

ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE LA LEGITIMA ARAGONESA

SUMARIO. 1. Pragmatismo foralista e imprecisión iushistoricista.—2.—«Fueros», «usos» y «observancias».—3. Romanización normativa y romanización instrumental.—4. «Hereditamiento» e «institución de heredero».—5. Libertad de testar y ausencia de patria potestad.—6. «Parte», «legítima» y «reserva».—7. Desheredación, preterición y legítima simbólica.—8. «Ante parte» o «ventaja» y «mejora».—9. Legítima y responsabilidad limitada —10. Legítima y derecho de representación.—11. Legítima y «vinculación».—12 Conclusiones.

1. PRAGMATISMO FORALISTA E IMPRECISION IUSHISTORICISTA

La que, provisionalmente, podemos denominar «legítima aragonesa», es una de las instituciones sucesorias que ofrecen bastantes dudas. Lo demuestra las vacilaciones experimentadas por el legislador, a la hora de fijarla en el «Apéndice foral», de 1926, y en la «Compilación del Derecho civil de Aragón», de 1967. A su vez, estas vacilaciones tienen claro precedente en las discusiones del Congreso de Jurisconsultos aragoneses, de 1880, en torno, especialmente, al origen de la supuesta libertad de testar en Aragón¹.

Los «foralistas»² han trabajado para despejar las dudas. Lo han hecho, estimulados por el deseo de resolverlos en una legislación actual, como ha sido la representada por los monumentos legislativos anteriormente citados. El estudio histórico les ha ve-

1 El último extremo puede verse en Vicente de la FUENTE, *Estudios críticos sobre la Historia y el Derecho de Aragón*, tomo II, Madrid, 1885, págs. 397-430.

2. Sobre el «foralista», como continuador del «forista», vid. mi obra *Los Fueros de Aragón*, 4.^a edición. Zaragoza, 1985, Librería General, parágr 3

nido impuesto por la consideración del «Código civil» español, de 1889, como «derecho común», y el consiguiente carácter «historicista» de los derechos conocidos, no siempre con propiedad, como «forales»³. En virtud de ese carácter «historicista», que, actualmente, puede cambiar al amparo de la Constitución de 1978⁴, los foralistas se han visto obligados a indagar el pasado histórico de cada una de las instituciones. Por ello, su obra ha sido eminentemente, pragmática, y no es raro, que haya estado dominada por su idea del «deber ser» en el futuro, más que por el «deber ser» del pasado. Ello, no priva su obra de valor, y, desde mi punto de vista, cualquier trabajo que se realice, debe tener en cuenta las opiniones expuestas en esas aportaciones. Algunas han sido reseñadas oportunamente⁵. Aparte de éstas, sin embargo, deberá tenerse en cuenta las que no lo han sido, por no ser monografías o artículos específicamente dedicados al tema. Con ello, me refiero a tratados, manuales, diccionarios jurídicos, etc., en los que será posible encontrar opiniones interesantes. Personalmente, me intranquiliza el desconocerlas, pero confío en que otros trabajos las pongan de manifiesto.

Los iushistoriadores nos hemos ocupado también del tema, aunque sin la debida precisión, y, preferentemente, en obras de carácter general. En algunos iushistoriadores del pasado, se ha reunido esta condición, con la del foralista. Esto puede predicarse, quizá, de la figura del ilustrado Ignacio Jordán de Asso, que, en el siglo XVIII, y juntamente, con su fiel «segundón», el buen erudito Miguel de Manuel y Rodríguez⁶, no olvida que, si las instituciones

3. Una de las varias síntesis sobre el problema se encuentra en mi manual *Iniciación histórica al Derecho español*, 3.ª ed. Ariel, Barcelona, 1983, parágrafo 391-392. Para el caso aragonés concreto, vid mi op. cit. en nota 2, cap V.

4. Sobre el cambio de fundamentación en las legislaciones «forales», puede verse mi manual cit., parágrafo 408, y mi artículo *Estudio del artículo 1.º de la Compilación del Derecho Civil Especial para Cataluña*, *Revista Jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1961, págs. 249-272.

5. El Prof. Antonio Pérez Martín, en la «introducción» a *Fori Aragonum vom Codex von Huesca bis zur Reform Philipps II*, Vaduz/Liechtenstein, 1979, pág. 82, ha facilitado bibliografía abundante. Por mi parte, en mis obras citadas, he aportado bibliografía procedente del *Anuario de Derecho Aragonés*.

6. Vid. Ignacio JORDÁN DE ASSO y Miguel DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5.ª ed. Madrid, 1792. El nombre del segundo

civiles de Castilla, son importantes, no lo son todo⁷. Probablemente, su doble condición de ilustrado y de foralista, es la que impulsa a Asso a no dudar sobre la existencia de la libertad de testar en Aragón, algo que, como se verá más adelante, merecía el beneficio de la duda.

De iushistoriador y foralista, puede considerarse al P. Vicente de la Fuente, quien el siglo XIX dedica a la libertad de testar uno de sus estudios sobre la Historia y el Derecho de Aragón⁸. En cierta manera, coincide con Asso en la existencia de la libertad de testar en Aragón, pero, a diferencia de éste, la considera una corruptela. Lo que agrada al ilustrado y «liberalizador» sistemático, que es Asso, repugna al sacerdote y conservador que es V. de la Fuente, quien en forma divertida, aunque paternalista, reprocha el «progresismo» en la figura de su paisano y amigo ya fallecido, Domingo Ibáñez⁹.

La manualística moderna de la Historia del Derecho no es proclive a incluir en su estudio el del Derecho privado. Cuando lo ha hecho, ha atendido a las instituciones castellanas, y, preferentemente, a las altomedievales, como en el caso de Román Riaza-Alfonso García-Gallo y de Juan Beneyto Pérez¹⁰. Creo que constituimos excepción Salvador Minguijón y yo. A Salvador Min-

aparece en letras más pequeñas que el del primero. Muchos no especialistas piensan que «de Manuel» es un segundo apellido de Asso.

7. En la op. cit., se estudian las instituciones civiles de Castilla, pero se hacen referencia a las de otros territorios.

8. Op. y loc. cit. en nota 1. El estudio se denomina «La libertad de testar por fuero».

9. V. de la FUENTE dice que Domingo Ibáñez era un acérrimo progresista y acérrimo foralista, que es tanto como «un hombre que quiere andar hacia adelante, pero mirando hacia atrás». El sacerdote bilbilitano se preguntaba como iban a aguantar los aragoneses quinientos años, sin tan preciosa libertad, refiriéndose irónicamente a la libertad de testar.

10. ROMÁN RIAZA y ALFONSO GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1934, dedicaron el parágr. 628 a la legítima de los descendientes, ocupándose exclusivamente del derecho visigodo con referencia al postvisigodo y el de los fueros locales. JUAN BENEYTO PÉREZ, en *Instituciones de Derecho Histórico Español*, vol. II, Lib. Bosch, Barcelona, 1930, se ocupaba sólo de Castilla, y en *Manual de Historia del Derecho*, Librería General. Biblioteca de Iniciación Jurídica, Zaragoza, 1940, pág. 275, se ocupaba sólo de los derechos visigodo y castellano.

guijón creo que no se le ha valorado suficientemente. Es cierto que careció de obra monográfica, pero su labor como manualista fue buena. Curiosamente, en sus «cuadernos», en tanto dedicó atención en el aspecto sucesorio a países europeos, como Francia, Italia, e, incluso, Inglaterra, por lo que se refiere a España, se ocupó exclusivamente de la monarquía castellana¹¹. Sin embargo, en su conocido Manual, y como no podía menos de suceder, dada su condición de aragonés, incluyó breve, pero dignamente, lo relativo a Aragón¹². En forma más amplia, yo también he atendido el aspecto sucesorio aragonés en mi manualística¹³.

Los hispanistas se han preocupado también del aspecto sucesorio aragonés. Lo hizo Georges de Lacoste, al ocuparse de la «mejora» en el Derecho español antiguo y moderno, con escasa preparación jurídica y partiendo de la base de que el «Liber Iudiciorum» fue la ley común de Aragón hasta principios del siglo XIV¹⁴. Con parecida base de partida, aunque con mejor técnica jurídica lo ha hecho Anno Elfgén, ocupándose también de la mejora¹⁵.

Recientemente, hay que saludar la contribución monográfica de un iushistoriador español, como es el Prof. Fernando de Arvizu, quien anteriormente ya ha manifestado su preferencia por el Derecho privado, y aún dentro de éste, por el Derecho sucesorio. Estudiando la que califica de «reserva hereditaria», se centra en

11. Salvador MINGUIJÓN, *Elementos de Historia del Derecho español*, Cuaderno séptimo, Zaragoza, 1920

12. Salvador MINGUIJÓN, *Historia del Derecho español*, 4.ª ed., revisada. Ed. Labor, S. A., 1953 (la primera ed. es de 1927), págs. 289-90, con referencias a los fueros de Daroca y Jaca, Compilación de Huesca, fueros de 1307 y 1311, y apéndice foral

13. En mi *Manual* cit., y por primera vez en la manualística española, se intenta tratar las instituciones forales en plano de igualdad, históricamente, con las instituciones castellanas. Los caps LXXIII a LXXVI están dedicados a aspectos sucesorios, con abundantes referencias a las instituciones aragonesas, lo que también sucede en el cap. LXXVIII dedicado a la evolución del derecho privado. Sobre el derecho sucesorio aragonés hay también referencias, lógicamente, en mi obra citada sobre *Los Fueros de Aragón*

14. Georges de LACOSTE, *Essai sur les «mejoras» ou avantages légitimaires dans le Droit espagnol ancien et moderne* París, 1911 Hay trad española, como se indica en mi *Manual*, parágr. 1036.

15. Anno ELFGÉN, *Die Mejora* Walter de Gruyter & Co Berlín, 1962.

la Baja Edad Media. Según declara, su objeto no es otro que mostrar cómo regulan el tema las «fuentes aragonesas», pareciendo entender como tales, las que podríamos denominar «fuentes legales», en sentido lato, esto es, los fueros, las observancias y el «Vidal Mayor». Salvo por lo que se refiere a trabajos propios, el Prof. de Arvizu prescinde de citar bibliografía, lo que parece justificarse por el género que práctica, y que es el de la «comunicación» científica o congresual¹⁶. Sin embargo, lo que no creo tan justificado es el que tampoco parece apoyarse en esa bibliografía. Se desemboca así, en una especie de trabajo de «historia de la Legislación». Esto no me preocupa, pues nunca he rechazado radicalmente esta corriente metodológica, aunque no la comparto, pero me inquieta la ausencia de problemas en la exposición. No discuto ahora el que, como opina el Prof. de Arvizu, la regulación de la que califica como «reserva hereditaria», sea «mucho menos compleja» que la del derecho navarro coetáneo¹⁷, pero comparto la opinión que en 1918 expresara Santiago Vidiella, como es la de calificar esta materia en Aragón, como «delicada y confusa»¹⁸. Ha sido muy discutida en el pasado, y es muy posible que haya de seguir siéndolo en el futuro. Una lectura lineal, y, quizá, precipitada, de los textos legales principales, como la que hace el Prof. de Arvizu, no puede satisfacer nuestra demanda actual de conocimiento. Es preciso recurrir a la doctrina de los foristas, foralistas, civilistas y iushistoriadores, para con ayuda de todos, y, por descontado, con la del Prof. de Arvizu entre éstos, plantear una problemática, elaborar los instrumentos conceptuales que permitan

16. Fernando de ARVIZU, *La reserva hereditaria en el Derecho aragonés bajomedieval Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LVIII (Estudos em homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz), Coimbra, 1982, págs. 299-335. Ha sido comunicación presentada en las «Journées Internationales d'Histoire du Droit», celebradas en Nancy, septiembre de 1982, y por ello, metodológicamente, debe presentarse en forma distinta al resto de la obra del Prof. Arvizu, desde su tesis doctoral sobre *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media*, EUNSA, Pamplona, 1977, omitida inadvertidamente en la bibliografía de mi *Manual* cit., hasta el reciente trabajo *La femme dans le Code d'Euric, Revue Historique du Droit français et étrangère*, 1984, núm. 3, págs. 391-405.

17. Op cit., pág. 300.

18. Santiago VIDIELLA, *De la legítima de descendientes en Aragón*. RDP, año VI, núm. 56, 1918, págs. 137-149

precisar las soluciones, y detectar los numerosos paralogismos de los que está impregnada la cuestión sucesoria aragonesa, que ofrece más dificultades de las que puede ofrecer la castellana o la catalana, por ejemplo.

Lo que voy a tratar es de abordar parte de la problemática que ofrece la legítima aragonesa, amplia y no resuelta. Debemos luchar contra un posible conformismo peligroso. Los textos contestarán en función de lo que les preguntemos. Sólo si profundizamos en la formulación de los problemas, obtendremos ganancias en las respuestas. Por otra parte, como no pretendo ampararme en la comodidad de una mayéutica, aventuraré opiniones, aún a riesgo, incluso, de rectificar posiciones mías anteriores en algún aspecto concreto.

2. «FUEROS», «USOS» y «OBSERVANCIAS»

Excluyendo los «actos de corte», sin trascendencia en el ordenamiento estrictamente civil, la materia sucesoria se ve afectada por «fueros», «usos» y «observancias». Estos elementos integran un sistema jurídico consuetudinario. Aunque este sistema deja de ser «puro» en el siglo XIII, para adoptar la versión «foral», no deja de ofrecer muchas más dificultades que un sistema legalista en cuanto a su conocimiento.

En cuanto a los fueros de Aragón compilados bajo Jaime I, seguimos careciendo de una edición satisfactoria, por lo que tenemos que seguir utilizándolos a través de las recopilaciones posteriores, que ofrecen siempre el peligro de manipulaciones. Pese a los defectos que se le han atribuido sigue siendo «el Savall y Penén» nuestra principal herramienta de trabajo¹⁹, si bien ahora poseemos también una edición facsímil de la recopilación cronológica, debida al Prof. Antonio Pérez Martín²⁰. De las dos versiones romances publicadas, una de ellas, la publicada por Gunnar

19. Así es como se conoce corrientemente la obra de Pascual SAVALL y Santiago PENÉN, *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino Aragón*, 2 vols. Zaragoza 1886.

20. Vid. op. cit., en nota 5 En pág. 82 dedica unas líneas a la legítima aragonesa. Serán muy útiles las glosas del código publicado cuando sean descifradas y publicadas, pues la ed. facsímil las hace de difícil utilización, al menos, para mí.

Tilander, no parece coincidir con la versión latina, acercándose más a ésta la publicada por el Prof. Lacruz Berdejo, y continuada por el abogado Jesús Bergua Camón²¹. Considero muy útiles las compilaciones que en la primera época del «Anuario de Historia del Derecho español» publicara José María Ramos Loscertales²².

A la inseguridad en la fijación de los Fueros, hay que añadir la inseguridad en su valoración. La utilización de denominaciones, como la de «Código de Huesca»²³, no ayuda a mejorar la valoración. Es una denominación impropia y de nuestro tiempo, pues históricamente la colección debió ser conocida como «Fueros de Aragón» o, quizá, como el «fuero antiguo», y nunca fue calificada de «código», sino en todo caso, de «compilación», que es el término recogido por el foralismo actual. Si hablamos de «Código», tendemos a considerarlo una obra legal, cuando no es tal, sino la fijación del derecho consuetudinario, sin pretensiones de cristalización legislativa. Es posible que la colección, como tal colección, no haya sido muy invocada durante algún tiempo. Todavía en 1301, el rey habla indefinidamente de «fueros y usos», e, incluso, en algunas sentencias, al menos, no se alude a la colección, sino que se juzga conforme a «fueros et usos de Aragon», «forum Aragonis» o, simplemente, «de consuetudine Aragonis»²⁴.

Sigue sin poderse dar como resuelto el enigma del conocido como «Vidal Mayor». Por ello, sorprende que el Prof. de Arvizu declare dogmáticamente que se trata de un «comentario» de la Compilación de 1247²⁵, pues, incluso, actualmente es la tesis más

21. José Luis LACRUZ BERDEJO, *Fueros de Aragón hasta 1265*. ADA. 1945, págs. 223-361, y Jesús BERGUA CAMÓN, «*Fueros de Aragón. De 1265 a 1383*», ADA. V. 1949, págs. 455-575. Según el profesor Lacruz Berdejo, se trata de un ms. de principios del siglo xv.

