

R. 45.374

*
**POR DON JOAQUIN
XIMENEZ DE**

EMBUN, VECINO DE LA VI-

LLA DE LA ALMUNIA DE D.^{ña} GODINA.

EN EL PLEYTO DE APREHEN-

sion , y Artículo de Propiedad

QUE SIGUE.

CON DON FRANCISCO CONTAMINA VECI-
no de esta Ciudad.

SOBRE

LA SUCCESION DEL MAYO-
razgo llamado de Torrero.

PENDIENTE EN GRADO DE VISTA.

ZARAGOZA:

En la Imprenta del Rey Nuestro Señor.



x-rite

colorchecker CLASSIC

100mm

A-915-17

ATA 00077

doc to 11

Memorial al pleito.

... Jimenez de Embun

.. y D. Francisco de Contaminis



T219955

C1146426

AFA 00077

don. 11

3 p.
1200 65

A-915-17



Por Don Juan

Almirez de

Almirez de

Almirez de

Almirez de

Almirez de

Almirez de

Almirez de

Almirez de

Almirez de

Almirez de

Almirez de

Almirez de

Almirez de

Almirez de

Almirez de

Almirez de

*

**POR DON JOAQUIN
XIMENEZ DE**

EMBUN, VECINO DE LA VI-

LLA DE LA ALMUNIA DE D.^{ña} GODINA.

EN EL PLEYTO DE APREHEN-

sion , y Artículo de Propiedad

QUE SIGUE.

CON DON FRANCISCO CONTAMINA VECI-
no de esta Ciudad.

SOBRE

LA SUCCESION DEL MAYO-
razgo llamado de Torrero.

PENDIENTE EN GRADO DE VISTA.

ZARAGOZA:

En la Imprenta del Rey Nuestro Señor.



Por Don JOAQUIN
XIMENEZ DE

EMBUN, VECINO DE LA VI-

LLA DE LA ALMUNIA DE D.^o GODINA.

EN EL PLEYTO DE APREMIO

cion, y Articulo de Propiedad

QUE SIGUE

CON DON FRANCISCO CONTAMINA VECI-

no de esta Ciudad.

SOBRE

LA SUCCESSION DEL MAYOR

azgo llamado de Torero.

PENDIENTE EN GRADO DE VISTA.

ZARAGOZA:

En la Imprenta del Rey Nuestro Señor



LOS Vinculos del Testamento de Don Miguel Torrero *num.* 1. y de la Capitulacion Matrimonial de Don Geronimo Torrero, y Doña Geronima de Embun *num.* 6 y 7. forman la materia de este Pleyto entre los dos Contendores Don Joaquin Ximenez de Embun *num.* 41, y Don Francisco Contamina *num.* 43 por la Vacante, que causó la muerte sin hijos, ni descendientes de Don Joaquin Matheo *num.* 38. subrogado en los derechos de su Abuelo Don Josef Torrero *num.* 26, que obtubo la Sentencia de litependente (1) en cuya linea contentiva proxima se incluye D. Joaquin Ximenez, por dimanar de la efectiva de D. Juan Torrero *num.* 8, mediante su hija Doña Maria Torrero *num.* 13. hermana de Don Geronimo *num.* 12. que como Primogenito, ó anterior, formò la de sucesion que acaba de finalizar.

2 Don Francisco de Contamina *num.* 43. se incluye de Doña Lupercia Torrero *num.* 9. hermana de D. Juan *num.* 8: Y como por las reglas generales, naturaleza, y condicion de los Vinculos, y Mayorazgos es muy clara su exclusion, sin mas examen, que seguir el Arbol, y el orden de la sucesion, ha tomado el empeño de persuadir, que los Vinculos en los hijos de Don Miguel Torrero *num.* 1, y sus des-

cen-

(1) Memor. pag. 20.

4
cendientes, son de rigurosa agnacion; y que finalizada por la muerte del Señor Don Josef Torrero, y Marzo num. 32. se hizo lugar el llamamiento de las hijas en quinto lugar contempladas, y sus descendientes por las reglas de semiagnacion. (2)

La principal cuestión del Pleito se halla ceñida à esta disputa; si el Vinculo en los descendientes de Don Juan Torrero num. 4. es de simple masculinidad, como lo pretende, y supone Don Joaquin Ximenez de Embun num. 41, su derecho es tan evidente, que sin ofensa de los mas notorios principios no puede impugnarse, y esto es lo que se persuadirà en el siguiente discurso, quedando convencida la exclusion de Don Francisco Contamina num. 43, que funda en la rigurosa agnacion, y semiagnacion: sobre manifestarse, que su pretendido llamamiento fue baxo una condicion no purificada, y que caducó en el principio.

3 Don Miguel Torrero num. 1. en su Testamento de 6 de Setiembre de 1518. dexò de gracia especial à Don Pedro Torrero su hijo Señor de Santa Croche num. 3. las casas mayores situadas en la Parroquia de Santa Cruz, con condicion de no poderlas dár, vender, empeñar, disponer, ni ordenar *sino en hijos suyos, y descendientes de ellos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados*: En el caso de morir el Legatario Don Pedro *sin fixos, è descendientes de ellos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados*, manda, que las dichas casas pervengan de & en el Don Juan Torrero num. 4. *ò en sus fixos, y descendientes de ellos legitimos* en el que hubiese ordenado, con la condicion de que èste, ò sus hijos hubiesen de renunciar las casas que fueron de Don Pedro Torrero, hermano del Testador, y en que habitaba su muger (que en los Capítulos Matrimoniales habia mandado al mismo

-1155

mo

(2) Memor. pag. 29. y siguientes.

os pag. 205M. (1)

5
mo Don Juan) en favor del hijo mayor masculino de Don Miguel Torrero *num. 5.* en defecto del mayor en el segundo masculino , y así de uno en otro , de mayor en mayor , servando orden de genitura.

4 Despues de esto continua con la prevencion, Vinculo, y condicion de que si el hijo de Miguel Torrero *num. 5.*, en quien recaerian las casas, fuese Señor de las de su padre, hubiese de renunciar de aquellas en otro hermano, y así de uno en otro entre ellos: Y en defecto de los hijos masculos, y descendientes de ellos masculos legitimos de Miguel *num. 5.* establece, que las casas que fueron de su hermano, donde habitaba su muger, sean, y vuelvan á los hijos de Juan Torrero *num. 4.*, à saber es, al mayor masculino, que no tendrá las otras casas mayores; concluyendo, que su voluntad es, que habiendo recaído estas en un hijo de Juan, recaigan en el que se sigue las otras; de manera, que habiendo dos hermanos, se dividan, y no puedan ser en uno; pero que si se encontrase solo, pueda ser Señor de ambas. Y concluye con la disposicion de que si Juan Torrero *num. 4.* ó sus hijos, y descendientes de ellos muriesen sin hijos, y descendientes de ellos legitimos, que en tal caso las dichas casas mayores pervengan al hijo mayor masculino de Miguel *num. 5.*, y así de uno en otro de mayor en mayor. (3)

5 Habiendose verificado el fallecimiento de Miguel *num. 5.* sin descendientes, y con ellos la muerte de Juan Torrero *num. 4.*, tenemos reunidas en èste, y su posteridad las dos casas, y solo deben obrar las providencias con que al mismo le fueron dexadas, y vinculadas.

6 En las casas mayores, por estas clausulas, muerto Pedro Torrero *num. 3.* sin hijos, se halla contempla-

(3) Memor. pag. 5. 6. y 7.

6
do Juan Torrero num. 4. con las palabras de que en tal caso las dichas sean, y pervengan de, y en el dicho Juan Torrero, ò en sus fixos y descendientes de ellos legitimos, y de legitimo Matrimonio procreados; sin que ya se advierta otra disposicion alguna con respeto à las mismas casas, y solo la prevencion de que si aconteciese el morir Don Juan Torrero num. 4. ò sus hijos y descendientes de ellos, sin hijos, y descendientes de ellos legitimos, sean, y pervengan en el hijo mayor masculino de Don Miguel num. 5.; de manera, que con fundamento podria disputarse la existencia de Vinculo perpetuo, por no haberse verificado el llamamiento substituido condicional de Don Miguel; pero suponiendolo, no se encuentra otro, que la contemplacion de Don Juan, sus hijos y descendientes simplemente, y sin calidad alguna, haciendo mencion de la masculinidad, unicamente en quanto á los hijos de dicho Don Miguel, para el caso de su llamamiento, que caducó.

7 En las otras casas dexadas à Don Miguel num. 5., en defecto de los hijos masculos de este, y descendientes de ellos masculos legitimos, son llamados los hijos masculos de Don Juan num. 4. el mayor, que no tubiese las casas mayores, sin que se haga mencion alguna de los descendientes, ni pueda inferirse Vinculo, sino por congeturas, y por consiguiente tampoco repetida la masculinidad; mucho menos al advertir, que en las casas mayores son contemplados los descendientes de Don Juan, sin qualidad alguna.

