

ESTUDIO SOBRE EL CAPITULO 3,20,6 DEL FUERO GENERAL DE NAVARRA: UN TEXTO RECIBIDO DEL DERECHO ROMANO *

S U M A R I O

I DETERMINACIÓN DEL TEMA Y SU SITUACIÓN EN LA DOCTRINA.—II. EXPOSICIÓN Y ESTUDIO DE FGN 3,20,6: A) *Fijación del texto según los manuscritos*. 1. Redacciones asistemáticas. 2. Redacciones sistemáticas. 3. El Fuero Reducido. 4. El Repertorio de los Fueros. 5. Los Fors et Costumas du Royaume de Navarre Deça-Ports. 6. Un formulario notarial navarro. B) *Relaciones con otras fuentes jurídicas medievales*. C) *Naturaleza del texto*. D) *Incompatibilidad de este capítulo con el sistema sucesorio del Fuero General*: 1. La sucesión forzosa en FGN: principios fundamentales. 2. Los herederos forzosos. 3. La preterición. 4. La desheredación. 5. Resumen.—III. COUTUMES DE SAINT-AMAND II, III, 13: A) *El texto*. B) *Exégesis del mismo*. C) *Su origen o procedencia*.—IV. DIGESTO 28,2,13 PR: A) *El texto*. B) *Exégesis del mismo*. C) *Su transmisión posterior*.—V. FORI VALENTIAE Y COSTUMS DE TORTOSA: A) *Los Fori Valentiae*. B) *Las Costums de Tortosa*.—VI. ¿CÓMO D 28,2,13 PR. LLEGÓ AL FUERO GENERAL DE NAVARRA?: A) *Recepción del texto por el Fuero General*. B) *Estado actual de la investigación sobre el Derecho romano en Navarra*. C) *Vías de influencia del Derecho romano en Navarra*: 1. Idea general. 2. Los estudiantes. 3. Los libros jurídicos. 4. Los juristas y los tribunales reales. 5. Los prácticos del Derecho. D) *Aplicación a FGN 3,20,6*.—VII. VIGENCIA ACTUAL DE FGN 3,20,6.—VIII. CONCLUSIONES.—APÉNDICE: D. 28,2,13 PR. Y TEXTOS DERIVADOS.

(*) SIGLAS O ABREVIATURAS UTILIZADAS

Se refieren a las obras o fuentes citadas con mayor frecuencia, ya que las demás se citan siempre *in extenso*.

AHDE = ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, Madrid.

Alonso, *Recopilación* = José Alonso, *Recopilación y comentarios de los Fueros y Leyes del antiguo Reino de Navarra, que han quedado vigentes después de la modificación hecha por la Ley paccionada de 16 de agosto de 1841*, 2 tomos, Madrid, 1848-1849.

Alonso LAMBÁN, *Las formas testamentarias* = Mariano ALONSO LAMBÁN, *Las formas testamentarias en la Alta Edad Media en Aragón*, en Revista de

I. DETERMINACION DEL TEMA Y SU SITUACION EN LA DOCTRINA

En el Fuero General de Navarra, libro III, título XX (*De estin*), se encuentra un curioso capítulo, el VI, cuyo contenido no puede menos que calificarse de sorprendente en contraste con los demás capítulos

-
- Derecho Notarial, II, núms. 5-6 (julio-diciembre 1954), págs. 7-196; y III, núms. 9-10 (julio-diciembre 1955), págs. 241-399
- APP = *Archivo de Protocolos de Pamplona*. Antes en el Ilustre Colegio Notarial de Pamplona, y ahora en el Archivo General de Navarra (Pamplona).
- CS-Amand = Coutumes de Saint-Amand.
- C Tortosa = Costums de Tortosa.
- DUALDE, *Fori Valentiae* = Manuel DUALDE SERRANO, *Fori Antiqui Valentiac*. Edición crítica, Madrid-Valencia, 1950-1967.
- F Estella = Fuero de Estella.
- FGN = Fuero General de Navarra.
- F Jaca = Fuero de Jaca (compilación de Derecho territorial).
- F Novenera = Fueros de la Novenera.
- F Reducido = Fuero Reducido.
- F Tudela = Fuero de Tudela.
- F Valentiae = Fueros de Valencia (texto latino).
- F Viguera = Fuero de Viguera y Val de Funes.
- GARCÍA LARRAGUETA, *Jerusalén* = Santos A. GARCÍA LARRAGUETA, *El Gran Priorado de Navarra de la Orden de San Juan de Jerusalén. Siglos XII-XIII*, tomo II (*Colección Diplomática*), Pamplona, 1957.
- GIBERT, *Historia* = Rafael GIBERT, *Historia general del Derecho español*, Granada, 1968
- ILARREGUI-LAPUERTA, FGN = *Fuero General de Navarra. Edición acordada por la Excelentísima Diputación Provincial, dirigida y confrontada con el original que existe en el Archivo de Comptos*, por D. Pablo ILARREGUI y D. Segundo LAPUERTA, Pamplona, 1869.
- LACARRA, *Instituciones* = Victoriano LACARRA y MENDILUCE, *Instituciones de Derecho civil navarro*, Pamplona, I (1917) y II (1932).
- LACARRA, *Irache* = José María LACARRA, *Colección Diplomática de Irache*, vol. 1 (958-1222), Zaragoza, 1965.
- LACARRA, *Nuevo texto* = José María LACARRA, *Un nuevo texto foral navarro-aragonés*, en *Homenaje a Francisco Ynduráin*, Zaragoza, 1952, págs. 179-199.
- LACARRA, *Recepción* = José María LACARRA, *Sobre la recepción del Derecho romano en Navarra*, en AHDE, XI (1934), págs. 457-467.
- LACARRA-MARTÍN DUQUE, *F Estella* = *Fueros de Navarra, I. Fueros derivados de Jaca. 1 Estella San Sebastián*, por José María LACARRA, con la colaboración de Angel J. MARTÍN DUQUE, Pamplona, 1969.

del propio título y, en general, con el contexto mismo de todo el Fuero. Por esa razón, ya desde hace tiempo, había despertado mi interés, que se vio recrudecido —en forma de interrogante concreta— por la lectura de unas costumbres francesas medievales, las *Coutumes de Saint-Amand*, en las que, por azar, encontré un texto (II, III, 13) cuya extraordinaria coincidencia, casi literal, con FGN 3,20,6, me hizo considerar detenidamente el tema. He llegado a la conclusión de que tanto el texto de la costumbre francesa como el del fuero navarro, son, simplemente, transcripción de un pasaje del Digesto; y, por ello, pienso que no carezca tal vez de interés un estudio monográfico de FGN 3,20,6, en relación con el tema del comienzo de la influencia del Derecho romano justinianeo en Navarra.

-
- LACRUZ BERDEJO, *Régimen matrimonial* = José Luis LACRUZ BERDEJO, *El Régimen matrimonial de los fueros de Aragón*, en *Anuario de Derecho Aragonés*, III (1946), 17-153.
- LACRUZ BERDEJO, *F Tudela* = *Fuero de Tudela. Introducción, transcripción con arreglo al Ms. 11-2-6, 406 de la Academia de la Historia de Madrid, Notas e índices*, por José Luis LACRUZ BERDEJO. Obra inédita. Copia mecanografiada que debo a la amabilidad del autor.
- MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia* = Juan MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia et noua reductio antinomiarum iuris comunis, ac regij Hispaniarum: in qua verae horum iurium differentiae, et quàm plurium legum regiarum, communiunque intellectus, et recepta praxis causarum forensium explicantur. Cui addite sunt differentiae, ac concordiae inter ius regium, et regni Nauarrae*, Burgos, 1575.
- MEIJERS, *Droit Saint-Amand* = MEIJERS, *Les institutions municipales et le Droit coutumier de Saint-Amand en Pevéle au Moyen Age*, en *Etudes d'Histoire du Droit* I (Leyden, 1956), 87-151.
- MEIJERS SALVERDA, *Coutumes Saint-Amand* = MEIJERS Y SALVERDA DE GRAVE, *Des Lois et Coutumes de Saint Amand*, Haarlem, 1934.
- MOLHO, *F Jaca* = Mauricio MOLHO, *El Fuero de Jaca. Edición crítica*, Zaragoza, 1964.
- OLIVER, *Costumbres Tortosa* = Bienvenido OLIVER, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa*, Madrid. 4 tomos, I (1876), II (1878), III (1879) y IV (1881)
- RAMOS LOSCERTALES, *F Viguera* = José María RAMOS Y LOSCERTALES, *Fuero de Viguera y Val de Funes (edición crítica)*, Salamanca, 1956.
- TILANDER, *F Novenera* = Gunnar TILANDER, *Los Fueros de la Novenera*, Uppsala, 1951.

En la edición del Fuero General, según Ilarregui y Lapuerta¹, FGN 3,20,6 dice así:

“*Que fué feyto de un ombre que estinó á creatura que no era nascida: Un ombre bono yva á fin de muert et mandó en su destin que la su muyller si encayesciere de fijo, que oviesse el fijo las dos partes de sus heredades ó de sus bienes, et la madre la tercera part; et si encayesciesse de fija, que oviesse la madre las dos partes de sus bienes et la fija la tercera part. Et esta dueyna encayesció de fijo et fija, et este fijo quoando fué de hedad, demandó el estin de su padre, et esto mesmo la fija, et assi como las creaturas, assi la madre. Et estos cabezaleros fueron en profazo et buscaron conseyllo, et ovieron acuerdo que fiziesen VII suertes et diessen al fijo las IIII suertes, et las II á la madre et á la fija la una; et fizieron assi, et ovieron paz los cabezaleros.*”

Anticipemos ya que esta versión de Ilarregui y Lapuerta, así como las coincidentes según las ediciones de FGN por Chavier (año 1688)² y por la Diputación del Reino (año 1815)³, no serán seguidas en el presente estudio; y ello, no sólo por la consideración genérica de la falta de sentido crítico de dichas ediciones, sino, además, por la circunstancia concreta de que el manuscrito sobre el que dichas ediciones han sido realizadas (ms.-1 del Archivo General de Navarra)⁴ da un texto incompleto y mutilado de FGN 3,20,6.

1. Pablo ILARREGUI y Segundo LAPUERTA, *Fuero General de Navarra. Edición acordada por la Excelentísima Diputación Provincial, dirigida y confrontada con el original que existe en el Archivo de Comptos*, Pamplona 1869, 80.

2. Licenciado ANTONIO CHAVIER, *Fveros del Reyno de Navarra, desde sv creación hasta sv feliz vnión con el de Castilla, v Recopilación de las leyes promulgadas desde dicha unión hasta el año de 1685, recopiladas, y redvcidas a lo svstancial, y a los titulos a que corresponden*, Pamplona 1686. El texto de 3,20,6 figura en la pág. 88.

3. *Fueros del Reyno de Navarra, desde su creación hasta su feliz unión con el de Castilla*, Pamplona 1815. En la pág. 117 se encuentra 3,20,6.

4. Ya lo afirmó así José María LACARRA (*Guía del Archivo General de Navarra Pamplona*, Madrid 1953, 137). Posteriormente lo ha probado documentalmente la señorita Hortensia VIÑES RUEDA, en su artículo *El Fuero General de Navarra. Notas para datar el único ms publicado, en función de la alternancia Ç/Z* (en *Sonderbruck aus Iberoromania* 4 [1969], 314-318), y en *Estudio filológico del manuscrito n.º 1 del Archivo General de Navarra Extracto* (Pamplona 1972, especialmente págs 15-18).

El análisis y estudio de este capítulo se efectuará sobre varios de los manuscritos originales de las diversas redacciones asistemáticas (más antiguas) y sistemáticas (más modernas) de FGN.

Al iniciar la investigación, lo primero que me produjo cierto asombro es el silencio absoluto que los tratadistas navarros guardan respecto a FGN 3,20,6. Ni lo comentan, ni tan siquiera lo transcriben. Así ocurre tanto con los juristas clásicos —Martínez de Olano⁵ y Armendáriz⁶— como con los autores más modernos —Yanguas y Miranda⁷, Alonso⁸, Marichalar y Manrique⁹, Morales¹⁰ y Lacarra (Victoriano)¹¹.

En mi artículo *Fuero General de Navarra 4,2,3. El cónyuge viudo que tiene "fealdad", ¿puede enajenar en caso de necesidad?* (en *Anuario de Derecho Civil* XXVII-1 [1974, enero-marzo], 91-268, vid. especialmente págs. 115-118), he demostrado que, al menos en cuanto se refiere a dicho texto (FGN 4,2,3), el código utilizado por Ilarregui-Lapueta fue el ms. 1.

Respecto al capítulo que ahora nos ocupa (FGN 3,20,6) es absolutamente seguro que la edición de Ilarregui-Lapueta reproduce exactamente la versión según el ms. 1. Vid. la nota 26 del presente estudio. Nos remitimos a lo que más adelante se indica en el texto. II, A, 1 y 2 y notas 24, 25 y 26.

He juzgado conveniente insistir sobre el tema, ya que FRANCISCO INDURÁIN (*Contribución al estudio del navarro-aragonés antiguo*, Zaragoza 1945, 11-12), no sin cierta precipitación, escribe: "Aunque no lo dicen sus autores (se refiere a Ilarregui y Lapueta), he podido comprobar que éstos utilizaron el código número 3 de la Cámara de Comptos, preferente si no exclusivamente".

5. JUAN MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia et noua reductio antinomiarum iuris comunis, ac regij Hispaniarum: in qua verae horum iurium differentiae, & quàm plurimum legum regiarum, communiunq̄ intellectus & recepta praxis causarum forensium explicantur. Cui addite sunt differentiae, ac concordiae inter ius regum, & regni Nauarrae*, Burgos 1575.

6. *Additiones sive adnotationes Licenciati Armendáriz ad suam Recopilationem Legum Regni Nauarrae*, Pamplona 1617.

7. JOSÉ YANGUAS Y MIRANDA, *Diccionarios de los fueros del Reino de Navarra, y de las leyes vigentes promulgadas hasta las Cortes de los años 1817 y 18 inclusive*, San Sebastián 1828; y *Adiciones a los Diccionarios de los fueros y leyes del Reino de Navarra*, San Sebastián 1829.

8. JOSÉ ALONSO, *Recopilación y comentarios de los fueros y leyes del antiguo Reino de Navarra, que han quedado vigentes después de la modificación hecha por la Ley paccionada de 16 de agosto de 1841*, I, Madrid 1848, 307-398, donde trata de las sucesiones.

9. AMALIO MARICHALAR y Cayetano MANRIQUE, *Historia de los Fueros de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Alava*, edición facsímil de la segunda edición corregida y aumentada de 1868, San Sebastián 1971, 144-145.

Asimismo, y pese a que dicho capítulo responde a un criterio de amplia libertad dispositiva *mortis causa* —incompatible, por tanto, con el sistema de sucesión esencialmente igualitaria acogido en FGN— tampoco ha llamado la atención de aquellos juristas navarros que, con más o menos profundidad, han estudiado la libertad de testar en nuestro Derecho foral: en este sentido, Arriaga Sagarra¹² y Salinas Quijada¹³.

Igualmente, y aun cuando FGN 3,20,6 contempla un claro y curioso supuesto de institución hereditaria a favor de un *nasciturus*, no ha sido tenido en cuenta por Maldonado y Fernando del Torco, en su estudio monográfico *La condición jurídica del "nasciturus" en el Derecho español*¹⁴, donde, sin embargo, lleva a cabo un detenido examen de las fuentes del Derecho histórico español, y en el que, con relación a otros puntos, ofrece varias citas de los textos de Derecho navarro¹⁵.

Entre los historiadores del Derecho, sólo Lalinde Abadía —que yo sepa— ha fijado su atención en FGN 3,20,6. En su *Iniciación histórica al Derecho español*, al tratar del escaso éxito de difusión de la legítima justiniana del tercio, dicho autor escribe: "Sin embargo, la legítima justiniana está establecida sobre una base idónea para el éxito, como es la del tercio, el cual se encuentra en diversos territorios, como Portugal; Jaca, en el caso del extranjero que muere en la

10. ANTONIO MORALES Y GÓMEZ, *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra, que deben quedar subsistentes como excepción del Código general; y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Pamplona 1884. La omisión de Morales es bastante disculpable, habida cuenta del carácter de su Memoria, que en modo alguno pretendía ni debía ser una completa exposición del Derecho civil navarro histórico o entonces vigente.

11. VICTORIANO LACARRA Y MENDILUCE, *Instituciones de Derecho civil navarro II*, Pamplona 1932.

12. JOSÉ MIGUEL ARRIAGA SAGARRA, *Libertad de testar, legítima foral y desheredación en el Derecho navarro*, Pamplona 1948.

13. FRANCISCO SALINAS QUIJADA, *La libertad de testar en Navarra*, Conferencia pronunciada en la Universidad de Zaragoza el 2 de febrero de 1955, publicada en *Temas de Derecho foral navarro*, Pamplona 1958, 415-427.

14. JOSÉ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del "nasciturus" en el Derecho español*, Madrid 1946.

15. MALDONADO, *op. cit.*, 158-159 y 165-166

ciudad, y Navarra, donde en forma esporádica se establece en su Fuero General una legítima de dos tercios para el varón y un tercio para la hembra, y habiendo varón y hembra, tres (*sic*) séptimos al varón, dos a la madre y uno a la hembra”¹⁶.

Dejando de lado las referencias a Portugal¹⁷ y a Jaca¹⁸, y cir-

16 Jesús LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona 1970, 725.

17 La remisión al Derecho de Portugal entiendo debe ser referida a las *Ordenançoens Alfonsinas* 4,97,1 y 2: *Quando o Padre no testamento nom faz meençom do filho, e despoeem soomente da terça de seus beês*. El Rey Don Joham meu Avoo, de louvada e gloriosa memoria, em seu tempo fez Ley em esta forma, que se segue:

1. Segundo custume destes Regnos, o Padre, ou Madre podem tomar a terça de seus beens; e a destribuir, e fazer em ella seu herdeiro quem per bem tiverem; e as duas parts som dos filhos per bem do dito costume, dado que os filhos sejam muitos, quer poucos. E porque aqueece per vezes, que elles fazem testamentos de terça de seus beens, e iexamna a pessoas estranhas, nom fazendo meençom em seus testamentos dos filhos, os quaes per Direito Commum devem ser instituidos, os exherdados, e nom o sendo, fica o testamento per Direito nenhum, e sendo nenhum nom averia effeito, o que he contra o costume suso dito, e tal conselho dam Letrados, e Procuradores, e fazem sobre ello grandes despesas; porem nos pedem, que seja nossa mercêe mandarmos em tal caso fazer Ordenaçãõ, por nom se fazerem taaes despesas daqui em diante.

2. Acordamos, e mandamos, que quando o Padre, ou Madre fezerem testamento, e tomarem a terça de seus beens, e os mandarem destribuir depois de suas mortes, segundo forem suas vontades, que valha o testamento, postoque os filhos nom sejam expressamente instituidos, ou exherdados; ca pois o Padre tomou a terça de seus beens em seu testamento, e sabia que tinha filhos, parece que as duas partes que as deixa a elles, postoque nom faça delles expressa meençom; e assy devem de seer avudos por herdeitos em favor do testamento, como se fossem nomeados, e instituidos (*Ordenaçõens ao senhor rey D. Affonso V. Libro III, Coimbra 1792, 356-357*).

De una simple lectura de este texto se deduce con claridad que fija en dos tercios la legítima de los hijos, y en un tercio la cuota de libre disposición. Por ello, para dar adecuado sentido a la afirmación de Lalinde hay que entender que éste ha querido hablar del tercio no como cuota legitimaria, sino simplemente como expresión de una regla de proporcionalidad aritmética.

Para el origen del tercio de libre disposición en el Derecho histórico portugués, *vid.* Paulo MERÊA, *Sobre as origens da terça y Nota complementar sobre a chamada reserva hereditaria*, en *Estudos de Direito hispânico medieval*, II, Coimbra 1953, págs. 55-81.

18. En cuanto al Derecho de Jaca, supongo que Lalinde se basa en el

cunscribiéndonos al tema que nos ocupa, es evidente que, aun cuando Lalinde no invoca expresamente FGN 3,20,6, trae a colación la fórmula jurídica arbitrada por ese capítulo del Fuero General. Sólo un breve comentario al respecto: 1) primeramente, la errata —simplemente material o numérica— de hablar de *tres séptimos* para el varón, cuando el fuero lo que atribuye al hijo son *cuatro séptimos*; 2) en segundo lugar, y esto tiene mayor importancia, la impropiedad que representa hablar de *legítima de dos séptimos para la madre*, siendo así que en Derecho navarro histórico y vigente —aparte la viudedad o usufructo de *fealdat*— jamás ha existido una legítima del cónyuge ni de los ascendientes, lógica consecuencia de los principios de comunidad familiar y de troncalidad; 3) y, sobre todo, la extrañeza que produce el que Lalinde relacione con las legítimas el contenido de FGN 3,20,6, que es, simplemente, un supuesto de interpretación de una voluntad testamentaria dudosa, al margen de todo problema de cuotas legitimarias.

En su libro más reciente, *Derecho histórico español*¹⁹, Lalinde no reproduce el párrafo precedentemente transcrito. No podemos con-

Fuero concedido por Alfonso II en 1187, cuya parte pertinente dice así: In primis igitur laudo et confirmo, quod homines de iacca de bonis quae deus eis dederit. siue habeant infantem siue non. possint ordinare de bonis suis et hereditatibus. sicut eis placuerit nullo homine contradicente. Si autem non destinauerint remaneant res eorum magis propinquis qui de pro eis debeant succedere, et si non habent propinquos. res eorum dentur pauperibus. Si autem fuerit extraneus. qui moriatur iaccae, uel in illa terra ultra serram. si destinamentum. fecerit, fiat sicut destinauerit. Si autem non fecerit destinamentum. seruentur res eorum uel illius per XXX dies. Et si uenerint eius consanguinei uel consanguineae, de quo non dubitetur. reddantur ei duae partes de tota illa pecunia. et tertia detur pro anima sua. consiliorum bonorum hominum et episcopi uel capituli de iacca. Si autem nullus de consanguineis uenerit. tota pecunia detur pro anima sua. eorundem consilio. (DÁMASO SANGORRÍN Y DIEST-GARCÉS, *El Libro de la Cadena del Concejo de Jaca*, Zaragoza 1921, 152)

Pues bien, del texto mismo resulta claramente que *et tertia detur pro anima sua* no es una cuota legitimaria, ni con la sucesión forzosa tiene que ver cosa alguna; se trata, por el contrario, de la cuota *pro anima* en la sucesión legal o ab intestato (*si autem non fecerit destinamentum*) del extranjero que fallece en Jaca, y los parientes consanguíneos del causante reciben ab intestato los dos restantes tercios de la herencia (*eius consanguinei uel consanguinae. de que non dubitetur. reddantur ei duae partes de tota illa pecunia*).

19. Jesús LALINDE ABADÍA, *Derecho histórico español*, Barcelona 1974, 493.

jeturar si tal supresión simplemente obedece al carácter más breve de esta última obra o si, por el contrario, responde al propósito decidido del autor sobre rectificación de un error. De ser cierta esta segunda hipótesis, no podríamos menos que felicitarle por el acierto que supondría tal cambio de criterio.

II. EXPOSICION Y ESTUDIO DE FGN 3,20,6.

A) FIJACIÓN DEL TEXTO SEGÚN LOS MANUSCRITOS

1. *Redacciones asistemáticas*—Se indicó antes que en el estudio de FGN 3,20,6 era preciso dejar de lado la versión que de este capítulo ofrece la edición de Ilarregui y Lapuerta, y que se imponía considerar el texto de los manuscritos originales

El párrafo de que tratamos aparece ya en las más antiguas redacciones asistemáticas del Fuero General²⁰: así, el ms.-800 de la Biblioteca Nacional de Madrid, el ms -260 español de la Biblioteca Nacional de París, el ms. de Dreden y el ms.-279 de la Biblioteca Nacional de Madrid. Cumpro aquí, gustosamente, el deber de hacer constar mi gratitud al profesor don José María Lacarra por haberme facilitado amablemente los pasajes correspondientes según los cuatro expresados manuscritos. De todos ellos —por estimarlo más correcto, en cuanto al capítulo que consideramos— tomo como base el ms.-800 de la Biblioteca Nacional de Madrid. El texto en cuestión dice así:

“159 —*Un ombre bono que yva a fin de muerte que queria estinar. Un*

20 Importa advertir que FGN 3,20,6 carece de correspondencia en un nuevo manuscrito del Fuero General —hasta ahora desconocido—, recientemente descubierto en la Academia de la Historia por el profesor José María Lacarra. Por considerarlo de interés, reseño los siguientes datos que Lacarra me proporcionaba en sus cartas de fechas 16 de enero y 19 de marzo de 1975. a) El manuscrito comienza así: *Esta es la memoria de los fueos de Navarra, et son CC^a et L^a capitulas*. b) La copia es del siglo XIV, es decir, coetánea de los otros manuscritos del FGN. c) Carece por completo del llamado *Fuero antiguo*, y el orden, desde luego, discrepa de todos los demás manuscritos de las demás series. d) El manuscrito pudo, efectivamente, formar parte de los materiales de que dispusiera la Curia para la compilación del FGN (respuesta a pregunta mía sobre si ese manuscrito podría considerarse como un pre-Fuero General)

omne bono que yva a fin de muerte e la muger seya ençinta e clamó cabeçalleros, e mandó fazer en su destín que si su muger encaesçies de fijo, las II partes de sus bienes que oviesse el fijo, e la madre la tercera part. Otrossí si²¹ encaesçies de fija, que oviesse las dos partes la madre, e la fija la tercera part. Esta duyna encaeçió de fijo e de fija. Este fijo ququando fo de edat demandó el destín de su padre; esso mesmo la fija, e assí mismament la madre. E estos cabeçalleros fueron en profazo e buscaron conseio, e ovieron acuerdo que fiziessen VII suertes, e diessen al fijo las IIII, e a la madre las dos, e a la fija la una. E fizieron assí e ovieron paç los cabeçalleros”²².

Los restantes manuscritos antes mencionados, salvo las variantes puramente ortográficas y las relativas a la rúbrica, no ofrecen diferencias que puedan ser calificadas de importantes²³.

21. *Si*, interlineado en el original.

22. Ms. 800 Biblioteca Nacional de Madrid, folios 28 v^o. y 29 r^o.

23 I. Ms. 260 español Biblioteca Nacional de París, fols 41 r^o. y v^o: 189. *Del destín que fezo l ombre*. Un ombre bono yva a fin de muert, e la muger seya en cueyta (*sic*) e clamó cabeçaleros, e mandó fazer en su destón que si su muger seya en cueyta (*sic*) e clamó cabeçaleros, e mandó fazer en su destón que si su muger encayeciesse de fijo, el fijo que oviesse las dos partes de sus bienes, e la madre la terçera part; e si acaeciesse (*sic*) de fija, que oviesse la madre las dos partes, e la fija la terçera part. E esta dueyna encaeçió de fijo e de fija, e este fijo quando fue de edat demandó el destín de su padre, e esso la fija, e así como los fijos la madre. Estos cabeçaleros fueron en profazo e buscaron conseio e ovieron acuerdo que fiziessen VII suertes, e diessen al fijo las IIII, e a la madre las II, e a la fija la una. E fizieronlo así e ovieron paz los cabeçaleros.

II Ms. de Dresden, fol. 29 v^o. 163. *Del destín que fezo l ombre bueno yva a fin de muert su muger teniendo encinta, e de la partition que fizieron los fijos con la madre después que fueron de edad*. Un ombre bueno yva a fin de muert, e la muger seya encinta, e clamó cabeçaleros, e mandó fazer en su destín que si su muger encayeciesse de fiio, que oviesse el fijo las II partes de sus bienes, e la madre la tercera part; e si encayeciesse de fija, que oviesse la madre las II partes, e la fija la tercera part. E esta dueynna encayeció de fijo e de fija. E este fijo, quando fue de edat, demandó el destín de su padre, esso mesmo la fija, e assí como los fijos assí la madre. Estos cabeçaleros fueron en profazo e buscaron conseio, e ovieron acuerdo que fiziessen VII suertes, e diessen al fijo las IIII^o, e a la madre las II, e a la fija la una. E fizieron assí e ovieron paz los cabeçaleros.

III Ms. 279 Biblioteca Nacional de Madrid, fols 144 v^o. y 145 r^o: *Del destín que fizo l omne bueno yva a fin de muert, su muger teniendo encinta,*

2. *Redacciones sistemáticas.*—De éstas, hemos consultado los manuscritos que se conservan en Pamplona, esto es: los mss. 1, 2 y 3 del Archivo de la Cámara de Comptos (hoy en el Archivo General de Navarra) y el ms.-106 del Archivo de la Catedral de Pamplona. Este último nos parece, entre todos ellos, el más preciso y completo en cuanto al capítulo 3,20,6. Su texto dice así:

*“Qué fue fecho de .I. hombre que estinó a criatura que no era nascida. [U]n ombre bono yua a fin de muert, et la su muyller seya en cinta, et clamó cabeçaleros et disso a estos cabeçaleros que si su muyller encayeciese de fijo que ouiesse el fijo las dos partes de sus heredades o de sus bienes, et la madre la tercera part, et si encayeciese de fija, que ouiesse la madre las dos partes de sus bienes et la fija la tercera part; et esta dueynna encayecio de fijo et fija, et este fijo quoando fué de hedat demandó el estín de su padre, et esto mismo la fija, et assi como las criaturas assi la madre. Et estos cabeçaleros fueron en profazo et buscaron conseio, et ouieron acuerdo que fiziesen .VII. suertes, et diessen al fijo las quatro suertes, et las dos a la madre, et a la fija la una. Et fizieron assi et ouieron paz los cabeçaleros”*²⁴

Los mss. 2 y 3 del Archivo General de Navarra contienen un texto esencialmente coincidente, y sin diferencias de interés²⁵. Por el

et de la partuion que fizieron los fijos con la madre después que encayetió et ellos fueron de hedat. Un ombre bono yua a fin de muert, et la muger seía encinta, et clamó cabeçaleros, e mando fazer en su destín que su muger encayeciese de fijo que ouiesse el fijo las II partes de sus bienes, e la madre la tercera part, et si encaeciese de fija, que ouiesse la madre las II partes et la fija la tercera part. Esta dueina encaetió de fijo et de fija. Este fijo quando fue de hedat, demandó el destín de su madre [sin duda error en vez de padre], eisso mesmo la fija, et assi como los fijos la madre. Estos cabeçaleros fueron enporfazo et buscaron conseio et ovieron acuerdo que fiziesen VII suertes, et diessen al fijo las III^o, et a la madre las II, et a la fija la una. E fieron assi et ovieron paz los cabeçaleros.

24. Cód 106 Archivo Catedral de Pamplona, fol. 59 r^o.

25 I. Ms 2 Archivo General de Navarra, fol 114 r^o: *Qué fue fecho de un omne que estinó a creatura que no es nascida. Un hombre bono yua a fin de muerte et la su muiller seia en cinta et clamó cabeçalleros et disso a estos cabeçalleros que si su muiller encayeciese de fijo que ouisse el fijo las dos partes de sus heredades o de sus bienes et la madre la tercera part, et si cayeciese fija que ouiesse la madre las dos partes de sus bienes et la fija la tercera part. Esta dueinna encayeció de fijo et fija, et esto fijo quoando fue de hedat demandó el destín de su padre et esto messmo la fija, et assi como las creatu-*

contrario, el ms.-1 del mismo archivo omite, al principio del texto, el dato esencial de *et la su muyller seya en cinta, et clamó cabeçaleros et disso a estos cabeçaleros*²⁶. Se trata, evidentemente, de una omisión que obedece a descuido del copista; pero tal circunstancia, juntamente con otras incorrecciones que respecto al mismo capítulo ofrece el referido manuscrito, nos inclinan —en cuanto al presente estudio— a desechar tal códice, así como, lógicamente, la edición de Ilarregui y Lapuerta y las demás ediciones basadas en el mismo manuscrito.

ras assí la madre. Estos cabeçaleros fueron en profazo et buscaron conseio et ouieron acuerdo que fiziessen. VII. suertes, et diessen al fijo, las IIII. suertes et a la madre las dos, et a la fija la una, et fizieron assí et ouieron paz los cabeçalleros.

II. Ms. 3 Archivo General de Navarra, fol. 77 vtº, cols. 291-292: *Qué fue fecho de un homne que estinó a creatura que no era nascida*. Un hombre bono yua a fin de muert et la su muyller seya encinta, et clamó a los cabeçaleros que si su muyller encayeciese de fijo que ouiesse el fijo las dos partes de sus heredades o de sus bienes, et la madre la tercera part, [et si encayeciese de fija que la madre ouiesse las dos partes, et la fija la tercera part]* Et esta dueynna encayeció de fijo et fija, et este fijo quando fue de hedat demandó el destín de su padre, esso mismo la fija, et assí como las creaturas assí la madre. Et estos cabeçaleros fueron en profazo et buscaron conseio et ouieron acuerdo que fiziesen siete suertes et diessen al fijo las quatro suertes, et a la madre las dos, et a la fija la una. Et fizieron assí et ouieron paz los cabeçaleros.

* Lo comprendido entre corchetes está interlineado, mediante nota marginal, de la misma mano del copista.

26. Ms. 1 Archivo General de Navarra, fol. LII rº (numeración antigua) y 63 rº (numeración moderna): *Qué fue feyto de un ombre que estinó a creatura que no era nascida*. Un ombre bono yua a fin de muert* [et mando en su destín]** que la su muyller [si] *** encayesciese de fijo, que ouiesse el fijo las dos partes de sus heredades, o de sus bienes, et la madre la tercera part, et si encayesciese de fija que ouiesse la madre las dos partes de sus bienes et la fija la tercera part. Et esta dueynna encayesció de fijo, et fija, et este fijo quando fue de hedat demandó el estín de su padre, et esto mesmo la fija, et assí como las creaturas assí la madre. Et estos cabeçaleros fueron en profazo, et buscaron conseyllo et ouieron acuerdo [que fiziessen]****. VII. suertes et diessen al fijo las. IIII. suertes, et las. II. a la madre, et a la fija la una; et fizieron assí et ouieron paz los cabeçaleros.

* Por descuido del copista omite aquí *et la su muyller seya en cinta et clamó cabeçaleros et disso a estos cabeçaleros*.

** *et mandó en su destín*, interlineado de manos del mismo copista.

*** *si*, interlineado de manos del mismo copista.

**** *que fiziessen*, interlineado de manos del mismo copista.

3. *El Fuero Reducido*.—El proyecto de compilación del Derecho navarro, comúnmente conocido por Fuero Reducido (terminado en 1528, y que no llegó a obtener la sanción real), recoge el contenido de FGN 3,20,6, y lo formula en estos términos: “3,7,8: *Quando el testador dexa su muger preñada y dispone si naciere varón o másculo, de una manera, y quando hembra o fija de otra manera, si pare barón e hembra qué se a de hazer*. El testador ordenó que si la muger que dexaba preñada pariere hijo aya el tal hijo las dos partes de las tres de sus bienes, y la tercera parte la muger, y si hija pariere, aya la tercera parte, y las dos partes la muger, acaescio que parió hijo e hija y todos demandaron sus partes, manda el fuero, que se parta la tal heredad en siete partes, de las quales el hijo aya las quatro y la muger las dos, y la hija la una, porque segunt la uoluntad del testador el hijo auia de auer doblado que la madre y la madre doblado que la hija”²⁷.

27. I. Ms. sin número, Archivo General de Navarra, fol. 89 vtº. En el lomo exterior lleva el siguiente título: *Fuero Recopilado de Navarra*, y en la primera hoja consta lo siguiente: *Codice del fuero Recopilado que se intentó establecer en Navarra y no tuvo efecto, con nombre de Reducido*

Los otros tres manuscritos del Fuero Reducido —existentes en el Archivo General de Navarra— no ofrecen variantes de importancia respecto a 3,7,8, según ha sido transcrito en el texto.

II. Ms. sin número, en cuyo lomo se lee: *Fueros de Navarra*, y en la primera hoja consta lo siguiente: *Codices del fuero reducido proyectado en el siglo 16, del fuero general y del fuero llamado de Sobrarue que, con pequeñas alteraciones, es el mismo que aquel: Son copias viciadas de otros codices*. Al folio 39 vtº. figura 3,7,8, sin más diferencias, respecto al texto del manuscrito anterior, que simples variaciones ortográficas.

III Ms. sin número, en cuya cubierta se lee: *Código del Fuero llamado Reducido que se intentó poner en ejecución después de la unión de Navarra con Castilla y no se llevó a efecto porque el Gobierno y los tribunales querían insertar en el las reales ordenes y otras providencias que no dimanaban de las Cortes*. Fol. 67 vtº. *Quando el testador dexa su muger preñada y dispone si naciere barón, o masclo de vna manera, y quando hembra o fija de otra manera*. El testador ordenó, que si la muger que dexa preñada pariere hijo aya el tal hijo las dos partes de las tres de sus bienes, y la tercera parte la muger, y si hija pariere aya la tercera parte, y las otras dos partes la muger; acaeció que pario hijo [y]* hija, y todos tres demandan sus partes; manda el fuero que se parta la heredad, en siete partes, de las quales el hijo aya las quatro, y la muger las dos, y la hija la vna, porque segunt la voluntad del

* [o] en el manuscrito; que he rectificado por [y].

Como se ve, F Reducido nada importante innova respecto a FGN: se limita a suprimir la referencia a los *cabeçaleros*; justifica la solución como interpretación de la voluntad del testador; y regula el supuesto en forma más genérica, o sea, como previsión legal y no como problema de un caso concreto.

4. *El Repertorio de los Fueros*.—En 1590, y por mandato del Regente y del Consejo, fue redactado un *Repertorio del Fuero General*²⁸, que comprende un índice muy detallado de los conceptos y materias contenidos en FGN y en los Amejoramientos de Felipe III y de Carlos III el Noble. En la voz *testamento*, y en relación al tema que nos ocupa, el supuesto de FGN 3,20,6 queda extractado en esta forma “3 *testamento* Si hiziere el padre y dixere que pariendo hijo

testador el hijo auia de auer doblado que la madre, y la madre, doblado que la hija

IV Ms. 6, que lleva el título de *Fuero Reducido por mandato de los tres estados deste Reyno de Navarra*, y figura en él la firma del *Licenciado don Domingo de Larraza*. Fol. 91 rº. *Quando el testador dexa a su muger preñada si dispone y naciere varón másculo de vna manera, quando embia, o hijo de otra manera*. El testador ordenó que si la muger dexa preñada pariera hijo, o hija, el tal hijo* las dos partes de las tres de sus bienes, y a la muger la tercera parte, y si hija pariere aya la terçe a parte, y las dos partes la muger; acaesçió que parió hijo y hija, y todos tres demandan sus partes; manda el fuero que parta la heredad en siete partes de las quales el hijo aya las cuatro, y la muger las dos, y la hija la vna, porque segun la voluntad del**, (y la muger las dos y la hija la vna)***, el hijo hauia de hauer dobiado que la madre, y la madre doblado que la hija.

* Omite *aya*, que consta en otros manuscritos.

** Omite *testador*, que consta en otros manuscritos.

*** Las palabras entre paréntesis carecen de sentido, y sin duda han sido repetidas, de la línea anterior, por descuido del copista.

28. Está inédito. Se halla encuadernado conjuntamente con el ms. 3 Archivo General de Navarra, y figura a continuación del Fuero General; comprende los folios 148 al 190 vtº. Se inicia con las siguientes palabras, que le sirven de título: *Repertorio de todo lo contenido en este fuero general del Reyno de Nabarra hecho el año de mil y quinientos y nobenta por mandato de los Ill^{as}. señores Regente y los del consejo, en el qual vn numero marginal denota el libro, y las letras A.Ph. el amejoramiento del Rey don Phelippe y las letras A.C. el amejoramiento del Rey don Carlos, y lo demás de la aegacion ba por títulos capitulos folios y columnas*. A continuación hace una exposición de las materias, conforme al orden alfabético.

hubiese su muger vna parte de sus vienes y las dos partes el hijo, y si pariere hija hubiese las dos partes ella y la hija vna parte, si pariere hijo e hija hagan siete suertes y aya el hijo las quatro la madre dos la hija vna. tt.^o 20. c. 6. fol. 83, col. 1 2”²⁹.

El autor del Repertorio se limita a resumir el correspondiente capítulo de FGN, sin más variante que suprimir toda referencia a los cabezaleros

5 *Los Fors et Costumas deu Royaume de Navarre Deça-Ports.*— Luego de la unión de los reinos de Navarra y de Castilla, y separada ya de aquél (en 1536) la Baja Navarra, los fueros de ésta son objeto de nueva redacción hacia 1608, bajo el título de *Fors et Costumas deu Royaume de Navarre Deça-Ports*. En este cuerpo legal, a diferencia del Fuero Reducido, no se recoge el tema objeto de FGN 3,20,6³⁰.

6 *Un formulario notarial navarro* —En contraste con el completo silencio y desinterés de los juristas navarros respecto al texto de FGN que aquí se trata, hallamos algún práctico que se ocupa del supuesto, aunque sin hacer explícita mención de la fuente legal. Así, en un formulario notarial navarro de final del siglo XVII, el autor —en un breve estudio que precede a las fórmulas instrumentales— expone las advertencias que el notario debe hacer al testador (*Otras advertencias que combienen tambien a los escribanos para los testamentos*), y entre ellas menciona la siguiente: “Tambien se ha de advertir que quando un testador tiene la muger preñada y dispusiere que si pariere hijo, se le den dos partes de la hacienda, y la otra á la madre, y si naciere hija se le de una parte, y dos á la Madre, se le ha de prevenir al testador, como quiere que se entienda si naxieren hijo é hija; porque en

29 Ms. 3 Archivo General de Navarra, fol. 185 rt.^o.

30. *Los Fors et Costumas deu Royaume de Navarre Deça-Ports, avec l'estil et aranzel deudit Royaume*, Pau 1681 (edición facsímil del Consejo de Estudios de Derecho Navarro, Pamplona 1968) No puede sorprender el silencio que esta Compilación ofrece respecto a FGN 3,20,6, ya que el Derecho en ella formulado ofrece muy limitada coincidencia con el del Fuero General de Navarra. E. GOYHENECHÉ (*Instituciones administrativas del país vasco francés en la Edad Media*, en AHDE, XLIII [1973], 246) afirma que “el Fuero de 1608-1611, publicado en 1632, pretende reemplazar en la Baja Navarra el Fuero General, quedando éste en vigor para materias no tratadas o dudosas”.

tal caso según lo que dejaba prevenido, se debían hacer siete partes, las quatro para el hijo, la una á la hija, y las dos á la Madre, y de no prevenirse no cumple el escribano con su obligacion”³¹.

Cabe pensar que, en verdad, no sería ésta una de las más importantes advertencias que el escribano debería hacer al testador, pues el supuesto no puede ciertamente reputarse como ordinario o normal. Tal vez por su índole singular, y por figurar en los libros de los prácticos como un *casus iuris*, pasó a los formularios notariales.

Con todo, preciso es reconocer que hay documentos jurídicos de la vida real en que parece haber sido tenido en cuenta FGN 3,20,6, y que, en base a dicho capítulo, el notario o escribano ha hecho las oportunas advertencias al testador. En tal sentido, cabe mencionar el testamento de Jerónimo de Arbolancha, otorgado en la ciudad de Tudela, el 12 de junio de 1572, ante Gaspar de Agramont, escribano real: el testador declara que su mujer se halla encinta (*.de la dicha Graciosa de Cascante mi muger desta preñez que la dexo preñada...*), y ordena su voluntad distinguiendo cuidadosamente los supuestos de que haya un póstumo (hijo o hija) o dos póstumos (hijo e hija, dos hijos o dos hijas)³²

31. Formulario inédito existente en mi biblioteca particular. Debió pertenecer a un notario de Peralta, y pienso que fue redactado a final del siglo XVII, o quizá a principios del siglo XVIII. Desde luego es posterior a la Recopilación de Chavier, que cita preferentemente, y parece anterior a la Recopilación de Elizondo, que desconoce. El párrafo transcrito figura en las págs. 23-24. Por el contrario, en otros formularios que se hallan en mi propia biblioteca —y que presumo de la misma época aproximadamente— nada se indica en relación al tema que nos ocupa.