22. José M^a RAMOS LOSCERTALES, *Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media*, AHDE. II, págs. 491-523, y V, 1928, 389-407. Aunque los ha utilizado en otros trabajos, el profesor de Arvizu no los utiliza en éste, probablemente, por no considerarlos bajomedievales.

23. Me he pronunciado en contra, en mi manual cit., parágr 197, y en op. cit. sobre fueros de Aragón, parágr. 12. Siguen utilizándola el prof. Pérez Martín, y el profesor de Arvizu.

24. Vid. Manuel de BOFARULL Y DE SARTORIO, *Procesos contra los nobles de la Unión Aragonesa en 1301*, Barcelona, 1870.

25. F. DE ARVIZU, op. cit., pág. 300. HOSPITAL, op. cit. en nota 25, pág. 65, la llama «compilatio».

en retroceso. Ha sido opinión mía, la de que la historiografía extranjera, a diferencia de la española, era proclive a conferir carácter oficial al «Vidal Mayor»²⁶, pero, incluso, esta opinión mía debe ser revisada. Españoles, como el Prof. Gonzalo Martínez Díez, parecen inclinarse a la tesis que, para mí, tenía cuño extranjero²⁷. Por el contrario, el investigador alemán Armin Wolf, al que yo siempre incluía entre los que confieren cierto valor oficial a la obra de Vidal de Cañellas, cree que García Granero y yo, no le hemos interpretado bien²⁸, lo que no descarto, aunque no lo creo. En todo caso, creo que hay que esperar nuevos trabajos, y es difícil admitir que el «Vidal Mayor» sea un «comentario», tanto en sentido medieval, como en sentido moderno, pues es sabido que la que consideramos Compilación de 1247 y el «Vidal Mayor», no constan de los mismos libros.

También es cierto, sin embargo, que nosotros no podemos esperar nuevos trabajos para utilizar esos textos. Ahora bien, los tenemos que utilizar muy matizadamente, y, además, en base a hipótesis razonadas. En el momento actual, parece que los especialistas están de acuerdo en que de las cortes de 1247, directa o indirectamente, han salido dos «compilaciones», de diversa naturaleza y diversa extensión. Una de ellas, la «minor», se ha debido limitar a recopilar los que la corte general ha considerado «fueros de Aragón», y, en consecuencia, ha sido «pura», desde el punto de vista foral, aunque a riesgo de no regular o regular insuficientemente, muchas instituciones. La más amplia o «maior», ha sido una colección «dreyturera», que ha utilizado el derecho común para completar la regulación foral incompleta, y que es, naturalmente, la que conocemos como «Vidal Mayor». Aunque sólo una de ellas, haya conocido la publicación, lo que ha debido haber es una utilización diferente, pues, es natural, que los juristas, por ejemplo, habrán utilizado preferentemente la «compilación dreyturera», en tanto la nobleza, en la defensa de sus privilegios, habrá

26. En mi *Manual*, paragr 209, y en *Los Fueros de Aragón*, parágr. 14.

27. Vid. Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, *Observaciones del Reino de Aragón de Jaime de Hospital*, Zaragoza, 1977, Introducción, pág. XXV. También en esta dirección, salvo matizaciones, se encuentra el profesor PÉREZ MARTÍN, op. cit., págs. 12-13.

28. Armin WOLF, *Los «Fori Aragonum» de 1247 y el Vidal Mayor* AHDE. LIII, Madrid, 1983, pág. 195, nota 76.

utilizado la compilación foral. Según he destacado en otro lugar²⁹, en 1264, los ricos hombres se quejan de que el rey no juzga sus pleitos con arreglo a la costumbre antigua, sino conforme al derecho romano y canónico, lo que niega el rey, afirmando que juzga conforme a los fueros y no, conforme a leyes y decretos. Ni unos, ni otros, aluden a colecciones concretas, sino a contenido, que es el que legitimará la «minor», y determinará la decadencia de la «maior». Este proceso se precipita a través de la actividad legislativa de Jaime II, a principios del siglo XIV, cuando incorpora un nuevo libro a la «compilatio minor», y con ello, a iniciativa propia o presión de la nobleza, desarma la «compilatio maior».

Mayor dificultad que la naturaleza y valoración de los «fueros», la ofrece esa misma naturaleza en cuanto a las «observancias». He tratado de caracterizarlas³⁰, pero, naturalmente, siguen ofreciendo muchos problemas, máxime cuando nuevas colecciones han sido editadas por el Prof. Gonzalo Martínez Díez³¹. Desde luego, lo que no creo es que puedan ser caracterizadas como «las obras de los juristas», según hace el Prof. de Arvizu, y, menos todavía, el que esas obras «con carácter oficial interpretaron los textos legales propiamente dichos»³². Esto supone vaciar un sistema consuetudinario en los moldes de un sistema legal. En primer lugar, los textos «forales» no pueden identificarse con los textos «legales», al menos, antes del siglo XV. Derivando de esto, las «observancias» no se corresponden con las obras de los juristas en un sistema legal, como es el romano, por ejemplo. Las «observancias» tienen un origen vario, y sólo una parte procede de glosas o comentarios de los foristas a los fueros, que son las que, forzando la calificación, podríamos denominar «obras de los juristas». Jimeno Pérez de Salanova, Jaime de Hospital y Martín Díez de Aux, que el Prof. de Arvizu presenta implícitamente como los autores de las «observancias», lo habrán sido en mínima parte, pues su verdadera labor ha sido la de «compiladores». El Justicia Juan

29 *Los Fueros de Aragón*, paragr. 15.

30 *Iniciación...*, paragr. 203, y *Los Fueros* .., paragr. 19

31. Vid. Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, op. cit. en nota 27 y, del mismo autor, *Dos colecciones de Observancias de Aragón*, AHDE XLV, Madrid, 1975, págs. 543-594.

32. F de ARVIZU, op. cit , pág 300

Jiménez de Cerdán advierte al Justicia Martín Díez de Aux, que todas o la mayoría de las observancias que se dicen de Jaime del Hospital, fueron de Jimeno Pérez de Salanova, y que Hospital lo que hizo fue sistematizarlas³³. Para el Prof. Gonzalo Martínez Díez, no sólo Jaime del Hospital, sino también Jimeno Pérez de Salanova, fueron «compiladores» de observancias³⁴. El caso de Martín Díez de Aux es aún más palmario, pues lo que se le encarga es una «copilatio», y, además, no la realiza sólo, sino con seis letrados, elegidos por el Justicia y los Diputados³⁵. Si se acude a Jerónimo de Blancas, puede comprobarse cómo lo que denominamos «Observancias de Hospital» son las observancias coleccionadas por ambos Justicias³⁶.

Ninguna de estas colecciones tiene carácter «oficial». Desde luego, las de Jimeno Pérez de Salanova y Jaime de Hospital no lo tienen. En el caso de Martín Díez de Aux, la colección es de encargo oficial, pero luego no recibe ninguna sanción o aprobación. Esto no ha dejado de extrañar, pero siempre a causa de nuestra mentalidad legalista, que, difícilmente, puede subrogarse en una mentalidad «consuetudinarista», y perdóneseme este vocablo, quizá, demasiado barroco. En realidad, no había por qué esperar esa sanción o aprobación. En el encargo a Martín Díez de Aux y a los

33. Vid. SAVALL-PENÉN, op. cit., tomo II, pág. 82: «Car las observanças que dizen de don Iayme del Espital, todas ó las demás fueron suyas: é lo que el dito don Iayme hi fizó fue que las colocó por titoles devidos é propios, segund oyó dezir a los antiguos».

34. Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, op. cit., pág. XVIII, llama a Jimeno Pérez de Salanova «compilador indubitado de Observancias», y de Hospital, dice que «reúne las procedentes de Salanova u otros autores anteriores, como aquellas de que él tuvo noticia o participación. ».

35. Vid. SAVALL-PENÉN, op. cit. Se les encarga «unam copilationem, ex usibus, Observantiis, et actibus Curiarum . ».

36. Jerónimo de BLANCAS, *Aragonensium rerum commentarii*, Zaragoza, 1598. Respecto a las de Pérez de Salanova, dice «eas autem, quod ab ipso collectae fuerint, Salanovae Observantiae appellamus» (pág. 184) y «ab eo autem quò ille, tum diuturna obseruatione notasset, tum notata ab aliis, quae diffusa et dissipata erant, coegisset in genera: Observantiae Salanova, dicta sunt» (pág. 456). Respecto a las de Hospital dice: «quae apud nos solo usu constabant, et post Salanouam diffusa, et dissipata erant...unde quae ab eo tunc fuere animaduersa et notata, Hospitali Observantiae, dicta sunt» (pág. 481)

seis letrados, ya se les advierte que a las observancias recopiladas no deberá atribuírseles mayor autoridad que la que ya tenían antes de la edición³⁷. La realidad es que la incorporación a las recopilaciones, debió otorgar carácter «oficial» a las «observancias» recopiladas por Díez de Aux y los seis letrados, pero como puede verse la autoridad de las «observancias» no venía dada por su inclusión en una colección. ¿Por qué venía dada? ¿Quién decidía sobre su autoridad? ¿Era permanente la autoridad de una observancia, o una observancia podía dejar de observarse? Hay muchas preguntas que no tienen fácil respuesta.

Hay todavía otro elemento que no se ha analizado, y es el «uso» o «costumbre». La colección que se encarga a Martín Díez de Aux se titula «de observancias» y de «costumbres»³⁸, ha de ser una compilación de «usos», «observancias» y «actos de corte»³⁹. Sin embargo, me parece que no se aprecia luego la diferencia entre «usos» y «observancias», aunque teóricamente es fácil, ya que la «observancia» tiene como referencia el «fuero», lo que no sucede con el «uso» o la «costumbre».

3. ROMANIZACION NORMATIVA Y ROMANIZACION INSTRUMENTAL

Sin perjuicio de reconocer un fenómeno general de «recepción» del derecho romano en los territorios hispánicos medievales, dentro del cuadro de una «recepción» general del Derecho romano en la mayoría de los países europeos, y, sobre todo, dentro de la Europa que reconoce una cierta supervivencia del Imperio romano, no aparece demostrado que esa «recepción» se haya producido en todos los lugares con la misma intensidad⁴⁰. Tampoco aparece demostrado que Aragón no haya mostrado una resistencia, que

37. Vid. SAVALL-PENÉN, op. cit.: « non attribuendo illis maiorem auctoritatem, quam ante editionem dicti actus habebat».

38. *Observantiae consuetudinisque Regni Aragonum in usu communiter habitae*.

39. Vid. nota 35.

40. En mi *Iniciación*, paragr. 154, ya expuse una teoría de la «penetración diferenciada», en la que he insistido diversas veces, especialmente, en un Coloquio celebrado en Cagliari, en diciembre de 1980

conduce a un repudio teórico del Derecho romano en el plano general, y en el plano de numerosas instituciones concretas. Igualmente, está sin demostrar que, incluso, en los países calificados de «romanistas», la romanización se haya producido uniformemente en todas las instituciones, sino que cabe distinguir diversos sectores, algunos de los cuales son resistentes a esa romanización⁴¹.

En tanto haya que admitir todo lo dicho anteriormente, por no ser impugnado debidamente, cualquier estudio de una institución aragonesa, deberá ser precedida del análisis de romanización del sector en que se encuentra encuadrada, que, en el supuesto de los derechos sucesorios de los hijos o descendientes es, naturalmente, el sector sucesorio, en conexión con el sector familiar o matrimonial, más específicamente con el de las relaciones paterno-filiales y el del régimen económico matrimonial. Dado que estos sectores pertenecen, precisamente, a los resistentes al derecho común⁴², considero problemático el que se considere «de sobra conocido» el fenómeno de romanización en el derecho aragonés, a través de las Observancias, conforme opina el Prof. de Arvizu⁴³, sobre todo, si después no aparece demostrada la romanización de las instituciones concretas. No aparecerá en las Observancias ninguna cuota romana de legítima, como tampoco la responsabilidad «ultra vires hereditatis», la patria potestad o cualesquiera otros signos convincentes de romanismo. En estas condiciones, no puede darse por descontada la romanización, sino que habrá que demostrarla y matizarla.

Sin duda, en ese terreno, la opinión del Prof. de Arvizu puede concordar con la de algunos autores, posiblemente, incluso, con la de foralistas. No lo es con la de todos, como es el caso del ya citado Santiago Vidiella, para el que en el aspecto sucesorio, las Observancias no «traicionaron» el derecho anterior⁴⁴. Personalmente, y algo «contra corriente» he sostenido que las

41. Esta teoría la he expuesto en mi *Iniciación*, paragr. 1054, y he desarrollado algunos aspectos en *Sectores sucesorios hispánicos maleables por el «Ius Commune»*. *Boletim da Faculdade de Direito*. vol. LVIII, Coimbra, 1982 (Estudos em homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merêa e E. G. Braga da Cruz), págs. 641-702.

42. Vid. los cit, en nota anterior.

43. F. de ARVIZU, op. cit., pág. 300.

44. VIDIELLA, op. cit.,

«observancias», refiriéndome a las compiladas por Martín Díez de Aux, son antirromanistas en concordancia con los «fueros», antiromanismo que es compatible con la técnica romanista de los «foristas»⁴⁵. Hoy insisto en ello, aunque puede que no tenga razón. Creo que hay que distinguir entre un romanismo «normativo» y un romanismo «instrumental». Desde luego, impresiona el romanismo en Jaime del Hospital, pero no impresiona nada en el caso de Pérez de Salanova o en el de Martín Díez de Aux y sus seis acompañantes. Aún en el caso de Jaime del Hospital, habrá que esperar a analizar su obra en el terreno de las instituciones, lo que todavía no se ha hecho. Desde luego, en el terreno puro de las «observancias», si se reconoce que ha sido mero recopilador, no puede esperarse que haya conseguido que prospere la visión romanista. En las otras dos partes de su trabajo⁴⁶, es posible que al «sumar» fueros, y al plantearse «cuestiones de derecho», haya conseguido matizaciones romanistas, pero estas partes no aparecen en todas las materias, ni una ojeada superficial deja de notar cierta discontinuidad en el tratamiento. No obstante, hay que esperar al análisis institucional, para poder pronunciarse definitivamente.

Fuera del campo de las «observancias», el antirromanismo es más claro. En el siglo XIII, se ha comprobado la reacción antirromanista del reino en alguna ocasión. En tanto no se analice debidamente, la «romanización» del «Vidal Mayor» parece instrumental, es decir, la que se exterioriza en la sistematización y en el planteamiento de problemas. No parece que haya cristalizado normativamente, y menos aún, si se demuestra que la compilación «mayor» ha tenido que sucumbir ante la «menor». En textos antiguos, como algunas de las ediciones privadas que editara Ramos Loscertales, la expresión «de iure» no pasa de ser punto de referencia⁴⁷. Aunque para la época del barroco, he mostrado con abundantes ejemplos de la propia práctica jurídica, cómo el contraste

45. *Los Fueros...*, parágr. 19.

46. Vid. Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, op. cit., pág. XVIII, quien explica la sistemática de Jaime de Hospital, consistente en reunir, primero, los fueros; reunir las «observancias» relativas al título, y, finalmente, plantearse cuestiones, que resuelve a la luz del derecho aragonés y del común.

47. Vid. Ramos primera colección citada en nota 22, cap. 55. «*set de omnibus non tenetur de iure unum filium* ».

entre el «fuero» y el «derecho», tiene significación puramente instrumental⁴⁸.

4. «HEREDAMIENTO» E «INSTITUCION DE HEREDERO»

Pese a que los textos, en especial, los del siglo XIII, conceden gran importancia al concepto de «heredad», seguimos sin saber qué es, y, lo que es peor, seguimos sin preguntárnoslo. Esto puede conducir a que parezca que la «heredad» no es considerada como bien inmueble, aunque, por otra parte, tampoco se pretenda que sea un bien mueble o semoviente⁴⁹, cuando conforme a un texto foral antiguo, la «heredad» es, precisamente, lo contrario, es decir, el «inmueble», por oposición al «mueble» o «donativo mueble»⁵⁰. Lo que yo creo que parece claro es que si la «heredad» es un inmueble, no todo inmueble es una «heredad».