8 Continúa el Testamento, disponiendo de la Casa, Torre con la Huerta, Olivares, Viñas, Campos, heredades, y tierras situadas en Miralflores á favor de Don Pedro Torrero, num. 3, y lo grava con pacto, Vinculo, y condicion de no poder agenaar, ni disponer, sino en hijos suyos, ó en descendientes de ellos masculos legitimos, y si muriese sin esta descen-

7
cendencia , llama á Don Juan Torrero , *num. 4* , si vivo será , y si no , quiere que recaigan en sus hijos , y descendientes de ellos masculos legitimos , y para en el caso de morir , y los dichos sus hijos masculos , y descendientes de ellos masculos legitimos sin hijos , y descendientes de ellos masculos legitimos , quiere pervengan en los hijos masculos de Don Miguel , *num. 5* , y descendientes masculos legitimos : Y con las mismas palabras , y en los mismos casos contempla á Don Juan , y sus descendientes , y Don Miguel , y los suyos en las Casas , Molinos , propiedades , tierras , y hiervas de la Villa de Luna , mandadas á Don Pedro , *num. 3.* en sus Capítulos Matrimoniales.

9
Despues de estos llamamientos sigue el en que funda Don Francisco Contamina , *num. 43* , que dice , que si Don Pedro , Don Juan , Don Miguel , y quatro hijos de éste que nombra , muriesen sin hijos masculos , y descendientes de ellos masculos legitimos , todos los bienes sean , y pervengan de , y en los fijos masculos legitimos de la fija mayor , ó segunda , ò tercera de Don Pedro , *num. 3* , servando orden de genitura ; á saber , es el mayor de ellos , y en defecto del mayor , el segundo , con esto , que él que será Señor de las Casas , Torre , Huerta , y Heredamiento , lleve el sobrenombre de Torrero , y sus Armas sin mixtura alguna : En defecto de los hijos masculos de las hijas del Don Pedro , dispone de las Casas , Torre , y Huerta en los hijos masculos de las hijas de Don Juan *num. 4.* en igual forma substituye los hijos de las hijas de Don Miguel *num. 5.* , y despues á los de Beatriz , è Isabel Torrero con los mismos Vinculos , y condiciones ; y en caso de no haber hijos masculos de todos los referidos , llama á los hijos , è hijas de Gostanza Torrero , servandose en ellos el mismo orden de genitura , modo , forma , y manera , Vinculos , con-



condiciones, y substitutiones de parte de arriba puestos. (4)

10 Don Geronimo Torrero *num.* 6. hijo de Don Juan *num.* 4. para su Matrimonio con Doña Geronima de Embun llevó los bienes con los Vinculos, y condiciones, substitutiones, y cargas ordenadas en el Testamento de su Abuelo Don Miguel *num.* 1. que calenda, con el gravamen de no poder disponer, ni ordenar, sino en hijos varones del dicho Matrimonio, y descendientes de ellos legitimos, si hijos varones hubiere, antes bien hayan de pervenir enteramente en hijos varones mayores de este Matrimonio; y en defecto de hijo varon, y descendientes de él, en el hijo varon segundo, y en sus descendientes, como dicho es, de mayor en mayor, servando orden de primogenitura entre los hijos varones del presente Matrimonio, y descendientes de aquellos, que es la letra de la clausula.

11 Supuestos asi los llamamientos, debe suponerse tambien, que la agnacion, en que funda D. Francisco Contamina *num.* 43. no es expresa, porque no se menciona; tampoco las palabras la inducen, porque no hay alguna de aquellas, que por la fuerza de las mismas la incluyen, como si dixese, descendientes masculos por recta linea masculina, pues solo se encuentran las de descendientes masculos simplemente contemplados; menos se vé la intencion explicada de conservar la agnacion, porque en parte alguna del Testamento no se indica, por consiguiente ha de fundarse en argumentos, congeturas, y presunciones.

12 Debemos estar conformes, que en los primeros, y progresivos llamamientos solo hay contemplacion de los hijos masculos de Don Juan *num.* 4. y

sus

(4) Memor. pag. 11.

9
sus descendientes varones, por los quales entrò la
sucesion en Don Geronimo *num. 6.*, recayò, y pasó
à Don Juan *num. 8.*, el que formò linea primogenita
y efectiva para todos sus descendientes varones, que
en ella continuò el Mayorazgo hasta el Señor Don
Joseph Torrero *num. 32.*, por cuya muerte hizo
transito á su sobrino Don Joaquin Mateo y Torrero
num. 38., como masculino de la linea contentiva pro-
xima, y descendiente Don Juan *num. 8.* cabeza, y
principio de la que formó efectiva para todos sus
descendientes, en los que se incluye Don Joaquin
Ximenez de Embun *num. 41.* con la calidad de mas-
culo, y de la contentiva de todos los sucesores del
dicho Don Juan *num. 8.* En la linea de èste entrò la
sucesion, y no se disputa, pues por regla canoni-
zada como principio invariable no debe salir de ella
hasta que enteramente se evacue, ó falte la calidad
(5).

13 De esta regla se descende à otra, y es la
de que en la duda de si el Mayorazgo es agnaticio,
ò de masculinidad, siempre debe pronunciarse à favor
de la masculinidad (6), con cuyos principios aun
se hace mas clara la resolucion en un Pleyto en que
no se encuentra otro, que el llamamiento de hijos, y
descendientes masculos, considerado, y ajustado à la
Jurisprudencia de nuestro Reyno.

14 Escribieron sobre este punto el Señor Casana-
te,

C

(5) Addentes ad *D. Molir.* lib. 3. cap. 4. ad *num. 13.* cum *D. Molina, Castillo, Rojas, & aliis.*

(6) Addentes ad *D. Molin.* lib. 3. cap. 4. ad *num. 18. ibi:* In
dubio agnationem non præsumi late *Phébo*, decis. 39. à *num. 15.*
Casanate, cons. 4. *num. 233.* ubi dicit, periculosum est eam indu-
cere ubi expressa non est. *Sielbes*, cons. 5. *num. 23.* & in Regno
Castellæ magis hoc procedit, quia Majoratus ad familiarum con-
servationem ordinantur, ideoque hæc qualitas non præsumitur.
D. Larrea, decis. 26. n. 27. tom. 1. & decis. 34. n. 9. *D. Hermene-
gildus Rojas* de incompat. p. 1. cap. 6. n. 340. *D. Rojas de Alma-
sa* de incomp. disp. 1. q. 1. §. 2. n. 66. & 67.

te, *cons. 4.*, y el Suelves en la *semicenturia segunda*, *cons. 5.* Este en especial sobre la Baronia de Torrellas, cuya doctrina se calificó por la decision, que ha formado estado perpetuo á favor de la simple masculinidad en caso del todo igual al de el actual Pleyto.

El compendio de la voluntad se reduce á contemplar los hijos, y descendientes masculos, sin otra qualidad. Quando el Fundador que tiene muchos hijos llama el primogenito masculino, con la condicion de que si muriese sin hijos masculos (omitiendo el contemplar las mugeres) succeda el segundogenito varon, y si este igualmente muriese sin hijos, pase al terciogenito, y sus descendientes varones, el Mayorazgo es de simple masculinidad; (7) cuya disposicion puntual se halla establecida en el Testamento de Don Miguel Torrero, *num. 1.*, porque deja los bienes á su hijo Don Pedro, *num. 3.*, con condicion de no poder disponer, sino en hijos, ò descendientes masculos, y si muriese sin ellos recaigan en D. Juan *num. 4.* si vivo fuese, y sino en sus hijos descendientes masculos legitimos; en defecto de los quales contempla á la linea de Don Miguel, *num. 5.*, sin hacer mencion de las hembras: Pues, si quando contemplados los varones, expresamente se previene, que no succedan las mugeres, el Vinculo es de masculinidad, (8) omitidas estas como lo están en el Vinculo

(7) *Rojas de Almansa* de *incomp. majorat. disp. 1. q. 1. §. 5. n. 117.* Quartus casus quo majoratus est masculinitatis tunc dicitur quando majoris Institutor, qui plures filios habebat masculos, vocavit primo loco primogenitum masculum, & post eum jussit, quod si decederet sine filiis masculis, transiret successio ad filium secundogenitum masculum ipsius Fundatoris, ommitens foeminas talis filii, & quod si iste secundogenitus decederet sine filiis masculis, transiret Majoratus ad terciogenitum masculum, & ad descendentes masculos. *Gomez*, t. 1. var. cap. 5. n. 38. & ibi, *Ayllon*, *Rojas*, p. 5. cap. 1. à n. 20. *Mieres*, p. 2. q. 6. n. 249.

(8) *Rojas de Almansa*, ubi proxime n. 114. ibi: Tertius casus quando

culo de la disputa , y sus primeros llamamientos , no puede caber duda.