32. Dicho testamento fue publicado por José Ramón CASTRO, *Ensayo de una biblioteca Tudelana*, Tudela 1933, 260-264. A continuación transcribo, conforme al texto que da dicho autor, los párrafos que hacen más directa relación al tema de este trabajo: “ ..De todos ellos Destinando fago nombro e instituyo por mis vniuersales legitimos y debidos herederos, A la dicha Eugenia de arbolanche, mi hija legitima y natural, y al posthumo, o posthuma vno, o mas los que fueren que nascieren de la dicha graciosa de cascante mi muger desta preñez que la dexo preñada para que los hereden y ayan desta manera, que si lo que pariere fuere hijo sea mi heredero vniuersal de todos los bienes comprehendidos en esta vniuersal herencia. Dando a la dicha Eugenia de arbolanche de lo mejor parado de los bienes desta vniuersal herencia mil y quinientos ducados, para su dote casamiento, o colocación, Y si lo que pariere y nasciere de la dicha Graciosa de cascante desta preñez que la dexo fuere

B) RELACIONES CON OTRAS FUENTES JURÍDICAS MEDIEVALES

Son de sobra sabidas las relaciones que existen entre el Fuero General y otras fuentes jurídicas navarro-aragonesas, tales como las Recopilaciones o Compilaciones privadas de Aragón³³, las diversas redacciones aragonesas y navarras del llamado Fuero de Jaca³⁴, el Fuero de Estella³⁵, el Fuero de Tudela (también conocido por Sobrarbe-Tudela)³⁶, el Fuero de Viguera y Val de Funes³⁷, los Fueros de la

hija, que la dicha Eugenia de arbolanche y la que nasciere sean mis herederos vniuersales para los partir yguualmente llebando la dicha Eugenia de Ante parte, quinientos ducados mas, hallende de las partes yguales de cada una, y si los que nascieren fueren dos hijos, q el que primero nasciere sea heredero vniuersal con obligación de dar a la dcha Eugenia los dichos mil y quinientos ducados y al otro hijo que postrero nascera, ochocientos ducados, Y si fueren hijo, e hija que el hijo sea el heredero uniuersal con obligación de dar a la dcha Eugenia los dichos mil y quinientos ducc.^{os} y ala otra hija ochocientos ducados, Y si fueren dos hijas que la dicha Eugenia y la que primero nasciere hereden yguualmente todos mis bienes llebando la dicha Eugenia los dichos quinientos ducados de auentaja con obligacion de dar entrambas ala que nasciere postre:a los dichos ochocientos ducados para su dote casamiento, o colocación...".

33. Tres de estas recopilaciones aragonesas fueron publicadas por José María RAMOS LOSCERTALES, en AHDE: *Compilación privada de Derecho aragónés*, I (1924) 400-408; *Recopilación de Fueros de Aragón*, II (1925) 491-523 y *Recopilación de Fueros de Aragón*, V (1928) 389-407.

34. Una de las redacciones de Navarra fue dada a conocer por José María RAMOS LOSCERTALES, *Fuero de Jaca (última redacción)*, Barcelona 1927. Las distintas versiones aragonesas y navarras han sido publicadas por MAURICIO MOLHO, *el Fuero de Jaca Edición crítica*, Zaragoza 1964.

35. Las diferentes redacciones de F Estella han sido editadas en la colección *Fueros de Navarra I. Fueros derivados de Jaca: 1. Estella-San Sebastián*, por José María LACARRA, con la colaboración de Angel J. MARTÍN DUQUE, Pamplona 1969.

36. De la compilación privada conocida por F Tudela existen tres manuscritos distintos, todos ellos inéditos: ms. 11-2-6,406 de la Academia de la Historia, de Madrid, ms. 7068 de la Biblioteca Ureña de la Facultad de Derecho de la Universidad Central; y ms. Thott 458 de la Biblioteca Real de Copenhage. José Luis LACRUZ BERDEJO ha transcrito uno de los manuscritos, bajo el título *Fuero de Tudela. Introducción, transcripción con arreglo al 1-2-6, 406 de la Academia de la Historia de Madrid, notas e índices*. De esta obra —inédita— su autor me facilitó una copia, que es la que utilizo en el presente estudio. El profesor Lacarra ha dado a conocer un texto, conservado en el manuscrito 17653 de la Biblioteca Nacional de Madrid, muy relacionado

Novenera ³⁵ y la misma Compilación de Huesca en sus diferentes versiones latinas ³⁹ y romanceadas ⁴⁰. Todos estos textos, y posiblemente otras redacciones privadas hoy perdidas, se unen y mezclan entre sí, en mayor o menor medida, y son objeto de diversas reelaboraciones. Las correspondencias entre unas y otras fuentes, aun cuando no exactamente determinadas todavía, han sido señaladas por los historiadores del Derecho ⁴¹.

con F Tudela y con fuentes jurídicas aragonesas (*Un nuevo texto foral navarro-aragonés*, en *Homenaje a Francisco Ynduráin*, Zaragoza 1972, 175-199).

37. José María RAMOS LOSCERTALES, *Fuero de Viguera y Val de Funes (edición crítica)*, Salamanca 1956.

38. Gunnar TILANDER, *Los Fueros de la Novenera*, Uppsala 1951. Un estudio de conjunto sobre estos fueros ha sido realizado por Rafael GIBERT, *El Derecho medieval de la Novenera*, en AHDE XXI-XXII (1951-1952), 1169-1221.

39. Pascual SAVALL Y DRONDA y Santiago PENÉN Y DEBESA, *Fueros, observancias y actos de corte del Reino de Aragón I*, Zaragoza 1866, 1-557.

40. De las versiones romanceadas se han publicado dos: una, por Gunnar TILANDER, *Los Fueros de Aragón según el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, Lund 1937, y otra, por José Luis LACRUZ BERDEJO y Jesús BERGUA CAMÓN, *Fueros de Aragón. Versión romanceada contenida en el manuscrito 207 de la Biblioteca universitaria de Zaragoza*, Zaragoza 1953.

41. Ernst MAYER, *El origen de los Fueros de Sobrarbe y las Cortes de Huarte*, en AHDE III (1926), 156-167; José María LACARRA, *Bibliografía sobre el Fuero General y sus fuentes*, en *Boletín de la Comisión de Monumentos de Navarra* II (1928), 302-306; del mismo autor, *recensión*, en AHDE V (1928), 520-521, de la obra de José María RAMOS LOSCERTALES, *Fuero de Jaca*; del propio José María LACARRA, *Notas para la formación de las familias de fueros navarros*, en AHDE X (1933), 203-272; Konrad HAEBLER, *Los Fueros de Sobrarbe*, en AHDE XIII (1936-1941), 5-35; E. M. MEIJERS, *Los Fueros de Huesca y Sobrarbe*, en AHDE XVIII (1947), 35-60, recogido luego en *Études d'Histoire du Droit* I, Leyden 1956, 267-286; José María RAMOS LOSCERTALES, *Los Fueros de Sobrarbe*, en *Cuadernos de Historia de España* VII (1947), 35-66; Alfonso GARCÍA GALLO, *Historia del Derecho español* I, Madrid 1941-1945, 601 y 610; del mismo autor, *Aportación al estudio de los fueros*, en AHDE XXVI (1956), 425-429; Rafael GIBERT, *Fuero General de Navarra*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* X, Barcelona 1960, 321-326; y Jesús LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona 1970, 151-152. Ernst MAYER, *Studien zur spanischen Rechtsgeschichte*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* XL (1919), 261-267, indica la correspondencia de F Aragón —según la edición de Savall y Penén— con FGN, F Estella, F Tudela y F Viguera y Val de Funes. Gunnar TILANDER, *Los Fue-*

Pues bien, respecto a FGN 3,20,6, interesa señalar desde ahora que este capítulo no guarda correlación alguna, directa o indirecta, con dichas fuentes jurídicas navarro-aragonesas emparentadas, más o menos estrechamente, con el Fuero General. Tampoco se encuentra en una obra, ya extensa, como *Vidal Mayor*⁴². Es decir, se trata de un pasaje que aparece como desconectado del conjunto de redacciones que en mayor medida fueron utilizadas, o pudieron serlo, por los autores del Fuero General.

Dicho capítulo tampoco guarda concordancia o paralelismo con ninguna otra fuente jurídica medieval de la Península Ibérica, salvo una evidente analogía con determinados pasajes de los *Furs de Valencia* y de las *Costums de Tortosa*, coincidencia esta que no puede menos que resultar singular. Digna, sin duda, de ser subrayada es la correlación —mucho más evidente— que el repetido capítulo de FGN ofrece con un texto del siglo XIV integrado en las *Coutumes de Saint-Amand*, localidad situada en el Norte de Francia. Posteriormente⁴³ se estudiarán los textos de tales fuentes.

C) NATURALEZA DEL TEXTO

Por el carácter singular y anecdótico del supuesto que contempla, y por el estilo narrativo en que está formulado, podría pensarse que FGN 3,20,6 contiene una fazaña. Es cierto que no recoge una sentencia o decisión judicial, más bien se trata de una opinión o respuesta a solicitud de los ejecutores testamentarios (...*E estos cabeçalleros fueron en profazo e buscaron conseio, e ouieron acuerdo ... e fizieron assi e ouieron paç los cabeçalleros*). Mas conviene recordar que —como ha señalado García González— no siempre la fazaña hace relación a sentencias judiciales; la fazaña es, ante todo, un ejemplo, del que, como

ros de Aragón según el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid, Lund 1937, XXXIV-XXXVIII, señala la correlación entre F Aragón —según el manuscrito por él publicado—, la edición de Savall y Penén, las recopilaciones privadas —publicadas por Ramos Loscertales— y el F Jaca —de acuerdo con la edición de Ramos Loscertales.

42. *Vidal Mayor. Traducción aragonesa de la obra "In excelsis Dei Theauris"*, de Vidal de Canellas, editada por Gunnar TILANDER, Lund 1956, 3 tomos, I (Introducción y reproducción de las miniaturas del manuscrito Perrins 112), II (Texto) y III (Vocabulario).

43. Vid. los apartados III y V de este trabajo.

tal, se puede extraer una enseñanza u orientación de orden jurídico, y es evidente que este papel lo puede desempeñar, aunque con menos brillo, cualquier otro hecho; y así se han conservado fazañas que no son sentencias, entre ellas —menciona dicho autor— la fazaña del capítulo 82 del Libro de los Fueros de Castiella o la mayoría de las incluidas en el Fuero General de Navarra o todas las que figuran en el Fuero de Castrojeriz ⁴⁴.

44. Juan GARCÍA GONZÁLEZ, *Notas sobre fazañas*, en AHDE, XXXII (1963), 609-624; la cita corresponde a la pág. 623. Ese estudio constituye un examen y revisión de las opiniones anteriores de los historiadores (Martínez Marina, Marichalar y Manrique, Galo Sánchez y García-Gallo) respecto a las fazañas, y representa una estimable contribución en orden a la fijación del concepto y a la determinación del valor jurídico de la fazaña. Juzgo de interés las conclusiones que, al final de su trabajo, formula García González: "1. Muchas de las sentencias judiciales en la Alta Edad Media tenían la consideración de fazañas. 2. Las fazañas no constituían una fuente inmediata del derecho. Sólo son un ejemplo. Con excepción de las basadas en la ley o la costumbre, y de las dictadas por el rey o confirmadas por él. Alfonso X ordena mejor este sistema, pero no lo establece de nuevo. 3. La fazaña puede llegar a ser, en ocasiones, costumbre, y esta norma o normas adquirirán así la categoría de fuero. Pero esto no siempre sucede. 4. La fazaña puede proceder de un hecho distinto a una sentencia". Sin dejar de reconocer el valor que representa la aportación de García González, pienso que éste, llevado de su afán crítico, llega tal vez a subestimar el papel de las fazañas como fuente del Derecho, especialmente en cuanto a aquellas que resultan de sentencias judiciales. Al menos así lo entiendo en lo que se refiere al Derecho navarro medieval. Veamos lo que nos dicen los textos: F. Tudela 13: .. Si pcr aventura acaeziere alguna pleitesia tal que non fuesse antes oyda e el alcalde non sopiere jutgar, consellandolos los jurados a la corte, dé el alcalde aquel juyzio según Dios e su alma, e aquel juyzio que dare sia establecido por fuero e nunca mas sia reuocado (LACRUZ, *F Tudela*, pág. 26, *ms. cit.*, fol. 7 v^o). F Estella (proyecto de reforma del siglo XIII), II, 77: Si aliqua causa acciderit inter uicinos Stelle, que non sia scripta in foro, iudicium quod dabit arcaldus cum consilio iuratorum Stelle super illa causa, ualebit et habebit ratitudinem, quia sic est forum; quia si non esset, rex perderet suam coloniam, et pauper uicinus suum ius (Lacarra-M. Duque, *F Estella*, pág. 147). F Novenera 278: *Exemplo*. Martín de Perica ouo clamó de S. Pedro en uoz de furto et mandó el alcalde que'l dies fiança, et non pudo dar fiança, et ouo a dar cauleuador que non se fuesse, por ont el rey non perdesse sus dreytos, et el clamant que cobrasse lo suyo; et el pie teniendo en el cepo ardió candela en Sant Esteuan. Esto es mandado por fuero. (Tilander, *F Novenera*, pág. 100). El final del texto claramente atribuye valor de fuero al *exemplo* o fazaña que narra. Lo

La posibilidad de considerar hipotéticamente FGN 3,20,6 como una fazaña podría verse reforzada por el hecho del gran número de fazañas que encontramos en algunos fueros locales navarros⁴⁵ y, especialmente, en el mismo Fuero General⁴⁶. Sin embargo, y pese a la

propio pone de manifiesto alguna fuente jurídica aragonesa. Así, F Calatayud (año 1131) 57: Et insuper de totos foros, et iudicios, et tortos qui fuerint inter uicinos minutos et grandes, qui non sunt scriptos in ista carta, que sint in arbitrio et laudamento de toto concilio, dominio Deo adiuuante (Ramos Loscertales, *Fueros concedidos a Calatayud por Alfonso I de Aragón en 1131*, AHDE, I (1924), pág. 414).

45 F Tudela (LACRUZ, *F Tudela*, págs. 178-179, *ms. cit.*, fols 63 vtº. y 64 rº.) denomina *exiemplo* y *façania* (es decir, equipara ambos términos) un supuesto que no tiene correspondencia con FGN ni otra cualquiera fuente jurídica navarra o aragonesa. F Novenera, bajo la rúbrica genérica de *exemplo*, comprende diferentes fazañas de naturaleza distinta: unas, son decisiones reales, atribuidas al rey don Sancho (194, 247, 297, 299 y 311) o al rey don Thibalt —Teobaldo— (249); otras, se refieren a decisiones de los alcáldes o del concejo (155, 190, 193, 195, 203, 266, 269, 274, 278, 296 y 304), otras, finalmente, tratan de actos delictivos o declarados no culpables (302, 303 306, 307 y 310), o de hechos jurídicos extrajudiciales (86), respecto a los que no se indica la autoridad que los resolvió, y se señalan tan sólo como precedentes o supuestos acaecidos. Rafael Gibert (*El Derecho medieval de la Novenera*, AHDE, XXI-XXII, 1951-1952, pág. 1176) admite la equiparación de *fazañas* y *exemplos*. De todas estas fazañas sólo una (311) tiene correlación con FGN y otras fuentes jurídicas, como ya fue indicado por Gibert (*cit.*, pág. 1197). El texto foral navarro-aragonés publicado por José María Lacarra (*Nuevo texto*, pág. 197), § 46, contiene asimismo una fazaña, con paralelo en otras fuentes aragonesas. Por el contrario, no aparece fazaña alguna en F Estella ni en F Viguera, así como tampoco en las redacciones navarras y aragonesas del F Jaca, excepto en la que Molho denomina redacción A (aragonesa), que recoge tres: §§ 228, 229 y 271.

46. FGN contiene un cierto número de fazañas. Además de los siete capítulos que integran el título IX (rúbrica *De fazanias*) del libro VI, dicho fuero recoge otras varias aisladas: 2, 1, 1; 2, 1, 7; y 3, 11, 1. Las fazañas de 6, 9, 1 al 7 son más bien cuentos o narraciones fabulosas, de las que el redactor deduce consecuencias moralizadoras. En este sentido, hay que destacar la primera del título (6, 9, 1), que concluye con las siguientes palabras: “*Esto es porque al fijo del buen ombre mas li valdria ser muerto que ser mal acostumbado, porque á las malas costumbres se sieguen muchos males et non ningunos bienes*” (Ilarregui-Lapueta, FNG, pág. 140). Por el contrario, las restantes fazañas no comprendidas en el título general *De fazanias* revelan hechos jurídicos, que se presentan como supuestos realmente acaecidos: a) 2, 1, 2, recoge un pleito cuya resolución, al igual que en otras fuentes, se atribuye al

primera aparición del texto, el capítulo que examinamos constituye más un caso de escuela que un supuesto de la vida real. Aun cuando el

rey don Pedro de Navarra y de Aragón (F Novenera 311 lo asigna al rey don Sancho); b) 2, 1, 7 narra un pleito resuelto por el alcalde; c) y, finalmente, 3, 11. 1 se refiere a un supuesto del que deduce una norma jurídica (*et por esto dize el fuero*). Las fazañas del FNG no han sido objeto de un verdadero estudio. Respecto a cuatro de ellas (2, 1, 2; 6, 9, 2; 6, 9, 4; y 6, 9, 7 que, respectivamente, tienen correlación con los §§ 229, 271 y 228 de la redacción aragonesa A de F Jaca y con § 35 Recopilación privada alto-aragonesa) hay que señalar las interesantes consideraciones de Muricio Molho, en su trabajo *Difusión del Derecho pirenaico (Fuero de Jaca) en el Reino de Aragón* en *Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona XXXVIII* (1959-1960) 265-352, especialmente págs. 320-340. Molho ha realizado un profundo examen de dichas tres fazañas recogidas en el Derecho jacetano, y señala que la fuente directa de la fazaña alto-aragonesa contenida en F Jaca 229 es el ejemplo V (*Exemplum de homine et serpente*) del libro *Disciplina Clericalis* de Pedro Alfonso, obra de un judío jacetano converso, escrita en el siglo XII (*Vid.* Pedro ALFONSO, *Disciplina Clericalis. Edición y traducción del texto latino por Angel González Palencia*, Madrid-Granada 1948, y el ejemplo V figura en el pág. 21). Molho opina que los modelos de este ejemplo debieron ser el *Anwari Sohaili* persa y el *Homayun Nameh*, colecciones tardías relacionadas con el *Calila*. Al solo objeto de una aportación elemental, señalo a continuación aquellas fazañas contenidas en FGN que guardan correlación con otras fuentes navarras y aragonesas: a) FGN 2,1,2. Tiene correspondencia en Recop. privada F Aragón 79 (RAMOS LOSCERTALES en *AHDE* II [1925]; F Novenera 311; F Jaca, redacción A, 229; F Aragón (edic. TILANDER, 140; edic. LACRUZ-BERGUA, 134; edic. SAVALL-PENÉN, I, 224 b); *Vidal Mayor* III, 60 (edic. TILANDER II, 253); y en el texto foral navarro-aragonés 46 (LACARRA, *Nuevo texto*, 197). Esta fazaña del FGN no figura en algunos manuscritos correspondientes a las redacciones asistemáticas del mismo fuero, así los mss. 279 y 280 Biblioteca Nacional de Madrid (*Cfr.* Hortensia VIÑES RUEDA, *Estudio filológico del manuscrito n.º 1 del Archivo General de Navarra Extracto*, Pamplona 1972, 13, nota 16) b) FGN 6,9,2 Tiene correspondencia en Recop. privada F Aragón 123 (RAMOS LOSCERTALES en *AHDE* II [1925]; F Jaca, redacción A, 271; F Aragón (edic. TILANDER, 300; edic. LACRUZ-BERGUA, 297; y edic. SAVALL-PENÉN, II, 110 a). c) FGN 6,9,4 Tiene correspondencia en Recop. privada F Aragón 78 (RAMOS LOSCERTALES en *AHDE* II [1925]; y F Jaca redacción A, 228. d) FGN 6,9,7. Tiene correspondencia en Comp. privada aragonesa 35 (RAMOS LOSCERTALES en *AHDE* I [1924]; y Pedro ALFONSO, *Disciplina Clericalis*, 5. Respecto a las restantes fazañas comprendidas en FGN no he podido encontrar correlativo en otras fuentes. Esto abona la idea de que el redactor de FGN tuvo a la vista, y utilizó, otros diversos materiales de redacciones privadas hoy perdidas.

redactor del Fuero General lo presenta como narración de algo acaecido, tiene más de jurisprudencia erudita —valga la expresión— que de hecho de la vida jurídica. Así se comprobará en el desarrollo del tema

D) INCOMPATIBILIDAD DE ESTE CAPÍTULO CON EL SISTEMA SUCESORIO DEL FUERO GENERAL

1 *La sucesión forzosa en FGN. principios fundamentales.*—Deliberadamente, se prescinde aquí de estudiar el sistema de sucesión forzosa según los fueros locales navarros. A los efectos del presente trabajo, y para analizar FGN 3,20,6, nos limitaremos a una sumaria exposición del régimen sucesorio en el Fuero General de Navarra. Es tema que, puede decirse, se encuentra aún pendiente de un verdadero estudio⁴⁷, aunque merecen ser destacadas las páginas que a esta materia dedica Lacruz Berdejo en *El régimen matrimonial de los fueros de Aragón*⁴⁸, así como algunas aportaciones concretas de otros autores⁴⁹

47. De escaso valor son las muchas páginas que a la sucesión *mortis causa* en Derecho navarro dedica ALONSO (*Recopilación*, I, 328-564), y que, por su absoluta falta de sentido histórico, más bien inducen a confusión. Más útil —dentro de su consciente finalidad modesta— es la obra de Victoriano LACARRA Y MENDILUCE, *Instituciones* II, 185-195, 225-230 y 232-236; bien que, en razón de ser una simple exposición del Derecho vigente, no ofrece perspectiva histórica para estudiar el sistema sucesorio del Fuero General. Finalmente, nada nos aportan, en cuanto al Fuero General, aquellos autores que se han ocupado de la libertad de testar con miras, tan sólo, a exponer el Derecho actual de Navarra. En este sentido cabe mencionar los estudios de Arriaga Sagarra y de Salinas Quijada citados en las notas 12 y 13.

48. Publicado en *Anuario de Derecho Aragonés* III (1946) 48-58.

49. Hay datos de interés en el trabajo de Mariano ALONSO LAMBÁN. *Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón* en *Revista de Derecho Notarial* II, núms. 5-6 (julio-diciembre 1954) 76-84. También hay que tener en cuenta las aportaciones que se contienen en los recientes estudios de Enrique GACTO FERNÁNDEZ: respecto a los derechos sucesorios de los hijos naturales, en *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho núm 5, Sevilla 1969, 192-194; y en cuanto a la situación jurídica de los hijos adulterinos, en *La filiación ilegítima en la Historia del Derecho español*, en *AHDE* XLI (1971), 934-935. Finalmente, son muy dignas de tener en cuenta las consideraciones de Jesús LALINDE ABADÍA,

En un resumen anticipado podría afirmarse que el ordenamiento de la sucesión según Fuero General de Navarra responde a un principio de vinculación en cuanto a los bienes inmuebles de abolorio y de patrimonio, combinado con un principio de relativa libertad dispositiva respecto a los otros inmuebles (adquiridos o conquistados) y en orden a los bienes muebles⁵⁰.

Un afán de sintetizar las líneas esenciales del régimen sucesorio en el Fuero General lleva a establecer, como premisas fundamentales, los siguientes puntos: 1) la distinción entre bienes muebles e inmuebles; 2) la diferenciación, dentro de los inmuebles, entre los de abolorio y los de patrimonio, por un lado, y los adquiridos o conquistados, por otro; 3) la adopción de sistemas sucesorios distintos para los villanos y para los infanzones, e incluso de uno especial para los ricos hombres. 4) la distinción, a efectos de determinar sus respectivos derechos sucesorios, entre los hijos legítimos, los naturales reconocidos y los adulterinos; 5) y, finalmente, la afirmación de la expectativa sucesoria de los herederos forzosos, de la que sólo pueden ser privados éstos por las causas de desheredación que taxativamente establece el fuero

a) La distinción entre *muebles* e *inmuebles*, a los efectos sucesorios, viene clara y reiteradamente establecida en FGN. Para los bienes muebles, el fuero reconoce una amplia libertad dispositiva, sin distinguir entre villanos e infanzones; mientras que, respecto a los in-

La problemática histórica del heredamiento, en *AHDE XXXI* (1961), en especial págs. 208-215, en orden al sistema de mejoras dentro del FGN.

50. LACRUZ BERDEJO, *Régimen matrimonial*, 49 escribe a este respecto: "El régimen de bienes del matrimonio de la Compilación de Huesca y del Fuero General de Navarra viene asimismo determinado por los mismos principios que rigen el ordenamiento de la sucesión: relativa vinculación en cuanto a los bienes de abolorio, y relativa libertad de disponer respecto a los nuevamente adquiridos y los muebles. Nada tiene ello de extraño. Son las mismas causas sociales las que producen los mismos efectos jurídicos en el campo del matrimonio y de la herencia. De ahí que para conocer bien el régimen conyugal de bienes sea conveniente dar primero alguna idea del régimen sucesorio. Este régimen no se halla consignado de modo expreso en un solo texto, que afirme el derecho de expectativa hereditaria de los hijos y señale su contenido y sus límites, sino que hay que deducirlo de una amalgama de preceptos no siempre claros ni concordantes, que, o ponen ciertos límites a la libertad de disponer sobre el propio matrimonio o sobre una parte de él, o permiten esta disposición en determinadas circunstancias".

muebles, predomina por el contrario un criterio de sucesión forzosa e igualitaria, mucho más acentuado respecto a los testadores que son de condición de villanos⁵¹.

b) Dentro de los inmuebles aparecen definidas las categorías de *bienes de abolorio* y de *patrimonio*⁵², cuyos conceptos el FGN deter-

51. Respecto a los villanos, FNG 3,19,2. *Qué puede dar villano á una creatura mas que á otra*. Ningun villano non puede dar heredamiento á ninguno ni á creatura ninguna mas á una creatura que á otra, pora siempre; mas puede dar en casamiento una vinna, ó una pieza pora en su vida et non pora en su muerte. Empero puede dar del mueble, de ganados, et de ropa, et de conducho, et de hosteylla más a una creatura que á otra pora todos tiempos (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 77). En cuanto a los infanzones, FGN 3,19,1. *Cómo et qué puede dar fidalgo á una creatura mas que á otra*. Si padre o madre dan dono á una de las creaturas hereditat ó mueble, deve valer el dono, et si diere dos heredades, non deve valer sino el un dono. Esto es de los yfanzones, porque los yfanzones han poder de dar mas á una creatura que á otra: si las otras creaturas han heredades en otro logar o puedan partir, et ser vezinos, et si el yfanzon es heredado en dos villas et ha creaturas dobladas, non deve dar la mejor hereditat á una creatura; mas puede dar una pieza, ó una vina, ó un casal, ó casa, si ha, pora los otros en que los herede (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 76). Finalmente, 2,4,8 dispone: Si el padre ha fillos ó fillas, et quisiere dar todo lo suyo á una creatura, non puede dar, que non puede desheredar á las otras creaturas; mas del mueble puede dar mas á una creatura que á otra, ó una pieza, ó una vina, et puede ameyorar de heredamiento por razón de casamiento (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 19). Este capítulo es evidente se refiere a los infanzones—aun cuando no lo dice expresamente—, pues concuerda con 3,19,1 y, además, está situado a continuación de 2,4,7, que es norma dictada para los que tienen la condición de infanzones

52. Los diplomas navarros anteriores y contemporáneos al FGN reflejan las categorías de bienes de patrimonio y de bienes de abolorio. Cabe traer a colación varios documentos publicados por Santos A. GARCÍA LARRAGUETA, *El Gran Priorado de Navarra de la Orden de San Juan de Jerusalén Siglos XII-XIII*, II: *Colección Diplomática*, Pamplona 1957. Doc. 62 (hacia 1189): ...accipimus te Orti Sanoiz et uxor tua Maria Ortiz, cum toto capitulo generale in Exaverri cum illa hereditate que dedit don Fortun de Hiriberti vobis, scilicet que venit ex parte domina Maria Lopeiz de Murieta et que venit de suo patrimonio. . (pág. 66). Doc. 144 (1242, julio 25): .. afilllo et dono vobis dona Toda Lopez mea ermana et a vestros filios et a vestras filias, scilicet dono vobis illam turrem cum tota illa hereditate hereman et populatam et illas casas de Tutela cum tota illa hereditate et qualem partem habeo et debeo habere ex parte de patrimonio et de avolorio en Figueres et in Alagon et in Pedrola et in Çaragossa. De hoc totum afilllo et dono vobis dona Toda Lopez ermana et a vestros filios et a vestras filias totum quantum directum habeo et debeo habere in predictas hereditates et in Cadreita ex parte de patrimonio et de avolorio...

mina con precisión ⁵³ Frente a unos y otros que, en razón de la identidad de su régimen jurídico, podríamos englobar en la denominación

(pág. 148). Doc. 367 (1255, noviembre 6): . . .De todo lo al dieron ferme quitament al Hospital sines escatima ninguna que non demandarian parte nunca don Pero Perich nin don Sancho Perich su fillo nin lur gene ation en lo que dieron don Lop e dona Maria Perich al Hospital devandio, nin por razon de avoloro nin de patrimonio nin de matrimonio nin por razon que no avian partido nin sortido... (pág. 372). Doc. 381 (1258, agosto 28): ...con tal condicion que vos don Garcia de Oriz nostro fillo sobredito vos stringades con el dito heredamiento que nos a vos donamos de todo heredamiento en voz de nos vostro padre e vostra madre sobreditos e de vostro avolorio por tod siempre... (pag. 387). Doc. 538 (1295, enero 4): ...Conoscida cosa sea a todos e manifiesta que yo Aznar Yenneguez de Corella, fillo de Don Yennego Aznarez, otorgo e reconozco a vos dona Maria Miguel de Leoz muller mia, como vos e yo fiziemos e ayamos feito camyo de aquellos vuestros heredamientos que vos avyades en Olit e en sus terminos, el qual camyo fiziemos vos e yo e firmamos con el honrrado e savyo don fray Pero Miguel de Iriverri... Ond como los sobreditos heredamientos que son en Olit e en sus terminos, los cuales diemos vos e yo al dito Hospital en el dito camyo eran vuestros propios e los heredades dreytament de vuestro padre e de vuestra madre a qui Dios perdone e de vuestro avolorio, bien assi quiero yo e otorgo e tengo por bien que otrosi los ditos heredamientos que son en Corella e en sus terminos los cuales vos e yo recibimos del dito Hospital en el dito camyo sean vuestros propios quitament assi como si vos los heredassedes dreytamente de vuestro padre e de vuestra madre e de vuestro avolorio. E otorgo e reconozco que yo no e ni quiero aver en ellos otro dreyto alguno si non a tal como avya que los sobreditos heredamientos qu'el dito Hospital cobro de mi e de vos en el sobredito camyo en Olit e en sus terminos quando vuestros eran, maguera que vos e yo los avyemos como marido e muller. E todo otro dreyto que yo e o aver devo en los ditos heredamientos que vos e yo avemos conquistados en Corella e en sus terminos del dito Hospital por razon del dito camyo o por fuero o por dreyto o por razon de conquista o por qualquiere otra razon, todo lo relinquo e lo desamparo e lo do a vos dona Maria Miguel de Leoz muller mia sobredita d'esta ora enant, de bono coraçon e con alegre voluntat, por razon qu'el dito camyo fue feyto de vuestros propios heredamientos como dito es, salvo aquel dreyto que marido a en los heredamientos de su muller por nuestro fuero... (págs 615-616).

53 En dos textos expresa FGN los conceptos de patrimonio y de avolorio: FGN 2.4.3: Mandamos que nuylla cosa non sea avolorio á sobrinos, si antes non muere el padre et la madre que el avuelo; et si depues muere padre o madre de que muere el avuelo, es patrimonio (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 17). FGN 2.4.4: Otrossi, assi pueden fazer el avuelo et la avuela si el padre ó madre destos fijos moriesen ante que los avuelos, que esto es avolorio á sobrinos, et lo al es patrimonio quoando el avuelo muere ante que el padre ó la madre

de *bienes troncales o familiares*⁵⁴, se sitúan todos los demás bienes inmuebles, o sea los *conquistados o adquiridos*⁵⁵, que son bienes re-

(ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 18). En los mismos términos que FGN se expresa F Tudela: 29. *Qual es abollorio*. Façemos a saber que ninguna cosa no es abollorio a fillos si ante non muere el padre o la madre que el aguello (LACRUZ, F Tudela 37, ms. cit., fol. 10 v^o). 38 ...Otrosi lo pueden fer el aguello o el aguella si el padre o madre dellos muriesen ante que los aguellos, que esto es auolorio e el otro es patrimonio (LACRUZ, F Tudela, pág. 48, ms. cit., fol. 13 r^o). Según el Derecho navarro, para que los inmuebles tengan carácter de troncales —ya de patrimonio ya de abollorio— se requiere que hayan permanecido durante dos generaciones en una misma familia, bien por haber sido objeto de dos transmisiones sucesivas —en cuyo caso son bienes de patrimonio—, bien por haber sido adquiridos en virtud de una sola y directa transmisión del abuelo al nieto, en razón de haber premuerto el padre de éste (hijo de aquel) —y, en tal supuesto, tenemos los bienes de abollorio—. El concepto se mantiene en su integridad en el Derecho navarro vigente. El *Fuero Nuevo* (reconocido por Ley 1 de marzo de 1973), en su ley 453, párrafo último, dispone: “A estos efectos (*los del retracto gentilicio*), se entiende por bienes de abollorio todos los que, habiendo pertenecido al abuelo del enajenante, hubieren sido recibidos por éste a título lucrativo directamente del mismo abuelo; por bienes de patrimonio, todos los que, habiendo pertenecido al abuelo, hubieran sido recibidos por el enajenante, siempre a título lucrativo, a través del padre o de otro descendiente del mismo abuelo; y por bienes conquistados, todos los que hubieran sido adquiridos, a título oneroso o lucrativo, por el enajenante o por sus padres”.

54. En algún documento se califica de *bienes propios* a los patrimoniales y de abollorio, sin duda para contraponerlos a los *conquistados* por los cónyuges durante el matrimonio. *Vid*, en este sentido, el doc 538 de GARCÍA LARRAGUETA, *Jerusalén*, recogido en la nota 52 de este trabajo. Sin embargo, para denominar conjuntamente a los bienes de abollorio y a los de patrimonio es preferible utilizar la calificación de *familiares o troncales*, pues el término *bienes propios* se emplea usualmente en los documentos navarros medievales más bien en el sentido de *bienes que pertenecen en pleno dominio*, como propiedad íntegra y plena y con facultad de libre disposición, esto es en contraposición a los otros bienes que no tienen esa condición jurídica de dominio íntegro y libre. Con tal significado aparece el concepto de bienes propios en varios documentos publicados por GARCÍA LARRAGUETA, *Jerusalén*: Doc. 8 (1129, enero): ...dono et concedo vobis in Riparoia in illas meas sernas I^a iugata de terra ad vestram propriam hereditatem per facere inde totam vestram voluntatem. Et hoc donativum, sicut superius scriptum est, quod abeatis illum salvum et liberum et ingenuum et francum vos et filii vestri et omnis generacio vel posteritas vestra, salva mea fidelitate et de omni mea posteritate per secula cuncta amen... (pág. 13). Doc 42 (1172): ...dono vobis et concedo illam villam que dicitur Garissoen cum omnibus terminis suis hermis et popu-

cientemente ingresados en el patrimonio, sin anterior entronque o arraigo en la familia. Por ello, mientras respecto a los bienes familiares —patrimoniales o de abolorio— prevalece un rígido sistema de suce-

latis et cum aquis et herbis et cum omnibus que ad predictam villam pertinent, ut habeatis et possideatis illam sicut vestram propriam hereditatem et faciatis inde vestram voluntatem vos et filii et omnis posteritas vestra per secula cuncta, salva mea fidelitate et de omni mea posteritate... (pág. 43). Doc. 46 (1174, abril: ...Hoc donativum damus et concedimus Deo et pauperibus sanctissimi Hospitalis et omnibus fratribus ibidem Deo servientibus ut habeant et possideant illud salvum et liberum et faciant inde suam voluntatem tanquam de sanctissimi Hospitalis propria hereditate per infinita secula cuncta amen... (pág. 49). Doc. 67 (1191, abril): . . .et ego don' Oria dono ista hereditate que est suprascripta ad filia mea Guiseima enpueis meos dias pro animalia et ad filiis et filiabus suis per facere suas proprias voluntates... (pá 69). Doc 381 (1258, agosto 28): ...Et vos que ayades toto el dito heredamiento de Oriz de aquest present dia en que esta present carta fue feyta enant pora dar o vender o empennar o por fer end toda vostra propia voluntat assi como de vostra propia hereditat, por tod siempre... (pág. 387). Doc. 395 (1262, septiembre 24): ...E vos dito don Remiro que seyades poderoso de las sobreditas nostras pieças que recibides de nos en camio de termino de Murchant desta ora en adelant, de vender e de empennar o de fazer vostra propia voluntat assi como de vostras proprias heredades por todos tyempos... (pág. 406). Doc. 398 (1263, febrero 7): ...E vos dito Migael de Santa Cruz que ayades las ditas pieças las quales recibides de nos en camio de termino de Caschant d'esta ora en adelant por dar o por vender o empennar o por fazer vostra propia voluntat assi como de vostras proprias heredades por todos tyempos... (pág 411) Doc. 403 (1264, octubre 29): ...Et vos que ayades la vinna sobredita dest present día es que esta present carta fue feyta en adelant, por dar, vender et empennar et camiar et fer ent toda vostra propia voluntat assi como de vostra propia hereditat, por secula cuncta . (pág. 418). Doc. 420 (1273, febrero 24): ...e aquesta mi part e todo este mio drecho do e otorgo al mio seynor rey don Henrric como dicho es de suso, por tal camio ...a haver e tener e a possedir. a dar e a vender e a facer toda su propia voluntad como cada uno faze e puede fazer de la su propia cosa... (pág. 440). Doc. 537 (1294, octubre 3): ...desapoderando a mi e apoderando a vos por vuestras proprias, por vender e por empeynnar e por fazer de los palacios e heredades sobreditas todas vuestras propias voluntades de como cada uno puede e deve fazer de lo suyo propio. . (pag 612). Igualmente cabe aducir varios documentos de la *Colección Diplomática de Irache*: Doc. 477 (1319, noviembre 2): ...Et cada una de las dichas partidas todo quanto recibido ha en cambio, segunt dicho es, que lo aya poder de vender et de empeynnar et de dar et de cambiar et de agenar et de fazer toda su propia uoluntad como de lo suyo proprio... Doc. 478 (1320, febrero 10): ...Nos los dichos abbat et conuiento damos la dicha pieça pora perpetuo a uos, los dichos Yenegro Sançiz e a la uestra muger dona Teresa

sión forzosa, FGN admite, por el contrario, una mayor libertad dispositiva en cuanto a los conquistados: así, el capítulo 2,4,3 deja a los padres cierta libertad para disponer, entre los hijos, *de hereditat de conquesta*, mientras que respecto *de las otras heredades non deshereden a los fijos*⁵⁶; y el capítulo siguiente (2,4,4) permite a los padres hacer mejoras entre los hijos, *si por aventura non fuessen here-*

Diaz, franca e sulta e quita de los abismos ata los cielos, pora vender e pora empeynar e pora ffazer toda uestra propria voluntad assi como cada vno ffaze de lo suyo... Doc. 496 (1328, septiembre 5): ...e que ffagan de la dicha pieça todas sus proprias voluntades por secula cuncta sin fin, asi como puede ffazer cada uno de la su propia cosa, sin otro embargo ninguno.. Los referidos documentos de Irache se encuentran inéditos, y formarán parte del volumen II de la *Colección Diplomática de Irache*, cuyo vol. I ha sido publicado por José-María LACARRA, Zaragoza 1965. Debo a la amabilidad del profesor don Angel-Juan Martín Duque haber podido disponer de esos documentos. Gustosamente aprovecho la ocasión para dejar constancia de mi agradecimiento. Sobre el tema del concepto de *bienes propios* en la Edad Media española son fundamentales los siguientes trabajos de Alfonso GARCÍA-GALLO: *Bienes propios y derecho de propiedad en la Alta Edad Media Española*, en *AHDE*, XXIX (1959) 351-387, y *El problema de la sucesión "mortis causa" en la Alta Edad Media Española en Anales de la Academia Matritense del Notariado X* (1959) 271-275. Los documentos reseñados confirman plenamente, en cuanto a Navarra, la tesis que, en términos generales, o sea, referida a la documentación de otros reinos, mantiene el profesor García-Gallo.

55. En relación a contiendas sobre heredades, FGN 2, 2, 6 contrapone el caso en que se demanda por razón "*de avolorio, et de patremonio, ó de parentesco*" y el supuesto de que se pleitee "*por voz de compra, ó de conquista, ó de donadío*" (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 15). En orden al retracto gentilicio que puedan ejercitar los hermanos del enajenante, FGN 3,12,15 limita la acción de retracto a "*las heredades que lis pertaynece de avolorio ó de patrimonio*"; y en cuanto al retracto de coherederos, en el supuesto de herencia indivisa o aún no partida, FGN 3,12 20 lo refiere al caso de "*si algunas heredades han algunas hermandades de avolorio ó de patrimonio, et si alguno deylos quisiere vender o dar su part ante que parta con sus hermanos*" (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 61 y 62, respectivamente).

56. FGN 2,4,3: Quoal finca non puede fer ninguna donación nin vendida nin padre, nin madre, sin otorgamiento de los fijos, si ante non parten con eylos, sacando hereditat de conquista que ayan dado marido ó muger, el uno con otro en casamiento: assi que de las otras heredades non deshereden á los fijos, que qui de todo deshereda, de todo hereda; assi mandamos por fuero (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 17).

*dades de avolorio*⁵⁷; y aunque estas últimas palabras parecen excluir de la limitación a las heredades de patrimonio, sin embargo, el contexto del capítulo y, sobre todo, la equiparación que FGN hace siempre de ambas categorías de bienes, inducen a considerar del mismo modo los patrimoniales y los de avolorio⁵⁸.

c) En la ordenación del régimen sucesorio, el Fuero General parte de la existencia de *dos categorías sociales* precisamente diferenciadas: la de los *infanzones* y la de los *villanos*. Claro es que la situación de las distintas clases sociales en Navarra durante la Edad Media es mucho más compleja⁵⁹: así, entre los nobles, encontramos los *ricos hombres*, los *caballeros* y los *infanzones* —que el fuero denomina también *fijosdalgos*⁶⁰—, cuyo escalón inferior viene representado por

57. FGN 2,4,4: Mandamos por fuero que todo richombre ó cabayllero ó ynfanzon, et toda dueyna de linage, si ovierre creaturas, una ó dos, o tres, o mas de bendicion, et ovieren heredades en dos ó en tres reysmos ó en villas, et el padre ó la madre vivos estando lis establescrieren ó lis mandaren assingnando logares, damos á fulan nuestro fijo que haya tal heredit de tal reysmo ó villa pora empues nuestros dias, et ad aqueyll otro fulan que haya la de tal reysmo ó de tal villa, et al otro fulan tal logar, el por maior firmeza desto dámoslis fianzas porque sean más firmes de Nos, et fazemos desto testigos; porque al uno, ó á los dos, ó á los tres non lis plogiere lo que el padre et la madre fazen, sean de hedat ó nó, mandamos por fuero que vala el dono á cada uno lo que fuere dado: que si el padre et la madre quieren dar á una creatura mas que á otra, bien pueden dar, heredando á las otras creaturas como fuero manda, que los fijos no lis puedan vedar ni embargar: que si el padre et la madre quisiesen todo lo podrian vender et dar, et fazer lur propia voluntat, non desheredando á las creaturas, como dicho es de suso, si por aventura non fuessen heredades de avolorio que fuessen dadas ó mandadas á sobrinos (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 17-18).

