos Indios, que así la muger viuda tuviere.* Luego añade: *Que los tenga por el tiempo que fuere su voluntad.* Palabras, que, ó les dán duracion perpetua, ó por lo menos la de las dos nuevas vidas que estas Encomiendas permiten, segun la doctrina de una célebre glosa, seguida comunmente por antiguos, y modernos. (c) Á la qual añaden otros, que quando usan de ella los Príncipes, ni espiran por su muerte las gracias así concedidas, ni las pueden revocar sin causa legitima (d).

5 Esto se puede aún corroborar mas, si consideráremos que el hacerse esta merced al marido, supuesto que lo previene por ocasion del matrimonio que ha contrahido, se puede llamar de causa onerosa, como lo resuelven los DD. mas comunmente, tratando de los estatutos que conceden, que el marido gane, y retenga para sí el dote, disuelto el matrimonio, y ponderando para ello un texto digno de verse (e).

6 No obsta á esto si se dixere, que los feudos no se pueden dar en dote, poniendo pacto de que los gane el marido, como refiriendo otros, lo resuelven Julio Claro, y Rosenthal (f), y Yo lo apunté en el cap. XV. de este libro, aplicandolo á nuestras Encomiendas. Porque esto cesa, como ellos lo advierten, si el señor directo del feudo, ó Encomienda viniere en ello, como parece que ya viene en nuestro caso, pues lo tiene, no solo permitido, sino mandado en la cédula, ó provision referida, cuya disposicion general escusa de que se necesite de otra especial segun la doctrina de algunos textos, que refieren, y ponderan para este intento Surdo, y Graciano (g).

7 Pero sin embargo de lo que se ha dicho, tengo por mas cierta, y practicable la contraria opinion en el caso, propuesto. Y que así aunque el titulo de la Encomienda se haya pasado á la cabeza del marido, se han de mirar, y computar la vida, ó vidas que en ella tenia su muger. Porque á ella tuvo principalmente atencion la Cédula Real, quando dixo: *Que al marido se le encomendasen los Indios que ella tuviere.* * Dicha L. 1. tit. 11. lib. 6. Recop. * Y al parecer, que mejor se administraria por varon que por hembra, como lo tengo dicho.

Tom. I.

(b) Bald. in l. 1. q. 15. de rer. divisione, & plures alii apud Rosenth. de feud. c. 2. q. 2. §. c. 4. membr. 2. q. 77. & 78. & Me d. c. 22. n. 8. & 9.

(c) Gloss. in l. jurisperitos, de excus. tus. cum aliis apud Bobadill. in polit. lib. 2. c. 15. n. 28. & Me d. c. 22. n. 15.

(d) Bald. in l. 2. c. de servis. §. aqua, Bobad. sup. Valenz. consil. 71. n. 14. Mastrill. de Magistrat. lib. 1. c. 22. n. 46. & seqq.

(e) DD. per text. l. si donaturus, §. 1. ff. de cond. caus. dor. ubi gloss. verbo Dumtaxat, late Roland. de lucro doct. q. 1. & seqq. Covarr. in 4. 2. p. c. 8. §. 6. n. 12. & Barboe, in l. si ab hostibus, §. fin. n. 72. ff. sol. matrim.

cho. Y así este, respecto de la muger, es el que siempre dura, y como principal, y originario se debe atender (b), sin querer introducir, ni presumir nuevas vidas, ó nueva forma de Encomienda, ni en el que mandó esto, ni en el que lo executa, sino solo una mudanza de la administracion por la vida de la muger, á imitacion de los feudos, cuya antigua investidura siempre corre, y se continúa, y nunca se presume mudada, aunque se conceda de nuevo, ó como nuevo; sino es que expresamente se diga, que se trata de querer inovar, y alterar el antiguo, como por un elegante texto feudal lo notaron bien Baldo, Albaroto, Afflicti, y otros Doctores (i).

