

IESVS, MARIA, IOSEPH.

IN  
**PROCESSV**  
**MARIAE PEREZ,**  
**CÆSARAVGVSTÆ**  
 habitatricis.

**SVPER APPREHENSIONE BARONIÆ**  
*de Quinto.*

**POR EL ILVSTRISSIMO SEÑOR CONDE**  
*de Atarès.*

**RESPONDIENDO A LA ALEGACION**  
*contraria.*

**L** querer persuadir, que la luz es sombra, y  
 tinieblas, y que es noche el dia, es difícil  
 empresa a lo juridico, y lo natural, l. *Hec*  
*verba* 124. ff. de verb. signif. Roxas de in-  
 compat. part. 1. cap. 2. num. 28. & part. 2.  
 cap. 1. num. 1. & seqq. sola la imaginacion, ò fantasia,  
 puede, en la jurisdiccion del sueño, filosofar estos milagros,  
 que en la de vna verdadera Iurisprudencia, y justicia tan cla-  
 ra à todas luzes, como la que defendemos, se deven calificar  
 por ilusiones de la idea, l. 1. ff. de iustic. & iure, ibi: *Iustitiam*

237  
namque colimus: & boni, & equi notitiam profiteamur: equum ab iniquo separantes: licitam ab illicito secernentes: veram, (ni fallor) philosophiam non simulatam affectantes; pues ni en ella caben sueños, D. Ludovic. Molina de primogen. lib. 1. cap. 13. num. 33. ibi: Somnus vigilantium; ni imaginaciones, D. Ioan. del Castillo tom. 6. controvers. iur. lib. 5. cap. 131. num. 16. ibi: Quo pacto eorundem exclusio induci potest, aut in conflictu verborum, & mentis, mens imaginata prævalere? ni fantasias, Alciato cons. 113. num. 1. ibi: Et propter extraneas phantasias Doctorum, non est facile recedendum à vi verborum; con Baldo en la l. Precibus, Cod. de impuber. & alijs substitut. refert noster Sesse decis. 412. nu. 6. in fine, lib. 4.

2 Funda el Conde su derecho claramente en las dos partes mas principales, que en materia de fideicomisos, substituciones, y mayorazgos, todos reconocen; que son lo dispositivo, y condicional de la disposicion, por donde se ha de gobernar la sucesion entre las partes, que la pretenden. Lo dispositivo està claro a su favor, porque los donantes, y fundadores de este mayorazgo, para despues de los dias de las dos personas, que avian de nombrar, y despues nombraron por primeros donatarios, llamaron en primero lugar al primer hijo varon, que Dios les diese, y les sobreviviese, y a los descendientes varones de dicho su primero hijo varon, alli: *E que los ditos bienes, APRES DIAS DE ELLOS ayen de venir, è vengàn en el PRIMERO FILLO MASCLO, que Dios les darà, è a ellos sobrevivirà, E EN LOS DESCENDIENTES DE AQVEL MASCLOS*, legitimos, è de legitimo matrimonio procreados, q̄ no sean Religiosos, ni en Sacris ordenados, ò en otra manera inhabiles a cõtraer matrimonio; de cuyo llamamiento haze menciõ el Doctor Iuan Gazo en la alegacion, que escriviò por D. Garcia de Villalpando, sobre el primer vinculo de D. Ramiro de Funes, Señor de esta Baronia, hermano de D. Contesina, Donante, tan disputado, como es notorio, que và impressa en el primer tomo, que salió a luz con autoridad publica, de todas las que se escrivieron en la causa; en que escriviò tambien el señor D. Luis de Casanate los 14. primeros consejos del suyo.

Deinde

3

3 Deindè ( dixo el Doctor Iuan Gazo en el num.  
17. refiriendo el fecho ) *præfati Don Ioannes de Villal-*  
*pando, & Domna Contefina de Funes, coniuges, Domini di-*  
*ctæ Baronie de Quinto, Estopañan, & aliorum bonorum,*  
*quæ voluerunt haberi pro confrontatis; habentes, videlicèt, dictus*  
*D. Ioannes de Villalpando, filium suum naturalem, vocatum D.*  
*Franciscú de Villalpando, & præfata Domna Contefina de Fu-*  
*nes, neptem suam, filiam D. Ludovici Sanchez, nepotis sui ex sorore*  
*sua Domna Elisabeth de Funes, instrumento publico donationis*  
*mediante 31. Maij 1474. confectò, dederunt post mortem eorum*  
*sine filijs, & non antea, nec aliàs, scilicèt, masculino, per dictũ Ioan-*  
*nem de Villalpando, & fœminæ per dictam Domnam Contefinam*  
*instrumentaliter inter vivos, aut in ultima voluntate nominatis,*  
*aut nominandis, qui matrimoniũ contraherent, & consummare teneren-*  
*tur, cũ vinculo, quod filius primogenitus illorũ MASCVLVS,*  
*& sui descendẽtes MASCVLI, de maiori in maiorẽ, & deindè*  
*alij, vt ibi succederent, & cũ reservationibus, conditionibus, & vin-*  
*culis, & facultate variandi dictas nominationes, & eas revocandi*  
*prædictorum donantium arbitrio ( prout latius in dicto instrumen-*  
*to donationis desuper calendato continetur ) quæ extitit postea 3. Iu-*  
*nij 1474. in Cur. D. Iust. Arag. insinuata.*

4 Y para despues, ò en falta de los dichos primero hijo  
varon, y sus descendientes varones, llamaron en segundo lu-  
gar al segundo hijo varon de los mismos Donatarios, y a los  
descendientes varones del dicho segundo hijo varon, alli:  
**Et en defecto DE DICHO FILLO MASCLO, E DES-**  
**CENDIENTES DE AQVEL MASCLOS, legitimos,**  
**è de legitimo matrimonio procreados, que vengam los d:tos bienes,**  
**en EL OTR O FILLO MASCLO DE LOS DITOS**  
**CONIVGES, POR NOS NOMBRADEROS, E**  
**EN LOS DESCENDIENTES DE AQVEL**  
**MASCLOS, SI ENDE AVRA;** pues no sean Religio-  
sos, ni in Sacris ordenados, ò en otra manera inhabiles a contraer  
matrimonio carnal; y el Conde alega, y prueba, ser descen-  
diente varon del primero hijo varon de los Donatarios; y  
no solo varon, sino varon de varon, sin que aya mediado  
hembra alguna en su linea, y descendencia.

4

5 Y para despues, ò en falta de dichos primero, y segundo hijos varones, y de los descendientes varones de cada vno de ellos, llamaron a todos los demás hijos, y descendientes varones de los mismos Donatarios, colectivamente, alli: *Et sino ende avrà, que vengan EN QV ALESQVIERE OTROS FILLOS MASCLOS, E DESCENDIENTES DE AQVELLOS* legitimos, è de legitimo matrimonio procreados, de las ditas personas nombraderas, DE LA CALIDAD, E CONDICIONES SVSO-DICHAS.

6 Y antes de passar a otros llamamientos, y assi al de las hijas de los Donatarios, que se sigue en quarto lugar; diò el orden, que entre los varones primero llamados, se avia de observar, ordenando entre ellos, como vn mayorazgo separado, ò parte separada del, que queriã proseguir, alli: *Servando EN TODOS LOS SOBREDICHOS ORDEN DE GENITVRA, DE MAYOR EN MAYOR; con que siẽpre aquel, en quien los sobreditos bienes pervendrán, ayan à levar los sobrenombres, è armas de Funes, & de Villalpando, juntas; poniendo primero el nombre, ò armas de Funes, & de Villalpando juntas; è que otro sobrenombre, ni armas no puedan fazer, ni levar; & si el contrario faràn, pierdan los ditos bienes ipso facto, è vengan en los substituidos adaquellos, en defecto de ellos, è cada vno de ellos; los quales en el dito caso tengan los ditos bienes con el dito cargo.*

7 Y que en esta primera parte de este Mayorazgo, sea el Conde el vnico descendiente varon, que oy se halla de la linea, y descendencia del primer hijo varon de los Donatarios, no se duda, ni se puede dudar; porque consta en processo; como tampoco, el que entre todos los varones primero llamados, no ay llamada hembra alguna, y consiguientemente, ni dado orden de sucesion, ni preferencia entre varones, y hembras, sino tan solamente entre los varones, que son los llamados, segun la clara letra de la clausula, que en el numero antecede queda referida, en donde, ni aun menciõ se halla, que no sea de varones; concluyendo los Donantes sus primeros llamamientos, con aquellas palabras relativas

5

a solos ellos: *Servando EN TODOS LOS SOBREDICHOS orden de genitura, de mayor en mayor, &c.* Y faltando la sustancia, ò sugeta materia de llamamiento de hembras, mal podria considerarse el accidente, ò qualidad de orden de suceder, y preferir, entre ellos, y ellas, cum nullius entis, nullæ sint qualitates, ad text. in *Lucius Titius* 85. ff. de hæred. instituen. l. cum filius 76. §. Pater cum filia, ff. de legat. 2. l. 1. §. si mater, ff. ad Terryll. l. 2. ff. qui potior. in pign. &c. Addentes ad Molin. de primogen. lib. 2. cap. 17. & alia iura, & DD. referens D. Franciscus Salgado in *labyrinth.* part. 1. cap. 3. num. 8. & seqq.

8 Y esto se confirma con igual claridad, con lo que dichos Donantes dispusieron para el caso de la contravencion al gravamen de llevar el sobrenombre, y armas de los *Funes*, y *Villalpandos*, juntas, en donde buelven a ordenar en epilogo los mismos llamamientos, y substitutions, alli: *E que otro sobrenombre, ni armas, no puedan fazer, ni levar; E SI el contrario faràn pierdan los ditos bienes ipso facto, è vengan EN LOS SUBSTITUIDOS AQUELLOS EN DEFECTO DE ELLOS, E DE CADA VNO DE ELLOS*, los quales en el dito caso tengan los ditos bienes con el dito cargo. De forma, que iguala al caso de la muerte, ò defeto de varones, el de contravenir al gravamen referido, y en este substituye a los mismos varones, llamados en aquel; sin llamar, ni dar lugar en vno, ni en otro caso, à hembra alguna, segun consta de la misma clausula, y su necessaria relacion.

9 Con q̄, dentro de esta primera parte de Mayorazgo, no se lee otra disposiciõ, ni orden de llamamientos, que a favor de los hijos varones de los primeros Donatarios, y de los descendientes varones de dichos hijos varones, entre los quales se ha de observar el de la primogenitura, de mayor en mayor; y aviéndose de conservar la sucesion dentro de esta primera parte, y entre los llamados en ella; *servando en todos los sobredichos orden de genitura, de mayor en mayor*; como los mandantes dexaron dispuesto, y ordenado; y no constando, que aya otro varõ de los sobredichos, sino el Conde, q̄ lo es, y desciede del primer hijo varon de los primeros Donatarios, como se ha dicho; no parece se puede dexar de reconocer, que muestra llamamiento claro, li-

teral, y expreso, y que es, el que vnicamente deve suceder, por su indubitable inclusion, segun los principios, que en la primera Alegación dexamos asentados, ex iuris communi dicitur in l. Ille, aut ille 25. §. cum in verbis, ff. de legat. 3. l. Non aliter 69. in princ. ff. eod. tit. l. Labeo 7. ff. de supellect. legat. Alciat. cons. 113. nu. 1. Peregrin. de fideicom. artic. 11. num. 2. & 33. cum seqq.

10 Lo condicional de la donacion demuestrá tambien la claridad de su drecho, en competencia, y concurso de qualesquiera hembras, que pretendieren tener llamamiento, y substitution en este Mayorazgo; pues para passar los Donantes à la segunda parte de su disposicion, en que empezaron a llamar, y substituir hēbras, dando forma, y orden a esta nueva, y segunda sucesiō feminina, hizieron vn llamamiento en quarto lugar, cō la condicion de morir los primeros Donatarios sin hijos varones, y descendientes varones de dichos hijos varones, alli: *E si serà caso, q̄ LOS DICHOS NOMBRADEROS*, (eran los primeros Donatarios, q̄ se avian de nombrar, y despues se nombraron) *morràn*, sin se fillos masclos, è descendientes de aquellos masclos, legitimos, è de legitimo matrimonio procreados, q̄ pervengan *EN FILLAS LEGITIMAS DE ELLOS*, è de legitimo matrimonio procreadas, no Religiosas, ni en otra manera inhabiles à cōtraer matrimonio, de mayor en mayor, seruando orden de primogenitura; con q̄ los que casaràn con aquellas, è los descendientes de ellos, è de ellas, legitimos, è de legitimo matrimonio procreados, en quiē los ditos bienes pervendrán, por el dicho orden, sean tenidos llevar, è fazer los sobrenōbres, è armas de Funes, è de Villalpando, segun dicho es: De modo, q̄ solamente en caso, que los Donatarios muriessen sin hijos varones, y descendientes de ellos varones; quisieron, que pudiesen entrar a suceder hembras, como lo manifiesta lo literal de dicha condicion: *Et SI SERA caso, que LOS DICHOS NOMBRADEROS*, *morràn sin se fillos masclos*, è descendientes de aquellos masclos, &c. y asì qualquier hembra, que pretendiere suceder, ò aver sucedido, deverà alegar, y probar, que llegò el caso de su llamamiento, y substitution, ex l. Qui heredi, §. Plautius ff. de cond. & demonst. l. Cedere diem, ff. verb. sign. l. Vnic. §. Sin autem sub conditione, Cod. de caduc. toll. cum similib. Persona enim, quæ substitutionem allegat, illam probare debet; aliàs enim semper ei dici potest, substitutio

7

non loquitur de te, como con otros dixo Don Luis de Molina de Hispan. primogen. lib. 1. cap. 4. num. 5. D. Ioannes de Solorzano de Ind. iur. lib. 2. cap. 19. num. 3. tom. 2. D. Iosephus Maldonado in addit. & obseruat. ad Molin. ubi supra. Et quilibet vocationis suae casum ostendere debet, vt ex alijs Suelves cons. 27. num. 1. lib. 1.

11 Y alsí dixo Peregrin. de fideicom. art. 43. n. 9. & seqq. Cum autē fideicommissum constiterit, secunda incurret inspectio, an pure sit relictum, vel in diem, aut sub conditione: nam si in diē, vel conditionaliter relictum sit; prius liquidari debet aduentus diei, & conditionis; quia ante non competit actio: Et specialiter in legatis, & fideicommissis conditionalibus, vt interim ante conditionis eventum nulla sit nata obligatio, & actio, est casus in l. Is cui, ff. de obligat. & act. & in l. vnic. §. sin autem, Cod. de caduc. toll. Et ad rem, vt ex fideicommissis agens probare teneatur implementum diei, & conditionis, est casus, in l. Qui hæredi, §. Plautius, & in l. Hæres statu liberum, ff. de cond. & dem. vbi sic notarunt Bart. & Socinus, & in l. siquidem, Cod. de except. ibi: Conditionem extitisse, &c. Y prosigue: Probationes autem debent esse certæ, & concludentes pro natura probationum, ad regulam in l. Neque naturales, Cod. de probat. quia sufficit reo, & possessori dicere, hoc casu non loquitur substitutio: quoniam negantis intentio fundata est in negativa, l. Actor, C. de probat. &c. ac ideo conditionis eventus est de substantia probationis, Bald. cons. 122. col. 1. lib. 3. NEC sine ratione, nam conditio pro sui natura suspendit dispositionem, & dispositionis effectum in ipsius conditionis eventum, Bart. in l. 1. col. 1. ff. de cond. & dem. Alber. Rolat. in rubr. Cod. de inst. & subst. & ex text. in l. si quis sub conditione, ff. si quis omif. caus. test. vbi regula sumitur, quæ sunt in conditione, non esse in dispositione, sequitur Socinus, &c. & horum est ratio, quia conditio designat causam finalem, & vim cause finalis habet, l. Demonstratio, §. quod autem, ff. de cond. & dem. conditione autem non impleta dispositio habetur pro non facta, idem Peregr. art. 2. num. 11. & art. 12. num. 37. & 38.

12 Y mas al caso en el mismo art. 43. num. 35. & 36. ibi: Qui verò ex fideicommissis agunt pro iure suo, fideicommissum constitutum docere debent, ad scripta in art. 2. num. 2. & infra, & si conditionale est, euenisse casum conditionis, puta, mortem hæredis, vel alterius, sibi gravati restituere: & si alia præterea addita fuit conditio,

veluti, si sine liberis; similiter, conditionis eventus liquidari debet; nec mirum; nam agens semper probare debet id, quod est fundamentum suae intentionis, siue affirmet, l. 2. l. eum qui, ff. de probat. l. Actor, Cod. eod. sine neget; nam negativa quae est fundamentum intentionis alicuius, ab eo deduci, & probari oportet; ideoque fundans intentionem suam super morte alicuius, illam probare debet, l. 2. §. si dubitetur, ff. quæmad. test. aper. l. siquidem, Cod. solut. matr. & qui supra vitam fundat se, debet quoque de vita probare.

13 Y en el num. 46. Præterea, si alia conditio, aut qualitas adiecta sit; debet agens ex fideicommissis illam deducere, & probare, veluti, si hæres gravatus sit sub aliqua conditione; nam conditionem evenisse probare oportet, Gloss. celebris in verb. Superstes, in l. Qui duos in princ. ff. de reb. dub. *QVI* semper quis tenetur, siue agat, siue excipiat, probare id, quod est fundamentum suae intentionis, l. 1. & 2. & l. In exceptionibus, ff. de probat. siue sit substantia actionis, siue tempus, conditio, & vel alia qualitas, Bart. &c. & in terminis Decius cons. 629. num. 2. *ET EST* indubitata propositio; ideoque si hæres gravatus fuerit sub conditione, si sine filiis decesserit, restituere hæreditatem; agens ex fideicommissis nedum probare debet hæredis mortem, sed & præterea sine filiis decessisse; quia conditio hæc negativa, seu privativa, fundamentum est actionis suae; & quilibet tenetur probare id quod est fundamentum suae intentionis, ut dixi.

14 Y segun estos principios fundamentales, si la condiciõ en el caso presente huviera sido de morir los Donatarios sin hijos, y descendientes, assi varones, como hembras; deberia probar la que se quisiese incluir por la segunda parte de este Mayorazgo, y quarto llamamiento condicional de las hijas, la muerte de dichos Donatarios, y la deficiencia de sus hijos, y descendientes varones, y hembras, por ser las personas de vno, y otro sexo, las puestas en la condiciõ, y hazerla faltar la existencia, ò sobrevivencia de qualquiera de ellas: como si la condicion huviera sido generica, de morir sin hijos, y descendientes, avia tambien de entenderse, que se devia probar la deficiencia de los de ambos sexos, por la comprehension comun de las palabras hijos, y descendientes, que lo persuadia; no aviendo otras circunstancias, que la limitassen, y contraxessen a los varones tan solamente, textus est in l. 1. C. de condit. insertis, cuius hæc verba: Cum testatorem fidei-



commissum Tralliano, ab eo, quem pro parte heredem instituisse proponas: si sine liberis institutus diem obiisset: isque nepotem, quem ex filia susceperat, heredem instituerit; conditionem adscriptam defecisse manifestum est: nisi alia defuncti voluntas evidenter probetur; y diò la razon Gothofredo litc. G. ibi: Si Titius, heres meus pro parte, sine liberis decesserit, partem suam hereditatis Tralliano restituato. Titius nepotem ex filia heredem instituit: Nam debetur Tralliano fideicommissum? Non debetur: **NEC ENIM** decedit sine liberis, qui nepotem ex filia relinquit heredem; & consonant iura, in l. Filius familias 114. §. 13. ff. de legat. 1. & in l. Cum pater 77. §. 13. ff. de legat. 2.

15 Y esto es lo que dixo Peregrino de fideicommiss. art. 25. num. 8. ibi: *Liberorum autem, & descendentium, nomen commune est ad masculos, & fœminas, ac idcirco propriè, utriusque sexus liberi, & descendentes continentur, l. Liberorũ, &c.* Y passando a tratar de los pueltos en condicion, dixo en el num. 9. *Vbi autem de filijs facta fuit mentio, vel de liberis, conditionaliter; constat masculos, & fœminas designari primi, & ulterioris gradus, ad substituti exclusionem, & hic est casus in dict. l. Lucius, & in dict. leg. 1. Cod. de condit. insert. quæ iura locum habent, etiam in tacita conditione à iure subintellecta in fideicommissis ascendentium, dict. l. Cum avus, ff. de cond. & demonstr. & d. l. Generaliter, §. Cum autem, & d. l. Cum accutissimi, & supra dixi.*

16 *Limitatur autem conclusio hæc, nisi alia defuncti voluntas evidenter probetur; sic præcisè textus in d. l. 1. Tunc enim à verborum significatione, etiam propria, sic suadente testatoris voluntate, recedere licet, l. Non aliter, ff. de legat. 3. Nihil mirum, quia in conditionibus, testatorum voluntas spectanda est, l. In conditionibus, ff. de cond. & demonstr. quæ in testamentis totum facit, l. Ex facto, ff. de hered. instit.*

17 *Voluntas autem testatoris evidens demonstraretur, si de masculis in conditione, vel etiam in dispositione, expressisset; nam fœminæ non continerentur, sed exclusæ forent, casus est in cap. Raynaldus extr. de testam. (ibi: Si absque filijs masculis) ubi sic notarunt Gloss. Gofred. Hostiens. Ioan. Andr. Butrius, Card. Ancarran. Abb. & Didacus in §. 1. num. 2. optimus text. in l. Scripturis,*

Cod. qui potior, & in l. 1. ff. de legib. sed est melior text. in l. 1. Cod. de Adult. & precisè sic notarunt in dict. l. Cum avus, Bart. Franciscus de Albergoti, Imola, Paulus, & Socinus num. 86. Paulus de Castr. in dict. l. 1. Ias. in dict. l. si quis id quod, num. 13. Decius in l. 2. num. 92. ff. de reg. iur. & in suo consil. 595. num. 9. Socin. in l. Gallus, §. Nunc de lege Veleia, sub num. 6. & cons. 12. cons. 63. ante num. 12. in 3. & in specie consuluit Abb. consil. 36. videtur in 1. vol. latè Parisius consil. 18. num. 37. & cons. 25. col. 1. in 2. & latius cons. 74. num. 21. & infra, lib. 4. Socin. iunior cons. 128. num. 56. in 1. & cons. 69. num. 10. in 3. Cravet. cons. 113. num. 2. & præterea Ludovic. Molina d. loco, sub num. 31.

**ADEO** ut hoc casu, ob expressam masculorum qualitatem, cessat tacita provisio dictæ l. Cum avus; Tum per eam rationem: quia expressa provisio hominis facit cessare tacitam legis provisionem, l. Cum ex filio, §. 1. de vulg. l. fin. Cod. de pact. convent. **TVM ETIAM**, quia per expressam masculorum conditionem, constat à testatore de filiis cogitatum; ac ideo cessat provisio illarum legum, & sic quoque latè concludit Anton. Gabriel, &c.

18 Y lo mismo asienta Fusario de subst. quest. 402. num. 4. & 5. en donde aviendo propuesto la conclusion de la comprehension de ambos sexos en la condicion, si sine filijs, vel sine liberis decesserit; y limitadola en el n. 4. diciendo: Limitatur primò quando testator instituit duos filios; & si alter sine liberis decederet substituit alterum, & eorum filios masculos; & masculis non extantibus, substituit fæminas; nam conditio si sine liberis, intelligitur de masculis, Peregrin. de fideicommiss. artic. 25. num. 27. ubi allegat Menoch. &c. pone despues nuestra limitacion, alli: Limitatur secundo ista communis opinio, quando mentio masculinitatis facta esset, ut si dictum sit, si sine liberis masculis decesserit; quia tunc substitutus, per fæminam non remaneret exclusus, cap. Raynaldus, extr. de testam. & ibi Gloss. Gofred. Host. Ioan. Andr. Butr. Abb. & Didac. §. 1. num. 2. Bart. in l. Cum avus, ff. de condit. & demonstr. & ibi Imola, Castr. & Socin. sen. num. 76. Paris. cons. 39. num. 3. lib. 2. Vbi testatur de communi opinione, Socin. iun. cons. 128. num. 56. lib. 1. cons. 13. num. 4. & cons. 69. num. 10. lib. 3. Cravet. cons. 113. num. 2. Surd. cons. 564. num. 2. lib. 4.

2. lib. 4. Odd. tract. de compend. subst. part. 6. art. 4. num. 3. *VBI* ait esse communem sententiam; idem asserit Crass. in S. fideicommissum, quest. 35. num. 3. Mantica de coniect. ult. vol. lib. 11. tit. 15. num. 1. Pret. de interpret. ult. volunt. fol. 313. num. 31. Peregrin. de fideicommiss. art. 25. num. 11. *ET HÆC OPINIO non habet dubitationem, cum verba sint clara.*

19 Confirmalo Petra de fideicommiss. quest. 9. num. 172. & seqq. D. Luis de Molina de primogen. lib. 3. cap. 5. num. 30. & 31. con muchos, y tambien sus Adicionadores, *ibidem*. Roxas de incompat. part. 5. cap. 1. num. 21. & seq. que junta muchísimos, y lo explicó admirablemente el Doctor D. Diego Morlanes en la alegacion, que escribió por D. Garcia de Villalpando en la causa, que se refirió arriba, nu. 2. impresa en el primero tomo, artic. 1. num. 242. & duob. seqq.

20 De donde se infiere, que siendo la condicion, que en el caso presente deven probar las hembras, para incluirse, y mostrar, que ha llegado su caso, la negativa, ò privativa de morir los primeros Donatarios *sin hijos varones, y descendientes de aquellos, varones*; no verificándose, y probándose por su parte la existencia de dicha condicion; nunca podrá tener lugar su llamamiento posterior a los antecedentes, y anteriores de los varones; como hecho en el quarto lugar, en donde las hembras empezaron a ser llamadas, y se formò la segunda parte de este Mayorazgo, segun las doctrinas referidas, quibus addend. D. Ludovic. Molina lib. 3. cap. 10. num. 16. & seq.

21 Mas se halla la otra parte tan lexos de aver verificado, y probado la condicion sobredicha; que antes, de su misma inclusion, y de todo el processo, consta de lo contrario; lo primero, porque alega, y prueba, como tambien por parte del Conde tenemos alegado, y probado, que los primeros Donatarios murieron *con hijos varones, y descendientes de aquellos, varones*; de saber es, por la otra parte se alega, y prueba la sobrevivencia de hijos, y descendientes varones del primer hijo varon de dichos primeros Donatarios hasta el Señor Don Ioseph de Funes, y Villalpando, Marques de Oñera, descendiente del dicho primero hijo varon; y por esta, haf-

ta el Señor Don Melchor de Funes , y Villalpando, Conde de Atarès, descendiente tambien del mesmo primer hijo varon de los mesmos primeros Donatarios; con q̄ entra el famigerado cõsejo 21. de Oldrado, n. 1. q̄ en caso de otro llamamiẽto, ò institucion de varones , y substitucion condicional de morir los instituidos sin hijos , y descendientes varones , respondiò : *Et mihi videtur in questione dicendum , quod substitutio, de qua dicitur; quoniam tam mens, quam verba, fideicommissariam inducunt, expiraverit in personam eius, qui decessit quatuor filijs masculis superstibus , quicquid postea de liberis contigerit , ut Cod. quando dies legat. ced. l. Cum ususfructus, & de instit. & substit. sub cond. fact. l. Si quis heredem, ff. ad Trebell. l. Heredi, in princip. & argum. à contr. sensu, in eod. tit. l. Ex facto, §. si quis autem suscepit quidem filium;* palabras tan breves, como compendiosas, que han sido assunto, y materia noble de Jurisconsultos antiguos, y modernos, en tantas causas, y disputas, como frequentemente se encuentran en Senados, y Autores, de quo latè noster D. Ludovicus Casanate *conf. 4. & 5. per tot.* que escriviò por Don Garcia de Villalpando, en la mesma causa, q̄ arriba diximos, *num. 2.* fundando, que aquel vinculo avia quedado estinto por la sobrevivencia de los puestos en condicion; y lo comprueban otros celebres Jurisconsultos del Reyno en las alegaciones , que entonces escrivieron , y entre ellos el Doctor Don Diego Morlanes, *num. 56. & seqq. num. 99. & seqq.*

22 Y vna de las distinciones , con que los Autores explican este punto, es, que si la condicion , *si sine liberis* fuere indeterminada, y sin relacion de este tiempo , ò el otro , mientras los puestos en condicion no faltaren , no se verificarà la condicion ; y que siempre que faltaren se verifica , ita Peregrinus *dict. tract. de fideicommiss. art. 29. num. 9.* en donde , despues de aver hablado de la condicion afirmativa, *si liberos habuerit*, passa a tratar de la negativa , y dize : *In secundò membro principali, cum liberi ponuntur in conditione negativa, primus casus est , quando liberorum carentia indeterminate consideratur ; & tunc, donec potest esse spes liberos extare, non est locus substitutioni ,* *Glof. in l. Peto, §. fratre in verbo ex familia, ff. de legat. 2. Hæc enim est natura con-*  
ditio-

ditionis negative, ut tunc impleatur, quando certum est, esse non posse, & ad impossibile reducitur, Bald. in l. Mutianus in fin. ff. de cond. & demonstr. Vincenc. de Franch. in Neapolitana decis. 169. num. 14. VBI sic in specie decisum retulit. Quodcumque verò contingat liberos non extare; impleta erit conditio, & locus erit substitutioni; & est ratio: quia testator liberorum defectum in omni tempore consideravit; & quia sicut in conditione liberorum affirmativè prolata, & indeterminatè respectu temporis, sufficit quandoque liberos existere; sic etiam in conditione negativa sufficit quodcumque liberos non existere, ut contrariorum eadem sit, disciplina, l. 1. ff. de his qui sunt sui, &c. & quod operatur propositum in proposito, operatur oppositum in opposito, l. fin. §. fin. ff. de legat. 3. sic Socin. in dict. l. Solemus, ad finem, VBI refert sic secundum hanc considerationem consuluisse cum D. Alexand. & Alexander consuluit cons. 43. vol. 3. repetito cons. 53. in 6. nam in casu suo dictum fuerat, & si de Bartholomæo non remaneret hæres, per lineam masculinam, concludit quodcumque deficiente linea masculina Bartholomæi, locum esse substitutioni; & idem Alexand. cons. 101. col. 3. in 7. NAM in illo casu dictum fuerat; quod si nullus masculus ex filiis, seu ex liberis dicti Ioannis superesset; aut nullus eorum esset hæres, testatoris, hæreditas ad foeminas quod veniret; decidit, quod licet ex filiis, & filiorum filiis ipsius Ioannis extiterint masculi, qui postea sine masculis decesserint, locum esse substitutioni de foeminis; adducit, quia utroque casu masculorum carentia fuerat respectu temporis absolutè considerata.

23 Y en el num. 22. alli: Cum autem conditio non existentie filiorum refertur ad tempus mortis alicuius, adeo per filiorum existentiam expirat fideicommissum, ut licet filij ipsi postea sine filiis decedant, non resurgat iam extinctum fideicommissum, quamvis prudenti consideratione imaginatio suadeat, ut testator voluisset defunctis filiis sine filiis locum esse substitutioni, sic enim clarè deceditur in iuribus adductis supra num. 13. & præterea adhuc est decisio Oldradi satis nota in cons. 21. &c.

24 Y segun esta distinción, aviendo referido los Donantes al tiempo de la muerte de los primeros Donatarios, la carencia, ò deficiencia de sus hijos varones, y descendientes de ellos varones,

D. obediens omni iuri: alli:

alli: *E si caso serà, q̄ los dichos nombraderos MORRAN sin se fillos masculos, è descendientes de aquellos, masculos, &c.* Y reconociendo, y confesando la otra parte, q̄ los primeros Donatarios murieron con hijos varones, y descendientes de ellos varones; ha de reconocer tambien, y confesar, que faltò la condicion negativa de morir sin ellos, puesta en el quarto llamamiento de las hembras, y consiguientemente el defeto de su inclusion, ex superioris relatis, & traditis à Fusario de *substit. quest. 436.*

25 Lo segundo, porque aunque los Autores hazen tambien otra distincion en esta materia, y es; que si la disposicion por sus circunstancias fuesse perpetua, y successiva; la condicion, *si sine liberis decesserit*, se ha de entender igualmente contracto successivo de tiempo, y perpetuidad, esto es, que aunque al tiempo de la muerte del gravado quedaren, ò existieren los puestos en condicion; siempre que faltaren, ò murieren, se ha de juzgar, que el gravado murió sin ellos, a diferencia de quando la disposicion fuesse limitada, y no perpetua, ex relatis à D. Casanate d. *conf. 4. & 5.*

26 Pero en este Reyno por la disposiciõ foral de aver de estar a lo escrito en la carta, que regularmente excluye las cõgeturas, se haze mas cierta la decision del cõsejo de Oldrado, como dixo el Doctor Diego Morlanes in *dict. allegat. artic. 1. num. 123.* dando vna buena razon, alli: *Hinc colligere licet in nostro Regno Aragonum, hæc minus esse dubitanda; cum enim coniecturis à consilio Oldradi recedatur, & per extensionem de persona ad personam, ut patet ex omnibus Doctoribus, limitantibus illud consilium, & acutè satis animadvertit Dom. Ludovicus Martinez in dicta allegatione de Santachroce, num. 43. Dicens manifestè etiam patere, hanc extensionem in hoc Regno minimè permitendam, cum esset extensio ad casum contrarium; substitutionem enim factam sub conditione si sine filijs, procedere etiam in casu quo cum filijs testator decedat, habet manifestam contrarietatem: imò, & impossibile est coadunari posse hos casus decessus cum filijs, & sine filijs, signanter ubi standum est chartæ; ibique latè confirmat, qualiter respui debeat prædicta interpretatio, contra Oldradi consilium, ea deducendo quæ solent in medium proferri, ad interpretationem dictæ regulæ, standum est chartæ, subtili, & ingeniosissimo methodo.*

27 Y entre las comprobaciones, que trae de esta doctrina, la mas a nuestro proposito es la de dos causas, que se hallan decididas en este Reyno q̄ refiere desde el n. 130. y por ser tan del caso sus palabras se transcriben: *Nec desunt (dize) in nostro Regno plures sententiæ, quibus hæc omnia confirmari possunt: in primis enim in illa antiqua, causæ Baronix de Sangarren, in qua latissimè fideicommissum absolutum ventilatum fuit: D. Franciscus de Mendoza in Capitulis matrimonialibus Don Petri Lopez de Mendoza, & Domne Ioannæ Nuñez Cabeza de Vaca, illud consistere dicebat, in quibus à Comitibus de Tendilla, donatio facta fuit in favorem dicti Don Petri, cum prohibitione alienationis, nisi in filios masculos, & descendentes eorū masculos, addens postmodū dotationes feminariū: & demū sic dicēs: Et si cōtescerà, el dicho D. Pedro morir menos de fillos masculos legitimos, & descēdientes de aquellos masculos legitimos, è de legitimo matrimonio procreados, è con filla, ò fillos, &c. Dubitabatur inter alia, an substitutio in ea clausula facta verificata fuisset. Et responsum fuit, eam extinctam esse, facta enim fuerat sub conditione, si sine filijs, & descendentibus; cūque Don Petrus quinque filios masculos superstites habuerit, defecit in eorum prædicta conditio; nec amplius curandum erat, quid de filijs contigerit; sicque bona libera penès Don Ioannem de Mendoza remansisse: prout eleganter in eo casu confirmat Beroius cons. 84. num. 52. vol. 2. Alciat. cons. 134. à n. 9. Socin. iun. cōs. 13. n. 14. & seq. lib. 4. Decian. cons. 31. nu. 29. vol. 1. QVI OMNES in hoc casu consuluerunt. Et licet Decianus pro fideicōmisso respondens, inferius in discursu consilij, rationi huic, de qua in dict. num. 29. Satisfacere intenet, nihil tamen tradit, quod aliqua ratione istud evellat; ac ideò negotio ventilato in Regia Audientia in articulo proprietatis, fuit lata sententia contra fideicommissum perpetuum, quæ transiit in rem iudicatam post alias sententias, quibus antea etiam contra illud pronuntiatum fuerat. Qui casus nostro est conformis: cum inter alias coniecturas, simillimas his, quæ adversarij excogitant in eo casu adsint etiam illa verba conditionis, morir sin fillos masculos, è descendientes de aquellos masculos; prout, & in nostro casu; & pronuntiatum fuit, super essentibus filijs D. Petro gravati, si fideicommissum extingui.*

