

T 214987
C 1146379

R. 34.985

Pag. 1

JESVS , MARIA , JOSEPH.

POR EL ILUSTRISSIMO SEÑOR
CONDE DE ATARES,
Y DEL VILLAR.

S O B R E

LA CONFIRMACION DE LA SENTEN-
cia de possession litependente , que ganò en la Corte del
Señor Justicia de Aragon, en el pleyto de la Sucescion
de la Baronia de Quinto, contra la Excelentissima Se-
ñora Doña Maria Regalado Villalpando , y Ariño,
Condesa del Montijo, Marquesa de Offera, y de Casta-
ñeda , que la pretendia como Hija del Excelentissimo
Señor Marques de Offera, ultimo Possedor. En el Pro-
cesso Mariæ Perez , super Apprehensione Baronie
de Quinto, pendiente en la Real Audiencia Ci-
vil de este Reyno, por el Recurso de Apelacion
interpuesto por su Excelencia.

LA exclusion de la Señora Condesa de
Montijo se juzga por los Advogados
de su Excelencia odiosa, penal , y de
rigor , por lo que dispuso el Empera-
dor Justiniano *in leg. maximum vitium, Cod. de lib.
prat.* derogando las diferencias entre la agnacion , y

A

cog-

-A-603-11:

DFA 00076

documents 12

JESVS , MARIA , JOSEPH.

POR EL ILUSTRISSIMO SEÑOR
CONDE DE ATARES,
Y DEL VILLAR.

S O B R E

LA CONFIRMACION DE LA SENTEN-
cia de possession litependente , que ganò en la Corte del
Señor Justicia de Aragon, en el pleyto de la Succession
de la Baronia de Quinto, contra la Excelentissima Se-
ñora Doña Maria Regalado Villalpando , y Ariño,
Condesa del Montijo, Marquesa de Offera, y de Casta-
ñeda , que la pretendia como Hija del Excelentissimo
Señor Marqués de Offera, ultimo Possedor: En el Pro-
cesso Mariæ Perez , super Apprehensione Baroniae
de Quinto, pendiente en la Real Audiencia Ci-
vil de este Reyno, por el Recurso de Apelacion
interpuesto por su Excelencia.

LA exclusion de la Señora Condesa de
Montijo se juzga por los Advogados
de su Excelencia odiosa, penal , y de
rigor , por lo que dispuso el Empera-
dor Justiniano *in leg. maximum vitium, Cod. de lib.
prat.* derogando las diferencias entre la agnacion , y

A

cog-

co gnacion, con estas palabras : *Qui enim tales differentias inducunt quasi natura accusatores existunt, cur non totos masculos generavit, ut unde generarentur non fiant?* Y en la Ley l. 12. tabul. Cod. de legit. hered. ibi: *Quare naturā offendimus, & legitimo iuri derogamus,* y mas adelante, ibi: *Sed propter hoc solum puniri quòd femina nata sunt, & paterno vitio (si hoc vitium est) prolem innocentem gravari, §. ceterum instit. de leg. agn. succ. Novella 118. cap. 1. & 4. authent. de succes. ab intest.*

2 Y por lo que ordenan las Leyes de Castilla posteriores al Vinculo de la Baronía de Quinto, y Pragmatica, que en el año 1615. mandò publicar para dichos Reynos el Señor Rey Don Felipe III. en aquellos Reynos, que refiere Castillo *contro-vers. iur. lib. 4. cap. 56. num. 100. alli: Por la qual declaramos, que las hembras de mejor linea, y grado no se entiendan estår exclusas de la successión de los Mayoraçgos, Vinculos, Patronazgos, y Aniversarios:: antes se admitan à ella, y se prefieran à los varones mas remotos, asì à los varones de hembras, como à los varones de varones, si no fuere en caso que el Fundador las excluyere, y mandare que sucedan, expressandola clara, y literalmente, sin que para ello basten presumpcion, argumentos, ò conjeturas, por precisas, claras, y evidentes que sean. Latè Casanate cons. 4. à nu. 152.*

3 Pero como no se trata en este pleyto de successión ab intestato de el Señor Marquès de Oñera, Padre de dicha Señora Marquesa, ni de bienes libres, en que hablan estos textos, ni de herencia de

Pa-

Padre, ni de hermanos, *non enim hac Patrem, sed maiores eius eis dedisse*, segun dixo la Ley *cum qui*, ff. de interdict. & releg. y la ley *unum ex familia*, ff. de legat. 2. ibi: *Quid enim est, quod de suo videatur reliquisse, qui quod reliquit omnino reddere debuit?* leg. coheredi, §. cum filia, ff. de vulgar. Molina de Hisp. Primog. lib. 1. cap. 8. à nu. 2. & 9. lib. 3. cap. 6. nu. 9. Cancer. tom. 1. cap. 12. de feud. nu. 50.

4. Ni se ha de gobernar por las las Leyes, y Præmaticas de los Reynos de Castilla, ni entender, q̃ los Fundadores de este Mayorazgo en Aragon quisieron permitir, que las palabras con que lo establecieron, se interpretassen conforme à dichas Leyes, y Præmaticas, sino como dixo el Señor Casanate *consil. 4. num. 153. alli: Aragonenses, (ut Iudices, causas ex scripto, non ex arbitrio, & coniecturis deciderent) voluerunt, litteram ut scripta reperitur tenaciter observari, quibuscumque coniecturis, vel circumstantijs casuum particularium exclusis, si contra, vel præter litteram allegentur, comprehendendolas en el sentido verdadero, y natural significacion, como dixo el motivo in Processu Don Petri Georgij Fernandez, de Txar, super Apprehensione, alli: Et ubi stamus carthæ, ut in Aragonia verba debent intelligi secundum naturalem sensum, & proprietatem verborum, & in vera, & naturali significatione, non verò in civili interpretando, & supplendo, sin glossas, ni suplementos; porque hazen Leyes para sus disposiciones, y en ellas, y en nuestros Fueros las hallamos reprobadas, como advirtió Leonardo en la Dedicatoria de las Leyes Municipi-*

4

cipales à los Diputados , alli: *Ten Aragon ; donde se ha de estàr à la Carta , y à lo que sencillamente significa en su sentido, no torcido , ni acosado, fue acuerdo necessario, el remover aquel socorro de las Glossas, y dexar limpias las margenes à la pluma del dueño.*

5 Se ha de considerar como favorable la exclusion de dicha Señora Condesa, y prelacion de el Señor Conde de Atarès, porque de los Fundadores del Mayorazgo siempre se presume tuvieron voluntad de conservar los bienes en su Familia, y que permaneciesse el nombre Ilustre de su Casa, lo qual se consigue prefiriendo los masculos , y descendientes por linea masculina à las hijas, aunque sea la hija del vltimo Successor, como dixo Thesauro *decis. 37. num. 6. facit Ioannes Flaspsect. in §. Item vetustas inst. de hered. qui ab intestato, ibi: Etenim publicè interest familias, presertim nobiles , & Illustres suo in flore, vigore, ac splendore conservari, y mas abaxo, tum maximè conservantur in flore, & vigore, quando bona Paterna, atque habita in familijs retinentur, nec extra eas transferuntur ad alias familias , id quod fit cum ad solos devoluntur masculos; secus verò quando etiam ad fœminam.*

6 Y los Donantes en las clausulas de la Donacion , en que dispusieron el de la Casa de Quinto, establecieron la perpetua prelacion de todos los descendientes masculos de los Donatarios , expressa, y literalmente llamando à las hembras en defecto de todos ellos, segun resulta de las Clausulas dispositivas del Mayorazgo , que transcrivimos , porque
en

en ellas se descubre indubitadamente esta voluntad,
 la qual, y no las reglas comunes de Mayorazgos se
 deve atender, porque frequentemente pelagra su vo-
 luntad, queriendo ajustar la voluntad à las Reglas,
 siendo inalterable la regla, que la prefiere contra to-
 das ellas: *Et in primis illud est observandum, quod à*
fundatore fuerit dispositum, multoties magis ad inda-
gandam veritatem convenit perspicere foundationem,
quàm alias iuris regulas, cum ad placitum valeat vo-
cationes, aut nominationes disponere, Valenzuela conf.
 69. à num. 1. Vela dissert. 49. num. 50. Castillo lib. 5.
 controvers. cap. 91. num. 70. & cap. 92. num. 33. D. Fer-
 dinandus del Aguila in addition. ad Roxas 1. part.
 cap. 6. num. 306. Mostazo de causijs pijs sub titulo de
 Capellanijs, lib. 3. cap. 2. num. 50. signanter Molina
 de Hispan. Primog. in prefat. alli: *Ne si sub tituli, ac*
legati interpretatione Maioratus institutorum verba
expendamus:: eorum voluntates subvertamus, como lo
 ha entendido la Corte del Illustrissimo Señor Justi-
 cia de Aragon, despues de largo examen, y con este
 juzgado tiene aplicacion lo que dezia el Cardenal de
 Luca de fideicommiss. discurs. 43. nu. 14. alli: *Postquam*
maturè causa disputata, partibus auditis, una inter-
pretatio capta fuit, unusque intellectus iam approba-
tus, unde ita per organum Iudicis defunctus resuscita-
tus iam locutus est; tunc satis improprium videtur ut
absque alia acti alternatione contrarium dicendum sit,
quodque idem defunctus modò dicat album, modò
nigrum.

B

CLAU.

CLAUSULAS DEL VINCULO, QUE
 otorgaron los Señores Don Juan de Villal-
 pando, y Doña Contesina de Funes en el
 año 1474. de la Baronía de Quinto.

P R I M E R A.

ITEM, es condicion, que el masculino, por mi dicho
 Juan de Villalpando nombradero, è la fembra por
 mi dicha Doña Contesina nombradera, sean tenidos, y
 ayan de contraer Matrimonio legitimamente, è solem-
 nizar en faz de la Santa Madre Iglesia, è consumir
 aquel por copula carnal: E QUE LOS DICHOS
 BIENES APRES DIAS DE ELLOS, ATAN
 A VENIR, Y VENGAN EN EL PRIMER
 FILLO MASCULO, QUE DIOS LES DARA,
 E A ELLOS SOBREVIVIRA, E EN LOS
 DESCENDIENTES DE AQUEL MASCU-
 LOS LEGITIMOS, E DE LEGITIMO
 MATRIMONIO PROCREADOS, que no sean
 Religiosos, ni in Sacris ordenados, ò en otra manera
 inhabiles à contraher Matrimonio.

S E G U N D A.

ET en defecto DE DICHO FILLO MASCU-
 LO, V DESCENDIENTES DE AQUEL
 MASCULOS legitimos, è de legitimo matrimonio
 procreados, que vengan los ditos bienes EN EL
 OTRO FILLO MASCULO DE LOS DITOS
 CONYUGES POR NOS NOMBRADEROS,
 O EN LOS DESCENDIENTES DE AQUEL
 MAS-

7
MASCULOS, SI EN DE AVRA, *pues no sean Religiosos in Sacris ordenados, ò en otra manera inhabiles a contraher Matrimonio carnal.*

TERCERA.

E*T si non de avrà, QUE VENGA EN QVA-
LESQUIERE OTROS FILLOS MASCU-
LOS, E DESCENDIENTES DE AQUE-
LLOS LEGITIMOS, E DE LEGITIMO
MATRIMONIO PROCREADOS DE LAS
DITAS PERSONAS NOMBRADERAS, DE
LA CALIDAD, E CONDICIONES SUO-
DICHAS, servãdo en todos los sobredichos ORDEN
DE GENITURA DE MAYOR EN ME-
NOR, con que siempre àquel, en quien los ditos bie-
nes pervendrán ATA A LEVAR LOS SOBRE-
NOMBRES, E ARMAS DE FVNES, ET
DE VILLALPANDO JUNTAS, E QUE
OTRO SOBRENOMBRE, NI ARMAS NO
PVEDAN FACER, NI LEVAR, è si el con-
trario faràn, pierdan los ditos bienes ipso facto, è ven-
gan en los substituidos à aquellos, en defecto de ellos,
è de cada vno de ellos; los quales en el dito caso ten-
gan los ditos bienes con el dito cargo.*

QUARTA.

E*Si serà caso, que los ditos nombraderos MOR-
RAN SIN SE FILLOS MASCLOS, E
DESCENDIENTES DE AQUELLOS
MASCULOS LEGITIMOS ET DE LEGI-
TI-*

8
TIMO MATRIMONIO PROCREADOS, que
 prevengan en **FIJAS LEGITIMAS DE ELLOS**,
 è de legitimo matrimonio procreadas, no Religiosas, ni
 en otra manera inhabiles à contraher Matrimonio,
DE MAYOR EN MENOR, **SERVANDO**
ORDEN DE PRIMOGENITURA, con que
 los que casaren con aquellas, è los descendientes de
 ellos, è de ellas legitimos, è de legitimo matrimonio pro-
 creados, en quien los ditos bienes pervendrán, **POR EL**
DITO ORDEN, sean tenidos llevar, è facer los so-
 brenombres, è Armas de Funes, & de Villalpando, se-
 gun dito es.

Q U I N T A.

E Si será caso, que las dichas personas nombraderas,
 è los descendientes de aquellas, **ASSI MAS-**
CLOS, COMO HEMBRAS, legitimos,
 è legitimas, è de legitimo Matrimonio procrea-
 dos, è procreadas, fallecerán, en tal caso los ditos bie-
 nes ayan de pervenir, è pervengan en **UN MASCU-**
LO, pariente mas cercano, que la ora será de mi dito
 Juan de Villalpando, descendient del Magnifico, è
 Egregio Doctor Rui Garcia de Villalpando, quondam,
 Señor Padre de mi dito Juan, è en otra **HEMBRA** pa-
 riente mas cercana, que la ora se trobarà de mi dicha
 Contesina de Funes, descendient del Magnifico, è Egre-
 gio Micer Juan de Funes, Fidalgo, Doctor en Leyes,
 Vicecanceller del Señor Rey, quondam Señor Padre de
 mi dita Contesina, que no sean Religiosos, ni in sacris
 ordenados, è sean habiles à contraer Matrimonio; los
 quales ayan, è sean tenidos à contraher Matrimonio le-

gi-

gitimamente en faz de la Santa Madre Iglesia, è aquel consumir por copula carnal, è levar los Sobrenombres, è Armas de Funes, è de Villalpando, por el orden susodicho.

S E X T A.

E Après dias de ellos, con el dito cargo de los ditos Sobrenombres, è Armas, vengan los ditos bienes en **LOS FILLOS DE ELLOS MASCLOS LEGITIMOS**, è de legitimo Matrimonio procreados, è en los descendientes de aquellos, servando orden de nacimiento de mayor en menor, que no sean Religiosos, ò en Sacros Ordenes, è sean habiles à contraer Matrimonio.

S E P T I M A.

E En defecto de hijos, è descendientes de **AQUELLOS LEGITIMOS MASCLOS**, vengan los ditos bienes **EN FILLAS DE AQUELLOS** legitimas de legitimo Matrimonio procreadas, è en descendientes de aquellas de mayor en menor, que no sean Religiosas, è inhabiles à contraer Matrimonio, con que los que con ellas casaren, è sus descendientes leven los ditos Sobrenombres, è Armas, segun dito es.

O C T A V A.

E Si serà caso, que por defecto, ò empacho de aquel, que de la parte de mi dito Juan de Villalpando se trobarà pariente mas cercano, y de mi dita Contesina de Funes, ò no se podrá contraer Matrimonio,

C

por

por causa, que el uno, ò el otro serian casados con otras personas, ò en Religion puestos, ò por qualquiera otro impedimento, en tal caso los ditos bienes ayan à venir è vengán en el parient otro mas cercano, è parienta mas cercana de nos ditos conyuges, segun dito es, habiles à contraher el dito Matrimonio, descendientes de los ditos nuestros Señores Padres, en los quales ayan lugar las cosas perpetuament, ditas, è no en otros algunos.

§. PRIMERO.

7 **E**N las Clausulas referidas tiene el Señor Conde de Atarès llamamiento prelativo, como Varon descendiente del hijo primogenito de los Donatarios, respeto de la Señora Condesa de Montijo, hija del vltimo possedor, y descendiente del mismo hijo Primogenito de los Donatarios, assi por la letra de la Donacion, como por la voluntad de los Donantes, que haze la primera regla para legitimar los derechos de la successión, como dezia Baytelo de vltim. volunt. decis. 1. num. 1. & 2. alli: *Intentionem suam demonstrabat, & comprobabat D. Alexander, tum inspectis testamenti verbis, quæ dicuntur esse forma, & anima dispositionis, quia testimonium nullum minus mentis testantis est, quàm qualitas verborum*, Bald. in cap. 1. de testibus, Bec. consil. 116. nu. 14. lib. 2. Præf. conf. 90. num. 28. lib. 1. Barz. decis. 9. in princ. Barb. tract. variar. axiom. 222. num. 2. tum vero & attenta voluntate disponentis, quàm in vltimis voluntatibus dominari, & primum tenere locum post F. Cod.

Cod. in lege in conditionibus, ff. de condit. & demonstr. tradiderunt Gabriel conf. 132. quest. 4. num. 36. lib. 1. Gama decis. 27. num. 3. Bursar. conf. 8. num. 12. Hond. conf. 57. num. 11. lib. 1. Barz. conf. unic. post decisionem num. 133. & decis. 79. num. 21. Censal. ad Peregrin. de fideicommiss. art. 11. in princ. & passim omnes.

8 Y Propondremos à V.S.I. los motivos, y fundamentos de entrambos titulos con la possible concision, procurando evitar todas las ponderaciones, y declamaciones impropias de las causas, quã lo se han de decidir en Tribunales como el de V.S.I. siguiẽdo la enseñaanza del Cardenal de Luca *in relatione Romanie Curie forensis disc. 46. n. 26.* que las imprueba con estas palabras: *Damnabilis verò imò contemptibilis censendus est apud Indices literatos, ac professores iuris, qui per regulas iuridicas, precedente, vel subsequente formali studio causas decidere debent, isto enim casu advocatus omninò effugere debet superfluas verboritates, atque strictè, & breviter insistere super illis solidis motivis, atque in substantia causa pondus, vel cardo difficultatis restringatur, ut in ea, qua deducuntur, aliquam faciant impressionem, utpotè futuri studij preparatoria, dum alias verbose superfluitates Iudicis intellectus potiùs offuscare solent, ut neque benè percipiat, vel retineat ea, qua verè opportuna sint.*

9 En las palabras de los Donantes hallamos la inclusion literal del Señor Conde de Atarès: porque en ellas disponen: *Que apres dias de los Donatarios ayan à venir, è vengã en el primer Fillo masclo, que Dios les dirà, è à ellos sobrevivrà, è en los des-*
cen-

cendientes de aquel maseulos legitimos , è de legitimo matrimonio procreados , que no sean Religiosos in Sacris ordenados , ò en otra manera inhabiles à contraer Matrimonio; y à estas se han de juntar las de la tercera clausula, por la relacion literal que haze à la primera ; servando en todos los sobredichos orden de genitura de mayor en menor ; con que siempre aquelen quien los ditos bienes pervendràn, aya à llevar los Sobrenombres , è Armas de Funes, è de Villalpando juntas, è que otro Sobrenombre, ni Armas no puedan facer, ni llevar ; è si el contrario faràn pierdan los ditos bienes ipso facto , è vengan en los substituidos à aquellos en defecto de ellos, è de cada uno de ellos; los quales en el dito caso tengan los ditos bienes con el dito cargo.

10 De manera, que es incontrovertible, segun la serie, y tenor de estas palabras, que los Donantes contemplaron privativamente para la succession en ingreso al hijo primero masculino de los Donatarios, y en el progreso à los descendientes masculos , que procedieren de el, y entre estos masculos descendientes del hijo primogenito dispusieron la succession contrahida à dichos masculos descendientes , alli: *Servando en todos los sobredichos orden de genitura de mayor en menor ;* porque no aviendo hecho mencion de otros descendientes, sino de varones, las palabras: *Servando en todos los sobredichos orden de genitura , vnica ,* y solamente han de comprehender à varones: Surdo decis. 125. num. 1. alli: *Quia cum dictio sit relativa, & ad oculum demonstrativa restringit*

git prohibitionē ad nominatos, y prosigue: Idē esse quando apponitur aliud pronomen demonstrativum ad oculum, ut est hic, hæc, hoc; cita à Rolando, Cephalo, y otros, y continua: Vbi idem, quando dicitur illius, vel illa, y concluye: Facit etiam, quia cum illa dictio eisdem, sit repetitiva, & demonstrativa, referri solum debet ad eos, qui corporeis oculis legi possunt, & perinde habenda est, ac si Legatarij fuissent proprio nomine expressi, ut de dictione, prædictis, vel infra scriptis, dixit Bartol. in leg. qui liberis, §. hæc verba, in fin. ff. de vulg. I mol. in leg. si quis filium, §. finali, ff. de acquir. hered. ubi Aret. ait, hanc decisionem verissimam esse, Ruin. cons. 29. num. 4. & seqq. vol. 2. Durand. de arte testan. tit. 6. caut. 60. num. 1. & 2.

II Y no à hembras, Rota apud Rubeis part. 3. decis. 320. num. 3. alli: Præsertim quia testator est locutus de heredibus non cum aliquo signo universalis, sed potius restrictivè per illam distinctionem dicti Aymon cons. 90. num. 8. Quæ dictio cum sit relativa ad heredem superius nominatos, leg. qui liberis, §. hæc verba, ff. de vulg. leg. fin. Cod. de instit. & substitut. debet facere relationem ad posthumos masculos, superius proximè, & immediate expressos, non ad posthumam fœminam, leg. talis scriptura, ff. de legat. 1. glos. in leg. 1. ff. de legat. præstand. Bartol. Castr. & alij in leg. heredem palam, §. si notam, ff. de testamentis.

12 Sin que pueda dudarse, que en fuerza de dichas palabras, establecieron los Donantes un Vinculo, y Mayorazgo, en favor del hijo primo-

D

geni-

genito masculino, y sus descendientes masculos, sucesiva, y perpetuamente mientras los huviere; por-
que concluyen con dichas palabras: *De mayor en me-
nor, servando entre ellos orden de genitura*; que decla-
ran la perpetuidad, y llamamiento entre los mascu-
los, y la exclusion de las hembras, aviendo mascu-
los, aunque sea hija del ultimo poseedor: Luego
hallandose el Señor Conde de Atarès descendiente
masculino del hijo primogenito, y comprehendido en
este primer llamamiento perpetuo, y sucesivo; *de
calidad de masculino*, en que las hembras no están
comprehendidas expresa, ni tacitamente, no se le
puede negar la prelacion, sin manifesta violencia à
las palabras con que los Donantes defirieron la suc-
cesion à los masculos descendientes del hijo pri-
mogenito; y tratando en caso semejante Francisco
Maria Constantino *decis. 118. num. 19.* dixo: *Non
debemus sensum Testatoris, clare expressum imagina-
rijs discursibus subtertere, vt bene observat Episcopus
Roca cap. 106. num. 72. & 75. & dixit Rota decis. 75.
num. 13. & decis. 265. num. 6. & 7. part. 5. tom. 1.*

13. Reconocen los Advogados de la Señora
Condesa de Montijo la inclusion literal del Conde
de Atarès en dichas primeras clausulas, aunque pre-
tenden: Que no se ha de considerar prelativa contra
el llamamiento de dicha Señora Condesa; que pre-
suponen, y esfuerçan con variedad.

14. Los que escrivieron en Castilla para la pri-
mera instancia, fundan la inclusion de dicha Seño-
ra Condesa, en el llamamiento legal que tienen las
hem-

hembras para el goze de los Mayorazgos, como no estèn excluidas, aunque literalmente no se hallen contempladas, vt patet num. 25. alli: *A las hembras les basta solo, que en el caso de que se trata, como es el nuestro, no se dè providencia especial por el Fundador; pues siendo caso omitido, se interpone el Drecho, admitiendola en virtud del llamamiento legal anterior, vt probat ex doctrina Soccini Iunior cons. 30. num. 32. lib. 1. assentando este Doctor, que no vale la consequencia, de que porque no este llamada alguna persona de va ser excluida de la sucesion, porque puede incluirse en ella por las reglas del Drecho comun, que tienen su lugar en los casos no expressados, ò omitidos en la fundacion, ex text. in leg. extraneus, de condit. ob caus. leg. si cum dote, ff. solut. matrim. bastando que la persona que por drecho comun esta admitida no se halle con exclusion expressa para no serlo; y no teniendo la Señora Condesa esta exclusion, ni expressa, ni subintelecta, no parece, que ni el continuado llamamiento de varones, ni el que estèn, ò no estos puestos en condicion en las primeras substituciones, puede desvanecer el claro drecho que le assiste, para el caso de esta vacante; y prosigue el mismo discurso en el num. 56. y siguientes.*

15 El Informe que se ha entregado por la Señora Condesa à V. S. I. pretende fundar el llamamiento literal de su Excelencia en la clausula quarta; y sobre este assumpto se dilata en los num. 7. 8. y siguientes, presuponiendo: Que las hijas de los descendientes masculos, estàn contempladas por via
de

de Mayorazgo regular , haziendo parte de la clausula primera, y de las dos subfiguientes, en que solamente hablaron los Donantes de masculos; la substitution de las hijas de ellos , y la disposicion contenida en dicha clausula quarta, como si huvieran dicho: *Sucedan el masculino descendiente del hijo primogenito , y en defecto de el , sin dexar hijos masculos, suceda su hija.*

16 Y los Alegatos Juridicos, que se escribieron en la primera instancia , y el motivo del voto singular, inclinan à la inclusion de dicha Señora Condesa , por la clausula quarta , y quinta, comprendiendo, que de todas las contenidas en dicha Donacion, resulta no aver tenido voluntad los Donantes de constituir Mayorazgo agnaticio , ni de masculinidad , porque se hallan contempladas las hembras en dichas dos clausulas quarta , y quinta , aunque omitidas en las tres primeras , en las quales por la conservacion , y perpetuidad del Mayorazgo , se ha de suplir la inclusion de las hijas , y darles la prelación que corresponde à los Mayorazgos regulares, alli: *Nam supposita, expressa, & enixa voluntate Donantium constituendi maioratum in familijs, utriusque perpetuo permansurum, ex eius natura , & constitutivo suppletur ; & qualibet conditio , & si temporalis appareat protenta intelligitur , si absque ea subsistere nequit, ne intercidat fideicommissum, ut favorabile, per viam maioratus regularis institutum, ex terminata qualibet exorbitante agnationis , aut absolute masculinitatis, ut dissonante, & non necessaria ad maioratus perpetuum.*

petuam stabilitatem, ut ait Magister Mol. de primogen. quando supplementum substitutionum declaratur ad perpetuitatem, debet esse masculis, & feminis per viam maioratus regularijs.

17 De la variedad de los dictámenes de los Advogados que defienden la causa por la Señora Condesa de Montijo, inferimos, que su inclusion, no es clara, cierta, y constante, como se requiere, para excluir el llamamiento literal, y preferente del Conde de Atares, porque si lo fuera no dudarian en el merito de su inclusion.

18 Y siendo dudosa no puede preponderar, ni estimarse contra la cierta, y clara, que confiesan en el Señor Conde de Atarès por masculino descendiente del hijo primogenito de los Donatarios. *Costa in tractu de succes. mai. part. 2. num. 11. post Bart. com. recep. in leg. liberorum, num. 18. de verbor. signific. alli: Quando ad successionem concurrunt duo quorum unus habet propriam verbi significationem, & alter licet sub eo nomine venire comprehendique possit, hoc tamen fit per extensionem, interpretationem, seu coniecturam, tunc proculdubio dum extant illi, quibus verbi proprietas congruit ij preferendi sunt, & ij qui veniunt per extensionem interpretationem, aut coniecturam, tantum videntur vocati deficientibus primis, non vero illis extantibus, prout ipsi Auctores observant, & Bald. in leg. ut testato, ff. de suis, & leg. hered. Tiraquel. de primogen. quest. 110. num. 219. Costa num. 9. in vers. Confirmatur, hoc argum. & 1. part. num. 3. Mandel. de Alva conf. 60. num. 5. Bellon*

E

conf.

cons. 50. num. 3. Peregrin. art. 21. de fideicommiss. n. 44. ad fin. Mantica de coniectur. ultim. volunt. lib. 8. tit. 9. num. 11. consonat Surdus cons. 403. num. 19. y latamente funda esta doctrina magistral Don Juan del Castillo contro. vers. iur. lib. 5. cap. 92. num. 32. Et seqq.

19 Pero no obstante este presupuesto, responderemos con especialidad à los motivos, y razones que expenden dichos Informes, en comprobacion de los discursos que contienen, para incluir à dicha Señora Condesa con llamamiento prelativo, fundando con la satisfaccion, que el Conde de Atarès con la calidad de masculino, excluye à dicha Señora Condesa, no solamente por lo literal de dichas tres primeras clausulas, sino por la voluntad de los Donantes, segun lo entendieron los quatro votos, que hizieron Sentencia à su favor en la Corte del Señor Justicia de Aragon.