En los textos de principios del siglo XIII, a la «heredad» parece caracterizarla el proceder de los padres y ascendientes, en general⁵¹, es decir, la de ser bienes «heredados», a diferencia de los que adquirirán después por su propia industria⁵². A partir de la época de la compilación de 1247, al menos, la «heredad» parece ser el inmueble o inmuebles que confieren un «status», y que es el de «ingenuo», término cuya verdadera significación desconocemos⁵³. Desde luego, es «status» elevado y opuesto al de los hombres de las ciudades, villas y villeros. Es posible que haya

48. *Vida judicial y administrativa en el Aragón barroco*. AHDE. LI, Madrid, 1981 (419-521), especialmente parágr. 9, págs. 466-67.

49. Vid. F. DE ARVIZU, op. cit., pág. 501, donde se dice, literalmente: «no ya un bien inmueble, sino una «heredad».

50. Vid. RAMOS LOSCERTALES, texto cit. en AHDE. II, cap. 99: « donum mobile et hereditatem; tantum mobile et hereditatem...».

51. Vid. op. cit, cap. 43: «... et hereditas est ex parte sui patris et sui matris illius...». Vid. también el texto publ. en tomo V, págs. 398-407, cap. 45: «Hereditates que perueniunt filiis et filiabus ex paterno et materno iure defunctis genitoribus .. Cum uero fratres habuerint inter se diuisas hereditates genitorum . ».

52. Vid. algunos de los trabajos de Alfonso GARCÍA-GALLO, reunidos en *Estudios de Historia del Derecho Privado*. Universidad de Sevilla, 1982.

53. El prof. de Arvizu no parece apreciarlo, y cuando lo encuentra en los textos lo traduce, sin dudar, por «infanzones»

terminado por identificarse con «infanzón», pero no siempre ha debido ser así. «Ingenuo» ha debido ser sinónimo de «noble», y ha comprendido también la alta nobleza, es decir, a los barones. Por ello, al «ingenuo» le caracteriza poseer varias «heredades»⁵⁴, pero, en algún momento, al menos, la condición de las «heredades» de barones han consistido en castillos, villas o señoríos, en tanto las de los infanzones han sido campos, viñedos, casas y pequeñas fortalezas con su distrito⁵⁵. En realidad, los barones son los que han poseído diversas heredades, en tanto, los infanzones, frecuentemente, y hablando del siglo XIII, han poseído frecuentemente una heredad. Esta heredad ha podido constar de diversos campos o parcelas, que, entonces, se conocen como «tierras». Lo que ha sucedido es que, como privilegio de infanzones, estas «tierras» se han considerado como «heredades», a efectos diversos.

El derecho económico matrimonial y el derecho sucesorio aragonés del siglo XIII, ha girado en torno a la «heredad» o a las «heredades», y los restantes bienes han sido complementarios a esos efectos. ¿Qué calificación corresponde a una sucesión testamentaria que gira en torno a la «heredad»? Nosotros poseemos en la actualidad un término, que es el de «heredamiento», pero que no emplean los textos del siglo XIII, los cuales se abstienen de substantivizar y hablan de «dar», «donar», «dejar» y términos similares, que no comprometen doctrinalmente. Vidal de Canelas, aunque también sin substantivizar, es el que introduce un paralogismo, como es la de rubricar estas actuaciones, como «De heredibus instituendis», que él mismo traduce como «De los herederos como deuen ser establidos»⁵⁶, cuando el término «instituir», sea en versión latina, sea en versión romance, no es empleado en los

54. Así, en la recopilación de 1476. Cfr. F. de ARVIZU, op. cit., nota 3.

55. Así se testimonia en la obra de Jaime de Hospital. Vid. Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, op. cit., lib. V, tít. II, (11): «Item nota quod barones quando dotant uxores de tribus haereditatibus in genere, intelligitur in tribus castris vel villis vel de toto haereditamento quod habeant in uno loco vel in diversis. Sed milites vel infantiones aliquando dotant uxores in tribus haereditatibus in genere, intelligitur in tribus campis vel vineis vel domibus vel in una domo, vinea vel campo, ... si miles vel infantio haberet unam almuniam vel turrim censeretur una haereditas cum todo haereditamento adiuncto illi almuniae vel turri».

56 Cfr. F. de ARVIZU, op. cit., nota 4

textos. El obispo de Huesca está introduciendo una calificación romanista, en un derecho no romanista, y esto supone un paraigismo. ¿Qué clase de institución de heredero es la que no tiene que expresarse formalmente y abriendo el testamento, y, sobre todo, que no da lugar a una sucesión universal y con responsabilidad «ultra vires hereditates»? No debe hablarse en ese caso de «institución de heredero». Por otra parte, el texto de referencia demuestra una vez más, el carácter puramente instrumental del romanismo, al menos, en ese momento, ya que la calificación no altera la condición no romanista de la sucesión aragonesa. No niego que carezca de trascendencia, pues, además, siempre he destacado la importancia del instrumento, pero tampoco puede magnificarse. Con la calificación de «institución de heredero» y sin ella, la sucesión aragonesa recuerda más un tipo de «heredamiento», sobre todo, cuando, frecuentemente, se realiza en vida. No deja de ser significativo que los famosos fueros «De testamentis Nobilium» y «De testamentis Civium» tampoco hablen de «instituir heredero», sino de «hacer heredero»⁵⁷. En todo caso, estos fueros sucesorios tan importantes, no recogen la terminología de Vidal de Canellas, y debe recordarse, además, que esta terminología ha sido la utilizada en la «compilatio maior», esto es, en la que parece abierta al Derecho común.

Como conclusión creo que puede establecerse, la de que la sucesión de los hijos en los bienes de los padres por lo que se refiere a Aragón, realizada, frecuentemente, y en gran parte, por donaciones de los últimos realizadas en vida, se acerca más a lo que podríamos denominar «heredamiento», que a una «institución de heredero» romana o romanista, y que, incluso, aquella condición de «heredamiento» la reúne por el hecho de que la sucesión gira en torno a las «heredades» o, en su caso, a las «tierras» que constituyen una «heredad», y que, a efectos sucesorios, se asimilan a las heredades, en el caso de los infanzones.

57. Cfr. op. cit., notas 5 y 6. Hablan de «haeredem facere». V. de la Fuente, op. cit., ya destacó que la solución era la del «hereu» catalán. LACOSTE, op. cit., vio a Aragón en la misma línea de Cataluña. No debe dejarse de ver la versión romance de LACRUZ-BERGUA, en la parte publicada por el último, caps. 396 y 398.

5. LIBERTAD DE TESTAR Y AUSENCIA DE PATRIA POTESTAD

Un problema que ha inquietado a todos los foralistas y a gran parte de los no foralistas, es el de la libertad de testar en Aragón. Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel se pronunciaron porque en Aragón, cualquiera era libre de instituir heredero, aún teniendo hijos, con tal de dejar a éstos la «legítima» de cinco sueldos por muebles y cinco sueldos por raíces, deduciendo de ello que eran inútiles las causas de desheredación, por cuanto esa libertad no privaba de la obligación natural de alimentarlos⁵⁸, es decir, no les dejaba desprovistos del todo. Vicente de la Fuente dedicó uno de sus estudios a la libertad de testar, en el que se constataba que en el Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880 se había convenido en que esa libertad databa de 1307. En Vicente de la Fuente se encontraban varias opiniones interesantes, como eran: a) que la libertad de testar no se encontraba en el primitivo fuero de Jaca; b) que no precisaba recurrirse al fuero de Jaca, puesto que la libertad de testar era muy antigua en el Pirineo central, donde eran muy amigos de la independencia y poco afectos a los godos y a sus cosas, alegando los testamentos de Sancho el Mayor y de Alfonso I; c) que el fuero de Jaca de 1187 no concedía la libertad de testar, sino que la reconocía, y ello, con ribetes de «tiranía», pues permitía dejarlo todo al hijo de la manceba; d) que Jaime II derogó «el tiránico fuero de Jaca», y e) que fueron los «rábulas» del siglo XVI los que torcieron el «quantum eis placuerit» de los fueros «De testamentis Nobilium» y «De testamentis civium»⁵⁹. Casi todos los foralistas del pasado siglo combaten la libertad de testar, como es el caso de Luis Franco y López, barón de la Mora, y Felipe Guillén y Caravantes, a los que sigue Andrés Blas⁶⁰, y, quizá, Gil Berges, que considera la libertad de testar «casi ilimitada»⁶¹. En nuestro siglo, Vidiella lo

58. Vid. ASSO y DE MANUEL, op. cit.

59. Vid. V. DE LA FUENTE, op. cit.

60. Andrés BLAS, *Derecho civil aragonés*, Madrid, 1873, págs. 316-320.

61. Joaquín GIL BERGES, *Legislación foral en España. Derecho vigente en Aragón*. Con un prólogo del Excmo Sr. ————. Tomo II. Madrid, 1888. Gil Berges dice que los tratadistas aragoneses aspiran a la reforma, principal-

considera una desviación del siglo XVI⁶². Otto y Crespo la combate, considerándola una corruptela, y de influencia navarra, justificada en base al «standum est chartae»⁶³. Pedro de la Fuente Pertegaz la combatió también implícitamente⁶⁴. Otros foralistas constatan la libertad de testar en el Fuero de Jaca, y las dudas sobre la observancia de esa libertad, como es el caso de Martín Ibarra Franco⁶⁵. No foralistas, como Anno Elfgén, han opinado que la libertad de testar se introduce en 1307 para los nobles, y se extiende a todo el pueblo en 1311⁶⁶.

Nuestra iushistoriografía actual no parece sensible al tema. El Prof. Pérez Martín, aunque dentro de una visión de síntesis, se pronuncia porque el ordenamiento aragonés ha reconocido, en general, «una amplia libertad de testar», pero entre los hijos, sin

mente, el Barón de la Mora, y que la situación era llevadera por la honradez y las buenas costumbres generales.

62. Vid. VIDIELLA, op. cit., según el cual Molino ya atestigua que «muchos» disponían; Portolés declara que en sus días se puede instituir a un extraño, dejando los cinco sueldos; Sessé atestigua la existencia de las dos corrientes, y Asso y de Manuel son radicales en cuanto a la libertad de testar. En esta exposición de Vidiella, sólo Lissa reconocía la libertad de testar, pero en favor de un hijo.

63. Nicolás de OTTO Y CRESPO, *Cuantía de la legítima de los hijos en Aragón* RGLJ. 29. 1866, 281-286. Para este canonista y foralista, el «standum est chartae» sirvió para justificar la libertad de testar, mediante la práctica de los cinco sueldos jaqueses por muebles y otros cinco, por sitios, siendo influencia navarra, sin que se derivara esa mezquina asignación de ningún precepto de los fueros aragoneses. Como otros, destaca la postura de Franco y López Guillén, como contraria al «quantum eis placuerit».

64. Pedro de la FUENTE PERTEGAZ, *La distribución de la legítima en Aragón*. Primera Semana de Derecho Aragonés. Jaca, 1942, Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 83-84, proponía el estudio de una moción de censura al artículo 30 del Apéndice foral, por estimar que estableció una desheredación sin causa, y sin dejar recurso contra la misma, pudiendo ser ilusorios los derechos consignados en el párrafo 2.º. La propuesta de Pedro de la Fuente era la de fijar un tercio de libre disposición, un tercio de legítima y un tercio de mejora.

65. Martín IBARRA FRANCO, *La legítima en Aragón*. ADA. X Zaragoza, 1959-60. Destaca la duda en Molino, y contiene referencias a Portolés, Sessé, Lissa, Asso, La Ripa, etc. Cita bastantes autores opuestos a la libertad de testar.

66. Anno ELFGÉN, op. cit., LACOSTE, op. cit., cap. 3 de la tercera parte, páginas 468-473, con base en Modesto Falcón, Nicolás de Otto y M. Manuel de Moner, consideró que el testador no podía dejarlo a un extraño

plantearse la cuestión de si esa libertad se ha extendido en favor de extraños⁶⁷. Por su parte, el Prof. de Arvizu, se contenta con leer los correspondientes fueros de 1307 y 1311, como si no ofrecieran ningún problema⁶⁸.

¿Ha existido la libertad de testar en Aragón? Respetuoso con la letra de los textos, en la manualística me he limitado a registrar la libertad de disposición en favor de uno de los descendientes, con práctica exclusión de los demás⁶⁹. En un trabajo de redacción más libre, sin dejar de especificar lo anterior, io he calificado de práctica libertad absoluta de testar⁷⁰. Como puede observarse, mi actitud ha sido conforme con la del foralismo aragonés, que, como se ha dicho, en 1880 convino en que en Aragón existía la libertad de testar, y ésta procedía de 1307⁷¹. Sin embargo, estas afirmaciones, justificadas en obras de síntesis y con oferta de abundante bibliografía, no pueden satisfacerme al abordar el tema monográficamente, lo que ofrece más problemas que soluciones.

Los referidos fueros de 1307 y 1311 parecen resolver el problema para el futuro. En ellos, se reconoce una libertad de distribución, que excluye una libertad absoluta de disposición. Sin embargo, ello no ha sido así, y no ha debido ser así, incluso, en la propia baja edad media. Todos los foralistas saben muy bien que Miguel del Molino reconoce que alguna glosa antigua de los fueros, manifestaba que la desheredación sin causa no era suficiente para desheredar, y que esto se practicaba en Aragón, pero también dice que de uso, práctica y costumbre del reino, es lo contrario, de forma que el padre puede desheredar sin causa e instituir heredero al extraño, en tanto le deje algo «loco legitime»⁷². De todas formas, si cabe dudar sobre qué es lo que ha pasado en la baja edad media, ya no cabe hacerlo respecto a la edad moderna, pues el propio Miguel del Molino afirma en otro lugar, que la verdad es que para la validez del testamento, no es necesario que el padre o la madre dejen al hijo lo que sea «pro parte et pro legitima»,

67. A. PÉREZ MARTÍN, op. cit., pág. 82.

68. F. DE ARVIZU, op. cit., pág. 304.

69. Vid. mi *Iniciación*, parágr. 1059.

70. Vid. *Los Fueros*, parágr. 17.

71. Vid: loc. cit. en nota 59.

72. Miguel del MOLINO, *Repertorium fororum et obseruantiarum regni Aragonum*. Zaragoza, s/f. voz «Exheredatio», fol. 132.

bastando que no sea preterido⁷³. Esta postura aparece radicalizada en Portolés⁷⁴. Otros, la consideraron una corruptela⁷⁵ como en el caso de Monter y de Sessé, en el Barroco⁷⁶, pero Diego Franco de Villalba considera la libre facultad de testar como procedente del Fuero de Jaca, y concedida posteriormente, primero a las «honorabilibus Personis», y, finalmente, a todos⁷⁷.

Naturalmente, lo anteriormente indicado obliga a revisar nuestros conocimientos sobre la desheredación sin causa. El Prof. de Arvizu la considera también como no problemática, pero no tiene en cuenta lo indicado anteriormente, y, además, se apoya exclusivamente en un texto del «Vidal Mayor»⁷⁸, que, como se sabe, hay que utilizar muy matizadamente. Es más, el profesor navarro sigue también al «Vidal Mayor» en que el testamento inoficioso es anulado en cuanto perjudica a los hijos, pero no, en las mandas pías de cosas muebles cuando este texto no tiene correlación en los Fueros que son los únicos que tienen valor normativo. Se necesitan textos forales que confirmen una obra que no puede ser alegada como fuente jurídica estricta, sino como fuente de conocimiento. En esta materia, además, siempre hay que sospechar de parcialidad en el Obispo, que, una vez más, ha promovido reformas en la compilación que no ha alcanzado el éxito. Desde luego, la desheredación sin causa se ha visto afectada por otras disposiciones, como el fuero de alimentos, que acertadamente señalaron Asso y de Manuel, aunque ello, indudablemente, ha sido un paraíogismo, pues un derecho legitimario no podía ser sustituido por un derecho de alimentos, ni aún tratándose de una legítima piadosa⁷⁹.

Si como se observa, hay muchos problemas en torno a la libertad de testar después de 1307, todavía hay muchos más en

73. Vid. op. cit., voz «Testamentum», fol. 315.

74. V. de la Fuente llamaba «comentarista indigesto» a Portolés. Cfr. también VIDIELLA, op. cit.

75. Vid. OTTO, op. cit.

76. Vid. VIDIELLA, op. cit.

77. Vid. Diego FRANCO DE VILLALBA, *Fororum ac Observantiarum Regni Aragonum Codex* Zaragoza, 1727, pág. 481. Dice que el tema lo trataron crudamente J. de Blancas, en los «Comentarios», pág. 39, y Servet de Aniñón.