58. A efectos del derecho de retracto, FGN (2,2,6; 3,12,15; v 3,12,20) otorga igual tratamiento a los bienes de patrimonio y a los de avolorio *Cfr.* la nota 55.

59. Para el estudio de las clases sociales en Navarra, durante la Edad Media, puede consultarse Luis G. DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*³, Madrid 1973, 317-361; Javier ZABALO ZABALEGUI, *La Administración del reino de Navarra en el siglo XIV*, Pamplona 1973, 209-227; y Juan CARRASCO PÉREZ, *La Población de Navarra en el siglo XIV*, Pamplona 1973, 133-153. Vid. también, Claudio SÁNCHEZ ALBORNOZ, *Solariegos y collazos navarros. Un diploma que los diferencia*, en *AHDE* IV (1927) 451-452.

60. FGN 2,4, caps. 4,7,11 y 12; 3,3,1; 3,12,14; 3,19,1; 3,20,7; 4,3,4; 4,3,10; 5,4 caps. 1,2, 3 y 4; etc.

los *infanzones de abarca*⁶¹; y dentro de los villanos —también llamados *labradores*⁶² y *pecheros*⁶³— se distinguen los *villanos de realengo*, que tributan directamente al rey⁶⁴, los *villanos solariegos*, que dependen de un señor noble⁶⁵, y los *villanos de orden*, que se encuentran vinculados a un monasterio o comunidad religiosa⁶⁶. Ahora bien, a los efectos del Derecho civil, el Fuero General, prescindiendo de las diferentes categorías de infanzones, establece para todas ellas una misma ordenación respecto a las arras matrimoniales⁶⁷ y en orden al régimen de bienes en el matrimonio⁶⁸. Igualmente, el fuero dispone un mismo régimen de bienes para todas las clases de villanos⁶⁹.

En cuanto al Derecho de sucesiones, FGN establece un régimen especial para los ricos hombres, otro para los infanzones y un tercero para los villanos.

Respecto a los *richos hombres*, cuando los padres no tienen sino un solo castillo, FGN sigue un sistema de sucesión unitaria vinculada, conforme a los principios de masculinidad y primogenitura, pero reconoce facultad de libre disposición en cuanto a los castillos o villas conquistados; y en orden a los bienes muebles aplica un criterio de sucesión igualitaria⁷⁰.

61 FGN 3,6,1 y 2.

62. FGN 3,4,6.

63. FGN 3,5,14.

64. FGN 3,5, caps. 3, 10, 11 y 12; etc.

65. FGN 3,4, caps. 5, 8 y 9; 3,5,12, etc.

66 FGN 3,5, caps. 3, 11 y 12, etc.

67 FGN 4,2,1 y 2

68. FGN 2,4, caps. 20, 21, 22 y 23. Para el régimen matrimonial de bienes de los infanzones según FGN puede verse LACRUZ, *Régimen matrimonial* 84-89; y mi estudio *Fuero General de Navarra* 4,2,3. *El cónyuge viudo que tiene "fealdad", ¿puede enajenar en caso de necesidad?*, en *Anuario de Derecho Civil* XXVII-1 (1974 enero marzo) en especial págs 136-155.

69. FGN 2,4,10; 3,20,8; 4,2,3; y 4,3,9 Para el régimen matrimonial de bienes de los villanos, según Fuero General, *vid'* los mismos estudios citados en la nota precedente.

70. FGN 2,4,1. *Quoales de los fijos del Rey ó de richombre deve heredar el regno ó el casteyllo, et quoales el mueble, et con conseio de quoales deve casar el Rey.* E fué establecido pora siempre, por que podiesse durar el regno, que todo Rey que oviere fijos de leyal conugio dos, ó tres, ó mas, ó fijas, pues que el padre moriere, el fiyo mayor herede el regno, et la otra hermandat que partan el mueble ququanto el padre avia en el día que morió, et aquel

Para los *infanzones*, en general, la ordenación del sistema sucesorio podría ser resumida en estos términos: el padre o madre tiene facultad para disponer libremente de sus bienes muebles y distribuir éstos entre los hijos como tenga por conveniente⁷¹, y tiene asimismo posibilidad de mejorar a alguno de los hijos con una pieza, o una viña, o un casal o una casa, y puede también *amejorar de heredamiento por razon de casamiento*⁷²; pero si *quisiere dar todo lo suyo á una creatura, non puede dar, que non puede desheredar á las otras creaturas*⁷³; y la disposición a favor de uno de los hijos no ha de ser de la mejor heredad (*non deve dar la mejor heredad á una creatura*)⁷⁴. En definitiva, si bien *los yfanzones han poder de dar mas á una creatura que á otra*⁷⁵ y, asimismo, *si el padre et la madre quieren dar á una creatura mas que á otra, bien pueden dar*⁷⁶, esto ha de ser siempre *heredando á*

fijo maior que case con el regno, et asignar arras con conseio de los ricos hombres de la tierra, ó XII savios; et si aquest fijo mayor casado oviere fijos de leyal conugio, que lo herede su fijo mayor, otrossi, como él fezo. Et si por aventura muere el qui regna sen fijos de leyal conugio, que herede el regno el mayor de los hermanos que fué de leyal conugio. Otrossi, tal fuero es de los castieylos de richombre quando los padres no han sino solo un castieylo (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 17). FGN 2,4,2. *Cómo puede Rcy ó richombre partir regnos, villas ó heredades de conquista á sus fijos, et si sen parturlos mueren cómo deven partir los fijos*. Establimus encara, que si algun Rey ganare ó conquirere de moros otro regno ó regnos, et oviere fijos de leyal conugio, et los quisiere partir sus regnos, puédelo fer et asignar a cada uno quoval regno aya por cartas en su Cort, et aqueylo valdrá, porque eyll se los ganó: et si por aventura aviene cosa que aya fijas de leyal conugio, et regnos, puédelas casar con de los regnos como li ploguiere; et si viene cosa que non los vuia partir et muere, deven los fijos ytar suert, et heredar et firmarse los unos á los otros, por fuero. Otrossi, assi es de todo richombre ó fidalgo que aya castieylos ó villas. Et si muere el Rey sin creaturas ó sin hermanos ó hermanas de pareylla, deven levantar Rey los ricos hombres et los yfanzones cavaylleros et el pueblo de la tierra. Et esto no es assi de castieylos, nin de villas, nin de infanzones, que hán á seguir fuero de tierra (ILARREGUI-LAPUERTA FGN 17).

71. FGN 2,4,8, y 3,19,1. *Vid.* los textos en la nota 51.

72. FGN 2,4,8. *Vid.* nota 51.

73. FGN 2,4,8. *Vid.* nota 51.

74. FGN 3,19,1. *Vid.* nota 51.

75. FGN 3,19,1. *Vid.* nota 51.

76. FGN 2,4,4 *Cómo los fijosdalgo, et de qué pueden assignar á una creatura más que á otra, et quoval es avolorio, et cómo de que enzarran el estin en uno non pueden el uno desfer*. Mandamos por fuero que todo richombre ó cabayllero ó ynfanzon, et toda dueyna de linage, si oviere creaturas una ó dos,

las otras creaturas como fuero manda, o sea, non desheredando á las creaturas⁷⁷, pues qui de todo deshereda, de todo hereda⁷⁸. En resumen: el Fuero General deja al padre o madre infanzones una amplia libertad para disponer de los bienes muebles; y, por el contrario, un muy limitado margen de disposición sobre los inmuebles, respecto a los que tan sólo autoriza mejorar moderadamente⁷⁹ a alguno de los

ó tres, ó mas de bendicion, et ovieren heredades en dos ó en tres reysmos ó en villas, et el padre ó la madre vivos estando lis establescieren ó lis mandaren assingnando logares, damos á fulan nuestro fijo que aya tal heredat de tal reysmo ó villa pora empues nuestros dias, et ad aqueyll otro fulan que aya la de tal reysmo ó de tal villa, et al otro fulan tal logar. et por maior firmeza desto dámoslis fianzas porque sean más firmes de Nos, et fazemos desto testigos; porque al uno, ó á los dos, o á los tres non lis ploguere lo que el padre et la madre fazen, sean de hedat ó nó, mandamos por fuero que vala el dono á cada uno lo que fuere dado: que si el padre et la madre quieren dar á una creatura mas que á otra, bien pueden dar, heredando á las otras creaturas como fuero manda, que los fijos nos lis puedan vedar ni embargar. que si el padre et la madre quisiessen todo lo podrian vender et dar, et fazer lur propia voluntat, non desheredando á las creaturas, como dicho es de suso, si por aventura non fuessen heredades de avolorio que fuessen dadas ó mandadas á sobrinos. Otrossi, assi pueden fazer el avuelo et la avuela si el padre ó madre destos fijos moriessen ante que los avuelos, que esto es avolorio á sobrinos, et lo al es patrimonio quoando el avuelo muere ante que el padre o la madre. Et si marido et muger fazen destin en uno et enquera cerran aqueyll destin, si el uno deylos mories, el otro non puede desfazer el destin: maguera biviendo ambos. si les semeiare que bien non sea fecho el destin, bien pueden emendar ó ameiorar otra vez; que á todo fidalgo vale el postremero destin (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 17-18)

77. FGN 2,4,4. *Vid* el texto en la nota anterior.

78. FGN 2,4,3. *De quales heredades pueden partir et dar padre ó madre á fijos, et quales avolorio* Mandamos que nuylla cosa non sea avolorio á sobrinos. si ante non muere el padre et la madre que el avuelo; et si depues muere padre ó madre de que muere el avuelo, es patrimonio Quoal finca vibo non puede fer ninguna donacion nin vendida, nin padre, nin madre, sin otorgamiento de los fijos. si ante non parten con eylos, sacando heredat de conquista que ayan dado marido ó muger, el uso con otro en casamiento: assi que de las otras heredades non deshereden á los fijos, que qui de todo deshereda, de todo hereda: assi mandamos por fuero (ILAGUIRRE-LAPUERTA, FGN, 17)

79. Merece ser destacada la circunstancia de que el término *mejora* figura expresamente en FGN 2,4,8 (*et puede ameiorar de heredamiento por razon de casamiento*). LALINDE ABADÍA, *La problemática histórica del heredamiento*, en AHDE XXXI (1961), en especial págs. 208-215, señala con acierto la im-

hijos en relación a los otros. No aparece claro si el fuero permite, en mayor o menor medida, disponer en favor de un extraño existiendo hijos: pero, en todo caso, es evidente la posibilidad de hacer mandas para el alma, incluso con cargo a bienes inmuebles (*que destina hereditat por aniversario ó por almario, dice FGN 2,20,9*)⁸⁰, o sea, permite

portancia de este sistema de mejoras, más o menos enmascarado, y su aparición, en el Derecho navarro y aragonés de la Alta Edad Media, como corrección de un régimen jurídico igualitario preexistente, y ello le hace pensar en la vigencia del Derecho visigodo o, más concretamente, del *Liber*. El mismo autor, en un trabajo posterior, *La presencia visigoda en el Derecho aragonés*, en AHDE XLII (1972), 643-656, ha planteado en términos generales la cuestión de la influencia visigoda en el Derecho medieval aragonés. Juzgo que sería de gran interés intentar un estudio del mismo problema en relación al Derecho navarro alto-medieval. Rafael GIBERT, *Historia general del Derecho Español*, Granada 1968, 68, señala que un documento navarro de 1103 utiliza la ley visigótica como *Lex y iudicium patrie*. Es más que posible que un estudio institucional minucioso de FGN permitiese rastrear en él una influencia visigoda tal vez bastante más importante de lo que en un principio podría pensarse

80. FGN 3,20,9: Establimos por fuero et mandamos que padre ó madre que destina hereditat por aniversario ó por almario, et la manda tene- al mas prosmano parient ó fillo si lo ha, ó qui lo tenga aqueyll que antes nasciere de linage, aqueill es mas prosmano por fuero (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN, 81). El mismo fuero (3,19,4) contempla el supuesto de que alguno haya dejado heredad o collazos por su alma, a una orden religiosa, y distingue el caso de que se hiciere con prohibición de vender o enajenar y el de que se hubiere ordenado sin tal *paramiento*. Ese capítulo dice así: *Quoando dán á órden alguna cosa con condicion, qui deve fazer tener aqueilla condicion, et si la órden vendiere el donadio, ninguno por parentesco non puede sacar*. Si algun omne diere por su alma á la órden heredad ó coyllazos con condicion que non los venda nin los ayllene, et si parient prosmano no oviere, deven los coyllazos yr al Rey, et el Rey dévelos tener á dreyto Et si la órden oviere heredad ó coyllazos sines paramiento, et á cabo de tiempo ios quisieren vender, et si viniere el pariente prosmano, por tanto como un otro yo devo aver, la órden no es tenuta si non quisiere dar, quar estranio es segunt fuero (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN, 77). Un documento de Leyre, del año 1230, enero (*Archivo Histórico Nacional, Leyre, c. 1407, n. 2, original*), contiene un supuesto de destinación de heredades por *almario*. Debo a la amabilidad del profesor Martín Duque disponer de este documento que, por juzgarlo de interés, y en razón de ser inédito, lo transcribo íntegramente. “[In] Christi nomine. Ego Garcia, peon, propter spem/ uite eterne et animabus patris et matris mee et parentum [meo] rum, in meo sensu, per/ [.] enens et salute, facio por almario de mea hereditate, quam acquisiui sudore meo et labore in Termis, coram/ testibus

la constitución de una renta anual *pro anima* que grava la heredad asignada a este fin ⁸¹.

El régimen sucesorio establecido para los *villanos* es más sencillo y, a la par, más estricto. Existe amplio cauce de disposición respecto a cosas muebles, *empero puede dar del mueble, de ganados, et de ropa, et de conducho, et de hosteylla* ⁸² más á una creatura que á otra pora

subscriptis. Contituo itaque ut uinea mea clausa, que est in illa orta, cum suis fructalibus, sit por alma-/ rio cum illa pieza de Bagnator, que est V arrobas seminata et est inter duos uallatos et de parte superiori terra de Do-/mingo Çuria, de parte uero inferiori terra de Sancho de Carastue. In uineis similiter de Eso, una pieza cum sua noquera I/ kaficia seminata, que habet affrontationes ex parte superiori terram de Blasco de Arnalt, ex parte uero inferi terram de Garcie/ de Lerda. Istud por almario tenebit post mortem meam unus de filiis meis, cui ego mandauero, in diebus suis, dando Sancto Saluatori et monachis claustralibus VIII^{to} solidos iaques tributus pro illo por almario die sancti Michaelis per singulos annos / Mortuo autem illo, teneat illud por almario frater aut soror eius, cui ipse mandauit, dum uiueret, sub tributo sicut dictum/ est VIII^{to} solidos. Et sic unus post unum teneat illud qui propinquor fuerit inuentus in mea parentela, tamen sicut disposuerit/ ille, qui rationabiliter et iuste posidebat, sepe dictum tributum faciendo, Quod si forte illud reddere contradixerit, mona-/chi Sancti Saluatoris claustrales intrent et obtineant illud sine aliqua contradicione, quiete et pacifice ex mea aucto-/ ritate. Mando etiam firmiter et contituo, quod illa uinea cum predictis pecis, quas ego feci por almario, nec diuidantur/ unquam aliqua ratione, nec alienentur aliquo modo, neque uendantur. Ea ego G(arcia), peon, per recognicione dum uixero dabo II solidos/ piperis per singulos annos Sancto Saluatori et monachis claustralibus in festo sancti Michaelis De hoc sunt testes:/ Petrus Iohannis et Dominco de Lopa et multi alii boni homines de Termis, qui uidere et audierunt Actum est hoc era M^a CC^a LX^a VIII^a, mense ianuario Regnante Iacobo in Aragone, comite Barchinone et domno Monti-/ pesuleri, ipso rege manente in obsidione de Mayorcas. Episcopo G(arcia) in Osca. Don Vales, seniore in Termis. Garsias d'Estella, monachus, rogatus mandato G(arcia), peon, scripsit et (signo) signauit. Ipse G(arcia), peon, confirmauit hanc cartam et manu sua hoc (signo) signum fecit. Venerando abbate Dominico in Sancto Saluatore Leiorensis, per Dei gratiam, presidente

ALONSO LAMBÁN, *Las formas testamentarias II*, núms. 5-6 (julio diciembre 1954), 80-82, nota 342, reproduce íntegros dos documentos del *Archivo Catedral de Tudela* (años 1212 y 1226) en los que se establece fundación por almario.

81. Sobre esto, *vid.* LACRUZ BERDEJO, *Régimen matrimonial*, 53-55; y ALONSO LAMBÁN, *Las formas testamentarias II*, núms. 5-6 (julio-diciembre 1954), 78-83.

82 *Hosteylla* (también escrito *hosteillas*, *ostilla*, *ostillamenta*) significa mo-

todos tiempos En cuanto a los inmuebles, el criterio es fuertemente restrictivo e igualitario; *ningun villano non puede dar heredamiento á ninguno ni á creatura ninguna mas á un creatura que á otra, pora siempre; mas puede dar en casamiento una vinna, ó una pieza pora en su vida et non pora en su muert*⁸³. El rigor de la prohibición de desigualar o mejorar a los hijos apenas viene atenuado por la tímida permisión de que, por razón de matrimonio de un hijo, el padre pueda cederle una finca durante la vida del donante, mas no para después de su muerte; se trata de una cesión meramente temporal, a la que mejor corresponde el título de precario que el de usufructo.

2. *Los herederos forzosos* —En la determinación de lo que podríamos llamar herederos forzosos conviene examinar los siguientes órdenes sucesivos: los hijos (legítimos, naturales y adulterinos), los colaterales y los ascendientes

a) El Fuero General habla indistintamente de *creaturas* y de *fiijos*. Resulta así claro que los descendientes legítimos en primer grado ostentan la cualidad de herederos forzosos. La cuestión podría suscitarse respecto a los descendientes legítimos en grado ulterior. Sin embargo —y aun cuando no exista en el fuero una disposición concreta—, de FGN 2,4,4⁸⁴ parece deducirse con bastante seguridad que, premuerto un hijo, los descendientes legítimos de éste se subrogan y ocupan su lugar de herederos forzosos en cuanto a la herencia del abuelo, por lo que viene a jugar una especie de derecho de representación sucesoria. Concuerda esta afirmación con el hecho indiscutible de que,

biliario, útiles y ajuar de casa. *Vid. Diccionario para facilitar la inteligencia del Fuero General de Navarra*, en ILARREGUI-LAPUERTA, FGN, 177). y José YANGUAS Y MIRANDA, *Diccionario de las palabras anticuadas que contienen los documentos existentes en los Archivos de Navarra*, Pamplona 1854, 42 y 53. Tengo en preparación, y confío en su pronta publicación, un estudio titulado “*Ostilla*” y “*ostillamenta*” en los documentos jurídicos navarro-aragoneses. En él se comprueba que tales términos proceden del francés medieval (*ostilles*, *ostieulxs*, *ostillement*, etc.), del que fueron recibidos en Navarra y Aragón por los fueros y los documentos de aplicación del Derecho.

83. FGN 3,19,2. *Vid.* nota 51.

84. FGN 2,4,4: *Otrossi*, assi pueden fazer el avuelo et la avuela si el padre ó madre destos fijos moriessen ante que los avuelos, que esto es avolorio á sobrinos, et lo al es patrimonio ququando el avuelo muere ante que el padre ó la madre (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN, 18).

según el Fuero General⁸⁵, el derecho de representación hereditaria a favor de la línea recta descendente juega en la sucesión legal que, no sin cierta impropiedad, suele llamarse *ab intestato*⁸⁶. Además, en testamentos navarros algo posteriores, esto es de época en la que —como medio para dar vía a la libre disposición *mortis causa*— se ha introducido ya la legítima foral, se instituye en ésta tanto a los hijos vivos como a los nietos —hijos de un hijo premuerto⁸⁷—, lo que implica

85. FGN 2,4,10; y 2,4,20. Trata brevemente esta cuestión Rafael AIZPÚN FUERO, *La representación sucesoria en el Derecho civil de Navarra*, Pamplona 1957, 11-16. Resulta sorprendente que, por el contrario, Domingo FRAUCA LLAMAS, *La representación sucesoria en el Derecho navarro*, Zaragoza 1956, 107-108, no haya tenido en cuenta estos capítulos del FGN y, en consecuencia, para fundamentar el derecho de representación en la sucesión legal tenga que recurrir a la práctica y la costumbre seguida en Navarra.

86. En el Derecho navarro, así el actualmente vigente como el histórico, es incorrecto calificar de *ab intestato* a la sucesión legal, pues ésta exige no sólo la falta de testamento, sino también de capitulaciones, contrato sucesorio, donación *mortis causa* u otro cualquiera de los actos de última voluntad que con gran amplitud admite el ordenamiento civil de Navarra. La exposición de motivos del vigente Fuero Nuevo o Compilación explica el tema en precisos términos. “Dada la gran importancia de la voluntad en orden a la sucesión —dice—, se comprende que la tenga mucho menor la que debe llamarse en Navarra sucesión *legal*, por venir determinada mediante disposición de la ley, y no *legítima*, lo que supondría una naturalidad que tal delación sucesoria no tiene en Navarra, ni tampoco *intestada*, ya que no sólo puede quedar excluida por la forma testamentaria, sino también por otras modalidades de sucesión voluntaria”.

87. Así, por ejemplo, en el testamento de hermandad de los cónyuges Juan de Urbe y Catalina de Villanueva, vecinos de Cirauqui, otorgado el 18 de febrero de 1527 ante Martín Brun, notario de Puente la Reina.—“...Otrossi hordenamos e mandamos e por legitima herencia heredamos al dicho don Johan de Urbe, abat de Billanueba, Gracia, Pelegrina, nuestros fijo e hijas, e a Joanot, Martin, Maria e Pelegrina nuestros nietos e nietas, fijos e hijas de Johanot nuestro fijo mayor qui fue, e Maria de Yturre su muger de presente viuda, en lugar de su padre, e a Joanotiquo nuestro nieto, hijo legitimo dentre Perusqui nuestro fijo qui fue, e Maria de Viurrun por tiempo su muger e de presente muger de Miguel Lavoran vezino del dicho lugar de Cirauqui, en lugar de su padre, e a Sanchot, Johanot, Johane, Martin, Miquela e Gracito nuestros nietos e nietas, fijos e hijas dentre Martignet de Mayñeru vezino del dicho lugar de Cirauqui, e Maria de Urbe nuestra fija, en lugar de su madre que fue, en sendas arinçadas de tierra en vna peça de tierra situada en el termino de dicho lugar de Urbe, en la parte llamada Ypuraga, que es ocho

reconocer a dichos nietos la cualidad de herederos forzosos, por derecho de representación y en subrogación de su padre predifunto

b) A los efectos de derecho sucesorio, FGN establece reiteradamente una clara diferenciación entre los hijos de legítimo matrimonio (*creaturas de pareylla*) y los hijos naturales reconocidos (*creaturas de baragana* o *fillos de ganancia*)⁸⁹.

La condición jurídica del hijo natural reconocido por el padre infanzón puede concretarse, en cuanto a la sucesión forzosa de éste, en los siguientes términos: el hijo *de ganancia* o *de baragana* es heredero forzoso respecto al padre que lo reconoció; pero éste puede apartarlo de la herencia dejándole una vecindad (*todas las creaturas de baragana deven ser apagados con tanto de vezindat*). La *vezindat* se compone de una casa, una pieza de dos robos de trigo de sembradura junto a la quintana⁹⁰ y, fuera de ésta, sembradura de un cafiz de trigo, una arinzada de viña, un huerto y una era⁹¹. La asignación de la *vezindat*

rovadas poco más o menos... (*siguen linderos*). ., por herdat et bienes terribles, y en cada diez sueldos carlines por bienes muebles..." (APP, n. 741, año 1527, doc. 1, fol. 2 rº).

(88) FGN 3,20,1, y 3,20,8.

(89) FGN 2,4,5; y 4,4,1.

(90) Ramón PRIETO BANCES, *La explotación rural del dominio de San Vicente de Oviedo en los siglos X al XIII en Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra XIV (1937-1938) 386-406*, entiende que la *quintana* es una parte de la villa, con significación de cercado, plaza o patio

91. FGN 3,20,1. *En qué manera deve fidalgo estinar á creaturas de pareia et de barragana, et quando et qué, et o deve dar á creaturas de barragana, et si alguno deysa por olvido, qué part deve aver; á quoval et por quoval cosas puede desheredar. Si algun yfanzon fuere enfermo et quiere estinar á las creaturas de pareylla et á las creaturas de baragana non puede heredar en las arras sines plazenteria de la muyller et sines plazenteria de las creaturas de pareylla. Empero si otras heredades oviere, á todas las creaturas de barragana deve dar entegrament una vezindad al menos; et si no oviere otras heredades si non las arras, deve dar las arras á las creaturas de baragana al menos quounta es una vezindad. Est mandamiento que dá el padre á las creaturas de baragana en las arras, no es en su mandamiento que dá el padre de dar heredades á creaturas de baragana o eyll oviere sabor, mas en mandamiento de la muyller, et de las creaturas de pareylla por dar herdat o eyllos ovieren por bien, et dar vezindat en las arras sobredictas en quoualque lograr eyllos sabor ayan. Et esto es á saber quounta es la vezindad: una casa cubierta con tres vigas en luengo, que sea X cobdos sen los cantos de las paredes, et si nó otro tanto de casal vieyllo que aya estado cubierto, et yssida á la quintana.*

ha de ser, en principio, sin perjuicio de las arras, pues éstas corresponden a los hijos de *pareylla*⁹². Finalmente, en defecto de hijos de

et sepnadura de dos robos de trigo al menos á entrambas partes; el demas semadura de un cafiz de trigo. Las meyas tierras deven ser cerca de villa, et las otras meyas o quisieren las creaturas de pareylla en el término de la villa. Et si vinnas oviere en la villa, una arinzada de vinna o quisieren las creaturas de pareylla dar; et si en la villa vinnas no oviere, non son tenidos de dar vinna. Et el huerto sea en que puedan ser XIII cabezas de colles quando sean grandes, assi que las rayzes non se toquen el uno al otro. La hera sea tan grant en que pueda trillar; una vez de que los vezinos empezaren trillar, entroa que todos los vezinos trillen, que eyllos puedan trillar. Todas las creaturas de baragana deven ser apagados con tanto de vezindat. Aquest sobredicto enfermo si deysare alguna creatura de pareylla ó de baragana por oblido ó por non querer que nol dió algo, et mue-e el padre assi que non li dé, et si fuere la creatura de pareylla, deve prender sua suert entegrament en las heredades que avrán las creaturas de pareylla; et si fuere de baragana con las creaturas de baragana deve heredar. Empero el padre bien puede desheredar á creatura de pareylla et de baragana, si al padre fiere con mano yrada del puyno, o lo clama traydor provado ante ombres. Otrossi, si clamara á su madre puta provada, ó mesieylla provada, ante ombres, deve ser desheredado (ILARREGUI LAPUERTA, FGN, 78-79). Los diplomas de aplicación del Derecho atestiguan la aplicación práctica del apartamiento hereditario de los hijos naturales mediante asignación de bienes determinados. Así se pone de manifiesto en los siguientes documentos: I.—Año 1114, junio, 26. García Sáinz de Oyerza dispone de sus bienes en favor del monasterio de Irache, caso de no dejar hijos legítimos; y prevé el supuesto de que tuviera hijos ilegítimos: "...Si autem spurius uel manzer, id est, non de legali coniugio, extiterit filius meus, terciam partem de omnibus hereditatibus et substanciis, excepto Herleghi, accipiat. Et inter se, si plures fuerint, diuidant. Si autem mihi de libera Deus filium concesserit, sit omnis hereditas mea filii mei. Erleghi autem aud habeam aud filium non habeam, ex ista ora in antea sit pro remedio anime mee et patris mei. Sancte Marie de Yrax et fratrum ibi sistentium ex integro..." (LACARRA, *Irache* I, doc. 97, pág. 120). En relación a este documento, *vid.* las consideraciones de GACTO FERNÁNDEZ, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho. n. 5, Sevilla 1969, pág. 170; y *La filiación ilegítima en la Historia del Derecho español*, en AHDE XLI (1971), 935 II—Año 1217 ". . .Ero Eneco Pardez mandau in honra mortis partem meam de illo monasterio et de toda mea hereditate ad Iohannem Pardez, fratrem meum, et det ipse filio nostro tritici seminatura VI kafices. Verumptamen hoc feci quia non habebam de legali connubio" (LACARRA, *Irache* I, doc. 22, pág. 309) III—Año 1236, abril, 11. Testamento de Gil, hijo de Andrés, con disposiciones en favor del Hospital de San Juan, y en el que se previene la existencia de hijos naturales, a los que se aparta de la herencia en esta forma: ". . .Et si forte aliquis venisset qui diceret quod

legítimo matrimonio, el hijo natural es sucesor único y debe recibir toda la herencia ⁹³.

erat filius meus de ganancia, quod fratres predicti Hospitalis dent ei unam arroadam de terra et unam peonadam de vinea et V^e solidos pro mobile, sicut forum est, et quod se restringat cum iamdictam hereditate et mobile...” (GARCÍA LARRAGUETA, *Jerusalén* II, doc. 267, pág. 260). IV.—Año 1243, junio. Testamento de don Lope Aznárez de Echalaz: “...Sobre todo esto mando con Lop Aznarez en su destin a los fillos de ganancia en Olloqui dioles casal, uuerto e era, como fuero es de terra .” (GARCÍA LARRAGUETA, *Jerusalén* II, doc. 300, pág. 294). V.—Año 1249, noviembre, 19. Testamento de don Pedro López de Ordóiz: “.. Et enquera manda e leyssa lo sobrescriut con Peio Lopiz en sa divisa a dona Maria Periz sa filla una cuba de III quoquas e un cubet e X soltz e con aquo que se tenga por pagada de moble e de hereditat...” (GARCÍA LARRAGUETA, *Jerusalén* II, doc. 328, pág. 325). VI.—Año 1259, agosto, 29. Testamento de don Pedro Garces de Uárniz: “...Et mando a mia filia de ganancia lo de Valterra, salva las vinnas et las peças que fueron compradas... Ea mando todo lo al que partan mias creaturas de pareila, salvo Navaç que mando al filio de avantayla...” (GARCÍA LARRAGUETA, *Jerusalén* II, doc. 382, pág. 389). VII.—Año 1288, noviembre, 19. Testamento de don Miguel de Leoz, caballero, en el que establece disposiciones en favor del Hospital de San Juan, y en favor de su hija legítima María Miguel; y a sus hijos de ganancia, Mariín Miguel y Taresa Miguel, les asigna determinadas fincas (una viña, una pieza, un huerto, una era y un alcaceral) y ordena: “...con la qual vinna e pieças e huertho e hera e alcaceral sobreditos que yo mandados he al dito Martin Miguel e Taresa Miguel mis criaturas de ganancia por suert e por part de mi lur padre mando que se tiengan por pagados e por entregados e se quiten e riedren de aqui adelant de todos los otros mis bienes que yo aya ni aver deva por ninguna razon en todos logares doquier que sean, salvo lo que yo mandar e dar lis quisier d'aqui adelant. ” (GARCÍA LARRAGUETA, *Jerusalén* II, doc. 495, pág. 541-542). La lectura de estos documentos sugiere un breve comentario: a) Los documentos I y II (correspondientes a la *Colección Diplomática de Irache*, monasterio situado cerca de Estella) revelan que el testador que carece de hijos de legítimo matrimonio dispone *mortis causa* con gran libertad, puesto que a los hijos naturales los aparta, en un caso (doc. I), con un tercio de la herencia, y en el otro (doc. II), con una finca *tritici seminata VI kafices*. Esto parece contradecir lo que FGN 4,4,1 ordena respecto las *creaturas de ganancia*: “Et esta creatura deve partir con las otras creaturas de aqueill padre, et si nó oviere otra creatura, dévelo todo heredar”. Tal discrepancia resultaría explicada si se entiende que tales documentos son conformes al Derecho formulado en F Estella, ya que éste excluye de la herencia al hijo natural a quien el padre ha dejado su porción hereditaria según lo que dispone II, 38 “*De coniugio*: 1 Si quis filium non natum sub legali coniugio habuerit, si unam vineam pater illi, aut unum campum, aut quamlibet hereditatem aut denarios dederit, postea filius bastardus partem non accipiet.

Lo expuesto se refiere a la sucesión de los hijos de barragana cuyos padres tienen calidad de infanzones. Por el contrario —según se—

nec cum aliis legalibus fratribus parciat. 2. Tamen si pater hoc non fecerit, partem in omnem hereditatem sicuti unus ex legalibus fratribus habebit, et in hereditate auolorum, et in emptionibus” (LACARRA-MARTÍN DUQUE, *F Estella*, 130-131). b) El documento V encaja asimismo dentro del marco jurídico de F Estella, pues el testador, don Pedro López de Ordóiz, excluye a su hija María Périz (sin duda hija natural) con muy limitada cantidad de bienes (*una cuba de III quoquas e un cubet e X soltz*) y, luego de ordenar un legado de todos los bienes muebles a favor de su esposa, lo demás lo deja a la casa o monasterio de Echávarri. Este topónimo —Echávarri— puede ser o de Aberin o del valle de Allín, lugares ambos pertenecientes a la comarca de Estella. Cfr. *Geografía General del País Vasco-Navarro, dirigida por Francisco Carreras Candí, Provincia de Navarra, por Julio Altadill*, II, Barcelona, sin año pág 977. c) El documento III, según revela su mismo texto, ha sido otorgado en la comarca de La Ribera, y conforme al F Tudela que, en relación a FGN, acusa decididamente una importante reducción en la cuantía de los derechos de sucesión forzosa a favor del hijo natural. Así, F Tudela 55 dispone: “.. Et si naçe de casado e soltera es dito fornezino, ereda V sueldos e vna peonada de tierra e no mas por fuero auendo fillos, o no mas hereda de madre et la madre dél e non del padre ni el padre dél. Et si naçe de soltero e soltera es de ganancia e ereda de padre e de madre quanto ellos lis quisieren dar, enpero conviene quel lexen al menos V sueldos e una peonada de tierra...” (LACRUZ, *F Tudela*, 61, *ms. cit.*, fol. 17 vto). d) Todo esto revela que, por lo menos en las comarcas de Estella y Tudela, la libertad de disponer *mortis causa*, cuando únicamente existen hijos naturales, es mucho más amplia que según FGN. De los documentos se obtiene también un dato importante en cuanto al origen o nacimiento de la famosa legítima foral de los *cinco sueldos* que, en un principio, parece se aplicó para apartamiento de los hijos naturales y, en una fase posterior de evolución hacia la libertad de testar, se hizo extensiva a los hijos de legítimo matrimonio.

92 Según FGN 3,20,1 (*vid.* texto en nota 91), es claro que la vecindad que se asigne a los hijos de barragana ha de ser sin menoscabo de las arras, salvo que hubiere consentimiento de la mujer y de las *creaturas de pareylla*. Pero si el padre careciese de otros bienes en que instituir a los hijos naturales, la vecindad de éstos se atribuirá con cargo a las arras, mas en tal caso corresponde a la mujer y a los hijos legítimos la facultad de decidir qué bienes ha de asignarse para el pago de la vecindad a los hijos de barragana.

93 FGN 4,4,1: Si alguno oviere fillos ó fillas de ganancia, otorgando el padre que es suyo... Et esta creatura deve partir con las otras creaturas daquell padre, et si nó oviere otra creatura, dévelo todo heredar (ILARREGUI-LA-PUERTA, FGN 92-93).

ñala Gacto Fernández⁹⁴—, el fuero no regula la sucesión testada de los hijos naturales de padres villanos. Alonso⁹⁵ opina que deben ser equiparados a los hijos legítimos, porque, aun cuando el fuero no habla ciertamente de aquéllos, tampoco los excluye, y en tal silencio es muy fundado el argumento de paridad de la sucesión intestada con la testamentaria, habida cuenta de que en aquélla los hijos naturales de padres villanos concurren igual y conjuntamente con los hijos de legítimo matrimonio⁹⁶. Estimo que la cuestión es dudosa y no aparece claramente resuelta según el contexto del Fuero General. No obstante la opinión de Alonso, quizá fuera más exacto suponer que los hijos naturales de padres villanos tienen en la sucesión voluntaria de éstos los mismos derechos que los hijos naturales de padres infanzones: es decir, el de recibir, cuando menos, una *vesindat*; y, en defecto de hijos legítimos, el de suceder como únicos herederos forzosos. Una opinión fundada sólo podría ser emitida luego de análisis sistemático de un gran número de documentos.

c) Los *hijos adulterinos*, así de infanzones como de villanos, nada tienen derecho a heredar, ni deben recibir cosa alguna de su madre o de su padre, salvo si éstos, voluntariamente, les dejasen algo en concepto de alimentos⁹⁷.

94. Enrique GACTO FERNÁNDEZ, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho n.º 5, Sevilla 1969, pág. 193.

95. ALONSO, *Recopilación I*, 338.

96. FGN 4,2,22.

97. FGN 4,3,9: Nuill ombre casado si forzare muyller casada ó la levare por fuerza, . . . Ad aqueste ombre que faz la fuerza, los parientes deylla deven desafiar et matar si non rendiere aqueylla. Los parientes suyos nol deven albergar nin dar conseyllo ni ajuda. Et si fizieren creaturas, non deven heredar en las heredades deyillos (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 91-92). FGN 4,3,11.

Quantos males et quoantas penas han creaturas feytas en adulterio, et qué calonia han villanos que fazen adulterio Marido et muger yfanzones casados ensemble, oviendo creaturas, si el mando ó la muger fazen creaturas en otro lugar en putage, esta creatura non la deve criar ninguno del parentesco. nin las creaturas de pareylla non lo deven tenir por hermano, nin deve heredar lo de su padre nin de la madre. Quoando fuere grand non deve ser recibido nin por fianza, nin por ferme, nin por testimonio, nin por iurador en ninguna egle-sia. Otrossi, marido et muyller villanos casados ensemble, si algunos deyillos fiziere creatura en otro lugar, non debe ser rezebido mas que el del yfanzon en ninguna cosa; et demás deve meyo homicidio, quoral es en la comarca ond eyllos

d) Respecto a los *hermanos y otros parientes colaterales*, podría pensarse que en FGN no hay razón que autorice a considerarlos como herederos forzosos, en defecto de descendientes legítimos y naturales. Sin embargo, en dicho fuero hay huellas de la idea de comunidad familiar que se traduce en instituciones concretas como el retracto gentilicio⁹⁸. E inclusive, respecto a los infanzones, varios capítulos de FGN parecen presuponer un derecho de expectativa hereditaria a favor de los hermanos varones —como herederos forzosos— respecto a la hermana soltera o la hermana viuda, sin hijos, que lleva vida deshonestista y que, por tal razón, es desheredada⁹⁹.

son (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 92). FGN 4,3,13: *Qué puede aver el que es nascido en adulterio*. Sobre esto dize el fuero que desque sabido es que es en adulterio nascido, que ninguna cosa non deve aver de los bienes de su padre, si el padre non deysare por su cosiment alguna cosa. Aquest mismo fuero de la muyller casada si ha fillo ó filla en adulterio (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 92).

98 FGN 3,12,14; 3,12,15; y 3,12,20.

99. FGN 4,1,2: *Cómo casa yfanzon á su fija por escossa, et á qué prueva la deve poner, et qui la puede desheredar si non fuere fayllada escossa; et si creaturas de ganancia fazen en putage, qué pena hán*. Si algun yfanzon quisicte casar su fija por escossa, et ha prezio con otro varon, el padre prenga dos de los parientes suyos et deylla prosmanos, al mas III, et diga a eylla con estos parientes: Casate queremos con fulan que es conveniente para ti. Eylla bien puede desitar á eyll et á un otro, quel prometan por mando, mas el tercero que eyllos li querrán dar, por fuerza ha de prender, et el tercero que aduzen el padre et los parientes, que case con eylla. Et dice el esposo al padre et á los parientes, de grado casaría con eylla si non por el mal precio que ha. Et dice el padre con los parientes, que case con eylla, que no ha tal cosa en eylla, sino el nombre. Faga fiadurias el padre con el esposo, que si fuere el feyto como el precio es, que non case con eylla, et si el feyto non fuere como el precio es, que case con eylla. El padre, el esposo, con otros parientes, prengan tres ó V chandras de creer, et prengan la esposa, et póngala en casa, et báynenla bien, et dénli en las manos goantes, et líguenli las moynecas con sendas cuerdas, en manera que non se pueda soltar, vedando eyllas que non se suelte, et si non culpante que será. Otrossi, fagan el leyto et ytenla, catando en los cabeyllos et en otros miembros si tiene aguylla otra cosa atal que pueda sacar sangre, et adugan al esposo, et fáganlo echar con eylla al esposo; et las fieles iagan en aqueilla misma casa, et eyll levantando, caten el leyto. Si las demas dixieren que sávana traysso, case con eylla; et si las demas dixieren que non traysso sávana sea eylla desheredada, et el esposo prenga ferme de sus fiadurias et vaya su via, et eylla finque desheredada. Empero este desheredamiento no es dado á padre, ni á madre, ni á hermanas, ni á fijos de hermanos, ni á fillo de baragana, mas es dado á fijo mayor de pareylla, ó á su fillo, ó a su primo

Aun reconocido que tales argumentos pueden estimarse bastante endebles, opino sin embargo que ciertas consideraciones abonan la idea de que los hermanos y los colaterales más lejanos —hasta primo hermano, por analogía con el criterio seguido para el retracto gentilicio¹⁰⁰— deben ser conceptuados, dentro del sistema de FGN, como

cormano mayor de pareylla, ó á parientes cercanos del padre; et non oviendo parientes prosmanos del padre, déyssenla en paz. Hermanas de pareylla nin creaturas deyllas, no han dreyto de desheredar la una á la otra, ni ninguna parienta. Si est yfanzon si non oviere si non las fillas, el hermano mayor del padre puede demandar también como el hermano mayor de pareylla todos los dreytos que de suso son scriptos, si nó oviere parient prosmano. Creaturas de ganancia, si fizieren putage deven ser deseredadas (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 85-86) FGN 4,3,1: *Quoando alguna dueyna saylle con fidalgo et los parientes deylla dizen que por fuerza la sacó et eyll diz que nó, que deve ser feyto.* Dueyna si se fuere con fidalgo ninguno, diziendo los parientes deylla que por fuerza la lleva, diziendo el ynfanzon, non por fuerza mas con placcr deylla, deve ser puesta en meanedo desta manera: los parientes deyll et deylla deven poner bonos ombres por fieles, III ó V, poniendo plazo en logar sabido entrantas las partidas; et deven poner á eylla estos fieles en meanedo entre los parientes deylla et daqueill qui la levó; et deven mostrar el padre ó la madre si los ha, et si nó á los mas zercanos parientes deylla desent ad aqueill qui la levó. Desent dévenla tornar de cara que sea por comunal á entrambas las partidas, et si fuere á los parientes deve yssir por enemigo el yfanzon que la levó. et el Rey deve emparar lo suyo; et si fuere con aqueill qui la levó, el hermano deve emparar lo suyo et desheredarla (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 89) FGN 4,3,5: *Biuda que faz putage por quien et cómo deve ser desheredada* Muger yfanzona biuda non oviendo creaturas si fiziere putage et se empreynna, el hermano mayor de pareylla deylla si dixere: Hermana, dizenme que sodes preynada, fuero es que el hermano mayor deve ver a eylla en el vientre con la mano si es preynada. Apuestament creyendo que es preynada, deve imbiar por parientes de partes de su padre, de si, et deylla por los mas cercanos, déve'a prender el hermano et levarla de las tres heredades. ó de las II. ó de la una heredat, á quoyal mas quisiere, que sea de la natura de entrambos, et goárdenla de día et de noche bien ata el tiempo del parto. Entonze sponiendo el hermano que eylla quiere parir, envie por parientes zercanos de si et de eylla, et con conseyllo deyillos aduga bonas echandras, III ó V quando eylla oviere á parir. Estas V chandras aduytas veyendo yssir la creatura del vientre con estos parientes que vean entre las piernas la creatura, con atanto deve ser desheredada (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 91).