§. SEGVNDO.

20 **E**L primero fundamento del llamamiento legal, tacito, y subintelecto en los Mayorazgos, no tiene lugar en el Reyno, porque no nos governamos por las leyes de Castilla; y solo devemos atender à las palabras de los fundadores, sin extenderlas à otro, ni mas de lo que comprehenden; For. vnic. de testament. Nobil. Molin. in report. verb. primogenitura ius ad fin. col. 4. vbi Portol. num. 9. Et 10. idem Molin. verb. Testamentum, fol. 314. col. 3. vbi Portol. num. 37. Dom. Reg. Sesse decis. 254. num. 156. Suelyes cons. 5. num. 32. centur.

tur. 2. referidos por Rosa *consult. 69. num. 124.* Regia Audientia in *motiuis Baronie de Sigües*, ibi: *Extensionem autem, & suppletionem ultra suam specificam formam, iura, & Fori nostri vehementer abhorrent, & in Processu Dipputatorum Regni, super Deposito, alii: Quia licet in alijs Regnis, ubi Maioratus cogniti sunt, ac secundum ipsorum naturam vocationes inducuntur, ac regulantur, contendere posset, tamen in hoc nostro predicta cessant, cum enim littere stare debeamus omisse vocationes pro omisis censenda, nec extensio de expressis vocationibus ad alias de quibus fortasse, nec testatrix cogitabit fieri debet;* y con esta proposicion cierta, y constante, no puede inducirse llamamiento legal à favor de la Señora Condesa de Montijo por la letra, ni por la voluntad de los Donantes, por la pressumpcion de averse ajustado à la disposicion de nuestras leyes municipales, ex Bartol. in leg. *haredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebel. Fufar. de substit. quest. 407. num. 62. Rota decis. 508. num. 4. part. 4. divers. decis. 317. num. 16. part. 5. recent. apud Durand. decis. 126. num. 25. cum seqq. & in alijs.*

§. TERCERO.

21 El segundo discurso que se haze para inducir llamamiento literal de la Señora Condesa de Montijo, y para que sea prelativo al Señor Conde de Atarès, procede de la clausula quarta, en la qual pretende el otro Advogado en el *num. 15.* que están llamadas las hijas de los Donatarios; las hijas de los hijos masculos de los Donatarios, y las hijas de los

des.

descendientes masculos de los Donatarios , y por consecuencia infiere, que siendo la Señora Condesa hija del Marqués Don Joseph, descendiente masculino del primogenito de los Donatarios , tiene en dicha clausula llamamiento literal.

22 Y aviendo premitido este supuesto , prosigue para la prelacion , ponderando , que estas hijas de los descendientes masculos están llamadas en defecto de ellos: Que este llamamiento de hembras, *in defectum masculorum* , se ha de entender *intra eandem lineam*; y configuientemente, que no aviendo masculos en la linea del Señor Marqués Don Joseph, deve preferir la Señora Condesa , como descendiente de la linea efectiva, è hija del vltimo poseedor , al Señor Conde de Atarès, aunque varon, por ser de linea inferior, y subalterna.

23 En la satisfaccion, y respuesta à este discurso, procede rêmos teniendo presente. Lo primero; que dezia el Señor Cardenal de Luca *de fideicom. discurs. 82. num. 2. Cum enim agatur de faciendo loqui defunctos, neque omnes homines pariformiter loquantur; id circo ista est materia, in qua magis, iuris prudentia, quàm iuris scientia necessaria est, indagando personarum temporum locorum, & bonorum qualitates, ac circumstantias, quibus attentis Index curare debet, loqui eo modo, quo defunctus verisimiliter loqueretur; unde praterea ex diversa facti qualitate resultat, quod coniectura in vno casu admittenda, in alio reprobanda sunt, & consequenter, ut sapius in alis habetur, nimis clarus Pragmaticorum error est, cum*
eis.

eisdem doctrinis, & authoritatibus in omnibus casibus pariformiter procedere.

24. Lo segundo, que la Donacion se hizo en el año 1474. y las leyes de Castilla, que con formalidad establecieron la prelacion de la hembra, hija del ultimo poseedor, por la calidad de descendiente de la linea efectiva, son posteriores, porque la primera fue la de Toro, que habla con alguna expresion, que es del año 1505. como lo trae D. Luis de Molina *in prafat.* Y à esta sucedió la precmatica del Señor Rey Don Felipe III. que dexamos referida, y siendo este el origen de la prerogativa de las hembras, y el principio en que se pretende fundar en los Mayorazgos la interpretacion, y asistencia de la regla à su favor: *Nam primogenita Hispania, quoad ordinationem, & institutionem sunt iudicanda, secundum leges huius Regni, & quoad alia similia quantum ad successionem regulantur in omnibus à voluntate illorum, qui ea institunt, & quoad alia pluraque caveantur in institutionibus Maioratum, quæ pro lege ad unguem servari debent, ut patet ex l. 40. taurina in fin.* Verba Melchioris Mieres de Maioratu in initio 1. part. & num. 49. no pueden conducir para establecer la regla con pretexto de causa de Mayorazgo, en favor de dicha Señora, porque no pudieron atender los Donantes à sus establecimientos.

25. Lo tercero, que no estava en aquellos tiempos conocido, ni practicado en Aragon el Mayorazgo regular, sino el de Agnacion, como latamente funda con Autores Nacionales, y Estrangeros el

E

Se-

Señor D. Pedro Lorfelin *in prim. allegat. num. 117.* aunque el de la Corona Real, se declaró de simple Masculinidad en la elección de el Señor Rey Don Hernando el Honesto, Infante de Antequera, y fue el que dispuso en su Testamento el Señor Rey D. Juan el II. como advierte Zurita *lib. 20. cap. 27.* por la conservación, y lustre de las Casas principales del Reyno, y desestimada la Sucesión de hembra por fenecer, y concluirse en ellas la memoria de la Casa, y Familia, que se pretende conservar con los Vinculos, y Mayorazgos, ex Michael de Aguirre *in Apologia Regni Lusitania part. 2. num. 162. § 163. vbi: Quod fœmina nupta non patris, sed viri sequitur familiam, ex l. quicumque, C. de re milit. lib. II. cap. satisf. 14. 33. q. 5. cum seqq. conducunt tradita per Ioannem Harprect. in §. ceterum 2. inst. de legit. agn. succ. nu. 2. quod ratio veteris iuris fuit, quia fœmina in alienam familiam migrant: Mares autem gentilitatis nomen familiam quæ retinent, propagant, atque conservant. §. ult. inst. de Patr. potest. dicta l. pronuntiatio cum seq. ff. de verbor. signif. Deinde quia ij rempublicam domi, § foris, pacis, § belli tempore administrant quæ magis pro sunt: tum etiam quia § alias mares fœminis præstant, ac proinde plus in successione præferri debent, ex l. in multis, ff. de stat. hom. l. 1. ff. de senator. §. item vetustas inst. de heredit. quæ ab intest. defer. vbi idem Harprect. num. 13. ibi: Finis autem, quia in ea desinit agnatio, quando nubi, § nubendo est patris familia in familiam mariti transi, § ibi de liberis, qui patris, non matris familiam sequuntur, l. familia 196. §. 1. d. tit. de*

ver-

verbor. signif. & ipse Arpæct. §. 3. num. 5. d. tit. de patr. potest. Thesaur. decis. 37. num. 8. in fine.

26 Lo quarto, que aunque en la Centuria pasada, y tiempos presentes, sea comun Axioma: que en causas de Mayorazgos tiene la regla la hija del ultimo poseedor, contra el agnado transversal, por presumirse, no constando de la voluntad contraria, regular, y no agnaticio, ni de calidad, se ha de limitar en los Mayorazgos, y Vinculos muy antiguos, como el de este pleyto, que se constituyó mas ha de ducientos años, en los quales tienen la regla los agnados, porque en aquellos tiempos apetecian los Fundadores la verdadera, y real conservacion del esplendor de sus Familias, y no avia leyes, declaraciones, ni pragmaticas en favor de las hembras, y se han de considerar asistidos de ella, no constando de la contraria voluntad, aunque la disputa se ofrezca en el tiempo presente, porque el conocimiento de la voluntad se ha de mutuar del estado de las cosas, en el tiempo que se ordenó el Vinculo, y Mayorazgo, ex Cardenali de Luca de sileicom. discurs. 117. num. 8. ibi: *Cum ad metiendam disponentis voluntatem attendendum non sit tempus presens, in quo successionis questio aperiatur, & quid interim casus præbuerit, sed attendendus sit status rerum de tempore testamenti.*

27 Presupuestas las proposiciones antecedentes, que avemos comprehendido precisas, y necesarias, para la verdadera inteligencia de las calidades de este Mayorazgo, expendaremos varias razones,

pa

para hazer demonstracion evidente : Que no tiene llamamiento literal en dicha Clausula 4. la Señora Condesa del Montijo; y que aun dado que lo tuviese está contraído debaxo la condicion : *De faltar todos los Masculos descendientes de qualquiere hijo Varon, que huvieren tenido los hijos Masculos de los Donatarios*, la qual no se ha cumplido, porque el Señor Conde de Aterès es descendiente masculino, y por linea masculina del hijo primogenito de dichos Donatarios.

§. QVARTO.

28 **L**A primera razon procede de la providencia discretiva, que observamos en dichas Clausulas, y reconocen los Informes de la Señora Condesa, y los motivos del Voto singular en las tres primeras, ordenando, y disponiendo la Succession en el *primogenito Masculo, y todos sus descendientes Masculos*, substituyendo à *el segundo en defecto del primero, y sus descendientes*, y despues *al tercero, y qualesquiere otros, servando orden de genitura*, y con el gravamen *de nombre, y Armas*, en las quales confiesan no tener comprehension las hembras, pues para dar les llamamiento recurren à la quarta, y à la quinta, confundiendolas con las tres primeras, y pretendiendo formar de todas vn Mayorazgo regular, complexivo, y colectivo de Varones, y hembras, para dexarlo en terminos, que los Varones no gozen prelación à la hembra, si no concurren in eadem linea.

29 Y siendo cierto, y literal el llamamiento pre-

prelativo de los hijos de los Donatarios, y sus descendientes masculos, en las tres primeras clausulas, en que las hijas de dichos Donatarios, no tienen llamamiento, era orden preciso, y dictamen del derecho natural llamar al Mayorazgo à las hijas de los Donatarios, entroncando en ellas vn Vinculo, y Mayorazgo regular, obligados por la falta de hijos, y descendientes masculos, y transferirlo, mediante la substitution en las hijas de dichos Donatarios, à quienes consideravan sin descendencia masculina en el tiempo de su muerte; y asì aquellas palabras, *peruengan en fijas legítimas de ellos*, vnica, y solamente se han de referir à las hijas de los Donatarios, siguiéndose el orden de las clausulas antecedentes, en donde llamaron *al primer hijo varon*, y sus descendientes, en falta deste *al segundo*, y los suyos, y en defecto de él, *à todos los otros hijos*, y sus descendientes; y en defecto de los hijos de los Donatarios, en quienes dà principio à la linea de cada vno de ellos, prosiguen: *Esì moriràn sin se fillos masculos*, *peruengan en fijas legítimas de ellos*, *de mayor en menor*, *servando orden de genitura*, que es lo mismo que si dixeran: *Peruengan en la filla mayor de dichos Donatarios*, y sus descendientes, y sucesivamente *en la segunda*, y las otras, como lo tenian dicho, y ordenado respecto de los hijos masculos de los Donatarios.

30 Y fundandose este discurso en la razon natural de proseguir en las hijas el orden que avian observado en los hijos masculos, es violento, y repugnante à la letra, el pretender que la substitution de las hijas de ellos, se ha de dilatar literalmente à las

nietas, y bisnietas, y descendientes de los hijos masculos de los Donatarios, como pretende el otro Informe, contra la regla mas común, en punto de Mayorazgos, que las substituciones posteriores, se entienden hechas en la misma forma, que las anteriores, eodem temate retento, como dezia el Señor Casanat. *conf. 3. num. 52. alli: Vterius respondeo substitutiones, plures factas sub una structura verborum continuativa cum copula censerif factas retento eodem temate, Et prima forma substitutionis antecedentis verificata, Et retenta, ita vt per copulam connexa, Et catena prima disoluta cetera disipentur, Anchar. conf. 137. cum conf. 113.*

31 Luego devemos comprehender, que quisieron los Donantes debaxo las palabras: *Pervengan en fijas legitimas de ellos*, llamar vnicamente à la hija primera, segunda, ò tercera de los Donatarios, y à los descendientes de estas hijas, sin acordarse de las hijas de los descendientes masculos, como llamaron, y contemplaron en las clausulas anteriores, *à los hijos segundos, terceros, ò quartos, y sus descendientes*, substituyendolos al hijo primero masculino de dichos Donatarios.

32 La segunda razon consiste, en que en la clausula quarta, consideran los Donantes à los Donatarios sin hijos, ni descendientes masculos, y assi tratan de destinarles substitutos, para en caso de su muerte, y en èl previenen: *Que sucedan las hijas legitimas de ellos*, (nombrando à los hijos, y descendientes masculos, por ponerlos en condicion al llamamiento de las hijas) y siendo este el fin principal

pal de los Donantes, deve entenderse tuvieron voluntad de nombrarles por substitutos à las hijas propias de los Donatarios , como antecedentemente avian substituido à sus hijos varones, encabezando en ellas, y sus descendientes el Mayorazgo con la misma formalidad, que avian observado en los varones; y el argumento de atenderse à la sugeta materia , y à la principal intencion de los Disponientes, para interpretacion de su voluntad , es efficacissimo en el derecho, Dom. Casanate *conf. 45. num. 196. § 107. alli: A fine principali denominantur; § ab eo declarationem accipiunt*, ex Bartolo, Baldo, y otros; y se aplica, al parecer à nuestro caso , para contraer las palabras, *pervengan en hijas legitimas de ellos*, à las hijas de los Donatarios, sin dilatarlas, ni extenderlas à las hijas de los hijos masculos, y à las hijas de los descendientes de estos.

33 La tercera, y consequente con la antecedente se funda, en que los Donantes nombran à las hijas por substituto de las personas à quienes se refiere el verbo, *morràn*. Este no corresponde en dicha clausula à los hijos masculos , ni à sus descendientes masculos; luego las palabras: *Pervengan en hijas legitimas de ellos*, han de corresponder precisa, y necessariamente à las hijas de dichos nombraderos: *Que morràn sin fillos masclos, è descendientes de aquellos masclos*, y no pueden referirse à las hijas de dichos masclos, porque no trata de nombrarles à ellos substituto , como se reconoce de la letra de dicha clausula, y es al parecer, violenta interpretacion la de

de pretender, que debaxo de dichas palabras, se hallá comprehendidas todas estas substitutions: *Si morràn los Donatarios sin hijos masculos succedan las hijas legitimas de ellos:: si morrà el hijo primogenito masculino, succeda la hija legitima de el , y successivamente: Si morrà el hijo masculino segundo, tercero, y todos los descendientes masculos, succeda la hija legitima de ellos, quando como avemos fundado , y resulta notoriamente de dicha clausula, vnicamente la ordenaron los Donantes, para destinar heredero à los Donatarios ; y aviendoseles dado en las hijas, no simpliciter, diziendo pervengan en las hijas; sino qualificado, con la diction de aquellos, que por su naturaleza es demonstrativa , se ha de referir à las hijas de dichos Donatarios, à quienes destinavan successor, sin violentar la letra, ni querer que los Donantes digan lo que segun el contenido de dicha clausula , no imaginaron dezir, ni prevenir: *Et quod testator non dixit , nec nos dicere debemus ;* ex Bald. in cap. nihil prope fin. de elect. Tiraquel. in leg. si unquam, verb. Libertis, Cod. de revocan. donat.*

34 La quarta: que segun el discurso del otro Advogado , supone vn llamamiento colectivo; de todas las hijas de los Donatarios, de las hijas de los hijos masculos, y de sus descendientes masculos de mayor en menor , servando orden de primogenitura ; y de este discurso procede la consequencia, de que si viviesse vna hija de los Donatarios , la excluira la Señora Condesa, por ser hija del vltimo poseedor, y descendiente de el hijo masculino de dichos Donatarios,

Y

y de la linea efectiva, deviendo regularse la substitucion de las hijas colectivamente llamadas, por la Regla de el Mayorazgo regular, que comprehenden las palabras: *De mayor en menor, servando orden de primogenitura.*

35 Y afsi mismo, que los Testadores dispusieron, por aver establecido la substitucion de las hijas, por via de Mayorazgo regular, que la hija descendiente de qualquiere masculino, excluyesse à la hija de los Donatarios, en el caso de morir Estos sin hijos, y descendientes masculos, introduciendo mayor predileccion en los Donantes, respecto de las hijas descendientes de qualquiere masculino, que respecto de las hijas de los Donatarios, siendo todas hembras, y la menos predilecta mas proxima, contra las reglas, y preffumpciones de derecho, que presumen mayor cariño, y afecto à las hijas, que à las hembras descendientes de hijos, aunque sean masculos, vt refert Castillo *controversiur. lib.5.cap.92.num.25.* citando à el Señor Sesse *decis.63. num.107.* y dà la razon: *Quia filia Patri, vel Matri est in primo gradu, neptis autem in ulteriori, & potentius est ius in causa immediata, quam in causa mediata, vt per Rolandum ibidem, num. 13. & 14. quia proxima causa magis influit, quam remota, leg. si mulier, ubi Gloss. & Bartol. ff. de act. rer. amot. Angel. cons. 118. Socinus Senior cons. 73. nu. 21. lib. 4. Alferius in cons. 124. num. 4. Menochius cons. 269. num. 58. 59. lib. 3.*

36 Y no siendo compossible evitar vn absurdo tan notable, como el que consideramos con la comprehenscion, (que el otro Advogado quiere dar à dicha clausula) de aver los Testadores excluïdo à las hijas de los Donatarios, en concurso de qualquiere hija descendiente de los hijos masculos, aun en el caso de la inmediata succession à los Donatarios, fino es contrayendo la substitucion de

H

las

las hijas de aquellos, à las hijas de los Donatarios, sin entenderlas, ni dilatarlas à las hijas de los hijos masculos, y sus descendientes, se han de entender dichas palabras, *las hijas de aquellos*, de las hijas de los Donatarios, vnica, y solamente, aunque fuera necesario impropriar las palabras: *Quia ita debet dispositio accipi, ut absurdum vitetur, etiam si oporteat verba impropriari*, Mantica de coniectur. lib.3. tit.7. num.2. Casanate conf.10. num.56.

37 La quinta, que igualmente procedería el absurdo de contradizirse los Donantes; porque así los Motivos del Voto singular, como los Advogados de la Señora Condesa, reconocen, que si los Donatarios huvieran muerto sin hijos masculos sobreviviendoles vna hija, y otra hembra, nieta, è hija del hijo primogenito, que premuriessse à los Donatarios, sucedería la hija por estar llamada en el caso de morir los Donatarios sin descendientes masculos, y excluirla à su sobrina, hija del primogenito, y presuponiendo el llamamiento colectivo, que esfuerza el otro Advogado en la clausula quarta, de todas las hijas, subsiguiendose despues para el orden de suceder las palabras, *de mayor en menor, servando ordẽ de primogenitura*, devia suceder la nieta hija del masculino difunto; porque su Padre formò linea de prelacion, y de primogenitura en favor de su hija, y nieta de dichos Donatarios, Parlad. *quotid. quest. q.2. n.3.* la qual por este motivo preferiria à su Tia, hija de dichos Donatarios, contra la letra de dicha clausula quarta, y configuientemente no deviendo presumir esta contradiccion, no puede considerarse comprehendida la hija de los masculos en el llamamiento colectivo *de las hijas de ellos*: *Quia ob eam vitandam, qualibet admittitur interpretatio*, Dom. Casanate conf.53. num.28. cum plurimis Suelves *semic. 2. conf. 5. num.69.*

La

38 La sexta, que segun la idea del otro Informe, de estär llamadas colectivamente en dicha clausula, *las hijas de los Donatarios*, las hijas de los hijos masculos, y de sus descendientes, *per modum unius*, no verifica inclusion la Señora Condesa de Montijo, antes bien se infiere manifiesta exclusion de su Excelencia, y de todas las hijas de los descendientes varones, porque estän contempladas debaxo la condicion, *si los nombraderos morràn sin se fillos masculos, è descendientes de aquellos masculos*; y entrambos Contendores reconocen, y confiesan, que los Donatarios murieron con hijos, y descendientes masculos: *Et conditio decedendi sine filijs nedum pluribus, sed, & unico etiam filio superstite deficit, leg. non est sine liberis* 148. *leg. nam quem* 149. ff. de verbor. sig. leg. 1. Cod. de cond. insert. Decius conf. 218. num. 10. & conf. 377. num. 1. Berretta conf. 63. num. 1. Vegg. conf. 65. num. 3. Onded. conf. 57. num. 25. lib. 1. Ruger. conf. 27. num. 65. Tiraquel. in leg. si unquam, verb. Susceperit liberos, num. 200. Cod. de revoc. donat. Mantica. de coniect. lib. II. tit. 6. num. 6. Molin. in repert. verb. Filius, vers. fin.

39 Y aunque ocurre el otro Informe para hazer perpetuo, y vniversal el llamamiento de todas las hijas de los descendientes masculos, con el supuesto; que debaxo las palabras dirigidas à la muerte de los Donatarios, alli: *Et si serà caso, que los ditos nombraderos morràn sin se fillos masculos*, se comprehende igualmente la muerte de los hijos, y descendientes, como si huvieran dicho los Donantes: *E si serà caso, que los hijos masculos morràn sin descendientes masculos, sucedan las hijas legitimas de ellos:: E si serà caso, que los descendientes de dichos masculos morràn sin descendientes masculos, sucedan las hijas legitimas de ellos*, pretendiendo repetida en todos la condicion: *Si morràn dichos nombraderos sin se fillos*

fillos masculos ; è descendientes de aquellos masculos , como necesita para la aplicacion de lo que discurre , à fin de incluir à la Señora Condesa, tiene manifesta contradiccion en la condicion , *decedendi sine filis tempore mortis*, contraida à la muerte de los Donatarios , la qual fue voluntaria en los Donantes: *Quia conditio decedendis sine filis voluntaria est*, Roland. *conf.* 56. *num.* 22. *lib.* 3. Socin. Sen. *conf.* 76. *num.* 6. *lib.* 3. Alciato de *verb. sig.* *lib.* 3. *num.* 21. Ruger. *conf.* 27. *num.* 53. Berret. *conf.* 63. *num.* 13. Mazol. *conf.* 2. *num.* 35. Gracian. *conf.* 19. *num.* 24. in 2. y la condicion voluntaria no puede estenderse, *ultra casum, & corticem verborum disponentium* , como dize el Señor Casanate , distinguiendo las condiciones precisas, de las que dependen de la voluntad de los contrayentes en el *conf.* 4. *num.* 48. alli: *Sed in conditione voluntaria testator solum cogitabit de forma , & sic nudus verborum cortex inspicitur*: Bart. *dict.* 5. *& quid si tantum* *num.* 3. 4. Jasson. 13. Alciat. 42. *ibidem*, Roland. *conf.* 56. *num.* 22. *lib.* 3. Gozat. *conf.* 4. *num.* 22. Ofasc. *conf.* 74. *num.* 23. Præt. *dict.* *solut.* 14. *num.* 30. Alciat. *lib.* 3. *num.* 21. Sarm. *lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 12. Ond. *conf.* 60. *num.* 27. *lib.* 1. *Quia conditio pro sufficienti causa habetur, nec alia utilitas , vel effectus requiritur*, Sarmient. *dict.* *lib.* 2. *cap.* 1. *nu.* 5. 6. 7.

40 Ni puede considerarse la extension ex mente coniecturata disponentis , ex eodem Casanate *num.* 54. alli: *Falsum etiam est conditiones voluntarias posse ex mente extendi, cum in illis casus contingens prater voluntatem testatoris numquam censeatur comprehensus , etiamsi adsit maior ratio disponendi*, Cin. in *leg. quod favore*, Cod. de *legib.* Decius *conf.* 89. *num.* 2. *& conf.* 218. *num.* 11. Ruin. *conf.* 4. *num.* 4. *& 5. lib.* 3. Ofasc. *conf.* 74. *num.* 25. Paris. *conf.* 74. *num.* 6. *lib.* 3. Grac. *conf.* 19. *num.* 21. *lib.* 2. porque

no

no se admite, de persona ad personam, etiam in dispositione favorabili, ex eodem Casanate ubi proxime, num. 59. alli: *Quia coniecturata mens* (etiam ubi aliàs attendere-tur) regulariter non attenditur ad inducendam extensionem de persona ad personam, etiam in dispositione favorabili, leg. si quaesita, §. penult. ff. de testament. tutel. leg. quoties 9. ff. de hered. instit. Aretin. in dict. §. Et quid si tantum, col. 3. vers. 2. adde Bart. in leg. Gallus in princ. de liber. Et posthum. Alexand. num. 11. Socin. Sen. col. 11. limit. 2. col. 10. limit. 10. Alciat. num. 56. Ripa 92. in leg. 1. de vul-gat. Alciat. in leg. commodissime, num. 9. de liber. Et po-sthum. Et in §. Et quid si tantum, num. 19. Jasson in leg. si pater impub. num. 2. de vulg. in dict. §. Et quid si tantum in 2. lect. num. 15. Et in leg. cum res notab. 6. de leg. 1. Dec. in leg. illam, num. 11. Cod. de colat. Natta conf. 678. nu. 29.

4^a Singularmente en la condicion moriendi sine fi-lijs, como dize el mismo nu. 99. alli: *Ideo conditio morien-di sine filijs momentanea est*, Et tractum successivum non habet; quia mortis conditio dicitur terminus, Et actus in-stantaneus qui incipit, Et finitur in instanti, Et in instanti mors est, vel non est: Bart. in leg. 2. §. creditum, num. 7. ff. de reb. credit. Bald. in cap. super eo, num. 3. de appe-llat. Tiraquel. leg. si unquam, verb. Susceperit liberos, nu. 187. Caldas de nomin. quest. 12. num. 15. Roland. conf. 56. num. 12. lib. 3. Ruger. conf. 27. num. 51. Luego la condi-cion contraida à la muerte de los Donatarios: *Sin se fi-llos masclos, è descendientes de aquellos masclos*, no puede extenderse, ni dilatarse à las muertes de los hijos mas-clos, y descendientes masclos, y à las muertes de des-cendientes masclos de dichos hijos, sin descendientes masclos, mayormente oponiendose à la letra, mente, y voluntad de los Donantes, como se convence de la

contextura , serie, è intencion de dichos Donantes , leyendo con alguna reflexion el contenido de dicha clausula.

42 Y se confirma con la clausula inmediata, en que se descubre, que quando los Donantes quisieron destinar substituto à las personas Nombraderas , y à los descendientes de ellas, asì masclos, como hembras, los comprende clara , y literalmente debaxo vnas mismas palabras, alli: *Y si serà caso, que las ditas personas nombraderas , è los descendientes de aquellas, asì masclos , como hembras legitimos , è legitimas , è de legitimo matrimonio procreados, è procreadas falleceràn, que en tal caso los ditos bienes ayan de prevenir, è pervengan en un masclo parient mas cercano, que la hora serà de mi dito Juan de Villalpando, descendient del Magnifico, è Egregio Doctor Ruy Garcia de Villalpando , &c.* Luego si en la clausula antecedente huvieran querido los Donantes substituir à las hijas de los hijos masculos , y de los descendientes masculos, huvieran dicho: *Esí caso serà, que los ditos nombraderos , y sus fillos masclos , è descendientes masclos moriràn sin se fillos masclos, è descendientes de aquellos masclos, como lo expressaron en la clausula quinta, y no aviendolo dicho, ni expressado , sino antes bien contraido las palabras à la muerte de los Nombraderos, es cierto , y constante, que no ha llegado el caso de la providencia de dicha clausula quarta , aviendo muerto los Donatarios nombraderos, con hijos masculos , y configuientemente, que no puede hazerse ponderacion alguna con ella, para incluir à dicha Señora Condesa de Montijo.*

El

§. QUINTO.