28 Secundò etiam maximi momenti est, processus, & causa Ludovici-

*do vici de Leres, olim Falcon, in Curia Iust. Arag. intitulatus, Processus Ludovici de Leres, super iurisfirma, & in Regia Audientia, Processus Annæ Falcon, in articulo iurisfirmarum, in quibus processibus, actum fuit de interpretatione cuiusdam vinculi, in quo Ioannes de Leres, prius posthumum instituerat prohibita alienatione, nisi in filios masculos, & descendentes eorum; & in eius defectu vocavit Petrum de Leres nepotem, filium Mariae de Leres ex primo eius matrimonio, cum onere deferendi nomen, & arma eius, absque mixtura, & cum prohibitione alienationis; hæc addens: Et si contescerà, lo que Dios no mande, el dicho Pedro Leres, nieto, è heredero mio en los casos susodichos, morir sin se fillos suyos, & descendientes de ellos masclos, legitimos, è de legitimo matrimonio procreados, en tal caso dexo los dichos mis bienes a los otros hijos masclos, &c. successit hic nepos Petrus de Leres, & mortuus fuit, superstite ex eo Ioanne Thomasio de Leres. Dubitabatur: an per eius mortem alij filij masculi dictæ Mariæ ex substitutione succederent. Et decissum fuit in utraque Audientia, substitutionem extinctam esse, nec eos admitti debere, quia mortuus non fuerat Petrus de Leres sine filijs, & descendentibus; cum super vixerit eidem filius: idque primitus in Curia Iustitiæ Aragonum, die 14. Maij, anno 1577. pronuntiatum fuerat: & libeat aliqua verba motivorum intexere, sunt enim elegancia, & nostri casus decisiva; ibi enim respondentes Domini Iudices obiectis, inter alia sic asserunt: licet mendosa in aliquibus, in copia motivorum, à quibus hæc transcripsi. Nec his obstat dicere, filium Petri de Leres, nimirum Ioannem Thomam, qui patri superat, sine filijs postea decessisse: quia per hoc non fit locus substitutioni factæ Petro Leres decedenti cum filijs: Alia est substitutio, quæ fit Petro Leres nepoti, decedenti sine filius; Alia & diversa est, quæ prætenditur respectu Ioannis Thomæ Leres, mortui sine filijs: nec per hoc quod filij Mariæ de Leres fuerint substituti Petro Leres, decedenti absque filijs, id idem existimandum est procedere, respectu filiorum Petri, absque liberis decedentium: cum talem vocationem, nec verba comprehendant expressè, nec vi comprehensionis id possit intelligi: nec potest aliquo modo extendi substitutio facta Petro decedenti sine filijs, ad personam Ioannis Thomæ de-  
 fun-*



functi sine liberis, cum sit diversa persona; signanter cum  
 existentia filiorum Petri Leres, positorum in conditione, non  
 ad perpetuationem fideicommissi fuerit posita, sed ad extin-  
 ctionem illius; neque adsunt talia verba, per quæ illud iudice-  
 mus: & sic cum dicti filij Petri Leres, sint positi in conditione,  
 merito illorum existentia, fideicommissum extinguit, prout fuit  
 extinctum per dictum Thomam de Leres superviventē, quid-  
 quid postea de eo contingeret. *Hæc eadem sententia postmodum  
 in Regia Audientia confirmata fuit die 29. Februarij anno 1580.  
 ubi processus intitulatur Ioannæ Falcon, in articulo iurisfirmarum,  
 & in motiuis, eisdem ferè rationibus sua vota confirmarunt; quæ ibi  
 videri poterunt, in libro Consilij eiusdem anni. Cumque illius vincu-  
 li verba, & hæc nostri, saltem in ea parte in qua consistit maior dif-  
 ficultas, eadem sint; ijs sententijs, & hanc nostram causam pronuntia-  
 tam esse, & transactam in rem iudicatam, dicere possumus.*

29 Y de aqui podiamos inferir, que el vinculo de esta do-  
 nacion durò poco, y que en esta consideracion Don Garcia de  
 Villalpando, segundo de este nombre, y nieto del que litigò  
 con Don Christoval de Funes Muñoz, en la causa sobre el  
 vinculo primero de Don Ramiro de Funes, de que yà hizimos  
 mencion, num. 2. vinculò nuevamente esta Baronía en su  
 Capitulacion matrimonial con Doña Vincencia Clara de  
 Ariño, en fuerza de cuya disposicion, y vinculo en ella pacta-  
 do, se le proveyò al acreedor del Conde esta aprehension; y  
 el aprehendiente ha dado su proposicion en este processo; es-  
 pecialmente a vista de lo que dexò escrito el insigne Iurilcon-  
 sulto (vti eum merito appellat noster Suelves cons. 17. lib. 1.) el  
 Doctor Pedro Luis Martinez in allegat. pro D. Garcia de Villal-  
 pando, inter impressas d. tom. 1. en donde afirma, que por la ex-  
 tincion del vinculo de Don Ramiro de Funes, avian posseído  
 siempre los suceffores, como libre, esta Baronía: *Verumtamen,*  
*dize in princ. num. 3. cogitanti mihi, & alcius animo repetenti, à*  
*tempore confectiois harum substitutionum, usque ad hodierna tem-*  
*pora, centum, & quadraginta annos, & plus cucurrisse, in quibus sine*  
*vlla interruptione continua bona ista, & Castra pretiosa ( de quibus*  
*est controversia ) tamquam libera, & nullis fideicommissi oneribus*  
*supposita, fuerunt pacificè, & liberè possessa per Don Garciam de*

*Funes, & Villalpando, illiusque prædecessores; habentes causam à Ioanne de Villalpando, & Contesina de Funes; neminemque ex vocatis in vinculis illis illa possedisse: imò verò plures ex eis illa libera, & allodialia dictitasse, Iudicesque Regios anno 1499. per sententiam ita præsensisse: difficilimè, imò impossibile existimari, clientem meum iustitiam non fore. Est enim veritas temporis filia, quod licèt ea aliquando lateat, processu tamen illius, ex latebris, atque tenebris tandem erumpat. Quamobrem leges, legumque consulti, qui hoc probe noverunt, ea quidem talia præsumi, atque existimari sanxerunt, qualia in eodem statu diutius, constanterque perstiterunt, quoniam tempus pro veritate est, teste Baldo cons. 433. Omnia revelat, & ut scribit Tertulianus in Apolog. cap. 3. Nihil rerum omnium longius progredi patitur, incognitum, atque occultum, cum teste Sophocle poetarum prudentissimo, cuncta videat, & audiat, ut omnia detegat, & in lucem efferat. Quare longiquitas temporis verissima, & uberrima probatio est pro libertate bonorum, adversus contendentes esse supposita fideicommisso. Y despues de aver exornado esta proposicion, prosigue en el num. 6. Enim verò interpretes ex temporis cursu, & observantia diuturna (tanta est eius vis, & autoritas) cum iudicio profitentur, ea bona libera iudicanda esse, fideicommisso perempto, quæ longa seculorum serie, tamquam libera in aliquorum familia perstiterunt, Xvarez, &c.*

30 Mas a lo sumo, lo que por la segunda distincion, que arriba tocamos, num. 25. puede pretender la otra parte, es, que la condicion de morir los primeros Donatarios sin se fillos masclos, è descendientes de aquellos, masclos; no faltò por la existencia de los puestos en condicion al tiempo de la muerte de dichos Donatarios; sino que se ha de entender successiva, y perpetua; de calidad, que siempre que faltaren, se juzgue, que los primeros Donatarios murieron sin ellos, y que así se haga lugar a la substitucion de las hijas de ellos, por la succession de tiempo, y perpetuidad, que dieron los Donantes a la disposicion de este Mayorazgo; Pero lo q̄ de esto se puede inferir a su favor, es, q̄ si oy se verificasse, q̄ los primeros Donatarios han muerto sin hijos varones, y descēdientes de ellos, varones, por aver estos muerto, ò faltado; entrava el llamamiento, ò substitucion de dichas hijas, que es como los

Autores explican, la verificacion, ò defeto de semejantes condiciones: Y assi no aviendose podido probar ex aduerso, ni verificarse el poderse dezir aun oy, en el sentido, ò caso mas favorable a su pretension, q̄ los primeros Donatarios ayau muerto *sin hijos varones, ni descendientes de ellos, varones*, por vivir aun oy el Conde, descendiente varon del primer hijo varon de dichos Donatarios; clara, y notoriamente consta, que su existencia excluye la condicion negativa, ò privativa, de baxo de que las hēbras estàn llamadas, y configuientemente, que la otra parte queda en el estado presente excluida de su pretendida inclusion.

31. Lo tercero, porq̄ aun quando se verificasse, q̄ los primeros Donatarios huvieran muerto *sin hijos varones, y descendientes de ellos, varones*; las hembras, que por el llamamiēto del quarto lugar podian suceder, eran las hijas de dichos primeros Donatarios, segun la clausula de dicho llamamiento: *Et si serà caso, que LOS DICHOS NOMBRADEROS morràn sin se fillos masclos, è descendientes de aquellos, masclos, legitimos, è de legitimo matrimonio procreados, que peruengan en FILLAS LEGITIMAS DE ELLOS, è de legitimo matrimonio procreadas, no Religiosas, ni en otra manera inhabiles a contraer matrimonio, de mayor en mayor, seruando 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 peruendrán, por el dicho orden, sean tenidos levar, è facer los sobrenombres, è armas de Funes, è de Villalpado, segun dicho es.* Porque como en la primera parte aviã dado principio a los llamamiētos con los hijos varones de los primeros Donatarios, y proseguidolos en los descēdiētes varones de dichos hijos varones, poniendoles el orden, forma, y gravamen, con que avian de suceder; en consequente correspondencia, passaron en esta segunda, a dar principio al de las hembras con las hijas de los mismos primeros Donatarios, *de mayor en mayor, seruando orden de primogenitura*, gravando, a los q̄ casaren con ellas, y a los descendientes de sus matrimonios a que huviessen de llevar los sobrenombres, y armas *de Funes, y Villalpando*; con que assi a los hijos, y descēdecia masculina de los hijos de los primeros

Donatarios, como a las hijas, y descendencia de las hijas de los mismos primeros Donatarios, dieron su parte de disposicion respectivamente, con division de llamamientos, orden, forma, y gravámenes.

32 De donde literalmente resulta el defeto de la inclusion, que la otra parte pretende tener; pues aun en esta segunda, y quarto llamamiento de este Mayorazgo, que es el primero de las hébras, no la tiene, faltandole como le falta, la calidad de hija de los primeros Donatarios, y de descendiente de alguna de las hijas de ellos, q̄ son las contēpladas en dicho llamamiento; y obstandole con esto la excepcion conocida, *de re non loquitur substitutio*, ex Casanate *conf. 4. num. 8. & 9. vbi plures refert, & cum alijs Valenz. conf. 97. Nigro Ciriac. controvers. 142. num. 8. lib. 1. & controvers. 281. num. 52. & seqq. lib. 2.*

§.

33 Contra la disposicion expresa, y literal, de la donacion, en que los Donantes dexaron ordenado, la calidad de personas, que avian de suceder en este Mayorazgo, y quales avian de suceder antes, y quales despues, y principios, que dexamos sentados; pretende la alegacion contraria, a fuerza de consideraciones (con que la haze manifesta à la letra) idear vn nuevo llamamiento, y substitution de las descendientes hembras de los hijos varones de los primeros Donatarios, de modo, que qualquiere hijo varon, ò descendiente varon de ellos, que sucediere en este Mayorazgo, y muriere sin hijos varones, y con hijas; estas ayan de suceder, prefiriendo, y excluyendo a los demás descendientes varones, aunque sean del primer hijo varon de dichos primeros Donatarios, y también a los otros hijos varones, y descendientes varones de ellos, ideando, y fingiendo vn caso, en que por aver muerto el Señor Marques Don Joseph de Funes, y Villalpando, sin hijos, ni descendientes varones, y con hija, que es la Señora Marquesa, esta Señora aya de ser la llamada, y preferida, aun a los mismos descendientes varones del primer hijo varon de los mismos primeros Donatarios, llamados en primero lugar, qual es el Conde, como lo quiere dar a entender en el

num. 25. dexando copiado en el num. 5. vn fragmento del conf. 100. de Ramona, que no tiene mas aplicacion, que la que le dà el fonido de las voces, segun se verà despues, quando hablemos de esta doctrina, por bolverse a valer de ella en otro num. a que avemos de responder.

34 Mas deviendo se considerar, como primera regla la letra de la donacion, y fundacion, de que tratamos, que es el texto por donde se ha de gobernar la sucesion, vt advertit Padilla in l. 3. §. si fideicommissum, num. 133. ff. de hered. instit. D. Molin. de primogen. lib. 3. cap. 13. num. 23. Peregrino conf. 65. ex num. 1. volum. 2. Valenz. conf. 23. num. 1. & seqq. & conf. 69. num. 1. & seqq. lib. 1. y en donde, como en espejo, se muestra la voluntad de los Donantes, y fundadores, nam voluntas hominis consistit in verbis, sicut facies in speculo, como dixeron D. Iuan del Castillo lib. 4. controvers. cap. 6. num. 31. & 49. & lib. 6. cap. 167. num. 10. y Valenz. conf. 162. num. 18.

35 Lo primero, que se ofrece a la vista, es, el que en toda la primera parte dispositiva de los llamamientos de los hijos varones de los primeros Donatarios, y de los descendientes varones de aquellos, no se halla semejante substitution, como la que en contrario se finge; ni aun mencion, ni memoria de hembras se haze, como en la escritura se ve; y quererles añadir aora la otra parte a cada vno de los poseedores tal orden de suceder; seria con propria, y estraña autoridad, arrogarse la facultad, que los Donantes para si solos se reservaron en la donacion, segun por su tenor consta, y por ambas partes se allega, con la negativa de que huviesse querido usar de ella dichos Donantes, lo que no se deve oír, iuxta text. in l. Perfecta donatio, vbi DD. Cod. de donat. que sub modo, Fontanel. decis. 33. num. 19. lib. 1. Valenz. conf. 23. num. 1. & seqq. lib. 1. vbi bene, & sunt text. in l. Pamphilo in princip. ff. de legat. 3. l. illis liberis, in fin. ff. de condit. & dem. ibi: Contra voluntatem defuncti perentes, audiri non oportere, l. Apud Celsum, §. Præterea, ff. de doli excep. ibi: Si quicumque ex testamento contra voluntatem peccatur, exceptione eum doli mali repelli solere, Authent. de heredib. ab intertest. §. ex his, in fin. collat. 9. ibi: Defuncti namque voluntatem, & electionem præponi volumus. Valenz. conf. 97. num. 191. num.

19. lib. 1. ibi: *Esset contra voluntatem, & verba institutorum, eius intentio, & ideo audiri non debet; aplicandose aqui lo que aun de los discursos, y consideraciones, al parecer verosimiles, y prudentes, que suelen hazerse en estos casos, dexò advertido D. Luis de Molina en la prefacion a su docto, grande, y celebre tratado de las primogenituras de España, num. 2. Quod si ex verosimilitudine, ac prudentum iudicio, res ipsa sit decidenda, ac iudicanda; tunc iudicium ipsum fragilius multo, in certiusque erit. Quis enim tantum unquam tribuit propriae voluntati, ut ex ea valeat alienas metiri, aut interpretari? cum ( ut Iurisconsultus profiteatur) variae admodum sint hominum voluntates; nec sit petenda ratio, quare quis id velit, & hoc nolit. Sed liberum relinquendum unicuique sit, de re sua disponendi iudicium: lucratur enim satis, qui suae obsequitur voluntati. Et si prudentum iudicio id non lucrum, sed damnum videretur; & tamen leges imprudentiam tolerant, ut voluntati obsequantur. Si subtili, ac legali interpretatione maioratus institutorum verba expendamus, parum abfuerit, quin eorum voluntates subvertamus.*

36 Y lo que tambien dixo Peregrino, hablando de los que discurren, y congeturan en las sucesiones con mas libertad de la que devieran, conf. 33. num. 43. lib. 3. Doctores nostros quandoque vagari multum spatiosè per coniecturas, quam sepius in è ex capite suo firmatas, supplendo quandoque verba, sine necessitate, etiam quod orationes sint perfectae; & prudenti quadam consideratione, proferendo disposita à testatore, de persona ad personam, de casu, seu conditione voluntaria, ad alium casum voluntarium, facientes se castigatores testamentorum. Ego autem in re hac parce agendum esse existimo, & inherendo regulis iuris scripti, verba testamentorum ANTE OMNIA subtiliter, & accuratè intuenda esse constituo, ad text. in Authent. de restit. fideicommiss. Mox scripturam testamenti servandam esse, prout stat, non supplendo, nec res, nec personas, nec qualitates aliquas, ubi orationes sunt perfectae, ad l. fin. de manam. test. & dixi supra num. 26. iuncto num. 43. ibi: Nec exquirenda à nobis est ratio, quare ita testator voluerit, quare sic disposuit; nam sufficit sic testatorem voluisse, ad l. quia poterat, ff. ad l. rebell. Y concluye: Ego tamen non facile discedo à responsis magnorum virorum, fundatis in iuris regulis, & in auctoritatibus legum  
scrip-

scriptarum; nec discedo à scriptura testamenti, nec volo facere testamenta pro mortuis; cui iungendus Anton. Fab. de error. pragmat. decad. 26. error. 33. num. 19. cum seqq. Hector Capicio Lacro decis. 110. num. 30. lib. 1. y diò la razon con el Cardenal Mantica, Francisco Nigro Ciriaco controvers. 142. num. 13. lib. 1. ibi: Quia multa, inquit ipse, quæ nos latent, possunt movisse testatorem ad omittendum istum casum, cum variæ sint hominum voluntates; quas tamen non debemus colligere divinando, nec aliquid supplendo, ut per eum, qui egregie exornando hanc materiam multa cumulat ad hoc propositum valde conferentia; & alibi Cravet. conf. in fine, inquit, Iudices, & Advocatos, Prophetas agere, cum volunt interpretari mentem occultam testatorum, in quo plerumque errare solent, quia non vident eorum animum, ut tradit Baldus in l. Præcibus, post num. 23. Ob id Alciatus conf. 492. aliàs est conf. 44. sub num. 18. lib. 9. Suadet, satius esse in hoc imitari Ecclesiam, quæ de occultis non iudicat.

37 Y por la misma razon dixo con Francisco Marzario conf. 8. num. 6. D. Iuan del Castillo controvers. iur. lib. 5. cap. 90. num. 41. QVOD si errandum sit in interpretanda mente defuncti; tutior erit error Iudicis, si inhereat scripto: quia quando dubia est testatoris voluntas, tutius videtur verbis insistere, nec aliud inquirere. Doctrina que se aplica mejor en este Reyno, por la Observant. Item Iudex 16. de fid. instrument. que dixo: Item Iudex debet stare SEMPER, & iudicare ad chartam, & secundum quod in ea continetur: nisi aliquod impossibile, vel contra ius naturale continetur in ea.

38 Esta regla, y razon elemental de averse de observar lo dispuesto por los fundadores de vn Mayorazgo, del modo, en la forma, y con el orden, que dexaron escrito, es mas cierta en las disposiciones, que se huvieren hecho, mediante vn contrato, qual es el de la donacion, de que tratamos, en donde se haze mas dificil el añadir, è inovar lo que no se lee convenido, y ordenado en su escritura, yà mire a lo dispositivo, ò yà a lo condicional, nam in contractibus omissum habetur pro omissis, Portoles in §. Alternativa, num. 12. D. Sesse decis. 5. num. 47. lib. 1. & decis. 187. num. 46. lib. 2. & decis. 254. num. 87. & 187. lib. 3. Surd. decis. 202. num. 9. Fontanel. decis. 419. num.

num. 13. & 18. lib. 4. mayormente en Reyno, en donde se ha de juzgar por lo escrito en la carta, ex latè traditis à D. Ludovico Casanate *conf. 4. num. 147. ad 164. cum seqq. conf. 15. nu. 49. conf. 17. num. 31. conf. 19. num. 5. conf. 45. num. 203. & 245. conf. 55. num. 60. & seqq. conf. 58. num. 84. conf. 60. num. 14.*

39 Y en el caso presente, no solo se quiere añadir lo que no se halla dispuesto, ni escrito en la donacion, sino que aun lo escrito, y dispuesto en ella, expresa, y literalmente, assi en lo dispositivo, como en lo condicional, se quiere inovar, y destruir con la addicion, y correccion, que se discurre en favor de las hembras, hijas de los poseedores, que no dexaren hijos varones, ò descendientes de ellos varones.

40 Destruyese en primero lugar lo dispositivo; lo primero, porque la primera substitution, que los Donantes hizieron a los primeros Donatarios, *nombraderos*, fue la del *primer fijo masclo, que les sobreviviessse, y descendientes masclos de aquel, servando en todos los sobredichos orden de genitura, de mayor en mayor, cuya linea de calidad oy dura en el Conde, por descendiente varon del dicho primer hijo varon de dichos primeros Donatarios, y en quien, segun la expresa, y literal voluntad, y disposicion de los Donantes, aviendo muerto el Señor Marques Don Francisco Iacinto, su hermano primogenito, y despues el Señor Marques D. Ioseph, segundogenito, descédientes ambos varones del mismo primer hijo varon de los primeros Donatarios, sin aver dexado el vno, ni el otro, hijo, ni descendiente varon alguno, se ha observar principalmente en su persona, el orden de genitura, y mayoria, que dichos Donantes quisieron se observasse; pues en falta de los hermanos varones, primogenito, y secundogenito, el Conde como terciogenito, y varon, se hizo primogenito, y mayor, *hæc enim primogenitura qualitas numquam moritur, imò in infinitum procedit, cum deficiente primogenito, secundogenitus illico primogeniti locum, ac denominationē accipiat, vt ex textu in cap. grandi, de supplend. neglig. prælat. & alijs inquit D. Ludovicus Molina de Hisp. primogen. lib. 1. cap. 5. num. 20. Idem d. lib. 1. cap. 6. num. 43. figuenle con otros muchos sus Adicionadores d. cap. 1. num. 20. & 21. diziendo: Quæ conclusio proculdubio verissima est, vt Iacobus Menoch. conf. 220.**



num. 34. lib. 3. *AC PROPTER EA* dispositio loquens de primogenito, intelligitur de eo, qui talem qualitatem obtinebat, quando dies fideicommissi cessit, ita Gregor. Lopez, & Mandel. Alb. ubi notant: Quod ille, qui prius erat secundogenitus, efficitur postea primogenitus, si ante diem successionis, ille qui vere primogenitus erat, moriatur, vel aliter fiat inhabilis; idemque tenet Hippol. Rimin. &c. Et licet primogenitus is tamen dicatur, qui primo loco genitus est; attamen, illo deficiente, iura primogenituræ consequitur is, qui illum proximè, & immediatè sequitur ex fratribus. Ex quibus infertur, quod si legatum filio secundo, vel tertio genito esset relictum, id admittit, hac potissima ratione; quia, deficientibus primo, & secundogenito, sequens filius, aut frater, desinit esse tertio genitus, & verba dispositionis tunc applicantur ei propriè, cum primogenitus efficiatur. Idque mirabiliter tenet Covarrub. & bene Valenz. conf. 23. num. 16. & conf. 69. num. 5. & seqq. lib. 1. &c. Y la razon de esta razon la diò D. Ioseph Maldonado, Addicionador novissimo, d. lib. 1. cap. 6. num. 43. alli: Secundogenitus, mortuo primogenito, primogenitus vocatur; nam ubi gradatim plures admittuntur, secundus respectu posteriorum primus dicitur, quando is, qui primo loco est, è medio tollitur, & ius suum extinguitur, cum Mantica. Giurb. Valenz. & alijs Dom. Salgad. de concurs. part. 3. cap. 14. num. 32. cum trib. seqq. Y lo que se dice de la primogenitura, se dice de la mayoria, porque primogenitura, y mayoria son vna misma cosa, D. Ludovic. Molina lib. 1. cap. 1. num. 3. y 4. & lib. 3. cap. 8. num. 19. Vbi Addentes num. 18. & seq. & de clausula: *servato ordine primogenituræ*, plures refert D. Iosephus Maldonado d. lib. 1. cap. 5. num. 39. & lib. 3. cap. 5. num. 71.

41 Y si solamente por morir qualquiera de los descendientes varones del primer hijo varon de los primeros Donatarios, que huviesse llegado a posseder, sin hijo, ù descendiente varon, y con alguna hija, huviesse esta de suceder, como ex adverso se pretende; vna descendiente hembra, que a lo sumo podia pretender llamamiento en el quarto lugar, y substitution posterior, hecha a todos los hijos, y descendientes varones de dichos primeros Donatarios; avia de preferir, y excluir a los demás descendientes varones de aquel mesmo hijo varon de los primeros Donatarios; siendo así, que so-

los ellos son los llamados en el primero lugar, y substitution, y que las descendientes hembras no tienen substitution, ni llamamiento alguno, por lo menos mientras duren las primeras substitutiones de la descendencia de varones, segun la letra clara, disposicion, y orden de la Donacion; con que la hembra no llamada, y excluïda, preferiria, y excluïria a los varones llamados, y preferidos por los Donantes; que seria vn desorden manifiesto de lo que dexaron tan clara, y literalmente dispuesto, y ordenado; è introducir vna sucesion, al reves de lo que apetecieron, y exprestaron, para que no se dudasse de su voluntad; absurdo de tal tamaño, que no parece puede aver a quien no se le venga a los ojos, y le dè en rostro, y ofenda la razon, desde el *Mascula sunt maribus, &c.* hasta la Jurisprudencia mas solida, y elevada del gran Maestro D. Luis de Molina, y otros, que en la primera alegacion tenemos citados.

42 Lo segundo, porque lo que se ha de considerar, es, q̄ en falta del primer fijo masclo de los primeros Donatarios, y de los descendientes masclos de aquel, entra la segūda, è inmediata substitution del segūdo fijo masclo de los mesmos primeros Donatarios, y de los descendientes masclos de aquel; sin llamamiento, palabra, ni mencion alguna, antes con exclusion tambien necessaria de interposicion de hembras, segun la propria, natural, y juridica comprehension, y significado de la palabra *masclos* de la primera substitution, de la condicion para passar a la segunda, y de la misma segunda substitution, en que solo estàn substituidos los que fueren varones; y por naturaleza, y correlacion de incompatibilidad de ambos sexos, excluïda la que fuere muger, iuxta illud Genes. cap. 1. *Masculam, & fœminam creavit eos*; y aun la que presumiere de muger, y hombre, si lo que tuviere de hombre no prevaleciere a lo que tuviere de muger, como explica, y resuelve Roxas de *incompat. part. 2. cap. 3. per totum*, hablando del Hermaphrodito.

43 Y quando la condicion, debaxo de que substituyeron en segundo lugar los Donantes el fijo segundo masclo, y sus descendientes masclos, al primero, y los suyos; sola es la negativa, ò privativa de faltar el primer fijo masclo de los primeros Donatarios,

rios, y los descendientes *masclos de aquel*; vendria a ser otra dicha condicion, poniendo en ella, no solo la deficiencia de dicho *primer fijo masclo de los primeros Donatarios, y descendientes masclos de aquel*, sino tambien *las descendientes hembras de aquel*; y sucederian en primero lugar las descendientes hembras del primer hijo varon, que el mismo hijo segundo varon de los mismos Donatarios, inmediatamente substituido, y los descendientes varones de aquel; solo por quererlo discurrir asi la otra parte; con que quedarian introducidas las hembras arbitrariamente en la primera substitucion del *primer hijo masclo, y descendientes masclos de aquel*, excluyendolos de su primero lugar: se supliria, y alargaria la condicion de la segunda substitucion del otro hijo masculino de los primeros Donatarios, poniendo en ella masculos, y hembras; y quedarian tambien excluidos, de su segundo, è inmediato lugar, dicho segundo hijo masculino de los primeros Donatarios, y los descendientes masculos de aquel; y lo mismo procederia en la substitucion del hijo tercero, y su condicion, y asi en las de los mas, contra toda razon, drecho, y letra expresa de la Donacion, como se ha dicho.

44 Lo tercero, porque si la descendiente hembra, por no dexar su padre hijo, ù descendiente varon, huviesse de suceder, y excluir a los demàs hijos, y descēdientes varones del primer hijo varon de los primeros Donatarios, en entrando en ella la sucesion, aunque tampoco dexasse hijos, ni descendientes varones, sino hembras, abrian tambien estas de suceder, y excluir siempre a dichos hijos, y descendientes varones de dicho primer hijo varon de los primeros Donatarios; pues no avia mayor razon para las vnas, que para las otras, segun la pretension contraria: y asi quedaria frustrada la sucesion de los varones, llamados, y pueustos en condicion, y de los substituidos a ellos, contra la expresa, y literal calidad de varonia, que enixa, y repetidamente apetecieron los Donantes, llamando tantas vezes *ijos masclos, y descendientes masclos*; y poniendo en condicion *ijos masclos, y descendientes masclos*, y substituyendo *ijos masclos, y descendientes masclos*, separando sus llamamientos, y substituciones de los de las hembras, que llama-

ma-

maron, y substituyeron despues, en caso de morir los primeros donatarios sin hijos, y descendientes de aquellos masculos; y ordenando con esto entre todos ellos vn mayorazgo claro, irregular, ù de agnacion, como lleva, y explica con muchos D. Ioseph Vela *dissert. 49. num. 45.* ù de sencilla masculinidad, como discurren otros, que èl cita; en cuya disposicion qualificada, tampoco se considera, sino la varonia, que es lo que nos basta para exclusion de qualesquiera hembras, mientras aya varon succelsible, *iuxta textum celebrem in cap. 1. tit. De eo, qui sibi (& heredibus suis masculis, & faeminis, investituram accepit, in vsib. feudor. lib. 2. tit. 17. cuius hæc verba.*

45 Qui sibi, vel heredibus suis, masculis, vel, his deficientibus, faeminis, per beneficium investituram feudi accepit: una tantum filia superstiti, nullo alio descendente relicto, decessit. Hæc marito paternum feudum in dotem dedit, & decessit, duobus filiis ex eo procreatis; quorum vnus duas filias reliquit; alter verò, vno filio masculo relicto, decessit. De predicto itaque feudo ingentem vidimus questionem: masculo quidem hoc feudum totum sibi, quia solus eius, qui primò investituram accepit hæres masculus sit, vindicante: faeminis verò totam, seu patris partem sibi defendentibus, quia ex eo nullus extitit masculus. Cumque inter sapientes sæpè super hac questione sit disputatum, tandem pronuntiatum est. Non enim patet locus faeminae in feudi successione, donec masculus superest ex eo, qui primus de hoc feudo fuerit investitus; quem refert, & exponit D. Ludovic. Molina *d. lib. 3. cap. 5. num. 50. in fine.* D. Ioan. del Castillo *lib. 5. cap. 130. num. 7. cum alijs.*

46 Y son doctrinas puntuales, y decisivas las de D. Luis de Molina de *Hispan. primogen. d. lib. 3. cap. 5. num. 30. usque ad 37.* referido en nuestra primera alegacion, *num. 40.* D. Iosephus Rossa *consult. 69. num. 35. & seqq. referido, num. 59. & seqq.* Ioannes Torre de *successione Primogenit. & Maiorat. Italia, tom. 1. cap. 25. §. 12. n. 135. referido, n. 65.* Roxas de *incõpatibilit. part. 1. cap. 6. §. 20. n. 318. referido, n. 72.* D. Ludovicus Casanate *conf. 50. num. 32. referido, num. 94.* quibus adden. D. Ioannes del Castillo *lib. 5. controvers. cap. 129. per tot. præsertim, num. 47. vbi ait: Certum, scilicet, esse, maioratus aliquando esse meræ agnationis, siue ob conseruatione agnationis institui principaliter; aliquando verò*

*puræ*

pure, & simplicis masculinitatis, siue ob qualitatem personalem masculini generis institui; *SIVE AVTEM* uno, siue altero modo maioratus instituantur, in uno conveniunt Auctores omnes, in exclusione, scilicet, fœminarum, & cap. 133. per tot. præsertim, num. 2. ubi: *Maioratus* quosdam esse agnationis, quosdam verò pure, & simplicis masculinitatis, & unius, & alterius qualitatis maioratus in hoc convenire, quod fœmine à successione semper excludi debeant, & sub num. 13. vers. *Verè* namque, ibi: *Cum* etiam à maioratibus nuda, & simplicis masculinitatis excludantur, sicut ab his, qui sunt agnationis, & in addit. ad dict. cap. 133. per totam.

47 Y solamente ay entre ambos mayorazgos la diferencia de que en el mayorazgo regular de agnacion masculina, estàn solaméte llamados los varones de varones; y en el de sencilla masculinidad los varones de varones, y tâbié los varones de hembras, como explica el mismo D. Iuan del Castillo dict. lib. 5. & cap. 129. num. 33. & 34. dando la razon d. num. 33. alli: *Nam* filiarum, aut fœminarum exclusio, uno ex duobus respectibus fieri solet, ac semper fit à communiter accidentibus; vel eo prætextu, ut agnatio conservetur; vel etiam habita consideratione ad solam simplicem, personalemque masculinitatem; in quo huc usque scribentes omnes, & à me commemorati unanimiter conveniunt.

48 In primo casu ratio exclusionis fœminarum in eo cõsistit, quia in fœminis nũ datur subiectũ capax cõservãdi agnationem; nec verè per ipsas conservari potest, quia finis est agnationis, & principium cognationis fœmina, l. Pronũciatio, S. fin. ff. de verb. sign. & cum Caltrens. Bartul. Alciat. & Menoch. tradidi in commentar. controvers. lib. 2. cap. 4. num. 152. *Atque* ita, in tota linea effectiva fœminarum inest defectus qualitatis agnatiæ, vitiumque reale in omnibus ab ea descendentes datur; sicque in eius filijs, ac descendentes, non modò eadem urget exclusionis ratio, sed etiam fortior, atque efficacior militat: quia nullus eorum agnatus est, sed principium cognationis incipit in ipsis, l. Familie, S. fœminarum, ff. de verb. sign. &c.

49 In secundo verò casu, quando ad nudam, & simplicem masculinitatem testator, disponensve respexit, fœminarumque exclusio ob favorem masculorum tantum processit; vel masculi simpliciter invitati ad successionem fuere; nec apparet aliunde, agnationis rationem habitam fuisse; filij ipsi masculi ex fœminis

exclusis, habent pro se, in eorumque favore, literalem filiorum masculorum vocationem, quia masculi sunt, & ex liberis, & ideo comprehenduntur ex proprietate verborum, prout alio cap. infra latius probabitur. Habent etiam pro se expressam testatoris, si ve disponens voluntatem, quæ ex ipsis verbis, & vocatione masculorum, non adiecta qualitate agnationis, colligitur, sicuti etiam ex Antonio Fabricio, & Mantica ipso comprobatur; nec ipsis obstat matris, aut fæminarum exclusio, fuit namque, non quia filia, exclusa, sed quia fæmina, propter qualitatem sexus, sicque, variata in filiis masculis qualitate sexus, quia ipsi masculi sunt, non modo in exclusione matris non comprehenduntur, & veniunt, imò ob eandem exclusionis rationem comprehensi, & vocati; fuit enim exclusio ipsa fæminarum in favorem masculinitatis facta; iidem autem, quia masculinitatis qualitatem obtinent, comprehensi inveniuntur, tam ex verbis, quàm ex voluntate, ut dixi, quod singulariter annotavit, atque eruditè tradidit cum alijs Cardinalis Mantica, &c.

50 Y con esta distincion entra la disputa de si en los llamamientos de hijos, y descendientes varones, se ha de entender instituido Mayorazgo de agnacion masculina, ù de sola sencilla masculinidad, de quo latè idem Castillo lib. 3. cap. 29. per tot. & d. lib. 5. cap. 129. 130. 131. 132. & 133. & in addit. d. cap. 133. per tot. que junta quanto se puede discurrir, y cita los Autores mas clasicos, que por vna, y otra parte escribieron hasta su tiempo, & ex nostris latè D. Sesse decis. 252. li. 3. & decis. 412. lib. 4. D. Ludovic. Casanate conf. 23. num. 1. & seqq. Suelves conf. 5. lib. 2. conviniendo en que si la razon de la agnacion moviò al instituyete a hazer dichos llamamiètos, serà Mayorazgo de agnacion masculina, y no sucederàn sino los varones de varones; pero que si cessare dicha razon, serà de sencilla masculinidad, y sucederàn, no solo los varones de varones, sino tambien los varones de hembras; y que el si le moviò, ò no dicha razon, pende, ù de la expresion, que de ella huviere hecho, ù de las congeturas, que la persuadieren, como de la repeticion de llamamientos, y substitutiones de hijos, y descientes varones, la infiriò con muchissimos, que junta D. Joseph Vela differt. 49. num. 55. conformando asì mesmo en que las hembras en vno, y otro quedan excluidas, mien-

tras todos los varones no acaban, vt videre est apud omnes supra relatos, & perspicue D. Ioan. del Castillo *d. lib. 5. cap. 9. sub num. 83. & vers.* Deinde observandum, vbi: Quod quando testator fecerit discretivam dispositionem, ponendo ex vna parte masculos, & ex alia fæminas; tunc in vocatione masculorum, non possunt comprehendi fæminæ; sed unusquisque succedit quando venit casus suæ particularis vocationis, aut substitutionis, ex Baldo communiter recepto in *l. in multis, ff. de stat. hominum*, Molina *d. lib. 3. cap. 5. num. 55.* ET QVOD facta substitutione fideicommissaria inter omnes ex linea masculina, & ipsa linea masculina primo loco vocata; fæmina admitti non possit, quousque linea masculina finiatur, ex *l. Titia Seyo, §. scia liberis, ff. de legat. 2.* y otros Autores, que refiere.

51 Y aqui se ha de hazer a la memoria, que dentro de vna mesma disposicion se verifican, y compadecen diferentes especies, ò calidades de Mayorazgos, siendo en vnos llamamientos, y substitutiones, de agnacion, ò sencilla masculinidad, y en otros regular, y ordinario, como observa D. Luis de Molina *d. lib. 3. cap. 5. num. 50.* entendiendo assi el *cap. 1. De eo, qui sibi, vel heredibus suis masculis, & fæminis, investituram accepit;* con otros que referimos in *1. allegat. num. 57.*

52 En acabando todos los varones, es quando se duda, con que orden, modo, ò forma, han de suceder entre si las hembras; y lo que procede es, el que no previniendose lo contrario, sucedan las hembras por via de Mayorazgo regular, segun explica, y resuelve D. Juan del Castillo *d. lib. 5. cap. 91. num. 73.* en donde distinguiendo algunos casos, propone en el tercero la question, de quando el Fundador no diò especial orden de suceder, y litigan vna hija del vltimo poseedor varon, y otra de varon de linea superior, la qual no pudo suceder mientras duraron los varones; y refiriendo los fundamentos, y razones, que favorecen a la hija de varon de linea superior, y despues las que en caso dudoso favorecen a la hija del vltimo poseedor, responde a favor de esta en el *num. 78. vers. Quia respondetur,* diziendo: *Quia respondetur, verum esse quod maioratus institutor distinxerit, atque constituerit diversas lineas in proposita specie; ac tamen negari, quod*

quod eo ordine, quem ijdem Authores contendunt, in linea fæmini-  
na, successio incipere debeat: ipse namque institutor cavet, quod finita  
linea masculorum, si ve masculis extinctis, inciperet linea fæmina-  
rum, si ve earum successio, aut masculis finitis, fæminas succedere;  
sed quo ordine, aut modo, si ve gradu, & qua attenta proximitate, ne-  
quaquam expressit; neque ex eo duntaxat, quod lineas constitueret,  
visus est eorum succedendi ordinem regularem, si ve regulas ordina-  
rias successiois primogeniorum Hispania, linea, scilicet, gradus, &  
proximitatis subvertere, & infringere voluisse; sed potius cum iu-  
ris communis, & legum Partitarum, eisdemque primogeniorum re-  
gulis ordinarijs se conformare voluisse, vt, scilicet, deficientibus  
masculis, si ve linea masculina extincta; linea fæminarum in-  
ciperet, & ipse ve fæmina succederent, eo, scilicet, loco, gradu, &  
ordine, quo de iure, atque ex consuetudine huius Regni inerat, &  
succedi debet, & quo aliud non disponit, nec expressit. Y lo repite  
en el cap. 92. num. 34. ibi: Tertius denique, & ultimus casus sit, de  
quo etiam supra, cap. 91. ex num. 73. cum sequent. Quando in du-  
bio versamur, quia primo vocantur filij, & descendentes omnes  
masculi, & in defectum masculorum omnium descendentium, fæ-  
minæ substituuntur; si ve etiam filia maior, aut filia maiores indefi-  
nitè, & absolutè vocantur ad successionem, omnibus masculis  
deficientibus (vt dixi;) & tunc quidem controvertitur, an succe-  
dant fæminæ, si ve filia maiores propinquiores gravanti, vel gravato,  
si ve maioratus institutori, an ultimo possessori, &c.

