Dexo los principios communissimos, y abundantes de que el heredero no puede impugnar el hecho del Difunto, (31) (porque este es assumpto fecundo, y que â cada passo se encuẽtra.) Y pongome en la misma regla del Derecho (32) *que no es enagenacion el solo omitir la possession*; y assi se ha de entender en todos los derechos que se pierden por la omission, como en la prescripcion, y semejantes; porque en estos no ay reclamacion por los herederos, y les obsta, y perjudica enteramente: porque si por el silencio Paterno, el estraño prescribió los bienes patrimoniales, què derecho les quedò â los hijos para reclamar contra la prescripcion? Y si esto se admitiera, quando se verificara vna prescripcion, ni surtiera effecto con la reclamacion de las posteridades?

Y tanto es cierto, que no entran en las reglas de la enagenacion, de la donacion, ô dissipacion los derechos que por actos negativos se pierden, que siendo tan delicada la enagenacion de los bienes de la Iglesia, para que se amontonaron tantas solemnidades, se piden tantas circunstancias, y se imponen tan graves penas, y censuras, ninguna comprehende el caso de la repudiacion de herencia que se dexa al Monasterio, como dixo con Sanchez, Suarez, Bonacina, Peirinis, y Lessana, â quien sigue Pellizario, (33) Fr. Antonio del Espiritu Santo, y assi perjudica esta repudiacion, y dà por razon, porque esta no es enagenacion, *sino adquisicion*.

Pudiera exornar este papel con infinitas doctrinas semejantes, que mas produxeran confusion, y originaran fastidio, que dieran aquella claridad que pretendo, y para estos casos se necessita: pero creo que si no persuadiera lo referido, no bastara todo lo demás que pudiera decir: hablo en la theorica del Derecho comun, pero segun nuestro Derecho Real, si lo hasta aqui referido no bastara, sobra para la decision la Ley de partida, (34) que reservé para este lugar, y para

(31) Regula est, quod hæres alicuius non potest venire contra factum Defuncti, cuius est hæres, & si venit, repellitur exceptione doli mali. L. cum à Matre Cod. de rei vendicat. L. si tertius §. fin. de Aqua pluvia arcenda, vbi hæres non potest impugnare factum sui Authoris, quia perinde est, ac si ipse fecisset, Decius, Cons. 84. in fin. Et in proposito quod hæres non possit venire etiam si Defunctus alienasset rem hæreditariam, vel fideicommissi spectans ad hæredes, tenet Cephalus, Cons. 392. n. 26. & sequentibus. Castro, Cons. 370. Fulgossius, Cons. 65. Tiraquellus de retractu lignagier §. 1. Glos. mona, n. 47. & sequẽtibus. Quæ regula ampliatur in quocunque habente causam ab alio: quia non potest venire contra factum sui Authoris. Plena manu de omnibus his Tuschus, verbo Consilium Authoris, conclus. 663. & verbo impugnatio facti propr. concl. 58. verbo hæres, conclus. 53.

(32) Lex non alienat 119. leg. non fraudantur 134. ff. de regulis iuris.

(33) Frater Antonius ab Spiritu Sancto, in directorio Regularium, tract. 3. disp. 6. sect. 6. n. 1193: Dico 17. Regulares repudiantes hæreditatem relictam Monasterio non contraveniunt huic prohibitioni, ita Layman, Sanchez, Suarez, Bonacina, Peirinis, Lessana, quos refert, & sequitur Pellizarius, tract. 6. Cap. 8. n. 6: nam hoc non est alienatio, sed non adquisitio; in præsenti autem sola alienatio, non vero non acquisitio prohibetur.