43. **E**L tercero discurso, que se expendiò en la primera instancia, y confirma el Voto singular, para incluir à la Señora Condesa, procede de dicha clausula, en que por estàr llamadas las hijas de los Donatarios, se pretende, vniendola con la quinta, en que estàn puestos en condicion, varones, y hembras, para la substitution del Masculo pariente mas cercano, alli: *Et si serà caso que las ditas personas nombraderas de los descendientes de aquellas, assi masculos, como fembras legitimos, è legitimas, è de legitimo matrimonio procreados, è procreadas falleceràn, que en tal caso los ditos bienes ayan de pervenir, è pervengan en un mascolo, parient mas cercano, que la hora serà de mi dito Juan de Villalpando, descendient del Magnifico, è Egregio Doctor Ruy Garcia de Villalpando, quondam Senior Padre de mi dito Juan: que estàn contempladas las hijas de los descendientes masculos, dilatandose à otra pretension: Que su llamamiento se govierna por las Reglas de Mayorazgo regular, que segun ellas tiene la Señora Condesa llamamiento, por estàr puestas en condicion las hembras, y prelativo contra el Señor Conde de Atarès, segun Reglas de Mayorazgo regular.*

44. Pero es insubsistente este discurso, para excluir al Conde, como se manifestarà en los siguientes.

45. El primero, q segun la suposicion que haze el Motivo de dicho Voto singular, la hija primogenita de los Donatarios no està llamada, sino en caso de aver fenecido toda la linea del hijo primogenito masculino de los Donatarios, y reconoce por esta razon, que si litigasse el Señor Conde de Atarès con dicha hija primogenita, tendria el Conde drecho prelativo, como primero llamado,
por

por la calidad de descendiente masculino del hijo primogenito, alli: *Ex his infertur solutio ad argumentum, quod si nunc superviveret aliqua ex filiabus Donatariorum, nequaquam excluderet Egregium Comitem de Atares, masculum descendentem à filio primogenito Donatariorum.* Y al argumento, q̄ hazemos, de preferir el Conde à la hija primogenita, para inferir la prelación cōtra las hijas de los descendientes. Responde, q̄ esto procedería por ser el Conde de Atarès de linea recta, y efectiva, y la hija primogenita, de la linea transversal; lo qual no puede aplicarse à la Señora Condesa, por concurrir en la misma linea primogenial del Conde, y con la calidad de hija del ultimo possedor, alli: *Quia cum illa non existeret in linea recta, & effectiva ultimi possessoris, sed in transversa, & obliqua, nihil mirum si exclusa manerent in concursu descendantium masculorum primogeniti; quòd adaptari nequit filiae ultimi possessoris mortui, sine filiis masculis, ex vi repetita conditionis literaliter vocata.*

45 Esta distincion, que haze el motivo, es contraria à la letra de dicha clausula, y à la voluntad de los Donantes.

46 A la letra, porque comprehendiendo en ella, como confiesa el otro Informe, debaxo de las palabras: *Peruengan en fillas legitimas de ellos*; à las hijas de los Donatarios à las Hijas de los Hijos masculos, y de sus descendientes, sin otra distincion, q̄ la contenida en las palabras: *Servando orden de primogenitura*, las contemplò vniformemente para el llamamièto, y se han de considerar: *Loco vnus*, respecto al caso en que se haze lugar su llamamiento, *quia cum sint sub nomine colectivo substituta loco vnus habentur*, Felin. in cap. Pastoralis, num. 20. de rescript. aunque en el preceda la hija mayor, à la menor; *servando*

orden de primogenitura, en el caso de suceder en el Mayorazgo.

47 Y configuientemente, reconociendo el Motivo, y los Informes de la Señora Condesa de Montijo, que el hijo primogenito, y todos sus descendientes masculos están preferidos à *la hija primogenita de los Donatarios*, han de preferir igualmente à todas las hijas de los hijos, y descendientes, porque la prelacion se dirigió à *las hijas*, sin distinguir la hija de los Donatarios de las otras hijas de los hijos, y descendientes.

48 Y esto se confirma haziendo reflexion sobre que todas las hijas están contempladas indistintamente, y como quiere el otro Informe en vna misma oracion, así por lo material de los escritos, como porque se rige, y gobierna su llamamiento por vn propio verbo, allí: *Preuengan en fijas legitimas de ellos*; y en estos terminos la qualidad inherente, en la primera influye en todas las otras hijas. *Altogrado controvers. 60. num. 14. allí: Vocatio enim filiorum D. Caroli, & eorum filiorum, & descendentium ab unico verbo regitur, uti substitui, ex quo unitatis orationis resultare patet ex dictis per Peregrin. de fideicommiss. art. 26. num. 92. Crav. conf. 98. num. 16. Onded. conf. 4. num. 12. volum. 2. Belon. de iure accrescendi, cap. 5. quest. 16. num. 27. Senit. Mexin. conf. 8. num. 15. lib. 1.*

49 Y en estos terminos no pueden distinguirse los casos, y qualidades de sus llamamientos, y la calidad, y circunstancia expresada en vno, influye en todos, y la duda que puede aver en alguno, se explica, y declara por lo dispuesto en el primero. *Rota part. 7. decis. 33. à n. 8. allí: Quibus potest addi Peregrinus de fideicommiss. art. 26. num. 19. Qui loquitur in casu quo sunt due dispositiones, si-*

K

mul

mul facta, una post aliam, sed simul coniuncta, & consen-
sit, huic ultimo dicto, quæ una pars copulativa aliam decla-
rat Rom. cons. 231. num. 2. Socin. in leg. 1. num. 1. ff. de reb.
dub. Surdus decis. 124. num. 9. Rota decis. 453. num. 8.
part. 2. ubi quod dictio copulativa operatur nedum unita-
tem orationis, sed ut qualitas expressa in uno ex copula-
tis repetita in alio præsumatur. Unica enim oratio perfecta,
uno verborum structo posita, debet tota capi, non autem in
partes scindi, ut post Cornen. dicit Boerius decis. 155. nu. 1.
& sequitur Rainal. Cons. in tractu in dag. iur. lib. 2. cap. 23.
num. 8. & propterea huiusmodi dispositio non est dividen-
da, in plures casus, diverso modo terminandos, ut aliud
dicendum sit de fideicommissio in casu obitus, videlicet ut in
sito casu succedant omnes de familia, etiam femina, propter
verba de domo, & familia de Caetanis ex adduc. in decis.
sanct. mem. Greg. & aliud in eventu alienationis, ut scili-
cet in isto casu censeantur vocati masculi, ut bene ad pro-
positum ponderat, Onded. dict. cons. 4. num. 13. vers. Dispositio
hæc statutaria, & prædicta eo magis placuerunt cum
agatur solum de interpretandis illis verbis de domo, & fa-
milia de Caetanis, ut ad propositum multa congerit Fusar.
in cons. 37. num. 13. & seqq. consonat Casanate cons. 29.
nu. 57. ibi: Omnes tamen disputatio cessat quando de filiis, &
descendentibus dictum fuit in eadem oratione, tunc enim
qualitas masculinitatis expressa in descendantibus, censetur
etiam in filiis adiecta, ita probat text. in leg. Seie, §. c. aie, ff. de
fundo instructo, ex qua ita in terminis tenent Rubens cons.
77. Gozadin. cons. 45. num. 3. Cephal. cons. 68. num. 17. Cu-
man. Curt. Dec. Ruin. Paris. & alijs quos retulit, & sequi-
tur Peregrin. de fideicom. art. 16. num. 31. & art. 25. nu. 29.
& ego quoque tradidi cons. 6. num. 23. Luego exclu-
da la hija primogenita por qualquiere masculino, se
han

han de entender excluidas todas las hijas por el mismo:
Quia sub unica oratione, & copulativè substituntur.

50 Resiste tambien à la voluntad de los Donantes, la prerogativa, que se pretende dar à la hija del ultimo poseedor; porque si huvieran querido distinguirla de las hijas de los Donatarios; la huvieran distinguido en los casos de suceder, declarando con formalidad: *Que sucediese la hija del primogenito, en el caso de morir este sin descendientes masculos, y muriendo el descendiente sin ellos, sucediese su hija;* y no huvieran observado la misma igualdad de llamamiento, y substituciones con todas las hijas, *assi de los Donatarios,* como de los descendientes masculos, y entendiendo el derecho, que las disposiciones se han de comprehender con igualdad, quanto permita la letra, aunque sea entre los de un mismo grado, *ex Grabele conf. 90. num. 21. lib. 1. Eugen. conf. 62. num. 41. lib. 1. Mantic. de coniect. lib. 6. tit. 2. num. 5. & Amat. decis. 44. num. 13.* no las devemos, ni podemos distinguir, dandoles prelación, aunque aya masculos descendientes de los hijos de dichos Donatarios, respecto de las hijas de los mismos, à quienes reconoce el Motivo, y los Informes de la Señora Condesa, preferidas por el Conde de Atarès, y por qualesquiera masculos descendientes de dichos Donatarios.

51 Y assi es imposible observar esta igualdad, que presumimos en los Testadores, respecto de todas las hijas, (suponiendo llamadas las de los descendientes, como quiere el otro Informe) sino es, entendiendo, que todos los descendientes masculos están preferidos à todas las hijas indistintamente; porque en la forma que discurren los Advogados de la Señora Condesa, sucederian con notable desigualdad, prefiriendo la hija de qualquiera
 des.

descendiente à qualquiere masculino; que no fuesse de la linea efectiva; y prefiriendo qualquiere masculino, aunque no fuesse de la linea del vltimo possedor, à la hija primogenita de los Donatarios, por estar preferida por todos ellos en dicha clausula quarta, y por esta razon no puede presumirse en manera alguna que las hembras, aunque sean de la linea efectiva, precedan à el masculino de las lineas contempladas, como no lo prefiere la hija de los Donatarios.

52 Y por la especialidad que contiene el Motivo de estar puestos en condicion todos los masculinos respecto de las hijas de los Dotarios, y el argumento de la mayor predileccion, que corresponde à la cercania de parentesco de la hija, con los fundadores, entendió el grande Jurisconsulto Menochio *conf. 585.* que estavan igualmente puestos en condicion, respecto de la hija del vltimo possedor, y que la devia excluir qualquiere masculino, aunque de linea posterior, si se hallava preferido à la hija primogenita; fue el caso de dicho consejo, que Nicolas Fulgineo tuvo quatro hijos, Don Luis, Don Gerardino, Don Alonso, y Doña Jubenia, à los quales, y à sus hijos, y descendientes masculinos invicem substituit; y en falta de sus hijos, y descendientes masculinos llamó à Don Geronimo, y à Don Pablo hijos de Don Antonio su hermano, y sobrinos de dicho Testador; y en falta de ellos contemplò à la successión à los descendientes masculinos de Doña Jubenia su quarta hija; y no hallandose descendientes de la linea *foemenini sexus*, de dichos sus hijos, llama à Doña Gabriela su nieta, y en vltimo lugar à vn Hospital.

53 Don Luis, el primero de dichos hermanos tuvo à Don Francisco que murió sin hijos,

Don

54 Don Gerardino el Segundo tuvo tres hijos Don Pandulfo, Don Antonio, y Doña Ines; Don Antonio murió sin hijos, D. Pádulfo tuvo tres hijos masculos, que murieron sin hijos; Don Alonso el tercer o hijo de dicho Nicolas Fulgineo, tuvo à Don Nicolas, y este à Don Hipolito, que murió sin hijos.

55 Por cuya muerte sucedió en este Mayorazgo Don Francisco, nieto de Don Pablo, hermano de dicho Testador, el qual, y su descendencia estava llamada debaxo la condicion, *de morir los tres hijos de dicho fundador Nicolas Fulgineo, y sus descendientes masculos, alli: Quibus quidem filijs meis, & descendentibus ex ipsis deficientibus, sine filijs masculis legitimis, & naturalibus ex legitimo matrimonio natis; ut supra declarati, & ex eis descendentibus, tunc & eo casu substituo eis, & cuilibet ipsorum dilectissimos meos Dominos Hieronymum, & Paulum Doctores, & nepotes meos filios quondam Domini Antonij Onorandi fratris mei, ac eorum filios masculos legitimos descendentes ex legitimo matrimonio.*

56 Don Francisco tuvo à Don Geronimo, del qual fueron hijos Doña Junipera, y Don Jayme.

57 Posseyendo Don Jayme este Mayorazgo como descendiente masculino de Don Pablo, hermano de dicho Testador, murió sin hijos, y pretendió la sucesion Doña Junipera su hermana, por ser de la linea efectiva, y la contradixo Don Jorge, el qual era masculino descendiente de D. Gerardino, aunque mediante dos hembras, Doña Laura su Madre, y Doña Inès su Abuela.

58 Y no obstante ser hija del yltimo poseedor, asienta esta proposicion Menochio en el principio de el Consejo, por la exclusion de Doña Junipera: *De prima, proposita dubitatione sentio, sine magna controversia Dom-*

L

nana

nam Juniperam dici, minimè posse comprehensam in substitutione, & vocatione, quam fecit testator dum vocabit nepotes, & eorum descendentes ex Don Antonio fratre, nempe Don Hieronymum, & Don Paulum, & si enim testator prædictos Don Hieronymum, & Don Paulum, nepotes suos ex fratre, ac eorum filios masculos, & legitimos descendentes ex eis; & omnes, & singulos descendentes de linea cuiuscumque ipsorum nepotum vocabit, concludendo por Don Jorge, alli: Concludo itaque omni reiecta exceptione esse pro Don Georgio pronuntiandum.

59 Y entre otras razones de juzgarse repetidos los masculos mientras los huviere en qualquiera de dichas lineas, para exclusion de Doña Junipera, pondera con especialidad en el num. 6. el absurdo que se seguiria de estàr Doña Jubenia excluida por todos los masculos descendientes de dicho fundador, y de sus hermanos, y que Doña Junipera hembra, aunque descendiente de ellos, por la calidad de hermana del vltimo poseedor, excluyesse à Don Jorge siendo masculino, aunque de linea transversal, que induvitadamente excluirla à Doña Jubenia, alli: *Sequeretur etidem aliud absurdum, nam supponamus etiam stare nunc Domnam Jubeniam filiam testatoris, vel eius filios masculos, certe absurdum esset, & iniquum, quod Domnam Junipera deberet excludere Jubeniam, vel eius filios masculos, cum absurdum, & iniquum sit dicere testatorem voluisse propria filia, & eius filijs antepondere femina multum remoti, gradus transversalis sicut est Domnam Junipera, & verò existimo neminem sani capitis esse aliter dicturum, & in specie propria, sic respondit Rimi. Sen. conf. 159.*

60 Y al argumento, de que en el estado del pleyto no vivia Doña Jubenia, hija del fundador del Mayorazgo,

ni

ni Doña Inès su sobrina, hija de Don Gerardino, de que se haze cargo con estas palabras: *Nec repugnat quod audio obijti, hodie nec stare, nec Iubeniam, nec Agnetem, quæ fuerunt posita in conditione si viverent, post defectum masculorum descendendum à dictis Don Pablo, & Hieronymo, & cum conditio hæc non evenerit non est attendenda, sed attendendum est illud quod in presentiarum tractatur, & inspicienda persona, in Iudicium venientes; & a qualitate personarum pretendendum, omnia sunt metienda respectu testatoris secundum, Soc. Sen. in cons. 63. num. 21. lib. 1. & Simon de Pratis de interpretatione ultimarum voluntatum, num. 5.*

61 Responde, que tratandose de interpretar la voluntad del fundador, devemos atender à el tiempo de el testamento, y que no siendo dudable, que tenia presente entonces su hija, y no obstante prefirió à ella, los descendientes masculos de sus hijos, devemos presumir, que no solamente los prefirió à su hija, sino à qualquiere hembra hija de los masculos, ù de sus descendientes preferidos à Doña Iubenia su hija, alli: *Nam respondetur, nostro in casu agi de interpretanda testatoris voluntate, quæ interpretatio fit secundum id, quod disposuit tempore ipsius testamenti, quod scilicet tunc præ oculis habuit ipse testator. Sicuti scripsi in cons. 97. num. 150. & in cons. 106. num. 16. & num. 273. & num. 329. post Socin. Sen. in cons. 6. col. 1. lib. 1. & Goff. in leg. intervenit de leg. præst. qui dixerunt, testatoris voluntatem considerari tempore quo disposuit, non autem tempore executionis ipsius dispositionis, si ergo consideramus tempus ipsum quando testator disposuit, quod scilicet eo tempore in mente habuerit, necessario dicendum erit, eum noluisse vocare fœminas nepotum, deficientibus ipsis masculis: quia considerabit fieri posse, quod eo tempore, quo*
mas-

masculi nepotum descenderent, extare posset, vel Iubenia sui ipsius testatoris filia, vel neptes ex filiis suis institutis: Et iniquum, atque absurdum esset, quod fœmina transversalium, nempe nepotum ex fratre excluderent fœminas à se ipso testatore descendentes.

62 Y en el *cons. 95. num. 31.* dexò confirmado este argumento à favor de los masculos contra las hembras descendientes del fundador, alli: *Si ergo ob sexum masculinum testator propriam filiam exclusit: ergo à fortiori credendum est voluisse excludere, Et neptes ex filio Nicolao: quas sane neptes uti nascituras, sibi que non cognitæ, ac remotiores gradu ipsa filia Salomea minus dilexit, quam ipsam Salomeam, ita hac argumentatione utuntur per multi terminis nostris ut Iasson. cons. 140. col. 5. vers. Secundo principaliter, Et cons. 141. col. 6. vers. 4. pro ead. part. lib. 2. Et ante cum Cast. Et ceteri quos refert Soc. Sen. in leg. cum Avus, num. 80. de condit. Et demonst. Ruin. cons. 125. num. 7. ubi egregie rem hanc explicant, ita etiam Socin. Iun. cons. 168. num. 37. lib. 2. Alciat. respons. ad fin. Et horum ratione non habita, Roland. cons. 82. num. 28. lib. 3.*

63 Y en el *cons. 150.* responde à las objeciones, que contra esta congetura frequentemente se ponderan, y singularmente à los que dixerón no ser argumento eficaz: *Testator exclusit filiam suam proximiorẽ, ego etiam remotiorẽ, que esta regla no es cierta, etiam in materia privata, porque non datur extensio de persona ad personam. Et de casu ad casum ex similitudine, vel maioriãte rationis; y concluye: Cum ergo nostro in casu maiori sit ratio excludendi neptem quam filiam, sequitur dicendum ex filia exclusionẽ censerẽ exclusam neptem, y aumenta en el versiculo siguiente: Que es efficacissimo, y convincente argumento, quando se trata de interpretar la voluntad del fun-*

Fundador, respecto de la prelación de los masculos, que aviendola establecido en orden à las hijas, se ha de entender quisieron establecerla en orden à las nietas, alli: *Præterea, & secundo huic obiectioni respondetur ex his quæ scripsi in cons. 95. num. 46. vers. Respondetur, &c. quo loci post alios, simili obiectioni respondendo dixi, quod hic non argumentamur ab exclusionem, ut scilicet exclusio filia inferat, & operetur exclusionem neptis, sed argumentemur ad interpretandam voluntatem testatoris, qui dum exclusit Filiam, ob masculos, ostendit voluntatem, & mentem suam, sub illis verbis, si sine filiis decesserint, & feminas non contineri cetera, quæ eo loci scripsi, hic non repto.*

64 Y lo confirma para la declaracion de la voluntad la Sagrada Rota, apud Cardin. de Luca decis. 25. sub tit. de fideicommiss. num. 5. ibi: *Desumebatur autem primo huiusmodi voluntas, ex quo fideicommitens instituit Salvatorem, & Nicolaum filios masculos, neglecta filia Antonia, cui præcepit debere contentam esse de dote, quæ propria filia exclusio in concursu, cum masculis expresse vocatis non levem inducit præsumptionem, quod testator voluerit etiam excludere neptes ex filio remotiores minus dilectas, & ipsi incognitas. Eugen. cons. 42. à num. 13. lib. 1. Fusar. de substit. quæst. 26. à num. 1. Rota decis. 351. num. 1. vers. Nam si duo concurrunt, coram Mantica part. 18. y esto por la presuncion de que no fue voluntad del testador excluir à la hija, ratione dotis, sino ratione, conservandi bona masculis, num. seqq. alli: Absque eo quod iubet replicare, quod propria filia exclusio referenda veniat ad causam dotis à testatore illi relicte: sicque ex huiusmodi exclusionem argui nequeat pro exclusionem neptum, quibus nulla fuit relicta dos, quia DD. existimarunt in presenti casu testatorem non exclusisse filiam propter dotem ei relictam,*

M

sed

sed solum, ut bona conservarentur in masculis, Rota decis. 112. num. 9. & 10. coram Vichio decis. 342. num. 13. part. 12. decis. 126. num. 12. & seq. coram Duran.

65 Con estos antecedentes se convence, que aviendo los Donantes, precedido al hijo primogenito masculino, y todos sus descendientes masculos à la hija primogenita de los Donatarios, apetecieron la conservacion de sus bienes en los descendientes masculos, por causa, y razon de la masculinidad, y consiguientemente, que por el mismo motivo devemos considerarlos con prelacion à qualesquiere descendiètes hembras, aunque sean hijas de el vltimo poseedor; porque esta calidad no excluye la voluntad de preferir à qualesquiere masculos, descendientes de los hijos de los Donatarios, explicada con la exclusion à favor de ellos, de la hija primogenita, que representa à todas las hembras, y con vniformidad, y sin distincion està llamada con ellas en la clausula quarta, segun lo idea el Informe, entregado, sobre esta instancia de Apelacion; y en esta consideracion tan sumamente conforme con la letra de la Donacion, y con la voluntad de los Donantes, fundada en dicha circunstancia; se comprueba la Regla en favor del Señor Conde de Atarès, contra la pretension de dicha Señora Condesa de Montijo.

§. SEXTO.

66 **E**L segundo fundamento à favor de la Justicia, que ha calificado la Corte, del derecho del Señor Conde de Atarès, procede de otro fragmento del Voto singular: En el versiculo, *nec argumentum, fol. 27.* en que se infiere: Reconoce el Motivo, que la hija de los Donatarios excluirla à la hija del hijo masculino primogenito, si huviera premuerto antes que los Do-

nata-

natarios, por la providencia especial de la clausula quarta, alli: *E si serà caso que los ditos nombraderos morràn sin se fillos masclos, è descendientes de aquellos masclos legitimos, que pervengan en fillas legitimas de ellos, alli: Nec argumentum ex vocatione filiarum Donatariorum limitatum ad mortem eorum, sine filiis masculis, & descendentibus masculis ad exclusionem earum, & cuiuslibet alterius filia ultimi possessoris alienus est consideratione, eo quod repugnet successio in casu mortis cum filiis masculis; limitata vocatione ad casum expressum, sine filiis, quia cum, & sine, sunt incompatibilia.*

67 Y à la instancia que se hizo por los Abogados del Señor Conde de Atarès, con este supuesto cierto, y literal, ponderando: Que siendo constante, que la hija de los Donatarios, excluirla, aunque transversal, y de la linea contentiva de ellos, à la hija del primogenito de la linea efectiva, la deve excluir el Conde de Atarès, aunque sea transversal.

68 Responde que es singularidad contraida à el caso de la muerte de los Donatarios, la qual nõ haze regla para los casos sucesivos, en los quales se ha de observar la calidad del Mayorazgo regular; y que à la manera que dixeron los Donantes: *Suceda la hija de los Donatarios, si morràn sin fillos, è descendientes masclos*, se ha de entender, que previnieron lo mismo en las hijas de los descendientes, ajustandose à la naturaleza, y perpetuidad del Mayorazgo, como si huvieran exprellado: *E si morrà qualquiere descendiente masculino sin hijos masculos, y descendientes masculos, suceda la hija legitima de ellos*, la qual excluye, segun Reglas de Mayorazgo, por hija del ultimo successor, à qualquiere masculino, que nõ fuera descendiente de su Padre, alli: *Sed si fateatur tra-*

Etus successivus viam Maioratus, pro ut infitiri nequit, temporalis illa conditio mortis Donatariorum sine filiis masculis, suppletur à natura Maioratus, & intelligitur repetita in quolibet successiva, & gradatim Maioratus possessore, consequenterque, & fit temporalis conditio mortis Donatariorum sine filiis masculis non fuerit verificata, imò contraria, non inde sequitur defecisse absolute conditionem in omni tempore, casu, & personis ad perpetuam exclusionem feminarum in linea recta actualis possessoris maioratus existentium; imò potius moriendo quilibet pro tempore possessor, sine filiis masculis verificatur, & adimpletur conditio vocationis eius filia maioris; in vim tractus successivi, & natura maioratus, cuius defectus in prima vice, & momentaneus, non fecit corruere sequentes successiones in quantum exigit natura maioratus, & successionis perpetua; imò conditio est duratura, & sic repetenda per viam expressi, quia hoc cantat charta, ut passim in similibus terminis reperitur a Supremis huius Regni Tribunalibus decisum, & comprobatum.

69 Este argumento, que resulta de la letra es eficaz, y concluyente, para demonstracion que los Donantes apetecieron la prelación de todos los masculos, respecto de qualesquiera hijas, sean de los Donatarios, sean de los hijos masculos, ò de qualquiere descendiente de ellos; por que distinguieron literalmente dos lineas, una de masculos descendientes de todos sus hijos varones, por las quales quieren que corra la sucesion antes de llegar à las mugeres; la segunda de las hembras, à la qual dieron principio, encabegandola en las hijas de los Donatarios, pues en falta de varones reconoce el Motivo, que llama à la hija primogenita de dichos Donatarios, excluyendo à qualquiere hija de descendiente masculino, aunque sea del primogenito.

Y

70 Y no se satisface à el parecer, con la precisiõ de ser caso especial, contraido, *à el tiempo de la muerte de los Donatarios, sin hijos, y descendientes masculos*; por que tratandose de interpretar la voluntad de los Donantes, y observando en las clausulas dispositivas de los llamamientos, que en el tiempo que otorgaron la Donacion, y quando avia de tener efecto, contemplan à los masculos; y en el caso de premorir estos à los Donatarios, no las llaman, ni contemplan à sus hijas, ni quieren que se continúe en ellas la linea de successiõ, q̃ hizo el hijo primogenito con su nacimiento, sino que no aviendo otros hijos, ni descendientes masculos, retroceden à encabeçar el Mayorazgo en la hija primogenita de dichos Donatarios, manifiestan con notoriedad, que no quisieron observar reglas de Mayorazgo regular en los establecimientos de este vinculo, pues excluyen à la hija del primogenito, y nieta de los Donatarios, y encabezan el Mayorazgo de hembras en las hijas de estos, contra todas las Reglas de Mayorazgo regular, como se dexa reconocer.

71 Y assi el caso de la disputa presente se ha de regular por la disposiciõ inmediata, que hizieron los Donantes para dar successor à los Donatarios, como dezia Menoch. *conf. 106. n. 16. alli: Et ideo huius casus disputatio, que ut admonui fuit à precedenti, est de voluntate ipsius testatoris, que sane voluntas consideratur tempore quo disposuit, ex Marian. Soc. conf. 9. lib. 1.* y si en ella llamaron en primer lugar à todos los masculos, respecto à la hija primogenita de dichos Donatarios, y à esta en segundo, respecto à las hijas de dichos masculos; contempladas en tercero, aunque sea en el caso de la muerte de dichos Donatarios, se descubre la voluntad de constituir en vl-

N

timo

rimo lugar perpetua, y sucesivamente à las hijas de dichos masculos; porque la condicion con que estàn llamadas las hijas primogenitas de los Donatarios, se ha de entender repetida en las hijas de los descendientes, substituidas à ellas, ex Menochio *conf.* 106. alli: *Nam ut ait Ancarranus, qualitates precedentis substitutionis esse repetitas in subsequentem, cum Ancha. sensu Gravet. conf.* 208. num. 5. *Et perpendit etiam Anchar. conf.* 137. col. 2. vers. *Et vere ista, Et c. Illa verba ut dictum est, Et c. Quæ à testatore prolata in ea secunda substitutione fuerant, quæquidem significant, ac si dixisset, ut supra, sicuti hic dixit, ordine quo supra.*

72 Y contrayendose esta condicion à la deficiencia de todos los masculos indistinta mente, se han de entender contempladas sus hijas, debaxo de la misma condicion, en defecto de todos los masculos descendientes de los hijos varones de dichos Donatarios; como lo estàn las hijas de los Donatarios.

73 Y se confirma con lo mismo que dize el Motivo de estàr repetida la condicion puesta à la hija primogenita en todas las hijas de los masculos, alli: *Imò conditio est duratura, Et sic repetenda per viam expressi, quia hoc cantat cartha;* porque considerandola repetida, la devemos considerar con las mismas calidades, y vniformidad con que dispusieron los Donantes la substitucion de la hija primogenita, Geronimo de Palma *allegat.* 99. nu. 47. alli: *Et quod qualitas apposita in una ex substitutionibus copulatis, Et conexis, conseatur in altera etiam repetita, Et quod ideo copulata censeantur procedentia subsequentibus cum uniformi terminorum qualitate, post plures quos allegat, firmat Ciardin. controvers. For. cap. 222. nu. m. 70. tom. 3. ubi ratione copulationis, Et connexionis, tenet qualitate*

maioris aetatis appositam in vocatione primorum censeretur repetitam, in substitutione facta de descendentes.