78. F. de ARVIZU, op. cit., pág. 316.

79. Sobre la legítima «piadosa», vid. mi *Iniciación*, parágr. 1028.

cuanto al período anterior. Una primera lectura del fuero de 1307 conduce a la conclusión de que hasta ese momento, la herencia de los padres se dividía entre los hijos, pero no comparto la opinión del Prof. de Arvizu, de que ello quiebra «la primitiva idea de igualdad»⁸⁰. El texto dice que la unidad del patrimonio se veía perjudicada por «la división de los hijos», pero no dice que lo fuera en plano de igualdad. Por otra parte, ello contradice una anterior consideración que el Prof. de Arvizu hace, en el sentido de que, quizá, intencionadamente los textos aragoneses se cuidan de no señalar cuotas alguna de «reserva hereditaria», para dejar a los padres en mayor libertad de disposición de los bienes, con vistas a conservar el patrimonio familiar⁸¹. Incluso, la cosa se agrava con el texto de 1311, donde la pretensión de ciudadanos y otros hombres de Aragón, no se fundamenta en una anterior «división de los hijos».

¿Qué ha pasado, entonces, antes de 1307? Es muy difícil saberlo, y, sobre todo, comprenderlo, dada la distancia entre el sistema consuetudinario aragonés, y nuestros sistemas legalistas actuales. En primer lugar, hay que plantearse si ha sucedido lo mismo en todo Aragón, teniendo en cuenta el fenómeno de la «dispersión normativa», y la lentitud del fenómeno de la «integración normativa»⁸². Es un hecho que Jaca ha conocido la libertad de testar, pero es que, además, el fuero de Jaca ha tenido una zona de expansión, que ha sido «la Montaña» y la «terra nova», situada al sur de la Montaña⁸³. Por contra, en la «Extremadura aragonesa», la libertad de testar ha aparecido negada habiendo descendientes, y ello, a través de Daroca, Teruel y Albarracín, aunque sin comprender Calatayud⁸⁴. No debe olvidarse que esta foralidad subsiste

80 F. de ARVIZU, op. cit., pág. 304.

81. Op. cit., pág. 301.

82. Vid. mi *Iniciación*, caps. IX-XVIII. José Castán Tobeñas pensó que no había criterio uniforme primitivo, según testimonió MARTÍN IBARRA, op. cit.

83. Vid. mi obra *Los Fueros*, parágr. 6.

84. Vid. op. cit., parágr. 8. V de la Fuente, que era bilbilitano, marcó las diferencias de Calatayud, respecto al resto de la «extremadura». Muchos autores han resaltado el caso de Daroca, y, entre ellos, Santiago Vidiella y Martín Ibarra. Vid. también Jaime CARUANA GÓMEZ DE BARREDA, *El Fuero Latino de Teruel* Instituto de Estudios Turolenses, 1974, en cuyo cap 335 se lee: « quod pater sive mater alicui filiorum suorum non possint dare aliquid sive

hasta fines del siglo XVI, y que los municipios de Teruel y Albarra-cín han sido excluidos de la supuesta «libertad de testar» del fuero de 1311, donde únicamente cabría preguntarse si en los «hom-bres» de estos municipios están incluidos los infanzones proce-dentes de esa zona ⁸⁵.

En Aragón, por tanto, hay un momento en el que se dibujan dos zonas, como son la del Alto Aragón, que, al menos, ha conocido la libertad de testar, y la del Bajo Aragón, que la ha negado, man-teniendo la negativa en parte, al menos, hasta fines del XVI, for-malmente. El problema se presenta más difícil en cuanto al valle del Ebro, con Zaragoza como centro, y que, a la larga va a ser la dominante. Con arreglo a la corriente metodológica que he abra-zado, la solución no puede encontrarse a través de los textos, que podríamos denominar «sucesorios», si la lectura no se realiza en función de una previa «teoría». Claro es que «teoría» no es lo mismo que «prejuicio», puesto que, a diferencia de éste, no consis-te en la anticipación de un juicio, sino en la anticipación de las ideas que permitirán la elaboración del juicio.

Desde mi punto de vista, el problema de la libertad de testar, y, por ende, el problema de las legítimas, no se puede resolver, sino a través de la teoría expuesta por mí, en el sentido de que la «territorialización» o «nacionalización» del derecho aragonés, tiene lugar a través del triunfo de una «foralidad militar» o «sobrarben-se», sobre una «foralidad burguesa» o «altoaragonesa», acompañada de la influencia mozárabe, y, por descontado, sin afectar a la parte de la Extremadura aragonesa, que representan Teruel y Al-barracín ⁸⁶. Esa foralidad «militar», y por lo que se refiere a su régimen patrimonial, dentro del que se incluye, naturalmente, el sucesorio, encuentra su instrumento en el «heredamiento», al que se ha hecho mención anteriormente. El barón y el infanzón ara-gonés, a los que, después, siguen el ciudadano y el villano, no conciben la herencia como un ente abstracto, y de aquí, el para-logismo que supone hablar de «institución de heredero», sino un

sint sani sive infirmi, set omnes filii equaliter accipiant tam mobile quam radice».

85. Vid. BERGUA, ed. cit., cap. 401: «.. todos los ciudanos et todos los otros omes de villas e de villeros d'Aragon».

86. Vid. mi obra, *Los Fueros*, parágr. 11.

conjunto de cosas concretas, entre las que destacan las «heredades». Es decir, frente al concepto «personalista» de la sucesión, tiene lugar un concepto «patrimonialista», que yo he destacado oportunamente⁸⁷, y que durante el período de «germanización» de nuestra Historia del Derecho, no hubiéramos dudado en calificar de «concepto germanista». Por ello, puede haber reglas distintas para los distintos tipos de bienes, como también la hay para los distintos grupos sociales. Así, es frecuente que muchos bienes se transpasen en vida, sin esperar al fallecimiento, o que sirvan para cumplir obligaciones paterno-filiales, como la de dotar a las hijas, o la de hacer posible que los hijos doten a sus mujeres. En estas condiciones, es muy difícil hablar de libertad de testar o de sucesión forzosa, tal como concebimos éstas en el mundo moderno. En todo caso, la libertad de testar o la división igualitaria es practicada con respecto a lo que queda, después de haber cumplido los padres una serie de obligaciones diversas, las cuales sospecho que en gran número de casos agotarían en gran medida el caudal paterno.

No puedo abandonar el presente tema, sin intentar interpretar un texto difícil del «Vidal Mayor», que el Prof. de Arvizu ha aportado incompleto y que, a mi juicio, ha leído precipitadamente⁸⁸, habiéndose de insistir en que no puede ser invocado, sino como fuente de conocimiento.

Es indudable que el Prof. de Arvizu no lee todo el texto, dada la desproporción que existe entre aquél, que ocupa unas dos

87. Vid. mi *Iniciación* . . , parágr. 1006.

88. Vid. el texto en F. de ARVIZU, op. cit., nota 4. La parte que omite es la siguiente: «Et quar en el tractado de las donaciones el padre o la madre franco poder han de hondrar los fillos de las cosas mouibles, conuiene que los testamentos de las últimas uoluntades se fagan con atempramiento, por tal que el dreito de natura que pertaynesce a los fillos en los bienes del padre et de la madre non pueda ser engaynnado o aminguoado, donquas deue ser departido sotilmente cerqua estas cosas, que la sententia del fuero pueda ser firma et que la natura non pierda sus dreitos, quar aqueilla franeuza grant que el padre et la madre pueden hondrar de las cosas mouibles a quoyal fillo o a quouales fillos quouantas uezes quisiere ha logar en aquellos padre et madre que por maior partida han todos sus bienes en cosas non mouibles. Mas si alguno ha toda la mitad de sus substancia, podrá hondrar a quoyal quiere de sus fillos et fazer sus uoluntades de la otra mitad, et la otra mittad que sean partidos entre los sus fillos».

páginas en letra menuda, y las conclusiones, que ocupan unas tres quintas partes de página en letra grande. Estima este texto, comentario del fuero que transcribe en otra nota⁸⁹, pero, aparte de que es muy dudoso que exista la correspondencia que cree⁹⁰, poco después reconoce que hay «otro texto del fuero»⁹¹, que no trata de identificar o de reconocer, en su caso, que no es identificable. Si el texto comentado es de los «Fueros de Aragón» o Compilación de 1247, no se comprende que los foristas de ese mismo momento duden sobre su alcance, amén de que, como se dirá más adelante, «los» fueros a que alude el «Vidal Mayor» contienen posiciones contrarias, y uno de ellos, cuando menos, no es el de la Compilación de 1247. No se alcanza el que la recepción de las arras de la madre muerta, cuando el padre casa por segunda vez, aclare el fuero y una antinomia que contiene⁹², a menos que no se desarrolle la explicación. Si en el «Vidal Mayor» se reconoce la libre disposición de los padres en el tercio de los inmuebles⁹³, habría que aclarar por qué razón el «comentario» se aparta totalmente del «fuero», o localizar el verdadero fuero al que corresponde el comentario.

Confiando en las correcciones que puedan realizar los estudiosos, y, entre ellos, las del Prof. de Arvizu cuando pueda realizar una lectura más sosegada, expongo la siguiente síntesis de lectura: a) existen dos redacciones de fuero, casi antitéticas, y que no han sido recogidas en la Compilación de 1247, habiendo dudado mucho los foristas en cuanto a la elección de una de ellas; b) los foristas consideran poco apropiada la redacción que, permitiendo mejorar a uno de los hijos con una heredad o con una tierra, según los casos, el resto de los bienes raíces se entiende que han de ser repartidos en partes iguales, sin que diga nada sobre los bienes muebles; c) la otra redacción se manifiesta partidaria de la libertad absoluta de testar, en tanto no haya preterición; d) la

89 Se refiere al texto que reproduce en nota 3.

90. Un texto del «Vidal Mayor», referente a «De heredibus instituendis», no puede referirse a un fuero «de donationibus». Además, en aquel texto se hace referencia a dos fueros, mientras para el prof. de Arvizu, es comentario a «este» texto, es decir, a un fuero.

91. F. de ARVIZU, op. cit., pág 302.

92. Id. íd., pág 303.

93. Id. íd., pág 304

mayor parte de los foristas entiende esta última solución en sentido radical, de forma que, por muy importante que sea el patrimonio, la preterición se salva dejando un campo, una huerta, una casa, una viña o diez sueldos, y la libertad se entiende en cuanto al testamento, pero no, en cuanto a las donaciones realizadas «inter vivos»; e) antes de redactarse un fuero contra la sucesión por parte de los hijos no legítimos, si éstos eran preteridos, podían impugnar el testamento, y dar lugar a la sucesión intestada, con partición igualitaria de hijos legítimos y no legítimos; f) el pueblo está confundido ante estas variaciones, y no comprende por qué no se puede corregir el fuero, que se estima conforme a derecho, pero que por su brevedad y oscuridad, siembra inquietud; g) el autor del «Vidal Mayor» se propone aclarar este fuero, y lo hace en la forma que se sintetiza en los apartados siguientes; h) tratándose de infanzones, o de infanzones que dotan a sus mujeres como los infanzones, hay libertad de testar, con tal de que no haya preterición; i) en el caso anterior, el padre que casa por segunda vez pierde las arras que entregó ala mujer anterior, y cuando no casa, pierde la propiedad y la libre administración, en favor de los hijos, que si son perjudicados por la libertad de testar, son compensados por la parte de las arras; j) la preterición no se salva dejando tan poca cosa, que parezca escarnio; k) tratándose de los que no dotan con infanzones, pueden mejorar a uno de los hijos en la forma indicada, y el resto, inmuebles y muebles, se parten por igual entre los otros hijos, salvo un tercio de ios inmuebles, de los que el causante puede disponer en tanto no lo haga en favor de los propios hijos, y l) los padres son más libres de donar en vida a algunos de los hijos, cuando su patrimonio es, esencialmente, mobiliario, pero aún así y todo, deben hacerlo moderadamente, de forma que, como máximo, esas donaciones alcancen la mitad del patrimonio, permitiendo que la otra mitad sea repartida entre todos los hijos.

Dada esta síntesis, hay que agregar las siguientes precisiones: a) no se olvide que el texto es del «Vidal Mayor», y que, por tanto, su verdadero valor está en la preciosa información que nos ofrece sobre las inquietudes de la época, pero no va más allá; b) desconocemos las dos redacciones del fuero, que, quizá, han sido sometidas a las Cortes de Huesca de 1247, sin haber debido convencer ninguna de ellas; c) la redacción por la que el autor del texto no

parece tener inclinación, parece más proclive al pensamiento de la «extremadura» aragonesa o Bajo Aragón, en tanto la que tiene más éxito, parece más influida por el Fuero de Jaca o por el pensamiento altoaragonés, si bien profundamente transformada por el derecho «militar» o de «infanzones», y d) hay algunos extremos que trataré de aclarar más adelante. El hecho de que ninguna de las redacciones haya triunfado en las cortes de Huesca de 1247, parece indicar que se ha preferido dejar la cuestión indefinida en el aspecto estrictamente sucesorio, solucionándose a través de la regulación de las donaciones, la dote o arras, y, en general, por la idea ya expuesta de que el «heredamiento» o «heredamientos» diversos, han resuelto el problema. No debe olvidarse tampoco que en el «Vidal Mayor», y al tratarse del testamento inoficioso, parece dibujarse otro régimen sucesorio distinto, el cual no es tenido en cuenta por el Prof. de Arvizu.

En todo caso, hay que reconocer que el derecho aragonés ha mostrado una tendencia hacia la libertad de testar, que se ha manifestado en el Alto Aragón; ha podido llegar a concretarse, aunque no lo ha hecho, en la compilación de los Fueros de Aragón en el siglo XIII, y se ha practicado, pese a la letra de los fueros de 1307 y 1311, no sabemos exactamente a partir de cuándo, pero, quizá, ya desde el siglo XIV o XV, y, sobre todo, a partir del siglo XVI. Algunos foralistas lo vinculan al famoso «*standum est chartae*»⁹⁴, lo que no puede descartarse, pero que representa uno de los más claros paraigiosmos del derecho aragonés, pues como creo haber demostrado, sólo tardíamente ha devenido el «*standum est chartae*» un supuesto dogma de la autonomía de la voluntad⁹⁵. Desde mi punto de vista, la libertad de testar se basa en «la franqueza de la postrema voluntad», como dice el texto del «Vidal Mayor» comentado anteriormente⁹⁶, cuando todavía no ha surgido el «*standum est chartae*», o en la ausencia de patria potestad. Respecto a la primera, parece que responde a influencia franca o burguesa, que no ha conseguido triunfar ante la influencia militar o sobrarbense. En todo caso, parece ausencia de visigotismo.

Más interesante es la conexión de la libertad de testar con la

94. Es el caso de Nicolás S. de Otto, ya citado.

95. Vid. mi op. cit. en nota 48.

96. Cfr. loc. cit. en nota 88 (6).

ausencia de patria potestad. Indudablemente, la ausencia de patria potestad es uno de los dogmas antirromanistas del derecho aragónés, que se elabora en la Baja Edad Media. Ahora bien, la conexión citada entre libertad de testar y ausencia de patria potestad, tiene que ser generadora de paralogismos. Vicente de la Fuente, que atacaba la libertad de testar altoaragonesa, y también la ausencia de patria potestad⁹⁷, parece que imputaba a ésta la culpa de aquélla. Sin embargo, Moner, y nada menos que bajo la autoridad de Pedro Cenedo, afirmaba que la sustitución del concepto de patria potestad por el de minoridad y filiación, implicó la sustitución de los derechos de alimentos por legítimas⁹⁸. Como se comprenderá uno de los dos no estaba en lo cierto, o quizá, no lo estaba ninguno de los dos. Yo creo que para nosotros, la ausencia de patria potestad implica ausencia de libertad de testar, siempre, naturalmente, habiendo descendencia. Sin embargo, el dogma aragónés de la ausencia de libertad de testar, como tantos otros, no ha sido objeto de estudio histórico. Me limito aquí a estimular el citado estudio.

6. «PARTE», «LEGITIMA» Y «RESERVA»

Desde hace tiempo, me vengo pronunciando por una terminología precisa y uniforme, pues encuentro acertada la famosa frase de que la ciencia no es sino un lenguaje bien hecho⁹⁹. Cada término debe llevar adscrito un concepto claro y determinado, pues, de otra manera, estamos abocados a lo que, vulgarmente, llamamos «lenguaje de sordos».