16 Todo el argumento que puede formar Don Francisco Contamina , *num.* 43 , se reduce à que hay un repetido llamamiento de masculos , y descendientes varones de los mismos , de Don Pedro , Don Juan , Don Miguel , *num.* 3 , 4 , y 5 , y de quatro nietos ; y aun despues de faltar la descendencia masculina de todos estos , llama à los hijos masculos de la hija mayor de Don Pedro , en su defecto de la segunda , ó tercera , guardando orden de primogenitura entre ellas ; y en defecto de los hijos masculos de esta , contempla por su orden à los hijos de las hijas de Don Juan , en su defecto à las de Don Miguel , y despues à los de Doña Beatriz , y Doña Isabél , con el gravamen de nombre , y Armas ; de donde infiere por congetura , que no pudo tener otra causa , que la de establecer , y conservar la rigurosa agnacion en los descendientes masculos de los hijos , y la semiagnacion en los de las hijas. (9)

17 Este modo de discurrir tiene poco apoyo en las disposiciones legales. Los Autores , que mas se han inclinado à la agnacion , siempre buscan por fundamento de ella , el que , ò fue expresa , ò se manifiesta la razon de quererla conservar ; en cuyos casos solo admiten los agnados en la vocacion de descendientes varones ; pero fuera de ellos sin duda alguna à los simples masculos. El Señor Molina de *primogeniis lib. 3. cap. 5.* es el que con mayor empeño sostiene la agnacion ; pero no obstante en su septima

do majoriæ Conditor , vocato aliquo , vel aliquibus masculis , dixit , quod in hoc Majoratu non succedant feminæ , vel dixit quod in eo succedant masculi , & non feminæ , vel aliis æquipollentibus verbis usus fuerit , tunc enim majoratus masculinitatis erit : *D. Castillo* , tom. 6. *controv. cap. 131. n. 4. & cap. 129. à n. 14. D. Vela* , *disert. 49. à n. 6. Rosa* , *consult. 69. n. 85. & alii.*

(9) Memor. pag. 29. y 35.

ma conclusion nos propone una regla , que destruye la pretension de Don Francisco Contamina.

18 Dice pues al num. 50 , que siempre que en alguna parte del Mayorazgo , ó Clausula se encuentran llamadas las mugeres , aunque fuese muy repetida la vocacion de los varones , no puede entenderse considerada la razon de agnacion , y solo la prelacion de masculos ; de tal manera , que aun siendo expresamente contemplada , no puede estenderse sino á las personas en que se expresò , pero de ningun modo deducirla de la vocacion de los masculos. (10)

19 Para fundar el sistema de la agnacion en los casos que la defiende , propone el de que las hembras se hallen excluidas , y dice , que esta exclusion deberá estenderse siempre que de no hacerlo resultaria absurdo , ó se haria ilusoria la disposicion. (11)

20 Apliquemos pues la doctrina : En el Testamento de Don Miguel Torrero , y su ultima clausula , en defecto de los hijos masculos de las hijas , que era la ultima substitucion , dice , sean los bienes *de los fijos, y fijas de la dicha Gostanza Torrero fija* , servandose en ellos el mismo orden de genitura (12) , contempladas las hijas tan expresamente , segun el Señor Molina , ya no cabe la agnacion , ni otro Mayorazgo , que el de simple masculinidad ; pero aun estrecha mas la segunda doctrina , porque si para inducir la agnacion de la exclusion de las mugeres , basta el que de no hacerlo se siguiese absurdo , y aun al num. 51. , y su octava conclusion , sienta lo mismo en el caso que la

agnacion se establece en el caso de la per-

(10) *D. Molina* de primog. lib. 3. cap. 5. n. 50. *ibi*: Septima conclusio quod quoties in aliqua parte , seu clausula Primogenii , vocantur feminae , etiam si pluries in eo Primogenio masculi vocati fuerint , in eo non censetur habita agnationis ratio , sed solum prelacio masculis tributa : : : Idque verum est quamvis inter ipsos masculos , qui feminis praefertur , & in illorum respectu dubitatum non sit , quin feminae exclusae censeantur.

(11) *D. Molina* ubi nuper n. 54.

(12) Memor. pag. 13.

persona predilecta seria postergada (13), no obstante que el Mayorazgo agnaticio se considera repugnante y odioso, y en su competencia favorable el de masculinidad; reflexionese el absurdo monstruoso que se verificaria de entender solo contemplada la agnacion: Todos los descendientes masculos de Don Pedro, Don Juan, Don Miguel, y demás personas preamadas, serian absolutamente excluidos por las hijas de Gostanza Torrero, y sus descendientes sin diferencia de sexo.

21 En la question sobre si llamados los hijos, y descendientes masculos, que es la de este Pleyto, se comprehenden los varones descendientes de hembra, todos los Interpretes, sin exceptuar uno solo, como afirma el *Señor Larrea*, constantemente se inclinan por la descendencia masculina, aunque sea mediante hembra, siempre que no se trate de conservar la agnacion (14) reproduciendo el argumento claro de no apetecerla, aun con el *Mantica*, principal defensor de ella, si en el fideicomiso son llamados los descendientes masculos de alguna muger, porque entonces yá no cabe el presumirla, como lo funda con innumerables. (15) En el Vinculo del Testamento de Don

D

Mi-

(13) *D. Molina* ubi proximè n. 51.

(14) *D. Larrea*, decis. 34. n. 23. Cujus rei decidendæ ratio circa id præcipue versatur, quia omnes interpretes, nullo dempto, qui discutiunt de hac quæstione, cum tenuerint masculos ex femina, non comprehendi appellatione filiorum, vel descendentium masculorum, limitandam eam traditionem censuerunt, quoties in dispositione non agitur de agnatione conservanda, quia si fideicomisum, vel primogenium non fuerit agnaticum, tunc ejus substitutionibus, quæ masculos solum admitunt, etiam masculos ex femina comprehendi nullus inficiatur, ut constat ex *Molina*, lib. 3. cap. 5. n. 47. & seq. *Surdo*, *Avendaño*, *Mieres*, *Casanate*.

(15) *D. Larrea*, ubi nuper sub n. 27. Unde si in aliquo casu ad nudam masculinitatem, non vero agnationem, fideicommissum referre debemus, in nullo congruentius, quàm in hoc, ubi nec voluit, nec potuit primogenium suam agnationem conservare, tradidit expressè *Mantica*, lib. 8. de conject. tit. 11. n. 8. ubi licet maximus asertor ad exclusionem masculi ex femina, quando conjectura aliqua fuerit conservandæ agnationis, limitat eis verbis: Simi-

liter

Miguel Torrero *num. 1*, hay el llamamiento de los descendientes masculos de las hijas de sus tres hijos, y por ultimo hasta las mismas mugeres descendientes de Gostanza; pues si en el caso de que trata el *Señor Larrea*, aun con el *Mantica*, principal defensor de la agnacion, asegura, que en ninguno puede convenir menos el inferir la razon de apetecerla, por contemplar descendientes de mugeres, con quanto mayor debe ser excluida en un fideicomiso en que expresamente están llamadas.

22 Por fin el *Señor Larrea*, produce la doctrina del *Señor Molina* arriba citada, que concluye en el *lib. 3. cap. 5. n. 5.* en los siguientes terminos: *Quando ratio conservandæ agnationis expresa fuit, non autem, quando illam volumus ex vocatione masculorum deducere, tunc nanque illam deducere non possumus, quando in aliqua parte cognatus fuit vocatus;* y con la terminante del Mieres de majorat. 2. p. q. 6. n. 159. *ibi: Quod si esset facta mentio liberorum alicujus filia, vel alterius mulieris, quia non sunt agnati testatoris, nec mulieris. L. quoties C. de suis & legi. hæc. non potest præsumi ratio conservandæ agnationis, & consequenter veniunt masculi ex fæminis. (16)*

23 Es preciso que la razon sea expresa para excluir los descendientes masculos de las mugeres, porque de otro modo no puede decirse motiva, y final, si es de pura opinion, è imaginaria, porque si el Testador la hubiera apetecido, facilmente, y con pocas palabras la hubiese establecido, (17) por ello en

10-

liter etiam debet restringi si fideicommissum sit relictum masculis ex filia, vel alia muliere descendentibus, quia si hujusmodi descendes non sunt agnati testatoris, & consequenter non potest præsumi ratio conservandæ agnationis.

(16) *D. Larrea*, decis. 34. n. 27. & 28.

(17) *D. Larrea*, ubi proximè sub n. 29. *Beroyo* vol. 2. const. 120. n. 31. vers. *Quambis: ibi: Quod ratio conservandæ agnationis, quam scribentes considerant, non dicitur motiva, & finalis disponentium,*

sed

todos los Tribunales de la Europa, se halla recibido el que contemplados los descendientes masculos, vienen todos aunque descendan de hembra: son innumerables los Juzgados que refiere el *Señor Casanate*, y á mas produce nueve exemplares de la Real Audiencia de Aragón, en que fueron despreciadas las congeturas, y presunciones, por las quales se queria persuadir contemplada la agnacion. (18).