74. La hija primogenita está substituida en el caso de faltar todos los hijos, y descendientes masculos de dichos Donatarios: Luego por la repetición de esta substitución en las hijas de los descendientes, que el Motivo afsienta comprehendida; y el Informe de la Señora Condesa, quiere sea conexa, è inherente, por las palabras: *Pervengan en fillas legitimas de ellos*, no se ha de hazer lugar, sino en el caso de faltar todos los descendientes masculos de los hijos varones de los Donatarios, segun lo comprueban las palabras, por el dicho orden, de la clausula quarta, ex eod. Palma ubi proxim. ibi: *Quod eo fortius locum si vendicat in casu nostro, dum adest in fine huius substitutionis linea feminina illa clausula, Et ordine, Et modis predictis hoc perpetuo servetur, quod ordinem in una substitutione datum facit censeretur in altera repetitum, ut per Altograd. Sen. dict. cons. 60. num. 109. lib. 1. Rot. decis. 98. num. 20. Et num. 21. part. 17. recentorium.*

75. Luego el Señor Conde de Atarés, à quien no excluria la hija del primogenito si viviese, por ser masculino descendiente del hijo primogenito, no puede entenderse excluido por la Señora Condesa de Montijo, substituida con la misma calidad de faltar à los Donatarios hijos masculos, ò descendientes de aquellos masculos, como la hija de dichos Donatarios.

76. Y para mayor declaracion hazemos el dilema siguiente, ò la Señora Condesa pretende el llamamiento por dicha clausula quarta, en las palabras: *Pervengan en fijas legitimas de ellos*, donde están contempladas, y substituidas todas las hijas de los Donatarios, de los hijos masculos, y de sus descendientes, y se ha de arreglar

à la

à la substitution de la hijsa primogenita, y à las calidades con que esta se halla contemplada, y substituida, Ciarlino *controvers. forens. lib. 3. cap. 222. num. 70. alli: Nam vere admittunt omnes, quod qualitas appositae primae substitutioni censetur repetita etiam in sequenti maxime in copulatis, & coniunctis, ut hic, & ideo copulata consentur praecedentia cum sequentibus sub uniformi terminorum qualitate ob repetitionis praesumptionem, ad text. in leg. Scia, §. Cayo, ff. de fund. instruct. gloss. in §. item lapili inst. de rer. divis. Anchar. conf. 137. num. 2. Menochius lib. 4. praesumpt. 78. num. 30. & ita censui, & iudicavi, & partes omnes acquiescerunt meae sententiae, quae habuit effectum, & dictus R.D. Hyacinthus Castrus praesentatus à Seniore alterius lineae pacifice obtinuit Beneficium, post tamen longas disputationes; ò la Señora Condesa no funda su inclusion en dicha clausula, y no tendrà en ella llamamiento literal, comprehension, ni substitution, como parece cierto, atendiendo à todo su contenido, y faltaria à su Excelencia la inclusion literal, que han pretendido los Advogados, y calificado el Motivo del Voto singular.*

77 El qual, y los Informes de su Excelencia, reconociendo la fuerza de esta instancia, se han aplicado à fundar el llamamiento de su Excelencia en dicha clausula quarta, y en la quinta, por estàr puestas en condicion todos los descendientes masculos, y hembras, para la substitution del Pariente mas cercano, con tres especialidades: La primera, que debaxo de las palabras: *Per- vengan en fijas legitimas de ellos*, y en las condicionales estàn comprehendidas todas las hijas, como avemos dicho, descendientes de los Donatarios, assi las de primero grado, como de todos los subsiguientes, en el caso de morir dichos Donatarios sin hijos, y descendientes masculos.

La

78 La segunda, que las hijas de los descendientes están substituidas in perpetuum, y que las hijas de los Donatarios solamente están substituidas, para en el caso singular de morir los Donatarios sin hijos, y descendientes masculos.

79 La tercera, que las hijas de los descendientes está substituidas *per via Maioratus regularis*, y como si los Donantes huvieran dicho: *Qualquiera poseedor del Mayorazgo que muriere sin hijos, o descendientes masculos succedan las hijas del.* Vt patet Motivis fol. 28. vers. *Nec magis in fine*, alli: *Imò ex eadem littera religiosa observatione infertur, quod vocatio filia Donatariorum, si morràn sin se fillos, è descendientes masculos, repetita, & continuata in tractu successio (vt indispensabiliter debet suppleri ob perpetuitatem Fideicommissi) verificatur, & literaliter adimpletur mortuo quolibet maioratus possessore sine filijs masculis superstite filia eiusdem.*

80 Este mismo motivo en las lineas antecedentes supone el inviolable precepto de Aragon de estar à la carta, alli: *In Aragonia tamen ob preceptum inviolabile quod standum est charta prout scripta iacet*, y no puede negar otros dos del derecho; el primero, que dos especialidades sobre vna misma cosa no se permiten: *Quia specialia duo super eandem rem simul concurrere, non possunt, l. 1. vbi DD. C. de dotis promiss. Gratian. discept. forens. tom. 5. num. 27.* El segundo, que no puede distinguirse, ni separarse por el interessado en las disposiciones de los fundadores, el derecho que les atribuyen, del modo, y condicion, con que se les conceden, *ex l. 2. ff. de acquir. hered. ibi: Non potest quasdam partes reputare quasdam agnoscere, lege cum pater 77. §. libertis 27. ibi: Per absurdum erit vice mutua petitionem induci,*

ut ab altero partem alienatam quis petat, cum partem suam alienando perdiderit, l. cum qui 18. §. ult. ff. de his que est in dig. ibi: Neque enim rationem iuris, ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis.

81 Y no obstante estas reglas ciertas, y constantes en derecho, y que son las primeras que devemos observar, antes que la del Mayorazgo, porque fundan en la voluntad de los Disponientes, que haze la primera regla para decision de las Causas, quieren los Advogados de la Señora Condesa, y lo confirma el motivo, que su Excelencia tiene llamamiento, debaxo las mismas palabras, que lo reconocen en las hijas de los Donatarios, *perven- gan en fijas legitimas de ellos*, y q̄ esta entrada en el goze de las hijas, sea especial téporal en la primogenita, *si morrán los Donatarios sin fijos masculos, y descendientes masculos*, y q̄ sea perpetua en las hijas de ellos, circunstancia, que aunque la admitiésemos para la perpetuidad, no quita, que sea debaxo la misma condicion, *si huviesse muerto los Donatarios sin hijos masculos, ni descendientes masculos*, esto es, *sino huviesse hijo mascolo, ni descendientes masculos de dichos Donatarios, succeda la hija del masculo primogenito*, que es el sentido natural, supuesta la perpetuidad de la substitution de las hijas, à la qual deve asì mismo corresponder la perpetua institucion, y substitution prelativa de los masculos, como se halla reconocida en las tres clausulas primeras, y en lo condicional de la Clausula 4. sin trans- cender à la segunda especialidad, de que se ha de ceñir, y limitar la prelacion de los masculos, à los que se hallaren en la linea efectiva, con manifesta, y notoria repugnancia à el precepto de estar à letra, à el concurso de dos especialidades, violentando vno, y otro, para dar llamamiento preferente de la Señora Condesa, y oponien-

dose

dose à el precepto, fundado en el drecho natural, de no dividir la voluntad de los Donantes, queriendo la substitution literal, y reprobando la condicion, *de no succeder por este titulo, sino el caso de faltar todos los hijos masculos, y descendientes masculos*, conexas, è inherente en dicha substitution, como V.S.I. observará, haziendo la reflexion, que acostumbra el Consejo, descubriendo estos absurdos, que reprueba el drecho, y precisamente se han de subseguir de los discursos de la otra parte, y por evitarlos, parece evidentes, è incontrovertibles, los que en este fundamento avemos representado por el Señor Conde de Atarès.

§. SEPTIMO.

82 **E**L tercero fundamento se comprueba con la prelacion, que supone el motivo *fol. 28. vers. Nec magis*, del hijo Varon segundogenito de los Donatarios, à la hija del primogenito, aunque sea de linea superior, y efectiva, al qual excluiria el Conde de Atarès, como descendiente del dicho hijo primogenito; y siendo ciertas entrambas circunstancias, se aplica la presuncion à su favor: Que prefiriendo al Varon segundogenito, y este à la hembra de la linea efectiva, la deve igualmente preferir el Conde de Atarès, *ex communi regula, si vinco vincentem te, à fortiori vincam te, ibi: Nec magis arguet replicatio quod si vivis Donatoribus eorum filius maior masculus moriretur, sine filijs masculis superstite filia subsequuta morte Donatariorum eorum filius masculus secundogenitus succederet exclusa dicta filia primogenita: igitur descendens masculus, ut est egregius Comes à filio primogenito; quia absolute excluderet secundumgenitum, Et omnes descendentes masculos ab eo, necessario debet excludere*

des-

descendentem foeminam à filio primogenito, ob regulam si vinco vincentem à fortiore vincam te.

83 A esta instancia tan propia para explicar la voluntad de los testantes, à favor de los masculos, responde el motivo.

84 Lo primero, que esta regla no se haze lugar en los Mayorazgos, alli: *Nam respondetur praterquam, quod parvi penditur, & nihil habetur hac regula, in Successione Maioratus, ut testantur passim DD. negando extensionem unius casus irregularis, & exorvitantis scripti ad alios similes, contra naturam maioratus regularis, & si equalis, aut maior inest ratio: Adhuc in Hispanorum primogenijs, ab admissam legalem, & precisam representationem cuiuslibet descendentes à filio primogenito, cum prerrogativa linea, questio adeste potest, an filia primogeniti præ mortuis sine filijs masculis, vinceret filium masculum secundogenitum, attenta littera predicta donationis.*

85 Lo segundo, que por el preciso precepto de la Carta, y obligacion de cumplir lo que literalmente contiene, prefiere en este caso singular el hijo segundo masculino de los Donatarios, à la hija del primogenito, contra las reglas del Mayorazgo regular; y consiguientemente, que no se ha estender, à favor del descendiente masculino del primogenito, que no tiene letra indisputable para preceder à la hembra, hija del ultimo Posseedor, y contemplada con prelacion, supuesta la constitucion del Mayorazgo, que se presume regular, en el caso de la duda.

86 De esta regla, tratando de los Mayorazgos, se haze cargo D. Luis de Molina *de Hispanor. primog. lib. 3. cap. 5. num. 16.* y responde, que se adinita la extension de *persona ad personam, dummodo ratio eadem omnino sit* vero-

verosimilisque disponentis voluntas concurrat, verbaque alia maioratus huiusmodi interpretatione non repugnent; y que no se ha de tener por odiosa, ni exorbitante, porq̃ no se dirige à privar à la hembra de drecho adquirido, sino à suspenderla el goze, y possession en el entretanto que huviere masculos, *ut in num. 22. alli: Ad hoc namque responderi potest hanc sceminarum exclusionem, non posse dici propriè dispositionem penalem; cum enim institutor nullo iure teneatur fœminam ad maioratus successionem invitare, etiam si filia ultimi possessoris sit, possitque illam à maioratus successione excludere propter masculos remotiores, prout supr. lib. 2. cap. 12. num. 51. Ostendimus consequens est, ut fœminam propter masculos remotiores à maioratus successione excludere, non tam pœna, quàm exclusio à lucro, quod sibi à iure deferebatur, nisi exclusa foret, censenda sit, prout dixit Iurisconsultus in leg. Titio centum, §. Titio centum el primero, ff. de condit. & demonstr. ubi communiter scribentes id notat, ideoque ex ratione prædicta, non potest excludi extensio, quæ alias in materia correctoria ex rationis identitate admitti solet, ad hoc namque, ut materia dicatur esse pœnalis, ita ut extendi non possit, requiritur quod sit propriè, ac mere pœnalis, ut optime explicat Imola in leg. si vero, §. de viro, ff. solut. mat. col. 7. & 8.*

87 Y Menochio en el *conf. 150. num. 27. alli: Nunc autem excitatur difficultas: quod non videtur valere hæc consequentia: testator exclusit filiam sibi proximiorē: ergo etiam remotiorē: cum ergo testator non exclusit neptem à bonis fideicommissi subiectis, nec nos excludere debemus. Responde, que se admite concurriendo identidad de razón, y que afsi mismo deve admitirse: Quando agitur de interpretanda voluntate testatoris ad prælationem masculorum; y en el num. 33. declara, que ayiēdo instituido el*

P

fun.

fundador solamente à los masculos, y substituido masculos, quiso en ellos conservar el Mayorazgo, y fideicomiso, y que en el entretanto que sobreviviessen, no sucediessen hembras, y que à su favor de ellos, extenditur exclusio de persona in personam, alli: *Secundo me in hanc inducit sententiam hæc coniectura, quod testator in hæredis institutione solum filios masculos vocavit, eosque solum invicem substituit, id quod non alia ratione fecisse præsumitur quam ut bona sua in agnatione, & familia sua conservaret, ita in specie responderunt Iasson. conf. 141. col. 6. vers. 3. pro ead. part. & col. 8. vers. 7. prædicta, lib. 2. Ruin. conf. 139. num. 17. lib. 3. & alij plures quos estatim referam; ad quæ femina non possunt cõservare agnationem, & familiam, cum in alterius familiam transeant, ut scribunt Ioannes de Anania in conf. 4. col. 2. Ruin. conf. 146. num. 4. lib. 2. Paris. conf. 22. num. 41. & conf. 40. nu. 43. lib. 2. Cravet. conf. 180. conf. 250. & conf. 306. Socin. Iun. conf. 1. num. 44. lib. 1. ergo testatoris voluntas fuit, quod appellatione filiorum non continerentur femina.*

88 Los Donantes instituyeron por herederos de los Donatarios à todos los hijos masculos, y descendientes masculos que tuviessen, sin hazer memoria de hembras, procedieron à substituir todos los masculos vnos à otros; y transcendieron despues à establecer la exclusion de la hija primogenita por qualquiere masculino hijo ò descendiente proximo, ò remoto: Luego devemos presumir excluidas todas las hijas de los descendientes debaxo las palabras, que excluyen à la primogenita, cuya exclusion reconoce el Motivo del Voto singular; porque se demuestra que quisieron dichos Donantes preferir à todos los masculos, en concurso de qualesquiere hembras indistintamente, por hallarse la institucion, y substitucion

tucion de los masculos, calificada con la exclusion de la hija primogenita por el masculino mas remoto, como dezia Ramona *conf. 15. num. 13. alli: Primo quia semper masculos vocat testator, instituendo, ponendo in conditione, & substituendo: quod non alio respectu censetur fecisse, nisi ratione agnationis conservande;* y en el *num. 14. dize: Quamquam vero non desint contradictores existimantes ex sola masculorum vocatione non censi habitam rationem agnationis; cum alijs de causis testator ad vocandos masculos possit impeli, contraria tamen, & communior est, & verior opinio, quam prolixè defendit Rusticis in leg. cum avus, ff. de condit. & demonstr. lib. 4. cap. 2. num. 17. dicens num. 19. ab ea nequaquam esse recedendum, & indubium esse profiteri, si sapius qualitas ista reperita sit.*

S. OCTAVO.

89 **E**L quarto fundamento expresivo por la letra, y por la voluntad de los Donantes resulta de los discretivos llamamientos, que hazen en dicha escritura el primero de todos los varones descendientes de sus hijos masculos, en tres primeras clausulas distintas, y separadas.

90 El segundo de las hijas, y sus descendientes, substituyendolas en clausula aparte, y diferente, en defecto de todos los masculos instituidos, y substituidos con especialidad en las tres antecedentes, y en estos terminos vniformemente entienden los DD. que no se admiten hembras, aunque sea la hija del vltimo poseedor, hasta fenecidos todos los masculos, sin embargo de las reglas de Mayorazgo.

91 La razon es, porque no haziendo el fundador mencion de varones, y hembras, *per mixtum*, en los llama-

ma:

mamientos, sino antes bien disponiendo discretivè la sucesion del Mayorazgo, primero en los masculos, y despues en hembras, manifesta voluntad clara de excluirlas à todas, en el entretanto que huviere masculino contemplado en los llamamientos de masculos, en quienes formò la primera linea de todos ellos, con omnimoda prelacion à qualesquiera de hembras, disponiendo en ellas la segunda linea, dandose principio en ellas las hijas de los Donatarios: *Eo quod non intermiscetur inter agnatos masculos, nec per mixtum fuerint vocati descendentes ex masculis, & descendentes ex fœminis, ut insinuat Casanate conf. 23. nu. 4. y lo advierte D. Juan Vela disert. 49. num. 55. alli: Primum est iterata, & continuata masculorum vocati, absque ulla fœminæ mentione, vel interpretatione, quæquidem vocatio tacitam fœminarum exclusionem importat, ex his quæ in primo argumento sub num. 2. dicta, & comprobata sunt maxime, ex leg. 1. ibidem expensa, Cod. ad leg. Iul. de adult.*

92 Y es doctrina de la Sagrada Rota part. 10. decis. 183. à num. 18. que distingue el caso de llamar el testador à los varones, y à las hembras deficientibus masculis simpliciter, à substituir las à los masculos, contemplados en primero lugar, porque en este segundo caso no suceden sino deficientibus omnibus masculis, aunque en el primero suceda la hembra de la linea efectiva, no aviendo en ella masculino, que la pueda preferir, alli: *Ultimo, & ex hoc cessat omnis difficultas, quia testator non vocavit fœminas simpliciter deficientibus masculis, quo casu fœminarum vocatio posset intelligi discretivè, ut nempe fœminæ unius lineæ non excludantur à masculis alterius lineæ in portione proprijs columneli, sed eas vocavit per substitutionem conceptam in tempus remotissimum, & post penitus extin-*

Etam

Et a lineam masculinam: ibi & casu quo linea masculina non adsit, seu quodocumque deficiat femina succedant, &c. cum enim nomen linea sit nomen collectivum, & dicta verba, casu quo, &c. non adsit, &c. stent complexivè, ad quoscumque descendentes masculos ex Paulo hærede instituto, utique substitutio feminarum facta est ultimo, & omnibus masculis morientibus, alias linea masculina in descendencia Pauli, non esset prælata linea fæmenina in eadem descendencia. Marcus Antonius Cutelus decis. sicul. 29. num. 10. & seq. Nec dispositio testatoris suum effectum sortiretur qui voluit hereditatem, donec proles masculorum existeret, ad eam pervenire, si hereditas ad fæminas deveniret, prole masculina unius hæredis existente, nec fæmina vocarentur post lineam masculinam finitam, pro ut voluit, cum non possit dici linea masculina finita ante mortem ultimi, & ex distinctione linearum vel prælatione lineæ masculinæ, opus sit totam lineam masculinam esse finitam, ut in terminis ratiocinantur Peregrin. conf. 19. num. 3. lib. 6. Aldov. conf. 92. num. 10. Ruin. conf. 126. num. 3. lib. 1. Giovag. conf. 7. n. 15. lib. 1. Nec lineæ secundæ locus esse posset nisi expleta priori lineæ, ut ex aductis per Giurb. de succes. feud. §. 2. gloss. 10. num. 29. Maxime concurrentibus aliis superius ponderatis Hond. conf. 54. num. 53. lib. 2. Surd. conf. 539. num. 2. cum alijs allegatis in dicta Terracinen. fideicom. 14. Decem. 1643 §. quæ coniecturæ coram R. P. D. meo Ottobono, & in d. tom. de Zefris. 1647. in fin. coram R. P. D. meo Vichio.

93 Y lo expreso el Motivo de la Corte del Señor Justicia de Aragon, in Processu D. Petri Georgij Hernandez de Txar, super Apprehensione fol. 35. col. 1. alli: Et sic de hac interventione non est habenda ratio, nec de vocatione feminarum, quia licet hæc aliquando faciat cessare coniecturas agnationis: dum nō sint litterales, & expressæ, illud tamen

Q

pro:

procedit, quando in principio, vel intermedias agnatorum vocationes invitantur ad Successionem, vel intermifcuntur: Secus vero procedit quando vocantur in defectum omnium masculorum priorum vocationum.

94 D. Juan Yañez Parladorio, *quotidianarum questionum forenses q. 3. à num. 4.* trata magistralmente la question, que frequentemente se ofrece, sobre la prelación de los masculos, contra la hija del ultimo Possecdor, *etiam si sint in remotiori gradu.* Y devemos tener presente la distincion con que la resuelve, por lo que pueda conducir à la decision de esta causa.

95 Rrefiere la opinion de los q̄ dixeron, que el masculino mas remoto precedia à la hija del ultimo possedor, quando el Fundador dispuso, *ut masculi praeferenter*, cita por ella à Covarrub. y otros; y por la contraria à D. Luis de Molina, que contraxo la prelación à el masculino *intra eandem lineam*, alli: *In contraria Sententia fuit Ludovicus de Molina lib. 3. de primog. c. 5. num. 31. Et c. 8. nu. 8. Apertè docens, quanquam testator masculos expressim praeulerit, nō tamen idcirco voluisse masculum alterius lineae, Et remotioris gradus excludere foeminam descendantem ab ultimo Maioratus possessore, nisi nominatim testator adiecerit, ut masculus remotioris gradus foeminā excludat, hac nostrates.*

96 Y en el numero siguiente supone, que esta question de hecho, y de voluntad, y no de derecho, alli: *In eam vero si spectes sententiam, ego hanc questionem non iuris, sed facti (hoc est voluntaris) esse existimo;* y decide por el Varon mas remoto, y de otra linea, *si apertè ex testatoris constet voluntate voluisse eum masculos etiā alterius lineae, Et remotioris gradus foeminas excludere, quia voluntas omnino sequenda est;* y por la hembra de la linea efectiva: *Quando simpliciter, y sin otras circunstancias dispuso el*

Fun-

Fundador del Mayorazgo, la prelacion de los Varones à las Hembras, y à estos terminos contrae el dictamen de Molina, alli: *Porro cum testator non ita expressim, & aperta voluntate feminas expulit, sed simpliciter, masculos illis prætulit; hic mihi Molina verior videtur opinio, existimoque tunc masculum alterius lineæ non excludere feminam descendentem ab ultimo possessore.* Y concluyendo la razon de la prelacion de la hembra en el caso dudoso, por estar llamada por la ley, y presumirse, que el Fundador se ajustò à su disposicion, alli: *Cum igitur lege regia expressim cautum sit, tunc masculos excludere feminas in successione maioratus cum eiusdem sunt lineæ, & gradus, non cum sunt remotioris, ut definitum extat in d. l. 2. tit. 15. part. 2. & in illo cap. 1. de natura successioneis feudi: consequenter dicendum est, cum testator mares feminis prætulit, intellexisse, iuxta ius commune, scilicet quando mares in pari essent gradu, atque in eadem lineæ ultimi possessoris.*

97 Desta doctrina inferimos, que la disputa, y question se ha reducido en el caso del llamamiento de Varones, y Hembras, al modo, y forma con que se halla dispuesta la prelacion de los Varones, y si se dispuso simpliciter, por las palabras: *Presiriendo el Varõ à la Hembra, q̃ fue el caso,* en que D. Luis de Molina entendió, que la prelación se contenia, *inter masculum, & feminam eiusdem lineæ.* Y esto, porque de lo contrario se seguiria privar à la hembra de la linea efectiva, del derecho legal, y prelativo, que por la ley le pertenece en los Mayorazgos, contra el masculino mas remoto; y consiguientemente parece constante, que estando dispuesta la prelación de los masculos en la Donacion, *non simpliciter*, sino calificada con tantas circunstancias, como se han pòderado, y no estando llamados masculos, y hembras permixtim, sino con division, y separacion, y no tenien-

teniendo Fuero en Aragon la hembra del ultimo poseedor; que la incluya, sin la expresa voluntad del Fundador, no puede hazer regla para nuestro caso la doctrina de D. Luis de Molina, ni los exemplares, en que se ha decidido por la hija del ultimo poseedor; porque en todos ellos se ha reducido la disputa à llamamientos *colectivos de masculos, y hembras permixtim*, con la sencilla prelación, que comprehenden las palabras: *Prefiriendo el masculino à la hembra*, sin otras congeturas, ni circunstancias declarativas de la voluntad de los Fundadores, que concurren, y coadyuvan la prelación absoluta de masculos, y debaxo del supuesto, que tiene llamamiento legal la hija, el qual no le pertenece en nuestro Reyno, si el fundador no la contemplò con prelación al masculino de otra linea.

98 El Motivo del Voto singular se haze cargo de estas doctrinas, y pretende, que todas las Clausulas de los llamamientos de Masculos, y Hembras, se han de considerar mixtas, genericas, y con vniformidad, aunque preferidos simpliciter los Varones à las Hembras, formando vn Mayorazgo regular, dexandolos con la prelación intra eandem lineam, como si huvieran dichos los Donantes *succedan nuestros hijos Varones, y Hembras, y sus descendientes*, prefiriendo el Varon à la Hembra, *allí: Commixtis ergo istis duobus masculorum, & foeminarum capitibus aparet clarè, voluntatem Donantium fuisse preferre masculos foeminis intra lineam directam, & effectivam Donatariorum, insequendo ordinem prescriptum in Maioratu regulari, & ordinario, omni iure, divino, naturali, & positivo, laudatium, & commendatium, ac si diceret, succedat possessori Maioratus primus, aut maior filius masculus, aut descendens eius masculus, & in defectu huius prima linea, succedat secundus filius masculus, aut*

des-

descendentes masculi, & in defectum huius lineæ, succedat tertius, & eius descendens masculus, & sic de ceteris gradatim, & successive, & si decesserit possessor maioratus sine filiis masculis succedat eius filia legitima.

99 En satisfaccion de este fragmento se han hecho largos, y prolixos discursos, y el Motivo de los quatro Señores de la Corte, ha reducido la respuesta à breves clausulas, y con su enseñanza reduciremos la nuestra con la brevedad posible, representado à V.S. los motivos mas eficaces, que desvanecen el dictamen del Voto singular; y haziendo recuerdo de lo que dixo S. Bernardo *lib. 1. de consolat.* copiado por el D.D. Juan Christoval de Suelves en la Alegacion que escribió à 30. de Diziembre de 1645. por los Racioneros, y Beneficiados de la Sâta Iglesia Metropolitana de Zaragoza, alli: *Disputationes Advocatorum, & pugne verborum magis ad subversionem quam ad inventionem proficiunt veritatis, disserti adversus iustitiam, eloquentes ut impugnent verum; hi sunt qui instruunt à quibus fuerant instruendi. Adstrunt non comperta; sed sua, destruunt simplicitatem veritatis, obstruunt iudicij vias. Nihil itaque absque labore manifestant faciet veritatem, ut brevis, & pura narratio.*

100 El primero, que los Donantes hazen en la primera Clausula vn llamamiento discretivo à favor de los Masculos, con todas las calidades inductivas de perpetuidad, alli: *E que los ditos bienes apres de ellos ayan de venir, è vengan en el primero fillo Masclo, que Dios les dará, è à ellos sobrevivirà, è en los descendientes de aquel Masclos legitimos, è de legitimo matrimonio procreados, que no sean Religiosos, ni In sacris ordenados, ò en otra manera inhabiles à contraer matrimonio* (destinan por substi-

tutos à los otros hijos masculos , y sus descendientes masculos) y còcluye: *Servando en todos los sobre dichos orden de genitura de mayor en menor*, de manera, que viniendo estas palabras à las de la primera clausula, resulta un llamamiento perfecto, gradual, y successivo, y sin mixtura de hembra alguna , específico , y privativo para Varones, con perpetuidad , asì por la calidad de los bienes, *Suelves conf. 43. num. 49. Barbofa voto 12. num. 18. lib. 2.* como por estar llamado al goze , *el primogenito masculino, y los descendientes masculos por via de primogenitura. Rojas de incompatibil. part. 1. cap. 7. num. 40. Molin. de primog. lib. 1. cap. 11. num. 9.* y gravamen de nombre, y armas, *ex Quesad. dissert. 20. num. 122. Castillo controu. iur. lib. 5. cap. 93. §. 16. num. 45.*

101 Y figuiendo los Donantes la distincion de llamamientos , sin querer confundir los de Varones con los de Hembras, hazen el segundo específico para Ellas, y al tiempo que faltaren los hijos, y descendientes masculos, primero contemplados, y lo disponen en la Clausula 4. sin otra relacion, al que ordenaron para sus descendientes masculos, que el defecto de todos ellos, allí *E si morrán sin se fillos Masclos, è descendientes de aquellos Masclos legitimos, è de legitimo matrimonio procreados, que pervengan en fillas legitimas de ellos, è de legitimo matrimonio procreadas, no Religiosas, ni en otra manera inhabiles à contraer matrimonio, de mayor en menor, servando orden de primogenitura , con que los que casarian con aquellas, è los descendientes de ellos, è de ellas legitimos, è de legitimo matrimonio procreados, en quien los dichos bienes pervendrán por el dicho orden, sean tenidos llevar, è fazer los sobrenombres , è armas de Funes , è Villalpando, segun dicho es.*

102 Y con la misma distincion, y formalidad, para en el caso de faltar *los hijos, y descendientes masculos de ellos, que fue el primer llamamiento*, y las hijas, y descendientes de ellas, *que fue el segundo*, hazen el *tercero en un pariente masculino mas cercano de Don Juan de Villalpando, y en una hembra, parienta de Doña Contesina de Funes su muger, y Donantes*, con las mismas circunstancias, *de mayor en menor, gravamen de nombre, y armas, y otras inductivas de perpetuidad, segun parece todo lo referido, por la letra de dicha Donacion.*

103 Lo segundo, que en cada vno de estos llamamientos ay providencia distinta, y diferente.

104 En el *primero del hijo primogenito masculino*, están contemplados colectivamente todos sus descendientes masculos, con el orden de suceder dichos masculos *de mayor en menor*, y substituidos los otros hijos masculos, y descendientes, con las mismas calidades.