100. FGN 2,2,6: Todo ombre que mueve pleyto de heredat delante el alcalde,: en qual voz demandare, de avolorio, et de patremonio, ó de parentesco, el avuelo dentro seyendo, ata primo cormano puede demandar por razon de parentesco (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 15)

herederos forzosos en defecto de descendientes legítimos o naturales. Primeramente, no debe dejarse en olvido el hecho de que dicho fuero no se preocupa de establecer un orden sucesorio completo, que más bien aparece supuesto, y que se formula fragmentariamente en preceptos dispersos y no siempre claros ni precisos. En segundo término, precisa recordar que en algún fuero local navarro, como el F Viguera y Val de Funes, se establece explícitamente que el infanzón sin hijos *puede a otro infancon afijar, pero dando a sus parientes más cercanos vna hereditat por reconocimjento*¹⁰¹; y parece lógico deducir que tal apartamiento de los parientes dejándoles una heredad presupone considerarlos como herederos forzosos en defecto de descendientes¹⁰². Una prueba documental de que los colaterales ostentan cierta cualidad de sucesores forzosos la encontramos en el hecho significativo de que en testamentos de época muy posterior (siglo XVI), cuando ya la libertad de testar se ha abierto paso en la vida jurídica navarra, los testadores que carecen de hijos se preocupan de apartar a los otros parientes con algo de tierra y unos pocos sueldos, expresión simbólica de cierta expectativa hereditaria que antaño fuera más fuerte y entonces se encuentra ya muy debilitada¹⁰³. Finalmen-

101. F Viguera y Val Funes, 479 *De afijar* Otrosí, si el infanzón lindo, o otro ququalquiere no oujendo fijos, con firmança de la vezindat puede a otro infancón afijar dando de sus bienes a sus parientes más cercanos vna hereditat por reconocimjento, e tal fijo puede heredar todos los bienes, así es como si fues de bendicion e es tenjdo de pagar todas sus deudas. Y el parrf. 476 del mismo fuero parece reconocer también la cualidad de herederos forzosos en los parientes colaterales, en defecto de hijo legítimo o natural, y los antepone a los hijos adulterinos. Dice así: 476. *De fijo de fornutio* Omne que fuere de fornycación, de padre soltero e de casada, o de dos casados que no sean de vna bendición, non debe heredar, mas heredaran los parientes más cercanos de los padres. RAMOS LOSCERTALES, *Fuero de Viguera y Val de Funes (Edición crítica)*, Salamanca 1956, 87.

102. La expectativa sucesoria de los hermanos viene asimismo confirmada por el hecho de que, a veces, éstos concurren para ratificar actos de disposición a título lucrativo otorgados a favor de comunidades religiosas. En un documento del año 1202 (diciembre), Fortunio de Subiza da al Hospital de Bargota unas heredades en Subiza; y en la suscripción se dice: “. .Hoc donativum fuit factum in presencia ...et domna Oria Guerra et domna María de Taissonas, sorores nostras...” (GARCÍA LARRAGUETA, *Jerusalén II*, doc 126, pág. 131).

103. Por vía de ejemplo cabe reseñar los siguientes documentos inéditos, existentes en el *Archivo de Protocolos de Pamplona*, y de los que, en razón

te, hay que recordar que, según el F Vizcaya —que tantas coincidencias guarda con el FGN en materia de régimen de bienes en la

de brevedad, copio sólo la cláusula pertinente: I. Testamento de hermandad entre los cónyuges Martín Sanz de Bengoechea y Catalina de Etondo, vecinos de Leiza, otorgado el 27 abril 1541 ante Juan de Leiza, notario de la misma villa (del testamento resulta que no hay hijos del matrimonio, aunque sí existe uno de anteriores nupcias de la testadora): "...Item hordenamos y mandamos, y dexamos por legitima herencia segunt fuero de Nabarra al dicho Marticho (*sobrino de los otorgantes*) por parte de bienes muebles cinco groses y por parte de bienes terribles la nuestra pieça de Azcue, afrontada de la una parte con la pieça de Etomby y de la otra con la pieça de Etomby y de la otra con la pieça de Ayopiln (?), y de la otra parte con la pieça de Alli; y con esto le desheredamos, apartamos y redramos de todos nuestros bienes muebles, y rayzes que tenemos..." (APP, n. 669, año 1541, doc. 1, fol. 2 v^o). II. Testamento de Catalina de Agorreta, vecina de Pamplona, otorgado el 11 enero 1552 ante Juan de Arano, notario de Yaben: "...Item dexo y mando a don Joan de Agorreta y Pedro de Agorreta mis hermanos y a todos y quolesquiere otras personas que se hallare por drecho o fuero que pueden heredar de mis vienes de legitima herencia, de parte de vienes muebles cada cinco sueldos, y de parte de vienes terribles, porque no tengo bienes terribles algunos, cada otros cinco sueldos, y con tanto los desheredo y aparto de todo lo que podrian haver y heredar de mis vienes..." (APP, n. 896, año 1552, doc. sin n., fol. 2 r^o). III. Testamento de Don Martín de Urdánoz, vicario de la Parroquia de Santiago, de Puente la Reina, otorgado el 14 febrero 1555 ante Pedro de Jacua, notario de dicha Villa.—"...Item quiero, hordeno y mando y por legitima herencia heredo y dexo a todos mis hermanos y hermanas, primos y primas, sobrinos y sobrinas, y a todos los otros parientes que de my el dicho testador pretienden aver, o heredar alguna cosa de mis bienes, pues no tengo bienes algunos terribles para les dexar por parte de bienes terribles cosa alguna, por su herencio les dexo en bienes muebles cada diez sueldos de dineros carlines, y con tanto los arredro y aparto de todos quantos y quales quiere mis bienes y herencio..." (APP, n. 742, año 1555, doc. 1). IV. Testamento de hermandad de los cónyuges Hernaut de Esparza y María Miguel de Azterayu, vecinos de Azterayu, otorgado el 12 octubre 1589 ante Martín de Laragueta, escribano de Asián —"...Item instituyamos por nuestro heredero unibersal de todos nuestros bienes, drechos y acciones a cada uno de nos pertenecientes aqui en este reyno como fuera del al sobreviviente de nos, de todo lo remanente de nuestros dichos bienes despues de cumplido con todo lo contenido en este nuestro testamento, y a todas las demas personas interesadas a nuestros dichos bienes los desheredamos, arredramos y apartamos de todos ellos, señalandoles a los tales por su legitima parte y voz de bienes rayzes a cada diez sueldos febles y por parte y voz de vienes muebles a cada cinco sueldos febles y con esto los desheredamos, arredramos y apartamos de todos ellos como dicho tenemos..." (APP, n. 459, año 1589, doc. sin n., fol. 2 r^o). V. Testamento de

familia ¹⁰⁴—, los parientes próximos tronqueros son herederos forzosos en cuanto a los bienes raíces, en defecto de descendientes, pero

Graciana Sanz de Azcona, mujer de Corbo:án Beruete, vecina de Puente la Reina, otorgado el 27 julio 1592 ante Martín de Riezu, escribano de Puente la Reina.—“...Itten digo y declaro no tengo creaturas algunas, y en caso sea necesario señalar legitima, señalo para los que tienen derecho a mis bienes a cada diez sueldos carlines por bienes muebles y cada sendas arençadas de tierra por parte de bienes rayces en los bienes comunes concegiles de la dicha villa, y con esto los desheredo y arredro y aparto de mis bienes y herencio...” (APP, sin n. de orden, año 1592, doc. 1). VI. Testamento de Teresa de Olcoz, vecina de Arteta, otorgado el 18 julio 1596 ante Juan de Riezu, escribano de Puente la Reina.—“...Item digo y manifiesto yo la dicha testadora que no tengo hijos algunos, y si caso pareciere a tener alguno drecho alguno a mis bienes le desheredo y aparto de aquellos con una arençada de tierra en los bagos concigiles del dicho lugar de Arteta, y con cinco sueldos carlines, y con esto redro y aparto de todos mis bienes assi muebles como rayzes que en qualquiera manera de my podria haber y heredar, porque asi es my voluntad...” (APP, n. 747, año 1596, doc. 1, fols. 1 vtº. y 2 rtº.). VII Incluso en época mucho más tardía, cabe citar el siguiente documento que publica FLORENCIO IDOATE IRAGUI (*El Señorío de Sarriá*, Pamplona 1959, doc. 52, página 649). Testamento de Don Luis Ayanz de Arbizu, Conde de Guenduláin, otorgado el 5 febrero 1693 ante Martín de Larráinzar, notario de Puente la Reina —“...Item, declaro que de el matrimonio que in facie ecclesie contrahe con la dicha señora mi prima y esposa, Doña Josepha Antonia de Lodosa y Redin, tengo dos hijas llamadas Doña Maria Basilia y Doña Lorenza Tiburtia de Arbizu y Lodosa, a las quales y al Señor Don Francisco de Arbizu, mi padre y Señor Conde de Guendulayn, y a la Señora Doña Leonor de Arbizu mujer del Señor Don Jose Carlos de Mencos, y a la madre Agustina de la Anunciación, religiosa en el Combento de las Carmelitas Descalzas de la ciudad de Pamplona, y a la Señora Doña Juana de Arbizu, religiosa en el real conbento de Santa Engracia extremuros de dicha ciudad, y a la madre Ignacia de la Concepción, religiosa en el combento de religiosas descalzas de la ciudad de Tafalla, mis hermanas, y a los demas mis deudos y parientes y demas personas que tienen o pudieran pretender tener drecho y accion a mis vienes libres, drechos y acciones habidos y por haber, deho y señalo por via de institucion y legitima de herencia, segun fuero y leyes de este Reyno de Nauarra, por parte de vienes muebles a cada cinco sueldos carlines y por parte de los rayzes a sendas arinzadas de tierra en lo mas esteril de mis bienes libres rayzes, en lo qual los heredo y de todo lo demás que en dichos mis bienes libres pudieren pretender, los desheredo, redro y aparto para que no puedan pretender otra cosa en ellos, escepto lo que abajo se hara mención.”

104. Tanto el FGN como los Fueros de Vizcaya (así el Fuero Viejo de 1482 como el Fuero Nuevo de 1527) hacen depender el régimen matrimonial de bienes de la existencia o carencia de hijos legítimos al fallecimiento de uno

el testador puede elegir libremente entre dichos parientes, *apartando á los otros parientes propinquos con alguna parte de bienes raices, poco o mucho, lo que quisiere*¹⁰⁵. Mientras en el Derecho de Vizcaya ha

de los cónyuges: en el primer caso, comunidad universal, y en el segundo, comunidad limitada, ya de muebles y adquisiciones (según FGN y F Viejo de Vizcaya) ya sólo de adquisiciones (en F Nuevo de Vizcaya). De todo ello trato con detenimiento en mi artículo *Fuero General de Navarra 4,2,3. El cónyuge viudo que tiene "fealdar", ¿puede enajenar en caso de necesidad?*, en *Anuario de Derecho Civil* (1974-1, enero-marzo) especialmente págs. 136-156, y sus notas 127 a 150.

105. Así resulta tanto del Fuero Viejo de Vizcaya como del Fuero Nuevo. I. *Fuero Viejo* (año 1482). *Título de las herencia e formamientos, ley 12.^a*. Otro si dijeron que abian de fuero uso é costumbre que ome alguno ó mujer no pueda fazer donazion á persona estraña abiendo herederos ó descendientes ó parientes propinquos de traviesa que ayan derecho de hereda (*sic*) de bienes raizes que aya, á salbo de los bienes muebles, Que pueda fazer lo que quisiere, y si bienes muebles no obiere que pueda dar la quinta parte de sus bienes raizes por su alma é no mas. *Título de los testamentos y Mandas y cuacis deven valer ó no, ley 2.^a*. Otro si dijeron que por quanto abian de Uso y costumbre que ombre ó mujer que no obiese herederos descendientes no pudiese dar por su Alma ni en otra manera alguna á algunos bienes raizes á algunos que obiesen de bolego, salbo á los parientes mas zercanos de la linia de donde depende la tal herencia, y de los vienes muebles que pueda fazer cada uno lo que quisiere, lo qual entendian que era de enmendar y enmendando dijeron, que hordenaban y establescian que todo ombre ó mujer que no obiere tales herederos descendientes Pueda mandar é dar por su Alma la quinta parte de los tales bienes raizes no habiendo muebles. y si vienes muebles obiere falta la Montanza de quinta parte de los tales vienes raizes que no pueda dar ni mandar de los tales vienes raizes, salbo á sus herederos que pueda dar á qualquier de los Parientes Propinquos que quisiere, apartando á los otros Parientes Propinquos con alguna Parte de bienes raizes poco ó mucho lo que quisiere, Y de los bienes muebles que pueda fazer lo que quisiere. (Tomo estos textos de LABAYRU Y GOICOECHEA, *Historia General del Señorío de Vizcaya*, en la *Biblioteca de la Gran Enciclopedia Vasca* III, Bilbao 1968, 175 y 177-178) II. *Fuero Nuevo* (año 1527). Tít 20. ley 14. *En que mancia se puede disponer de los bienes muebles, y rayzes, y tronquios aviendo hijos, y no los aviendo* Otrosi, dixeron: Que avian de Fuero, vso, y costumbre, y establecian por Ley que qualquier home, ó muger que oviere bienes muebles assi vacas, ó bueyes, ó otros qualesquier ganados, y ropas de lino, ó lana, ó oro, ó plata, y otros qualesquier bienes muebles, en caso que tenga hijos, ó descendientes, ó acendientes legitimos, pueda mandar, y disponer de todo lo tal fasta el quinto de todo sus bienes muebles, y rayzes. y no mas: Y á falta de los tales decendientes, y acendientes legitimos, pueda disponer de todo el

persistido la cualidad de herederos forzosos en los colaterales tronqueros, por el contrario, en Derecho navarro, ya en tiempo del F Ge-

mueble á su voluntad, reservando la raiz para los profincos tronqueros: Con que si deudas oviere, y bienes muebles el que tal raiz tuviere, de lo mueble se paguen las deudas, y no de la raiz. Tít. 21, ley 6. *Como el marido, y muger pueden disponer juntos de sus bienes, y cada vno por si.* Otrosi, dixeron: Que avian de Fuero, y establecian por Ley, que assi como marido, y muger ambos juntamente pueden dar, y donar, ó mandar lo suyo á vno de sus hijos de muchos que ayan, y tengan, ó decendientes, ó (á falta dellos) á los acendientes, ó tronqueros profincos de traviessa, apartando á todos los otros con poco, ó mucho de tierra; assi, y de la mesma manera puedan ambos, y dos en su fin, y postrimera voluntad mandarlo, y destribuirlo. Y no solamente ambos, y dos juntamente; pero cada vno dellos pueda por si, y apartadamente el vno sin el otro disponer de su meytad entre los dichos sus decendientes, ó acendientes, ó transversales, segun, y de la forma que de suso está declarado. Tít. 21, ley 10. *De lo que se puede mandar por el Anima.* Otrosi, dixeron: Que avian de Fuero, y establecian por Ley, que home, ni muger, que no aya herederos, decendientes, ni acendientes, no pueda dar, ni mandar por su alma mas de la quinta parte de los bienes rayzes; y aun este quinto, no aviendo bienes muebles: Ca si oviere mueble, que montare la quinta parte de la raiz, no pueda dar, ni mandar en vida, ni en muerte, de los bienes rayzes, aunque sean comprados, ó de otra qualquier manera adquiridos por el Testador, salvo á sus herederos profincos, y tronqueros, que conforme á este Fuero deban heredar, y que el Testador eligiere, y quisiere nombrar, que sucedan en ellos, aunque sean en grado mas remotos que otro, ó otros profincos tronqueros mas cercanos, aunque sean comprados, ó adquiridos en vida, apartando á los otros parientes profincos con algo de raiz, poco, o mucho; y que de lo mueble pueda hazer lo que quisiere. (*Fveros, franquezas, libertades, bvenos vsos, y costumbres, del Mvy Noble, y Mvy Leal, Señorío de Vizcaya, confirmados por el Rey Don Phelipe Quinto, Nuestro Señor, y por los Señores Reyes sus Preceçores. Impresso en Bilbao: Por Antonio de Zafra, Impressor del M. N. y M. L. Señorío de Vizcaya, sin año; págs. 118, 125-126 y 128-129.*) III. La vigente *Compilación de Derecho Civil foral de Vizcaya y Alava* (aprobada por ley de 30 de junio de 1959) recoge y conserva esencialmente ese sistema sucesorio (arts. 21 a 30). Sobre el sistema de sucesión forzosa a favor de los colaterales, en el Derecho vizcaíno histórico y sigiente: Diego ANGULO LAGUNA, *Derecho privado de Vizcaya*, Madrid 1903, 149-187; Rodrigo JADO Y VENTADES, *Derecho civil de Vizcaya*, Bilbao 1923, 284-354; Adrián CELAYA IBARRA, *Vizcaya y su Fuero civil*, Pamplona 1965, 235-267 y 280-281; del mismo autor, *El Derecho foral de Vizcaya en la actualidad*. Edición separada de la *Gian Enciclopedia Vasca*, Bilbao 1970, 63-70 y 96-98; y José María de ESJAVIERRÍA, *El apartamiento en el Fuero y en la Compilación de Derecho civil de Vizcaya*, en *Estudios de Deusto* VII, n. 14 (julio-diciembre 1959) 399-453.

neral y del F Viguera y Val de Funes, se había debilitado y casi disipado ese carácter de sucesores forzosos en los parientes colaterales; sin perjuicio de que, todavía en siglos posteriores, encontremos vestigios de esa idea, traducida en el apartamiento de los colaterales, que los testadores se consideran precisados a hacer mediante la institución en unos sueldos y un poco de tierra que, finalmente, llega a ser puramente simbólica o formularia

Con todo —y aun admitido que, en la época del Fuero General, los hermanos y otros parientes colaterales fuesen considerados como hederos forzosos—, un extremo de difícil determinación es el del alcance o cuantía de tal expectativa sucesoria. A la vista de los datos que conocemos, tal vez no resulte aventurado suponer que el testador cumpliría con dejar algo —raíz o mueble— a los más próximos parientes. Induce a pensar así que el mismo fenómeno de exclusión o apartamiento, casi formulario, de los parientes colaterales se registra análogamente durante la Edad Media en los documentos de los mozárabes de Toledo¹⁰⁶. También fuera de España podemos constatar el

106. La interesante obra de Angel GONZÁLEZ PALENCIA, *Los mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII*, Madrid 1926-1930, 4 vols. ofrece abundante documentación de los mozárabes toledanos en la que donantes y testadores apartan de su herencia a hermanos y otros parientes colaterales, mediante la institución en *cinco sueldos (o cinco dineros) y una meaja (medalla)*, a fin de que, por este medio, quede excluida toda posible reclamación a la herencia. (Sobre estas monedas, vid *op. cit.*, vol. preliminar, págs. 293-295). Advierte el P. LÓPEZ ORTIZ (recensión de dicha obra en AHDE VIII [1931] 547) que, aunque la traducción de los documentos, del árabe al castellano, no es literal, sin embargo, “el extracto es de tal amplitud y detalle, que se puede perfectamente utilizar como traducción”. Por ello, al hacer la reseña de tales documentos, reproduzco literalmente —sólo en su parte pertinente, por razones de brevedad— el texto de la traducción. I. Doc. núm. 738 (1187, abril). Doña Sol hace donación a varios sobrinos, y dispone que “darán también a su hermana doña Leocadia un mizcal, 5 dineros y una *medalla* por lo que le corresponde de herencia” (III, pág. 11). II. Doc. núm. 977 (1185, julio). Los cónyuges Berenguer y María Nicolás otorgan capitulaciones matrimoniales, pactan entre sí comunidad universal de bienes y disponen “que si falleciere esta Maria citada y no dejare hijo o hija de su dicho esposo, hace donacion a éste de todo lo que ella dejare en herencia, sea poco o mucho, de cualquier clase que fueren los bienes que ella dejare y de cualquier modo adquiridos, sin que nadie de sus parientes, próximo o lejano, se oponga a esto; y haga de dichos bienes lo que le convenga después que hubiere dado a sus más

mismo hecho en diversos lugares de Italia ¹⁰⁷ y en ciertas regiones de Francia ¹⁰⁸.

próximos parientes 5 dinares y una *meaja*, cantidad que se rebajará de la herencia de él; sean pocos o muchos [los parientes], no se les dará sino 5 dinares y una *meaja* para distribuirlos entre ellos si están unidos con ella por el primer grado de parentesco, rebajándose esta cantidad del total de bienes que ella dejare; y si el más próximo pariente fuese uno solo, sean para éste sólo los 5 dinares y la *meaja*, sin que participen los demás de los bienes que ella dejare en herencia a su marido" (III, pág. 314-315). III. Doc. núm. 1018 (1180, mayo). Testamento de Leocadia, en que ésta instituye heredero al marido, y deja: "A su *sobrino* Pelayo, cinco dineros, y con esto se corta su derecho a la herencia. A sus *sobrinos*, los hijos de Micael, cinco dineros para todos. A Freir Juan ¿Caras?, cinco dineros" (III, pág. 388). IV. Doc. 1019 (1185, noviembre). "Carta de hermandad entre don Munio Armílez y su esposa doña Sancha, por la que convienen en que cuando muera uno de ellos pague el superviviente los gastos del entierro, según sea costumbre, y entregue al pariente más cercano cinco sueldos y una *medalla*, como parte de la herencia, quedándose con todos los demás bienes del difunto, muebles o inmuebles, sin que se oponga nadie a esta determinación" (III, pág. 389). V. Doc. número 1021 (1195, marzo). Testamento de doña Orabona, en el que ésta ordena varios legados a favor de sus sobrinos, deja el remanente de los bienes para misas y a los pobres por amor de Dios y "aparta de la herencia a su hermana Solí, dándole cinco sueldos y una *medalla*" (III, pág. 393). VI. Doc. núm. 1022 (1209, julio). Doña Charina, esposa que fue de Don Mojiel el Carnicero, otorga testamento en el que ordena disposiciones piadosas y legados varios y dice que "para apartar a Elvira (*su sobrina*), o a cualquier otro pariente, que pueda reclamar, les da su legítima de cinco dineros y una *medalla*, con lo cual cotta todo su derecho a reclamar" (III, págs. 395-396). VII. Doc. núm. 1026 (1216, marzo). Don Fernando Juanes otorga testamento con legados a favor de varios sobrinos, deja el resto a los *freires de Calatrava* y dispone lo siguiente: "Aparta de su herencia a su hermana doña María, y prohíbe las reclamaciones que pueda hacer contra el testamento, así como también las de sus sobrinos, que si no se conformaren con lo que les da, no les darán nada, sino cinco sueldos y una *medalla*" (III, pág. 405). VIII. Doc. núm. 1027 (1232, agosto). Testamento de doña María Domingo, en el que deja heredero a su esposo don Domingo Yago, en estos términos: "El remanente de mis bienes, muchos o pocos, que sea para tí, como donación que yo te hago, y que nadie se oponga a ello, puesto que tú lo has ganado; y aparto a mi pariente más próximo de mis bienes, con cinco sueldos y una *medalla* que tú le darás" (III, pág. 407). IX. Doc. núm. 1029 (1253, junio) Don Pedro Sancho otorga testamento, que contiene legados piadosos, y mandas a parientes y en favor de la esposa, el resto lo deja a su pariente don Martín Jiménez y, finalmente, dispone: "Corta el derecho de su más próximo pariente a la herencia con cinco sueldos y una

e) No puede haber duda de que, según FGN, los *ascendientes* carecen de la condición de herederos forzosos, incluso en defecto de

medalla, y prohíbe la reclamación de sus parientes contra este testamento, castigando al que reclamare con la pérdida de la manda, que se aplicaría por el alma del testador" (III, págs. 411-412). X. Doc. núm. 1030 (1266, mayo). Don Alfonso Mateos ordena testamento con numerosos legados en favor de su esposa y de diversos parientes, y dispone: "Corta el testador toda reclamación con los cinco sueldos y la meaja, y si algún legatario se opone al testamento, no se le dará su manda" (III, pág. 419). Considero de interés resaltar la coincidencia o semejanza de esta institución (*cinco sueldos y una meaja*) con la legítima foral navarra (*cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles*) y la legítima del Derecho aragonés histórico (*cinco sueldos jaqueses por muebles y cinco por inmuebles*). La presencia reiterada de tal fórmula en los testamentos de los mozárabes de Toledo suscita temas sugerentes; y no deja de sorprender esa exclusión de los hermanos y colaterales si se piensa que, según el *Liber Iudiciorum* (4,5,1 y 2), por el que se regían los mozárabes, sólo los hijos y nietos legítimos tenían la consideración de herederos forzosos. Cabría conjeturar que ese reconocimiento de una expectativa sucesoria en los parientes colaterales tenía fundamento: a) o bien en la influencia del Derecho mulsumán, según el cual los hermanos y otros parientes colaterales entran en el orden de los legitimarios (Cfr. José LÓPEZ ORTIZ, *Derecho mulsumán*, Barcelona, 1932, 214-220); b) o bien en una persistencia consuetudinaria del Derecho contenido en el *Breviario de Alarico* (2,19,1) que, en ciertos supuestos, permite a los hermanos consanguíneos, no a los uterinos, impugnar el testamento inoficioso. En cualquier hipótesis, el tratamiento del tema exigiría un estudio más profundo, y excede de los fines de esta nota en la que pretendo, tan sólo, llamar la atención sobre la práctica, que los testamentos de los mozárabes de Toledo ponen de manifiesto, en cuanto a la fórmula de exclusión sucesoria de los colaterales mediante una institución mínima. En cuanto al origen de tal fórmula en sí, y su concreción en los cinco sueldos, cabría pensar en una posible influencia franca. Recuérdese que, a raíz de la reconquista de Toledo, en esta ciudad existe una importante población de francos. (Sobre esto, *vid.* GONZÁLEZ PALENCIA, *cit.*, vol. preliminar, págs. 140-142; y Juan FRANCISCO RIVERA RECIO, *Reconquista y repobladores del antiguo Reino de Toledo en Anales Toledanos I* (1967) 1-55, en especial 45-47). Considerada la cuestión en términos más generales, se relaciona también con el tema del origen de las legítimas forales de Navarra y de Aragón, respecto a las que opino existe indudable influencia del Derecho francés de la Alta Edad Media.

107. En relación a la Alta Edad Media italiana merecen ser señalados el estudio de Giannino FERRARI DALLE SPADE, *Ricerche sul diritto ereditario in Occidente nell-alto medioevo con speciale riguardo all'Italia*, Padua 1914 (recogido en *Scritti Giuridici II* [Milán 1954] 1-172, en especial 89-107), y el de Nino TAMASSIA, *La falcidia nei più antichi documenti del Medio Evo*, en *Me-*

hermanos u otros parientes colaterales. En la misma sucesión legal, y respecto al caso de herencia del hijo muerto sin descendencia, el

morie del R. Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti XXVII, n. 4 (recogido en *Scritti di Storia Giuridica* III [Padua 1969] 609-657, en especial 639-657). La abundante aportación documental contenida en ambos trabajos—señaladamente el de Gamassia—acreditan la práctica alto-medieval italiana de apartar de la herencia a los hermanos y otros parientes mediante legados de algo de tierra o de un poco de dinero, sin duda con la finalidad de excluir la *querela inofficiosi* y, de este modo, asegurar así mejor la inatacabilidad del acto dispositivo en favor de terceros.

108. Así, para Lyon cabe reseñar los siguientes testamentos que publica C. ABOUCAYA, *Le testament lyonnais. De la fin du XV^e siècle au milieu au XVIII^e siècle*, en *Anales de l'Université de Lyon*, troisième série, Droit, fasc. 21, Paris 1961: *Testamento de Isabelle Verda* (1539, julio 17) "...item ladite testatresse donne et lègue, et par droit d'institution délaisse á tous ses parans, et amys qui vouldroyent demander ou quereller aulcune chose sur sesdits biens, à chacun d'eulx la somme de cinq sols tournoys, monnoi susdite, pour une foys tant seullement, laquelle somme de cinq solz tornois elle veult et ordonne leur estre payée par sondit héritier après nommé ung any finey et accompli après son décès, à compter du jour et datte d'icelluy, et ce pour tour droiz, nom et actions, part et portion succession légitime, supplément d'icelle et quelzconques autres réclamations à iceulx parans et amys à chacun d'eulx appartenans et que leur pourroit compéter et appartenir ores et pour le temps advenir en sesdits biens, iceulx et chacun d'eulx faisant en ce ses héritiers particuliers, tellement qu'ilz ou l'un d'eulx ne puissent ou doibvent aultre chose quereller ou demander, ains de ne se contenter; ..." (*cit.*, pág. 180). *Testamento de Bernard Salomon* (1559, octubre, 19): "... Item, donne et par droict d'institution à ses parents et amis pretendants droictz, à chascun 5 sols..." (*cit.* pág. 185). *Testamento de Louise Carlin* (1565, abril, 8): "... Item, ladite testatrice a donné et légué et par droit d'institution a tous aultres prétendants avoir droict sur sesdites biens la somme de cinq sols tournois, laquelle leur veult estre payée, et à chacun d'eulx pour une fois, aprez le décez d'icelle testatrice, et á ce les a faicts et instituez par chacun d'eulx ses héritiers, sans pouvoir aultre chose quereller ne demander sus sesdits biens..." (*cit.*, pág. 190). *Testamento ológrafo de Marc Clemençon* (1666, abril, 3): "... Item, je donne et lègue à tous chacun de mes parents et alliés prétendants droit en mes bienes et hoyrie à chacun cinq sols pour une fois payable en faisant apparoir de leurs droits..." (*cit.*, pág. 200). *Testamento cerrado (testament mystique) de François de Mornieu* (1684, mayo, 11): "... Item, je donne legue à tous les parens ou pretendants droict en ma succession, biens et hoirie, à chacun d'eux cinq solz, pour une fois payables aussy tost qu'ils auront justifié de leur qualité pour tous droictz, les instituant mes heritiers particuliers..." (*cit.*, pág. 203). Para la cercana región de Forez, y durante el siglo XIV, lo ha registrado con amplia documentación Marguerite GONON, *Les institutions et la société en Forez au XIV^e siècle d'après les*

fuero reconoce como herederos a los hermanos y, a falta de éstos, a los otros colaterales. Mas todavía: FGN prohíbe a los hijos donar heredades al padre o madre, si bien autoriza la donación de bienes muebles¹⁰⁹. Todo ello es conforme con el principio de troncalidad y con la regla de que los propios no suben. Pero, a mayor abundamiento, tenemos el testimonio del jurista estellés Martínez de Olano, quien, en 1575, señala decididamente la diferencia en este punto entre el De-

testaments, Macon 1960, 85-87. “La parentèle pouvait peut-être prétendre à un droit, anciennement fixé par la coutume locale, dans les biens d’un testateur sans enfant, instituant héritier son conjoint ou un collatéral, un ami, les pauvres ou une personne morale. Ce droit de la parentèle est, le plus souvent, réduit à 5 sous pour tous droits des frères et soeurs et “omnibus illis quorum interest vel qui crederunt alliquid jus habere in bonis ipsius testatoris”, “omnibus personis de genere suo, tam vir quam mulier”; la formule la plus courante est aussi la plus brève: “pro omni jure”. Une seul fois, le scribe négligea de préciser que ces 5 sous étaient laissés pour tous droits. Ce legs de 5 sous pour tous droits à la parentèle ne représentait pas grand chose au XIV^e s.; la coutume avait dû s’en établir vers 1150, alors qu’une “vache dotale” valait 7 sous forts; puis ces 5 sous, dévalués, firent sourire; et peut-être est-ce l’origine d’une locution forézienne très employée. Dans 12 cas, le testateur préféra léguer à la parentèle une terre par indivis. 17 testateurs donnèrent 10 sous et non 5 à leurs frères et soeurs et 7 testateurs 10 sous “cuilibet de genere suo” ...En résumé, la parentèle semble n’avoir droit à une succession qu’en l’absence d’un héritier direct, enfant ou petit-enfant. Ce droit, théoriquement et anciennement fixé à 5 sous pour chacun des ayants droit, n’était pas issu du droit écrit; et le legs de 5 sous était un legs coutumier que l’on n’omettait pas’. Así, por ejemplo, en el testamento de Gaudemar de Chambeone (1313, abril, 22), se dice: “...Item Martino et aliis fratribus suis. cuilibet ipsorum, jure institutionis, 20 s.v. semel dedit et legavit et de his ipsos voluit esse contentos de bonis et rebus suis et quod nichil amplius possint petere vel exigere in bonis suis...” (Laurent BOYER, *Introduction a l’étude du testament forézien suivie des testaments enregistrés a la Cour de Forez (1310-1313)*, Macon 1964, doc. 162, pág. 389).

109. FGN 2,4,6. *Cómo de creatura non deve tornar al padre, mas al mas prosmo*. Si algun hombre ó alguna muyller hán creaturas, et las creaturas ovieren heredades por dono de padre ó de madre, ó las creaturas ganassen ó conqueriessen algunas heredades et moriesse alguna destas creaturas, las heredades daqueill muerto non deven tornar al padre ni á la madre, mas deven tornar á la hermandat, et si nó ha hermanos, á los mas zercanos parientes sus bienes deven tornar. Maguer la creatura bien puede dar al padre et á la madre del mueble mientre es bivo, et non deve dar de las heredades; et si es casado, la muger bien puede vedar qu non dé de lo de eylla por fuero (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 18).

recho de Navarra y el de Castilla: "*Iure regni Nauarrae non debetur legitima ascendentibus. cap. 3. titu. 7. de los testamentos. lib. 3: fori, ex quo ellicies pulchram differentiam inter ius regium, & illius regni*"¹¹⁰.

3. *La preterición.*—Los efectos jurídicos de la preterición se hallan claramente determinados en el Fuero General. El olvido o la exclusión injusta de un hijo, así legítimo como natural, no perjudica los derechos sucesorios de ese hijo, quien podrá exigirlos íntegramente al fallecimiento del testador que incurrió en la preterición¹¹¹.

Respecto al hijo póstumo a quien el padre, desconociendo el estado de la madre, no le hubiere dejado nada en el testamento, FGN da un tratamiento distinto según sea un hijo natural (*de ganancia*) o un hijo de legítimo matrimonio (*de pareylla*). En el primer caso, el hijo no tiene derecho a heredar; en el segundo, por el contrario, la preterición u olvido del padre, aun por ignorancia de éste, deja a salvo los derechos hereditarios del mismo hijo¹¹². En relación a este supuesto de hijos póstumos es de notar el cuidado con que, en los antiguos testamentos navarros, los escribanos se preocupan de mencionar expresamente, e instituir en la legitima foral, a los hijos concebidos y aún no nacidos¹¹³; y, en el mismo sentido, hay que señalar las advertencias

110. MARTÍNEZ DE OLANO, *Concordia*, CLXVII, n. 11. Conviene advertir que la cita que hace Martínez de Olano —lib 3, tit. 7, cap. 3— se refiere al F Reducido, no al FGN, cuyo correspondiente capítulo de iguales título y libro se rubrica *Quoanta es la pecha que es clamado basto*.

111 FGN 3,20,1: "...Aquest sobredicto enfermo si deysare alguna creatura de pareylla ó de baragana por oblido ó por non querer que nol dió algo, et muere el padre assi que non li dé, et si fuere la creatura de pareylla, deve prender sua suert entegrament en las heredades que avrán las creaturas de pareylla; et si fuere de baragana con las creaturas de baragana deve heredar..." (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 79).

112. FGN 2,4,5. *Cómo hereda fillo muerto á padre muerto. Cómo hereda fijo muerto á padre muerto: quoval es fillo muerto que non deve heredar en lo del padre muerto. El fijo que es en el vientre de su madre et non es nascido, et su padre es en hora de muert, et la madre es en cinta, et non diz al padre que desse algo á este fijo, el padre non sabe que eylla es en zinta en non leysa rem en que herede á este fijo, el padre non heredando, non deve heredar; mas si el padre bivo hereda á este fijo que no es nascido, deve heredar de quanto que el padre lo hereda: esto es de los de ganancia, que otra guisa es de los de pareylla* (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 18).

113. Lo atestiguan así los siguientes documentos: I. Testamento de don

y recomendaciones concretas que figuran en algunos formularios notariales de época ya muy tardía ¹¹⁴.

Bernaldino de Lodosa, Señor de Sarría, otorgado el 26 abril 1504 ante el escribano Pedro Ollacarizqueta: "...Otrosi hordeno y mando y por legitima herencia heredo a Joan Frances y Joana mis hijo e hija y a la creatura e creaturas que a luz e vida salieren de la dicha Agueda mi muger, por quoanto a pensar esta preynada, en sendos arienços de tierra en mis heredades e tierras propias, donde a la dicha Agueda mi muger bien visto le fuere por heredit y en cada cinco sueldos de dineros carlines por bienes muebles, y con esto aparto y arredro a las dichas mis creaturas e a cada una dellas, de todos e quoalessquiere mis bienes, asi muebles como terribles, de quoaqualquiera manera e suerte que sean..." (publicado por Florencio IDOATE IRAGUI, *El Señorío de Sarría*, Pamplona 1959, doc. 12, pág. 588). II. Testamento de hermandad de los cónyuges Juan Guillén y María Martín de Balanza, vecinos de Obanos, otorgado el 5 agosto 1552 ante Pedro de Jacua, notario de Puente la Reina: "...Item hordenamos y mandamos y por legitima herencia heredamos a nuestros hijos e hijas, a saber es a Johan Guillen y Maria Guillen, Beatriz Guillen, y Ana Guillen, y a la creatura que está en el vientre de mi la dicha testadora, cada sendas arinçadas de tierra en vna pieça de seis robadas poco mas o menos que nosotros los dichos testadores tenemos situada en los terminos del dicho lugar de Obanos en la parte llamada Larreta, afrontada de la vna parte con el cerrado de Martin Goycoa y de la otra parte con hiermo concegil, por parte de bienes terribles, y por parte de bienes muebles en cada diez sueldos de dineros carlines conforme al fuero deste Reyno de Navarra, y con tanto los redramos y apartamos de todos quantos y quales quiere nuestros bienes ansi muebles como terribles avidos y por aver.. (APP, n. 742, año 1552, doc 3). III. Testamento de Perucho de Alberro, vecino de Santesteban, otorgado el 3 julio 1554 ante Pablo de Esáz, notario de la misma villa: "...Item ordeno, mando y dexo por legitima herencia conforme a los fueros y leyes d'este reyno de Nabarra, a Joanes y Gracianato de Alberro, mis hijos legitimos y de Maria de Narbarte, mi legitima muger, y al hijo o hija postumo que ella tiene en su biente, que segun yo pienso esta preñada, por parte de bienes muebles y rayces cada diez groses y con tanto los deseredo, arredro y aparto del herencio y sucesión de todos mis bienes muebles y rayces..." (APP, n. 797, año 1554, doc. sin n.). IV Testamento de Jerónimo de Arbolancho, de Tudela, otorgado el 12 junio 1572 ante Gaspar de Agramont, escribano de la misma Ciudad de Tudela: "...Item ordeno y mando y dexo parte y legitima portion libre de mis bienes assi muebles como Rayzes a Maria de arbolanche, mi hija natural y bastarda, y Eugenia de Arbolanche, mi hija legitima y natural, y de Graciosa de Cascante mi muger y al postumo, o postuma vno, o mas varon, o muger, varon y muger o, varones, o mugeres es assaber que nascieren de la dicha mi muger desta preñez q̄ al p̄nte queda preñada, por bienes muebles, heredándolos en aquellos conforme al fuero de sobrearbe, y vso y costum̄re de la d̄cha ciudad de Tudela, cada diez sueldos fuertes a cadauno dellos. de

4 *La desheredación.*—La expectativa sucesoria de los hijos legítimos y naturales, como herederos forzosos de sus padres, viene reforzada y garantizada en FGN por la determinación taxativa de las causas de justa desheredación, sólo en razón a las cuales el padre o madre puede excluir de la herencia a sus hijos. Este principio restrictivo se manifiesta en las siguientes palabras del fuero: “*En quoval razon puede padre ó madre desafijar a fijo. Padre ni madre non puede desafijar si non por ciertas cosas; es á saber...*” (2,4,8). Dicho texto contiene una enumeración de causas que luego se reiteran y se completan en otros capítulos (2,6,1; 3,20,1; 5,1,4; y 5,1,5). Prescindiendo del carácter anecdótico y singular de los supuestos, así como de la terminología que el fuero utiliza, cabe concretar esas causas del modo siguiente: herir o maltratar a los padres; injuriarlos gravemente de palabra; hacerles jurar para liberarse de la acusación de crimen ¹¹⁵.

moneda deste Rey^o y por parte y legitima de bienes Rayzes, cada sendas Robadas de tierra en los montes comunes de la dcha ciudad de tudela, con los quales cada diez sueldos fuertes y sendas Robadas de tierra aparto y Restriño a cadauno dellos de todo drecho o action q en mis bienes podrian auer, o alcançar iure hereditario legitima successione y en otra cualquier manera. .” (Lo publica José RAMÓN Y CASTRO, *Ensayo de una Biblioteca Tudelana*, Tudela 1933, 260-264).

114. En un formulario notarial navarro de fines del siglo xvii, o primeros años del xviii —del que ya he hecho mención en la nota 31—, bajo la rúbrica *Advertencias para los testamentos* se lee lo siguiente: “No obstante de ser cosa sabida se previene que en la cláusula foral, si la muger del testador estuviere preñada, se ha de hacer mencion, y desheredar con la legítima del fuero á los póstumos, y póstumas que nacieren de aquel parto, porque de lo contrario se trastornará la disposicion del testador” (*ms. cit* 24)

115 FGN 2,4,8. En quoval razon puede padre ó madre desafijar al fijo. Padre ni madre non puede desafijar si non por ciertas cosas; es á saber, si fiere el fijo al padre ó á la madre, ó sil faz iurar por acusamiento de crimen, ó si les prende por los cabeyllos, ó si clama traydor provado ó mesieyllo ante ombres bonos, ó dize á la madre estas cosas sobre scriptas, puede ser desheredada la creatura. (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 19). FGN 2,6,1: . . . Empero dize el fuero que si fijo ó fija faze iurar á padre ó madre por alguna ocasion, ó los fiere, ó les dize algun crimen, el padre et la madre pueden desheredar ad aqueylla creatura de patrimonio ó de matrimonio, salvo iura de casamiento (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 28). FGN 3,20,1: ... Empero el padre bien puede desheredar á creatura de pareylla et de baragana, si al padre fiere con mano yrada del puyno, ó lo clama traydor provado antes ombres. Otrrossi, si clamare á su madre puta provada, ó mesieylla provada, ante ombres, deve ser deshereda-

En relación a las hijas, el fuero considera también justas causas para que los padres infanzones puedan desheredarlas: que resulte no ser virgen la hija cuyo padre la hubiese prometido en matrimonio con esa condición (4,1,2); que la hija dejase voluntariamente la casa para ir con un infanzón (4,3,1)¹¹⁶; y que la hija viuda llevase vida deshonesto y diere a luz un hijo no legítimo (4,3,5)¹¹⁷. Respecto a las hijas naturales, dice FGN 4,1,2, *in fine*, que “*creaturas de ganancia, si fizieren putage deven ser deseredadas*”.

5. *Resumen*—Luego de esta exposición del sistema de sucesión forzosa según FGN y sobre los límites estrictos que éste impone a la sucesión voluntaria, se aprecia fácilmente el carácter insólito que, en una visión sistemática del mismo fuero, ofrece el capítulo 3,20,6.

Este texto prescinde totalmente de la distinción, fundamental en FGN, entre muebles e inmuebles y, a su vez, dentro de estos últimos, entre bienes familiares o troncales (de abolorio y de patrimonio) y bienes adquiridos (conquistados). El capítulo en cuestión habla genéricamente de *sus heredades o de sus bienes*, sin hacer salvedad o limitación alguna.