24 No hay Jurisprudencia que la repugne tanto, como la de este Reyno; cuyos principios Forales no admiten la mente congeturada, por la precision de sugetarse á la Carta, y lo que en ella se lee, reprobando toda interpretacion, extension, y restriccion, aun quando las congeturas son eficaces, y urgentes, (19) y por ello concluye el mismo *Señor Casanate*, que es una especie de impiedad, y contra toda razon, apartarse en este Reyno de tantas decisiones, que deben tener fuerza de Ley: (20) Porque el argumento deducido de la mente verosimil, no es eficaz, sino faláz, frivolo, é invalido, (21) y por ello aun quando la razon de conservar la agnacion se expresa, ó necesariamente se infiere (que entonces tiene fuerza de expresa) no se entiende establecida en Aragón, sino para aquellas personas comprehendidas en la expresa disposicion, aunque para las otras se encuentre mas poderosa razon, (22) y por

sed potius opinativa, & imaginaria, quoniam conservatio agnationis verè non est disponentis motus, siquidem facilè fuisset hanc rationem allegare.

(18) *D. Casanate*, cons. 4. n. 166.

(19) *D. Casanate*, ubi nuper à n. 147.

(20) *D. Casanate*, ubi proximè, num. 168. *ibi*: Ut sic impium, & contra rationem videatur à tot sententiis resilire, cum sapius judicata vim legis habeant.

(21) *D. Casanate*, ubi proximè n. 191.

(22) *D. Casanate*, dicto cons. 4. n. 220. *ibi*: Nam quidquid procedat in primo casu, tamen in secundo conservatio agnationis ad casus expresos, & ad personas nominatas restringitur, ad aliosque casus, & personas extendi nequit.

por esto dice , que de la contemplacion de la masculinidad no se induce otro , que su prelacion , y no la qualidad agnaticia , (23) improbando la congetura de la digresion à muchos grados , y del gravamen de nombre , y Armas , que es el argumento que se formará por Don Francisco Contamina , *num.* 43. por imponerse este gravamen á los descendientes de las hijas. (24)

25 *El Suelves en el Consejo 5. de la semicenturia segunda* , trata de un Vinculo de igual naturaleza , forma , y palabras , que el del Testamento de Don Miguel Torrero , *num.* 1 , habiendo sido la unica duda , si en el llamamiento de descendientes masculos se entendian comprehendidos los que lo eran , mediante hembra , á cuyo favor está la regla general , que no permite dudarlo , (25) porque la propia significacion de las palabras , *descendientes masculos* , les conviene , y no pueden dejar de estar incluidos en ella. (26)

26 Aunque atendido el derecho comun , podria ser cuestión ; pero de ningun modo en el Reyno ; porque la presuncion de agnacion enteramente cesa , hallandose prohibido el juzgar por semejante congetura , dimanada de la repetida contemplacion de des-

(23) *D. Casanate* , ubi nuper n. 232.

(24) *D. Casanate* , eod. cons. n. 247. *ibi* : Secundo respondeo, ex onere ferendi nomen , & arma ex comuni opinione , aliis non concurrentibus , agnationis rationem non induci.

(25) *Suelves* , semicent. 2. cons. 5. n. 1. *ibi* : Et primo appellatione descendientium masculorum veniunt regulariter quoad successionem masculi ex feminis.

(26) *Suelves* , ubi nuper n. 6. *ibi* : Quarto probatur ; nam masculi ex feminis ex propria verbi significatione , seu sermonis proprietate appellatione masculorum descendientium continentur Probatúr ; nam est descendens , descendientium namque appellatione omnes liberi in infinitum veniunt ; & est masculus , ut de se patet ; & sic una & altera qualitas , & masculinitatis , & descendentiæ ex propria & rigurosa significatione simul concurrunt. Et quod ex eo succedant ex tali vocatione innumeri sunt Doctores , quos refert , & inter hos *Castillo* , tom. 6. cap. 129. *Lara* , *Molina* , *Valasco* , *Fontanella* , *Valenzuela* , *Mieres* , &c.

endientes masculos, como lo funda el *Portoles*, verbo *Forus*, numero 49 en las siguientes palabras: *Vigessimo quinto infertur, quod licet interminis juris quando quis fideicomissum instituit, præsumentus sit ratione conservandæ suæ agnationis illud fideicomissum instituisse, tamen quod in hoc Regno hæc ratio, seu præsumptio cesat, & objici nequit si in testamento expressa non est, quare judices ex hujusmodi conjectura, quod testator suam agnationem conservare voluerit, moveri nequeunt ad fideicomisum inter masculos inducendum.* Aunque haya Estatuto, que disponga que habiendo masculos, no succedan las mugeres, ò se halle prevenido en el Testamento en donde se ha de estar á la Carta, como en Aragón, se admite al nieto de la hija; porque bajo la apelacion de descendientes masculos, se comprehenden los descendientes de hembra, con que sean masculos. (27)

27. Lo mismo sienta, y funda el Señor Casanate en el Consejo 23, á num. 1, asegurando, que en donde se ha de estar á la Carta, sin duda alguna vienen los descendientes de hembra, como comprendidos en las palabras, *descendientes masculos*, y solo en el caso que el Testador llamò la descendencia masculina por conservar la agnacion, podia caber la duda; pero dice que si no consta de ello, no la puede haber de la comprehension de toda la descendencia varonil, á quien con propiedad convienen las palabras: (28) Esto mismo se comprueba con el

E

el

(27) *Portoles*, verbo *Forus* n. 50. *ibi*: *Vigessimo sexto infertur, quod licet si testator vel statutum disponant, quod extantibus masculis non succedant foeminae, hæc verba intelliguntur, stantibus masculis. Scilicet descendentes ex masculis, non autem ex foeminis, ita quod nepos masculus ex filia foemina censetur exclusus; tamen quod ubi standum est Cartæ, nepos ex filia foemina ad successionem admittitur, quia appellatione descendentes masculorum, etiam descendentes ex foemina comprehenduntur, dummodo ipsi masculi sint.*

(28) *D. Casanate*, cons. 23. à n. 1. *ibi*: *Aut vero non constet*



el Señor Sesé, *decis. 64. n. 43. & 44. decis. 254.* desde el *n. 52. y 101. decis. 309. y 374.*

28 El Suelbes en el mismo Consejo § al num. 22, recomendando la fuerza del Estatuto de la Carta, aumenta otros exemplares á los nueve referidos por el Señor Casanate, en que se juzgó contra la agnacion, aunque á su favor concurrían gravísimas conjeturas, porque con estas nunca puede ser expresa, ni de la letra; y en comprobacion, copia al num. 24 los motivos de la Causa de la Baronía de Sigues, y los del Ducado de Híjar, en que se lee lo siguiente: *Ratio est quia agnatio præsumpta non est de Carta, nec secundum litteram*: Reconociendo esto mismo los Autores Estrangeros, instruidos de la Jurisprudencia del Reyno. (29)

29 En esta Causa no tenemos apetecida la agnacion, no es expresa, ni se encuentra explicada la razon de conservarla, no se manifiestan conjeturas algunas, y por consiguiente el inferir, que Don Miguel Torrero, *num. 1* la apeteciò, porque llamò á sus hijos, y descendientes masculos, sería adivinar contra la letra, la fuerza de las palabras, y el Estatuto de la Carta, no obstante que para contemplar la masculinidad, pudo moverse de otras muchas Causas, en que generalmente convienen los Auto-

fuisse consideratum à disponente agnationis conservationem; & eo casu veniant ex rigore verborum, tam masculi descendentes ex foeminis, quam ex masculis: Quæ conclusio quamvis in terminis juris comunis ex mente sit controversa, tamen ex rigore verborum ubi cesset mens contraria est clarissima. Nam nepoti ex foemina descendenti quadrant omnia verba, quia est *descendens*, & est masculus. Qua ratione ubi Cartæ standum est, indubitate veniunt descendentes ex foeminis.

(29) *Beroyo*, cons. 120. n. 86. lib. 2. Sed in loco illo Aragonum non statur interpretationi, nec stensionis mentis, quia verba disponentium ut jacent, & ad litteram, & ad Cartam sunt intelligenda. Igitur ratio conservandæ agnationis non est havenda in consideratione, quia illa non est de Carta, nec legi potest.

res: (30) Una de ellas es la misma qualidad del sexo, y el considerar los masculos mas idoneos para la administracion de los bienes, como fundan los citados al margen.

30 Si la contemplacion de los masculos, aun con la exclusion de las mugeres, fuera argumento eficaz de la agnacion, nunca tendria cabimiento el Mayorazgo de simple masculinidad, (31) y seria inutil el trabajo de tantos Interpretes de primer orden, que han enseñado sus reglas, porque para establecerlo es preciso llamar al sexö varonil.

