

(10) L. si is 31. §. si hæres, ¶. diversum, ff. eod. de inoff. ibi: Diversum dicemus si legaverit mihi eam rem, quam quis ex eo testamento acceperat, nam si eam agnoscam, repellar ab accusatione: & infra: Quid ergo si alias voluntatem testatoris probaverim puta in testamento adscriptam post mortem Patris consentire me? Repellendus sum ab accusatione.

(11) L. Parentibus Cod. de inoff. Qui autem agnovit iudicium defuncti: eo quod debatum paternum pro hæreditaria parte persolvit, vel alio legitimo modo satisfecit, etiam si minus quam ei debebatur, relatum est, si maior 25. annis est, accusare, ut inofficiosa voluntatem Patris, quam probavit non potest; vbi Glosa, quod probbo non reprobbo, ex dicta leg. Pomponius de negot. gest.

(12) L. non dubium Cod. de testam. Ut qui ex testamento, vel ab intestato hæres extiterit: & si voluntas defuncti circa legata, seu fideicommissa, seu libertates, legibus non sit subnixa; tamen si sua sponte agnoverit impledi eam necessitatem habet.

(13) Gratianus, discept. 429. n. 17. tom. 3: Ulterius pro validitate testamenti, plurimum confert quod venientes ab intestato, qui illud infirmare intendunt, tanquam legatarij receperunt ab hærede legata eis reliqua, cum plena notitia eiusdem testamenti, & qualitatum illius adeo, ut ex ista observantia tollatur defectus quicunque alterius nullitatis, & invaliditatis, & comprobetur fides ipsius scripturæ.

si compraran la herencia, y la redimen de los herederos instituidos en el testamento paterno, conducen los Predios, pagaron lo que al Difunto debian, ó hicieron otro acto semejante, de tal suerte aprobaron el juicio de el Difunto, y sus disposiciones, que absolutamente se excluyen de la querella, y recurso, y sobre el mismo texto Bartholo, y Angelo por la regla de otra Ley.

Por otro texto (10) con mas claridad se especifica nuestro caso, con mayor aprieto, porque habla en los propios herederos tuyos, y necessarios, y quando aceptan el legado que se les dejó en el testamento: porque por el propio hecho, y sin otra diligencia se repelen de la acusacion. Y assi concluye el Jurisconsulto, que aprobando vna vez la voluntad del testador, consintiendo escribir en el testamento despues de la muerte del Padre, expressa, ó tacitamente, ( como en el caso de la recepcion ) no ay regreso para impugnar el proprio testamento.

Otra Ley de el Codigo (11) en caso semejantissimo, nos explica bien el efecto de esta aceptacion: porque prohíbe al que vna vez adió, y acceptó la herencia por el testamento, que pueda bolver, y pedirla despues por causa de intestando, y no obstante si pretendiere esta causa incurra en el edicto, y quede obligado á todos los legados, y fideicomisssos.

Otro texto tambien de el Codigo (12) nos manifiesta, y aclara el asumpto: porque declara que todo heredero que lo fuere por testamento, ó ab intestato si conociere ser voluntad de el Difunto el cumplimiento de los legados, fideicomisssos, y libertades, aunque con ellos se grave la legitima, ( á que alias no estaba obligado ) no obstante si libremente entrare en su reconocimiento, queda necessitado, y obligado al perfecto cumplimiento de todo.

Bastaban los textos, pero con igual plenitud, y claridad lo comprueban las authoridades. Graciano (13) alegando por la validacion de vn

tes-

testamento; ponderó lo que conducia para su firmeza, el que aquellos propios herederos que venian ab intestato, y que trataban de impugnarlo, avian recibido como legatarios, lo que se les avia dexado, teniendo plena noticia del testamento, y sus qualidades; de tal forma, que por sola esta observancia quedó compurgado qualquiera otro defecto, nulidad, ó invalidacion, y aprobada la fee de la propria escriptura, aunque añade que ha de estar plenamente certificado.

(14) Y Mansio (14) en su tratado de testamentos, sienta por conclusion, que el testamento en que huvo pretericion, queda por lo menos por el derecho Pretorio valido, si viviendo el interessado no se acusó la nulidad.

