

II

EN TORNO A UN ARTICULO DEL PROFESOR LALINDE SOBRE LA LEGITIMA ARAGONESA

1. En el tomo LV del ANUARIO DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, páginas 333-387, aparece publicado un trabajo del profesor Jesús Lalinde Abadía titulado *Algunas precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa*. La razón próxima a esta aportación es un trabajo que yo publiqué en el homenaje a los profesores Paulo Merêa y Guilherme Braga da Cruz¹; y que constituyó una comunicación presentada en las Jornadas de Historia del Derecho de Nancy en septiembre de 1982.

El profesor Lalinde, a comienzos del año 1986 tuvo la gentileza de anunciarme la aparición de su trabajo, en abierta polémica con el mío. A ello le contesté que me parecía muy bien. Creo que mis palabras —aunque no las recuerdo textualmente— iban en el sentido de que debía alegrarme de que un trabajo mío pudiese permitir una aportación de mayor alcance, con las rectificaciones que hubiese menester. E incluso anuncié entonces que quizá le constestaría.

En octubre de 1986 llegó a mi poder el tomo del Anuario, y con él, el artículo en cuestión. Y entonces, decidí responder, cosa que comuniqué por carta tanto al propio profesor Lalinde, como a la Secretaria de Redacción del Anuario, profesora Alicia Fiestas Loza, como a algunos colegas miembros del Consejo de Dirección con quienes pude encontrarme desde que conocí el volumen LV hasta que redacté estas páginas meses más tarde.

Mi decisión de contestar obedece a varias razones. La primera de ellas es que el profesor Lalinde me hace la merced de citar mi apellido unas setenta veces a lo largo de su trabajo, tanto en el texto como en las notas. Y sería indelicado por mi parte no ha-

¹ F DE ARVIZU, *La reserva hereditaria en el Derecho aragonés bajomedieval, Estudos en homenagem aos Profs M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, I (Coimbra, 1982) 299-335

cerme eco de esta publicidad de mi gentilicio. La segunda razón es el propio tono polémico del artículo del profesor Lalinde, que —manteniéndose siempre en un terreno estrictamente académico-científico— revela cierto destempe producido por mi breve comunicación francesa. Y entabla entonces una contestación que por momentos parece una catilinaria, que, vuelvo a repetir, se mantiene en los límites de la corrección entre colegas.

Las páginas del Anuario han recogido en varias ocasiones, tanto lejanas, cuanto próximas y aún inmediatas, escritos que entran dentro de ese género literario de la polémica científica. Polémica que es necesaria, plausible y aún me atrevería a decir que tonificante. El trabajo del profesor Lalinde entra, por tanto, con todo derecho, en los escritos de este género. Además de todo ello, entiendo que la polémica científica es muy reveladora del talante de cada cual, que queda retratado en sus argumentos mucho mejor que en unas memorias, en un Manual o incluso en un examen grafológico.

No me parece adecuado enviar la contestación al artículo del profesor Lalinde al amparo del derecho de réplica, entendido en su estricto sentido legal. Entre colegas, esto debe estar fuera de lugar. Y el ANUARIO así lo ha entendido a lo largo de su historia. La razón de elegirlo es doble, además de ser precisamente allí donde se ha publicado el trabajo que ahora se contesta. Por un lado, el considerarlo el órgano —por antonomasia— de expresión de los historiadores del Derecho español; sin que ello implique menosprecio alguno de otras prestigiosas revistas ². Por otro lado, el deseo de que también entre sus páginas figure un escrito mío de corte polémico. Y, aunque no es éste un género literario que haya cultivado, ni que especialmente me atraiga, he llegado a apreciar su lado «refrescante», que puede venir bien como alto en el camino de las aportaciones, digamos sin controversia.

Aunque resulte cosa obvia, no me resisto a dejar escrito que mi discrepancia con el profesor Lalinde puede ser viva, pero no es ni agria, ni personal. Así he entendido yo su trabajo, y así ha

² Contestando con fecha 13 de octubre de 1986 a mi carta del día 9 de ese mes dirigida al profesor Lalinde, éste decía, entre otras cosas: «Encuentro natural que desees contestar, y que lo hagas en el Anuario, que es el órgano de todos nosotros para este género de discrepancias »

de ser entendido el mío, tanto por el propio profesor Lalinde, cuando por los demás historiadores del Derecho español.

El profesor Lalinde me hace reproches de índole variada, que no voy a repetir aquí, porque a cada uno me referiré en las páginas que siguen, y con expresada referencia a las del trabajo del profesor Lalinde. En algunos me complace darle la razón. En otros, mi discrepancia es más matizada. En algunos, en fin, es rotunda. Para contestar a sus cincuenta páginas largas, en las que con tanta profusión espolvorea mi apellido, me ha parecido lo mejor atender a esas alusiones concretas, bien individualmente, bien agrupadas en torno a una determinada cuestión, y que permitan una respuesta a las objeciones del profesor Lalinde. Objeciones en las que tiene el buen gusto de no desdeñar la ironía. Tanto mejor, porque el *fair play* de una polémica científica no está reñido con el humor, en tanto éste se use con señorío.

2. En página 336, el profesor Lalinde *saluda* mi aportación. No sé en qué sentido lo hace exactamente. Según el Diccionario de la Real Academia, debe ser en la segunda acepción: «mostrar a otro benevolencia o respecto mediante señales formularias». No es precisamente benevolente con mi artículo, aunque convengo en que sí le presta un respeto *formulario*.

Me llama el profesor Lalinde *iushistoriador*³. No me gusta demasiado este neologismo, que supongo derivado del alemán *Rechtshistoriker*, y que goza de muy minoritaria aceptación en España. Por seguir la tradición, y también la gramática, prefiero el de *historiador del Derecho*. Es menos artificioso, para mí más elegante, y, en todo caso, no menos exacto.

3. En página 337, el profesor Lalinde⁴ dice:

³ Quizá fuese más correcto decir *iurishitorador*, puesto que es regla de nuestro idioma el emplear el genitivo en la castellanización de raíces clásicas, así jurisconsulto, jurisprudencia, estomatólogo, odontólogo, etc. Ya sé que la práctica ha admitido otros neologismos como iusnaturalista, iusprivatista, etc. Pero, además de no ser correctos, siguen sin gustarme.