(34) L. 6. tit. 8. part. 6.

para cerrar esta primera parte del assumpto, porque empezando con ella, no se entendiesse que queria dispensar â la fatiga, y me olvidaba de la prolixidad del estudio que piden estos manifiestos: y como la Ley es tan clara no la quiero remitir al margen, son, pues, sus palabras: *En qualquiera manera que otorgasse, ô consintiesse el hijo, ô el nieto en el testamento en que le oviessen desheredado, assi como si le oviessen dexado manda en él, ô â su fijo, ô â otro alguno que fuesse en su poder, ê la recivieſſe, ô si él fuesse Abogado, ô Personero, en defendiendo el testamento, ô alguna de las mandas que en él fuessen escritas, ô consintiesse en el testamento en alguna manera semejante de estas, non podria despues querellarse para quebrantar el testamento, nin debe ser oído.*

Ley mas viva, ni la ay, ni puede imaginarse, porque por lo menos â mi me quitó todas las dificultades; su caso es mas apretado que el nuestro, porque habla con hijos, y nietos, cuyo derecho es incomparablemente mayor, que el de el hermano: su resolucion es terminante, porque el acceptar solo el legado suyo, de su hijo, ô de otro que fuesse en su potestad, ô acto de aprobacion semejante, no solo le niega la determinacion favorable, sino que le impide el ingresso â la demanda, y le niega la audiencia. El perjuycio de los hijos, y el obstarles el hecho del Padre lo declara, porque la Ley supone hijo de el exheredado, manda â él, ô al mismo hijo, acceptacion del legado del hijo, ô suyo, en este mismo caso le excluye: luego en él consiente en el perjuycio que de su acceptacion, y del conocimiento de la voluntad vino â los hijos.

Assi, pues, circunstanciado el caso en el del presente negocio, hallará oy esta Real Audiencia, que no solo D. Gaspar de Somoza conoció, y accepto la herencia suya, y manda de sus hijos, sino las otras del testamento, siendo alternativa en la Ley: *ó alguna de las mandas que en èl fuessen escritas.* En el testamento que otorgó el mismo D.

Gaſpar, y và citado la clauſula 23. es la ſiguiente: *Item declaro, que debo, y paran en mi poder* 100. *peſos de á ocho reales de plata de Joachin de Somoza, que el dicho mi hermano Difunto le diò, y dexò* 200. *peſos, que entraron en mi poder, y de ellos le tengo dados al dicho Joachin los* 100. *y le reſto los otros* 100. *y mando que de mis bienes ſe le paguen, dén, y entreguen*: vee aqui que no ſolo viviendo accepta los legados, ſino que aun muriendo deſpues de tantos años los aprueba, y confirma el teſtamento, no yá con acto de recevir, ſino con el mas eficaz, que es el de pagar, aun de ſus proprios bienes, que con la qualidad de heredero, muriò ſin repugnancia, ſujetandoſe â todas las diſpoſiciones del teſtamento otorgado en virtud del poder.

Con lo qual ſe convence de ſinieſtra la interpretacion que ſe ha querido dar â vna clauſula de el teſtamento otorgado por el citado D. Gaſpar de Somoza, â cuyos herederos aviendoſeles mandado â pedimento de los Albaceas de D. Fraciſco, exhibieſſen el referido teſtamento, lo hizieron ſolo de vn teſtimonio de vna clauſula con pie, y cabeza, para inducir confuſion, y perſuadir â eſta Real Audiencia, â que en el ſeguimiento del pleyto van conformes â ſu voluntad. La clauſula, pues, ſe reduce, â declarar D. Gaſpar, que tenia en la Ciudad de Oaxaca pleyto contra los bienes, y herederos del Capitan D. Juan Gomez Marquez, por aver ſido Albacea de D. Franciſco de Somoza ſu hermano, y èl ſu heredero, y no aver enteradole la herencia; y mandò que Doña *~~Francisca de la Torre~~ Joseph a de Ulloa ſu muger proſiguieſſe, y feneciesſe eſta cobranza, para lo qual le dexaba poder.