31 Segun las Leyes de España, aun es mas repugnante, porque en su regular sucesion se admiten todos los masculos, y aun las mugeres mismas, (32) y por ello funda el Señor Castillo, que la qualidad agnaticia no conviene á la naturaleza de estos Mayorazgos, (33) y concluye en el cap. 131. num. 26 con la siguiente reflexion: *Ex eo igitur solum neque censeretur considerata agnationis ratio, neque agnationis majoratus dicetur nisi alias evidenter appareat, agnationis rationem habitam fuisse*, con la qual infiere el Suelves al num. 30 del mismo Consejo 5. que en Aragón aun es mas repugnante, porque los Mayorazgos son desconocidos por los Fueros, á excep-

(30) *Suelves*, cons. 5. semi. 2. n. 55. Sed pro responsione observatur, compertum esse, masculos posse ad majoratum vocari, foeminis exclusis, aliis de causis præter agnationem, ac illius conservationem, nempe propter masculinitatem, *D. Molina*, de primog. lib. 3. cap. 5. n. 48. ubi Addent. á n. 45. usque ad 50. *Mieres*, de majorat. 2. p. q. 6. à n. 238. *D. Casanate*, cons. 38. n. 80. *D. Castillo*, tom. 6. cap. 129. à n. 40.

(31) *Suelves*, ubi proximè sub n. 26. *ibi*: Si enim eo ipso quod exclusis foeminis, masculi vocantur, agnationis majoratus constitutus censeretur, numquam locus daretur majoratui simplicis masculinitatis.

(32) L. 2. tit. 15. p. 2. latè *D. Molina*, de primog. lib. 3. cap. 4. per tot.

(33) *D. Castillo*, controuv. cap. 129. à n. 50. n. 51. vers. Et hac quidem.

cepcion de la Casa Real, y solo se succede por la voluntad, que declara el que forma el Vinculo, ó fideicomisso.

32 La congetura, que puede deducirse de encontrarse tan repetidamente apetecida la masculinidad en el Testamento de Don Miguel Torrero, num. 1, se halla vencida, por lo que se dexa expuesto: Hay algunos Autores que la siguen; pero de los Aragoneses ninguno, por ser contraria à los principios forales arriba expresados. La tuvo por bastante el Señor Castillo en el lib. 2. cap. 1. num. 83. y en el lib. 5. cap. 92, num. 2. dejandose llevar de su estilo, lleno de opiniones; pero despues tratando el punto con detencion, y madurez, se retrató, y sintió lo contrario en el tom. 6. cap. 129. 130. y 133. §. unico, empezando en el 129. num. 45. á fundar su retratado dictamen con la eficacissima razon de la siguiente clausula.

33 „Sanè, si eo ipso, quod masculi vocantur
 „agnatio conservata diceretur, numquam esset locus
 „dubio illi, an appellatione masculorum veniant mas-
 „culi ex foeminis in fideicomisaria, & testamentaria
 „materia, quia numquam venire possent si eo ip-
 „so (ut dixi) conservata agnatio diceretur, & frustra
 „de eo inquiriretur, quod absque effectu esset,
 „vel numquam evenire posset. “ *Inquirunt ergo, an masculi ex foeminis sub vocatione masculorum comprehendantur, quia pro certo suponunt non ex sola masculorum vocatione agnationis rationem habitam fuisse.*

34 Continuando estas reflexiones, tiene por constante el Señor Castillo, que el llamar siempre, ó á solos los masculos, no excluirá à los que lo sean mediante hembra, porque la palabra masculos, ó la expresion de ellos, debe entenderse puesta à su favor, y no contra los mismos, por su propia significacion

cion, y su natural sentido (34) y de otro modo la palabra *masculos*, que comprehende los nacidos de hembra se convertiria en odio de estos (35)

35 La repetición de la masculinidad con que se forma el argumento solo es quando por via de regla simple, è indefinidamente son contemplados los de la familia, ò quando absolutamente son llamados los *masculos*; pero fuera de estos casos la repetición solo indica su prelación (36.) y por ello la geminación del llamamiento de descendientes *masculos* simplemente proferido, como se encuentra en el testamento de D. Miguel Torrero *num. 1.* denota mayor afición à la simple masculinidad, y quantas veces lo ordenó tantas lo repitió, y no habiendo usado como no usó de las palabras descendientes *varones de varones*, ó por línea masculina, que inducen la agnación, indicó bastante claro haber atendido solo á la qualidad del sexo masculino. (37)

F 36 Por

(34) D. Castillo, tom. 6. cap. 131. n. 18.

(35) *Suelves*, semic. 2. cons. 5. n. 46. *Aliàs verba*, que *masculos ex foemina* complectuntur ad eorum beneficium posita, adversus illos traherentur: hoc contra jus est. L. nuilla ff. de legibus, L. quod favore C. eodem L. in ratione §. tametsi ff. ad L. Falud. *ibi*: Id enim verisimile non est, cum talis oratio magis ipsius causa quam contra ipsum posita videatur. D. Valenzuela, cons. 68. n. 68. *Mantica*, lib. 8. tit. 18. num. 23.

(36) D. Casanate, cons. 38. à n. 88. *Melchior Phebus*, decis. 39. n. 10. Rota Romana apud *Farin.* in recent. decis. 667. num. 10. p. 2. Hic objectioni pluribus modis responderunt Domini: Et primò ex repetitione masculinitatis non induci necessario rationem contemplatæ agnationis; magna enim differentia est inter consideratam masculinitatem, & agnationem; licet enim testator prædilexerit *masculos*, non inde sequitur legem agnationi suæ dedisse.

(37) *Suelves*, semic. 2. cons. 5. n. 42. *ibi*: Et retorquetur, nam geminatio majorem voluntatis affectum inducit. Quo supposito, cum verba, *descendientes varones*, juxta illorum proprietatem ac naturalem sensum à foemina descendentes comprehendat, toties disponentes repetisse solum masculinitatem, absque aliis verbis, quod agnationem inducant, ut *descendientes varones de varones*, ó por línea masculina: : Conottare fuit manifestè, solum ad sexum masculinum, absque agnationis memoria attendisse: Et masculinitatis multiplicatio asseverare videtur solum sexum contemplatum.

36 Por fin el llamar los hijos, è hijas de Gostanza Torrero es el ultimo convencimiento de que D. Miguel no contempló la agnacion, por mas repetida que se encuentre la masculinidad, y que solo fue preferida èsta, como siguiendo al Señor Molina en su septima conclusion al *cap. 5. lib. 3. num. 50* son muchisimos los que defienden la misma opinion. (38)

37 El mayor argumento que podria formar Don Francisco Contamina *num. 43*, aunque no se encuentra en las defensas del Proceso, se deduce de que à los hijos, nietos, y descendientes masculos de Don Pedro, Don Juan, y Don Miguel *nums. 3. 4. y 5.* no les impone el gravamen de nombre y armas, y lo hace à los descendientes varones de las hijas de dicho Don Pedro *num. 3.* luego porque en su intencion, para conservar la memoria, y agnacion de la familia en los descendientes de los hijos no necesitaba del artificio del gravamen, y lo buscó quando naturalmente no podia verificarse.

38 Este argumento, que con solo suponerse es congetural se halla destruido segun los principios de nuestra Jurisprudencia de Aragón, que quedan fundados, aun se destruye mas por el mismo Testamento, porque el gravamen de nombre y armas solo lo impone á los hijos de las hijas de Don Pedro *num. 3.* contra quienes podria obrar, ò à su favor, si D. Francisco Contamina *num. 43* se incluyese de alguna de ellas, pero como viene por Doña Lupericia *num. 9.*

nieta

(38) *D. Molina*, lib. 3. de primog. cap. 5. n. 50. Septima conclusio, quod quoties in aliqua parte, seu clausula primogenii vocantur foeminae, etiam si pluries in eo primogenio masculi vocati fuerint in eo non censetur habita agnationis ratio, sed solum praelatio masculinitatis tributa: *Avendaño* in L. 40. Tauri, glos. 9. n. 39. *D. Casanate*, cons. 4. à n. 205. cons. 23. n. 4. cons. 38. n. 69. cons. 50. n. 30. *Gutierrez*, cons. 13. n. 23. *D. Valenzuela*, cons. 97. n. 43. & à n. 58. *Fontanel.* claus. 4. glos. 25. à n. 13. *D. Sesè*, decis. 254. à n. 106. & in response ad motibum *num. 26.*

nieta de Don Juan num. 4, en quienes no se halla impuesto igual gravamen, estamos fuera de la question.

39 Aunque se estrechase el argumento con que los descendientes masculos de las hijas de Don Juan se hallan contemplados, *servandose el mismo orden de genitura, y el modo, forma, manera, vinculos, condiciones de parte de arriba recitados*, considerando esto repetitivo de todos los gravamenes, y entre ellos el de nombre y armas, queda disipado con que en el llamamiento de los fijos, y fijas de Gostanza se encuentra igual expresion, y repeticion, *servandose en ellos el mismo orden de genitura, modo, forma, manera, vinculos, condiciones, de parte de arriba puestos por mi à los quales me refiero* (39): cuyas ultimas palabras dan mayor fuerza; pues si por los mismos fundamentos se deberia entender repetido dicho gravamen de nombre y armas en este ultimo llamamiento, y en él se hallan comprendidos no solo los fijos, sino tambien las fijas por las palabras *fijos y fijas de la dicha Gostanza Torrero fija mia quondam*, en quienes natural, ni artificialmente puede verificarse la agnacion, por consistir solo en varones. (40) ¿Còmo ha de ser argumento para qualquiera otro caso en que se apetezca, ò establezca el mismo gravamen? La regla es que las clausulas dudosas, ò generales de una Escritura se declaran por otras, y particularmente por las especiales (41), y viendose en dicho ultimo llamamiento contempladas las mugeres con el repetido gravamen de nombre y armas, este mismo no puede ser argumento de la apetencia de la agnacion en los anteriores.