53 Pero como en nuestro caso, no aya llegado toda via  
el de la substitucion de las hijas, y sus descendientes, entre  
las quales podia ofrecerse esta question, ò altercado; no ay  
necesidad de hablar en ella, argum. text. in l. Non oportet 52.  
ff. de legat. 2. ibi: Non oportet prius de conditione cuiusquam queri  
quam hereditas legitimè ad eum perveniat; siguiendo el orden,  
que dexò advertido D. Iuan del Castillo d. lib. 5. cap. 133. num.  
7. en donde dixo: Quod si Maioratus ab agnatorum vocationibus,  
& substitutionibus incipit, ita quod aliqui masculi agnati ad suc-  
cessionem vocati fuerint; postmodum autem fæminæ, aut masculi, ab  
eis descendentes, si ve masculi quicumque cognati vocati sint; tunc  
quidem Maioratus agnationis dicetur; ipsaque agnatio inter eosdem  
agnatos vocatos conservari poterit; & in ultimo, agnationis ratio  
defi-



deficiet; utpotè cum ea limitata fuerit, & non absoluta, aut generalis; & maioratus incipit esse, vel nuda, & simplicis masculinitatis tantum, si masculi cognati vocati sint; vel etiam regularis, si foeminarum vocaciones interuenerint.

54 Lo quarto, porque aviendose de observar en todos los sobredichos, esto es, en todos los hijos, y descendiètes varones, de los primeros Donatarios (que eran de los q̄ arriba avia hablado, ad tradita per Barbof. *dictione* 396.) el orden de primogenitura, de mayor en mayor, q̄ los Donantes quisieron, y expresaron, en la clausula, que cierra la primera parte de los llamamientos, y substitutiones de dichos hijos, y descendientes varones de los primeros Donatarios; se inovaria, confundiria, y destruiria el mismo orden, que avia de gobernar la sucesion en todos los sobredichos varones; y se observaria en varones, y hembras, contra la expresa, y literal voluntad, y disposicion de los Donantes; introduciendo el concurso, y sucesion de ambos sexos, y borrando de la escritura las palabras, *servando en todos los sobredichos*; y en lugar de ella, inovando, y poniendo, *servando en masculos, y hembras, &c.* cosa tan disonante, y destructiva del orden escrito, como se dexa conocer.

54 Lo quinto, porque si el orden de genitura, y mayoría se ha de observar en TODOS los sobredichos varones; interponiendose las hembras, hijas, ù descendientes de los poseedores, y sucediendo antes, que algunos, ò muchos de los varones sobredichos; se interrumpiria, y cessaria el orden, que en todos ellos los Donantes pusieron por ley de la donacion; y se dimidiaria notoriamente la comprehension vniversal, y literal del todos, que los incluye, ex traditis ab eod. Barbof. *dict.* 241. 408. & *d. dict.* 396. y solamente se observaria en algunos de los sobredichos; limitando, y corrigiendo aquella vniversalidad ordenada, y sucessiva, en evidente perjuizio de los demás hijos, y descendientes varones del primer hijo varon de los primeros Donatarios, quitandoles el drecho, que cada vno tenia irrevocablemente adquirido desde el otorgamiento del contrato, contra iuris notissima principia, in *l. si vnus*, §. ante omnia, ff. de pact. l. penult. ff. eod. l. ius nostrū, ff. de reg. iur. Peregrin.

de fideicom. artic. 52. num. 16. Valenz. cons. 177. num. 126. & seq. lib. 2. Giurba de success. feud. §. 1. gloss. 8. num. 57. & in obseruat. 28. num. 19. D. Ludovic. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 1. num. 17. & seqq. vbi Addentes.

55 Lo sexto, porque ni aun los descendientes varones de las hijas de los primeros Donatarios, tuvieron llamamiento, ni substitution alguna, entre todas las que los Donantes hizieron de *fillos masculos*, y *descendientes masculos* de dichos primeros Donatarios; pues en la primera, del *primer fillo mascolo*, que Dios les diessse, y a ellos sobreviviesse; llamaron a los *descendientes masculos de aquel*; diction, que se refiere, y limita a la descendencia masculina de *aquel primer fillo mascolo*, y primero substituido, ex Gabriele cons. 127. num. 56. y 9. lib. 2. & cum alijs Barboza dict. 147. num. 1. & 2. Y con esta misma relacion, y limitacion, los pusieron en condicion, para passar a la segunda substitution del *otro fillo mascolo* de los mismos primeros Donatarios, diciendo: *Et en defecto de dicho fillo mascolo, è descendientes DE AQUEL, masculos*, passando despues tambien a llamar, y substituir el segundo hijo masculino de dichos primeros Donatarios, y a los *descendientes masculos de aquel*: Y en la misma forma pusieron a estos en la condicion, para passar a la tercera substitution colectiva de los *otros fillos masculos*, de los dichos primeros Donatarios, y *descendientes masculos de aquellos*. Y lo mismo hizieron en la condicion colectiva de todos los hijos masculos, y descendientes masculos, para hazer transito a la quarta substitution, y primera de las hijas. *Et si serà caso, que dichos nombraderos morran sin se fillos masculos, è descendientes DE AQUELLOS, masculos, &c.*

56 Con que hasta la quarta substitution, y primera de las hembras, nunca llamaron, ni substituyeron a otros descendientes varones, que a los de aquellos hijos varones, que iban substituyendo, y no a otros; lo que con demonstracion innegable convence, que estuvieron los Donantes tan lexos de llamar, y substituir a las descendientes hembras, que aun a los descendientes varones de las hijas, no los llamaron, ni substituyeron; y a lo sumo solamente pudieran pretender tener llamamiento, y substitution a su favor, den-

tro de los referidos, los descendientes varones de las hembras, hijas, ò descendientes de aquellos mismos hijos varones de los primeros Donatarios, *iuxta ea que latè congerunt* D. R. Sesse *decis.* 254. *lib.* 3. Suelves *cons.* 5. *lib.* 2. D. Ioan. de Larrea *decis.* 34. & 54. *qui alios plurimos referunt*; question que no se ofrece en nuestro caso.

57 Lo septimo, porque es verdad escrita, y constante, que despues de la primera substitucion especial del primer fillo *masclo* de los primeros Donatarios, y de los descendientes *masclos* de aquel; y despues de la segunda substitucion, tambien especial, en falta de la primera, del otro fillo *masclo* de los mismos primeros Donatarios, y de los descendientes *masclos* de aquel; y despues de la tercera substitucion colectiva, y general, en falta de las antecederes especiales, de los otros fillos *masclos* de dichos primeros Donatarios, y descendientes de aquellos, *masclos*, respectivamente; se subiguò en quarto lugar, y debaxo de la condicion negativa de morir los primeros Donatarios nombraderos sin se fillos *masclos*, y descendientes de aquellos, *masclos*; la quarta substitucion, y primera en que los Donantes nombraron a las hembras, diziendo: *Et si serà caso, que LOS DICHOS NOMBRADEROS moriràn sin se fillos masclos, è descendientes de aquellos, masclos, legitimos, è de legitimo matrimonio procreados, que pervengan en fillas legitimas DE ELLOS*; de suerte, que si los primeros Donatarios morian sin hijos varones, y descendientes de aquellos, varones; por no averlos tenido, ò avien-dolos tenido, por aver premuerto a dichos primeros Donatarios, sus padres, dexando estos hijas; en tal caso, y no antes les aviã de suceder dichas hijas, por verificarse entonces, y no antes, la condicion, debaxo de que estaban llamadas, y substituidas, *ex relatis in 1. allegat. n. 40. & seqq. & in hac n. 10. & seqq.*

58 Mas el caso de esta condiçion, ni sucediò, ni ha sucedido: porque, segun por ambas partes se confiesa, y yã tenemos dicho, *n. 21. & seqq.* ni los primeros Donatarios, entonces nombraderos, murieron sin hijos varones, y descendientes varones; ni aun oy se puede dezir, que han muerto sin ellos; sobreviviendoles, como les ha sobrevivido el Conde, *descendiente indubitado, masclo del primer fillo masclo, que tuvieron, y tambien*

bien

bien les sobreviviò; como consta de processo; y así mal pueden las descendientes hembras verificar la condicion negativa, y privativa, de aver muerto los primeros Donatarios nombrados, *sin se fillos masculos, y descendientes de aquellos, masculos;* debaxo de que estuvieron llamadas, y substituidas las hijas de dichos primeros Donatarios, *ex supra dictis.*

59 Lo octavo, porque lo contrario seria repetir adiciones, ò correcciones a cada llamamiento, condicion, y substitucion de las que se hallan escritas, poniendo en ellas juntamente con los *descendientes masculos,* las descendientes hembras de los *fillos masculos* de los primeros Donatarios nombrados; y lo mesmo seria en la condicion general, y colectiva de morir dichos primeros Donatarios *sin se fillos, masculos, y descendientes de aquellos, masculos,* para passar a la quarta substitucion de las mesmas hijas de dichos primeros Donatarios; quando aun los descendientes masculos de estas mesmas hijas, no estaban llamados, ni substituidos, ni puestos en condicion alguna, sino los *descendientes masculos* de los *fillos masculos,* como yá se ha representado.

60 Lo nono, porque no puede negarse, que el segundo hijo varon, ò qualquiera de los otros hijos varones de los primeros Donatarios, deveria suceder primero, que qualquiera hembra de las substituidas en el quarto llamamiento, y lugar; por hallarse llamados, y substituidos antes que ninguna hembra; El descendiente varon del primer hijo varon de dichos primeros Donatarios, deveria suceder primero que el segundo, ò qualquiera otro, por hallarse antes que ellos llamado, y substituido: Luego mucho mejor deve suceder primero que qualquiera de dichas hembras; pues si devia suceder, primero que dichas hembras, el segundo llamado, y substituido; con mayor razon deve suceder, primero que ellas, el llamado, y substituido primero, por la regla: *si vinco vincam te, à fortiori vincam te, ex l. equissimū. ff. ad Terryll. gloss. in verb. Proximis in Authent. defuncto, C. ad Orphit. cū similibus.*

61 Lo dezimo, porque tampoco puede negarle, que en la condicion de morir los primeros Donatarios *sin se fillos masculos, y descendientes de aquellos, masculos,* puesta para passar a la

quar-

quarta substitucion, y llamamiento de las hijas, están puestos los hijos varones de dichos primeros Donatarios, y los descendientes de aquellos, varones llamados, y substituidos en los llamamientos, y substituciones antecedentes; yá por la necesidad de aver de ser esto así, hallandose antecedentemente llamados, y substituidos, y no poder passar la sucesion adelante, antes de aver fenecido todos, *ex iuribus, & Authoribus relatis in l. allegat. num. 18.* y yá por la general comprehension de la misma condicion colectiva, *ex l. filie appellatione, ff. de verb. signif. D. Ioannes del Castillo lib. 5. contro. v. cap. 132. num. 4.* El Conde es descendiente masculino del primer hijo masculino de los primeros Donatarios: Luego está puesto en la condicion sobredicha; y así mientras no faltare, no puede verificarse la condicion, ni hazerse lugar el quarto llamamiento de la substitucion de las hijas; pues mientras el Conde viva, no puede verificarse, que los primeros Donatarios murieron, ni han muerto *sin fillos masculos, y descendientes de aquellos, masculos, vt patet ad sensum.*

62 Lo vndezimo, porque ni se puede negar, que aquel se dize que muere sin hijos, y descendientes masculos, que, ò nunca los tuvo, ò si los tuvo murieron, tambien, sin que le aya quedado alguno; pues aunque le falte, ò muera vno, si le queda otro, ò otros, no se verifica la condicion, iuxta illud Maronis:

*Vno avulso non deficit alter.*

*Aureus, & similis frondescit virga metallo;*  
 & textum in cap. 1. De eo, qui sibi, & heredib. suis masculis, & tradita per Baldum in l. C. de condit. insertis, Philipp. Franc. in cap. si pater, num. 55. de testamen. in 6. Fular. de substitut. quest. 402. nu. 1. & seqq. & per nostrum Molin. in verbo Filius, fol. 142. col. 1. in fin. Portol. ibidem, num. 39. Los primeros Donatarios tienen aun oy descendiente masculino de su primer hijo masculino, que es el Conde: Luego nunca se puede verificar, que murieron, ni han muerto sin descendientes masculos.

63 Lo duodezimo, porque, ò la otra parte pretende que tiene su llamamiento, y substitucion en la quarta de las hijas de los primeros Donatarios, ò no; si no pretende incluir-

se en dicho quarto llamamiento, y substitution, muestre otra en que se incluya; y si pretende su inclusion alli; no ha de poder negar, que aviendose de verificar primero la condicion de la muerte de los primeros Donatarios, *sin fillos masclos, y descendientes de aquellos, masclos*, para que las mesmas hijas de los primeros Donatarios pudiesen suceder, en fuerza de su quarto llamamiento, y substitution; deve igualmente por su parte verificar lo mismo que las hijas avian de verificar para incluirse, y suceder.

64 Lo dezimotercio: porq̄ aun en dicho quarto llamamiento, y substitution, las hēbras, que se leen llamadas, y substituidas despues de los hijos varones de los primeros Donatarios, y descendientes de aquellos, varones, son las hijas de dichos primeros Donatarios. *Et si caso serà, dixeron los Donantes, que los dichos nombraderos morràn, &c. sucedan las fillas de ellos;* pues previniendo dichos Donantes, que dichos primeros Donatarios, podian morir sin hijos varones, y descendientes de aquellos, varones; pedia la razon natural, y juridica, que si en aquel caso avian de passar a substituirles hembras, diessen principio a esta substitution en las proprias hijas de los mismos primeros Donatarios, que eran las primeras en naturaleza, y amor natural, como en la primera, y demàs substitutions antecedentes de los varones lo avian dado en sus proprios hijos; y ni esta calidad de hijas, ni la de descendiente de alguna de dichas hijas, la puede probar la otra parte, constando en processo, que no tiene vna, ni otra, como yà se dixo arriba.

65 Y no serà maravilla, que los Donantes no quisiessen llamar a las hijas, y descendientes hembras de los hijos, y descendientes varones de los primeros Donatarios, contentandose con llamar a las hijas de estos, y a sus descendientes; porq̄ afsi lo suelen hazer los fundadores, aun con sus proprias hijas, como observa Mandelo Albano *conf. 13. n. 8. lib. 1. ibi: Neque id debet esse mirum, quinimo sæpè contingit, scilicet, quod testatores vocant descendentes ex filiabus, dummodo sint masculi, licet non vocaverint ipsas filias: quia considerant testatores sexum masculinum, tamquam magis idoneum ad conservanda ea, quæ sibi relinquuntur,*  
quam

quam sexum femininam; quod communiter soleant transire ad alias familias; con Paulo de Castro, y Decio, & cum alijs Valenz. conf. 97. nu. 129. & 145. lib. 1. Y por esto dixo Philippo Corn. in l. 1. col. 5. C. de condit. insert. quem refert, & sequitur idem Valenz. d. conf. 97. num. 134. que estas materias non regulantur à ratione, sed à mera voluntate testatorum, que voluntas deprehenditur ex verbis per testatorem prolatis; fortè enim restator abhorrebat feminam, vel non ita ut masculum diligebat. Y en el caso presente confirma la exclusion de las demás, el aver llamado, y substituido en el quarto lugar a solas las hijas de los primeros Donatarios, y sus descendientes, quarum etiam exceptio sufficiebat, ut illæ tantum incluse, ceteræ verò omnes exclusæ censerentur; cum hoc proprium exceptionis, & exclusionis sit, ut regulam in contrarium firmam reddat, & omne illud, quod non excludit, includat; ut, vice versa, inclusionis, ut excludat, & excipiat omne id, quod non includit; ut ait Vela controvers. iur. dissert. 49. num. 67.

66 Lo dezimoquarto: porque si aun las proprias hijas de los mismos primeros Donatarios, que tienen llamamiento, y substitucion clara a su favor, aunque en quarto lugar, devieran alegar, y probar la muerte de los primeros Donatarios, sin fillos masculos, y descendientes de aquellos, masculos, como tambien arriba se dixo; no han de ser de mejor condicion las hembras, que aun no son descendientes de dichos hijas, y ò no tienen llamamiento por esta razon, ò alomenos le han de tener muy dudoso, y dificil de introducir, si se ha de atender, como es justo, a la voluntad escrita de los Donantes, argumento l. ordinata, vers. His qui, ff. de liberali causa, ibi: *Ne melioris conditionis sit, is qui dubie libertatis est, quam qui certa;* y con este texto dixo lo mesmo Valenzuela en otro caso, y diò la razon conf. 97. num. 164. & seq. ibi: *Nec debet melior haberi conditio D. Gundisalvi, qui dubijs in iure, & facto considerationibus se vult introducere, quam Marchionis, qui habet fundamenta certa, ad hoc, ut conservetur, & manuteneatur in dictis maioribus, d. l. ordinata, &c.* *NAM* dubia substitutio interpretatur contra eum, qui ex ea niritur, l. duo sunt, ff. de testamen. tutel. l. in ambiguo, ff. de reb. credit. dub. Socin. conf. 113. vers. *Vndè ex præmissis, lib. 1. Corn. conf. 186. vers. Confirmantur præmissa, lib. 3. quorum meminit, Cravet. conf. 97. num. 1.*

67 Y ultimamēte, tengan, ò no tengan llamamiēto las hēbras descendientes de los hijos, y descēdiētes masculos de los primeros Donatarios en la quarta substitucion de *las hijas de ellos*; Lo q̄ la otra parte discurre con la nueva substitucion, que quiere retrogradar, introducir, y poner en medio de la primera substitucion del primer hijo masculino de dichos primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquel; se reduce a que sea vna mesma cosa el que vna mesma persona, esto es, los mesmos primeros Donatarios ayan muerto sin hijos masculos, y descendientes de aquellos, masculos, ò que ayan muerto sin ellos; pretendiendo, que en qualquiera de estos casos ha de suceder por hija del vltimo poseedor, antes, que el descendiente masculino del primer hijo masculino de dichos primeros Donatarios; quando los dos casos referidos son contrarios entre si, *l. ex facto, §. si quis autem, & §. fin. ff. ad Trebell. Peregrino de fideicommiss. art. 11. num. 48. D. Ludovicus Casanate conf. 4. num. 77. cum alijs.* y quando no quisieron los Donantes sino q̄ las hembras sucedieran despues; si yà no es, que voluntad tan abierta, y condicionada para la sucesion de las hembras, se desestime, y abandone; a que cumpliremos con responder lo que en terminos mas dificiles respondiò el Doctor Don Diego Morlanes *in responso pro D. Garcia de Villalpando, artic. 1. num. 264. vers. Prima ratio, d. to. 1. supra relato, alli: Prima ratio, & fundamentalis ad propositum, signanter in hoc Regno est ea, que deducitur ex regula sapiùs repetita, standum est chartæ que ideò prohibet interpretationem extensivam, & coniecturatas, ac præsumptas substitutiones: & ne circa generalia procedamus, interpretationes, scilicet, has reiectas esse, nec coniecturas, aut præsumpciones admitti, quibus generalitatibus consulentes in hoc Regno, sæpè sapiùs vtuntur, atque ideò vulgaria sunt, & hodie iam omnia cumulatim simul Carpanus in cap. 174. par. 2. in cõstit. Medio. circa interpretationem statuti similis huic nostræ regule. Ad ea autem omnia in vnum reducenda, proverbium apud nos vsitatissimum addere non erubescam, quod dicit: hablen cartas, y callen barbas, quod ex legibus huius Regni deduci, & idem ac verba latina importare, que asserunt, locum interpretationi non esse, verum ad litteram vt posita sunt, verba esse accipienda, affirmat Craveta conf. 987. num. 10.*



*sic interpretatus predictam proverbium, de quo etiam meminit Andreas de Anñon in tracta. de success. ab incest. pag. 12.*

68 Estos fundamentos, y razones, parece podian servir de respuesta a todas las consideraciones, que en la suya haze la otra parte; pero para mayor calificacion de la justicia, que assiste al Conde, iremos respondiendo a lo sustancial de ellas por el orden que se proponen.

69 En los *num.* 26. 27. y 28. entra la primera consideracion con los textos, y doctrinas generales, en que fundan los principios conocidos de los mayorazgos regulares, haziendo en el *num.* 27. semejante su disposicion a la del mayorazgo presente, poniendo tan inmediatas las hembras a los varones, como si entre estos, y aquellas, no mediara en nuestro caso otro llamamiento de varon, que aya de suceder antes que qualquiere hembra, y en comprobacion de su idea, refiere especialmente en los *num.* 29. y 30. algunos fragmentos del *conf.* 97. de Valenzuela.

70 Pero mal puede fundar la consideracion en este consejo, porque remitiendonos en lo general de los textos, y doctrinas, que en contrario se citan, a lo que en la primera alegacion tenemos escrito; el consejo de Valenzuela no obsta, antes favorece, y confirma en su caso la justicia del nuestro, porque el caso, en que escriviò, fue, el de hallarse en primero lugar llamados tres hijos varones de los fundadores, con orden de primogenitura, y los descendientes varones de ellos respectivamente; a que sucediò en quarto lugar, en falta de los primeros llamados, el llamamiento de la hija mayor del primer hijo varon de dichos fundadores, ò del hijo mayor de dicha hija, varon, nieto, ò visnieto, *que la tal hija huviere al tiempo de su finamiento, è assi sus descendientes de ellos, que sean varones por linea derecha;* y fenecidos los tres primeros llamamientos de los hijos varones de los fundadores; entrò la sucesion en la hija mayor del primero, como llamada en quarto lugar; y aviendo llegado a morir el vltimo poseedor, descendiente suyo, è hijo tambien de otra hembra, pretendian la

sucesion otro varon, hermano del vltimo poseedor, y assi varon tambien de hembra; y vn colateral suyo, varon de varon; esforzando este su pretension por agnado, aunque ambos contendores descendian de la primera hembra, en quien se avia encabezado el quarto llamamiento, como resulta del fecho, que Valenzuela propone al principio de su consejo.

71 Defendiò este Autor al varon de hembra, contra el varon de varon; y en apoyo suyo, se valiò de varios argumentos, para excluir la agnacion, que el contendor colateral pretendia tener contemplada a su favor; ponderando despues de lo ordinario de linea, y mayor proximidad; *la mayoria por linea derecha del quarto llamamiento de la primera hembra; calidad, que se hallava en el hermano del vltimo poseedor, a quien defendia, y no en el colateral contendor, vt num. 18. usque ad 36. & num. 49. 50. 51. la contemplacion de la agnacion limitada a los tres primeros llamamientos de los tres hijos, y descendientes varones de los fundadores, vt num. 25. 37. 38. 39. 40. 57. 75. 95. 99. 110. 117. la sucesion ya afeminada en el principio de dicho quarto llamamiento, vt num. 41. & seqq. & num. 53. ad 64. el no hallarse en el, exclusion de hembras, qual lo era la madre de su clientulo, antes capacidad para comprehenderlas, vt num. 68. ad 124. para cuya ponderacion se vale del orden de suceder en los Mayorazgos regulares, segun las leyes de Castilla; y de aqui son los fragmentos de los num. 75. & 100. que la alegacion contraria transcribe, sin aplicacion al caso presente; porque en vno, y otro pondera Valenzuela, que aviendo llamado los fundadores, a hijos, nietos, y visnietos de la primera hembra llamada en el quarto lugar; la calidad de masculos, que despues explicaron, no se avia de entender en el rigor, que en los tres primeros llamamientos de los hijos varones de los fundadores, y sus descendientes, sino que *tacite inerat*, y assi aunque se explicasse, no avia de obrar mas, que si no se huviera explicado, contra lo que resuelve D. Luis de Molina *de primogen. lib. 3. cap. 5. n. 37.* y vltimamente recurre desde el num. 25. *cum seqq.* a la calidad de la sencilla masculinidad, con repeticion de la linea derecha, que es lo que al varon de hembra le bastava,*

para

para ser preferido al colateral varon de varon, y con otras razones, que no son del intento.

72 De cuyo fecho, serie, y contextura de discursos, resulta lo primero, que en respeto de los tres primeros llamamientos de hijos, y descendientes varones de los fundadores, reconociò Valenzuela induvitable prelación al quarto de la hembra, que es lo que defendemos en nuestro caso.

73 Lo segundo, que en el fuyo se tratava de la prelación entre dos varones del quarto llamamiento de la hembra, lo que en el nuestro aun no se ha podido hazer lugar, aviendo toda via descendiente varon del primer llamamiento del primer hijo varon de los Donatarios, y de los descendientes varones de aquel; y el argumento podria correr entre dos descendientes varones de alguna hija de los mismos Donatarios, llamada tambien en quarto lugar, nacido el vno de otra hembra, y el otro de varon, como en el caso de dicho consejo.

74 Lo tercero, que Valenzuela discurriò, segun las leyes de Castilla, vt *passim dict. cons. præcipuè, num. 108.*

75 Lo quarto, que en lo que dize en los *num. 75. 77. 100.* tiene contra si la resolución magistral de D. Luis de Molina *d. lib. 3. cap. 5. num. 37.*

76 Lo quinto, que alli pretendia el colateral contendor suceder por agnado, y aqui no necessitamos de essa calidad, sino de la de masculinidad sencilla, que es innegable, y sin contendor, que tenga la misma calidad.

77 Lo sexto, que alli se hallava su clientulo, varon, y hermano del vltimo poseedor, varon, y à ambos les considerò Valenzuela en la linea derecha de la varonia, vt *num. 18. 29. 34. 40. y 44.* circunstancia a favor del Conde por la misma razon.

78 Lo septimo, que la vltima, que ponderò Valenzuela, fue la de la varonia, aunque por hembra, y el Conde la tiene por varon, con que lleva esta ventaja.

79 Y finalmente el mismo Valenzuela reconoce, que quando en la primera parte de los llamamientos están contemplados los varones, y en la segunda las hembras; no pueden

den suceder estas, mientras aya de aquellos; pues haziendose el argumento en el *num. 113.* con el *cap. 1. De eo, qui sibi, & heredib. suis;* responde en el *num. 115.* *Nam in casu illius textus, tenor investiturae (qui semper debet attendi, etiam contra propriam naturam feudorum, cap. si cui, tit. de extraordinarijs capitulis, &c.) posuerat omnes masculos ex vna parte, & omnes foeminas in alia, ut notat Bald. in authentic. cessante, num. 5. Cod. de legitim. hered. sequitur Corn. cons. 24. num. 2. lib. 2. Beroius in cap. Dilecti, num. 51. de recept. arb. Menoch. cons. 172. num. 36. lib. 2. ET IN ISTO casu, in quo sunt vocati omnes masculi, priusquam detur locus alicui foeminae, procedunt, quae tradunt Thom. Marin. de feudis, tit. 15. num. 49. Nicol. Intrigliol. centur. 2. art. 43. num. 27. & art. 33. num. 6. Gregor. Lopez in l. 3. tit. 13. part. 6. verbo Muges, in quantum ponderant, dict. cap. 1. QVOD cessat in nostro casu, in quo post vocationem trium filiorum priorum, & masculorum ex eis descendentium, institutores vocarunt D. Elisabeth, & eius filios; y como en el caso presente se hallen en la primera parte llamados todos los hijos varones de los Donatarios, y sus descendientes varones, y en la segunda las hijas, y los descendientes de ellas; y pretenda la sucesion vn descendiente varon del primer hijo de los Donatarios con vna descendiente hembra, del quarto llamamiento, y substitution, y no este la pretension entre dos hijos, o descendientes varones de alguna de las hijas; dicha doctrina es decisiva a favor nuestro, y el caso del consejo referido, inaplicable.*

80 En los *num. 31. y 32.* se expende la Rota decis. 316. *part. 1. recent.* que tampoco nos obsta, antes nos favorece: porque alli dividiò el testador a principio su herencia en tres hijos, y assi en diversas cabezas, y distintas personas, instituyendo a cada vna de ellas en porcion separada de las otras: conque los primeros instituidos fueron muchos, y diferentes, y en su porcion cada vno, vn heredero; La primera substitution fue para el caso de morir alguno de ellos sin hijos legitimos, y naturales, reciproca en favor de los otros hermanos sobrevivientes; y la segunda para el caso de morir todos con hijos, substituyendoles los varones, y no ayiendolos, las hembras. Muriò el primer instituido sin hijos varones, y con vna hija

a quien

a quien se decidiò, pertenecia la porcion hereditaria de su padre, por ambas substituciones, y mas claramète por la segunda, no obstante, que no havian aun muerto todos los hermanos, instituidos; entendiendo la segunda substitucion discretivamente, esto es a cada instituido, substituidos los hijos varones; y en falta de varones, las hijas; y con razon, porque cada vno de los primeros instituidos era distinta persona, y heredero, principio, y cabeza separada de su linea; y consequentemente hecha la substitucion a todos, se avia de entender de necesidad a cada vno de todos ellos; pues no avian de esperar los hijos del que muriessè, para suceder a su padre, la muerte de los tios, ni admitir en su propria porcion a sus primos hermanos, vt benè ponderavit Rot. apud Burat. *decis. 855. num. 2. lib. 3.*

81 En nuestro caso no fue sino vno el instituido; porque aunque fueron dos los primeros Donatarios, pero como eran marido, y muger, fueron como vna mesma persona, y sola vna cabeza, y vn principio de su filiacion, y descendencia; y assi mesmo la herencia, ò la donacion, fue tambien vna sola, è individua, yà por la expressa voluntad de los Donantes, y yà por la propria naturaleza del Mayorazgo: La substitucion se hizo a dichos primeros Donatarios; y assi a sola aquella vnica cabeza, y principio, debaxo de la condicion, no de morir sin hijos varones solamète, sino de morir sin hijos varones, y descendientes de aquellos varones, vt ibi: *Sin se fillos masculos, y descendientes de aquellos, masculos*; con que son terminos diferentes, los de la decision referida, y los nuestros; porque siendo en aquel caso tres los primeros instituidos, y las porciones de la herencia tambien tres, y hallandose la substitucion puesta a todos ellos; podia entrar la question de lo simultaneo, ò lo discreativo; pero como en el nuestro, el instituido fue vno, y es vna, è individua la herencia, cessa del todo la question.

82 Ademàs de que, aun quãdo nos hallaramos en los mismos terminos, y huvieran sido los primeros instituidos tres hijos de los primeros Donatarios, con la mesma substitucion de *sin fillos masculos, y descendientes de aquellos, masculos*; hallandose

in rerum naturæ descendientes varones del primer hijo instituido; del modo, que en el caso de dicha decision, no pudiera suceder la hija, por obstarle el hijo varon, si viviera; así en el nuestro le ha de obstar el descendiente varon a qualquiera de las hembras, llamadas en su deficiencia.

83 Y puede notarse de passo, el que reconociendo la alegacion contraria, que la primera substitution reciproca entre los primeros instituidos, de aquella decision Real, por hallarse hecha, segun dize, debaxo de la condicion, de morir alguno de dichos primeros instituidos sin hijos masculos, y oponerse la comprehension de las hembras a la expresion de la masculinidad; no podia hazerse lugar en este Reyno, deviendo juzgar a la carta; devia tambien considerar, que siendo la condicion de la substitution de las hembras, de que tratamos, de la misma expresion, y calidad de masculinidad; se ha de hazer poco aprecio de la pretension de las hembras, contra dicha expresion, y calidad, mientras huviere descendientes varones de los primeros Donatarios, que son los puestos en la condicion.

84 En el num. 33. se transcribe la doctrina de D. Luis de Molina lib. 3. cap. 5. num. 50. queriendola entender favorable a las hembras, aun contra los varones llamados en primero lugar. Para explicacion de esta doctrina se ha de preluponer, que este Autor la question principal que trata, d. cap. 5. es, si en los Mayorazgos, cuyos llamamientos son, de hijos varones, y descendientes varones, se ha de entender, que son de agnacion, absoluta, y perpetua exclusion de las hembras, de tal suerte, que aun fenecidos los varones, se han de gobernar, como de calidad, ya sea de agnacion, o ya de sencilla, o nuda masculinidad; y así aviendo propuesto en la conclusion, que pone, num. 30. *Quod, etiam cessante agnationis ratione, maioratus institutor, ex sola masculorum vocatione, ex natura, & proprietate huius verbi masculus, feminas excludere censendus est.* Los argumentos, que desde el num. 32. se haze, son en favor de las hembras, para despues de fenecidos los varones, vt num. 34. ibi: *Succedit regula, quod verbum masculus, feminas etiam, DEFICIENTIBVS MASCVLIS, comprehendat, & inferius: non autem ex*

eo, quod velit eas, DEFICIENTIBVS MASCVLIS, excludere, & num. 36. in fin. & non ad exclusionem fæminarum, MASCVLIS DEFICIENTIBVS; con que la disputa no es, de si en muriendo qualquier varon ha de suceder hembra, viviendo toda via otros varones de los llamados en primero lugar; porque en respeto de ellos, no tiene duda, q̄ se ha de observar siempre la calidad de la varonia, como explica, y advierte, q̄ se practica el mismo D. Luis de Molina d. n. 37. en dõde, despues de propuestos los argumẽtos contra la extension de dicha calidad; y exclusion absoluta de las hembras, le responde: *Sed, quamvis hæc omnia probabilia esse videantur: nunquam tamen in forensibus controversijs admitti solent. Imò eo ipso, quod Maioratus institutor masculos ad primogenij successionem invitaverit, censetur fæminas propter masculos remotiores excludere voluisse. Idque ex verisimili voluntate, quæ ex verbo masculis elicitur. Non enim ad aliud verisimiliter hoc verbum masculis, adijci potuit: quam ad fæminarum exclusionem.*

85 Y protigue: *Nec obstat si dicatur, quod Maioratus institutor potuerit moveri alijs rationibus ad masculorum vocationem: quam ob rationem conservandæ agnationis. Nam illud verum est, AD HOC, ut sciamus, ex hac ratione non expressa, non posse sumi argumentum exclusionis fæminarum VLTRE CASVS, ubi institutor verbum masculis expressit: si in alia parte de fæminis meminit, ut infra isto cap. septima conclusione dicemus (que es el lugar referido en contrario) pero el que se entienda, que los varones llamados, aunque sean mas remotos, no han de excluir a qualesquiera hembras, mal puede inferirse de que el fundador se aya movido por la razon precisa de agnacion, ò por otras, que pudieron moverle a ello: porque esto no haze al caso, para que los llamamientos qualificados, no quisiera siempre anteponerlos, y excluir dentro de ellos las hembras, como el mismo concluye, alli: *Sed ad hoc ut in casu, quo expressit verbum, masculis, ex eo non censetur fæminas propter masculos remotiores excludere: nihil refert, quod alijs rationibus ad id efficiendum adduci potuerit: tum quia sub verbo masculis nulla fæminarum vocatio comprehenditur: tum etiam, quia etsi ad hoc alijs rationibus moveri potuerit, hæc ratio conservandæ agnationis ad id effi.**

efficiendum præcipua est. Ideoque potiùs attendenda, atque consideranda erit, prout scribentes, pro hac principali conclusione citati considerant. Sicque ista intelligi, atque practicari solent.

86 Y en el punto de si esta conclusion favorece solamente a los varones de varones, ò tambien a los varones de hembras, esto es, si se ha de entender con calidad de agnacion, ò de sencilla masculinidad; se remite a la conclusion sexta, *utrum autem* (dize) *hæc dispositio de masculis agnatis tantum, vel de masculis etiam cognatis intelligenda sit, dicendum erit, prout infra isto cap. conclusione sexta dicemus.* Y en la conclusion sexta, que pone en el num. 45. asienta en favor de los varones agnados, *quod quando in aliqua dispositione vocantur filij, seu descēdentes masculi; ea dispositio de masculis descendantibus ex masculis, non autem de filiis, vel descendantibus masculis, qui à fœmina descendunt intelligenda est;* pruebala, y comprueba llenamente, y despues en el num. 48. la entiende en caso de averse por el fundador considerado la razon de agnacion; y en el de faltar esta razon la tiene por de sencilla masculinidad, comprehensiva igualmente de los varones cognados: *Hæc autem conclusio* (escribe) *intelligenda est in omnibus casibus, quibus diximus, atque inferius dicemus, in maioratus institutione consideratam fuisse agnationis conservationem; sed ubi in maioratu de conservanda agnatione non agitur, sub appellatione masculorum, masculi ex fœminis descendentes comprehensi esse censentur, veluti si maioratus institutor vocavit filiã suam, & eius descendentes masculos; sub hac nãque vocatione descendentes masculi, etiam si ab aliqua fœmina, ab ipso constitutore descendenti, procreati fuerint, comprehenduntur; cum in hoc primogenio, ex vocatione masculorum non censeatur habita agnationis ratio, SED SOLVM nuda masculinitatis, quod sic resolvit Ancharranus, &c.*

87 Doctrina, que en qualquiera de ambos casos es decisiva por el Conde; porque si se entendiesse considerada la razon de agnacion, saltim en la primera parte de este Mayorazgo (como luego diremos) se halla descēdiente varon del primer hijo varon de los primeros Donatarios, de varon en varon, segun consta de processo; y si se entiende, que dicha razon no se considerò, aun en dicha primera parte, sino la sencilla mascul-



masculinidad sola ; tiene esta calidad , y le sobra la de agnacion.