Pero en otro lugar este mismo Doctor (15) nos enseña otra conclusion viva, y mas terminante á nuestro caso: y es que el hermano no puede decir de nulidad ipso iure, contra el testamento del hermano, como lo pudieran hacer los hijos, y los Padres del testador, y solamente tiene vna accion, y es que instituyendose por el hermano vna persona torpe, é indecente puede reclamar de inoficioso el testamento, y romperlo: y lo mas precioso de la doctrina, es manifestarnos en qué consista la vtilidad de la predicha distincion, esto es, que el hermano no tenga accion de nulidad, y solo se le permita querellarse del testamento inoficioso; y la vtilidad, y resolucion consiste en que la accion de nulidad dura treinta años, pero la querella solos cinco; y en su consecuencia, si el unico remedio de vn hermano, sin aprobar el testamento, y en el supuesto de la institucion de vn heredero torpe á penas tenia cinco años para reclamar, como vn hermano, que él mismo fué el instituido, que supo, y aprobó las disposiciones, y despues de calificadas por Juez competente, ha de poder reclamar contra el testamento, ni por nulidad, ni por otro remedio despues de diez y seis años?

Demás de que la ultima perfeccion del tes-

(14) Mansio, de testam. tit. 9. quest. 1. reg. 1. num. 48: Ut tamen testamentum in quo Pares à filio est præteritus sit de iure Prætorio validum, si vivus testator de nullitate non accusavit. Albericus de Rossate, in l. Posthumo, num. 2. ff. de bon. poss. 2. tab.

(15) Idem ibi quest. 3. in pr. & n. 1: Quod frater non possit testamentum fratris ipso iure nullum dicere, sicuti liberi, & Parentes, sed sive exhaeredatus sit, sive præteritus, & persona turpis instituta, indistinctè ei detur querella inofficiosi, qua mediante possit rumpere testamentum. Et aliquibus citatis addit: vtilitas autem huius quæstionis non est exigua: quia vt supra quoque dictum est querella competit tantum per quinquennium, ius dicendi nullum per 30. ann.

(22) La generalibus Cod. de revoc. Bonati. Hoc tamen rigore ad prius Pononis remittendo statu contentus, nulla inveni concedenda Pononis successori his inservientibus quatinus am plurimum institutæ, etenim si ipse quis hoc perficit, tacitamente silentium eius manet, non in potentia eius futuram ostendit.

E 2 ta-

(16) Escaño, de testam. cap. 1. n. 25: Altera pender? Voluntate hæredis in eo constituti; quippe quod adeat hæreditatem, aditio enim hæreditatis ultima perfectio est testamenti; quia tunc consequitur effectum, & reduci amplius non potest ad causam intestati, L. si alienum s. in extraneis ff. de hæred. instit. Baldum, sic distinguenter sequuti sunt Castrensis in dict. L. 1. n. 5. Gothofred. ibi litt. G. Portius in pr. inst. de testam. num. 1. & alij quam plurimi.

(17) Cardinalis Tusclus, verbo hæres, concl. 51. n. 2. & quod adeundo hæres dicatur quasi contrahere cum creditoribus, & legatarijs, & iudicium defuncti ratum habere, Castrensis Conf. 259. omnis difficultas, in pr. lib. 1. Et in tantum hæres obligatur ex aditione, vt antequam adiverit, nullum ius habere dicatur.

(18) Mansius vbi sup. tit. 12. quæst. 49. n. 15: Sed quid dicendum est in hoc casu, cum filia hæreditati paternæ, & legitimæ renuntiavit de Nepotibus ex ea descendentiibus, an ne ipsis legitima in bonis Avi debebitur? Ad hanc quæstionem respóndent DD. cum distinctione, vel enim filia quæ renuntiavit supervixit Patri, vel mortua est ante ipsum, id est, vivo Patre. In 1. casu si filia accepta dote Patri supervixit Nepotes nullam legitimam petere possunt. Grafis, quæst. 4. n. 3. per rationem: quia sicut Mater per dotem acceptam exclusa est, ita & ipsi Nepotes, qui iure Matris, non proprio admittuntur: Ratio rationis: quia viuente filia Nepoti non debetur legitima, & non habet ius succedendi immediatum, nec quidem ab intestato.

tamento, pende de la adicion de la herencia, siendo dos las que lo reducen á su vltimo ser, una de parte del testador, cuya muerte lo confirma, otra de parte de el heredero, cuya acceptacion lo consuma, consiguiendo su vltimo efecto, de calidad, que despues no se puede reducir á causa de intestado, como funda Escaño (16) con buenos textos, y con Baldo, Paulo de Castro, Gothofredo, y Porcio.