40 El Señor Molina tratò la question, y dice, que jamàs habia visto, ni oido el que se hubiese juzgado

el

(39) Memor. pag. 13.

(40) D. Molina, de primog. lib. 3. cap. à n. 3.

(41) D. Valenzuela, cons. 73. à n. 171.

el gravamen de nombre y armas por congetura de agnacion, ò masculinidad, por poderle cumplir tanto los varones como las mugeres, por lo qual nunca fue admitida en España, y que los Doctores que la defienden deben entenderse, segun los Estatutos, y costumbres de Italia, en los que para conservar la agnacion están excluidas las hembras (42), pues asi con superior razon no debe serlo en un Vinculo en que no hay expresa exclusion de éstas, antes se hallan llamadas en cierto caso, y con una legislacion, en cuyas reglas generales están habilitadas, y contempladas para suceder.

41. A estas consideraciones se aumenta, que segun el tenor de dicho Testamento, no tiene llamamiento Don Francisco Contamina, porque dice la clausula: Si acontecerá, lo que Dios no mande, los dichos Pedro Torrero, y Juan Torrero fijos mios, y los dichos Juan Miguel, Bartolomé, Dionis, y Clemente Torrero nietos mios fijos del dicho mi fijo Miguel Torrero, morir sin fijos masculos, y descendientes masculos legitimos, en tal caso los bienes pervengan en las hijas de las hijas de Pedro num. 3. y en defecto de éstos, en los hijos de las hijas de Juan num. 3. de cuya disposicion resulta, que este llamamiento (por el qual intenta incluirse Don Francisco Contamina num. 43,) fue condicional, y que por haber muerto Don Juan

(42) *D. Molina*, de primog. lib. 2. cap. 14. n. 9. *ibi*: Sed quamvis scribentes quos superius retulimus, nominis atque armorum condiciones ad hæc usque protrahere velint, eorum opinio in Hispania numquamucusque admissa fuit, imo ex Hispana consuetudine gravamen hoc nominis, & armorum æquè à fœminis ac masculis adimpleri potest. Hec ex armorum seu nominis gravamineucusque visum, nec auditum est, quod judicatum fuerit agnationis, seu masculinitatis conjecturam induci, & ea, quæ prædicti Doctores dicunt, intelligenda sunt secundum statuta, & consuetudines Italiae, ex quibus quo ad hæc, & omnia elia conservatur agnatio, & masculinitas, & fœminæ excluduntur. Idque sic in forensibus controversiis practicari, nec intelligi solitum est.

Juan con hijos, y descendientes masculos caducò dicho llamamiento de los hijos de las hijas.

42 La condicion con que fueron contemplados es para en el caso de morir los mismos sin hijos, ò descendientes masculos, cuya condicion por su naturaleza es momentanea, que no incluye continuacion, en la qual el tiempo de la muerte del gravado es el termino, y acto instantaneo, en que empieza, y acaba (43) y como faltó la condicion puesta para el ingreso de los hijos de las hijas substituidos, se desvaneciò tambien esta substitucion, como si hecha y escrita no hubiera sido (44) por ser lo mismo no haber establecido la substitucion, ò haberla arreglado bajo una condicion, que no se purificò (45): por esta misma razon, habiendo llamado Don Miguel *num. 1.* á los hijos de las hijas de Don Juan *num. 4.* en el caso de morir èste y demás instituidos sin hijos, ni descendientes masculos en el caso de morir, como murió con ellos, que es el contrario à dicha condicion, se entiende quitado el llamamiento. (46)

43 Si hubiera querido Don Miguel *num. 1.* que los hijos de las hijas viniesen á suceder, aunque Don Juan *num. 3.* muriese con hijos, ò descendientes varones, inutil hubiera sido el contemplar á aquellos baxo

G

la

(43) *D. Casanate*, cons. 4. n. 48. 92. & 99. *ibi*: Ideo conditio moriendi sine filiis momentanea est, tractum succesivum non habet, quia mortis conditio dicitur terminus, & actus instantaneus, qui incipit, & finitur in instanti, & in instanti mors est, vel non est.

(44) *Ciriaco*, contr. 281. n. 64. & 66. *D. Casanate*, cons. 2. n. 28. *ibi*: Decimotercio, omnis substitutio, vel dispositio sub conditione facta, deficiente conditione, non solum deficit, sed habetur penitus pro non facta, & scripta, & in casu deficientis conditionis neque facta, neque scripta reperitur.

(45) *D. Casanate*, ubi proximè n. 29. Et paria sunt nihil fieri, vel fieri sub conditione, quæ non purificatur.

(46) *D. Casanate*, cons. 2. n. 30. Et sub conditione fideicommissum injungens, sub contraria conditione illud ademisse censetur, & bona libera reliquisse.

la expresada condicion, y muy impertinente el establecerla, quando su naturaleza es excluir algun caso, y ninguno se puede entender con mas fuerza excluido, que el contrario de morir con hijos masculos dicho Don Juan, y de otro modo no tendria el menor influxo la condicion de morir sin ellos. (47)

44 La condicion de la clausula es de las llamadas voluntarias, que nunca admiten extension de caso à caso (48) y mucho menos à los desemejantes, y contrarios (49) y como el de morir Don Juan *num.* 4 sin hijos varones, que no se verificó, ó morir con ellos, que sucedió, son absolutamente contrarios (50); el llamamiento de los hijos de las hijas del mismo Don Juan establecido en el primero no purificado, no puede tener cavimiento en el segundo opuesto, y para el qual no fueron contemplados, aunque hubiese gravamen de nombre, y armas, prohibicion de agenaar, y otras conjeturas (51)

45 No puede dudarse, que los hijos de las hijas de Don Pedro, Don Juan, y de los demas nombrados fueron solo llamados en el caso unico de morir estos sin hijos, ni descendientes varones, como literalmente se lee en

(47) *D. Casanate*, cons. 4. n. 79. Quorum opinionem fulcit natura conditionis: quæ sui natura censetur adjecta ad excludendum aliquem casum. Nullus autem alius est casus (præter casum contrarium) qui certius possit per conditionem videri exclusus, ne alioquin conditio nullam vim habeat, & superfluo videatur adjecta.

(48) *Menoch.* lib. 4. præsump. 185. n. 10. *Peregrino*, de fideicom. art. 31. n. 32. *D. Casanate*, cons. 4. à n. 45. *Ramon*, cons. 28. à num. 15.

(49) *D. Casanate*, cons. 4. n. 73. *ibi*: Numquam tamen admittitur quando sunt casus dissimiles, & multo minus ad casum penitus contrarium.

(50) *D. Casanate*, cons. 4. n. 77. *ibi*: Sed casus decedendi cum filiis, & decedendi sine filiis sunt nedum dissimiles, sed omnino contrarii, & penitus oppositi.

(51) *D. Casanate*, ubi proxime n. 123. y 126. *ibi*. Agnoverunt enim consulti fideicommissa favore familiæ facta, prohibitionem alienandi, onus ferendi nomen, & arma, & reliquas conjecturas ab adverso excogitatas. Attamen indistinctè statuerunt ex defectu conditionis, si sine filiis, evanescere fideicommissa. Nec contra statuerunt, cum favore familiæ ordinantur.

en la clausula ; pues aunque haya expresiones de perpetuidad , espirò diho llamamiento , y caducó por la muerte de Don Juan *num.* 4. con hijos , y descendientes varones por deberse restringir al evento de la condicion , (52) lo que procede aunque en los fideicomisos estan puestos en condicion los hijos , y descendientes. (53)

46 La condicion referida como voluntaria solo exige el mero hecho de su existencia (54), y el llamamiento , que con ella se formò por el defecto de la misma condicion muriendo con hijos el gravado Don Juan *num.* 4 , ya no puede revivir jamàs , porque en el momento de su muerte con ellos cesò el gravamen à favor de los hijos de las hijas. (55)

47 Estas reflexiones , y doctrinas no pueden contrarrestarse en el caso de la disputa en que se encuentran palabras restrictivas , que con clara voluntad hacen depender el llamamiento de los hijos de las hijas de purificarse la condicion concreta al tiempo de la muerte de los instituidos ; porque dice la clausula „ *Si acontecerà morir „ sin hijos masculos , y descendientes de ellos masculos los „ dichos Pedro , Juan , Juan Miguel , Bartholomè , Dionis , „ y Clemente Torrero :*“ usa de la palabra *dichos* que hace relacion precisa à las personas de estos , y produce , que la condicion de morir sin hijos , y descendientes precisa para que se verifique el gravamen de prevenir los bienes à los hijos de las hijas de los mismos , solo debia purificarse , ó desvanecerse con la muerte de los seis pro-

xi-

(52) *Torre* , de majorat. p. 2. q. 17. n. 46. Nec refert quod talis prohibitio habeat anexas clausulas in perpetuum , & sempiternum ; nam nihilominus debet restringi ad substitutionem præcedentem , & non extendi gravamen. n. 13. Nam intelligitur retento semper eodem themate , & supposito decesu Paschalis , sine filiis , & non aliter. *Peregrino* , de fideicom. art. 29. n. 35. art. 5. n. 3. & 4. *Lucas* , de fideicom. dis. 84. n. 3. & 4.