8 Lo segundo pondéro, que el decir la cédula: *Encomendarle eis los dichos Indios, que así la muger viuda tuviere,* dá á entender, que en ella, aún despues de casada segunda vez, reside, y permanece el derecho de esta Encomienda, y en la forma, y por las vidas que ella la tenia en virtud de la sucesion del primer marido, porque eso significan las palabras *dichos, y que así,* que son respectivas de las mismas calidades que la Encomienda tenia, segun consta de lo que dicen todos los que tratan de la propiedad de estas dicciones (k). Y mucho mejor de la misma cédula que usa formalmente de las mismas palabras; quando trata de la sucesion de los hijos, ó hijas en las Encomiendas, que en primera vida gozaban sus padres: y es llano, que no por esto se las quiso dar, ni dió de nuevo, sino sola la continuacion de ellas, como á mayor abundamiento, y porque algunos (aunque con poca razon) querian pleytear lo contrario, lo declaró una cédula dada en Alcalá á postrero de Mayo del año de 1562. (l) mandando, que para quitar estas dudas de allí adelante no se despachase nuevo titulo en cabeza del hijo, ó hija que sucediese, por estas palabras: *Y porque por las palabras de la ley de la sucesion, en que se dice, que havienádole sido hecha Encomienda no fue nuestra intencion alterar lo dispuesto en la sucesion de los Indios, en los quales, el que conforme á ella ha de suceder, luego despues de muerto el tenedor, sucede en la posesion, y señorio de los dichos Indios, sin nueva Encomienda, mandamos, que si falleciere despues de haver sucedido, que aunque no se le haya hecho Encomienda de los dichos Indios, sea visto vacar.* * Está recopilada en la ley 11. tit. 11. lib. 6. Recop. *

9 De donde se sigue con evidencia, que si la ley no quiso alterar, ó prorrogar las vidas en los hijos mas amados, y primero llamados, aunque el titulo de las de sus padres, se huviese pasado á su cabeza; mucho menos lo querrá, ni dispondría en las que heredaban las mugeres viudas á falta de hijos, por mas que se diga, que el titulo se

(i) Clarus, §. feudum, q. 56. Rosenth. cap. 9. concl. 8. Per tot.

(g) Surd. dec. 173. n. 18. Gracian. discept. Forens. tom. 4. c. 6. §. 7. n. 23.

(h) L. qui habet, ff. de tucl. l. queritur, ubi DD. de estat. hom. cum aliis ap. Velasc. lit. C. n. 52. & 56.

(i) C. 1. de vassall. decrep. stat. c. 1. an agnat. vel filii, ubi Bald. Alvar. & Afflicti. Curc. Jun. Crotus, Roland. Ambros. & alii ap. Gail. obs. 49. & Me d. c. 22. n. 23.

(k) D. Valenz. qui plurimos refert, consil. 63. num. 142. & cons. 67. n. 31.

(l) Extat. 1. tom. impres. pag. 209.

pusiese en la cabeza del nuevo marido. Porque sabida cosa es, la gran fuerza que tiene en derecho el argumento que se saca, y toma de mayor á menor, quando se forma negativa, ó exclusivamente (m).

10. Si admitieramos lo contrario, resultara un absurdo tan grande, como decir, que estos maridos que casan con las viudas eran de mucho mejor condicion que los hijos, lo qual no cabe en buena razon, y así se ha de evitar, y tener siempre por reprobado, como asimismo lo prueban latamente, y con ejemplos bien ajustados á nuestro caso, los AA. que tratan del argumento llaman *ab absurdo vitando* (n).

11. A los quales añado una notable doctrina de Alverico, Cino, y Paulo de Castro (o), que dicen, que si por algun estatuto se prohibiere que las hijas dotadas no puedan suceder habiendo hijos varones, tampoco podrán suceder las nietas de estas hijas, que entran en su lugar, porque no han de ser de mejor condicion que las madres, que le tenían mejor, y eran llamadas primero.

12. Y otra no menos notable de Bartolo, referida, y seguida por Pedro Pequio (p), que enseña, que si uno de dos cavallos que tiene, mandase el uno á los Hospitalarios, y el otro á los Frayles Predicadores, se debe dar la eleccion á los Hospitalarios, solo porque el haverlos nombrado primero muestra que fueron mas amados, y privilegiados, que es lo que pasa en nuestro caso, y pide la razon, y el derecho (q).

13. Por lo que hoy algunos recatados Virreyes, y Gobernadores no quieren dar nuevo titulo de Encomienda al marido que casa con estas viudas, para escusar estas dudas, y pleytos, y hacer con ellos lo que la cédula referida manda se haga con los hijos, y continúan la administracion de la que la muger heredó, como tales maridos, y por la licencia que para ello les dá el derecho en los bienes dotales, y parafernales de sus mugeres (r).

