

ARBOL Y ⁵⁵DESCENDENCIA

para la fucefsion del Condado de Luna, y fus Va-
ronias, en el Proceffo Illustris Domnæ Ioannæ
Perneftan, super apprehenfione, en ef-
ta Real Audiencia.

Don Alonfo de
Aragon Conde
de Ribagorça.

D. Martin de
Gurrea y Ara-
gõ Duque de
Villahermofa
y Conde de
Ribagorça.

Doña Aldon-
ça de Aragon
y Cardona,
Vizcondesa
de Evol.

Doña
Iuliana
de Ara-
gon.

D. Francisco
de Arago Cõ
de de Luna,
vltimo poffee-
dor.

D. Mar-
tin de
Ara-
gon.

Don Fernan-
do de Ara-
gon Duque
de Villaher-
mofa.

Doña Ana de
Aragon Viz-
condesa de
Evol.

Don Felipe
Galceran de
Castro, y Pi-
nõs, Vizcõde
de Evol.

D. Luyfa de
Aragon Con-
dese de Fica-
llo litigante
que pidiõ re-
poficion.

Doña Maria
de Aragon,
Condese de
Ficallo.

D. Gaspar Gal-
ceran de Gur-
rea, y Aragon,
Conde de Gui-
mera litigante,
que pidiõ repo-
ficion.

Don Fernan-
do de Borja
y Aragon, Cõ-
de de Ficallo
litigante, que
pidiõ repof-
cion.

ARBOLES Y DESCENDENCIA

para la sucesion del Condado de Luna y sus Vas-
conias en el Proceso Illustre Donna Joana
Pernesta, super apprehensione, en es-
ta Real Audiencia.

Don Alonso de
Aragon Conde
de Ribagorça.

Doña Aldon-
ca de Aragon
y Cardona
Viscondesa
de Evol.

D. Martin de
Gutierrez y Ar-
ago Duque de
Villahermosa
y Conde de
Ribagorça.

Don Felipe
Galceran de
Castro y Pi-
nos, Visconde
de Evol.

Doña Ana de
Aragon Vis-
condesa de
Evol.

Don Fernan-
do de Ara-
gon Duque
de Villaher-
mosa.

D. Mar-
tin de
Ara-
gon.

D. Francisco
de Arago Co-
de de Luna
ultimo posee-
dor.

Doña
Juana
de Ara-
gon.

D. Gaspar Gal-
ceran de Gor-
te y Aragon,
Conde de Gui-
mera litigante,
que pidió repo-
sicion.

Doña Maria
de Aragon,
Condesa de
Ricallo.

D. Luys de
Aragon Con-
de de Ricallo,
litigante,
que pidió re-
posicion.

Don Fernan-
do de Borja
y Aragon, Co-
de de Ricallo
litigante, que
pidió reposi-
cion.

IESVS, MARIA, IOSEF.

IN
PROCESSV
ILLVSTRIS DOM
NAE IOANNAE DE
PERNESTAN

POR LA EXCELENTISSIMA SEÑORA,
 mi señora Doña Maria de Silva, Portugal y Men-
 doza, Duquesa de Villa-Hermosa, Conde-
 sa de Luna.

SOBRE QUE SV EXCELENCIA DEVE
ser repuesta por la viudedad, en los derechos, instan-
cias, y acciones, que ganó en este Proceso el señor
Don Francisco de Gurrea y Aragon,
Conde de Luna.

E L año de 1598. por muerte del Excelen-
 tísimo señor Duque de Villa-Hermo-
 sa Don Fernando de Gurrea y Aragón,
 primero deste nombre, se aprehendieron por esta

A

Real

Real Audiencia, a instancia de su muger la Excelentissima señora Doña Juana de Pernestan, los Lugares, bienes, y Varonias contenidos en Proceso.

Sobre la sucesion, y dominio vniversal dellos, dieronse dos proposiciones, vna de la Excelentissima señora Doña Maria de Gurrea y Aragon, hija mayor del dicho Duque Don Fernãdo, en virtud de los Capítulos matrimoniales, hechos entre Doña Aldonza de Aragon, y el Vizcôde de Ebol Don Guillen Ramon de Castro y Pinôs, pretendiendo dicha señora Doña Maria, que el Conde de Ribagorza Don Alonso de Aragon su visabuelo, avia en aquella Capitulacion vinculado estos bienes a favor de sus hijos varones, y de sus descendientes; y que el Duque Don Martin su hijo avia sucedido en fuerça de aquel vinculo; y que no pudo disponer dellos en su Testamento, concluyendo le pertenecia la vniversal sucesion, como a hija mayor del vltimo possedor.

Don Francisco su tio, hermano del Duque Dõ Fernando, pretendiô que los bienes avian estado libres en la persona del Duque Don Martin su padre, y por configuiente, que pudo disponer de ellos, como lo hizo en su Testamento, por el qual le pertenecia la sucesion.

Aviendo precedido largo examen (segun lo requeria la grandeza desta causa) pronüciô esta Real Audiencia sentencia difinitiva en el Artículo de litependente a favor de dicho Don Francisco, votos conformes por el Testamento del Duque Dõ

Mar-

Martin, aunque con diversidad de motivos, vt latê, & eleganter diferit Abunculus, ac Dominus meus Don Ludovicus â Casanate Supremi Senatûs Regij Aragoniæ Advocatus Fiscalis, desde el consejo 45. hasta el 57. inclusive.

Despues de algunos años, murió dicho Conde Don Francisco, y concurrieron a pedir reposición en los derechos, instancias, y acciones que avia ganado.

El Excelentissimo señor D. Fernando de Gurrea y Aragon, hijo primogenito de la señora Doña Maria, Condesa de Ficallo, nieta del señor Duque Don Fernando Primero, visnieta, y descendiente masculino, mas proximo, y de la mejor linea del señor Duque D. Martin vinculante.

La Excelentissima señora Doña Luisa de Gurrea y Aragon, como hija vnica del Conde D. Francisco, vltimo poseedor.

El Ilustrissimo señor Don Gaspar Galzerán de Gurrea y Aragon, Conde de Guimaran, hijo de Doña Ana de Aragon, Vizcondesa de Ebol, nieto del Duque D. Martin.

Pendiente el examen, y conocimiento de estas reposiciones, se ajustô la pretension del señor Conde de Guimaran, mediante vna sentencia Arbitral, en que se le adjudicaron diversos derechos, y bienes.

Y el señor Duque Don Fernando, casô con la Excelentissima señora Doña Luisa de Gurrea, y Aragon, y a 16. de Julio de 1650. consintieron reciprocamente ser repuestos, y a 20. de los dichos

4
chosmes, y año, se decretô en la forma siguiente. *D. L. G. Att. contt. &c. pronuntiat, & reponit Illustris Don Ferdinandum de Gurrea, & ab Aragonia, & Domnam Ludovicam de Gurrea, & ab Aragonia, coniuges, Duces Villa-Formossa, & Comites de Luna, principalis Ioannis Michaelis de Octo Procuratoris, in loco, iuribus instantijs, & actionibus, in quibus erat in presenti Processu, & causa Illustris Don Franciscus de Gurrea, & ab Aragonia tempore eius mortis, cetera supplicata per Didacum Panzano locum non habere.*

Desde este dia posseyo el Señor Duque D. Fernando todas sus Varonias, como legitimo, y verdadero Señor, usando por su proprio drecho, de la jurisdiccion, y absoluto poder, sin embargo de aver embiudado por muerte de mi Señora la Duquesa Doña Luyfa,

Y lo mismo hizo despues de fenecida la viudedad, aviendo contraído segundo matrimonio con la Excelentissima Señora Duquesa Doña Maria de Silva, mi parte, y en la Capitulacion que se otorgô en la Villa de Madrid a 7. de Julio de 1658. se pactô, que en caso de disolucion del Matrimonio huviesse de tener, y gozar su Excelencia drecho de Viudedad Foral sobre todos los bienes, y Estados hasta la cantidad de quatro mil libras Jaquesas.

Llegô este caso aviendo muerto el Señor Duque Don Fernando el dia 31. de Julio del año pasado 1665.

Por cuya muerte pidieron reposicion en este
Pro-

Processo, mi Señora la Duquesa por su viudedad; Y el Señor Duque Don Carlos por el dominio, el qual como hijo vnico del Señor Duque Don Fernando, y por configuiente indubitado suceffor fue repuesto, mediante la pronunciacion siguiente.

D.L.G. Att. cont. &c. de Consilio pronunciat copiam pro parte Illustris Domna Maria de Silva, & Mendoza, Ducissa Villa-Formosse supplicatam locum non habere, & cum his, SALVO, ET RESERVATO IVRE SUPER REPOSITIONE SUPPLICATA PER EAMDEM ILLUSTREM DVCISSAM, reponit Illustrem Don Carolum de Gurrea, & Aragon, Ducem Villa-Formosse, in iure, instantia, & actione in quibus erant in presenti Processu, & causa Illustris Don Franciscus de Gurrea, & Aragon eius Avus, & Illustris D Ferdinandus de Gurrea, & Aragon, & Domna Ludovica de Aragon, eius parentes, tempore eorum mortium respectivè: Cetera per Procuratores eiusdè Dñi Caroli de Gurrea, & Aragon supplicata locum non habere.

Decretada esta reposicion, se pareció por parte de mi Señora la Duquesa a 31. de Agosto de 65, y (cum protestatione) se apartó de la reposición que tenia suplicada en los dias 11. y 16. de los dichos mes, y año, y de nuevo suplicó reposicion en fuerza de dicha su Capitulacion Matrimonial por la viudedad de quatro mil libras laquefas que en ella se le constituyó.

Esta es la que aora pende, y la que impugna el

B

Se-

6
Señor Duque Dō Carlos cōn diversos allegatos, de cuyo perfecto examen, y averiguacion, resultará mas cierto el buen derecho, y justicia que asiste a mi Señora la Duquesa, como lo manifestarēmos en esta alegacion.

Y para proceder en ella con buen metodo, y claredad, se fundarán por su orden los Articulos siguientes.

Primero: Que por muerte del Señor Conde Dō Francisco sucediō en los Estados, y deviō ser re-
puesto en este Proceso, el Señor Duque Don Fer-
nando.

Segundo. Que por la manda, y donacion que su Excelencia hizo a su hijo el Señor Duque D. Carlos en su Capitulacion Matrimonial, no se privō de la facultad, y derecho que entonces tenia para constituír viudedad (siempre que se casasse) en sus bienes, y Estados.

Tercero: Que la, que constituyō a mi Señora la Duquesa en su Capitulacion Matrimonial, aunque limitada a quatro mil escudos, es Dominio.

Quarto: Que la inclusion, y derecho de mi Señora la Duquesa es claro; Y las excepciones, y dudas que se oponen resultan de vn documento extrinseco; y no ay capacidad para controvertirlas, y examinarlas en este incidente, y juyzio sumario de Reposicion.

ARE

ARTICULO PRIMERO

ES CONSTANTE, SEGVN LA SENTENCIA deste Prociſſo, que por muerte del Conde Don Francisco ſucedio en los Estados el Duque D. Fernando, excluyendo notoriamente a la Señora Duqueſa Doña Luysa ſu muger.

ASSI eſta Real Audiencia, como el Tribunal de la Corte dieron ſentencia en eſte Proceſſo por el Teſtamento del Duque Don Martin, declarando que tuvo libres los bienes, y facultad legitima de vincularlos; con que eſte primer Artículo ſe reduce a ſolo vn punto, que es, averiguar; Si para en caſo de morir ſin hijos, ni deſcendientes varones el Conde Don Francisco fue antes llamado a la ſuceſſion el Señor Duque Don Fernando, o la Señora Doña Luysa ſu muger, hija de dicho Don Francisco.

2 Para cuya deciſion ſolo ſe neceſſita tener preſentes los vinculos, y diſcretivos llamamientos que hizo el Señor Duque Don Martin en ſu Teſtamento, cuyas clauſulas, ſon las ſiguientes.