(53) *D. Castillo* , lib. 5. contr. cap. 89. n. 48. *Fusar.* cons. 9. n. 13. *D. Casanate* , cons. 4. & 5. per tot.

(54) *D. Casanate* , cons. 4. n. 49.

(55) *D. Casanate* , cons. 4. à n. 90.



ximamente referidos, sin extenderla al caso de morir los hijos, ó descendientes masculos de los mismos sin hijos. (56)

48 Aun es mas claro en la continuacion de la clausula; porque concretandose à morir los instituidos Pedro, Juan, &c. nombrandolos por sus propios nombres para gravarles à favor de los hijos de las hijas dice que *en tal caso* pervengan lo bienes en estos: la diction *en tal caso* limita la disposicion, à lo expreso, y remueve toda extension, de manera, que se entiende haber ordenado Don Miguel, que en otro caso no sucedan (57), por cuyas consideraciones funda con mucha erudicion el Señor Casanate en el consejo 4. que el fideicomiso bajo la condicion de morir sin hijos el gravado, muriendo con ellos espira, sin poderse extender al caso que sus hijos, ò descendientes muriesen sin ellos, como pretende Don Francisco Contamina num. 43, aun por congeturas, y presunciones urgentes, como reprobadas por el estado de la carta, que remueve toda extension, aunque concorra identidad de razon. (58)

49 De que se manifiesta, que contemplados los hijos de las hijas en el caso preciso, y solo de morir Don Pedro, y Don Juan num. 3. y 4., y los hijos de Don

(56) D. Casanate, cons. 4. n. 141. *ibi*: Tertia dictio restrictiva est: quia non gravavit sub nomine appellativo, seu colectivo, sed sub nomine proprio *los dichos Ramiro, Francisco, y Juan*, & nomen proprium ad aliud nomen, & sic nepotes, & pronepotes non extenditur.

(57) D. Casanate, cons. 4. n. 137. *ibi*: Prima dictio *en el dicho caso*, quæ regulariter dispositionem ad casum expressum limitat, & extensionem omnem subducit. n. 138. Imo disponens, quod in dicto casu succedat Ludovicus, videtur disponere quod in alio casu non succedat. Urceolo, cons. 96. ex n. 4. *ibi*: Hæc enim verba tunc, & eo casu, & in casu supradicto, restringunt dispositionem ad casum dumtaxat expressum, nec patiuntur ut extendatur ad alios. Rosa, consult. 16. n. 18. 19. 45. & 46. D. Castillo, tom. 5. controv. cap. 181. n. 19. D. Molina, de primog. lib. 3. cap. 8. n. 4.

(58) D. Casanate, cons. 4. per tot. & præcipuè à n. 147.

Don Miguel que se expresan , habiendo muerto Don Juan con hijos masculos , pues dejò à Don Geronimo num. 8. y toda la descendencia masculina , que ha continuado , no puede tener cavimiento su pretendida vocacion , y mucho menos quando la condicion defectiva del caso del llamamiento , es muriendo sin hijos , y descendientes masculos simplemente , y Don Joaquin Ximenez num. 41 tiene las dos calidades de descendiente del mismo Don Juan num. 4. y masculino , lo que basta para que no se haga lugar la substitucion.

50 Las mismas doctrinas referidas , que prueban la extension , excluyen à Don Francisco Contamina num. 43 , porque el llamamiento en que funda , no es como supone. En defecto de los hijos masculos de las hijas de Don Pedro , num. 3. dice la clausula (59) *sean las dichas Casas , Torre , y Huerta , y Heredamiento de los fijos masclos , legitimos , y de legitimo Matrimonio procreados , de las fijas legitimas , y de legitimo Matrimonio procreadas del dicho Juan Torrero fijo mio , servandose el mismo orden de genitura , &c.* Aqui no solo hablò el Testador discretivamente de varones , y mugeres , lo que produce , que en el llamamiento de los primeros no se comprehendan las segundas (60) , si es que solo y expresamente contemplò los hijos masculos de las hijas de Don Juan num. 4. , de tal manera , que las hijas no tienen llamamiento.

51 El Arbol nos presenta de manifesto , que Don Juan no dexò hijas , y que Don Francisco Contamina se incluye de Doña Lupercia Torrero num. 9. nieta: por consiguiente es claro , que Don Lupercio Geronimo de Contamina num. 15 , visnieto , no podia incluirse en la vocacion de los masculos de las hijas de Don Juan num. 4 , ni transmitir à Don Francisco num.

H

43.

(59) Memor. pag. 12.

(60) D. Larrea , decis. 54. à n. 17. Rojas , disp. 1. q. 1. §. 3. num. 81.

43. el derecho á la sucesion.

52 Las palabras restrictivas de que usó el Testador, limitando á mas todas las substituciones al evento inverificado de morir los instituidos sin hijos, y descendientes masculos que restringen la disposicion al caso especial, y en individuo expreso, y excluyen toda extension (61) bastarian para que se hubiesen desvanecido las substituciones de los hijos masculos de las hijas; es pues poderosa la razon para que no puedan entenderse comprendidos los hijos de Doña Lupercia num. 9. que tiene la calidad de nieta, porque á considerarlos llamados se extenderia el gravamen á favor de los visnietos como Don Lupercio Contamina num. 15, y toda su descendencia, no obstante la regla, de que los nietos no vienen bajo el nombre de hijos si á estos se les contempla con el propio de sus personas (62), y no se ha de admitir la exorbitante extension de incluir los hijos de las nietas bajo la vocacion de los hijos de las hijas.

53 La question que habia de vencer Don Francisco Contamina es, que bajo el nombre de hijas se comprendian las nietas, que bajo el de hijos masculos de las hijas venian los de aquellas, y finalmente, que en el llamamiento de los hijos simplemente se incluian los descendientes, que son muchas cosas no faciles de probar, concretandose al Testamento de Don Miguel num. 1; y aunque Don Joaquin Ximenez no necesita de internarse en estas questiones, porque son de mas para obtener fundadas tan solidamente las primeras, brevemente dirá lo que le ocurre.

54 Para poner en claro estas disputas debe suponer-

(61) *D. Casanate*, cons. 4. n. 127. Nono: quia substitutio concepta est per plura verba restrictiva, seu taxativa, quæ dispositionem limitant, & restringunt ad casum specialem, & in individuo expresum, & omnem prorsus extensionem excludunt.

(62) *D. Casanate*, ubi proximè num. 41.

nerse, que quando no solo caducó el grado por el qual se ha de fundar, é incluir en el fideicomiso, si es que faltó la condicion de morir sin hijos el primer llamado, ya sea la substitucion vulgar, ó fideicomisaria, se desvanece para siempre, y no puede entrar la question propuesta. (63) Las dos cosas las tenemos cumplidamente verificadas: Don Juan *num* 4. murió con hijos y descendientes varones, éstos sobrevivieron à los hijos de las hijas, y aun lo que es mas, que por no haber dexado hijas, no hubo persona habilitada para formar la substitucion: pues por consiguiente claudica substancialmente la pretension de Don Francisco Contamina por los tres Capítulos.

55 La razon es clara, porque el grado precedente y primero no se entiende gravado en la fideicomisaria á favor del segundo; sino es en el caso de morir sin hijos (64), y asi Don Miguel *num* 1. arregló las vocaciones, y por ello habiendo muerto Don Juan con hijos, y descendientes varones, aunque no estuviesen como se hallan antes expresamente contemplados, y solo puestos en condicion, excluirian su existencia, y sobrevivencia à los hijos de las hijas substituidos. (65)

56 Para entrar en las propuestas questions se ha de tener presente que solo caben, y solo las tratan los Interpretes en el caso que por la extension del nombre hijo à la hija, nietos y descendientes les ha de resultar el propio favor en exclusion de un tercero,

(63) *D. Sesè*, decis. 50. à n. 18. & præcipuè à n. 21.

(64) *D. Sesè*, ubi proximè n. 21. quia præmissa ea ratione quia testator in fideicommissaria cogitavit, quod gradus præcedens, qui defecit, admitteretur, & noluit eum gravare, nisi positus in eo decederet sine filiis, nec aliud est verisimile postquam semel fuit admissus.