Y se confirma: porque por la adicion, y acceptacion del Heredero se quasi contrae (17) con los legatarios, nace obligacion, y aquellos adquieren derecho; luego no puede ser que despues de acceptada solicite la destrucción del quasi contrato, y de la obligacion, pretendiendo la nulidad de lo mismo que conoció, y confirmó á favor de un tercero, para venir en su perjuicio.

Ni se puede recurrir á que los actos de D. Gaspar de Somoza no pudieron perjudicar á sus hijos, y herederos, sin su intervencion, y que assi estos pudieran reclamar, contra ellos, y contra la dissimulacion, y taciturnidad de su Padre: porque contra esto vrgen las doctrinas siguientes. La primera del citado Mansio, (18) que despues de tratar de la renuncia que hizo la hija de su legitima, y quando pueda substentarse, pregunta: qué se ha de decir(en el caso que la hija renuncie la herencia paterna) de los nietos, y descendientes, y si todavia no obstante se les deba de los bienes de su Abuelo? Y para resolver esta question procede con la commun distincion de los Doctores: ó la hija que renunciò sobrevivió al Padre, ó murió antes que él; en el primero caso los nietos, é hijos de la renunciante no pueden pedir legitima alguna; y la razon es, porque assi como la Madre por la acceptacion de la dote fué excluida de la herencia, los nietos (que se admitieran no por propio derecho, sino por aquel que pudieron recevir de la Madre.) deben ser excluidos: y la razon de la razon es: porque viviendo la hija, á el nieto no se debe la legitima, ni tiene im-

me-

mediato derecho de succeder, ni aun ab intestato, y per consequens no es menester su intervencion para que les perjudique la renunciacion de la Madre. Lo qual en el otro caso contrario (19) tiene distinta resolucion: porque quando la Madre fué muerta antes que el Padre, sin embargo de las varias opiniones de los Doctores, la mas comun es, que la renuncia no obste á los nietos, y es la razon: porque quitada la Madre de en medio son llamados los nietos por proprio derecho á la legitima.

De la misma suerte diremos, (y aun con mayor fundamento en los que no son hijos, ni nietos,) que si todo el derecho que los hijos, y herederos de D. Gaspar de Somoza tenian á la herencia de D. Francisco de Somoza, no era immediato, sino mediante el de su Padre, y este no tuvo otro que el de el testamento; por la adicion, por la acceptacion, y por el impedimento que el propio se puso á la nulidad del testamento, despues de el silencio de su Padre, y de su muerte, les obstante aquella tacita renuncia sin poder reclamar el testamento.

Pruebase mas: porque el heredero del heredero, ni por restitucion puede pedir contra la adicion, y acceptacion de aquel de quien es heredero, como dixo Fabro; (20) ni aun tiene facultad de interpretar, ni de explicar con qué animo avia aceptado la herencia su testador.

Ni obstante, que la inoficiosa remission, ó renunciacion, se revoca de la misma suerte, que la inoficiosa donacion conforme á la Ley de el Codigo, como enseñó el Señor Covarrubias. (21) Porque estas revocaciones no passan de las primeras personas, ni se conceden á los Successores, y assi si aquel que padeció, calló; su silencio ha de permanecer sin poderse exitar por su posteridad. Es Ley expressa (22) que assi lo declara.

Demás, que la disposicion de la citada Ley que previene la revocacion de las donaciones inoficiosas no tiene lugar en el derecho de futu-

(19) Idem ibi n. 18: In altero casu quando filia renuntians fuit mortua ante Patrem dotatum, variae quidem sunt opiniones DD. an Nepotes possint petere legitimam, nec ne? Magis tamen communis est ista, quod possint, & quod renuntiatio filiae non obster Nepotibus, per rationem: quia tunc proprio iure Nepotes vocantur. Covarrub. ad Cap. quanvis, §. 2. part. 3. num. 4. post principium, §. misam de Pactis in 6.