14. Lo tercero, hace por esta parte, que aun quando no quedara tan flana como parece, por lo que llevó dicho, y cédulas que he referido, despues sobrevino otra del año de 1532 (s), de que muchas veces he hecho mencion, y está declarando la de 1536, y otras mas antiguas, quitó todas estas dudas, disponiendo, como expresamente dispuso: *Que despues de la vida del primer tenedor de los Indios, no ha de haver mas de una sucesion en hijo, ó hija, ó muger, y no mas.* De suerte, que no quiso alterar las vidas, aunque el segundo marido entrase en la administracion de la Encomienda de su muger, como aun mas en terminos, y para acabar de quitar los muchos pleytos, que sobre esto se armaban, aunque con poca justicia, lo decidió, y declaró otra cédula, que llaman *del Escorial*, en 17. de Mayo de 1564 (t), por la qual

parece que la Real Audiencia de Lima consultó esta duda formalmente, de si se havia de mirar la vida de la muger, ó la del marido, en cuya cabeza se traspaso la Encomienda? se le respondió: *Declaramos en lo que toca á la primera duda, que muerta la muger, la Encomienda de Indios quede vaca, no obstante, que el titulo se haya hecho al marido segundo.*

15. Y esto quedó, y se tuvo desde entonces por tan llano, que en una carta que despues se escribió al Virrey del Perú D. Francisco de Toledo el año de 1573 (u), habiendo puesto duda, si el marido que casaba con la viuda tenia Encomienda suya por dos vidas, y la dexó por escoger la de la muger, que era mas pingue, aunque estaba en ultima vida, si se le debía continuar por otra mas? se le respondió: *En esto no hay que tener duda, sino que el repartimiento que escogiere ha de ser con su calidad, que sino tuviere mas de una vida, se acabe en aquella: y si el repartimiento es de su muger, con la vida de ella se acaba.* Está recopilada en la L. 7. tit. 11. lib. 6. Recop. *.

16. Lo quarto, y ultimo, considero por esta misma opinion, que aquellas palabras de la provision del año de 1536: *La qual Encomienda mandamos, que tenga por el tiempo que nuestra merced, y voluntad fuere, no se pusieron para dar perpetuidad, ó prorrogacion de vidas, en la que así entrase gozando el marido por persona de su muger, sino para dar á entender que siempre que el Rey quisiese alterar, ó quitar del todo las Encomiendas lo havia de poder hacer, porque aun entonces andaban fluctuando, como lo tengo dicho en el cap. 1. de este libro. Y así lo descubren las palabras que luego se siguen: *Hasta que Nos mandemos dar la orden que convenga.* Estas clausulas no se recopilaron como se vé en las Leyes 1. y 7. donde correspondian. * Con que cesa la ponderacion que se hizo en contrario, de que los officios, y gracias concedidas por los Reyes á su voluntad, ó beneplácito, se tienen por perpetuos, porque aqui antes se puso esta clausula, para reservar la libertad de poder quitar, y revocar estas Encomiendas, que para impedirlo, é impedirlo, ó trae consigo una cierta condicion extintiva, ó resolutive de la precedente disposicion, en caso que aconteciese el que en ella se especifica, como lo dixo bien Bartolo, y otros (x), que tratan de la naturaleza de aquel adverbio Español, *hasta que*, que en latin corresponde al *quamdiu, donec, ó quousque.**

17. Y así, supuesto que por las cédulas posteriores que llevo citadas, el Príncipe que aun pudo quitar del todo estas Encomiendas por la dicha reserva, declaró, y dispuso la forma en que queria, y tenia por bien se usase de ellas, y que solo durasen por la vida de la muger, á esas ha-

(m) C. si ergo, 8. q. 1. c. si Paulus, & ibi gloss. 32. q. 5. cum innumeris ap. Everard. locó 16. Velasc. lrr. A. n. 464. & seqq. & Me d. c. 22. n. 26. & 27. & seqq.
(n) L. scire, §. aliud, de exc. tut. l. nam absurdum, ff. de bon. libert. laté Everard. locó 23. & Ego sup. n. 30.
(o) Alver. de statut. 1. p. q. 9. Cin. in l. 1. C. que sit longa consuet. Castrens. in l. si veró, §. de viro, ff. sol. matrim. Ego d. c. 22. n. 31. & 32.
(p) Bart. in l. qui diem, de legat. 1. Pectinus, in c. qui prior, de reg. jur. in 6.