⁴ También el profesor Lalinde ha cultivado este género de «comunicación científica o congresual». Recientemente, tuvo a su cargo la ponencia sobre las Cortes Catalanas en la Edad Media, en el Congreso sobre Historia de las Cortes de Castilla y León, el cual celebró su primera etapa en Burgos, del 30 de septiembre al 3 de octubre de 1986. El profesor Lalinde trató su tema desde una perspectiva europea. La exposición que oímos no me merece ningún comentario. Habrá que es-

«Salvo por lo que se refiere a trabajos propios, el Profesor de Arvizu prescinde de citar bibliografía lo que parece justificarse por el género que practica, y que es el de la comunicación científica o congresual. Sin embargo, lo que no creo tan justificado es el que no parece apoyarse en esa bibliografía. Se desemboca así en una especie de trabajo de "historia de la Legislación"»

Supongo que el profesor Lalinde no escribe estas líneas con doble sentido, y que me reconocerá la libertad de orientar mis trabajos como yo crea conveniente, aunque, como él dice más abajo, no le preocupe esta corriente metodológica, aunque no la comparta. Decidir si aquí se trata o no de hacer historia de la legislación creo que es un error de óptica. Lo que yo he intentado con éste y otros trabajos —para el profesor Lalinde con poca ventura, por lo que se refiere a este último— es mostrar, la evolución de la cuota reservada a los hijos en el Derecho de Aragón y Navarra; donde, partiendo de un origen común, luego se adoptan soluciones no idénticas, pero tampoco contrarias.

4. En esa misma página, el profesor Lalinde no discute el que, como yo opino, la regulación del tema en el Derecho navarro sea más compleja que en el Derecho aragonés; pero comparte la opinión de Vidiella quien, refiriéndose a este último, califica la materia de delicada y confusa.

Hace bien en ambas cosas el profesor Lalinde, porque no son en modo alguno excluyentes.

5. El profesor Lalinde (página 337), me acusa de leer lineal y precipitadamente los textos aragoneses. Estoy de acuerdo en cuanto a lo primero, si por ello entendemos su sentido gramatical estricto. En cuanto a lo segundo, quedará explícito mi desacuerdo a lo largo de estas páginas, de una manera más matizada.

Con respecto a:

«...recurrir a la doctrina de los foristas, foralistas, civilistas y iushistoriadores, para con ayuda de todos, y, por descontado, con la del Profesor de Arvizu entre éstos, plantear una problemática, elaborar los instrumentos conceptuales que permitan 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»

perar a la publicación «in extenso» de su ponencia para formar un juicio suficientemente fundado

he mantenido en público y en privado que es esencial al historiador del Derecho —en cuanto científico— la práctica de la humildad. Uno debe arriesgarse a errar y saber asumir tanto el riesgo como, llegado el caso, el error. Tal actitud no empequeñece ni desprestigia, máxime porque el propio error puede facilitar a otro el ver las cosas correctamente y progresar en el camino.

De manera que, incluso si la ayuda que yo puedo prestar en este tema es de esta calidad —negativa—, no caigo ni en el pesimismo, ni en la cólera. Creo que así pongo en su justo valor esta cita del profesor Lalinde que, leída en su contexto, más me parece retórica que otra cosa ⁵.

Los paralogismos son algo caro al profesor Lalinde. No emplea esta expresión según el Diccionario («razonamiento falso», acepción única) sino como algo contrario a la lógica ⁶; y así entiende —y nadie se lo discute— que lo *paralógico* no es *ilógico* ni *alógico*. Y que lo *paralógico* está en función de lo que sea *lógico*; lo que motiva que «muchos incluyen dentro de lo *lógico* lo que consideran *paralógico* aquellos otros que tienen un concepto estricto de lo *lógico*» ⁷.

Creo interpretar correctamente el pensamiento del profesor Lalinde diciendo que los paralogismos de la legítima aragonesa serían los momentos evolutivos que signifiquen cambios no azarosos en la lógica del sistema, teóricamente previsibles, y que provocan un reajuste más o menos lento de la institución hasta que nuevas roturas provocan nuevos cambios.

6. En la nota 16 de su trabajo, el profesor Lalinde dice que por inadvertencia no incluyó en su *Manual* mi obra *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media* (Pamplona, 1977). No se inquiete por ello, pues quien se interese por el tema, ya sabrá dónde encontrarla. No tomo como cuestión personal la vulneración del derecho a ser citado.

⁵ Como, según nuestro Diccionario, *retórica* tiene tres acepciones, prefiero aclarar que la empleo en la primera. «arte de bien decir, de embellecer la expresión de los conceptos, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover.» No se me pasa por la cabeza que esa cita pueda esconder ironía envuelta en *prosopopeya*, esta vez en su segunda acepción.

⁶ J LALINDE ABADÍA, *Hacia una Historia paralógica del Derecho, Historia Instituciones, Documentos* 4 (Sevilla, 1977) 317-353

⁷ *Ibid.* 328

7. En página 339 y s. y nota 25, el profesor Lalinde se sorprende de que yo declare dogmáticamente que el *Vidal Mayor* es un comentario de la compilación de 1247. Para guiar al lector, transcribo exactamente lo que yo dije ⁸:

«El autor del texto oscense, don Vidal de Cañellas, hizo un comentario al mismo, que se conoce con el nombre de Vidal Mayor, y en el que trata de dar una interpretación romanizante de un Derecho profundamente tradicional».

Vayamos por partes. A mí sí que me resulta sorprendente que un reproche de dogmatismo —no es el único que me hace— venga precisamente del profesor Lalinde. No debiera disgustarle que alguien tratase de ser un dogmático de la Historia del Derecho —yo no lo soy—; ya que él se proclama conceptualista, incluyendo bajo este concepto a

«aquellos otros que aspiran a elaborarlos —los hechos histórico-jurídicos— abstrayendo esencias, clasificando con arreglo a categorías y observando fenómenos» ⁹

Creo que es una labor necesaria, pero no exenta de riesgos, de enorme riesgos ¹⁰.