(20) Faber, in Cod. lib. 6. tit. 12. definiit. 13: Hæres Titij non est audiendus si in integrum restitui vellit adversus aditionem á Titio factam hæreditatis Semproniane, si quid á Titio factum sit, quod neciatur an adeundi animo fecerit, nec ne, Defuncti náque animis per hæredem explicari negat, & indubio credendum est Defunctus fecisse animo adeundæ hæreditatis quod alio iure facere non potuit, ita Senatus Sarbaudice 1595.

(21) Covarrub. Cap. Raynaldus §. 2. n. 9. de testamentis, ex leg. si vnquam Cod. de revoc. donat.

(22) L. generaliter fin. Cod. de revoc. donat: Hoc tamen usque ad primas Personas tantummodo stare censemus, nulla licentia concedenda Donatoris Successoribus, huiuscemodi querimoniarum primordium instituere, etenim si ipse qui hoc passus est tacuerit, silentium eius maneat semper, & non à posteritate eius suscitari concedatur.

(23)

Ripa, ad citat. leg. si vñquam, n. 20. Alexander, Conf. 29. n. 16. lib. 3. Rotta, insignia Castrorum 4. Februario 1639. in novissimis, part. 6. & Decis. 12. n. 19. & 20. apud Sabelli, verbo dispositio, sub n. 12.

(24)

Alexander, Conf. 29. num. 26. Ruinus, Conf. 98. Purpuratus, Conf. 307. n. 8.

(25)

Tondutus, resolut. Civil. part. 2. Cap. 153. loquens de renuntiatione hæreditatis Paternæ, seu legati, n. 3. Quia quæ sine facto nostro non adquiruntur, non videntur in effectu adquisita, nisi mediante consensu, & voluntate adquirentis: vt bene explicat Rotta, Decis. 320. n. 27. & 28. & sequent. part. 6. recentiorum.

(26)

Idem ibi n. 8: Quod repudiatio iuris delati non dum tamen quæsiti, fieri potest in foro exteriori, etiam in præiudicium Creditorum, in l. quæ autem 9. v. proinde ff. de his quæ in fraud. Credit: Quia ius non fuit quæsitum ante acceptationem, nisi imperfectè, & revocabiliter, & sub illa tacita conditione, videlicet si acceptetur: Leg. s. v. vtrum autem ff. si quid in fraud. Patroni. Et hoc non solum respectu Creditorum Chyrographariorum, sed etiam respectu Hypothecariorum; Gratianus, Discept. 271. n. 10. Mangilius, de imputacione, quæst. 4. n. 13. Hodierna, ad leg. Hac editali, Cod. de secundis nuptijs, quæst. 35. n. 30. & sequentibus. Additionator ad Surd Decis. 140. n. 5. & sequentibus. Franchis, Decis. 101. Sanchez, de Matrimon. lib. 6. disp. 4. n. 8. & alij.

(27)

ro, y en aquel que tan solamente se obvia, y se impide la acquisition, como fundaron (23) Ripa, Alexander, y la Rotta.

Y conduce para lo antecedentemente dicho el consejo de Alexander, (24) con Ruino, y Purpurato, para que la renunciacion de la Madre induzga exclusion de la succession ab intestato en los hijos.

Y lo explico bien Tonduto, (25) quando hablando de la renunciacion de la herencia Paterna, y del legado nos haze conocer como proceda esta transmission à los hijos, y como les pueda perjudicar la no acceptacion, con estas reglas: aquello que sin nuestro hecho no adquirimos, no están en el efecto adquiridas sin el mismo hecho, consentimiento, y voluntad de el adquirente: luego sin esta voluntad, y consentimiento ni son de su patrimonio, ni deben transmitirse, pues no puede dar el testador à sus herederos mas de lo que tiene.