(q) L. quoties, ff. de usufruct. l. Publius, de condit. & demonstr. laté Everard. loco 1. ab ordine littera, & plures apud Valenz. cons. 37. n. 127. & Me d. c. 22. n. 27. & 28.
(r) L. in rebus cum similib. C. de iur. dor.
(s) Extat. 2. tom. pag. 203. * L. 2. tit. 11. lib. 6. Recop. *
(t) Extat. d. 2. tom. pag. 205. * L. 17. tit. 11. lib. 6. Recop. *
(u) Extat. d. 2. tom. pag. 207.
(x) Bart. in rubr. ff. de condit. & demonstr. & alii plures ap. Tusch. lrr. D. conclus. 17. l. 360. August. Barbos. de diction. eodem verb. Galganer. de condit. 2. p. c. 1. q. 5.

vemos de estar, como si expresamente se hallaran insertas en la dicha primera provision de 1536. por la regla del derecho que enseña, que lo referido se entiende estar comprehendido en la disposicion que lo refiere, y ser parte de ella, como si alli se hallara inserta la mencionada, ahora se haga la relacion de cosas ya entabladas, y constituidas, ó de las que se havian de entablar, y constituir, siempre que constare que ya se hizo (y).

18. Por los quales fundamentos, que juntamente pueden servir de respuesta á los ponderados por la parte contraria, tengo por mas cierta esta última, y ya despues de las dichas cédulas está tan asentada, y recibida en práctica en las Provincias del Perú, que no hay marido alguno que se atreva á pedir la Encomienda que gozaba por su muger, despues de ella muerta, á titulo de que á él le puede pertenecer como nueva. Y aunque en la Nueva-España se practica lo contrario, eso es por razon de que allí está admitida tercera vida por disimulacion, y quarta por prorrogacion, á cuyo goce se admiten los maridos por su derecho propio, ó por mejor decir, para ellos, y por su causa se introduxeron estas prorrogaciones, y porque cesasen las quexas, y escandalos, que de lo contrario se iban introduciendo: como ya lo dixe en otro capitulo (z), y se refiere en un capitulo de carta escrito al Virrey D. Luis de Velasco el Viejo (a) el año de 1561, que dice así: *T que de haverse de guardar la dicha provision, y declaracion, no habiendo hijos, recibirian notable agravio: T que toda la tierra haria gran sentimiento, y que así convenia no se hiciese novedad. T que la sucesion pasase á la muger, no habiendo hijos del segundo tenedor, y al marido que está casado, que tenia la tal Encomienda, como se ha hecho hasta aquí.*

19. De donde se puede formar otra question acerca de esta materia, que no es menos contingente, y dudosa que la pasada: conviene á saber, si en estas vidas, así disimuladas, ó prorrogadas en la Nueva-España por favor de los maridos, como se ha referido, se pueden preferir ellos á los hijos, ó hijas que quedaren suyos, ó suyas, y de la muger difunta, por cuya contemplacion, y sucesion de su primer marido vino á entrar en su casa la Encomienda?

20. Y hallo que el Lic. Eugenio de Salazar, que fue Oidor de México muchos años, y despues del Supremo Consejo de las Indias, donde murió, en una alegacion suya manuscrita que Yo tengo, se atrevió á responder en favor de los maridos, fundandose en que la carta que he dicho solo hace mencion de ellos, sin hablar de los hijos, y en que por su causa se introduxeron principalmente estas disimulaciones, y prorrogaciones. Y pudo alegar otra cédula de 3. de Junio del año de 1574, dirigida á la Real Audiencia de México (b)

que en su narrativa presupone, que en un caso de estos que allí sucedió, el marido fue antepuesto á los hijos, y que en la Nueva-España corria esto por cosa llana.