Ya en 1864, Joaquín Manuel de Moner, acertadamente, registró las distintas denominaciones de la que hoy calificamos como «legítima», y que eran las de «parte legítima», «legítima», «derecho

97. V. de la FUENTE, op. cit., se rebelaba contra el «no tenemos patria potestad», que para el católico, según él, es de Derecho divino, natural y positivo.

98. Vid. MONER, op. cit. Cenedo, que creo poco conocido entre nosotros es «Petrus Cenedus», autor de una «Colletanea ad Ius canonicum», publicada en Zaragoza, 1592.

99. Ultimamente, por ejemplo, me he pronunciado por «logogizar» el concepto de «Estado».

hereditario», «parte suya» y «parte»¹⁰⁰. El Prof. de Arvizu, también acertadamente, ha comprobado que se habla de «legítima» en las Observancias, pero que no se hace así en los fueros más antiguos¹⁰¹. Sin embargo, independientemente de emplear el término «legítima», lo que encuentro natural, el Prof. de Arvizu emplea términos como «reserva» o «reserva hereditaria», que creo no van a ayudar al estudio de la institución¹⁰². Supongo que el empleo del término «reserva» obedece, precisamente, al deseo de utilizar un término que pueda englobar al de «legítima» y que, sin embargo, no se reduzca a ésta. Para mí, el motivo de perturbación me parece que es el de emplear uno de los términos que no ha sido utilizado en derecho aragonés, y que, por otra parte, tiene en la civilística una acepción especial, además, de no esforzarse en explicar el concepto que tiene de «reserva».

Salvador Minguijón ya distinguía entre «reserva» y «legítima», siendo diferentes cualitativa y cuantitativamente. Mientras la «reserva» es más amplia que la «legítima» en relación a las personas, pues alcanza no sólo a los descendientes, sino a los colaterales, es más reducida en cuanto a los bienes, pues a «reserva» sólo están sujetos los bienes propios o de abolengo, en tanto a la «legítima» lo están todos¹⁰³. El Prof. Beneyto, de conformidad con Castán Tobeñas, ha manifestado que el concepto de «reservas hereditarias» está en relación a la obligación que la ley impone a ciertos herederos de conservar a favor de otras personas los bienes adquiridos en ciertas condiciones¹⁰⁴. Yo he definido la «reserva hereditaria», como la porción de herencia que retiene el que se considera partícipe en la elaboración y conservación de aquélla; he precisado que la legítima más próxima a la reserva es la antiindividualista, y he manifestado que es difícil hablar de reserva respecto a los descendientes¹⁰⁵. Sin descartar que pueda haber

100. Detectaba «parte legitima» en Ob. «De rebus vincularis»; «legitima» en f.º 6, «de testamentis»; «derecho hereditario», en f.º 2, «de exheredatione filiorum»; «parte suya», en Observ. 2. «de donationibus» y «parte», en obs. 8.º «de testamentis».

101. F. de ARVIZU, op. cit., pág. 301.

102. El propio trabajo lleva como título el de «la reserva hereditaria».

103. MINGUIJÓN, *Elementos...*, cuad. séptimo, pág. 62.

104. BENEYTO, *Instituciones*, vol. II, pág. 135.

105. Vid. mi *Intciación*, parágr. 1034.

algún otro, el único autor al que he visto emplear el término «reserva» es el francés Lacoste¹⁰⁶, a quien caracterizó su escasa preparación jurídica.

En los textos, no hay rastros de condición de «reserva», y, doctrinalmente, esto se aprecia en fueros «sumados» por Jaime del Hospital, al declararse que «los bienes del padre no pertenecen a los hijos, sino muerto el procreador»¹⁰⁷, pero puede vincularse a éstas el término «legítima», como hace el Prof. de Arvizu, siempre que no se pase por alto que se ha transmitido a los fueros, especialmente, en el siglo xv.

Históricamente, y aprovechando el elenco de denominaciones de Moner, creo que hay dos términos, que pueden representar conceptos distintos, y que son los de «parte» y «legítima», amén de un término genérico, como es el de «derecho hereditario», que puede emplearse para comprender a los otros dos, o cuando uno no se quiere comprometer doctrinalmente. El término más permanente es el de «parte», si bien lo sea en formas distintas, como «parte legítima», «parte suya», «porción» y formas análogas. El término más tardío es el de «legítima», cuyo puente con el término «parte» parece estar en esa denominación de «parte legítima».

El término «parte» parece corresponder con la idea de partición, que yo denominaría «equitativa», para evitar un término peligroso, como es el de «partición igualitaria», y con el concepto patrimonialista de la sucesión, al que ya me he referido. La herencia está compuesta de «partes» o bienes concretos, entre las que destacan las «heredades». Esas «partes» son las que han de distribuirse, unas en vida, y otras a la hora de la muerte, buscando un equilibrio, mediante sistema de compensaciones, y eso lo han señalado los foralistas aragoneses, como el Prof. Luis Martín Ballester¹⁰⁸. Es frecuente que los textos parezcan equiparar «par-

106 LACOSTE, op. cit., habla en una ocasión de «réserve des enfants».

107. Vid. MARTÍNEZ DÍEZ, op. cit., lib. V, tít. II (3), donde se testimonia «quia bona patris non pertinent ad filios nisi defuncto genitore» (pág. 188) Vid también lib. II, tít. II, 17 y 18.

108. Luis MARTÍN BALLESTERO, *El Derecho Privado en la Compilación de Huesca de 1247*, ADA. IV, Zaragoza, 1947 (115-130), pág. 123, dice: «A diferencia del sistema romano de legítimas la fortuna paterna se transmite íntegramente a los hijos y el testamento es más para asignar cosas ciertas o desigualdades que para determinar una desheredación».

te» a «donativo», como equiparan «donativo» a «heredad»¹⁰⁹. La precisión no es el fuerte de esos textos, pero se aprecia fácilmente cuando «parte» es mejor utilizado técnicamente¹¹⁰.

La cuestión reside ahora en saber si la introducción del término «legítima» ha implicado algo más que lo meramente terminológico. No creo que haya supuesto la introducción del concepto romanista, pues Miguel del Molino informa que para los foristas la legítima aragonesa no es parte cierta de la herencia, al revés de lo que sucede «de iure»¹¹¹. Sin embargo, también me parece que no se trata de la simple sustitución del término «parte» por el término «legítima». El propio Molino, en el lugar citado, habla de «pro parte et pro legitima», y, sobre todo, mientras que en la sucesión normal, basta que no haya preterición para que el testamento sea válido, en la vinculada es necesaria la asignación «pro parte et pro legitima». La distinción es antigua, y se encuentra en una de las observancias recopilada por Jaime del Hospital, y que pertenece a las estrictamente doctrinales. Conforme a ésta, la vinculación impuesta por testamento se rompe por alcanzar el heredero la edad de veinte años, cuando no hay asignación cierta y graciosa «pro parte et legitima». Existiendo esta asignación, la vinculación se rompe también por alcanzarse la referida edad de los veinte años, en cuanto a la legítima, pero no, en cuanto a los otros bienes, en los que la vinculación puede ser perpetua¹¹². La intención parece clara, a través de otra observancia concordante, pero de distinta procedencia, de la que se desprende que para que suceda lo anteriormente indicado, el padre debe indicar lo que confiere en «legítima», que ha de fijar en consideración al

109. Vid. la ed. LACRUZ BERDEJO de los *Fueros de Aragón*, lib. IV, cap. 212: « .. un dono o part...una heredit a uno de los fillos (un dono) »

110. Vid. op. y loc. cit: «. Enpero que cada uno conozcha su part . ».

111. Miguel del MOLINO, op. cit., voz «testamentum», fol. 315.

112. Gonzalo MARTÍNEZ DÍEZ, op. cit., lib. V, tít. XII (2): «Nota quod ille forus qui dicit quo vinculum rumpitur per lapsum XX annorum . intelligitur quando testador filio suo aliquam *partem certam* non dimittit seu relinquit in testamento suo *proparte et legitima* certa bona gratione relinquendo, quia tunc non durat ultra XX annos. Nam si relinqueret sibi certa bona *pro parte et legitima* certa bona relinquendo, tum vinculum in perpetuum duraret *legitima* dumtaxat excepta, et *legitima* etiam potest vinculari usque ad XX annos et non plus».

patrimonio que posea e indicar que los demás bienes son de gracia ¹¹³. Es decir, la «parte» es la que el padre concede «graciosamente», y sobre la que puede vincular perpetuamente, en tanto, la «legítima» es la obligada, y en la que no puede vincular por más de veinte años. Estas observancias han sido refundidas por la comisión presidida por Martín Díez de Aux ¹¹⁴.

Importante para determinar la naturaleza de la legítima aragonesa es su posible renunciabilidad. El problema se lo plantea Jaime del Hospital, preguntándose si el hijo puede renunciar cuando consiente en la enajenación de todos los bienes por el padre a un tercero, con perjuicio de la legítima. Sin embargo, el jurista no aventura opinión propia, y se remite a Cino ¹¹⁵. Como se comprenderá, aún conociendo la opinión de Cino ¹¹⁶, no se resuelve nada. Si las Observancias recogidas por Hospital son de valoración insegura, máxime cuando no se han recogido por Martín Díez de Aux, más lo son en el caso de un reenvío o remisión a un comentarista.

7. DESHEREDACION, PRETERICION Y LEGITIMA SIMBOLICA

Parece claro que, en principio, la desheredación expresa ha exigido siempre causa, y que no se ha admitido la desheredación tácita o preterición. Sin embargo, debe recordarse que Miguel del Molino, admitiendo que así se ha practicado según alguna glosa antigua de los fueros, afirma que los foristas dicen que de uso, práctica y costumbre del reino, sucede lo contrario, y que el padre puede desheredar sin causa a instituir heredero a un extraño, con tal de que le deje algo «loco legitime» ¹¹⁷. No sabemos cuándo ha empezado ese uso, práctica y costumbre, pero, al menos, se remonta a la baja edad media, pues el forista, que escribe a principios del siglo XVI, no la presenta como coetánea, sino como antigua. En realidad, no debe sorprender, pues enlaza con una de

113. Vid. op. cit., loc. cit. (9).

114. Cfr. el texto en F. de ARVIZU, op. cit., pág. 333, nota 64, segundo texto.

115. Vid. G. MARTÍNEZ DÍEZ, op. cit., tít. XII (10).

116. Lo que se indica en el texto justifica, en parte, el que no me haya esforzado en conocer la opinión de Cino

117. Vid. loc. cit. en nota 72.

las redacciones del fuero antiguo que nos testimonia Vidal de Canellas en un texto comentado anteriormente ¹¹⁸, aún cuando este texto no parece que triunfó en las cortes de Huesca, de 1247. En todo caso, parece que en Aragón, como en Navarra y, posteriormente, en Vizcaya, se ha abierto paso una legítima, que algunos denominan «ficticia», «corta», «reducida» o «de distribución» ¹¹⁹, y que yo he denominado «simbólica» ¹²⁰. La cuestión está en precisar si esa legítima ha supuesto una desheredación, como registraba Miguel del Molino, o no lo ha supuesto, o si han existido momentos diversos.

El Derecho aragonés ha conocido una legítima simbólica, es decir, sin aparente valor económico, que ha sido la de cinco sueldos en bienes muebles, y cinco sueldos en bienes inmuebles ¹²¹. No sabemos si alguna vez esta legítima no ha tenido carácter meramente «simbólico». Santiago Vidiella se ocupó del posible origen, pudiendo proceder del capricho de los notarios, o tener, como quería Costa, un origen celtibérico, que, en ese caso, sustituiría a cinco unidades agrarias, como las cinco «cabnadas» en el Libro de las Behetrías, o los cinco acres bretones, pero siempre en número de cinco, como aparece también en Tolosa, Navarra, etc. ¹²². Es decir, puede que los cinco o diez sueldos hayan tenido un carácter simbólico, pero representativo de un cierto valor, que no se corresponda con el de una moneda concreta. Desde luego, la «conversión» que hace Lacoste, por ejemplo, según el cual el «sueldo jaqués» es una pequeña pieza de Moneda, que vale alrededor de veinticinco céntimos o medio real de plata ¹²³, resulta un poco ingenua. En el texto del «Vidal Mayor», repetidamente citado y anteriormente comentado, puede pensarse que hay una equivalencia entre los diez sueldos, de una parte, y un campo,

118. Se trata del texto cit. en nota 88.

119. Vid. LUIS ROCA-SASTRE MONCUNILL, voz «Legítima» en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XV. Ed. Francisco Seix, S. A. Barcelona, 1974, págs. 1-19.

120. Vid mi *Iniciación*, parágr. 1031

121. Entre los que se han ocupado del tema, se encuentra el prof. de ARVIZU, *La desheredación por cinco sueldos en la Alta Edad Media de Aragón y Navarra*, *Anuario de Derecho Foral* II. Pamplona, 1976-77, págs. 65-77.

122. Vid. S. VIDIELLA, op. cit.

123. Vid LACOSTE, op y cap. cit.

huerta, casa o viña de otra ¹²⁴. En alguno de los textos que publicara Ramos Loscertales, cabe que una heredad pueda adquirirse con menos de cincuenta sueldos ¹²⁵, por lo que si una heredad consta de varios campos, pudiera ser que con diez sueldos se pudiera adquirir un campo. Por otra parte, en esa época no hay que pensar en economías amplias. Yo me resisto a creer que esa legítima haya nacido como un ludibrio. Pienso que no ha nacido «simbólica», sino que ha devenido «simbólica».

Inmediatamente, se aprecia una tensión en torno a la legítima «simbólica», que aparece reflejada en el repetidamente citado texto del «Vidal Mayor». Para la mayor parte de los foristas, aunque el testador posea cien castillos, villas o posesiones, cada uno de los hijos se ha de contentar con que le dejen un campo, una huerta, una casa, una viña o diez sueldos. Sin embargo, para el autor del libro, el poder del testador ha de limitarse, y no es admisible que deje tan poca cosa, que parezca escarnio. Teniendo muchas villas o heredades, dejar un campo o una viña, parece más crueldad que piedad, según el citado autor. Por otra parte, hay que reconocer que las antiguas compilaciones, reflejan muchos casos de participación de heredades entre hermanos ¹²⁶, lo que hace suponer que, quizá, la legítima simbólica no era demasiado frecuente.

El fuero de 1307 parece reflejar también una actitud frecuente de división equitativa, al menos, entre nobles e infanzones, que les hace temer la decadencia de sus patrimonios. La solución estriba en heredar a uno de los hijos, previa elección, dejando a los otros en sus bienes, «cuanto le pluguiera». Dado que la preocupación se centra en los «casales» ¹²⁷, hay que suponer que la condición de «heredero» recae en el patrimonio nuclear, sin agotar todas

124 « que se tenga por pagado por I campo, huerta, casa o uinna o por X sueldos ».

125 Vid F. de Calatayud de 1131, publicado por RAMOS LOSCERTALES en AHDE., I, pág. 412, núm. 40.

126. Vid. RAMOS, *Textos ..*, AHDE. II, 20: De hereditate qui impignorant duo germani»; 53: «De tribus, germanis aut magis aut minus qui demandant, hereditatem »; 103 De partitione germanorum usque ad terciam uicem»; 124. «De hereditate germanorum uel filiorum germanorum ».

127. Es muy conocida la obra del prof. Luis Martín Ballesteros sobre la «casa» aragonesa.

las posesiones, en especial, las periféricas y alejadas del núcleo. Por ello, quizá, en principio no ha supuesto sino un tipo de partición diferente al empleo hasta entonces. Hasta ese momento, heredades nucleares y periféricas son divididas indiscriminadamente, aunque respetando unidades. A partir de entonces, la residencia y heredades centrales, que forman un coto redondo, habrán pasado al hijo elegido, distribuyéndose el resto entre los demás. Ahora bien, la letra del fuero, en un país donde rige el «*standum est chartae*» en sentido primigenio, ha abierto paso a la legítima simbólica con el «cuanto les plugiera».