3 *Quiero, y es mi voluntad que ſuceda en las dichas Villas, y Lugares, y otros bienes ſobredichos, como en bienes de Mayorazgo, el dicho Don Hernando de Gurrea, y Aragon mi hijo, y ſus hijos, y deſcendientes machos legitimos perpetuamente. Con eſto empero q̄ aya de llevar mi nombre, y armas, y que aya de ſuceder vno ſolo, y no mas: Deſta manera, que el dicho D.*
Her.

Hernando de Gurrea, y Aragon mi hijo, y heredero, pueda elegir, y nombrar en successor de las dichas mis Villas, y Lugares, y otros bienes sobredichos, uno de sus hijos el que mas querrà: Y si no lo nombrare, y eligiere, aya de suceder, y suceda el hijo mayor masclo del dicho mi hijo, y heredero. La qual facultad quiero que tenga qualquiere de los successores en las dichas mis Villas, y Lugares, y otros bienes de mi Mayorazgo: Y si no usará dellas, que suceda el hijo mayor masclo, de qualquiere de los descendientes masclos del dicho mi hijo. Y faltando la descendencia de masclos del dicho mi hijo Don Hernando de Gurrea y Aragon, sucedan en las dichas mis Villas, y Lugares, y bienes sobredichos de Mayorazgo, el dicho Don Martin de Aragon mi hijo, y sus hijos, y descendientes masclos, legitimos perpetuamente, cõ la facultad, y condiciones arriba dichas. Y faltando la descendencia legitima de masclos del dicho Don Martin mi hijo, suceda en las dichas Villas, y Lugares, y bienes de Mayorazgo, el dicho Don Francisco de Aragon mi hijo, y sus hijos, y descendientes masclos legitimos perpetuamente, con la facultad, y condiciones arriba dichas. Y faltando la descendencia legitima de masclos del dicho Don Francisco de Aragon mi hijo, suceda la dicha mi hija Doña Ana de Aragon, Vizcõdesa de Evol: Y en falta della, suceda la dicha Doña Juliana de Aragon mi hija; Y en falta della, sucedan los hijos, y descendientes masclos legitimos de la dicha Doña Ana de Aragon mi hija, con las condiciones, y facultades arriba dichas: Y faltando la descendencia legitima de masclos de la dicha Doña Ana de

de Aragon mi hija, sucedan los hijos, y descendientes masculos de la dicha Doña Iuliana de Aragon mi hija, con las condiciones, y facultades arriba dichas. Y faltando todos los sobredichos, sucedan las hijas, y descendientes dellas, de los dichos mis hijos, y de sus hijos, y descendientes dellos legitimos, por el mismo orden, y forma que de parte de arriba està dicho, en los hijos, y descendientes masculos, prefiriendo la hija del primero llamado a la del segundo, y assi de los otros successivamente, prefiriendo el macho a la hembra, concurriendo en un mismo grado, y con las condiciones, y facultades arriba dichas, las quales quiero aqui aver, y he por repetidas, y expressadas en cada uno de los dichos mis hijos, y hijas, y de sus hijos, y descendientes respective. Y faltando todos los sobredichos mis hijos, y hijas, y sus hijos, y hijas, y descendientes dellos, y dellas, sucedan sus hijos, y descendientes de mi hermana Doña Aldonza de Aragon, Vizcondesa de Ebol, ya difunta, por el mismo orden, prefiriendo siempre los machos a las hembras.

4 El primero de todos los llamamientos, es el del hijo primogenito del vinculante Don Fernando, y de sus hijos, y descendientes masculos perpetuamente.

5 El señor Dō Fernando Segundo, fue nieto de dicho primogenito, hijo mayor de la señora Doña Maria.

6 Luego su vocacion es discretiva, y expresa, cō ventaja, y prelacion evidente a todos los masculos de las otras lineas, siendo cierto, que el llamamiento perpetuo que el Fundador hizo de los DES-

CENDIENTES MASCLOS, es Mayorazgo de simple masculinidad, y comprehende a los varones que descienden por ella, *Molin. lib. 2. de primogenijs, cap. 5. num. 48. Et seqq. Fusarius de substitutionibus, quest. 327. in princip. Valenzuela conf. 97. à num. 128. Sousa in repetitione legis famina à nu. 47. ff. de regul. iur. Castillo tom. 6. controversiar. cap. 129. Et tribus sequentib. Fontanel. de pactis nuptialib. par. 1. claus. 4. gloss. 25. à num. 15. Paschalis de viribus patrie potestatis, 4. part. cap. 9. à n. 34.*

7 Esto en Aragón, no admite la mas leve controversia, por la obligacion de estar a la carta, y letra, segun la qual, es imposible dezir que el varon, mediante hembra, no sea descendiente masculino, y ceñir este general llamamiento, solamente a los agnados: sobre estrechar el propio, y verdadero sentido de las palabras; seria adivinar la voluntad, y aun corregir la que expressamente declarò en la escritura.

8 Pulchrè, ex elegãter *Antonius Faber de erroribus pragmaticorum, tom. 2. decade 28. errore 8. sic asserens: Aut quid amplius est in nepote ex filio, ut videri debeat magis positus in conditione: An fortè, magis est ex liberis? An magis masculus? At ex masculino est fateor, sed cur dictionem, masculis, simpliciter pro latam, Et sui natura aptam comprehendere masculos omnes, etiam ex fœminis progenitos, restringere volumus ad masculos ex masculis susceptos, ac si scriptum, Et additum esset, masculis ex masculis, an hoc non solum est divinare, Et supplere, sed etiam vim apertam verbis facere, cur non sic loqui testator potuisset, si voluisset id.*

Nucl.

9 Nueſtros Practicos, ſiguiendo por conſtante, *Cafanate* en el *conf. 23. num. 1. ait: Conclusio, quamvis in terminis iuris communis ex mente ſit controuerſa, tamen ex rigore verborum, ubi ceſſet mens, contraria eſt clariffima; nam nepoti ex fœmina deſcendenti quadrant omnia verba, quia eſt deſcendens, & quia eſt maſculus. Qua ratione ubi carta ſtandum eſt, indubitate venient maſculi ex fœminis.*

10 Idẽ *Cafanate conf. 38. nu 90. & ſequentib. conf. 57. num. 122. & pluribus alijs in locis in hac eadẽ cauſa; D. Reg. Sefſ. decif. 64. num. 43. & decif. 304. vbi latẽ.*

11 Aſſentado pues, que eſte Mayorazgo fue de ſimple maſculinidad, y que el Teſtador previno los llamamientos de los deſcendientes, por el orden de las lineas, obſervando en todos vna miſma formalidad de palabras, era cierto, que ſi el ſeñor Duque Don Fernando eſtuvia en rerum natura quando muriõ ſu abuelo, & tẽpore delatæ ſucceſſionis, compitiera con ſu tio Don Francisco, avia de excluirlle por maſculo de la linea primogenita, el qual ganõ ſentencia, por ſer el varon mas proximo del Fundador, excluyendo a la ſeñora Doña Maria, hija del vltimo poſſehedor.

12 Luego muriẽdo dicho D. Francisco ſin hijos, ni deſcendientes maſculos, la ſuceſſion hizo tranſito a la linea primogenita, buscando al varõ mas proximo, q̄ fue el ſeñor Duque D. Fernãdo, excluyẽdo a la ſeñora Duqueſa D. Luifa ſu muger, por que el llamamiento q̄ eſta ſeñora, y las demas deſcendientes hembras del Duque Don Martin, tu-

vieron en la vltima clausula, fue *en falta de todos los descendientes masculos de los hijos, & relictum sub vna conditione, sub contraria videtur ademp tum, l. si pecuniam, ff. si certum petatur, l. filius famil. §. cum quis, de legat. 1. Ramona conf. 28. num. 6. Casanate conf. 2. num. 20, & 32. Sesse decis. 66. num. 8. & sequentib.* Con que dicha Señora Doña Luy sa es claro, que no pudo competir, siendo hembra con vn visnieto del vinculante por la linea primogenita. Y toda la disputa, y dilacion que hubo para reponer al Duque, fue por la oposicion del Conde de Guimeran, nieto del Duque Don Martin, hijo de Doña Ana de Aragon, Vizcondesa de Evol, cuya pretension cessô por el concierto, y feneciô con su muerte, aviendo antes casado los Señores Duques, motivo para que la reposicion se hiziesse por el consentimiento reciproco.

13 Contra esto q̄ hemos fundado se replicô en la informacion, que este Mayorazgo no parece es de simple Masculinidad, sino de rigurosa Agnacion: Porque la comprehension general del llamamiento de los descendientes masculos del Primogenito, la coartô el Fundador en la clausula inmediata, quando llama al Segundogenito en falta de la DESCENDENCIA de masculos del primero; y que estas palabras explican la voluntad, de que sea Varon de Varon, ac proinde el Mayorazgo agnaticio.

14 Respondefe, q̄ la primera clausula por ningun câso se limitô por la segunda; porque sus palabras solo son relativas de las antecedentes, ex-

pli.

plicando el caso de la condición, en que están llamados Don Martin, sus hijos, y descendientes, que es para quando faltare *la descendencia de masculos del dicho Don Hernando*: Y esta descendencia la explicô claramente en lo dispositivo, llamando a los hijos, y descendientes masculos del primogenito, con esta absoluta generalidad, repetida en las palabras de la condición, que por relativas, y declarativas de lo antecedente, nihil de novo disponunt, notant DD. *in cap. cum M. Ferrariensis, de constitutionib. leg. Heredes palam 21. §. si quis post, de testamentis, Amato resolut. 42. num. 4. Castillo, de tertijs, tom. 7. cap. 5. per totum. Sesse de inhibitionibus, cap. 5. §. 9. num. 18. Suelves conf. 3. num. 6. in centur.*

15 Otra instãcia se hizo sobre lo mismo, diciendo, que en la vltima clausula (de qua infra mentio fiet) llama el Fundador expressamente a sus descendientes masculos, mediante hembra, y que si estuvieran ya llamados por la simple masculinidad, ociosa, y superflua era esta vltima vocacion, y que para que tenga algun efecto, es preciso que los llamamientos anteriores, sean de rigurosa agnacion.

16 A esta duda se respõde; Que el Señor Duque Don Martin tuvo particular providencia en el principio de dicha clausula, llamando en ella a las hijas de sus hijos, de quienes hasta entonces aun no se avia hecho mencion; Y aunque es verdad que los descendientes varones de dichas hijas, ya estaban arriba llamados, sub comprehensione verborum descendientes masculos, quiso nuevamente

explicar su voluntad, repitiendo lo que antes avia dispuesto, para mayor firmeza, y seguridad, & no est novum in iure, & facto, repetir muchas vezes vn mismo llamamiento; y la geminacion siempre se ha de entender, ita vt contrarium effectum illius, quod supra dispositum est minime producat. *Parisius conf. 110. num. 48. & 49. volumin. 1.* Son muy del intento los textos, en la ley 15. ff. de *peculio legato*, vbi ait Alfenus: *Serio manumissio peculium legatum erat alio capite, omnes ancillas suas uxori legaverat, in peculio serui ancilla fuit, serui eam esse respondet, neque refert, uti prius legatum esset.* Porque el vltimo capitulo de vna escritura, aunque mas general, y comprehensivo, no se presume correctorio, sino repetitivo de lo antecedente, sin derogar lo ya dispuesto. Confirman lo mismo *Ulpiano en la ley si cur. 3.* Y *Procuro en la ley fin. s. vlt. ff. de tritico, vino, vel oleo legato*, ibi: *Nihil intendit, nisi quod portionis fuisset, legatum putat labeo, ex collatione vini amphorarij, quod non improbo.* De manera, que regulariter la clausula posterior, se presume concordante con las antecedentes.