88 Llega D. Luis de Molina a la conclusion septima a que se refirió en la tercera, *d. num. 37.* y de que la otra parte se vale; y afirma, que, *quoties in aliqua parte, seu clausula primogenij vocantur fæminæ, etiam si pluries in eo primogenio masculi vocati fuerint, in eo non censetur habita agnationis ratio, sed solum prelatio masculis tributa, ita ut in EORVM DEFECTVM fæminæ eiusdem gradus succedant.* Pero aqui trata, como diximos arriba de excluir la agnacion perpetua, que podia pretenderse, aun despues de la deficiencia de los varones llamados, contra las hembras de su mesmo grado, reintegrada, ò estendida (que es la que llamamos impropria, iuxta tradita per Velam dissertat. 49. num. 45. & seqq. a quien transcrivimos, in 1. allegat. num. 29. & seqq.) en los descendientes varones, ò de la hembra del llamamiento intermedio, ò en qualesquiera otros posteriores a ella. Y assi dize, que es notable su doctrina, contra la extension de la calidad de vn caso a otro, ibi: *Quod est satis singulare, ad hoc ut in hoc casu non possit ex ratione conservandæ agnationis de casu ad casum primogenium extendi: cum ex huiusmodi dispositione non fæminarum exclusio, sed solum masculorum prelatio, & prædilectio comprehendatur; sicque vidimus hæc pluries ad fæminarum admissionem in forensibus controversijs adduci.*

89 Y porque no se dudasse, el que en respeto de los primeros llamamientos qualificados, y mientras aquellos durassen, avian de preferir los varones, y excluir las hembras, hasta que llegasse su llamamiento; advirtió inmediatamente: *Idque verum est, quamvis inter ipsos masculos, qui fæminis præferuntur, & illorum respectu, non dubitandum sit, quin fæminæ exclusæ censentur;* lo que la alegacion contraria passò por alto; siendo esta advertencia, la que explica la fuerza de su argumento.

90 Y en lo que advierte despues, improbando la opinion de Ancharrano, y otros, que favorecian la extension de la calidad del Mayorazgo, aun despues del llamamiento de hembras; lo enseña mas claramente, alli: *Ex quibus infertur, non bene dixisse Ancharranum, &c. qui omnes opinati sunt, non ideò cessare rationem considerationis agnationis, quod testator in aliqua*

parte fœminas, seu masculum cognatum ad eius successionem vocaverit: nam vel ea omnia falsa sunt, ut ex superius adductis comprehenditur: vel erant intelligenda vno ex duobus modis. Primò, quando ratio conservanda agnationis à testatore expressa fuit: non autem, quando illam volumus ex vocatione masculorum deducere: tunc namque illam deducere non possumus, quando in aliqua parte cognatus vocatus fuit. Secundò, quod censeatur cõsiderata ratio agnationis, *QVOAD SOLAS PERSONAS VOCATAS*, non autem ut ex earum vocatione possimus eam dispositionem ex ratione considerationis agnationis extendere *AD ALIOS NON VOCATOS*, quod ex verbis scribentium, quos paulò ante citavimus, cõprehenditur. Sicque intelligendus est textus, in cap. 1. De eo, qui sibi, & hæredib. suis, restringendo illum ad solos masculos vocatos, si de illo ad primogeniorum materiam arguamus; cui consonant Addentes eod. cap. 5. num. 30. vers. Secunda conclusio est, Roxas de incompat. part. 5. cap. 1. num. 17. & seqq. que viene a reducirse a la doctrina, que todos llevan, de poderse verificar en vn Mayorazgo los primeros llamamientos de calidad, y los posteriores, regulares, ò al contrario.

91 Ni la otra conclusion, que en el num. 34. se transcribe, que es la dezimaquarta, eod. cap. 5. num. 71. puede aplicarse; porque habla, quando el fundador, general, è indeterminadamente excluye a las hembras, por los varones; cuya generalidad se ha de entender, segun las reglas ordinarias de los Mayorazgos, por faltar lo especifico del orden de los llamamientos, y substitutiones, que devian declarar su voluntad; pero en nuestro caso hallamos yà orden claro, especifico, è individual de llamamientos, y substitutiones, con distincion, y division de los sexos, y calidades, y del que ha de suceder antes, y suceder despues, mediante las condiciones, que para passar de vn llamamiento a otro, y de vna a otra substitution se leen, y deven verificar; con que no puede tener aplicacion la conclusion referida, como el mesmo D. Luis de Molina dà a entender, en las palabras, con que concluye dicho num. 71. alli *Quod, nisi ex alijs vocationibus, seu coniectaris, seu ex ratione conservanda agnationis, expressa, vel subintellecta, aliud comprehendatur, verum mihi videtur;* que tambien omite la alegacion

92 En el *num. 36.* transcribe otro fragmento del *cons. 100.* de Ramona, *num. 404.* como el que en el *num. 5.* transcribió, del mismo *cons. num. 482.* y remitiendonos por satisfacion manifiesta de dicho fragmento, transcrito en dicho *mem. 5.* a la declaracion del motivo, y sentencia, que refiere el mismo Ramona al principio de su consejo, *colum. penul.* que le corresponde; por constar de la lectura de dicho motivo, y sentencia, que aquel vinculo era claramente regular en su fundacion; al fragmento de este *num. 36.* respondemos, que el caso, que disputa Ramona, era de vn llamamiento generico, y comun a varones, y hembras, como el mismo advierte en el *num. 379.* & *380.* que es, desde donde empieza a hablar de otro diverso llamamiento, del que antecedentemente avia hablado: *Ad ostendendum (dize) quod realiter, & cum effectu hoc verum sit, sufficit legere verba predictae ordinationis, in qua, saltem respectu descendantium dicti testatoris, qui, ut diximus, ad illius hereditatem in infinitum iure primogenij vocati sunt; nulla fit inter masculos, & faeminas distinctio, seu differentia; cum dispositio concepta sit, vel per verbum filij, vel sui, vel proles; quae omnia in ultimis voluntatibus faeminas etiam comprehendunt, ut est text. in l. Iusta, &c.* y aviendo escrito cōtra esto Menochio el *cons. 904.* a favor de vn varon, pretendiendo, que en el vinculo, que alli se disputava, se hallava contēplada la agnacion, y que alsí el llamamiento generico, y comun, se avia de contraer, y restringir a varones, como el mismo Ramona advierte, *num. 384.* & *seqq.* llega este Autor a proponer los argumentos de Menochio en el *num. 400.* a que responde, discurrendo contra la pretendida agnacion varias razones, y especialmente en el *num. 404.* que es el transcrito en contrario, al argumento, que Menochio hazia, de aver llamado en primero lugar el testador a *sus hijos varones, y despues a las hijas;* queriendo arguir de este llamamiento la agnacion en otros polteriores, por donde se incluia el contendor varon; responde Ramona, que de aquella primera expresion de masculinidad, solamente podia pretenderse prelación de los varones expresamente llamados a las hembras llamadas despues; y que siendo entre hijos, è hijas, en el primer grado, del testador; esta prela-

cion

cion era regular, y no inducia contemplacion de agnacion; porque abria gran diferencia entre la masculinidad considerada, y la agnacion que se pretendia inducir. De que se descubre, quan mal aplicable es su doctrina al caso presente.

93 Y porque, como dixo el mesmo Ramona, *num. 388* respondiendole a Menochio, con lo que avia escrito en otro consejo, que se declarava lo que avia escrito en el 904. *utile est quandoque à domo adversarij arma sumere.* Dezimos tambien, que en respeto de que mientras duren los llamamientos de varones, están excluidas las hembras, que es nuestro asunto, conviene Ramona; pues a otro argumento, que Menochio haze, *ut num. 396.* con otros llamamientos de varones, que avia en el vinculo, esforzando por esta razon la extension de la calidad a su caso, entre otras respuestas, que Ramona dà, es vna esta: *Accedat prædictis, quod illa adiectio masculinitatis, que in contrarium perpenditur, facta est in personis certis, & limitatis, scilicet, vel in filijs, qui nascentur à testatore, & eius coniuge, post conditum testamentum, quos voluit filiabus præferri, vel in filio Malgalini Comitissæ Empuriarum, ut ex tenore testamentarie ordinationis apparet; cum ergo qualitas masculinitatis in certis tantum gradibus, & inter certas tantum personas, fuerit contemplata, & expressa; non potest ad alios gradus, aliosve personas extendi, & in illis repetita censeri, ut latè tradit Ludovic. Casanate *conf. 4. num. 217. & plarib. seq.* Luego, mientras duraren los llamamientos de los hijos varones de los primeros Donatarios, y descendientes de aquellos varones; entre ellos se ha de observar la calidad de dichos llamamientos, aunque no pueda extenderse a otros, en llegando el de las hembras.*

94 En cuya cõfirmacion, es mas al proposito el *conf. 15.* del mesmo Ramona, *n. 13. & seqq. ibi: Primò, quod bonorum suorum, in agnacione conservandorũ, satagens testator fideicõmissum instituit, uti ex ipsa substitutionũ serie colligitur, multipliciter probatur. Primò, quia semper masculos vocat testator, instituendo, ponendo in conditione, & substituendo; quod non alio respectu censetur fecisse, nisi ratione agnacionis conservande, Ioannes Andræas in rub. de testam. in fin. Alex. Cravet. Molin. Mantica. Petra, Menoch. Riminal. & alij antiqui, ac recentiores, quos latissimè probat, & sequitur Sur-*  
cus

dus *conf.* 443. *num.* 18. *lib.* 3. *Franciscus Beccius conf.* 189. *nu.* 18. *lib.* 2. *Garcia de nobilit. Hispan. in division. num.* 13. *Peguera de-  
 cis.* 103. *in fin.* a quibus innumera aliorum caterua recensetur. Quan-  
 quam verò non desint contradictores existimantes ex sola masculo-  
 rum vocatione non censi habitam rationem agnationis, cum alijs de  
 causis testator ad vocandos masculos possit impelli; CONTRA-  
 RIATAMEN, & communior est, & verior opinio, quam pro-  
 lixè defendit Rusticisin l. *Cam avus*, ff. de cond. & dem. *lib.* 4. *cap.*  
 2. *num.* 17. dicens n. 19. ab ea neutiquam esse recedendum; & indubium  
 esse proficetur, si sapiùs qualitas ista repetita sit, prout in hoc casu in  
 omnibus substitutionũ gradibus expressa est, l. *Balista*, ff. ad Senatusc.  
*Trebel.* vel etiam concurrentibus alijs coniecturis; Profigue, refiriẽ-  
 do a Casanate en el *conf.* 20. y en el *conf.* 4. y dize: Qui licet in *conf.*  
 4. istam coniecturam, & alias variè conetur impugnare: verius ta-  
 men respondit in dict. *conf.* 20. Ideoque pro coniecturis fuit iudicatum,  
 ut patet in *fin.* dict. consilij; cum tamen reiecta fuerit eius sententia,  
 quam contra coniecturas, in *conf.* 4. amplexus est; parca tamen cause  
 victoria ex alijs, ut habetur in motibus post *conf.* 14.

95 Secundò, quia masculos ubique testator fœminis prætulit,  
 quas vocavit defectu masculorum, Ioannes Andræas in rub. de testã.  
*Curt. Iun. conf.* 121. *nu.* 16. *Parisius conf.* 57. *num.* 9. *lib.* 2. *Cravet.*  
*conf.* 113. *nu.* eod. *Gabriel conf.* 116. *nu.* 8. & 51. *lib.* 2. *Socin. conf.*  
 73. *num.* 11. *lib.* 3. *Mantic. de coniect. lib.* 6. *tit.* 15. *num.* 2. *Rimin.*  
*Iun. conf.* 23. *num.* 83. *lib.* 1. *Menoch. conf.* 575. *num.* 8. *lib.* 6.

## §

96 En el *num.* 37. entra la segunda consideracion con-  
 traria, igual a la primera; ideando, y discurriendo vna nue-  
 va substitution, a favor de las hijas, y descendientes hembras  
 de los hijos varones, y descendientes varones de los prime-  
 ros Donatarios, llamados en la primera parte; con el argu-  
 mento de que la mesma providencia, y no diferente, quisieron los  
 vinculantés para el progresso de la sucesion del Mayorazgo, que para  
 su principio, y encabezamiento, deviendo entender que a la manera,  
 q̄ en el primer passo de la sucesion, no contéplaron los vinculantés  
 irregularidad alguna, sino la propia, y correspondiente al Mayorazgo

*regular, cō el llamamiento del primer hijo masculino q̄ sobrevivi-  
rá, apries dias de los Donatarios, y sus descendientes mascu-  
los; assi tambien en el sucesivo progresso, se deve comprehender, y  
estimar el orden de suceder de vno en otro masculino, observada la mis-  
ma providencia, sin irregularidad alguna; esto es, que apries dias del  
que huviere sucedido a los Donatarios, suceda su primer hijo mas-  
culo, que le sobrevivirá, ò sus descendientes masculos: Y si  
non de avrá, el otro hijo masculino; continuada hasta el ultimo la  
prelacion de esta calidad, con la substitucion inmediata, si aquel su-  
cessor, y possedor morrá sinse fillos masculos, è descendientes  
masculos, que pervengan ( los bienes, ) en fijas legitimas del, no  
Religiosas, &c. de mayor en menor, &c.*

97 Esta consideracion viene llena de obscuridad, super-  
fluidad, y contradicion; y para comprehenderla se ha de di-  
vidir en tres partes; La primera es, la que dize, que los Donan-  
tes quisieron que la providencia del ingreso, se observasse en  
el progresso de la sucesion: La segunda, la que dize, que los  
Donantes no contemplaron en el ingreso irregularidad algu-  
na, y que assi tampoco se ha de contemplar en el progresso;  
y la tercera, la que trae, y pega, la substitucion remota de las  
hembras, a cada varon, y possedor, que muera sin varones, y  
con hijas.

98 Para comprehension de la primera parte, hemos de  
ver qual fue el ingreso, y el progresso de los llamamientos, y  
substituciones de este Mayorazgo. Y lo que nos muestra la  
expresion de la letra de su disposicion es, que su ingreso, y  
progresso, hasta el quarto llamamiento, y substitucion, q̄ es la  
de las hijas de los primeros Donatarios, assi en llamamientos,  
como en cōdicion, y substituciones, son de *fillos masculos, y des-  
cendientes de aquellos, masculos*, con distincion de lineas, y descen-  
dencias qualificadas; y explicado vno, y otro, con pura, y cla-  
ra letra de *masculos*, en el primero, y sus descēdientes; con pura,  
y clara letra de *masculos*, en la cōdicion en que los buelve a po-  
ner, para passar a la inmediata, y segunda substitucion del se-  
gundo hijo, y los suyos; con pura, y clara letra de *masculos*, en  
dicha segunda substitucion del hijo segundo, y sus descen-  
dientes; con pura, y clara letra de *masculos*, en la condicion, en  
que

que a estos los buelve tambien a poner, para passar a la inmediata, y tercera substitucion, colectiva de los demás hijos, y sus descendientes; con pura, y clara letra de *masculos*, en dicha tercera substitucion, colectiva de los otros hijos, y descendientes suyos; y con pura, y clara letra de *masculos*, en la condicion colectiva, en que a todos los hijos, y descendientes de los primeros Donatarios buelve a poner, para passar a la quarta substitucion de las *fillas de ellos*.

99 Y hallandose aun oy la sucesion, en la primera substitucion del *primer fillo mascolo*, y descendientes *masculos de aquel*; por hallarse el Conde descendiente masculino del primer hijo masculino de los primeros Donatarios, y persona capaz para suceder; assi el ingreso, como el progreso de los llamamientos, y substituciones referidas, muestran ser el vnico sucesor qualificado, y sin competencia de persona alguna, que tenga la misma calidad; sin que pueda hazer transito la sucesion, no solo a substitucion de otra especie, y calidad, qual es la quarta de las hijas de los primeros Donatarios, y sus descendientes; pero ni aun a la segunda del otro fillo mascolo de dichos primeros Donatarios, y descendientes *masculos de aquel*, ex iurib. & Authorib. relat. in 1. *allegat. num. 18.*

100 De donde se demuestra, quan en vano se quiere, con cavilo conocido, repetir en cada vno de los varones llamados la primera substitucion del *primer fillo mascolo de los primeros Donatarios*, y descendientes *masculos de aquel*; porq̄ si ya esta misma primera substitucion cõprehende, y llama al primer hijo varon, y a toda su descendencia masculina; para que es la repiticion? Serà para otro, que para alterar, è invertir la comprehension sucesiva de los varones, trayendo de los cabellos de la larga distancia de vn quarto llamamiento, y substitucion, vna hembra que les prefiera, y excluya, contra el orden expreso, y escrito de suceder, que los Donantes quisieron se observasse con tan clara voluntad, que aun despues de llamamientos, condiciones, y substituciones, claras, y literales de solos varones, bolvieron a explicarla; concluyendo la primera parte de su disposicion, con aquella comprehensiva, y privativa expresion, *servando en todos los sobredichos orden de genitura, de mayor en mayor, &c.*

y po-

y poniendolos despues a los mesmos en condicion para pasar a substituir hembras?

101 Y para que nos confiesse esta verdad el mesmo argumento, que del ingreso al progreso se nos haze, le hemos de torcer de modo, que no lo pueda evitar. No puede negarse, que el ingreso fue exclusivo, no solo de las hijas de los primeros Donatarios, sino tambien de las hijas, y descendientes hembras del *primer fillo masclo* de dichos primeros Donatarios, y de los *descendientes masclos de aquel*; pues la primera substitution fue de solo el dicho *primer fillo masclo*, y *descendientes masclos de aquel*; y assi inclusivo de solos los varones de aquella primera linea, y descendencia. Tampoco puede negarse, que sola esta primera linea, y descendencia masculina, fue la puesta en condicion para pasar a la substitution segunda del *otro fillo masclo* de los primeros Donatarios, y *descendientes masclos de aquel*; como ni q̄ esta segunda linea, y descendencia masculina fue sola la substituida en segundo lugar, y sola la puesta en condicion para pasar a la tercera *de qualesquiera otros fillos masclos, y descendientes de aquellos, masclos*, substituidos tambien, en solo el tercero lugar, y puestos en condicion para pasar a la quarta substitution de las hembras, con la clausula final, *servando en todos los sobredichos, &c.*

102 Descendamos aora al progreso de la sucesion del Señor Marques Don Ioseph, vltimo poseedor, y hallaremos, que su padre el Señor Marques Don Iuan fue primer sucesor, y poseedor que el hijo; como en el ingreso, lo fueron dichos Donatarios, primero, que su *primer fillo masclo*, y *descendientes masclos de aquel*; y que segun buen orden, natural, y juridico en la persona de dicho Señor Marques Don Iuan, padre, se avia de repetir la substitution, que ex adverso se discurre, primero que en el Señor Marques Don Ioseph, hijo; y assi la hemos de repetir en esta forma: *Apres dias de dicho Señor Marques Don Iuan, suceda su primer fillo masclo, y descendientes masclos de aquel; & en defecto del dicho fillo masclo, è descendientes de aquel masclos, que vengán los ditos bienes en el otro fillo masclo de dicho Señor Marques Don Iuan, è en los descendientes de aquel, masclos, si ende avrà; y sino ende avrà, en qualesquiera otros fillos masclos, è*  
des-



descendientes de aquellos, de la calidad, è condiciones susodichas, ser-  
vando en todos los sobredichos orden de primogenitura, de mayor en ma-  
yor, &c. subliguiendose desp ues, la quarta: *Et si serà caso,*  
que el dicho Señor Marques Don Iuan morrà sinse fillos masclos, è  
descendientes de aquellos masclos, que ditos bienes peruengan en fillas  
de èl.

103 Segun esta substituciõ repetida, sucediò a dicho Señor  
Marques D. Iuan el Sr. Marques D. Frãcisco Iacinto, su primer  
fillo masclo, q̄ corresponde a la primera substitucion del pri-  
mer fillo masclo de los primeros Donatarios. Por muerte de  
dicho Señor Marques D. Francisco Iacinto, sin hijos, y descen-  
dientes, sucediò el otro fillo masclo de dicho Señor Marques D.  
Iuan, que fue el Señor Marques D. Ioseph, y corresponde a la  
segunda. El Señor Marques D. Ioseph muriò sin hijos, y descen-  
tes masclos: Luego han de suceder *qualesquiere otros fillos mas-*  
*culos de dicho Señor Marques Don Iuan, y descendientes de aquellos,*  
*masclos;* que corresponde a la tercera substitucion; y esto ser-  
vando en todos los sobredichos orden de primogenitura de mayor en  
mayor; calidades, que, por descendiente masculino, y mayor al  
tiempo de diferirse la sucesion, en solo el Conde se verifican  
Luego aunque corrieramos con la idea de la alegacion con-  
traria; siempre avia de tener el Conde primer llamamiento, y  
substitucion; y la otra parte le avia de tener posterior, y por  
aora exclusion manifiesta.

104 La segunda parte de dicha consideracion estambien  
vn supuesto, expresa, y literalmente contrario a la disposicion:  
de toda la primera de este Mayorazgo; pues segun la distin-  
cion de quantos han escrito de esta materia, los llamamien-  
tos, condiciones, y substituciones, que van referidas, no pue-  
de, sino muy voluntariamente, negarse, que sean de calidad de  
varonia, y consiguientemente de Mayorazgo irregular, vt ma-  
gistralter docent relati in dict. 1. allegat. num. 24. *Et seqq.* y no  
verificandose, ni pudiendose verificar el supuesto, que en con-  
trario se haze; de necesidad se desvanece su argumento, leg.  
*Nam origo, ff. quod vi aut clam. l. Egi tecum, ff. de except. rei iud.*  
*cap. Paulus 1. quest. 11. Dueñas, in loc. com. lit. D. num. 117.*

105 La tercera parte, que a cada varon le pone, y finge  
P inme-

inmediatamente la substitucion de las hembras, viene a ser una contradictoria evidente de lo dispuesto, y ordenado en toda esta disposicion, distinguida, y dividida entre varones, y hembras; porque lo que los Donantes dispusieron, y ordenaron, es, que todos los hijos varones de los primeros Donatarios, y sus descendientes varones, con distincion, y prelacion, aun entre ellos mismos, segun orden de primogenitura, y mayoria, sucedan primero; y que las hijas de los Donatarios, y sus descendientes, sucedan despues; poniendo entre todos los hijos varones, y las hembras substituidas, las reperidas substituciones, y condiciones, que se han referido, y haziendo con esto tan distante la substitucion, y sucesion de las hembras, quanta fuere la duracion de los varones, en primero lugar llamados, substituidos, y puestos en condicion; sin que hasta agora ayan hallado, ni los derechos, ni los fundadores de los Mayorazgos, ni los Autores que enseñan, y declaran su orden, y graduacion, medio mas proprio, natural, y juridico, para disponer, y ordenar la sucesion entre muchas personas de vn sexo, ò de sexo diverso, que el llamar primero a vnas, y debaxo de la condicion de faltar estas, passar a llamar a las otras despues; obstandoles las primeras a las segundas, de los dos modos mas conocidos, que son el hallarse primero llamadas, y puestas en condicion.

106 Con esto quedan los textos, y doctrinas generales, que se citan en el *num.* 38. mal aplicados a favor de la otra parte; por ser imposible el juntar inmediatamente con la substitucion de cada vno de los varones, la substitucion de las hembras; y hazer de las dos una para el progreso de la sucesion de los varones, retrogradando, ò retrorayendo la de las hembras, con perversion, y destruccion notoria de los llamamientos, substituciones, y condiciones, anteriores, è intermedias, como se ha dicho; y corregirse con el progreso de las hembras, posterior al de los varones, el anterior que estos tienen a su favor, con interpretacion nunca oida, y contraria a lo mesmo, que ex aduerso se quiere pretender.

107 Y se haze palpable su contradiccion; pues si la condicion precisa, para que pueda hazerse lugar la substitucion

cion

cion de dichas hembras, es la de *si serà caso que los primeros Donatarios morràn sinse fillos masculos, y descendientes de aquellos, masculos*, que son los llamados, substituidos, y puestos en condicion contra las mesmas hembras; el suceder estas (que deve suponer la verificacion de dicha condicion) solo por faltar vno, ò otro varon, y poseedor, y dexar solas hijas; aunque siempre duren los demàs descendientes varones de dichos primeros Donatarios; seria suceder en caso de morir estos *con fillos masculos, y descendientes de aquellos, masculos*; que es contradiccion inevitable, entre el *sin*, y el *con*, el *sin* que los Donantes pusieron, y el *con*, que pone la otra parte.

108 Faltando, pues, el supuesto del argumento contrario en el encabezamiento, y principio de la sucesion; tampoco pueden aplicarse las doctrinas que se citan *nu. 39.* antes confutando evidentemente en dicho principio, y encabezamiento, de la exclusion de las hijas, y descendientes hembras, asì de los primeros Donatarios, como de los *fillos masculos, y descendiente masculos de aquellos*; si se deviera observar esto mismo en el progreso; los textos, y doctrinas, que se citan, asì en el *num. 38.* como en el *39.* decidirian el punto a favor nuestro.

109 Tampoco haze al caso el argumento que en el *num. 40.* se haze, con la preferencia que los Donantes dieron a las hembras llamadas, y substituidas en el quarto llamamiento, y substitucion, en respeto a los Colaterales de los mismos Donantes, que estos llamaron, y substituyeron en quinto lugar; Porque yà antes de llegar a este quinto llamamiento de Colaterales, despues de los llamamientos, y substituciones de los *fillos masculos de los primeros Donatarios, y descendientes de aquellos masculos*, dexavan tambien llamadas, y substituidas en el quarto a las hembras; y asì era preciso, que estas sucediesen primero, que dichos Colaterales; lo que no fue, ni pudo ser en los llamamientos, y substituciones de los *fillos masculos* de los primeros Donatarios, y *descendientes de aquellos, masculos*, dentro de cuyos limites estamos; pues, ni en ellos, ni entre ellos, ay llamamiento, ni substitucion alguna de hembra, anterior a alguno de los de la varonia, que pueda suceder primero que los

los varones, como antes del quinto de los colaterales le ay; por cuya razon deverian preferirles las hembras. *IIIO* Antes de aqui inferimos otra demostracion de la voluntad de los Donantes a favor de los hijos varones de los primeros Donatarios, y descendientes varones de aquellos; pues del modo que los Donantes, quando quisieron llamar, y substituir hembras, antes que algunos varones, lo hizieron, y expressaron en la escritura, como en las del quarto llamamiento, y substitucion, las quales quisieron, que sucedieran, antes que las colaterales varones, llamados, y substituidos en quinto lugar; tambien lo huviera hecho, y expressado, si huvieran querido que sucedieffen, antes que todos, ò algunos de los hijos varones de los primeros Donatarios, y los descendientes varones de aquellos; y el aver puesto el llamamiento, y substitucion de las hembras, en el quarto lugar, despues del de los varones anteriores, esto es, de los hijos varones de dichos primeros Donatarios, y de los descendientes varones de aquellos; y antes del de los posteriores varones, esto es, de los Colaterales de los mesmos Donantes; convence, que dichos Donantes quisieron, que las hembras sucedieffen, despues de aquellos, y primero que estos.

*III* Mas, aviendo los Donantes llamado a varones, y hembras por el orden referido; pusieron a ambos sexos en la condicion, para passar al quinto llamamiento de los Colaterales, alli: *Si serâ caso, que las personas nombraderas, è los descendientes de aquellos, assi masclos, como fembras, fallecerân, ayâ de pervenir, y pervengan, &c.* Pero como en los llamamientos, y substituciones de los hijos, y descendientes varones de los primeros Donatarios no avian aun llamado, ni contemplado hembra alguna; pusieron a solos los varones antecedentemente llamados, y substituidos, para passar al quarto llamamiento, y substitucion de las hembras; y assi dixeran: *Et si serâ caso, que los dichos nõbraderos, morrân sinse fillos masclos, è descēdiēs de aquells, masclos, pervengan en fillas de ellos; y no dixeran si morrân sinse fillos, y descendientes, assi masclos, como fembras, en la forma que lo dixeran quando yâ avian contemplado, y llamado a las personas de ambos sexos, poniendolas a vnas, y otras*

en la condicion para passar al quinto llamamiento, y substitucion de los Colaterales; manifestando con este diverso modo, y discretiva expresion de llamar, poner en condicion, y substituir varones, y hembras, respectivamente, el orden, y distincion, con que a cada vna persona, y sexo, querian graduar en su voluntad, y literal disposicion de la donacion, que otorgavan a favor suyo.

112 Y estanta la fuerza de la expresion, que dichos Donantes hizieron en los tres anteriores llamamientos, y substituciones de los hijos varones de los primeros Donatarios, y descendientes varones de aquellos; q̄ aunque en la condicion, donde los bolviò a poner para passar al quarto llamamiento, y substitucion de las hembras, no huvieran expressado la calidad de la varonia; se avia de entender expressada, por declarar los llamamientos, y substituciones activas, lo passivo de la condicion, como observa Don Luis de Casanate *conf. 29. num. 59. & seqq. ibi: Deinde, quia in presenti in substitutione activa, solum fuerunt vocati descendentes masculi Comitis Don Michaelis: unde postea in conditione ad exclusionem substituti, solum debent censerì in conditione positi iidem descendentes masculi, non feminae: ut volunt in terminis Ruinus conf. 125. vol. 3. Zan-chus in §. cum ita 8. part. num. 212.*

113 Est enim generale, substitutionem passivam ab activa declarari, ut illi dicantur in substitutione passiva in conditione positi ad exclusionem substituti, qui in substitutione activa precedenti fuerunt dispositivè vocati, & è converso, *leg. fin. ff. ad Trebel. Decius conf. 45. num. 2. conf. 186. num. 4. Curt. lun. conf. 57. num. 8. & conf. 22. num. 8. Cephalius conf. 638. num. 1. Gabr. conf. 96. num. 13. lib. 1.*

114 Et hæc interpretatio, quæ ab institutione, seu activa vocatione sumitur ad declarandam substitutionem passivam, & discernendam, quæ persone in ea comprehendantur, declarativa dicitur; ideoque in Aragonia admittenda, quantumvis carthæ standum sit *Pulcherrimè Decius in leg. 1. num. 3. Cod. de impub. Mascard. concl. 1351. num. 3.*

115 Ni obsta la doctrina de Ramona, que se buelve a citar, en el *num. 41. del conf. 100. num. 450.* porque esta

doctrina habla de los llamamientos posteriores a los de los varones llamados en primero lugar, y al de las hembras llamadas en segundo, como se dixo arriba; y así no se dudava de los de la varonia, anteriores a los de hembras, ni entre aquellos, y estas, era la question, como lo es en el caso presente; sino entre las hembras, y varones de llamamientos posteriores, los quales pretendian suceder primero que las hembras, con motivo de que eran agnados, y en el Mayorazgo estava contemplada la agnacion; como lo seria si aqui lo pretendiessen los Colaterales varones llamados en quinto lugar; terminos, que no son de nuestro caso.

116 En los num. 42. 43. y 44. se pondera la decis. 354. de Gama, que no solo no obsta, sino que abiertamente nos favorece: porque el caso de dicha dicsion fue, segun se colige de toda su contextura, en que quizás la otra parte no ha hecho mucha reflexion: Que el testador instituyó vn hijo suyo, q̄ segun parece, aunque no lo explica, era el secundogenito, y despues llamó a vn hijo del instituido, y a sus descendientes; y en falta suya le substituyó otro hijo del mesmo testador, que era el terciogenito, y sus descendientes; y en falta de estos substituyó vna hija del mesmo testador, como refiere en el num. 5. alli: *Ex forma itaque data in prima institutione, vocavit testator Magister Ioannes filium instituti, & eius descendentes, quibus non extantibus, vocavit, fratrem tertio loco natum, & eius descendentes; Et his deficientibus, vocavit FEMINAM FILIAM.*

117 Passò despues a substituir en quarto lugar otro hijo del mesmo testador ( que era el primogenito, a quien no quiso llamar en la primera parte de la institucion ) y sus descendientes, genericamente, y sin substitucion de hembra alguna, debaxo de la condicion, si todos los hijos del testador llamados, y substituidos, morian sin hijos, ù descendientes, como se colige de lo que en el num. 8. dize, ibi: *Hoc enim voluisse testatorem probant verba testamenti, quando filio quarto loco substituit, ibi: Et se todos os sobreditos fairem de este mundo sem filhos, ou outros descendentes, mando, que aya este morgado, ò primero meu filho,*

num. 16. alli: Item, netius aliquod oppositor habet, ex quo filius primus, a quo descendit, expresse vocatus fuit sub conditione, si omnes filij vocati à testatore sine descendentibus morerentur, ibi: *E SE TODOS DE ESTE MUNDO SAIR EM SEM FILHOS.*

118 Acabaron los hijos, y descendientes llamados, y substituidos en la primera parte de la institucion; y llegó la sucesión por esta causa a vna hija del testador, llamada *Violante*; y pasó a vn hijo de esta, llamado *Alvaro*; y despues se continuò en la linea, y descendencia del vltimo poseedor, llamado *Francisco*, que murió con sola vna hija, que era *Filipa*, la qual, y vn hijo que yà tenia, pretendian la sucesion, como resulta de lo que dize en el num. 6. alli: *Cum igitur à tempore, quo maioratus iste ad fœminam Violantem peruenit, & ad eius filium Alvarum; semper lineam istam Francisci, vltimi possessoris occupaverit, qui nullo relicto masculino, fœminam reliquit, ad eam maioratus iste pertinere debet, non ad alios transversales alterius lineæ.*

119 Pretendia la tambien otro descendiente del primer hijo del testador, pero transversal, y de linea postpuedta a la del vltimo poseedor, a cuya hija, queria por varon preferir. Y Gama entendiò que la hija del vltimo poseedor devia preferir al transversal, aunque fue sse varon, por dos razones, que propone en los num. 4. y 5. La primera es, que en el vltimo poseedor se avia de repetir la substitucion de los primeros llamamientos de los otros hijos, y descendientes del testador, en cuya falta llamó, y substituyò la hija, y así dixo en el num. 5. *ex forma itaque data in prima institutione vocavit testator Magister Ioannes filium instituti, & eius descendentes; quibus no extantibus vocavit fratrem tertio loco natum, & eius descendentes; & his deficientibus vocavit FÆMINAM FILIAM,* y arguye: *Si igitur forma data in prima institutione, repetita videtur in omnibus substitutis; sequitur necessario dicendum, quod eadem forma, & idem modus succedendi attendi debet in persona Francisci, vltimi possessoris; sicut enim post mortem primi instituti, eius filius masculus, natus maior, & eius descendentes, ordine successivo venire debebant, & illis deficientibus, alij fratres, secundum ordinem descriptum à testatore; illisque deficientibus, filia testatoris vocabatur; ita, & eodem modo, si Franciscus, vltimus pos-*

seffor, filium haberet ad eum, & eius descendentes maioratus perveniret; ET POSTEA ad alios vocatos, ordine prædicto inspecto; & illis non extantibus, veniret filia. Cum igitur nec filius *NEC ALII FRATRES* huius *Ultimi Francisci* extarent, veniet filia, quæ est D. Philippa, & eius filius.