105 En el segundo de las hijas, contemplando los Testadores *la falta de todos sus descendientes masculos*, no explican, ni llaman à sus hijos de ellas masculos, como los contemplan en el primero, ni substituyen hembras à masculos, dexandolo solamente en terminos de vn Mayorazgo Regular, alli: *De mayor en menor, servando orden de primogenitura, con que los que casaren con aquellas, è los descendientes de ellos, è de ellas, en quien los dichos bienes pervendrán por el dicho orden, sean tenidos llevar, è facer los sobrenombres, è armas de Funes, è de Villalpando, segun dicho es.*

106 En el tercero del pariente mas cercano, como lo encabeçan en Masculo pariente de D. Juan de Villalpando, y en Hembra parienta de Doña Contesina de Funes, observan distincion, llamando en primer lugar à sus
hi-

hijos, y descendientes Masclos, y faltando estos à sus hijas, y descendientes, alli: E apres dias de ellos vengan los dichos bienes en los fillos de ellos Masclos, è en los descendientes de aquellos:: en defecto de fijos, è descendientes de aquellos legitimos Masclos, vengan los dichos bienes en fillas de aquellos, è en descendientes de aquellas, declarando asì mismo, que en caso de succeder el hijo Masculo, profiga la Succession en Masculos; porque ponen en condieion para succeder las hijas, el defecto de los hijos, y sus descendientes Masclos, y en llegando à succeder las hijas por cumplirse esta condicion, no hazen memoria de descendientes masculos, contrayendose vnicamente, & simpliciter en el llamamiento de descendientes, sin otra qualidad, aunque esta diction es comprehensiva de Varones, y Hembras, ex l. maximum vitium, C. de lib. prater. Molina. de Hispan. primog. lib. 3. cap. 4. sub num. 10. y 11.

107 El tercero motivo, que à el hijo primogenito masculino, le substituyen los Donantes à sus descendientes masculos, de mayor en menor, y al vltimo de sus descendientes substituyen à el hijo segundo masculino, y à sus hijos, y descendientes masculos, continuando la misma forma de substituir à qualquier otro hijo masculino, que tuvieren, y à sus descendientes masculos; y esta repeticion de masculos haze argumento de perpetuo llamamiento de masculos, ex Altogrado controu. 68. num. 40. alli: *Demum respondetur ex geminatione, & repetitione dictæ Clausulæ resultare quidem magis enixam Testatoris intentionem circa qualitatem masculinitatis, & natiuitatis ex legitimo matrimonio requisitam in personis ad successionem vocatis, ex traditis ad Genit. meo conf. 85. n. 27. lib. 1.* Aunque no estuuiera contemplada la Agnacion, Casanate conf. 50. num. 31. alli: *Sed omissa nunc latissima, & ni-*

miu

miu[m] controversa conservanda agnationis ratione, licet de-
mus adversarijs non fuisse dispositionem hanc pro conserva-
tione agnationis factam: non tamen recte ideò inferunt, non
posse masculu[m] remotiorem preferre, quia constat etiam sine
ratione agnationis ex sola masculinitatis expressione, mas-
culos remotiores preferri posse, veluti si simpliciter vocentur
descendente masculi de uno in aliu[m], ut in presenti vocan-
tur descendentes masculi *Alduntia*. Nam ex vocatione
masculorum exclusæ remanent fœmina propter masculos re-
motiores, cum masculorum nomen fœminas non comprehen-
dat, cita muchos Autores, y prosigue: *Quæ DD. traditio*
procedit & verissima est, etiam si constet non fuisse conside-
ratam agnationis conservanda rationem, nam verbum ip-
sum, Masculus, absque ulla ratione conservanda agnatio-
nis expressa, vel ex coniecturis deducta exclusive est fœmi-
narum. Vnde qui substituit masculos in infinitum, ex rigo-
re verborum censetur excludere fœminas in infinitum, quia
fœmina non possunt appellatione masculorum comprehendi.
Y en el num. 37. ex Molin. Imò eo ipso quod disponens
masculos ad successionem invitaverit, censetur fœminas
propter masculos remotiores excludere voluisse: non enim ad
aliud hoc verbum masculis. Adijci potuit, quam ad fœmi-
narum exclusionem. Y finalmente concluye: Constat ergo
ex his inutile[m] esse laborem partis adversa tantum insudan-
tis in probando, non fuisse in presenti consideratam ratio-
nem agnationis conservanda, & ex hoc inferentis non cen-
seri exclusas fœminas propinquiores. Hoc enim ex prædictis
apertissimè convincitur cum ferè apud omnes indubitata[m]
sit quod etiam sine ratione agnationis censeantur fœmina re-
motiores exclusæ in ea parte, in qua masculi vocantur.

108 Y mas en terminos la Sagrada Rota, apud Ru-
beis part. 10. decis. 183. à num. 8. que se haze cargo de la

regla que pondera el otro Informe, en que pretende: que estando substituidas las hembras, se ha de entender la substitucion de ellas respecto del macho de su linea, sin dilatarla à los varones de la linea contentiva, alli: *Nec substitit, quod dicta substitutio fœminarum, resolvatur in suas singularitates, & discretivè intelligatur de deficientia masculorum cuiuslibet lineæ, ita ut fœmina unius lineæ succedant deficientibus masculis eiusdem lineæ, quoad portionem ultimi masculi illius lineæ, quamvis adsint masculi alterius lineæ, & sic non censeatur facta ultimo morienti totius deficientiæ ex omni lineæ masculina, ut tradit Fufar. conf. 57. num. 34. Surdus conf. 319. num. 16. Seraphinus 123. num. 3. Rota decis. 316. num. 4. part. 1. recentiorum.*

109 Y responde, que no se haze lugar quando ay congeturas del llamamiento de todos los varones, alli: *Quia contrarium procedit, quando repugnant vehementes coniecturæ, y refiere por eficaz, y de esta classe quando estàn llamados los varones in perpetuũ, & colectivè, alli: Coniecturæ autem desumuntur primo, quia filij descendentes ex lineæ masculina leguntur vocati in perpetuum colectivè, & unica verborum conceptione, ibi: quos omnes, &c. ab ipsis perpetuo ex lineæ masculina descendentes, &c. Vis autem nominis colectivi plurium personarum, & graduum iniuncto verbo denotante perpetuitatem, seu durationem gravaminis, inducit inter omnes sub eo nomine colectivo comprehensos Fideicommissum, & sic reciprocum inter lineas. Cita à Fufario, Peregrino, Graciano, y Castillo, y profigue: Vnde retenta significatione dicti nominis colectivi, quos omnes, substitutio fœminarum referenda est ad casum totius deficientiæ lineæ masculina, sicuti quando dictum est, amobus hore diebus deficientibus, de defectu omnium esse intelligendam conditionem, latè docuit Giovan. conf. 81. num. 10.*

19. *Et seqq. lib. 1. controu. 303. num. 32.* como en nuestra Clausula primera, en que està contemplado el hijo primogenito masculino, y sus descendientes varones colectivamente de mayor en menor.

110 Y quando repite la masculinidad el fundador en muchas partes antes de llamar à la fuccesion à las hembras, alli: *Quod patet ex tamen ipsa vocatione masculinitatis, cum per quatuor vices in verbis testamenti supra relatis testator qualitatem masculinitatis replicaverit*, Paris. conf. 90. num. 16. tom. 2. Aldobr. conf. 6. nu. 43. Surdo conf. 96. num. 31. lib. 1. Gratian. discept. forens. 832. num. 11. Rot. penes Giovang. post. conf. 75. num. 73. *Et in recent. decis. 300. num. 5. part. 1. decis. 168. num. 5. vers. Quod fortius part. 5. Et decis. 212. num. 4. part. 4.* segun se verifica en la Donacion.

111 Y lo mismo procede quando se dilata, y difunde en varias substituciones, y en todas ellas contempla à los masculos, *ut in num. 16. alli: Tertio, quia testator ad plures gradus substitutionem processit, praefendo semper masculos faeminis, ex quo digressu colligitur coniectura substitutionis reciproca de linea ad lineam, cum non possit fieri transitus de uno gradu ad alium, nisi substituti admittantur ad bona transversalium*, Decian. conf. 3. num. 52. lib. 1. Paris. conf. 43. num. 35. lib. 2. Rot. decis. 344. num. 17. part. 1. recent. cum alijs congestis in dicta Romana fideicommissi de Zefiris, *Et in dict. Terracinen. fideicommissi coram R. P. D. meo Ottobono §. 2. result.*

112 Es conferente la doctrina del Señor Cardenal de Luca de fideicommiss. discurs. 102. num. 6. que arguye contemplada la agnacion, (aunque à el Conde de Atarès le basta la masculinidad) quando el fundador, *digressus fuit ad plures substitutionum gradus loquendo semper de masculis,*

lis , y afsi mismo excluidas las hembras , aunque sea hija del vltimo poseedor en el interim , que huviere masculos; y con la distincion entre el caso , en que *simpliciter*, estàn contemplados, y preferidos los varones, y el de dilatarse en varias substituciones , loquendo semper de masculis , compone las opiniones encontradas , admitiendo la prelacion de absoluta de los Masculos en el segundo , alli: *Secus autem ubi longo substitutionum ordine masculi sint vocati , cum tunc certa videatur voluntas conservandi agnationem, ut constare observavimus ex omnibus dictis decisionibus in contrarium allegatis, & praesertim in dict. decis. 34. post Censal. ad Peregrin. ubi late alia allegantur, atque cum hac distinctione, qua est germana, & veram dicevamus conciliari de plano omnes desidentes auctoritates , & decisiones ; unde cum universa descendencia masculina in infinitum esset vocata , expressione perpetua permanentia honorum, ac sub arcto, & arctissimo fideicommisso, hic nimis clara videbatur voluntas conservationis honorum in agnatione, in exclusionem foeminarum, quoniam istis admisis, esset impossibile dictam testatoris voluntatem verificari, & consequenter respondendum videbatur pro foeminarum exclusionem.*

113 El quarto motivo procede de hallarse puestos en condicion todos los hijos masculos , y sus descendientes masculos para la substitucion de las hijas , alli: *Esi serà caso que los ditos nombraderos morràn sin se fillos masclos, è descendientes de aquellos masclos legitimos , è de legitimo matrimonio procreados, que pervengan en fillas legitimas de ellos; porque en estos terminos no tienen llamamiento las hembras hasta fenecidos todos los varones , y el Mayorazgo se juzgò de calidad, y no regular, aunque estèn contempladas, quando su llamamiento està deferido à el tiem*

po

po en que falten todos los masculos, Soufa *in repert. leg. fœmina, ff. de reg. iur. in princ. alli: Hocque procedit quando fœmina vocatur ante masculos omnino extinctos, secus est, quando fœmina vocantur deficientibus omnibus masculis, Surd. conf. 475. ex nu. 14. Casanate conf. 23. nu. 4. in princip. Dom. Sesse decis. 254. num. 1. Lara in compendio vite hominis, num. 114. alli: Cum sit vocata fœmina ex necessitate (à mas no poder, ut ita dicam) Et idem erit si probatum fuerit nullos extitisse masculos ultra illos certos nominatos, Larrea decis. 53. num. 26. Castillo lib. 5. controvers. cap. 92. num. 5.*

114 Y aunque se pretende que no estàn puestos en condicion todos los masculos descendientes de los hijos masculos, si solo los masculos de la linea efectiva de el ultimo poseedor, estrechando la condicion à esta classe de masculos; porque los Donantes no usaron de la dicion vniversal, todos los descendientes de aquellos masculos, conteniendose en poner en condicion à los hijos masculos, y descendientes de aquellos masculos, haziendo gran fuerza en este discurso, para incluir à la Señora Condesa de Montijo, como substituida en el caso de aver muerto sin hijos masculos el Señor Marqués de Offera, Padre de su Excelencia.

115 Respondemos lo primero, que en las tres clausulas antecedentes al llamamiento de las hijas, se hallan instituidos los hijos masculos, y sus descendientes masculos, discretivamente, y por via de Mayorazgo de calidad de masculos, perfecto, y absoluto, como avemos fundado, y lo reconoce el Motivo, y los Advogados de la Señora Condesa, considerando dichas clausulas sin mixtura de las subsiguientes, en las quales fundan la inclusion de su Excelencia, dandoles la interpretacion, con la

T

va,

variedad que ávenos dicho, y les parece más proporcionada à incluir à su Excelencia.

116 Assentada la institucion, y substitucion precedente de los hijos masculos, y sus descendientes masculos, todas las personas comprehendidas en ella, están puestas en condicion para las substituciones subsecuentes; porque el contenido, y significado de las palabras condicionales, las supone instituidas, y substituidas con derecho anterior al substituido condicionalmente, Rot. dec. 269. num. 27. part. 15. ibi: *In conditione enim ille dumtaxat persona comprehenduntur, quæ continentur in precedenti dispositione, & parte vocativa, Grabel. dict. cons. 116. num. 32. vers. Et descendentes masculi, & num. 33. lib. 2. Durand. decis. 126. num. 12. & 28. in recent. decis. 106. num. 9. part. 6. & dict. decis. 95. num. 23. part. 11. & in prima ex supra allegatis, Bonon. fideicommissi de Caetanis, § quia cum fideicommissum.*

117 Y la razon procede de juzgarse mas predilectos los primeros instituidos, ex Dom. Nicolao Intrigliolo de substitut. centur. 2. quæst. 68. num. 9. alli: *Tertio quia quos pater præfert in institutione eosdem videtur prætulisse in substitutione, leg. 1. Cod. de impub. & alijs substit. leg. Lulius, § pater puberum, ff. ad Trebel.* y no lo serian si todos no estuvieran puestos en condicion, respecto de los substituidos en segundo lugar: Luego estando contemplados en dichas tres clausulas: *Los hijos masculos, y todos sus descendientes masculos, se han de entender todos ellos puestos en condicion, para el ingreso de las hembras, como lo están para el hijo segundo, y sus descendientes masculos, que tienen anterior llamamiento à las hijas.*

118 Lo segundo, que sino estuvieran todos los hijos,

jos, y descendientes masculos, puestos en condicion respecto de las hijas, se seguiria contradiccion manifesta entre las tres clausulas primeras de las instituciones, y substitutiones de los hijos masculos, y sus descendientes masculos, con la clausula quarta, y quinta, en que se pretende substituidas las hijas; porque en ellas tiene qualquiere descendiente masculino que sucediere en este Mayorazgo substituto especial en el masculino inmediato como resulta de dichas clausulas, estando llamados todos los descendientes masculos, *de uno en otro*, sin interposicion de hembra, y en fuerza de la clausula quarta, y quinta, se pretende impedir el ingreso, y progreso indispensable, q̄ dispusieron los Donantes en la sucesion de su Mayorazgo à favor de los hijos masculos de los Donatarios, y de sus descendientes masculos, introduciendo la substitution de la hija del ultimo poseedor contra el masculino literalmente substituido en clausula discretiva, y perfecta, que absolutamente lo substituye en el caso de morir el poseedor sin descendencia de masculos, alli: *Vengan en el primer fillo mascolo que Dios les darà, è à ellos sobreviurà, è en los descendientes de aquel masculos, servando en todo lo sobredicho orden de genitura de mayor en menor.*

119 Y como sea evidente la consequencia de este absurdo, si se entendiesse substituida la hija à perjuizio de qualquiere masculino descendiente del hijo primogenito, que se halla especificamente substituido por esta calidad, no puede al parecer hazerse lugar esta interpretacion, è inteligencia del Voto singular, asì por evitar dicha contradiccion, como porque no se admite interpretacion alguna, que estreche la disposicion precedente en clausula, y oracion perfecta, y sin conexion, ni dependen-

dencia de las subsguientes, de las quales se pretende inducir ceñido, ò limitado todo lo dispuesto antecedentemente con providencia separada, y diversa, correspondiva à personas de distinta calidad: *Nam quandocumque verba precedentia, certam, & propriam significationem, iurisque determinationem pro se habent, tunc per sequentia non restringuntur, neque ab illis declarationem sumunt.* Beroio *cons. 77. vol. 2. num. 16.* porque se figuria estrechar, y limitar la disposicion general absoluta, è independiente contra la regla primera, y principal de nuestro Reyno: *Quia velle restringere, & limitare amplitudinem, & capacitatem eorum verborum, est directe destruere chartam, & eam offendere,* como dezia el Señor Sesse *decis. 412. n. 12. & 13.* deviendo se atender esta providéncia municipal, para la comprehension de la voluntad de los disponientes, ex Cardinali de Luca *de fideicommiss. discurs. 82. num. 9.* por lo qual dixo el motivo, *in Processu Don Martini Perez de Pomar in articulo proprietatis in causa de Rosales,* que no se han de introducir, ni multiplicar substituciones opuestas à la letra, y clausulas ordenadas por los fundadores, alli: *Non sunt somnianda, neque multiplicanda substitutiones, nec facile quisque credendus est voluisse, quod non dixit, nec liberum esse debet iudicantibus pro arbitrio suo defuncti hominis voluntatem comentis suis in utramque partem retorquere.*

120 Y parece que las palabras del Señor Sesse *decis. 65. num. 26. & decis. 254. num. 100.* se aplican con toda propiedad à los discursos que se hazen por la otra parte para la substitucion literal de la Señora Condesa de Montijo: *Resultantia non debet esse persuasiva, & argumentativa tantum, sed conclusiva per necesse, & qua concludat mentem necessario inclusam: huiusmodi enim res non*

ma-

magis, vel minus suadent, quam unusquisque, si vi patitur suaderi (procelosum certe Pelagus Litigantibus) quare prudenter nostri maiores noluerunt, hoc committere humana fragilitati, & omnem contraria interpretationis occasionem removendo legem prudentissimam tulerunt, & eamque in diem presentem observarunt, quod stetur litere, & charta, ut iudicibus non permittatur subtilia quadam machinari quibus fere semper humanum iudicium labitur, consonat Casanate cons. 4. num. 150. & cons. 60. precipue in motivis post dictum Consilium; pues contra la regla mas principal de nuestro Reyno, y contra la voluntad de los Donantes, y perpetuo llamamiento de masculos, sin interposicion de hembras, que supone el motivo establecido en las tres primeras clausulas discretivas para la sucession de los masculos, per se stantes, y con toda perfeccion, se pretende interponer à la Señora Condesa de Montijo, sin embargo de convenir, en que en el Reyno no tenemos llamamientos tacitos, ni substituciones subintelectas, y que solamente se admiten las que fundan en la letra, ò en consecuencia de antecedentes necesarios, y precisos, incluidos, y fundados en la disposicion literal de los Disponientes.

121 Lo tercero, que todas las hijas estàn contempladas en el caso de la deficiencia de masculos, *nomine colectivo*, alli: *Sucedan las hijas de ellos*, y siendo de la naturaleza de las dicciones copulativas, igualar en todo à los comprendidos en ellas, como dezia el Motivo *in Processu Ioannis Gascon, fol. 46. col. 1. & Dom. Sesse decis. 363.* alli: *Quia de natura copula est copulare, aequaliter, simul, & eodem tempore.* Presuponiendo, que todos los hijos masculos, y sus descendientes masculos estàn puestos en condicion, respecto de la hija primogenita de dichos Do-

natarios, y que la existencia de qualquiera de ellos, excluiria à dicha hija primogenita, porque no llegava el caso de su llamamiento, viviendo alguno de dichos masculos, han de està comprehendidas debaxo de esta misma regla, y condicion qualesquiera hijas de los descendientes masculos, porque està contemplada, simul, & copulativè con dicha hija primogenita, y consiguientemente presuponiendo, que el Conde de Atares tendria llamamiento preferente à dicha hija primogenita de los Donatarios, lo ha de tener tambien respecto de dicha Señora Condesa de Atarès, aunque hija de masculino ultimo poseedor.

122 Y en conclusion de estos discursos, parece doctrina magistral la de Castillo lib. 5. cap. 92. num. 30. vers. Præterea, alli: *Quando scilicet maioratus institutor, seu disponens non promiscue, & generaliter de filiis, & descendentibus locutus est, sed unumquemque distinxit, vocando scilicet filium masculum nepotem, & pranepotem, & ceteros masculos ex eo descendentes, & sic de singulis, & in eorum defectum, & aliorum omnium descendantium masculorum filiam suam maiorem vocabit, tunc namque cum de masculis, & descendentibus ab eis masculis, separatim, & discretive loquatur, & postmodum discretive etiam de filiabus suis non possunt equidem sub eis vocationibus, neptes ex masculis comprehendi; cita à Deciano, Menochio, y otros muchos, y Cefalo cons. 251. num. 32. hablando en terminos de drecho comun, dixo de la substitution de la hija del ultimo poseedor, por no aver masculino en su linea: Eam esse interpretationem restrictivam, ac disiunctivam, contra legem si putator, ff. ad leg. Aquil. Gloss. leg. filium quem avertem, cap. fam. etc. & facile fuisset testatori id exprimere, si eam intentionem habuisset, S. si autem à*
de-

deficientis, Cod. de caduc. tollend. cap. ad audientiam de decimis, cap. inter corporalia, vers. Vnde, Et si circa translationem relatorum, Decius conf. 15. num. 1. Et 122. col. fin. Gozadin. conf. 30. num. 10.

123 Luego con vista de la discretiva vocacion de masculos, repetida en tres clausulas, que incluyen la substitucion de todos ellos, feneciendo en la vltima, *servando en todos los sobredichos orden de genitura*, con q̄ se establece vn llamamiento perpetuo, y prelativo de ellos, sin mixtura, ni memoria de hembras, ni aun por via de relacion para posponerlas à los masculos; subfiguiendose despues en clausula à parte el llamamiento condicional de las hembras, encabezado en las hijas de los Donatarios, y con clausulas especificas *de mayor en mayor*, y con gravamen de nombre, y armas dispuesto para ellos literalmente, y no por relacion al orden, y gravamenes impuestos à los varones, se demuestra indubitadamente, que los Donantes distinguieron dos Mayorazgos, vno de calidad para todos los masculos, otro regular para las hijas, y que no quisieron tuviesse cabimiento el segundo, hasta fenecidos todos los masculos, que contemplaron con derecho preferente en el primero.

124 Esta formalidad con que observamos lo dispuesto, y ordenado por los Donātes en el Mayorazgo de la Casa de Quinto, haze demonstracion evidente de la diferencia con que devemos considerar el vinculo de la Casa de Torres, instituido por Doña Esperanza de Gurrea, por el qual la Señora Doña Josepha Antonia de Gurrea y Cerdan, obtuvo Comission de Corte en la Real Audiencia, y recurso de Apelacion por la calidad de hija del vltimo poseedor, contra el Señor Don Baltasar de Gurrea, Cōde del Villar, que la ganó por masculino

en

en la primera instancia, segun resulta del Proceso *Appellationis Domnae Iosepha Antonia de Gurrea, super Apprehensione*, porque la Señora Doña Esperanza no distinguió Mayorazgo para masculos, y Mayorazgo para hembras, y copulativamente contemplò à vnos, y à otros, sin pasar à mayor distincion, y declaracion, que la correspondiente à el Mayorazgo regular; que siempre prefieran los masculos à las hembras, la qual supone por necesario antecedente llamamiento de varones, y hembras dentro de vna misma linea, aunque preferidos los masculos, como parece en la clausula de dicho Vinculo, y Mayorazgo, alli: *Hago, è instituyo Mayorazgo perpetuo, en el qual de mayor en mayor, guardando orden de primogenitura, quiero que sucedan los dichos mis nietos varones arriba nombrados, è sus descendientes varones para siempre, y en falta de varones, las descendientes hembras.*

125 La qual en su contenido literal, debaxo de vnas mismas palabras, *de mayor en mayor, guardando orden de primogenitura*, contempla à sus quatro nietos varones, y sus descendientes varones para siempre colectivamente; y en falta de varones las descendientes hembras, sin prevenir con especialidad, y discretivamente, *que fenecida la linea de varones del nieto primogenito, suceda el segundo, y sus descendientes varones, ni repetir substituciones de masculos, ni aumentar otra providencia, para la sucesion de las hembras;* y lo declara el Motivo del juzgado de la Real Audiencia, alli: *Nec dici possit Domnam Sperantiam sibi non constituisse, & protinus in expressam sui ipsius correctionem incidisse. Tertio licet fœmina conditionaliter substituantur in defectum masculorum in perpetuum vocatorum, & illa propter hos excludantur, tamen cum testatrix non expresse in substitutione, & in conditione, qua in-*

tan-

tantur fœmina masculorum omnium linearum, aut remotioris, aut cum clara litera, aut cum adeo evidentissimis coniecturis, ut aliud præter illam, irregularem prælationem inducere non valeant, & aliqua iuridica ratione subterfugi queant, imò ut dictum est, incompatibilis sit, & verba hæc nostra omnia possint ad literam commodè intelligi in Maioratus regulari ordinario, Domna Iosèpha exclusio non ob alterius tinea masculos, qualis est Don Baltasar Comes; sed propter masculos eiusdem lineæ, & gradus (si extarent) intelligenda necessario erit, ac si nihil peculiare circa hoc à Domna Sperantia dispositum fuisset.

126 Y con notable, y conocida distincion los Donantes en el Mayorazgo de la Causa de Quinto, contemplan en primero lugar al hijo primogenito, y sus descendientes masculos.

127 En la segunda substituyen, en el caso de faltar el hijo primogenito masculino, y sus descendientes masculos; y al vltimo de estos, al hijo segundo, y sus descendientes masculos, y subsiguientemente substituye al hijo tercero, y sus descendientes masculos, y qualquiere otro hijo masculino, y sus descendientes de la misma calidad, al vltimo descendiente de la linea preferida, de mayor en menor; concluyendo, con el gravamen de nombre, y armas, el llamamiento discreetivo, perpetuo, y absoluto de todos los masculos, como lo declaran las palabras: *En defecto de dicho masculino, è descendientes de aquel, que comprehenden perpetuidad, y substitucion de los masculos perpetua, y en qualquier tiempo que faltaren los instituidos en primero lugar, y substitutos masculos, que les nombra, y destina, ex Casanate cons. 33. num. 22. alli: Nam præcessit substitutio passiva Philippi, & Francesci, sub conditione si decesserint sine filijs masculis, & etiam præcessit substitutio*

X

acti-

activa Francesi, & Federici sub eadem conditione, si vocatus præcedens decederet sine filiis masculis: igitur per hanc clausulam generalem subsequentem clare inducitur substitutio activa, & passiva sub eadem conditione decedendi sine masculis repetita, & expressa generaliter, & indistincte, & per viam regulæ in masculis descendantibus, & sic in quibuscumque etiam remotissimis descendantibus masculis in perpetuum, & in infinitum, prout denotat dictio, descendantium, infinitatem denotans, uti adverteret Nata cons. 531.num.24. Gratus cons.133.num.11. lib.2. & in auth. de hered. ab intest. venient. ubi notat Angelus, & tradunt plures congesti à Peregrin. art.19.num.11. art.25.num.8. art.30.num.14.

128 Y en clausulas à parte, y oracion distinta forman otro llamamiento discretivamente, para fenecidos los masculos, encabeçandolo en las hijas primogenitas de dichos Donatarios, repitiendo la misma providencia de mayor en mayor, servando orden de primogenitura, como avemos fundado; y prosiguiendo con la misma distincion, respecto del vltimo llamamiento del Pariente mas cercano, lo repiten en la misma forma, sin relacion à él primero, como regularmente lo vemos en otros Mayorazgos: Luego se convence sin duda alguna, que los Donantes en el primero llamamiento de masculos, aviendo dispuesto con esta discrecion, no tuvieron voluntad que se interpusiessse hembra alguna mientras huviesse masculos descendientes de los hijos masculos de dichos Donatarios, como ni tampoco en el segundo de hembras, dieron drecho prelativo à los masculos, sino el tacito, y subintelecto, que les corresponde por la naturaleza de Mayorazgo regular en el caso que estos bienes perviniesssen en las hijas, pues en èl no ay letra alguna que

que los prefiera ; aunque en el vltimo del *pariente mas cercano*, se hallan preferidos los masculos, declarando los Donantes, *que pervengan en fillos de ellos masculos:: ò en defecto de fillos, è descendientes de aquellos legitimos masculos, vengan los ditos bienes en fillas de aquellos.*

129 A este discretivo modo con que disponen los Donantes el llamamiento prelativo de todos los masculos, se aumentan las circunstancias siguientes, que no se hallan en el Mayorazgo de la Causa de Torres, y califican el de calidad masculina en el presente de Quinto.