17 Y es regla asentada, q̄ la nueva expresiõ de lo que ya estava dispuesto, nihil operatur, nec addit, *leg. conditiones quæ extrinsecus, ff. de condition. & demonstration. leg. 3. ff. de legatis 3.* *Barbossa, cum innumeris, axioma 89. num. 15.* *Tuscho practicar. lic. E. conclus. 657.* Y assi por estas palabras no se altero el Mayorazgo de simple masculinidad, mayormente en nuestro Reyno, en donde no ha lugar la agnacion, aunque interuengan muchas,

y gravissimas congecturas: y es menester que aya letra dispositiva expressa, y clara, junta nueve exéplares Casanate *cons. 4. num. 167.* Tambien traen otros mas modernos *Sesse decis. 362. in respons. ad motiuum, num. 14. Suelues cons. 5. num. 22. tom. 3.*

18 Cœterum, todo esto se ha ponderado a mayor abundamiento, sin ser necessario, y quando no fuera tã cierto, como se ha fundado, abstraídas aun las primeras clausulas, y suponiendo, que en ellas el Mayorazgo fuera de rigurosa agnaciõ (quod quantum à veritatis se mita deuiet, nemo est qui non videat:) sin embargo, el llamamiento del Duque, y prelacion a mi señora la Duquesa, es evidente, sin que pueda aver en él la mas leve contradiccion.

19 Et ne amplius in re tã clara immõremur, se supone, y venimos muy bien, en que quando murió el señor Conde Don Francisco, la sucefsion se devia gobernar por la vltima clausula de los llamamientos (que es todo quanto puede pretenderse por mi señora la Duquesa) en ella misma queda manifestamente excluyda, compitiendo con el señor Duque su primo, y marido: En prueba de lo qual, es el mejor testimonio la lectura de dicha clausula, dize assi.

20 Y faltãdo todos los sobredichos, sucedã las hijas, y descendientes dellas de los dichos mis hijos, y de sus hijos, y descendientes dellos legitimos, por el mismo orden, y forma, que de parte de arriba està dicho en los hijos, y descendientes masculos, prefiriendo la hija del primero llamado, a la del segundo, y assi de los otros

sucessivamente, prefiriendo el masculino a la hembra, concurriendo en un mismo grado, y con las condiciones, y facultades arriba dichas; las quales quiero aqui aver, y he por repetidas, y expressadas en cada uno de dichos mis hijos, y hijas, y de sus hijos, y descendientes respectivamente.

21 Para cõcluir el Discurso, no es menester mas, que la posicion del Arbol de la descendencia, y tener presente esta clausula. La señora Doña Maria de Aragon, Duquesa de Villa-Hermosa, fue nieta del Duque Don Martin, hija de su primogenito, madre del Duque Don Fernando. La señora Doña Luyfa, nieta tambien del vinculante, fue hija del tercerogenito. En esta vltima disposicion estã llamadas las hijas de los hijos, y de sus descendientes, con prelacion de masculos perpetuamente, guardando el mismo orden que se previno, y dispuso en los hijos.

22 Luego el discretivo, primero, y expresso llamamiento, es el de la señora D. Maria, y el del Duque su hijo, por ser entrambos de la linea primogenita, y respectivamente hija, y nieto de D. Fernando Primero, hijo mayor del vinculante.

23 Como al contrario; la señora Doña Luyfa, no pudo suceder por dicha clausula, sino es faltando toda la descendencia de hembras, y varones de dicho señor Duque Don Fernando primogenito, por ser de la tercera linea, y estar llamada en falta de las hijas, y descendientes de la primera; y quando la voluntad es tan clara, que resulta de la letra material, sin que sea menester el menor officio del

Discurso, inutil es gastar el tiempo con textos, ni autoridades, *l. licet Imperator, ff. de legat. 1. Seraphinus decis 762. nu. 1.* y en nuestro caso sucede lo que dixo Suelves *consil. 5. tom. 3. nu. 59.* y fue servido reconocerlo así el Consejo: *Quod ita de voluntate clarè constat, ut intellectus nõ laborat in intelligendo, tunc vana est disputatio, ad text. in l. si quando, §. 5. generaliter, C. de in oficioso testament.*

24 Y así se concluye, q̄ el señor Duque D. Fernando, sucedió por ser varón de la línea primogénita, en fuerza de la primera clausula de los Vinculos: Y mas claramente por la vltima, como hijo de la señora Doña Maria, Duquesa de Villa-Hermosa: Y pues esta señora, aunque hija del vltimo poseedor, y de la primer línea, fue vencida por el Conde Don Francisco, terciogenito: La sentencia con que ganó, excluye mas notoriamente a su hija la señora Doña Luysa, concurriendo con el señor Duque Don Fernando de la línea primogénita, visnieto del vinculante.

ARTICULO SEGUNDO.

QUE POR LA DONACION, Y MANDA que hizo el señor Duque Don Fernando en la Capitulacion matrimonial de su hijo, no transfirió el dominio de los bienes donados hasta el tiempo de su muerte, y por consiguiente pudo obligarlos, y constituir viudedad a favor de mi señora la Duquesa, como lo hizo en sus Capítulos matrimoniales.

25 **E**L año de 1656. á 29. de Julio se hizo, y pactó en la Villa de Madrid Capitulación Matrimonial,

nial, entre los Excelentísimos Señores Don Carlos de Gurrea, y Aragon, y Doña Maria Enriquez (entonces Condes de Luna) y el Señor Duque Don Fernando su Padre, hizo donacion para despues de sus dias, de sus Estados, y bienes, especificandolos.

26 Pretende el señor Don Carlos, donatario, que desde el mismo punto que se hizo la manda, y donacion, se le transfirió el dominio de los bienes donados, y que su padre el señor Duque, solo quedó con el usufructo dellos, y por consiguiente, sin facultad de constituir drecho de viudedad a mi señora la Duquesa quando casó despues con su Excelencia.

27 Toda su intencion la funda en sus Capítulos matrimoniales, y especialmente en unas Cláusulas, cuyo formal tenor es el que se sigue.

CLAUSVLA PRIMERA.

28 Primeramente, el dicho señor Don Carlos de Gurrea, Aragon, y Borja, Conde de Luna, como hijo que oy es unico, y legitimo, y como tal inmediato successor, para despues de los largos dias del Excelentísimo señor Duque Don Fernando su padre, en el Ducado de Villa-Hermosa, Condados de Luna, y de Ficallo, y Señor de las Varonias, y demas bienes, y Mayorazgos que possehe el dicho señor Duque Don Fernando, y pertenecieron a la Excelentísima señora Duquesa Doña Luysa su madre, trae en ayuda, y contemplacion del presente matrimonio con la dicha

se.

señora Doña Maria Enriquez, y el dicho Excelentissimo señor Duque Don Fernando su padre, para despues de sus largos dias, en quanto sea necessario, y conuenga, le dà, y manda, y donacion propter nuptias le haze, y otorga, en contemplacion, como dicho es, del presente matrimonio del Ducado, Condado, Varonias, Villas, Lugares, Castillos, Jurisdicciones, y bienes infra scriptos, y siguientes, &c.

CLAUSVLA SEGUNDA.

29 Item dicho señor Duque de Villa-Hermosa, dà, y manda, y donacion propter nuptias haze, para despues de sus dias, en favor del dicho señor Cōde de Luna de qualesquiere instancias que tiene en todos los bienes arriba declarados, y especificados en qualesquiere processos, assi de litependente, firmas, y propiedades, y qualesquiere otros en que dicho señor Duque huviere dado, y diere proposicion, ò huviere sido, ò serà repuesto, ò pudiere reponerse, para todos los quales, y qualesquiere dellos, dicho señor Duque consiente, que dicho señor Don Carlos, Conde de Luna, pueda reponerse despues de los dias del dicho señor Duque, y no antes, &c.

CLAUSVLA TERCERA.

30 Item, por quanto durante los largos dias de su vida, el dicho Excelentissimo señor Duque de Villa-Hermosa, padre del dicho señor Don Carlos, Conde de Luna, ha de tener, y gozar la renta de dichos
chos

chos sus Estados, que para despues de sus dias quedan mandados, y trae al presente matrimonio el dicho señor Conde de Luna. Por tanto, se pacta, y capitula, q̄ el dicho señor Don Carlos, trae en contemplacion del presente matrimonio, para llevar los cargos, y gastos de su casa, y familia, y el dicho señor Duque D. Fernando su padre, para dichos fines, le dà, y señala en cada un año quarenta mil reales de plata doble, que hazen ochenta mil sueldos Jaqueses del Reyno de Aragon, cuya solucion, y paga, empezará a correr desde el dia que se otorgare la presente Escritura de Capitulacion, y para ella, desde luego otorga, y haze el dicho señor Duque de Villa-Hermosa las consignaciones, y situaciones siguientes, &c.

CLAUSVLA QVARTA.

QVE ESTA EN LO EXECVTIVO.

31 Y las dichas Partes, y cada una de por si, en los nombres sobredichos, sabiendo ser de derecho aquel ò aquellos posseher los bienes en nombre de los q̄ los possehen, reconocieron, y confessaron, y se constituyeron tener, y posseher, y que de aqui adelante tendrán, y posseherán todos los bienes que en dichos nombres respectivamente han cbligado: a saber es, la una de las partes por la otra, & vice versa respectiue, y en nombre de aquella, nomine precario, y constituto, y no en otra manera, de suerte, que la possession actual de la una Parte, sea auida por propia de la otra Parte, lesa, y demandante, &c.

32 Examinando perfectamente la disposici6n, substancia, y letra de estos pactos, se descubrirá el poco fundamento con que se esfuerça la pretension contraria, y quan grandes son los que apoyan la razon, y justicia de mi señora la Duquesa, para que el Consejo reponga a su Excelencia en este processo por su drecho de viudedad en las instancias, y acciones que gan6 el señor Conde D. Francisco, y en que despues, hasta el tiempo de su muerte estuvo repuesto el señor Duque D6 Fernando su marido.

33 Y para distinguir los terminos, evitando prolijas disputas, y aplicacion de varias doctri- nas, que hablan en diferentes casos, se ha de suponer, q en el nuestro: la manda fue para despues de los dias del donante: Que no hubo tradicion real, ni ficta de presente: Que en toda la contextura no se puso la Clausula *Ex nunc pro tunc*: Que el donante no se reserv6 el usufructo: Que el *Precario, y Constituto* no estân en lo dispositivo de la manda, sino en las clausulas solitas, y executivas del contracto.

34 *Suponitur etiam*: Que aunque esta donacion no es causa mortis, sino inter vivos, ni tampoco condicional (rigorosse) sino pura, y simple; pero por ser precissa *para despues de los dias del Mandante*, toda la substancia, y efectos della estân conferidos para esse tiempo, tam ex natura actus, quã ex voluntate, littera, & mente contrahentium, vt ex pluribus classicis infracitandis manifestum fiet.

35 Con estos presupuestos in viam iuris, unico ore, afirman por constante los Doctores, que el

E

do-

dominio no passa al donatario en vida del donante, immo potius queda con él, vsque ad tempus mortis, para cuyo tiempo queda suspendida la translacion, y demas efectos.

36 Molino de ritu nuptiarum lib.3. quest. 28. num.31. dize: Que sin embargo de la donacion hecha por el padre al hijo ya nacido, puede muerta la primera muger contraher segundo matrimonio, y assegurar a la segunda en los mismos bienes mandados, todos los derechos que le firmare en la Capitulacion, sic asserit: *Dederat quidam vir nobilissimus in contractu matrimonij bona sua primogenito, mortua uxore, ET RELICTO PRIMOGENITO CONVOLAUIT AD SECUNDAS NVPTIAS, & pro securitate dotium uxori sua obligavit omnia bona sua, mortuo ipso, relicta uxore secunda supervivente dotes, & iuria dotalia repetente, qua in hoc Regno solita sunt dari pueris maritatis; dubitatum fuit an ea cõsequi possit. Dubitationem faciebat donatio praecedens in favorem primogeniti facta, & in contractu matrimonij, ex ijs qua in superioribus dixi. Mihi autem contrarium visum, & in terminis ferè, respondit Celsus noster cons. 53. & in fortiori casu, ex ijs qua ille pulchrè adduxit: Es muy del intento todo este consejo de Celso, y merece ser visto.*

37 Profigue Molino el assunto, y a los fundamentos que junta Hugo Celso, *ubi supra*, añade vna razon efficacissima, diziendo; que si por este genero de donaciones hechas a las primeras mugeres, se despojarian los maridos totalmente de assegurar sus derechos á las segundas, seria muy

difícultoso hallar quien quisiera casarse; y todos los pactos, en quanto fuere posible, se han de entender, como menos impidan la libertad de contraer segundo matrimonio.