120 Compruevalo con el exemplo de los feudos, y haziendo argumento contra su doctrina de algunas clausulas generales de la primera parte de la institucion, en que el varon transversal, y de linea posterior, fundava la preferencia de todos los descendientes varones anteriores, y posteriores, en que èl se comprehendia, a qualquiera hembra; responde, que dicha preferencia se avia de contener, dentro de la linea de la sucefsion, en que se hallava la hija del ultimo poseedor, sin concurso, ni competencia de varon alguno de los anteriores a ella; y que no porque huviesse el Testador excluido a las hembras, en concurso, y competencia, de los varones de las primeras lineas, se avian de tener por excluidas, en concurso, y competencia de los de las posteriores; y assi concluye esta primera respuesta, diziendo: *Summus itaque in specie, in qua Testator, defectis masculis descendentibus per virilem sexum, vocavit filiam, & descendentem ipsius filie, ut ex verbis testamenti constat, ibi: Et se de todos os sobreditos meus filios hynano ouver descendentes varones, & ouver fillas, &c. Cum igitur clarè testator loquatur, non indigemus aliqua interpretatione, iuxta leg. in his, ff. de cond. & dem. & tradit Alexand. cons. 52. vol. 1.*

121 Oponiase tambien, que aviendo acabado las primeras lineas, llamadas, y substituidas en la primera parte de la institucion; y en falta suya, sucedido Violante, hija del Testador; avia cessado yà el llamamiento, y substitucion de otras hembras: a que responde en el num. 8. *Et infertur iniustam esse interpretationem, quam advocatus R. assignat, dicens, clausulam, per quam filia vocatur, iam effectum suum habuisse tempore successionis Violantis, & in ea verificatam fuisse vocationem primæ filie. Iniusta inquam est prædicta interpretatio, quia quotiens casus evenerit, in quo DEFECTIS MASCULIS, fæmina admitti debeat, non esset habenda consideratio ad fæminas, quæ, multo tempore ante, ad hunc maioratum admisse fuerunt, sed ad eam fæminam, quæ reperitur tempore delatæ successionis.*



122 Passa a la segunda razon, que era, el aver substituido el Testador al primer hijo suyo, en quarto lugar, y debaxo de la condicion de morir los primeros llamados, y substituidos sin hijos, ò descendientes, y aver faltado esta condicion, por aver muerto el instituido con ellos; y así averse desvanecido la quarta substitucion de dicho primer hijo, y los suyos: *Facit ad hoc (dize) quia substitutio primi instituti, fuit conditionaliter facta, si eius descendentes non extarent quod intelligo tempore mortis instituti; hoc enim voluisse testatorem probant verba testamenti, quando filio quarto loco substituit, ibi: Et se todos os sobreditos, sairem de este mundo, sen filhos, ou outros descendentes, mado que aya este morgado, ò primeiro meu filho; cum igitur iste primus institutus descendentes habuit, cessarunt omnes postea factae substitutiones filij sub conditione si descendentes non habuissent; & preclusa fuit via succedendi omnibus substitutis, defecta conditione, sub qua vocabantur, per l. Qui habebat, ff. de vulg. & pup. &c.*

123 Prosigue en su confirmacion diziendo: *Et iudicio meo pro filia iuris ratio extat, tum quia per lineam, in quam intrauit successio, res decidenda est; tum quia proximitas ultimi possessoris, non primi instituti considerari debet, licet aliud putet Decius, &c. y citando los de la opinion contraria en favor de la mayor cercania con el testador, sobre que advierte se hizo yá ley en Portugal, que la calificò; infiere; Cum igitur defectis omnibus à testatore vocatis, proximior ultimo descendenti venire debet, sequitur dicendum, quod D. Philippa Francisci de Brito filia, & nunc eius filius, venire debet, semota consideratione respectu Testatoris; & quamquam advocati ponderent verba institutionis, ibi: Descendentes de mim; non ideo tamen testator proximiores ultimi possessoris respuere videtur in casu quo ab ipso Testatore descenderent; uterque enim, scilicet Franciscus Pimentel, & D. Philippa, à testatore descendit; Franciscus tamen per aliam lineam, per quam non procedit successio; Philippa verò proximior est testatori, respectu lineæ, per quam pervenit successio ista; ideo præferenda.*

124 Y reduciendo toda la razon del transversal, a que en la primera parte de la institucion estavan contemplados, y favorecidos todos los varones, con preferencia à las hembras

en fuerza de las clausulas generales, que alli se leian; de donde inferia la fuya dicho transversal; buelve a responder, que la preferencia se verificò aviendo yà llegado la sucesion, por muerte de todos los varones anteriormente llamados, y substituidos, a la hija del Testador: *Considerandum etiam est (escribe) quod totum rei, & oponentis ius in ea causa, consistit in vi earum clausularum institutionis, quæ filiam vocat, in defectum descendentium omnium filiorum, à testatore vocatorum, ibi: Et se de todos meus filios, & ibi: Quia q̄ em quanto ouer barano dos netos. Hanc enim clausulam pro se allegat oppositor Laurentius de Brito, eo quod ipse masculus sit, & filius masculi, & prius vocatus in ordine substitutionum. Prædictas tamen clausulas fæminis non obstare dixi, quia prima ex supra relatis iam impleta fuit cum omnes descendentes quatuor filiorum defecti sint. Hoc constat quandoquidem olim Vialante fuit admissa defectis descendentibus masculis.*

125 Y assi mismo buelve a valerle de la segunda respuesta, de hallarse el primer hijo llamado, y substituido en quarto lugar (de quien el contendor descendia como se ha dicho) debaxo de la condicion de morir todos los hijos del Testador sin hijos, y aver muerto el instituido en primero lugar con ellos, y assi aver espirado la substitucion de dicho contendor, alli: *Item nec ius aliquod oppositor habet, ex quo filius primus, à quo descendit, expresse vocatus fuit sub conditione, si omnes filij vocati à Testatore sine descendentibus morerentur, ibi: Et se todos de este mundo fairem sin filios; cum igitur constet, filium primum Testatoris mortuum esse relictis filiis; sequitur quod evanuit substitutio primi filij, & per consequens defecerunt omnes substitutiones factæ de descendentibus huius filij, per supradicta; & sic defecti dicuntur iam descendentes masculi prædictorum.*

126 Y concluye, aumentando otra respuesta, que consistia, en que no se hallava en dicho cõtendor la calidad de descendiente varon de varon, ni aun la de varon de hembra llamada, y substituida, alli: *Eo maximè, quod oponens non est de descendentibus per lineam masculinam, quorum descendentes Testator vocasse videtur, prius quam fæminæ, & eius descendentes masculi, ex fæminis, & ipse fæminæ. Voluit enim masculos fæminis anteferri, & hoc innunt verba, de guisa que em quanto hi ouer barano dos*

dos netos, ou dos outros descendentes de mim, aiaó, ò primeiro, & leixeo a molher. *In parte etiam paulò superiori institutionis vocavit Testator filiam, & eius filium: cum igitur controversia non sit inter fæminam, secundo, vel tertio loco vocatam, & masculum descendentem ex fæmina, sed inter filiam ultimi possessoris, & consanguineos primi Testatoris, ex alia linea provenientes, non video cur filie successio deneganda sit.*

127 Favorecenos, pues, esta decision, lo primero, porque en respecto de los primeros llamamientos, y substituciones de los hijos, y descendientes varones del Testador de la primera parte de la institucion del Mayorazgo, en cuyo defeto estuvo llamada, y substituida la hija, recononoce, y confiessa repetidas vezes Gama, que todos aquellos devian suceder, y avian sucedido primero que esta; sin que dentro de dichos primeros llamamientos, y substituciones, admita, ni imagine alteracion, ni repeticion alguna en perjuizio de alguno de dichos hijos, y descendientes varones, llamados, y substituidos, antesq ue la hija, que es lo que quiere discurrir la otra parte contra el Conde, descendiente varon del primer hijo varon de los primeros Donatarios, en favor de las hijas llamadas, y substituidas en quarto lugar, y debaxo de la condicion de morir dichos primeros Donatarios *sinse fillos masclos, y descendientes de aquellos, masclos,* con oposicion a la mesma doctrina, que cita.

128 Lo segundo, porque la repeticion, que haze Gama en la persona del vltimo poseedor, es yà fuera de dichos primeros llamamientos, y substituciones de los hijos, y descendientes varones del Testador, en cuyo defecto substituyò la hija; pues el vltimo poseedor era yà de los descendientes de dicha hija, entre los quales no se hallava dado orden, modo, ni forma especifica de suceder; por cuya causa podia hazerse lugar entre ellos la repeticion, que solamente le puede tener, en donde ay capacidad, y habilidad de terminos, como en un llamamiento, y substitucion generica, sin cierta, y especifica providencia de quien ha de suceder antes, y quien despues, y sin prelación de lineas, y descendencias de varones, y exclusion, ò postergacion de hembras; circunstancias, que concurren en nuestro caso, y obstan inevitablemente a la repeticion  
que

que se quiere discurrir, como queda fundado.

129 Lo tercero, porque aun en la mesma repeticion, que dicho Autor haze en la persona del vltimo poseedor, siempre dà prelación a las lineas, y descendencias de los varones, esto es, a las de los hijos, y hermanos de dicho vltimo poseedor, antes que pudieran suceder la hija, como se lee en el *num. 5.* allí: *Ita, & eodem modo si Franciscus, vltimus possessor, filiū haberet, ad eum; & eius descendentes maioratus perveniret. ET POSTEA* (notese) *ad alios vocatos ordine predicto inspecto; ET ILLIS NON EXTANTIBVS, veniret filia: Cum igitur nec filius, NEC ALII FRATRES HVIVS VLTIMI FRANCISCI EXTARENT, veniet filia, que est D. Philippa, & eius filius.* Y con razon, pues aviendose de hazer la repeticion conforme a la primera parte de la institucion del Mayorazgo, y ordenando en esta el Testador, que sucediese en primero lugar su hijo primer llamado, è instituido, y sus hijos, y descendientes, y en falta suya el otro hijo, y hermano del primer instituido, y los suyos; y despues de todos ellos la hija; lo mesmo se devia observar en el vltimo poseedor, sucediendo este en primer lugar con su hijo, y descendientes; y en segundo otro hermano suyo, y los suyos; y despues de todos ellos la hija, que es puntualmente el *retorqueo* que hizimos arriba en el *num. 102.* & *seqq.*

130 Lo quarto, porque el primer hijo del Testador de quien el contendor descendia, se hallava llamado, y substituido en quarto lugar; y la hija del Testador en segundo, ù tercero, y aviendo llegado yà a ella la sucesion, y continuandose hasta el vltimo poseedor, cuya hija litigava; la repeticion, que le favorecia, en falta de hijos, y hermanos de su padre, la ponía en llamamiento, y substitucion anterior a su contendor, y así dixo bien Gama *num. 7 vers. Sumus itaque in specie, in qua testator, defectis masculis, descendens per virilem sexum, vocat et filiam, & descendentes ipsius filie, ut ex verbis testamenti constat, ibi: Et se de todos os sobreditos meus filhoshi nanno ouer descendentes varones, & ouer filhas, &c. Cum igitur clarè Testator loquatur, non indigemus aliqua interpretatione, iuxt. leg. in his, ff. de cond. & dem. & tradit. Alexand. conf. 52. vol. 1.*

131 Y aun sacamos de dicha doctrina otro argumento a favor nuestro; y es, el que del modo que Gama pondera contra el primer hijo del Testador, y sus descendientes, el hallarse llamado, y substituido en quarto lugar, y debaxo de la cõdiciõ, de morir los otros llamados, è instituidos en primero lugar sin hijos, y descendientes, la qual faltò por aver muerto con ellos; y asì quedò desvanecido el quarto llamamiento, y substitucion de dicho primer hijo; asì tambien, aviendo llamado y substituido los Donantes a las hijas en quarto lugar, debaxo de la condicion de morir los primeros Donatarios *sin se fillos masculos, y descendientes masculos de aquellos*; por aver muerto dichos primeros Donatarios, con *fillos masculos, y descendientes de aquellos masculos*, que hasta oy duran; faltò, y falta siempre la condicion del llamamiento, y substitucion de dichas hijas, y consiguientemente se desvaneciò, y ha desvanecido su llamamiento, y substitucion, y à quiera la otra parte estar contemplada en ella por comprehension expresa, ò yà por tacita repeticion.

132 Las doctrinas de Don Luis de Molina, y Don Ioseph Vela, que en los *num. 45. y 46.* se refieren, ponderando lo odioso de la exclusion de las hijas; tampoco obstan. Lo primero, porque hablan en los terminos generales, y regulares, en que no ay providencia especial del Fundador, que es a lo que se ha de atender, ex *cod. Molina dict. lib. 3. cap. 5. num. 22.* referido en nuestra primera alegacion, *num. 34. & seqq. cum alijs relatis in ead. allegat. num. 103. & seqq.* Pues la voluntad del vinculante es la que asì a sus hijas, como a las de los suceffores, llama, y excluye segun le parece; y la igualdad entre vnas, y otras, se observa, en llegar el caso de su llamamiento, ò substitucion, y no antes, como sucediò en el caso, sobre que escriviò Vela *d. dissertat. 49.* el qual aqui aun no ha llegado.

133 Y si para admitir à las propias hijas de los Donantes, aviã de acabar todos los llamamientos, y substituciones de los *fillos masculos* de los primeros Donatarios, y *descendientes de aquellos masculos*; serà muy igual el q̃ para admitir las hijas de los suceffores, se espere la deticiencia de dichos masculos, primero llamados, y substituidos, y puestos despues en cõdicion, para el llamamiento, y substitucion de las hijas; siendo este vno mismo; asì para las

hijas de los Donantes, como para las de los sucesores; y no pudiendo tener estas comprehension, sino es en la mesma palabra *hijas*, que la otra parte ha de pretender ser comprehensiva de vnas, y otras; ò ha de quedar sin llamamiento alguno, segun la disposicion, y letra de la Donacion, como yà se dixo.

134 Lo segundo, porque lo odioso de la exclusion de las hembras, es ponderable, quando se excluyen por varones transversales, no descendientes del mismo Fundador, y vinculante; pero no quando se excluyen en concurso, y competencia de varones, que aunque respeto de ellas sean transversales, son de su mesma descendencia, y ellos, y ellas de la del mismo vinculante, y Fundador, como distingue el mesmo Don Luis de Molina *lib. 2. cap. 12. num. 51. & 52.* y en terminos mas apretados *ibidem num. 53. iunct. annotat. ad dict. locum in calce operis, nu. 10.*

S.

135 La tercera consideracion del *num. 47.* vsque ad *52.* viene a reducirse, a que el caso, y tiempo preciso, y determinado de la muerte de los primeros Donatarios, era solo el en que sus *fillos masculos, y descendientes de ellos masculos*, podian preferir, y excluir las hijas; pero no otro tiempo, ni caso; con algunas doctrinas generales, que cita.

136 Pero esta consideracion se conuenze a si mesma; porque el caso, y tiempo de morir los primeros Donatarios, se ha de considerar de dos modos, vno de morir *sin fillos masculos, y descendientes de ellos, masculos*; y otro de morir *con fillos, ò descendientes masculos*; y aqui solamente se hallan las hijas substituidas en el caso, y tiempo de la muerte, del primer modo considerado; y no aviendose verificado este caso, y tiempo, antes el contrario, que fue el de la muerte *con fillos, y descendientes masculos*; sale por legitima consecuencia, que en ningun otro caso, ni tiempo, y menos en el que se verificò, han tenido, ni tienen llamamiento dichas hijas; pues el de la muerte *con fillos masculos, y descendientes masculos*, no se halla en toda la escritura de la donacion; con que es este otro *retorqueo* sin satisfacion contra la otra parte.

137 Y aunque en el *num.* 52. reconoce yà la fuerza de este argumento, y en el 53. 54. y 55. quiere evitarlo, distinguiendo entre la perpetuidad del fideicomiso, ò Mayorazgo, y la de la agnacion, ò sencilla masculinidad, concediendo aquella, y negando esta; no viene al caso esta distincion.

138 Lo primero, porque los terminos de dicha distincion, y doctrinas, que se citan en còtrario, son los de aver faltado yà los llamamientos, y substituciones expressadas por el Fundador, y aver, por esta razon, segun los del drecho comun, de faltar tambien la disposicion del Mayorazgo; caso en que por su naturaleza regular de perpetuidad, y para que no acabe, es necesario suplir, y repetir en alguna, ò algunas substituciones, la condicion, que en otras se puso, y en estas se omitiò, como explica Don Luis de Molina *dict. lib. 1. cap. 6. num. 23. & seqq. & ibi Addentes*, y entonces dize este Autor, y los demàs, que en contrario se citan, que aunque ay necesidad de la repeticion, y suplemento de las condiciones para dicho fin; pero no de repetir, ni suplir la calidad de la masculinidad; puesto, que sin ella se logra el fin de la perpetuidad del Mayorazgo: Y estos no son los terminos de nuestro caso; porque en èl dura aun el primer llamamiento, y substitucion del *primer fillo masclo* de los primeros Donatarios, y de los descendientes masclos de aquel, en que està llamado, y substituido el Conde; sin que necesite de repeticion, ni suplemento alguno.

139 Si aqui no huviera, como le ay, vn descendeiente masculino del primer hijo masculino de los primeros Donatarios primero llamado, y substituido, con voluntad, y letra clara; y aviendo descendiente hembra, qual lo es la Señora Marquesa, pretendieramos, que por falta de varon de los primeros llamados, y substituidos, y puestos en condicion en los llamamientos, y substituciones antecedentes, avia acabado el Mayorazgo, por no hallarse expressada la condicion comprehensiva de hembras; podia entrar la razon de la perpetuidad, y con ellas la repeticion, y suplemento de dicha condicion, para que en faltando la descendiente hembra, la sucesion passara, y se continuara en el quarto llamamiento, y substitucion de las hijas; pero aviendo toda via descendeiente masculino del primer llamamiento,

to, y substitucion; porquè , ni para que ha de entrar la repetición, ni suplemento de condicion sencilla, ni qualificada? Y por donde la aplicacion de las doctrinas referidas, hablando todas ellas claramente en los terminos de la necesidad?

140 Lo segundo, porque en nuestro caso concurren dos circunstancias, vna el tener el Conde por si el primer llamamiento, y substitucion del primer hijo masculino de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquel, que aun dura, como se ha dicho; y otra el hallarse puestas en condicion todos los hijos masculos de dichos primeros Donatarios, y los descendientes masculos de aquellos, para passar al quarto llamamiento, y substitucion de las hijas; y ambas circunstancias le obstan a qualquiera de ellas, que pretenda suceder; y assi poco importa el discurrir si se ha de repetir, y suplir en la condiciõ, ò no, la calidad de la masculinidad; obstandoles siempre esta mesma calidad en el llamamiento, y substitucion anterior, *ex huc vsque perpensis.*

141 Lo tercero, porque la repetición, y suplemento, que Don Luis de Molina, y los demàs, que se refieren, admiten en los Mayorazgos; procederà en Castilla, ò otro Reyno, en que por ley, ò costumbre, tienen su perpetuidad, aunque el Fundador omitta otros llamamientos, y substituciones, que los que expusò; pero en Aragon, no puede proceder lo mesmo, por la disposicion Foral de averse de estàr a la carta, y tenerse lo omisso por omisso, especialmente en los contratos, *ex adductis in 1. allegat. num. 32. & seqq. & in hac num. 38.*

142 Lo quarto, porque el que la condicion qualificada, de morir los primeros Donatarios *sin se fillos masculos, y descendientes masculos de aquellos*, tenga tracto sucesivo, ò se repita, y supla con la misma calidad de masculinidad; a las hembras comprendidas en el quarto llamamiento, y substitucion les importa; porque quantas ments sean las personas puestas en la condicion, tanto menor serà la dilacion, y mayor la esperanza, de que la sucesion passe, y llegue a su quarto llamamiento, y substitucion. De otro modo, quedarian solamente puestas en condiciõ las descendientes hembras, y ò nõ tendrían dicho quarto llamamiento, y substitucion a favor suyo; ò se hallarian a vn mis-



mo tiempo puestas en condicion, y substituidas ; con que vendrian a obstarle a si mesmas.

143 Lo quinto, porque segun las mesmas doctrinas, ex ad-  
verso citadas; aunque por la razon de la necesidad de conser-  
var la duracion del Mayorazgo, no deve repetirse la calidad de  
masculinidad en la condicion ; puede hazerse lugar esta repeti-  
cion por otras razones; como seria, si se coligiessse , que el Fun-  
dador quiso en parte, ò en todo, irregularizarlos, como advier-  
te Don Luis de Molina *dict. lib. 1. cap. 6. nu. 26.* en las palabras,  
que omite la alegacion contraria, in mediatas, y subliguientes a  
las que transcribe, *ibi: Ex quo consequitur, non esse in Hispaniarum  
maioratibus masculinitatis repetitionem faciendam, ea ratione, ut ma-  
ioratibus perpetuitas conseruetur: sed ex eo quod eiusdem institutor  
agnationem, etiam contra maioratum communes regulas conseruare  
voluerit, quod ex ratione expressa, & alijs coniecturis efficiendum  
erit, de quibus infra lib. 3. latius agemus, ubi hanc exclusionis, seu ad-  
missionis fæminarum materiam Deo dante copiosissime tractabimus, y  
sus Adicionadores dict. num. 26. in fine, ibi: Ex quibus deducitur,  
quod ratione perpetuitatis non fit repetitio masculinitatis, nisi ex vo-  
luntate disponentis constet aliunde; cum sufficiat fæminam extare ad  
hoc ut successio non dicatur extincta.* Y en el calo presente es mani-  
fiesta la irregularidad del Mayorazgo, por lo menos en respeto  
de su primera parte, llamamiento, condiciones, y substitucio-  
nes de los hijos masculos de los primeros Donatarios, y descen-  
dientes masculos de aquellos.

144 Lo sexto, porque discurriendo la otra parte, a fuerza  
de su convencimiento, la perpetuidad de la sucefsion para el  
quarto llamamiento, y substitucion de las hijas, sin embargo,  
de no averse verificado, que los primeros Donatarios ayã muer-  
to *sin fillos masclos, y descendientes de ellos masclos*, que tiene la con-  
tradicion que se vè; necessita, de que dicha condicion no sea  
determinada, y precisa al tiempo de dicha muerte; pues en sien-  
dolo, acabò la sucefsion del Mayorazgo, y el transito a su se-  
gunda parte, que empieza en el quarto llamamiento, y substi-  
tucion de las hembras, *ex supra traditis num. 21. & seqq.*

145 Y si quiere, que dicha condicion tenga tracto sucefsi-  
vo, y que se entienda verificada, siempre, y quando que, des-

pues de la muerte de los primeros Donatarios acabaren sus hijos masculos, y descendientes de ellos masculos; en qualquiera tiempo, y caso, que esto quisiere, ha de verificar su deficiencia; sin que en esto aya alguno dudado, como se puede ver en qualquiera de los que sobre este punto han escrito.

146 A lo que se buelve a refricar, en los *num.* 56. y 57. de averse de seguir en las substituciones la forma de la institucion, queda respondido con lo dicho *num.* 96. & *seqq.*

§.

147 La quarta consideracion del *num.* 58. ad 64. haze argumento de la clausula, en que los Donantes, para passar a la quinta substitucion de sus transversales, pusieron en condicion general, y absolutamente, a todos los descendientes, asimismo varones, como hembras, de los primeros Donatarios; infiriendo la diferencia, que dize ay de ella a la colectiva de los hijos varones de los mismos primeros Donatarios, y descendientes varones de aquellos, determinada al tiempo de la muerte; y passando a arguir de aqui la repeticion de otra condicion especial puesta a cada sucesor varon, y determinada al tiempo de la muerte de cada vno de ellos.

148 Pero contra esta ideada, o imaginada repeticion, se ha dicho, ya en lo antecedente tanto; que no parece es justo coincidamos tambien en la culpa de superfluas repeticiones de lo tantas vezes repetido; quedando asimismo mismo satisfecha la decision Rotal que se refiere *num.* 63. con lo que diximos *num.* 80. & *seqq.*

§.

149 La quinta consideracion *n.* 64. & *seqq.* haze otro argumento con la sexta substitucion, colectiva de los hijos varones, y descendientes varones de los segundos Donatarios transversales, entendiendo la preferencia de sus hijos, y descendientes varones, a las hijas, dentro de la linea, y grado de cada vno; y sacando la consecuencia, de que en los llamamientos, y substituciones de los hijos varones de los primeros Donatarios, y descendientes varones de aquellos, tambien se ha de entender la preferencia de cada varon a la hembra de su linea, y grado, con varias doctrinas que se cumulan hasta el *num.* 72.

Aun-

150 A que respondemos lo primero, que los llamamientos, y substitutiones de los hijos varones de dichos primeros Donatarios, y descendientes varones de aquellos, son especificos, discretivos, y ordenados, vno despues de otro, mediãtes las condiciones negativas, y qualificadas, de las muertes de solos los varones llamados, y substituidos en cada vno de dichos llamamientos, y substitutiones, con la clausula final, vniversal, y privativa, *seruando en todos los sobredichos orden de genitura, de mayor en mayor, &c.* y con la condicion subiguiente colectiva tambien de todos los sobredichos varones, puetta al quarto llamamiento, y substitution de las hijas; Y lo especifico, discretivo, sucesivo, y condicionado de dichos llamamientos, substitutiones, y condiciones, es integiverfable, a toda buena luz de jurisprudencia, assi en derecho comun, como en doctrina fundamental de Mayorazgos, especialmente en este Reyno.

151 Ni de lo colectivo, ò general, de vn llamamiento, y substitution posterior, qual dize la alegacion contraria, que lo es el de los hijos masculos, y descendientes masculos de los segundos Donatarios transverfales, puede arguirse contra el especifico, y discretivo anterior, qual es el de los hijos masculos de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquellos; porque lo colectivo, y general no deve dar entendimiento a lo especifico, y discretivo; antes lo especifico, y discretivo lo ha de dar a lo colectivo, y general, ex traditis à Don Ioanne del Castillo *lib. 24. cap. 41. num. 43. & seqq. cap. 89. num. 151. & cap. 95. num. 1. & seqq.*

152 Lo segundo, que el sexto llamamiento, y substitution colectiva de los hijos varones de los segundos Donatarios transverfales, y descendientes varones de aquellos, aunque colectivo, contiene el mesmo orden, graduacion, y preferencia a las hembras, que los primeros llamamientos, y substitutiones; como de su letra resulta, por todo lo que en la primera alegacion, y esta llevamos dicho, pues lo colectivo para el fin de la sucesion, es como si fuera especifico, ex eod. D. Ioanne del Castillo *lib. 5. cap. 129. num. 22. & seqq.*

153 Lo tercero, que las doctrinas, que se cumulan hasta dicho *num. 72.* no son applicables a nuestro caso; porque este es

literal, especifica, y discretivamente prelativo de todos los hijos varones de los primeros Donatarios, y descendientes varones de aquellos, a las hijas llamadas, y substituidas en quarto lugar; y dichas doctrinas son de casos de preferencia generica, è indeterminada, sin providencia literal, especifica, y discretiva del modo de la preferencia; por cuya razon la determinan a modo regular, lo que en el caso presente seria contravencion notoria a la voluntad de los Donantes, explicada con tantas circunstancias literales de preferencia, como se han ponderado.

154 Con esto se satisface tambien al consejo, que desde el num. 72. hasta el 83. expende del señor Don Luis de Casanate; porque habla en caso de llamamiento generico de cinco nietos varones, y sus descendientes varones, y de su preferencia generica tambien, è indeterminada, a las hembras, vt ibi: *Y en falta de varones, de las descendientes hembras*; por cuya generalidad, è indeterminacion, defendió el Señor Casanate, que el llamamiento de las cinco lineas, y descendencias de dichos cinco nietos varones, y sus descendientes varones, no se avia de entender complexivo, y simultaneo, de todos los cinco nietos varones, y sus descendientes varones, y todas sus lineas, y descendencias, de calidad, que antes de la deficiencia de todos, ninguna hembra pudiera suceder, aunque fuera de linea anterior a la del nieto, ù descendiente varon, que litigava; sino divisivo, y distributivo de cada nieto varon, y su descendencia, y linea de varones; sin negar, que los descendientes varones de cada nieto, avian de preferir, y excluir a las hembras descendientes de aquel mismo nieto; que es lo que aqui defendemos.

155 Con que el caso de dicho consejo se diferencia del nuestro: Lo primero, en lo dispositivo del llamamiento generico de los cinco nietos varones, y sus descendientes varones, capaz de recibir la interpretacion divisiva, y distributiva, que el Señor Casanate le dió; y de que la preferencia, y exclusion, igualmente generica de las hembras, se entendiessse, *singula singulis* referendo, en respeto a cada vno de dichos nietos varones, y sus descendientes varones, pero no de linea a linea, y de descendencia a descendencia; lo que en nuestro caso no puede hazerse lugar por lo especifico, y discretivo de los llama-

mientos, y substituciones anteriores de los hijos varones de los primeros Donatarios, y de los descendientes varones de aquellos, y el posterior de las hijas; segun el ordẽ de la donacion que es el que se deve seguir, *ex supra dictis*.

156 De forma, que en el caso del Señor Casanate, la generalidad a principio diò capacidad para q̄ entre linea, y linea, y entre descendencia, y descendencia, entrasse la interpretaciõ, y no transcendiesse de vna a otra la preferencia, y exclusion de las hembras, prefiriendo, y excluyendo el varon de linea, y descendencia posterior del nieto segũdo, ò terciogenito a la hembra de la linea, y descendencia anterior del nieto primogenito; Pero en nuestro caso, a principio encadenaron, y enlazarõ los Donantes la sucesion de todos los hijos varones de los primeros Donatarios, y descendientes varones de aquellos, de modo, que ninguna hembra, aunque fuesse de la linea, y descendencia del primer hijo varon, de los Donatarios, pudiesse suceder antes que otro descendiẽte varon, aunque este fuesse de la linea, y descendencia del hijo varon segundo, ò tercero: porque a cada vno de ellos, y sus descendientes varones, inmediatamente, y en falta suya, substituyeron el otro hijo varon, y sus descendientes varones, sin dexar capacidad, ni mediacion entre sus lineas, y descendencias, a que pudiera suceder hembra alguna, como consta de su letra.

157 Lo segundo, en lo condicional, en respeto al llamamiento, y substitucion de las hembras, que tambien fue generica; y por esta razõ capaz tãbien de la preferencia interpretada, dentro de cada linea, y descendencia de cada nieto varon, y sus descendientes varones; lo que tampoco se halla en nuestro caso; en donde la preferencia de los varones, y exclusion de las hembras, fue especifica, y discretiva, de tal modo, que antes de llegar al quarto llamamiẽto, y substitucion de las hijas, median tres, ò mas substituciones de hijos varones, y sus descendientes varones, y otras tantas condiciones negativas, literales, especificas, y discretivas, que prefieren, y anteponen a dichos hijos varones de los primeros Donatarios, y los descendientes varones de aquellos a dichas hijas; porque entre el llamamiento, y substitucion del primero, y los suyos, media la condicion ne-

gativa de su deficiencia, para passar al otro hijo varon, y sus descendientes varones; y despues de este, media otra condicion negativa de su deficiencia, para passar a qualquiere otro hijo varon, y sus descendientes varones; y despues de este, media la condicion colectiva de todos los hijos varones de los primeros Donatarios, y de los descendientes varones de aquellos para passar al llamamiento, y substitution de las hijas, alli: *Et si serà caso, que los dichos nombraderos morràn sin se fillos masclos, è descendientes de aquellos, masclos, sucedan las hijas legitimas de ellos; circunstancias, que faltan en el caso de dicho consejo; y assi mal puede aplicarse su argumento.*

158. Antes de su doctrina le sacamos eficaz a nuestro favor; pues reconoce, que dentro de cada linea, y descendencia de cada nieto varon, y sus descendientes varones, avian de preferir estos, y excluir a las hembras de su mesma linea, y descendencia; que son los terminos del caso presente; pues dentro de la linea, y descendencia del primer hijo varon de los primeros Donatarios, y descendientes varones de aquel, se halla aun el Conde vnico descendiente varon suyo, lo que no se verificava en aquel pleyto; y assi deve preferir, y excluir a qualquiera hembra de la misma linea, y descendencia de dicho primero hijo varon de los primeros Donatarios, y consiguientemente a la Señora Marquesa, que lo es.

159. Mas, en la condicion colectiva, y negativa del caso presente, debaxo de que se hallan substituidas las hijas en quarto lugar, concurrè otras circunstancias especiales, que lo hazen distintissimo, y claro, a favor de todos los masculos, primeramente llamados, y substituidos; La primera es, q̄ sobre hallarse solos ellos desde el principio, llamados, y substituidos, inmediata, y sucesivamente, por su orden natural, y con particular distincion de sus lineas, y descendencias de varonia, mediante las condiciones inmediatas, y sucesivas de la deficiencia de los vnos, para passar a los otros, como queda dicho; que era lo que bastava para demostrar, que mientras ellos durassen, no podia tener entrada, ni cabimiento hembra alguna, por el preciso, è inmediato encadenamiento de la linea, y descendencia del vn hijo varon a la del otro hijo, exclusivo necessariamente de media-

diacion, ò interpretacion de hembras; pusieron los Donantes dicha condicion, de tal manera, que hizieron vn mesmo, y solo caso el de la deficiencia de todos los hijos, y descendientes varones anteriormente llamados para la substitution de las hijas, ibi: *Y SI SERA CASO*, que los dichos nombraderos morran sin se fillos masclos, è descendientes de aquellos, masclos, &c. terminos en que no puede verificarse la condicion, sin faltar todos, como ponderò el Doctor Don Diego Morlanes, *in iam relata allegat. pro D. Garcia de Villalpando, num. 56. & seqq. tom. i.* tratando de la condicion de morir tres hermanos, Ramiro, Francisco, y Iuan, sin hijos, debaxo de que se hallava substituido Luis, que era otro descendiente, ò consanguineo.

160 Propone en el num. 55. el fundamento de la pretension contraria, que consistia, en que bastava, que alguno de los tres puestas en condicion muriese sin hijos, para que la substitution se hiziese lugar, como aqui pretende la otra parte, que ha de bastar, que el Señor Marques Don Ioseph muriese sin hijos varones; y responde en el num. 59. *Quibus tamen, & alijs non obstantibus, verissimum existimo fideicommissum hoc non extendi ad Ludovicum Muñoz, & eius descendentes, tanquam conditionibus, sub quibus vocantur, minime verificatis: & procedendo eodem ordine, quo in aduerso allegatis usus fui, hanc propono conclusionem. Ad Ludovici, & suorum descendencium successionem requiri Remirum, Franciscum, & Ioannem Sanchez Muñoz, sine filijs decedere; ita ut uno eorum cum filijs decedente, prout contigit in Francisco, verum sit Remirum, Franciscum, & Ioannem, sine filijs non mortuos; adest enim copulativa dictio, & unicum tantum casum Testator constituit, ex morte horum omnium sine filijs in his verbis, en el dito caso; unde cum conflatus sit unicus casus ex plurium morte, indivisè, & copulativè verificari debet: nec sufficet in parte tantum adimpleri, tanquam pluralitas respiciat unum determinabile, & omnium copulacorum concursum requirat, ex Bald. in leg. pen. col. ult. Cod. de impub. Oldrad. cons. 131. num. 3. in fine; optimè Angel. cons. 266. ad medium, dicens, quod ubi unicus oritur effectus. qui sequi debet ex mortalitate omnium filiorum; tunc pluralitas non resolvitur in singularitates, Paul. &c. cita a muchos, y profligue.*

161 Nec prætermittenda est ponderatio dictionis, en el dito ca-

lo, quæ, ex eo quod operatur restrictionem, ad singularitates resolven-  
dam non esse, supradictum est, in precedenti capite num. 37. hocque  
minoris dubitationis est in hoc Regno, in quo propria verborum signi-  
ficatio attenditur, iuxta quam verba copulativè proposita, disiuncti-  
vè, seu divissim nulla ratione intelligi debent, ut expressim affirmat  
Jurisconsultus in dict. leg. *Heredes mei, S. cum ita, ad Trebell.* ubi no-  
tant Doctores, & Bart. &c.

162 Idque pluribus rationibus probari potest, quibus constat in  
hoc Regno, pluralitatem non resolvi in singularitates, de quibus latif-  
simè egi in Responso super Baroniam de Sangarren pro D. Iusto de Tor-  
res, à num. 7. ubi reculi ex Foristis antiquis Hieronymum de Roda,  
in suis comment. manuscriptis ad communem regulam Foralem stan-  
dam est charta, & decisionem, ac sententiam Regij Consilij, in pro-  
cessu Alduntia de Miranda, die 3. Martij anno 1556. ubi concor-  
diter determinatum fuit, substitutionem factam sub conditione, si Al-  
duntia, & Anna de Miranda, sine filijs decederent, extinctam fuisse, ex  
eo quod una ex his, nempe Alduntia, cum filio decessit: hæc, & alia  
ad propositum necessaria in prædicto responso videri possunt, ideò non  
transcribo.

163 Et verissima hæc existimo in hac præsertim conditione si  
sine liberis, quæ, si aliquibus expressim nominatis adijciatur, perfectum  
adimplementum eius in omnibus requirit. Ita ut uno solo cum filijs de-  
cedente, substitutus in totum exclusus remaneat; nec enim apertius po-  
terat loqui Testator, demonstrando se velle omnes mori sine filijs, ut  
substitutio locum haberet, quam eam conditionem addendo personis spe-  
cificè, ac copulativè nominatis, ut asserit Angelus, &c.

164 Y comprueba esta doctrina el Doctor Miguel Santan-  
gel in allegat. pro eod. D. Garcia de Villalpando, num. 131. dict.  
tom. 1.

165 La segunda circunstancia es clarissima; porque la  
condicion la pusieron, y encabezaron los Donantes en solos los  
primeros Donatarios; y afsi en vn principio, y cabeza sola, pues  
como diximos arriba num. 80. y 81. marido, y muger, eran vna  
misma persona para el intento, diciendo: *Et si serà caso, que los  
DICHOS NOMBRADEROS morràn sin se fillos masclos, è  
descendientes masclos de aquellos, y por esta razon, se hizo tambien  
vna, è individua la condicion; de calidad, que es imposible el*

veri-



verificar la muerte de dichos primeros Donatarios *sin fillos masculos, è descendientes masculos de aquellos; y aquella mesma muerte con hijos, y descendientes masculos;* por la incompatibilidad, y repugnancia natural, que entre vno, y otro caso se ofrece a la vista.

166 Pero quando el Fundador dà principio, y encabeza en diversas personas vn llamamiento, substitucion, ò condicion; por la diversidad, y distincion de vna a otra, puede naturalmente verificarse, y ser compatible, el que vna muera con hijos, y descendientes, y otra no; è interpretarse entonces el llamamiento, substitucion, ò condicion, con la division, ò distribucion correspondiente a cada principio, y cabeza, como se entendió en el caso del consejo del Señor Casanate.