⁸ *La reserva hereditaria* 299 y ss

⁹ *Hacia una historia paralógica*, 323

¹⁰ Con motivo de un reciente concurso a una de las cátedras de Historia del Derecho de la Universidad de Barcelona, y creo recordar que antes de que el profesor Lalinde me anunciase su artículo, hice una pregunta completamente exenta de malicia, formulada poco más o menos así: «¿Será posible que nuestra generación pueda ver una Historia del Derecho Privado español?». Al hablar de generación lo hice precediéndola del adjetivo posesivo *nuestra*, porque no interpele al profesor Lalinde, sino a otro colega que formaba parte del tribunal, o, como ahora se dice, de la comisión. El profesor Lalinde terció entonces y se sorprendió de tal pregunta, para expresar a continuación —muy correctamente, desde luego— su disgusto por lo que él creía una minusvaloración de la exposición que sobre nuestro Derecho Privado histórico se encontraba en sus *Manuales*; y que el profesor Lalinde extendía no sólo a mí, sino al resto de los colegas, quienes no solían remitirse a ella.

Creo de verdad que la exposición del profesor Lalinde era bastante más que necesaria, pero debe ser entendida dentro de su *conceptualismo*, y por ello no me parece deba satisfacer más allá de lo que realmente alcanza. No es mi propósito hacer una crítica de esta parte de la obra del profesor Lalinde, pero sí diría que es peligroso conceptualizar cuando en nuestra Historia del Derecho Privado exis-

Acerca del Vidal mayor, lo más sencillo que puede decirse es que la doctrina ha variado. Antequera¹¹ dice que suplía lo que faltaba en la compilación de Huesca, pero no se pronuncia sobre su valor normativo. García Gallo¹² entiende que reproduce, desarrolla o comenta el contenido de la compilación de 1247. Tomás y Valiente¹³ lo considera como comentario o interpretación de los fueros. Pérez-Prendes¹⁴ lo cataloga como obra de aclaración y comentario. Escudero¹⁵ lo describe como obra complementaria, encargada por Jaime I, para interpretar y aclarar los preceptos de los Fueros de Aragón; y pudo facilitar la entrada del *ius commune* marginado en la atmósfera nacionalista de las cortes de Huesca. Sobre su vigencia, plantea las dos posturas: obra privada aclaratoria, o bien obra que gozó de un cierto reconocimiento oficial; pero no se decide por ninguna de ellas.

Pérez Martín pone de relieve cómo a partir de Molino, la obra de don Vidal aparece catalogada como una glosa o comentario al cuerpo legal de 1247, y se hace eco de la opinión contraria de

te un período de «dispersión normativa» que hace muy difícil su sistematización, y más aún abstraer o inducir su dogmática. A modo de ejemplo, si se lee su *Iniciación histórica al Derecho español* (Barcelona, 1970) concretamente el capítulo LXXII, 1ª parte, dedicada a los contratos de garantía, yo señalaría varias cosas. a) no creo que la fianza, en el período de dispersión normativa responda totalmente a la institución contractual, b) a veces, sustantivos como *fiaduría*, *fideiussura* o *fidanza* pueden expresar cosas semejantes, pero no idénticas, c) la fianza procesal casi diría que es más importante que la civil en el período de dispersión normativa, y d) la responsabilidad con los bienes propios de una obligación ajena admite otros límites que los del montante de la obligación. Estas precisiones, y otras que podrían hacerse, todas ellas referidas al período de dispersión normativa, no tienen otro fin —como resulta evidente— que poner de relieve ese peligro de conceptualismo en la Historia del Derecho Privado español, y por supuesto, no restan valor alguno a la exposición del profesor Lalinde, entendida como se ha dicho antes

¹¹ J. M. DE ANTEQUERA, *Historia de la Legislación española* (Madrid, 1890) 257 y ss

¹² A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español I* (Madrid, 1979) párrafo 802.

¹³ F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español* (Madrid, 1979) 211

¹⁴ J. M. PÉREZ-PRENDES, *Historia del Derecho español* (Madrid, 1978) 645

¹⁵ J. A. ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho* (Madrid, 1985) 480 y ss

Feenstra y de Wolf. Para él, son momentos redaccionales de un mismo cuerpo legal.¹⁶

Por último, Martínez Díez¹⁷ considera que el Vidal Mayor fue el resultado de la labor de don Vidal para redactar, ordenar y dar forma a los resultados de las deliberaciones de Huesca; fue promulgada por Jaime I mediante una carta que comenzaba así: *In excelsis Dei thesauris*, y que fue objeto de una posterior refundición, para adaptar su estilo al de un texto legal propiamente dicho. Aquélla, llamada *Compilatio Maior*, quedaría derogada.

Como dice el profesor Lalinde, habrá que esperar nuevos trabajos, y entretanto utilizar los textos muy matizadamente, y en base a hipótesis razonadas. Me parece que ello no está reñido con que yo haya seguido la doctrina dominante, o, si lo prefiere el profesor Lalinde, *probatos auctores*. En todo caso, en este tema, el profesor Lalinde rehuye deliberadamente todo conceptualismo, según se desprende de la página 340 y siguientes de su artículo.

8. Como efectivamente supone el profesor Lalinde¹⁸, no utilicé para esta época las compilaciones publicadas por Ramos Loscertales, porque no las considero bajomedievales. Su interés es muy grande, como grande es, en no pocas ocasiones, la dificultad de su inteligencia. Aprovecho para ampliar la cita del profesor Lalinde en la nota 22 de su trabajo. Ramos Loscertales publicó una *Compilación privada de Derecho Aragonés* en AHDE I (1924) 400-408; una *Recopilación de fueros de Aragón* en AHDE II (1925) 491-523; y otra *Recopilación de fueros de Aragón* en AHDE V (1928)

¹⁶ A. PÉREZ MARTÍN, *Introducción a «Fori Aragonum»* (Vaduz/Liechtenstein 1979) 12 y s., en especial notas 47 a 49. He de hacer notar que el trabajo de A. WOLF, *Quelques remarques sur la relation entre les «Fori Aragonum» (1247), et le «Privilegio General» (1283)* se conocía, como dice PÉREZ MARTÍN, a través de un resumen publicado en la RHDFE (1973) 724 y s. Se trataba de un *compte rendu* de una comunicación presentada a las Journées Internationales d'Histoire du Droit de Perpignan (1973). El trabajo extenso *Los «Fori Aragonum» de 1247 y el «Vidal Mayor» Sus relaciones con la historia de la legislación europea*, publicado en AHDE 53 (1983) 178-203 apareció cuando yo había redactado y entregado mi aportación al volumen de homenaje en que fue publicada.