38 Sic ait, vbi proximè: *Et ultra dicta ab eo, euidenter confirmatur, ex eo, quod si alias diceremus, fieret, ut prae textu huiusmodi donationis, vel prohibitionis, mariti, uxore priori premortua, I T E R V M N U B E R E N O N P O S S E N T*, nullum autem pactum, nulla conuentio tantum potest, ut nuptiarum impedimento esse possit, quod multis rationibus, & argumentis, ostendi hoc libro, quest. 1. maximè num. 33. & 34. sed, & scripsi quest. 16. donatione facta in capitulis matrimonialibus ab uxore filijs illius matrimonij, premortuo marito non obstãte donatione nubere secundo posse, & relicta legitima filijs prioris matrimonij, de reliqua dote disponere in filios secundi matrimonij. Id ipsum latius scripsi, & comprobaui, q. 55. à n. 1.

39 Confirma esta conclusion Fontanella, diciendo, es muy digna de ser advertida entre las reglas generales de Donaciones, de pact. nupt. glos 3. par. 3. claus. 7. num. 64. prope medium, his verbis: *Si contingat Patrem favore prioris matrimonij filijs primi matrimonij, & deinde illo dissoluto, secundo nubat, obligetque (ut fieri solet) secunda uxori pro restitutione dotis omnia bona sua, valebit ista hypoteca, & obligatio, & comprehendet bona donata non obstante donatione, P R O P T E R F A V O R E M M A T R I M O N I I, Q V I A A L I A S N O N R E P E R I R E T, Q V I C V M E O C O N T R A H E R E T N U P T I A S.*

40 Notese la razon que estos Doctores asientan por vnica, *Videlicet*, el favor de los segundos Matrimonios, y q̄ no se deve presumir q̄ los mandantes quieran dificultarlos con su liberalidad, ni el derecho deve permitirlo, sino quando en la donacion ay letra expressa, y clara, para que el dominio passe luego al Donatario; Y assi estas doctri- nas no solo hablan en hereditamentos de Catalu- ña, filijs nondum natis, sino tambien quando ya estân nacidos; y en qualquiere otro genero de do- naciones, præsertim en las que se hazen para des- pues de los dias del donante, como la nuestra.

41 Aviendo tan claramente defendido esto Fontanela, no ay motivo para dezir, que siguiô la contraria, en la *clausula 4. glos. 3. en el primer tom. de pactis*; porque la disputa alli fue: Si la do- nacion caducava por la premoriencia del dona- tario: Diferente caso del nuestro. Y en el *num. 6.* dize; que antes de las palabras, *para despues de sus dias*, se pactô; que la Donacion fuesse inter vivos, pura, simplex, irrevocabilis. Con que en lo disposi- tivo huvo voluntad, y letra de transferir statim el dominio, quedando solamente el mandante con el gozo.

42 En el *num. 17.* afirma, que se reservô ex- presse el usufructo, donde dize; que por esta clau- sula statim censetur translata possessio in donata- rium, adeo vt â die Donationis sit verus rerum do- natarum dominus prout de clausula reservationis usufructus, disponit *text. in l. quisquis, C. de Dona- tionibus*, exornat latê *Mascard. de probat. conclus. 1189. per totam.*

43 Y finalmente dize en el *num.* 26. que la translacion del dominio se hizo en virtud de la clausula *Ex nunc pro tunc*, la qual intervino en aquella donacion en la manda; pero en la nuestra, ni en lo dispositivo, ni en lo ejecutivo se halla: Cõ tantas razones de diferencia, no es aplicable su doctrina en esta clausula, antes Fontanella decide por nosotros, loco vbi proxime allegato.

44 Berengario Ferdinando, hablando en terminos de drecho (*abstractis hæreditamentis Cathalonix*) dize, que si vn Padre manda para despues de sus dias al hijo yã nacido, retiene sin embargo el dominio hasta su muerte, *in tract. praludior. cap. 7. num. 2.* ait: *Pænes parentem dominium remanet, licet pater sit filio iam nato obligatus*, y lo cõfirma en el *num. 3.* diziendo: *Ad primã fateor quod filius ille vbi natus est ius habet in patrimonio patris, quod scilicet pater adstrictus sit tale patrimoniũ filio relinquere, non tamen interea dum pater vivit est cum effectu hæres, immo delatio successionis in pendentis est, quia posset filius primò mori, & pactum inefficax fieri, quare dici non potest ius interim filio omnino quæ situm esse, AVT DOMINIUM A PATRE FUISSE ABLATVM.*

45 Antonio de Ammato en la resoluciõ 26. propone la question, vtrum post perfectam donationem, donans possit bona donata in præiudicium donatarij alteri obligare, ita vt creditor posterior præferatur donatario, y distingue con muchos sobre el tex. en la ley *Perfecta, C. de donation. quæ sub modo fiunt*, diziendo, ô el donante

transfere la possession realmente, aut per instrumentum, seu per constitutum, ô se queda con ella hasta el tiempo de su muerte, no obstante la donacion. En el primer caso, passa luego el dominio; En el segundo (que es el nuestro) le retiene el Mandante toda su vida, *sic ait dict. resolut. num. 2. Donante tamen in possessione rei donata remanente, & consequenter in DOMINIO, quia non translata possessione, & non interveniente traditione ficta per constitutum, vel vera, & reali, nec Dominium transfertur, conclusio affirmativa videtur, creditore firmam pignoris obligationem in donatis habere, iuxta tex. in l. fin. §. Lucius, ff. de donationib. cita muchos.*

46 Y aun se alarga en el *nu. 7.* con Guido, Bologneto, Silvano, Hondedeo, y otros a dezir, quod licet in donatione interveniat clausula, *Ex nunc pro tunc* â die mortis, DOMINIUM, & possessio non transferuntur nisi sequuta morte, nõ obstante Constituto cum clausula, *Ex nunc pro tunc, &c.* bien que la contraria es mas comun, y admitida, y por esso en el *num. 9.* distingue con acierto, diciendo, que quando el contracto es condicional, ô in certum diem (que para la donacion, y traspaño del dominio es lo mismo, vt notat *D. R. Sesse decis. 360. num. 7.*) y en él no ay en lo dispositivo Precario, Constituto, ô interviene dicha clausula, *Ex nunc pro tunc, &c.* hasta que llega el dia señalado, non transfertur in donatarium Dominium; Pero que lo contrario procede traditione vera, aut reali, vel interveniente Precario, seu Constituto in dispositivis, sive V usufructus expressa reservatio
ne,

ne, porque en estos casos passa luego el dominio al donatario, y solo queda el donante durante su vida con el gozo, & videndus est idem *Ammato resolut. 62. per tota. vbi plura iungit.*

47 Mirificê rem comprobat Hondedeo en el consejo 18. nu. 2. en caso mas apretado, pues se hallavan en la donaci6n la clausula, *Ex nunc pro tunc*, y las palabras, *dedit, tradidit, cæsit*. Y no obstante ellas dize en el num. 2. *Præterea si contractus prætesa donationis non esset conditionalis, tamen, vel ex eo vivente, Domina Marina NON FUIT TRANSLATVM DOMINIUM, quia ipsa Domina Marina promissit dare omnia bona sua SEQUUTA IPSIVS MORTE, & licet etiam tunc dederit, addidit tamen, & post eius mortem dedit, per quæ verba clare constat traditionem non fuisse factam donec vivebat Domina Marina, sed post mortem, merito ante mortem Dominium non potuit transferri.*

48 De calidad, que aunque avia palabras que denotavan translacion actual, por averse conferido para el tiempo de la muerte la donacion, hasta entonces no passa el Dominio, sic asserit præfato *conf. num. 41. Quibus non obstant verba instrumenti, dedit, tradidit, cæsit, quæ pro contraria parte ponderantur, quoniam licet illa importent translationem Dominij, id verum est secundum tempus in quod conferuntur.* Responde en los numeros figuientes a la clausula, *Ex nunc pro tunc*. Y en el 43. concluye: *Cum enim Domina Marina declaraverit dare sequuta morte dicta bona cum Dominio, & pos-*

possessione constat *NOLLUISSSE DOMINIUM ILLUD, ET POSSESSIONEM A SE ABDICARE DONEC VIBERET;*
 Esta doctrina es tan puntual, y ajustada, que decide en terminos nuestro caso.

49 Trata muy ex professo la materia, Mario Cutello, *in tractat. de donationib. tom. 2. discurs. 1. speciali 12. per totum.* Y despues de assentar en el *num. 83.* la regla general, de que en semejantes donaciones statim transit dominium in donatariũ, explica las modificaciones con que esto procede, y dize en el *num. 98.* que es quando se halla la clausula *ex nunc pro tunc* en la escritura, ò quando ay en ella palabras con que se descubre la voluntad que huvo entre los contrayentes, para que passasse luego, advirtiendole, que las clausulas executivas, y todo lo en ellas contenido, no es suficiente para la translacion; y que es preciso se explique en lo dispositivo del contrato, con palabras claras, y manifiestas.

50 Magistraliter, & eleganter *num. 106.* hæc ait: *Nam quod ex Bartolo in leg. contractus, C. de fide instrumentor. dixit Tiraquelus, de donation. 3. p. limitat. 7. num. 16. CONSTITVTVM, uti accessorium, assumere contractus naturam, accipi debet in casu dubia voluntatis se constituentis; Nec enim conuenit clausulas ad corroborationem assumptas destruere contrahentium expressam intentionem, Dominus Larrea dict. decis. 40. num. 20. Sed ubi expressis verbis, vel lucidissimis coniecturis appareat dominium, possessionemque, vel eorũ quodlibet transf-*
 la-

latum, tunc conditionem (se aduertē, quē nō huvo
mas condicion, que ser conferida la donacion in
tempus mortis, vt constat *num. 83. & sequentib.*)
ad resolutionem, non autem ad suspensionem refere-
mus, quodque vim modi habeat. Hoc autem regulari-
ter eueniet propter adiectam (vt frequenter fit) *claus-*
sulam ex nunc prout ex tunc, vt ultra prefatos tradi-
dere Marta, in hac clausula, mille per Barbossa,
clausula 61. num. 1. D. Franciscus Merlino contro-
uers. 29. num. 29.

51 Concluye: *Ex proximè dictis resolui potest*
alter casus de constituto directē, & pure adiecto in
donatione conditionali (siempre habla de la confe-
rida in tempus mortis) *nam aut est in clausulis*
executiuis, & post perfectum conditionale contractū,
& assumat absolute naturam eiusdem, in quibus ter-
minis loquuntur Tiraquelus, & Larrea, locis cita-
tis; Aut est adiectum in actu ipso donandi, & cum
clausula ex nunc prout ex tunc, vel alia coniectura
suadente animum ad fuisse transferendi dominium,
vel possessionem illicò, & non obstabit conditio, de quo
loquitur Amatus, & adducti per eum, ex qua distin-
ctione plura determinari possunt, qua per te elicies.

