

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 Oßera, y de Casta-
ñeda , que la pretendia como Hija del Excelentissimo
Señor Marquès de Oßera, ultimo Possedor: En el Pro-
cesso Mariæ Perez , super Apprehensione Baronix
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-

2

co gnacion, con estas palabras: *Qui enim tales differentias inducunt quasi naturæ 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 naturã offendimus, & legitimo iuri derogamus,* y mas adelante, ibi: *Sed propter hoc solum puniri quòd fœmina natae sunt, & paterno vitio (si hoc vitium est) prolem innocentem gravari, S. cæcerum 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 *controvers. iur. lib. 4. cap. 56. num. 100. alli: Por la qual declaramos, que las hembras de mejor linea, y grado no se entiendan estar exclusas de la succession de los Mayoraçgos, Vinculos, Patronaços, y Aniversarios: antes se admitan à ella, y se prefieran à los varones mas remotos, assi 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, expressandolo 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 succession 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-

3

Padre, ni de hermanos, non enim hæc 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. cohæredi, §. 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 governar por las las Leyes, y Pragmaticas de los Reynos de Castilla, ni entender, q̄ los Fundadores de este Mayorazgo en Aragon quifieron permitir, que las palabras con que lo establecieron, se interpretassen conforme à dichas Leyes, y Pragmaticas, 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 significacione, non verò in civili interpretando, & supplendo, sin glossas, ni suplementos; porque hazen Leyes para sus disposiciones, y en ellas, y en nuestrs Fueros las hallamos reprobadas, como advirtió Leonardo en la Dedicatoria de las Leyes Muni-*

4

principales à los Diputados, allí: *Y en Aragon, donde se ha de estar à la Carta, y à lo que sencillamente significa en su sentido, no torcido, ni acosado, fue acuerdo necesario 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 prelación 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 permaneciese 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 Thefauro *decis. 37. num. 6. facit Ioannes Flaſprect. in §. Item vetustas inst. de hered. qui ab intestato, ibi: Etenim publicè interest familias, praesertim 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 devolvuntur masculos; secus verò quando etiam ad foeminam.*

6 Y los Donantes en las clausulas de la Donacion, en que dispusieron el de la Casa de Quinto, establecieron la perpetua prelación 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

5

en ellas se descubre indubitadamente esta voluntad, la qual, y no las reglas comunes de Mayorazgos se deve atender, porque frequentemente peligra su voluntad, queriendo ajustar la voluntad à las Reglas, siendo inalterable la regla, que la prefiere contra todas ellas: *Et in primis illud est observandum, quod à fundatore fuerit dispositum, multoties magis ad indagandam veritatem convenit perspicere foundationem, quàm alias iuris regulas, cum ad placitum valeat vocationes, aut nominationes disponere,* Valenzuela *conf. 69. à num. 1. Vela dissert. 49. num. 50. Castillo lib. 5. controvers. cap. 91. num. 70. Et cap. 92. num. 33. D. Ferdinandus 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 Ilustrissimo Señor Justicia de Aragon, despues de largo examen, y con este juzgado tiene aplicacion lo que dezia el Cardenal de Luca de fideicommiss. *discur. 43. nu. 14. alli: Postquam maturè causa disputata, partibus auditis, una interpretatio capta fuit, unusque intellectus iam approbatus, unde ita per organum Iudicis defunctus resuscitatus iam locutus est; tunc satis improprium videtur ut absque alia acti alternatione contrarium dicendum sit, quodque idem defunctus modò dicat album, modo 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
 ayen 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, AYAN
A VENIR, Y VENGAN EN EL PRIMER
FILLO MASCULO, QUE DIOS LES DARA,
E A EL LOS 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 matrimonia
 procreados, que vengyan los ditos bienes EN EL
 OTRO FILLO MASCULO DE LOS DITOS
 CONTYGES POR NOS NOMBRADEROS,
 O EN LOS DESCENDIENTES DE AQUEL
 MAS-

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

TERCERA.

ET si non de avrà, *QUE VENGA EN QVALESQUIERE OTROS FILLOS MASCULOS, E DESCENDIENTES DE AQUELLOS LEGITIMOS, E DE LEGITIMO MATRIMONIO PROCREADOS DE LAS DITAS PERSONAS NOMBRADERAS, DE LA CALIDAD, E CONDICIONES SUSODICHAS, servãdo en todos los sobredichos ORDEN DE GENITURA DE MAYOR EN MENOR, con que siempre àquel, en quien los ditos bienes pervendrán AYA A LEVAR LOS SOBRENOMBRES, E ARMAS DE FVNES, ET DE VILLALPANDO JUNTAS, E QUE OTRO SOBRENOMBRE, NI ARMAS NO PVEDAN FACER, NI LEVAR, è si el contrario faràn, pierdan los ditos bienes ipso facto, è vengán 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.*

QUARTA.

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

TIMO MATRIMONIO PROCREADOS, que pervengan 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 procreados, en quien los ditos bienes pervendrán, **POR EL DITO ORDEN**, sean tenidos levar, è facer los sobrenombres, è Armas de Funes, è de Villalpando, segun dito es.

QUINTA.

E Si serà caso, que las ditas personas nombradas, è los descendientes de aquellas, **ASSI MASCLOS, COMO HEMBRAS**, legitimos, è legitimas, è de legitimo Matrimonio procreados, è procreadas, falleceràn, en tal caso los ditos bienes ayan de pervenir, è pervengan en **UN MASCULO**, pariente mas cercano, que la ora serà 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** parienta mas cercana, que la ora se trobarà de mi dicha Contesina de Funes, descendient del Magnifico, è Egregio Micer Juan de Funes, Fidalgo, Doctor en Leyes, Vicecancellor 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-

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, vengán 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 hábiles à contraer Matrimonio.

S E P T I M A.

E En defecto de hijos, è descendientes de **AQUELLOS LEGITIMOS MASCLOS**, vengán 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 inhábiles 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 contraber 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, asì por la letra de la Donacion, como por la voluntad de los Donantes, que haze la primera regla para legitimar los derechos de la succession, 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 maius mentis testantis est, quàm qualitas verborum, Bald. in cap. 1. de testibus, Bec. consil. 116. nu. 14. lib. 2. Prat. cons. 90. num. 28. lib. 1. Barz. decis. 9. in princ. Barb. tract. variar. axiom. 222. num. 2. tum verò & attenda voluntate disponentis, quàm in vltimis voluntatibus dominari, & primum tenere locum post F. Cod.*

Cod. in lege in conditionibus, ff. de condit. Et demonstrat. tradiderunt Gabriel cons. 132. quæst. 4. num. 36. lib. 1. Gama decis. 27. num. 3. Bursar. cons. 8. num. 12. Hond. cons. 57. num. 11. lib. 1. Barz. cons. unic. post decisionem num. 133. Et decis. 79. num. 21. Censal. ad Peregrin. de fideicommiss. art. 11. in princ. Et 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, quando se han de decidir en Tribunales como el de V.S.I. siguiendo la enseñanza del Cardenal de Luca *in relatione Romania Curia forensis disc. 46. n. 26.* que las imprueba con estas palabras: *Damnabilis verò imò contemptibilis censendus est apud Iudices literatos, ac professores iuris, qui per regulas iuridicas, præcedente, vel subsequente formali studio causas decidere debent, isto enim casu advocatus omninò effugere debet superfluas verborum sitates, atque strictè, Et breviter insistere super illis solidis motivis, atque in substantià causa pondus, vel cardo difficultatis restringatur, ut in ea, quæ deducuntur, aliquam faciant impressionem, utpotè futuri studij preparatoria, dum alias verbose superfluitates Iudicis intellectus potius offuscare solent, ut neque benè percipiat, vel retineat ea, quæ 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 darà, è à ellos sobrevivirà, è en los des-*
cen-

*descendientes de aquel machos legitimos, è de legitimo
 matrimonio procreados, que no sean Religiosos in Sa-
 cris ordenados, ò en otra manera inhabiles à contraer
 Matrimonio; y à estas se han de juntar las de la ter-
 cera clausula, por la relacion literal que haze à la pri-
 mera; servando en todos los sobredichos orden de ge-
 nitura de mayor en menor; con que siempre aquel en
 quien los ditos bienes pervendrán, aya à llevar los So-
 brenombres, è Armas de Funes, è de Villalpando jun-
 tas, è que otro Sobrenombre, ni Armas no puedan fa-
 cer, ni llevar; è si el contrario faràn pierdan los ditos
 bienes ipso facto, è vengán en los substituidos à aque-
 llos en defecto de ellos, è de cada uno de ellos; los qua-
 les en el dito caso tengan los ditos bienes con el dito
 cargo.*

10 De manera; que es incontrovertible, segun
 la ferie, y tenor de estas palabras, que los Donantes
 contemplaron privativamente para la sucesion en
 ingreso al hijo primero machulo de los Donatarios,
 y en el progreso à los descendientes machulos, que
 procedieren de el, y entre estos machulos descendi-
 tes del hijo primogenito dispusieron la sucesion
 contrahida à dichos machulos descendientes, alli: Ser-
 vando en todos los sobredichos orden de genitura de
 mayor en menor; porque no aviendo hecho men-
 cion de otros descendientes, sino de varones, las pa-
 labras: *Servando en todos los sobredichos orden de ge-
 nitura, vnica, y folamente han de comprehender
 à varones: Surdo decis. 125. num. 1. alli: Quia cum
 dictio sit relativa, & ad oculum demonstrativa restrin-*
git

git prohibitionē ad nominatos, y profigue: 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 conclūye: Facit etiam, quia cum illa dictio eisdem, sit repetitiva, & demonstrativa, referrī 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. Imol. 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 hæredibus non cum aliquo signo universalī, sed potius restrictivè per illam distinctionem dicti Aymon cons. 90. num. 8. Quæ dictio cum sit relativa ad hæredes superius nominatos, leg. qui liberis, §. hæc verba, ff. de vulgar. leg. fin. Cod. de instit. & substitut. debet facere relationem ad posthumos masculos, superius proximè, & immediatè 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. hæredes 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 masculinos, sucesiva, y perpetuamente mientras los huviere; porque concluyen con dichas palabras: *De mayor en menor, servando entre ellos orden de genitura*; que declaran la perpetuidad, y llamamiento entre los masculinos, y la exclusion de las hembras, aviendo masculinos, 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 prelación, sin manifiesta violencia à las palabras con que los Donantes desirieron la sucesion à los masculinos descendientes del hijo primogenito; y tratando en caso semejante Francisco Maria Constantino *decis. 118. num. 19.* dixo: *Non debemus sensum Testatoris, clare expressum imaginarijs discursibus subtertere, vt benè 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 pretenden: Que no se ha de considerar prelativa contra el llamamiento de dicha Señora Condesa; que presuponen, y esfuerçan con variedad.

14 Los que escrivieron en Castilla para la primera instancia, fundan la inclusion de dicha Señora 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 de providencia especial por el Fundador; pues siendo caso omitido, se interpone el Derecho, admitiendola en virtud del llamamiento legal anterior, vt probat ex doctrina Soccini Iunior conf. 30. num. 32. lib. 1. assentando este Doctor, que no vale la consecuencia, de que porque no este llamada alguna persona de va ser excluida de la sucesion, porque puede incluirse en ella por las reglas del Derecho 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 dotem, ff. solut. matrim. bastando que la persona que por derecho 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 esten, ò no estos puestos en condicion en las primeras substituciones, puede desvanecer el claro derecho 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 escrivieron 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, & fœminis 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 præferendi 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*

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 lamente funda esta doctrina magistral Don Juan del Castillo controvers. 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. Suelves cons. 5. num. 32. centur.

tur. 2. referidos por Rofa consult. 69. num. 124. Regia Audientia in motiuis Baronia de Signès, 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 possent, 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, iex Bartol. in leg. heredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebel. Fusar. de substi. 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

def.