¹⁷ G. MARTÍNEZ DÍEZ, S. I., *Introducción a las «Observancias de Jaime de Hospital»* (Zaragoza, 1977) XXIV y s.

¹⁸ V. nota 22 de su trabajo

399-407. Estas dos últimas son recogidas por el profesor Lalinde en la nota antes aludida, pero no cita la primera.

9. En la cuestión de las denominaciones, es muy fácil que haya discordia. Quiero con ello puntualizar la alusión de la nota 23 del trabajo del profesor Lalinde, relativa al uso de la expresión *Código de Huesca*. No he pretendido sino remitirme a una denominación que, si no es unánime, tampoco es exclusivamente mía. No considero código en sentido técnico a la compilación de 1247, de manera que coincido con la explicación del profesor Lalinde en el texto de la página 339; así como entiendo que no me reprocha que no sepa exactamente qué sea un código en sentido técnico. He utilizado ese sustantivo en sentido instrumental —por una vez, no me remitiré al Diccionario de la Academia¹⁹— sin pretender, ni una definición conceptual, ni contrariar al profesor Lalinde en su *Manual*²⁰.

10. El profesor Lalinde no cree que las Observancias puedan ser consideradas obras de los juristas²¹, ya que éstos a los más deberían ser considerados recopiladores o compiladores. Cuando yo las definí así, no estaba pensando en algo distinto de lo que se expone en las páginas correspondientes de su trabajo.

De *paternidad* de una obra jurídica puede hablarse en dos sentidos: en cuanto a la originalidad de su contenido, entendiendo por tal la que únicamente se debe a la elaboración intelectual del autor; pero también en cuanto a la labor que realiza sin considerar la estricta *originalidad* o no de su contenido: entiéndase, que «únicamente tiene origen en». De tal manera que podría entenderse, por ejemplo, que Díez de Aux y sus seis letrados son autores de las Observancias que comúnmente llevan el nombre del primero, sin que por ello nadie pretenda que dichas observancias han salido únicamente de la cabeza de sus redactores.

En cuanto al carácter oficial, no discuto ni niego lo que dice el profesor Lalinde. Una cosa es que se *oficialice* una obra jurídica mediante un acto normativo expreso, como por ejemplo, en la *Lex Romana Visigothorum*; y otra que una colección de observan-

¹⁹ Por si alguien fuese puntilloso, advierto que al menos la segunda acepción es vulgarizante, y la sexta es en sentido figurado

²⁰ *Iniciación histórica*, 142 y s.

²¹ V pág 341 y s. de su trabajo

cias goce del reconocimiento general —no quiero decir unánime—, aunque no haya sido refrendada por ese acto normativo específico. Ambas cosas no se contradicen, como creo que tampoco están en contradicción mis palabras con la explicación del profesor Lalinde, al menos de manera tan diametral como éste ha creído entender y quiere presentar.

10. No es fácil sintetizar el proceso de romanización del Derecho aragonés. Y la afirmación que da pie al reproche del profesor Lalinde²² puedo admitir que es apresurada, pero quizá no del todo inexacta. Como él mismo dice, impresiona el romanismo de Jaime de Hospital. Que no le cause impresión alguna el de Salanova o el de Díez de Aux, entiendo que afecta a la *psyché* del profesor Lalinde, y por ello no me detengo sobre este punto. Ahora bien, la cuestión puede complicarse si se considera la influencia que pudo tener Hospital en Díez de Aux.

Se ha admitido en la manualística histórico-jurídico-española —con carácter entiendo que general— que lo que puede haber de romanización en el Derecho aragonés, vino dado por obra de los juristas, quienes interpretaron a la luz de su formación, las instituciones aragonesas²³. Incluso el profesor Lalinde, en su *Manual*²⁴ dice lo siguiente:

«La influencia del Derecho común en el Derecho aragonés se verifica siempre a través de vías indirectas, como son. .c) la doctrina, aprovechando la equidad como Derecho supletorio, y en especial, a través, de la actividad de los juristas y lugartenientes, siendo muy perceptible el influjo romanista en las observancias»

Lo cual, parece que a él no le impide considerar que Aragón es el reino hispánico más opuesto al Derecho común, que repudia

«no sólo en cuanto a una recepción política, rechazada también por todos los demás reinos, sino en cuanto a una recepción técnica, e in-

²² V pág 344 y nota 23 de su trabajo

²³ Así GARCÍA-GALLO, *Manual I* paragr 192, J. M^a FONT I RIUS, *La recepción del Derecho Romano en la Península Ibérica, Recueils de la Société d'Histoire du Droit et des institutions des Anciens Pays de Droit écrit VI* (Montpellier, 1967) 85-104, ESCUDERO, *Curso*, 482, TOMÁS Y VALIENTE, *Manual* 212 y s, PÉREZ-PRENDES, *Curso*, 637

²⁴ *Iniciación histórica*, 148

cluso a una penetración Todo ello sin perjuicio de una influencia del Derecho común, que se verifica siempre a través de vías indirectas. .»²⁵

Para no descentrar el alcance del reproche del profesor Lalinde, ahora es el momento de transcribir literalmente la afirmación que lo fundamenta:

«Es de sobra conocido el fenómeno de romanización en el Derecho aragonés, operado mediante las obras de los juristas»²⁶

Creo que hace esta cita innecesaria cualquier aclaración por mi parte sobre lo que digo, cómo lo digo, y el alcance de lo que digo.

En su artículo (página 344 y s.) el profesor Lalinde matiza las afirmaciones de sus *Manuales* —yo creo que hace bastante más que matizar— con respecto a las observancias y el Derecho sucesorio. Yo, en todo caso, no considero *problemático* aducir opiniones compartidas, incluso por él, que no descartan las oportunas matizaciones. Ahora bien, si el profesor Lalinde considera que las palabras de sus *Manuales* que se producen arriba, confrontadas con la disertación que inserta en su artículo constituyen: a) un desarrollo, b) una contradicción, o c) un paralogismo, es algo que está necesitado de una interpretación auténtica, que sólo él puede dar.