El omne bono que mandó fazer en su destín —según el supuesto de hecho que contempla ese mismo capítulo del fuero— dispone con amplitud y libertad que contrastan poderosamente con el conjunto de los demás capítulos contenidos en el propio título (20, libro 3) Así, para la primera hipótesis (*que si su muger encaeçies de fijo*) ordena que “*las II partes de sus bienes que oviesse el fijo, e la madre la tercera par!*”; y para la segunda posibilidad (*si encaeçies de fija*) manda

do (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 79). FGN 5,1,4. *Qué pena ha qui fiere á paure et á madre* De fillo que fiere á padre ó á madre con manos ó con pies, deve perder la mano ó el pié con quoaal miembro feriere, et despues sea descredado (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 95) FGN 5,1,5. *Qué pena ha qui mata, fiere o denosta padre ó madre*. Todo ombre que yfanzon sea et matare padre ó madre con mano yrada, ó si clamare traydor provado en el conzeyllo ante ombres bonos, ó mesieyllo, deve ser descredado (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 95).

116. Respecto al tema del matrimonio contraído por la hija sin consentimiento familiar, puede verse el estudio de Rafael GIBERT, *El consentimiento familiar en el matrimonio según el Derecho medieval español en AHDE XVIII* (1947) 706-761, en cuanto a FGN, págs. 727-729, 734 y 757.

117. Los textos de FGN 4,1,2; 4,3,1; y 4,3,5, han sido transcritos íntegramente en la nota 99.

“que oviesse las dos partes la madre, e la fija la tercera part”. En ambos casos —y singularmente en el segundo— existe una amplia atribución patrimonial a favor de la esposa; y hay que recordar que, aparte la constitución de arras a la mujer infanzona (4,2,1) y de la renuncia o *quitamiento* de arras por la mujer a favor del marido (4,2,2), sólo incidentalmente, y con respecto a los bienes de conquista, alude el FGN a la posibilidad de disposiciones entre cónyuges existiendo hijos: “*sacando heredad de conquista que ayan dado marido ó muger, el uno con otro en casamiento: asi que de las otras heredades non deshereden a los fijos, que qui de todo deshereda, de todo hereda; assi mandamos por fuero*” (2,4,3)¹¹⁸. Por lo demás, esto coincide con lo dispuesto en F Tudela¹¹⁹ y con el ámbito, muy limitado, que a las disposiciones entre marido y mujer se concede en los Derechos locales navarros alto-medievales¹²⁰

Por último, los “*cabeçalleros fueron en profazo e buscaron conseio*”, y como interpretación del *destín* arbitran la solución de dividir la herencia en siete partes, de las que atribuyen cuatro al hijo, dos a la madre y una a la hija. Aun prescidiendo de la adjudicación a favor de la esposa del testador, es evidente que la solución final establece una manifiesta diferencia entre los dos póstumos (cuatro veces al hijo la cuota de la hija), con clara infracción del sistema esencialmente igualitario ordenado por el Fuero General de Navarra

Todo ello lleva a pensar, necesariamente, que el capítulo 3,20,6 contiene una norma insólita dentro del régimen sucesorio del FGN, y que fue insertada en éste extrayéndola de una fuente extraña al mismo. Confirma esta sospecha el dato, ya indicado anteriormente, de que el capítulo que examinamos no tiene correspondencia alguna en las

118. ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 17

119. F Tudela 29. ... si no es e edat de conquista que se ayan feito donaçion marido e muller el vno al otro, assi que de todo nol desereda a los fillos, que qui de todo desereda de todo hereda (LACRUZ, *F Tudela* 38, *ms. cit.*, fol 10 v^o)

120. Cfr. para F Novenera, los caps. 87, 207 y 238 (TILANDER, *F Novenera*, págs. 61, 86 y 92) Sobre esto: Rafael GIBERT, *El Derecho medieval de la Novenera* en *AHDE XXI-XXII* (1951-1952) 1203. En cuanto al F Viguera y Val de Funes, caps. 50, 312, 313, 325, 393, 394, 481 y 484 (RAMOS LOSCERTALES, *F Viguera* 12, 58, 60, 73 y 88) En relación al tema, puede verse ALFONSO OTERO, *Mandas entre cónyuges* en *AHDE XXVII-XXVIII* (1957-1958) 399-411, en cuanto al Derecho navarro, 408-410.

fuentes jurídicas navarro-aragonesas más estrechamente emparentadas o relacionadas con el Fuero General.

III. COUTUMES DE SAINT-AMAND II, III, 13

A) EL TEXTO

Las *Coutumes de Saint-Amand* (hoy Saint-Amand-les-Eaux, departamento del Norte, en Francia) constituyen un texto de Derecho local del Flandes francés (cerca de la actual frontera belga), y comprenden un conjunto de redacciones privadas sucesivamente compiladas a lo largo de los siglos XII al XV. Han sido publicadas por Meijers y Salverda de Grave¹²¹, y posteriormente el propio Meijers hizo una ex-

121. E. M. MEIJERS y J. J. SALVERDA DE GRAVE, *Des lois et coutumes de Saint-Amand*, Haarlem 1934. En AHDE XI (1934) 572-573, con las iniciales J. M. L.—que suponemos corresponden a José María Lacarra—, se publicó una reseña del libro de Meijers-Salverda de Grave, en la que se señalaba la importancia de esa fuente jurídica medieval. Efectivamente se trata de un texto de gran valor que, sin embargo, no ha sido debidamente aprovechado. Para el historiador del Derecho de Navarra la Coutume de Saint-Amand ofrece singular interés, en razón de sus evidentes semejanzas y correlaciones con FGN. A título meramente indicativo deseo destacar, entre otros muchos puntos que podrían merecer la atención, los siguientes: a) El principio cardinal del sistema jurídico navarro, *paramiento fuere vienze* (FGN 2,4,20), encuentra su formulación paralela en *convenenche li loi vaint* (CS-Amand I, XXIII,9); que, de otro lado, aparece también en varias fuentes jurídicas francesas de la Edad Media. b) La formalización de los contratos mediante *palmada* y *arras*, y la sanción o pena de *cinco sueldos* para el caso de incumplimiento de la promesa, tiene la misma formulación en FGN (3,12,8) y en CS-Amand (I, XXIII, 18; y II, VII, 48) c) La coincidencia más significativa se pone de manifiesto en todo lo referente al régimen de bienes en el matrimonio, la influencia de la existencia de hijos en cuanto a la aplicación de uno u otro régimen de bienes, la comunidad continuada entre el cónyuge viudo y los hijos, el usufructo de viudedad a favor del cónyuge superviviente; y el régimen jurídico de las segundas nupcias. Cfr FGN 2,4, caps 10,13,20,21,22 y 23; 3,20.8, 4,2, caps. 3 y 9, y CS Amand I, XX, núms. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 17, 19 y 22; I. XIX, 7, I, XXII, 30, y I, XXXI núms. 6 y 10. De esta semejanza entre ambas fuentes, en lo referente al régimen matrimonial de bienes y al usufructo de viudedad en favor del cónyuge sobreviviente, he tratado en mi estudio FGN 4,2,3 *El cónyuge viudo que tiene "fealdad", ¿puede enajenar en caso de necesidad?*, en *Anuario de Derecho Civi.* XXVII-1 (1947, enero-marzo) 91-268; *via* especialmente pág 166. nota

posición de conjunto sobre el Derecho consuetudinario en ellas contenido ¹²².

No puedo menos que calificar de sorprendente la coincidencia entre FGN 3,20,6 y CS-Amand II, III, 13 ¹²³, y ello aun cuando se ad-

158, y págs. 240-241, notas 340-343. Quede bien claro que no se trata de suponer aquí una posible relación directa—ni siquiera mediata a través de una hipotética fuente común— entre FGN y CS-Amand, sino, tan sólo, poner de relieve el hecho de la coincidencia de instituciones, producto tal vez de la persistencia de un fondo jurídico primitivo y prerromano. Con ello no hago sino seguir la sugestiva hipótesis que, ya hace tiempo, formuló MEIJERS en *Le Droit Ligurien de succession en Europe occidentale I. Les Pays Alps*, Haarlem 1928, especialmente págs. 1-26. Interesa recordar que, más que en la idea del Derecho ligur, dicho autor hacía hincapié—en definitiva— en la de un Derecho primitivo, no romano ni germánico “Si après tout—dice— on trouve notre hypothèse d'un droit ligurien trop osée, qu'on parle alors d'un droit alpin ou de quelque autre nom qu'on veuille inventer, pourvu qu'on reconnaisse que ce droit a un origine ancienne qui n'est ni romaine ni germanique” (*op. cit.*, pág. 25). Una valoración de esa doctrina, en el sentido últimamente apuntado, se encuentra en Paul OURLIAC y J. de MALAFOSSE, *Histoire du Droit Privé*, III. *Le Droit familial*, Paris 1968, 386-387. Para estos autores—si se renuncia a hablar de Derecho ligur (lo que no es sino una hipótesis)—, los argumentos de Meijers permanecen; a la calificación de ligur—dicen—preferimos solamente la de prerromana. Entre los autores españoles, Rafael Gibert ha estimado también las doctrinas de Meijers. En la nota necrológica que dedicó al gran historiador holandés (AHDE XXV [1955] 996) escribe: “Cuán sugestivas y tentadoras son las perspectivas que estos estudios abren al historiador del Derecho pueden apreciarlo quienes, como los españoles, han visto sufrir tan rudos ataques a la simplista tesis germanista sobre el origen de nuestro Derecho; y, por otra parte, se resisten a explicar la rica variedad de sistemas jurídicos locales y territoriales de la Edad Media mediante la fórmula, no menos simplista, del Derecho romano vulgar. Los persistentes cuadros primitivos, en tantos otros aspectos de la cultura, se ofrecen como una hipótesis de estudio y de un método de trabajo, en el que Meijers representa una audaz innovación”.

122. MEIJERS, *Les institutions municipales et le droit coutumier de Saint-Amand en Flevèle au moyen âge*, en *Études d'Histoire du Droit* (Leyden 1956) 87-157.

(123) Frente a lo que, en términos generales, se ha indicado anteriormente (*vid.* nota 121), la relación entre los dos textos citados tiene que explicarse por influencia de una fuente común que, directamente o a través de otras intermedias, hubo de ser conocida por los redactores de FGN y los de CS-Amand. No se olvide que tanto una como otra, en su origen, no son fuentes legales en

mita la importancia de las relaciones del Derecho navarro medieval con el Derecho francés de la misma época ¹²⁴.

Una *adición* a las *Coutumes de Saint-Amand*, efectuada en el siglo XIV (y que Meijers y Salverda de Grave califican de *deuxième partie* de dicha *Coutume*) ¹²⁵, contiene el siguiente pasaje, que corresponde a II, III, 13: “Il fut ung homme ou li mortel; il avoit unne femme espouse enchainte moult; il ordonna en son testament que, se la dite femme apportoit ung hoir malle, il volloist que celi male heus de tout le sien les .II. pars et se femme le tierch contre sen dit filz, et s’el apportoit fumielle, que la femme huist les .II. pars et la dite fumelle le tierch contre sa dite mere Or avient que la femme d’icellui homme testeur, quant son marie fut mort —car elle avoit acordét l’ordonnance de son marie— celle apporta ung malle et unne fumielle. Et dist ledit Henri que drois escrips le dist, et qu’i fut ordonné que de l’avoir du testateur, pour justement acomplire son ordonanche, on feroit .VII. pars, s’en aroit li filz .III. contre deux le mere, et li fumelle a l’unne contre deux pars se mere, che sont VII. pars. Ainsi fut partit” ¹²⁶.

el estricto sentido del término, sino redacciones o compilaciones de carácter privado.

124. La oportunidad de estudiar las relaciones, durante la Edad Media, entre el Derecho francés y el español ha sido destacada por el profesor OURLIAC, *Las costumbres del Sudoeste de Francia*, en *AHDE XXIII* (1953) 407-422. En esa línea es digno de mención el estudio de F. GARRISSON, *Procédure de garantie et revendication mobilière*, en *Recueil de mémoires et travaux publiés par la Société d’Histoire du Droit et des institutions des anciens pays de Droit écrit IV-2*, Université de Montpellier (1958-1959) 17-98.

125. Según MEIJERS-SALVERDA, *Coutumes Saint-Amand XVI*, la *deuxième partie* es una recopilación de reglas consuetudinarias y de decisiones judiciales compuesta por un práctico, poco tiempo después de 1367.

126. MEIJERS-SALVERDA, *Coutumes Saint-Amand*, 137. Estos autores (*cit.*, pág. 136) ofrecen la siguiente traducción al francés moderno, que juzgo conveniente reproducir para una mejor inteligencia del texto original: “Un homme était sur son lit de mort; il avait une épouse en état de grossesse fort avancée; il ordonna en son testament que, si la dite femme accouchait d’une heritier mâle, il voluait que ce mâle eût de tous ses biens les deux tiers et sa femme un tiers, en partage avec son dit fils; et que, si elle accouchait d’une fille, la femme eût les deux tiers et la dite fille un tiers, en partage avec sa mère. Or, il arriva que la femme de ce testateur, après la mort de son marie —car elle avait accepté les dispositions de son mari— accoucha d’un fils et d’une fille. Et le dit

B) EXÉGESIS DEL MISMO

La simple lectura de CS-Amand II, III, 13, y su comparación con FGN (lo confrontamos seguidamente con § 159 del ms.-800 Biblioteca Nacional de Madrid), permiten afirmar la identidad sustancial y, a veces, casi literal de ambos.

El supuesto de hecho es el mismo: una disposición de última voluntad del marido, a la hora de la muerte, ordenada en contemplación del estado de embarazo de su esposa.

FGN: Un omne bono que yva a fin de muerte e la muger seya ençinta...

CS-Amand: Il fut ung homme ou li mortel; il avoit unne femme espouse enchainte moult;...

La disposición testamentaria es idéntica: una distribución alternativa según que la esposa diese a luz un hijo o una hija.

FGN: ...e mandó fazer en su destín que si su muger encaeçies de fijo, las II partes de sus bienes que oviesse el fijo, e la madre la tercera part. Otrossí si encaeçies de fija, que oviesse las dos partes la madre, e la fija la tercera part...

CS-Amand: ...il ordonna en son testament que, se la d'ite femme apportoit ung hoir malle. il volloit que celi male heuist de tout le sien les .II. pars et se femme le tierch contre sen dit filz; et s'el apportoit fumielle, que la femme huist les II. pars et la dite fumelle le tierch contre sa dite mere...

El problema se plantea en iguales términos: después de fallecido el testador acaece un evento no previsto por éste, un parto doble, de hijo e hija.

FGN: ...Esta duyna encaecio de fijo e de fija. Este fijo quando fo de edat demandó el destín de su padre; esso mesmo la fija, e assí mismament la madre...

CS-Amand: ...Or avient que la femme d'icellui homme testeur, quant son marie fut mort —car elle avoit acordét l'ordonance de son marie— celle aporta ung malle et una fumielle...

Henri dit que le testament était clair, et qu'on devait ordonner que, pour accomplir équitablement la volonté du testateur, on ferait sept parts des possessions du testateur, dont le fils aurait quatre contre deux à sa mère, et la fille une part contra deux à sa mère, cela fait sept parts. Ainsi se fit le partage". Con posterioridad, el propio MEIJERS, *Droit Saint-Amand*, pág. 119, nota 3, advirtió que esa traducción no era enteramente correcta. En efecto, cabe observar que la traducción padece una importante omisión: no se refiere al *drois scrips*, dato de gran valor, por cuanto indica la procedencia romanística del párrafo.

Y la solución jurídica arbitrada para resolver el problema coincide exactamente: una distribución de la herencia en siete séptimas partes que, en armonía con la presunta voluntad del testador, se adjudican al hijo (cuatro), a la esposa (dos) y a la hija (una)

FGN: ...E estos cabeçalleros fueron en profazo e buscaron conseio, e ovieron acuerdo que fiziessen VII suertes, e diessen al fijo las IIII, e a la madre las dos, e a la fija la una, e fizieron assi e ovieron paç los cabeçalleros.

CS-Amand: . .Et dist le dit Henri que drois escrips le dist, et qu'i fut ordonné que de l'avoir du testateur, pour justement acomplir son ordonnance, on feroit .VII. pars, s'en aroit li filz .IIII. contre deux le mere, et li fumelle a l'unne contre deux pars se mere; che sont .VII. pars. Ainsi fut partit.

Entre uno y otro texto existen ciertas diferencias:

a) Una, puramente anecdótica y circunstancial: FGN atribuye la resolución del problema a un acuerdo que adoptan los cabezaleros, previa consulta y asesoramiento o dictamen (...*estos cabeçalleros fueron en profazo e buscaron conseio, e ovieron acuerdo... e fizieron assi e ovieron paç los cabeçalleros*); por el contrario, CS-Amand afirma que esta solución fue dada por *Henri*, sin duda un *eschevin* o magistrado local¹²⁷ (...*Et dist le dit Henri que drois escrips le dist, et qu'i fut ordonné que de l'avoir du testateur, pour justement acomplir son ordonnance... Ainsi fut partit*). Ambas fuentes presentan el caso como un supuesto de la vida jurídica real (FGN, como una solución extrajudicial; CS-Amand, como sentencia de un magistrado), pero es más que dudoso que así fuese verdaderamente, pues la misma coincidencia literal de los textos resulta altamente sospechosa. Más bien hay que pensar que los respectivos redactores de ambas compilaciones incluyeron en éstas un caso jurídico que habían encontrado en una misma fuente, o quizá en dos fuentes distintas, pero con origen común en una tercera.

b) Otra diferencia, de escasa significación por cuanto no altera

127. Así se deduce con claridad de un pasaje precedente (II, III, 7) de CS-Amand, en el que el mismo Henri figura dictando sentencia: "dist dampz (*sieur*) Henri pour Piere du Bos que il pooit bien vendre ses heritaige et biens avant qu'il fust banis du roiaulme ou que li man du roi ne fust assisse" (MEIJERS-SALVERDA, *Coutumes Saint-Amand* 135). Sobre los *eschevins*, *vid. op. cit.*, pág. 255; y MEIJERS, *Droit Saint-Amand* 89, 96 y 143-144.

el planteamiento del caso, consiste en un dato que introduce CS-Amand y que falta en FGN: la esposa había prestado su conformidad al testamento (...*car elle avoit acordét l'ordonnance de son marie...*).

c) Y, finalmente, una tercera, de gran importancia y significación: FGN explica, simplemente, que los *cabeçalleros...buscaron conseio, e ovieron acuerdo*; por el contrario, CS-Amand expone la razón de Derecho en que el magistrado *Henri* funda su decisión, y hace declarar a éste que *drois escrips le dist*.

C) SU ORIGEN O PROCEDENCIA

Esa referencia al *drois escrips* —como razón o fundamento de la sentencia— indica ya claramente cuál es la fuente o procedencia del supuesto: el *Derecho escrito*, esto es, el *Derecho romano*.

Meijers¹²⁸ apuntó ya que CS-Amand II, III, 13 se refiere a D. 28, 5, 82 (81) pr. Sin embargo, ni este texto, ni algún otro —como D. 28, 5, 48 (47), § 1¹²⁹—, son el verdadero punto de origen del susodicho párrafo de las *Coutumes de Saint-Amand*. Ambos pasajes del Digesto

128. “Dans les additions du XIV^e siècle—escribe MEIJERS (*Droit Saint-Amand* 119)— on traite, au par. II, III, 13, du cas d'un testament avec institution d'héritier. Mais l'auteur coutumier qui le cite dit expressément que c'est un cas du droit écrit; on le retrouve au D. 28,5,82 (81)”.

129. D. 28,5,82 (81) pr. Paulus libro nono quaestionum. Clemens Patronus testamento caverat, ut, si sibi filius natus fuisset, heres esset, si duo filii, ex aequis partibus heres essent, si duae filiae, similiter: si filius et filia, filio duas partes, filiae tertiam dederat, duobus filiis et filia natis quarebatur, quemadmodum in proposita specie partes faciemus, cum filii debant pares esse vel etiam singuli duplo plus quam soror accipere? quinque igitur partes fieri oportet, ut ex his binas masculi, unam femina accipiat (KRÜGER-MOMMSEN, *Corpus Iuris Civilis* I, Berlín, edc. 1954, 425). D. 28,4,48 (47), § 1. Quidam testamento ita heredes instituit: Titio filia mea heres esto: si quid mihi liberorum me vivo mortuove nascetur, tunc qui virilis sexus unus pluresve nascentur, ex parte dimidia et quarta, qui feminini sexus una pluresve natae erunt, ex parte quarta mihi heres sit: postumus ei natus est: consulebatur, quota ex parte postumus heres esset respondit eam hereditatem in septem partes distribuendam. ex his filiam quattuor, postumum tres habituros, quia filiae totus as, postumo dodrans datus est, ut quarta portione amplius filia quam postumus ferre debeat. ideo si postuma quoque nata esset, tantundem sola filia, quantum uterque postumorum habituri essent itaque in proposito cum as filiae, dodrans postumo sit datus, virginti unam partes fieri, ut filia duodecim, novem filius habeat (*op. cit.*, 423).

se refieren a supuestos que guardan cierta analogía, pero no identidad, con el tema objeto del repetido capítulo de CS-Amand.

Una búsqueda más cuidadosa a través del Digesto permite identificar el pasaje que —ya directa, ya indirectamente— sirvió de modelo al redactor de la *Coutume*: me refiero a D. 28,2,13 pr.¹³⁰. Dentro de la clásica tripartición medieval (*Digestum Vetus, Novum et Infortiatum*), el texto indicado corresponde al *Infortiatum*, o sea, a la parte del Digesto más tardíamente descubierta; lo que, tal vez, pueda explicar la ausencia del pasaje en muchas obras jurídicas medievales que, sin embargo, acusan fuerte influencia del Derecho romano

Esta coincidencia de CS-Amand II, III, 13 con D. 28,2,13 pr. pone de manifiesto una clara penetración del Derecho romano justinianeo en la *adición* que, en el siglo XIV, se realiza a la *Coutume de Saint-Amand*¹³¹. El redactor de ésta recibió del *Corpus Iuris* —o de una

130. D. 28,2,13 pr. se transcribe en el texto de este trabajo, al comienzo del apartado IV.

131. Por eso, no parece rigurosamente correcta la afirmación que hace Raoul C. VAN CAENEGEM, *Le Droit romain en Belgique*, en *Ius Romanum Medu Aevi* pars V, 5 b (Milán 1966) 38, quien, al referirse a la recepción del Derecho romano en Flandes, escribe: "citons pour le XIII^e siècle le Facet de Saint-Armand en Flandre gallicante, un coutumier de 1265, nullement influencé par le droit savant (les additions des XIV^e et XV^e siècles trahissent une influence savante, du moins formelle)". Pensamos que el capítulo II, III, 13 de CS-Amand —que forma parte de la *adición* del siglo XIV— revela algo más que una influencia formal del Derecho romano: es una reproducción, casi literal, de un pasaje del Digesto. Sobre el tema de recepción e influencia del Derecho romano en Flandes, aparte el ya citado estudio de Van Caenegem —el más reciente e importante—, puede consultarse: Fernand de VISSCHER, *Le Droit romain en Belgique*, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano* II, (Pavia 1935) 205-213. John GILISSEN, *L'apparition des renonciations aux exceptions de droit romain dans le droit flamand au XIII^me siècle*, en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité, Mélanges Fernand de Visscher* III (Bruselas 1950) 513-550. John GILISSEN, *Le problème du Droit privé urbain en Belgique en La Ville*, 3.^a parte, *Le Droit Privé*, Bruselas 1957, 221-284. John GILISSEN, *A propos de la réception du droit romain dans les provinces méridionales del pays de par-deça aux XVI^e et XVII^e siècles*, en *Revue du Nord* XL (1958) 259-271. F. VERCAUTEREN, *Note sur l'apparition des renonciations aux exceptions de droit romain dans les principautés belges au XIII^e siècle*, en *Études Historiques à la mémoire de Noel Didier* (Paris 1960) 325-340. R. C. VAN CAENEGEM, *Ouvrages de droit romain dans les catalogues des anciens Pays-Bas méridionaux (XIII^e-XVI^e siècle)*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* XXVIII

fuentes romanísticas medievales que actuaría como intermediaria— el caso teórico contemplado en el Digesto, y lo convirtió en un hecho supuestamente real, cuya resolución gustó atribuir a *Henri*, un *eschevin* o magistrado local, sin duda por tener éste cierto renombre en esa época y en el país¹³².

(1960), fasc. 3, 297-347, y fasc. 4, 403-438 R. FEENSTRA, *Ouvrages de droit romain dans les catalogues des anciens Pays-Bas septentrionaux (XIII^e-XVI^e siècle)*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* XXVIII (1960), fas. 4, 439-540. F. L. GANSHOF, *Droit romain dans le "Liber Floridus"*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* XXIX (1961), fasc. 4, 432-444. R. FEENSTRA, *La glose d'Accurse dans les Pays-Bas (anciens et modernes)*, en *Atti del Convegno internazionale di studi Accursiani, Bologna 21-26 ottobre 1963* III (Milán 1968) 1083-1106; recogido en Robert FEENSTRA, *Fata Ivris Romanis*, Leyden 1974, 49-70.

132. Me atrevo a conjeturar, y casi a afirmar, la falta de veracidad en la atribución a *Henri* de la decisión jurídica del problema. El compilador de CS-Amand no ha hecho otra cosa que sustituir al jurisconsulto romano *Celso* por el magistrado local *Henri*. Si examinamos D. 28,2,13 pr. (vid. su transcripción en el texto de este trabajo, apartado IV) veremos que, donde el fragmento de Juliano dice *ideo ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est, quod etiam Iuventio Celso apertissime placuit*, el redactor de aquella *Coutume* se ha limitado a escribir: *et dist le dit Henri que drois scrips le dist, et qu'i fut ordonné...* Por lo demás, esto no constituye un hecho insólito en las fuentes medievales francesas, sino que se manifiesta también, y con singular intensidad, en el *Livre de Justice et de Plet* (obra anónima, de carácter privado, escrita a fines del siglo XIII). En el prefacio a su edición, Rapetti (*Li Livres de Justice et de Plet*, París 1850, págs XVIII-XXI), al estudiar el uso que del Derecho romano se hace en esa obra, destaca un hecho al que no llega a encontrar explicación. El anónimo autor del *Livre de Justice et de Plet* atribuye a veces las decisiones de los jurisconsultos romanos —Ulpiano, Pomponio, Florentino, etcétera— a diversos bailíos o magistrados del Parlamento del siglo XIII —Geoffroy de la Chapelle, Jehan de Beaumont, Renaud de Tricot o Tricort, Adam, Jehan li Manoiers—; además, los edictos de los pretores y gobernadores de las provincias, varias respuestas de los jurisconsultos, los decretos y constituciones de los emperadores, se encuentran convertidos en establecimientos emanados bien de la reina Blanca bien del rey Luis, a veces del rey Felipe; el senadoconsulto Tertuliano es convertido en una decisión del obispo Guillerme d'Orleans. Ante esto, Rapetti supone que el autor ha querido así disimular sus préstamos del Derecho romano. Adolphe TARDIF, *Histoire des sources du Droit français Origines romaines*, París 1890, reimpresión de Scientia Verlag Aalen 1974, 386-387, ofrece una explicación más lógica y más atrayente. "Cette conjecture —dice refiriéndose a la opinión de Rapetti— est inadmissible, puisque dans nombre de paragraphes ces textes

Problema distinto, aunque conexo —y de no fácil solución—, es el de fijar la fuente o medio a través del cual tuvo acceso, hasta la *Coutume de Saint-Amand*, el fragmento de *Iulianus* contenido en D. 28,2,13 pr.

Parece hay que descartar que ese texto justiniano haya llegado a CS-Amand a través de alguna otra costumbre francesa de la época. En efecto, el capítulo II, III, 13 CS-Amand —al menos en cuanto a los textos que directamente he podido contrastar— constituye un pasaje singular, sin correspondencia o paralelo con otras fuentes jurídicas de Francia anteriores, coetáneas o posteriores¹³³.

No he encontrado un pasaje correlativo en las costumbres medievales francesas del siglo XIII¹³⁴, incluso en aquellas que acusan ya el

son cités de la manière la plus expresse et la plus apparente, non seulement par les noms des jurisconsultes, mais aussi par les livres du Digeste dont les grandes divisions. *l'Enforcade, la Digeste nove* sont fréquemment rappelées dans les rubriques. On pourrait peut-être chercher l'explication de ce fait étrange, à première vue, dans l'un des procédés ordinaires des traducteurs du moyen âge, ils prêtent volontiers aux auteurs anciens qu'ils interprètent la terminologie et les habitudes du Moyen âge: le *Praetor* devient un bailli, le *Praeses* un prévôt, le *Theatrum* un moustier, les vestales, des nonnen ou des abbesses; le *Pontifex Maximus* est transformé en évêque, d'où il résulte pour ces traducteurs que 'Cesar fu evesques.' On voulait ainsi donner de la vie au récit et y intéresser davantage le lecteur en exprimant par des équivalents les termes qu'une traduction littérale ne lui aurait pas fait comprendre ou apprécier. En mettant sous le nom d'une jurisconsulte renommé du temps ou d'un grand bailli de l'Orléannais une décision d'une ancien jurisconsulte romain, fort peu connu des praticiens du XIII^e siècle, on faisait ressortir l'importance doctrinale de la décision, de même qu'on donnait mieux l'idée d'une assemblée nombreuse en traduisant *Theatrum* par moustier que par théâtre, terme savant qui n'aurait pas été compris au treizième siècle".

133. No ha sido posible —por dificultad de acceso— una consulta completa y exhaustiva de las ediciones conocidas de las fuentes jurídicas francesas de la Edad Media. Por ello, la afirmación que hago en el texto —respecto a la falta de correspondencia de CS-Amand II,III,13 en otras fuentes francesas de la época— debe ser entendida con la salvedad de que una búsqueda más completa a través de las obras editadas y, naturalmente, de las actualmente inéditas, pudiera ofrecer pasajes coincidentes con el mencionado párrafo de CS-Amand.

134. Entre las más antiguas costumbres francesas, cuya consulta me ha sido posible, señalaré las que siguen: A. J. MARNIER, *Ancien Coutumier inedit de Picardie*, París 1840. Ernest-Joseph TARDIF, *Coutumiers de Normandie*

influjo del Derecho romano justinianeo¹³⁵; ni siquiera en obras jurídicas privadas en las que tal influencia romanística es verdaderamente manifiesta: los *Assises de Jerusalén*¹³⁶, el *Livre de Jostice et de Plet*¹³⁷, los *Établissements de Saint Louis*¹³⁸, el libro que su autor, Pierre de Fontaines, denominó *Le Conseil á un ami*¹³⁹, la gran obra de Philippe de Beaumanoir o *Coutumes de Beauvaisis*¹⁴⁰, ni otras como los *Anciens usages d'Artois*¹⁴¹ o la que su autor, Jacques d'Ableiges, tituló *Grand Coutumier de France*¹⁴². Tampoco en las *Coutumes* del

Première Parti.—Le Très Ancien Coutumier de Normandie. Texte latin, Rouen 1881. Paulette PORTEJOIE, *L'Ancien Coutumier de Champagne (XIII^e siècle)*, Poitiers 1956. Raymond MORNIER, *Le Livre Roisin. Coutumier lillois de la fin du XIII^e siècle avec une introduction et un glossaire*, Paris-Lille 1932. *Anciennes coutumes de Bayonne*, publicadas por Jules BALASQUE, *Études historiques sur la ville de Bayonne* II, Bayona 1869, 594-679. *Coutume de Touraine-Anjou*, publicada por Paul VIOLLET, *Les Etablissements de Saint Louis* III, París 1883, 3-104. *Compilatio de usibus et consuetudinibus Andegavie*, publicada por Paul VIOLLET, *Les Etablissements de Saint Louis* III, París 1883, 117-139. Marcel PLANIOL, *La très anciens coutume de Bretagne*, Rennes 1896.

135. Entre éstas: Henri GILLES, *Les Coutumes de Toulouse (1286) et leur premier commentaire (1296)*, Toulouse 1969. Regine PERNAUD, *Les Statuts municipaux de Marseille*, Mónaco-París 1949.

136. Víctor FOUCHER, *Assises du Royaume de Jérusalem (textes français et italien)*, Rennes, 2 tomos, I (1839) y II (1841); reimpresión de Slatkine Reprints Genève, 1973.

137. RAPETTI, *Li Livres de Jostice et de Plet*, París 1850. Esta obra utiliza ampliamente el Digesto, incluso el *Infortiatum*. En el libro XII, el autor dice: *Ci commence li livres d'Enforcade* (cit., pág. 224), pero recoge tan sólo D. 28,1, y omite íntegro D. 28,2, de cuyo título forma parte el fragmento que aquí se estudia (D. 28,2,13 pr.), y pasa seguidamente al libro 29 del Digesto.

138. Los *Etablissements de Saint Louis* contienen abundantes citas del Derecho romano, incluso del Digesto, pero sólo del Digesto viejo y del nuevo, y parece que desconocen el *Infortiatum*. Cfr. Adolphe TARDIF, *Histoire des sources du Droit français. Origines romaines*, París 1890, reimpresión de Scientia Verlag Aalen 1974, 390. He consultado la edición de Paul VIOLLET, *Les Etablissements de Saint Louis* II, París 1881.

139. MARNIER, *Le Conseil de Pierre de Fontaines*, Paris 1846.

140. Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, edic. de Am. SALMON, reimpresión de la edición original de 1900, 2 vols., París 1970.

141. Adolphe TARDIF, *Coutumier d'Artois*, París 1883.

142. Edouard LABOULAYE et Rodolphe DARESTE, *Le Grand Coutumier de France*, reimpresión de la edición de París 1868, Scientia Verlag Aalen, 1969. Durante largo tiempo fue desconocido el nombre del autor de *Le Grand Cou-*

siglo xv¹⁴³, o en las numerosas del siglo xvi formuladas en el período de redacción oficial de las costumbres —comprendidas en la monumental obra de Bourdot de Richebourg¹⁴⁴—, he podido encontrar un texto que corresponda a CS-Amand II, III, 13.

Por todo ello, parece —cuando menos a primera vista— que la investigación deberá orientarse hacia las obras jurídicas medievales —*Summas* o *Casus*— en las que, bien como exposición de doctrina, bien como estudio de casos o problemas jurídicos, pudo ser recogido el fragmento D. 28,2,13 pr

Esto nos conduce ahora a centrar la atención en este último texto, así como en el problema de su transmisión posterior durante la Edad Media.

IV. DIGESTO 28,2,13 PR.

A) EL TEXTO

Ya directamente, ya de modo indirecto a través de alguna fuente intermedia, el texto que inspiró a CS-Amand II, III, 13 fue, sin duda alguna, un fragmento de Juliano, recogido en D. 28,2,13 pr., y que dice así: "*Iulianus libro vicesimo nono digestorum. Si ita scriptum sit:*

*tumier de France. Laboulaye y Dareste, en su edición de esta obra, en 1868 (op cit., pág XX), declaraban que era preciso confesar que no se conocía ni el nombre del autor ni el año en que había sido escrita. Fue Léopold DELISLE quien, en su estudio *L'auteur du Grand Coutumier de France*, en *Mémoires de la Société de l'histoire de Paris* (1881) 140-160, descubrió que el autor era Jacques d'Ableiges. Vid. bibliografía sobre éste en Emile CHÉNON, *Histoire générale du Droit français public et privé des origines a 1815* I, París 1926, 560, nota 5), y, sobre todo, el moderno estudio de P. PETOT et P. C. TIMBAL, *Jacques d'Ableiges*, París, 1968*

143. G. TESTAUD, *Un texte coutumier inédit La Coutume du Comté de Clermont-en-Beauvaisis de 1496*, París 1903. Este texto fue sólo un proyecto oficial, no sancionado legalmente. René FILHOL, *Le Vieux Coustumier de Poictou*, Bourges 1956 Filhol le atribuye la fecha del año 1417, lo que ha sido discutido por P. PORTEJOIE, *La date du "Vieux Coustumier de Poictou"*, en *Revue Historique de Droit français et étranger* XLII (1964), 247-282, quien sostiene fue redactada entre 1450 y 1455.

144. Charles A. BOURDOT DE RICHEBOURG, *Nouveau Coutumier général ou Corps des Coutumes générales et particuliers de France*, París 1724, 4 vols.

'si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto: ex reliqua parte uxor mea heres esto. si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto: ex reliqua parte uxor heres esto', et filius et filia nati essent, dicendum est assem distribuendum esse in septem partes, ut es his filius quattuor, uxor duas, filia unam partem habeat: ita enim secundum voluntatem testantis filius altero tanto amplius habebit quam uxor, item uxor altero tanto amplius quam filia: licet enim suptili iuris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum, attamen cum ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideo ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est, quod etiam Iuventio Celso apertissime placuit" ¹⁴⁵.

Los romanistas se hallan conformes en que, tal como este fragmento aparece en el Digesto, no responde a la jurisprudencia clásica, pues en mayor o menor medida ha sido objeto de la actividad interpoladora. Lenel estimó que desde *licet enim suptili* hasta *apertissime placuit* es una adición a la obra de Juliano ¹⁴⁶. Appleton juzgó asimismo interpolado el texto, en base al empleo de la palabra *huiusmodi*, de más frecuente utilización por Justiniano que entre los clásicos ¹⁴⁶. De la misma opinión participa Ferrini, quien atiende al empleo de las locuciones *licet* y *attamen*, aparte los términos mismos en que el pa-

145. KRUGER-MOMMSEN, *Corpus Iuris Civius* I, nueva edición Berlín 1954, 412. La versión castellana por A. D'ORS, F. FERNÁNDEZ-TEJEIRO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano* II, Pamplona 1972, 299-300, ofrece la siguiente traducción del texto: "Si se hizo la institución de heredero diciendo: 'En caso de que me nazca un hijo, sea heredero en ocho onzas, y en las cuatro restantes mi mujer; pero si me naciese una hija, sea heredera en cuatro onzas y en las ocho restantes mi mujer', y nacieron un hijo y una hija, debe decirse que la totalidad de la herencia ha de distribuirse en siete partes, para que de éstas, el hijo tenga cuatro partes, la mujer dos y la hija una, y así, según la voluntad del testador, el hijo tendrá el doble que la esposa y la esposa el doble que la hija; pues aunque en estricto derecho tenía que invalidarse el testamento, como tanto en un caso como en otro quería el testador que la esposa percibiese algo, se acudió a una solución de esta clase, inspirada por la equidad; la que mereció la aprobación sin reservas de Juvencio Celso".

146. OTO LENEL, *Paltingnesia iuris civilis* I, Lipsiae 1889, 392.

147. HENRI APPLETON, *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres a les découvrir*, reimpresión de la edic. de París de 1895, Roma 1967, 104.

saje se halla redactado y la fundamentación del criterio adoptado¹⁴⁸. Abundando en igual sentido, cabe citar a Branca¹⁴⁹ y a Robbe¹⁵⁰.

B) EXÉGESIS DEL MISMO

Tanto la glosa¹⁵¹ como la doctrina romanística moderna¹⁵² han dedicado escasa atención al pasaje del Digesto que ha quedado transcrito.

En realidad, este texto presenta simplemente —como indica D'Ors— un caso especial de interpretación¹⁵³. Tal como en su versión justiniana nos ha llegado, dicho pasaje parece atribuir al Derecho clásico

148. "A Juliano —escribe Ferrini— son atribuidos D. 28,2,13 pr. y D. 29,7,2,2. "El primero dice. '*licet enim subtili iuris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum, attamen cum ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideo ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est, quod etiam Iuventio Celso apertissime placuit.*' "Los criterios formales son aquí tan abundantes que puede parecer inútil insistir sobre la alteración, por lo demás no afirmada ahora por primera vez. Añádase la inverosimilitud de que Juliano cite a Celso (lo que no sucede jamás): añádase la contraposición tan querida a los compiladores entre la *sutilis ratio* y la *humanitas* (en otro lugar dice *benignitas, aequitas*, etc.). La interpolación naturalmente se extiende a toda la decisión antecedente: '*dicendum est, etc.*', con su extraña división del as en siete partes y con la poca satisfactoria resolución de que la hija tenga un cuarto de la parte correspondiente al hijo, mientras el testador había en todo caso establecido la proporción de dos a uno. Qué cosa había dicho Celso, no lo sabemos: quizá ha considerado posible una interpretación que salvase el testamento de la ruptura por *adgnatio postumi*, quizá se ha limitado a indicar el uso de la *bonorum possessio secundum tabulas*". (Contardo FERRINI, "*Licet...attamen...*". *Nota crítica ed esegetica*, en *Bulletino dell'Istituto di diritto romano* XIII [1902] 213-223; recogido en *Opere di Contardo Ferrini V. Studi varii di Diritto romano e moderno*, Milán 1930, 228-240; la cita corresponde a las págs. 230-231 de esta última publicación).

149. Giuseppe BRANCA, *Un caso interessante di institutio sine parte*, en *Rivista di diritto civile* (1934-3) 275.

150. Ubaldo ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milán 1937, 189-191

151. Así se comprueba en Accursio, cuyas glosas a D. 28,2,13 pr. no presentan interés. *Vid. Corpus Glossatorum Juris Civilis. VIII. Accursi Glossa in Digestum Infortiatum*, Turín 1968, fol. 51 vtº.

152. Por vía de ejemplo MAYNZ, *Curso de Derecho romano IIIº*, traducción española de José POU Y ORDINAS, Barcelona 1892, 400.

153. Alvaro D'ORS, *Derecho Privado romanoº*, Pamplona 1973, 299

la solución de considerar inválido el testamento (*licet enim subtili iuris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum*). En este sentido dice Pothier: en verdad, considerando que el testador no ha previsto el nacimiento de los dos póstumos, sino solamente el caso en que hubiese de nacer un hijo o una hija, por sutileza se podría quizá decir que los dos gemelos nacidos no han sido ambos instituidos y, en consecuencia, que el testamento resulta roto por la preterición; pero, dejando aparte tal sutileza, se considera que los dos gemelos están instituidos, aun cuando el testador no haya previsto el nacimiento de los dos, y fue decidido que ellos tuviesen en la división de la herencia una parte igual a la de la madre, como si no hubiese nacido más que un hijo o una hija ¹⁵⁴.

Es Robbe quien con mayor extensión ha estudiado el problema que la interpretación de D. 28,2,13 pr. plantea, y este autor razona detenidamente a fin de demostrar que la solución adoptada por el compilador justiniano no es, evidentemente, clásica ¹⁵⁵.

154. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniانو* II^o, versión italiana, Venecia 1841, 428, nota 4.