52 Es admirable, y en terminos la doctrina
de Geronimo Gabriel, en el *cons. 141.* del primer
tomo, habla formiter de vna donacion hecha para
despues de los dias del Donante, cum omnibus
clausulis exequutiuis, & generalibus; Duda, si pas-
sa luego el dominio; y resuelve, que si no ay refer-
va de vsufructo, ni mas palabras que en la nuef-
tra, non transfertur vsque ad tempus mortis, di-

ze afsi en el num. 4. Quando percipi potest esse executionem solam donationis collatam post mortem, constitutum transfert possessionem, sed quando id aliunde percipi non potest, sed vel ut in hac specie, accidit, *SIMPLICITER BONA PROMITTUNTUR, DONANTURVE POST MORTEM*; tunc non solum executio, sed etiam substantia ipsa putatur collata post mortem; y hasta esse tiempo no passa el dominio num. 5. prope medium, ibi: *Fuit igitur substantia ipsius donationis collata post mortem, & consequenter quamuis constitutum adsit, tamen non fuit DOMINIUM bonorum translatum in Laurentium, quia sicut substantia contractus, ita, & constitutum post mortem translatum putatur.*

53 No es contrario Capicio Latro; antes confirma lo mismo en la decis. 151. en la consultacion 16. habla sobre caducidad, caso diferente del nuestro; Supone la clausula ex nunc pro tunc, Constituto, Precario, y expresa reserva de usufructo; num. 20. prope medium ait: *Donatio fuit concepta ex nunc pro tunc irrevocabiliter inter vivos, reservato usufructu, cum Constituto, & Precario, quo casu dominium rei donatae transit in donatarium, quamvis effectus donationis sit post mortem dilatatus*: En el caso que habla, dezimos lo mismo; y este Autor es vno de los que mas nos favorecen.

54 *Cancer variarum resolutio. cap. 8. tit. de donationib.* no se opone; porque habla quando en lo dispositivo de la donacion ay palabras expresas, que manifiestan la actual transaccion del dominio, purè, simpliciter inter vivos, con geminada expres-

pression. Demas; que huvo expressa reserva de usufructo, vt patet *num. 207. Ex quo Pater donator reseruauit sibi usufructum bonorum donatorum, quo casu nemo dubitat substantiam donationis, non dici collatam in tempus mortis, cum per retentionem usufructus censeatur traddidisse res donatas ipsi donatario, & in eum dominium transtulisse.* Lo mismo respondemos a Suelves, en el *consejo 56.* supone expressa reserva de usufructo, y que el donante queria agenaar en fraude de la donacion.

55 His ita præsupositis, procurarêmos agora responder con brevedad a lo que se replico inter informandum, dixose que la clausula primera de la Capitulacion, en que el señor Duque mã dô los Estados a su hijo, siendo su Excelencia indubitable, è inmediato successor, no parece podia tener otro efecto, que la translacion del dominio, y que tampoco se puede atribuyr el de la eleccion permitida por el Mayorazgo, y Vinculos del Testamento del Duque Don Martin, con que se dió sentencia en este Proceso, porque el señor Duque Don Fernando yâ se avia despojado desta facultad de eligir en la Capitulacion Matrimonial que contraxo cõ su primera muger la señora Duquesa Doña Luyfa, fundando en ella vn Mayorazgo, en que tiene expresso llamamiento su hijo el señor Duque Don Carlos.

56 A esta duda respondêmos de muchas maneras: Lo primero, porque los Vinculos, y Mayorazgo instituïdo en dicha Capitulacion, fue lo mismo que sino se huviere hecho, atento a que
los

los avia yâ anteriores, y perpetuos por el Testamento del dicho Duque Don Martin, calificado en este Proceso, y estâr expreßamente prevenido que si los huvieße, los nuevos Vinculos fueran de ninguna importancia, y como si hechos no fuesen, mediante vna clausula del tenor siguiente.

57 *Declarando como se declara, y queriendo, como las dichas partes quieren, consienten, y les place, q̄ todos los sobredichos Vinculos, Substituciones, y Llamamientos, queden hechos en la manera sobredicha, en quanto aquellos no fueren cõtrarios a qualesquiere otros, a que los dichos Ducado de Villa Hermosa, Condado de Ficallo, Condado de Luna, Varonia, Casas, Villas, Lugares, y otros bienes arriba vinculados en qualquiere manera estuvieren sujetos, porque si lo estuvieren, y huviere yâ sobre ellos, ò alguna parte dellos algunos vinculos, substituciones, fideicomissos, y llamamientos, a aquellos respectivamente se aya de estâr, y este, y esos se ayan de guardar, y cõplir, y queden reservados, salvos, è ileßos, y sin que reciban en quentro, lesion, ni perjuizio alguno por los vinculos, y llamamientos que de presente se hazen.*

58 Por los vinculos antiguos tuvo el Duque facultad clara, y expreßa de elegir; Estos quedan en todo ileßos, y reservados: Luego tambien por necessaria consequencia la calidad tan estimable de la eleccion, *argum. tex. in l. i. §. Huius rei, ff. de officio eius, l. Veteres, ff. de itinere, actuq; privato, Antonius Monacho Florentinar. decisionum, decis. 29. num. 16. Craveta cons. 231. num. 2.*

59 Y esto se haze mas claro por otra clausula
in-

inmediata desta Capitulación, que nõ solo salva, y reserva todos los Vinculos anteriores, sino qualquiera derechos de los contrayentes, dize assi.

60 *Item por quanto en los Estados, Varonias, Lugares, y bienes de parte de arriba traídos en contemplacion del presente matrimonio, assi por el señor Duque Don Fernando, como por la dicha señora Duquesa Doña Luysa de Gurrea, y Aragon su futura muger, y esposa, exceptados los que están sitiados, y consisten en el dicho Reyno de Portugal, cada uno de los dichos Señores ha pretendido, y pretende tener legitimo derecho a ellos, y a su successiõ, quiere, y le place a las dichas partes, que por la presente Capitulation, ni cosa alguna de lo contenido en ella, a ninguna de las dichas partes se cause perjuyzio alguno en los dichos sus derechos, y pretensiones. Vno de los principales derechos que el Señor Duque Don Fernando tuvo en sus Estados, y Varonias, fue elegir sucessor entre sus hijos; Quedan expressamente reservados todos los derechos que cada vna de las dichas partes tenia antecedentemente en sus Estados: Luego por infalible, y necessaria consecuencia, el derecho, y facultad de elegir sucessor en ellos.*

61 *Respondetur secundo, que esta manda, y eleccion que el Señor Duque Don Fernando hizo en su hijo, tuvo muy possiblemente otro efecto, y beneficio grãde a favor del Donatario; Pues quedando salvos, è illesos todos los vinculos antecedentes, aunque se hallaran algunos anteriores a los del Duque Don Martin, que espiraran en el*

Señor Don Fernando, no podía su Excelencia usar de la facultad de disponer de sus Estados, sin embargo de las reservas de sus primeros Capítulos Matrimoniales, por la donación que hizo en estos a su hijo el Señor Duque Don Carlos; y así su Excelencia aseguró por muchos títulos su mayor beneficio.

62 Respondetur tertio; que aunque esta manda, y donación no tuviera efecto particular, sino que se hubiera hecho a mayor abundamiento; & si inutiliter, no por eso fuera justo hacer interpretaciones extensivas de la voluntad, y letra, para la translación del dominio, antes estuvo previniendo, que forsam podía suceder esto mismo en la Capitulación, diciendo el Duque, que mandava sus Estados, en quanto fuese necesario; y si acaso no lo era, ya se explicava bastantemente, que estas palabras no avian de tener otro efecto.

63 Demas que las clausulas superfluas, aunque inútiles, para nada son embarazosas, antes regularmente de mucha conveniencia, y beneficio, para quitar qualquiera duda, etiam que sea leve, y de poco fundamento, satis tunc operantur *Crauet. cons. 25. num. 31. & cons. 70. num. 29.* y como dixo el Cardenal Tuscho *conclus. 895. lit. S. num. 60. Verba geminata, & superflua ponuntur aliquando, ut plenius sibi quis provideat, non ut aliquid operentur, Crauet. dict. cons. 70. num. 30. vers. Quarto respondetur, Panormitanus cons. 117. colum. fin. num. 2.* Y Fodtanela advierte, en la *decis. 397. à num. 13. quod potius est superfluitatem tolerare, quam in*

ducere consensum, vbi non est expressè, & vt contrahens ex illa damnnum patiatur, y que el argumento vitandę superfluytas, semper fuit habitum pro invalido, tenui, & infirmo.

64 La segunda clausula, que contiene el consentimiento del Señor Duque, para que su hijo pueda ser repuesto despues de sus dias, en nada puede hazernos oposicion, antes fue muy natural preuenirlo; assi para que el donatario no intentasse ser repuesto en los derechos de su Madre, durante vita donantis; y quando se intentara arguir alguna superfluydad (quod absit) se ha respondido exactissimè en los numeros antecedentes.

65 Con la tercera clausula, y su contextura se quiere esforzar, que el Señor Duque Don Fernando se reservò expressè el usufructo, y por consiguiente transfiriò statim el dominio de los bienes mandados al donatario; Pero el mexor testimonio, y prueba real de que esto no fue assi, lo convencêrà la misma clausula, pues siendo cierto que en la primera la donacion se hizo ad tēpus mortis, sin precario, constituto, ni ex nunc pro tunc en lo dispositivo (como se ha fundado) que, ô el Duque con el dominio vita durante, y por consiguiente con efecto principal del mismo dominio, que es el gozo vniversal de los frutos, rentas, y emolumentos. Y suponiendo esto dicha 3. clausula para assegurar los alimentos que al señor Don Carlos se le asignavan, dixo assi.

66 *Item por quanto durante los largos dias de su vida el dicho Excelentissimo señor Duque de Villa-*

Her-

Hermosa, padre del dicho señor Don Carlos, Conde de Luna, ha de tener, y gozar la renta de dichos sus Estados, que para despues de sus dias quedan mandados, y trae al presente matrimonio el dicho señor Conde de Luna; Por tanto se pacta, y capitula, que el dicho señor Don Carlos trae en contemplacion del presente matrimonio para llevar los cargos, y gastos de su casa, y familia, y el dicho señor Duque D. Fernando su padre para dichos fines, le dà, y señala en cada un año quarenta mil reales de plata doble, que hazen ochenta mil jueldos Jaqueses del Reyno de Aragon, cuya solucion, y paga empezará a correr desde el dia que se otorgare la presente Escritura de Capitulacion, y para ella desde luego otorga, y haze el dicho señor Duque de Villa-Hermosa las consignaciones, y situaciones siguientes, &c.

67 Bien claramente resulta de su lectura, q̄ supone el gozo en el Duque, his verbis: *Y por quanto ha de gozar, &c.* y suponiendole, no ay en todo lo antecedente reserva alguna, sino la retencion del dominio durante vita, por aver hecho la manda ad tempus mortis; y assi siendo este efecto, y parte d̄el, con justa razon dixo el Duque, que por quanto avia de gozar toda la renta, le asignava a su hijo sobre ella en cada vn año quatro mil escudos por alimentos; con que dicho gozo notoriamente se v̄e, que no es formal, sino causal, como parte, y porcion del dominio, y lo mismo procediera (quod magis est) aunque huviera dicho la clausula en vez de gozar: Y por quanto ha de vsufructuar, &c. pues devia entenderse del vsufruc-

fructo vnido con la propiedad, al qual le llamaró
 có este mismo nombre innumerables vezes los Iu-
 risconsultos in l. qui usufructum 58. de verb obli-
 gat. leg. 126. §. i. ff. eodem, ibi: *Et minus est in eo VSV-
 FRUCTU*, quem per se quis promittit, quam in eo
 qui proprietatem comitatur, la ley *Usufructum 58.*
ff. soluto matrimonio, leg. Sempronius Attalus 26. ff.
de usufructu legato, leg. si a reo 71. §. Reo, ff. de fideius
sorib. la ley si tibi proprietat, ff. de usufructu ac cres-
cendo, in illis verbis: Habemus ego, & Mavius trien-
tes in usufructu, & triens vnus proprietati miscebi-
tur, y mas abaxo: Proprietat cum parte dimidia usuf-
fructus pertineat, leg. fundus detracto 4. ff. si usuf-
fructus petatur, ibi: Dixi interim cum proprietate
usufructum esse, y otros que junta Don Juan
Castillo Sotomayor, tom. i. de usufructu, lib. i. cap.
i. per totum, & signanter à num. 6. vsque ad 17.
 En donde assienta con muchos, que siempre, y
 quando en vn instrumento no se reserva formal-
 mente el usufructo, sino que se supone, ó se habla
 dél generaliter, deve enténderse del causal, pero no
 del formal, super quo non immoror, porque todo
 este capitulo puede seruir de copiosa Alegacion
 para el assunto.