El Prof. de Arvizu opina que, a partir de entonces, la legítima debe ser atribuida por los padres, de acuerdo con los bienes que éstos tengan¹²⁸. Esto significa negar la legítima simbólica, e incurrir en una seria contradicción con lo que él mismo ha leído inmediatamente antes, que es el que desde 1307, el padre instituye heredero a uno de los hijos, «dando a los otros lo que fuera su voluntad»¹²⁹. El Prof. de Arvizu se basa en las «Observancias» recopiladas por Hospital, pero no tiene en cuenta que las utilizadas proceden del título «*De rebus vincuiantis*», y se están refiriendo al fuero correspondiente, que pertenece a la Compilación de 1247, en tanto no lo hacen en relación a los fueros de 1307 y 1311¹³⁰. Una lectura atenta de estas observancias muestra que se refieren al supuesto de hijo único, que es en relación al cual se expone la tesis de que la legítima debe dejarse por el padre, «*consideratione habita ad bona sua quae habet*»¹³¹.

Aún así y todo, tampoco considero el problema tan resuelto como lo cree el Prof. de Arvizu. Aunque parece atribuirlo a Jimeno Pérez de Salanova, la realidad es que ese apotegma no pertenece al justicia de Jaime II, sino a Hospital, o a un jurista de quien lo ha tomado Hospital, pues es una de las observancias estrictamente doctrinales, aunque está de acuerdo con la doctrina que ya recogió el «Vidal Mayor». Hay que volver a insistir en que la valo-

128. F. de ARVIZU, op. cit., pág. 305. Contrasta el carácter dogmático de las afirmaciones del prof. de Arvizu, con un derecho, como el aragonés, de base consuetudinaria.

129. Op. cit., pág. 305, en relación a pág. 304.

130. Vid. Observancias de Hospital, V, 12, 11 y ss. en G. Martínez Díez, op. cit., pág. 229.

131. Cfr. el texto en F. de Arvizu, op. cit., nota 7, pág. 305.

ración de las observancias recogidas por Hospital, tienen que ser valoradas muy matizadamente, y, desde luego, nunca como si se trataran de una ley o de un fuero. Por otra parte, y por lo que se refiere a Jimeno Pérez de Salanova, debe tenerse en cuenta que es posible que hable antes de que se celebren las cortes de 1307, que, precisamente, presidió él. Además, Pérez de Salanova se muestra mucho más cauto que Hospital, y, por si fuera poco, se limita a emitir un dictamen, junto con varios abogados de Zaragoza, dictamen que le ha pedido el Rey, y que no sabemos si concluyó por ser seguido.

Pérez de Salanova dictamina en una causa concreta, y en la cuestión que nos interesa, su opinión puede sintetizarse así: a) la concesión de «algo» en testamento a la hija casada, cuando oportunamente se le ha conferido ajuar, no permite decir que ha sido preterida¹³²; b) considera insuficiente una legítima de cien morabetinos o cien áureos, salvo que lo legado aparte tenga un cierto valor, y siempre que se piense que el padre no va a poder testar sobre bienes que posee en Navarra; c) considera suficiente la indicada legítima y legados, si la intención del Rey es que pueda testar sobre los bienes en Navarra, y d) no se está obligado a dejar al hijo único la mayor parte de los bienes, sino que es suficiente se le deje lo que el arbitrio del juez considere suficiente para la legítima. Como puede observarse, aparte de que, tanto la posición de Pérez de Salanova, como la de Hospital, o la de quien sea, es meramente orientativa, aunque, naturalmente, de cierta trascendencia, el Justicia de Jaime II es muy moderado, sobre todo, en la última de las soluciones citadas.

Sería volver a repetir lo que se ha dicho al tratar de la libertad de testar, el referirse al concepto que la doctrina aragonesa ha tenido desde Miguel del Molino hasta Ignacio de Asso. No me considero capaz de abordar el problema en nuestros días, todavía más cuando hoy existen destacados foralistas¹³³. Sólo me permitiré algunas reflexiones.

Creo que la legítima aragonesa, ha estado afectada de numerosos paralogramas a lo largo de su historia, y éstos han preocupado

132. Salanova dice que así se ha usado hasta entonces, pero que no sabe si esto fue alegado en la causa.

133. P. e., los profs. Lacruz Berdejo y Jesús Delgado.

mucho a lo largo del siglo XIX y del actual, causando otros, a su vez. Los foralistas aragoneses de nuestro tiempo han repudiado en su fuero interno la libertad absoluta de testar, y el «cuanto les pluguiera», pero no han querido renunciar a una fórmula específicamente aragonesa. Tanto en el «Apéndice foral», de 1926, como en la «Compilación del Derecho civil de Aragón», de 1967, han creado una fórmula, que no tiene tradición histórica consolidada, como es la de adoptar una legítima de dos tercios, de distribución libre entre los descendientes legítimos¹³⁴, aunque hay algún precedente recogido en el «Vidal Mayor». En el segundo de los textos, incluso, se ha conferido una denominación sorprendente a esta legítima, como es la de «legítima material colectiva» o «legítima colectiva». Es la primera legítima «colectiva» que yo conozco. El ser una legítima «de distribución» puede recordar los fueros de 1307 y 1311, pero sólo muy lejanamente, puesto que la distribución no tenía límites en aquéllos, y, sobre todo, no era una legítima de partes matemáticas, sino de patrimonios concretos. Oculta una legítima simbólica, puesto que la verdadera legítima no serán nunca los dos tercios de la herencia, sino las cuotas concretas que se dejen a los distintos hijos, algunas de las cuales pueden ser efectivamente «simbólicas», y hasta pueden implicar una práctica desheredación.

8. «ANTE PARTE» O «VENTAJA» Y «MEJORA»

Los foralistas no han dedicado ninguna atención a la «mejora», y ello es bastante significativo. Lacoste, que conoció, al menos, los trabajos de Modesto Falcón, Nicolás de Otto y J. Manuel de Moner, debía haber notado que los foralistas no hablaban de «mejora», al menos, en su generalidad, y plantearse el problema técnicamente, en lugar de limitarse a una lectura superficial del

134. Vid. MINGUIJÓN, *Historia del Derecho español*. El preámbulo de la «Compilación del Derecho Civil de Aragón», ley 15/1967, de 8 de abril, afirma que «en materia de legítimas se conserva la colectiva», y el art. 119 se pronuncia por la «legítima material colectiva», en la que dos tercios, conforme al art. 818 del Código civil, han de recaer en descendientes legítimos.

fuero de 1307¹³⁵. Anno Elfgén, con mayor sentido jurídico, destaca que en 1311, se extiende la libertad de testar a todo el pueblo, a través de lo cual, la mejora deja de existir¹³⁶. En mi manualística, he destacado que la «mejora» sólo tiene objeto con una legítima antiindividualista, y que el éxito de la distribución desigual de la legítima en Aragón y Navarra, hace innecesaria la mejora en estos territorios¹³⁷. Dados estos precedentes, sorprende que el Prof. de Arvizu, de espalda a los mismos, concluya que la mejora, muy limitada en el Código de Huesca y en el Vidal Mayor, se amplía progresivamente tanto en fueros posteriores, como en las Observancias¹³⁸. Su conclusión se contradice con la lectura que, de lo dispuesto en las cortes de Alagon de 1307, ha hecho, según la cual, instituyendo heredero a uno de sus hijos, podía dar a los otros «lo que fuera su voluntad».

Hasta 1307, la mejora ha podido existir, pero, a partir de ese momento, si puede heredar a un hijo, lo que no se considera mejora, y a los demás puede darles «lo que fuera su voluntad», ya se comprenderá que no puede «mejorar». Lo que hará es «distribuir desigualmente», y ello, técnicamente, no es «mejorar». Para «mejorar» es preciso una concepción igualitaria, o que se aproxime a la igualitaria, como en el caso de la legítima visigoda, donde nace la mejora.

Es preciso, pues, distinguir las dos etapas medievales sucesorias en Aragón. En la primera, cabe la mejora. En la segunda, la mejora no tiene sentido. ¿Qué ocurre, entonces, con los textos que, un tanto indiscriminadamente, ha manejado el Prof. de Arvizu, y en los que se establecen limitaciones a la capacidad de disposición de los padres? Como se verá, casi todos se refieren a donaciones «inter vivos». Lo que existe en Aragón es preocupación porque el caudal hereditario no se vea disminuido en perjuicio de los hijos, y porque la función familiar del patrimonio paterno en vida de los padres, se ejercite equitativamente. En definitiva, es el criterio que aparece reflejado en el texto, repetidamente citado,

135. LACOSTA, op. y cap. cit. No hay que olvidar nunca, que Lacoste no era jurista.

136. A. ELFGÉN, op. y loc. cit.

137. Vid. mi *Iniciación...*, parágr. 1032.

138. F. de ARVIZU, op cit., pág 335.

del «Vidal Mayor», según el cual, para la mayor parte de los foristas, el padre puede disponer libremente a la hora de su muerte, por la libertad de la última voluntad, libertad que, por el contrario, es retirada a los que donan en vida ¹³⁹. Insisto en que, por otra parte, este texto sólo tiene valor testimonial, y en ningún caso, valor normativo.

¿Ha existido la mejora en el Derecho aragonés anterior a los fueros de 1307 y 1311? Elfgén opina que la mejora desaparece en 1311, después de un ejercicio secular ¹⁴⁰, pero no proporciona información sobre ese ejercicio. Desde luego, se habla de «mejorar», pero únicamente en el tema de la desheredación. En una de las compilaciones que publicó Ramos Loscertales, se dice que el padre no puede dar todo a uno de los hijos, y desheredar a los otros, si bien puede «mejorar» a aquél con bienes muebles, o con un inmueble, sea una tierra, una viña, un campo, o de otro tipo ¹⁴¹. La Compilación de 1247 ha limitado esta «mejora», que puede hacerse a uno de los hijos o a una de las hijas, en cuanto sólo cabe hacerlo con muebles, y, además, con el consentimiento de la mujer ¹⁴². A la vista de estos textos, creo que hay que reconocer que ha existido la mejora, aunque, de acuerdo con el Prof. de Arvizu, «muy limitada» ¹⁴³. Sólo se ha podido mejorar con muebles, y contando con el consentimiento de la mujer, aparte de parecer realizarse como concesión para evitar la desheredación de varios hijos, en beneficio de otro.

Fuera del caso indicado, creo que hay que deslindar el concepto de «avant part», «ante parte» o «parte anticipada», o «ventaja» y evitar su confusión con el de «mejora», que es lo que opino que

139. «... esto es atorgado por la franqueza de la postremera uoluntad, la qual franqueza es toillida ad aquillos que fazen donation de uida»...

140. E. ELFGÉN, op. y loc. cit.

141. RAMOS LOSCERTALES, *Textos..*, AHDE. II., núm. 55: « . set potest eum meliorare de mobili, aut dare unam terram aut uineam aut domus aut aliquid aliud; set de omnibus non tenetur de iure unum filium uel filiam meliorare et alios desaffillare...».

142. Vid. la versión publicada por J. L. LACRUZ, lib. V, 233: «Ordeno el rey don Iayme que el padre o la madre por otra manera, non puede tirar a sus fillos el heredamiento, pero bien pueden millorar del mueble ha uno de los fillos, aquel que querran, o a una de las fillas, la qual mas querram, pero atorgando y la muller

143. F. de ARVIZU, op. cit., pg. 335.

sucede en la exposición del Prof. de Arvizu¹⁴⁴. A aquel concepto, he atendido también en mi manualística¹⁴⁵. Aunque en Castilla se conoce como «mejoría», ni siquiera en este Reino puede confundirse con la «mejora». La «mejora» es un concepto de derecho sucesorio, en tanto la «ventaja», es un concepto de derecho familiar. Ya sé que se dirá que esto son categorías nuestras, pero no son tan nuestras. En las colecciones de fueros, y aún más en las de observancias, se distinguen los títulos que versan sobre testamentos, por ejemplo, y los que versan sobre donaciones o sobre la dote. La «ventaja» no se concede por testamento, sino a través de donación, frecuentemente, «inter vivos», y, raramente, a través de donación «mortis causa». Me da la impresión de que hay dos tipos de «ventaja», pero ninguno de los dos era una «mejora», ni tiene nada que ver con la «mejora». En todo caso, hay un lazo lejano, y es el de que ambas, «ventaja» y «mejora», pueden incidir en la «legítima», pero sobre ésta inciden otras varias instituciones, sin que las confundamos.

Un tipo de «ventaja» lo constituye la propiamente titulada «avant part» o «ante parte», que podríamos traducir por «parte anticipada». El padre se ve obligado a dotar a la hija que se casa, como se ve obligado a apoyar al hijo que se casa, o que, sin casarse, emprende una actividad separada, entre otros muchos supuestos, de oportunidad y conveniencia de «anticipar» la «parte» que le corresponde en la herencia paterna. Obsérvese que no constituye una «mejora», desde luego, porque no se concede por la vía sucesoria, y, además, porque existe una gran preocupación a fin de que no perjudique o mengue la «parte» de los demás, aunque hay que insistir en que las «partes» no han de ser iguales, sino equitativas. Por ello, no es que los ciudadanos y villanos no puedan dar más que «un bien mueble o inmueble» a sus hijos, como lee el Prof. de Arvizu¹⁴⁶, pues ya se comprende que resultaría ilusoria la donación

144. Id., pág. 308, en relación a pág. 301.

145. Vid. mi *Iniciación...*, parágr. 903.

146. F. de ARVIZU, op. cit., pág. 301. Aparte de ello, el prof. de Arvizu excluye siempre a los «ciudadanos», hablando sólo de «villanos». En relación al texto, es conveniente consultar la versión publicada por el prof. Lacruz, lib. IV, 212: «El padre et la madre pueden dar a uno de los fillos un dono o part, de mueble o de sedient, de qual mas ellos se querran, et no mas. Mas si mas le daran, no balga. Enpero de otra manera es de infançon que el in-

de «un mueble», pero sí se limita a «una donación», sea en muebles, sea en inmuebles, y que, por tanto, podrá estar integrada de diversos muebles o diversos inmuebles. Limitar la donación a una, es una cautela de que no se perjudica a los otros hijos. Ei fuero que establece esta limitación, es coherente al establecer que el noble puede dar una «heredad», pues ya hemos dicho antes, que ésta consta de diversos campos, casas, viñas, etc., y, además, el noble tiene diversas heredades, lo que garantiza que los otros hijos van a disponer de su «parte», que no es menguada por la «ante parte», lo que, sin embargo, sucedería si fuera una mejora. Utilizando el «Vidal Mayor», como texto informativo, aunque no, normativo, lo indicado anteriormetne parece más claro. En ese texto, se dice claramente que esas donaciones realizadas en favor de los hijos o de las hijas por casamiento, «le debe ser contado en su parte al que lo recibe», cuando esa donación no se ha realizado en la forma que garantiza el equilibrio de las «partes»¹⁴⁷. Es más, en el propio texto del «Vidal Mayor», se refleja la prohibición de que el tercio de libre disposición pueda recaer en los hijos, porque esto implicaría el desequilibrio entre las «partes», lo que implica por tanto una enorme prevención contra cualquier mejora de tipo encubierta, que puede conducir a la rivalidad entre los hermanos, como sucedió con los hijos de José¹⁴⁸. En la versión romance de los fueros publicada por Lacruz Berdejo, podemos comprobar bien como la donación a uno de los hijos, no ha de significar «mejora», en cuanto se prescribe que cada uno de los otros hijos «conozca su part»¹⁴⁹.

Es muy posible, que el concepto de «ventaja» haya evolucionado, pues, incluso, en el texto últimamente citado, no se habla de «avant part». Es posible, que ello se corresponda por el proceso

fançon bien puede dar una heredit a uno de los fillos (un dono), qual querra. Enpero que cada uno conozcha su part Empero si muytos donos dara a uno, no balga, sino uno. Et si daran un dono et sia determinado, balga. Et si no sera determinado, no sia de los millores ni de los piores».

147. «... todo aqueillo li deue ser contado en su part ad aqueill qui recibe aqueillo, si por aventura non li fuere dado aquillo que lo aia ante la su part...».

148. «... por tal que la muit grant part d'aquiell qui ouo gracia del padre o de la madre no enduga saynna o despagamiento entre los hermanos assi como entre los fillos de Ioseph».

149. Vid. texto reproducido en nota 146.

rápido citado que ha supuesto los fueros de 1307 y 1311, en los que la «parte» ha sido anulada por el «cuanto les pluguiera», que ha podido ser la legítima simbólica. La «ventaja» ha quedado reducida, entonces, a los bienes atribuidos a los cónyuges por su naturaleza personal, que son vestidos, joyas, lecho y ropas, vaso de plata, esciava y mula, en la mujer, o caballo, rocín o mulo con sus armas, dos bestias de arar, lecho con ropas, e, incluso, libros de cualquier ciencia y vestidos¹⁵⁰. Como se observará, esta «ventaja» ha estado todavía más alejada de la mejora, que lo había estado la anterior.