21. Pero esta cédula no determinó el punto, contentandose con mandar que se substanciase el pleyto conforme á la ley de Malinas, y se embiase al Consejo. Y siempre que se tratase de determinarle, Yo sería de parecer contrario, porque si en la primera sucesion de la segunda vida de estas Encomiendas por la provision del año de 1536, que es la ley de ellas, y en todas sus declaratorias, los hijos, é hijas, nietos, y nietas excluyen á las mugeres, y maridos, que razon puede haver para que en las segundas, ó terceras sucesiones, admitidas por disimulacion, ó prorrogacion, no guardemos lo mismo? Siendo llano que la prorrogacion se hace siempre con todas sus calidades, y que la ley que se estiende, ó amplía en aquello á que se estiende, ó amplía, conserva, y retiene la misma naturaleza que antes tenia en los casos en ella desde su principio expresado (c).

22. Hace tambien por esta parte, que en otra carta del año de 1588. escrita al Virrey de México (d), se aprueba la disimulacion de la tercera vida en el hijo del segundo matrimonio. Y tratandose aqui de sucesion de Encomienda, que ya comenzó á pertenecer á la madre por su primer marido, parece duro querer excluir de ella á los hijos de esta misma madre, y de su segundo marido, ó tratar de que éste se profiera á ellos. Pues sabemos que en quantas sucesiones conoce el derecho, siempre se ha dado, y debe dar el primer lugar á los hijos, y que los maridos, aun faltando ellos, no suceden regularmente en hacienda alguna de sus mugeres (e). Así dixo San Agustín, reiterado por Graciano en un capitulo del decreto, *que aun para instituir á la Iglesia por heredera, no se atreveria el aconsejar que fuesen herederos los hijos* (f).

23. No obsta el decir que la dicha carta del año de 1574. que trata de estas vidas disimuladas, ó prorrogadas hizo mencion solo de los maridos, y no de los hijos, porque dexó de hacerla de estos, como de cosa que no podia recibir duda, y aunque se hallen omitidos por pía, y justa conjetura, y para que no sea visto el Legislador haver querido anteponer heredero extraño á los hijos propios de la madre, de cuya sucesion se trata, se ha de entender, y suplir que no fue su intento llamar los maridos, sino quando faltasen los dichos hijos, como en un caso semejante lo respondió el gran Papiniano en aquella ley, porque mereció ser tan alabado del Emperador Justiniano, y tan comúnmente celebrado, y glosado por varios AA. (g).

24. Mas dificultad tiene el averiguar, si dado

(y) L. asse toto, ff. de hered. instit. l. si ita scripsero, de condit. & demonstr. cum innumeris ap. Titaquel. post leg. conub. glos. 7. n. 187. & Me d. c. 22. n. 38.
(z) Sup. hoc lib. cap. 1.
(a) Extat. 2. tom. pag. 211. * L. 11. tit. 11. lib. 6. Recop. *
(b) Extat. d. 2. tom. pag. 211. * En la l. 9. tit. 11. lib. 6. Recop. se dice: *T declaramos, que donde estuviere concedida la tercera, ó quarta vida, puedan suceder los hijos del segundo marido en la Encomienda del primero.*
(c) L. sed si manent, ff. de precar. l. 1. ubi DD. ff. de legat. 1. l. 1. & ibi gloss. C. de bon. qua liber. l. non est no-

vum, ff. d. legib. cum aliis.
(d) Extat. d. 2. tom. pag. 203. * D. l. 9. tit. 11. lib. 6. Recop. *
(e) Toro tit. C. unde liberi, & unde viri, & usor. §. sin autem, instit. de hered. inst. laté Marta de suces. legat. p. 4. q. 8. art. 7. & Menoch. lib. 4. prax. 89. n. 61.
(f) Cap. ult. 17. q. 4.
(g) Papin. J. C. in l. cum avus, ff. de condit. & demonstr. Just. Imper. in l. cum acutissimi, C. de fideicom. l. 10. tit. 2. p. 6. laté Josephus de Rustic. ad d. l. cum avus, Menoch. lib. 4. praeump. 89. Crassus, §. de fideicom. q. 22. & seqq.

caso que el marido, que sucediese en la Encomienda de su muger tuviese de ella un hijo, y se hallase con otro mayor que este, havido del primer matrimonio, y muriese dexandolos ambos, qual de ellos se debe preferir en la quarta vida en la Nueva-España. Este caso supe que aconteció en el Perú en un marido, á quien el Virrey havia hecho nuevo titulo, é investidura por dos vidas de una Encomienda que vacó por muerte de su muger, de que el tal Encomendado ganó Confirmacion Real.