68 Vltorius, esto es tan cierto, que no se ne-
 celsita de ponderaciones, ni discursos juridicos, si
 se repara con advertencia cuydadosa en las pala-
 bras de dicha Clausula, pues quádo señala los qua-
 tro mil escudos, dize: *dà estos alimentos*, por quan-
 to el Duque ha de tener, y gozar la réta **DE DI-**
CHOS SVS ESTADOS, que para despues de sus

dias quedan mandados: De fuerte, que la renta que el Duque avia de gozar, era de sus Estados: Ergo in vim domini, porque si aqui huviera reserva de usufructo formal a favor del Duque, los Estados, y propiedad no fueran suyos, sino de su hijo el señor Don Carlos donatario in quem statim transferretur dominiū propter expressam reservā usufructus ex supra congestis: Mas como acá le retuvo el Duque durante su vida, por esso supone el gozo por efecto de dicha retencion, y dize, que le ha de tener en sus mismos Estados, como efecto, y parte causal dellos, præter iura allegata probatur, l. 4. ff. de usufruct. Et additur decisio Rotta apud Puthen, lib. 3. decis. 221. n. 3. ibi: *Usufructus propriè, et dominium sunt incompatibilia, tamen verba Notarij dicenti, (caso harto mas apretado que el nuestro) quod donans reservavit sibi usumfructum, dominiū, erant intelligenda impropiè pro illa commoditate fruendi, ita quod sensus erat, quod donans durante eius vita plenam proprietatem, sibi reservare volebat.* Con que se convence notoriamente, que en esta Clausula no se reservò cosa alguna, sino que se supuso el gozo antecedente: Que en toda la Capitulacion no se hallará palabra de usufructo, ni reserva: Que el gozo mencionado en esta Clausula, es usufructo causal, y parte del dominio, y q̄ por esso se pactò, y declaro con expresion que lo huviesse de gozar el Duque en sus mismos Estados.

69 La quarta Clausula, que empieza, *Y las dichas Partes, &c.* y habla del còstituto, no altera, ni muda en cosa alguna lo pactado, y dispuesto; por:

que

que está en lo executivo de la Capitulacion, y solo para la seguridad, y cumplimiento de lo que reciprocamente se convino, y contraxo entre las Partes, quin possit, neque in minimo dispositionis, aut substantiæ partem alterare, latê *Celsus Hugo allegato cons. 53. 58. 100. § 104. in quibus, ita saepe sepius testatur, & post eum Marius Curvelus dist. de donation. tract. com. 2. discursu 1. speciali 12. num. 112.*

70 Ni se puede oponer, que estas clausulas executivas de constituto, y precario (siendo el señor Duque successor precisso en los Estados) son superfluas, como se dixo de las otras, no passando el dominio vsque ad tempus mortis. Porque vltra de lo que se ha propuesto, respondêmos, que todas ellas tuvieron grande fuerza, y efecto en que exercitarlas, Domini Ducis mandâtis vita durante, respeto de los quatro mil escudos de alimêtos, para cuya cobranza pudo efectivamente valerse el señor Don Carlos de dichas clausulas.

71 Por lo discurrîdo, y ponderado se ha visto, y claramente resulta, que el tenor, y clausulas de la Capitulacion no se oponen al buen drecho de mi señora la Duquesa, antes le califican, y favorecen, y tiene fundamento legitimo en las disposiciones Iuridicas, como tambien en las Forales, estilo, y practica inconcussa deste Reyno, segun que lo manifestarêmos, respondiendo a algunas instancias que sobre esto se hizieron.

72 Replicôse con la Observancia, *Item nota 15. tit. de donationibus, que dize assi: Item nota quod de consuetudine Regni statim confecto instrumento*

super donatione, vel venditione testibus, & fidantia roborato, transfertur dominium in donatarium, etiã si realiter, & factores non fuerit tradita donatario. Et si post donationem donator res donatas teneat, & possideat, non preiudicabit in aliquo donatario. Arguyese diziendo, que en Aragon passa el dominio al donatario por el instrumento, sin la real entrega, aunque el donante se quede en la possession de los bienes, y que por configuiente lo mismo de ve proceder en la manda de nuestra Capitulacion Matrimonial.

73 Pero la instancia no es de consideracion, porque se responde, que la regla de la dicha Observancia, en quanto dispone, que sin la tradicion passe luego el dominio, solo procede, y ha lugar quando assi lo expressan, y pactan en el instrumento los contrayentes, declaralo en terminos el Fuero unico, tit. de acquirend. possess. que dize: *Quãquam de consuetudine Regni per instrumentum transferatur dominium, & possessio rei vendita, donata, vel alias alienata cum instrumento, SI IN EO EXPRESSIMATUR, QUOD VENDITOR, DONATOR, ALIENATOR, ILLVD, ET ILLAM TRANSFERT.* En nuestra Capitulacion no se hallarã tal pacto en toda ella, antes quãto hizo, y otorgõ el señor Duque Don Fernando mandãte, fue para despues de sus dias: Luego hasta su muerte no pudo passar el dominio, segun lo dispone este Fuero, y la Observancia habla en la vendicion, y donacion absoluta, y pura, mas no quando se haze para despues de los dias.

74 El señor Regente Monter explicando este Fuero, y dicha Observancia, in l. Traditionibus, C. de pactis, num. 7. assentó la misma limitación, his verbis: *Id quidem intelligi debet procedere ita demum si id in instrumento dicatur, ut probat expressus Forus unicus, tit. de acquir. possess.*

75 Confirma, y responde lo mismo a dicha Observancia el señor Sesse, hablando punctim de su inteligencia en la decis. 360. dicens num. 6. *Hoc quidem in materia dotium, & Capitulorum Matrimonialium procedit, si quidem sufficiens non erit dicere, quod traditur, & constituitur dos ut DOMINIUM transeat, nisi realis traditio interveniat, aut ficta, ut dictum est, quod in nostro casu non invenitur, ita debet intelligi Obser. Item nota 15. de donationibus, si instrumentum hoc narrat, no pueden ser mas decisivas sus palabras, pues hablan en Capitulacion Matrimonial con la propia clausula que la nuestra.*

76 Otra solucion trae en el num. 7. diciendo: *Alterum intellectum recipit eadem Obser. Item nota, quod tunc temporis per instrumentum donationis transferatur dominium cum pura, & simplex est donatio, non vero quando conditionalis est, quia tunc pendente conditione, dominium non transfertur, & principaliter in hac de qua agimus qua facta fuit ad tempus quo donatrix iam vita functa esset, quia in hac non consideratur nisi tempus mortis ipsius donantis. De manera, que para dilatar el traspasso del dominio se reputan, y aun tienen mas fuerza que si fueran condicionales semejantes donaciones,*

L

pues

pues siendo para despues de los dias del donante, para esse tiempo se confiere toda la sustancia, y assi hasta entonces no passa el dominio al donatario.

77 Assi lo asienta por indubitable *præfata decis. num. 4. ibi: Donans post mortem nihil transfert, & inferius num. 5. ibi: Licet virtute illius verbi Da, validare velimus; tamen ita nudum est, quod per illud solum, absque reali traditione, dicendum non est translatum fuisse DOMINIUM.* Y lo repite, y confirma diversas vezes en el discurso de dicha decisio, que toda ella es en terminos terminantes, y determina formiter el pleyto en la justicia original â nuestro favor.

78 Y aunque se negô la firma que el Señor Regente Sesse propone en dicha decisio, por ningun caso fue el motivo de la denegacion, el pûto de nuestro pleyto: Si passa statim el dominio al donatario, antes se tuvo por llano que no, siendo la manda ad tempus mortis.

79 No se concedio por otros diferentes motivos, vt testatur præfata decisio; pretendia se: Lo primero, que dicha donacion era causa mortis: Lo segundo, que caducava in totum per præmorientiam donatarij: Lo tercero, que el donante poterat ad libitum revocare relictum, dempta causa pœnitentiæ, ninguna destas cosas pretendemos, ni ay para que disputarlas en esta causa: y aun â nuestro entender, con mucha razon se negô, porque sus meritos eran dificultosos de fundar; y para negar vna firma basta en Aragon qualquiere

leve

leve duda, *Suelues conf. 89. num. 2. no obstante* que dize el Señor Sesse in narratione facti, q̄ se admirô desta denegacion, por la fuerza q̄ le hazian las doctrinas que propuso sobre dichos tres puntos; Pero las alegadas sobre el traspasso del Dominio, no fueron merito para dicha denegaciõ, antes de ciden claramente la justicia de mi señora la Duquesa.

80 Otro argumento se haze con el Exemplar de la Comanda; Si es sin Contracarta, no es aplicable. Y aunque la aya con las mismas palabras de nuestra Capitulacion, tampoco, porque el Precario, y Constituto estân en lo dispositivo, y el obligado reconoce, que el dominio, y possession que tiene, es del acrehedor, y para en llegando el caso de cobrarla, confieffa que desde el otorgamiẽto tuvo los bienes obligados nomine præcario, & constituto creditoris; y assi deste caso al nuestro, es manifesta la razon de diferencia.

81 Præterea, deve V. S. tener muy presente la prueba que ay en processo, respecto de que el Señor Duque Don Fernando, despues de la manda, y donacion que hizo a su hijo, siempre pacifica, y continuamente hasta su muerte, con tolerancia vniversal, y mas de dicho Señor Don Carlos (que es imposible pudiesse ignorarlo) vsô cõ sus vasallos del absoluto poder en todos sus Estados, y Varonias aprehendidas en este processo, lo qual es constante, y sin contradicion, que no pudiera averlo hecho segun Fuero, sino esteniendo su Excelencia verdadero, y legitimo Dominio en dichos

bienes, porque en Aragon el que soló tiene el vfu
 fructo, ô gozo; no puede vfar del absoluto poder,
For. Por quanto, de iure viduitatis, Molino. verb.
Domini Locorum fol. 104. col. 4. Suelues conf. 80.
num. 6. ibi: Absoluta potestas suspenditur in vsufria
ctuario. Y así vna verdad tan patente, no parece es
 possible impugnarla, y mucho menos el Señor
 Don Carlos, pues su Excelencia viò, y consintiò,
 que años despues de la manda, declarasse la Corte
 del Señor Iusticia de Aragon en el pleyto de Gra
 ñen, que no procedia la incorporacion que pretē
 dian en la Real Corona, y que al Señor Duque su
 Padre (parte formada en processo) le pertenecia
 legitimamente el Dominio de dicha Varonia, y si
 solo tenia en ella el gozo, y vsufructo, huviera si
 do esto contra toda razon foral, y juridica, quod
 nec credi, nec præsumi debet, *Surdus conf. 85. nu.*
27. Lara in leg. si quis à liberis, §. Et si impubes num.
54. §. sequentib. ff. de liberis agnoscendis.
 82 Augetur magis con vn sylogismo lite
 ral, que al parecer convence del todo. Quanto el
 Duque hizo, dio, mandò, y otorgò en esta Capitu
 lacion, fue todo para despues de sus dias, y no an
 tes: En ella misma, y por este mismo contracto
 funda el Señor Don Carlos su pretension: Luego
 sus efectos no pudieron ser eficaces, ni passar el
 Dominio hasta el tiempo clara, y expressamente
 señalado, que es despues de los dias del mandante,
 y el que no quiere hazer, ni dar vna cosa hasta el
 tiempo de su muerte, no parece possible se expli
 que con mayor claredad, y expression, que es de

zir, que todo lo que haze, es para despues de sus dias, y no antes, y anticipar el menor efecto, seria contravenir a los Fueros, y Observancias vulgares, que disponen, se aya de estar en Aragon precissamente a la carta, y como notaron los Practicos, se ha de infistir con tenacidad en ella, *D. Casanate conf. 4. num. 154. Ramirez de leg. Reg. 5. 19. n. 8. & seqq.*