130 La primera, que reconoce el Motivo del Voto singular, y todos los Informes de la Señora Condesa de Montijo, que en las tres primeras clausulas tienen llamamiento literal, privativo, y sin comprehension de hembras algunas, los descendientes *masculos*, assi en el ingreso, como en el progreso, por estar contemplado el hijo primogenito masculino, y todos sus descendientes masculos, con orden de genitura de mayor en menor, gravamen de nombre, y armas, y de privacion en el caso de contravenir, y llamamiento de los substituidos *à aquellos, è de cada uno de ellos.*

131 La segunda, que la hija de los Donatarios excluye à la hija de su Primogenito, aunque este aya hecho linea de primogenitura, muriendo sin hijos descendientes masculos.

132 La tercera, que qualquiere descendiente masculino excluye à la hija primogenita de los Donatarios, porque todos estan puestos en condicion, para suceder la Hija primogenita, la qual sino en defecto de todos ellos no tiene llamamiento al goze, y sucession de este Mayorazgo.

La

133 La quarta, que el Masculo descendiente del hijo Primogenito en qualquiere grado, aunque muy remoto, excluye al Hijo segundogenito, porque este, y sus descendientes están substituidos al vltimo descendiente del masculino del hijo primogenito, sin embargo que tienen derecho prelativo à qualquiere hembra, por la específica disposicion con que están substituidos, no aviendo masculino descendiente del hijo primogenito.

134 La quinta, en confirmacion del antecedente, que este hijo segundogenito excluido por el masculino mas remoto, como sea descendiente del primogenito, excluye à la hija del mismo primogenito, aunque huviera muerto su padre poseyendo el Mayorazgo,

135 La sexta, que la substitucion de las Hijas, la hizieron los Donantes en clausulas à parte, discretiva para las hembras, colectiva, y vniforme de todas las hijas, como quiere el alegato juridico por la Señora Condesa, y dentro de este llamamiento colectivo de las hijas de ellos, confiesa con el Motivo del Voto singular, llamamiento posterior, y subalterno de la Hija primogenita de dichos Donatarios à todos los masculos, y formando vna substitucion discretiva para cada vna de las hijas de los Donatarios, de sus hijos varones, y de todas las hijas de qualquiere masculino descendiente que huviere sucedido en este Mayorazgo, pretende en Estas prelación à todos los masculos transversales.

136 Y reconociendo el Motivo, que en las disposiciones de los fundadores se ha de observar literalmente el contenido de su disposicion, resulta de este agregado de circunstancias derivadas de la misma donacion, su serie, y contexto, la prelación absoluta de qualquiere masculino, y que no se aplica al exemplar de la Casa de
Tor-

Torres, donde no se halla alguna de estas circunstancias, y se contraen todos los llamamientos à vna clausula comprehensiva de varones, y hembras, governada por vna misma primogenitura, sin prevenir la condistinció entre los llamamientos de varones, y los de hembras, como en nuestro caso, declarando vnicamente la prelacion de el masculino à la hembra, sin circunstancia que altere la naturaleza del Mayorazgo regular, ni pueda persuadir otra voluntad en Doña Esperanza de Garrea, que lo fundò, segun lo observará V. S. I. cotejando las clausulas de vn Mayorazgo con las del otro, y por esta razon nos abstraemos de mayores ponderaciones con la enseñanza de Casiodoro lib. 10. epist. 33. alli. *Pauca dixisse sapientia vestra sufficiunt, quia in alto pectore protenditur, quod consideratum semper augetur.*

§. NONO.

137 **A**umenta el Motivo de el Voto singular contra la perpetua prelacion de los masculos descendientes de todos los hijos varones *mientras los buviere*, que el drecho preferente de dichos masculos, està cõtraido tan solamente, à el caso de la muerte de los Donatarios; y consiguientemente, que aviendo tenido hijo varon, el qual entrò en el goze, y possession de el Mayorazgo, no ay letra, que prefiera à los masculos en el descenfo, y progreso de los descendientes del hijo primogenito masculino, y que faltando esta providencia à favor de los varones, y estando llamadas las hembras en defecto de ellos, deve suceder la hija del vltimo poseedor, porque en este Mayorazgo, aunque en el principio, è ingresso, prefiere la calidad masculina, no la continua en el progreso, y queda en estado, y terminos de

Y

Ma

Mayorazgo regular, alli: *Idemque esse vocare ad successionem filium maiorem indefinita possessoris maioratus, ac vocare unumquemque filium discretivè, nepotes, pro nepotes, & descendentes masculos, ab eis respectivè: Si adest immediata substitutio foeminarum, retento eodem themate linea recta, & efectiva actualis possessoris: Y si morràn los Donatarios sin se fillos masclos: Quia expressio graduum & qualitatis, quæ tacita in erat, nihil operatur, & vocatio prælativa masculorum ad ingressum successionis, solum sit ad ponendum ipsam in persona in qua est radicanda, assignando ordinem prælativam successionis, & non absolutam, nec exorbitantem exclusionem foeminarum, ut expresse litera demonstrat: ubi post tot filiorum, & descendentium discretiva, & diffuse prælativa vocatorum, collationando, primam clausulam vocationis omnium filiorum, & descendentium masculorum, incipiendo à primo, & maiori: Que à pres dias de los Donatarios à ellos sobrevivi-rà, cum ultima vocationis filiarum: Y si morràn los Donatarios sin se fillos masclos, succedan las hijas de mayor en mayor, inscriari nequit, quod scripta prælatio filiorum, & descendentium masculorum, & si per se, & seorsim sumpta indicare posset absolutam prælationem, unita vero, & concatenata oratio hypotetica, & composita ex vocatione prælativa masculorum, & immediata substitutione foeminarum, cum expressa correlatione ad tempus mortis possessorum maioratus, præcisè circumscripta, & limitata stimari debet prælatio scripta intra lineam, & gradum actualis successionis; successiveque repetita, & subintellecta eadem, & non alia exorbitans prælatio in quolibet maioratus possessore, supposita irrefragabili perpetuitate, & cum tractu successio in omnem posteritatem vinculantium stabilita.*

138 Presupone el motivo, para aplicacion de este discurso, que el Hijo primogenito, y todos sus descendientes masculos, se han de considerar como vnico, y al segundo con sus descendientes en la misma forma, y con la misma representacion de vno, al tercero, y à qualesquiere otros con la misma calidad, y à las hijas contempladas, *simpliciter, & collectivè*, en defecto de ellos, como si los Donantes huvieran dicho: *Por muerte de los Donatarios, sucedan sus hijos masculos, y en falta de ellos las hembras*. Sin dar otra providencia, ni mayor declaracion para el descenso, y progreso de la sucesion del Mayorazgo, sino tan solamente para la perpetuidad, y sin explicacion de la calidad de las personas, que quisieron preferir, dexandolo con su omision en terminos, y estado de Mayorazgo regular.

139 Segun discurre la otra parte se han de borrar de la escritura de la donacion, toda la providencia, que los Donantes dieron para la prelacion de la descendencia masculina de sus hijos varones, y reducirla à la concision de las palabras señaladas en el numero antecedente, y no teniendo autoridad los Informes de la Señora Condesa, ni el Motivo singular para borrarlas, ni estrecharlas, parece constante, è indubitado; que asì en el ingreso, como en el progreso estàn preferidos los masculos discretivamente à todas las hembras, porque aviendo prevenido en la primera clausula, *que suceda el primer fillo masculino, que Dios les darà, è à ellos sobrevivirà; que los bienes ayan de venir, è vengàn en los descendientes de aquel masculino legitimos, de mayor en menor*, y nombrado por substituto de ellos à el hijo segundo masculino, ò à sus descendientes masculos.

140 Estàn substituidos al vltimo descendiente masculino

lo del hijo primogenito, aunque literalmente no se explique, ex Torre de maiorat. tom. 3. decis. 24. num. 8. alli: *Neque enim oportet, quod nominatim formaliter, & verbis expressis substitutio fiat ultimo morienti; sed sufficit quod testator non expresserit à quibus hereditatem velit restituere, ut intelligatur onus impositum ultimo de familia, ex Rota coram Ottobono, y otros, y configuientemente han de considerarse instituidos todos los descendientes masculos, que procedieren del hijo primogenito, estando puestos en condicion, y el ultimo gravado à restituir los bienes al hijo segundo masculino, ò à sus descendientes masculos. Y assi mismo el ultimo de los descendientes masculos del hijo segundo à los del tercero, y formado vn Mayorazgo de masculinidad à favor de los hijos de los Donatarios.*

141 Y aviendo prevenido para cada vno de ellos, que se observe el orden de primogenitura, y sucedan de mayor en menor entre dichos masculos, sin aver hecho mencion de hembra alguna, parece sumamente repugnante à la letra, y à la voluntad, que este Mayorazgo, no sea perpetuo, y de calidad prelativa de masculos, en el progreso, y descenso, estando todos ellos contemplados, para entrar, y proseguir en el goze, y possession del Mayorazgo discretivamente, y sin interposicion de hembra, ex Mario Cutelo in Codice legum Fiscalium ad leges Martini notabili 53. num. 2. alli: *Quod si fundator pratergressus fuerit formam legis 2. tit. 15. part. 2. disponendo quod semper, vel perpetuo transeat in masculum maioratus, vel de gradu in gradum masculorum; dicendum est hac fieri in exclusionem faeminarum, & à vulgaribus regulis maioratus regularis discedere voluisse, & quod ex continuata prelatione masculorum, ac in subsidium eorum, vocatione*

tionem *fæminarum* significari *prædilectionem*, quo ad masculos in remotiori gradu constitutos, ut num. 5. in fin. & num. 10. & num. 24. ubi ex prædictis, velle masculos gradatim, & ex omnibus lineis præponere, & ut eis super existentibus ad *fæminas* non progredi, dummodo masculi à primo stipite descendant, ut num. 26. & num. 36. dicit, quod ultimo possessore, absque maribus, per quos linea continuatur defuncto, dum per filiam continuari non potest in fratrem, eiusque mares successio transfundatur.

141 Y para mayor declaracion, supponemos lo primero: Que la calidad de masculino, dispuesta en vn caso, no se requiere en otro distinto, y diverso, ni la establecida en el primero grado, se dilata al segundo, vt animadvertit Torre decis. 38. num. 6. alli: *Eo quod qualitas masculinitatis expressa in vno casu non censetur in alio repetita dum prout hic non apparet testatorem habuisse rationem conservandi agnationem, vt probant omnes adducti in alijs decisionibus quibus addi possunt Sesse decis. Aragon. 402. num. 43. & Rota Bonanien. fideicommiss. de Turri 18. Iunii 1635. coram Eminentissimo Domino Cardinali Verospio quæ est in recent. decis. 581. nu. 2. & 3. & per totam, part. 5. tom. 2.*

142 Lo segundo, que la agnacion contemplada en ciertos grados, y personas, no se difunde à otras, ni estiende à grados distintos, ex Casanate cons. 38. num. 82. Menochio cons. 86. num. 36.

143 Con estos supuestos discurre el Motivo, que vnica, y solamente està contemplada la masculinidad por los Donantes en el caso, y tiempo de la muerte de los Donatarios, de manera, que contrae la prelacion de todos los descendientes varones, respecto de las hijas, à dicho caso, y tiempo, y por consequencia inferre, que en

Z

avien-

aviendo entrado à suceder el hijo mayor masculino , ò qualquiere descendiente masculino , inmediatamente à la muerte de los Donatarios , cessò la prelacion por esta calidad, no aviendo letra de los Donantes, que la continúe en el descenso , y successiones subiguientes , aunque considera la prelacion en la entrada al goze del Mayorazgo , y primera vacante despues de la muerte de los Donatarios, valiendose de las palabras, ingreso, y progreso , con que explican los Autores estrangeros , y la Sagrada Rota la distincion de preferir los masculinos en el primero grado de institucion, ò substitucion tan solamente, ò continuar la prelacion en el descenso de las successiones posteriores.

144 Aunque sean ciertas estas proposiciones , no pueden aplicarse al caso del pleyto presente , porque los Donantes, como avemos fundado , ordenaron vn Mayorazgo de masculinidad perpetuo , y successivo para todos los descendientes masculinos de sus hijos masculinos, assi en el ingreso , porque llaman *al hijo primogenito masculino*, como en el progreso, porque llaman *à los descendientes masculinos*, y les señalan el orden de suceder, *de mayor en menor* , imponiendo , con esta especialidad à los masculinos descendientes el gravamen de nombre , y armas, sin aver substituido, ni hecho memoria alguna de hembras.

145 Y aunque en la clausula quarta substituyen las hijas inmediatamente à los Donatarios, considerandolos sin descendencia masculina, se manifiesta, que no tuvieron voluntad de darles prelacion en ningun caso , respecto del masculino mas remoto, porque disponen el llamamiento de ellas, para vn caso en que los Donatarios quedavan absolutamente destituidos de tener descend-

dencia masculina, alli: *È sifera caso, que los ditos nombraderos morran sin se fillos masclos, è descendientes de aquellos masclos*; y asì parece, que constantemente devemos assentar dos consecuencias. La primera, que los Donantes en el llamamiento de las hijas, tuvieron presente que ninguna dellas pudiera preferir en caso alguno, al descendiente masculino, pues ponen en condicion, para contemplarlas, la imposibilidad de poderlos tener los Donatarios, y falta el estremo con quien podia competirse la prelacion. La segunda, que aviendo sucedido el hijo primogenito masculino, no puede formarse argumento con la clausula quarta, ni hazerse lugar la substitution de las hijas, aunque fuera perpetuo el Mayorazgo, y por el pretendiessen suceder, fenecidos todos los masculos, porque el hijo primogenito varon, tiene destinados substitutos masculos, como avemos dicho, y esto perpetuamente mientras los huviere, comprehendiendo el progreso de la succession, sugeto siempre à la calidad masculina en las tres clausulas primeras de dicha donacion.

146 Y con esta formalidad lo declara la Sagrada Rota in *Bononiensi fideicommissi de Barberis, decis. 95. § 218. part. 11.* haziendose cargo en la ultima, con singularidad de la calidad de masculino, contraida al ingreso, y progreso, vt patet *num. 15. alli: Quapropter distinctio inter ingressum, & progressum nullatenus applicabilis est casui nostro*; y en la antecedente *decis. 95.* explica las circunstancias inductivas de la masculinidad en el progreso à *num. 8. alli: Primo ex ipsa maioratus, ac primogenitura institutione, quæ hoc præsertim intuitu* (trata de la agnacion) *feri solet.* Cita à Molina, Menochio, y otros muchos: *Secundo ex longa substitutionum diversarum personarum,*

narum, graduum, & ordinum serie, in infinitum pro tracta, Surd. conf. 241. num. 13. vers. 3. Mantica de coniecturis, lib. 6. tit. 15. sub num. 6. vers. 3. advertere, & c. cum seqq. Rota penes Cardin. Seraphin. decis. 1329. num. 10. vers. septima coniectura est, & c. & san. mem. Gregor. decis. 464. num. 18. vers. Sicut è contra, & c. ac Peregrin. de fideicommiss. artic. 25. sub num. 25. vers. Secundum, & c. Tertio ex propriarum filiarum exclusione, ac masculorum substitutione, Decian. dict. conf. 127. num. 10. vers. Nam quando testator, & c. & seqq. lib. 3. & Rota decis. 374. sub num. 5. vers. Secundo quia, & c. part. 1. divers. Surd. conf. 96. sub num. 31. vers. accedat, & c. Quarto ex multiplici ac reperita saepe saepius, ac semper in toto institutionis, ac substitutionum predictarum contextu, tam in partibus dispositivis, quam in conditionalibus qualitate masculinitatis, quæ tam acurato studio in singulis casibus expressa, non simplicem, vel primariam sexus predilectionem, sed magis causativam conservationis agnationis, principaliter contemplata præfert; y concluye con el gravamen de nombre, y armas, circunstancia, que junta con las otras, haze argumento de aver contemplado la prelacion à favor de los masculos agnados in ingressu, & progressu.

147 De aqui procede la satisfaccion à las doctrinas que el otro Informe expende para fundar contraída la prelacion de los masculos al caso del ingreso inmediato en el Mayorazgo despues de la muerte de los Donatarios.

148 La primera es la decis. 96. apud Cerrum, que la trae Torre de maiorat. tom. 3. decis. 38. y el Informe de la Señora Marquesa num. 20. y la repite num. 23. y en ella fue el caso de la disputa, que Juan Testador instituyó herederos à sus hijos masculos, y en defecto de ellos à Isabel su hija primogenita, y nombrò por substituto à la
se

segunda, con estas palabras: *E mancando ley senza figli intendo semper de mascli*, que corresponde aver instituido à Isabel, y à su hijo primogenito, y puesto la condicion: *Et casu quo Isabela sine filijs decesserit, intendendo siempre de varones, suceda la hija segundogenita*, â la qual prefirió à los masculos de la tercera genita, como supone en el num. 22.

149 Se ofreció la question, que Isabela tuvo tres hijos à Cesar primogenito, y à Tadeo terciogenito. Cesar, que sucedió à Isabela como primogenito, tuvo à Juan Paulo, y este à la Condesa Julia litigante, con el Marques Guido, que pretendia la successión por masculino, y descendiente de masculos, y la Condesa Julia, aunque hembra por descendiente del hijo primogenito; y la Sagrada Rota decidió à su favor, declarando, que las palabras condicionales: *Muriendo la dicha Isabela sin hijos, entendiendo siempre de masculos*, no inducian prelacion del masculino, sino en el ingreso de la successión inmediata à Isabela, porque se contraxo à hijos, ò nietos, y la Condesa tuvo descendencia de hijo, y nieto, varones de su Aguela Isabela, y en ellos se avia cumplido la condicion, *ut in num. 19. alli: Vel saltem operatur, ut qualitas masculinitatis necessaria sit in filio, vel nepote Isabela, ita ut primogenitura non possit incipere in eius linea, nisi à masculino; sed non facit, quod defecta conditione, Et cepta primogenitura in masculos debeat continuari, in masculos alterius lineae, etiam si foemina supersint in linea, quam primogenitura fuit ingressa, hoc non sub intelligitur, nisi fuerit expressum dum foemina non reperiantur perpetuo exclusae, nec habita fuit ratio agnationis.*

150 Y aunque el Marqués Guido replicava, que en la clausula dispositiva estava instituida Isabela, y sus hijos.

de progenie in progeniem, y que inducian prelación del varón à la hembra, *in qualibet in linea*, entendió que era palabra comprehensiva de varones, y hembras, alli: *Cum appellatione primogeniti, nedum veniant masculi, sed etiam femina, ex late deductis in d. decis. Et bene comprobatur Belus cōf. 1. n. 187. inquit: hoc indistincta procedere, siue dictum sit filij primogeniti, siue simpliciter primogeniti, Et verba de progenie in progeniem etiam feminas comprehendant, ut optime Curtius Iun. cōf. 49. num. 5. Cras. in §. fideicommiss. m. q. 15. num. 5. Roman. cōf. ult. num. 388. cum alijs late allegatis in decis.*

151 De el contenido de esta decision, resulta. Lo primero, que en la parte dispositiva de la institucion de Isabel, en que están instituidos despues de ella su primogenito de vno en otro; no se nombran, ni prefieren los masculos. Lo segundo, que en las palabras condicionales, para el ingreso de la segunda hija del testador, y hermana de Isabela; solamente están puestas en condicion sus hijos masculos de Isabela, aunque con la dición, *siempre masculos*; pero como en lo dispositivo tenían comprehension las hembras del primogenito, y en lo condicional solamente estaban puestos los hijos de Isabela, à los quales correspondian las palabras: *Siempre masculos*, aviendo tenido hijos, y nietos varones, no podia hazerse argumento de esta singularidad, contraida al ingreso inmediato à la sucesion de Isabela, para el progreso, en que tenían comprehension igual, varones, y hembras, y en ella prelación la hija del primogenito.

152 En el Vinculo de este pleyto, tiene llamamiento el hijo primogenito masculino, y sus descendientes masculos, de mayor en menor; con que no teniendo comprehension las hembras: *Quia mascula appellatione femina*

non

non comprehenduntur. Molina de primogenijs, lib. 3. cap. 5. num. 30. Tertia conclusio sit, quod etiam cessante agnationis ratione Maioratus institutor, ex sola masculorum vocatione ex natura, & proprietate huius verbi, masculus, feminas excludere censendus sit, ad positionem, namque masculorum sequitur exclusio feminarum, quod probat ex leg. 1. Cod. de adult.

153 Estàn instituidos todos los descendientes masculos, y como vno de ellos el Señor Conde de Atarès, afsi por la expresion literal: *Que vengán los bienes en el primer fillo masculino que Dios les darà, è en los descendientes de aquel masclos::* servando orden de genitura, de mayor en menor, como por estar puestos en condicion todos los descendientes masculos, y el vltimo de ellos, para la substituciõ del hijo segundo, y los fuyos, y para las hijas, y sus descendientes, como se convencen las palabras: *Et en defecto de dicho fillo masclo, ò descendientes de aquel masclos, pervengan en el otro fillo, ò en los descendientes de aquel masclos.*

154 Porque siendo condicionales: *En defecto de hijos, y descendientes masculos,* comprehendì llamamiento de los descendientes varones en el descenfo, & in perpetuum, mientras los huviere, ex Dom. Sessè decis. 65. num. 26. segun la naturaleza de la diction: *En defecto de descendientes*, que comprehende todos los casos en que faltaren, è informa indispensablemente todas las vacantes in futurum, Casanate cons. 4. num. 105. alli: *Cum testator indeterminate loquentur:: seu simpliciter si filij defecerint, vel in defectum filiorum, vel deficientibus filijs, & tunc sufficiat filios quandocumque deficere, ut distinguendo declarat Socin. in leg. solemus in fin. de condit. & demonstrat. Crasus §. fideicommissum, quest. 33. num. 5.*

Peregrin. art. 29. num. 13. 22. Aquilen. in leg. centur. 4. part. num. 354. de vulgar. Mantic. lib. II. tit. 6. num. 5. § 7.

155 Y estando instituidos el hijo masculino, y todos sus descendientes masculos, es innegable que están puestos en condicion para la sucesion de las hijas, los hijos varones, y descendientes varones antecedentemente instituidos sin excepcion de alguno de ellos, alli: *E si ferà caso que los ditos nombraderos moriràn sin se fillos masculos, è descendientes de aquellos masculos, pervengan en hijas legitimas de ellos*, ex communi axiomatico: *Quod in conditione, illa persona comprehenduntur, qua continentur in dispositione, Et parte vocativa*; ex Gabriel. Duran. y varias decisiones, la Sagrada Rota *apud Rubeis, part. 15. decis. 269. nu. 27.* y consiguientemente se infiere, que por hallarse todos los masculos substituidos antecedentemente, y puestos en condicion, para el ingreso de las hijas, no pueden hazerse lugar hasta fenecidos todos ellos.

156 De que se prueba constantemente, que la decision 96. *apud Cerrum*, no se aplica à nuestro caso, por no estar instituidos todos los masculos descendientes de Isabel, con letra clara, sino *su progenie, y descendencia*, en que están comprendidos varones, y hembras, y substituidos, y pustos en condiciõ solamente *los hijos varones*, sin comprehension de sus descendientes masculos, y asì no puede arguirse Mayorazgo de masculinidad, fuera del primero grado en dicha decision de Cerro, y en el caso presente, no puede dexar de reconocerse; pues concurren las circunstancias, y singularidades, que juzgò dicha Decisiõ, precisas para cõstituirlo, y que por falta de ellas, decidiò, no estava dispuesto en el caso de que trata.

157 La segunda doctrina, que expende el otro Infor-

forme en el num. 28. es de Geronimo Palma tom. 4. allegat. 393. num. 10. de la qual copia las palabras siguientes: *Confirmatur hac ratio à simili; quando scilicet ad successione[m] fideicommissi, vocantur semper masculi, adhuc licet à principio; quando in aliqua linea reperitur successio, de necessesse illa devolvi debeat in masculos, quando tamen agitur de progressu, femina linea admissa, admittitur exclusso masculino alterius linea, y este Autor se dilata en el numero siguiente, para comprobar la proposicion anterior, refiriendose à varios Autores, alli: In puncto dixit Rota coram Cerro decis. 96. num. 20. cum pluribus cumulatis per Cammaratam respons. 49. art. 4. per totum, Et latius motum hoc exornabi in mea prima Allegatione, apud D. Torr. cap. 39. §. 2. num. 25. ubi inter alios allegavi Don Franciscum Palma Genitorem meum, consult. 96. num. 27.*

158 Y en la misma Alegacion que se halla estampada, apud Torre, en el lugar que cita del mismo Geronimo de Palma, firmada por el, declara el caso de la doctrina, que copia el otro Informe, y lo contrae à los terminos de vn fideicomisso, comprehensivo de varones, y hembras, aunque con la clausula: *Presfiriendo siempre el varon à la hembra*, alli: *Et certe ratio differentia est omnino notabilis inter unum, Et alterum casum: quando etenim de novo aperitur successio, tunc verba illa, Maior natu, non verificari possunt, nisi in maiori etate simpliciter, cù nulla alia concurrat circumstantia, à qua determinari, Et ad quam referri possit dictio illa, sed cum fideicommissum non fuit ingressum in aliquam lineam, tunc verba illa, maior natu, quando evidens testatoris voluntas non urget in contrarium, verificari possunt in eo qui est maior natu de linea iam admissa, Et hic adaptantur in fortioribus terminis ea, que firmant DD. de fideicommissis, ad quod vocata sit ali-*

qua familia cum conditione, & masculi semper præferantur foeminis, & firmant, quod si fuit ingressum in aliquam lineam, ex qua amplius masculus non supersit, foemina illius linea non excludantur per masculos alterius linea, & hoc ad prerogativam linea ad successionem admissa late Ramon conf. 100. num. 501. 502. latissime Modernus Siculus, Cammar. respons. decis. 49. art. 4. num. 10. 11. 12. 13. ubi infinitos allegat, & verba multorum, & extensum refert D. Palma Iun. allegat. 92. num. 26. Et tamen foemina numquam nec ullo modo potest denominari masculus, hac autem vox maior natu, quod duplicem possit habere significationem, scilicet, & maiorem habitu respectu ad universam familiam: & maiorem ex linea in quam ingressum fuit fideicommissum, iam supra ex recepta communique sententia comprobabimus, & adhuc effectum ponderat D. Palma Iun. in sua consult. 96. num. 27.

159 Y con esta declaracion que haze Geronimo de Palma de la doctrina copiada por el otro Informe, que se halla en la Alegacion 393. tom. 4. se manifesta, que no se aplica à nuestro caso, porq̃ en el llamamiento complejo, de que trata de varones, y hembras, las palabras sencillas, prefiriendo el varon à la hembra, no incluyen Mayorazgo de masculidad, por ser tan solamente declarativas de la prelación del masculino à la hembra *intra in eandem lineam*, y no disonantes del Mayorazgo regular, segun el qual el masculino prefiere à la hembra, hallándose en ambos en la linea efectiva, como se entendió en estos terminos en la Causa de Torres, pero no habla de fideicomisso, ni Mayorazgo discretivo, para varones en primer lugar, y específico para hembras en el segundo, como el de esta Casa de Quinto, ni con circunstancias literales, y demonstrativas, con evidencia, de la prelación absoluta
de

de masculos, à quale quiere hembras, como avemos fundado en los discursos precedentes à favor del Conde de Atarès.

160 La tercera doctrina, que expende en el *num. 29.* es de Don Juan Torre *de maiorat. Ital. quest. 54. part. 2. num. 26.* y la decision de la Sagrada Rota, *coram Bourlemont*, copiada por el otro Informe, *num. 30.* y por Don Juan Torre *dict. quest. 54. num. 26.* y en ella supone llamamiento en el legado de Jacobo, hijo del testador, y por su muerte, de su hijo primogenito masculino, y despues, sin explicar, que le aya de suceder masculino, profigue: *Et successivè gradatim de primogenito in primogenitum dicti Jacobi in perpetuum.*

161 Dispone la substitution de la hija primogenita de Jacobo en el caso de faltar Jacobo sin hijos masculos.

162 Muriò Jacobo, y le sucediò Marco su hijo, y Mariano su nieto, dexando por hija vnica à Hipolita, la qual pretendiò la successiõ como hija, y descendiente del primogenito, y la contradixo Francisca, hija primogenita de Jacobo, con el motivo de que su padre avia dispuesto el Mayorazgo de calidad masculina, y que ella estava instituida en el caso de faltar los masculos.