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

22 Y aviendo premitido este supuesto , profi- gue 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 Marquès 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 rèmos 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 Iudex curare debet, loqui eo modo, quo defunctus verisimiliter loqueretur; unde præterea ex diversa facti qualitate resultat, quod coniectura in uno casu admittenda, in alio reprobanda sunt, & consequenter, ut sæpius in alis habetur, nimius clarus Pracmaticorum error est, cum*

eis-

eisdem doctrinis, & auctoritatibus 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 vltimo 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 prefat.* Y à esta sucedió la preemática 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 caventur in institutionibus Maioratum, quae 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

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 Sucesion 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 Lusitaniae part. 2. num. 162. § 163. vbi: Quod fœmina nupta non patris, sed viri sequitur familiam, ex l. quicumque, C. de re milit. lib. 11. 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 transit, § ibi de liberis, qui patris, non matris familiam sequuntur, l. familia 196. §. 1. d. tit. de*

verbor. signif. Et ipse Arprect. §. 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 constituyò 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 ordenò el Vinculo, y Mayorazgo, ex Cardenali de Luca *de fideicom. discurs. 117. num. 8. ibi: Cum ad metiendam disponentis voluntatem attendendum non sit tempus presens, in quo successionis questio aperiat, Et quid interim casus præbuerit, sed attendendus sit status rerum de tempore testamenti.*

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

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 confiessen 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 substitucion en las hijas de dichos Donatarios, à quienes consideravan sin descendencia masculina en el tiempo de su muerte; y assi aquellas palabras, *peruengan en hijas legitimas de ellos*, vnica, y solamente se han de referir à las hijas de los Donatarios, siguiendo 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 el, *à todos los otros hijos, y sus descendientes*; y en defecto de los hijos de los Donatarios, en quienes dan principio à la linea de cada vno de ellos, prosiguen: *Es si moriràn sin se fillos masculos, peruengan en hijas legitimas de ellos, de mayor en menor, seruando orden de genitura*, que es lo mismo que si dixeran: *Peruengan en la filla mayor de dichos Donatarios, y sus descendientes, y successivamente 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 substitucion *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. *cons. 3. num. 52. alli: Vltorius respondeo substitutiones, plures factas sub una structura verborum continuativa cum copula censerifactas retento eodem temate, Et prima forma substitutionis antecedentis verificata, Et retenta, ita ut per copulam connexa, Et catena prima disoluta cetera disipentur, Anchar. cons. 137. cum cons. 113.*

31 Luego devemos comprehender, que quisieron los Donantes debaxo las palabras: *Peruengan 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, encabegando 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 Bartulo, Baldo, y otros; y se aplica, al parecer à nuestro caso, para contraer las palabras, *peruengan 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: *Peruengan en hijas legitimas de ellos*, han de corresponder precisa, y necessariamente à las hijas de dichos nombraderos: *Que morràn sin fillos masculos, è descendientes de aquellos masculos*, y no pueden referirse à las hijas de dichos masculos, 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 hallã comprehendidas todas estas substituciones: *Si morrã 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 descẽdientes 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 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 así mismo, que los Testadores dispusieron, por aver establecido la substitución 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 presumpciones de derecho, que presumen mayor cariño, y afecto à las hijas, que à las hembras descendientes de hijos, aunque sean masculos, vt refert Castillo *controvers. iur. 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. 12. 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 comprehension, (que el otro Advogado quiere dar à dicha clausula) de aver los Testadores excluído 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

las hijas de aquellos, à las hijas de los Donatarios, si n^e 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 necessario impropiar las palabras: *Quia ita debet dispositio accipi, vt absurdum vitetur, etiam si oporteat verba impropriari*, Mantica de coniectur. lib.3. tit.7. num.2. Casanate cons.10. num.56.

37 La quinta, que igualmente procedería el absurdo de contradizirse los Donantes; porque afsi 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 premuriessè à los Donatarios, succedería la hija por estàr llamada en el caso de morir los Donatarios sin descendientes masculos, y excluìria 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 succeder las palabras, *de mayor en menor, servando ordẽ de primogenitura*, devia succeder la nieta hija del masculino difunto; porque su Padre formò linea de prelación, 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 consiguientemente no deviendo presumir esta contradicción, 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 cons.53. num.28. cum plurimis Suelves *semic. 2. cons. 5. num.69.*

La

38 La sexta, que segun la idea del otro Informe, de estar 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 estan contempladas debaxo la condicion, *si los nombraderos morran 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 cons. 218. num. 10. & cons. 377. num. 1. Berretta cons. 63. num. 1. Vegg. cons. 65. num. 3. Onded. cons. 57. num. 25. lib. 1. Ruger. cons. 27. num. 65. Tiraquel. in leg. si unquam, verb. Susceperit liberos, num. 200. Cod. de revoc. donat. Mantic. de coniect. lib. 11. 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 morran 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 morran sin descendientes masculos, sucedan las hijas legitimas de ellos:: E si serà caso, que los descendientes de dichos masculos morran sin descendientes masculos, sucedan las hijas legitimas de ellos*, pretendiendo repetida en todos la condicion: *Si morran dichos nombraderos sin se fillos*

filios masculos, è descendientes de aquellos masculos, como necessita 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. *cons.* 56. *num.* 22. *lib.* 3. Socin. *Sen. cons.* 76. *num.* 6. *lib.* 3. Alciato *de verb. sig.* *lib.* 3. *num.* 21. Ruger. *cons.* 27. *num.* 53. Berret. *cons.* 63. *num.* 13. Mazol. *cons.* 2. *num.* 35. Gracian. *cons.* 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 *cons.* 4. *num.* 48. *alli: Sed in conditione voluntaria testator solum cogitabit de forma, & sic nudus verborum cortex inspicitur: Bart. dict. §. & quid si tantum num.* 3. 4. Jasson. 13. Alciat. 42. *ibidem*, Roland. *cons.* 56. *num.* 22. *lib.* 3. Gozat. *cons.* 4. *num.* 22. Ofasc. *cons.* 74. *num.* 23. Præt. *dict. solut.* 14. *num.* 30. Alciat. *lib.* 3. *num.* 21. Sarm. *lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 12. Ond. *cons.* 60. *num.* 27. *lib.* 1. *Quia conditio pro sufficienti causa habetur, nec alià 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 præter voluntatem testatoris numquam censeatur comprehensus, etiamsi adsit maior ratio disponendi*, Cin. *in leg. quod favore*, *Cod. de legib.* Decius *cons.* 89. *num.* 2. & *cons.* 218. *num.* 11. Ruin. *cons.* 4. *num.* 4. & 5. *lib.* 3. Ofasc. *cons.* 74. *num.* 25. Paris. *cons.* 74. *num.* 6. *lib.* 3. Grac. *cons.* 19. *num.* 21. *lib.* 2. porque

no se admite, de persona ad personam, etiam in dispositione favorabili, ex eodem Casanate ubi proxime, num. 59. alli: *Quia coniecturata mens* (etiam ubi alias 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 cons. 678. nu. 29.

41 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. cons. 56.
num. 12. lib. 3. Ruger. cons. 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 maf-
clos, y descendientes masclos, y à las muertes de def-
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 , ferie, 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, assi masculos, como hembras, los comprehende clara , y literalmente debaxo vnas mismas palabras, alli: *Y si serà caso, que las ditas personas nombraderas , è los descendientes de aquellas, assi masculos , como hembras legitimos , è legitimas , è de legitimo matrimonio procreados, è procreadas falleceràn, que en tal caso los ditos bienes ay in de preuenir, è pervengan en un masculo 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: *Es si caso serà, que los ditos nombraderos , y sus fillos masculos, è descendientes masculos moriràn sin se fillos masculos, è descendientes de aquellos masculos, 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 consiguientemente, que no puede hazerse ponderacion alguna con ella, para incluir à dicha Señora Condesa de Montijo.*

§. QUINTO.

43 **E**L tercero discurso , que se expendió 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 masclo, parient mas cercano , que la hora serà de mi dito Juan de Villalpando , descendient del Magnifico , è Egregio Doçtor 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, q̄ 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, masculinum descendentem à filio primogenito Donatariorum.* Y al argumento, q̄ hazemos, de preferir el Conde à la hija primogenita, para inferir la prelación cõtra 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 poseedor, alli: *Quia cum illa non existeret in linea recta, & effectiva ultimi possessoris, sed in transversa, & obliqua, nihil mirum si exclusa manerent in concursu descendentium masculorum primogeniti; quòd adaptari nequit filiae ultimi possessoris mortui, sine filijs 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 èl 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 estan preferidos a la hija primogenita de los Donatarios , han de preferir igualmente a todas las hijas de los hijos , y descendientes , porque la prelación se dirigió a 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 estan 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. cons. 98. num. 16. Onded. cons. 4. num. 12. volum. 2. Belon. de iure acrescendi, cap. 5. quest. 16. num. 27. Senit. Mexin. cons. 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. a n. 8. allí: Quibus potest addi Peregrinus de fideicommiss. art. 26. num. 19. Qui loquitur in casu quo sunt dua dispositiones, si-*

K mul

mul facta, una post aliam, sed simul coniuncta, & consen-
sit, huic ultimo dicto, quæ unâ 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. Vnica enim oratio perfecta,
uno verborum strueto 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 fœminæ, 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
hac 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 descendentibus, censetur
etiam in filiis adiecta, ita probat text. in leg. Seie, §. caie, 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 substituuntur.

50 Resiste tambien à la voluntad de los Donantes, la prerogativa, que se pretende dar à la hija del último 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 drecho, que las disposiciones se han de comprehender con igualdad, quanto permita la letra, aunque sea entre los de vn 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
 def.

descendiente à qualquiere masculino, que no fuesse de la linea efectiva; y prefiriendo qualquiere masculino, aunque no fuesse de la linea del vltimo poseedor, 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, entendiò el grande Jurisconsulto Menochio *conf.* 585. que estaban igualmente puestos en condicion, respecto de la hija del vltimo poseedor, 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 llamò 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 succession 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 succession 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 vltimo possedor, assienta esta proposicion Menochio en el principio de el Consejo, por la exclusion de Doña Junipera: *De prima, proposita dubitatione sentio, sine magna controversia Dom-*

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 estar 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 possedor, excluyesse à Don Jorge siendo masculino, aunque de linea transversal, que induvitadamente excluiria 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 testarem voluisse propria filia, & eius filijs anteponeere femina multum remoti, gradus transversalis sicut est Domnam Junipera, & verò existimo neminem sani capitis esse aliter dicturum, & in specie propria, sic respondit Rimi. Sen. cons. 159.*

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

ni Doña Inès su sobrina, hija de Don Gerardino, de que se haze cargo con estas palabras: *Nec repugnat quod audio obijtij, hodie nec stare, nec Jubeniam, nec Agnetem, quæ fuerunt posita in conditione si viverent, post defectum masculorum descendentium 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; & à qualitate personarum prætendentium, omnia sunt metienda respectu testatoris secundum, Soc. Sen. in cons. 63. num. 21. lib. 1. & Simon de Prætis 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 Jubenia 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 fæminas nepotum, deficientibus ipsis masculis: quia considerabit fieri posse, quod eo tempore, quo*

mas-

masculi nepotum deficerent, extare posset, vel Iubenia sui ipsius testatoris filia, vel neptes ex filiis suis institutis: Et iniquum, atque absurdum esset, quod femina transversalium, nempe nepotum ex fratre excluderent feminas 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 cognitae, 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 principa-liter, 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 objecciones, que contra esta congetura frequentemente se ponderan, y singularmente à los que dixeron no ser argumento eficaz: *Testator exclusit filiam suam proximiozem, ego etiam remotiozem, 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 maiori tate rationis; y concluye: Cum ergo nostro in casu maiori sit ratio excludendi neptem quam filiam, sequitur dicendum ex filia exclusione censerì exclusam neptem, y aumenta en el versiculo figuiente: 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, allí: *Præterea, & secundo huic obiectioni respondetur ex his que 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 filie 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 precepit debere contentam esse de dote, quæ propria filia exclusio in concursu, cum masculis expresse vocatis non levem inducit presumptionem, quod testator voluerit etiam excludere neptes ex filio remotiores minus dilectas, & ipsi incognitas. Eugen. cons. 42. à num. 13. lib. 1. Fusar. de substit. quest. 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,**