167 Lo que lo diversifica totalmente del nuestro, en donde la condicion se puso a vna mesma, y sola persona, y no a muchas, y diversas; pues los Donantes, ni llamaron, ni substituyeron a principio, a los hijos masculos de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquellos, generica, è indeterminadamente; ni tampoco los pusieron en la condicion con generalidad, è indeterminacion, encabezandola en ellos, y diciendo, *si los fillos masculos de los dichos nombraderos, y descendientes masculos de aquellos, morràn sinse fillos masculos, y descendientes masculos,* que seria el caso del argumento contrario, como advirtió en otro semejante Ludovico Gozadino *conf. 53. num. 11.* y fue, que Iuan contemplò en la concession de vna emphiteusi à sus hijos, nietos, y descendientes masculos solamente; y en falta de dichos masculos, a las hembras, nacidas, y que naciessen en adelante; tuvo dos hijos, Pandulpho, y Roberto: Pandulpho tuvo vn hijo, y vna hija: Roberto tuvo tres hijos masculos: Murieron Pandulpho, y su hijo, sobreviviendoles la hija, y hermana, respectivamente: Mariò tambien Roberto, sobreviviendole sus tres hijos masculos. Pretendian la sucesion la hija de Pandulpho, y los hijos masculos de Roberto; dezia se por la hija, que la condicion de la deficiencia de masculos, se devia entender tambien de qualquiera de los hijos de Iuan, que moriera sin ellos; y por la de los hijos de Roberto se dezia, que la deficiencia avia de ser de todos los hijos, nietos, y descendientes varones de Iuan. Segun la le-

tra, y propia comprehension de la condicion, Gozadino escri-  
viò por los masculos; y propuestas primeramente las razones  
favorables a la hija, y especialmente en el num. 6. la que aora se  
discurre por la otra parte: empiezas a responder nu. 9. in fine,  
y dize: *Et mox eo primo considerando verba prima investitura facta  
Ioanni Turco, ibi: Pro se, suisque filiis, & nepotibus masculis  
tantum, quibus deficientibus, pro foeminis: certè proprietatis ser-  
monis est, quod, deficientibus filiis suis masculis, vel nepotibus, foemi-  
nae admittantur; sed in casu nostro supersunt nepotes masculi ex Ro-  
berto eius filio; ergo foeminae sunt exclusae; & non est recedendum à pro-  
prio significato verborum, leg. Non aliter, ff. de legat. 3. leg. 1. S. is  
qui navem, ff. de exercit. not. in leg. verbis civilibus, ff. de vulg.*

168 Y entre otras razones, que aumenta, dize en el num. 11.  
*Tertiò pondero illa verba, ibi: Et, masculis deficientibus, pro foe-  
minis natis, & nascituris; dum dicitur, masculis deficientibus, sunt  
ablativi absoluti, quae resolvuntur in vim conditionis, leg. Evictis agris,  
ff. de acq. rer. dom. leg. A testatore, ff. de cond. & dem. leg. Ab  
emptione, ff. de pactis, & faciunt conditionem expressam, secundum  
Bart. in leg. 1. ff. de cond. & dem. Et conditio prolata à Testatore,  
debet impleri in forma specifica, non autem per equipollens, leg. Qui hæ-  
redi, & leg. Mæviliis, ff. de cond. & dem. ergo dicamus eas non ad-  
mitti, nisi omnibus masculis deficientibus.*

169 *Quartò considero (note se) quod IPSE IOANNES  
est stipulatus pro se, suisque filiis, & nepotibus masculis tantum; qui-  
bus deficientibus pro foeminis; non autem dicitur, si decedens (filius,  
vel nepos) filios masculos non habuerit: ergo relatio refertur ad  
stipulatorem; & intelligitur, si non supersint descendentes EIVS mas-  
culi, foeminae admittantur; si supersint, excludantur: licet ergo ipse filius  
non habuerit filios masculos, non attenditur, sed persona stipulatoris;  
quo casu licet Pandulphus non habuerit filios masculos; tamen supersunt  
nepotes masculi STIPULATORIS ex Roberto; ergo excludantur.*

170 *Quintò, ut dixi, vocantur foeminae sub conditione, si defi-  
cerent masculi; & sic loquitur in numero plurali; sed si vnus tan-  
tum decesserit sine filiis masculis, non verificaretur illa conditio, sed so-  
lum quando omnes nepotes masculi Ioannis deficerent: quia pluralis lo-  
cutio non verificatur in vno, l. Vbi numerus, ff. de testib. l. Inter illam,  
in fine, ff. de verb. signif. regul. Pluralis locutio, de regul. iur. in 6. ET*

INDE.

**INDEFINITA** equipollet *universali*, l. *Si pluribus* ff. de legat. i. y prosigue confirmando esto mismo. Doctrina, al parecer, puntual, y digna de la recomendacion, que de ella hizo Mieres de *Maiorat. tom. 1. part. 2. quest. 6. num. 369.* en donde aviendo referido a Gozadino, en prueba de otra proposicion, dexò esta advertencia: *Et ibidem Gozadinus tradit aliud singulare, & quod ingenuè fateor, quod sæpè perquisivi, & clarè non inveni, nisi in dicto cons. Gozadini, num. 12. cum seq. usque ad num. 17. ubi concludit, quod si quis vocavit fœminas ad successionem, in defectum masculorum plurium fratrum, non admittitur fœmina alicuius fratris, nisi omnibus masculis deficientibus; nec pluralitas resolvitur in singularitates, prout latius ipse declarat, quod est notatu dignum.*

171 Al reparo que se haze num. 81. y 82. queda respondido con lo dicho. Ademàs de que, sea lo que fuere, del llamamiento quinto de los hijos, y descendientes varones de los segundos Donatarios transversales, nunca puede hazerse ilacion de vna substitution posterior a otra anterior; y mas aviendo entre ambas tan expressa, y literal diferencia; antes de la anterior se ha de inferir la inteligencia de la posterior, como dixo Mieres de *Maiorat. part. 2. quest. 12. num. 1. ibi: Præterea in ista materia successionum Maioratus notandum est, quod clausule speciales, si ve præcedant, si ve sequantur, præferuntur generalibus: quia generi per speciem derogatur, si ve species præcedat, si ve subsequatur. Et clausule generales, secundum speciales debent intelligi, modificari, limitari, & moderari, leg. Cohæredi, S. qui patrem, & S. qui discretas, ff. de vulg. &c.*

172 La sexta consideracion desde el num. 83. al 87. arguye con las doctrinas generales del orden de suceder, de mayor en mayor, servando orden de genitura, y llamamientos de linea recta; no aplicandose al caso presente vno, ni otro; assi por lo expreso, y literal del llamamiento, y primera substitution del primer fillo masclo de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquel, comprehensivo de toda la descendencia de aquel primer fillo masculino, y sin limitacion de linea recta; como por lo expreso, y literal del orden de suceder los contemplados, y comprehendidos en ella, que los Donantes quisieron se observasse,

vasse, alli: *Servando EN TODOS LOS SOBREDICHOS orden de genitura, de mayor en mayor; tan lexos de contraerse, ni limitarse dentro de la descendencia de dicho primer fillo masculino a esta linea recta, o la otra; que antes expressaron literalmente lo contrario, diziendo con vniversalidad, en todos los sobredichos.*

173 De donde formamos este argumento, y silogismo en *dari* contra la otra parte: El llamamiento, y substitution primera del primer fillo masculino de los primeros Donatarios, y los descendientes masculos de aquel, es indubitable, que comprehendiò a los Señores Marqueses D. Francisco Jacinto, y D. Joseph, y al Conde, como descendientes de aquel fillo masculino; los Donantes quisierò, que en todos los sobredichos se observasse el orden de genitura, de mayor en mayor: Luego muerto el primero, ha de suceder el segundo; y muerto el segundo, ha de suceder el tercero, que es el orden necessario, y preciso, que les conviene, segun la doctrina asentada en estas materias, *ex relatis supra num. 40.* y de otro modo, no se observaria dicho orden en todos los sobredichos, sino en algunos de ellos, que era violentar, y dimidiar la letra contra todo Drecho, y Fuero, *ex supra quoque adductis num. 35. & seqq.*

§.

174 La septima consideracion dexa en el *num. 87.* sin llamamiento al Conde, aunque sea descendiente masculino del primer fillo masculino de los primeros Donatarios; y la razon, que para esto dà es, el dezir, que en el llamamiento de los hijos, y descendientes de los primeros Donatarios; la linea subalterna, y transversal del hijo primogenito, en que està comprehendido el Conde, no està llamada; por aver de suceder los descendientes varones, servando orden de genitura, de mayor en menor, en que el Conde no cabe; y ser los substituidos, en defecto del primogenito, el segundo, y sus descendientes varones, en que tampoco el Conde tiene comprehension; y cita algunas doctrinas en terminos de prelacion general de varones a hembras. Y explicandolo mas, quiere dezir, que en el llamamiento, y substitution primera del primer fillo masculino de los

los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquel, solamente están llamados, y substituidos los descendientes primogenitos, y por linea derecha, y no los descendientes secundogenitos, ni los demás, por ser de linea subalterna, y transversal, y aver de suceder servando orden de generitura de mayor en menor; y que en el segundo llamamiento, y substitucion del otro fillo masculino de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquel, tampoco tiene comprehension el Conde, por ser descendiente masculino del primero, y no del segundo.

175 Para el convencimiento de esta consideracion no era necesario mas, que preguntarle si es verdad, que el llamamiento del primer fillo masculino de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquel se halla escrito, ò no? Y si es verdad, que el Conde es descendiente masculino del primer fillo masculino, ò no? Y si dicho primer fillo masculino, y descendientes masculos de aquel, están inmediata, y sucesivamente puestos tambien en condició para passar al segundo llamamiento, y substitucion del otro fillo masculino, y descendientes masculos de aquel, ò no? Y por no incurrir en la nota de citar textos, y doctrinas, donde no son menester, *legem, enim, vel rationem querere ubi habemus sensum, est infirmitas intellectus*, como dixo Baldo *cons. 360. num. 3. lib. 3.* dexarle a considerar el axioma, *in claris non est locus conjecturis*, y el *standum est chartæ*, y despedirnos de este punto.

176 Pero para mayor demonstracion de la abierta violencia, que haze a la voluntad expresa, y disposicion literal, que al Conde favorece, diremos lo primero, que la limitacion, y dimidiacion, que quiere hazer de la descendencia masculina del primer fillo masculino, lacerando todo lo escrito en la donacion, la funda en suponer, que solo están llamados, y substituidos los descendientes de la linea derecha, que son los primogenitos, y no los descendientes secundogenitos, tertio genitos, &c. que son los de la subalterna, y transversal; no aviendolo imaginado los Donantes, y siendo tan conocida la forma de explicar la linea derecha, quando los Fundadores de los Mayorazgos la quieren poner, *vt apud Valenz. cons. 97. Gama decis. 354. Gutierrez cons. 13.*

177 Lo segundo, que siendo el primer llamamiento, y

substitucion de todos los descendientes del primer fillo masculino de los primeros Donatarios, absoluto, y claro; no puede negarse, que qualquiera descendiente del dicho primer fillo masculino, es de la linea recta de aquel; y que en faltando el primogenito, se haze primogenito el segundo, ex D. Ludovico de Molina lib. 1. cap. 5. num. 20. vbi Addentes cum alijs, quos retulimus supra num. 40. & benè Valenzuela d. cons. 97. num. 18. lib. 1. ibi: *Et illicò, quod D. Gomezius, Marchionis frater decessit, ipse remansit maior, & primum locum occupavit primogenituræ in linea recta, ut probat Isernia in cap. 1. §. præterea, col. penult. vers. Sed quia ponitur, quæ sit prim. caus. benefic. amit. quem sequitur ibi Afflictis gloss. 1. num. 23. Tiraquell. de iur. primogen. quæst. 3. num. 6. Anchar. cons. 82. num. 8. Cravetta cons. 98. num. 7. & 9. Menoch. cons. 220. num. 19. & seqq. lib. 3. Molina lib. 1. cap. 5. num. 20. & 72. & probatur in d. cap. licet de voto, cap. grandi 2. de sup. negl. Prælat. in sexto.*

178 *Et extincto primogenito, secundogenitus eiusdem lineæ, quia nemo eum præcedit, dicitur primogenitus, ex leg. Proximus 92. ff. de verb. signif. §. Proximus instit. de legit. agnat. success. Vnde inquit Bald. cons. 275. num. 9. vers. Quibus salvis, lib. 2. illum dici primogenitum, qui tempore, quo feudum aperitur, in rerum natura est primus, Mandell. cons. 60. num. 13. lib. 1. Bursat. cons. 229. nu. 21. vol. 3. Idem Bald. in l. 2. nu. 7. Cod. de iur. emphyt. dicens: ET DICITUR primogenitus ille, qui tempore mortis emphyteutæ alios antecedit: quia successio habet naturam relationis ad tempus mortis, & ideo inspicitur prioritas, quæ tunc in rerum natura versatur, ff. ad Trebell. leg. Ex factò, §. penult. ET ITA secundogenitus, si ante se nullum habeat, tempore successionis delatæ, ius primogenituræ sibi acquirit, Bald. in l. Si quis, §. talem, num. 2. Cod. de secund. nupt. & in leg. num. 5. vbi las. num. 121. Cod. de iur. emphyt. Alex. in leg. Ex factò, §. si quis autem, num. 3. ff. ad Trebell. Tiraquell. de iur. primogen. quæst. 3. num. 6. & seqq. Tyber. Decian. cons. 7. num. 60. vol. 1. Malvasia cons. 22. num. 28. & alijs, Mantica lib. 8. tit. 10. num. 6. Patil. cons. 77. incipit ad veram, num. 139. vol. 4.*

179 *Et num. 29. ibi: Et ita verba illa: Que sean varones por linea derecha, solum verificata fuere in persona D. Gomezij, fratris Marchionis, & in ipsomet Marchione, cum uterque esset masculus, & descendens per lineam rectam, ideoque per istam clausulam*

vocantur, & comprehenduntur, cap. 1. de eo qui sibi, & heredibus suis, quem ita pulchrè inducit Paul. de Castro in l. 1. num. 3. Cod. de cond. insert. & ibi additio, lit. A. Mandel. conf. 87. num. 4. Muta decis. 65. num. 12. & est text. notab. in Authent. de hered. ab intest. vers. Si quis igitur.

180 Y en los num. 33. y 34. declara, que el transversal no comprehendido, es el de otra linea, y descendencia posterior, qual era el contendor en su caso; pero no el hermano del ultimo poseedor; que aunque sea transversal en respeto suyo, es de la linea derecha, en respeto a la cabeza de la mesma linea, y descendencia del padre de entrambos, alli: *Quare, cum D. Gundisalvus non sit lineæ directæ, sed transversalis, & inflexæ; invari nequit verbis dictæ clausulæ, quæ verè, & realiter ei non conveniunt, & per consequens, nec dispositio, l. 4. S. toties, ff. de damn. infect. Ioann. Gutier. conf. 2. num. 18. ET E CONTRARIO, cum verba conveniant dicto Marchioni, & D. Gomezio, eius fratri, uti masculis lineæ directæ; planum est illis convenire, & in eis verificari præfatam dispositionem, cap. Indemnitatibus, S. sed cum eas, de elect. in 6. quem esse meliorem de iure scribit Tiraquell. in leg. Si unquam, verb. Libertis, num. 2. Cod. de revoc. donat. QVO genere arguendi utitur Paul. Cast. conf. 85. nu. 2. & conf. 241. part. 1. ut ostendat, aliquem esse vocatū, & comprehensum in substitutionibus, Hieronym. Grat. conf. 63. num. 16. & 17. lib. 1. Y assi, aunque los Donantes huvieran puesto la expresion de linea derecha, siempre se verificava en nuestro caso; y solo podia estar el pleito entre el Conde, y otro transversal de posterior linea, y descendencia.*

181 Lo tercero dezimos, que la consideracion contraria solamente se acuerda de guardar orden de primogenitura, de mayor en mayor, con la generalidad, que en si suena; y olvida, el que despues de aver llamado, y subtituido los Donantes, ordenada, y sucessivamente, a solos, y todos los hijos masculos de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquellos; contrae el orden de genitura, y mayoria solamente a ellos, y entre ellos, cerrando la primera parte de su disposicion con la clausula, *servando EN TODOS LOS SOBREDICHOS orden de genitura, de mayor en mayor, &c.* la qual propia, y verdaderamente considerada, no parece puede aver quien dexa de enten-

entenderla, exclusiva de las hembras; pues antecedentemente no avia substituido aun alguna de ellas; antes para passar a su primer llamamiento, y substitucion, bolviò a poner en vna condicion colectiva à todos los sobredichos varones, alli: *E si serà caso, que los dichos nombraderos morràn sinse fillos masclos, è descendientes de aquellos masclos;* terminos tan especificos, que no dån lugar a la aplicacion de quanto en contrario se discurre, ni a la de las doctrinas generales de Peregrino, y Fusario, citadas en dicho *num.87.*

182 Tampoco lo que se dize en el *num.88.* a favor de la hija del vltimo poseedor, puede tenerla: porque esse favor se le reconoce a qualquiera que lo sea, en terminos, ò regulares, ò genericos, y dudosos, de preferencia de varones a hembras; pero los de nuestro caso no lo son, por muchas razones fundamentales, especialmente en Aragon.

183 La primera es la general de aver de juzgar, segun lo escrito en la carta, ex *Observant. Item Iudex 16. de fide instrumentor.* y esta es exclusiva de hijas, y descendientes hembras, en los tres llamamientos, y substituciones de varones de la primera parte de este Mayorazgo, segun consta por su lectura, y assi de las que lo fueren de los vltimos poseedores.

184 La segunda es la especifica, de que en este Reyno no se han de inducir, ni introducir mas llamamientos, ni substituciones, que los que el Fundador del Mayorazgo huviere dispuesto, y ordenado, ex *dictis in 1. allegat. num. 32. & seqq.* y aqui en ninguno de los tres llamamientos, y substituciones de la primera parte de este Mayorazgo, pusieron, ni interpusieron los Fundadores llamamiento, ni substitucion alguna de hembra, hija, ni descendiente de vltimo poseedor.

185 La tercera es, el que en materia de llamamientos, y substituciones de lineas, y descendencias, assi en fideicomissos, como en Mayorazgos, regulares, ò irregulares, siempre se ha de observar en la sucesion el orden de prioridad, ò posterioridad, que los Fundadores dexaron dispuesto; segun el qual, el primer llamamiento, y substitucion ha de entrar, y suceder primero, que el segundo, y el segundo, que el tercero, y el tercero, que el quarto; y assi de los demás; y mientras aya persona capaz



de las llamadas, y substituidas en la anterior, no puede entrar, ni suceder alguna de la posterior, ex Iuribus, & Authoribus relatis in 1. *allegat. num. 18.* & alijs.

186 La quarta es, el que aun el passar a llamar, y substituir las hembras, fue debaxo de la condicion individua, colectiva, y qualificada de morir los primeros Donatarios sin hijos varones, y descendientes de aquellos, varones, como se lee en la condicion; y la condicion se ha de verificar, segun Derecho, y Fuero, y reglas verdaderas de Mayorazgos, para que la substitution condicionada pueda entrar, ex iam supra adductis.

187 La quinta, es lo especifico, è inmediatamente sucesivo, y encadenado de dichos tres llamamientos, y substituciones de la varonia, que por precisión, y necesidad literal, excluye su intermision, è introduccion, ò interposicion de hembras; y lo separado, y discretivo del llamamiento, y substitucion de ellas, que empieza en la segunda parte del Mayorazgo, y quarto lugar de su disposicion, debaxo de la condicion sobredicha; y quanta sea la fuerza de la separacion, y discrecion de llamamientos, y substituciones en estas materias, lo tenemos probado in 1. *allegat. num. 67.* & seqq. & est notissimum.

188 En el *num. 89.* propone el argumento, que con el segundo llamamiento, y substitucion del segundo hijo de los primeros Donatarios, se haze contra las hijas, y descendientes hembras del primero, por no hallarse estas en el primero llamadas, ni substituidas, sino solos los hijos, y descendientes varones; y hallarse estos tambien solos, sucesiva, è inmediatamente puestos en condicion para el segundo llamamiento, y substitucion, sucesiva, è inmediata del dicho hijo segundo varon de los primeros Donatarios, y descendientes varones de aquel, en que tampoco ay llamada, ni substituida hembra alguna; que en la verdad es fuerte, y eficaz; y a que responde, diciendo: que aunque la descendiente hembra se halle pospuesta, y preferida por el descendiente varon del segundo llamamiento, y substitucion del segundo hijo de los primeros Donatarios, y este se halle pospuesto, y preferido por el descendiente varon del primero; no por esto el descendiente varon del primero, se deve anteponer, y preferir a la hembra pospuesta, y preferida

por el descendiente varon del segundo, segun la doctrina de Luis de Molina, y otras que refiere, que dizen no procede en materia exclusiva de hembras, *si vinco vincentem te, à fortiori vincam te.*

189 Pero dichas doctrinas hablan, como resulta por su lectura, en terminos de no aver disposicion, que ordene la preferencia, y se quiere estender de vn caso a otro, por argumento; que entonces, siendo la extension en materia odiosa, por exclusiva; no se admite la extension de vn caso a otro, ni de vna persona contra otra persona; mas en el caso presente, en donde ay disposicion con preferencia, expressa, y literalmente ordenada, de la primera substitution a la segunda, de la segunda a la tercera, y de la tercera à la quarta, no se aplica la respuesta.

190 En el *num. 90.* se niega la preferencia del segundo hijo varon de los primeros Donatarios, y descendientes varones de aquel, a las hijas, y descendientes hembras del primero, y los suyos, bolviendo a querer retrogradar, introducir, è interponer dichas hembras, en caso de morir con solas hijas qualquiera varon de la linea, y descendencia de los primeros llamados, y substituidos con la repeticion al principio ideada, de la condicion de faltar los varones del vltimo poseedor; como si por faltar vn poseedor descendiente varon del primer hijo, sin ellos, faltassen todos los demàs descendientes varones, que puede aver, y en la realidad de verdad oy le ay de aquel mismo hijo, qual es el Conde; y como si fuera lo mismo morir qualquiera descendiente varon del dicho primer hijo varon de los primeros Donatarios sin varones, lo que solamente serà a faltar vno; que morir dichos primeros Donatarios sin ellos; lo que se ha de verificar faltando todos; que es la condicion necessaria, y precisa para que pueda entrar el llamamiento, y substitution de las hembras: siendo tan diverso, y distante lo vno de lo otro, como se dexa conocer, y se ha ponderado, y probado yà bastantemente.

191 Desde el *num. 91.* hasta el 115. pondera, y expende el *conf. 13.* de Gutierrez, que es de los que escribieron adelantando el dictamen àzia el favor de la hija del vltimo poseedor, y recogiendo opiniones singulares para fundarlo. Y aun-

que

que al principio del consejo explica, que le diò fundado en las clausulas especiales de la disposicion, que se le consultava, y no refiere clara, è integra la serie, y contextura de ellas, contentandose con referir vna clausula aora, y otra despues, de que nace alguna obscuridad, y dificultad en perceber, y comprehender con certeza la forma individual de la disposicion: Parece, que el caso fue el hallarse vna Testadora con vn hijo varon, y que instituyò a este en primero lugar, y despues a su hijo mayor, al nieto, y al visnieto, varones, de dicho hijo primero llamado; y en falta de todos ellos, llamò al hijo següdo, ò menor del mismo hijo primero llamado, y despues a su hijo mayor varon, y a su nieto, varon; y en falta de todos, llamò a vna hija del mismo hijo de la Testadora primero llamado; añadiendo, que con las condiciones dichas sucediessen en dicho Mayorazgo los hijos, descendientes de dicho primero llamado, por linea derecha, y legitima, antes los de la masculina, que de la femenina, y el hijo, ò nieto, esto es, hijo de hijo mayor, antes que otro, segun propone en el argumento del *num. 6. in fine.*

192 Muerta la Testadora, sucediò su propio hijo primero llamado, y despues el hijo mayor de este, y despues vn nieto, que muriò dexando vna hija, que era la que litigava, como resulta de lo que dize *num. 9. vers. Nam cum nepos testatrix, &c.*

193 El hijo de la Testadora primero llamado tuvo otro hijo, que era secundogenito, y el menor, y de este vn nieto, que sobreviviò, y era el que tambien litigava, como resulta de lo que dize *num. 7. in fine.*

194 Con que pretendian, y contendian la sucesion vna hembra del primer llamamiento, y substitution, descendiente, y nieta del hijo mayor del primero llamado, è hija del vltimo poseedor; y vn varon del segundo llamamiento, y substitution, por ser hijo del hijo menor, substituido en segundo lugar, de dicho primer llamado. Y Gutierrez aconsejó en favor de la hembra contra el varon primo hermano de su padre, y patruo magno suyo.

195 Propone hasta el *num. 9.* los fundamentos, y razones, que favorecian al varon transversal, y despues resuelve por otras a favor de la hembra; las quales, ni pueden aplicarse à  
nuef-

nuestro caso, ni a disposicion de Mayorazgo, hecha en Aragon.

196 No pueden aplicarse a nuestro caso. Lo primero, porque aqui sobrevive vn descendiente masculino del primer llamamiento, y substitution del primer hijo masculino de los primeros Donatarios; circunstancia, que faltò en el caso de Gutierrez; en donde por la de los hijos, y descendientes masculinos del primer llamamiento, y substitution del hijo primero, ò mayor del instituido, y existencia de sola la hembra, è hija del ultimo poseedor; pretendia la sucesion el hijo masculino del segundogenito, y menor, de dicho instituido, que era yà del segundo llamamiento, y substitution, segun consta de la relacion del fecho referido; a cuyos terminos no ha llegado aun la sucesion de este Mayorazgo.

197 Lo segundo, porque en el caso de Gutierrez, el primer llamamiento, y substitution fue limitada en su principio; pues fue del hijo mayor del instituido, y de su nieto, y visnieto; pero despues la adicionò, è inmutò inmediatamente la mesma Testadora con las palabras subsiguientes, relativas, generales, y comprehensivas de varones, y hembras, con prelación generica, è indeterminada de estos à aquellas, que refiere en el num. 6. in fine, y en el num. 27. vers. *Ad tertium fundamentum, &c.* alli: *Item, que con las condiciones dichas ayan este Mayorazgo los hijos, y descendientes del primero llamado, por linea derecha, y legitima, toda via de la linea masculina, antes que la femenina; como advierte el mismo Gutierrez num. 27. vers. Ad tertium fundamentum, in fine, ibi: Quia dispositionem extendit testatrix nunc in prædictis verbis ad ulteriores descendentes filij primum vocati: ne fortè intelligeretur, id tantum voluisse in liberis, nepotibus, & pronepotibus prædicti filij sui, primum vocati, quos in initio clausulæ tantum expresserat.*

198 Y como vna de las condiciones de lo antecedente era, que si el llamado, y substituido moria sin hijo, nieto, ò visnieto, sucediesse la hija; y esta condicion expressa, y literalmente la repitiò despues la Testadora en las palabras inmediatas, y subsiguientes, en todos los sucesores, y descendientes de aquel llamamiento, y substitution; inferia Gutierrez, que se avia de practicar en el ultimo poseedor de dicho primer llamamiento,  
y sub-

y substitucion; y así, que aviendo faltado todos los varones de ella, entrava el llamamiento, y substitucion de su hija, vt num. 17. in fine, ibi: *Nam testatrix tantum exclusit filias fœminas, propter filios, & alios descendentes masculos possessoris Maioratus: quibus deficientibus expresse vocavit filiam maiorem eiusdem possessoris: Ergo filia ex filio masculo ultimo possessore non excludetur propter patruum magnum, hoc est, patruum patris sui: siquidem hoc minimè expresse testatrix, & sic noluit quia, si vellet, expressisset.*

199 Pero en nuestro caso a principio llamaron, y substituyeron los Donantes en primero lugar al primer hijo masculo de los primeros Donatarios, y a los descendientes masculos de aquel, en que los comprehendieron todos; sin que tuviesen necesidad de mas extension, ni de repeticion alguna para comprehenderlos; y sin que despues añadiessen, ni inmutassen lo solo, y privativo de la varonia, en lo comprehensivo de varones, y hembras, que se lee en el caso de Gutierrez; en que si bien prefirió los de la linea masculina à los de la femenina; dió con lo generico, è indeterminado de esta prelacion, ocasion, y lugar a que Gutierrez la interpretasse por la via regular de preferir, dentro de su mesma linea, y grado; lo que en nuestro caso se haze imposible: porque como falta la materia de lo adicionado, repetido, è inmutado, que en el de Gutierrez se lee; sino que antes bien, inmediata, y successivamente, y sin palabra, ni mencion comprehensiva de hembras, pusieron los Donantes en condicion a solo el dicho primer hijo masculo de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquel para passar al segundo llamamiento, y substitucion del otro hijo masculo de dichos primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquel; de aqui es, que no ay capacidad, ni habilidad de terminos para interpretacion semejante, nullius entis, nullæ sunt qualitates.

200 Además, de que aqui passaron los Donantes inmediata, y successivamente a llamar, y substituir especifica, y privativamente al segundo hijo masculo de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquel, sin palabra tampoco, ni mencion de hembra alguna, dexa de la condicion de faltar el primero, y los suyos; y despues inmediata, y successivamente

pusieron en condicion a dicho segundo hijo masculino, y descendientes masculinos de aquel, para passar a llamar, y substituir à qualquiera otro hijo masculino de los mesmos primeros Donatarios, y los descendientes masculinos de aquel; y despues inmediata, y successivamente los llamaron, y substituyeron especifica, y privativamente con la calidad pura de masculinos, sin palabra, ni mencion alguna de hembra; y vltimamente, viendo, que dexavan yà llamados, y substituidos a todos los hijos, y descendientes masculinos de los primeros Donatarios, los pusieron a todos inmediata, y successivamente, en condicion para passar al llamamiento, y substitucion de las hijas, cogiendolos de cabeza, y por el principio vnico de todos, que era lo que assegurava la comprehension de la deficiencia de todos ellos, y así dixeron: *E si serà caso, que LOS DICHOS NOMBRADOS MORRÀN sinse fillos masculinos, y descendientes de aquellos, masculinos, sucedan las fillas de ellos, &c.*

201 Lo tercero, porque aun las palabras añadidas en el caso de Gutierrez para la prelación, fueron: *toda via DE LA linea masculina, antes que la femenina*; y Gutierrez entendió, que la hembra podia decirse *de linea masculina*, por ser de padre varon de aquella linea, *vt num. 34. ad finem, vers. Ad quartum fundamentum*. Pero en nuestro caso no se hallan semejantes palabras, sino las puras, y precisas de hijo masculino, y descendientes masculinos de aquel, en que no caben las hembras; circunstancia decisiva del punto a nuestro favor, como el mesmo Gutierrez reconoce, respondiendo al quarto fundamento, que favorecia al varon transversal, por la doctrina, que refiere de Paulo de Castro, allí: *Ad quartum fundamentum respondeo, quod Paulus de Castro dict. cons. 300. ipsiusque sequaces, loquuntur expressè, quando in emphiteosi, de qua agitur, adest conventio, quod generatio masculina præferatur fœmenina; fœmina verò, licet sit ex masculino, non est generatio masculina, vt patet. At verò in proposito, non adest talis clausula, sed illa: Toda via de la linea masculina, antes que de la femenina; quo casu, cum filia vltimi possessoris sint, & descendant ex linea masculina maiori, & deficient masculini ex ea; manifestissimè sequitur, quod ipsa præferri debeant patrio magno.*

202 Lo quarto, porque en las palabras que añadió la Testadora

tadora en la clausula del primer llamamiento, y substitution; explicò la calidad de *la linea derecha*; de la qual no era el varon transversal, y patruo magno de la hija del ultimo poseedor, por ser este hermano de su abuelo, y no de su padre; y asi no ser ambos varones hermanos, è hijos de vn mismo padre, que son los que Valenzuela *loco supra cit. num. 177. & seq.* dixo, que estàn en linea derecha; y esta circunstancia tampoco se halla en nuestro caso, porque ni ay expresion de linea derecha, sino antes vniversal comprehension de todos los descendientes del primer hijo masculino de los primeros Donatarios; y aunque la huviera, es el Còde hermano del ultimo poseedor, y consiguientemente hijo de vn mesmo padre, y asi està dentro de la linea derecha de aquel.

203 Lo quinto, porque aunque en el caso de Gutierrez avia tambien la condicion de faltar los primeros llamados, y substituidos, para que sucediese la hija del primero, como refiere en el *num. 9.* que fue esta: *Et si a la sazón de vuestro finamiento no dexaredes el tal varon, nioto hijo de vuestro hijo mayor, legitimo varon, ò otro alguno hijo varon legitimo, & de legitimo matrimonio nascido; quiero y ordeno, que aya este Mayorazgo la vuestra hija mayor, que a la sazón fuere viva; pero como antes de esta condicion yà quedava la disposicion del primer llamamiento, y substitution declarada, ò interpretada por la adicion, extension, repeticion, y prelacion regular de varones a hembras, que avia mediado entre lo dispositivo, y condicional, y con que la Testadora se explicò mas, como se ha referido; era consequente el entender, que los varones puestos despues en la condicion, para llamar, y substituir la hija, eran solos los descendientes masculos del hijo mayor del primer llamado, y de la linea derecha del ultimo poseedor; en que se diferencia de nuestro caso, en donde, ademàs de lo especifico, y privativo de la varonia en todos los llamamientos, y substitutions anteriores de los hijos masculos de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquellos, y lo inmediato, y sucesivo de las condiciones especificas, y privativas, tambien de la mesma varonia de la linea, y descendencia del vn hijo a la del otro; la condicion ultima, debaxo de que passaron los Donan-*

es a substituir las hijas, fue clara, y literalmente comprehensiva de todos los hijos masculos de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquellos, como se dixo arriba.

204 Lo sexto, porque los puestos en la condicion del caso de Gutierrez, fueron, segun parece, el varon, nieto del instituido, hijo de su hijo mayor, ò otro hijo del mesmo hijo mayor; y lo limitado de dicha condicion no comprehendia al varon transversal, y patruo magno de la hija del vltimo poseedor, que era hijo del hijo menor del dicho instituido, como el mismo Gutierrez declara en el *num. 25. vers. Secundo fundamento*; lo que no se puede dezir en las condiciones de nuestro caso, pues assi en la especifica, y successiva, entre la primera substitucion del primer hijo masculino de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquel, y la del segundo, y los suyos, como en la colectiva, y vniversal entre el vltimo llamamiento, y substitucion de todos los varones, y el primero de las hembras, se halla el Conde comprehendido, y puesto, indubitavelmente.

205 Lo septimo, porque no solo estendiò alli la Testadora lo dispositivo del llamamiento, y substitucion de los descendientes de su propio hijo instituido, con la comprehension inmediata, y subsiguiente de varones, y hembras, repeticion de condiciones, y prelación generica, è indeterminada, entre ellos, y ellas, que se ha referido; con que lo sugetò, segun entendiò Gutierrez, a la iuterpretacion de lo regular; sino que bolviò a repetir expressa, y literalmente aquella extension, despues de lo condicional del llamamiento, y substitucion de la hija; confirmando, q̄ en el de los descendientes anterior, repetido, y ampliado, queria comprehender a varones, y hembras, de calidad, que al que muriessse sin varones, le avian de suceder las hijas, como se vè en las palabras, que despues de lo condicional refiere inmediatamente Gutierrez *d. nu. 9. alli: Con las condiciones, è prohibiciones dichas, ayan, y heredè este dicho Mayorazgo los vuestros hijos, descendientes por linea derecha, legitimos de legitimo matrimonio nascidos, è no otros algunos*; ampliacion, y repeticion, que tampoco media en nuestro caso, ni despues de lo dispositivo, ni antes, ni despues de lo condicional; sino que a cada llamamiento, y substitucion de los hijos, y descendientes masculos de los primeros



meros Donatarios, y a todos juntos, los dexaron, y conservaron los Donantes en su primera parte de Mayorazgo, con lo puro, y privativo de su calidad de masculinidad, haziendo classe, ò linea separada de todos ellos, y concluyendola, y cerrandola con la clausula, *servando EN TODOS LOS SOBREDICHOS orden de genitura, de mayor en mayor*; sin intermision, interposicion, introduccion, ni mencion, aun generica, de hembras, y llamando despues, y substituyendo a estas separadamente en su segunda parte, clase, y linea femenina, y debaxo de la condicion de morir los primeros Donatarios sin hijos masculos, y descendientes de aquellos, masculos; que fue lo mismo, que dezir, despues de todos los sobredichos masculos llamados, y substituidos en la primera parte, clase, ò linea vniversal de la masculinidad.

206 Lo octavo, porque Gutierrez escriviò en Mayorazgo fundado en vn Reyno, en donde por lo especial de sus leyes se halla yà establecido el orden de los llamamientos de la primogenitura, ò Mayorazgo, como en el de Castilla, con cuya disposicion se podia entender, que, en duda, se avia conformado el Fundador; y que aquellos llamamientos legales, y tacitos, avian de declarar lo dudoso de los expessos de la funcacion; lo que no puede hazerse lugar en Aragon, en donde no ay mas primogenituras, ni Mayorazgos, ni en ellos se atiende a otro orden, ni llamamientos, que los que el Fundador expresa, dexando lo omisso por omisso, y desestimando lo tacito, y legal de otros Reynos. Y mas quando se quiere introducir vn llamamiento tacito, para excluir, ò alterar el expesso; como aqui para exclusion de los descendientes masculos, llamados expresamente en primero lugar; el de las hembras, llamadas solamente en el quarto, y llamadas debaxo de la condicion de morir los Donatarios sin dichos descendientes masculos; condicion, que nunca se ha verificado, como consta en processo.

207 Y assi dicho Autor junta para su discurso la costumbre regular de suceder en los Mayorazgos de España, sub *num.* 14. y mas expresamente *num.* 21. & 22. y con especialidad en su caso, por la clausula del testamento, que en dicho *num.* 22. transcribe, y dezia: *Gozedes de ellos vos el dicho mi hijo, è vuestros*

descendientes por la *via*, è *manera susodicha*, è los ayades con los privilegios, è libertades, que han, y deven aver los bienes de Mayorazgo, segun Derecho, è Fuero, y uso, y costumbre de los Reynos de Castilla; cõ cuyo supuesto, y el de las addiciones, y ampliaciones, que hizo la mesma Testadora, relativas, y repetitivas de lo antecedente, como queda dicho; và discurrendo en todo su consejo con doctrinas generales, y capaces de la interpretacion regular, vt patet ex relatis *num. 11. & seqq.* que son los fragmentos, que la alegacion contraria transcribe, ex *num. 98. ad 114.* de cuyo corte eran tambien las que transcribió *num. 67. usque ad 71.* deviendo se entender todas ellas en suposicion de vn llamamiento comun, y comprehensivo de varones, y hembras, en que las clausulas, ò palabras generales, è indeterminadas, sean preferidos los varones a las hembras; ò aviendo varones, no sucedan hembras, y otras semejantes, solamente darian prelación regular, y no llamamiento primero de calidad; por ser cosa diversa, el dezir el Fundador generica, è indeterminadamente, que prefieran los varones a las hembras; ò que aviendo varones, no entren a suceder las hembras; cuya generalidad recibe la determinacion de lo regular; que el llamar primero a solos los varones; y en falta de todos ellos, llamar despues a las hembras; pues en el primer caso las mismas clausulas, ò palabras prelativas, suponen por antecedente necessario llamamiento comun, y cõprehensivo de ambos sexos, iuxta tradita per Addetes ad Molin. *lib. 2. c. 17.* y en el segundo no, sino separado, discretivo, y condicional el de las hēbras, debaxo de la deficiēcia de todos los de los varones.