163 Defendiò Don Juan Torre à Hipolita, aunque no haze memoria de la sentençia, que se pronunciò, y si fue en favor, ò en contra de su alegato juridico, y el motivo principal de su dictamen lo reduxo à dezir, que Jacobo dispuso: *Que sucediesse su hijo masculino primogenito, y despues de èl procediesse la successiõ de primogenito in primogenitum*; infiriendo de estas palabras, que en el ingreso contemplò la masculinidad, por aver prevenido, *que sucediesse su hijo primogenito masculino*, alli: *Et eo vita*
fun-

functo eius filio primogenito masculo, y no la contempló en el progreso, aviendo contraido su disposicion, á que despues de su hijo masculo corriessse la succesion, *de primogenito in primogenitum*, sin explicar que fuesse masculo, como lo avia ordenado respecto de su hijo, y que estas palabras *de primogenito in primogenitum*, son comprehensivas de varones, y hembras, y configuientemente, que tenia Hipolita llamamiento, como hija de el nieto masculo de dicho Jacobo, el qual le sucedió como hijo del primogenito masculo primero instituido, vt patet, num. 11. alli: *Nec expresse testator designando successores in eadem primogenitura, ad illam vocabit primo loco Iacobum, & post eum eius primogenitum masculum; quod vita functo omnes alios primogenitos eiusdem Iacobi in perpetuum, & de primogenito in primogenitum substituit: Verum appellatione primogeniti censetur comprehensus, tam masculus, quam femina, quando praeipue non constat agnationem fuisse contemplatam, vt fundat Bellus cons. 1. num. 187. Molin. de Hispan. primog. lib. 3. cap. 4. num. 4. Mart. summ. succes. legal. part. 1. quest. 11. art. 1. num. 13. 14. Castald. Mutiens. allegat. 62. num. 1. & firmabit Palma Senior cons. 56. num. 29. & 56. D. meus Palma nepos allegat. 61. num. 9. allegat. 63. num. 15. & allegat. 93. num. 7. part. 1. & allegat. 101. num. 26. part. 2. & pluries firmat Rota decis. 148. num. 1. 2. part. 7. decis. 165. num. 4. part. 8. decis. 96. num. 2. coram Eminentis. Cerro decis. 651. num. 6. coram Dunoceto decis. 205. n. 2. p. 6. recent. proinde non potest excludi Hypolita primogenita Mariani ab hac primogenitura, in qua nullo pacto fuit agnatio contemplata; y esto mismo comprehende la referida decision de Baurlemont, citado vbi proxime.*

164 En el Mayorazgo de este pleyto, los Donantes
lla-

llamaron en primero lugar à su hijo primogenito machulo, y à sus descendientes machulos, de mayor en menor. Luego no solamente contemplaron la calidad masculina en el ingreso del hijo primogenito, sino en el progreso, previniendo, que le sucediesse sus descendientes machulos de mayor en menor, porque el motivo que tuvo Torre para pretender, que el Mayorazgo no era masculinidad en el descenso, o progreso, fue por no aver dispuesto, que los successores del hijo primogenito fuesse machulos, como lo dispuso en dicho su hijo: *Et eo defuncto eius filio primogenito machulo*, y se declara con expresion en el num. 26. que copia el otro Informe, alli: *Designando primogenitum in initio, vel primo ingressu primogenitura adicitur qualitas masculina; in successoribus vero à dictis primogenitis semel admissis, similia verba, denotantia masculinitatem omittuntur; ex quo modo loquendi evidentissime patet, quod in hac nostra primogenitura qualitas masculinitatis necessaria est in filio Iacobi primogenito, in filiis secundo, & tertio genitis eiusdem Iacobi, necnon in filiis filiarum foeminarum eiusdem Iacobi, & aliorum successiva in primo ingressu nova linea admittendorum, non vero in descendantibus linea semel admissa.*

165 Y lo confirma en el num. 16. respondiendo à la instancia, que se le hazia de la contemplacion de la masculinidad en las palabras condicionales: *Si forte dictus Iacobus, absque filiis masculis deficeret, &c.* que no llegó el cumplimiento de esta condicion para la succession de esta hija primogenita; porque el hijo primogenito de Jacobo tuvo à Marco, Padre que fue de Hipolita, y que la masculinidad contraida à vn caso, no se estiende à otro, alli: *Siquidem qualitas masculina adiecta in eventum, quod ex primogenito dicti Iacobi nullus extraret descendens masculus,*

lus, non est ap^oposita principaliter adeo, ut valeat regulare totam dispositionem, sed accessoria. Et in illo casu duntaxat, quod ex primogenito Iacobi, non extaret descendens masculus, proindeque cum talis casus non evenerit, nam Marcus primogenitus dicti Iacobi vere masculum reliquit, videlicet Marianum, in consideratione haberi non potest ad exclusionem feminae existentis in linea dicti primogeniti, ut bene Rota, coram Eminentis. Cerro decis. 96. nu. 5. dict. decis. 205. num. 13. part. 16. recent. Et ratio est evidens, nam qualitas masculinitatis expressa in uno casu, non censetur in alio repetita, dum pro ut hic, non apparet testatorem habuisse rationem conservandi agnationem, Sesse decis. Aragon. 402. num. 43. decis. 581. num. 2. Et 3. part. 5. tom. 2. Casti- llo lib. 2. controvers. 4. Hieronymus Palma Senior cons. 56. num. 38. Et 50.

166 Concluyendo en el num. 25. despues de aver ponderado los llamamientos de los hijos de Jacobo, que de toda la serie, y contexto del testamento resulta, que solamente en el primer grado, o ingreso prefirió la masculinidad, y esto lo infiere de que no hizo mencion de masculos en el descenso, y progreso, alli: *Demum ad favorem eiusdem Hypolita, ni fallor est incontrovertibile argumentum, quod ex tota dispositionis serie desumitur, videlicet quod in huiusmodi facti specie dignoscitur testatorem nostrum habuisse in mentem ordinare veram, Et propriam primogenituram, ad quam post obitum Iacobi primo loco vocati admittitur primogenitus masculus eiusdem Iacobi, ibi: Et quae quidem bona cum onere praedicto utenda, Et fruenda cogavit Iacobo eius filio, Et eo vita functo filio primogenito masculo dicti Iacobi, Et c. Post admissionem vero secundo geniti praedicti in ulterioribus successioneibus eiusdem descendendum non exigit, quod qui debent succedere ha-*

habeant qualitatem masculinam, sed reliquit primogenituram sub dispositione iuris, videlicet, ut donec extant descendentes eiusdem lineæ, quamvis femina non fiat transitus ad alias lineas, & si masculinas, postquam habuit effectum per ingressum primogenituræ in lineam masculinam primo vocati, qua de causa post admissum primogenitum masculinum non repetit qualitatem masculinam, sed ait: & successiva gradatim de primogenito in primogenitum; ex qua vocatione non excluditur femina, ut vidimus, & plenius comprobatur mens, & intentio testatoris nostri, quod voluit primogenitum à masculo incipere, non autem quod in eiusdem descendentes requiratur qualitas masculina ex sequenti periodo, in quo loquendo de primo successore post primogenitum Iacobi, masculinum in conditione possuit, & si forte ab eodem primogenito nullus extaret descendens masculus. In ulterioribus vero hanc qualitatem omisit, seu deficeret lineæ dicti primogeniti, cuius appellatione femina etiā comprehenditur, ut supra fuit ostensum, & in similibus terminis considerat Rota decis. 249. num. 22. part. 7. & decis. 65. ante num. 7. vers. Neque par ratio, num. 14. & 15. part. 8. recent. ubi quod masculinitas apposita in personam, in qua radicanda erat primogenitura, non operatur exclusionem feminarum in casibus à iure permisis, & concordat decisio 72. num. 4. & seqq. decis. 90. num. 4. coram Rojas.

167 En este Mayorazgo de la Casa de Quinto observamos todo lo contrario, porque en toda su serie, y contextura entre los descendientes masculos, y hembras de los Donatarios, se hallan los masculos instituidos, y substituidos en repetidas clausulas, sin hazer memoria de hembras, ni se hallan estas contempladas, sino para el caso de aver fenecido todos los masculos, como avemos fun-

fundado en este Informe. Y lo persuade la circunstancia, de que en llegando à suceder las hijas, segun el contenido de la clausula quarta, no haze llamamiento especifico de varones descendientes de ellas, ni de los descendientes de lineas inferiores à las hijas, porque suponen fenecida toda la descendencia masculina, quando desieren los derechos de la suecesion à las hijas de dichos Donatarios.

168 Expende en el *num.* 31. la decision 72. de Rojas, y repite como avemos dicho en el 32. la decision 76. de Cerro, entrambas en vn mismo caso, como resulta de su contenido, y la razon es identica, por aver contraido el Testador al primer grado la calidad de masculino, como dize Rojas, *num.* 6. aviendo llamado al hijo masculino de Isabela, y despues del, sin individuacion de masculinos al primogenito, *de progenie in progeniem*, y descender la Condesa Julia de dicha Isabela, mediante dos masculinos que fueron su Padre, y Aguelo, alli: *Ex eo quia vocato masculo ex femina, à quo primogenitura ingressa est in lineam Pauli, non amplius mentionem fecit, de masculis, sed de primogenito, & de progenie in progeniem, sub quo termino colectivo etiam femina comprehenduntur, ex Fusar. de substit. quest. 335. num. 5. Ramon. conf. 100. num. 388.*

169 Y aumenta otra razon en el *num.* 18. à favor de la Condesa Julia, que tenia por si la letra de la disposicion, porque el Testador avia substituido à su Aguela Isabela, y à su primogenito, nietos, y bisnietos, *de progenie in progeniem*, y que en las palabras condicionales, para el transito à otra lineas avia contraido la calidad de masculino à los hijos, sin extenderla à los nietos, y bisnietos, que avia nombrado, *simpliciter*, y no con la calidad de masculinos, en los quales no devia repetirse dicha calidad, propter

ter diversitatem personarum, alli: *Et præsertim cum immediate antea Testator locutus fuerit de filiis nepotibus, & pro nepotibus, & infinitum, ex Isabela descendentes, ex verbis illis, & mancando ley senza figlioli intendendo semper de mascli, & sic verbum de mascli refertur ad figlioli, quorum appellatione non veniunt omnes descendentes ab Isabela, quando Testator de ulteriori gradu nominatim mentionem non fecit. Surd. decis. 322. num. 23. cum hic separatim mentionem fecerit de nepotibus, Socin. Iun. cons. 128. num. 71. vol. 1. Simon de Prat. de interpret. ult. vol. lib. 3. interpret. 3. in dub. 4. solut. 1. num. 43. Cravet. in cons. 677. num. 3. & præsertim ad extensionem fideicommissi, Rot. decis. 693. num. 4. part. 2. recent. Nec aliquomodo intrare repetitionem masculinitatis in sequentibus gradibus, ex quo adest diversitas personarum, & rationis impeditiva repetitionis præsumpte, ut præter allegatos in decisionibus dixit Peregrinus de fideicommiss. art. 25. num. 32. Menoch. præsumpt. 84. nu. 7. lib. 4. Rota in Romana fideicommissi de Vipera 24. Ianuarij 1629. coram bonæ mem. Card. Ver; eoque magis stante expressa nominatione fæminarum, ut supra deductum fuit.*

170 Y en nuestro caso los Donantes, no solamente llamaron à sus hijos con la calidad de masculos, sino que con la misma calificaron el llamamiento de todos los descendientes, alli: *Pervengan en el primer fillo masclo, que Dios les darà, è à ellos sobrevivirà, è en los descendientes de aquel masclos; y repitieron la calidad masculina en todos los substitutos subsiguientes, y con igual expresion en las palabras condicionales, para hazer lugar à la substitucion de las hijas, alli: Si morràn sin se fillos masclos, è descendientes de aquellos masclos.* Luego de toda la serie, y contextura de este Vinculo resulta la prelación de los masculos à las hembras, general, y absoluta,

y sin limitacion de la hija del vltimo poseedor.

171 Y configuientemente, que las doctrinas expédidas en este punto por la otra parte, prueba, y califican la justicia del Señor Conde de Atarès, porque fundan en el defecto literal, *de aver llamado masculos en el descenso, y progreso*, y ceñido la calidad masculina *al primer grado de los hijos*, y en el Mayorazgo que establecieron los Donantes, sobre cuya inteligencia se litiga, vniformemente convienen los Alegatos de la Señora Condesa, y el Motivo del Voto singular: *Que està llamado el hijo primero, y sus descendientes masculos*, y contemplada la masculinidad indispensablemente en todos los descendientes de los hijos masculos de los Donatarios, aunque omitida en los descendientes de las hijas, y resucitada despues de fenecidos los descendientes de ellos, en la substitution del Pariente masculino mas cercano, y sus descendientes, no dexando duda alguna con esta distincion, en que la primera linea que contemplaron los Donantes prelativa, y preferente fue de todos los hijos masculos, y descendientes masculos de dichos Donatarios, y la segunda en defecto de todos ellos, de las hijas, y sus descendientes, *simpliciter*, y fenecida esta la tercera del Pariente masculino mas cercano, y sus descendientes masculos, y fenecidos estos la de sus hijas, como parece en la clausula septima, alli: *En defectos de fijos, è descendientes de aquellos legitimos masclos, vengan los ditos bienes en fillas de aquellos legitimas, è en descendientes de aquellas, de mayor en menor*, sin hazer memoria de masculos, porque suponen aver fenecido todos, y no aver masculino alguno descendiente del Pariente masculino mas cercano; en vltimo lugar, contemplado con toda su descendencia primero de masculos, y fenecidos todos ellos, de sus hi-

hijas, y descendientes de ellas, aunque no fuesen masculos.

§. DEZIMO.

172 **E**L Motivo de los quatro Señores Lugartenientes pondera los llamamientos repetidos de masculos en las primeras clausulas de la Donacion, inductivas de vn Mayorazgo perpetuo, gradual, y succesivo de masculinidad, con exclusion de hembras por qualquiere masculino, aunque fuere mas remoto, y de linea inferior; y de esta ponderacion, que se confiesa por el Voto singular, y por los Advogados de la Señora Condesa, *atendidas tan solamente las tres primeras clausulas*, porque en ellas no ay nombramiento de hembras; infieren dichos Señores, que estando instituidos, y substituidos *todos los masculos descendientes de los hijos varones de los Donatarios*, estan puestos todos en condicion, para que pueda suceder hembra alguna segun las palabras: *E si caso serà que los ditos nõbraderos morràn sin se fillos masculos, ò descendientes de aquellos masculos legitimos, que pervengã en hijas legitimas de ellos*; y la razon procede, de que dichas palabras condicionales se han de entender, ò ceñidas, y limitadas al tiempo de la muerte de los Donatarios, y si assi se comprehendieren, no tendran llamamiento las hembras, por aver muerto dichos Donatarios con hijo masculino, ò con perpetuidad, por la naturaleza del Mayorazgo, y considerandolas con esta calidad de perpetuas producen el mismo efecto, porque igualmente se ha de verificar la muerte de los Donatarios, de sus hijos masculos, y de todos sus descendientes masculos, en qualquiere caso, que la hembra pretendiere suceder, como latissimamente se ha fundado en los escritos tan doctos, que se han

han entregado por el Señor Conde de Atarès.

173 Y en breves clausulas lo confirma la Sagrada Rota p. 4. dec. 567. à n. 3. por los repetidos llamamientos anteriores de masculos, en q̄ no están contempladas las hembras, alli: *Ex qualitate masculinitatis pluries expressa per eundem Testatorem::: quo fit ut non possint dici comprehense femina, cum notum sit verbum, masculus, ex sui natura, & proprietate eis non convenire, ex Molin. de primogen. lib. 3. cap. 5. num. 30. de los quales se infiere, que en las disposiciones sucesivas, igualmente están llamados, y preferidos masculos mas remotos, como en la entrada, è ingresso à la successión, alli: Istamque repetitionem masculinitatis in substitutione, facta in casu mortis DD. confirmant, quia verba familia de domo, & agnatione preposita est, dictio in dicta, ex qua expressa relatio inducitur ad familiam, domum, & agnationem masculinam supra enuntiatam, cum omnibus qualitatibus suis, & sic etiam masculinitatis; quamvis eo ipso quod testator in hac substitutione repetit verba familie, & agnationis, censeatur intellexisse de masculina, cum eam sic expresse supra declaraverit, no deviendo presumir mudanza de voluntad en el Testador, alli: Nec presumitur mutatio voluntatis, sino consecuencia vniforme en toda su disposicion, alli: Sed vniformis illa censeatur, & que fuit in precedentibus, continuata presumitur in sequentibus, y concluye ponderando: Structurā verborum, retenta eadem qualitate masculinitatis, con la qual previene se ha de explicar qualquiere clausula posterior, si fuere dudosa, alli: Et tandem sufficere dicebant de contraria testatoris voluntate, non constare; quia secunda ista, substitutio, quatenus dubia sit per aliam priorem declarari debere, y con especialidad dize: Qui enim ab una substitutione exclusus est, putatur exclusus etiam ab alia in qua*

qua eadem res continetur, ex Baldo, Decio, y otros.

174 Y todas las circunstancias de esta decision se aplican al Vinculo de la Casa de Quinto, por la institucion, y substitution perpetua de Masculos, porq̃ estando todos estos instituidos, y substituidos en primer lugar, y se han de entender puestos en condicion, para la substitution de las hijas, por la relacion que hazen à ellos las palabras condicionales; y porque no se ha de admitir la inconsequencia de interponer hembra alguna, en la perpetua, è indispensable institucion, y prelacion antecedente de los hijos masculos, y descendientes masculos, con que quedaria derogada la expresse voluntad, dispuesta con anterioridad por los Donantes.

175 Y quando pudieffe en esta parte considerarse alguna duda, se ha de atender para su declaraciõ à la constante voluntad, que tuvieron de preferir à los masculos in perpetuum; *quia ultra clausulam conditionalem expressam ad introductionem alterius substitutiones, ex iuris dispositione comprehenditur alia intrinseca, videlicet, si defecerint omnes in prima linea* (esto es los masculos contemplados en la institucion, en dichas tres primeras clausulas de nuestro caso) *Et gradu vocati*, ita Motivi, in *Processu Hieronymi Avenia, super Apprehensione*. Consonat Motivum Regiæ Audientia, in *Processu D. Margaritæ Abarca, super Apprehensione, colum. 5. vers. Qui in superiora, all: Eos masculos in conditione positos, qui in prioribus clausulis, solum fuerint instituti.*

176 Confirma con generalidad la prelacion de los masculos, etiam in gradu remotiori, quando el llamamiento es indefinido de masculos, D. Luis de Molina de *Hispan. primog. lib. 3. cap. 5. num. 30.* y aunque la otra parte pretende en fuerça de la limitacion, q̃ trae en el n. 50,

Ec

don-

donde dize: Que si las hembras se hallan contempladas in eodem primogenio, su exclusion se contrae à favor del masculino de la linea efectiva, y no del Varon, que se halla en linea inferior, y transversal, alli: *Septima conclusio, quod quoties in aliqua parte, seu clausula primogenij, vocantur feminae, etiam si pluries in eo primogenio, masculini vocati fuerint, in eo non censetur habita agnationis ratio, sed solum praelatio masculis tributa: ita ut in eorum defectum femina eiusdem gradus succedant.* No puede hazerse lugar en nuestro caso.

177 Porque esta limitacion de Molina se entiende quando en la misma primogenitura, clausula, y oracion estan contemplados Varones, y Hembras, y preferidos los Varones *simpliciter*, sin otra circunstancia, que persuada la prelación del mas remoto, como explica, y compone estos dos lugares de Molina, Parladoro, vbi supra num. 96. ibi: *Quando simpliciter, Masculos illi praeulit.* Y el mismo Molina, alli: *In aliqua parte, seu clausula primogenij,* y Geronimo Palma, à quien copia el otro Informe en el num. 38. habla en los mismos terminos, alli: *Et in terminis praecisis questionis nostrae, quod scilicet in successione Fideicommissi ad quod sunt vocati masculini cum exclusione foeminarum, adhuc filia ultimi Possessoris succedat exclusis masculis alterius lineae, nisi evidentissime constet testatorem contrarium sensisse, & hoc ex prerogativa, privilegio lineae, iam admissae, cita Autores, y prosigue: Vbi optim ad rem nostram dicit, quod quando in dispositione, ultra sexum, & qualitatem masculinitatis adiicitur qualitas primogeniturae, tunc eo magis attenditur, & masculinitati, & ceteris qualitatibus praepositur, quod idem licet per diversa verba pluribus tamen in id cumulatis authoritatibus dixerat antea eodem articulo 4. num. 3. & bene ante eum*

Lu-

Ludovicus Bellus cons. 1. num. 335. *Ramon. à cons. Olim.* num. 483. Et optimè *Rota* decis. 72. num. 2. coram *Rojas.* 178. Y no comprehende D. Luis de Molina el caso, en que el Fundador hizo lineas separadas, con llamamientos de Varones, y lineas distintas, con llamamientos de Hembras; porque en el se haze transito de vna linea à otra, entre las de los Varones, y hasta fenecidos ellos, no entra la linea de las Hembras; aunque sea hija del vltimo Posseedor, y se busca al Varon por la calidad, y à la linea donde està, por ser la predilecta de masculino, ex *Bald. authent. cessante* num. 5. *C. de legit. hered.* *Corneo* cons. 24. num. 22. *Menoch. cons.* 172. num. 35. lib. 2. *Mant. lib.* 8. tit. 15. num. 58. *Socin. d. l. Gallus, §. nunc de lege Veleia* num. 4. *Molina lib.* 3. cap. 5. num. 55. *Castillo lib.* 5. cap. 92. num. 18. Et 19. Vbi quod masculini omnes quamvis diversorum filiorum, Et descendentium eorum faciunt vnam lineam exclusivam, quarumcumque feminarum, Et num. 20. quod femina quamvis sint in linea superiori, Et proximiori gradu, nullo modo introduci possunt, cum sit formata linea de masculis, Et expresse reperitur substituta linea masculini, cum *Bursato* cons. 229. à num. 14. volum. 3. *Fabio de Ana* cons. 53. à num. 81. *Menoch. supra* num. 12. Et cons. 400. num. 43. lib. 4. & idem *Castillo supra* num. 21. Quod non est curandum de proximitate gradus, Et linea, nisi inter illas personas, in quibus adest hæc prerogativa, seu qualitas masculinitatis. *Peregrin. art.* 20. num. 11. *Mantic. supra* tit. 18. num. 5. Et 54. *Molin. d. lib.* 3. cap. 8. num. 8. Quia inspicitur linea, quæ habet prerogativam, Et sicut quando est prerogativa in linea, remotior illius præfertur proximioribus, ita ubi prerogativa est in sexu masculino, remotior ex illo præfertur femina proximiori, ut *Bald. d. cons.* 137. num. 1. ad fin. lib. 2. *Gregorius Lopez, d. gloss.* 2. quest. 21. *Molina d. cap.*

cap. 8. num. 7. & 8. Cefalo d. cons. 251. à num. 42. & num. 70. & 71. Petrus Surdus cons. 349. à num. 1. & 2. & cons. 407. num. 35. & 36. Prosequitur Castillo num. 6. cap. 143. §. Vnico, num. 4. in princ.

179 Califica esta distincion la Sagrada Rota, apud Ottobon. decis. 177. à num. 23. en la qual se haze cargo de la regla comun, que limita la prelacion de los masculos, à los que fueren de la misma linea de la hembra, alli: *Neque obstat sæpè deductum obiectum, quod vocatio masculorum sit intelligenda discretivè, ita ut descendentes uniuscuiusque lineæ censeantur substituti in portione sui partis, si masculi supersint, sin minus, femina illius Colūelli, non autem reciproca, ut Fideicommissum transeat de una linea ad aliam ut in decis. coram Seraphin. 1023. num. 3. & 4. coram Cavaler. decis. 465. num. 2. cum Recent. decis. 145. num. 5. & 316. num. 4. part. 4. & in prima decis. huius causæ.*

180 Y responde en los numeros siguientes, distinguiendo dos casos: El primero de sencilla prelacion de masculos, estando contemplados Varones, y Hembras, y en este reprueba la prelacion del masculino mas remoto, y admite solamente la del masculino de la misma linea. El segundo de la prelacion de los masculos, compuesta, y calificada con clausulas, y palabras demonstrativas, de no estar contempladas las hembras, *nisi deficientibus omnibus masculis*, y en este resuelve, que el mas remoto preferirà à la hembra, por la calidad de masculino, aunque sea de linea inferior, y transversal al vltimo Possecdor, Padre de la hembra, alli: *Quia Testator non vocavit feminas simpliciter deficientibus masculis, quo casu feminarum vocatio potest discretivè adaptari, adeò ut femina unius lineæ non excludantur à masculis superexistentibus alterius lineæ in portione unamquamque lineam tangente; sed in presenti*

Te-

Testator vocavit feminas, per substitutionem conceptam in tempus remotissimum, & post poenitus extinctam lineam masculinam, unde verba Testatoris clara neququam verificari possunt, nisi masculi utriusque lineæ admittantur, ut ibi, & casu quo linea masculina non adsit, seu quando- cumque deficiat, femina succedant, non potest enim dici linea masculina finita ante mortem ultimi masculi, & ex prae- latione linea masculina oritur per necesse, quod linea mascu- lina debeat esse finita, antequam femina admittantur, Pe- regrin.conf. 19. num. 4. & seqq. lib. 6. Andou.conf. 92. nu. 10. Ruin.conf. 126. num. 3. lib. 1. Giavagn.conf. 7. num. 15. lib. 1. Socin. Iun.conf. 66. num. 2. lib. 3. Menoch.conf. 205. à nu. 12. & per tot. Casvall.conf. 84. lib. 2. consonat Torre de maiorat. tom 3. decis. 25. num. 8.

181 Entrambas limitaciones hazen regla à favor del Conde de Atarès, porque en la Donacion se hallan dos Mayorazgos, y primogenios, sumamente distintos, y diversos en la letra de la Donacion, y en la voluntad de los Donantes, sin que en el primero de Masculos, se nombren hembras, ni en el segundo se haga mencion de varones, como avemos fundado en el §. octavo y resulta de las tres primeras clausulas, en que están con- templados todos los hijos masculos, y sus descendientes masculos con expressa, y literal substitution del hijo se- gundo, y sus descendientes, al ultimo descendiente masculino del hijo primero, por estar su linea masculina, instituida por via de Mayorazgo, con todas las clausulas de primogenitura, gravamen de nombre, y armas, que hazen perfecta su constitucion de calidad masculina.

182 Y de la quarta, en que dispusieron con especia- lidad el Mayorazgo, y primogenio de hembras, en el caso de faltar los hijos masculos, y descendientes mascu-

los, instituidos en el primer Mayorazgo, con palabras dispositivas, y expresivas, stantes de per se, y sin mixtura con el primero, ni aun referirse à que sucedan las hijas, y sus descendientes, en la forma establecida para los masculos, sino declarando para el caso que estos falten, *succedan las fixas legitimas de ellos de mayor en menor, servando orden de primogenitura, con que los que casaren cõ àquellas, è los descendientes de ellos, è de ellas legitimos, è de legitimo matrimonio procreados, en quien los ditos pervendran por el dito orden, sean tenidos de levar, è facer los sobrenombre, è armas de Funes, è Villalpando, segun dito es*: Luego es innegable la constitucion de dos Mayorazgos distintos, y diferentes.

183 Y asì mismo, que todos los masculos descendientes de los hijos masculos de los Donatarios, que por distincion de Mayorazgos hazen vna linea de masculinidad, estàn puestos en condicion para el ingreso de la linea de hembras; y ninguna de ellas puede entrar al goze hasta fenecido el ultimo machulo, al qual se entienden substituidas, ex Ottobono dict. decis. num. 9. alli: *Siquidem, cum linea sit nomen collectivum, continens in se pluralitatem graduum, & denotans tractum temporis successivum, talis substitutio verificari non potest, nisi in casu ultimi masculi morientis totius descendencia masculina Pauli haredis instituti, ut ponderavit posterior decisio Reverendi ex Peregrin. Intriglioro, y otros; y el Señor Sesse decis. 254. n. 168. dexò advertido: Quando vocatio masculorum non restringitur ad certum gradum, veluti filiorum, sed est absoluta, tunc veniunt omnes masculi in infinitum, Alciato cons. 541.*

184 Y tambien que debaxo de el primogenio, y mayorazgo de hijo primogenito machulo, y sus descendientes masculos, no tienen llamamiento las hembras, tacito, ni

subin-

subintelecto, porque vnicamente se dispuso para los descendientes masculos, y no se admiten en el Reyno estos llamamientos, y el presunto, por la perpetuidad lo tienē en el segundo Mayorazgo, dispuesto para las hembras con especialidad, sin interpolicion, ni nombramiento específico de varones, aunque comprehendidos en la palabra, *descendientes*, y en estos terminos de Mayorazgos discretivos, para varones, y hembras, no puede aplicarse la doctrina de Molin. *diot. num. 50.* que solamente se haze lugar quando *sub eodem primogenio comprehenduntur masculis, & femina*, como advierte el Señor Sesse *decis. 412. nu. 17.* considerando en estos casos dos fideicomissos, ibi: *Ex quo resultat considerandum esse hic duo fideicommissa unum de masculis, aliud de ultimo vocatis*, y con esta inteligencia compone las doctrinas opuestas, vt patet *num. 40. alli: Quia doctrina supra allegata procedunt quando scriptura, & charta, cui standum est, loquuntur discretivè, in una parte de masculis in alia de feminis, seu in una parte de masculo ex masculo, in alio de masculo ex femina, tunc deducunt coniecturam in prima parte de masculis agnatis locutum esse.*

185 Y se confirma con la doctrina de Venturino *conf. 25. num. 189.* que en caso semejante de aver preferido el Testador los masculos à las hijas de su heredero, assienta por constante, que no atendió à reglas de Mayorazgo, sino à la prelaçion del masculo, *ratione masculinitatis*, y que el mas remoto deve preferir à la hembra de la linea efectiva, y assi entiende las palabras: *Deficientibus masculis filia succedant; alli: Terrio Testator, filios, & descendentes masculos Julia, & aliorum, & ipsius Testatoris filiorum nasciturorum prout filibus Iulij, & earum descendentibus, nullam aliam, ob causam, quam*

ra-

ratione masculinitatis, quod ex eo manifesta comprehenditur; quia masculis extinctis, filias predictas earumque descendentes substituit, atribuyendoles el mismo significado, que à las palabras, deficiente linea masculina, y consideran puestos en condicion todos los masculos, para hazer-se lugar la substitucion de las hembras, ut patet cons. 26. num. 30. ibi: Et generaliter quando sunt expresse in conditione masculi, quod non veniant femina ex dispositione, dict. leg. cum Avus Rusticis ad dict. leg. lib. 3. cap. 4. num. 1. qui infinitos cumulat, & de communi Testator, & recte explicatur casui nostro dum supra probatum est idem significari verba deficiente linea masculina, & verba deficientibus masculis.