155. Ubaldo ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milán 1937, 190-192, escribe: Es absolutamente falso el primer argumento jurídico, con el que se afirma que, según la rigurosa norma jurídica, debería considerarse roto el testamento, porque ha de estimarse excluida la ruptura del testamento, hallándose en éste regularmente instituidos herederos sea el póstumo, sea la póstuma. Y es falso también el segundo argumento, con el cual —interpretando la voluntad testamentaria— se asevera que la voluntad del testador es la de querer dejar a toda costa alguna cosa a la mujer naciendo un hijo o una hija, porque nos parece que aquélla va entendida y explicada propiamente de modo totalmente opuesto. En defecto de que el *de cuius* no ha previsto efectivamente el caso de un parto doble de hijo e hija, de modo que en la asignación de las cuotas a sus herederos se hubiese groseramente equivocado, puesto que había agotado todo su as hereditario con la sola determinación de las dos partes a los dos *nascituri*, deja pues a la mujer, por él mismo instituida heredera juntamente con aquéllos, *sine parte*. Mas, por el contrario, él ha supuesto precisa y decisivamente el nacimiento de un solo póstumo, atribuyendo a éste una cuota diversa según el caso de que naciere un varón o una hembra; esto es, si naciere un hijo, éste, habría debido tomar dos tercios del patrimonio hereditario paterno y el resto a la mujer del testador; si, por el contrario, naciere una hija, ésta habría debido tomar simplemente un tercio y los otros dos tercios la mujer. A esta interpretación lleva sin más la letra y el significado intrínseco de la disposición testamentaria contenida al principio del fragmento de Juliano y, sobre todo, la partícula adversativa

Sobre el repetido fragmento de Juliano, contenido en D. 28,2,13 pr, considero oportuno hacer las siguientes precisiones:

a) En relación al tema objeto del presente trabajo —que se centra en la investigación monográfica de FGN 3,20,6—, el pasaje contenido en D. 28,2,13 pr. interesa, exclusivamente, como un texto jurídico justiniano que más tarde, en la época de la recepción del Derecho romano, será acogido en diversas fuentes medievales, entre otras, el Fuero General de Navarra.

b) Por ello —y a los efectos de este estudio—, carece de trascendencia cuál pudiera ser la solución del *casus* según la jurisprudencia vero que se encuentra inmediatamente al comienzo del segundo periodo, mientras que si el testador, a la primera institución del hijo hubiese querido añadir al mismo tiempo la segunda de la hija, ciertamente no habría dejado de escribir, en lugar de *vero*, un *etiam* o cualquier otra palabra semejante. Por esto, verificándose la hipótesis, por el *de cuius* no prevista, del contemporáneo nacimiento de un hijo y de una hija, para el Derecho clásico no puede haber más que las dos siguientes resoluciones: a) La primera, que parece la más exacta y fundada, según la cual, habiendo el testador agotado todo el as hereditario mediante las cuotas respectivamente atribuidas al hijo y a la hija en los dos casos contrapuestos por él singular y adversativamente previstos, la mujer queda instituida heredera *sine parte*, por lo que nada recibe de la herencia del marido. Esta resolución encuentra una gran confirmación textual en la segunda parte de D. 28,5,17. Ulpianus libro septimo ad Sabinum. 3... *Aliter atque si ita scripsisset expleto asse: "ex reliqua parte heres esto", quoniam, cum nihil reliquum est, ex nulla parte heres institutus est.* b) Y la segunda —que parece encontrar también una amplia confirmación en la primera parte del mismo pasaje de Ulpiano (D. 28,5,17,3. *Sea si asse expleto alium sine parte heredem scripserit, in alium assem veniet*)—, aun exigiendo un complicado fraccionamiento del patrimonio hereditario, podría sin embargo corresponder en cierto modo a un resultado práctico. El as hereditario del testador se dividiría en dos cuotas, de la primera de las cuales dos tercios corresponderían al hijo y un tercio a la hija; la otra cuota sería dividida en partes iguales entre los dos *nascituri* y la mujer del *de cuius*. Así que el póstumo recibiría 12/24 del as hereditario paterno, esto es cerca de los dos tercios asignados por el padre; la póstuma recibiría 8/24, o sea, justo el tercio que le había sido asignado por el padre; y la mujer del testador recibiría sólo 4/24, esto es una fracción menor a las de los dos hijos *nascituri*. Esta división atendería más o menos la que habría sido (al menos por cuanto se puede suponer del discutido fragmento) la verdadera voluntad del *de cuius*, si éste, del mismo parto sobrevenido después de la confección del testamento, hubiese previsto también el nacimiento conjunto del hijo y de la hija, esto es dar a la mujer una mínima parte del as hereditario respecto a las dejadas a los dos hijos póstumos.

cia romana clásica; y del mismo modo resultan marginales las cuestiones referentes a la medida, al cómo y al cuándo de la actividad interpoladora, y si ésta fue obra de los compiladores del *Corpus Iuris* o si, por el contrario, debe ser calificada de interpolación pre-justiniana

c) De otro lado, un sentido consciente de honradez científica nos impone reconocer paladinamente falta de competencia respecto a las cuestiones reseñadas que, juzgamos, deben ser confiadas al estudio de los romanistas. Esta declaración no implica indiferencia o desinterés hacia el Derecho romano, sino más bien un respeto a la propia problemática de éste y, por otro lado, el reconocimiento de las limitaciones que en tal terreno se imponen al civilista y al mismo historiador del Derecho que no se hallen debidamente pertrechados del bagaje científico necesario para un serio estudio de las fuentes romanas¹⁵⁶.

d) En razón de todo lo dicho, aquí nos limitamos a admitir las conclusiones de los romanistas en orden a conceptualizar pasaje interpolado D. 28,2,13 pr.; y, dentro de *Corpus Iuris*, lo tomamos como un texto jurídico concreto que, posteriormente, ha de reflejarse en algunas fuentes de la Edad Media. La ulterior transmisión del texto, y los caminos recorridos hasta su recepción por esas fuentes medievales, sí son temas de interés y de competencia del historiador del Derecho y del mismo civilista

e) Una circunstancia que aquí importa ya retener, por su proyección posterior en fuentes romanizadas de la época de la recepción (como oportunamente se verá al tratar de los *Fori Valentiae* y de las *Cos-*

156. "El que en estos últimos años —escribe Alvaro D'ORS (*Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano*, Salamanca 1943, 39)— la ciencia romanística se haya complicado bastante y sus investigaciones no estén generalmente al alcance de los civilistas no debe llevar a éstos a considerar que el esfuerzo de los romanistas no les afecta en nada y que, al margen de ellos, pueden contar siempre con aquella cantera acomodaticia que les resulta el *Corpus Iuris*. Deben, en cambio, seguir en lo posible aquellas investigaciones y tomar de ellas los resultados que parezcan más definitivos. Precisamente la crítica que los civilistas pueden y deben hacer de los resultados de los romanistas ha de ser para éstos altamente beneficiosa, pues significa siempre la voz de alerta de la práctica antes posibles hipótesis no viables jurídicamente. No, pues, desinterés miope es lo que ha de demostrar el civilista ante los problemas que preocupan hoy al romanista, sino, por el contrario, respeto, colaboración y, sobre todo, crítica".

tums de Tortosa), es la que concierne a la relación entre D. 28,2,13 pr. y el régimen de los derechos legitimarios de los hijos en la herencia del padre. Promulgado el Digesto el año 533, la solución jurídica que en el repetido texto se da al problema armoniza con el sistema legitimario entonces vigente: la cuota hereditaria de un séptimo que a la hija se reconoce encaja perfectamente con la *quarta legitima partis* que a los hijos correspondía en la herencia de sus padres, pues en el caso debatido —siendo dos los hijos— la legitima de la hija póstuma representaba un octavo de la herencia. Pocos años después (en 536), la novela 18 de Justiniano aumentó la legitima a un tercio —cuando hubiese de uno a cuatro hijos— o a una mitad —si el número de hijos excediere de cuatro—, y dispuso que, en ambos casos, dicha parte legitimaria había de dividirse por igual entre los hijos¹⁵⁷. Es evidente que la decisión establecida para el supuesto contemplado en D. 28,2,13 pr. —en cuanto atribuye a la hija póstuma una cuota hereditaria de sólo una séptima parte—, *a posteriori* venía a estar en contradicción con lo dispuesto en la novela 18. Conforme a ésta, siendo dos los hijos, la legitima total era igual al tercio de la herencia y, por tanto, a cada uno de los dos póstumos (hijo e hija) debería corresponder a una cuota legitimaria de un sexto. Esta *portio debita* no quedaba cumplida al asignar a la hija sólo una séptima parte del as hereditario. Más adelante se verá cómo los *Fori Valentiae* y las *Costums de Tortosa*, al recibir

157. Nov. 18,1. Haec nos moverunt corrigere legem, et non eam despiciere semper erubescensem, talique modo determinare causam, ut, si quidem unius est filii pater aut mater aut duorum vel trium vel quattor, non triuncium eis relinqui solum, sed tertiam propriae substantiae, hoc est uncias quattor, et hanc esse definitam mensuram usque ad praedictum numerum. Si vero ultra quattor habuerit filios, mediam eis totius substantiae relinqui partem, ut sexuncium sit omnino quod debetur, singulis ex aequo quadriuncium vel sexuncium dividendum, et hoc non sub iniusta circumstantia rerum (forsan enim etiam hic alii iniustitiam patiantur, aliis quidem meliora aliis vero deteriora percipientibus), sed quod contigerit unumquemque per omnia aequum esse in qualitate et in quantitate, sive quis illud institutionis modo sive per legati (idem est dicere et fideicommissi) relinquat occasionem. Licebit enim ei reliquum octouncium forte aut sexuncium habere, et largiri sicut voluerit filiis ipsis aut cuilibet extraneorum, et natura primo curata competenter, sic ad extraneas largitates accedere. Hoc servando in omnibus personis, in quibus ab initio antique quartae ratio de inofficioso lege decreta est (KRÜGER-MOMMEN, *Corpus Iuris Civilis* III, nueva edic. Berlín 1954, 128-129).

D. 28,2,13 pr. juntamente con la novela 18 y al aceptar el sistema legitimario que ésta había implantado, se encuentran en la necesidad de modificar el supuesto de hecho considerado en ese fragmento del Digesto, sin duda para salvar la contradicción que la solución jurídica en él contenida ofrecía en relación a la cuantía numérica de las cuotas legitimarias de los hijos según la repetida novela justiniana. Por el contrario —como ya antes hubo ocasión de comprobar—, el redactor del Fuero General de Navarra no captó —o, tal vez, no le importó mayormente— que el problema resuelto en FGN 3,20,6 en modo alguno armonizaba con el estricto régimen de sucesión forzosa ordenado en el propio fuero.

C) SU TRANSMISIÓN POSTERIOR

Lo que sí interesa examinar —en relación al tema que nos ocupa— es cómo el pasaje en cuestión (D. 28,2,13 pr.) llega después a influir en otras fuentes jurídicas.

En oposición a la tesis tradicional —que sostiene el desuso del Digesto en los primeros siglos alto-medievales—, Mor, en un meritorio y documentado estudio¹⁵⁸, ha realizado un gran esfuerzo para tratar de afirmar la continuidad en el uso del Digesto durante todo el período preirneriano —esto es, por el tiempo que va del siglo VI al XI—, y ello no sólo respecto a la Italia bizantina, sino incluso para la misma Italia lombarda. Sin embargo, parece prevalecer la opinión contraria, pues —como dice Calasso¹⁵⁹— no es de extrañar que la Alta Edad Media haya dejado de lado y olvidado el Digesto; éste era la parte de la compilación justiniana que, en el estado de la cultura de esa época, se presentaba menos asequible por las dificultades intrínsecas de interpretación, así como por la mole misma, que obstaculizaba la difusión, y era, además, aquella parte de la obra legislativa de Justiniano que, presentando la regla jurídica entrelazada con la discusión del caso práctico o con el razonamiento puramente científico, resultaba

158 Carlo GUIDO MOR, *Il Digesto nell'età preirneriana e la formazione della "Vulgata"*, en el volumen *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavía 1934, 559-697.

159. Francesco CALASSO, *Medio Evo del Diritto. I: Le fonti*, Milán 1954, 293-294.

menos inmediatamente útil para la práctica en una época que no poseía instrumentos exegéticos suficientemente afinados.

Parece ocioso señalar que, como es lógico, del texto que estudiamos (D. 28,2,13 pr.) no cabe encontrar huella alguna en aquellas obras medievales del Derecho romano basadas exclusiva o esencialmente en la *Instituta* y en el *Codex*, y que desconocen las *Pandectas*. Tal sucede con la *Summa Perusina* (siglos VII-VIII)¹⁶⁰, la *Glossa Torinese*¹⁶¹ y las mismas *Petri Exceptiones legum romanorum* (siglo XI)¹⁶², aun cuando estas últimas recogen materiales de algunas partes del Digesto. Lo propio ocurre con otras obras de la romanística medieval, como la *Summa Institutionum Iustiniani est in hoc opere* (hacia el año 1215)¹⁶³, el *Liber iuris Florentinus* (final del siglo XII)¹⁶⁴ y *Lo Codi*¹⁶⁵. En el

160. Edición de Friderico PATETTA, *Adnotationes Codicum Domini Iustiniani (Summa Perusina)*, en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* XII (1900), volumen autónomo.

161. Alberto ALBERTI, *La "Glossa Torinese" e le altre glosse del n.s. D. III, 13 della Biblioteca Nazionale di Torino*, Turín 1933.

162. He utilizado la edición de SAVIGNY, en *Storia del Diritto romano nel Medio Evo* III, traducción italiana, Florencia 1845, 15-123. Las *Petri Exceptiones legum romanorum* reproducen materiales justinianos tomados de las Instituciones, del Código y de algunas partes del Digesto. Sobre esto, MOR, *op. cit.* en nota 158, págs. 613 y ss; CALASSO, *op. cit.* en nota 159, págs. 297-299; y Giovanni SANTINI, *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, Milán 1969.

163. *La Summa Institutionum "Iustiniani est in hoc opere"* (Manuscrit Pierpont Morgan 903), Editada por Pierre LEGENDRE, Frankfurt am Main 1973.

164. Max CONRAT (Cohn), *Das Florentiner Rechtsbuch Ein System römischen Privatrechts aus der Glossatorenzeit aus einer Florentiner Handschrift zum ersten Mal herausgegeben und eingeleitet*, nueva impresión de la edición de Berlín 1882, Scientia Verlag Aalen 1969.

165. Hermann FITTING, *Lo Codi in der lateinischen übersetzung des Ricardus Pisanus*, nueva impresión de la edición de Halle 1906, Scientia Verlag Aalen 1968. Sobre *Lo Codi*, es de interés el estudio de Robert FEENSTRA, *A propos d'un nouveau manuscrit de la version latine du Codi (Ms Lucques, Bibl. Feliniana 437)*, en *Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays de Droit écrit, Montpellier* VI (1967) 35-44 (recogido en Robert FEENSTRA, *Fata Iuris Romani*, Leyden 1974, 150-172). Respecto a la versión provenzal, el reciente estudio de F. DERRER, *Lo Codi, Eine Summa Codicis provenzalischer Sprache aus dem XII. Jahrhundert, Die provenzalische Fassung der Handschrift (Sorbonne 632) Vorarbeiten zu einer kritischen Textausgabe*, Zurich 1974.

Brachylogus iuris civilis ¹⁶⁶ que, además de otras fuentes romanas, utiliza también el Digesto, tampoco se recoge el fragmento antes referido.

Sólo con el redescubrimiento y posterior difusión del Digesto, y precisamente en su fase última, puesto que D. 28,2,13 pr. se halla incluido en la parte más tardíamente conocida, o sea, en el *Infortiatum* (que comprende del título III del libro XXIV al libro XXXVIII) ¹⁶⁷, pudo nuevamente ser difundido dicho pasaje y, por consiguiente, influir en las escuelas y en las obras jurídicas de la época.

En cuanto a la Península Ibérica se refiere, no deja de ser extraño que *Las Partidas* —pese a recibir masivamente la legislación justiniana— no den entrada a dicho fragmento ¹⁶⁸. Menos sorprendente resulta que tampoco se encuentre éste en el *Fuero Real* ¹⁶⁹ ni en las *Ordenaçõens* del rey Alfonso V de Portugal, publicadas en 1446 ¹⁷⁰. En cambio, el repetido pasaje del Digesto sí halló acogida en los *Fori Valentiae* y en las *Costums de Tortosa*. Estos cuerpos legales, juntamente con el *Fuero General de Navarra* y las *Coutumes de Saint-Amand*, son las únicas fuentes jurídicas medievales —al menos en cuanto, por el examen de los textos, me ha sido posible comprobar— en las que llegó a tener proyección el mencionado texto justiniano.

166. BOCKING, *Corpus legum sive Brachylogus iuris civilis*, Berlín 1829.

167. CALASSO, *Medio Evo del Diritto. I: Le fonti*, Milán 1954, 526-528.

168. Cabe suponer que, tal vez, los redactores de las Partidas estimasen que D. 28.2,13 pr. era un supuesto demasiado singular, un verdadero caso de escuela, que no tenía cabida en una normativa general. En orden a la recepción del Derecho romano, y demás elementos que en las Partidas influyeron, ofrece amplia información bibliográfica el estudio de Fermín CAMACHO-EVANGELISTA, *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso X el Sabio (Un estado de la cuestión)*, en *Studi in onore de Giuseppe Grosso V* (Turín 1972) 475-516.

169. Aun cuando en muy inferior medida que las Partidas, también el Fuero Real acusa la influencia del Derecho romano, *Vid* GIBERT, *Historia*, 45-47.

170. *Ordenaçõens do Senhor Rey D Affonso V*, Coimbra 1792, 5 vols. Para la influencia del Derecho romano en las Ordenaçõens alfonsinas, *vid.* Guilherme BRAGA DA CRUZ, *História do Direito Português*, Coimbra 1955, 379-387.

V. "FORI VALENTIAE" Y "COSTUMS DE TORTOSA"

A) LOS "FORI VALENTIAE"

La redacción latina más antigua —que nos ha llegado— de los Fueros valencianos, dentro de la rúbrica 92 (*De legatis et fideicommissis*) contiene el fuero 15. Y en la versión romance que ofrece la recopilación sistemática de Francisco Juan Pastor, este texto queda integrado en el libro 6, rúbrica 10 (*De lexes que seran feytes per lo testador*), fuero 8.

Fori Valentiae 92, 15: Quidam, cum filios legitimos non haberet, hoc modo condidit testamentum: "Talem sororem meam pregnantem sic heredem mihi instituto, et, si reperit filium, filius mihi heres sit in duabus partibus hereditatis et soror mea in tercia parte; et, si peperit filiam, filia mihi heres sit in tercia parte et soror mea in duabus partibus"; et post testamentum factum dicta mulier filium et filiam peperit ex dicto pregnatu, dubitatur quas partes hereditatis ferre debeant predicti tres heredes. Hereditas itaque dividatur in VII partes, ex quibus habeat filius masculus quatuor partes, et mater eius duas partes, et filia eius unam partem habeat; et ita, secundum voluntatem testatoris, nepos duplo plus habet quam mater, et soror eius duplo plus habet quam filia eius¹⁷¹.

Furs Valencia 6, 10, 8: Can algu no hagues fills ledesmes feu testament en aquesta guisa: ay tal sor mia que es prenys faç, e stablesch hereu a mi en aytal manera: que si haura fill: aqll fill sia hereu meu en dues parts de la mia heretat, e la sor mia sia hereua en la terça part. E si haura filla: aquella filla sia hereu mia en la terça part de la mia heretat, e la mia sor en dues parts. E pus quel testament fo feyt aqlla fembra sor sua hac fill, e filla ensemps daquell prenyat. E cõ fos dupte per quals parts aquella heretat degues esser partida entre aqlls tres hereus. Dehim que la heretat sia partida en set parts: en axi quel fill mascle haja las quatre parts daquella heretat, e la mare haja les dues parts daquelles tres q romanen, e la filla la vna part. En axi segons la voluntat del testador lo nebot dcil ha mes en doble que la mare, e la sor del testador ha mes en doble que la filla della, que es neboda del testador¹⁷².

171. *Fori Antiqui Valentiae Edición crítica*, por Manuel DUALDE SERRANO, Madrid-Valencia 1950-1967, 183-184.

172. FRANCISCO JUAN PASTOR, *Fori Regni Valentiae* I, Valencia 1547, folio CLIX rº.

Los comentaristas valencianos, como Tarazona¹⁷³ y Ginart¹⁷⁴, no añaden cosa alguna, y se limitan a reproducir, casi con las mismas palabras, el texto foral.

La simple lectura de dicho fuero (92,15), y un breve cotejo del mismo con D. 28,2,13 pr., evidencian que este pasaje justiniano es el antecedente de aquél¹⁷⁵ y, lo más seguro, su fuente directa¹⁷⁶.

173. Micer Pere Hieroni TARAÇONA, *Institucions dels Furs y Privilegis del Regne de Valencia*, Valencia 1580, 267, escribe así: “Y si dona prenyada sera instituhida ab que li paris fill, tinga lo fill dos terços de la herencia; y si paris filla, tinguen la filla vn terç, y lo demes que sia de la mare: en cas que la dona paris fill y filla, deu se partir la herencia en set parts: de les quals ne sien donades quatre al fill, dos a la mare, y vna a la filla”.

174. Micer Nofre Berthomeu GINART, *Repertori general, y brev svmari per orde alphabetic de totes les materies dels Furs de Valencia, fins les Corts del Any 1604, y dels Priuilegis de dita Ciutat y Regne*, Valencia 1608, 119, dice: “Herencia dexada sots vna condicio si es fill, & sub altera si es filla, y naixen fill y filla, la herencia se deu repartir en esta forma: ço es, fent set parts, quatre peral fill, dos pera la mare, y vna para la filla, & quomodo, foro 8. rub. de legat. fol. 159”.

175. En las notas marginales —obra del abogado Pedro Juan de Capdevila— que figuran en la edición sistemática de los Furs de Valencia por FRANCISCO JUAN PASTOR, *op. cit.* en nota 172, I, fol. CLIX r^o., ya se señala la relación entre 6, 10, 8 y el Digesto. La nota correspondiente dice así: “*Fuit sumpt. ff. de libe. & post. l. si ita scriptū. & cōcor. eo c^o. px^o*”. Esto es, el anotador de los fueros valencianos —sin duda un buen romanista— señala perfectamente la procedencia del texto: *Digesto*, título *De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis*, capítulo que se inicia *Si ita scriptum sit*, principio = D. 28,2,13 pr. En su estudio *El Derecho romano en los “Furs” de Valencia de Jaime I*, en AHDE XLI (1971) 638-664, Ana María Barrero no ha tenido en cuenta esta correspondencia entre D. 28,2,13 pr y F Valentiae 92, 15 (= Furs 6, 10, 8). *Vid.*, especialmente, la tabla de correlaciones de la pág. 656, referente a la rúbrica *De legatis et fideicommissis*. Esta observación —respecto a la omisión padecida— no deseo valga como crítica del meritorio trabajo de Ana María Barrero.

176. Siquiera se trate aquí de un punto muy concreto, ello viene a confirmar que —al menos respecto al texto que comentamos— F Valentiae utilizan directamente la compilación justiniana y no *Lo Codi*, como fuente intermediaria, pues ya se vio que este último no recoge D. 28,2,13 pr. Anteriormente se afirmó la influencia de *Lo Codi* en los Fueros de Valencia y en las Costums de Tortosa. En este sentido se manifestó HINOJOSA, *La réception du Droit romain en Catalogne*, en *Mélanges Fitting*, Montpellier 1908, reedición de 1969, II, 399; dicho estudio, traducido al castellano, fue publicado en el

En efecto, en ambos textos es casi idéntico el supuesto de hecho, y son coincidentes el planteamiento del tema y la decisión jurídica del problema.

Sin embargo, en cuanto a los presupuestos o circunstancias del caso, hay cierta diferencia, que no carece de interés: el Digesto contempla disposiciones testamentarias que el testador ordena a favor de su esposa y del póstumo (hijo e hija) que ésta tuviere; *F Valentiae*, por el contrario, parten del supuesto de un testador que carece de hijos legítimos y que establece disposiciones en favor de su hermana y del póstumo (hijo o hija) que ésta dé a luz posteriormente.

Digesto: Si ita scriptum sit: 'si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto: ex reliqua parte uxor mea heres esto. si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto: ex reliqua parte uxor heres esto', ...

F Valentiae: Quidam, cum filios legitimos non haberet, hoc modo condidit testamentum: "Talem sororem meam pregnantem sic heredem mihi instituo, et, si peperit filium...; et, si peperit filiam, ...

Pienso que la causa de esa alteración en el supuesto de hecho es manifiesta: el redactor de *F Valentiae*, sin duda un buen jurista, cap-

Boletín de la Real Academia de Buenas Letras de Barcelona V, año X, n.º 37 (1910, enero-marzo) 209-221; y ha sido recogido en *Obras de Don Eduardo de Hinojosa* II, Madrid 1955, 387-404; la cita corresponde a las págs. 394-395. La opinión de Hinojosa fue aceptada por BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil, y Exposición de las Instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia* I, Barcelona 1918, 290. En igual forma opinaron también GALO SÁNCHEZ, en *AHDE* III (1926) 583, y Beneyto PÉREZ, *Fuentes del Derecho histórico español*, Barcelona 1931, 148. En contra, GARCÍA-GALLO, *Historia del Derecho Español* I, 3-4, Madrid 1945, 616, escribe: "Las fuentes principales (de *Furs de Valencia*), seguidas literalmente o en extracto, son el Digesto y el Código de Justiniano. Tal vez se basa en alguna suma de éstos; pero, desde luego, aunque otra cosa se haya afirmado, no utiliza nunca *Lo Codi*". Asimismo, DUALDE SERRANO, *F Valentiae*, pág. XIII del prólogo, niega totalmente la influencia de *Lo Codi* en los *Furs*. "Hace muy poco —señala dicho autor— seguían insistiendo los historiadores del Derecho en la influencia del texto provenzal de *Lo Codi* en los fueros valencianos, pero nuestra labor de investigación de fuentes nos permite descartar por completo esta hipótesis, que carece de fundamento". En esa misma línea cabe mencionar Germán COLÓN y Arcadio GARCÍA, *Furs de Valencia* I, Barcelona 1970, 36-37, y Ana María BARRECO, *El Derecho romano en los "Furs" de Valencia de Jaime I*, en *AHDE* (1971) 640-641.

tó perfectamente que el *casus iuris* contemplado en el Digesto no encajaba, en cuanto a la solución jurídica del problema, con el sistema legitimario establecido por el código valenciano. Este, de conformidad a la novela 18 de Justiniano, sigue el criterio de una cuota legitimaria variable en función del número de hijos: un tercio de la herencia si se trata de uno a cuatro hijos, y una mitad de la herencia cuando el número de hijos es de cinco o más¹⁷⁷.

Por ello, el redactor de *F Valentiae*, a fin de evitar un conflicto de normas contradictorias, modificó el supuesto y lo refirió a un testador que carece de hijos legítimos; y de este modo salvó la incompatibilidad resultante entre D. 28,2,13 pr. y la novela 18; pues, en otro caso —esto es, si se hubiese mantenido el supuesto de disposiciones del testador en favor de su esposa y del hijo o hija póstumo—, resultaría que el séptimo de la herencia asignado a la hija no alcanzaría a cubrir su cuota legitimaria de la mitad del tercio, o sea un sexto.

Cabe plantear el interrogante de si tal labor de adaptación o corrección se debe al mismo redactor de *F Valentiae* o si, por el contrario, éste se limitó a seguir una formulación anterior, ya remodelada en alguna *Summa* jurídica precedente. En verdad, esta pregunta no

177. *F Valentiae* 86, 26. *Pater vel mater non potest filios legitimos in sua legitima defraudare. Legitima itaque est illius quod superest in bonis patris vel matris, solutis debitis et iniuriis restitutis; quod, si pater vel mater habebit unum filium tantum, dictus unicus filius habeat pro sua legitima terciam partem omnium bonorum eorum, vel si habebit duos vel tres vel quatuor filios, dicti filii eodem modo habeant pro sua legitima terciam partem tantum omnium bonorum patris vel matris, et de aliis residuis duabus partibus bonorum suorum fiat pater vel mater voluntates suas qualitercumque voluerit. Si vero pater vel mater V filios vel plures habuerit, habeant filii dicti pro sua legitima medietatem omnium bonorum paternorum seu matrenorum, et de alia medietate possint qualitercumque voluerint suam facere voluntatem. Et pater et mater possint, si velint, de duabus partibus suis predictis, quando habent III^{or} filios vel pauciores vel de medietate, quando habent V filios vel plures, aliquem vel aliquos de filiis meliorare, et filius seu filii, quem vel quos pater vel mater de dictis duabus partibus vel de dicta medietate melioraverit, non teneantur aliis fratribus communicare ipsum melioramentum* (DUALDE, *F Valentiae* 164-165) GUAL CAMARENA, *El régimen matrimonial de bienes en los Fueros de Valencia*, en *AHDE XXXVII* (1967) 557, nota 12, da noticia de una tesis doctoral inédita, de Jesús CORRONS, titulada *Estudio sobre las legítimas según los Fueros de Valencia* (Madrid, Facultad de Derecho, Laboratorio Ureña, signatura 740). No he podido consultar esta obra.

puede hoy recibir una respuesta segura, al menos mientras no se conozca mejor el proceso de formación de los Fueros de Valencia y las fuentes utilizadas por sus redactores. Sin embargo, quizá pueda aventurarse la opinión de que fue obra del mismo autor de los *Fors*, pues no cabe desconocer que frecuentemente actúa con gran libertad respecto al *Corpus Iuris* justiniano, y no sólo reelabora los textos, sino que, a veces, llega incluso a soluciones discrepantes de las del Derecho romano¹⁷⁸.

178. Germán COLÓN y Arcadio GARCÍA, *Furs de Valencia* I, Barcelona 1970, 39-40, han afirmado la heterodoxia de numerosos pasajes de los Furs de Valencia respecto al Derecho Romano, y citan, como uno de los ejemplos más característicos, el texto (F Valentiae §6,13) que —en contra de la Compilación justiniana— declara la innecesidad de la institución de heredero para la validez del testamento: “*valeat testamentum vel qualibet alia ultima voluntas, licet testator nullum sibi heredem instituerit...*” (DUALDE, *F Valentiae* 161). El comentarista Tarazona formula este principio de modo bien explícito: “*Encara que en lo testament no hi haja institutio de hereu, no perço deixa de valer*” (TARAÇONA, *Institucions dels Furs*, op. cit. en nota 173, pág. 262). Germán COLÓN y Arcadio GARCÍA, op. cit. 40, afirman que los Furs son, en el Derecho hispánico, el primer gran cuerpo legal que niega abiertamente el principio romano de la necesidad de la institución de herederos. Sin embargo, me permito apuntar que, tal vez, esta norma de los Furs tenga su precedente en las *Consuetudines Ilerdenses*, cuya influencia en aquéllos ha sido destacada por los historiadores del Derecho, incluso por el propio Arcadio GARCÍA, en su interesante estudio *Las “Consuetudines Ilerdenses” y los “Furs” de Valencia*, en *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura* XLI (1965, enero-marzo 1-26), en el que, sin embargo, no incluye este antecedente en la serie de paralelismos que entre ambos textos señala. Las *Consuetudines Ilerdenses* 145 declaran: “*Non instituuntur heredes nominatim per consuetudinem, set fiunt manumissores in testamento qui rogantur sic. 'precor ut diuidant omnia bona mea sicut inferius apparebit'...*” (Pilar LOSCERTALES DE VALDEAVELLANO, *Costumbres de Lérida*, Barcelona 1946, 67). Preciso es reconocer que el principio no se formula en las *Consuetudines* con la misma precisión que en los *Furs* valencianos, pero su sentido es el mismo, y así lo corrobora un texto posterior, el de las *Consuetuds de Horta de Sant Joan*, muy influido por las costumbres de Lérida: el § 71 de *C Horta de Sant Joan* establece: “*Item, quod non sunt necesse in testamento institui heredes nominatim filios vel alios dum tamen in eisdem testamentis aliquis legetur filiis legitimis pro parte seu legitima et si minus legitimis dimititur testamenta valeant, set possint agere ad complementum legitime...*” (Jaime COTS Y GORCHS, *Les “Consuetuds” d’Horta (avui Horta de San Joan) a la batalla del Baix Aragó*, en *Estudis Universitaris Catalans* XV [1930] 320). Sobre las relaciones entre las *Consuetudines Ilerdenses* y las *Consuetuds d’Horta*,

B) LAS "COSTUMS DE TORTOSA"

Evidente paralelismo con F Valentiae 92,15 ofrece un pasaje de las *Consuetudines Dertuse civitatis*¹⁷⁹, redactadas en 1272 por los notarios tortosinos *Pere Tamarit* y *Pere Gil*, y que pasa al libro 6, rúbrica 9 (*De les lexes que scan feytes per lo testador*), § 12, del *Llibre de las Costums de Tortosa*¹⁸⁰.

hay que mencionar el serio estudio de Ana María BARRERO, *Las Costumbres de Lérida, Horta y Miravet*, en *AHDE XLIV* (1974) 485-536. En otras ocasiones, F Valentiae, aun sin negar las fórmulas jurídicas romanas, las modifican. Por ejemplo, la *cuarta falcidia* romana viene convertida en *quinta falcidia*, en F Valentiae 92,20: "*Si plura legata testator reliquerit, et in residuo aliquem extraneum in sua potestate non existentem sibi heredem instituerit, et tota sua substantia sit in legatis inclusa et distributa, ita quod nichil sit residuum quod heres institutus possit habere tunc de singulis legatis deducatur tantum per solidum et libram donec heres habeat quintam partem bonorum omnium defuncti pro sua institutione, quia absurdum esset heredem institutum successionis commodo penitus defraudari*" (DUALDE, *F Valentia* 185). La misma reducción — a una quinta — se efectúa, respecto a la *cuarta trebeliánica*, en F Valentiae 88,5: "... *eo tamen salvo, quod heres institutus sibi possit retinere quintam partem de bonis que fuerat alicui restituere...*" (DUALDE, *F Valentia* 174). ¿Cuál fue la razón de esta reducción cuantitativa de ambas *quarta*e operada en los fueros valencianos? Es pregunta a la que no sé encontrar válida respuesta.

179. Para el estudio del proyecto de los notarios Tamarit y Gil puede consultarse: Jesús MASSIP Y FONOLLOSA, *Notes per a la Historia del Dret al territori de Tortosa*, en *VII Congreso de Historia de la Corona de Aragón III* (Barcelona 1962) 215-223; y del mismo autor, el *Prólogo* a la edición de las *Consuetudines Dertosae*, Instituto de Estudios Tarraconenses "Ramón Berenguer IV", Sección de Estudios Jurídicos. Publicación n.º 1, Excma. Diputación Provincial de Tarragona, 1972; y la interesante conferencia de José-María FONFRÍUS, *El procés de formació de les Costums de Tortosa*, en *Revista Jurídica de Catalunya LXXII*, núm. 1 (1973, enero-marzo) 155-178. El manuscrito que contiene el referido proyecto se hallaba inédito, hasta su mencionada reciente publicación, en facsímil, por el Instituto de Estudios Tarraconenses.

180. Para las Costums de Tortosa, hay que mencionar: Bienvenido OLIVER, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia Código de las Costumbres de Tortosa*, Madrid, 4 tomos, I (1876), II (1878), III (1879) y IV (1881); este último contiene el texto íntegro de las Costums; Ramón FOGUET, *Llibre de les Costumes escrites de la Ciutat de Tortosa*, Barcelona 1878. Guillermo M.^a de BROCÁ, *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil, y Exposición de las Instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia I*, Barcelona 1918, 289-294; J. COTS Y GORCHS, *Les "Consuetudines civitatis Dertusae"*, en *Revista*

Consuetudines Dertuse civitatis (Tamarit y Gil): [Q] on lo testador no a fils e lexa a alcuna persona que [sia] preyns, los seus bens sots aquesta condició, establesch aytal femna que es prens hereu meu en axí que si ela a fil mascle, aia aquel fil les dues parts de tota la mia heretat e la mare la remanent tersa part. Mas si la femna aquela a dos fils daquel preynat, es entes que cascu daquels fils ha e deu auer la tersa part de tota la heretat, e lur mare la remanent tersa part. Pero si daquel preynat ix fil, e fila daquela heretat se fan .VIJ. parts, de les quals .VIJ. parts ha lo fil mascle les .IIIJ. parts, e lur mare les dues parts, e la fila setena part e en axj, segons la uolentat del testador lo fil a lo doble mes que la mare, e la mare lo doble mes que la fila¹⁸¹.

Costums de Tortosa 6, 9, 12 (edic. Oliver): Quan lo testador no ha fills, e lexa a alguna persona que sia preyns, los seus bens sots, aquesta condicio; Establesc aytal fembra, que e preyns, hereu meu, en axi, que si ella ha fill máscle aja aquell fill les dues parts de tota la mia heretat, e la mare la remanent terça part. Mas si la femna aquela ha dos filis d'aquel preynat, es entes que cascu d'aquels fills ha e deu auer la terça part de tota la heretat, e lur mare la remanent terça part. Pero si d'aquel preynat ix fill e filla, d'aquela heretat se fan VII parts, de les quals VII parts, ha lo fill mascle les IIII parts, e lur mare les II parts, e la filla la terça part; y en axi, segons la volentat del testador, lo fill ha lo doble més que la mare, e la mare més que la filla¹⁸².

Cots y Gorchs, al señalar las variantes entre el proyecto de Tamarit y Gil y las *Costums de Tortosa*, no indica para ese texto la existencia de diferencia alguna¹⁸³. Sin embargo, un cotejo de ambas redacciones permite apreciar una diferencia importante: al formular la decisión jurídica del caso, Tamarit y Gil —conforme a D 28,2,13 pr. y a F Valentiae 92,15— atribuyen a la hija una séptima parte (*e la fila*

Jurídica de Cataluña XLI (1935) 61-70, 179-210, 297-313, 419-458, y XLII (1936), 57-79; José-María FONT RIUS, *Costums de Tortosa*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* V, Barcelona (1953), 902-906; y, sobre todo, de este último autor, *El procés de formació de les Costums de Tortosa*, en *Revista Jurídica de Cataluña* LXXII, n.º 1 (1973, enero-marzo) 155-178.

181. *Consuetudines Dertosaë*, Instituto de Estudios Tarraconenses "Ramón Berenguer IV", Sección de Estudios Jurídicos. Publicación n.º 1, Excma. Diputación Provincial de Tarragona, 1972. La edición del manuscrito carece de numeración de págs. o fols., por lo que no es posible hacer relación al lugar concreto en que figura el texto transcrito.

182. OLIVER, *Costumbres Tortosa* IV, 298.

183. J. COTS Y GORCHS, *Les "Consuetudines civitatis Dertusae"*, en *Revista Jurídica de Cataluña* XLI (1935) 437.

setena part); mientras que el *Llibre de las Costums de Tortosa* reconoce a la hija la tercera parte (*e la filla la terça part*), lo que matemáticamente es imposible. Ello puede obedecer a simple error del copista del manuscrito de este último texto o —lo que tal vez quepa presumir— a transcripción defectuosa en la edición de Oliver. En todo caso, es evidente que la solución correcta, y la única posible numéricamente, es la que resulta del proyecto de los notarios Pere Tamarit y Pere Gil Y, en realidad, así viene a entenderlo el mismo Oliver, al estudiar las instituciones del Código de Tortosa, pues la interpretación que da al texto (6,9,12) supone la atribución a la hija de una séptima y no de una tercera parte¹⁸⁴.

El examen de este pasaje de las C Tortosa, y su contraste con D. 28,2,13 pr. y con F Valentiae 92,15, ofrece las siguientes consideraciones:

a) C Tortosa parten del supuesto inicial de que *lo testador no ha fills*, aunque —a diferencia de F Valentiae— no especifican si han de ser legítimos lo que, sin embargo, debe darse por sobreentendido. Estimo que —al igual que sucede en los fueros valencianos— la razón de este previo condicionamiento, de falta de hijos legítimos, responde a la necesidad de que la solución adoptada no lesione la cuota legitimaria de la póstuma, lo que ineludiblemente sucedería si ésta hubiese sido hija del testador¹⁸⁵.

184. OLIVER, *Costumbres Tortosa* III, 35, escribe así: “Cuando el testador no teniendo hijos instituye por heredera á alguna mujer en estado de preñez, con la condición de que si nace un hijo varón tenga dos partes en la herencia y la madre la tercera parte restante, si ésta diere á luz dos gemelos varones, cada uno de ellos tendrá una tercera parte y la madre la restante; pero si la mujer tuviese de aquel parto dos gemelos, varón y hembra, se distribuirá la herencia en siete partes, de las cuales se adjudicarán al varón cuatro, á la madre dos y á la hija la restante. Las Costums se fundan en que de esta suerte se cumple la voluntad del testador de que el hijo perciba doble que la madre y la madre más que la hija”

185. Las Costums de Tortosa —igualmente que F Valentiae— siguen el sistema legitimario ordenado por la novela 18 de Justiniano. En 6,4,22 disponen: “Pare o mare no pot defraudar sos fills legitims de la legitima. Legitima es dita la terça part del bens del pare o de la mare, pagats primerament tots los deutes que deuen, e restituides les injurries que tenen; la qual lo pare o la mare obligar no poden ni deuen, ni negun greug en aquella no'ls poden fer, ni posar. De les dues parts remanents poden fer tota luy propria volentat, e donar e leuar

b) Mientras que F Valentiae se refiere a disposiciones que el testador ordena a favor de su hermana y del hijo o hija póstumos de ésta, las C Tortosa generalizan el caso, y lo plantean como supuesto de que el testador *lexa a alguna persona que sia preyns*; expresión que, por lo demás, es incorrecta, puesto que debió haber dicho *alguna dona* y no *alguna persona*.

c) A diferencia de F Valencia 92,15 y de Digesto 28,2,13 pr., el texto de C Tortosa 6,9,12 omite un dato esencial en el planteamiento del problema: la disposición alternativa para el evento de que el póstumo que naciese fuere hija. Esto, sin embargo, más que una omisión deliberada parece un olvido inintencionado, un simple descuido de los redactores, puesto que, al final, la solución es la misma que en Digesto y en los Fueros de Valencia: división de la herencia en siete partes, y asignación de éstas al hijo, a la madre y a la hija en la proporción de cuatro, dos y un séptimos, respectivamente.

d) C Tortosa 6,9,12 añade, como elemento nuevo, la hipótesis de que nazcan dos hijos varones (*si la femna aquela ha dos fills d'aquel preynat*), circunstancia que no figura ni en F Valentiae 92,15 ni en D 28,2,13 pr., aunque, por el contrario, sí es situación considerada por D 28,5,82 (81) pr.¹⁸⁶. Cabe imaginar que los autores de las *Costums* tuvieron a la vista uno y otro fragmento del Digesto, y pretendieron englobar o comprender ambos en una norma común; pero la refundición es inhábil, y el resultado ofrece una formulación confusa, incompleta y poco coherente.

e) Aun admitido que las *Costums* de Tortosa se hayan podido inspirar en F Valentiae, lo que sí parece cierto es que este último cuerpo legal no ha sido la única fuente jurídica que los redactores tortosinos tuvieron a la vista para formular el texto de 6,9,12, pues para ello han tenido que utilizar también otros pasajes, bien del propio Digesto, bien de alguna *Summa*. Por lo demás, con esto no se trata

a qu'is volen n'els placia, fills o altres. La qual terça part tota entegrament deuen, auen III fills o meyns, e partir per eguals partides o parts, o vn la deue auer tota, si pus non i ha. De III fills a amunt, quants qu'es sien, deuen auer la meytat de tots los bens del pare o de la mare, per dret e deute de natura, e aquela deuen auer per eguals parts; e de l'altra meytat. pot lo pare e la mare fer tota lur propria volentat sens contrast" (OLIVER, *Costumbres Tortosa* IV, 279).

186. El texto de D. 28,5,82 (81) pr. ha sido transcrito en la nota 129.

de tomar aquí partido ni de entrar en la debatida cuestión de las relaciones entre los fueros valencianos y las Costums de Tortosa¹⁸⁷.

VI. ¿COMO D. 28,2,13 PR LLEGO AL FUERO GENERAL DE NAVARRA?

A) RECEPCIÓN DEL TEXTO POR EL FUERO GENERAL

No ofrece duda que D. 28,2,13 pr. es la fuente originaria de que procede FGN 3 20,6. Lo que ya no resulta tan fácil decidir es si fue su antecedente inmediato o si, por el contrario, llegó al fuero navarro a través de otra u otras fuentes mediatas. En esta última alternativa quedaría aún por determinar cuáles pudieron ser tales vías intermedias.

Si respecto a F Valentiae —e igualmente en cuanto a C Tortosa— no resulta dudoso asegurar la utilización directa de la compilación justiniana o, cuando menos, de alguna *Summa* romanista medieval, análoga afirmación para FGN habría de reputarse improbable y hasta temeraria. Mientras los códigos valenciano y tortosino utilizan masivamente el *Codex* y el *Digesto*, la presencia en FGN de un fragmento de las *Pandectas* tiene un cierto carácter excepcional, al menos en lo que ahora podemos suponer dado el estado de las investigaciones so-

187. OLIVER, *Costumbres Tortosa* I, 305-388 sostuvo la mayor antigüedad de las C Tortosa respecto a los F Valentiae, y afirmó que éstos tomaron a aquéllas como modelo. Hoy no ofrece duda la prioridad en el tiempo de los F Valentiae respecto a las Costums, y parece cierto que fueron los redactores de éstas quienes se inspiraron en los fueros valencianos. En este sentido: HONORIO GARCÍA, *Los Fueros de Valencia y la Costum de Tortosa*, en *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura* XIV (1933) 326 y ss.; COTS Y GORCHS, *Les "Consuetudines civitatis Dertusae"*, en *Revista Jurídica de Cataluña* XLI (1935) 61, 179 y 419, XLII (1936) 57-80; GARCÍA-GALLO, *Historia del Derecho Español* I, Madrid 1945, 602; Germán COLÓN y Arcadio GARCÍA, *Furs de Valencia* I, Barcelona 1970, 37; y FONT RIUS, *Costums de Tortosa*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* V (1953) 904. Sobre el origen y redacción de las Costums de Tortosa y, especialmente, en cuanto al proyecto de los notarios Pere Tamarit y Pere Gil, hay abundante información e interesantes puntos de vista en el reciente estudio de José-María FONT RIUS, *El procés de formació de les Costums de Tortosa*, en *Revista Jurídica de Cataluña* LXXII, n.º 1 (1973, enero-marzo) 155-178.

bre el origen y proceso de formación de esa fuente del Derecho territorial navarro de la Edad Media.