9. LEGITIMA Y RESPONSABILIDAD LIMITADA

El foralismo aragonés ha sido unánime en el tema de la responsabilidad del heredero, que, a diferencia de lo sucedido en el derecho romano es limitada. Como ejemplo, puede consultarse a Francisco Iranzo Villacampa, que se apoya en la Observancia 12, «De testamentis», en la que se declara que, según fuero, el heredero no está obligado «ultra vires haereditarias», incluso, si no hiciera inventario. El foralista, por otra parte, sigue la doctrina de grandes foristas, como Miguel del Molino y Jerónimo Portolés¹⁵¹. Yo he atendido el tema dentro de mi manualística, con consideraciones sobre la graduación de la responsabilidad sucesoria conforme a los principios dominantes en la concepción de la propia sucesión, y he incluido, al derecho territorial aragonés en los no propicios a una responsabilidad «ultra vires hereditaris»¹⁵². Parece que el tema no necesitaba especial precisiones conceptuales, pero la situación cambia en el momento presente, toda vez que el Prof. de Arvizu, al ocuparse de la que califica como «reserva he-

150. Vid. mi *Iniciación...*, parágr. 903.

151. FRANCISCO IRANZO VILLACAMPA, *Algunas notas sobre la limitada responsabilidad del heredero aragonés*. ADA. VII, Zaragoza, 1947-48, pgs. 113-124. El autor expone los medios de eludir la responsabilidad ilimitada en Roma, que concluyen con el *beneficium inventarii*, en Justiniano, y declara que Aragón fue la que mejor supo sustraerse a las influencias del Derecho romano. Aunque Portolés decía que en Aragón se sucedía a beneficio de inventario, el autor señala, acertadamente, que «usar en Aragón de la expresión beneficio de inventario no es correcto».

152. Vid. mi *Iniciación...*, paragr. 1014

reditaria», no menciona en ningún momento la responsabilidad del titular de la misma, y cuando trata lo que para él representa la «mejora», afirma «que los hijos no responden de las deudas paternas»¹⁵³.

En virtud de una «observancia» de las recogidas por Martín Díez de Aux y su comisión¹⁵⁴, la «ante parte» o «ventaja», que pudiéramos calificar de «inoficiosa», sólo puede ser impugnada por los hijos perjudicados, sin que pueda hacerlo un tercero, ni tampoco el acreedor, salvo que sea privilegiado¹⁵⁵. Según el Prof. de Arvizu, «en caso de que éstos (los hijos perjudicados) no impugnasen la donación, el acreedor perdería su derecho»¹⁵⁶, y esto, aunque supongo es cuestión meramente de expresión, ya puede confundir. El que los hijos no perjudicados dejen de impugnar, no supone pérdida del derecho en el acreedor, sino disminución de sus posibilidades para hacerlo efectivo, más fuerte en el acreedor común que en el privilegiado. Tampoco perderán su derecho, pero, entonces, resultará ilusorio, cuando la donación no sea meramente de la «ventaja», sino de todos los bienes, supuestos que recoge otra «observancia», aportada por el Prof. de Arvizu. Por otra parte, en esta observancia hay que tener en cuenta diversas circunstancias: a) no prevé que el acreedor privilegiado pueda impugnarla, pero hay que suponer que no deroga o anula la observancia anterior, y b) la donación universal, «inter vivos» y «mortis causa», parece exigir escritura pública, que no la exige la donación de una de las «partes»¹⁵⁷.

A mi juicio, no creo que junto a las «observancias» anteriores, pueda invocarse, como lo hace el Prof. de Arvizu, una de las recogidas por Jaime de Hospital, según la cual si el testador legara a uno de los hijos o a otro heredero sólo dinero, no está obligado a pagar las deudas del testador o a desampararles en razón de

153. F. de ARVIZU, op. cit., pg. 307

154. El prof. de ARVIZU, op. cit., pág. 307, dice: «comentando este supuesto, Díez de Aux...», pero hay que insistir hasta la saciedad en que éste no comenta, sino recopila.

155. Cfr. el texto en op. cit., pg. 307, nota 11.

156. Op. cit., pág. 307.

157. Cfr. op. cit., pág. 307, nota 12, 2.ª parte La donación universal, es «cum carta».

aquel dinero¹⁵⁸. A primera vista, puede observarse que la ausencia de responsabilidad, ya no es específica de los hijos. Después, hay que observar que se trata de la especificidad de un legado, que es el legado «de dinero»¹⁵⁹. A todo ello, hay que insistir una vez más, en que las «Observancias» de Hospital, no pueden utilizarse en la misma manera que las recogidas por Martín Díez de Aux, y es más, lo que podría plantearse es por qué esa observancia recogida por Hospital, no lo ha sido por Martín Díez de Aux.

Estos textos sugieren la responsabilidad del legitimario, en cuanto heredero, pues cuando se produce la ausencia de responsabilidad es cuando el hijo es donatario, y no, cuando es heredero, aunque esa sugerencia no es necesaria, dado el tenor de la Observancia 12, «De testamentis», ya citada, y de su fuero correspondiente¹⁶⁰. Pero, además, refuerzan la tesis anteriormente expuesta, de que la «ante parte», «avant part» o «ventaja», no es una «mejora». El «mejorado» es un «heredero», y, por ende, está afectado de responsabilidad por lo que recibe, si bien, como se ha dicho, en el derecho aragonés esa responsabilidad es limitada, aún sin redactarse inventario, obedeciendo en ello al concepto patrimonialista de su sucesión, en lugar de responder a una responsabilidad «ultra vires hereditatis», como ocurre con una sucesión personalista, como la romana. Este es uno de los muchos rasgos antirromanistas del derecho aragonés.

10. LEGITIMA Y DERECHO DE REPRESENTACION

El derecho aragonés conoce el derecho de representación, al menos, cuando la sucesión tiene lugar por la línea ascendente, a diferencia de lo que sucede cuando la sucesión tiene lugar por la

158. Cfr. op. cit., pág. 307, nota 12, 1.ª parte.

159. No siendo de dinero, hay que tener en cuenta Savall-Penén, op. cit. II, lib. V, 3: «Quicumque fuerit legatarius, vel detentor bonorum defuncti tenetur debita solvere, vel bona quae tenet desamparare».

160. Op. cit., libr. IV, 1: «Observatur, quod parentes dare possunt filio quando contrahit matrimonium, secundum usum Aragonum, plures hereditates, vel plura bona, et valebit illud donum: et hoc non obstante habebit parten in aliis bonis parentum, nec tenetur facere collationem suo casu cum aliis fratribus».

línea colateral, en cuyo caso rige el principio de proximidad de grado. Así, aparece indicado en la Observancia 6, «De testamentis», en la que se contempla el caso de supervivencia del hermano y el sobrino del testador, en el que ambos suceden por partes iguales, «porque el hijo del hermano representa la persona del padre»¹⁶¹.

Sin embargo, no creo que el texto de las Observancias recogidas por Hospital, que aporta el Prof. de Arvizu, constituya «un caso interesante de derecho de representación»¹⁶². A mi modo de ver, el texto no es interpretado correctamente, y, además, deja de leerse el texto siguiente, que forma con el anterior una unidad inseparable.

Para que exista «derecho de representación» tiene que haber concurrencia de dos o más personas del mismo grado, con previo fallecimiento de una de ellas, que, a su vez, tenga personas que le puedan suceder o «representarle». Esto es lo que sucede en el texto desarrollado últimamente, en que hay dos hermanos, de los que ha muerto uno, pero con un hijo, que es el que puede «representarle». Esto es, sin embargo, lo que no sucede en el texto de las observancias recogidas por Hospital. En este texto, hay un hijo y un extraño, desheredándose al hijo, e instituyéndose al extraño. Muere el hijo y no acepta la herencia el extraño. Se plantea el problema de la aceptación de la herencia por el hijo del hijo, es decir, por el nieto del causante. La «observancia» se pronuncia por la afirmativa, pero no lo hace porque el nieto «represente» a su padre, sino porque se da lugar a la sucesión «ab intestato», y en esta sucesión, el nieto es el pariente más próximo¹⁶³. No hay «derecho de representación» porque no ha habido concurrencia entre dos personas del mismo grado, y porque el nieto es llamado a la herencia por su propio título, y no, porque asuma el título de su padre. Prueba de ello es, que si el extraño

161. Vid. SAVALL-PENÉN, op. cit., tomo II, lib. V, obs. 6: «Item si frater, et filius fratris supervixerint, ambo succedent patri fratris avoque nepotis pro equalibus partibus, et sic fit successio per lineam ascendentem, quia filius fratris repraesentat personam patris...in isto casu non habet locum Forus qui dicit, quod illi debent succedere qui sunt proximiores quia intelligitur, et habet locum quando successio habet fieri per lineam transversalem...».

162. F. de ARVIZU, op. cit., pg. 317.

163. « .et sic propinquiores admitti debent, et iste nepos existit propinquior».

hubiera aceptado la herencia, el nieto de referencia no hubiera podido tener ninguna pretensión, y ello es lógica consecuencia de que entre el hijo del causante y el extraño no había posible concurrencia, pues, incluso, eran llamamientos distintos.

Además de esto, frente a lo que opina el Prof. de Arvizu, yo creo que Hospital no «concluye» que sí. Lo que dice es que así se ha visto, pero en un texto que el Prof. de Arvizu no ha leído¹⁶⁴ se añaden extremos interesantes. En primer lugar, se opina lo contrario por algunos. En segundo lugar, la opinión contraria tampoco está basada en el «derecho de representación», sino, como en el texto anterior, en la sucesión «abintestato». Conforme a esta opinión, en cuanto el extraño no aceptó, y se abrió la sucesión intestada, el próximo en grado no podía serlo una persona, como el nieto, que «no estaba en la naturaleza de las cosas», porque todavía no había sido engendrado. La incertidumbre de Hospital es tal, que lo que aconseja es que se medite. Esta «observancia» es muy interesante por muchos conceptos, y, entre ellos, porque puede ilustrar sobre el difícil tema de las «observancias». En este caso, el recopilador, incluso, ni se pronuncia sobre si lo acertado es lo que se ha «observado» en un caso concreto, o lo que piensan los que sostienen una opinión contraria. ¿Qué clase de colección es la que no contiene soluciones, sino problemas? En eso, al menos, es parecida al «Vidal Mayor». No siempre lo hacen, pero en muchas ocasiones lo que plantean son problemas. Por otra parte, suministran la idea de que la «observancia» no es inmutable, sino que lo que se ha «observado» durante algún tiempo, puede «observarse» luego de otra forma. De estas consideraciones escapa, al menos, en parte, la colección de Martín Díez de Aux, que nunca expresa problemas, sino soluciones y en forma dogmática. Es una colección que ha pretendido «congelar» las observancias, y parece que, incluso, lo ha conseguido.

164. Se trata del texto reproducido por G. Martínez Díez, op. cit., lib. V, tít. VI, núm. 22 (pág. 216): «Tenetur contrarium per aliquos quod ille nepos non potest succedere in bonis avi, quoniam tempore quo extraneus noluit adire haereditatem tunc fuit annullatum testamentum et decessit ab intestato; et debebant succedere propinquiores qui tunc extabant, quibus tunc fuerat ius acquisitum ratione voluntatis vel repudiationis, quia nepos non erat in rerum natura quia nondum generatus erat; ideo non potest succedere in bonis avi cum aliis esset ius acquisitum; deliberetur.

11. LEGITIMA Y «VINCULACION»

El fuero «de rebus vinculatis» es, desde mi punto de vista, una disposición, en cierta manera, «extravagante». A primera vista, no encaja perfectamente dentro del sistema. Es disonante. Por ello, no deja de sorprenderme que en el citado trabajo del Prof. de Arvizu, sea despachada como algo que no ofrece problemas, a través del manejo indiscriminado de textos tan diferentes, como son una redacción oficial de los fueros, una redacción no oficial de los mismos, una obra cuyo verdadero carácter no está precisado, y observancias de carácter tan distinto, como las recopiladas por Pérez de Salanova y Hospital, de una parte, y Martín Díez de Aux, y su comisión, de otra ¹⁶⁵.

En primer lugar, no creo que un problema de «vinculación» pueda ser reducido a un problema de «sustitución». Toda «vinculación» es algo más, bastante más, que una sustitución, tanto en cuanto a complejidad estructura, como en cuanto a efectos. Ya el hablar de «sustituciones condicionadas» resulta perturbador, pues hay sustituciones en las que la condición forma parte de su esencia, como en el caso de la «sustitución vulgar». Toda sustitución vulgar ha de ser formulada condicionalmente, y, por ello, no se encuentra en la civilística ninguna posible distinción entre sustituciones vulgares «simples» y «condicionadas», por ejemplo. Tampoco comparto la opinión del Prof. de Arvizu, en el sentido de que la «vinculación de bienes» aragonesa, no sea una «sustitución fideicomisaria», sino una «sustitución vulgar». Esta «sustituye», para el caso de que el instituido en primer lugar, no pueda o no quiera aceptar la herencia ¹⁶⁶. Como se comprenderá, no es éste el caso aragonés, en el que el hijo «vinculado», ha podido y ha querido aceptar la herencia. Tratándose de una «sustitución», se tratará de una «sustitución fideicomisaria», en virtud de la cual, el hijo no puede enajenar las cosas, habiendo de reservarlas para el «substituto» designado por el padre. Realmente, en la sustitución vulgar, no hay nada más que un heredero efectivo, que es el «substituto», en tanto, en la fideicomisaria,

165. F. de ARVIZU, op. cit, págs. 330-334.

166. Cfr. mi *Iniciación..*, pargr. 1017.

existen dos herederos efectivos sucesivos, que son el «instituido» y el «substituto». Sin embargo, la substitución aragonesa está sometida, no a «condiciones», sino a «presupuestos», como son los de que el instituido, sin descendencia legítima, muera intestado antes de cumplir los veinte años. Esto es lo que, quizá, inhibe a los foralistas en la calificación de la substitución, que, me parece nunca califican de «vulgar».

Aceptando la utilización de textos no normativos, junto a los normativos, necesario si se hace siempre la debida distinción entre ambos, no estoy de acuerdo con el Prof. de Arvizu en que la versión romance no contenga, respecto a la versión latina, más variación que la relativa a la disposición por los abuelos. Seguramente, que ya esta variación no deberá ser pasada por alto, pero ahora me limitaré a señalar otra. Según parece, en la versión latina, la enajenación de bienes vinculados, cuando aparece prohibida, es nula o anulable. Sin embargo, esto no ocurre en la versión romance, donde lo único que es devuelto al sustituto, en su caso, es aquello que no hubiera sido enajenado¹⁶⁷. Esto, sin contar con los problemas que ofrece el que la versión romance hable de «destin», que es algo muy distinto que «testamento»¹⁶⁸. ¿Simple deficiencia técnica en la versión romanceada? ¿Mayor realismo? Todo puede ser. Quizá, la versión romanceada parte de la dificultad de evitar la enajenación prohibida, y por ello, considera que lo que debe ser devuelto al sustituto, «sin contradicción», es lo no enajenado. La solución respecto a lo enajenado, ¿es la misma que en el caso de la versión latina? Parece que no. En principio, el sustituto de la versión latina pueda rechazar ese cumplimiento parcial, y exigir el todo o su equivalente. En todo caso, se trata de variaciones importantes.

Desde mi punto de vista, lo que no puede hacerse es estudiarse la vinculación de bienes aragonesa, como un problema aislado, incluso, ni siquiera como un problema principal, al menos, cuando aparece, pues, después, el problema varía. La «vinculación de bienes» aragonesa es un problema accesorio de la troncalidad, que es capital en la sucesión aragonesa¹⁶⁹. Así como otras vincula-

167. Vid. el texto en F. de Arvizu, op. cit., pág. 331, nota 60: «...e no ouiere allenada aquesta hereditat, aquello que trueban que no es allenado...».