11. Refiriéndome al apartado «Hereditario e institución de heredero» del trabajo del profesor Lalinde, comienzo una rectificación a la página 346, cuando, en nota 49, dice:

«Vid. F de ARVIZU, op. cit pag 501, donde se dice, literalmente «no ya un bien inmueble, sino una heredad»

No se trata de la página 501, sino de la 301. Verosímilmente se trata de una errata, porque la página citada en dicha nota pertenece a otro artículo, que no es mío²⁷.

²⁵ J LALINDE ABADÍA, *Derecho histórico español* (Barcelona, 1974) 114

²⁶ *La reserva hereditaria*, 300

²⁷ J VALLET DE GOYTISOLO, *El Derecho romano como buena razón en Cataluña*, *ibid.* 471-532

Pero creo que el profesor Lalinde no ha leído con el necesario detenimiento lo que yo digo: «no ya un bien inmueble, sino una heredad». No hay aquí sentido adversativo, sino superlativo. Es decir, no considero al inmueble como algo conceptualmente contrapuesto a la heredad. Creo que una interpretación lógica del título *De donationibus*, iluminada por lo que se lee en *Vidal Mayor* VI,20 —aunque éste se refiera a la institución de heredero— nos lleva a considerar que heredad es un conjunto de bienes inmuebles²⁸. Se puede honrar en una heredad si el padre tiene muchas, o en una tierra, si el padre tiene una heredad solamente.

De aquí se sigue: a) que el texto habla de bienes inmuebles, y b) que una tierra —bien inmueble— está englobada dentro de una heredad, que puede contar de varias tierras. Por tanto, implica un concepto patrimonial más amplio. *Ergo*, mi afirmación puede pecar de lacónica, pero no de inexacta. Que el profesor Lalinde la haya entendido mal es algo evidente, pero eso es otra cuestión. Por eso no tengo inconveniente en suscribir —*heri et nunc*— la explicación que él inserta a partir del segundo párrafo de la página 346 de su trabajo.

Con respecto al uso de la palabra *ingenuo*, que yo no identifico con infazón, he de matizar lo siguiente: en el texto de Huesca se contraponen infazones y quienes lo son. Si no se sabe con exactitud quiénes sean estos ingenuos, sí puede afirmarse que son de superior condición que aquellos otros que sólo pueden dar «unum donum ante partem» a uno de los hijos, «de mobili aut sedenti». Si luego vemos que en *Vidal Mayor* VI,20,12 se menciona a los infazones y a aquellos que, sin serlo, dotaron a sus mujeres como los infazones, o que en VI,20,5 se habla de quienes tienen cien castillos, villas o posesiones —supuesto más teórico que real—, ¿no nos lleva esto a considerar ingenuos a quienes sean infazones o, aun no siéndolo, actúen como tales, dada su riqueza?

¿Está tan disconforme mi apreciación con lo que entiende el profesor Lalinde?

«ingenuo ha debido ser sinónimo de noble, y ha comprendido también a la alta nobleza, es decir a los barones»²⁹?

²⁸ Ver *Vidal Mayor* VI,20,2, citado en mi artículo, nota 4.

²⁹ V. pág. 347 de su trabajo.

12. En mi trabajo, después de tratar ese largo fragmento del *Vidal Mayor*³⁰, señalo un nuevo momento evolutivo, que viene marcado por los fueros de 1307 y 1311. Que yo me contente «con leerlos como si no planteasen ningún problema», no pasa de ser una personalísima opinión del profesor Lalinde³¹. Lo mismo cabe decir cuando, poco después³², sigue diciendo que considero «no problemática» la desheredación sin causa.

No cita en la nota 78 de su trabajo el que yo dediqué a este tema³³.

Brevemente, he de señalarle a mi apreciado colega que no he dicho ninguna de las dos cosas; de tal manera que sería poco apropiado perder mucho tiempo en rebatir aquello no atribuible a mi paternidad. Naturalmente, empleo este sustantivo en sentido no físico, pero para mayores explicaciones, remito al lector a las observaciones que dejo dichas en el número 9 del presente artículo.

Efectivamente, cuando yo hablo de testamento inoficioso, me apoyo en el *Vidal Mayor*³⁴. Que no me apoye en textos forales, porque no existen —salvo en lo que puede tener relación con el tema la legítima piadosa— es un reproche que me formula el profesor Lalinde y que acepto con humildad.

13. En mi artículo, yo aduje la idea de que el fuero de 1307 hacía quebrar la primitiva idea —empleo forzosamente esta redundancia— de igualdad entre los hijos³⁵. El profesor Lalinde no sólo no acepta esta idea, sino que además estima que me contradigo con otra afirmación anterior³⁶ en el sentido de que los textos aragoneses se cuidan de no señalar cuota alguna de reserva hereditaria³⁷, quizá intencionadamente.

Estoy de acuerdo con él en que es muy difícil saber y comprender qué ocurrió antes de 1307. Sin entrar en su largo razonamien-

³⁰ *La reserva hereditaria*, 301-304

³¹ Expresada en la pág 351 de su artículo

³² V pág 352 de su artículo

³³ *Las causas de desheredación en el Derecho altomedieval de Aragón y Navarra, Mélanges offerts a Jean Dauvillier* (Toulouse, 1979), 1-14

³⁴ *Vidal Mayor* VI,19 De inoffitioso testamento, es assaber . etc.

³⁵ *La reserva hereditaria*, 304.

³⁶ *Ibid* 301

³⁷ *Precisiones conceptuales*, 353.

to de las páginas 353-355, quiero poner el acento en una frase que aparece en esta última:

«En todo caso, la libertad de testar o la división igualitaria es practicada 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»

Luego, algo queda de la idea de igualdad sucesoria de los hijos, aunque no sea otra cosa que lo que podría enunciarse poco más o menos así: los hijos, todos ellos, deben percibir algo de la herencia paterna. *Ob iter*, aunque el agotamiento del caudal paterno al que alude el profesor Lalinde sea enunciado cautelosamente como sospecha, creo sería deseable una mayor concreción sobre la información que tiene para formularla. Si a ella le conduce su instinto —sólo en este caso— puedo contraargumentarle así: no es pensable que el padre o los padres dejen agotar su caudal en vida, porque no es lo natural que se enfrenten a los avatares de sus últimos años sin recursos, por haber donado a los hijos bienes en tal manera que su fortuna quede casi agotada. No es otra la interpretación que puede darse a la expresión «agotarían en gran medida el caudal paterno», que ocupa el final del párrafo citado.