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 prelación à qualesquiera descendientes hembras, aunque sean hijas de el ultimo poseedor; porque esta calidad no excluye la voluntad de preferir à qualesquiera 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 uniformidad, 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 firmamente 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 excluira à la hija del hijo masculino primogenito, si huviera premuerto antes que los Do-

natarios, por la providencia especial de la clausula quarta, alli: *E si sera casa que los dichos nombrados morran sin se fillos masclos, è descendientes de aquellos masclos legitimos, que pervengan en fillas legitimas de ellos, alli: Nec argumentum ex vocatione filiarum Donatariorum limitatam ad mortem eorum, sine filijs masculis, Et descendentibus masculis ad exclusionem earum, Et cuiuslibet alterius filia ultimi possessoris alienus est consideratione, eo quod repugnet successio in casu mortis cum filijs masculis, limitata vocatione ad casum expressum, sine filijs, quia cum, Et sine, sunt incompatibilia.*

67 Y à la instancia que se hizo por los Advogados del Señor Conde de Atarès, con este supuesto cierto, y literal, ponderando: Que siendo constante, que la hija de los Donatarios, excluira, 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 no haze regla para los casos successivos, 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 morran 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 expreffado: *E si morrà qualquiere descendiente masculino sin hijos masculos, y descendientes masculos, succeda la hija legitima de ellos, la qual excluye, segun Reglas de Mayorazgo, por hija del ultimo successor, à qualquiere masculino, que no fuera descendiente de su Padre, alli: Sed si fateatur tra-*

Etus successivus viam Maioratus, pro ut infitiani nequit, temporalis illa conditio mortis Donatariorum sine filijs masculis, suppletur à natura Maioratus, & intelligitur repetita in quolibet successiva, & gradatim Maioratus possessore, consequenterque, & fit temporalis conditio mortis Donatariorum sine filijs 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 filijs masculis verificatur, & adimpletur conditio vocationis eius filie maioris, in vim tractus successivi, & natura maioratus, cuius defectus in prima vice, & momentaneus, non fecit corruere sequentes successiones in quantum exigat 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.

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 qualquiera descendiente de ellos; por que distinguieron literalmente dos lineas, vna de masculos descendientes de todos sus hijos varones, por las quales quieren que corra la succession antes de llegar à las mugeres; la segunda de las hembras, à la qual dieron principio, encabeçandola 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 qualquiera hija de descendiente masculino, aunque sea del primogenito.

70 Y no se satisface à el parecer, con la precisión de fer caso especial, contraido, à el tiempo de la muerte de los Donatarios, sin hijos, y descendientes masculos; porque tratandose de interpretar la voluntad de los Donantes, y observando en las clausulas dispositivas de los llamamientos, que en el tiempo que otorgaron la Donación, 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 successión, q̄ 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 encabeçan el Mayorazgo de hembras en las hijas de estos, contra todas las Reglas de Mayorazgo regular, como se dexa reconocer.

71 Y así el caso de la disputa presente se ha de regular por la disposición inmediata, que hizieron los Donantes para dar successor à los Donatarios, como dezia Menoch. *cons. 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. cons. 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-

timó lugar perpetua, y successivamente à las hijas de dichos masculos; porque la condicion con que están 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 subsequenterem, cum Ancha. sensit Cravet. 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. Quae à testatore prolata in ea secunda substitutione fuerant, quae quidem 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 están las hijas de los Donatarios.

73 Y se confirma con lo mismo que dize el Motivo de estar repetida la condicion puesta à la hija primogenita en todas las hijas de los masculos, alli: *Imo conditio est duratura, Et sic repetenda per viam expressi, quia hoc cantat cartha;* porque considerandola repetida, la devemos considerar con las mismas calidades, y uniformidad con que dispusieron los Donantes la substitucion de la hija primogenita, Geronimo de Palma *allegat.* 99. *nu.* 47. alli: *Et quod qualitas apposta in vna ex substitutionibus copulatis, Et conexas, 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. num. 70. tom. 3. ubi ratione copulationis, Et connexionis, tenet qualitate*

*maioris ætatis appositam in vocatione primorum censerire-
petitam, in substitutione facta de descendentes.*

74 La hija primogenita està substituida en el caso de faltar todos los hijos, y descendientes masculos de dichos Donatarios: Luego por la repetición de esta substitucion 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: *Peruengan 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 femina illa clausula, Et ordine, Et modis predictis hoc perpetuo seruetur, quod ordinem in una substitutione datum facit censeriri in altera repetitum, ut per Altograd. Sen. dict. conf. 60. num. 109. lib. 1. Rot. decis. 98. num. 20. Et num. 21. part. 17. recentorium.*

75 Luego el Señor Conde de Atarès, à quien no excluria la hija del primogenito si viviesse, 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: *Peruengan en hijas 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 hija primogénita , 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 apposita prime substitutioni censetur repetita etiam in sequenti maxima in copulatis, & coniunctis, ut hic, & ideo copulata consentur precedentia cum sequentibus sub uniformi terminorum qualitate ob repetitionis presumptionem, ad text. in leg. Seia, §. Cayo, ff. de fund. instruct. gloss. in §. item lapili inst. de rer. divis. Anchar. cons. 137. num. 2. Menochius lib. 4. presumpt. 78. num. 30. & ita censui, & iudicavi, & partes omnes aquiescerunt meæ sententiæ, quæ habuit effectum, & dictus R. D. Hiacyntus Castrus presentatus à Seniore alterius lineæ pacificè 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: *Peruengan en fijas legitimas de ellos*, y en las condicionales estàn comprehendidas todas las hijas, como avemos dicho, descendientes de los Donatarios, asì las de primero grado, como de todos los subsiguientes, en el caso de morir dichos Donatarios sin hijos, y descendientes masculos.

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: *Qualquiere possedor del Mayorazgo que muriere sin hijos, ò 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 morran sin se fillos, è descendientes masculos, repetita, & continuata in tractu successio (ut 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 drecho; el primero, que dos especialidades sobre vna misma cosa no se permiten: *Quia specialia duo super eandem rem simul concurrere, non possunt, l. 1. ubi DD. C. de dotis promis. 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 drecho que les atribuyen, del modo, y condicion, con que se les conceden, *ex l. 2. ff. de acquir. hered. ibi: Non potest quasdam partes repudiare 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 perdidit, l. cum qui 18. §. ult. ff. de his qua est in dig. ibi: Neque enim rationem iuris, ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis.

81 Y no obstante estas reglas ciertas, y constantes en drecho, y que son las primeras que devemos obser-
var, 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 Ex-
celencia 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 morran los Donatarios sin fijos masclos, y descendientes masclos, y q̄ sea perpetua en las hijas de ellos, circunstancia, que aunque la admitiessemos para la perpetuidad, no quita, que sea debaxo la misma condicion, si huviesse muerto los Do-
natarios sin hijos masclos, ni descendientes masclos, esto es, sino huviesse hijo masclo, ni descendientes masclos de dichos Donatarios, succeda la hija del masculino primogenito, que es el sentido natural, supuesta la perpetuidad de la substitu-
cion de las hijas, à la qual deve assi mismo corresponder la perpetua institucion, y substitucion 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 manifiesta, 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 précepto, 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 prelación, que supone el motivo *fal. 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 urguet replicatio quod si vivis Donatoribus eorum filius maior masculus moriretur, sine filijs masculis superstite filia subsequuta morte Donatariorum eorum filius masculus secundogenitus succederet exclusâ dictâ filia primogenita: igitur descendens masculus, ut est egregius Comes à filio primogenito; quia absolutè excluderet secundumgenitum, Et omnes descendentes masculos ab eo, necessario debet excludere*

des-

descendentem fœminam 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 præterquam, quod parvi penditur, & nihil habetur hæc 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 admiffam legalem, & præcisam representationem cuiuslibet descendente à fillo primogenito, cum prærogativa linea, quæstio adesse potest, an filia primogeniti præ mortuis sine filijs masculis, vinceret filium masculum secundogenitum, attenda littera prædictæ donationis.*

85 Lo segundo, que por el preciso precepto de la Carta, y obligacion de cumplir lo que literalmente contiene, preferire 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 Possedor, 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 admita 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, porq̄ 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 invia- re, 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 suc- cessione excludere, non tam pœna, quã 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. Et demonstr. ubi communiter scri- bentes id notat, ideoque ex ratione prædicta, non potest exclu- di extensio, quæ alias in materia correctoria ex rationis iden- titate admitti solet, ad hoc namque, ut materiã dicatur esse pœ- nalis, 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. Et 8.*

87 Y Menochio en el cons. 150. num. 27. alli: *Nunc autem excitatur difficultas: quod non videtur valere hæc consequentia: testator exclusit filiam sibi proximiorẽ: ergo etiam remotiorẽ: cum ergo testator non exclusit neptem à bonis fideicommissi subiectis, nec nos excludere debemus. Responde, que se admite concurriendo identidad de ra- zon, y que assi mismo deve admitirse: Quando agitur de interpretanda voluntate testatoris ad prælationem mascu- lorum; y en el num. 33. declara, que aviendo instituido el*

fundador solamente à los masculos, y substituido masculos, quiso en ellos conservar el Mayorazgo, y fideicomisso; 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 hac coniectura, quod testator in haredis institutione solum filios masculos vocavit, eosque solum invicem substituit, id quod non alia ratione fecisse præsimitur quam ut bona sua in agnatione, & familia sua conservaret, ita in specie responderunt Iasson. cons. 141. col. 6. vers. 3. pro ead. part. & col. 8. vers. 7. prædicta, lib. 2. Ruin. cons. 139. num. 17. lib. 3. & alij plures quos estatim referam; ad quæ femina non possunt cōservare agnationē, & familiam, cum in alterius familiam transeunt, ut scribunt Ioannes de Anania in cons. 4. col. 2. Ruin. cons. 146. num. 4. lib. 2. Paris. cons. 22. num. 41. & cons. 40. nu. 43. lib. 2. Cravet. cons. 180. cons. 250. & cons. 306. Socin. Iun. cons. 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 *cons. 15. num. 13. alli: Primo quia semper masculos vocat testator, instituendo, ponendo in conditione, & substituendo: quod non alio respectu censetur fecisse, nisi ratione agnationis conservanda;* 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. & demonst. lib. 4. cap. 2. num. 17. dicens num. 19. ab ea nectiquam esse recedendum, & indubium esse profiteretur, si sepius qualitas ista reperita sit.*