25 Por el primogenito hace el privilegio de su edad, y mayoria, la qual siempre en feudos, mayorazgos, y otras cosas induce prelación (h). Y que en el caso presente se trata de la sucesion del padre, y asi su persona es la que se debe atender sin contemplacion de la muger que no le introduxo en esta sucesion, sino la ley, ó el Principe que la promulgó, y le concedió este beneficio por su providencia, como ya en otras partes lo dexó tocado. Y tratando de la ganancia del dote, ó parte del que por leyes, ó estatutos se dá á los maridos, lo dixerón bien muchos AA. siguiendo á Baldo (i).

26 Sin que haga fuerza en contrario, el decir que esta Encomienda fue de la muger, y por su arcadúz recayó en el marido; porque con la mudanza de la persona, en la qual ya no obró el respeto de la muger, sino el llamamiento de la ley, ó indulgencia del Principe, se mudó tambien la calidad de la Encomienda, como en casos semejantes lo dicen algunos textos, y AA. (k).

27 Pero sin embargo de lo referido en los terminos del que he propuesto, sentenció la Real Audiencia de la Plata en favor del hijo segundo, havido de la muger cuya fue la Encomienda, y se confirmó esta sentencia por el Real Consejo de las Indias; por parecer mas justo, y llegado á buena razon, que pues esta ganancia se le originó, ú ocasionó al marido, mediante la persona de su muger, madre de este hijo segundo, al mismo se le reservase la sucesion de ella para despues de la muerte de su padre, como sucede en los bienes maternos, de cuyo usufructo, aunque goza el padre mientras vive, está todavia obligado á reservar enteramente la propiedad de ellos á los hijos del primer matrimonio, como todo lo demás, que por causa de los mismos hijos adquiere por testamento, y abintestato, ó por dacion, y renunciacion; como lo dan á entender muchos textos, y AA. que de esto tratan (l). Y en particular el insigne Pedro Barbosa (m), que contra otros muchos que dexó citados, defiende que si el marido ganare parte de la dote por disposicion de ley, ó estatuto, tambien esa estará obligado á reservarla á los hijos de aquel matrimonio; porque no se puede negar que esta ganancia la consiguió por respeto del, y de los bienes de su madre, trayen-

do para esto algunos textos, y sólidos fundamentos (n).

28 Pero todo lo que hasta aqui he dicho de esta sucesion de las mugeres, y maridos en las Encomiendas, recibe una limitacion; y es, que no puede casarse la viuda que heredó la del primer marido con otro que tenga Encomienda, si no es que se disponga á escoger de las dos, la que mas quisiere, y dexar la otra. Lo qual ordenó la provision del año de 1536. por estas palabras: *T si esta se casare, y su segundo marido tuviere otros Indios, darle eis uno de los dichos repartimientos qual quisiere.* * L. 1. tit. 11. lib. 6. Recop. ibi: *T si esta se casare, y su segundo marido tuviere otros Indios, se le dará uno de los repartimientos qual quisiere.* *

29 Esto mismo se repitió en la provision del año de 1552. declaratoria de las pasadas, en quanto refiriendo los impedimentos, por donde suele el hijo mayor ser excluido de la Encomienda de su padre, y pasa al hijo segundo, pone el de tener otros Indios, ó por ser casado con muger que los tenga. Palabras que asimismo se hallan en la carta, que el año de 1582. se escribió á la Real Audiencia de México, que está en el segundo tomo de las impresas (o).

30 Donde tambien se halla un capitulo de otra carta del año de 1573. escrita al Virrey del Perú D. Francisco de Toledo, de que ya dexó hecha mencion, que supone, que es preciso hacer esta eleccion, y que debe saber el marido, que si escoge la de la muger que está en ultima vida, en muriendo ella, le ha de cesar la Encomienda.

31 Esta prohibicion trae su origen, y razon de la otra, que manda que no se puedan juntar muchas Encomiendas en una persona de que traté en el cap. VI. de este libro, y despues en el XVIII. tratando de la eleccion que deben hacer los hijos que se hallan con este mismo embarazo, y las personas en quienes se llegan á juntar dos mayorazgos incompatibles.