83 Deinde, en Aragon tenemos ley clara, y expressa, que decide por nosotros, es la *Observ. penult. tit. de donationib.* dize: *Nota quod si quis antequam contrahat matrimonium fecerit donationem alicui de omnibus bonis suis habitis, & habendis; talis donatio non potest postea praiudicare uxori, neque extendi ad partem bonorum uxoris.* Dos partes tiene la Observancia, vna, que no tenga perjuizio la muger en los bienes que el marido dió antes de casarse: otra, que no se estienda dicha donació a los bienes propios de la muger, esta vltima, solo parece puede tener aplicacion en la viudedad, respecto de aquellos bienes, cuya possession retuvo el marido, vt in *præsentiarum*; videatur *Molino verbo vir, & uxor, vers. Si antequam contrahat, fol. 336. col. 1. in fin.*

84 Suponiendo pues, ex omnibus supra congestis, que el señor Duque Don Fernando retuvo el dominio de los bienes mandados hasta su muerte, parece cierto que pudo constituir viudedad legitima a mi señora la Duquesa, sin embargo de que los bienes mandados post tempus mortis, avian de pertenecer precissê al señor Don Carlos, sin que

M

esto

esto sea especial en los bienes vinculados, ó sujetos a fideicomiso, porque igualmente procede en qualesquiera otros, que el marido tenga, aunque el dominio sea resoluble.

85 En prueba de lo qual, es necesario advertir, que el Fuero *i. tit. de iure dotium*, y la *Observ. Vxor 59. eod. tit.* disponen absolutê, tenga la muger viudedad en todos los bienes que fueron del marido, sin distinguir si el dominio ha de ser irrevocable, ó resoluble.

86 Destos Fueros, y su disposicion, tuvo origen la Practica de dar viudedad a las mugeres en los bienes vinculados, suplicando Señor se advierta, y note con todo cuydado (como pide materia tan grave) que no ay Fuero, ni Observancia alguna que hable de bienes de Mayorazgo, ó fideicomiso, y que solo por la comprehension general de dichos, *Fuero i. y Obser. 59.* se introduxo el gozo de la viudedad en bienes sujetos a restitucion, testatur *Molin. verb. Viduitas in bonis vinculatis, fol. 332. asserens: Hac practica fuit per foristas assumpta ex verbis positis in Foro antiquo, de iure dotium in Foro i. ibi: dum dicit ille Forus, OMNIA QUÆ SIMVL HABVERANT, POSSIDEBIT VIDVA EXISTENTE.*

87 Disputando la Corte la propia significacion destas palabras en el caso de vn Mayorazgo, dize el Practico se entendiô que fue licita la cõstitucion de viudedad, solo con tener el marido el dominio durante su vida, aunque sujeto a qualesquiera restituciones, é hipotecas, segun el proprio, y natural, significado de aquellas palabras, *OMNIA*

NIA QUÆ SIMVL HABUERANT, POSSIDEBIT VIDUA EXISTENTE, que comprehenden, no solo fideicomissos, y Mayorazgos, sino qualesquiera otros bienes que posea el marido con dominio, aunque estên sujetos a restitucion por contracto, ô en otra manera.

88 Expressamente lo dixo, idem *Molino*, col. 3. his verbis: *secunda ratio est, quia licet de Foro ille qui habet bona subiecta restitutioni iuxta vinculum testatoris, AVT ALIAS NON POSSIT ALIENARE TALIA BONA*, tamen dicit ipse *Ioannes de Patos*, quod tenere, seu constituere viduitatem, non est alienare, quia non tollitur vinculum, sed difertur effectus vinculi.

89 De fuerte, que las palabras generales de el Fuero, y la Practica subseguida (aunque mas frecuente, por suceder mas casos) no se limita solo a bienes vinculados, sino que procede igualmente en qualesquiera otros, que no puedan agenarse, *AVT ALIAS NON POSSINT ALIENARI TALIA BONA*, como la propiedad aya sido del marido: Por esto dixo *Portoles* en la *Obser.* 59. *de iure dotium*, num. 3. quod vidua habere debet viduitatem in omnibus bonis sedentibus, quæ viri fuerunt quo ad proprietatem, sin ceñir la proposicion a bienes de fideicomisso, ô Mayorazgo, porque en todos los demas restitutioni subiectis, habla igualmente el Fuero, la doctrina de *Molino*, y lo ha canonizado la Practica en varios Exēplares.

90 Y ultimamente esta Real Audiencia, el dia
seys

feys de Março del año 1646. *In processu Ioanna Hieronyma Grañen, super Inventario*, donde se disputô, si aviendo hecho donacion D. Miguel Carnizer a su hijo de todos sus bienes, avidos, y por aver, pudo despues el padre, contrayendo segundo matrimonio, obligar a la firma, y aumento de dote los bienes comprehendidos en la donacion, y se decidiô, que pudo el padre obligar los bienes comprehendidos en la donacion, a exemplo de los bienes vinculados, cuyo motivo dize assi: *Cũ augmentum dotis eodẽ privilegio fruatur sicut ipsa dos, & illa, & eius augmentum in bonis alienatis, & expresse alienari prohibitis locum habeant, à fortiori locum debent habere in his bonis in quibus deffcit prædicta prohibitio*; Y assi en la constitucion de viudedad, ha de proceder con mayor razon, pues de mas de tener esta los mismos privilegios que la dote, y su aumento, habet illud spetiale, quod per illam nulla sequitur alienatio bonorum.

91 Añade Molino a las ponderadas, otras razones no de menos eficacia. La primera el favor publico de los matrimonios, acrecentando la libertad de contraerlos con los singularissimos Privilegios que en este Reyno tiene la viudedad. La segunda, que el Fuero *Filij, tit. de iure dotium*, dispone pueda el marido dotar a la segunda muger con quien casa, en vna de las heredades, que pertenecieron a la difunta, aunque lo impugnen, y contradigan los hijos de aquel matrimonio; Ponderese, que si en hazienda agena, que nunca fue del marido se permite esto, con quanta mayor razon se.

será licito, constituyr viudedad en los bienes propios que tuvo, y posseyô durante su vida.

92 Es muy digno de observacion lo que propone *Portoles* en la *Obfer. 19. num. 8. tit. de iure dotium*, fue el caso, que Francisco diô a Pedro vn heredamiento en su Capitulacion Matrimonial, con Vinculo precisso, de que muerto el dicho Pedro, entrasse luego en la succession vn tercero, y sin embargo de averlo consentido, y otorgado asy la muger; muerto su marido dize que tiene mucho fundamento el pretender viudedad, *maturiusque fore deliberandum*, y que el insigne Practico Carlos de Santa Cruz, re exactius perpenfa asintiô a este parecer. Con quanta ventaja, y mas razon fuera del nuestro, si pudiera interponer su censura en este caso.

93 Maximê siendo cierto, que el drecho, y facultad de constituîr viudedad, jamâs se pierde, sino es transfiriendo el dominio antes de casarse, ô renunciando expresse dicha facultad, de tal manera como si estuviera yâ constituyda, es puntualissima la dotrina de *Portoles verbo Viduitas, nu. 25.* donde habla del Mayorazgo de la Varonia de Santa Croche.

94 Y en el mismo modernamente lo motivô esta R. A. a 20. de Deziembre de 1652. in *Processu Domna Ioanna de Espejo, sup. apprehens. his verbis: Deinde non obstant qua proponuntur pro parte Egregij Comitis Don Hieronymi, videlicet Ferdinandum Lopez de Heredia Dominum bonorum apprehensorum ultimo suo Testamento condito sub anno 1499.*

instituisse quoddam fideicommissum graduale, &
 successivum super bonis apprehensis cum expressa
 prohibitione alienationis, & obligationis eorum, hoc
 specialiter addito, **QVOD NEC ETIAM IN**
PACTIS DOTALIBVS OBLIGARI POS-
SENT, ac proinde minime posse subsistere ius vidui-
 tatis, & ususfructus in favorem Egregia Comitissa,
 nec etiam quoad prestationem annua quantitatis de-
 cem mille solidorum. Quoniam respondetur testato-
 rem, ut bona sua in successoribus suis conservaren-
 tur, prohibuisse eorum alienationem, & omnem spe-
 ciem alienationum per quam perveniri poterat ad eo-
 rum distractionem. Ex quo infertur non comprehen-
 di sub ea prohibitione **CONSTITUTIONEM**
VIDUITATIS per quam bona non alienantur in
 perpetuum, sed durante viduitate ususfructus impe-
 ditur. Secundo respondetur iuxta Fororum dispositio-
 nem, & praxim Regni adeo favorabile esse ius vi-
 duitatis, ut etiam in bonis Maioratus, & fideicomisso
 subiectis obtineat, nec aliter possit excludi, **QVAM**
SI SPETIALITER FVERIT PROHIBI-
TUM, quod cum non legatur in predicto testamen-
 to, sequitur in occurrenti casu ius viduitatis in bonis
 apprehensis admitti debere quoad assignatam quanti-
 tatem, prout iam alias sepe in hac Regia Audiencia
 decisum, & iudicatum fuit.

95 El Testamento de Fernando Lopez de
 Heredia, y la manda de la Capitulacion del señor
 Don Carlos, pari pasu ambulant, dice que el padre
 el señor Duque todos sus Estados por el tiempo de
 sus dias, y así a perjuizio de la restitucion, no pu-
do

do a genar, pero le fue licito dar Viudedad a mi se-
 ñora la Duquesa, porque esto no es agenacion, y
 porque no renunciô la facultad de constituirla, ni
 transfiriô (ipsius vita, durante) el dominio, y para
 el intento de la otra parte, era necessario que se
 huviessse hecho lo vno, ô lo otro, clara, y literalmê-
 te, *D. R. Monter decis. 35. num. 42. Et seqq. latif-
 simê.*

96 Y quando huviera duda en las palabras
 de la donacion (que no la ay) deve ser preferido
 el donante in re dubia; Porque exerce la liberali-
 dad, & potius sibi, quam donatario consulere cre-
 dendum est, vt aiebat *Suelv. cons. 13. semicent. 2. nu.
 21.* Porque el beneficio de los padres donantes con
 vn escarmiento perjudicial, no les retarde el ani-
 mo de favorecer los demas hijos, *Curtelo tom. 2.
 discursu 1. speciali 12.* Porque in dubio, benigna, &
 favorabilissima interpretatio debet fieri cum do-
 nante qui ex propria liberalitate convenitur, *ar-
 gum. tex. in l. Ad res donatas, ff. de adilitio Edicto;
 Fontanella de pactis, Clausula 4. Gloss. 22. n. 21.* Por-
 que se deve creer, y juzgar lo que verosimilmente
 huviera negado el donante preguntado, si vivie-
 ra, *Tuscho conclus. 715. lit. D. num. 10.*

97 Tandem, es muy de pöderar la represen-
 tacion juridica, y Foral, que las Viudas hazen de las
 personas, y vidas de sus maridos, conservando to-
 dos sus drechos, gozos, y privilegios; *l. fin. C. de bo-
 nis maternis, Suelv. tom. 2. cons. 15. per totum, vbi ple-
 nissimê.* Y mucho mas a nuestro intento lo dize
en el consejo 22. de la centuria, assentando, que el
do-

dominio, y possession de la muger, mientras es viuda, en Aragon se tiene, y reputa por del marido, es famosa la doctrina, dize assi numero 12. *In Aragonia est in vidua quedam defuncti representatio, & paulo inferius, & sic DOMINIUM, ET POSSESSIO utriusque pro uno reputatur, ex For. Muytas vezes de apprehensionibus, Obseru. Item si sponsus de iure dotium, Molino verb. Viduitas, vers. Pro iure viduitatis, fol. 331. Bardax. in d. For. & Portoles in d. Obseru.* Luego aviendo pacto expreso de que el Duque goze toda la renta durante su vida, y no siendo otra cosa la viudedad; para su gozo, y usufructo, se reputa por vivo el marido mandante, y el Dominio de entrambos es vno mismo, como lo dizen claramente dichos Fueros, y Practicos: Y assi no puede ser mas Foral, ni legitima la que pertenece a mi señora la Duquesa, mayormente aviendo dicho señor Duque Don Fernando retenido, y conseruado el dominio, hasta su muerte, como largamente se ha probado.