Supongo lo primero, que tal pleyto pendiente no ſe ha deſcubierto, ni conſta averlo avido. Y ſupongo, tambien que eſta clauſula no ſuena nulidad de teſtamento, vicio de ſus diſpoſiciones, ni pretenſion de entrar ab inteſtato en los bienes de ſu hermano. Lo primero: porque

que en eſta clauſula confieſſa el albaceazgo de D. Franciſco de Somoza, y el aver ſido el miſmo D. Gaſpar heredero, y ſolo lo que apunta es, no averſele enterado la herencia; eſto es, que aquel remaniente en que le inſtituyó, verificadas las diſpoſiciones, ni ſe le avia dado, ni cuenta de él.

Lo ſegundo, que para eſta inteligencia interpretandoſe vnas clauſulas por otras conducenlas demàs del teſtamento, y codicilo de que và hecha mencion: La vna es la 5. en que dice eſtas palabras: *Item declaro, que el Alferez Franciſco de Somoza mi hermano, que falleció en la Nueva-Eſpaña, por ſu teſtamento que en virtud de ſu poder otorgò el Capitan Juan Gomez Marquez, que ya es Difunto, en la Ciudad de Oaxaca, dotó en* 2U. *peſos, â mi hija Maria de Somoza, y en otros* 2U. *â mi hija Franciſca de Somoza, los quales dichos* 4U. *peſos los recevi de dicho Capitan Juan Gomez Marquez, quando vivia, y ſon, y paran en mi poder por averlos vnido con lo que yo manejaba, los quales de lo mas bien parado de mis bienes ſe ſeparen, para las ſuſodichas mis hijas, â quienes pertenecen, declarolo aſsi para que conſte.*

Eſta, y otras clauſulas de que ſe harà mencion, ſe ſuprimieron en el teſtimonio de dicho teſtamento preſentado por los herederos de D. Gaſpar, con ſobrada reflexion: pues por la referida hallará eſta Real Audiencia la permanencia, y conſiſtencia haſta la muerte en la aprobacion del teſtamento referido, quando no ſolo confieſſa la recepcion de los legados, y herencia, ſino que mirando los 4U. peſos, como caudal de ſus hijas por titulo diſtinto de ſu legitima, manda ſe ſepare de ſus bienes por eſtár mezclado con ſu caudal, y confirma el legado, que aliàs, ſi impugnara las diſpoſiciones, y pretendiera la herencia integra, ni conſiderara caudal de ſus hijas como legado, ni penſara en la ſeparacion al tiempo que pretendiera ſer todo de ſus hijas, como caudal ſuyo, de que ni aun remota mencion haze en la clauſula, la qual antes ſuena todo lo contrario.

 Por

Por la clausula 23. declaró que paraban en su poder, y debia â Joachin de Somoza 100. pesos de los 200. que su hermano le avia legado, y mandó se le entregassen, (como antes vimos) y si el pleyto huviera sido sobre la nulidad de las mãdas, ni huviera reconocido el legado, ni mandadolo pagar.

Y para aclararlo mejor, y qual fué su mente, en qué animo falleció, y qual el pleyto que dexò encargado, vease la clausula 2. de su codicilo, dice assi: *Item declaro, que en dicha Ciudad de Oaxaca se me dieron, y entregaron por los Albaceas de dicho mi hermano 6ꝟ. pesos de â ocho reales, que el dicho mi hermano me legò, y donò por clausula de su testamento, cuya cantidad fuè por la referida donacion, y manda, sin que esta entrasse en la parte del remaniente de sus bienes en que me dexò, y declarò por heredero, cuyo testamento no se ha concluido en dicha Ciudad de Oaxaca, ni dado cuẽta de èl los Albaceas.* No puede ser mas clara aprobacion de el testamento, ni mas expressa, ni geminada ratificacion en tantos actos tan deliberados, y tan consequentes, ni mas manifiesta la voluntad en la pretension que enunciaba, no para la nulidad del testamento de su hermano, sino es para las cuentas, y recepcion de el remaniente en que fué instituido, al mismo tiempo que supone no estàr acabado de cumplir el referido testamento, lo qual califica lo que quiso decir, quando ordenò el fenecimiento del pleyto: y que demás de que nunca pudieran sus herederos, en caso alguno moverlo, perdido el derecho por D. Gaspar, (35) y que no fuera capaz de transmitir â sus herederos lo que èl no tenia, se haze constar, que aun van los mismos herederos contra su voluntad expressa, y contra su animo manifiesto.