(65) *D. Sesè*, ubi nuper n. 24. Ego addo aliam rationem, in fideicommissaria debet succedere gradus præcedens, ut ipse teneatur; eo autem succedente, & moriente cum filiis, videntur illi tamquam positi in conditione excludere ultimo substitutum.

cero, ò substituto (66), por cuya razon los nietos y descendientes se comprehenden en el nombre de hijos siempre que se ha de inducir á su favor fideicomiso activo, pero no quando se les ha de imponer el gravamen, ò convertirse en pasivo; (67) bajo cuyas reglas resulta el argumento de la exclusion de Don Francisco Contamina *num.* 43. formado asi: Para en el caso de faltar los hijos, y descendientes masculos de Don Pedro, Don Juan, y los demàs hijos, son llamados los hijos varones de las hijas; se trata de un fideicomiso activo por el llamamiento anterior de los primeros, y pasivo por el gravamen que se intenta inducir, para que pase, y se transfiera á los hijos de las hijas: luego bajo el nombre de hijos masculos de las hijas de Don Juan *num.* 4. no se comprehenden los hijos masculos de las nietas, como lo era Doña Luper-
 cia Torrero *num.* 9, por quien se incluye dicho Don Francisco Contamina.

57 La razon la dan los Interpretes: Se admite en materia favorable, que bajo el nombre de hijos vengan los nietos, pero de ningun modo quando la extension se convierte en odio de los mismos, ó porque resultarian exheredados, ó se les impondria gravamen, (68) por ello no vale el argumento de las hijas á los nietos, y mucho menos quando discretivamente se tratò de éstos, como se verifica, y restrictivamente se habló de las hijas de Don Juan *num.* 4. (69)

58 Concorre en esta Causa otro motivo superior, para que Don Juaquin Ximenez de Embun *num.* 41. sea pre-

(66) *D. Sesè*, decis. 64. á n. 4.

(67) *D. Sesè*, decis. 64. n. 15. *ibi*: Ubi de magis communi, & vera, ut veniant in fideicomisso activo, non pasivo, quia agitur de suo favore.

(68) *D. Sesè*, decis. 64. n. 37. Secus si agatur de odio filiorum, aut alterius, veluti de exheredatione filiorum, aut gravamine illis injuncto.

(69) *D. Sesè* decis 64 n. 61. 84. 91. 110., et 111.

preferido à Don Francisco Contamina *num. 43.* aun considerado el caso de su pretendido llamamiento, y esto por reglas generales y comunes. Doña Lupercia Torrero *num. 9.* no era hija de Don Juan *num. 4.*, sino nieta, y así contemplados los hijos masculos de las hijas de éste, para que pudiera formar linea Don Lupericio Contamina *num. 15*, era preciso extender el llamamiento de los hijos de las hijas á los hijos de las nietas, y demás descendientes varones, ó agnados, como quiera; pues sería idéntica la razon, es decir, que en qualquiera descendiente masculino de Don Juan *num. 4.* que faltase la agnacion habiendo hijos de hijas, habian de entrar à suceder, y así como no encuentra inconveniente Don Francisco, para que Doña Lupercia causase la sucesion á favor de sus descendientes varones semiagnados, tampoco lo puede haber, para que se verificase en los que lo sean de la linea primogénita de Don Juan *num. 8.* por medio de Doña Mariana Torrero. *num. 13.*

59 Todo esto es tan claro, y manifiesto, que segun las reglas, que deben observarse en la materia no puede tener contraresto; por que no tenemos hija de Don Juan *num. 4.* y encontramos à Don Geronimo *num. 6.* que sucedió y causò la sucesion para todos sus descendientes, del qual descienden Doña Lupercia *num. 9.* y Doña Mariana *num. 13* sin otra diferencia, que el ser la primera Nieta, y la segunda Vis-nieta de Don Juan *num. 4.* y si los hijos de la nieta, y sus Descendientes estan comprehendidos en el llamamiento de los hijos varones de las hijas, tambien lo han de estar los hijos, y descendientes masculos de la Vis-nieta.

60 Haora pues re flexionemos que por la muerte de Don Geronimo *num. 6.* formò su hijo Don Juan Torrero *num. 8.* linea primogénita, y primitiva en la qual se incluye Don Joaquin Ximenez *num. 41.* como descendiente varon segundo de Doña Mariana *num. 13* hija

del Posehedor, y mediante Don Roque Ximénez *num. 21* hijo masculino de la misma Doña Mariana; pues como se ha de hacer lugar la pretension de Don Francisco Contamina *num. 43*, que trata de arrebatarse el Mayorazgo de la linea efectiva de Don Juan *num. 8*, y de la contentiva proxima del ultimo posehedor, quando la calidad en que funda su derecho se encuentra igualmente en Don Joaquin Ximenez de Embun?

61. Esto no puede ser, porque seria destruir la prelación clara de la linea primogenita, privarle de su derecho antes de hallarse evacuada, y se habia de incidir en una notoria contradiccion; por que para ello era forzoso que en el llamamiento de los hijos de las hijas estuviesen comprehendidos los hijos de las nietas excluidas y no se encontrasen contemplados los hijos de las bisnietas, y nietos del nieto preamado como lo era Don Roque *num. 21* respecto de Don Juan *num. 8* lo que induciria un absurdo legal el mas claro, quando para desviar el Mayorazgo de las reglas comunes se hace preciso que se presente la voluntad expresa è indudable.

62. Por ultimo, la observancia en el unico caso, que ha podido verificarse, pone el asunto sin disputa. Por la muerte del Señor Don Josef Torrero y Marzo *num. 32*, finalizò la rigurosa agnacion de los descendientes de D. Juan *num. 4*, sucediò en su vacante Don Joaquin Matheo *num. 38*. con la calidad de cognado, y simple masculino, habiendosele subrogado con ella en 1767. (70) en los derechos de sus antecesores, sin que Don Francisco Contamina, ni su hermano Don Josef lo impugnasen, ni compareciesen á impugnarlo, antes toleraron, que poseyese el Mayorazgo hasta su muerte por mas de veinte años que pasaron desde la del Señor Don Josef Torrero, y Marzo; y como en el llamamiento de hijos, y descendientes varones, quando hubiese duda de si es agna-

agnaticio, ò de masculinidad, basta la observancia de solos diez años, habria esta declarado por el exemplar referido la comprehension de los simples masculos. (71)

63. A este mismo objeto aun tenemos otro motivo, y acto de los mas recomendables, que quita toda duda, y es la capitulacion Matrimonial de Don Geronimo Torrero num. 6 en que lleva los bienes que fueron de su Padre, y los suyos propios, y aunque dice que los lleva con los vinculos y substitutiones, condiciones, y cargas puestas en el Testamento de Don Miguel num. 1, en lo dispositivo solo se encuentra el pacto de no poder disponer sino en hijos varones de aquel Matrimonio, y descendientes de ellos legitimos, de uno en uno, de mayor en mayor, servando orden de primogenitura, previniendo, hubiesen de pervenir en hijo varon, y en sus descendientes. (72)

64 En esta clausula no hay mas que encabezar el Mayorazgo en hijo varon de Don Geronimo, y contemplar despues sus descendientes simplemente en que por todas las reglas que se prescriben entre ellos, de suceder estos de uno en uno, de mayor en mayor, servando orden de primogenitura, no puede dexar de considerarse un vinculo regular, y al sumo de masculinidad por encabezarlo en hijo varon (73), pues si el primer sucesor lo entendiò asi explicando los vinculos, condiciones, gravámenes, y substitutiones del Testamento de su Abuelo; el querer ahora pasados doscientos cincuenta años inducir un fideicomiso agnaticio,

(71) *D. Molina* de primog. lib. 2. cap. 6. num. 57. ubi addentes ibi: Aut agitur de interpretandis aliquibus rebus dubiis clausularum ipsius maioratus, tunc vero ordinaria præscriptio consuetudinis decem annorum proculdubio sufficiet, idque praxis admittit.

(72) Memor. pag. 14. 15. y 16.

(73) Pruebase con las doctrinas anteriores de la primera razon de la defensa.



ticio, tan odioso por su naturaleza, y repugnante á la letra, envuelve una dureza extraordinaria, que choca con los elementales principios.

65 Como quiera, Don Geronimo num. 6. en su capitulacion diò regla del modo de suceder, y la pudo establecer independiente del Testamento de Don Miguel en quanto á sus bienes; por consiguiente los aprehensos propios de aquel no tienen otro gravamen, que el de un vinculo regular, ò al sumo de masculinidad; y como Don Joaquin Ximenez de Embun num. 41. es descendiente de la linea primogenita del Vinculante, y masculino, no pueden dexar de adjudicarsele, y mas quando los descendientes de las hijas de Don Geronimo no están contemplados en dicha Capitulacion Matrimonial; de manera que incluyendose Don Francisco Contamina num. 43 de Doña Lupercia num. 9. ningun derecho tiene á suceder; por cuyas consideraciones reunidas se manifiesta claro el de Don Joaquin Ximenez, para que se le adjudiquen todos los bienes, segun lo pide en su demanda. S. S. T. S. G. C. Zaragoza y Agosto 14 de 1792.

Dr. Sebastian Palacio. *Dr. Joseph Broto.*

IMPRIMASE.

Llamas.