32 En terminos de nuestras Encomiendas discurre largo sobre ella un docto moderno (p), probando bien, que con solo que se pruebe que el hijo, ó el marido, asi prohibidos de tener dos Encomiendas, han admitido alguna de ellas, se sigue *ipso facto* exclusion de la otra, aunque no se halle que la hayan renunciado expresamente.

33 Lo qual resuelve en la misma forma Don Christoval de Paz (q) en terminos de la incompatibilidad de los mayorazgos, y que con sola la eleccion del segundo sin otra sentencia declaratoria vaca el primero, y se transfiere en el siguiente en grado por el ministerio de la ley. Y luego trata, dentro de qué tiempo se debe hacer esta eleccion, dexandolo al arbitrio del Juez, aunque en nuestras Encomiendas no procederá esto; porque en cédula del Escorial de que hice relacion en el cap. XVIII. se dan quince dias á los presen-

(h) D. Valenz. cons. 34. n. 8. dixi sup. hoc lib. c. 17.

(i) Bald. in l. fin. in fin. C. de bon. mater. Roland. de lucr. doi. q. 8. n. 4. Matienz. in l. 1. tit. 9. lib. 5. Recop. glos. 3. n. 1.

(k) L. Paulus, ad incipit per Procuratores, de acquir. hered. l. fin. in fin. C. de inoffic. testam. Greg. Lopez in l. 6. titulo 11. p. 6. glos. 4. Velasc. in axiom. jur. lit. M. num. 117.

(l) L. femina, §. illud etiam, C. de secund. nupr. l. mater, C. ad Tertil. l. 5. Tauri, ubi DD. & plures alii ap. Castill.

de usufruct. c. 2. n. 20. & seqq. & Me d. c. 22. n. 51.

(m) Barbo. in l. si ab hostibus, §. fin. n. 72. ff. sol. matrim. (n) L. 3. §. 1. ad fin. de dote preleg. gloss. in l. si donarius, §. fin. ff. de condit. ob causam. Decius, in l. 1. n. 18. C. de sec. nupr. & cons. 67. col. pen. ad fin.

(o) Extat. d. 2. tom. impres. pag. 201. & 207. * L. 1. y 7. tit. 11. lib. 6. Recop. *

(p) D. Valenz. cons. 83. n. 80. & seqq. & n. 32.

(q) Paz de ienu. 1. p. c. 34. ex n. 38.

tes en la Provincia, y 35. á los ausentes, como tambien lo advierten Matienzo, y Valenzuela (r), diciendo haver sido muy necesario señalar este termino para evitar las dilaciones, subterfugios, y otras malicias, de que algunos usaban en esta parte, por gozar ambas Encomiendas, y para que con brevedad se supiese qual escogian, y la otra pasase á su Magestad para disponer de ella como fuese servido: como en casos semejantes lo decide el derecho (s). Y que hecha una vez no se puede variar, aun quando le haya estado mal la eleccion, de que tambien dixé algo en el dicho cap. XVIII. y de que escriben largo otros muchos Autores (t).

34 Pero como la dicha provision de 1536. solo manda que se haga, quando la muger que sucedió en la Encomienda de su primer marido, casa con otro que tiene otra, se ha ofrecido dudar; qué dirémos, si la que la muger tiene no es heredada por esta forma, sino adquirida por sus propios meritos, y servicios, ó los de sus progenitores?

35 Este caso se ventilo muchos años en el Consejo Real de las Indias en un pleyto de la señora Doña Francisca Pizarro, hija natural del valeroso Marqués D. Francisco Pizarro, Conquistador del Perú, y sus Abogados decian, que no era incompatible la Encomienda que esta señora tenia con otra, con que se hallaba su marido Hernando Pizarro, porque no la havia heredado por sucesion que era el caso de la ley, que por odioso no se podía estender á otros, y mas de Encomienda dada por tantos, y tan grandes meritos, y servicios que debía merecer qualquier benigna, y favorable interpretacion (u).