Ahora bien, una cosa es que subsista una idea igualitaria y otra que el Derecho, atendiendo a realidades sociales, no la respete, o *passe outre*. Así el texto oscense del título *De donationibus*, al autorizar a dar *unum donum ante partem* a uno de los hijos parece —y recalco este matiz— que está en el esquema lógico de esa igualdad alterable. Y el *Vidal Mayor* VI,20,2 y 3, cuando alude al fuero, donde igualmente parece que las cosas *non mobiles* deben ser partidas entre los hijos por igual, ¿no está reflejando también esa idea de igualdad?

Que luego ésta venga a ser inexistente a causa de las donaciones en vida, o las dotes de las hijas, o el hacer posible que los hijos doten a sus mujeres, supera una idea ya poco pujante en el texto oscense.

13. En página 355 y s., el profesor Lalinde me censura el aportar incompleto el largo texto del *Vidal Mayor* VI,20, de leerlo precipitadamente, y a continuación de no leerlo en su totalidad, dada

la desproporción entre el texto y mis conclusiones sobre el mismo, desproporción que él mide físicamente.

Vayamos por partes. Efectivamente, omito la parte final, cosa que subsana el profesor Lalinde³⁸, aunque no hace mención de los números concretos de la parte omitida (27-30), como hago yo en el resto de la cita.

Lo de la desproporción entre las dos páginas del texto en la letra menuda y los 3/5 de página de las conclusiones, me parece un tanto chocante. No se me alcanzan los parámetros de armonía tipográfica que tiene el profesor Lalinde para hacer semejante aseveración. Como también encuentro poco armónico ese binomio de leer un texto precipitadamente, para decir a renglón seguido que no lo he leído en su totalidad. Le dejo, pues, con sus dudas y sus certezas, que le llevan desde su subjetividad a interpretar mi sosiego o desasosiego en la lectura mejor que yo mismo.

Hechas estas precisiones sobre la forma en que el profesor Lalinde plantea sus reproches, creo que puede tener razón en cuanto al fondo. Y según lo que dije antes en lo relativo a asumir el riesgo de equivocarse, y aun el propio error³⁹, me honra dejar escrito que en esta cuestión ve el profesor Lalinde más lejos que yo. Y conste que esto no lo digo porque su comentario a este texto de don Vidal sea algo superior a la relación 1:1. Aunque sus conclusiones, que él enuncia como provisionales, deberían ser desarrolladas en un posterior estudio sobre este texto, dadas las oscuridades que encierra. Casi puede decirse que don Vidal quiso aclarar las tinieblas del pueblo sustituyendo la oscuridad por la niebla en esta cuestión.

Aunque el profesor Lalinde lo exprese con duda (página 358), no creo que el régimen sucesorio que se esboza en *Vidal Mayor* VI,19, al tratar del testamento inoficioso, sea tan distinto —en el sentido de contrario— al VI,20. Porque si la preterición no se salva dejando tan poca cosa que parezca escarnio⁴⁰, entra en juego la reducción de las limosnas, la atribución de cosas inmuebles a los hijos, o las muebles, si no posee inmuebles el testador. No obs-

³⁸ V nota 88 de su artículo

³⁹ V. supra n.º 5 de este artículo.

⁴⁰ Ver la síntesis del profesor Lalinde, pág. 357 de su trabajo, primer párrafo, letra j).

tante, también sobre esta posible antinomia se haría necesario un estudio detenido.

14. El profesor Lalinde me atribuye el acierto de comprobar que se habla de legítima en las Observancias ⁴¹ pero no en los fueros más antiguos. El alivio que me produce este elogio del profesor Lalinde queda un tanto aminorado por el hecho de que yo traté de dejar sentada una afirmación elemental y de todos conocida, al menos en España. Pero el público extranjero a quien iba dirigida mi comunicación sí agradeció la precisión. Naturalmente que ésta, a mi docto colega debe resultarle tan familiar como la fecha de la constitución de Cádiz, por ejemplo. No creo que, por el hecho de citarla correctamente en su *Manual* ⁴² se crea nadie en la obligación de celebrarlo.

Que el profesor Lalinde dude de que el empleo del término *reserva* va a ayudar a comprender la legítima aragonesa, es perfectamente legítimo. Si yo lo empleé, fue porque creo lo contrario, lo cual me supongo que también es perfectamente legítimo. Si lo hice, fue para no hablar de *legítima* allí donde no aparece, porque eso sí puede inducir a distorsiones. Como reserva, entiendo el conjunto de bienes —propios o no— que deben ir a parar a los hijos, no porque un bien en concreto no pueda enajenarse, sino porque hasta un determinado montante de la herencia debe distribuirse entre ellos.

Y aprovecho para decir que, además de Lacoste, al que despectivamente cita el profesor Lalinde ⁴³, el sustantivo reserva se encuentra también en Viollet ⁴⁴, donde se emplea tanto referida a los bienes propios, como al caudal reservado a los herederos; es decir, en una acepción lata —que es la que yo empleo— y en otra estricta. En la primera acepción lo emplea también el *Manual* de Ourliac y Malafosse ⁴⁵, que es de nuestros días, y se emplea en algunas Facultades como libro de texto.

⁴¹ V pág 360 de su trabajo.

⁴² *Iniciación histórica*, 238

⁴³ V pág 361 de su trabajo, y nota 106.