§. 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, fino antes bien disponiendo discretivè la sucesion del Mayorazgo, primero en los masculos, y despues en hembras, manifesta voluntad clara de excluir las 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 prelación à qualesquiera de hembras, disponiendo en ellas la segunda linea, dandose principio en ellas las hijas de los Donatarios: *Eo quod non intermiscantur inter agnatos masculos, nec per mixtum fuerint vocati descendentes ex masculis, & descendentes ex fœminis, ut insinuat Casanate cons. 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. Jul. 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 columnæ, sed eas vocavit per substitutionem conceptam in tempus remotissimum, & post penitus extin-*

ctam

Et lineam masculinam: ibi & casu quo linea masculina
 non adsit, seu quocumque deficiat foemina succedant, &c.
 cum enim nomen lineae sit nomen collectivum, & dicta ver-
 ba, casu quo, &c. non adsit, &c. stent complexivè, ad quos-
 cumque descendentes masculos ex Paulo herede instituto,
 utique substitutio foeminarum facta est ultimo, & omnibus
 masculis morientibus, alias linea masculina in descendencia
 Pauli, non esset prelata linea foemenina in eadem descenden-
 tia. 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 foeminas deveniret, prole mas-
 culina unius heredis existente, nec foemina vocarentur post
 lineam masculinam finitam, prout voluit, cum non possit
 dici linea masculina finita ante mortem ultimi, & ex distin-
 ctione linearum vel prelacione lineae masculinae, opus sit to-
 totam lineam masculinam esse finitam, ut in terminis ratio-
 cinantur. Peregrin. cons. 19. num. 3. lib. 6. Aldov. cons. 92.
 num. 10. Ruin. cons. 126. num. 3. lib. 1. Giovag. cons. 7. n. 15.
 lib. 1. Nec linea secunda locus esse posset nisi expleta priori
 linea, ut ex aductis per Giurb. de succes. feud. §. 2. gloss. 10.
 num. 29. Maximè concurrentibus alius superius ponderatis
 Hond. cons. 54. num. 53. lib. 2. Surd. cons. 539. num. 2. cum
 alijs allegatis in dicta Terracinen. fideicom. 14. Decem. 1643
 §. qua coniectura coram R. P. D. meo Ottobono, & in d. tom.
 de Zefiris. 1647. in fin. coram R. P. D. meo Vichio.

93 Y lo expresò el Motivo de la Corte del Señor
 Justicia de Aragon, in Processu D. Petri Georgij Hernan-
 dez de Txar, super Apprehensione fol. 35. col. 1. alli: Et sic
 de hac interventione non est habenda ratio, nec de vocatione
 foeminarum, quia licet hac aliquando faciat cessare coniectu-
 ras agnationis: dum nō sint litterales, & expresse, illud tamen

Q

pro-

procedit, quando in principio, vel intermediis agnatorum vocationes invitantur ad Successionem, vel intermiscuntur: 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 último Possedor, *etiam si sint in remotiori gradu.* Y devemos tener presente la distincion con que la resuelve, por lo que puede conducir à la decision de esta causa.

95 Refiere la opinion de los q̄ dixerón, que el masculino mas remoto precedia à la hija del último 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,* allí: *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, nõ tamen idcirco voluisse masculum alterius lineae, Et remotioris gradus excludere foeminam descendentem ab ultimo Maioratus possessore, nisi nominatim testator adiecerit, ut masculus remotioris gradus foeminã excludat, hæc nostrates.*

96 Y en el numero siguiente supone, que esta question de hecho, y de voluntad, y no de derecho, allí: *In eam vero si spectes sententiam, ego hanc questionem non iuris, sed facti (hoc est voluntatis) esse existimo;* y decide por el Varon mas remoto, y de otra linea, *si apertè ex testatoris constet voluntate voluisse eum masculos etiã 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*

Fundador del Mayorazgo, la prelación de los Varones à las Hembras, y à estos terminos contrae el dictamen de Molina, alli: *Porro cum testator non ita expressim, & aperta voluntate fœminas expulit, sed simpliciter, masculos illis prætulit; hic mihi Molina verior videtur opinio, existimoque tunc masculum alterius lineæ non excludere fœminã descendentem ab ultimo possessore.* Y concluyendo la razon de la prelación 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 fœminas 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 successionis feudi: consequenter dicendum est, cum testator mares fœminis prætulit, intelligisse, 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 prelación de los Varones, y si se dispuso simpliciter, por las palabras: *Preferiendo el Varõ à la Hembra,* q̄ fue el caso, en que D. Luis de Molina entendió, que la prelación se contenia, *inter masculum, & fœminã eiusdem lineæ.* Y esto, porque de lo contrario se figuraria privar à la hembra de la linea efectiva, del drecho 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 pöderado, y no estando llamados masculos, y hembras permixtim, sino con division, y separacion, y no tenien-

teniendo Fuero en Aragón la hembra del vltimo 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 vltimo 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 def-*

descendentes masculi, & in defectum huius lineæ, succedat tertius, & eius descendens masculus, & sic de cæteris gradatim, & successivè, & si decefferit possessor maioratus sine filijs 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, representádo 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 Sãta 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 apes de ellos ayan de venir, è vengán en el primero fillo Masclo, que Dios les darà, 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 cõcluye: *Servando en todos los sobredichos orden de genitura de mayor en menor; de manera, que vniendo estas palabras à las de la primera clausula, resulta vn 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 cons. 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 contro. v. iur. lib. 5. cap. 93. §. 16. num. 45.*

101 Y siguiendo 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, alli *E si morràn 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 pervendràn 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*, estan 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 a sus hijos de ellas masculos, como los contemplan en el primero, ni substituyen hembras a 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, e los descendientes de ellos, e de ellas, en quien los dichos bienes pervendran por el dicho orden, sean tenidos *levar*, e *facen los sobrenombres, e armas de Funes, e 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 a 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 condicion 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. Molin. 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 repetition de masculos haze argumento de perpetuo llamamiento de masculos, ex Altogrado contro. 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 cons. 85. n. 27. lib. 1.* Aunque no estuviera contemplada la Agnacion, Casanate cons. 50. num. 31. alli: *Sed omissa nunc latissima, & ni-*
miu

mium controversa conservanda agnationis ratione, licet de-
 mus adversarijs non fuisse dispositionem hanc pro conserva-
 tione agnationis factam: non tamen recte ideò inferunt, non
 posse masculum remotiorem præferre, quia constat etiam sine
 ratione agnationis ex sola masculinitatis expressione, mas-
 culos remotiores præferri posse, veluti si simpliciter vocentur
 descendente masculi de uno in alium, ut in presenti vocan-
 tur descendentes masculi Alduntia. Nam ex vocatione
 masculorum exclusæ remanent fœminæ propter masculos re-
 motiores, cum masculorum nomen fœminas non comprehen-
 dat, cita muchos Autores, y profigue: *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
fœminæ 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 inutilem esse laborem partis adversæ 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 indubitatum
 sit quod etiam sine ratione agnationis censeantur fœminæ 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 dilatlarla à los varones de la linea contentiva, alli: *Nec subsistit, quod dicta substitutio foeminarum, resolvatur in suas singularitates, & discretivè intelligatur de deficientia masculorum cuiuslibet linea, ita ut foemina unius linea succedant deficientibus masculis eiusdem linea, quoad portionem ultimi masculi illius linea, quamvis adsint masculi alterius linea, & sic non censeatur facta ultimo morienti totius deficientia ex omni linea masculina, ut tradit Fufar. cons. 57. num. 34. Surdus cons. 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 coniecturae, y refiere por eficaz, y de esta classe quando estan llamados los varones in perpetuū, & colectivè, alli: Coniectura autem desumuntur primo, quia filij descendentes ex linea masculina leguntur vocati in perpetuum colectivè, & unica verborum conceptione, ibi: quos omnes, &c. ab ipsis perpetuo ex linea 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 foeminarum referenda est ad casum totius deficientia linea masculina, sicuti quando dictum est, amobus hore diebus deficientibus, de defectu omnium esse intelligendam conditionem, late docuit Giovan. cons. 81. num. 10.*

19. *Et seqq. lib. I. controu. 303. num. 32.* como en nuestra Cláusula primera, en que está 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 sucesion 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 substitutiones, y en todas ellas contempla à los masculinos, *ut in num. 16. alli: Tertio, quia testator ad plures gradus substitutionem processit, preferendo semper masculinos foeminis, ex quo digressu colligitur coniectura substitutionis reciproca de linea ad lineam, cum non possit fieri transitus de vno 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 masculinis,*

lis, y así mismo excluidas las hembras, aunque sea hija del último poseedor en el interin, que huviere masculos; y con la distincion entre el caso, en que *simpliciter*, están contemplados, y preferidos los varones, y el de dilatarse en varias substituciones, loquendo semper de masculis, compone las opiniones encontradas, admitiendo la prelación de absoluta de los Masculos en el segundo, allí: *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, Et praesertim in dict. decis. 34. post Censal. ad Peregrin. ubi late alia allegantur, atque cum hac distinctione, quae est germana, Et veram dicevamus conciliari de plano omnes desidentes auctoritates, Et decisiones; unde cum universa descendencia masculina in infinitum esset vocata, expressione perpetuae permanentiae honorum, ac sub arcto, Et arctissimo fideicommissio, hic nimis clara videbatur voluntas conservationis bonorum in agnatione, in exclusionem foeminarum, quoniam istis admisis, esset impossibile dictam testatoris voluntatem verificari, Et consequenter respondendum videbatur pro foeminarum exclusione.*

113 El quarto motivo procede de hallarse puestas en condicion todos los hijos masculos, y sus descendientes masculos para la substitucion de las hijas, allí: *Esi serà caso que los ditos nombraderos morran sin se fillos masculos, è descendientes de aquellos masculos 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 tiempo*

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. cons. 475. ex nu. 14. Casanate cons. 23. nu. 4. in princip. Dom. Sesse decis. 254. num. 1. Lara in compendio vitæ hominis, num. 114. alli: Cum sit vocata fœmina ex necessitate (à mas no poder, ut ita dicam) & 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 están 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 dición 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

variedad que avemos dicho, y les parece mas 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, estàn puestas en condicion para las substituciones subsiguientes; porque el contenido, y significado de las palabras condicionales, las supone instituidas, y substituidas con drecho anterior al substituido condicionalmente, Rot. dec. 269. num. 27. part. 15. ibi: *In conditione enim ille dumtaxat persona comprehenduntur, quæ continetur 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. quest. 68. num. 9. alli: Tertio quia quos pater præfert in institutione eosdem videtur prætulisse in substitutione, leg. 1. Cod. de impub. & alijs substit. leg. Lutus, § pater puberum, ff. ad Trebel.* y no lo serian si todos no estuvieran puestas 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 puestas en condicion, para el ingreso de las hembras, como lo estàn 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,

jos, y descendientes masculos, puestos en condicion respecto de las hijas, se seguiria contradiccion manifiesta 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 v̄timo 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 masculino que Dios les darà, è à ellos sobreviva, è en los descendientes de aquel masculino, servando en todo lo sobredicho orden de genitura de mayor en menor.*

119 Y como sea evidente la consecuencia de este absurdo, si se entendiese 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 subiguientes, 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 quodcumque 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 figuraria 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 providencia 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 parecé 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*

magis, vel minus suadent, quam unusquisque, sibi 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. præcipue 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 succession 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 substitutions subintelectas, y que solamente se admiten las que fundan en la letra, ò en consequencia de antecedentes necessarios, 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, equaliter, 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 estàr comprehendidas debaxo de esta misma regla, y condicion qualesquiera hijas de los descendientes masculos, porque està contemplada, simul, & copulativè con dicha hija primogenita, y configuientemente 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 vltimo 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, & pronepotem, & 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 discretivè 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 vltimo poseedor, por no aver masculino en su linea. Eam esse interpretationem restrictivam, ac distinctivam, 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, §. si autem à*

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

123 Luego con vista de la discretiva vocacion de masculos, repetida en tres clausulas, que incluyen la substitution 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; subsiguiendose 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 Donates en el Mayorazgo de la Casa de Quinto, haze demostracion 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 Comision 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, Cõte del Villar, que la ganò 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 necessario 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 substitutiones 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 constitisse, & protinus in expressam sui ipsius correctionem incidisse. Tertio licet fœminæ conditionaliter substituantur in defectum masculorum in perpetuum vocatorum, & illæ propter hos excludantur, tamen cum testatrix non expresserit in substitutione, & in conditione, qua invi-*

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 quæant, imò ut dictum est, incompatibilis sit, & verba hæc nostra omnia possint ad literam commodè intelligi in Maioratus regulari ordinario, Domna Iosepha exclusio non ob alterius lineæ 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 discretivo, 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*

activa Francesi, & Federici sub eadem conditione, si vocatus procedens decederet sine filijs masculis: igitur per hanc clausulam generalem subsequenterem clare inducitur substitutio activa, & passiva sub eadem conditione decedendi sine masculis repetita, & expressa generaliter, & indistincte, & per viam regulae 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 el 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 interpusiesse 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, fino el tacito, y subintelecto, que les corresponde por la naturaleza de Mayorazgo regular en el caso que estos bienes pervinieffen en las hijas, pues en el 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, vengán 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*, así 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 están puestos en condicion, para suceder la Hija primogenita, la qual fino en defecto de todos ellos no tiene llamamiento al goze, y succession de este Mayorazgo.