Otra regla, (26) que la repudiacion del derecho deferido, y no adquirido por el consentimiento, se puede executar en el fuero exterior, aun en perjuicio de los propios Acreedores, como lo decide vna Ley: y es la razon, porque semejante derecho no fué adquirido antes de la acceptacion, sino por modo imperfecto, y revocable, y debajo de aquella tacita condicion, si se acceptare, como lo explica otra Ley; y así por la no acceptacion, ni ay fraude, y se perjudica à los Acreedores no solo Chyrographarios, sino Hypothecarios, con Graciano, Mangilio, Hodierna, Surdo, Franchis, y Sanchez. Pues si en los Acreedores hypothecarios procede llanamente este perjuicio que tienen accion en los bie-nes, y derechos del obligado vivo, y muerto, y les obsta esta no acquisition; los herederos que solo tienen derecho à la legitima, y que esta se califica por el patrimonio à el tiempo de la muerte, y contra quien viviendo no podian pretender herencia, ni derecho, porque titulo no

les

les podia obstar, ni perjudicar? Quando aun sin perdonar á el mismo fisco acreedor del que no acceptò, sienta por conclusion Tonduto, (27) que le para perjuicio.

Y para explicarme mejor, quiero ponerme en lo que es el derecho de la aducion: este lo explica Pedro Surdo, (28) con Baldo, diciendo: que potius es vna facultad, y potencia de adquirir, que mero derecho, y por esto es personalissimo, cō Are-tino, y Pollicephalo, y buelve à concordar con la doctrina de Tonduto, que por esta razon el acreedor no puede exercitar este derecho, mientras no está perfectamente adquirido por el deudor con la aducion, ó con la declaracion de la voluntad.

Y en otro numero, (29) que por esta razon veemos, que el deudor puede repudiar la herencia que se le defiere en perjuicio de su acreedor, y de esta suerte le es licito no adquirir, y añade, que este principio es general en qualquiera derecho.

Y mas à nuestro proposito en otros dos numeros, (30) en que sienta por principio, que el derecho transmitido se ha de recevir como herencia de aquél que transmite, pero no como del primero Difunto, con vna ley, y con las doctrinas de Socino, y Bursato. Y así concluye, que por esta razon no es menos licito repudiar el derecho transmitido, que abstenerse de la herencia del que transmite, y que ni aun el fisco, que es vniuersal Successor, y está en lugar de heredero passa el derecho de aceptar, yadir la herencia, por ser como vā dicho Personal, y que no se extiende fuera de la Persona, y se extingue con ella. De suerte, que si aquella facultad libre deadir la herencia en D. Gaspar de Somoza, intransmisible à sus herederos, la practicó viviendo, la reduxo al acto de aceptar que pudo tambien repudiar, ni à él le quedó mas que hacer, ni contra la determinacion del extremo entre los dos de su potestad libre pueden reclamar los herederos suyos, à quienes ni la misma facultad indiferente se podia aver trasladado por su muerte.

(27) Idein ibi n. 10. & sequenti: Quod si hæc procedunt in præiudicium Creditorū etiā hypothecariorum, multo magis procedere debent in præiudicium fisci, &c.

(28) Pedro Surdo, Decis. 140. n. 5: Est enim potius quædam facultas, & potētia adeundi, quam merum ius; Bald. in Leg. Deo nobis prope finem Cod. de Episc. & Cler. &c. & est quid merē personale, vt post Aretinum, in Leg. Julianus num. 2. ff. de legat. 1. Pollicephalus, Conf. 321. n. 38: Ideo Creditor non potest illud exercere, nisi prius sit plenè debitori quæsitus per aditionem, & voluntatis declarationem.

(29) Idem num. 7. in fin. & hac etiam ratione videmus, quod debitor posset hæreditatem sibi delataam repudiare in præiudicium sui Creditoris, & hoc modo non adquirere, &c. & est generale in quocunque iure.

(30) Num. 15. & 16: Ius transmissum capitut tanquam hæreditas illius qui transmittit; non autem primi Defuncti, Leg. fin. Cod. de hæredib. instituēd. Socinus, Conf. 67. n. 14. vol. 4. Bursattus, Conf. 61. n. 15: Ideo non minus licet ius transmissum repudiare, quā liceat abstinere ab hæreditate transmittentis. Et sub n. 18. & 19. Quia si non transit in fiscum ius adeundi, qui est vniuersalis Successor, & est loco hæredis, Leg. 2. Cod. ad Leg. Julianum de vi publica, &c. multo minus transbit in extraneum Creditorem, qui est singularis Successor, ultra quod, vt dictum est ius adeundi est Personale, quod ideo non egreditur Personam, nec transit in alium.