Descartada radicalmente —como ilógica e inexplicable— una hipotética influencia de *F Valentiae* en FGN¹⁸⁸, se cierran todas las

188. En un plano puramente cronológico, y dada la prioridad en el tiempo de los *F Valentiae* respecto al FGN, cabría considerar la hipótesis de que aquéllos hubiesen podido influir en éste. Pero, además de la improbabilidad de esa influencia, tal planteamiento exigiría ciertas precisiones —que todavía hoy resultan inseguras— en cuanto a la datación exacta de los diversos momentos de formación de ambas fuentes. En cuanto a los fueros valencianos se refiere, la fecha de su promulgación puede concretarse entre 1239 y 1240 (DUALDE, *Fori Valentiae XV-XVIII* del prólogo, y COLÓN y GARCÍA, *Furs de Valencia I*, 51-59). Pero esto sólo parece válido respecto a las *Consuetudines* originarias de la Ciudad de Valencia. “La masa general de los fueros —escribe Mariano PESET REIG, *Observaciones sobre la génesis de los fueros de Valencia y sobre sus ediciones impresas*, en *Ligarzas* 3 (1971) 53— no parece proceder de las *Consuetudines* de 1240, que debían tener un carácter local y limitado”. La gran reforma de los Fueros debe situarse en 1261, en que la primera *Costum* se transforma en los *Furs*, y éstos adquieren su carácter territorial. La reforma de 1261, hecha en Cortes, recoge la *Costum*, junto con algunos privilegios del monarca y, por fin, una amplia reelaboración de textos del Derecho común, singularmente el romano. El texto latino recoge los *Fori* tal como quedaron tras las reformas de 1271; se retocó y escribió entre 1281 y 1283 (PESET REIG, *cit.* 53-63). El texto de los fueros fue, pues, objeto de sucesivas modificaciones, adiciones y reelaboraciones; de ahí que aparezca inseguro el momento o fecha en que tuvo lugar la inclusión en *F Valentiae*, del for. 15 de la rúb. 92. Respecto al FGN, su formación y, sobre todo, su fijación en un texto definitivo, corresponden ciertamente a una fecha posterior al año 1240. En la actualidad, no puede ser mantenida la tesis que pretendía asignar a las Cortes de Estella de 1237, en tiempo del rey Teobaldo I, la sanción y aprobación del fuero. Es cierto que, a consecuencia de dichas cortes, y con fecha 25 de enero de 1238, se constituyó una comisión, a la que se encomendó poner por escrito los fueros que debían regular las relaciones entre el rey y los súbditos. “En realidad —explica José-María LACARRA *El juramento de los reyes de Navarra (1234-1329)*, Madrid 1972, 14—, de esta comisión no salió el Fuero General de Navarra, tal y como hoy lo conocemos, sino una compilación mucho más reducida, de doce artículos, que con el famoso prólogo sobre la ‘pérdida de España’, constituyen lo que he llamado, y así se cita incidentalmente en algún manuscrito, el *Fuero Antiguo*”. Este núcleo primitivo será objeto de adiciones y reelaboraciones posteriores. Para Rafael GIBERT, *Historia* 70, entre varias redacciones privadas y anónimas sucesivamente agregadas, un texto prevaleció, redactado después de 1266, aunque con materiales más antiguos; su forma definitiva, de 1304, fue comúnmente admitida como Fuero General; pero no

posibles vías de recepción del texto a través de otras fuentes jurídicas hispánicas medievales. Recuérdese que —según se indicó anteriormente— en *Las Partidas* no se dio acogida al pasaje del Digesto que es objeto del presente estudio. Ello fuerza a orientar la búsqueda hacia las vías de penetración, recepción o influencia del Derecho romano justinianeo en Navarra.

B) ESTADO ACTUAL DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE EL DERECHO ROMANO EN NAVARRA

El estudio de José María Lacarra *Sobre la recepción del Derecho romano en Navarra*¹⁸⁹ se inicia con la siguiente cita de Hinojosa: “En cuanto al derecho de Navarra, se ha conservado durante toda la Edad Media libre casi en absoluto del influjo del Derecho romano y del canónico. No se puede hablar aquí de la recepción como de un hecho que marque un nuevo período en el desenvolvimiento del derecho”¹⁹⁰. Y seguidamente añade Lacarra: “Estas palabras han hecho fe entre los tratadistas, y aun han sido interpretadas extensivamente, como si consta su promulgación oficial. En otro estudio (*Fuero General de Navarra en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix X* [Barcelona 1960] 322), el mismo autor escribe: “Nada más se ha adelantado sobre esta hipótesis: una obra privada y anónima formada en varias etapas, sobre las cuales sólo el conocimiento de los diversos manuscritos que la conservan y la crítica del Derecho allí contenido podrán dar más luz. Los argumentos de Ilarregui en favor del carácter oficial de la compilación no son convincentes. El Fuero general de Navarra no es, evidentemente, una redacción unitaria y homogénea del Derecho territorial de Navarra, sino una compilación de materiales diversos, cuya recensión sólo parcialmente ha sido realizada”.

En cualquier caso, parece obligado descartar toda posible influencia —incluso limitada y ocasional— de los Fori Valentiae en el Fuero General de Navarra.

189 En *AHDE XI* (1934) 457.

190. *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid 1915, 14. Recogido ahora en *Obras de don Eduardo de Hinojosa II*, Madrid 1955 405-470; la cita corresponde a la pág. 411. En análogo sentido cabría traer a colación otra cita de Hinojosa. “Desde este siglo (xiii), aunque en grado muy diverso según los países, comienzan a transformarse bajo la influencia del Derecho romano justinianeo, elaborado y modificado por los Glosadores y Postglosadores, radicalmente en Cataluña, menos, aunque bastante también, en León y Castilla; en menor grado aún en Aragón. Su influencia es apenas perceptible en Navarra” (*Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho civil*, en *Obras II* (360).

el Derecho romano no se hubiera aplicado jamás en la Navarra medieval. Sin embargo, del examen de los documentos podría deducirse otra cosa”.

En orden al tema de la influencia del Derecho romano en Navarra, la contribución fundamental —y que conserva pleno valor no obstante el tiempo transcurrido desde su publicación— sigue siendo el citado trabajo de José María Lacarra. Con anterioridad, Victoriano Lacarra y Mendiluce (padre de aquél), en sus *Instituciones de Derecho civil navarro*¹⁹¹, había proporcionado algunos datos documentales.

El estudio de Arcadio Larraona y Arturo Tabera, *El Derecho justinianeo en España*¹⁹², respecto a Navarra sólo contiene alguna que otra mención esporádica, y nada nuevo aporta.

Una buena exposición de conjunto se encuentra en el trabajo de José María Font Rius titulado *La recepción del Derecho romano en en la Península Ibérica durante la Edad Media*; si bien, y como es lógico dado su carácter general, en relación a Navarra se circunscribe a un planteamiento de los temas esenciales¹⁹³.

En su *Derecho civil de Navarra*, Francisco Salinas Quijada, al tratar de la recepción del Derecho romano, se limita a exponer datos extraídos de las obras —antes mencionadas— de Victoriano Lacarra y José María Lacarra, y después se ocupa de la función actual del Derecho romano, como supletorio del foral navarro, con carácter preferente al Código civil¹⁹⁴. De este último aspecto trata también un breve artículo de José Javier Nagore Yárnoz, *Il vigore del Diritto romano in Navarra*¹⁹⁵.

Nada nos dice en relación al tema la literatura histórico-jurídica extranjera que, incluso, desconoce el dato esencial de que el Derecho

191. I, Pamplona 1917, 16-17; y II, Pamplona 1932, 513-514.

192. Publicado en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano, Bologna II* (Pavía 1935) 83-182. Respecto a Navarra hay sólo algunas indicaciones, con referencia a autores anteriores, en págs. 85, 140 y 146-147.

193. José-María FONT RIUS, *La recepción del Derecho romano en la península ibérica durante la Edad Media*, en *Récueil de mémoires et travaux publiés para la Société d'Histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, Montpellier VI (1967) 85-104.

194. FRANCISCO SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra I*, Pamplona 1971, 215-243.

195. Publicado en *Bolletino informativo dell'Istituto giuridico spagnolo in Roma XI*, n.º 40-43 (1963, enero-diciembre) 18-23.

romano rige actualmente en Navarra ¹⁹⁶. Francesco Calasso, en las escasas y mal documentadas páginas en que superficialmente se refiere a la recepción del Derecho romano en España, ni siquiera menciona a

196. Así lo dispuesto explícitamente la ley 9 del cuaderno 1.º de las Cortes de Pamplona de 1576. "*Que a falta de Fuero se juzgue por el derecho común.* Item, suplicámos á vuestra Magestad, que en quanto decidir, y sentenciar las causas, y pleitos, á falta del Fuero, y Leyes deste Reino, se juzgue por el derecho comun, como siempre se há acostumbrado.—*Decreto:* Visto el sobredicho Capítulo, por contemplación de los dichos tres Estados, ordenámos, y mandámos, que se haga como el Reino lo pide" (Nov. Rec. 1,3,1. Joaquín de ELIZONDO, *Novísima Recopilación de las leyes de el Reino de Navarra, hechas en sus cortes generales desde el año de 1512 hasta el de 1716 inclusive*, I Pamplona 1735, 196). La jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 21 marzo 1867, 9 abril 1884 y 10 noviembre 1884) ha declarado reiteradamente la vigencia en Navarra del Derecho romano con carácter de supletorio de primer grado, con preferencia al Código civil. (Sobre esto, *vid* el artículo de Nagore Yarnoz citado en la nota 195). Más recientemente, y casi en vísperas de la publicación del Fuero Nuevo de Navarra, la vigencia del Derecho romano fue reconocida por la sentencia de 13 junio 1972. Aun después de la promulgación del Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra (Ley 1 de marzo de 1973), el Derecho romano sigue conservando su valor como fuente integradora del Derecho contenido en el Fuero Nuevo, en los términos que resultan de las leyes 1, 2 y 6. Ley 1.—*Compilación.* Esta Compilación del Derecho Privado Foral, o Fuero Nuevo de Navarra, recoge el vigente Derecho Civil del antiguo Reino, conforme a la tradición y a la observancia práctica de sus costumbres, fueros y leyes. *Tradicón jurídica navarra.* Como expresión del sentido histórico y de la continuidad del Derecho Privado Foral de Navarra, conservan rango preferentemente para la interpretación e integración de las leyes de la Compilación, y por este orden: las leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación; la Novísima Recopilación; los Amejoramientos del Fuero; el Fuero General de Navarra; los demás textos legales, como los fueros locales y el Fuero Reducido; y el Derecho romano para las instituciones o preceptos que la costumbre o la presente Compilación hayan recibido del mismo. Ley 2.—*Prelación de fuentes.* En Navarra la prelación de fuentes de Derecho es la siguiente: 1) La costumbre, 2) Las leyes de la presente Compilación. 3) Los principios generales del Derecho navarro. 4) El Derecho supletorio. Ley 6.—*Derecho supletorio.* El Código civil y las leyes generales de España, serán Derecho supletorio de esta Compilación y de la tradición jurídica navarra expresada en la ley 1; y no se aplicarán a supuestos distintos de los expresamente previstos.

Navarra¹⁹⁷. Lo propio cabe indicar respecto a Paul Koschaker¹⁹⁸ y Antonio Guarino¹⁹⁹.

La afirmación de Hinojosa, en orden a la no penetración del Derecho justiniano en la Navarra medieval, sigue pesando todavía en los historiadores del Derecho. En tal sentido escribe Lalinde Abadía: “la recepción (*del Derecho común*) sólo se produce en Cataluña y Mallorca, mientras en Aragón y Navarra no se ofrece en la Edad Media y la penetración es escasa”, “la postura de oposición radical corre a cargo de Aragón y de Navarra”. Al tratar de FGN afirma dicho autor: “en la fijación privada del ordenamiento territorial ha sido tenido en cuenta el Derecho canónico, el lombardo o feudal y el franco, desconociendo el romano y silenciando el de Jaca...; el redactor actúa jurídicamente en sentido nacionalista, tanto frente al Derecho romano como al aragonés”. Más adelante viene ligeramente templado el rigor de tales aseveraciones: “El vacío que ofrece el deficiente ordenamiento territorial —dice— no es cubierto por el Derecho común, debido a la resistencia del espíritu nacionalista y tradicionalista navarro, que opo-

197. FRANCESCO CALASSO, *Medio Evo del Diritto, I. Le fonti*, Milán 1954, 614-616. Las triviales alusiones que en esta obra se hacen al tema del Derecho justiniano en España, merecen la calificación de impropias de la categoría del ilustre historiador.

198. PAUL KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, trad. española, Madrid 1955, págs. 114-115 y 212-213, al mencionar los lugares en que, en mayor o menor medida, el Derecho romano rige o ha regido recientemente —Escocia, Sudáfrica, Ceylán, Grecia y Guayana inglesa—, comete el imperdonable error de olvidar a Navarra, Cataluña y Baleares; lo que constituye un desconocimiento no demasiado honroso para un romanista de su talla.

199. ANTONIO GUARINO, *L'esegesi delle fonti del Diritto romano I*, Nápoles 1968, 8, asimismo desconoce la existencia de regiones españolas donde el Derecho romano ha subsistido con vigencia actual. Emilio VALIÑO, en su recensión crítica del mencionado libro de Guarino en *AHDE*, XXXVIII (1968) 699, no sin cierta discreta ironía señala tal omisión. “Además —escribe Valiño—, adolece de desconocimiento —u olvido— de la vigencia del Derecho romano en Cataluña y Navarra (pág. 8, nota), en tanto que el autor escribe (con bibliografía amplia) sobre el *limitato vigore* del Derecho romano en Ceylán, Escocia, Grecia y Sudáfrica, lugares que probablemente están más alejados de Nápoles que nuestras dos regiones. Este detalle sigue siendo olvidado por los extranjeros y, en este caso concreto, es muy curioso que el autor haya citado el explícito trabajo del notario J. NAGORE, *Il vigore del DR in Navarra*, en *Boll. Infor. Ist. Giur. Sp. in Roma*, dos páginas antes, a propósito de otro argumento”

ne la utilización conjunta del Derecho local con el territorial. Sin embargo, la ausencia del Derecho común en Navarra no es total, como tampoco lo ha sido en Aragón. El influjo del Derecho canónico es perceptible en el matrimonio y en el proceso. La penetración del Derecho romano encuentra más dificultades, aunque ha tenido que ser intentada por los abogados y los componentes del tribunal real, y desde el siglo XIII consta la utilización de alguna institución romana en la contratación”²⁰⁰.

No niego que exista un cierto fondo de verdad en la tesis de Lalinde, pero juzgo sus afirmaciones sobradamente dogmáticas y concluyentes. La influencia del Derecho común ha sido en Navarra, ya en la misma Edad Media, mayor de lo que usualmente se cree; y no sólo del Derecho canónico —decisiva en muchas instituciones jurídicas²⁰¹—, sino del propio Derecho romano justiniano.

200 Jesús LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona 1970. Las citas corresponden a las págs. 113, 114, 117, 152, 154 y 155.

201. La influencia canónica en Navarra, respecto al matrimonio, ha sido señalada por Rafael GIBERT, *Enseñanza del Derecho en Hispania durante los siglos VI a XI*, en *Ius Romanum Medii Aevi*, Pars I, 5 b cc (Milán 1967) 40 y nota 130. También Gabriel LE BRAS, *L'Eglise médiévale au service du droit romain*, en *Revue Historique de droit français et étranger* XXXIX (1969) 193-209; en especial pág. 208 y nota 88, señala el esfuerzo de los obispos para hacer entrar el Derecho romano en el Fuero General de Navarra. FGN 4,1,7 subraya él mismo la penetración de la doctrina canónica sobre el matrimonio. Al lado del matrimonio contraído conforme a la ley canónica, hallamos también el matrimonio *a iuras*, al que se refieren FGN 4,2,3 y F Novenera 70. La interpretación de este último texto es diferente para Gunnar TILANDER, *Los Fueros de la Novenera*, Upsala 1951, 170, y para Paulo MEREÁ, *Estudos de Direito hispânico medieval* I, Coimbra 1952, 170-171. Rafael GIBERT, *El Derecho medieval de la Novenera*, en *AHDE* XXI-XXII (1951-1952) 1200, coincide con la interpretación de Tilander. Los capítulos 23 y 95 de F Tudcia se refieren, respectivamente, al matrimonio a escondidas (*et aune de omne et de fenbra que se aman e uans a uelar a furto en otra tierra e non en nombraías arras*) y al matrimonio conforme a la ley canónica (*si non fueren esposaaos con aniellos por mano de capellan, que la misa no es sinon por testimonio*). LACRUZ, *F Tudcia*, ms cit., fols. 10 rt.º y 38 rt.º; págs. 35 y 113. El tema de la influencia del Derecho canónico en Navarra no ha sido objeto de un verdadero estudio. Hay datos de interés en LACARRA, *Recepción* 460-467. Un intento de plantear la cuestión se aprecia en Víctor COVIÁN, *El Derecho civil privado de Navarra y su codificación*, Madrid, s. a., 49-58. Durante los siglos XIII a XV, en Navarra, la recepción del Derecho canónico precedió a la del

Hace ya tiempo que algunos autores han subrayado determinados textos forales navarros, incluso del mismo Fuero General, en los que se percibe la presencia de elementos recibidos del Derecho romano.

Derecho romano y fue más intensa. Más aún, con frecuencia el Derecho canónico resultó ser la vía que facilitó la penetración del romano.

En el mismo FGN hay textos que parecen de clara inspiración canonista. Así, 3,12,1 (*todo fidalgo puede embiar su parient en logar de sí, si eyll mismo non puede ir, ó su ombre si es fidalgo... et valdrá el fecho por fuero á los seynnores*) responde al principio general de admitir la representación voluntaria, propio del Derecho canónico (*Decretales, Regulis iuris* 68: *potest quis per alium quod potest facere per se ipsum*; y 72: *qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum*), en oposición al principio contrario, del Derecho romano. Sobre este tema, en general, Emilio BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel Diritto comune (Diritti reali e Diritto di obbligazione)*, Padua 1937, 293 y ss. El influjo de la doctrina canónica es más manifiesto en FGN 5,3,18 (*empero vedado jó en Roma á todo clérigo ordenado que non bendiga estas gleras ni el fierro calient*), en cuanto a las pruebas del agua caliente y del hierro candente; lo que ya fue señalado por LACARRA, *Recepción* 461, nota 16. Todo ello, aparte de instituciones del Derecho civil—actualmente vigentes y aplicadas en Navarra—, como la herencia fiduciaria o de confianza y el testamento por delegación, pues si bien el origen de una y otra se encuentra en prácticas consuetudinarias, es indudable que se vieron reafirmadas por la sanción expresa en las *Decretales* 3,26,13. La influencia canónica (*Decretales* 3,26,17 y 19) debió producirse también en materia de ejecución de disposiciones testamentarias. Por último, no hay que olvidar el testamento ante párroco—con precedentes ya en F Estella II, 11,8, F Novenera 85 y 282, y FGN 3,20,7 y 9—, y regulado posteriormente por la ley 10 de las Cortes de Pamplona de 1604 (Nov. Rec. 3,13,10) y por la ley 69 de las Cortes de Pamplona de 1642 (Nov. Rec. 3,13,9). El Fuero Nuevo de Navarra (promulgado por Ley de 1 de marzo de 1973) regula el testamento ante párroco en las leyes 189 y 191. Esta institución, de excelentes resultados—pues gracias a ella en Navarra son prácticamente desconocidos los inseguros testamentos otorgados antes testigos, en peligro de muerte—, era de uso bastante frecuente en mis primeros tiempos de práctica profesional, como notario, en Pamplona, o sea hace unos veinte años. Ultimamente puede considerarse en franco desuso. A ello han contribuido: de una parte, la facilidad de comunicaciones con las zonas rurales, donde era más usual el otorgamiento de tales testamentos; y de otra, la mayor frecuencia con que los habitantes de esos mismos medios suelen acudir ahora a la notaría para otorgar testamento. Junto a estas causas—ambas positivas—no cabe desconocer ni silenciar otra de carácter negativo: el gran prestigio y autoridad moral, que antaño habían merecidamente ganado los sacerdotes navarros, recientemente ha experimentado una considerable merma, sin duda reflejo de la actual crisis de la Iglesia y como efecto de la actuación de determinado sector del clero. Análogo fenómeno, y por la misma razón

DESDEVISES DU DEZERT sostuvo —siquiera en forma algo imprecisa— la existencia de una influencia romanística en el Fuero General, en su estructura general y en determinadas instituciones²⁰².

Más precisa y concreta es la influencia justiniana que Otero Varela detectó en FGN 3,12,8, en orden a la perfección del contrato en el que hubiese mediado palmada. Mientras F Jaca 67 (según la edición de Ramos Loscertales) se refiere sólo al supuesto de la palmada como garantía de perfeccionamiento del contrato, FGN adiciona —mediante una interpolación final— el caso de que hubiese mediado señal, y lo resuelve conforme a la doctrina justiniana sobre las arras. “Los efectos de la palmada —escribe Otero Varela— son tan semejantes a los del arra justiniana que ésta ha podido ser introducida en el texto de F Navarra mediante una interpolación bien visible. Después de la descripción de los efectos de la palmada, se añadió —no sabemos cuán-

últimamente señalada, se ha producido en otras instituciones del Derecho foral navarro: la herencia de confianza —tradicionalmente confiada casi siempre a sacerdotes— y la intervención de los curas párrocos en determinadas actuaciones de la vida familiar, en virtud de pactos contenidos en capítulos matrimoniales. Respecto al tema —enfocado históricamente— de la influencia del Derecho canónico en Navarra, afrontarlo seriamente requeriría la consulta de numerosos documentos, en su mayor parte aún inéditos. Sin embargo, constituye un excelente objeto de investigación histórico-jurídica, que abriría nuevas perspectivas para el conocimiento del Derecho del antiguo reino, incluso en relación a instituciones que hoy rigen y se observan en Navarra.

202. Para DESDEVISES DU DEZERT la influencia del Derecho romano y de los Códigos españoles en él inspirados se manifiesta en “el orden de materias del Fuero General, la distribución metódica en libros, títulos y capítulos, la institución de la dote, bienes que no pueden enajenarse. En ambos Derechos, navarro y romano, el marido es administrador de los bienes de la mujer y se disminuye notablemente la condición jurídica de la misma durante el matrimonio. Además, todo lo dispuesto sobre concubinato y alimentos debidos al bastardo tienen el mismo origen y los fidejussores romanos pueden fácilmente equipararse a los fiadores navarros” (*De conditione mulierum juxta forum navarrensiun.* Caen 188, 100. Tomo la cita de LACARRA, *Recepción* 465, nota 29). Algunas de las afirmaciones del autor francés se nos antojan un tanto vagas y escasamente concluyentes. Quizá la que tenga más valor es la relativa a la distribución de FGN en libros, títulos y capítulos, evidentemente obra de un jurista con cierta formación romanista; mas, en todo caso, esta apreciación sólo puede ser referida a las redacciones últimas de FGN, o sea las sistemáticas, no a las primeras versiones de carácter asistemático.

do ni por quién— *et si prisso seinal, debe doblar la seinal*”²⁰³. A este respecto, considero de interés subrayar que tal interpolación se encuentra ya en los manuscritos correspondientes a las más antiguas redacciones asistemáticas del FGN (ms.-279 Biblioteca Nacional de Madrid, ms.-800 de la misma Biblioteca, y ms.-260 español de la Biblioteca Nacional de París)²⁰⁴, lo que prueba que ya en estas primeras versiones de FGN se ha recibido la concepción justiniana sobre las arras en el contrato de compraventa.

Con relación a F Viguera y Val de Funes, Font Rius ha apuntado también la influencia del romanismo respecto a la reivindicación ilimitada de bienes muebles frente a cualquier poseedor, y en orden a la regulación de la responsabilidad del depositario por pérdida fortuita de la cosa²⁰⁵.

En esta misma línea —es decir, como supuesto de penetración del Derecho romano justiniano— hay que citar el texto de FGN que motiva el presente estudio, o sea, 3,20,6, respecto al que creo haber podido probar su coincidencia, prácticamente total, con D. 28,2,13 pr.

Cuestión distinta, y bastante más compleja de resolver con visos

203. ALFONSO OTERO VARELA, *Las arras en el Derecho español medieval*, en *AHDE XXV* (1955) 189-210, y sobre este punto, págs. 197-198. Para las arras en el Derecho histórico navarro-aragonés ofrece puntos de vista de gran interés el estudio de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Reflexiones sobre las arras contractuales*, en *Homenaje a Francisco Palá* (Zaragoza 1975) 237-258.

204. Debo estos datos a la generosidad del profesor José María Lacarra.

205. En el Fuero de Viguera y Val de Funes —dice Font Rius— “se advierte la reivindicación ilimitada de bienes muebles respecto a cualquier poseedor, frente a la anterior limitación al poseedor a quien se había confiado la cosa (como de modo explícito se atestigua en Fuero de las Encartaciones e implícitamente en otros de Aragón y Navarra). También apunta el romanismo en la regulación de la responsabilidad del depositario por pérdida fortuita de la cosa” (*La recepción del Derecho romano en la península ibérica durante la Edad Media*, en *Récueil de mémoires et travaux publié par la Société d'Histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, Montpellier VI [1967] 99, nota 111). Pienso que los textos a que se refiere Font Rius son los siguientes: a) en orden a la reivindicación de bienes muebles, F Viguera 199 (RAMOS LOSCERTALES, *Fuero de Viguera y Val de Funes*, Salamanca 1956, 38); b) y en cuanto a la responsabilidad del depositario, F Viguera 337 (*op. cit.* 63). En este último punto, la solución jurídica de F Viguera coincide con FGN 3,16,1; por donde —caso de ser cierta la hipótesis— cabría señalar también para FGN la misma asimilación de la doctrina romanista.

de certeza, es la referente al medio y forma en que FGN fue influido por los textos jurídicos romanísticos. En verdad, no es mucho lo que sabemos acerca de los caminos de penetración del Derecho romano en la Navarra de la Edad Media.

C) VÍAS DE INFLUENCIA DEL DERECHO ROMANO EN NAVARRA

1. *Idea general.*—Excedería por completo de los límites y fines de este trabajo —y sin duda también de la capacidad de su autor— un intento de exponer en relación a Navarra el proceso histórico de la recepción o influencia del Derecho común, canónico y civil. En todo caso, parece habría que considerar dos fases o etapas bien distintas: una, que comprende los siglos XIII a XV, en la que más bien se trata de influencia que de recepción; y otra, a partir del comienzo del siglo XVI, en la que cabe hablar de una verdadera recepción, consagrada formalmente por la ley 9.^a del cuaderno 1.^o de las Cortes de Pamplona de 1576, al declarar el Derecho común (romano) supletorio del Derecho del reino. La posterior legislación de las Cortes acentuará poderosamente el proceso de recepción del Derecho romano, al que, en ocasiones, completa y modifica para una mejor adaptación o armonización con el ordenamiento jurídico foral²⁰⁶. Interesa ahora sólo la etapa inicial, en la que se acusan las primeras influencias del Derecho común.

A título de simple esquema provisional, como vías de penetración de las nuevas tendencias europeas de renacimiento del Derecho romano, cabe citar: los estudiantes, los libros jurídicos, los juristas, los tribunales eclesiásticos y los tribunales reales, y los prácticos del Derecho.

2. *Los estudiantes.*—Navarra no tenía Universidad. No lograron prosperar los reiterados intentos de establecerla²⁰⁷; hubo, tan sólo, estudios o centros de enseñanza de nivel inferior²⁰⁸. De ahí que los

206. Así sucede, por ejemplo, con la ley 48 de las Cortes de Pamplona de 1765-1766, que recoge las leyes *Haec edictali* y *De secundis nuptiis* y las enmarca dentro de los cuadros institucionales del Derecho foral.

207. En tiempos de Teobaldo II hubo un proyecto de establecer universidad en Tudela, que fue aprobado por bula del papa Alejandro IV (8 de mayo de 1259). El intento no llegó a ser realidad, seguramente por falta de recursos económicos. *Vid.* José GOÑI GAZTAMBIDE, *Alejandro IV y la Univer-*

navarros que deseaban cursar estudios jurídicos tuvieran que ausentarse del reino y trasladarse a universidades extranjeras. Hasta la unión con Castilla, los naturales de Navarra no suelen frecuentar las universidades castellanas; algunos acuden a Bolonia, pero en su mayor parte se dirigen a las universidades francesas: Avignon, París y, sobre todo, Toulouse²⁰⁹. Aun cuando carezcamos de un verdadero estudio sobre esta concurrencia de estudiantes navarros a dichas universidades, sí poseemos datos documentales que la atestiguan²¹⁰. Sólo más tarde, en tiempos de Felipe II, y sin duda por razón política²¹¹, esa corriente estudiantil se desvía hacia las universidades españolas (Salamanca, Alcalá y Huesca)²¹²; también de ello queda constancia documental²¹³. Lo que sí importa subrayar es el hecho de que, durante

idad proyectada por Teobaldo II en Tudela, en Príncipe de Viana XVI, n.º 58 (1955) 47-51.

208. Así, por ejemplo, el estudio de Estella. Sobre esto, José GOÑI GAZTAMBIDE, *Historia del estudio de Estella*, en *Príncipe de Viana XXV*, núms. 94-95 (1964) 9-47. Puede consultarse también P. J. SALVADOR Y CONDE, *La Universidad en Pamplona (proyectos y realidades)*, Madrid 1949.

209. Cfr. José GOÑI GAZTAMBIDE, *Catálogo de los manuscritos jurídicos de la Catedral de Pamplona* en *Revista Española de Derecho Canónico XVI*, núms. 47-48 (1961) 631; y Rafael GIBERT, *Historia*, 75.

210. Cfr. las citas que hace LACARRA, *Recepción*, 462, nota 20. También hay datos en José GOÑI GAZTAMBIDE, *Catálogo del Archivo Catedral de Pamplona I*, Pamplona 1965, documentos núms. 802, 957, 1201 y 1542; y en José Ramón CASTRO, *Catálogo del Archivo General de Navarra II*, Pamplona 1952, doc. n.º 962. Consta que el rey Carlos III el Noble concedió con largueza estipendios y ayudas a los navarros que deseaban cursar estudios en universidades extranjeras, Bolonia, Toulouse y París, especialmente estas dos últimas. Vid. los datos que proporciona José Ramón CASTRO, *Carlos III el Noble, Rey de Navarra*, Pamplona 1967, 497-498.

211. LACARRA, *Recepción*, 462 y nota 20.

212. P. J. SALVADOR Y CONDE, *La Universidad en Pamplona (proyectos y realidades)*, Madrid 1949, 31.

213. En un testamento de hermandad otorgado el 6 de octubre 1545 por los cónyuges Luis de Sarría y Nobar y María de Eslava, señores de Nobar (vecinos de Puente la Reina), y autorizado por el notario de Puente la Reina Pedro de Jacua, se dice: "...Iten queremos, hordenamos, disponemos, mandamos y heredamos a nuestros hijos e hija, es a saber, ad Antonio de Nobar y Pedro de Nobar, comendador, de presente estante en Malta en la rreligion de Sant Johan, y a Rremiro de Nobar, estudiante de presente estante en Salamanca en el estudio, y a Johan y Martín de Nobar, y a Johana de Nobar,

la Edad Media, la relación cultural y universitaria de Navarra se mantiene, casi exclusivamente, con Francia. Del otro lado de los Pirineos vendrá la influencia de las nuevas tendencias del Derecho común, canónico y romano. Esto no puede causar extrañeza si a las razones de vecindad geográfica sumamos factores políticos, como las dinastías transpirenaicas reinantes en Navarra y la amplia representación de franceses en el episcopado de Pamplona²⁰⁴.

3. *Los libros jurídicos.*—“El primer cauce de penetración del nuevo derecho —escribe, con carácter general, el padre Antonio García y García— está representado por los numerosos estudiantes de ambos derechos que acuden a las universidades extranjeras, y muy especialmente a la de Bolonia. Estos escolares no vuelven con las manos vacías. Aparte de sus conocimientos, son portadores de un precioso cargamento de códigos jurídicos cuyo significado y proyección histórica trasciende todo punto la vida de sus portadores”²¹⁵.

Respecto a Navarra, ¿cuáles fueron las obras de Derecho civil y canónico que los estudiantes, como fruto de su estancia en las universidades de Bolonia, París y Toulouse, incorporaron a las bibliotecas del antiguo reino?. José María Lacarra²¹⁶ hizo mención de algunos antiguos libros de Derecho romano existentes en la Biblioteca de la Catedral de Pamplona. Ha sido mérito del erudito canónigo de dicha catedral, José Goñi Gaztambide, dar a conocer en documentados tra-

muger del señor licenciado Bayona, nuestros hijos e hija, por legitima erencia .” (APPP, n.º 742, año 1545, doc. 5).

214. Respecto a los obispos de procedencia francesa que ocuparon la sede de Pamplona, son fundamentales los documentados estudios de José GOÑI GAZTAMBIDE que a continuación se citan: *Los obispos de Pamplona del siglo XII*, en *Anthologica Annuaria* XIII (1963); *Los obispos de Pamplona del siglo XIII*, en *Príncipe de Viana* XVII, n.º 66 (1957) 41-237; *Los obispos de Pamplona del siglo XIV*, en *Príncipe de Viana*, núms. 86-87 (1962) 5-194; y núms. 88-89, 309-400; y *Los obispos de Pamplona del siglo XV y los navarros en los concilios de Constanza y Basilea*, en *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón* VII (1962) 358-547; y VIII (1968) 265-413. También puede consultarse Angel CANELLAS, *Contribución a la historiografía de los obispos de Pamplona*, en *Estudios dedicados a Menéndez Pidal* I (Madrid 1950) 435-464.

215. ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, *La penetración del Derecho clásico medieval en España*, en *AHDE* XXXVI (1966) 576.

216. LACARRA, *Recepción*, 462, nota 18

bajos los manuscritos jurídicos que actualmente se hallan en la mencionada biblioteca de la catedral iruñesa²¹⁷. Advierte este autor que la lista de las obras comprendidas en el catálogo es sólo una mínima parte del tesoro bibliográfico antiguo. Ya en la destrucción del barrio de la Navarrería, en 1276, perecieron códices valorados en mil libras. Posteriormente desapareció un precioso lote de libros jurídicos que habían pertenecido a Don Martín de Beróiz, doctor en decretos y canónigo (fallecido en 1287 ó 1288)²¹⁸. Goñi Gaztambide da noticia de otras adquisiciones de libros de Derecho canónico²¹⁹. De época posterior conocemos también legados de obras jurídicas a favor de la Biblioteca Capitular de Pamplona²²⁰ o en favor de otras personas²²¹.

217 Primeramente, publicó un *Catálogo de los Manuscritos Teológicos de la Catedral de Pamplona*, en *Revista Española de Teología* XVII (1957) n.º 67, págs. 231-258, n.º 68, págs. 383-418, n.º 69, págs. 557-592, y XVIII (1958) n.º 70, págs. 61-85. Con posterioridad, dio a conocer un detallado *Catálogo de los manuscritos jurídicos de la Catedral de Pamplona*, en *Revista Española de Derecho Canónico* XVI (1961) núms. 47-48, págs. 631-697. La descripción de los códices de la misma biblioteca que contienen obras de BARTOLO DE SAXOFERRATO, puede verse también en *Codices operum Bartoli a Saxoferrato recensiti. Iter hispanicum*, a cura de ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA, Florencia 1973, 78-79.

218. GOÑI GAZTAMBIDE, *op. cit.* en nota precedente, en *Revista Española de Derecho Canónico*, pág. 632. En las págs 636-637 del mismo trabajo, el autor publica las obras desaparecidas, procedentes del espolio del doctor Martín de Beróiz († 1287-1288). El cabildo de la Catedral de Pamplona fundó una capellanía por el alma de Martín de Beróiz, en agradecimiento a que sus libros pasaron a enriquecer el tesoro de la biblioteca capitular (14 marzo 1288). *Vid* doc. n.º 776 del *Catálogo del Archivo Catedral de Pamplona* I, Pamplona 1965, 184. El mismo GOÑI GAZTAMBIDE se ocupó de esto en *Notas sobre la biblioteca capitular de Pamplona en la Edad Media*, en *Hispania Sacra* IV (1951) 385-390.

219. Trabajo citado en nota 217, publicado en *Revista Española de Derecho Canónico*, 631-632.

220. En testamento autorizado el 1 de julio de 1552 por el Notario de Pamplona Juan Bardo, el canónigo de la catedral de dicha ciudad, don Remiro de Goñi, dispone lo siguiente: "... Itten los libros que yo tengo que son muchos como parece por el Inventario que dellos tengo y están en veynte y tres cajas o arcas cerradas cada una dellas con llave como a todos es notorio todos los dichos mis libros assi como estan en sus cajas o arcas mando y dexo al dicho Capítulo de nuestra Señora de Pamplona donde yo soy Canónigo y arcidiano de la Tabla de Usum y suplico a los señores Prior, Canónigos y Capítulo de la dicha Iglesia pongan y quieran poner los sobredichos

Es indudable que ese caudal de libros de Derecho civil y canónico aportado por los estudiantes —más o menos nutridos de leyes y decretales— hubo de repercutir en la doctrina jurídica. Su influencia, que cada vez sería más acentuada, tuvo que hacerse sentir en los juristas, en el estilo de la curia y, más tardíamente, en la práctica de los propios escribanos y notarios.

4. *Los juristas y los tribunales reales.*—Falta un estudio sobre los juristas navarros en la Edad Media. Nada conocemos —ni será fácil que lleguemos a saberlo— acerca de los redactores de los fueros navarros (FGN, F Tudela, F Novenera, F Viguera y Val de Funes, F Estella), en su mayor parte obras privadas anónimas, basadas en recopilaciones o compilaciones anteriores, elaboradas y reelaboradas en sucesivas etapas. El Amejoramiento del Fuero en 1330, del rey Felipe III, indica el nombre de los comisionados a quienes se confió la redacción de los *meylloramientos*²²²; igualmente el Amejoramiento

libros a buen recaudo y buena guarda porque creo que en drechos muy pocas librerías ay tales y es mucha honrra a un Capítulo tener una buena librería como se precian tenerla todas las iglesias en especial todas las cathedrales de los dichos libros quiero y mando y dexo mis decretales sexto y clementinas que están muy cotadas y glosadas de letra propia mía de mi mano y seys volúmenes de consejos míos escritos de mi propia mano a don León de Goñi mi sobrino y mejor cosa no le puedo dexar para ser si quisiere buen letrado y los decretales, sexto y clementinas están en la arca de la letra A, y los seys volúmenes de mis consejos están en la letra V. El inventario de mis libros está en la arca de la letra V. A. Tengo dos inventarios el uno de plego entero y el otro de medio plego y están en la dicha arca...". Transcribo según el texto que publica Marcelo NÚÑEZ DE CEPEDA ORTEGA, *La beneficencia de Navarra a través de los siglos*, Pamplona 1940, 187.

221. Testamento otorgado el 31 de agosto 1318 por Jaime de Ochacáin, clérigo y abogado en el consistorio de Santa María de Pamplona: "...En encara, io lo dit Jayme de Ochaquoaynn, mandey et leyssey para en apries mes dies al dit Martinet, mon nebot, si clere uol estar et usar como clere saencia de clerizía, mes decretals et lo seysen libre con l'aparat de Johan Andres, et si clere non vol estar et clerizía non usaua que les dites mes decretals et lo seysen libre de Johan Andres con l'aparat se donguen et redren al tresort et deposit de Santa Maria de Pampalona et tots les altres libres que io ey. ." (Archivo Catedral Pamplona, H 2).

222. En el prólogo del Amejoramiento se dice: "...Como Nos don Philip, por la gracia de Dios rey de Navarra, ...fiziemos plegar Cort general en Pomplona en los palacios del obispo, anno Dómini M.º CCC. XXX.º lunes X.º

de Carlos III el Noble, en 1418²²³. En época más tardía, el *proemium* del Fuero Reducido (terminado en 1528) relaciona las personas —designadas por el rey, de una parte, y por los tres estados del reino, de

dia de septiembre requisiemos á los prelados, ricos ombres, cavaylleros et ombres de las buenas villas, et al pueblo de nuestro Regno, que eyllos nos diessen ciertas personas por tractar et conseyllar en cómo salvaríamos nuestra iura et faceríamos nuestras ordenanzas et meylloramientos de iuso ditos con nuestros alcaldes et personas otras que Nos las asinemos por ordenar et fazer lo que dito es de suso; es á saber, frayre Pedro de Aterriavia, mayestro en theologia, frayre Ochoa de Sayllinas, lector, Martin Sanz de Arteiz enfermero, Jaymes de Ochoquain, canónigos de Pamplona, Miguel Moza, Johan Periz Darbeyza nuestros alcaldes, Pero Sanchis Duncasteyllo procurador nuestro. Et los prelados sobre esto asignáronnos III.º personas, es á saber, al prior de Roncasvaylles, labat Doliva, labbat de sanct Salvador de Leyre, et el official de sancta Maria de Pamplona, et los ricos ombres III deyllos, es á saber. don Johan Corvaran de Leth, don Johan Martiniz de Medrano el mayor, don Pedro Sanchis de Montagut, don Pedro Xemeniz de Merifuentes; et los cavaylleros III.º deyllos, es á saber, don Miguel Xemeniz Doroz, Ynigo Martiniz de Montagut, Martin Ferrandiz de Sarasa; et las buenas villas de cada villa ciertas personas. Los quales avido lur tratamiento entre si, nos conseyllaron qui fiziessemos los declaramientos et meylloramientos de parte de iuso escritos, los quales fizemos leyer en plena Cort...” (ILARREGUI-LAPUERIA, FGN, 147-148).

La personalidad más destacada en la elaboración del Amejoramiento de Felipe III parece haber sido fray Pedro de Atarrabia. Su figura ha sido estudiada, aunque más en orden a su labor como teólogo, por el P. Pío SAGÜÉS AZCONA, en su libro *Doctoris fundat Petri de Atarrabia, sive de Navarra, OFM. In primum sententiarum Scriptum*, Madrid 1974.

223. “Amejoramiento del Rey Don Carlos. Memoria de los fueros que fezo don Carlos de Nabarra. In Dei nomine Amen. Nos Carlos por la gracia de Dios Rey de Nabarra, duc de Nemoux, considerando que la Real Alteza que continuadamente vela en el provecho de sus súbditos, con lur otorgamiento pertenece ordenar et fazer fueros et ordenanças ciertas et claras para a discusión de las causas et dudas que acaesçen, a vezes es necesario fazer de nuevo, a vezes aynader, menguoar, emendar, mudar et corregir a lo que ante estaua ordenado segunt la variedad de los tiempos et cassos Et Nos empués nuestro coronamiento, seguesciendo la vía de nuestros Predeçesores, ata aquí ayamos fecho algunos fueros et hordenanças, con otorgamiento de los tres estados de nuestro Regno et de present plegados los tres estados de prelados, Richos hombres, cauaylleros, fijos dalgo et hombres de buenas villas Primerament Mossén Lançalot de Nauarra, nuestro caro fijo, prothonotario apostólico et administrador perpetuo de la Yglesia et Obispado de Pamplona, Don Sancho de Meoz Prior de la Horden de Santa María de Roncesvalles, Don Sancho

la otra— que llevaron a cabo la tarea de reducir a un solo texto el Fuero General y los fueros locales²²⁴.