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 estàn substituidos al vltimo descendiente del masculino del hijo primogenito, sin embargo que tienen derecho prelativo à qualquiere hembra, por la especifica disposicion con que estàn 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, confieffa 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

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 Gurrea, 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 huviere*, 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 descenso, y progresso 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 ingreso, prefiere la calidad masculina, no la continua en el progresso, y queda en estado, y terminos de

Mayorazgo regular, alli: *Idemque esse vocare ad successi-*
onem filium maiorem indefinitæ possessoris maioratus, ac vo-
care unumquemque filium discretivè, nepotes, pro nepotes,
Et descendentes masculos, ab eis respectivè: Si adest im-
mediata substitutio fœminarum, retento eodem themate
lineæ rectæ, Et efectivæ actualis possessoris: Y si morràn los
Donatarios sin se fillos masculos: Quia expressio graduum
Et qualitatis, quæ tacita in erat, nihil operatur, Et voca-
tio prælativa masculorum ad ingressum successionis, solum
fit ad ponendum ipsam in persona in qua est radicanda,
assignando ordinem prælativam successionis, Et non abso-
lutam, nec exorbitantem exclusionem fœminarum, ut ex-
presse litera demonstrat: ubi post tot filiorum, Et descenden-
tium discretivæ, Et diffuse prælativæ vocatorum, collatio-
nando, primam clausulam vocationis omnium filiorum, Et
descendentium masculorum, incipiendo à primo, Et maio-
ri: Que à pres dias de los Donatarios à ellos sobrevivi-
rà, cum ultima vocationis filiarum: Y si morràn los Do-
natarios sin se fillos masculos, succedan las hijas de ma-
yor en mayor, insitari nequit, quod scripta prælatio filio-
rum, Et descendentium masculorum, & si per se, & seor-
sim sumpta indicare posset absolutam prælationem, uni-
ta vero, Et concatenata oratio hypotetica, Et composita ex
vocatione prælativa masculorum, Et immediata substitu-
tione fœminarum, cum expressa correlatione ad tempus mor-
tis possessorum maioratus, præcisè circumscripta, Et limita-
ta stimari debet prælatio scripta intra lineam, Et gradum
actualis successionis; successiveque repetita, Et subintellecta
eadem, Et non alia exorbitans prælatio in quolibet maiora-
tus possessore, supposita irrefragabili perpetuitate, Et cum tra-
ctu successio in omnem posteritatem vinculantium stabi-
lita.

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 qualesquiera 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 prelación 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 assi en el ingreso , como en el progreso están 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 vengán en los descendientes de aquel masculino legitimo, de mayor en menor,* y nombrado por substituto de ellos à el hijo segundo masculino , ò à sus descendientes masculos.

140 Están substituidos al vltimo descendiente mascu-

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 asì 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 prætergressus 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 hæc fieri in exclusionem feminarum, & à vulgaribus regulis maioratus regularis discedere voluisse, & quod ex continuata prælatione masculorum, ac in subsidium eorum, voca-*

tione

tione *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 defuncti, dum per filiam continuari non potest in fratrem, eiusque matres successio transfundatur.

141 Y para mayor declaracion, suponemos 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 conseruandi 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 qua 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 prelación de todos los descendientes varones, respecto de las hijas, à dicho caso, y tiempo, y por consecuencia infiere, que en

aviendo entrado à suceder el hijo mayor masculino, ò qualquiere descendiente masculino, inmediatamente à la muerte de los Donatarios, cesò la prelación por esta calidad, no aviendo letra de los Donantes, que la continúe en el descenso, y sucesiones subsiguientes, aunque considera la prelación 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 prelación en el descenso de las sucesiones 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 sucesivo para todos los descendientes masculinos de sus hijos masculinos, así 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 prelación 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 descen-

dencia masculina, alli: *Es si serà caso, que los ditos nombraderos morràn sin se fillos masculos, è descendientes de aquellos masculos; y asì parece, que constantemente devemos assentar dos consequencias. 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 extremo con quien podia competirse la prelación. 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 èl 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 vltima, con singularidad de la calidad de masculino, contraida al ingresso, ò 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, qua hoc presertim intuitu (trata de la agnacion) fieri solet. Cita à Molina, Menochio, y otros muchos: Secundo ex longa substitutionum diversarum personarum,*

narum, graduum, & ordinum serie, in infinitum pro tracta, Surd. cons. 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. cons. 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. cons. 96. sub num. 31. vers. accedat, & c. Quarto ex multiplici ac repetita saepe saepius, ac semper in toto institutionis, ac substitutionum predictarum contextu, tam in partibus dispositivis, quam in conditionalibus qualitate masculinitatis, qua tam acurato studio in singulis casibus expressa, non simplicem, vel primariam sexus predilectionem, sed magis causativam conservationis agnationis, principaliter contemplata praefert; 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 contraida la prelacion de los masculos al caso del ingresso 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 instituyò herederos à sus hijos masculos, y en defecto de ellos à Isabel su hija primogenita, y nombrò por substituto à la

segunda, con estas palabras: *E mancando ley senza figli intendo semper de masculis*, 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, succeda la hija segundogenita, à la qual preferiò à los masculos de la tercera genita, como supone en el num. 22.*

149 Se ofreciò la question, que Isabela tuvo tres hijos à Cesar primogenito, y à Tadeo terciogenito. Cesar, que sucediò à Isabela como primogenito, tuvo à Juan Paulo, y este à la Condesa Julia litigante, con el Marques Guido, que pretendia la succession por masculino, y descendiente de masculos, y la Condesa Julia, aunque hembra por descendiente del hijo primogenito; y la Sagrada Rota decidiò à su favor, declarando, que las palabras condicionales: *Muriendo la dicha Isabela sin hijos, entendiendo siempre de masculos*, no inducian prelación del masculino, sino en el ingreso de la succession 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, Excepta primogenitura in masculos debeat continuari, in masculos alterius lineæ, etiam si fœmina supersint in linea, quam primogenitura fuit ingressa, hoc non sub intelligitur, nisi fuerit expressum dum fœmina non reperiantur perpetuo exclusse, 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*, entendiò que era palabra comprehensiva de varones, y hembras, alli: *Cum appellatione primogeniti, nedum veniant masculi, sed etiam foemina, ex late deductis in d. decis. Et bene comprobatur Belus cõs. 1. n. 187. inquiring: hoc indistincta procedere, siue dictum sit filij primogeniti, siue simpliciter primogeniti, Et verba de progenie in progeniem etiam foeminas comprehendant, ut optime Curtius Iun. cõs. 49. num. 5. Cras. in §. fideicommissum, q. 15. num. 5. Roman. cõs. ult. num. 388. cum alijs late allegatis in decis.*

151 De el contenido de esta decisión, resulta. Lo primero, que en la parte dispositiva de la institución 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 condición 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 hazer se argumento de esta singularidad, contraida al ingreso inmediato à la successión 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 masculis appellatione foemina*

non comprehenduntur. Molina de primogenijs, lib. 3. cap. 5. num. 30. Tertia conclusio fit, 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, así por la expresion literal: *Que vengán los bienes en el primer fillo masculino que Dios les darà, è en los descendientes de aquel masclo:: servando orden de genitura, de mayor en menor, como por estar puestas en condicion todos los descendientes masculos, y el vltimo de ellos, para la substituciõ del hijo segundo, y los suyos, y para las hijas, y sus descendientes, como se convencen las palabras: Et en defecto de dicho fillo masclo, ò descendientes de aquel masclo, pervengan en el otro fillo, ò en los descendientes de aquel masclo.*

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. Sesse 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 quancumque 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. 11. tit. 6. num. 5. & 7.

155 Y estando instituidos el hijo masculino, y todos sus descendientes masculinos, 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: *Es si se-
rà caso que los ditos nombraderos morràn sin se fillos mas-
culos, è descendientes de aquellos masculos, pervengan en fi-
jas legitimas de ellos, ex communi axiomatico: Quod in
conditione, illa persona comprehenduntur, qua continentur in
dispositione, & parte vocativa, ex Gabriel. Duran. y va-
rias decisiones, la Sagrada Rota apud Rubeis, part. 15.
decis. 269. nu. 27. y consiguientemente se infiere, que por
hallarse todos los masculos substituidos antecedente-
mente, 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 deci-
sion 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 comprehendidos varones, y hembras, y substi-
tuidos, y pustos en condiciõ solamente *los hijos varones*,
sin comprehension *de sus descendientes masculos*, y assi no
puede arguirse Mayorazgo de masculinidad, fuera del pri-
mero grado en dicha decision de Cerro, y en el caso pre-
sente, no puede dexar de reconocerse; pues concurren las
circunstancias, y singularidades, que juzgò dicha Decisiõ,
precisas para cõstituirlo, y que por falta de ellas, decidiõ,
no estava dispuesto en el caso de que trata.