208 De modo, que, ò hablan dichas doctrinas en terminos de Mayorazgo intituido en Reyno, ò Provincia, en donde por sus leyes, ò costumbres, se halla establecido yà el orden regular de los llamamientos de primogenitura, ò Mayorazgo; que entonces se entiende, que los Fundadores implicita, ò tacitamente se conforman en lo que instituyen con el orden regular, y legal de su Reyno, y Provincia, no explicando lo contrario, vt apud Valenz. *cons. 97. à num. 68. & seqq. & 95. & seqq. præsertim num. 108. & confirmat num. 199.* Y esto no puede hazerse lugar en Aragon, en donde no ay orden foral de llamamientos, ni substituciones, ni se estiman los implicitos, ni tacitos de

otros

otros Reynos, ò Provincias, sino lo que el Fundador explica en la escritura.

209 O hablan en terminos de aver llamamiento, y substitution de calidad; pero que el Fundador la declara despues con clausulas, ò palabras de preferencia de varones a hembras, que suponen concurso, y comprehension de vnos, y otros en èl, como advierten los Adicionadores ad Molin. *lib. 2. cap. 17.* reduciendolo con esta declaracion por antecedente necessario à llamamiento regular, como en el caso de Valenz. *conf. 97.* y de Gutierrez *d. conf. 13.* y de Ramona *conf. 100.* en el qual no estamos; porque en los primeros llamamientos en que nos hallamos, no ay clausula, ni palabra alguna de preferencia de varones a hembras, sino de varones a varones; y aunque despues ay llamamientos de hembras, hijas de los primeros Donatarios, y descendientes de ellas; esto fue poniendo primero en condicion a todos los hijos, y descendientes varones de dichos Donatarios, para que entrassen las hembras; y assi la preferencia en este caso fue de todas las lineas de los varones, a la linea de las hembras; con que dentro de las lineas de los mesmos varones, no quiso llamar hembra alguna; y cessa la capacidad, y habilidad de terminos, para poderse considerar la preferencia regular, que discurren algunos Autores *intra eandem lineam, & gradum*, en terminos habiles, capaces, y abiertos, para que pueda entrar su discurso, è introducir las hembras en los llamamientos de los varones, y mezclarias con ellos; à que resiste clara, y notoriamente la escritura en nuestro caso, yà por lo preciso, literal, y expreso de los llamamientos sucesivos de varones, y yà por la fuerza de la condicion para el llamamiento de las hembras; de cuya verificacion pende vnica, y necesariamente el que hembra alguna pueda suceder; siendo lo vno con lo otro demonstracion evidente de su exclusion en los primeros llamamientos; y esto lo confirma Valenzuela *dict. conf. 97. præfertim num. 37.* pues en los primeros llamamientos de hijos, y sus descendientes varones, reconoce exclusion por la calidad; y solo discurre en el quarto llamamiento de la hembra, dentro del qual avia capacidad, por lo implicito, ò tacito de lo legal de Castilla, para la comprehension de las hembras.

O ha-

210 O hablan en terminos de aver antecedentemente vn llamamiento comun, y comprehensivo de varones, y hembras, vt apud Peregrin. *de fideicom. art. 25.* Alvarad. *de coniecturat. mente defunct. lib. 1. cap. 3. §. 4. num. 40.* Mieres *de maiorat. part. 2. quest. 6. num. 107. vers. Et est animad. vertendum, &c.* y despues clausulas, ò palabras de calidad prelativa; que entonces se han de referir dichas clausulas, ò palabras, a las personas comprendidas en el llamamiento, por la preferencia regular, y legal entre vnas, y otras, ex Valenz. *dict. conf. 97. nu. 117.*

211 Y diferente cosa es, el aver, y leerse en la escritura de la fundacion de vn Mayorazgo en Aragon, vn llamamiento literal, y claro de toda vna descendencia, y linea contentiva, de calidad de varonia, y debaxo de la condicion de la deficiencia de ella, otro llamamiento de la feminina; que el suponer por la disposicion legal de otros Reynos, ò Provincias vn llamamiento regular, y comprehensivo de varones, y hembras, y à porferlo a principio, ò yà por aumentarse despues clausulas, ò palabras de prelacion de vn sexo a otro sexo: Pues en el primer caso, toda la primera linea contentiva de calidad, està preferida sin capacidad, ni habilidad de terminos para el concurso de persona alguna de la segunda linea femenina, con las de la primera, por lo literal, y discretivo de su llamamiento qualificado, y lo condicional, y comprehensivo de la segunda. Pero en el segundo caso, supuesto el llamamiento tacito, legal, y regular, conforme a las leyes del Reyno, ò Provincia, en que el Mayorazgo se funda, pueden entenderse, è interpretarse, ò el llamamiento antecedente, ò las clausulas, y palabras subseqüentes de calidad prelativa, respecto de las mismas personas comprendidas en aquel primer llamamiento, y dentro de aquella misma linea contentiva, por ser comun, y capaz de dicha interpretacion, y concurso, en que la preferencia se aplica, como se dixo arriba.

212 Ademàs, de que aun en los terminos de Mayorazgos de Castilla se aparta Gutierrez de las conclusiones, y doctrinas asentadas por los Autores de aquel Reyno; pues en el *num. 32.* dize absolutamente, que quando en alguna parte del Mayorazgo ay hembra llamada, se excluye de todo èl la razon de agnacion,

cion, con Don Luis de Molina *lib. 3. cap. 5. num. 25. 29. & 50.* y olvida el que D. Luis de Molina distingue, y declara su doctrina, entendiendo esto de la razón de agnacion, è irregularidad de toda la disposicion del Mayorazgo; mas no en respeto a los llamamientos, y substituciones antecedentes al de la hembra, que en estos dà por indubitable, por lo menos la nuda masculinidad, *vt in num. 37. & num. 50. vers. Septima conclusio, in fine, & vers. Ex quibus inferitur, in fine, cum alijs relatis in 1. allegat. num. 57.*

213 Y haziendose el mesmo Gutierrez el argumento, de que hallandose los masculos, puestos en condicion para passar la sucesion a las hembras, aviã de faltar todos antes que ellas pudieran suceder, *vt num. 27. vers. Nec obstabit modo illatio,* empieza a responder desde el *num. 28.* con doctrinas generales; y aumentando despues el argumento con la magistral de Don Luis de Molina *d. lib. 3. cap. 5. num. 30. ad 37.* que transcrivimos en la primera alegacion *num. 40.* y a quien sigue con otros muchos Burgos de Paz, citado por el mesmo Gutierrez *num. 31.* los quales siguen à Bartulo *in l. cum avus, num. 4. C. de institut. & substit.* Responde en el *num. 32. & seqq.* que se ha de entender, quando el fundador queria conservar su agnacion, con Philipo Corneo, y Padilla; Pero replicandose yã en el *num. 34. vers. Quod si iterum replices,* con la distincion, y declaracion de Don Luis de Molina, y los demàs, entre la agnacion absoluta para toda la disposicion del Mayorazgo, que es la disputable; y la limitada, y contraida a los llamamientos, y substituciones antecedentes al de la hembra, q̄ es la mas seguida; y con la diferencia de que Philipo Corneo, y Padilla hablaban en substituciones, de extraños, y no de descendientes del Fundador, en cuya comprobacion puede verse a Molina *lib. 2. cap. 12. num. 51. & in annotat. in calce operis, num. 10.* y a Mieres de maiorat. *part. 2. quest. 6. num. 102. vers. Advertant, & seq. cum alijs;* que es la de nuestro caso; procura responder, negando la replica, sin Autor alguno en quien pueda fundarse; antes se refiere a D. Luis de Molina, que es quien le convence, de donde se puede inferir lo mal fundado de su dictamen.

214 Lo nono, porque en el *num. 33.* yã reconoce, que quando de la serie de la fundacion resulta la prelación del

masculo mas remoto a las hembras mas proximas, han de preferir los masculos a las hijas de los poseedores, aunque lo sean, *ibi: Vel quando ex maioratus serie, & eius verbis, ita disponentem sensisse perspicuum est, scilicet, fœminam excludi per masculum remotiorem*; y en nuestro caso bien claro es, que los descendientes masculos de los hijos masculos de los primeros Donatarios, excluyen, y prefieren a las hijas; siendo asì, que aquellos de necesidad han de ser mas remotos, y estas mas proximas.

215 Lo dezimo, porque vltimamente se acoge *d.num. 34. ad finem*, a lo especial de la addicion, y ampliacion, que la Testadora hizo en su caso, del llamamiento, y substitution de los hijos de su propio hijo, instituido, y de sus nietos, y bisnietos, masculos, bolviendo a comprehender despues genericamente a todos los descendientes de dicho su propio hijo, en que tambien se comprehendian las hembras, *ex relatis supra, num. 210.* con relacion, y repeticion de las *condiciones dichas*, de las quales vna era la de si moria el sucessor sin varones, que sucediessen sus hijas; y con la prelación generica tambien, è indeterminada de los varones a las hembras, en que no aviendo voluntad, y disposicion especifica, y discretiva en contrario, como no la avia, podia entrar la interpretacion regular, que discurrìa.

216 Lo vndezimo, porque Gutierrez discurre con sola la razon de la agnacion, y olvida la de la sencilla masculinidad, *cum nuda masculinitatis, & non agnationis, sive sexus masculinidumtaxat rationem haberi posse in vocatione masculorum descendentium, certissimi iuris est, vt ex Molina, & Mieres, inquit D. Ioan. del Castillo lib. 3. controversiar. cap. 29. num. 23.* que es lo que le basta al Conde para excluir, y preferir a la Señora Marquesa, *ex relatis in 1. allegat. num. 59. & seqq. & in hac, num. 44. & seqq.* y con lo que D. Luis de Casanate respondiò al mesmo Gutierrez, y a otros, que junta con èl, *in cons. 50. num. 29. & seqq.* cuyo lugar yà transcrivimos *d. 1. allegat. num. 93. & seqq.*

217 Y vltimamente concluye con el *salvo meliori iudicio*, de consulente; y no se sabe, si el juicio que se hizo de su cõsejo, fue como el q̄ haze de otros el Eminētissimo Cardenal de Luca *in theat. verit. lib. 10. tit. de fideic. disc. 1. n. 20.* y aqui tenemos por nosotros la doctrina de los Maestros, que en vna, y otra alega-

cion

cion dexamos citados, como son D. Luis de Molina, y sus Adicionadores, Roxas, y el suyo, Peregrino, y otros; los quales en los celebres tratados que escribieron, solamente atendieron a la enseñanza publica, para cuyo fin siempre figuen lo mas cierto, como lo hizo D. Luis de Molina, segun lo dexò advertido en la prefacion al suyo, *circa finem, ibi: Illud tamen hìc admonere non prætermitam, cum de tam multis opinionibus mihi fuerit toto opere differendum, eam me in iudicando, & approbando, rationem semper fuisse sequutum, quæ potioribus (quantum assequi ego potui) fundamentis confirmari mihi videretur;* digno por esto del julto elogio con que lo enlalza Mieres, referido *in d. 1. allegat. num 56.*

218 Fuera, de que aviendo tantas circuntancias en el caso de Gutierrez, que en el nuestro no concurren, verificandose lo que a otro proposito refiere Carrasco *in legib. recopilat. cap. 9.* y con el D. Juan de Larrea *allegat. Fiscal. 118. num. 14.* que folia dezir el doctissimo D. Antonio Padilla, y Meneses, alli: *Sed cautè, & perspicacitèr hoc est tractandum, & iudicandum, cum ex factò ius oriatur, & ex varietate facti, quæ frequentissima est, varietur ius; & solebat dicere Dominus Antonius Padilla, & Meneses, ut audi-vi à Domino Licenciato Ioanne Fernandez de Boaneius, nunc meritissimo Indiarum Consiliario.* Iamàs vi pleito, que tenga la cara como otro: *Quod proclamabat Padilla, dum esset Regius Auditor, & postea Præses Indiarum.* Poca, ò ninguna ponderacion puede hazerse de su consejo, quando la mas minima circuntancia de diversidad bastàra para ello, como dixo con Paulo de Castro, y otros, D. Juan del Castillo *lib. 4. controversiar. cap. 6. num. 39. ibi: Imò, & in minimo etiam verbo testamenti consistit magnus effectus, ut inquit Castrensis, &c.*

219 Con esto cessa la ponderada aplicacion, que la alegacion contraria procura persuadir de dicho consejo al caso presente, no reparando en que la Testadora, asì despues de la primera substitucion del hijo mayor de su propio hijo, primero llamado, è instituido, y de su nieto, y bisniero, masculos, antes de passar a la condicion de la substitucion de la hija de dicho primer llamado, è instituido, que refiere la alegacion contraria, *num. 95.* como despues de la mesma substitucion de dicha hija, que refiere *num. 98. 105. y 111.* estendiò inmediatamente

mente dicha primera substitucion con las dos clausulas relativas, y repetitivas, que en los *num.* 197. & 205. hemos referido; a cuya estension, relacion, y repeticion expressa, y literal, atribuye Gutierrez toda la fuerza de su consejo a favor de la hija del ultimo poseedor; por bolver a comprehender en dichas clausulas todos los descendientes del hijo de la Testadora, primer llamado, è instituido, como se ha dicho, con relacion a las *condiciones dichas*, y consiguientemente con la de si murieren sin hijos varones, que sucediessen sus hijas, y la prelacion regular de los varones a las hembras; lo que haze totalmente diverso aquel caso de este.

## §.

220 La octava, y vltima consideracion, que se haze ex ad-  
verso, *num.* 115. *vsque ad* 120. consiste, en aver sido varon, y hembra, los Donantes; de donde se arguye tambien comprehension de hijas, y descendientes hembras en los llamamientos, y substituciones de la donacion, con Ramona, D. Luis de Molina, Gutierrez, y otros, que se citan para el mismo fin; pero tampoco obsta esta consideracion; lo primero, porque no negamos la comprehension de las hembras, que en los terminos de las doctrinas referidas se duda, sino del orden, lugar, y tiempo, en que han de suceder, que es cosa diversa.

221 Lo segundo, porque las doctrinas que se refieren, son en terminos de caso dudoso; de si estan, ò no comprendidas las hébras en el Mayorazgo, como se vé en el caso de Ramona, cuyo llamamiento era del pariente mas cercano, como èl mismo declara en el *n.* 489. *ibi: Disposuit enim aperte, iussitque, propinquiorè in gradu succedere; ac vocando propinquiorem, censetur vocasse masculos, iuxta ac fœminas;* y en el de D. Luis de Molina *d. lib. 3. cap. 5. num. 73. & 74. ibi: In casu dubij;* y en el de Gutierrez, de que ya bastantemente se ha tratado; mas en el presente, tan clara es la comprehension de las hembras, como el orden, tiempo, y lugar, en que han de suceder, por todo lo que dexamos representado; y assi no tienen aplicacion dichas doctrinas, pues como dixo el mismo Ramona *num.* 458. *Certissimum est, ubi adest clara dispositio, ad nullam aliam interpretationem esse recurrendum.*



222 Y a demàs de esto, Gutierrez tambien hablò, pretendiendo excluir la razon de la conservacion de agnacion en el Mayorazgo de que tratava, como resulta de sus palabras; disputa que tambien cessa en nuestro caso.

§.

223 Hasta aqui han corrido las consideraciones, y discursos de la otra parte contra lo llano, corriente, claro, y literal del llamamiento, y substitution del Conde, que en el mesmo titulo, con que la Señora Marquesa se incluye, se lee; las quales, sobre obscuras, y violentas, baltàra, que fueran dudosas para que no se pudieran estimar, como dixo Valenz. *conf. 97. num. 64.*

224 Desde el *num. 121.* se empieza a responder a la alegacion de esta parte, y presupuestos constantes, que en ella hizimos, recurriendo contra el tercero en el *num. 125.* a su principal argumento, de que el orden prelativo entre los hijos varones, y de todos ellos a las hembras, và siempre dependiente de la muerte de los poseedores; de modo, que en muriendo qualquiera de ellos sin varones, devan suceder las hijas hembras; pero con tan notoria violacion, inversion, y perversion del orden claro, literal, y especifico de los llamamientos, y substitutions, que se hallan escritas; como lo demuestra, el querer aplicar, retrotraer, y retrogradar a la muerte de qualquiera poseedor sin varones la condicion de morir los primeros Donatarios *sin fillos masculos, è descendientes de aquellos, masculos,* debaxo de que vnicamente estàn llamadas las hijas de ellos; que es solemne contraposicion; pues aviendo muerto dichos primeros Donatarios con descendientes masculos, que aun oy duran; falta la condicion de aver muerto sin ellos, y se excluye con su mesma repeticion, retrotraccion, y retrogradacion, el defeto de masculos, que al tiempo de la muerte de qualquiera poseedor, se quiere considerar; sin que pueda darse tiempo alguno, en que no aya descendientes masculos, aunque no del vltimo poseedor, de que los Donantes no hablaron, por cuya razon sola su deficiencia nada importa; pero si de los primeros Donatarios, que es lo que haze al

caso ; pues fueron los primeros llamados , y substituidos , y los que los Donantes pusieron en la condicion , para el llamamiento , y substitucion de las hembras. Y assi a qualquiera parte que se quiera llevar, y traer dicha condicion, y quiera verificarse falta de masculos , se ha de encontrar con la existencia, y sobrevivencia de ellos, con implicancia inevitable de la contradiccion , que en todo el discurso de la alegacion contraria se ha difundido.

225 Y es tan cierto , que hallandose desciente masculino de los llamados, y substituidos en primero lugar, qual lo fue, y es el Conde, al tiempo de la muerte del vltimo poseedor, que lo fue el Señor Marques Don Ioseph ; deve dicho descendiente masculino suceder, y no la hija de dicho vltimo poseedor; que aunque despues dicha hija tenga hijo masculino , yà no puede entrar en la sucesion, ni excluir al que al tiempo de deferirse aquella, se hallò capaz de suceder, como advierte Mieres de maioratu, part. 2. quæst. 6. num. 174. ibi: *Testator ordinavit, quod maioratus deveniret ad masculum in defectum descendencium : mortuus fuit vltimus possessor bonorum maioratus absque masculino, cum filia quæ nondum erat prægnans tempore mortis patris, sed postea fuit facta prægnans, & peperit masculum. Decisum fuit, quod talis masculus non potuit excludere alium masculum proximiorum tempore mortis avi: quia tempore successione fuit in consideratione.*

226 Y este caso lo tiene por indubitable Fontanella de pact. nupt. tom. 1. claus. 4. gloss. 25. num. 12. y poniendo solamente la quætion en el de aver fenecido la linea, ò descendencia masculina, y concurrir a la sucesion vn masculino , y vna hembra, descendientes ambos de la femenina , tambien la resuelve a favor del masculino, ibi: *His præcognitis veniamus ad casus particularium substitutionum, quæ quandoque solent in ijs capitulis matrimonialibus fieri. Primum locum, uti valde practicabilis, occupabit is, qui fuit in nostro contextu depictus; quando, scilicet, vocantur primò masculi, & in istorum defectum fæminæ; circa quem, quamdiu masculi prioris lineæ existunt, parum difficultatis res habet; multum autem in secundo casu, quando finita, & extincta linea masculorum, solum superest linea fæminina, & ex ea reperiuntur masculus, & fæmina; tunc enim dubitari contingit, quis eorum sit præferendus, &*

debeat succedere? *Resolutivè* respondeo, quod masculus sine dubio; quia, ex quo disponens vocavit prius masculos, & in eorum defectum fœminas, videtur semper voluisse præferri masculum, sic pulchrè Ant. Gomez in l. 40. Taur. num. 63. qui dicit textum esse in id valde notabilem, de eo qui sibi, vel hæredibus suis masculis, & fœminis investituram accepit, in *v. sib. feud. ubi gloss.* & alij per Gomez allegati sequuntur.

227 Y en el num. 13. advierte con Don Luis de Molina, que procede lo mismo, aunque el masculino sea descendiente de hembra, y la hembra de masculino, por aver de atender aun despues de fenecidos los primeros llamamientos de masculos, yà que no a la calidad de agnacion, por lo menos a la de la nuda, ò sencilla masculinidad, alli: *Quod procedit, etiam si masculus esset descendens ex alia fœmina; fœmina autem ex masculino, ortu tamen (ut retineatur idem thema) ex alia etiam fœmina; cum enim in istis vocationibus, in quibus fœminæ vocantur, non censeatur considerasse disponens agnationis rationem, sed solius, & nude masculinitatis prerogativam contemplasse; inde fit quod quando masculi existunt, si ve illi sint ex fœmina descendentes, si ve ex alio masculino, exclusæ semper fœminæ censentur, & appellatione masculorum veniunt masculi descendentes ex fœmina; sic pulchrius quam ego referre possem docet Molina de primogen. Hispan. lib. 3. cap. 5. num. 48. ubi postea num. seq. Quia in maioratu instituto à fœmina non censeatur in vocatione masculorum habita agnationis ratio, sed solius masculinitatis prerogativa contemplata; inde fit quod eo casu verbum masculis, masculos ex fœminis descendentes comprehendit.*

228 Aunque la mayor dificultad consiste, en si aviendo yà passado la sucesion de la primera linea, y descendencia por falta de masculos, a la segunda en que los avia; y faltado tambien despues estos en ella, dexando vna hembra; sucederà esta, como de la linea del ultimo poseedor, ò bolverà la sucesion a buscar los descendientes de la hembra de la primera, que por falta de masculos quedò postergada, como el mesmo Fontanela propone, num. 17. resolviendola en favor de los descendientes de la primera linea, alli: *Sed eodem primo themate retento, in quo vocata fuerat prius linea masculina, & fœmi-*

nina in masculina defectum; ponamus successisse, quod discurrente  
 successione inter filios masculos, finita ea linea fuit, quia ultimus  
 mascululus non reliquit alium filium masculum, sed fœminam,  
 ob quod effectum extitit, quod alteri lineæ masculorum, post  
 primam vocatæ, fieret locus; sed postea hæc etiam masculo-  
 rum linea similiter defecit, quia ultimus non reliquit mascu-  
 lorum, sed fœminam descendantem; queritur, non existente alia  
 linea masculina, quæ valeat succedere; quis debeat admitti,  
 an fœmina huius ultimæ lineæ, in qua aderat tunc successio, an verò  
 revertatur ius ad illos prioris lineæ ex fœmina descendentes, qui prop-  
 ter masculos secundæ fuerant exclusi? Gravissima hæc est quæstio,  
 quæ multum disputata in Senatu proximis annis fuit, in causa nobilis  
 Petri Vila, & Clasqueri, contra nobilem Feder. Mecha, ad relatio-  
 nem Egregij olim Senatoris, & nunc in Supremo Arag. Regentis,  
 Salvatoris Fontaner, scriba tunc Palau, nunc Simone Font; qua in  
 re licet varia ab advocatis utriusque partis dicta fuissent; difficultas  
 tamen, meo iudicio, in paucis consistebat; dicebat enim fœmina secundæ  
 lineæ, quod ex quo fœmina prioris fuerant semel exclusæ, semper  
 propterea remanebant exclusæ absque aliqua spe unquam amplius suc-  
 cedendi, quamvis succederet deficere aliquando lineam masculinam se-  
 cundo loco vocatam; ad idque allegabat regulam vulgarem, quod fœ-  
 mina semel exclusa, perpetuò remanet exclusa; sed respondebant qui  
 ex prima linea successionem prætendebant, regulam fore intelligendam  
 durante causa exclusionis, taliter quod non possit dici fœmina semel  
 exclusa, perpetuò exclusa, sed suspensa tantum successio, durante causa  
 exclusionis; & sic existentibus masculis secundæ lineæ, propter  
 quos fœmina alterius lineæ fuerat exclusa; cæterum eis deficien-  
 tibus (inquirebant) reverti ad eos debebat ius succedendi; quia nulla  
 esset ratio, quamobrem ita fieri non deberet; sic in terminis docet Molina  
 de primog. Hispan. lib. 3. cap. 5. num. 72. cuius doctrinam sequutum  
 audi vi Senatum in decisione supradiçtæ causæ, ut inferius dicemus,  
 Adde quod docent Franciscus Vinius decis. 541. lib. 4. Gayl. pract.  
 obs. lib. 2. obs. 148. Thesau. decis. 63. num. 5. Peregr. de fideicom.  
 art. 27. à num. 16. Alexand. Raud. conf. 2. num. 22. lib. 1. & omnium  
 latissimè Blas. Flor. Diaz. de Mena in addit. ad decis. Gam. 27. ubi  
 larga ad Doctores remissio.

*sis foeminae secunda, declaravit Senatus in supradicta causa sub die 5. Novembris 1603.*

230 Doctrinas, que aunque para nuestro caso no sean necesarias; pero para declarar, y confirmar, que la duracion de los llamamientos, y substitutiones anteriores de las descendencias, y lineas de los masculos, es constante exclusion de las posteriores de las hembras, hasta que las anteriores acabaren, son demonstrativas, y classicas.

231 Quierefe tambien aplicar con estrañeza al fin de dicho *num.* 125. vn fragmento de las clausulas de la substitution de las hijas, y sus descendientes, señaladamente aquellas palabras, *por el dicho orden*, puestas en la sucesion de los descendientes de dichas hijas, y relativas al orden de suceder, que entre ellas avian los Donantes explicado, a saber es, *de mayor en mayor, servando orden de primogenitura*, como en la clausula final de los llamamientos, y substitutiones de los hijos masculos de los primeros Donatarios, y sus descendientes masculos, lo avian tambien expreffado; sin que en ellas pueda considerarse mas misterio, que el repetir, entre los descendientes de las hijas el orden sucesivo, que entre las mismas hijas quedava explicado, como consta por su lectura. Y si algun argumento puede hazerse, es a favor de esta parte, por lo discreativo, y separado modo de llamar, y substituir, de que en dicho llamamiento, y substitution colectiva de las hembras, y sus descendientes, usaron los Donantes, *ex relatis in 1. allegat. num. 103. & seqq.*

232 En el *num.* 126. se trae con mayor estrañeza otro fragmento de la clausula final de la donacion, que despues de todos los llamamientos, y substitutiones, y especialmente despues del ultimo del pariente mas cercano, y parienta mas cercana de los Donantes, respectivamente, que fuesen habiles a contraer matrimonio, concluye, diziendo: *En los quales ayan lugar las cosas primerament dichas, è no en otros algunos*, que tampoco tiene mas misterio, que repetir en ellos lo mesmo que en los primeros Donatarios, y contentarse yà para la sucesion de dicho mayorazgo con los llamamientos, y substitutiones, que hasta alli avian hecho, expreffando, que no querian

transcender a otros para en adelante, vt ibi: *E no en otros algunos.*

233 En el *num.* 127. reconoce con los Autores, que citamos en nuestra primera Alegacion, el quarto presupuesto de la distincion de Mayorazgos, regular, è irregular de agnacion propia, è impropia, y de nuda, ò sencilla masculinidad; aunque dize no es facil la aplicacion de alguna de las especies de Mayorazgo irregular, a nuestro caso. Pero que en la primera parte de la donaciõ de q̄ tratamos, y dentro, y en respeto de los llamamiẽtos, y substituciones de los hijos masculos de los primeros Donatarios, y descendiẽtes masculos de aquellos, sea irregular, y de calidad de agnacion, ò nuda, y sencilla masculinidad, limitada a dichos llamamientos, y substituciones, aunque no absoluta, y estendida a toda la disposicion, y segunda parte de la donacion, lo dexamos yà fundado con Don Luis de Molina, y otros a quienes no serà facil dar otro sentido, ni satisfacion.

234 En los *num.* 128. y 129. se reconoce tambien el quinto presupuesto de la diferencia entre los Mayorazgos de Castilla, y los de Aragon, y que en aquellos se admiten suplementos tacitos, y en estos no, por la disposicion Foral de estàr a la carta, y de tenerse lo omisso por omisso; pero dize, que para la perpetuidad del Mayorazgo, se ha de suplir igualmente en este Reyno todo lo necesario, con algunas doctrinas, que cita, aunque el suplemento de las calidades de agnacion, ò nuda masculinidad, en ninguna parte se supla. Lo que no puede obstarnos, porque ni tratamos, de que el mayorazgo se acabe, ni de que calidad alguna se supla, ò estienda, sino de que se observe lo dispuesto por los Donantes, y la calidad escrita, que se requiere dentro, y en respeto de los primeros llamamientos, y substituciones, para suceder en èl.

235 En los *num.* 130. 131. y 132. se reconoce asì mismo el vltimo presupuesto; de que los fundadores de los mayorazgos pueden excluir, ò omitir las hembras, aunque sean hijas, ò descendientes de vltimos poseedores; pero dize, que esto es odioso, y que asì los fundadores lo han de explicar en su disposicion; citando para esto algunas doctrinas, y el exemplar de la causa del Condado de Atarès; nada de lo qual re-

fraga

fraga a nuestro intento ; porque tenemos disposicion literal successiva, y bien ordenada, mientras duren los primeros llamamientos, y substituciones, a favor de los hijos masculos de los primeros Donatarios, y los descendientes masculos de aquellos, sin que dentro de ellos, ni en respeto suyo, se pueda dudar, ser la primera parte del mayorazgo de calidad masculina ; y mas con el discretivo llamamiento posterior de las hembras, en cuyos terminos no ay Autor, que dude de esta verdad, y todo lo que en contrario se refiere, es en los de vn Mayorazgo regular, distintissimos de nuestro caso.

237 Desde el *num.* 133. entra a responder a la doctrina de D. Luis de Molina *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 30. *ad* 37. bolviendo al tema, de que a cada llamamiento, y substitucion de cada vno de los hijos masculos de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquellos, y aun a cada hijo, y descendiente masculino, que muera sin ellos, se han de entender inmediatamente substituidas las hembras, juzgando de su quarto llamamiento, y substitucion, a su arbitrio, como lo avia menester para aplicar su idea; incurriendo, como se dixo arriba, en la inversion, perversion, retrogradacion, y alteracion de todo el orden especifico, y discretivo de suceder, primero todos los hijos, y descendientes masculos, y despues las hijas, y descendientes hembras, con las evidentes contradicciones, que semejante discurso trae consigo a lo dispuesto, y escrito en la Donacion; pues los Donantes quisieron, y dispusieron, que todos los hijos masculos de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquellos, sucediessen primero por su orden successiva, è inmediatamente, guardando entre si el de la primogenitura, y mayoria, sin intermision, ni interposicion alguna de hembra; y el discurso contrario quiere, que estas sucedan primero, y aquellos despues, intermitiendo, è interrumpiendo lo successivo, è inmediato de dichos llamamientos, y substituciones de los hijos masculos de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquellos.

238 Y quando los Donantes tambien quisieron, y dispusieron, que dichos primeros Donatarios muriessen sin hijo, ni descendiente alguno masculino de los que dexavan primero llama-

mados, y substituidos, y que todos los sobredichos faltassen, por precisa, y literal condicion, para que sucedieffen las hembras; el discurso contrario quiere contraer, y limitar dicha condicion a cada hijo, y descendiente masculino, que muera sin ellos.

239 Y quando segun la disposicion, y letra clara de la voluntad, y disposicion, no puede dudarse, que el quarto llamamiento, y substitucion de las hembras, es con la mediacion, è interposicion de todos los sobredichos hijos, y descendientes masculinos de los primeros Donatarios; sea el quarto llamamiento, y substitucion de las hembras, la inmediata, no solo a cada descendencia, y linea masculina de cada vno de los hijos masculinos, sino tambien, que dichas hembras se lean, y sean las inmediatamente substituidas a cada hijo, y descendiente masculino, sin mas razon, que el quererlo discurrir assi.

140 Desde el num. 140. hasta el 156. refiere en confirmacion de lo que discurre, otro fragmento de la alegacion, que del Señor D. Luis de Casanate, en favor de Doña Catalina de Gurrea, Ximenez de Cerdan, por los años de 1624. en la causa de la Baronía de Torres de Berrellen, que yá se refirió arriba, y a que yá en parte tambien respondimos, nu. 154. ad 158. Mas el caso del Señor D. Luis de Casanate fue muy diverso del nuestro, assi en lo dispositivo, como en lo condicional. Porque lo dispositivo fue, segun ex aduerso se refiere, num. 141. vn llamamiento generico de cinco nietos varones, y sus descendientes varones para siempre; y lo condicional para la substitucion inmediata de las hembras tambien fue generico, alli: *Y en falta de varones las descendientes hembras*; y la disputa fue entre vna descendiente hembra del primer nieto, y vn descendiente varon del tercero, como es notorio, y del fecho de la causa consta; de donde se vienen luego a la vista las circunstancias, que diversifican vn caso de otro.

141 Porque en lo dispositivo, alli no especificò, ni ordenò el fundador, que si el primer nieto moria sin hijos varones, y descendientes varones, sucedieffe inmediatamente el segundo, y los suyos, y si el segundo moria sin ellos, sucedieffe inmediatamente el tercero, y los suyos, y assi de los demás nietos,

y sus



y sus descendientes varones; con que faltò la condicion, y orden preciso, de vn nieto, y sus descendientes varones, al otro, y los suyos; y configuientemente la substitucion inmediata de vn nieto, y su descendencia de varonia, a otro nieto, y la suya con el enlace, y cadena de la condicion intermedia exclusiva de la intermision, è interposicion de las descēdientes hembras; como se halla especificado, y ordenado en nuestro caso.

242 Tampoco en lo condicional especificò, ni ordenò, que las descendientes hembras sucediessen en caso de faltar todos los cinco nietos, y sus descendientes varones, como en nuestro caso lo hizieron los Donantes; sino que genericamente dixo, y *en falta de varones las descendientes hembras*; y así precediendo, como precedia, vn llamamiento generico de cinco nietos, y cabezas de cinco lineas, y descendencias; y subsiguiendose inmediatamente la condicion generica de *en falta de varones*, y la substitucion generica tambien, *de las descendientes hembras*; esta generalidad de lo dispositivo, y lo condicional, causava incerteza, y duda, en como se avia de entender lo generico de la substitucion, que era la vnica razon en que el señor Casanate fundava su alegato; y como en las cinco lineas, y descendencias de los cinco nietos, juridica, y naturalmente se comprehendian cinco de varones, y otras tantas de hembras; y lo dispositivo llamava a la sucesion genericamente a las cinco lineas, y descendēcias de varonia, sin el preciso enlace, y encadenamiento de vnas a otras; y lo condicional explicò con la mesma, y aun mayor generalidad, la falta de varones, ibi: *Y en falta de varones*, substituyendo con igual generalidad las hembras, ibi: *Las descendientes hembras*: se pudo hazer juicio de que lo generico de la disposicion dava capacidad, y abertura, para que lo generico de la condicion, y substitucion se entendiesse con igual correspondencia, singularis referendo!, esto es, que pues eran tambien cinco las lineas, y descendencias de las hembras; aquellas palabras, y *en falta de varones, las descendientes hembras*, como divisibles, se avian de referir a su deficiencia, y substituciõ, correspondiente por lo regular de linea a linea, y de descēdencia a descēdencia, y que a la linea de cada nieto, y sus descendientes varo-

nes, avia de corresponder en la duda de vna, y otra generalidad, la descendencia de las hembras de aquella mesma linea; y q̄ assi la descendiēte hembra de la primera, como mas proxima al vltimo possedor, avia de preferir al varon descendiente de la tercera, como mas remoto, y de linea diversa.

243 Pero en nuestro caso, como tantas vezes se ha dicho, además de hallarse lo dispositivo de los llamamientos, y substitutiones de los hijos masculos, de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquellos, especifica, successiva, è inmediatamente enlazados; de calidad, que excluyen su intermision, è interposicion de las hembras; preceden al quarto llamamiento, y substitution de estas, tantas condiciones especificas, è inmediatamente successivas, de aver de faltar dichos hijos masculos de dichos primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquellos; quantos eran, y podian ser dichos hijos masculos, y sus lineas, y descendencias de masculos: Y vltimamente, la condicion colectiva, è individua, de aver de morir los mesmos primeros Donatarios, padres, y vnica cabeza, y principio de todos, sin hijos masculos, y descendientes masculos de aquellos, en que natural, juridica, y precisamente estavan, han estado, y están comprehendidos todos ellos, como antecedentemente llamados, y substituidos. De calidad, que sin verificarse su deficiencia vniversal; con la particular no prueban aver llegado el caso de su llamamiento, ò substitution las hembras. Con que no pueden tener aplicacion los casos, ni las doctrinas, que en el suyo juntò el Señor Casanate.