36 Y que como aquella sucesion en la del marido se dió por gracia, y privilegio especial, y en parte de limosna para ayudar al remedio, y consuelo de las pobres viudas, pudo quitarse, ó limitarse, quando casaban segunda vez con marido rico, asi porque faltaba la razon, como por que mas facilmente se quita lo concedido por derecho especial, que por derecho comun (x), qual se debía juzgar la Encomienda de la dicha

Señora Doña Francisca.

37 Mas Yo sin embargo de esto, por mas verdadera tengo la opinion contraria, y que así en qualquier forma que tenga Encomienda la muger que trata de casarse con hombre que tambien la tenga, se causará la dicha incompatibilidad. Porque las cédulas que he referido, todos los casos, y modos de tenerla comprehenden en su generalidad, como consta de aquellas palabras: *O por ser casado con muger que los tenga.* Y de las de la carta de 1573: *Que casandose algun Encomendado que tenga Indios con muger viuda que los tenga.* * D. l. 1. y 7. tit. 11. lib. 6. Recop. *

38 Y porque no se miró en ellas la razon de la adquisicion, sino la legal prohibicion de que no se junten muchas Encomiendas en una persona, y casa, como tantas veces lo llevo dicho, la qual razon igualmente procede, ora las tengan las mugeres por sucesion, ora á titulo de meritos propios; ó heredados, y así estamos en los terminos de una regla de derecho (y), que enseña, que quando la razon es mas general que la disposicion, ésta se amplía, ó limita por aquella; porque la razon dispone de lo que se dice, y no lo que se dice de la razon, y qualquier cosa que se diga, y disponga, se debe regular por ella.

39 Como por el contrario suele acontecer muchas veces, que la razon de alguna ley, ó disposicion que es demasiado general, se haya de restringir á los terminos de la sujeta materia, porque no se encuentre con los de la bien fundada Jurisprudencia, y los turbe, ó destruya, de que tenemos algunos célebres textos (z) que Yo aprendí en Salamanca, siendo bien niño, de mi eruditísimo Maestro digno de perpetua veneracion, y memoria, el Doctor Gabriel Enriquez, que fue Catedrático de Prima de leyes de aquella Universidad, y Corifeo de ellas, y despues del Consejo de la Real Hacienda, donde murió con general sentimiento de todos, quando se iba disponiendo á las mayores medras, que tenia tambien merecidas, y esperabamos sacra á luz los doctos trabajos que queria dar á la estampa.

(r) Matienz. in l. 8. tit. 7. lib. 5. Recop. glos. 6. n. 16. Valenz. d. cons. 83. n. 145.

(s) L. 1. ff. de success. edit. cujus verba vide apud Me d. c. 22. n. 59. ubi alia jura, & AA. adducit, & D. Martin. Larreatig. lib. 5. select. c. 5. n. 57. & seqq.

(t) Valenz. plures referens, d. cons. 83. n. 40. & n. 72. & seqq. D. Larreatig. d. lib. 5. c. 5. & n. 5. & c. 3. & n. 1. & plures alii ap. Me d. c. 22. ex n. 60.

(u) L. fin. de Constitut. Princip. ubi DD. Sarm. 1. select. c. 12. Cacharan. cons. 19. n. 10.

(x) Laté Tiraquel. de cess. caus. 1. p. num. 199. & seqq. & limit. 11. num. 4. Velasc. de privit. pauper. q. 37. n. 8. & alii apud Me omnino videndum d. c. 22. ex num. 66. ad 69.

(y) L. cum pater, §. dulcissimis, & l. unum, §. fin. de legat. 2. cum aliis ap. Fusar. de subst. q. 678. n. 5. Surd. cons. 67. n. 20. cum seqq. & Me d. c. 22. n. 70. & 71.

(z) L. si de certa, 31. ubi laté DD. C. de transact. melior text. in l. si Procurator, 35. de acq. rer. dom. cujus ponderat. vide apud Me d. c. 22. n. 27.

CAPITULO XXV.

DE LAS CARGAS DE LAS ENCOMIENDAS, Y EN PARTICULAR de las Militares, y del juramento, que por razon de ellas están obligados á hacer los Encomendados, y de sus efectos.

* De la materia de las Encomiendas trata el tit. 8 y siguientes, lib. 6. de la Recop. *

SUMARIO.

- 1 La Encomienda es donacion modal, y por qué?
- 2 Es donacion, y contrato Synallagma.
- 3 Autores de esta opinion, y n. 4.