Sánchez D'Oteiza Deán de Tudela, conseillers nuestros, por sí et por todos los otros prelados et clerezía de nuestro Regno, et Mossén Godofrede Nabarra, nuestro caro fijo, Conde de Coues, Mosén Charles de Beumont, nuestro caio primo et Alfériz nuestro et Richombre, et Mosén Francés de Villaespesa nuestro Chanceler, Don Fray Martín Martíniz de Oilloqui Prior de la Horden de Sant Johan, Mosén Ainalt señor de Luxssa, Mosén Beltán de Lacarra, Mosén Pierres de Peralta, Richos hombres, Mosén Martín de Lacarra, Mosén Johan Vélaz de Medrano, Mosén Beltrán señor de Lazaga, Mosén Rodrigo de Esparça, Mosén Beltrán de Ezpeleta Vizconde de Vald'Erro, Mosén Johan D'Ezpeleta, Mosén Gonzaluo de Vaquedano, Mosén Pierres de Bergara, Cauaylleros, por sí et por todo el braço et estado et fijosdalgo de nuestro dicho Regno, et don Lope Ximéniz de Lombier, don Lope Lópiz de Bearin, alcaldes de la nuestra Corte, Pero Périz de Andosilla nuestro procurador fiscal, Mosén Diago Garçia D'Unçué liçenciado en drechos. Nicolau Blanc bachaler en leyes et Joan Garçia de Larraya bachaler en decretos, conseillers nuestros, et assí bien los messageros et procuradores de las buenas villas, por especial, entre otros, por el Burgo de la ciudat de Pamplona Johan de Çalua, et por la Poblacion Joan Palm, mercaderos, et por la Nauarrerria Arnault Périz D'Ezcároz notario, vezinos de Pamplona, por Estella Sancho Garçia alcalde de la dicha villa, por Tudela Johan López de Barçalona justicia de la dicha ciudat, por Sangüessa García de Heuara alcalde de la dicha, por Olit Joan Périz Maillata alcalde de la dicha villa, por la villa de la Puent de la Reyna Simeón Lópiz alcalde de la dicha villa, por la villa de Los Arcos Sancho Périz de Oteyza, por la villa de Viana Joan Martíniz Tatayno, por la villa de Laguardia Joan Périz del Villar alcalde de la dicha villa, por la villa de Sant Viçent Roy Sánchez, por la villa de Sant Joan del Pie del Puerto Michelot de Sant Nots, por la villa de Monrreal Lope Yniguiz alcalde, et todos los otros mesageros et procuradores de las dichas buenas villas, en nuestra villa de d'Olit a cortes generales, en el primero día del mes de febrero l'ayno del nascimiento de Nuestro Señor de M CCCC XVIIIº ayos .." (Ms. sin número, Archivo General de Navarra, códice del siglo xvi, encuadernado en pergamino; en el lomo consta el título de *Fueros de Navarra*, y en el primer folio se dice: *Codice del Fuero general copiado del de la Cámara de Comptos*. El prólogo del Amejoramiento consta a los fols. 157 rtº y vtº, y al fol. 158 rtº). José María ZUAZNAVÁR, en su *Ensayo historicocrítico sobre la legislación de Navarra III*, San Sebastián 1828, 344-353, transcribe el Amejoramiento de Carlos III, pero en el prólogo omite la relación de los procuradores o representantes de los tres brazos del reino que concurrieron a las cortes generales de 1418 en que dicho Amejoramiento fue aprobado. La misma omisión se padece en la *Biblioteca de Derecho Foral, I—Fuero General de Navarra*, Pamplona 1964, 277-283, de la Diputación Foral de Navarra, que se limita a reproducir el texto de Zuaznávar.

A partir del año 1300 abundan los documentos en que se habla de personas que ostentan el título de *sauio en drecho*, jurisperito, bachiller, licenciado o doctor en decretos, abogado en la corte, doctor en leyes, bachiller en ambos derechos, etcétera. Algunos datos nos son conocidos por el estudio de José María Lacarra *Sobre la recepción del Derecho romano en Navarra*²²⁵, y por la obra de Zabalo Zabalegui, *La Administración del reino de Navarra en el siglo XIV*²²⁶; y muchos más cabe extraer del *Catálogo del Archivo Catedral de Pamplona*, publicado por José Goñi Gaztambide²²⁷, y del *Catálogo del Ar-*

Además, la transcripción de este autor es muy defectuosa: así, en los caps. 12 y 13 se habló e rónicamente de *pagamientos*, mientras que el manuscrito antes citado dice clara e inequívocamente *paramientos*, término jurídico navarro que, muy posiblemente, Zuaznávar desconocía y que enmendó o corrigió desafortunadamente. Se precisa una nueva edición del Amejoramiento de Carlos III., ya que el texto que presenta Zuaznávar no ofrece garantía alguna.

224. *Proemium* del Fuero Reducido: "... los dichos tres estados del dicho nuestro Reyno de Navarra, estando juntos y congregados, como para nos vniuersalmente suplicaron que nombrasemos algunas personas para entender y reformar los dichos fueros, hordenanças y leyes, y que ellos así bien nombrarian personas para todos juntamente entendiesen en lo mismo, y nos tubimos en vien de nombrar y nombramos, Al doctor don Bernardino de Añaya, Regente de nuestro Consejo de Nauarra, y al doctor don Martín de Oyz, alcalde de nuestra corte mayor, y los dichos tres estados nombraron por el braço de la Yglesia, a don Pedro de Villalón, dean de la ciudad de Tudela, y a don Rodrigo de Azedo, abbad de Yrançu, y por el braço de los Caballeros nombraron a Françes de Ayanz, cuyo es Guindulayn, y a Joan de Arizcum, cuyo es Arizcum, y por el braço de las Vniuersidades fueron nombrados el bachiller Luys de Elio, y Joan de Gurple, procuradores de la ciudad de Pamplona, y Joan de Leoz, bachiller, vezino de la ciudad de Estella, y Oger Pasquier, Justicia de Tudela, y el licenciado Pedro de Miranda, vezino de Tudela, y Martín de Jau-reguiçar, vezino de la villa de Olite, los quales ynsistiendo continuamente con toda diligencia, en lo qual les fue encomendado con nuestro trauajo, bieron todas las dichas diuersidades de fueros y hordenanças y agrabios reparados.. " (Ms. 6 Archivo General de Navarra, fols 2 vtº y 3 rtº)

225. LACARRA, *Recepción* 461, nota 17.

226. Publicada en Pamplona 1973. *Cfr* pág 94 (notas 314 y 317) y pág. 298 (nota 1382).

227. *Cfr*. los siguientes documentos de dicho *Catálogo*: 899, 948, 950, 969, 1031, 1047, 1051, 1073, 1118, 1144, 1199, 1251, 1253, 1257, 1289, 1291, 1315, 1316, 1339, 1379, 1410, 1431, 1482, 1492, 1520, 1545, 1567, 1588, 1590, 1612, 1615, 1629, 1630, 1635, 1636, 1639, 1641, 1642, 1653, 1656, 1660, 1680, 1687, 1716, 1722, 1726, 1751, 1785, 1791, 1797, 1800, 1813, 1823, 1827,

chivo General de Navarra, de José Ramón Castro²²⁸. Estos documentos nos enseñan que tales personas, letradas en Derecho civil o canónico, con frecuencia desempeñan cargos de importancia en la administración del reino o en la curia eclesiástica: notario de la Cort, notario del consistorio, abogado en la curia del consistorio de Pamplona, abogado real en la Cort Mayor, consejero del rey, etcétera. La actuación de esos juristas, en cuanto a la penetración del Derecho romano, tuvo que revestir especial eficacia a través de la Cort Mayor y del Consejo Real, constituidos por romanistas²²⁹. “La Cort —escribe Zabalo Zabalegui— juzga enalzada los pleitos civiles y criminales que proceden de los alcaldes del mercado o de los alcaldes de los pueblos, o bien entiende en primera instancia de los mismos”²³⁰. Las atribuciones del Consejo Real “son de todo orden y muy amplias, puesto que —presidido por el rey o el gobernador— es la máxima autoridad del reino. Máximo organismo político, es al mismo tiempo supremo tribunal del reino. En efecto, además de algunos pleitos que eventualmente —por voluntad expresa del rey en cada caso— conoce en instancia única, resuelve en última las apelaciones contra las sentencias emitidas por el tribunal de Cort, que es el ordinario”²³¹.

Por todo ello, el Derecho romano no pudo menos que ir influyendo en el foral de Navarra, y cada vez de modo más intenso, por la vía que siempre ha sido más eficaz, o sea, la práctica jurídica, el Derecho vivo aplicado en la realidad. “El Derecho romano —resume José María Lacarra— no entra tanto por los códigos como por la jurisprudencia de los encargados de aplicarlo en la Cort, y por el uso que de él hacen los abogados y notarios, debido al agotamiento de la legis-

1832, 1836, 1876, 1878, 1908, 1930, 1938, 1950, 1958, 1960, 2018, 2020, 2022, 2025, 2032, 2043, 2079, 2117, 2132, 2134, 2138, 2140 y 2142.

228. Cfr. los siguientes documentos de este *Catálogo*: tomo I, 805; tomo II, 24, 330 y 614; tomo III, 780, 923 y 947.

229. LACARRA, *Recepción* 463. En un documento de abril de 1355, el rey Carlos II declara que “... como quiere que por nuestro Consejo en el qual eran muchos sauios en drecho et foristas nos trouasemos que de drecho et de fuero...” (publicado por María-Angeles IRURITA LUSARRETA, *El municipio de Pamplona en la Edad Media*, Pamplona 1959, 267, doc. 85).

230. JAVIER ZAVALO ZABALEGUI, *La administración del reino de Navarra en el siglo XIV*, Pamplona 1973, 281. Considero el libro de Zabalo como una obra excelente, fundamental para el conocimiento del reino en la Edad Media.

231. ZABALO ZABALEGUI, *op. cit.* en la nota anterior, 95.

lación indígena. No hay recepción en el sentido de lucha, pues no podía haber escuela de romanistas dada la reducida extensión del territorio y, por tanto, de los conocedores del Derecho. Tampoco había tratadistas del Derecho indígena. No podía la recepción plantear choques de doctrina que no existían”²³².

5. *Los prácticos del Derecho* —Debemos a José María Lacarra la reseña de varios documentos navarros medievales en que ya se manifiesta la penetración de las ideas y conceptos del Derecho romano²³³. A estas citas sería hoy fácil añadir otras correspondientes a los diplomas comprendidos en colecciones o cartularios publicados posteriormente: así, la obra de José María Jimeno Jurío, *Documentos medievales artajoneses*²³⁴, o el estupendo fondo documental publicado por Santos A. García Larragueta en su interesante libro *El Gran Priorado de Navarra de la Orden de San Juan de Jerusalén*²³⁵, o los documentos que han de constituir el volumen segundo de la *Colección Diplomática de Irache*²³⁶.

No se ha hecho respecto a Navarra —tampoco en cuanto a los demás reinos hispánicos— un serio y metódico estudio sobre la aparición y proceso evolutivo de las fórmulas instrumentales de renuncia y otras cláusulas contractuales que acusan, siquiera sea en forma negativa o de exclusión, la penetración de las nuevas ideas jurídicas que comporta el fenómeno de la recepción del Derecho común²³⁷. Baste

232. LACARRA, *Recepción* 463

233. LACARRA, *Recepción* 457-460; donde transcribe cierto número de documentos —el primero, del año 1212, pero los demás muy posteriores, desde 1270 en adelante—, en cuyas fórmulas acusan la influencia de la técnica románica. Como el mismo autor dice (*cit.*, pág. 457, nota 2), varios de tales documentos habían sido ya recogidos en la obra de su padre, Victoriano LACARRA, *Instituciones* I, 16; y II, 513.

234. José-María JIMENO JURÍO, *Documentos medievales artajoneses* (1070-1312), Pamplona 1968. *Vid.* los documentos núms. 153, 186, 187 y 193.

235. Santos A. GARCÍA LARRAGUETA, *El Gran Priorado de Navarra de la Orden de San Juan de Jerusalén. Siglos XII-XII II*, Pamplona 1957. *Vid.* los documentos núms 416, 420, 466, 467, 503, 508, 510, 522, 523, 527, 537 y 547.

236. Volumen de próxima publicación. Por amabilidad del profesor don Angel-Juan MARTÍN DUQUE he podido consultar los documentos que comprende.

237. En la doctrina histórico-jurídica extranjera sí se han hecho buenos estudios de investigación sobre la materia. Al trabajo, clásico, de E. MEYNIAL,

expresar aquí el propósito —cuyo cumplimiento habrá de quedar para otra ocasión— de llevar a cabo tal estudio sobre los textos y documentos navarros. Lo que sí es indudable, si comparamos Navarra con otras regiones —Cataluña en especial—, es que el antiguo reino pirenaico refleja un evidente retraso en hacerse sensible a la influencia del Derecho romano. Las nuevas cláusulas y fórmulas no sólo aparecen más tardíamente, sino —cuando menos en un principio— de modo más esporádico, como si se tratase de una penetración débil e insegura, que lenta, pero progresivamente, concluye por afirmarse y más tarde llega a adquirir carta de naturaleza. Con todo, se precisará esperar a época posterior, casi hasta el siglo xv, para que los protocolos notariales navarros muestren, en términos usuales y masivos, una formación romanística en los escribanos. Estos, entonces, utilizan a diestro y siniestro fórmulas y expresiones romanísticas, con terminología más o menos precisa, y con continuas citas y referencias a las leyes y beneficios del Derecho romano, citas no siempre exactas y, en ocasiones, de manifiesta improcedencia ²³⁸.

Des renonciations au Moyen âge et dans notre ancien droit, en *Nouvelle revue historique de droit*, 1900, 108-142, 1901, 241-277 y 657-697, 1092, 49-78 y 649-710, y 1904, 689-746, cabe añadir los más modernos de John GILISSEN, *L'apparition des renonciations aux exceptions de droit romain dans le droit flamand au XIII^m siècle*, en *Mélanges Fernand de Visscher III*, *Revue International des Droits de l'Antiquité* (Bruselas 1950) 513-550, y de F. VERCAUTEREN, *Note sur l'apparition des renonciations aux exceptions de droit romain dans les principautés belge au XIII^e siècle*, en *Études historique à la mémoire de Noel Diaicr* (París 1960) 325-340. Existe también abundancia de datos en los siguientes trabajos: S. STELLING-MICHAUD, *L'Université de Bologne et la pénétration des Droits romain et canonique en Suisse aux XIII^e et XIV^e siècles*, Ginebra 1955, en especial págs. 231-265; Robert FLOREN, *La Vente Immobilière en Provence au Moyen Age et sous l'ancien régime*, Aix-en-Provence 1956; François de FONTENETTE, *Recherches sur la pratique de la vente immobilière dans la région parisienne au moyen âge (Fin X^e-début XIV^e siècle)*, París 1957; Pierre DUPARC, *La pénétration du droit romain en Savoie (première moitié du XIII^e siècle)*, en *Revue historique de droit français et étranger* XLIII (1965) 22 y ss.; en especial págs 52-61; Mireille CASTAING-SICARD, *Les contrats dans le très ancien droit toulousain (X^e-XIII^e siècle)*, París 1967; Auguste DUMAS, *Histoire des obligations dans l'ancien droit français*, Aix-en-Provence 1972; y Pierre-Clément TIMBAL, *Les obligations contractuelles dans le droit français des XIII^e et XIV^e siècles d'après la jurisprudence du parlement I*, París 1973.

238 A título de ejemplo cabe mencionar la siguiente cláusula, en escritura otorgada el 22 febrero 1570 ante Juan de Riezu notario de Puente la Reina:

D) APLICACIÓN A FGN 3,20,6

Al terminar esta revisión de conjunto sobre el estado actual de nuestros conocimientos respecto a la influencia y penetración del Derecho romano en Navarra, llegamos a una conclusión que no cabe menos que calificar de desanimadora, no sólo en términos generales, sino, de modo singular, en cuanto a su proyección sobre el tema objeto de este estudio. En relación a las fuentes concretas que sirvieron de modelo a FGN 3,20,6 apenas si es dado formular, más que hipótesis, puras suposiciones o conjeturas.

Mientras no dispongamos de serios estudios monográficos, debidamente documentados, sobre la afluencia durante el siglo XIII de los estudiantes navarros a las universidades extranjeras y en torno a los juristas navarros de la época y a su papel en los tribunales reales y eclesiásticos, careceremos de bases ciertas sobre las que poder fundar una hipótesis referente al autor o autores del Fuero General de Navarra, o para determinar las obras romanísticas que en la elaboración de este fuero pudieron ser tomadas en consideración.

Una lectura detenida de FGN revela que su redactor²³⁹ era un

“... y en especial la dicha Joana Senar renuncio a las leyes de los emperadores Beleyano e Justiniano y a la ley Julia que fueron introducidas en favor de las mugeres, de que fue certificada por mi el escribano. .” (APP, n.º 747, año 1570, doc. 13, fol. 5 vtº.). Esa misma pintoresca referencia al *emperador Beleyano* figura también en un formulario notarial castellano de fines del siglo XIV, que Galo Sánchez atribuye a un notario de la ciudad de Avila: “... otrosi renunçio mas las leyes de los Emperadores Justiano e Valiano e Constantino. en que dis que ninguna muger non se pueda obligar a danno de sy nin a perjuysio de sus bienes e otrosy renunçio...” (fórm. XIII); “... yo la dicha fulana renunçio la ley del Emperador Valiano e del sabio antiguo Justiniano que son escriptas en los derechos en que dis que ningund contrato nin obligaçion que la muger sobre sy faga e otorgue que en su perjuysio sea que non uala saluo sy espresamente renunçiare esta ley...” (fórm. XXII). Galo SÁNCHEZ, *Colección de fórmulas jurídicas castellanas de la Edad Media* en *AHDE* III (1926) 478 y 491.

239. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español* I, Madrid 1967, 434 escribe, a propósito del Fuero General de Navarra, que éste “se redacta en la segunda mitad del siglo XIII por un práctico, que si carece de toda cultura histórica—el prólogo está lleno de anacronismos y en el texto convierte a los emperadores Vespasiano y Tito en reyes moros—se muestra perfecto conocedor de los fueros”.

excelente conocedor del Derecho vivido y realmente practicado en Navarra durante el siglo XIII²⁴⁰. Eso nos hace pensar en un práctico del Derecho que, al propio tiempo, no es ajeno a los conocimientos de la ciencia jurídica²⁴¹, pues muchos pasajes del fuero revelan una cierta formación romanista y, mayormente, canonista. Tal vez no sea demasiado temerario pensar en un clérigo que hubiese cursado estudios en alguna universidad o escuela extranjera, lo más seguro francesa, en razón de la contiguidad geográfica y de las múltiples relaciones políticas y culturales que en esa época Navarra mantiene con Francia. La misma consideración de proximidad podría hacer pensar en una universidad tan prestigiosa como Toulouse. Sin embargo, hay motivos para inclinarse por otra, quizá Orleáns. En su excelente libro *Responsa Doctorum Tholosanorum*, el gran historiador holandés Meijers²⁴² afirma que la enseñanza de derecho en la Universidad de Tou-

240. Este dato de realismo jurídico, de reflejar el Derecho vivo y aplicado, se pone de manifiesto en Fuero General incluso respecto a prácticas o instituciones que, a primera vista, podrían parecer narraciones pintorescas o de puro anecdotario jurídico. En este sentido, quiero recordar FGN 6,5,2 (ILARREGUI-LAPUERTA, FGN 136), capítulo donde se regula minuciosamente la conocida y curiosa prueba de la gallina y los polluelos, a efectos de determinar la accesión de tierra por mutación de cauce de un río. Documentos posteriores al Fuero General acreditan la vivencia y práctica de ese medio de prueba: a) Documento de 1365 (15 agosto), publicado por LACARRA, *Documentos para la Historia de las instituciones navarras*, en *AHDE XI* (1934) 502-503, doc XIII. b) Documento de 1441 (25 julio), publicado por Florencio IDOATE, *La prueba foral de la gallina y sus pollos aplicada en el siglo XV*, en *Príncipe de Viana IX*, n.º 30 (1948) 119-120. c) Documentos de 4 y 17 de agosto de 1588, estudiados por Florencio IDOATE, *La prueba foral de la clueca y los pollos*, en *Rincones de la Historia de Navarra I*, (Pamplona 1954) 259-262. d) Y documento de 1531 (7 enero), publicado por Florencio IDOATE, *Un pleito entre Aoiz y Aós, o la prueba foral de la gallina y los pollos*, en *Rincones de la Historia de Navarra III*, Pamplona 1966, 389-392.

241. Es innegable que la división del Fuero General en seis libros, y de éstos en títulos y capítulos, revela la obra de un jurista. Pero este argumento sólo sería válido respecto a las últimas redacciones, sistemáticas, del FGN, no en cuanto a las precedentes redacciones asistemáticas. Con todo, aun para éstas resultaría excesivo pretender que su autor fuese exclusivamente un práctico. La importancia y extensión del Fuero General y su misma concepción—no exenta de amplitud y de visión política—exigen, además del conocimiento práctico de la vida del Derecho, una cierta formación jurídica.

242. E. M. MEIJERS, *Responsa Doctorum Tholosanorum*, Haarlem 1938,

louse no ha tenido importancia más que a partir del año 1280. Y ello —añadimos por nuestra parte— resulta excesivamente tardío para suponer la asistencia a dicha universidad por parte del primer redactor de FGN, por mucho que quiera retrasarse la fecha de formación de las primeras versiones asistemáticas de ese fuero²⁴³. Por el contrario, mucho antes que la Universidad de Toulouse, la de Orleans tiene ya gran prestigio, y es un centro al que acuden estudiantes de lejanas tierras; y sin olvidar —como ha señalado Meijers²⁴⁴— que esta última universidad era una escuela de enseñanza superior exclusiva para los clérigos. Los documentos²⁴⁵ evidencian que, en principio, los estudiantes navarros seguían estudios de Derecho canónico preferentemente a los de Derecho romano; y no debe desconocerse el gran papel que los eclesiásticos —sin duda con formación *in utraque iura*, pero, especialmente, en el *ius canonicum*— desempeñan en los tribunales y en la organización del reino navarro. En época algo posterior —en 1330— fray Pedro de Atarrabia aparece como protagonista en la elaboración del Amejoramiento de Felipe III²⁴⁶

De todos modos, preciso es reconocer que sólo la realización de laboriosas investigaciones respecto a aspectos muy concretos —concur-rencia de estudiantes navarros a las universidades de Francia e Italia, obras y manuscritos jurídicos existentes en los archivos y bibliotecas del antiguo reino, actuación de los juristas en los tribunales reales y eclesiásticos, introducción práctica de los nuevos formularios y doctrinas jurídicas— permitirá el planteamiento de la cuestión sobre bases documentales y científicas y, en consecuencia, una adecuada valora-

X. La primera parte de ese estudio ha sido reproducido en *Études d'Histoire du Droit, III: Le Droit romain au Moyen Age*, Leyden 1959, 167-208; la cita corresponde a pág. 174.

243. Recordemos que no sólo FGN 3,20,6, sino también 3,12,8 (respecto a la compraventa en que han mediado arras, y que asimismo acusa una decidida influencia del Derecho romano justiniano), figuran ya en las primeras redacciones asistemáticas del fuero. En relación a las arras en la compraventa, recuérdese lo dicho en este estudio, apartado VI-B).

244. E. M. MEIJERS, *L'université d'Orleans au XIII^e siècle*, en *Études d'Histoire du Droit, III Le Droit romain au Moyen Age*, Leyden 1959, 3-133; especialmente, págs. 5-10 y 27-28.

245. *Vid.* los documentos que se citan en las notas 194, 195 y 196.

246. Respecto a fray Pedro de Atarrabia, y su intervención en el Amejoramiento de Felipe III, recuérdese lo apuntado en nota 222

ción de la influencia y penetración del Derecho común en Navarra. Entre tanto, quizá no sea posible más que ir rastreando, aquí y allá, datos o hechos que denoten la presencia de ese mismo influjo. No otra cosa podía pretender este estudio sobre FGN 3,20,6, cuyos resultados —nos vemos obligados a reconocer— son excesivamente limitados y sobradamente modestos.

VII VIGENCIA ACTUAL DE FGN 3,20,6

Como jurista práctico —notario ejerciente en Pamplona— me interesa ahora un aspecto concreto del tema: el de la vigencia actual del capítulo 3,20,6 del Fuero General.

El problema podría plantearse —en un sentido negativo— por el hecho de que la Compilación del Derecho Privado Foral, o Fuero Nuevo de Navarra, no ha dado cabida al supuesto jurídico que considera el repetido capítulo del Fuero General²⁴⁷. La causa de tal omisión resulta evidente: por su carácter singular, FGN 3,20,6 constituye más

247. FGN 3,20,6 tampoco fue recogido en los varios proyectos de Apéndice o de Compilación del Derecho foral de Navarra redactados con anterioridad al texto promulgado en 1973. Mencionados por orden cronológico, son los siguientes: a) El proyecto articulado que, bajo el título *Leyes especiales de Navarra*, ANTONIO MORALES GÓMEZ formuló en su conocida *Memoria que comprende los principios é instituciones del Derecho civil de Navarra, que deben quedar subsistentes como excepción del Código general; y los que pueden desaparecer viniendo a la unificación*, Pamplona 1884. b) El proyecto de la Comisión Oficial, que fue publicado como *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código civil. Con inclusión de las disposiciones del mismo cuerpo legal que han de obligar en esta provincia*, Pamplona 1900. c) El que, con carácter particular, redactó VÍCTOR COVIÁN Y JUNCO. Está inédito. En el Colegio Notarial de Pamplona hay una copia mecanografiada con la rúbrica de *Anteproyecto de Apéndice para Navarra*. d) El que redactaron los abogados RAFAEL AIZPÚN SANTAFÉ y FERNANDO ARVIZU, *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código civil*, Pamplona 1930. e) El *Proyecto formulado por el Ilustre Colegio Notarial de Pamplona*, con el nombre de *Apéndice de Derecho Navarro al Código civil*, Pamplona 1930. f) Los que se formularon a iniciativas de la *Excma. Diputación foral*: el *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código civil*, Pamplona, 1944; y, con poquísimas variantes respecto al anterior, el *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código civil*, Pamplona 1945. g) Y, finalmente, los elaborados por la *Comisión Oficial Compiladora del Derecho Civil de Navarra*, nombrada a raíz del Congreso Nacional del Derecho Civil de Zaragoza: *Anteproyecto de Fuero Recopilado de Navarra*, Pamplona 1959; y *Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra*, Pamplona 1959.

un *casus iuris* que una norma general de Derecho. En cualquier caso, acepto íntegramente la parte alícuota de responsabilidad que pudiera corresponderme en el doble concepto de coautor de la *Recopilación Privada*²⁴⁸ y de vocal de la *Comisión Oficial Compiladora del Derecho Civil de Navarra* que redactó el proyecto definitivo.

Pero la cuestión concreta que ahora se suscita es la siguiente: la promulgación de la Ley de 1 de marzo de 1973, que reconoce la vigencia del Fuero Nuevo o Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra, ¿supone una derogación, siquiera sea tácita, de FGN 3,20,6, por no haber incluido en el texto compilado el contenido de este capítulo? Evidentemente, no. Y ello por las siguientes razones:

a) En primer lugar, hay que resaltar el hecho de que, a diferencia de las Compilaciones de las restantes regiones forales (Aragón, Cataluña, Baleares, Vizcaya-Alava y Galicia), el Fuero Nuevo de Navarra no contiene disposición derogatoria alguna de los textos clásicos o históricos del antiguo reino (Fuero, Amejoramientos, Novísima Recopilación y Leyes de Cortes posteriores a ésta). Ello no constituye descuido u olvido inintencionado, sino omisión deliberada, de los autores de la Compilación. La falta de una disposición derogatoria guarda perfecta coherencia con el carácter del Fuero Nuevo, el cual —según la ley 1— “recoge el vigente Derecho Civil del antiguo Reino, conforme a la tradición y a la observancia de sus costumbres, fueros y leyes”. Lo cual explica asimismo la disposición transitoria primera que, como principio general, dice: “El Derecho Civil de Navarra, reconocido en la presente Compilación, se aplicará a los actos otorgados y a las relaciones causadas con anterioridad a su promulgación; y no surtirán efecto en contra de la Compilación cuantas disposiciones legales o reglamentarias, civiles, administrativas o fiscales, así generales como forales, se opongan a la misma”.

b) La tradición jurídica navarra —constituida por el conjunto de lo que podríamos llamar *fueros viejos*— es el primero y fundamental

248. *Derecho foral de Navarra. Derecho privado (Recopilación Privada)*, publicado como vol. XV de la *Biblioteca de Derecho Foral*, Pamplona 1971. Los autores de dicha Recopilación Privada son: Juan García-Granero Fernández (notario), José-Javier Nagore Yárnoz (notario), Jesús Aizpún Tuero (abogado), Alvaro D'Ors Pérez-Peix (catedrático), José-Javier López Jacoiste (notario y catedrático), José Arregui Gil (magistrado), Juan Santamaría Ansa (magistrado) y Francisco Salinas Quijada (abogado).

elemento integrador e interpretativo de las leyes contenidas en el texto compilado. “Como expresión del sentido histórico y de la continuidad del Derecho Privado Foral de Navarra —proclama la misma ley 1—, conservan rango preferente para la interpretación e integración de las leyes de la Compilación, y por este orden: las leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación: la Novísima Recopilación; los Amejoramientos del Fuero; el Fuero General de Navarra; los demás textos legales, como los fueros locales y el Fuero Reducido; y el Derecho romano para las instituciones o preceptos que la costumbre o la presente Compilación hayan recibido del mismo”.

c) Esa misma tradición jurídica —subsistente como base fundamental e histórica del Fuero Nuevo— conserva rango de preferente aplicación respecto al Derecho supletorio constituido por el Código civil y las leyes generales de España (ley 6 de la Comp.).

d) La vigente Compilación de Navarra no representa un corte con el pasado jurídico del antiguo reino, sino una natural prolongación del Derecho histórico foral y una proyección de éste hacia el futuro. Los fueros viejos —es decir, el patrimonio jurídico constituido por los antiguos textos forales, por el Derecho romano recibido y por los principios esenciales del sistema navarro de Derecho— no han sido derogados o sustituidos por el Fuero Nuevo, sino continuados por éste como una fuente yuxtapuesta o adicionada a las antiguas. Estas no han quedado relegadas exclusivamente al campo de la pura Historia del Derecho, sino que siguen formando parte del sistema del Derecho civil vigente en Navarra, y no sólo sirven de elemento interpretativo e integrador de la Compilación, sino que asumen una función mucho más importante: constituyen el fundamento y razón de ser del régimen jurídico-foral. El *Fuero Viejo* es la raíz y base del *Fuero Nuevo*; y éste es el mismo que aquél, en una línea de continuidad evolutiva; uno y otro se suman y funden para constituir el *Fuero de Navarra*²⁴⁹. En tal sentido, la situación en Derecho navarro es análoga a la del Derecho inglés, donde una ley nueva no implica

249. De este carácter de las fuentes históricas navarras, como elemento interpretativo e integrador del vigente Fuero Nuevo, trato detenidamente en mi estudio “*Fuero Viejo*” y “*Fuero Nuevo de Navarra*”, en *Anuario de Derecho Foral*, I (1975) 131-216, especialmente 195-214.

derogación absoluta del Derecho anterior, pues éste conserva importancia práctica, y es necesario conocerlo para interpretar y comprender los textos nuevos; éstos pueden modificar las soluciones anteriores, pero dejan subsistente el fondo tradicional del Derecho inglés, el *Common Law*, cuya misma base es intangible para el legislador inglés²⁵⁰.

De lo que se acaba de exponer, y haciendo concreta aplicación al capítulo 3,20,6 de FGN, se deduce: 1.º) aun cuando la vigente Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra no ha articulado el contenido de dicho capítulo, ello no implica derogación de éste, que conserva valor y vigencia, dentro del conjunto de las fuentes históricas, como factor interpretativo e integrador del Derecho civil formulado en el Fuero Nuevo; 2.º) si en la vida jurídica navarra surgiese un supuesto igual, o análogo, al contemplado en FGN 3,20,6, debería ser resuelto mediante aplicación directa o, en su caso, analógica del mismo; 3.º) dado que el susodicho capítulo del Fuero General es un texto recogido del Digesto (D. 28,2,13 pr.), también serían aplicables complementariamente, en función interpretativa, los diversos pasajes del Derecho romano que atienden y resuelven casos análogos, como D. 28,5,82 (81) y D. 28,5,48 (47), § 1.

VIII. CONCLUSIONES

1. D. 28,2,13 pr. contiene un fragmento de Juliano, que fue objeto de la actividad interpoladora de los compiladores justinianos y en el que, con criterios distintos a los de la jurisprudencia romana clásica, se resuelve un supuesto singular de interpretación de la voluntad testamentaria.

2. Dicho pasaje del Digesto constituye la fuente originaria que, ya directamente, ya a través de otras fuentes derivadas de aquél, sirve de modelo o pauta a Coutumes de Saint-Amand II,III,13, a Fuero General de Navarra 3 20,6, a Fori Valentiae 92,15 y a Customs de Tortosa 6,9,12.

250. Cfr. René DAVID, *Derecho civil comparado*, trad. española, Madrid 1953, 274.

3 Fori Valentiae y Costums de Tortosa reciben D. 28,2,13 pr. directamente del *Corpus Iuris* de Justiniano o, por lo menos, a través de alguna *Summa* medieval de Derecho romano. Sin embargo, tanto el redactor de F Valentiae como los autores de C Tortosa, reelaboran y manipulan con gran libertad ese pasaje del Digesto, muy probablemente con el propósito de encajar el supuesto de hecho y su solución jurídica dentro del marco del sistema de legítimas aceptado y regulado por ambos cuerpos legales.

4. Por el contrario, el compilador de FGN y el redactor de la adición —en el siglo XIV— a la C S-Amand, parece seguro que no utilizaron directamente el *Corpus Iuris* justiniano, ni siquiera una *Summa* o compendio del mismo; sino que más bien tomaron D. 28,2,13 pr. de algún cuaderno o colección de casos prácticos, de muy frecuente uso en la época. Sin embargo, los compiladores del F Reducido pueden haber tenido a la vista, juntamente con los códigos de FGN, alguna obra romanista, puesto que en el texto en cuestión (FGN 3,20,6 = F Reducido 3,7,8) añaden una explicación final (*porque segunt la uoluntad del testador el hijo auia de auer doblado que la madre y la madre doblado que la hija*), que coincide exactamente con el Digesto²⁵¹, y que falta en todas las redacciones conocidas del FGN. De resultar cierta esta hipótesis, implicaría atribuir a alguno de los redactores del F Reducido conocimiento de la procedencia romanística del pasaje. Caso contrario, habría que pensar que los autores del mismo utilizaron alguna versión de FGN —hoy totalmente desaparecida— en la que figuraba dicho inciso o explicación. En cualquier alternativa, se trata de un extremo que puede ofrecer algún interés en relación a la historia del F Reducido.

5. Lo que en la fuente de procedencia era un simple caso de escuela —posiblemente expuesto con fines de enseñanza— resulta transformado, tanto en FGN 3,20,6 como en C S-Amand II,III,13, en un falso hecho de la vida real: Fuero General presenta el problema, con cierta engañosa apariencia de fazaña, en términos de consulta de unos.

251. "... ita enim secundum voluntatem testantis filius altero tanto amplius habebit quam uxor, item uxor altero tanto amplius quam filia..." (D. 28,2,13 pr.).

cabezaleros testamentarios; y C S-Amand convierten el tema en una cuestión controvertida resuelta por sentencia o decisión de un magistrado local.

6. Atendido el hecho de que, durante la Edad Media, los estudiantes navarros acudían preferentemente a las universidades de Francia, cabe formular la hipótesis de que al regresar a Navarra algunos de aquellos estudiantes, trajesen libros o apuntes de casos jurídicos, entre los que —tal vez como un ejemplo curioso— figurase el que sirvió de modelo al capítulo 3,20,6 del Fuero General. El jurista práctico que redactó alguna de las primeras versiones asistemáticas de este fuero utilizaría, juntamente con otras muchas y heterogéneas fuentes —fueros locales navarros y aragoneses, recopilaciones privadas, usos y costumbres, colecciones de fazañas, disposiciones reales, etcétera— algún compendio de casos y temas de procedencia romanística

7. De ese modo, el autor de FGN trasvasó a éste algunos materiales jurídicos romano-canónicos, tal vez desconociendo —o no importándole mayormente— el origen y naturaleza de los mismos. En tal sentido, quizá podría hablarse de una recepción no consciente, o indiferente, pero que, en cualquier supuesto, no puede menos que representar una recepción o asimilación, siquiera parcial y limitada, de los nuevos conceptos jurídicos que por toda Europa difundía el renacimiento del Derecho común.

8. Al estudiar FGN convendrá dejar de lado el prejuicio de que es un cuerpo inmune, o poco menos, al influjo del Derecho romano justiniano. Un análisis institucional de FGN, y su contraste con otras fuentes de la época —especialmente las de Francia—, posiblemente permitan detectar en ese fuero una mayor penetración de elementos romano-canónicos llegados a Navarra por vía transpirenaica

9. En relación al supuesto de hecho que considera, FGN 3,20,6 presenta una solución jurídica basada en una amplia libertad de disposición *mortis causa* y que, por tanto, choca abiertamente con el sistema de casi absoluta sucesión forzosa que el propio Fuero General establece.

10. Dicho capítulo constituye, además, un pasaje que carece de correlativo o correspondencia alguna en aquellas otras fuentes navarras y aragonesas con las que, comúnmente, FGN se halla relacionado.

11. En el estudio textual del Fuero General y, sobre todo, en el de sus instituciones, tanto como los puntos de coincidencia o paralelismo con otras fuentes jurídicas navarras y aragonesas, interesa señalar o deslindar aquellos capítulos que carecen de tal correspondencia o, lo que es igual, que son de procedencia u origen distintos. Esta doble vertiente investigadora puede constituir un camino aprovechable para alcanzar un mejor y más exacto conocimiento del Fuero General de Navarra, quizá el más singular monumento jurídico de la Edad Media española

12. Aun cuando el vigente Fuero Nuevo, o Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra, no ha recogido en su artículo el capítulo 3,20,6 del FGN, este texto sigue vigente en el sistema del Derecho civil navarro, dentro del conjunto de las fuentes históricas o tradicionales que, conforme a las leyes 1 y 6 de la misma Compilación, constituyen el elemento interpretativo e integrador de las leyes comprendidas en el texto compilado.

JUAN GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ

DIGESTO
28,2,13 pr.

Iulianus libro vicesimo nono digestorum. Si ita scriptum sit: 'si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto: ex reliqua parte uxor mea heres esto. si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto: ex reliqua parte uxor heres esto', et filius et filia nati essent, dicendum est assem distribuendum esse in septem partes, ut ex his filius quattuor, uxor duas, filia unam partem habeat; ita enim secundum voluntatem testantis filius altero tanto amplius habebit quam uxor, item uxor altero tanto amplius quam filia: licet enim subtili iuris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum, attamen cum ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideo ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est, quod etiam Iuventio Celso apertissime placuit.

FORI VALENTIAE
92,15

Quidam, cum filios legitimos non haberet, hoc modo condidit testamentum: "Talem sororem meam pregnantem sic heredem mihi instituo, et, si peperit filium, filius mihi heres sit in duabus partibus hereditatis et soror mea in tertia parte; et, si peperit filiam, filia mihi heres sit in tertia parte et soror mea in duabus partibus"; et post testamentum factum dicta mulier filium et filiam peperit ex dicto pregnatu, dubitatur quas partes hereditatis ferre debeant predicti tres heredes. Hereditas itaque dividatur in VII partes, ex quibus habeat filius masculus quatuor partes, et mater eius duas partes, et filia eius unam partem habeat; et ita, secundum voluntatem testatoris, nepos duplo plus habet quam mater, et soror eius duplo plus habet quam filia eius.

CONSUETUDINES DERTUSE
CIVITATIS (Tamarit y Gil)

[Q] on lo testador no a fils lex a alguna persona que [sia] preyns, los seus bens sots aquest condició, establesch aytal femna que es prens hereu meu en aq[ue] que si ela a fil mascle, aia aque[lla] fil les dues parts de tota la mi[er] heretat e la mare la remanen[er] tersa part Mas si la femna aque[lla] la a dos fils daquel preynat, e entes que cascun daquels fils ha e deu auer la tersa part de tota la heretat, e lur mare la remanen[er] tersa part. Pero si daquel preynat ix fil, e fila daquela heretat se fan .VIJ. parts. de les quals .VIJ. parts ha lo fil mascul les .IIIJ. parts. e lur mare les dues parts, e la fila setena part e en axj, segons la uolentat de testador lo fil a lo doble mes que la mare, e la mare lo doble mes que la fila.

TEXTOS DERIVADOS

COUTUMES SAINT-AMAND
II, III, 13

Il fut ung homme ou li mor-
el; el avoit unne femme espous-
e enchainte moult; il ordonna
n son testament que, se la dite
emme apportoit ung hoir malle,
volloist que celi male heuist
e tout le sien les .II. pars et se
emme le tierch contre sen dit
lz; et s'el apportoit fumielle,
ue la femme huist les .II. pars
t la dite fumelle le tierch contre
a dite mere. Or avient que la
emme d'icellui homme testeur,
uant son marie fut mort —car
lle avoit acordet l'ordonnance
e son marie— celle apporta ung
malle et unne fumielle. Et dist
e dit Henri que drois escrips le
ist, et qu'i fut ordonné que de
avoir du testateur, pour juste-
ment accomplire son ordonanche,
n feroit .VII. pars. s'en aroit li
lz .III. contre deux le mere,
t li fumielle a l'unne contre
eux pars se mere. che sont .VII
ars. Ainsi fut parit

FUERO GENERAL DE NAVARRA
Ms.—800 Biblioteca Nacional de
Madrid, fols. 28 vto.^o y 29 rt.^o.
n.^o 159

*Un ombre bono que yva a fin
de muerte que queria estinar.*

Un omne bono que yva a fin
de muerte e la muger seya en-
çinta e clamó cabeçalleros, e
mandó fazer en su oestín que si
su muger encaeçies de fijo, las
II partes de sus bienes que ovies-
se el fijo, e la madre la tercera
part. Otrossí si encaeçies de fija,
que oviesse las dos partes la ma-
dre, e la fija la tercera part. Esta
duyna encaeçio de fijo e de fija.
Este fijo quando fo de edat de-
mandó el destín de su padre, esso
mesmo la fija, e assí mismament
la madre. E estos cabeçalleros
fueron en profazo e buscaron
conseio, e ovieron acuerdo que
fiziessen VII suertes, e diessen al
fijo las III, e a la madre las dos,
e a la fija la una. E fizieron assí
e ovieron paç los cabeçalleros.

FUERO GENERAL DE NAVARRA
Ms.—106 Archivo Catedral de
Pamplona, fol 59 rt.^o.
3,20,6

*Qué fue fecho de .I. hombre
que estinó a criatura que no era
nascida*

[U]n ombre bono yva a fin de
muert, et la su muyller seya en
cinta, et clamó cabeçaleros et
disso a estos cabeçaleros que si
su muyller encayeciesse de fijo
que ouiesse el fijo las dos partes
de sus heredades o de sus bienes,
et la madre la tercera part, et si
encayeciesse de fija, que ouisse
la madre las dos partes de sus
bienes et la fija la tercera part;
et esta dueynna encayecio de fijo
et fija, et este fijo quando fue
de hedat demandó el estín de su
padre, et esto mismo la fija, et
assi como las criaturas assi la
madre. Et estos cabeçaleros fue-
ron en profazo et buscaron con-
seio, et ouieron acuerdo que fi-
ziesen .VII. suertes, et diessen al
fijo las coatro suertes, et las dos
a la madre, et a la fija la una.
Et fizieron assi et ouieron paz
los cabeçaleros.