168. Vid. mi *Iniciación*, parágr. 1017.

169. Vid. mi *Iniciación...*, parágr. 1038.

ciones, como ocurre en el caso de los «mayorazgos», la vinculación obedece a motivos de perpetuación de patrimonios y de mantenimiento de situaciones nobiliarias, la aragonesa aparece como medio modesto de atenuar la troncalidad. Los bienes del hijo que muere sin descendencia, están abocados a ser devueltos a los parientes más próximos de la parte de donde proceden los bienes, en virtud del principio de troncalidad. Como este principio de troncalidad ha perjudicado, preferentemente, los intereses de los ascendientes, parece ser que éstos han conseguido su atenuación, a través de una substitución fideicomisaria, que, en la mayoría de los casos, habrá recaído, precisamente, en los ascendientes desplazados por los colaterales, como consecuencia de la troncalidad. Quizá, la versión romance actuaba con menor técnica, preocupada solamente de conseguir la atenuación de la troncalidad, por los medios que fuera, entre los que debía considerar la enajenación realizada por el hijo primeramente instituido. La versión triunfante parece más respetuosa con los conceptos jurídicos.

Creo, por tanto, que la vinculación de bienes aragonesa no ha nacido con demasiadas pretensiones. Otra cosa distinta es, que no lo haya alcanzado después. Yo creo que cuando se lee el fuero «De testamentis», de 1307, no puede uno sustraerse a la sensación de que en el aire domina la idea de la «vinculación», y del «mayorazgo». Lo que preocupa a los nobles es que se conserven sus patrimonios, y la solución reside en que estos patrimonios, al menos, en su conjunto representativo, sean heredados, exclusivamente, por uno de los hijos, habiendo de contentarse los demás con lo que parezca al causante. Naturalmente, esto no es un «mayorazgo», pero lo recuerda, y, concretamente, recuerda el mayorazgo «de elección»¹⁷⁰. Es este un problema que debe estudiarse¹⁷¹, pero debe tenerse en cuenta que, según Diego Franco de Villalba, los antiguos prácticos entendieron la voz «casalia», en el sentido de «agnación», según consta de una nota de Pertusa al fuero de 1307, deduciéndolo del fuero siguiente, en el que se habla de la voluntad de tener hijo varón¹⁷². Desde luego, el propio Franco de

170. Cfr. mi *Iniciación...*, parágr. 1011

171. Confío en que lo haga un antiguo alumno mío en la Universidad de Zaragoza, Daniel Bellido, que ya intervino en la última Semana de Historiadores del Derecho, celebrada en Madrid.

172. Franco de VILLALBA, op. cit., pág. 481.

Villalba, destaca que en Aragón no existe el principio de primogenitura o de mayorazgo, pero también destaca que ello es, «formalmente».

De acuerdo con Franco de Villalba, no creo que, «formalmente», haya existido el mayorazgo en Aragón, pero es posible, que hayan existido formas muy similares. En la edad moderna, estas formas han podido desarrollarse bajo el influjo castellano, en especial, el de las Leyes de Toro. Sin embargo, y, sobre todo, para la baja edad media, hay que investigar la trascendencia efectiva de la vinculación, además, con carácter de «perpetua». «Donaciones», «legados» y «partes», éstas últimas con el sentido que han adquirido a fines de la edad media, todas ellas a favor de hijos, así como disposiciones en favor de extraño, han podido ser afectadas de «vinculaciones perpetuas», y sólo las «legítimas» han escapado a la perpetuidad de la vinculación.

El Prof. de Arvizu ha señalado también la diferencia entre bienes atribuidos en concepto de legítima y los bienes concedidos por liberalidad, a efectos de vinculación, pero, a mi juicio, con ausencia de precisión. Es cierto que, como dice el Prof. de Arvizu, Pérez de Salanova dedica dos observancias a la materia, pero no lo es el que la primera reproduzca el texto de Huesca¹⁷³. En este texto, no se prevé la vinculación perpetua, la cual parece ser introducida, precisamente, por Pérez de Salanova. Esta introducción la realiza, a través de una especie de interpolación, como es la de que el hijo puede disponer de los bienes tras cumplir los veinte años, como si no estuvieran vinculados, «a no ser que el testador expresamente dijera, que el vínculo duraba después de cumplir los veinte años»¹⁷⁴. El Prof. de Arvizu dice que Pérez de Salanova expone la razón de que el hijo pueda disponer de los bienes pasada la edad de veinte años, y que es la de que si el padre constituyera una vinculación perpetua, el hijo podría considerarse desheredado sin causa, salvo en el caso del hijo espúreo, que no puede considerarse desheredado porque no tiene derecho a la herencia. Lo que no se plantea el Prof. de Arvizu es como superar la contradicción existente en los textos de Pérez de Salanova. De

173. F. de ARVIZU, op. cit., pág. 331.

174. « nisi testator expresse diceret, quod etiam post uiginti annos durat vinculum».

una parte, reconoce que el padre puede establecer vinculación perpetua, y de otra parte, dice que no puede hacerlo, porque el hijo se consideraría desheredado. Creo que la contradicción sólo puede ser explicada por la frase interpolada, a la que se ha aludido anteriormente, y, dentro de ella, por el término «expresamente», que utiliza. Pérez de Salanova parece considerar que la vinculación simple, no tiene el carácter de perpetua, pues implicaría una desheredación sin causa. Sin embargo, admite que «expresamente» el testador establezca una vinculación perpetua, lo que significa una alternativa: a) que la vinculación «expresa» no constituye desheredación, o b) que la «expresión» de la condición perpetua de la vinculación supone causa de la desheredación. No hay otra forma de salir de un verdadero paralogismo jurídico, como es en el que ha incurrido Pérez de Salanova.

¿Por qué es Pérez de Salanova el que introduce ese paralogismo jurídico, frente al fuero «de rebus vinculatis», que se había compilado bajo Jaime I? Pérez de Salanova es el Justicia que preside las cortes de 1307, en el que, como se sabe, los nobles, a los que han seguido los no nobles de 1311, han mostrado tendencia hacia la vinculación y el mayorazgo¹⁷⁵. No es descabellado sugerir que Pérez de Salanova, haciéndose eco de la opinión de la época, ha tratado de forzar el fuero, en el que la vinculación era mínima, como medio de atenuar la troncalidad, y ha introducido la posibilidad de vinculación perpetua.

Pérez de Salanova ha introducido la vinculación perpetua, y no sólo en el caso del hijo espúreo¹⁷⁶. Jaime de Hospital recoge la tradición de Pérez de Salanova, pero la enriquece, y con ello escapa, en parte, al menos, al juicio severo de Juan Jiménez de Cerdán¹⁷⁷. Las observancias que pueden proceder de Pérez de Salanova, están dispuestas de otra forma¹⁷⁸. Ambos emplean una precisión, que no deja de preocuparme, como es el de que no

175. Vid. nota 172.

176. El prof. de Arvizu, op. cit., pág. 332, considera que Pérez de Salanova sólo ha introducido la vinculación perpetua en el caso del hijo espúreo, pues en el resto cree que ha reproducido la compilación de Huesca, lo que no es cierto, según puede comprobarse cotejándolos.

177. Vid. nota 33.

178. Pueden compararse en los textos reproducidos por el prof. de Arvizu, op. cit., págs. 332, notas 62 y 63.

cabe la desheredación sin causa «por el todo»¹⁷⁹, lo que parece significar que es posible la desheredación sin causa, con tal de que no sea «por el todo». Independientemente de esto, que sólo dejó apuntado, parece que en la observancia recopilada por Hospital, el hijo legítimo, pasados los veinte años, puede enajenar «por necesidad»¹⁸⁰, precisión que no había hecho Pérez de Salanova. Esto puede significar una radicalización de las tendencias vinculatorias. Además, en otra de las observancias recopiladas por Hospital, se distingue entre «parte» y «legítima», dando lugar a la doctrina de que la vinculación perpetua sólo cabe en la primera¹⁸¹. Con ello, parece que Hospital no se limita a recoger las observancias de Pérez de Salanova, sino que abre una nueva vía a la vinculación perpetua, quizá, por comprender que la de Pérez de Salanova residía en un paralogismo. El Prof. de Arvizu parece considerar que Martín Díez de Aux está en la misma línea de Jaime de Hospital, salvo una adición respecto a la vinculación en las donaciones. Independientemente, de que considero peligroso calificar de «interesante matiz» la introducción de la vinculación perpetua¹⁸², pues es bastante más que un «matiz», en las «Observancias» recogidas por Martín Díez de Aux se aprecia una gran diferencia con las recogidas por Hospital, y es que no recoge las «observancias» de Pérez de Salanova, aparte de la adición que ha registrado el Prof. de Arvizu en cuanto a donaciones. La impresión que parece desprenderse de todo ello es: a) que la posibilidad de vinculación perpetua ha sido introducida por Pérez de Salanova, a través de un paralogismo jurídico; b) que Jaime de Hospital ha tolerado ese paralogismo, aunque, consciente de él, ha abierto una nueva vía doctrinal a la vinculación perpetua, distinguiendo entre «parte» y «legítima», graciosa la primera y susceptible de vinculación perpetua, legal la segunda y no susceptibles de vinculación perpetua, y c) la comisión presidida por Martín Díez de Aux ha caminado decididamente por la vía abierta por Jaime Hospital, en forma más precisa y adiciones consecuentes, prescindiendo to-

179. «...quod fieri non debet sine causa *per totum...*» * et hoc fieri non debet sine causa... *per totum.* ».

180. Hospital recoge el término «opst».

181. Recordar nota 112.

182. F. de ARVIZU, op. cit., pág 332.

talmente del paralogismo jurídico introducido por Pérez de Salanova.

12. CONCLUSIONES

Creo que estas son «algunas» de las precisiones conceptuales necesarias en materia de legítimas de los descendientes, aunque, quizá, debieran hacerse otras, como, por ejemplo, en cuanto a los derechos de la descendencia ilegítima¹⁸³. Como es natural, las presentes precisiones están sometidas a convenientes revisiones en el futuro. A fin de facilitar la tarea, a continuación se sientan conclusiones. Como es general, las conclusiones se establecen en forma algo dogmática, pero obedece, exclusivamente, a exigencias de brevedad en la formulación. Se utilizará terminología romanista, por la riqueza conceptual de la misma, y porque el sistema aragonés se ha romanizado «instrumentalmente», aunque «normativamente», lo haya hecho en pequeña medida. Las conclusiones, son las siguientes:

a) El período de dispersión normativa se caracteriza por su indefinición, careciéndose de información sobre si la legítima visigoda se ha mantenido en la población mozárabe, y en los territorios más visigotizados, como el condado de Ribagorza.

b) En el último veintenio del siglo XII, se dibujan dos zonas, como son la del Alto Aragón, que, al menos, ha conocido la libertad de testar, con desaparición de la legítima, y la del Bajo Aragón, que ha negado la libertad de testar, estableciendo la legítima igualitaria. El primer criterio, con su foco en Jaca, se ha extendido por la «Montaña» y su «terra nova». El segundo se ha manifestado en los fueros de la «extremadura» aragonesa, salvo en el de Calatayud, y, por tanto, en los de Daroca, Teruel y Albarracín. Este criterio ha sido seguido por los «hombres» de la «extremadura», que han sido los protagonistas de la «foralidad de extremadura», «concejii» o «castellana». La legítima ha desaparecido entre los acogidos a la foralidad «franca», «burguesa», «primitivo-aragonesa» o «alto-aragonesa».

183. Vid., entre otros trabajos, el de Eduardo MONTULL LAVILLA, *Notas sobre la filiación ilegítima en la compilación de Huesca*, ADA. IV. Zaragoza, 1947-48, aparte de mi *Iniciación*, y el trabajo del propio prof de Arvizu.

c) Al iniciarse la integración normativa en el siglo XIII, y caminar hacia un concepto «aragonés» de la legítima, no consigue muchos adeptos el criterio de legítima igualitaria, sólo afectada de una ligerísima mejora, inclinándose más los foristas por una libertad de testar amplia, con legítima que, quizá, no es simbólica en principio, pero que deviene simbólica, sobre todo, al tomarla de la desheredación con causa, que es confundida con la ausencia de preterición. En todo caso, este régimen no afecta a las donaciones «inter vivos», cuando, sin embargo, éstas son consideradas como legítimas anticipadas.

d) Las cortes de Huesca de 1247 no se han atrevido a fijar el régimen legitimario, que bajo influjo de la foralidad «sobrarbense» o «militar», se ha basado en una concepción patrimonialista de la herencia, buscando una distribución equitativa, pero no, igualitaria, de los «heredamientos» que la han compuesto, en el caso de los barones, o de las «tierras», que se han asimilado en el caso de los infanzones.

e) En consecuencia, durante el siglo XIII no ha existido la legítima, sino la «parte» en la distribución equitativa de heredamientos y tierras, que ha podido ser «mejorada» en forma muy limitada, y a efectos de evitar la desheredación en aquellos casos en los que la «parte» ha sido simbólica, y que, a su vez, ha sido la vía para llegar a una desheredación sin causa, pero evitando la *preterición*.

f) Frecuentemente, la «parte» ha sido hecha efectiva con anticipación, y por la vía de la donación a través de la «avant part», «ante parte» o «ventaja», pretendiéndose que ello no haya perjudicado la «parte» de los demás, aunque sin recurrir forzosamente a la colación de bienes, que el derecho aragonés ha rechazado como institución romanista.

g) En todo caso, la «asignación de la parte», que la doctrina romanista de la época ha denominado «institución de heredero», ha implicado responsabilidad, aunque ésta nunca ha sido «ultra vires hereditatis», incluso, sin necesidad de beneficio de inventario, y siempre frente a la citada responsabilidad «ultra vires hereditaris», propia del concepto personalista de la sucesión, que ha caracterizado al romanismo.

h) En forma extravagante, ha surgido en el propio siglo XIII,

un tipo de vinculación no permanente, que sólo ha buscado atenuar el principio de la troncalidad, y que la doctrina romanista de la época ha asimilado a la substitución, pero sin atreverse a calificar su naturaleza, que, en ningún caso, ha podido ser el de una substitución vulgar.

i) En el siglo XIV se observa una tendencia hacia la vinculación y el mayorazgo, que, como siempre, es propio de los grupos nobiliarios, pero que los grupos inferiores tratan de imitar. En 1307 y 1311 sólo se llega, formalmente, a consagrar una libertad de distribución en la herencia, pero, es posible que ésta derive, o bien hacia una libertad de testar, o bien a una vinculación o mayorazgo, con arreglo a los principios de primogenitura y agnación.

j) De una forma o de otra, la legítima deviene «simbólica», pues así se interpreta la cláusula de que, haciendo heredero a uno de los hijos, a los demás se puede dejar «cuanto les pluguiera».

k) La consagración de la legítima simbólica en 1307 supone la desaparición de todo vestigio de «mejora», y el establecimiento de la distinción entre la «parte», de naturaleza graciosa, y la «legítima», de naturaleza legal. La legítima simbólica se apoya en el primitivo concepto del «*standum est chartae*». La «ventaja» deja de ser una «parte anticipada» de heredamientos y tierras, para ser la asignación de los objetos de uso propios del hombre y de la mujer, entre ellos, los de naturaleza profesional. En un caso y otro, nunca ha tenido la naturaleza de «mejora».

l) Doctrinalmente, se abre paso la idea de que la legítima debe fijarse en consideración al patrimonio del causante, pero, exclusivamente, en el supuesto del hijo único, y sin que la legítima deba consistir en la mayoría de los bienes.

m) La zona de legítima igualitaria parece reducirse, pues sigue comprendiendo Teruel y Albarracín, pero no parece conservar a Daroca.

n) Dentro de la atmósfera favorable a la vinculación, parece abrirse paso la de carácter perpetuo, si es declarada expresamente, y ello desde principios del siglo XIV, concluyéndose por admitir en la segunda mitad, y, especialmente, en el último cuarto, que la vinculación perpetua es posible en la «parte», no siéndolo, en la «legítima».

o) Por influencia romanista, la libertad de testar, y con ello, la desaparición de la legítima, se abre paso en los siglos XVI y XVII, desapareciendo la legítima igualitaria en Teruel y Albarracín. Esa misma tendencia se mantiene en el siglo XVIII, pero por influencia de la Ilustración.

p) En la segunda mitad del siglo XIX se produce una fuerte reacción contra la libertad de testar y a favor de la legítima, que tiene sus frutos en el «Apéndice foral», de 1926, y en la «Compilación del Derecho civil de Aragón», de 1967, aunque, a través de la «legítima colectiva» como figura, que intenta ser un compromiso entre la legítima antiindividualista del Código civil, y la libertad de distribución, que consagrara los fueros de 1307 y 1311.

Jesús LALINDE ABADÍA