186 Y al argumento de no entenderse contemplada la masculinidad con absoluta prelación de los masculos à las hembras, quando en alguna parte están las hembras contempladas; responde en el cons. 26. que la masculinidad, ò agnacion, no està contemplada despues de aver entrado las hembras en la successión, y llegado el caso de su llamamiento, pero que deve entenderse contemplada, y preferida en todos los llamamientos de masculos, anteriores à la substitucion à las hembras, alli: *Ex adverso autem allegati, non dicunt, quod in descendencia, non sit considerata agnatio, sed tantum dicunt, post feminarum vocationem non considerari;* y lo mismo resuelve en terminos de estàr llamados los masculos, sin congeturas convincentes de agnacion, cons. 27. num. 18. alli: *Vbi enim masculinitas qualitas adiecta est, tunc non est curandum qua ratione motus fuerit Testator ad eam qualitatem apnendam, an scilicet agnationis vel alia, ut per Molin. de primog. lib. 3. cap. 5. num. 37.* Luego en el caso de este pleyto, aviendo preferido los Donantes toda la descendencia

cia

cia de masculos de los Donatarios à las hijas de los mismos Donatarios, resulta precisa evidencia, que contemplaron en primero lugar la linea de masculinidad, y en ella à todos los masculos antes que à hembra alguna; y que la doctrina de Molin. *dict. num. 50.* no puede tener lugar en nuestro pleyto, aviendo descendientes masculos, como lo es el Señor Conde de Atarès del hijo primogenito masculino, aunque se aplique à los llamamientos posteriores de masculos descendientes de las hijas, y en el Mayorazgo, que para ellas, y para varones formaron los Donantes.

187 Con estas doctrinas se descubre la improporcion, que tiene con nuestro caso el consejo 48. de Marco Antonio Venturino, que expende el otro Advogado.

188 En el qual supone, que el testador instituyó herederos à sus dos hijos Nicolas, y Francisco Maria, sin explicar, ni declarar, en esta primera parte dispositiva de su herencia, que dividió entre los dos hijos, huviera instituido así mismo à sus nietos masculos, y descendientes masculos de sus dos hijos, con que parece, que se contuvo el testador en el nombramiento de herederos que hizo en dichos sus dos hijos.

189 En la segunda que dispuso vna substitucion reciproca entre Nicolas, y Francisco Maria, y sus descendientes masculos legitimos, y naturales, allí: *Nicolaum, & Franciscum Maria, & eorum descendentes masculos legitimos, & naturales in infinitum, & premortui ac premortuorum liberos masculos legitimos, & naturales in infinitum adinvicem substituit, & sibi heredes instituit vulgariter, pupilariter, & per fideicommissum, & omni meliori modo, quo fieri potest.*

190 La tercera, que *deficientibus masculis dict. Ni-*

colai, & Francisci Maria, substitu ye ad invicem à las hembras, y sus descendientes de ellas, alli: *Masculis vero dictis Nicolai, & Francisci Maria, deficientibus voluit bona ipsius Testatoris eisdem Nicolao, & Francisco Maria obventa totaliter pervenire ad filias, & descendentes feminas, & per feminas ipsorum Nicolai, & Francisci Maria & cuiuslibet eorum in infinitum, & tales descendentes feminas, & per feminas ipsorum Nicolai, & Francisci Maria, & pramortue, seu pramortuorum liberos in infinitum ad invicem substituit, vulgariter, & pupilariter, & per fideicommissum.*

191 Y en el cuerpo del consejo, debaxo el num. 61. advierte Venturino, que se hallavan en el Testamento las palabras siguientes, en que declarava el Testador, que la substitucion de las hembras, *deficientibus masculis*, fuesse correspondiente à cada vno de los masculos con singularidad: *Et eorum, & cuiuslibet eorum, & descendentes masculos, & successivè feminas, singula singulis, congrue, & debita referendo.*

192 Con estos supuestos se ofreciò la disputa en la succession de los bienes pertenecientes à la parte de Nicolas entre Isabela, hija de Camilo, ultimo poseedor, y tercera nieta de dicho Nicolas, y descendiente de su hijo primogenito; y vn primohermano de ella, llamado Scipion descendiente del hijo segundo de Nicolas; y Venturino defendiò la parte de Isabela con las doctrinas comunes, que hallandose substituidas las hembras *masculis deficientibus*, se ha de entender substituida la hembra, à cada vno de los masculos, que sucediere en el goze del fideicomisso Mayorazgo, ajustando à los casos singulares la succession de la hembra, comprehendida en la substitucion general, que dispuso à su favor el

Testa-

Testador, masculis deficientibus, y esta es la doctrina que copia en el num. 58. & apud Venturino, num. 55. ibi: *Respondetur substitutionem feminarum, in defectum masculorum factam, intelligi unicuique ex heredibus institutis, & cuiuslibet eorum filijs, & descendentes masculis, de proprijs feminis in defectu masculorum cuiusque eorum, siquidem substitutio fideicommissaria, de aliquo pluribus, seu post mortem plurium facta, licet ex cortice verborum, ut illi sit locus, videretur requirere obitum omnium, ut ait Cant. in leg. heredis mei, §. cum ita, ff. ad Trebel. Attamen ex mente testatoris indicatur singulis facta in portione sua, ita ut sufficiat conditionem in persona cuiuslibet purificari ad effectum, ut substitutioni sit locus in portione illius: Si a in ijs pluralitas resolvitur in singularitates, non secus, ac si unusquisque de per se, & separatim, sub illa conditione fuisset gravatus, ut ex text. in leg. fin. §. filium, ff. de legat. 2. & in leg. Lutus, §. Cayo, ff. ad Trebel.*

193 Y dexando à parte los motivos, y razones, que expende Venturino contra su dictamen, y el merito, que se les deve dar, no obstante que procura responder à ellos, reducirèmos à breves clausulas las diferencias que observamos entre el caso de dicho consejo, y el Vinculo de la Casa de Quinto, sobre que se litiga en este Proceso.

194 La primera, que segun la serie, y contextura del caso que comprehende dicho Consejo, (corriendo con el dictamen de la otra parte) el Testador instituyó à Nicolas, y à sus descendientes masculos legitimos in infinitum, y asì mismo à los hijos, y descendientes masculos de Francisco Maria, y los substituyó ad invicem, vulgariter pupilariter, & per fideicommissum, y faltando ellos, dispuso, que en sus bienes succediesen las hijas, y descendientes hembras de qualesquiera de ellas; pero

todos estos llamamientos los hizo el testador, *sub unica clausula, & primogenio*, sin dividirlos, ni distinguirlos, como los dividieron, y distinguieron los Donantes en las clausulas de nuestra Donacion, en cuyos terminos, como avemos fundado, no pueden las hembras tener entrada à la successiõ, aviendo masculos que puedan suceder.

195 La segunda, y consequente con esta inteligencia, que de todo el agregado de dicha clausula, infiere Venturino, que el llamamiento de las hijas de Nicolas, se ha de entender, faltando los masculos de dicho Nicolas, y el de las hijas de Francisco, faltando los masculos de dicho Francisco, por aquellas palabras distributivas: *Et cuiuslibet eorum, & descendentes masculos, & successivæ fæminas, singula singulis congruè, & debite referendo*, como se explica en el num. 81. alli: *Eo autem fortius in casu nostro dicendum est pluralitatem resolvi in singularitatem, attento illo verbo distributivo, appposito in dict. substitutione, ibi: Masculis vero dict. Nicolai, & Francisci Maria deficientibus, voluit bona ipsius testatoris eisdem Nicolao, & Francisco Maria obventa totaliter pervenire ad filias, & descendentes fæminas, & per fæminas ipsorum Nicolai, & Francisci Maria, & cuiuslibet eorum, in infinitum, & infra vers. Si vero in futurum, ibi: Et eorum, & cuiuslibet eorum, & descendentes masculos, & successivæ fæminas, singula singulis congruæ, & debite referendo, si quidem verbum illud distributivum, cuiuslibet, attribuit actum separatim, unicuique in solidum, leg. si hered. in princ. ff. de legat. 2. cum allegat. per Peregrin. art. 13. num. 31. inde ac si factæ fuissent plures dinumerationes, ac separate dispositiones, leg. licet in anno, vers. Vnde tractatum, ff. quibus mod. ususfruct. amit. Peregrin. ubi supra num. 32.*

De

196 De manera, que en fuerza de dichas palabras presupone vn llamamiento sencillo de Nicolas, y sus descendientes masculos, *Et eis deficientibus de las hijas, singula singulis, prout convenit referendo*; y como la disputa se ofreciò entre vna Hembra de linea superior, hija del vltimo Posseedor, y descendiente de Nicolas, con vn Masculo descendiente del mismo, por linea inferior, y transversal, defendiò por dichas palabras: *Singula singulis, prout convenit referendo*, que estando contemplados Varones, y Hembras, complexivè en vna misma clausula, dexava el Testador capacidad, y aun manifestava, que la substitution de las hijas *deficientibus masculis*, se devia interpretar à favor de ellas, segun Reglas de Mayorazgo regular; entendiendo, que cada vna de dichas hijas estava substituida al Masculo, vltimo Posseedor, reduciendo à esta singularidad la substitution general de las hembras, por la mayor conformidad, que tiene este dictamen, con la disposicion del drecho; y presume del Testador, segun las palabras, con que dispuso la substitution de las hijas, *singula singulis congruè, Et debite referendo*.

197 Luego no hallandose en nuestro Mayorazgo dichas palabras, ni aviendo capacidad en las dispositivas, para interrumpir la institucion absoluta de Masculos, porq̃ indispensablemente disponè los Donantes, *que succeda el hijo primogenito Masculo, y sus descendientes Masculos, de mayor en menor, servando entre ellos orden de genitura*; no puede aplicarse el dictamen de Venturino en dicho consejo, fundado en las palabras distributivas, con que informò el Testador todos los llamamientos anteriores de masculos, y hembras, y las palabras condicionales, con que las avia contemplado en el caso de la deficiencia de

Hh

mascu-

masculos, reduciendo con ellas à terminos de Mayorazgo regular, todas las providencias, que avia dispuesto para la Succession en sus bienes.

198 La tercera, que este Autor en el *num. 61.* supone, que las substituciones hechas con el ablativo absoluto, *deficientibus masculis*, se resuelven en la singularidad correspondiente à cada vno de los Masculos, que succedieren en los bienes del Mayorazgo, al qual succederà su hija *deficientibus masculis*, quando no se siga absurdo, ni repugnancia à la voluntad del Testador, y se observa lo que es mas justo, y conforme al derecho, alli: *Et hac quidem sententia eo magis procedit in hoc casu, cum substitutio fuerit facta per ablativum absolutum, ut ibi: Masculis vero descendantibus D. Nicolai, & Francisci Maria deficientibus, siquidem ablativi absoluti resolvuntur in suas singularitates, si exinde nullum sequatur absurdum, sed aliquod iustum, & æquum, & menti Testatoris consentaneum, ut per text. in allegat. l. falsa, §. finali, ff. de cond. & dem. & ex præscriptis per Bald. & alios à se allegatos, tradit Peregrin. d. art. 13. num. 62. Fusar. d. q. 473. num. 81.*

199 Y con esta doctrina, pondera el otro Informe, con autoridad de Venturino, en el *num. 63. y 65.* el absurdo, que se seguiria de succeder el Señor Conde de Atarès, excluyendo à la Señora Condesa de Montijo en esta vacante, de estar siempre excluida dicha Señora Marquesa, por la hija que tuviese el Señor Conde de Atarès, que haria linea de prelacion, con el ingreso en la possession à favor de ella; como ponderava tambien Venturino en el caso de dicho consejo, para excluir al Masculo por la inconsequencia, y absurdo, que su hija excluyesse despues, siendo hébra, à Isabel, descendiente del hijo primogenito, y en el motivo de evitar este absurdo, funda los discursos,

fos que haze, para convertir en singularidad, correspondiente à cada linea el llamamiento condicional de todas las hijas, que indefinidamente comprehenden las palabras *deficientibus masculis*.

200 La parte principal, en que funda Venturino los discursos, que haze à favor de la hembra, para interpretar las palabras condicionales: *Deficientibus masculis*, reduciendolas à singulares, contra la vniversalidad, que comprehenden; consiste en la circunstancia de juzgarla conforme, y no disonante à la voluntad del Testador, mutuando la conformidad de las palabras *singula singulis*; que avemos referido, y de la afsistencia de derecho, que tenia Isabela, para succeder à su Padre, y si todas estas circunstancias concurriessen en nuestro caso, podia tener apariencia de aplicacion el dictamen de Venturino.

201 Pero es inaplicable à la Causa de Quinto el dicho consejo, y las doctrinas, que expende à favor de la hija; porq̃ conocidamente los Donantes se abstrageron de las reglas de Mayorazgo regular, y dispusieron la Successiõ en la forma que les pareciò, y esta es la que devemos observar principalmente, sin violencia, ni argumentos, que la destruyan, para ajustarla à las reglas de Mayorazgo, y el desvio de ellas es notorio, aviendo dicho: *Para en pues dias nuestros, è de cada uno de nos libramos, è facemos cession, è donacion, è, &c. con las condiciones, pactos, maneras, reservaciones, è Vinclos infra scripta, è non sin aquellos, ni en otra manera à dos personas, mas clo el uno, è fembra la otra, &c. y mas adelante, en la forma, è con las condiciones, pactos, maneras, retenciones, & Vinculos infra scriptos, è infra scriptas, è no sin aquellos, è aquellas; y concluye: E no ayan lugar en los dichos bienes nuestros, è de cada uno de nos dreito, ni accion alguna, sino solamente aque-*
llas

las personas, en las quales nos ditos conyuges nombraremos; porque con estas palabras hazen la regla à la Succession de sus bienes, sin atender à las del Mayorazgo, argum. text. vulgar. *in l. si Testamentum* 8. *C. de instit. & substit.*

202 Y se haze evidente, que no las atendieron, constando lo primero, que no quisieron los Donantes succediera la hija del hijo primogenito de los Donatarios en concurso de su Tio masculino segundogenito; porque de este supuesto, que reconocen el Voto singular, y los Advogados de la Señora Condesa de Montijo, resulta, que no apreciaron la Hembra de la linea del Primogenito, que segun reglas de Mayorazgo devia succeder, y prefirieron al Masculo transversal, que segun las mismas reglas tenia drecho posterior: luego no puede hazerse aprecio de este absurdo, en nuestro caso, para incluir, por evitarlo à la Señora Marquesa, contra el Conde de Atarès, porque no deve considerarse absurdo, lo que hallamos dispuesto, y ordenado por los mismos Donantes, y lo que se funda en su voluntad, aunque se pretenda calificar con la regla, que no se haze lugar, aviendola desestimado, y despreciado dichos Donantes.

203 Lo segundo, porque no solamente excluïria el Hermano del hijo Primogenito de los Donatarios à su Sobrina, sino que qualquier descendiente Masculo del hijo primogenito, ù de qualquiera otro hijo, excluïria à la Hembra descendiente del hijo primogenito, en el tiempo de la muerte de los Donatarios, segun assientan los Advogados de la Señora Condesa, y el Voto singular, aunque fuera de linea transversal; y la Nieta, ò Hembra descendiente, fuese de linea superior, lo qual es igualmente contra las mismas reglas.

Lo.

204 Lo tercero, que igualmente se opone à ellas la prelación de la hija de los Donatarios, en concurso de qualesquiera hijas de los hijos masculos, aunque sean de lineas superiores, y preferentes, como sus Padres, no viviesen al tiempo de la muerte de dichos Donatarios; y así mismo es cierto, que si la hija primogenita de los Donatarios, la qual prefirió à su Sobrina, hija del primogenito, por la premoriencia de su Padre, tuviese vna hija, Esta preferiría à su Prima, hija del hijo Primogenito, aunque fuese de linea superior, por la casualidad de aver muerto su Padre, antes de la muerte de los Donatarios; porque los Donantes no quisieron observar reglas de Mayorazgo; y consiguientemente el absurdo, deve considerarse, en que insiste tan notablemente la otra parte, en atraer à reglas de Mayorazgo, vna voluntad sumamente repugnante con ellas; y en este caso dixo Venturino, que no se ha de convertir en singularidad la condicion del ablativo absoluto, *deficientibus masculis*, presuponiendo, que solamente se convierte, quando consueña la conversion con la voluntad de los Fundadores.

205 Y no obstante las razones, que expende Venturino por la Hembra, en el caso que refiere, escribiendo por ella como Advogado, no asienta su dictamen con firmeza, y se remite al que tuvo Cesar Carena en sus resoluciones practicas *resoluc. 128. & 129.* concluyendo con estas palabras: *Tu Lector studiosè cogita resolutiones, videas pro cõplemento huius materiae, etsi quæ sunt ex conclusionibus, in eis firmatis quæ constitutis per me in hoc consilio, vel alicui earum adversentur, omnibus æquo libramine perpensis illi, seu illis adhereas, qui tibi fieri, & iustitia magis consentaneè visæ fuerint.*

206 Cesar Carena asienta dos casos, el primero, en

Li

que

que la prelacion de los masculos à las hembras , se haze *simpliciter*, comprehendiendo el Fundador en vna Clausula, vnos y otros, y en este caso reconoce las opiniones encontradas, vt patet *resol. 129. num. 4. alli: Tertio animadvertendum est quod in casu nostro, non est disputanda ea iuris controversia, an stante dicta clausula, masculis foeminis præferendo, masculus unus excludat foeminam alterius lineæ in qua sic in abstracto considerata adsunt opiniones DD.*

207 Pero en el segundo, de concurrir congeturas de perpetua preposteracion de Hembras , defiende este Autor en la resolucion 128. que el Masculo mas remoto, y de qualquiere linea excluirà à la hija del vltimo Posseedor, y expende algunas, que convienen con nuestro caso.

208 La primera en el *num. 4. resolut. 128.* de la exclusion de la hijas del Fundador , instituyendo herederos à masculos, y substituyendo masculos; y en el *num. 9.* trae la razon: *Quia foeminarum exclusio, vel sit ob agnationis favorem, vel ob dilectionem qualitatis masculinitatis: Et quovis autem aliorum capitum dicatum facta istarum filiarum exclusio, eandem exclusionis rationem, quæ militavit, in filiabus Testatoris, nunc etiam in eius nepte militat.*

209 La segunda de la prelacion del Masculo, *cum dictionibus importantibus perpetuitatem, vt in num. 14. ibi: Prælatio vero masculorum cum dictionibus importantibus perpetuitatem intelligitur, etiam quoad alios gradus, Et quoad aliam lineam. Casanat. conf. 47. num. 67. Et seqq. Peregrin. de Fideicommiss. art. 27. num. 2. Et 5. Vbi quod in simili casu consulit, pro prælatione Masculi, etiam in alio gradu, Et in alia linea, Et quod obtinuit, benè idem Peregrin. in conf. 27. num. 2. vers.*

Et

Et ista argumentatis, volumine 6. Vbi ait, quod si verba, preferendo masculos feminis intelligerentur, non collectivè, sed distributivè, de quolibet filio: Resultaret effectus contrarius voluntatis Testatoris, qui specificè declaravit, velle bona sua conservari in descendentes masculos, ubi adessent, exclusis (ipsis existentibus) feminis.

210 La tercera del llamamiento de Masculos, con la palabra *descendientes*, por ser comprehensiva en todas las lineas, en que se hallaren Varones, alli: *His addi potest quod pralatio masculorum de qua in nostro Testamento adiecta fuit, vocationi descendantium, quod nomen est collectivum plurium linearum: non distributivum, l. fin. C. de suis & legit. her. latissimè Barbos. d. appellat. 70. num. 1. & 2.*

211 Y concurriendo en nuestro caso dispositivamente estas singularidades; porque la hija primogenita de los Donatarios està preferida por todos los Masculos. Estos contemplados con dicciones denotantes perpetuidad, como *de uno en otro, de mayor en menor*, y con la diction *descendientes*, alli: *Ayan de pervenir, y pervengan en el primer fillo Masclo, que Dios les darà, è à ellos sobrevivirà, & en los descendientes de aquel Masclos legitimos, è de legitimo matrimonio procreados.* Y las que avemos ponderado de no admitirse en Aragon llamamientos tacitos de Varones, ni Hembras, y reprobarse qualquiere interpretacion contraria, ò abusiva de las palabras literales de los Fundadores. Parece constante, y evidente la justicia del Conde de Atarès, en el dictamen de Venturino, y Carena, al qual se refiere en el caso de dichas còtroverfias, por dichas circunstancias expreffadas, que no concurren en el que defendiò la Hembra, y se hallan, y verifican, con otras muchas, en este Vinculo, y Mayorazgo de la Causa de Quinto.

212 **Y** En conclusion de estos Escritos, en que
avemos expendido los motivos mas efica-
ces, y propios, para la decision de la Causa, à nuestro
parecer, y omitido la respuesta especial, y por numeros
al Informe contrario, por no hazer prolixo este Alega-
to, suplicamos à V.S.I. que con su acostumbrada reflexiõ
confidere V.S.I. el Vinculo de la Donacion, porque no
podemos dudar, que atendida su serie, contextura, y te-
nor, se descubren, y manifiestan quatro Mayorazgos à
llamamientos separados, y distintos, establecidos por los
Donantes, para la perpetua Succession de su Casa, y que
no entra el segundo, hasta fenecidos todos los contem-
plados en el primero, ni tercero, aviendo alguna persona
de las comprehendidas en el segundo, como ni el quarto,
si se encuentran del tercero.

213 El primero, en que se halla el Señor Conde de
Atarès, de los *hijos Masculos, y sus descendientes Mas-
culos de los Donatarios*, mientras los huviere, sin expresa,
tacita, ni subintelecta comprehension de Hembras, en las
tres primeras Clausulas de su constitucion.

214 El segundo, *en defecto de todos los descendientes
Masculos*, caso en que se veian precisados los Donantes
à llamar las Hembras, lo formaron *en las hijas de dichos
Donatarios privativamente*; pues aunque consideraron
podian concurrir Hembras de los hijos Masculos, y de
sus descendientes, siguiendo el orden natural, fundado
en la mayor predileccion, en competencia de vna Hem-
bra, con otra prefirieron, à las hijas de los Donatarios, y
à sus descendientes en la Clausula 4.

215 El tercero, *en las hijas de los descēdientes Mas-
culos,*

los, no expreso, ni literal, sino presunto, en la Clausula quinta; porque ponen en condicion para el llamamiento del pariente mas cercano, *à los descendientes masculos, y hembras, de las personas nombraderas*, de manera, que las hijas de los descendientes masculos, no pueden tener entrada, hasta fenecidos todos los descendientes Masculos de los hijos de los Donatarios, y los descendientes de las hijas de los mismos Donatarios.

212 El quarto, y vltimo de Pariente, y Parienta mas cercana de dichos Donantes.

213 Y configuientemente, observando tres circunstancias, las dos en hecho.

214 La primera, que los Donantes dispusieron se desiriese la Succession, *con las condiciones, pactos, maneras, reservaciones, è Vinculos infra scripto, è non sin aquellos, è en otra manera, è que no ayan lugar en los ditos bienes nuestros, è de cada vno de nos dreito, ni accion alguna, sino solamente à aquellas Personas, en las quales nos dichos conyuges nombraremos.*

215 La segunda, que en nuestro Reyno, no tenemos Mayorazgo legal, que incluya por Fuero à Varon, ni à Hembra, de forma, que en los Mayorazgos, establecidos en el, no tiene regla à su favor la Hembra, sino la Persona escrita en las Clausulas dispositivas; y por el orden, y descenso literal de la fundacion.

216 Y la tercera del derecho, que la substitution vulgar se regula por la Institución, y la Fideicomissaria, se explica, y declara por la vulgar, y principal institucion, segun la doctrina del Cardenal de Mantica, que ninguno reprueba, y todos admiten en el tratado de coniecturis vltimarum voluntatum lib. 5. tit. 1. num. 20. allí: *Generaliter etiam traditum est dubiam substitutionem ex precedenti institutione declarari, vt quemadmodum quis fue-*

rit dilectus in primo gradu intelligatur etiam dilectus in secundo, & ulteriori, l. r. C. de imp. & alijs subst. dicit, hanc esse declarativam interpretationem: quia sic, Testator sensit concordat, §. & si ex disparibus inst. de vulg. §. substituitur instit. de pupil. substit. & dilectio quæ fuit in gradu institutorum, præsumitur repetita in substitutis tam directo, quàm per obliquum, l. quoties: l. si Pater, l. qui liberis, §. ult. l. si plures, de vulg. & pup. subst. & similiter, quod quemadmodum Testator aliquos dilexi instituendo, ita etiam præsumatur dilexisse substituendo: ubi dicit communem esse opinionem, atque etiam Fideicommissaria substitutiones declarantur: qui dicunt, hoc communiter ab omnibus receptum.

217 Se haze incontrovertible la justicia del Conde de Atarès, porque los Donantes no quisieron observar reglas de Mayorazgo, sino que su herencia corriese, por la forma establecida, y no en otra, y en las personas, que destinassen, y no en diferentes: los Fueros de nuestro Reyno, obligan à la observancia de lo dispuesto literalmente, assi en el orden, como en las personas, que nombraren, y contra ella reprueban las leyes Estrangeras, que admiten à Hembras, aunque no las nombren los Fundadores, y la interpretacion de drecho en las vltimas voluntades, favorece al Conde, aviendo los fundadores de este Mayorazgo, contemplado en primer lugar al hijo masculino primogenito, y substituido vulgarmente à sus descendientes masculos, para el caso de premorir el hijo primogenito à dichos Donatarios, y ordenado la substitucion fideicomissaria de uno en otro, descendiente masculino, en el primer Mayorazgo, privativo, y perfecto de masculinidad, en que nos hallamos; y reconociendo en la institucion, è ingresso la Prelacion masculina, se ha de continuar la misma prelacion en el progreso de las substitutiones fideicomissarias, en fuerça de la primera clausula de la dona-

donacion, puesto que en todas igualmente se hallan llamados los Masculos descendientes.

215 Y esto sin necessitar el Conde de Atarès de las otras ponderaciones, q se hazen fundadas en las palabras condicionales, q exc'uyen las Hébras, *hasta fenecidos todos los Varones*; porque no necessita de ellas para la prelació, escrita en la primera clausula, contra la qual no puede permitirse otra forma, ni observancia, porque mandan los Donantes, que se observen la que establecen, con las dicciones expreesivas; *y no en otra manera, ni en otras personas*; y configuientemente se deven desestimar todos los discursos, que por la Señora Condesa, como hija del ultimo Successor, se han expendido, por assentar como primer fundamento, que su Excelencia tiene la regla de la Succession, y continuarlos violentando las palabras, y voluntad de los Donantes, para dar la entrada, y lugar en dichas reg'as, haziendola servir à leyes, è ideas estrañas, quando es la primera que devemos atender, como reyna, para cumplir todo lo que ordena, y dispusieron los Donantes, *y en la misma forma, orden, modo, y personas*, que declararon, *y no en otra, ni en distintas, ni diferentes*, segun previenen en las primeras palabras de la Donacion.

216 Y en esta comprehension, que he formado de la justicia del Conde, me aplico las palabras de Cephalo *conf. 251. in fine*, en caso semejante, *ita sentio, & intrepida iudicarem, cum testatoris mens, pro hac sententia mihi videatur Manifesta. S.G.D.M.S.C. Zaragoza, y Noviembre à 23. de 1703.*

Doct. Ioseph Francisco Arpayon
Torres.

Doct. Joseph Francois
Touss.