157 La segunda doctrina, que expende el otro In-
for-

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 successionem fideicommissi, vocantur semper masculi, adhuc licet à principio; quando in aliqua linea reperitur successio, de necesse illa devolvi debeat in masculos, quando tamen agitur de progressu, fœmina lineæ admisse, admittitur exclusso masculino alterius lineæ, 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 motivum 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 èl, 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 mayor natu de linea iam admissa, Et hic adaptantur in fortioribus terminis ea, que firmant DD. de fideicommissio, ad quod vocata fit 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 lineæ non excludantur per masculos alterius lineæ, & hoc ad prærogativam lineæ ad successionem admittæ late Ramon cons. 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 Jun. allegat. 92. num. 26. Et tamen foemina numquam nec ullo modo potest denominari masculus, hæc autem vox maior natu, quod duplicem possit habere significationem, scilicet, & maiorem habitu respectu ad universam familiam: & maiorem ex lineæ in quam ingressum fuit fideicommissum, iam supra ex recepta communique sententia comprobabimus, & adhuc effectum ponderat D. Palma Jun. 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 manifiesta, 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 entrambos en la linea efectiva, como se entendió en estos terminos en la Causa de Torres, pero no habla de fideicomiso, ni Mayorazgo discreto, para varones en primer lugar, y especifico 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, prosigue: *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 succession 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 sentencia, 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 succession 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 masculino, y no la contemplò en el progreso, aviendo contraido su disposicion, à que despues de su hijo masculino corriese la sucesion, *de primogenito in primogenitum*, sin explicar que fuesse masculino, como lo avia ordenado respecto de su hijo, y que estas palabras *de primogenito in primogenitum*, son comprehensivas de varones, y hembras, y consiguientemente, que tenia Hipolita llamamiento, como hija de el nieto masculino de dicho Jacobo, el qual le sucediò como hijo del primogenito masculino 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 precipue non constat agnationem fuisse contemplatam, ut 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. nu. 2. coram Eminentis. Cerro decis. 651. num. 6. coram Dunoce- to decis. 205. n. 2. p. 6. recent. proinde non potest excludi Hypo- lita primogenita Mariani ab hac primogenitura, in qua nullo pacto fuit agnatio contemplata; y esto mismo comprehen- de la referida decision de Baurlemont, citado vbi proxi- me.*

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

llamaron en primero lugar à su hijo primogenito masculino, y à sus descendientes masculinos, de mayor en menor: Luego no solamente contemplaron la calidad masculina en el ingreso del hijo primogenito, sino en el progreso, previniendo, que le sucediessen sus descendientes masculinos de mayor en menor, porque el motivo que tuvo Torre para pretender, que el Mayorazgo no era masculinidad en el descenso, ó progreso, fue por no aver dispuesto, que los successores del hijo primogenito fueren masculinos, como lo dispuso en dicho su hijo: *Et eo defuncto eius filio primogenito masculino, y se declara con expresion en el num. 26. que copia el otro Informe, alli: Designando primogenitum in initio, del primo ingreso primogenitura adicitur qualitas masculina; in successoribus vero à dictis primogenitis semel admisis, similia verba, denotantia masculinitatem. omittuntur; ex quo modo loquendi evidentissime patet, quod in hac nostra primogenitura qualitas masculinitatis necessaria est in filio Jacobi primogenito, in filiis secundo, & tertio genitis eiusdem Jacobi, necnon in filiis filiarum foeminarum eiusdem Jacobi, & aliorum successivæ in primo ingreso 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 Jacobus, 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 Jacobi nullus extaret descendens masculinus,*

lus, non est aposita principaliter adeo, ut valeat regulare totam dispositionem, sed accessoria, & in illo casu dumtaxat, 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 fœminæ existentis in linea dicti primogeniti, ut bene Rota, coram Eminentis. Cerro decis. 96. nu. 5. dict. decis. 205. num. 13. part. 16. recent. & 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. & 3. part. 5. tom. 2. Casti- llo lib. 2. controvers. 4. Hieronymus Palma Senior cons. 56. num. 38. & 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, ò ingresso 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, & propriam primogenituram, ad quam post obitum Iacobi primo loco vocati admittitur primogenitus masculus eiusdem Iacobi, ibi: Et que quidem bona cum onere predicto utenda, & fruenda cogavit Iacobo eius filio, & eo vita functo filio primogenito masculo dicti Iacobi, &c.* Post admissionem vero secundo geniti predicti in ulterioribus successioneibus eiusdem descendendum non exigit, quod qui debent succedere

habeant qualitatem masculinam, sed reliquit primogenituram sub dispositione iuris, videlicet, ut donec extant descendentes eiusdem lineæ, quamvis fœmina non fiat transitus ad alias lineas, & si masculinas, postquam habuit effectum per ingressum primogenitura 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 fœmina, 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 fœmina etiã 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 fœminarum 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, fino 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 succession 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 masculos al primogenito, *de progenie in progeniem*, y descender la Condesa Julia de dicha Isabela, mediante dos masculos que fueron su Padre, y Aguelo, alli: *Ex eo quia vocato masculino 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. cons. 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 masculos, en los quales no devia repetirse dicha calidad, prop-

ter diversitatem personarum, alli: Et praesertim 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 masculi, & sic verbum de masculi 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. Jun. 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. & praesertim 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 praesumptae, ut praeter allegatos in decisionibus dixit Peregrinus de fideicommissis. art. 25. num. 32. Menoch. praesumpt. 84. nu. 7. lib. 4. Rota in Romana fideicommissi de Vipera 24. Ianuarij 1629. coram bona mem. Card. Ver; eoque magis stante expressa nominatione foeminarum, 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 masclo;* 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 expēdidas en este punto por la otra parte, pruebā, 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 refucitada 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 masculos, vengā 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 confieffa 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*, están 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 fijas 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 tendrán 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 estàn contempladas las hembras, alli: *Ex qualitate masculinitatis pluries expressa per eundem Testatorem::: quo fit ut non possint dici comprehense fœmina, 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 estàn llamados, y preferidos masculos mas remotos, como en la entrada, è ingresso à la sucesion, 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 familia, & 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 censetur, & quæ fuit in precedentibus, continuata presumitur in sequentibus, y concluye ponderando: Structurã 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, porq̄ 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 inconseguencia de interponer hembra alguna, en la perpetua, è indispensable institucion, y prelación antecedente de los hijos masculos, y descendientes masculos, con que quedaria derogada la expressa voluntad, dispuesta con anterioridad por los Donantes.

175 Y quando pudieffe en esta parte considerarse alguna duda, se ha de atender para su declaració 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 Regia Audientia, *in Processu D. Margaritæ Abarcá, super Apprehensione, colum. 5. vers. Qui in superiora, alii: Eos masculos in conditione positos, qui in prioribus clausulis, solum fuerint instituti.*

176 Confirma con generalidad la prelación 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 fuerza de la limitacion, q̄ trae en el n. 50,

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 fœmina, etiam si pluries in eo primogenio, masculi vocati fuerint, in eo non censetur habita agnationis ratio, sed solum prelatio masculis tributa: ita ut in eorum defectum fœmina 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 estàn 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 pretulit.* 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 præcisæ questionis nostræ, quod scilicet in successione Fideicommissi ad quod sunt vocati (masculi cum exclusione fœminarum, adhuc filia ultimi Possessoris succedat exclusis masculis alterius lineæ, nisi evidentissime constet testatorem contrarium sensisse, & hoc ex prerogativa, privilegio lineæ, iam admisse, cita Autores, y prosigue: Vbi optimè ad rem nostram dicit, quod quando in dispositione, ultra sexum, & qualitatem masculinitatis adijcitur qualitas primogenitura, tunc eo magis attenditur, & masculinitati, & cæteris qualitatibus præponitur, quod idem licet per diversa verba pluribus tamen in id cumulatis authoritatibus dixerat antea eodem articulo 4. num. 3. & benè ante eum*

Ludovicus Bellus cons. 1. num. 335. Ramon. à cons. ultim. 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 líneas separadas, con llamamientos de Varones, y líneas distintas, con llamamientos de Hembras; porque en él se haze tránsito de vna línea à otra, entre las de los Varones, y hasta fenecidos ellos, no entra la línea de las Hembras; aunque sea hija del último Possedor, y se busca al Varon por la calidad, y à la línea 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 masculi omnes quamvis diversorum filiorum, Et descendentium eorum faciunt unam 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 masculi, 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. Mant. 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 illa 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. 25 1. 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 prelación 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, fœmina illius Colunelli, non autè 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 cause.*

180 Y responde en los numeros siguientes, distinguiendo dos casos: El primero de sencilla prelación de masculos, estando contemplados Varones, y Hembras, y en este reprueba la prelación del masculino mas remoto, y admite solamente la del masculino de la misma linea. El segundo de la prelación 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 ultimo Possedor, Padre de la hembra, alli: *Quia Testator non vocavit fœminas simpliciter deficientibus masculis, quo casu fœminarum vocatio potest discretivè adaptari, adeò ut fœmina unius lineæ non excludantur à masculis superexistentibus alterius lineæ in portione unamquamque lineam tangente; sed in presenti*

Testator vocavit feminas, per substitutionem conceptam in
 tempus remotissimum, & post poenitus extinctam lineam
 masculinam, unde verba Testatoris clara neustquam ve-
 rificari possunt, nisi masculi utriusque linea admittantur,
 ut ibi, Et casu quo linea masculina non adsit, seu quando-
 cumque deficiat, femina succedant, non potest enim dici li-
 nea masculina finita ante mortem ultimi masculi, Et ex præ-
 latione linea masculina oritur per necesse, quod linea mascu-
 lina debeat esse finita, antequam femina admittantur, Pe-
 regrin. conf. 19. num. 4. Et 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.
 Et per tot. Cavall. 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 estan con-
 templados todos los hijos masculos, y sus descendientes
 masculos con expressa, y literal substitution del hijo se-
 gundo, y sus descendientes, al vltimo 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, *sucedan las hijas legitimas de ellos de mayor en menor, servando orden de primogenitura, con que los que casaren cõ aquellas, 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 afsi 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 yltimo masculino, 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 descendentiæ masculinæ Pauli hæredis instituti, ut ponderavit posterior decisio Reverterse ex Peregrin. Intriglioro, y otros; y el Señor Sefle 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 masculino, y sus descendientes masculos, no tienen llamamiento las hembras, tacito, ni

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 tiene en el segundo Mayorazgo, dispuesto para las hembras con especialidad, sin interposicion, ni nombramiento especifico 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. *dict. num. 50.* que solamente se haze lugar quando *sub eodem primogenio comprehenduntur masculis, & foemina*, 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 foeminis, seu in una parte de masculo ex masculo, in alio de masculo ex foemina, 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, asienta por constante, que no atendió à reglas de Mayorazgo, sino à la prelacion 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 filiae succedant*; alli: *Tertiò Testator, filios, & descendentes masculos Julia, & aliorum, & ipsius Testatoris filiorum nasciturorum prout filibus Iulij, & earum descendentibus, nullam aliam, ob causam, quam*

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 pueustos 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 foemina 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 estàn las hembras contempladas; responde en el *cons. 26.* que la masculinidad, ò agnacion, no està contemplada despues de aver entrado las hembras en la succession, 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 foeminarum 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 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 afsi 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, alli: *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, pupillariter, & per fideicommissum, & omni meliori modo, quo fieri potest.*

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

colai, & Francisci Mariae, substituyere ad invicem à las hembras, y sus descendientes de ellas, alli: Masculis vero dictis Nicolai, & Francisci Mariae, deficientibus voluit bona ipsius Testatoris eisdem Nicolao, & Francisco Mariae obventa totaliter pervenire ad filias, & descendentes feminas, & per feminas ipsorum Nicolai, & Francisci Mariae & cuiuslibet eorum in infinitum, & tales descendentes feminas, & per feminas ipsorum Nicolai, & Francisci Mariae, & 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 ofreció 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 defendió 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

Testador, *masculis deficientibus*, y esta es la doctrina que copia en el *num. 58.* & apud Venturino, *num. 55.* ibi: *Respondetur substitutionem foeminarum, in defectum masculorum factam, intelligi unicuique ex heredibus institutis, & cuiuslibet eorum filijs, & descendens masculis, de proprijs foeminis 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 iudicatur singulari facta in portione sua, ita ut sufficiat conditionem in persona cuiuslibet purificari ad effectum, ut substitutioni sit locus in portione illius: & ita 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. L. L. §. 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 respõder à ellos, reduciremos 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 sucedieffen 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 succession, 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, & successivae feminas, 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, apposito 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 feminas, & per feminas ipsorum Nicolai, & Francisci Maria, & cuiuslibet eorum, in infinitum, & infra vers. Si vero in futurum, ibi: Et eorum, & cuiuslibet eorum, & descendentes masculos, & successivae feminas, singula singulis congruè, & debite referendo, siquidem 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 facta fuissent plures dinumerationes, ac separate dispositiones, leg. licet in anno, vers. Unde tractatum, ff. quibus mod. ususfruct. amit. Peregrin. ubi supra num. 32.*

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 ofreció 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, defendió 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 substitucion 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 substitucion 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 substitucion 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

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 drecho, alli: *Et hæc quidem sententia eo magis procedit in hoc casu, cum substitutio fuerit facta per ablativum absolutum, ut ibi: Masculis vero descendentibus 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 figuraria de succeder el Señor Conde de Atarès, excluyendo à la Señora Condesa de Montijo en esta vacante, de estar siempre excluïda dicha Señora Marquesa, por la hija que tuviesse el Señor Conde de Atarès, que haria linea de prelación, con el ingreso en la possession à favor de ella; como ponderava tambien Venturino en el caso de dicho consejo, para excluïr al Masculo por la inconseguencia, y absurdo, que su hija excluyesse despues, siendo hēbra, 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 vniuersalidad, 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 asistencia de derecho, que tenia Isabela, para succeder à su Padre, y si todas estas circunstancias concurríessen 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 pareció, 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 hacemos cession, è donacion, è, &c. con las condiciones, pactos, maneras, reservaciones, è Vinclos infra scripto, è non sin aquellos, ni en otra manera à dos personas, masclo el uno, è fembra la otra, &c. y mas adelante, en la forma, è con las condiciones, pactos, maneras, retenciones, & Vinculos infra scriptos, & 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 afsientan los Advogados de la Señora Condesa, y el Voto singular, aunque fuera de linea transversal; y la Nieta, ò Hembra descendiente, fuesse de linea superior, lo qual es igualmente contra las mismas reglas.