ARTICULO TERCERO.

QUE LA VIUEDAD, AVNQUE LIMITADA, en Aragon es credito.

98 **E**STA Proposición en nuestro Reyno, tuvo en lo antiguo alguna cōtroversia, pero ya oy se ha canonizado por indubitable, y cierta en todos los Tribunales, y el señor Regente Sesse la tuvo por tal en la decis. 152. num. 1. dicens: *Respe-*

Et viduitatis foralis benè potest maritus, vel uxor reponi in bonis premortui, vide in Processu Ægidij Diego, super apprehensione, in Curia Iustitia Aragonum, in Articulo proprietatis, anno 1568. ubi fuit reposita uxor ratione viduitatis foralis: idem est in Viduitate pactionali in capitulis matrimonialibus, vel alio actu reservato in capitulis matrimonialibus, ut in Processu Domna Joana de Toledo, super apprehensione, in Articulo litispendentia in Regia Audiencia, anno 1589. Et idem licet viduitas in Testamento relinquatur, ET HOC IVRE UTIMVR, est enim viduitas, seu ususfructus pars dominij secundum Portol. verb. Bestia, nu. 18.

99 Y en la decission 292. confirma, y trata muy exprofesso la materia, y cita por puntuales todos los exemplares siguientes,

100 *In Processu Beatricis Conessa, sup. apprehens. anno 1613.*

101 *In Processu D. Bernardini de Mendoza, sup. apprehens. anno 1610.*

102 *In Processu Domna Mariana Diez de Guebara, sup. apprehens. anno 1592.*

103 *In Processu Domna Joana de Toledo, super apprehens. anno 1598.*

104 *In Processu Jacobi de Vrgel, sup. apprehensione, anno 1590.*

105 *In Processu Domna Agnetis de Txar, sup. apprehens. anno 1605.*

106 *In Processu appellationis Domna Anna Aymeric, et Cruilles, sup. apprehens. anno 1620.*

107 Y despues destos, *In Processu Hieronymi de*

Abenia, super apprehens. de la Varonia de Sigues, et in Processu Hieronymi de Valdemoro, in Curia Domini Iustitia Aragonum, sobre la viudedad de la señora Doña Rafaela Ortiz: limitada á cántidad de feyscientas libras, cuyo motivo dize así: Nec nocet viduitatem petitam esse limitatam, viderique indueri, rationem crediti, quod exigi non potest à bonis vinculatis, alijs bonis liberis existentibus; Quia respondetur RECEPTIVS IAM ESSE IN REGNO VIDVITATEM ESSE PARTEM DOMINII, et ideo necessarium non est libera bona, prius excutere, quam vinculata.

108 Y en todos estos procesos, no solo está declarado, que las Viudedades limitadas son parte de dominio, sino que se dio por asentado, y constate, sin genero de duda; Lo que se dudó solo fue: Si podian adjudicarse los frutos percibidos ante apprehensionem, y se declaró, que si, ea potissimū ratione, ne quod favore introductum est, in odiū retorqueretur, maximē stantibus clausulis, & hypothecis ad obtinendum necessarijs.

109 De donde nace la facultad que tiene la viuda para pedir reposicion, por dominio, ó intentar la Accion por credito; por las clausulas privilegiadas, segū entēdiere le es mas facil, y beneficioso, pēdiēdo esto de su eleccion; Y así demas de la asignacion de quatro mil libras de viudedad, que sobre todos sus Estados, y bienes hizo el Señor Duque Don Fernando con palabras exuberantissimas; en la misma clausula hypothecô, y obligô dichos

chos bienes, para que mi Señora la Duquesa pudiesse libremente exercitar la accion que tuviere por mas vtil, ora por Dominio, ora por Credito, pédiendo esto de su voluntad, y eleccion, vt asserebat *Suelues cons. 22. in centur. num. 12. Considero, quod hac hipotheca est in securitatem viduitatis, unde tanquam accessoria, illa, eius naturam sequi debet: Y mas abaxo profigue diziendo, que es tambien parte de Dominio: y q̄ tiene accion la Viuda para reponerse, segun que aora puede, y deve ser repuesta mi Señora la Duquesa en este Proceso en los derechos de su Marido el Señor Duque Don Fernando.*

ARTICULO QVARTO.

QUE LA INCLVSION LEGITIMA y derecho claro con que mi Señora la Duquesa pide reposicion, no puede retardarse por las excepciones extrinsecas, y dudosas, que opone la otra parte.

110 **C**onclusion es comun, y cierta en Derecho, y Fuero, que quando la excepcion que se opone contra el que pide la inmisión, ô reposición del texto, en la ley fin. C. de edicto Diui Adriani tollendo, es turbida, ô requiere examen, y conocimiento; no puede embarazar en dicho juyzio sumarisimo, y deve quedar reservada para otro mas pleno, en que tenga lugar, y capacidad su disputa, *optimus text. in l. 3. §. Ibidem, ff. ad exhibendum ibi: Si obscurior, vel que habeat altiore questionem, dif.*

differendam in directum iudicium: Es tambien en terminos la ley 3.ª. fin. ff. de Carboniano Edicto, ibi: *Si vero ambigam causam, hoc est vel modicum pro puero facientem, ut non videatur euidenter filium non esse, dabit ei Carbonianam bonorum possessionem.* Fontanella de pactis, clausula 7. glos. 3. par. 10. num. 75. Gratiano disceptat. forens. cap. 906. num. 27. Positio de manutentione, obseruat. 42. num. 68. ibi: *Quin immo in hoc summarissimo iudicio nulla exceptio admittitur, saltem qua sit turbida, et qua egeat discussione.* Y mas abaxo num. 72. *vel qua contineret iuris subtilitatem, aut haberet prolixiorum tractatum, et de diuersis iuribus, seu opinionibus DD. Nogueroi. allegat. 25. num. 26.*

III Las excepciones que oponen el Señor Duque Don Carlos, se fundan en su Capitulacion Matrimonial; Requirit altissimam indaginem, se necessita para su averiguacion de gravissimo, y dilatado examen. (vt superius satis apertè demonstravimus) Es vn documento extrinseco, que no le exhibe mi Señora la Duquesa, ni es merito de su Reposicion; Pide la su Excelencia por sus Capítulos Matrimoniales, en que sin disputa, ni controuersia se le asignaron quatro mil libras de viudedad, con letra clara, y patente, no es justo, que vn drecho tan claro, en juyzio sumariissimo se retarde, por otro tan dudoso, y lleno de dificultades, optimè *Antonius Faber. lib. 6. C. diffinit. 2. num. 5. Capicius Galeota lib. 1. controuersiar. controuers. 31. num. 2. D. R. Leon, decis. 24. num. 12. et sequentib. Don Iuan Baptista de Larrea, omnino videndus,*

Alle-

Allegat. Fiscal. allegat. 21. num. 6. per totam.

112 Y así suponiendo (como es evidente) que el Señor Duque Don Fernando, muerto el Conde Don Francisco, sucedió por los Vinculos del Duque Don Martin; y que devio reponerse en este proceso, la translacion del dominio, y quanto se opone por la Capitulacion del Señor Don Carlos (sobre ser excepcion desestimable) no pertenece a este juyzio, y deve reservarse para otro menos sumario, sin que pueda impedir la reposicion de mi Señora la Duquesa, punctim, & pulchrè *Argelo, de legitimo contradictore, quest. 10. num. 280. his verbis. Aut incontinenti apparet de posteriori, nõ vero de anteriori, sed illud anterius altam requirit indaginem, ita ut, vel à factõ ambiguo pendeat, vel etiam à subtili examine articulorum iuris, & perplexis difficultatibus, & tunc fideicommissarius ultimus est immittendus, non attenda fideicommissi contradictione, quia exceptiones consistentes etiam in questione iuris, ambigui tamen, & in quo varia sint interpretum opiniones, tamquam requirentes altam indaginem, non admittuntur contra hoc beneficium, hoc enim dubium iuris, aequiparatur dubio facti Bartolus in leg. cum prolati, ff. de re iudicata, Rolandus à Valle cons. 22. num. 36. volum. 3. Socinus cons. 59. col. 2. Capicio decis. 10. num. 19. Riminaldus junior cons. 352. num. 13. & 71. Et ita in terminis duorum fideicommissariorum, iuxta exemplum supra à nobis propositum fuit decissum à Rota, in una Romana de Naris 11. Decembris 1595. coram Peña, qua fuit*

*confirmata 4. Martij 1596. coram eodem, & hoc per
authoritates Decij conf. 424. num. 18. 19. & 20. Soci
nus junior conf. 75. num. 18. & 19. lib. 1. Rolandus à
Valle conf. 1. num. 73. lib. 1. Menochius de adipiscen-
da remedio 4. num. 745. Optime noster Molino,
verb. Censualis, col. 4. fol. 61. versic. in eadem Foro,
ibi: Talis exceptio, licet sit legitima, si veniunt aliqua
Examinanda, vel requirit altiore indagine in
iudicio summano non admititur, sed debet reserua-
ri in iudicio retractationis.*

113 Resulta de todo lo que se ha discurredo, y
representado en esta Alegacion; Que el Señor Du
que Don Fernando fue verdadero, y legitimo su-
cessor de las Varonias, y bienes aprehensos: Que
como tal asignò sobre ellos viudedad de quatro
mil libras a mi señora la Duquesa: Que no se des-
pojò desta facultad, ni transfiriò el dominio de sus
bienes hasta su muerte, en la Donacion q̄ hizo a su
hijo el S. Dō Carlos en sus Capítulos Matrimonia-
les: Que quanto se opone por esta Escritura, no es
relevante, y se ha dado satisfacion: Que quando
tuviera algun fundamento, deve quedar reservado
su examen para otro juyzio, no embarazando en
este la reposicion con Dominio, que le pertenece,
y tan justamente pide mi Señora la Duquesa: Y
assi puede su Excelencia tener muy segura con-
fianza en la gravissima censura de tan Supremo
Tribunal, que premeditarâ todos los puntos con
suma exaccion, y que no ay Provincia en el Mun-
do, donde tan favorecidas, y privilegiadas sean las
Viudedades, como en este Reyno: de donde han

facado innumerables cãtidades de dinero muchas
 Señoras Forasteras, que han casado en él, sin aver
 traydo apenas Dote; y aviêdo sido tan quantioso,
 y opulêto, el q̄ notoriamente consta trajo su Exce
 lencia a la Casa del Señor Duque, justo es recobre
 alguna parte, y que no sea este el vnico exemplar
 en Aragon, de perder la viudedad que se pactô: Y
entendemos se deve de justicia. S. G. S. C.

D. Iosef Esmir,
 y Casanate.

facido innumerables cõdidas de duros muchos
Señores Forasteros que han calado en esta aver
craydo apenas Doy y avido sido tan gran trabajo
y opulento, el p̄notoriamente con el nro su Exce
lencia a la Casa del Señor Duque Juso es recobrar
alguna parte y que no sea el unico exemplar
en Aragon de perder la viudedad que se pasó: Y
entendamos se deve de justicia. S. G. S. C.

D. Josef Elmira
Y Calanate.

[Faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page]