244 Ni en los terminos del caso presente se hallarà Autor, que niegue lo que defendemos; especialmente en Reyno como este, por averse de juzgar en èl por la sencillez, y propiedad de lo escrito en la carta, y hallarnos dentro aun del primer llamamiento, y substitution del primer hijo masculino de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquel, en que no ay duda están comprehendidos todos los que lo fueren, como exornando el *Authentic. de hered. ab intest. venient.* y tratando de esta materia de admision, ò exclusion de hembras, advirtiò Mieres *de maiorat. part. 2. quest. 6. num. 380.*

vers.

versl. *Et pro ornata textus*, con Curcio Iunior, y Tiberio Deciano, alli: *Et pro ornata text. in dict. Authent. de hered. ab intervenient, & nostre materiae, & quaestionis, & lectorum utilitate, animadverto de quadam singulari accuratissimi, & doctissimi Curt. Iun. doctrina, cons. 87. n. 2. lib. 1. ubi vult, quod quando testator ad fidei commissum vocavit masculos descendentes, eo quia descendentium appellatione, veniunt descendentes in infinitum; masculi etiam in infinitum censentur vocati, in exclusionem feminarum, & inter omnes masculos censetur factum reciprocum fideicommissum, quem citat Tiber. Decian. in cons. 44. inter cons. Portij num. 3.*

245 Y aunque dentro de la linea, y descendencia del dicho primer hijo masculino, puedan considerarse lineas subalternas; pero como los Donantes no llamaron, ni substituyeron dentro de ella, sino a los masculos; la linea se ha de entender de esta calidad masculina, y toda ella vna mesma linea, en respeto de dicho primero hijo masculino, cabeza, y principio suyo; sin que la sucesiõ pueda passar al llamamiento, y substitucion de otra (como aqui se pretende q̄ lo ha de hazer al de la femenina) segun la doctrina, q̄ asienta con Robles de Salcedo, D. Iuan del Castillo lib. 5. contr. cap. 93. n. 4. diziendo: *Quod omnes ex linea primi substituti, preferuntur descendentibus ex linea secundo substituti; & de prima linea ad secundã transitus nõ fit, quo usq; omnes ex prima deficiant: etiam si alius respectu fundatoris proximior sit, & quod id, etiam in transversalibus procedit. Et addit num. 15. & 16. quod in primogenijs tot lineae principales sunt, quot principales substituti: & tot lineae novae pullulant, quot sunt filij ultimi possessoris, & earum quaelibet ab eorum quolibet initium sumit; attamen quod omnes descendentes ex primo vocato, licet inter se diversas lineas constituent, respectu fundatoris de vna linea dicuntur; & adhuc procedit indubitate conclusio praedicta, quod de vna linea eorum, transitus non fit ad aliam, quo usque omnes ex prima deficiant: Y no pudiendose negar, que los Donantes hizieron lineas, y descendencias separadas de varones, y de hembras, posponiendo las de las hembras a todas las de los varones; y esto con la condicion de morir los primeros Donatarios sin ellos; entra la regla, de que hasta fenecida la linea, y descendencia de la varonia, no puede entrar a suceder la femenina.*

246 En los *num.* 157. duplicado, 158. y 159. se quiere negar la distincion comun entre la agnacion absoluta, y vniuersal, y la limitada, y contraida a ciertos llamamientos, grados, ò personas, con el motivo de hallarse hembra llamada en la disposicion; pero se ha de advertir, que Don Luis de Molina entre los que se citan, *d. num.* 157. reconoce dicha distincion en nuestros mismos terminos, *lib. 3. cap. 5. num. 30. ad 37. & nu. 48. 49. & 59.* que es la doctrina magistral, y decisiva de este punto.

247 Ya Gutierrez respondimos yà *n. 212. & seqq.* y de èl dixo Don Iuan del Castillo *lib. 5. controvers. cap. 92. num. 10. in fine*, tratando de esta mesma materia: *quam non ita digerit, & nimis absolute loquitur Gutierrez in cons. 13.*

248 Al Señor Casanate en la Alegacion por Doña Catalina Cerdan, se ha respondido tambien.

249 Y nuestro Suelves *cons. 5. num. 48. lib. 3.* es asì, que fue de contraria opinion; si bien *num. 52.* confiesa, que Don Luis de Molina dentro de los primeros llamamientos de varones, admite la agnacion, aunque no le sigue, diziendo, que no estava en su caso.

250 Roxas, citado en el *num. 158.* reconoce tambien la agnacion limitada, aunque dize se ha de expressar; pero esto lo funda en la disposicion de las leyes de Castilla; y especialmente en la nueva Pragmatica, que refiere en el mesmo lugar, como en su original puede verse. Y el mesmo Autor en el otro lugar, que se cita *num. 159.* no habla en terminos de prececer sucesivos, y encadenados llamamientos de varones, como se hallan en nuestro caso, que hazen la materia clara; ni dize que dentro de ellos suceda hembra, antes asienta lo contrario en los lugares, que en nuestra primera Alegacion citamos; y en este mesmo lugar lo confirma; sino que habla en vna disposicion regular, ò dudosa, que es otro asunto.

251 Mas quando de la calidad agnaticia pudiera dudarse, no puede de la de nuda, ò sencilla masculinidad, que esta es indubitable, como dixo Don Luis de Molina *d. lib. 3. cap. 5. num. 50. vers. Septima conclusio, &c. in fine, ibi: Idque verum est quamvis inter ipsos masculos, qui fœminis præferuntur, & illorum*

respectu, non dubitandum sit, quin fœminæ exclusæ censeantur; que fue el argumento del Doctor Suelves, dict. cons. 5. nu. 25. & 26. en donde, respondiendo a los que se proponian en su caso; por la agnacion, dixo: Sed pro responsione observatur, compertum esse, masculos posse ad maioratum vocari, fœminis exclusis, alijs de causis præter agnitionem, ac illius conservationem, nempe propter masculinitatem, Molina, &c. Inde evenit quandam maioratum divisionem esse, quod alij agnationis sint, alij puræ, ac simplicis masculinitas, Castillo dict. cap. 129. num. 32. & cap. 133. num. 2. Probaturque; multæ enim sunt causæ masculos vocandi, fœminis exclusis. Primo ob qualitatem sexus, l. 1. ibi: Quia maior dignitas est in sexu virili, vbi Bald. ff. de Senat. l. ult. ff. de fide inst. l. In multis, ff. de stat. hom. vbi Gloss. Decius in l. fœminæ, num. 50. ff. de reg. iur. Lopus allegat. 101. num. 15. Fulgos. cons. 85. num. 20. Secundo, quia masculi fœminis idoneiores sunt ad bonorum administrationem, & conservationem, Fulgos. &c. Cessat ergo coniectura, in dubio proposita; si enim, eo ipso, quod, exclusis fœminis, masculi vocantur, agnationis maioratus constitutus censeretur, nunquam locus daretur maioratus simplicis masculinitatis.

252 Y lo confirma en el num. 39. ibi: Sed ut satisfiat, observo, aliquos Doctores dixisse, ex sola masculorum descendencium vocatione, descendentes ex fœminis non venire, quod agnatio eo ipso contemplata existat. Verum hoc convincitur ex supradictis: & quia nunquam masculinitatis maioratus verificari ponet; refiriendo a D. Iuan del Castillo.

253 Desde el num. 160. hasta el 170. se empieza a responder a los argumentos, ò circunstancias de agnacion, que en nuestra primera Alegacion ponderamos, num. 78. & seqq. en confirmacion, y corroboracion de nuestro asunto, juntando, y confundiendo la contraria en su respuesta la calidad de agnacion, y la de la nuda, ò sencilla masculinidad, sin discernir vna de otra, al parecer con cuydado, para que las doctrinas, que en terminos de la de agnacion vâ juntando, passen, como sino huvieran de examinarse, por comunes contra ambas calidades; quando ninguna de ellas se opone, por lo menos a la de nuda, ò sencilla masculinidad.

254 Y se deve notar, que lo que refiere en el num. 165.

por motivo de la causa de los Granadas, no lo es, sino fragmento de los motivos de la Real Audiencia, en el Proceso *Domna Ioanna Pernestan*; en donde se entendió, que el mayorazgo era de calidad, y que por aver esta faltado en los que pretendian la sucesion, se avia extinguido el mayorazgo, y avian quedado los bienes libres, y consiguientemente, que los podia aver buelto a vincular el Señor Duque de Villahermosa Don Francisco de Gurrea; y dicho fragmento responde al motivo de la causa de los Granadas, diziendo, que no obstava, por las circunstancias especiales de restriccion, que alli avia, de la calidad irregular; con que se tuerze el argumento contra la otra parte; pues lo que transcribe, y copia, no es el motivo de los Granadas, como se ha dicho, sino lo que el Señor Casanate respondió a él, que nos favorece.

255 Ni el otro fragmento que se transcribe de la Alegacion del mesmo Señor Don Luis de Casanate, por Doña Catalina Cerdan, prueba contra nosotros: Lo primero, porque lo que dize en dicho fragmento, respeta al primer llamamiento, y substitution de los hijos, y descendientes del Señor Don Alonso de Gurrea, Conde de Ribagorza, vinculante, del matrimonio, que avia contraído con Doña Ana Sarmiento, en que se ofreció la duda, de si estava, ò no, contemplada la calidad irregular de agnacion, ò sencilla masculinidad, que se disputò en la causa *Domna Ioanna de Pernestan*; y el Señor Casanate defendió la calidad agnaticia; y entre otros argumentos, que hazia para probarla, era el de otro llamamiento, y substitution, que no fue la que se disputava, de Doña Aldonza de Gurrea (hija de otro matrimonio) y de su primer hijo varon, y descendientes varones de aquel, que era claramente de calidad, como resulta de la disposicion del vinculo, que refiere a la letra, antes del *cons. 45. fol. 210. y del cons. 50. num. 29. & seqq.* en donde buelve a confirmar su argumento en favor de la calidad agnaticia; y despues passa a ponderar *nu. 32. & seqq.* la de la nuda, ò sencilla masculinidad en dicho llamamiento, y substitution de Doña Aldonza, y su primer hijo varon, y descendientes varones de aquel, dentro del qual no se ofreció duda sobre la calidad masculina; y assi la doctrina que escri-

vió en dicho *cons. 50. num. 32. & seqq.* que nosotros citamos, no es de la que habla en el fragmento de dicha Alegacion, ni podia hablar de ella, porque no fue la del pleyto, sino argumento para el llamamiento, y substitution, que se litigava.

256 Lo segundo, porque el caso de la causa de Doña Catalina Cerdan, mas nos favorece, que nos daña, pues si dentro de la linea, y descendencia del primer nieto varon, y sus descendientes varones, huviera avido descendiente varon; el mesmo Señor Don Luis de Casanate reconoce, que sucederia; pues toda la fuerza de su Alegacion se encaminó, a que el llamamiento generico de los cinco nietos, y sus descendientes varones, se avia de entender *distributive*, y no *complexive*, suponiendo, que la calidad de la varonia en cada llamamiento, y substitution, avia de excluir las hembras de su propia linea, y descendencia; pero no a las de las otras, segun alli se pretendia, por parte del varon transversal, como lo entendió la Real Audiencia, en el motivo de su sentencia, pag. 12. col. 1. referido en la Alegacion contraria, *infra num. 171. ibi: Quia responderetur, quod, cum deficiat littera quoad masculos omnium linearum, aut remotioris, cum clara exclusione feminae proximioris; & solum vocentur feminae post masculos indefinite à maioratu ordinario non alienum, SOLVM REPUTABITVR SUBSTITVTATA DOMNA IOSEPHA, DEFICIENTIBVS MASCVLIS SVÆ IPSIVS LINEÆ, nequaquam vero, deficientibus masculis ceterorum nepotum, ve littera, materia subiecta, & maioratus natura suadent.* Y aqui el Conde es descendiente varon de la mesma linea, y descendencia del primer hijo varon substituido, y del vltimo poseedor, como se dixo en el *num. 245.* Y tambien por ser hermano suyo, y ambos hijos de vn mesmo padre, es de su linea derecha de calidad, como tambien se dixo *num. 180.* Addendusque D. Ferdinandus del Aguila *in addit. ad Roxas de incompar. part. 1. cap. 6. ad num. 25. & 26. ibi: De linea recta, vide Mieres, &c. sub hac linea omnes descendentes continentur; & quamvis quilibet sibi, & suis diversam constituat lineam à linea alterius, tamen unusquisque cum suis descendens sub linea recta comprehenditur.*

257 Lo tercero, porque la doctrina del Señor Casanate  
en

en dicho *cons. 50. num. 32. & seqq.* la hallamos calificada en su concepto, y con su eleccion; pues la diò, y sacò a la luz publica con toda la autoridad, y estimacion, que merecia, y merecerà siempre la obra de sus celebres consejos, ò por compuestos para la comun enseñanza, ò por expuestos a la censura comun, de nacionales, y estrangeros; y la Alegacion referida, que escriviò despues, no llegó aun, ni ha llegado a merecer esta canonizacion.

258 Lo quarto, porque no es dicha doctrina de solo el Señor Casanate, sino de todos los Maestros, que en nuestra primera Alegacion, y en esta tenemos citados; sin que hasta agora se aya traído en contrario alguno, que formalmente niegue en nuestro terminos la calidad del mayorazgo de nuda, ò sencilla masculinidad dentro, y en respeto de los llamamientos, y substituciones de hijos, y descendientes masculos, llamados, substituidos, y puestos en condicion, inmediata, y sucesivamente entre vna substitucion, y otra, antes de passar a llamar, ni substituir hembras.

259 Lo quinto, porque en esta Ilustrissima Corte se juzgò dicha causa, en que escriviò el Señor Casanate, contra su escrito; y aunque en grado de apelacion se reformò la sentencia; cada Tribunal tiene su autoridad, y su opinion; y no concluye el argumento que puede hazerse con la reformation en el recurso, como advirtiò bien el Jurisconsulto Vipiano en la *l. 1. ff. de appellat.* alli: *Appellandi usus, quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est quis nesciat: quippe, cum iniquitatem iudicantium, & imperitiam corrigat; LICET non nunquam bene latis sententias in peius reformet: neque enim utique melius pronuntiat, qui novisimus sententiam laturus est.*

260 Desde el *num. 170.* se procura responder al segundo argumento, ò circunstancia, que persuade ser este mayorazgo, no solo de sencilla, ò nuda masculinidad, sino de rigurosa agnacion, dentro de los primeros llamamientos, y substituciones de los hijos, y descendientes masculos de los primeros Donatarios, que es la inmediata sucesion de los del primero a los del segundo, mediante la condicion precisa de faltar aquellos, para suceder estos; y parece se reduce su respuesta



en el *num.* 171.a que el llamamiento del hijo segundo masculino, y sus descendientes masculos, no se ha de entender independiente, ni absoluto, sino con la precisa correlacion de todos los demás, a cada poseedor, y al tiempo de su muerte, a quien solamente están substituidos sus propios hijos, y descendientes varones, sin extension a los de otra linea; de donde infiere, que aviendo muerto el Señor Marques Don Ioseph sin hijos varones, y con hija, le falta llamamiento, y substitucion al Conde, por considerarle de linea diversa, en cuya comprobacion refiere el fragmento del motivo de la Real Audiencia en la causa de Torres.

261 Mas todo lo que se responde queda convencido claramente con el llamamiento, y substitucion del *primer hijo masculino de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquel*; en que no se puede negar estar comprehendidos, y llamados, no solo el Señor Marques Don Ioseph, sino tambien el Conde, su hermano, como descendientes ambos de aquel hijo masculino; y ambos de su mesma linea, y descendencia; y entre los quales se ha de observar el orden de primogeditura, de mayor en mayor, segun la literal disposicion de la escritura; como tambien es inegable, que el llamamiento, y substitucion del *otro hijo masculino, y descendientes masculos de aquel*, es dependiente, y correlativo a la deficiencia de los del primero, por el inmediato, y preciso encadenamiento de la condicion, que los vne, y liga a entrambos; de suerte, que en falta de los del vno, han de suceder los del otro.

262 Y si el tiempo de la muerte de cada poseedor, que muere sin varones, y con hija, se considerasse, como la otra parte lo considera; en lo mesmo, que pretende viene a conocer, que se verificaria, yá desde entonces la condicion de la deficiencia de los varones; con que de necesidad avrian de entrar los del segundo llamamiento, y substitucion, excluido el Conde, siendo descendiente varon del primero; y si esto procediera con el Conde, sin embargo de ser primero llamado, y substituido, y hallarse puesto en condicion, con calidad siempre de masculino; mucho mejor avia de quedar excluida la hembra, que en la primera linea, y descendencia no esta llamada,

ni substituida, ni puesta en condicion para el transito a la segunda.

263 Y el fragmento del motivo de la Real Audiencia, para lo que haze a nuestro proposito, es decisivo ; pues considerando tantas lineas, y descendencias, quantos eran los nietos ; se entendiò que cada linea, y descendencia contenia dentro de si la exclusion de las hembras, hasta que huviesse fenecido ; y que en feneciendo avian de suceder aquellas en concurso del masculino de linea, y descendencia posterior ; en cuyo sentido, y consideracion corria el argumento de los Mayorazgos regulares, y su sucesion ; lo que no puede aplicarse al caso presente, por lo que se ha ponderado arriba *num. 154. ad 160. & num. 240. ad 246. & num. 255. ad 259.*

264 Y la segunda respuesta que se dà en los *num. 172. y 173.* con la diferencia de premorir, ò no, el hijo primogenito del poseedor, con solas hijas, y algunas doctrinas, q̄ se refieren, en q̄ dicha diferencia se funda ; no es del caso presente, en dõde por disposiciõ especial, y letra clara, ò no se ha de dar preferencia de varon en la primera linea, y descendencia del primer hijo masculino, ò si se dà, ha de suceder precisamente por ella el segundo, y sus descendientes masculinos.

265 En el *num. 174.* se tienen por inaplicables las doctrinas de Rosa, y Suelves, y lo mesmo dezimos nosotros al exemplar de la Casa de Segorbe ; y el dezirse, que Rosa perdiò, a demàs de no constar autenticamente de su vencimiento ; pudo ser por motivo, que no se opusiesse a las doctrinas en que fundava su dictamen, que son de las que nos valemos, sino por las circunstancias del caso, y fecho, sobre que escriviò ; ni en solo lo que escriviò Rosa nos fundamos, sino en su razon, apoyada de otros muchos Maestros, y graves Autores, que en nuestra primera Alegacion, y en esta van expendidos, y entre ellos el Doctor Suelves *dict. conf. 5.* a cuyo argumento no se dà satisfacion.

266 En los *num. 175. y 176.* se quiere tambien dar respuesta a la tercera circunstancia, ò argumento de nuestra Alegacion, sacado de la clausula expresa, y literal, que cierra la primera parte de este Mayorazgo, alli : *Servando en todos los*

*sobredichos orden de genitura de mayor en mayor*, antes de pasar a llamamiento, ni substitucion alguna de hembra; y dize dos cosas, que convencen manifiestamente la debilidad, con que se responde; la vna es, el reconocer, que si vivo el actual poseedor, muriere el hijo primogenito, sin hijos varones, y con hijas, estas, aunque nietas, y descendientes del vltimo poseedor, quedarian excluidas por el varon segundogenito; pero que muriendo el abuelo, y vltimo poseedor primero, que el hijo primogenito, le preferirian, y le excluirian dichas descendientes hembras; la otra es, que exceptado este caso, siempre se ha de observar el orden de vn Mayorazgo regular, en que no ay inconveniente, ni confusion alguna; deviendo entender, que si murieren los primeros Donatarios, ò qualquiere vltimo poseedor sin hijos varones, tienen llamamiento inmediato las hijas hembras.

267 Mas dezimos a la primera, ò por mejor dezir, le preguntamos; en que funda la diferencia de lo irregular, y regular del llamamiento, y substitucion del hijo segundo masculino, por morir antes, ò despues el primogenito del poseedor sin hijos varones, y con hijas, siendo siempre dicho llamamiento, y substitucion del hijo segundo masculino, y descendientes masculos de aquel, vno mesmo, debaxo de la condicion identifica tambien de faltar el primer hijo masculino, y descendientes masculos de aquel? Por ventura esta condicion, de que precisa, y vnicamente depende el llamamiento, y substitucion del hijo segundo, no se verifica igualmente muriendo el vltimo poseedor del primero, antes, ò despues de su hijo primogenito, sin quedar asi en el vn caso, como el otro descendiente alguno varon de su linea, y descendencia? Puede tampoco la sobrevivencia de dicho primogenito, ni el aver llegado a adquirir, como su padre, el derecho de poseedor, que es lo que con las doctrinas mal aplicadas de los *num.* 172. y 173. se quiere persuadir; hazer en semejantes terminos, que si muere sin hijos masculos, muera con ellos; ò hazer que la hija hembra sea hijo masculino; ni que a la deficiencia de masculos no se subliga inmediata, y precisamente el llamamiento, y substitucion de los demás hijos, y descendientes va-

rones; nadie, creeremos, que dirà, que pueda obrarse este milagro a lo juridico, ni a lo natural; sino con el deseo en la idea de su dilatada, aunque aerea, ò imaginada jurisdiccion.

268 Y si a lo regular huvieramos de atender este Mayorazgo, como ex aduerso se pretende; aunque el primogenito premuriera, avia de suceder la nieta hembra, segun nuestro Fuero *unic. De fideicommiss.* con quien cõforma la l. 40. de Toro en Castilla, y todo lo que los Autores traen sobre ella; esto se niega ex aduerso: Luego no es regular, sino irregular la primera parte de este Mayorazgo.

269 Dezimos tambien a la segunda, que sin duda la otra parte, con su buen deseo, transforma las condiciones, debaxo de que estàn substituidos los varones, y a estos las hembras; pues dize, que a cada poseedor, que muere sin varon se hallan las hembras *inmediatamente* substituidas; siendo esto contra vna letra tan clara, è integroversable, como la que dispone, q̄ en falta del primer hijo masculino, y descendientes masculinos de aquel, y cõsiguiente, y necessariamente al vltimo poseedor de ellos, q̄ muriere sin masculinos, suceda inmediatamente el hijo segundo, y los suyos; y q̄ si los primeros Donatarios murieren sin hijos masculinos, y descendientes de aquellos, masculinos, sucedan las hembras; buen pintar es, el querer dar a entender, que en la escritura, estàn de otro modo escritas ambas condiciones, que como en ella se leen: hablen cartas, y la observancia *Item lude de fide instrumentorum*, y quantos principios, y doctrinas ay escritas de llamamientos, y substituciones condicionales de calidad, como en nuestro caso.

270 Reconocese en el *num.* 177. la fuerza de lo discretivo de los llamamientos, y substituciones de masculinos, y hembras; pero se dize en los *num.* 178. 179. 180. y 181. que aqui no fue absoluta la discrecion, como en los casos de las doctrinas, que tenemos citadas a nuestro favor; sino limitada a las lineas de la actual sucesion. A que bolvemos a dezir, que la discrecion, y separacion de los llamamientos, y substituciones de todos los hijos masculinos de los primeros Donatarios, y descendientes de aquellos, masculinos, y del llamamiento, y substitucion de las hembras, es literal, y calificada, como

mo se lee en la escritura, y así ha de obrar el sucesivo, y discreto efecto que se reconoce, dentro, y en respeto de los primeros llamamientos, y substituciones de masculos con exclusion, mientras aquellos duraren, como con D. Luis de Molina, y otros, tenemos fundado; y añadimos aora a Don Juan del Castillo *tom. 6. controvers. cap. 133. num. 21. vers.* Ita quoque explicari, que declara el punto diziendo: que la question ha estado, y está, en si los llamamientos, y substituciones posteriores de masculos, para los quales mediò yà hembra, ò cognado, se ha de entender en su progreso, con la mesma calidad de agnacion, que los anteriores, ò con la de nuda, ò sencilla masculinidad, y que vnos han sentido lo primero, y otros lo segundo, conviniendo todos en la exclusion de las hembras. Ita quoque explicari, escribe, *atque accipi debent ea, quæ interprete, nostri tradiderunt in præfato casu; quando, scilicet, dispositio, aut maioratus vocatio prima, aut vocaciones aliquæ, in agnatis inceperunt, principiumque sumpserunt; postmodum autem cognati, aut etiam feminae vocantur; aliqui namque existimarunt, cognatorum vocaciones, & admisiones, recipere interpretationem, atque exemplum ab agnatione, agnatorumque vocatione, in qua maioratus, aut fideicommissum sumpsit originem, atque principium; & verbum masculos intelligendum esse per lineam masculinam uniuscuiusque ex vocatis; quoniam habito respectu ad superiores agnatorum vocaciones, totus maioratus censetur agnaticus, idque ex traditis per Gratum, in cons. 120. vol. 2. & alios Authores, de quibus per Molin. lib. 3. cap. 5. num. 48. & 50. Ludovic. Casanate in cons. 23. num. 4. Alij autem affirmant, quod quamvis maioratus in agnatis incipiat; si institutor postmodum procedit ad vocationem feminae, aut masculi cognati, hoc solum sufficit, ut credendum sit, quod ipse agnationem conservare noluerit, & quod vocaciones masculorum in agnationis consideratione non fundantur, sed simplici masculinitatis qualitate, propter excellentiam generis masculini, & maiorem aptitudinem ad sustinenda onera, & obligaciones maioratus, & continuationem nominis, & armorum, ut etiam apparet ex his Authoribus, quos Molina, & Casanate in locis relat. supr. commemorarunt.*

ferido *num.* 181. queda respondido con lo que dexamos dicho arriba, deviendo reparar tambien en aquellas palabras limitativas de su argumento: *Si non concurrant agnatio, aut coniectura, & presumptiones qualitatem irregularem convincentes*; aplicables literal, y expressemente a nuestro caso, dentro, y respeto de los primeros llamamientos, y substituciones de los hijos, y descendientes masculos de los primeros Donatarios.

272 Con que se satisface tambien a lo que se dize *ex num.* 182. *vsque ad* 190. tocante a la sucesion del Reyno, ingreso, y progreso de este Mayorazgo, y favor en caso de duda de las hijas de los vltimos poseedores. Porque dependiendo el orden de llamar, y substituir, especialmente en Aragon, de la voluntad de los Fundadores; y hallandose, assi en el ingreso, como en el progreso de la primera parte de este Mayorazgo, contemplada, y expresa la calidad de la masculinidad; ya sea agnaticia, ò nuda, y sencilla, segun muchas vezes hemos dicho; cessa la duda, de que dentro, y en respeto de sus llamamientos, y substituciones, estèn excluidas qualesquiera hembras, como lo dexò advertido Don Luis de Molina *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 50. *vers.* *Septima conclusio, in fin.* en aquellas palabras, dignas de que se tengan siempre a la vitta: *Idque verum est, quamvis INTER ipsos masculos, qui fæminis præferuntur, ET ILLORVM RESPECTV, non dabitandum sit, quin fæminæ exclusæ censæantur.*

273 Desde el *n.* 190. se passa a respòder al vltimo argumèto, ò circunstancia de lo irregular, q̄ en nuestra primera Alegaciõ propusimos, con la disposicion del Mayorazgo, que D. Garcia de Villalpando, abuelo del Conde, hizo en sus Capitulos matrimoniales con Doña Vicencia Clara de Ariño; en que no puede negarse llamada, y contemplada la sucesion agnaticia de los contrayentes. Y suponiendo ser el Mayorazgo anterior de la Donacion, regular, como en todas sus consideraciones, y respuestas la otra parte lo idea, y que hasta entonces se avia deferido, y governado la sucesion por el Mayorazgo de dicha Donacion; se dize, que Don Garcia de Villalpando no pudo por via de declaracion inmutar, ò corregir la disposicion del

Mayorazgo anterior , con diversas doctrinas que se citan, y la decision de la causa del Estado de Segorbe.

274 Y aqui devemos hazer a la memoria, lo que el Doctissimo Pedro Luis Martinez observò, acerca de esta Baronía, en la informacion, que escribiò por el mesmo Don Garcia de Villalpando, sobre el vinculo de Don Ramiro de Funes, cuyo lugar transcrivimos en el *num.* 25. afirmando , que esta Baronía siempre se avia poseído como libre de vinculos , hasta el dicho Don Garcia de Villalpando, por quien escrivia.

275 Lo q̄ se confirma, haziendo tãbien a la memoria, q̄ los Donantes, poseedores tambien de esta Baronía, la poseyeron sujeta a la carta de gracia, q̄ el Señor Rey D. Alóso se reservò, en la vendicion, que otorgò de ella en 21. de Marzo de 1431. en favor de D. Iuan de Funes, padre de Doña Contesina, Donante, por precio de 17000. florines, que el mismo Señor Rey Don Alonso aumentò despues a 22000. en gracia de los servicios de dicho comprador; y consiguientemente los vinculos, que Don Iuan de Villalpando, y la dicha Doña Contesina, coniuges, pusieron despues en la donacion, estuvieron alsimelmo sujetos a la resolucion , que de todo lo hecho , y dispuesto en el mediotiempo por los poseedores en dicha Baronía, se avia de seguir con el vso de la carta de gracia , iuxta text. in *l. lex vectigali, ff. de pign. & tradita per Don Ludovic. Casanate conf. 7. & 9. & conf. 10. num. 208. & seqq.*

276 Y aviendo despues , muerto yã el Señor Rey Don Alonso, cedido, y transferido el Señor Rey Don Iuan, su hijo, la carta de gracia referida a los dichos Don Iuan de Villalpando, y Doña Contesina de Funes, en 6. de Agosto de 1458. idem D. Ludovicus de Casanate *conf. 6. 7. y 9.* y vsado de ella los sucesores repetidas vezes, despues de la donacion, como el mesmo Señor Casanate refiere *dict. conf. 9.* y resulta del processo *Don Christophori Muñoz*, de que se ha hecho fee en este ; adquirieron para si los que redimieron dicha Baronía el dominio de ella; y con esto pudieron poseerla como libre, y averla buelto a vincular, como lo hizo Don Garcia de Villalpando, ultimo de este nombre, y abuelo del Conde, en los Capítulos

tulos matrimoniales con la Señora Doña Vincencia Clara de Ariño.

277 Mas quando fuesse subsistente la fundacion del Mayorazgo de la donacion, y huviesse de gobernarse la sucesion de esta Baronía por él, como hasta aora hemos presupuesto, no puede, al parecer, dexar de reconocerse, que en quanto a los primeros llamamientos, y substituciones de los hijos masculos de los primeros Donatarios, y descendiétes masculos de aquellos, fue clara, y literal la calidad de la masculinidad, que en ellos se expresa; y hallandonos todavia dentro del primer llamamiento, y substitucion; en la duda de si la calidad contemplada era la de masculinidad agnaticia, ù de la nuda, ò sencilla solamente; bien pudo D. Garcia de Villalpando, dentro de lo irregular, declarar dicha calidad, y determinarla a vna especie de irregularidad, como lo es la agnaticia, segun las doctrinas puntuales, que en la primera Alegacion citamos; a que no parece satisface la contraria, con las que cumula, por ser en terminos de preceder vna disposicion regular, y cierta, en que lo que se subúgue, no declara, sino que añade, ò corrige; y esto aqui no sucede, pues el si es de agnacion, ù de nuda masculinidad, la calidad de la primera parte de este Mayorazgo, por lo menos es dudoso, como se vè por lo que han escrito los Autores, que llevamos citados, y asì materia capaz, y proporcionada, para la declaracion, que se le permite al successor.

278 De donde se infiere la distincion que ay de nuestro caso al de la causa de Segorbe, que se refiere *num.* 198. pues alli el Mayorazgo anterior, era ciertamente regular, como resulta de la letra del fragmento, que se transcribe, siendo la primera substitucion de solo el hijo masculino mayor del actual matrimonio del primero llamado; y despues de él, de sus descendientes (en que estavan comprehendidos, asì masculos, como hembras) de vno en otro, perpetuamente; con que la preferencia generica, que se subúguò despues: *Præferendo omni tempore, & unoquoque casu contingenti, masculos fæminis, & maiorem minori, servando, omni tempore, de maiori filio in minorem, perpetuo, hunc gradum successionis, & ordinẽ primogenituræ: no especi-*

fi-



ficando lo contrario, era preciso gobernarla por la sucesion regular de linea, y grado, como explica doctamente el motivo referido, *num. 200. & dubb. seqq.*

279 Desde el *num. 203.* hasta el 230. se continua, alegando algunas doctrinas, y juzgados, que favorecen la preferencia regular entre varones, y hembras; pero en terminos genericos, ya en lo dispositivo, ya en lo condicional, ò ya en lo prelativo, que no son de nuestro caso, leyendose, como se ha visto, en lo dispositivo, lo condicional, y lo prelativo, tan especifica, y precisamente ordenado en favor de la masculinidad, dentro, y en respeto de los anteriores llamamientos, y substitutiones de todos los hijos masculos de los primeros Donatarios, y descendientes masculos de aquellos, q̄ sino es borrandolo, y bolviendo a escribir, no puede adaptarse a la escritura el discurso de la parte contraria. Antes de los mesmos motivos, ò fragmentos, que ex aduerso se copian, se confirma puntualmente todo lo que hasta aqui hemos fundado, a cuya lectura nos remitimos, por no prolijar mas esta Alegacion, ni poder explicarlo mejor, que en ellos se halla explicado.

280 Y vltimamente lo que se dize, y con lo que se concluye, *num. 231. vsque in fin.* se encamina a persuadir, que el titulo de la Donacion es dudoso, a favor del Conde, y que en la duda deve obtener la hija del vltimo poseedor en el juicio possessorio; mas si la vista, y lectura del llamamiento, y substitution en que el Conde lo funda, no nos engaña; no alcanzamos pueda aver duda en que el Conde le tiene mejor, y que por esta razon es a quien favorece el Fuero *A vezes 30. de apprehens.* que es lo que la otra parte dize no alcanza en el *num. 232.* pues aunque vna escritura sea comun a ambos contendores, el que tuviere la letra por si, es el que haze suyo por aquella vez aquel titulo; con que le ha de tener mejor, por ser primero, que el que queda excluido, ò preferido, para quando le llegue el caso de su substitution, ad tradita per Roxas *de incompatibilit. p. 3. cap. 4. num. 7.* Y en estos juizios possessorios el titulo es el que dà, y transfiere la possession, como dispuso nuestro Fuero, sin la qual no puede litigar, ni obtener perso-

na alguna, ex traditis à D. Sesse de *inhibit. cap. 60. §. 1. num. 23* & 24. & *cap. 20. num. 34.*

281 Sin que baste para hazer duda estimable en este Reyno, a favor de hijas, ò descendientes de los vltimos poseedores en fuerza de vinculos, qualquiera fundamento, ò razon que puedan tener para litigar en competencia del masculino, que se conozca le tiene mayor, por vna razon clarissima, y formal, que de dicho Fuero *A* veces se deduce; y es, que aunque la possession del vinculante es con la que se litiga, y obtiene en nuestros juizios possessorios de aprehension, por la transaccion de la ley, *ex eodem Foro, & passim Practici*, en que confirma con la ley de Castilla 45. de Toro; y esta puede favorecer a todos los contendores igualmente, por ser en la verdad vna mesma possession; pero como passò con especialidad a explicar, y ordenar el Fuero referido, que obtenga el que tuviere *mellor titol*, allí: *No pueda obtener en el juizio possessorio, SI EL OTRO TENDR A MELLOR TITOL* sobre los ditos bienes; antes en tal caso obtenga aquel, aun en el juizio possessorio, *QVI TIENE MELLOR TITOL* en los bienes sobreditos; y consiguientemente el *mellor titol* ha de ser el que haga poseedor al contendor, que le tuviere, para obtener en el juizio possessorio de la aprehension; de aqui es, que el *mellor titol*, es siempre el que se ha de atender en concurso de qualquiera otro, que aunque tenga algun fundamento, ò razon para serlo, sea todavia superior el contrario; pues aquel comparativo *mellor*, yà supone el concurso de dos, ò mas, y a cada vno en su grado de estimacion; y sin embargo determina la justicia en favor de aquel en que por la comparacion se verificare la superioridad, ò mejoría del titulo: *Quoniam comparativum nomen est, quod unum, vel plura quocumque modo superat, vt ex Nebris. & alijs, inquit Roxas de incompatibilit. p. 1. cap. 13. nu. 9.*

282 De otro modo, pocas vezes sucederia el que las hembras no venciessen à los masculos, y que no se excogitassen fundamentos, y razones por ellas, para conseguirlo; lo que seria grave absurdo, y frequente derogacion de vna ley expressa, qual es dicho Fuero *A* veces, remitiendo las mas solidas, y

ponderosas de los masculos al dilatado juicio de la propiedad, como agudamente advirtió Argelo de acq. poss. quest. 2. art. 9. num. 11. in fin. hablando de las excepciones, que suelen oponerse en estos juizios: *Fatnas enim (dize) esset ille actor, qui aliquam replicationem non comminisceretur; & ita redderetur vana ea communis determinatio, ut exceptiones non requirentes abram indaginem, & respicientes proprietatem, opponi possent in iudicijs possessorijs; quod cum sit absurdum, sequitur replicationem non obesse, quando el mesmo Fuero dispone, que el que tiene millor titol, venza, y posea, hasta que en el juizio de la propiedad fuere vencido; y quando tanto mejor ha de ser el titulo, quanto mas tenga de letra en la escritura del Mayorazgo, y menos necesidad de recurrir a congeturas, y presunciones, por lo arriesgado de juzgar por ellas la voluntad de los Fundadores, como se dixo arriba num. 35. 36. & 37. y ponderò bien Francisco Nigro Ciriaco contro v. forens. 281. num. 34. & seqq. lib. 2. alli: Et primò præmitto, quod ubi habemus verba clara testatoris, si oriatur aliqua difficultas, non debemus ab illis recedere propter imaginatam voluntatem illius, nec debemus illa trahere ad sensum, ad quem ex sui proprietate adaptari non possunt, quamvis urgeret præsumptio, testatorem ita voluisse, Caltr. cons. 152. in fine, vol. 1. Alex. cons. 139. sub num. 6. vol. 6. Neviz. cons. 31. num. 21. Honded. cons. 60. num. 86. vol. 1. VBI num. 87. occurrit regula, quod id debeat haberi pro disposito quod verisimiliter ordinasset testator, si fuisset interrogatus, dicens hoc argumentum esse fallax, nec admitti, quando concludenter non constat de contraria mente testatoris: nam variæ possunt esse causæ, quibus motus fuerit ad ita disponendum, quas non debemus divinare, nec à verbis recedere, ut dixi in controvers. 142. num. 13. usque ad 17.*

283 Sicuti enim inquiri non debet ratio eorum, quæ à maioribus nostris constituta sunt, cum non possit semper reddi, quia aliàs multa ex his, quæ certa sunt subverterentur, l. Non omnium 20. ff. de legib. ita nec eorum quæ à testatoribus disposita sunt.

284 Et adeo falli posse Iudices in hoc censuit Gaspâr Antonius Thesaurus lib. 1. quest. forens. 17. sub num. 7. ut nec induendo personam testatorum possint rectè deliberare; imò si posset evocari (in-

quis

quit ipse) defunctus, ut dicebat ille Venetus, pro habenda declaratione eius voluntatis; adhuc nec tuti essemus de hoc: quia multoties quadam disponunt testatores, non advertentes difficultates, quae inde oriri possent: & subdit, id sibi in propria persona accidisse: nam cum fecisset testamentum, & post aliquos annos illud considerasset, nescivit inquam de liberare ex eius dispositione, an voluisset praelegata comprehendere in fideicommissis, necne: **ET PROPTER EA SEMPER TUTIVS ERIT VERBIS INHERERE.**

Quate propositionem Comitis de Atarès recipiendam, Marchionitæ verò de Castañeda reiiciendam fore apparet. Salva S.G.C. Cæsaraugustæ 28. Ianuarij 1693.

*Petrus Antonius Lorfelin, I.C.D.*