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 viviessen al tiempo de la muerte de dichos Donatarios; y assi 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, tuviesse vna hija, Esta preferiria à su Prima, hija del hijo Primogenito, aunque fuesse 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 confue- na la conversion con la voluntad de los Fundadores.

205 Y no obstante las razones, que expende Ven- turino por la Hembra, en el caso que refiere, escribiendo por ella como Advogado, no asienta su dictamen con firmeça, 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 materia, 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 consen- tanèè visa fuerint.*

206 Cesar Carena asienta dos casos, el primero, en

que la prelación 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 praefriendo, masculus vnus excludat foeminam alterius lineae in qua sic in abstracto considerata adsunt opiniones DD.*

207 Pero en el segundo, de concurrir congeturas de perpetua prepofteracion de Hembras , defiende este Autor en la resolucion 128. que el Masculo mas remoto, y de qualquiere linea excluirà à la hija del vltimo Possedor, y expende algunas, que conuenien 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 fit ob agnationis favorem, vel ob dilectionem qualitatis masculinitatis: Et quovis autem aliorum capitum dicatum facta istarum filiarum exclusio, eandem exclusionis rationem, qua militavit, in filiabus Testatoris, nunc etiam in eius nepte militat.*

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

Et

Et ista argumentatis, volumine 6. Vbi ait, quod si verba, præferendo masculos fœminis 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) fœminis.

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 prælatio masculorum de qua in nostro Testamento adiecta fuit, vocationi descendendum, 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 dccion *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 cõtroversias, por dichas circunstancias expressadas, 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 expressa,
 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 expresò, ni literal, sino presunto, en la Cláusula 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 consiguientemente, observando tres circunstancias, las dos en hecho.

214 La primera, que los Donantes dispusieron se defiriese 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 èl, no tiene regla à su favor la Hembra, sino la Persona escrita en las Cláusulas 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. alli: 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. 1. 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 qua fuit in gradu institutorum, presumitur repetita in substitutis tam directo, quam 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 presumatur 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 substitution 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 fuerza de la primera clausula de la dona-

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

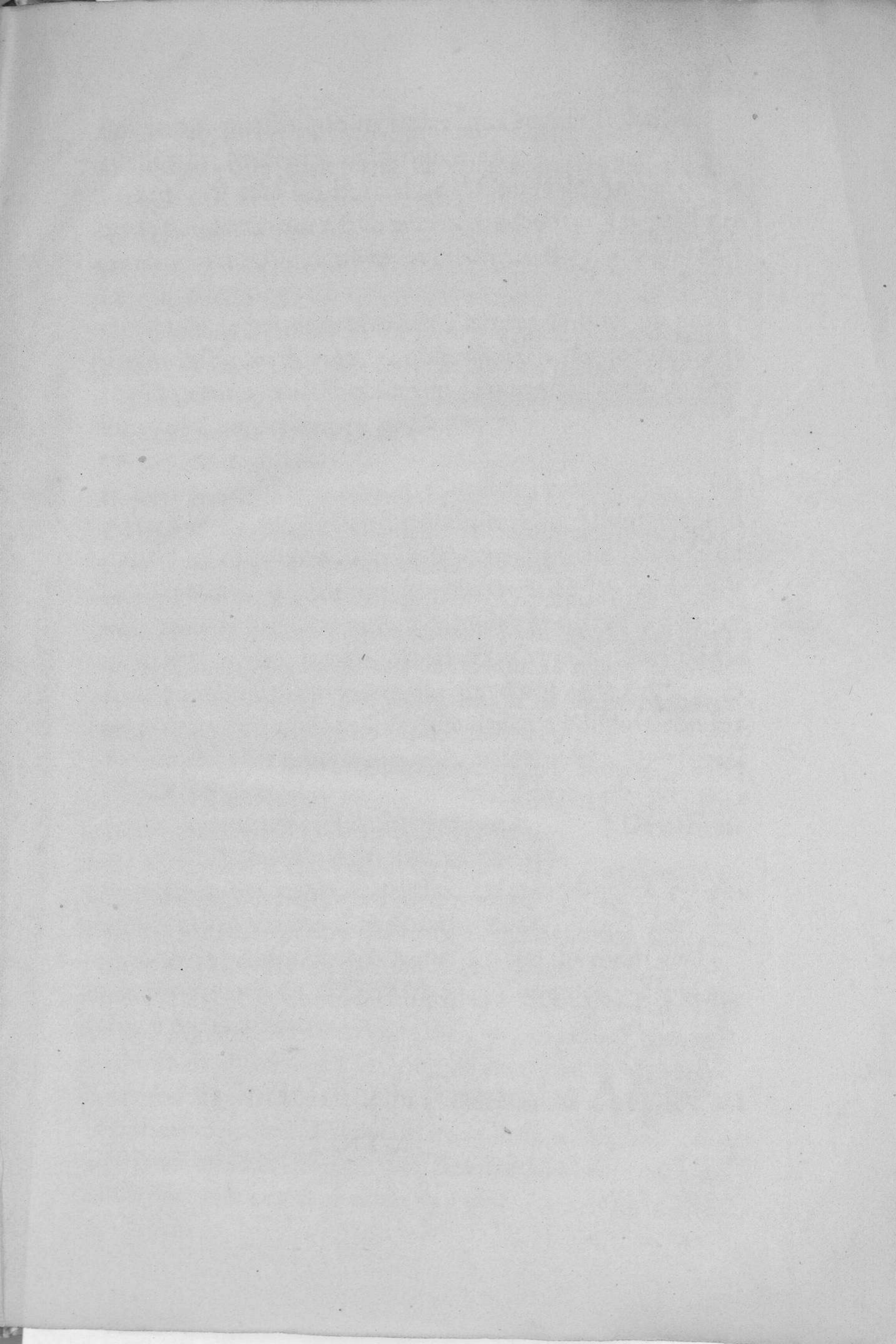
215 Y esto fin necefsitar el Conde de Atarès de las otras ponderaciones, q̄ se hazen fundadas en las palabras condicionales, q̄ excluyen las Hébras, *hasta fenecidos todos los Varones*; porque no necefsita de ellas para la prelació, escrita en la primera claufula, contra la qual no puede permitirse otra forma, ni observancia, porque mandan los Donantes, que se observen la que establecen, con las dicciones exprefsivas; *y no en otra manera, ni en otras personas*; y configuientemente se deven defestimar todos los discursos, que por la Señora Condesa, como hija del vltimo Successor, se han expendido, por assentar como primer fundamento, que su Excelencia tiene la regla de la Succesion, y continuarlos violentando las palabras, y voluntad de los Donantes, para dar la entrada, y lugar en dichas reglas, 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.

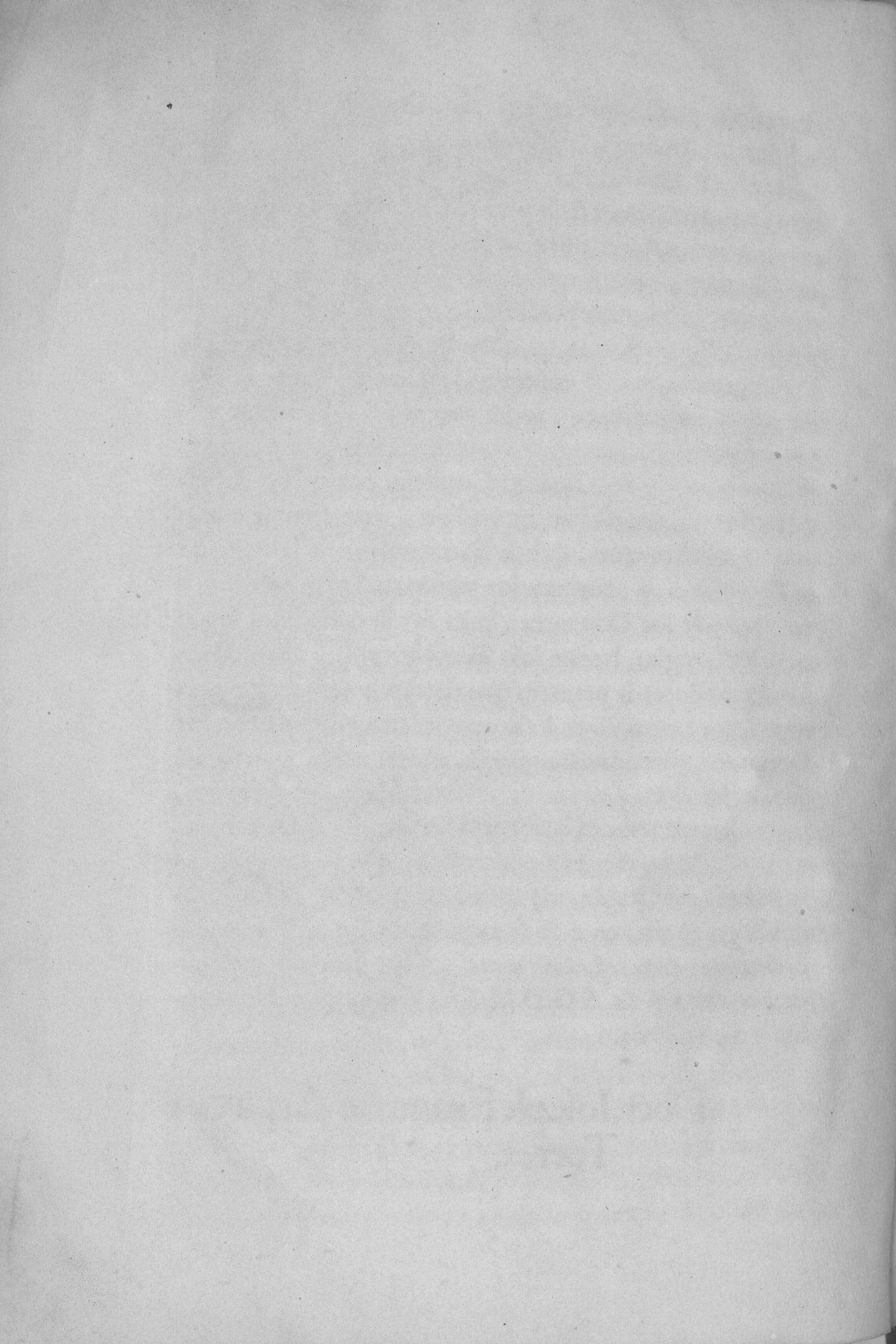
216 Y en esta comprehension, que he formado de la justicia del Conde, me aplico las palabras de Cephalo *cons. 251. in fine*, en caso semejante, *ita sentio, Et intrepido iudicarem, cum testatoris mens, pro hac sententia mihi videatur Manifesta.* S.G.D.M.S.C. Zaragoza, y Noviembre à 23. de 1703.