⁴⁴ P VIOLLET, *Histoire du Droit Civil Français*, reimpresión de la ed de 1905 (Aalen, 1966), 930-933

⁴⁵ P OURLIAC y J DE MALAFOSSE, *Histoire du Droit Privé*, III *Le Droit familial* (París, 1968), 480 y s

15. El fuero de 1307, como acertadamente dice el profesor Lalinde, permite a los padres instituir heredero a uno de los hijos, dejando a los otros lo que les pluguiera. No veo que eso signifique negar la legítima simbólica en lo que se refiera a los restantes hijos. Todo depende de lo que los padres les atribuyan, que pueden perfectamente ser los cinco sueldos por muebles y cinco por inmuebles ⁴⁶

Yo no digo en mi trabajo (página 305) que Salanova —citado por Hospital— refiera su comentario al *forum antiquum* de 1307-1311 en vez de hacerlo a la compilación de 1247, como me atribuye el profesor Lalinde. Lo que digo es que Salanova se expresaba en el sentido de que, si los padres daban bienes a su hija para su ajuar, quedaban libres para disponer de sus bienes por testamento como quisiesen, con tal de dejar algo por testamento, como legítima, a la hija casada. Y que con respecto al hijo, la legítima debe ser suficiente según el prudente arbitrio del juez. Por tanto, la legítima, en ambos casos era fijada por los padres. Que en un caso se trate de 1307-1311 y en el otro del título *De rebus vinculatis* de la compilación de 1247 referido al hijo único, lleva la misma conclusión: la libertad de los padres para señalar la legítima.

Que ese apotegma no se deba a Pérez de Salanova, sino a Hospital, como mantiene el profesor Lalinde parece probable, de manera que rectifico la atribución que hice en mi trabajo, y he de darle la razón.

16. En la página 369, el profesor Lalinde se refiere al tema de la mejora, donde vuelve a citar a Lacoste, a Elfgén y a sí mismo, y me acusa de no tener en cuenta estos precedentes ⁴⁷. En la página siguiente me da la razón al reconocer que, en el tiempo anterior a 1307, ha existido la mejora, aunque muy limitada. Y luego concluye que yo confundo la mejora con dar en *avant part* y demás términos similares.

⁴⁶ *Precisiones conceptuales*, 364.

⁴⁷ Alude a pág. 335 de mi artículo donde, a modo de conclusión, me refiero a la mejora con estas palabras «Son en un principio herederos forzosos /los hijos/, pero para el siglo XIV ya no se les considera sino legitimarios. Algo parecido ocurre con la mejora que, muy limitada en el Código de Huesca y en el *Vidal Mayor*, se amplía progresivamente, tanto en fueros posteriores como en las Observancias »

El profesor Lalinde, que parte de su propio esquema conceptual, viene obligado a entender así lo que yo digo. Es sabido que si se proyectan conceptos hacia el Derecho del pasado, obligatoriamente se producirán distorsiones siempre y cuando aquéllos no vengan dados por inducción del propio sistema estudiado. Lo contrario es el reproche que desde siempre se ha hecho a la orientación dogmática de la Historia del Derecho.

No creo preciso extenderme más en este punto, porque es de sobra conocido, tanto para el profesor Lalinde, como para cualquier historiador del Derecho no bisoño. Pero sí digo que, aun reconociendo el uso del término mejorar simplemente como aventajar sobre los otros herederos, tengo mis dudas sobre la conveniencia de encerrar en conceptos al Derecho en momentos en que ello puede llevarnos a no captarlo en su propia lógica.

Que el profesor Lalinde entienda como mejora únicamente la parte de legítima sobre la que puede disponer el testador en beneficio de unos legitimarios con perjuicio de otros⁴⁸, le lleva a concluir que la distribución desigual de la legítima la hace innecesaria. Ahora bien, él dice⁴⁹ que la mejora es un concepto de Derecho sucesorio, en tanto que la ventaja es un concepto de Derecho familiar; apoyándose —al parecer— en que, sobre todo en las Observancias, se distinguen los títulos que versan sobre testamentos de los que versan sobre donaciones o sobre la dote. Y constata que la ventaja se concede a través de donaciones *intervivos*, y, más raramente, *mortis causa*. Me parece una consecuencia errónea, precisamente derivada del empleo de un rígido esquema conceptual, ya que una cosa es que la donación tenga efecto en vida del donante, y otra que la muerte no juegue como causa; por ejemplo en las donaciones de parte anticipada. Por otra parte, me parece también arriesgado separar tan drásticamente Derecho familiar y Derecho sucesorio.

17. En página 373 y s., el profesor Lalinde puntualiza una afirmación mía, apoyada en las Observancias, sobre la responsabilidad de los hijos en las deudas de los padres. Resulta un tanto chocante que él hable de la «responsabilidad» del legitimario en

⁴⁸ *Iniciación histórica*, 726 y s

⁴⁹ V pág 371 de su trabajo

cuanto heredero ⁵⁰, ya que son dos conceptos suficientemente deslindados en el Derecho civil. Precisamente la observancia de Hospital sobre el legado de dinero distingue al *hijo del otro heredero*. El profesor Lalinde la subraya, pero asocia legitimario y heredero de una forma que no termina de explicar; ya que la no responsabilidad del hijo legatario (la observancia dice *legaverint*) contrasta con lo que ocurre cuando el hijo es heredero. Si por legitimario se entiende al hijo, cuando éste es únicamente legitimario entiendo que deja de ser heredero.

Por otra parte, no hace comentario alguno a la observancia de Díez de Aux lib IV, tit. *De donationibus*, parágrafo 17, donde se dice lo siguiente:

«Parentes in vita sua, vel in morte, possunt donare filis omnia bona cum carta, vel cuilibet partem suam, et valebit, et nom tenebuntur in debitis patris»

18. El profesor Lalinde entiende ⁵¹ que la observancia de Hospital V,6,21 no se refiere al derecho de representación, como pienso yo. Efectivamente, en V,6,22 se expone una opinión radicalmente contraria con el texto anterior; y Hospital, después de exponer un solución favorable al derecho hereditario del nieto en el primer texto y desfavorable en el segundo, no se pronuncia, y sale del paso con un esquivo *deleberetur*. Acepto el reproche de no aportar este segundo texto, cosa que subsana el profesor Lalinde ⁵².