Toda via, siendo tan grandes las expressiones referidas, restan otras de tanto vigor, y peso, que es casi impossible, que ayga caso, en que vn heredero, apruebe con mas geminacion de actos, y con mas viveza, y expression vn testamento, que

(35) Ex dictis sup. & ex congestis tractatibus de Beneficio invẽtarij, ex Phanucio, quæst. 242. à n. 63. ibi: Porro difficilior, & magis intrincata est quæstio quando hæres, vel filius, vel extraneus vult contra Defuncti contractum venire vendicando rem propriam â Defuncto alienatam, vel quid simile. Etenim tres regulæ solent ei obstare, 1. est regula legis vendicantem ff. de evictionibus: quẽ de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio. 2. ex eo quod ipse vna, & eadem Persona cum Defuncto reputatur, §. 1. in Authẽtico de iure iurando â morientibus præstito, vt quemadmodum Defunctus repelleretur si viveret, quia contra proprium factum venire prohibetur, Leg. post mortem ff. de adoption. ita eius hæres repellatur, & contra eius factum venire non possit, L. venditrice Cod. de rebus alienis non alienandis: Venditrici succedenti hæreditario iure perfectè rectam venditionem rescindere, & dominium revocare non licet. Et 3. ex reg. quam DD. in omni hærede cõstituunt, per Leg. 149. ff. de reg. rur.: Ex qua persona quis lucrum capit, & eius factum præstare debet. Et tandem: quia nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet.

que en el presente por D. Gaspar de Somoza, ni mas enterado, y cerciorado de las circunstancias de hecho, y de derecho, que podian concurrir en el negocio, para la validacion, ô invalidacion de las disposiciones. Vamos al hecho: yà apuntè en el figurado la transaccion que se celebrò entre el mismo D. Gaspar, D. Juan Gomez, Marquez, y Doña Catharina de Rivera, y Guzman, viuda que fué de el susodicho, sobre las pretensiones, que esta intentaba deducir contra los bienes, herederos, y Albaceas del mismo D. Francisco de Somoza, por el año passado de 709. en que aviendo avido primera transacciõ, y ajustadose con la viuda en 5ꝟ. pesos, despues reclamaba sobre la nulidad del pacto, y la lesion que avia padecido; y vltimamente, se le dieron otros 2ꝟ. 100. pesos, quedando por todo en 7ꝟ. 100. para que se desistiera de los pretensos derechos que intentaba, fecha del instrumento 19. de Diciembre del citado año de 9. firmado por el proprio D. Gaspar, (parte formal del convenio) y aprobado por el Corregidor de Oaxaca: cuyas especiales notas, que reservé para este lugar, son las siguientes.

La primera, que en esta transaccion se haze especial mencion, no solo del poder para testar, y testamento otorgado en su virtud, sino es, como aviendo salido de Goathemala D. Francisco de Somoza, para comerciar en la Nueva-España, avia enfermado en Oaxaca, avia señalado los Apoderados, y Albaceas, *y avia encargadoles* (36) *se arreglassen, para el cumplimiento de su voluntad, â vna memoria, que dexaria escrita de mano de el R. P. M. Pedro de Paz, Religioso de la Compañia, segun constaba del mismo poder.*

La segunda nota, que aviendo reclamado dicha Doña Catharina de Rivera, sobre la nulidad de la primera transaccion, y obtenido relaxacion de el juramento, y pedido varias providencias sobre la manifestacion de los bienes, *y que* (37) *no se passasse â dar cumplimiento â las mandas*

(36) *Fox. 6. del testimonio presentado despues de visto el pleyto.*

(37) *Fox. 13. de dicho testimonio.*