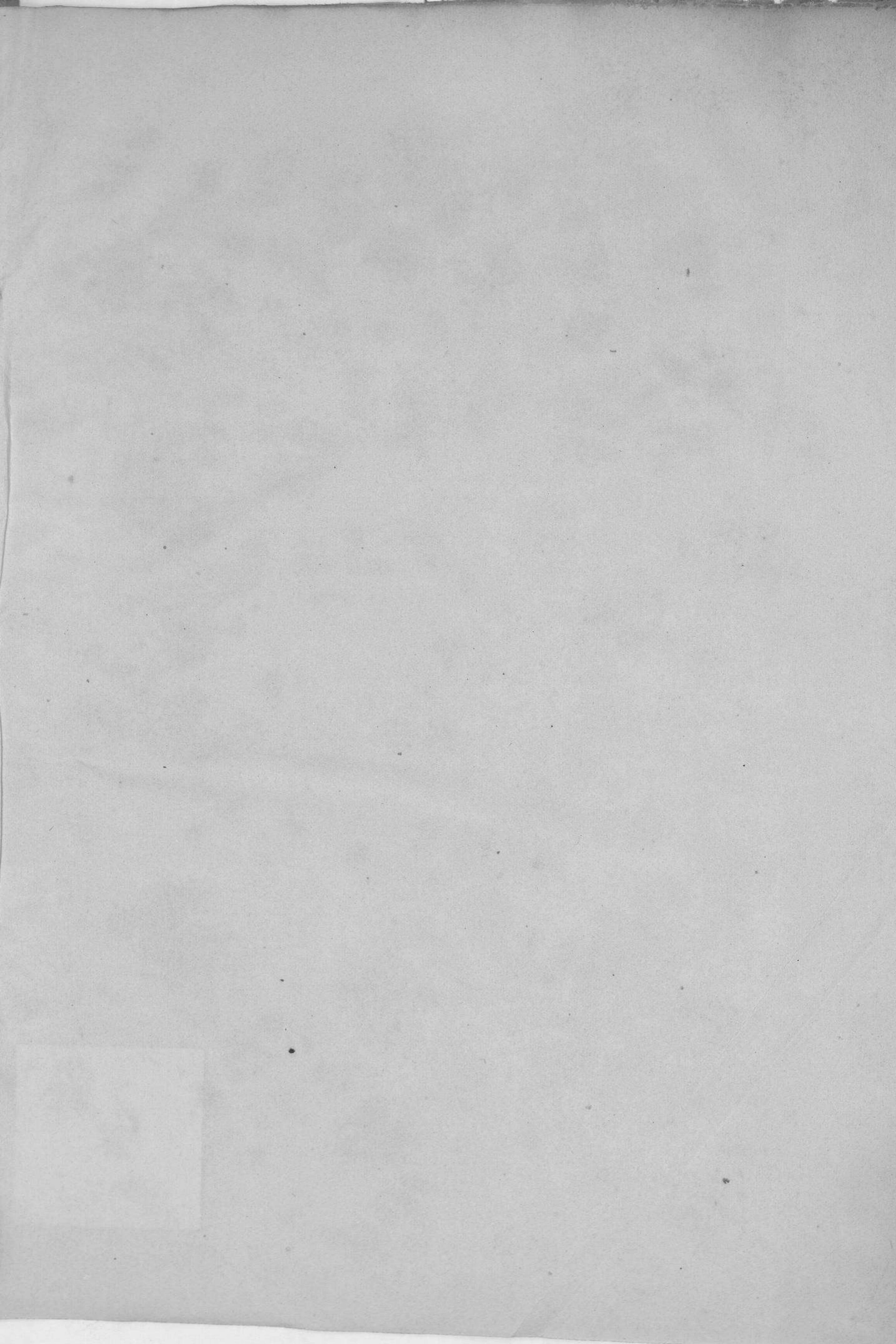
Doct. Joseph Francisco Arpayon
Torres.

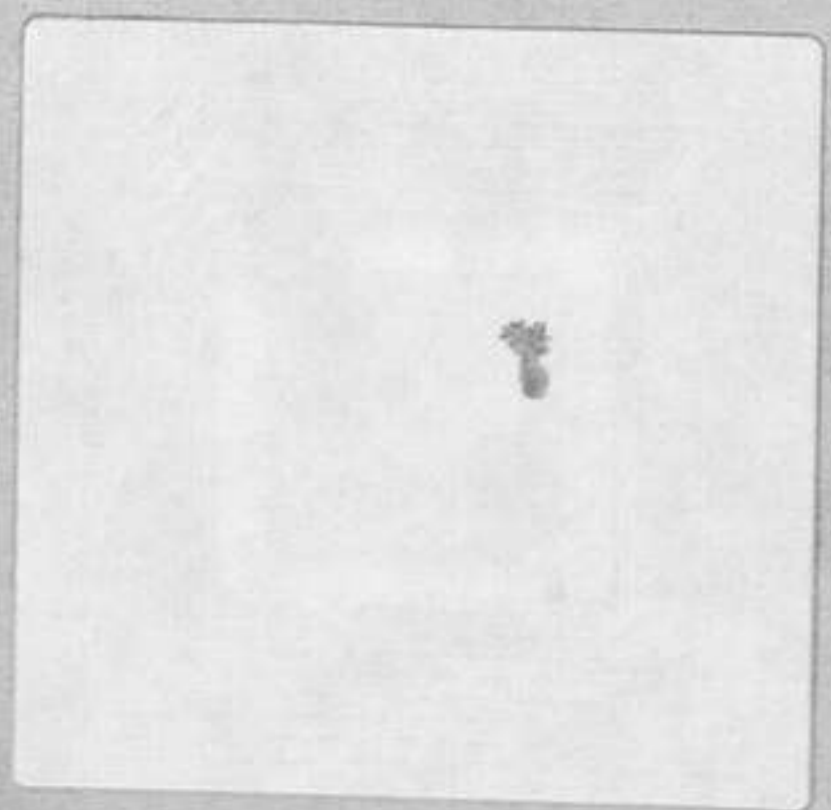
Donacion, puesto que en todas igualmente se hallan los
 mandos los Malesos descendientes.
 215. Y esto sin necesidad el Conde de Arce de las
 otras ponderaciones, se hacen fundadas en las palabras
 condicionales, que excuyen las Hebras, de las fundadas todas
 las Novas, porque no necesitan de ellas para la prescrip-
 cion en la primera clausula, contra la qual no puede
 permitirse otra forma, ni observancia, porque manifiesto
 los Donantes, que se observen la que es libre, contra
 daciones expresivas, y no en otra manera, ni en otras par-
 tes, y congnientemente se deven desestimar todos los
 dichos, que por la Señora Condesa, como hija de la
 tino sucesor, se han expedito, por sentir como
 primer fundamento, que la Excepcion tiene la regla de
 la sucesion, y continuados violentando las palabras, y
 voluntad de los Donantes, para dar la carta, y lugar
 en dichas reglas, haciendola servir a leyes, e ideas estri-
 tas, quando es la primera que devenos atender, como
 reyna para cumplir todo lo que ordena, y disposicion los
 Donantes, y en la misma forma, orden, modo, y personas,
 que declararon, y no en otra, ni en algunas, 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 Capitulo
 con. 21. in fine, en caso semejante, in fine, et in principio
 de la Donacion, cum testatoris mens, pro hac sententia, nisi in-
 deum. Manifesta. S.G.D.M.S.C. Zaragoza, y Novem-
 bre a 23. de 1703.

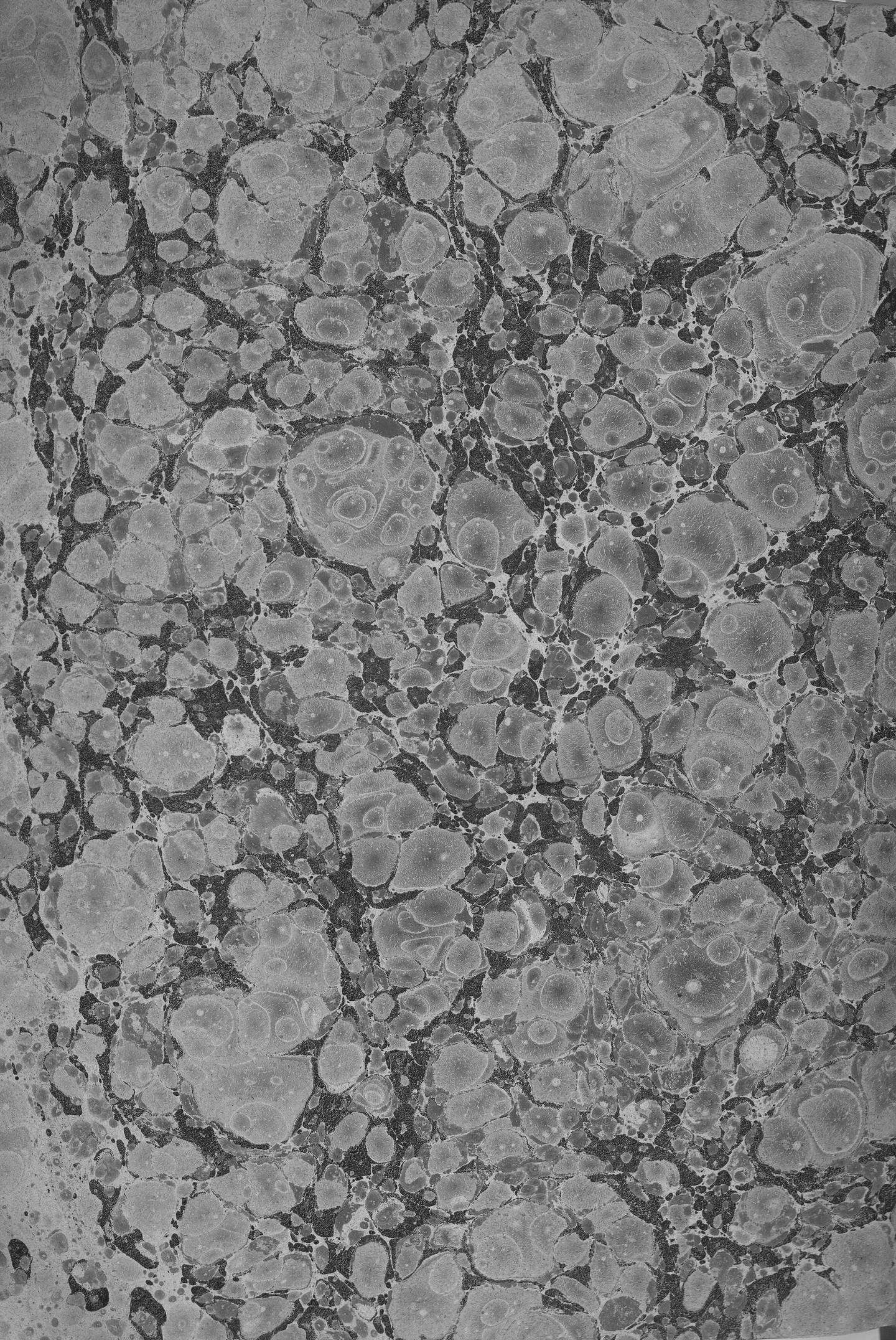
Doct. Joseph Francisco Arpayon
 Torres.















1027076
S:10080/15






OPUSCULOS
VARIOS
DE ARAGON



15



51/08001.5