Entiende mi colega que no hay derecho de representación porque éste exige

«la concurrencia de personas del mismo grado, con previo fallecimiento de una de ellas, que, a su vez tenga personas que le puedan suceder o representarle» ⁵³

⁵⁰ V. pág 375 de su trabajo

⁵¹ V pág 376 y s de su trabajo

⁵² V nota 164 de su trabajo Sobre lo que me dice en pág 377, exactamente que no he leído el texto, no necesito abundar en ello, tan sólo remitirme a lo dicho en el n ° 13 de este trabajo

⁵³ V pág 376 de su artículo

Como primera puntualización, hay que decir que si una persona ha muerto, no puede concurrir a la herencia de nadie, como dice el profesor Lalinde, quien no salva la antinomia al puntualizar que el fallecimiento ha de ser previo. Si lo es, ya no hay concurrencia. Esta sería entre una persona y los *representantes* de otra fallecida, que tenía el mismo grado de parentesco con el *de cuius* que la viva.

Para que exista representación, se requieren tres personas: el causante, el heredero que muere y su representante, o representantes en su caso. De suyo, no se necesita que exista otra del mismo grado que el heredero que falla.

El texto plantea el supuesto de desheredación *ex causa* del hijo, lo cual no sería óbice para que pudiera ser representado por el nieto, ya que el hijo ha dejado de recibir la herencia por una causa independiente de su voluntad. La desheredación entra entre ellas, por lo que se refiere a la legítima.

Ahora bien, el derecho de representación es propio de la sucesión intestada, que es lo que se produce aquí al negarse el extraño instituido a aceptar la herencia. Y el nieto sucede por ser *propinquior*, precisamente nieto, hijo del hijo del causante. En el texto no se menciona la existencia de otros hijos, lo que hubiera simplificado la solución. Pero ¿de dónde le viene al nieto su título de *propinquior*? Precisamente, del padre. Y en el texto siguiente, la opinión contraria se basa en la sucesión intestada, pero es que la representación propiamente se da en ella. Que el nieto herede por representación, o por ser el único pariente más próximo, a efectos prácticos, es lo mismo; pero sigo sin ver claro que no se refieran ambos textos a la representación.

19. Sobre que yo entienda que el fuero *De rebus vincularis* no ofrece problemas, reitero que no he dicho tal cosa, y esa conclusión es subjetiva y errónea del profesor Lalinde⁵⁴. Mi colega puede opinar lo contrario que yo en cuanto a si está más cerca de la vinculación de bienes la sustitución vulgar o fideicomisaria. Si está en lo cierto, mi opinión errónea —y creo que lo es— habrá servido para que se clarifique algo este tema vidrioso.

Sin embargo, no creo que con la palabra *destín* se aluda siempre a un mandato de confianza, según el cual el testador enco-

⁵⁴ *Precisiones conceptuales*, 376

mienda su voluntad a otras personas ⁵⁵. El profesor Lalinde no admite más que un sólo significado para *manda* y *destín*, y eso creo que no se corresponde con la realidad.

En cuanto a la antinomia de las dos observancias de Pérez de Salanova ⁵⁶, señalo simplemente que en la primera de ellas, dice Salanova:

« . potest filius vel filia, post viginti annos alienare et suam facere voluntatem de dictis bonis, ac si non esset vinculata, nisi testator expresse diceret, quod etiam post viginti annos durat vinculum »

mientras que en la segunda expresa lo siguiente:

« . pater vel mater bona sua suo filio legitimo usque ad XX annos potest vinculare, quia si in perpetuum vinclasset, censeretur exheredatus ».

Parece que el profesor Lalinde entiende que la vinculación de más de veinte años es perpetua. Pero lo cierto es que en esos dos textos no aparece tal cosa. Lo que el primero autoriza es la vinculación *expresa* que por un tiempo superior a los veinte años. Lo que el segundo prohíbe es la vinculación perpetua. Mi apreciado colega propone dos soluciones para salir del paralogismo que representa —según él— esta antinomia.

Yo puedo proponer una tercera, que podría enunciarse así: cabe la vinculación expresa por más de veinte años, con tal de que no sea perpetua ⁵⁷. Los supuestos de hecho a los que se refiere esta hipótesis —vinculación por 21 años o por 200— habrían de ser apreciados en vía judicial, para ver si constituían o no desheredación.

20. No voy a extenderme más acerca de las páginas que el profesor Lalinde dedica a la legítima aragonesa, motivado de mane-

⁵⁵ *Iniciación histórica*, 714. Se identifica en este manual el *destín*, a la *manda*. Ya he llamado la atención sobre que de *manda* puede hablarse en el sentido al que alude el profesor Lalinde, pero también en otro, que es equivalente al testamento, aunque éste aparece más tardíamente. Ver mi trabajo *La disposición «mortis causa» en el Derecho español de la Alta Edad Media* (Pamplona, 1977), 222 y s.

⁵⁶ Citadas en nota 62 de mi artículo, y aludidas por el profesor Lalinde en pág. 381 y s. de su trabajo

⁵⁷ V. pág. 383 del trabajo del profesor Lalinde

ra inmediata por mi artículo sobre el tema, motivación a la que ya aludo en el primer párrafo de este artículo. Yo no empecé esta polémica, y por eso, no estoy en condiciones de decir si queda terminada con estas páginas o no, puesto que su continuación depende de si el profesor Lalinde considerará oportuno o no el replicar. En el terreno de las hipótesis, creo que si hay réplica, habrá dúplica. Pero a mí me gustaría que la secuencia no se prolongase hasta el infinito.

Creo que con mi respuesta he intentado matizar, refutar, aceptar en ocasiones y poner en su justo valor en otras, los reproches y discrepancias con el profesor Lalinde. Pero también he pretendido llegar a un acercamiento de posiciones que evitase el confu-sionismo⁵⁸, teniendo en cuenta más la fecundidad del diálogo —aunque sea polémico— que un amor propio que pudiera sentirse vulnerado por quien sustenta opiniones contrarias a las que el historiador del Derecho deja plasmada en su producción científica. Están pugnando por salir de la mente al papel las palabras que acerca de sendas polémicas dejaron escritas un maestro y un compañero. Pero creo que podrían empañar el tono de sincera estima por mi oponente que yo he querido dar a estas páginas. Así que pongo punto final a mi contestación en este momento.

F. DE ARVIZU

⁵⁸ Esta invitación, tan razonable, me fue formulada por mi colega en la carta personal a la que se alude en nota 2 de este artículo